

المغنى

لمؤلف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحى الحنبلى
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

الدكتور

عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء الثامن

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

الرياض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المغنى
٢٣
٢٤
٢٥
٢٦
٢٧
٢٨
٢٩
٣٠
٣١
٣٢
٣٣
٣٤
٣٥
٣٦
٣٧
٣٨
٣٩
٤٠
٤١
٤٢
٤٣
٤٤
٤٥
٤٦
٤٧
٤٨
٤٩
٥٠
٥١
٥٢
٥٣
٥٤
٥٥
٥٦
٥٧
٥٨
٥٩
٦٠
٦١
٦٢
٦٣
٦٤
٦٥
٦٦
٦٧
٦٨
٦٩
٧٠
٧١
٧٢
٧٣
٧٤
٧٥
٧٦
٧٧
٧٨
٧٩
٨٠
٨١
٨٢
٨٣
٨٤
٨٥
٨٦
٨٧
٨٨
٨٩
٩٠
٩١
٩٢
٩٣
٩٤
٩٥
٩٦
٩٧
٩٨
٩٩
١٠٠

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

دَارِ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب الإجازات

٧٨/٥ و

الأصل في جَوَازِ الإِجَارَةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَالْإِجْمَاعِ . أَمَّا الْكِتَابُ . فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتَوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ . قَالَ إِبْنُ أَرِيدُ أَنْ تُكَيِّحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أْتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ » ^(٣) عَنْ عُثْبَةَ بْنِ النَّدْرِ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَرَأَ : ﴿ طَسَّ ﴾ حَتَّى إِذَا بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قَالَ : « إِنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي حِجَجٍ ، أَوْ عَشْرًا ، عَلَى عِفَّةٍ فَرَجِهِ ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ » . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٤) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ أَخْذِ الْأَجْرِ عَلَى إِقَامَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَكَيْتَبُ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَأَبَا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ هَادِيًا خَرِيْتًا ^(٥) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا تَخَصَّمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ؛ رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) سورة القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(٣) في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤) سورة الكهف ٧٧ .

(٥) الخريت : هو الماهر بالهداية .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب استحجار المشركين عند الضرورة ... ، وباب إذا استأجر أجيرًا يعمل له بعد ثلاثة أيام ... ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخاري ١١٦/٣ ، ٧٦/٥ .

استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»^(٦) . والأخبار في هذا كثيرة . وأجمع أهل العلم في كل عصر وكل مضرٍ على جواز الإجارة ، إلا ما يحكى عن عبد الرحمن ابن الأصم^(٧) أنه قال : لا يجوز ذلك ؛ لأنه عرر . يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق . وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار ، وسار فى الأمصار ، والعبارة أيضاً دالة/ عليها ؛ فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز العقد على الأعيان ، وجب أن تجوز الإجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك ، فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ، ولا يقدر كل مسافرٍ على بيعٍ أو دابة يملكها ، ولا يلزم أصحاب^(٨) الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً ، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كل أحدٍ عمل ذلك ، ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الإجارة لذلك ، بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً للرزق ، حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع . وما ذكره من العرر ، لا يلتفت إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجة ، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تتلف بمضى الساعات ، فلا بد من العقد عليها قبل وجودها ، كالتسليم فى الأعيان .

٧٨/٥ ظ

فصل : واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو العوض ، قال الله تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾^(٩) . ومنه سُمى الثواب أجراً ؛ لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيبيته .

(٦) فى : باب إثم من باع حراً ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٥٨/٢ .

(٧) عبد الرحمن بن كيسان الأصم ، أبو بكر شيخ المعتزلة ، اشتهر بالكلام والأصول والفقه ، توفى سنة إحدى ومائتين . سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٩ .

(٨) فى الأصل : « صاحب » .

(٩) سورة الكهف ٧٧ .

فصل : وهى نوع من البيع ، لأنها تمليك^(١٠) من كل واحدٍ منهما لصاحبه ، فهى بيعُ المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه^(١١) يصحُّ تمليكها فى حال الحياة ، وبعد الموت ، وتضمنُ باليد والإثلاف ، ويكونُ عوضها عينًا ودينًا . وإنما اختلفت باسمِ كما اختلفَ بعضُ البيوعِ باسمِ ، كالصرفِ ، والسلمِ . إذ اثبتَ هذا فإنها تنعقدُ بلفظِ الإجارة والكراءِ ؛ لأنهما موضوعانِ لها . وهل تنعقدُ بلفظِ البيعِ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، تنعقدُ به ؛ لأنها بيعٌ فانعقدتْ بلفظه ، كالصرفِ . والثانى ، لا تنعقدُ به ؛ لأنَّ فيها معنى خاصًا ، فافتقرتْ إلى لفظِ يدلُّ على ذلك المعنى ، ولأنَّ الإجارة تُضَافُ إلى العينِ / التى يُضَافُ إليها البيعُ إضافةً واحدةً ، فاحتيجُ إلى لفظٍ يُعرفُ ويُفرقُ بينهما ، كالعقودِ المتباينةِ ، ولأنَّ عقدَ يُخالِفُ البيعُ فى الحكمِ والاسمِ ، فأشبهه التَّكاحَ .

فصل : ولا تصحُّ إلا من جائزِ التصرفِ ؛ لأنه^(١٢) عقدُ تمليكٍ فى الحياة ، فأشبهه البيعُ .

و ٧٩/٥

٨٩١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، بِأَجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَقَدْ مَلَكَ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ ، وَمَلَكَتْ عَلَيْهِ الْأَجْرَةُ كَامِلَةً ، فِى وَقْتِ الْعَقْدِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطًا أَجَلًا)

هذه المسألة تدلُّ على أحكامٍ سيئة ؛ أحدها ، أنَّ المعقودَ عليه المنافعُ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم : مالكٌ ، وأبو حنيفةً ، وأكثرُ أصحابِ الشافعى . وذكر بعضهم أنَّ المعقودَ عليه العينُ ؛ لأنها الموجودةُ ، والعقدُ يُضَافُ إليها ، فيقولُ : أجزتكَ دارى (كما يقولُ : بعثكها^(١) . ولنا ، أنَّ المعقودَ عليه هو المستوفى

(١٠) فى ب : « تملك » .

(١١) فى ب : « لأنها » .

(١٢) فى م : « لأنها » .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بالعقد ، وذلك هو المنافع دون الأعيان ، ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ، ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته ، فهو المعقود عليه ، وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة . ولو قال : أجزتلك منفعة دارى . جاز . الثانى ، أن الإجازة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة ، كشهري سنة . ولا خلاف في هذا تعلمه ، لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة ، كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل . / فإن قدر المدة بسنة مطلقة ، حمل على سنة الأهله ؛ لأنها المعهودة في الشرع ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِئُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ (٢) فوجب أن يحمل العقد عليه . فإن شرط هلائية ، كان تأكيدا ، وإن قال : عادية ، أو سنة بالأيام . كان له ثلاثمائة وستون يوما ؛ لأن الشهر العديء يكون ثلاثين يوما . وإن استأجر سنة هلائية أول الهلال ، عدتني عشر شهرا بالأهله ، سواء كان الشهر تاما أو ناقصا ؛ لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ، ينقص مرة ويزيد أخرى . وإن كان العقد في أثناء شهر ، عد ما بقي من الشهر ، وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ، ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوما ؛ لأنه تعدر إتمامه بالهلال ، فتمناه (٣) بالعدد ، وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال ، فوجب ذلك ؛ لأنه الأصل . وحكى عن أحمد رواية أخرى ، أنه يستوفى الجميع بالعدد ؛ لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد ، فوجب استيفاء جميعها به ، كما لو كانت المدة شهرا واحدا ، ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذى يليه ، فيحصل ابتداء الشهر الثانى فى (٤) أثنائه ، فكذلك كل شهر يأتى بعده . ولأبى حنيفة والشافعى كالروايتين . وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة . وإن جعل المدة (٥) سنة رومية أو شمسية أو فارسية

٧٩/٥ ظ

(٢) سورة البقرة ١٧٩ .

(٣) فى الأصل : « قسمها » . وفى ب : « قسم » .

(٤) فى ب : « من » .

(٥) سقط من : ب .

أو قِطِيَّةً ، وكانا يَعْلَمَانِ ذلك ، جازَ ، و/ كان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً ، فإنَّ الشُّهُورَ الرُّومِيَّةَ منها سَبْعَةٌ أَحَدٌ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا ، وَأَرْبَعَةٌ ثَلَاثُونَ يَوْمًا ، وَشَهْرٌ وَاحِدٌ ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا ، وَشُهُورُ الْقَبِيطِ كُلُّهَا ثَلَاثُونَ ثَلَاثُونَ ، وَزَادُوهَا خَمْسَةَ أَيَّامٍ لِتَسَاوِي سَنَّتِهِمُ السَّنَةَ الرُّومِيَّةَ . وإن كان أَحَدُهُمَا يَجْهَلُ ذلك ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَجْهُولَةٌ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ أُجِرَهُ إِلَى الْعِيدِ ، انصَرَفَ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ ، وَتَعَلَّقَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ غَايَةً ، فَتَنْتَهِيَ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ بِأَوَّلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لِأَنَّ مِنْ تَعْيِينِ الْعِيدِ فِطْرًا أَوْ أَضْحَى ، مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ أَوْ سَنَةٍ كَذَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ عُلِّقَهُ بِشَهْرٍ يَقَعُ اسْمُهُ عَلَى شَهْرَيْنِ ، كَجُمَادَى وَرَبِيعٍ ، يَجِبُ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يَذْكَرَ الْأَوَّلَ أَوِ الثَّانِي ، مِنْ سَنَةٍ كَذَا . وَإِنْ عُلِّقَهُ بِشَهْرٍ مُفْرَدٍ ، كَرَجَبٍ وَشَعْبَانَ ، فَلَا يَدْرَأُ أَيُّنَهُ مِنْ أَيِّ سَنَةٍ . وَإِنْ عُلِّقَهُ بِيَوْمٍ ، فَلَا يَدْرَأُ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يُبَيِّنَهُ مِنْ أَيِّ أُسْبُوعٍ . وَإِنْ عُلِّقَهُ بِعِيدٍ مِنْ أَعْيَادِ الْكُفَّارِ ، صَحَّ إِذَا عَلِمَاهُ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ ، وَقَدْ مَضَى نَحْوُ مِنْ هَذَا .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ أَنْ تَلِيَ الْعَقْدَ ، بَلْ / لَوْ أُجِرَهُ سَنَةٌ خَمْسٌ ، وَهِيَ فِي سَنَةِ ثَلَاثٍ ، أَوْ شَهْرٌ رَجَبٍ فِي الْمُحَرَّمِ . صَحَّ ، وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ ^(٦) يَسْتَأْجِرَهَا مَنْ هِيَ فِي إِجَارَتِهِ ، فِيهِ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَا لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ فِي الْحَالِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ . قَالَ : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ بَعِيرًا بِعَيْنِهِ إِلَّا عِنْدَ خُرُوجِهِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا ^(٧) مُدَّةٌ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مَعَ غَيْرِهَا ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مُفْرَدَةً مَعَ عُمُومِ النَّاسِ ، كَالَّتِي تَلِيَ الْعَقْدَ ، وَإِنَّمَا تُشْتَرَطُ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ عِنْدَ جُوبِ التَّسْلِيمِ كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ وُجُودُهُ وَلَا الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ حَالَ الْعَقْدِ ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ كَوْنِهَا مَشْغُولَةً أَوْ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَمَا ذَكَرَهُ ^(٨) يَطْلُ

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : « أن هذه » .

(٨) في م : « ذكره » .

بما إذا أجزها من المُكْتَرَى ، فإنه يَصِحُّ مع ما ذَكَرَهُ^(٩) . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الإِجَارَةَ إن كانت على مُدَّةٍ تَلِي العَقْدَ ، لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ ائْتِدَائِهَا من حين العَقْدِ ، وإن كانت لا تَلِيه ، فلا بُدَّ من ذِكْرِ ائْتِدَائِهَا ، لأنَّهُ أَحَدُ طَرَفِي العَقْدِ ، فَاحْتِيَجُ إلى مَعْرِفَتِهِ ، كَالائْتِهَاءِ . وإن أُطْلِقَ . فقال : أجزتكَ سَنَةً ، أو شَهْرًا . صَحَّ / وكان ائْتِدَاؤُهُ من حين العَقْدِ . وهذا قول مالِكٍ ، وأبي حنيفة . وقال الشافعيُّ . وبعضُ أصحابنا : لا يَصِحُّ حتى يُسَمَّى الشَّهْرَ ، ويذكَرُ أَي سَنَةٍ هِيَ ؛ فإنَّ أَحْمَدَ قال ، في رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بن سَعِيدٍ : إذا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا شَهْرًا ، فلا يَجُوزُ حتى يُسَمَّى الشَّهْرَ . ولنا ، قولُ اللهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عن شُعَيْبٍ عليه السَّلَامُ : ﴿ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾^(١٠) . ولم يَذْكَرْ ائْتِدَاءَهَا . ولأنَّهُ تَقْدِيرٌ بِمُدَّةٍ لَيْسَ فِيهَا قُرْبَةٌ ، فإذا أُطْلِقَهَا^(١١) ، وَجَبَ أَنْ تَلِيَ السَّبَبَ الْمُوجِبَ^(١٢) ، كَمُدَّةِ السَّلْمِ وَالإِيْلَاءِ ، وَتَفَارِقِ المُنْذَرِ ؛ فإنه قُرْبَةٌ .

فصل : ولا تَتَقَدَّرُ أَكْثَرُ مُدَّةِ الإِجَارَةِ ، بل تَجُوزُ إِجَارَةُ العَيْنِ المُدَّةَ التي تَبْقَى فِيهَا وإن كَثُرَتْ . وهذا قولُ كَافَّةِ أَهْلِ العِلْمِ . إلا أنَّ أَصْحَابَ الشَّافِعِيِّ اِخْتَلَفُوا فِي مَذْهَبِهِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قال : لَهُ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُما ، كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ العِلْمِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . الثاني ، لا يَجُوزُ أَكْثَرُ من سَنَةٍ ؛ لأنَّ الحَاجَةَ لا تَدْعُو إلى أَكْثَرِ مِنْهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قال : لَهُ قَوْلٌ ثَالِثٌ ، أَنَّهَا لا تَجُوزُ أَكْثَرُ من ثَلَاثِينَ سَنَةً ؛ لأنَّ الغالبَ أَنَّ الأَعْيَانَ لا تَبْقَى أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَتَتَغَيَّرُ الأَسْعَارُ والأَجْرُ . ولنا ، قولُ اللهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عن شُعَيْبٍ عليه السَّلَامُ ، أَنَّهُ قال : ﴿ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَثْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ، وَشَرَعُ مِنْ قَبْلُنَا شَرَعٌ لَنَا ما لَمْ يَقُمْ على نَسْخِهِ دَلِيلٌ . ولأنَّ ما جازَ العَقْدُ عَلَيْهِ سَنَةً ، جازَ أَكْثَرُ مِنْهَا ، كَالْبَيْعِ .

(٩) في الأصل : « ذكراه » . وفي م : « ذكروه » .

(١٠) سورة القصص ٢٧ .

(١١) في الأصل : « أطلقا » .

(١٢) سقط من : الأصل .

والتكاح والمساقاة ، والتقديرُ بسنة / وثلاثين ، تحكّم لا دليل عليه ، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه أو نقصانٍ منه . وإذا استأجره سنين ، لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كل سنة ، في ظاهر كلام أحمد ، كالأستأجر سنة لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل شهر ، بالاتفاق . ولو استأجر شهراً ، لم يفتقر إلى تقسيط أجر كل يوم . ولأن المنفعة كالأعيان في البيع ، ولو اشتملت الصفقة على أعيان ، لم يلزمه تقدير ثمن كل عين ، كذلك ههنا . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه كقولنا ، وفي الآخر : يفتقر إلى تقسيط أجر كل سنة ؛ لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فلا تأمن^(١٣) أن يفسخ العقد ، فلا يعلم بم يرجع . وهذا يبطل بالشهور ؛ فإنه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها ، مع الاحتمال الذي ذكروه .

فصل : والإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن يعقدها على مدة . والثاني ، أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخطاطة قميص ، وحمل إلى موضع معين . فإذا كان المستأجر مما له عمل كالحيوان ، جاز فيه الوجهان ؛ لأن له عملاً تتقدر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل كالدار والأرض ، لم يجز إلا على مدة . ومتى تقدّرت المدة ، لم يجز تقدير العمل . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ؛ لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة ، فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، 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 غرر أمكن التحرز عنه ، ولم يوجد مثله في محل الوفاق ، فلم يجز العقد معه . وروى عن أحمد ، في من ائتمن دابة إلى موضع ، على أن يدخله في ثلاث ، فدخله في سبت ، فقال : قد أضرت به . فقيل : يرجع عليه بالقيمة ؟ قال : لا ، يُصالحه . وهذا يدل على جواز تقديرهما جميعاً . وهو قول أبي يوسف ، ومحمد بن

(١٣) في ب ، م : « يأمن » .

الحَسَنِ ؛ لأنَّ الإِجَارَةَ مَعْقُودَةٌ عَلَى الْعَمَلِ ، وَالْمُدَّةُ مَذْكُورَةٌ لِلتَّعْجِيلِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ^(١٤) ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا فَرَّغَ الْعَمَلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ الْعَمَلُ فِي بَقِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَفَى مَا عَلَيْهِ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ آخَرَ ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ قَبْلَ الْعَمَلِ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَمْ يَفِ لَهُ بِشَرْطِهِ . وَإِنْ رَضِيَ بِالْبَقَاءِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَجِيرُ الْفَسْخَ ؛ لِأَنَّ الْإِخْلَالَ بِالشَّرْطِ مِنْهُ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ وَسِيلَةً لَهُ إِلَى الْفَسْخِ ، كَمَا لَوْ تَعَدَّرَ آدَاءُ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي وَقْتِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْفَسْخَ ، وَيَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ . فَإِنْ اخْتَارَ إِمضَاءَ الْعَقْدِ ، طَالَبَهُ بِالْعَمَلِ لَا غَيْرَ ، كَالْمُسْلِمِ^(١٥) إِذَا صَبَّرَ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَى حِينِ وُجُودِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ قَبْلَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنَ الْعَمَلِ ، سَقَطَ الْأَجْرُ وَالْعَمَلُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْفَسَخَ ، فَسَقَطَ الْمُسَمَّى ، وَرَجَعَ إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ .

فصل : وَمِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً إِلَى الْعِشَاءِ ، فَأَخِرُ الْمُدَّةُ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : آخِرُهَا زَوَالُ الشَّمْسِ ؛ لِأَنَّ الْعِشَاءَ آخِرُ النَّهَارِ ، وَآخِرُ النَّهَارِ النُّصْفُ الْآخِرُ مِنَ الزَّوَالِ ، وَلِذَلِكَ جَاءَ فِي حَدِيثِ ذِي الْيَدَيْنِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : صَلَّى بِنَا النَّبِيِّ ﷺ إِحْدَى صَلَاتِي الْعِشَاءِ يَعْنِي^(١٦) الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ^(١٦) . هَكَذَا تَفْسِيرُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ ﴾^(١٧) يَعْنِي الْعَتَمَةَ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْلَا أَنْ أَشَقُّ عَلَى أُمَّتِي لِأَخْرَثُ الْعِشَاءَ إِلَى ثَلَاثِ اللَّيْلِ »^(١٨) . وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ ، لِأَنَّ هَذِهِ

(١٤) فِي ب : « يَمْتَنِعُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَكَالْمُسْلِمِ » .

(١٦ - ١٦) فِي الْأَصْلِ : « صَلَاةُ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ » .

وَتَقَدَّمَ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي : ٤٠٤/٢ .

(١٧) سُورَةُ النُّورِ ٥٨ . وَلَمْ يَرِدْ فِي ب ، م : ﴿ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ ﴾ .

(١٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي : ٤٢/٢ .

الصَّلَاةُ تُسَمَّى ^(١٩) الْعِشَاءَ الْآخِرَةَ ، فدلَّ ^(٢٠) على أَنَّ / الأُولَى الْمَغْرِبُ ، وهو في العَرَفِ كذلك ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جُعِلَتْ إِلَى وَقْتٍ تَعَلَّقَتْ بِأَوَّلِهِ ، كَمَا لَوْ جَعَلَهَا إِلَى اللَّيْلِ . وما ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعِشَاءِ غَيْرُ لَفْظِ الْعِشَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ الْاِخْتِجَاعُ بِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، حَتَّى يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَعْنَى اللَّفْظَيْنِ وَاحِدٌ . ثم لَوْ ثَبَتَ أَنَّ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ ، غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَعْرِفُونَهُ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ . وكذلك الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا اكْتَرَاهَا إِلَى الْعِشَاءِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَعْرِفُونَ غَيْرَ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى اللَّيْلِ ، فَهِيَ إِلَى أَوَّلِهِ ، وكذلك إِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى النَّهَارِ ، فَهِيَ إِلَى أَوَّلِهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَدْخُلَ اللَّيْلُ فِي الْمُدَّةِ الْأُولَى ، وَالنَّهَارُ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي ^(٢١) مُدَّةِ الْخِيَارِ ^(٢٢) ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا نَهَارًا فَهِيَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا لَيْلَةً ، فَهِيَ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ ، فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ : ﴿ سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ ﴾ ^(٢٣) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفْتُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ ثم قَالَ : ﴿ فَالآنَ بَاشِرُوهُمْ وَأَبْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢٤) .

فصل : وَإِنْ اكْتَرَى فُسْطَاطًا إِلَى مَكَّةَ ، وَلَمْ يَقُلْ مَتَى أُخْرَجُ ^(٢٥) ، فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا ،

= وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ وَقْتِ الْعِشَاءِ وَتَأْخِيرِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ وَمَوَاضِعِ الصَّلَاةِ .

صحيح مسلم ٤٤٢/١ .

(١٩) فِي ب زِيَادَةِ : « بِصَلَاةٍ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « فَيَدُلُّ » .

(٢١ - ٢٢) فِي الْأَصْلِ : « هَذِهِ الْأَخْبَارُ » .

(٢٢) سُورَةُ الْقَدْرِ ٥ .

(٢٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٨٧ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بِخِلَافِ الْقِيَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُدَّةٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ الْإِتْدَاءِ ، فَلَمْ يَجِزْ ، كَمَا لَوْ (٢٥) قَالَ :
أَجْرُكَ ذَارِي مِنْ حِينَ يَخْرُجُ (٢٦) الْحَاجُّ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ . وَقَدْ اعْتَرَفُوا بِمُخَالَفَتِهِ
لِلدَّلِيلِ ، وَمَا ادَّعَوْهُ دَلِيلًا لَا نُسَلِّمُ كَوْنَهُ دَلِيلًا .

فصل : الحكم الثالث ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي عَوْضِ الْإِجَارَةِ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . لَا نَعْلَمُ فِي
ذَلِكَ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَوْضٌ فِي عَقْدٍ مُعَاوَضِيٍّ ، فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَالثَّمَنِ
فِي الْبَيْعِ ، وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَلْيُعْلِمْهُ
أَجْرَهُ » (٢٧) . وَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالرُّؤْيَةِ أَوْ بِالصَّفَةِ كَالْبَيْعِ سِوَاءً . فَإِنْ كَانَ الْعَوْضُ مَعْلُومًا
بِالْمُشَاهَدَةِ دُونَ الْقَدْرِ ، كَالصَّبْرَةِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، أَشْبَهُهُمَا الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ عَوْضٌ
مَعْلُومٌ يَجُوزُ بِهِ الْبَيْعُ ، فَجَازَتْ بِهِ الْإِجَارَةُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ قَدْرَهُ . وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ
قَدْ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بَعْدَ تَلْفِ الصَّبْرَةِ ، فَلَا يَدْرِي بِكُمْ يَرْجِعُ ، فَاشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ
كَعَوْضِ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْقَدْرِ فِي عَوْضِ
السَّلْمِ لَيْسَ بِشَرَطٍ ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ هُنَا أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْأَغْيَانِ ؛ لِأَنَّهَا
مُتَعَلِّقَةٌ بِعَيْنِ حَاضِرَةٍ ، وَالسَّلْمُ يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ ، فَاقْتَرَفَا ، وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا
فِي هَذَا الْفَصْلِ . .

و ٨٣/٥

فصل : وَكُلُّ مَا جَازَ ثَمَّنًا فِي الْبَيْعِ ، جَازَ عَوْضًا فِي الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ
أَشْبَهَ الْبَيْعَ . فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَوْضُ عَيْنًا وَمَنْفَعَةً أُخْرَى ، سِوَاءً كَانَ الْجِنْسُ
وَاحِدًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةِ (٢٨) أُخْرَى ، أَوْ مُخْتَلِفًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةِ عَيْدٍ ، قَالَ

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) أخرجه النسائي ، في : باب الثالث من الشروط في المزارعة والوثائق ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٢٩/٧
موقوفاً على أبي سعيد . والبيهقي ، في : باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... ، من كتاب الإجارة . سنن
البيهقي ١٢٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره ، من كتاب البيوع
والأقضية . المصنف ٣٠٣/٦ .

(٢٨) في ب زيادة : « دار » .

أحمد : لا بأس أن يكثرى بطعامٍ موصوفٍ معلومٍ . وبهذا كله قال الشافعي ، قال الله تعالى إخباراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِمَا نُنْفِئُ عَنْهُ بِغَيْرِ كَيْدٍ وَأَن نُّكَلِّمَ الْوَاهِلَ مِمَّا نُتَقَلِّمُونَ ﴾ . وقال أبو حنيفة ؛ فيما حكى عنه : لا تجوز إجارة دارٍ بسكنى أخرى ، ولا يجوز إلا^(٢٩) أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دارٍ بمنفعة بهيمة ؛ لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء . وكرة الثوري إجارة طعامٍ موصوفٍ . والصحيح جوازها ، وهو قول إسحاق ، وأصحاب الرأي ، وقياس قول الشافعي ؛ لأنه عوضٌ يجوز في البيع ، فجاز في الإجارة ، كالذهب والفضة . ومقاله أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير التسيئة ، ولو كانت تسيئة ما جاز في جنسين ؛ لأنه يكون بيعٌ دينٍ بدين .

فصل : ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمةً بجلدها ، لم يجز ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو ثخين أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً في الإجارة ، كسائر المجهولات . فإن سلخه بذلك ، فله أجر مثله . وإن استأجره لطرّح مئنة بجلدها ، فهو أبلغ في الفساد ؛ لأن جلد المئنة نجس لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملكاً . وإن فعل ، فله أجر مثله أيضاً .

فصل : ولو استأجر راعياً لعنمٍ بثلث درهماً وتسليها وصوفها وشعرها ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . نص عليه أحمد ، في رواية جعفر بن محمد النسائي^(٣٠) ؛ لأن الأجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضاً في البيع . وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل ، على أن يعلفها ويتحفظها^(٣١) ، وما ولدت من ولد

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) جعفر بن محمد النسائي ، روى عن الإمام أحمد أجزاءً سالحة ، ومسائل كثيرة ، وقتل بمكة ، في شيء من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . طبقات الخنابلة ١/١٢٤ .

(٣١) في الأصل : « ويحفظها » .

بينهما . فقال : أكره ذلك . وبه قال أبو (٣٢) أيوب ، وأبو حنيفة (٣٣) . ولا أعلم فيه مخالفاً ؛ وذلك لأن العوض مجهول معدوم ، ولا يدرى أيوجد أم لا ، والأصل عدمه ، ولا يصح أن يكون ثمنًا . فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل/ عليها ينصف ربحها . قلنا : إنما جازتم تشبيهاً بالمضاربة ؛ لأنها عين تسمى بالعمل ، فجاز اشتراط جزء من الثمء ، (٣٤) والمساقاة كالمضاربة ، وفي مسألتنا لا يمكن ذلك ؛ لأن الثمء (٣٤) الحاصل في العتم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك . وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة ، ينصفها ، أو جزء معلوم (٣٢) منها ، صح ؛ لأن العمل والأجر والمدة معلوم ، فصح ، كما لو (٣٥) جعل الأجر دراهم ، ويكون الثمء الحاصل بينهما بحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال ، فيكون له ثمأوه ، كما لو اشتراه .

فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمت ، وكانت على مدة ، ملك المستأجر المتافع المعقود عليها إلى المدة ، ويكون حذوئها على ملكه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تحدث على ملك المؤجر ، ولا يملكها المستأجر بالعقد ؛ لأنها معدومة ، فلا تكون مملوكة ، كالثمره والولد . ولنا ، أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجزها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها ، كما كان يملكه المؤجر ، فثبت أنها كانت مملوكة للمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر ، بخلاف الولد والثمره ، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها . وقولهم : إن المنافع

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في الأصل : « وأبو حنيفة » .

(٣٤ - ٣٤) سقط من : الأصل . وسقط من ب قوله : « والمساقاة » .

(٣٥) سقط من : م .

مَعْدُومَةٌ . قُلْنَا : هِيَ مُقَدَّرَةٌ الْوُجُودِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ مَوْرِدًا لِلْعَقْدِ ، وَالْعَقْدُ لَا يَرِدُ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ .

فصل : الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلًا ، كما يملك البائع الثمن بالبيع . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يملكها بالعقد ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يومًا بيومٍ ، إلا أن يشترط تعجيلها . قال أبو حنيفة : إلا أن تكون معينة ، كالثوب والعبد والدار ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَوْهَنْ أَجُورَهُنَّ ﴾ (٣٦) . فأمر بإيتائهن بعد الإرضاع (٣٧) ، وقال النبي ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أَنَا حَصْنُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤْفَهِ أَجْرَهُ » (٣٨) . فتوعّد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل . دلّ (٣٩) على أنها حالة الوجوب . وروى عنه عليه السلام أنه قال : « أُعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ » . رواه ابن ماجه (٤٠) ، ولأنه عوض لم يملك معوضه ، فلم يجب تسليمه ، كالعوض في العقد الفاسد ، فإن المنافع معدومة لم تملك ، ولو ملكت فلم يتسلمها ، لأنه يتسلمها شيئًا فشيئًا . فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد . ولنا ، أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة ، فيستحق بمطلق العقد ، كالثمن والصدّاق . أو نقول : عوض في عقد / يتعجل بالشرط ، فوجب أن يتعجل بمطلق العقد ، كالذي ذكرنا (٤١) . فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع (٤٢) ، أو تسليم نفسها ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِذَا

٨٤/٥ و

(٣٦) سورة الطلاق ٦ .

(٣٧) في ب ، م : « الأرضاع » .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣٩) في م : « فدل » .

(٤٠) في : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤١) في الأصل : « ذكره » .

(٤٢) في م : « الرضاع » .

قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴿٤٣﴾ . أى إذا أَرَدْتَ الْقِرَاءَةَ .
ولأنَّ هَذَا تَمَسُّكَ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ ، وَلَا يَقُولُونَ بِهِ ، وَكَذَلِكَ الْحَدِيثُ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الْأَمْرَ بِالْإِيْتَاءِ فِي وَقْتٍ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَهُ قَبْلَهُ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ ﴾ ﴿٤٤﴾ . وَالصَّدَاقُ يَجِبُ قَبْلَ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ عَنِ
الْحَدِيثِ ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِنَّمَا تَوَعَّدَ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ﴿٤٥﴾ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ ، وَقَدْ
قُلْتُمْ : يَجِبُ الْأَجْرُ شَيْئًا فَشَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ تَوَعَّدَهُ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ﴿٤٥﴾ فِي الْوَقْتِ
الَّذِي تَتَوَجَّهُ الْمُطَالَبَةُ فِيهِ عَادَةً . جَوَابٌ آخَرُ ، أَنَّ الْآيَةَ وَالْأَخْبَارَ إِنَّمَا وَرَدَتْ فِي مَنْ
اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ ، فَأَمَّا مَا وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ فِيهِ عَلَى مُدَّةٍ ، فَلَا تَعْرُضُ ﴿٤٦﴾ لَهَا بِهِ ، وَأَمَّا
إِذَا كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَإِنَّ الْأَجْرَ يُمَلِّكُ بِالْعَقْدِ أَيْضًا ، لَكِنْ لَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا عِنْدَ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : مَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ
عِنْدَ إِيْفَاءِ الْعَمَلِ ، وَإِنْ اسْتَوْجَرَ فِي كُلِّ يَوْمٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فَلَهُ أَجْرُ كُلِّ يَوْمٍ عِنْدَ تَمَامِهِ .
وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الْأَجْرُ يُمَلِّكُ بِالْعَقْدِ ، وَيُسْتَحَقُّ بِالتَّسْلِيمِ ، وَيَسْتَقَرُّ بِمُضِيِّ
الْمُدَّةِ ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِهِ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ عَوْضٌ ، فَلَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا مَعَ تَسْلِيمِ الْمُعْوَضِ ، كَالصَّدَاقِ وَالثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ ، وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ عَلَى الْأَعْيَانِ ؛
لِأَنَّ تَسْلِيمَهَا جَرَى ﴿٤٧﴾ مَجْرَى تَسْلِيمِ نَفْعِهَا ، وَمَتَى كَانَ ﴿٤٨﴾ عَلَى مَنَفَعَةٍ فِي الذَّمَّةِ ، لَمْ
يَحْصُلْ تَسْلِيمُ الْمَنَفَعَةِ ، وَلَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا ﴿٤٩﴾ ، فَتَوَقَّفَ ﴿٥٠﴾ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ
عَلَى تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَمَلِكِ الْمَنَافِعَ . قَدْ سَبَقَ الْجَوَابُ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ :

(٤٣) سورة النحل ٩٨ .

(٤٤) سورة النساء ٢٤ .

(٤٥ - ٤٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٦) في الأصل : « يتعرض » .

(٤٧) في الأصل : « أجرى » .

(٤٨) في الأصل : « كانت » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) في الأصل : « فيتوقف » .

فإنَّ الْمُؤَجَّرَ إِذَا قَبِضَ الْأَجْرَ ، انْتَفَعَ بِهِ كُلَّهُ ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْصُلُ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ كُلِّهَا . قُلْنَا : لَا يَمْتَنِعُ هَذَا ، كَمَا لَوْ شَرَطْنَا^(٥١) التَّعْجِيلَ ، أَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَيْنًا .

فصل : الحكم السادس ، أنه إذا شرط تأجيل الأجر ، فهو إلى أجله ، وإن شرطه مُنْجَمًا يَوْمًا يَوْمًا ، أَوْ شَهْرًا شَهْرًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ ، فَهُوَ عَلَى مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِجَارَةَ الْعَيْنِ كَبَيْعَهَا ، وَيَبْعُهَا يَصِحُّ بِثَمَنِ حَالٍ أَوْ مُؤَجَّلٍ ، فَكَذَلِكَ إِجَارَتُهَا .

فصل : وإذا استوفى المستأجر المنافع ، استقر الأجر ؛ لأنه قبض المعقود عليه ، فاستقر عليه البدل ، كالمقبض المبيع . وإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها / ، ومضت المدة ، ولا حاجز له عن الانتفاع ، استقر الأجر وإن لم ينتفع ؛ لأنَّ المعقود عليه تلف تحت يده ، وهى حقه ، فاستقر عليه بدلها ، كتمن المبيع إذا تلف في يد المشتري . وإن كانت الإجارة على عمل ، فتسلم المعقود عليه ، ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها ، مثل أن يكثرى دابة ليركبها إلى حمص ، فقبضها ، ومضت مدة يمكن ركبها فيها ، فقال أصحابنا : يستقر عليه الأجر . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ المنافع تلفت تحت يده باختياره ، فاستقر الضمان عليه ، كالمقبض العين في يد المشتري ، وكالمقبض الإجارة على مدة فمضت . وقال أبو حنيفة : لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفى المنفعة ؛ لأنه عقد على منفعة غير موقته بزمن ، فلم يستقر بدلها^(٥٢) قبل استيفائها ، كالأجر للأجير^(٥٣) المشترك . فإن بدل تسليم العين ، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة . استقر الأجر عليه ؛ لأنَّ المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة ، فاستقر عليه الأجر ، كالمقبض في يده . وإن بدل تسليم العين ، وكانت الإجارة على عمل ، فقال أصحابنا : إذا مضت مدة يمكن

(٥١) في الأصل : « شرط » .

(٥٢) في الأصل زيادة : « كالمقبض » .

(٥٣) في الأصل : « في الأجير » .

الاستيفاء فيها ، استقرَّ عليه الأجر . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنَّ المنافع تَلَفَتْ باختياره . وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه . وهو أصحُّ عندى ؛ لأنَّه عقْدٌ على ما فى الذمَّة ، فلم يستقرَّ عوضه ببذل التَّسليم ، كالمُسلم فيه ، ولأنَّه عقْدٌ على منفعةٍ غير موقَّعة بزمن ، فلم يستقرَّ عوضها بالبذل ، كالصِّدَاق إذا بدلت تَسليمَ نفسها وامتنع الزوج من أخذها . وإن كان هذا فى إجارةٍ فاسدةٍ ، ففيما إذا عرَضها على المُستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه ؛ لأنَّها لم تُتلف تحت يده ، ولا فى ملكه . وإن قبضها ، ومضت المدة ، أو مدة يُمكن^(٥٤) استيفاء المنفعة فيها أو لا يُمكن ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، عليه أجر المثل لمُدَّة بقائها فى يده ، وهو قول الشافعي ؛ لأنَّ المنافع تَلَفَتْ تحت يده بعوض لم يُسلم له ، فرجع إلى قيمتها ، كما لو استوفأها . والثانية ، لا شىء له . وهو قول أبى حنيفة ؛ لأنَّه عقْدٌ فاسدٌ على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها ، كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة فى العقد الفاسد ، فعليه أجر المثل . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب أقلُّ الأمرين ، من المُسمى أو أجر المثل ، بناءً منه على أنَّ المنافع لا تُضمَّن إلا بالعقد . ولنا ، أن ما ضمِّن بالمسمى فى العقد / الصحيح ، وجب ضمَّانهُ بجميع القيمة فى الفاسد ، كالأعيان . وما ذكره لا نُسلمُهُ . والله أعلم .

و ٨٥/٥

٨٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى كُلِّ شَهْرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ ، إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى كُلِّ شَهْرٍ)

وجملة ذلك أنه إذا قال : أجرْتُك هذا كلَّ شهرٍ بدينهم . فاختلَف أصحابنا ، فذهب القاضى إلى أن الإجارة صحيحة . وهو المنصوص عن أحمد ، فى رواية ابن منصور ، واختيار الخرقى ، إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد ؛ لأنَّه معلومٌ بلى العقد ، وله أجرٌ معلومٌ ، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتَّسليم

(٥٤) سقط من : الأصل .

به^(١) ، وهو السُّكْنَى في الدَّارِ إِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى دَارٍ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ حَالُ العَقْدِ ، فَإِذَا تَلَبَّسَ بِهِ ، تَعَيَّنَ بِالدُّخُولِ فِيهِ ، فَصَحَّ بِالعَقْدِ الأوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَبَّسْ بِهِ ، أَوْ فَسَخَ العَقْدَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الأوَّلِ ، انْفَسَخَ . وَكَذَلِكَ حُكْمُ كُلِّ شَهْرٍ يَأْتِي^(٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ نَحْوُ هَذَا ، إِلاَّ أَنَّ الإِجَارَةَ لَا تَكُونُ لِأَزْمَةٍ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ مُتَقَدِّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الأَجْرِ ، فَلَا يَخْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ المُدَّةِ إِلاَّ فِي اللُّزُومِ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ العَزِيزِ بنُ جَعْفَرٍ ، وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابنُ حَامِدٍ ، أَنَّ العَقْدَ بِاطِّلٍ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالصَّحِيحُ مِنْ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ اسْمٍ لِلْعَدَدِ ، فَإِذَا لَمْ يُقَدَّرْ كَانَ مَبْهُمًا^(٣) مَجْهُولًا ، فَيَكُونُ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَجْرُكَ مُدَّةٌ أَوْ شَهْرًا^(٤) . وَحَمَلَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي هَذَا عَلَى أَنَّ الإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى أَشْهُرٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اسْتَقَى لِرَجُلٍ مِنَ اليَهُودِ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَكَلَ^(٦) مِنْهُ . قَالَ عَلِيٌّ : كُنْتُ أَذْلُو الذَّلْوَ بِتَمْرَةٍ وَأَشْتَرِطُهَا جِلْدَةً . وَعَنْ رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ أَنَّهُ قَالَ لِيَهُودِيٍّ : اسْقَى نَحْلَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، كُلُّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وَأَشْتَرِطَ الأَنْصَارِيُّ أَنْ لَا يَأْخُذَهَا حَلْدِرَةٌ^(٧) وَلَا تَارِزَةٌ^(٨) وَلَا حَشْفَةٌ^(٩) ، وَلَا يَأْخُذُ إِلاَّ جِلْدَةً . فَاسْتَقَى بِنَحْوِ مِنْ صَاعَيْنِ ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ »^(١٠) . وَهُوَ نَظِيرٌ مَسْأَلَتِنَا . وَلِأَنَّ شُرُوعَهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، مَعَ مَا تَقَدَّمَ فِي العَقْدِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « أتى » .

(٣) في الأصل : « فيها » .

(٤) في الأصل : « أشهرًا » .

(٥) في الأصل زيادة : « معلومة » .

(٦) في ب ، م : « يأكل » .

(٧) الحلدرة : التي تقع من النخل قبل نضجها .

(٨) التارزة : اليابسة .

(٩) الحشف : أردأ التمر .

(١٠) الأول تقدم ترجمته في : ٢٠٨/٦ .

والثاني أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه

من الاتفاق على تقدير أجره ، والرضى ببذله به ، جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها . فعلى هذا ، متى ترك التلبس به في شهر ، لم تثبت الإجارة فيه ؛ لعدم العقد . وإن فسح ، فكذلك ، وليس بفسح في الحقيقة / ؛ لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت^(١١) . فأما أبو حنيفة ، فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني ، فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد . وهو عذر غير صحيح ؛ لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ، ولا يضمن بالمسمى ، ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه . وقول مالك لا يصح ؛ لأن الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

فصل : إذا قال : أجرتك دارى عشرين شهرا ، كل شهر بدرهم . جاز ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المدة معلومة ، وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسح بحال ؛ لأنها مدة واحدة ، فأشبهه مالو قال : أجرتك عشرين شهرا ، بعشرين درهما . وإن قال : أجرتكها شهرا بدرهم ، وما زاد في حساب ذلك . صح في الشهر الأول ، لأنه أفرده بالعقد ، وبطل في الزائد ؛ لأنه مجهول . ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به ، كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم .^(١٢) لأن معناهما واحد . ولو قال : أجرتكها هذا الشهر بدرهم^(١٣) . وكل شهر بعد ذلك بدرهم . أو قال : بدرهمين . صح في الأول ، وفيما بعده وجهان .

فصل : الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسحها . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازما ، كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلام باسم ، وسواء كان له عذر أو لم يكن . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور .

(١١) في الأصل : « ثبت » .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

وقال أبو حنيفة، وأصحابه: يَجُوزُ لِلْمُكْتَرِي فَسْخُهَا لِعُذْرٍ فِي نَفْسِهِ ، مثل أن يَكْتَرِيَ جَمَلًا لِيُحِجَّ عَلَيْهِ ، فَيَمْرُضَ ، فَلَا يَتِمَّ كُنُ مِنَ الْخُرُوجِ ، أَوْ تَضْيَعُ نَفَقَتَهُ ، أَوْ يَكْتَرِيَ دُكَّانًا لِلْبَيْزِ ، فَيَحْتَرِقُ مَتَاعَهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْعُذْرَ يَتَعَدَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ، فَمَلَكَ بِهِ الْفَسْخُ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَأَبَقَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَجُوزُ فَسْخُهِ ^(١٣) مَعَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ^(١٢) لِغَيْرِ عُذْرٍ ، فَلَمْ يَجْزُ لِعُذْرٍ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ فَسْخُ لِعُذْرِ الْمُكْتَرِي ، لَجَازَ لِعُذْرِ الْمُكْرِي ، تَسْوِيَةً بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَدَفْعًا لِلضَّرْرِ عَنْ كُلِّ ^(١٤) وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِدَيْنِ ، وَلَمْ يَجْزُ ثُمَّ ، فَلَا يَجُوزُ هُنَا ، وَيُفَارِقُ الْإِبَاقَ ، فَإِنَّهُ عُذْرٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

٨٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً بِعَيْنِهَا ، قَبَدَا لَهُ قَبْلَ تَقْضِيهَا ، فَقَدْ لَزِمَتْهُ الْأَجْرَةُ كَامِلَةً ^(١))

وجملته أن الإجارة عقد لازم، يقتضى تمليك المؤجر الأجر، والمستأجر المنافع، فإذا فسخ المستأجر / الإجارة قبل انقضاء مدتها، وترك الانتفاع اختياراً منه، لم تنفسخ الإجارة، والأجر لازم له، ولم يزل ملكه عن المنافع، كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: رجل اشترى بعيراً، فلما قدم المدينة، قال له: فاسحني. قال: ليس ذلك له، قد لزمه الكراء. قلت: فإن مرض المستكرى بالمدينة؟ فلم يجعل له فسحاً؛ وذلك لأنه عقد لازم من ^(٢) الطرفين، فلم يملك أحد المتعاقدين فسحه. وإن فسح، لم يسقط العوض الواجب عليه، كالبيع.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة إجارة العقار، قال ابن المنذر: أجمع

(١٣ - ١٣) سقط من: الأصل، ب.

(١٤) سقط من: الأصل.

(١) سقط من: الأصل، ب.

(٢) في م: بين .

كُلٌّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ اسْتِجَارَ الْمَنَازِلِ وَالذُّوَابِ جَائِزٌ . وَلَا تَجُوزُ
 إِجَارَتُهَا إِلَّا فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَلَا بَدَأَ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ وَتَحْدِيدِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا
 إِلَّا بِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ إِطْلَاقُهُ ، وَلَا وَصْفُهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِذَا
 ضَبِطَ بِالصَّفَةِ ، أَجْزَأُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ خِيَارُ الرَّوْيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي الْبَيْعِ .
 وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ ، وَالْخِلَافُ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْبَيْعِ ،
 وَ لَمْ يَكْتَفِ بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إِلَّا^(٣) بِالرَّوْيَةِ ، كَمَا لَا يُعْلَمُ فِي الْبَيْعِ إِلَّا
 بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ دَارًا أَوْ حَمَامًا ، احْتِيَاجٌ إِلَى مُشَاهَدَةِ الْبَيْوتِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ
 بِصِعْرِهَا وَكِبَرِهَا وَمَرَافِقِهَا ، وَمُشَاهَدَةِ قَدْرِ الْحَمَامِ لِيَعْلَمَ كِبَرَهَا مِنْ صِعْرِهَا ، وَمَعْرِفَةَ
 مَاءِ الْحَمَامِ إِمَّا مِنْ قَنَاقَةٍ أَوْ مِنْ^(٤) بَيْتٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ بَيْتٍ احْتِيَاجٌ إِلَى مُشَاهَدَتِهَا ؛ لِيَعْلَمَ
 عُمُقَهَا وَمُؤَنَةَ اسْتِسْقَاءِ الْمَاءِ مِنْهَا ، وَمُشَاهَدَةَ الْأَثُونِ ، وَمُطَّرِحِ الرَّمَادِ ، وَمَوْضِعِ
 الرَّبْلِ ، وَمَصْرِيفِ مَاءِ الْحَمَامِ ، فَمَتَى أَحَلَّ بِهَذَا أَوْ بَعْضِهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِلْجِهَالَةِ بِمَا
 يَخْتَلِفُ الْعَرَضُ بِهِ .

فصل : وكره أحمد كراء الحمام . وسئل عن كرائه ، فقال : أخشى . فقيل له :
 إِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُكْتَرِي أَنْ لَا يَدْخُلَهُ أَحَدٌ بغيرِ إِزَارٍ . فقال : وَمَنْ يَضْبِطُ هَذَا ؟ وَكَأَنَّهُ
 لَمْ يُعْجِبْهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْكَرَاهَةِ تَنْزِيهًا لَا تَحْرِيْمًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَدُّو فِيهِ
 عَوْرَاتُ النَّاسِ ، فَتَحْصُلُ الْإِجَارَةُ عَلَى فِعْلِ مَحْظُورٍ ، فَكَرَهُهُ لِذَلِكَ ، فَأَمَّا الْعَقْدُ
 فَصَحِيحٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ كُلٌّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ
 مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ كِرَاءَ الْحَمَامِ جَائِزٌ ، إِذَا حَدَّدَهُ ، وَذَكَرَ جَمِيعَ آيَتِهِ ، شُهُورًا
 مُسَمَّاةً . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْمُكْتَرِيَّ
 إِنَّمَا يَأْخُذُ الْأَجْرَ عَوَضًا عَنْ دُخُولِ الْحَمَامِ وَالْأَغْتِسَالِ بِمَائِهِ ، وَأَحْوَالِ الْمُسْلِمِينَ

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب ، م .

مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّلَامَةِ ، وَإِنْ وَقَعَ مِنْ بَعْضِهِمْ فِعْلٌ مَا لَا يَجُوزُ ، لَمْ يَحْرُمِ الْأَجْرُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ اكْتَرَى دَارًا يَسْكُنُهَا ، فَشَرِبَ فِيهَا خَمْرًا .

٨٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَتَصَرَّفُ مَالِكُ الْعَقَارِ فِيهِ إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى الْمُدَّةِ)

وجملته أن المُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِالْعَقْدِ ، كَمَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِالْبَيْعِ ، وَيُزْوَلُ مِلْكُ الْمُؤَجِّرِ عَنْهَا ، كَمَا يُزْوَلُ مِلْكُ الْبَائِعِ عَنِ الْمَبِيعِ ، « فَلَإِنْ جُوزَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَبِيعِ ^(١) ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهَا نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي حَالِ بَدَا لِلْمُسْتَأْجِرِ ^(٢) قَبْلَ تَقْضَى الْمُدَّةِ مِثْلَ أَنْ يَكْتَرِيَ دَارًا سَنَةً فَيَسْكُنُهَا شَهْرًا وَيَتْرُكُهَا ، فَيَسْكُنُهَا الْمَالِكُ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، أَوْ يُؤَجِّرُهَا لِغَيْرِهِ ، اِحْتِمَالٌ أَنْ يَنْفَسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا اسْتَوْفَاهُ الْمَالِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ ^(٣) فِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُكْتَرِي لَه ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ الْمَكِيلُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، وَسَلَّمَ بَاقِيَهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ دُونَ بَعْضٍ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي قَدَرِ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ دُونَ مَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَيَكُونُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مَا بَقِيَ ، فَلَوْ سَكَنَ الْمُسْتَأْجِرُ شَهْرًا ، وَتَرَكَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ عَشْرَةَ أَشْهُرٍ ، لَزِمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرَ شَهْرَيْنِ . وَإِنْ سَكَنَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ شَهْرَيْنِ ، ثُمَّ تَرَكَهَا ، فَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزِمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرَ جَمِيعِ الْمُدَّةِ ، وَلَهُ عَلَى الْمَالِكِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِمَا سَكَنَ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ بِقِسْطٍ ^(٤) ذَلِكَ مِمَّا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مِنَ الْأَجْرِ ، وَيَلْزِمُهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيمَا مَلَكَهُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي لَه ، وَقَبْضُ الدَّارِ هُنَا قَامَ مَقَامَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَنَافِعِ بِالسُّكْنَى وَالْإِجَارَةَ وَغَيْرَهَا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ الْوَاجِبُ عَلَى

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : « المستأجر » .

(٣) في الأصل : « تصرف » .

(٤) في الأصل : « يقسط » .

المالِك بِقَدْرِ المُسَمَّى فِي العَقْدِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَى المُسْتَأْجِرِ شَيْءٌ ، وَإِنْ فَضَلَتْ مِنْهُ فَضْلَةٌ ، لَزِمَ المَالِكُ أَدَاؤُهَا إِلَى المُسْتَأْجِرِ ، والأوَّلُ أَوْلَى ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَإِنْ تَصَرَّفَ المَالِكُ قَبْلَ تَسْلِيمِ^(٥) العَيْنِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهَا حَتَّى انقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ العَاقِدَ قَدْ^(٦) أَتْلَفَ المَعْقُودَ عَلَيْهِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، فَانْفَسَخَ العَقْدُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ طَعَامًا فَأَتْلَفَهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ . وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ المُدَّةِ / ، انْفَسَخَتْ فِيهَا مَضَى ، وَيَجِبُ أَجْرُ البَاقِي بِالحِصَّةِ ، كَالْمَبِيعِ إِذَا سَلَّمَ بَعْضَهُ وَأَتْلَفَ بَعْضًا .

٨٩٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ حَوَّلَهُ المَالِكُ قَبْلَ تَقْضِي المُدَّةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ^(١) لِمَا سَكَنَ)

يَعْنِي إِذَا اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً ، فَسَكَنَهُ بَعْضَ المُدَّةِ ، ثُمَّ أَخْرَجَهُ المَالِكُ ، وَمَنَعَهُ تَمَامَ السُّكْنَى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الأَجْرَةِ . وَقَالَ أَكْثَرُ الفُقَهَاءِ : لَهُ أَجْرٌ مَا سَكَنَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مِلْكًا غَيْرَهُ عَلَى سَبِيلِ المَعَاوَضَةِ ، فَلَزِمَهُ عِوَضُهُ كَالْمَبِيعِ إِذَا اسْتَوْفَى بَعْضَهُ ، وَمَنَعَهُ المَالِكُ بَقِيَّتَهُ ، وَكَأَنَّ^(٢) لَوْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ البَاقِي لِأَمْرٍ غَالِبٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَا عَقَدَ الإِجَارَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ شَيْئًا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ لَهُ^(٣) كِتَابًا^(٤) إِلَى مَوْضِعٍ ، فَحَمَلَهُ بَعْضَ الطَّرِيقِ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْفِرَ لَهُ عِشْرِينَ ذِرَاعًا . فَحَفَرَ لَهُ عَشْرًا ، وَامْتَنَعَ مِنْ حَفْرِ البَاقِي . وَقِيَاسُ الإِجَارَةِ عَلَى الإِجَارَةِ أَوْلَى مِنْ قِيَاسِهَا عَلَى البَيْعِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا امْتَنَعَ لِأَمْرٍ غَالِبٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ عُذْرًا . وَالحُكْمُ فِي مَنْ أَكْثَرَى دَابَّةً ، فَامْتَنَعَ المُكْرَى مِنْ

(٥) فِي ب ، م : « تَسَلَّمَ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ .

(١) فِي الأَصْلِ : « أَجْرَهُ » .

(٢) فِي ب ، م : « كَمَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م :

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

تَسْلِيمِهَا فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجَرَ نَفْسِهِ أَوْ عَبْدَهُ لِلْخِدْمَةِ مُدَّةً ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِهَا ، أَوْ أَجَرَ نَفْسَهُ لِإِنْبَاءِ حَائِطٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ حَفْرِ بئرٍ ، أَوْ حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِ الْعَمَلِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْعَقَارِ يَمْتَنِعُ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا هَرَبَ الْأَجِيرُ ، أَوْ شَرَدَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ أَخَذَ الْمُؤَجَّرُ الْعَيْنَ وَهَرَبَ بِهَا ، أَوْ مَنَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ هَرَبٍ ، لَمْ تَنْفَسِحِ الْإِجَارَةُ ، لَكِنْ يُثْبِتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارَ الْفَسْخِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، انْفَسَحَتِ الْإِجَارَةُ ^(٥) بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ يَوْمًا فَيَوْمًا . فَإِنْ عَادَتِ الْعَيْنُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا . فَإِنْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، انْفَسَحَتِ الْإِجَارَةُ ؛ لِفَوَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الدِّمَّةِ ، كَخِيَاطَةِ تَوْبٍ ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتَوْجَرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُهُ ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي شَيْءٍ فَهَرَبَ ، اتَّبَعَ مِنْ مَالِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ . فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، وَصَبَرَ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَيْهِ ، فَلَهُ مُطَابَقَتُهُ بِالْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الدِّمَّةِ لَا يَفُوتُ بِهِرَبِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الْأَجِيرُ مِنْ الْعَمَلِ فِيهِ ، أَوْ مَنَعَ الْمُؤَجَّرُ الْمُسْتَأْجَرَ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ، إِذَا كَانَ بَعْدَ عَمَلِ الْبَعْضِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ فِيهِ ، عَلَى مَا سَبَقَ ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْعَيْنَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، أَوْ يُتِمَّ الْعَمَلُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى مُدَّةٍ قَبْلَ فَسْخِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مَا عَمِلَ . فَأَمَّا إِنْ شَرَدَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُؤَجَّرِ ، فَلَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى بِكُلِّ حَالٍ .

ظ ٨٧/٥

٨٩٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ جَاءَ أَمْرٌ غَالِبٌ ، يَخْجِزُ الْمُسْتَأْجَرَ عَنِ الْمَنْفَعَةِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، لَزِمَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِمِقْدَارِ مُدَّةِ انْتِفَاعِهِ)

(١) وَجَمَلْتُهُ أَنَّ مِنْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا مُدَّةً ، فَحِيلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَقْسَامٍ ثَلَاثَةٍ :

أَحَدُهَا ، أَنْ تَتَلَفَ الْعَيْنُ ^(١) ، كَدَابَّةٍ تَنْفُقُ ، أَوْ عَبْدٍ يَمُوتُ ، فَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أضرب : أحدها ، أن تَتَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخُ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعَلَمَهُ ؛
لأنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفٌ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ الطَّعَامُ الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . والثاني ،
أن تَتَلَفَ عَقِيبَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخُ أَيْضًا ، وَيَسْقُطُ الْأَجْرُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ
الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا أَبَانُورٌ حُكِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يَسْتَقِرُّ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفٌ ^(١) بَعْدَ
قَبْضِهِ ، أَشْبَهَ الْمَبِيعَ . وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَبْضُهَا بِاسْتِيفَائِهَا ،
أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، وَلَمْ يَحْصُلْ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ تَلَفَهَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَيْنِ . الثالث ،
أن تَتَلَفَ بَعْدَ مَضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِيخُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَا
مَضَى ، وَيَكُونُ لِلْمُؤَجَّرِ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنْفَعَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ
إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ : إِذَا اكْتَرَى بَعِيرًا بَعَيْنِهِ ، فَتَفَقَّ الْبَعِيرُ ، يُعْطِيهِ بِحِسَابِ مَا رَكِبَ .
وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَدْ تَلَفَ بَعْضُهَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَبَطَلَ الْعَقْدُ
فِيمَا تَلَفَ دُونَ مَا قَبِضَ ، كَمَا اسْتَرَى صَبْرَتَيْنِ ، فَقَبِضَ إِحْدَاهُمَا ، وَتَلَفَتِ الْأُخْرَى
قَبْلَ قَبْضِهَا ، ثُمَّ نَظَرَ ؛ فَإِنْ كَانَ أَجْرُ الْمُدَّةِ مُتَسَاوِيًا ، فَعَلِيهِ بِقَدْرِ مَا مَضَى ، إِنْ كَانَ
قَدْ مَضَى النُّصْفُ ، فَعَلِيهِ نِصْفُ الْأَجْرِ ، وَإِنْ كَانَ ^(٢) قَدْ مَضَى ^(٣) التُّلْثُ ، فَعَلِيهِ
التُّلْثُ ، كَمَا يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى الْمَبِيعِ الْمُتَسَاوِي . وَإِنْ كَانَ مُخْتَلِفًا ، كَدَارٍ أَجْرُهَا فِي
الشِّتَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَجْرِهَا ^(٤) فِي الصَّيْفِ ، وَأَرْضٍ أَجْرُهَا فِي الصَّيْفِ أَكْثَرُ مِنَ الشِّتَاءِ ، أَوْ
دَارٍ لَهَا مَوْسِمٌ ، كَدُورِ مَكَّةَ ، رُجِعَ فِي تَقْوِيمِهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ ، وَيُقَسَّمُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى
عَلَى حَسَبِ قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ ، ^(٥) كَقِسْمَةِ الثَّمَنِ ^(٥) عَلَى الْأَعْيَانِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي الْبَيْعِ ^(٦) .
وَكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة ، كبيع استأجره على حمل شيء إلى مكان
معيّن ، وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفّة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(٢) في م : « أتلّف » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) في ب : « كقيمة الأثمان » .

(٦) في الأصل : « المبيع » .

فصل : القسم الثاني ، أن يَحْدُثَ عَلَى الْعَيْنِ مَا يَمْنَعُ نَفْعَهَا ، كَدَارِ أَنْهَدَمَتْ ، وَأَرْضٍ غَرِقَتْ ، أَوْ انْقَطَعَ مَأْوَاهَا ، فَهَذِهِ يُنظَرُ فِيهَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَبْقَ فِيهَا نَفْعٌ أَصْلًا ، فَهِيَ كَالثَّالِفَةِ سِوَاءً ، وَإِنْ بَقِيَ فِيهَا نَفْعٌ غَيْرَ مَا اسْتَأْجَرَهَا لَهُ ، مِثْلُ أَنْ يُمَكِّنَ الْاِتِّفَاعُ بَعْرَصَةَ الدَّارِ وَالْأَرْضُ / لِوَضْعِ حَطَبٍ فِيهَا ، أَوْ نَصْبِ خَيْمَةٍ فِي الْأَرْضِ الَّتِي اسْتَأْجَرَهَا لِلزَّرْعِ ، أَوْ صَيْدِ السَّمَكِ مِنَ الْأَرْضِ الَّتِي غَرِقَتْ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي وَقَعَ عَلَيْهَا الْعَقْدُ تَلَفَتْ ، فَانْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ دَابَّةً لِزَيْرٍ كَبَّهَا ، فَرَمَتْ بِحَيْثُ لَا تَصْلُحُ إِلَّا لِتَدْوَرَّ فِي الرَّحَى . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي الْأَرْضِ الَّتِي يَنْقَطِعُ مَأْوَاهَا : لَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ فِيهَا . وَهُوَ مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَمْ تَبْطُلْ جُمْلَةً ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْاِتِّفَاعُ بَعْرَصَةَ الْأَرْضِ بِنَصْبِ خَيْمَةٍ ، أَوْ جَمْعِ حَطَبٍ فِيهَا ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ نَقَصَ نَفْعُهَا مَعَ بَقَائِهِ . فَعَلِيَ هَذَا يُخَيَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْعَبْدِ إِذَا مَاتَ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْعَقْدِ ، فَعَلَيْهِ جَمِيعُ الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْبٌ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهِ ، سَقَطَ حُكْمُهُ . فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْفَسْخَ وَلَا الْإِمْضَاءَ ، إِمَّا لِجَهْلِهِ بِأَنَّ لَهُ الْفَسْخَ ، أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَهُوَ الْفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ غَيْرِ (٧) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُ انْفِسَاخَ الْعَقْدِ بِتَلَفِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا (٨) فِي الْبَيْعِ . وَلَوْ كَانَ النَّفْعُ الْبَاقِي فِي الْأَعْيَانِ (٩) مِمَّا لَا يَبَاحُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالْعَقْدِ ، كَدَابَّةٍ اسْتَأْجَرَهَا لِلرُّكُوبِ فَصَارَتْ لَا تَصْلُحُ (١٠) إِلَّا لِلْحَمَلِ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْبَاقِيَةَ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهَا مَعَ سَلَامَتِهَا ، فَلَا يُمْكِنُهَا مَعَ تَعْيِيبِهَا ، كَبَيْعِهَا . وَأَمَّا إِنْ أُمَكِّنَ الْاِتِّفَاعُ بِالْعَيْنِ فِيمَا أَكْثَرَاهَا لَهُ ، عَلَى نَعْتٍ مِنَ الْقُصُورِ ، مِثْلُ أَنْ يُمَكِّنَهُ زَرْعُ الْأَرْضِ بِغَيْرِ مَاءٍ ، أَوْ كَانَ الْمَاءُ يَنْحَسِرُ عَنِ الْأَرْضِ الَّتِي غَرِقَتْ عَلَى وَجْهِ (١١) يَمْنَعُ بَعْضَ الزَّرَاعَةِ أَوْ يَسُوءُ (١٢) الزَّرْعَ ، أَوْ كَانَ يُمَكِّنُهُ سُكْنَى سَاحَةِ الدَّارِ ، إِمَّا فِي خَيْمَةٍ أَوْ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « عَيْن » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « كَالْأَعْيَانِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْعَيْن » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « تَنْفَع » .

(١١ - ١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَمْنَعُ بَعْضَ الْمُرَاعَةِ أَوْ يَسُقُ » .

غيرها ، لم تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا لَمْ تَزُلْ بِالْكَلْيَةِ ، فَأَشْبَهَ مَا (١٢) لَوْ تَعَيَّتْ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا فِي الدَّارِ إِذَا انْهَدَمَتْ ، فَإِنَّ فِيهَا وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدَهُمَا ، لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِخُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ اسْمُهَا بِهَدْمِهَا ، وَذَهَبَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي تُقْصَدُ مِنْهَا ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْتَأْجِرُ أَحَدٌ عَرَصَةَ دَارٍ لَيْسَ كُنْهَافًا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْحَادِثُ فِي الْعَيْنِ لَا يَضُرُّهَا ، كَعَرْقِ الْأَرْضِ بِمَاءٍ يَنْحَسِرُ فِي قُرْبِ (١٣) الزَّمَانِ ، لَا يَمْنَعُ الزَّرْعَ ، وَلَا يَضُرُّهُ ، وَأَنْقَطَاعِ الْمَاءِ عَنْهَا إِذَا سَاقَ الْمُؤَجِّرُ إِلَيْهَا مَاءً (١٤) مِنْ مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ كَانَ انْقِطَاعُهُ فِي زَمَنِ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِيهِ ، فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَإِنْ حَدَثَ الْعَرَقُ الْمُضِرُّ ، أَوْ انْقِطَاعُ الْمَاءِ ، (١٥) أَوْ انْهَدَمَ بَعْضُ (١٤) الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجِرَةِ / فَلِذَلِكَ الْبَعْضُ حُكْمُ نَفْسِهِ فِي الْفَسْخِ أَوْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، وَلِلْمُكْتَرَى الْخِيَارُ فِي تَبْقِيَةِ (١٥) الْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعَضَتْ عَلَيْهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمْسَاكَ ، أَمْسَكَ بِالْحِصَّةِ مِنَ الْأَجْرِ ، كَمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْقَفِيزَيْنِ مِنَ الطَّعَامِ فِي يَدِ الْبَائِعِ .

٥/٨٨ ظ

فصل : القسم الثالث ، أن تُعَصَّبَ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجِرَةُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّهِ ، فَإِنْ فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ (١٦) الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ ، سِوَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالْمُسَمَّى ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى الْعَقْدِ وَمُطَابَلَةِ الْغَاصِبِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ لَمْ يَفْتِ مُطْلَقًا ، بَلْ إِلَى بَدَلٍ ، وَهُوَ الْقِيَمَةُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَتَلَفَ الثَّمَرَةَ الْمَبِيعَةَ آدَمِيًّا قَبْلَ قَطْعِهَا ، وَيَتَحَرَّجُ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ مَنَافِعَ الْعَصَبِ

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب ، م زيادة : « من » .

(١٤ - ١٥) في الأصل : « والهدم ببعض » .

(١٥) في الأصل : « بقية » .

(١٦) في الأصل : « فسخ » .

لا تُضْمَنُ . وهو قول أصحابِ الرَّأْيِ . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ في ذلك اِخْتِلَافٌ . وإن رُدَّتِ (١٧) العَيْنُ في أثناء المُدَّةِ ، ولم يكن فَسَخَ ، اسْتَوْفَى ما بَقِيَ منها ، ويكونُ فيما مَضَى من المُدَّةِ مُخَيَّرًا ، كما ذَكَرْنَا . وإن كانت الإِجَارَةُ على عَمَلٍ ؛ كخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، أو حَمَلِ شَيْءٍ إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، فغَضِبَ جَمَلُهُ الذي يَحْمِلُ عليه ، وعَبْدُهُ الذي يَخِيطُ له ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ ، وللمُسْتَأْجِرِ مُطَالِبَةُ الأَجِيرِ بِعَوَضِ المَعْصُوبِ ، وإِقَامَةِ من يَعْمَلُ العَمَلَ ؛ لأنَّ العَقْدَ على ما في الذِّمَّةِ ، كما لو وَجَدَ بالمُسْلِمِ فيه عَيْبًا ، فَرَدَّهُ ، فإن تَعَدَّرَ البَدَلُ ، ثَبَّتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الخِيَارَ بين الفَسَخِ أو الصَّبْرِ إلى أن يُقَدِّرَ على العَيْنِ المَعْصُوبَةِ ، فَيَسْتَوْفَى منها .

فصل : القسم الرابع (١٨) ، أن يَتَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ المَنْفَعَةِ من العَيْنِ بِفِعْلِ صَدَرَ منها ، مثل أن يَأْبَقَ العَبْدُ ، أو تَشْرَدَ الدَّابَّةُ ، وقد ذَكَرْنَا حُكْمَ ذلك فيما قَبَلَ هذا .

فصل : القسم الخامس ، أن يَحْدُثَ خَوْفٌ عَامٌّ ، يَمْنَعُ من سُكْنَى ذلك المَكَانِ الذي فيه العَيْنُ المُسْتَأْجِرَةَ ، أو تُحْصِرَ البَلَدُ ، فَيَمْتَنِعَ الخُرُوجُ إلى الأَرْضِ المُسْتَأْجِرَةَ لِلزَّرْعِ ، ونحو ذلك ، فهذا يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارَ الفَسَخِ ؛ لأنه أمرٌ غَالِبٌ مَنَعَ (١٩) المُسْتَأْجِرَ اسْتِيفَاءَ المَنْفَعَةِ ، فَأَثْبَتَ الخِيَارَ ، كغَضَبِ العَيْنِ . ولو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرَكِبَهَا ، أو يَحْمِلَ عليها إلى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، فائْتَقَطَعَ الطَّرِيقُ إليه لِخَوْفِ حَادِثٍ ، أو اكْتَرَى إلى مَكَّةَ ، فلم يَحُجَّ النَّاسُ ذلك العام من تلك الطَّرِيقِ ، فلكلِّ واحدٍ منهما فَسَخُ الإِجَارَةِ . وإن أَحَبَّ إِبْقَاءَها إلى حينٍ إمكانِ اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَعْدُوها . فأما إن كان الخَوْفُ / خاصًّا بالمُسْتَأْجِرِ ، مثل أن يَخَافَ وحْدَهُ لِقُرْبِ أعدائِهِ من المَوْضِعِ المُسْتَأْجِرِ ، أو حُلُولِهِم في طَرِيقِهِ ، لم يَمْلِكِ الفَسَخَ ؛ لأنه عُدُّرٌ

و ٨٩/٥

(١٧) في الأصل ، ا ، م : « زادت » .

(١٨) ذكر في أول المسألة أنها ثلاثة أقسام .

(١٩) في م : « يمنع » .

يَخْتَصُّ بِهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَرَضَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ حُجِسَ ، أَوْ مَرِضَ ، أَوْ ضَاعَتْ نَفَقَتُهُ ، أَوْ تَلَفَ مَتَاعُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ فَسَخَ الْإِجَارَةَ لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَجُوبَ أَجْرِهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا اخْتِيَارًا .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى عَيْنًا ، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، فَلَهُ فَسَخُ الْعَقْدِ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنَّرِ : إِذَا اكْتَرَى ذَابَّةً بَعَيْنِهَا ، فَوَجَدَهَا جَمُوحًا ، أَوْ عَضُوضًا ، أَوْ تَفُورًا ، أَوْ بِهَا عَيْبٌ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يُفْسِدُ رُكُوبَهَا ، فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارَ ، إِنْ شَاءَ رَدُّهَا وَفَسَخَ الْإِجَارَةَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي تَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلِأَنَّهُ عَيْبٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأُثْبِتَ الْخِيَارَ ، كَالْعَيْبِ فِي يُبُوعِ الْأَعْيَانِ . وَالْعَيْبُ الَّذِي يُرَدُّ بِهِ ، مَا تَنْقُصُ بِهِ قِيَمَةُ^(٢٠) الْمَنْفَعَةِ ، كَتَعَثُّرِ الظَّهْرِ فِي الْمَشْيِ ، وَالْعَرَجِ الَّذِي يَتَأَخَّرُ بِهِ عَنِ الْقَافِلَةِ ، وَرَبِضِ^(٢١) الْبَهِيمَةِ بِالْحِمْلِ ، وَكَوْنِهَا جَمُوحَةً أَوْ عَضُوضَةً ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . وَفِي الْمُكْتَرِي لِلْخِدْمَةِ ؛ ضَعْفُ الْبَصَرِ ، وَالْجُنُونُ ، وَالْجُدَامُ ، وَالْبَرَصُ ، وَفِي الدَّارِ ؛ انْهَدَامُ الْحَائِطِ ، وَالْخَوْفُ مِنْ سُقُوطِهَا ، وَانْقِطَاعُ الْمَاءِ مِنْ بَيْرِهَا ، أَوْ تَغْيِيرُهُ بِحَيْثُ يَمْتَنَعُ الشَّرْبُ وَالْوُضُوءُ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ مِنَ التَّقَائِصِ ، وَمَتَى حَدَثَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، ثَبِتَ لِلْمُكْتَرِي خِيَارُ الْفَسَخِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا يَحْصُلُ قَبْضُهَا إِلَّا شَيْئًا فشيئًا ، فَإِذَا حَدَثَ الْعَيْبُ ، فَقَدْ وَجَدَ قَبْلَ^(٢٢) قَبْضِ الْبَاقِي مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأُثْبِتَ الْفَسَخَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهَا ، وَمَتَى فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلْفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ رَضِيَ الْمَقَامَ وَلَمْ يَفْسَخْ ، لَزِمَهُ جَمِيعُ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ نَاقِصًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَضِيَ بِالْمَبِيعِ مَعِينًا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمَوْجُودِ ، هَلْ هُوَ عَيْبٌ أَوْ لَا ؟ رُجِعَ فِيهِ إِلَى أَهْلِ الْخِبْرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَيْسَ بِعَيْبٍ . مِثْلُ أَنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) في الأصل : « ورفض » .

(٢٢) في ب ، م : « مثل » .

حَشِينَةَ الْمَشْنَى ، أو أَنَّهَا تُتَعَبُ رَاكِبُهَا لَكُونِهَا لَا تُرَكَّبُ كَثِيرًا ، فليس له فَسْخٌ . وإن قالوا : هو عَيْبٌ . فله الْفَسْخُ . هذا إذا كان الْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مَوْصُوفَةً فِي الذَّمَّةِ ، لم يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، وعلى الْمُكْرَى إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لم يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهَا ، أَشْبَهَ الْمُسْلِمَ فِيهِ إِذَا سَلَّمَهُ (٢٣) عَلَى غَيْرِ صِفَتِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنِ إِبْدَالِهَا ، أو اِمْتَنَعَ مِنْهُ ، ولم يُمَكِّنْ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ، فَلِلْمُكْتَرَى الْفَسْخُ أَيْضًا .

فصل : وعلى الْمُكْرَى ما يَتِمَّكُنُّ بِهِ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، كَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِ الدَّارِ وَالْحَمَّامِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ / التَّمَكِينَ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِهَا تَمَكِينٌ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَاعَتْ ، بغير تَفْرِيطٍ مِنَ الْمُكْتَرَى ، فعلى الْمُكْرَى بَدْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُكْتَرَى ، فَأَشْبَهَ ذَلِكَ حَيْطَانَ الدَّارِ وَأَبْوَابَهَا . وَعَلَيْهِ بِنَاءُ حَائِطٍ إِنْ سَقَطَ ، وَإِبْدَالُ حَشِينَةِ إِنْ اِنْكَسَرَتْ (٢٤) . وَعَلَيْهِ تَبْلِيطُ الْحَمَّامِ ، وَعَمَلُ الْأَبْوَابِ وَالْبِرْكِ (٢٥) وَمَجْرَى الْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَتِمَّكُنُّ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وما كان لِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ ، كَالْحَبْلِ وَالذَّلْوِ وَالْبَكَرَةِ ، فعلى الْمُكْتَرَى . وَأَمَّا التَّحْسِينُ وَالتَّزْوِيقُ ، فلا يَلْزَمُ وَاحِدًا مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْاِئْتِفَاعَ مُمَكِّنٌ بَدْوَنِهِ . وَأَمَّا تَنْفِيَةُ الْبَالُوَعَةِ وَالْكُنْفِ ، فَإِنْ اِحْتِيجَ إِلَى ذَلِكَ عِنْدَ الْكِرَاءِ ، فعلى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتِمَّكُنُّ بِهِ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، وَإِنْ اِمْتَلَأَتْ بِفِعْلِ الْمُكْتَرَى ؛ فعليه تَفْرِيعُهَا . وهذا قولُ الشافِعِيِّ . وقال أَبُو نُؤَيْرٍ : هو على رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَتِمَّكُنُّ مِنَ الْاِئْتِفَاعِ ، فَأَشْبَهَ ما لو اِكْتَرَى وَهِيَ مَلَأَى . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الْقِيَّاسُ أَنَّهُ عَلَى الْمُكْتَرَى ، وَالاسْتِحْسَانُ أَنَّهُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ عَادَةَ النَّاسِ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُكْتَرَى ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَنْظِيفُهُ كَمَا لَوْ (٢٦) طَرَحَ فِيهَا قُمَاشًا . والقولُ فِي تَفْرِيعِ جِيَّةِ (٢٧) الْحَمَّامِ ، التي هي

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « سَلِمَ » .

(٢٤) فِي أ ، ب ، م : « اِنْكَسَرَ » .

(٢٥) فِي ب ، م : « وَالْبِرْلِ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَانَ » .

(٢٧) الْجِيَّةُ : الْمَوْضِعُ الَّذِي يَجْتَمِعُ فِيهِ الْمَاءُ .

مَصْرُفُ مَائِهِ^(٢٨) ، كَالْقَوْلِ فِي بِالْوَعَةِ الدَّارِ . وَإِنْ انْقَضَتِ الإِجَارَةُ ، وَفِي الدَّارِ زُبْلٌ أَوْ قِمَامَةٌ مِنْ فِعْلِ السَّاكِنِ ، فَعَلِيهِ نَقْلُهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَيُّ ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ عَلَى مُكْتَرِي الحَمَّامِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، أَنْ مُدَّةَ تَعْطِيلِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوجِرَ مُدَّةً لَا يُمَكِّنُ الاِئْتِفَاعُ فِي بَعْضِهَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ يَسْتَوْفِي بِقَدْرِهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ انْتِهَاءُ مَدَّةِ الإِجَارَةِ مَجْهُولًا . فَإِنْ أَطْلَقَ ، وَتَعَطَّلَ ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، وَالمُكْتَرِي بِالخِيَارِ بَيْنَ الإِمْسَاكِ بِكُلِّ الأَجْرِ وَبَيْنَ الفَسْخِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَهُ أَرْضَ العَيْبِ ، قِيَاسًا عَلَى المَبِيعِ المَعِيبِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، فَعَلِيهِ الأَجْرُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى المَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ عَلِمَ العَيْبَ بَعْدَ العَقْدِ قَرَضِيهِ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَهُ أَرْضَ العَيْبِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِييًا ، فَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ حَتَّى أَكَلَهُ ، أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ الإِئْتِفَاقَ عَلَى العَيْنِ النَّفَقَةَ الوَاجِبَةَ عَلَى المُكْرِي ، كَعِمَارَةِ الحَمَّامِ ، إِذَا شَرَطَهَا عَلَى المُكْتَرِي^(٢٩) ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ العَيْنَ مِلْكٌ لِلْمُوجِرِ فَتَفَقَّتْهَا عَلَيْهِ . وَإِذَا اتَّفَقَ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، احْتَسَبَ بِهِ عَلَى المُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَهُ عَلَى مِلْكِهِ بِشَرْطِ العَوَضِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُكْرِي ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ^(٣٠) ، لَكِنْ أُذِنَ لَهُ فِي الإِئْتِفَاقِ ، لِيَحْتَسِبَ لَهُ مِنَ الأَجْرِ ، فَفَعَلَ^(٣١) ، ثُمَّ اخْتَلَفَا^(٣٢) فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُكْرِي أَيْضًا . وَإِنْ اتَّفَقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَى مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَفَقَةً غَيْرَ وَاجِبَةٍ عَلَى المَالِكِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ عَمَرَ دَارًا لَهُ أُخْرَى .

و ٩٠/٥

(٢٨) في م : « الماء » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في الأصل : « يشرط » .

(٣١) في الأصل : « بفعله » .

(٣٢) في ب زيادة : « في قدر ما اتفق » .

٨٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَمَرِضٌ ، أُقِيمَ مَقَامُهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمَرِيضِ)

وجملة ذلك ، أنه يجوز استئجار الأدمي ، بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم^(١) . واستأجر النبي ﷺ وأبو بكرٍ رجلاً يَدُلُّهُمَا عَلَى الطَّرِيقِ^(٢) . وذكر النبي ﷺ رجلاً استأجر أجراً ، كلُّ أَجِيرٍ يَفْرِقُ مِنْ ذُرَّةٍ ، وقال : « إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابِ ، كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءً ، فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غُدْوَةٍ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ^(٣) ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ نِصْفِ النَّهَارِ إِلَى الْعَصْرِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِيرَاطَيْنِ قِيرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ^(٤) . فَعُضِبَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى ، وَقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْلُ أَجْرًا فَقَالَ : هَلْ ظَلَمْتُمْ مَنْ أَجَرَكُمْ شَيْئًا ؟ قَالُوا : لَا . قَالَ : فَإِنَّمَا هُوَ فَضْلِي أُوتِيَهُ مَنْ أَسَاءَ^(٥) .

ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، فجازت إجارته ، كالذور . ثم إجارته تقع على ضربين ؛ أحدهما ، استئجاره مدة بعينه ، لعمل بعينه ، كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانين حجج ، واستئجار الأجراء المذكورين في الخبر . والثاني ، استئجاره على عمل معين في الذمة ، كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكرٍ دليلاً يدلُّهما على الطريق ، واستئجار رجلٍ لخياطة قميصٍ أو بناءٍ حائطٍ ، ويتنوع ذلك

(١) تقدم تحريجه في صفحة ٥ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : ب .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب الإجارة إلى نصف النهار ، وباب الإجارة إلى صلاة العصر ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب ما ذكر عن بني إسرائيل ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب فضل القرآن على سائر الكلام ، من كتاب فضائل القرآن . صحيح البخاري ٣/١١٧ ، ١١٨ ، ٤/٢٠٧ ، ٦/٢٣٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في مثل ابن آدم وأجله وأمله ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠/٣٢١ ، ٣٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٢ ، ١١١ .

تَوْعَيْنٍ ؛ أحدهما ، أن تَقَعَ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، كإِجَارَةِ عَبْدِهِ لِرِعَايَةِ غَنَمِهِ^(٥) ، أو وُلْدِهِ لِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ . والثاني ، أن تَقَعَ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، كخِيَاطَةِ قَمِيصٍ وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، فَمَتَى كَانَتْ عَلَى عَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ فَمَرَضَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ إِيفَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ ، وَفِي التَّأخِيرِ إِضْرَارٌ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِهِ^(٦) فِي مُدَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَمَرَضَ / لَمْ يُقِمَ غَيْرَهُ مَقَامَهُ ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى عَمَلِهِ بِعَيْنِهِ ، لَا عَلَى شَيْءٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَعَمَلٌ غَيْرُهُ لَيْسَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مُعَيَّنًا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ ، وَلَا يُبَدِّلَهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَعَ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِبْدَالُ الْمَعِيبِ ، وَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِتَلْفٍ مَا تَسَلَّمَ ، وَالْمَبِيعُ الْمُعَيَّنُ بِخِلَافِهِ ، فَكَذَلِكَ الإِجَارَةُ . وَإِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَكِنَّهُ لَا يَقُومُ غَيْرُ الْأَجِيرِ مَقَامَهُ ، كَالنَّسَخِ ، فَإِنَّهُ يَخْتَلِفُ الْقَصْدُ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْخُطُوبِ ، لَمْ يُكَلَّفْ إِقَامَةَ غَيْرِهِ مَقَامَهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرَ قَبُولُ ذَلِكَ إِنْ بَدَّلَهُ الْأَجِيرُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ لَا يَحْصُلُ مِنْ غَيْرِ النَّاسِخِ ، كَحُصُولِهِ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي تَوْعٍ ، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ . وَهَكَذَا كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ .

ظ ٩٠/٥

فصل : يَجُوزُ الاسْتِجَارُ لِحَفْرِ الْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ وَالْقُنِيِّ ؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ ، يَجُوزُ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا الرَّجُلُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَجَازَ عَقْدُ الإِجَارَةِ عَلَيْهَا^(٧) ، كَالخِدْمَةِ . وَلَا يَدُّ مِنْ تَقْدِيرِ الْعَمَلِ بِمُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ قَيَّدَهُ بِمُدَّةٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : اسْتَأْجَرْتُكَ شَهْرًا ، لِتَحْفِرَ لِي بئرًا^(٨) أَوْ نَهْرًا^(٩) . لَمْ يَخْتَجِ إِلَى مَعْرِفَةِ الْقَدْرِ^(٩) وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْفَرَ ذَلِكَ

(٥) فِي ب ، م : « غَنَمِهِ » .

(٦) فِي ب ، م : « عَبْدِهِ » .

(٧) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٨ - ٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) فِي م : « الْقُنِيِّ » .

الشَّهْر ، قَلِيلًا حَفَرَ^(١٠) أو كَثِيرًا . وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي يَحْفَرُ فِيهَا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ لَا يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ تَكُونُ صُلْبَةً ، فَيَكُونُ الْحَفْرُ عَلَيْهِ شَاقًّا ، وَقَدْ تَكُونُ سَهْلَةً ، فَيَسْتَهْلُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فَلَا بَدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْوَضْعِ^(١١) بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَوَاضِعَ تَخْتَلِفُ بِالسُّهُولَةِ وَالصَّلَابَةِ ، وَلَا يَنْضَبُطُ ذَلِكَ بِالصَّفَةِ . وَيَعْرِفُ دَوْرَ الْبَيْرِ ، وَعُمُقَهَا ، وَطُولَ النَّهْرِ ، وَعُمُقَهُ ، وَعَرْضَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . فَإِذَا حَفَرَ بَيْرًا ، فَعَلِيهِ شَيْلُ التُّرَابِ^(١٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْخَفْرُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَقَدْ تَضَمَّنَهُ الْعَقْدُ . فَإِنْ تَهَوَّرَ تُرَابٌ مِنْ جَانِبَيْهَا ، أَوْ سَقَطَتْ فِيهِ بَهِيمَةٌ^(١٣) أَوْ نَحْوُ ذَلِكَ^(١٤) ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْئُهُ ، وَكَانَ عَلَى صَاحِبِ الْبَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ فِيهَا مِنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ يَتَضَمَّنْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ رَفْعَهُ . وَإِنْ وَصَلَ إِلَى صَخْرَةٍ أَوْ جَمَادٍ يَمْتَعُ الْحَفْرَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ حَفْرُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُخَالِفٌ لِمَا شَاهَدَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَإِنَّمَا اعْتَبِرَتْ مُشَاهَدَةُ الْأَرْضِ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ ، فَإِذَا ظَهَرَ فِيهَا مَا يَخَالِفُ الْمَشَاهِدَةَ ، كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فَإِذَا فَسَخَ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّةِ مَا عَمِلَ فَيُقَسِّطُ الْأَجْرَ عَلَى مَا بَقِيَ وَمَا عَمِلَ ، فَيَقَالُ : كَمْ أَجْرُ مَا عَمِلَ ؟ وَكَمْ أَجْرُ مَا بَقِيَ ؟ وَيُقَسِّطُ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى عَلَيْهِمَا . وَلَا يَجُوزُ تَقْسِيطُهُ عَلَى عَدَدِ الْأَذْرَعِ ؛ لِأَنَّ أَعْلَى الْبَيْرِ يَسْتَهْلُ نَقْلَ التُّرَابِ مِنْهُ ، وَأَسْفَلُهُ يَشْتَقُ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ تَبَعَ مَا يَمْتَعُهُ^(١٤) مِنَ الْحَفْرِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصَّخْرَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

و ٩١/٥

فصل : وَيَجُوزُ الْاسْتِجَارُ لِضَرْبِ اللَّيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَيَكُونُ عَلَى مُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ ، فَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، احْتَاجَ إِلَى تَبْيِينِ عَدْدِهِ ، وَذَكَرَ قَالِبَهُ ، وَمَوْضِعَ الضَّرْبِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ؛ لَكَوْنِ التُّرَابِ فِي بَعْضِ الْأَمَاكِنِ أَسْهَلًا ، وَالْمَاءِ أَقْرَبًا . فَإِنْ

(١٠) في م : « حتى » .

(١١) لعل الصواب : « الموضع » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : « منعه » .

كان هناك قالبٌ معروفٌ لا يَحْتَلِفُ ، جازَ ، كما إذا كان المِكْيَالُ مَعْرُوفًا . وإن قَدَّرَهُ بالطُولِ والعَرْضِ والسَّمَكِ ، جازَ . ولا يَكْتَفِي بِمُشَاهَدَةِ قَالِبِ الضَّرْبِ إذا لم يَكُنْ مَعْرُوفًا ؛ لأنَّ فيه غَرًّا . وقد يَتَلَفُ القَالِبُ ، فلا يَصِحُّ ، كما لو أسْلَمَ في مِكْيَالٍ بَعِينَةٍ .

فصل : ويجوزُ الاستِجَارُ لِلبِنَاءِ ، وتَقْدِيرُهُ بِالزَّمَانِ أو العَمَلِ ، فإن قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فلابدُّ من مَعْرِفَةِ مَوْضِعِهِ ؛ لأنَّهُ يَحْتَلِفُ أيضًا بِقُرْبِ المَاءِ ، وسُهولةِ التُّرابِ . ولا بدُّ من ذِكْرِ طُولِهِ ، وعَرْضِهِ ، وسُمُكِهِ ، وآلَةِ البِنَاءِ من لَبِنٍ وطينٍ ، أو حَجَرٍ وطينٍ ، أو شِيدٍ^(١٥) وآجُرٍّ ، أو غير ذلك . قال ابنُ أبي موسى : وإذا اسْتَأْجَرَهُ لِبِنَاءِ أَلْفِ لَبِنَةٍ في حَائِطِهِ^(١٦) ، أو اسْتَأْجَرَهُ يَبْنِي لَهُ فِيهِ يَوْمًا ، فَعَمِلَ ما اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ ، ثم سَقَطَ الحَائِطُ ، فله أَجْرُهُ ؛ لأنَّهُ وَفَى العَمَلَ . وإن قال : أَرْفَعُ لِي هَذَا الحَائِطَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فَرَفَعَ بَعْضَهُ ، ثم سَقَطَ ، فعليه إِعَادَةُ ما سَقَطَ ، وإِثْمَامُ ما وَقَعَتْ عَلَيْهِ الإِجَارَةُ مِنَ الذَّرْعِ . وهذا إذا لم يَكُنْ سَقُوطُهُ في الأَوَّلِ لأَمْرٍ من جِهَةِ العَامِلِ ، فأَمَّا إِنْ فَرَطَ ، أو بَنَاهُ مَحْلُولًا ، أو نحو ذلك ، فسَقَطَ ،^(١٧) فعليه إِعَادَتُهُ^(١٧) ، وغَرَامَةُ ما تَلَفَ مِنْهُ .

فصل : ويجوزُ الاستِجَارُ لِتَطْيِينِ السُّطُوحِ والحِيطَانِ وتَحْصِيصِهَا . ولا يجوزُ على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ الطَّيْنَ يَحْتَلِفُ ، فمنه رَقِيقٌ وَثَخِينٌ ، وأَرْضُ السُّطُوحِ^(١٨) تَحْتَلِفُ ،^(١٩) فمنها العَالِيٌّ ومنها النَازِلُ^(١٩) ، وكذلك الحِيطَانُ ، فلذلك لم يَجُزْ إِلا على مُدَّةٍ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ ناسِخٍ لِيَنْسَخَ لَهُ كُتُبَ فِقْهِ أو حَدِيثٍ ، أو شِعْرًا مُبَاحًا ، أو سِجَلَاتٍ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، في رِوَايَةِ مُثَنَّى بنِ جَامِعٍ ، وَسَأَلَهُ عَنِ كِتَابَةِ العَدِيثِ

(١٥) الشيد : ما طلي به حائط من جص ونحوه .

(١٦) في الأصل : « حائط » .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في ب : « السطوح » .

(١٩ - ١٩) في الأصل : « فيها العالی والنازل » .

بالأجر ، فلم يره بأساً . ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ، ذكر
عدد الأوراق ، وقدرها ، وعدد السطور في كل ورقة ، وقدر الحواشي ، ودقة القلم
وغلظه . فإن عرف الخط بالمشاهدة ، جاز ، وإن أمكن ضبطه بالصفة ضبطه ، وإلا
فلا بد من مشاهدته ؛ لأن الأجر يختلف باختلافه . ويجوز تقدير الأجر / بأجزاء
الفرع ، ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه . وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر
واحد ، جاز . وإذا أخطأ بالشيء اليسير ، الذي جرت العادة به ، عُفي عنه ؛ لأن
ذلك لا يمكن التحرز منه . وإن أسرف في الغلط ، بحيث يخرج عن العادة ، فهو عيب
يرد به . قال ابن عقيل : وليس له مُحَادَثَةٌ غيره حال^(٢٠) النسخ ، ولا التشاغل بما
يشغل سِرَّهُ ويوجب غلظه ، ولا لغيره تحديته وشغله . وكذلك كل الأعمال التي
تحتل بشغل السر والقلب ، كالقصاراة والنساجة ، ونحوها .

ظ ٩١/٥

فصل : ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً ، في قول أكثر أهل العلم . وروى
ذلك عن جابر بن زيد ، ومالك بن دينار . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ،
وابن المنذر . وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ، ثم يستكثبه
مصحفاً . وكرة علقمة كتابة المصحف بالأجر^(٢١) . ولعله يرى أن ذلك مما يختص
فاعله بكونه من أهل القرية ، فكرة الأجر عليه ، كالصلاة . ولنا ، أنه فعل مباح يجوز
أن يتوب فيه الغير عن الغير ، فجاز أخذ الأجر عليه ، ككتابة الحديث ، وقد جاء في
الحبر : « أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله »^(٢٢) .

فصل : ويجوز أن يستأجر لحصاد زرع . ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم . وكان
إبراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع . ويجوز أن يقدره بمدة ، وبعمل معين ،

(٢٠) في ب ، م : « حالة » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب الشرط
في الرقية بقطع من الغنم ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ١٢١/٣ ، ١٧١/٧ . والدارقطني ، في : كتاب
البيوع ، سنن الدارقطني ٦٥/٣ .

مثل أن يُقَاطِعَهُ عَلَى حَصَادِ زَرْعٍ مُعَيَّنٍ . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِسَقْيِ زَرْعِهِ ، وَتَنْقِيَتِهِ ، وَدِيَاسِهِ ، وَنَقْلَهُ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِيَحْتَضِبَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ مُبَاحٌ تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، أَشْبَهَ حَصَادَ الزَّرْعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَحْيِرًا عَلَى أَنْ يَحْتَضِبَ لَهُ عَلَى حِمَارَيْنِ كُلِّ يَوْمٍ ، فَكَانَ الرَّجُلُ يَنْقُلُ عَلَيْهِمَا وَعَلَى حَمِيرٍ لِرَجُلٍ آخَرَ ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ الْأُجْرَةَ . فَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَّرَ ، يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَرْجِعُ عَلَى الْأَجِيرِ بِقِيمَةٍ مَا اسْتَضَرَّ بِاشْتِغَالِهِ^(٢٣) عَنْ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : إِنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَّرَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ^(٢٤) بِالْقِيمَةِ . فَاعْتَبَرَ الضَّرَرَ ، وَظَاهِرٌ هَذَا^(٢٥) أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَضِرَّ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرَهُ لِعَمَلٍ ، فَوَفَّاهُ عَلَى التَّمَامِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ ، فَكَانَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فِي حَالِ عَمَلِهِ ، فَإِنْ ضَرَّ الْمُسْتَأْجِرَ ، رَجَعَ^(٢٥) عَلَيْهِ بِقِيمَةٍ مَافُوتٍ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيمَةٍ مَا عَمَلَهُ لِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ مَنَافِعَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا إِلَى عَمَلٍ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، كَمَا لَوْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : / مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْأَجْرِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنَ الْآخِرِ ، لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مَمْلُوكَةٌ لِغَيْرِهِ ، فَمَا حَصَلَ فِي مُقَابَلَتِهَا يَكُونُ لِلَّذِي اسْتَأْجَرَهُ .

٩٢/٥ و

فصل : وَيَجُوزُ الْأَسْتِجَارُ لِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ ، فِي النَّفْسِ^(٢٦) وَمَا دُونَهَا^(٢٦) . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ عَدَدَ الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وَمَوْضِعَ الضَّرَبَاتِ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ، إِذْ يُمَكِّنُ أَنْ يَضْرِبَ مِمَّا^(٢٧) يَلِي الرُّأْسَ وَمِمَّا^(٢٧) يَلِي الْكَيْفَ ، فَكَانَ مَجْهُولًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي اسْتِيفَائِهِ ، لَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ بِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَجَازَ الْأَسْتِجَارُ عَلَيْهِ ، كَالْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ . وَقَوْلُهُ : إِنَّ عَدَدَ الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . يَبْطُلُ بِخِيَاطَةِ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « بِاسْتِعْمَالِهِ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي ب ، م ، « يَرْجِعُ » .

(٢٦ - ٢٦) فِي م : « فَمَا دُونَهُمَا » .

(٢٧ - ٢٧) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

الثوب ، فإنَّ عَدَدَ الغِرَزَاتِ مَجْهُولٌ . وقولُه : إنَّ مَحَلَّهُ غيرُ مُتَعَيَّنٍ . (٢٨) قلنا : هو مُتَقَارِبٌ ، فلا يَمْنَعُ ذلكَ صِحَّتَه ، كَمَوْضِعِ الخِيَاطَةِ من حَاشِيَةِ الثَّوبِ . والأجْرُ على المُقْتَصِّ منه . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأبو ثورٍ . وقال أبو حنيفةٌ ، ومالكٌ : هو على المُسْتَوْفَى ، لأنَّه غيرُ مُتَعَيَّنٍ (٢٨) ، فليس على المُقْتَصِّ منه إلا التَّمَكِينُ ، كما لو اشْتَرَى ثَمْرَةَ نَحْلِه . ولنا ، أنَّه أُجْرٌ يَجِبُ لإيفاءِ حَقِّ ، فكان على المُوفَى ، كأجْرِ الكَيْالِ والوَزَانِ . وما ذَكَرُوهُ غيرُ صَحيحٍ ؛ فإنَّ القَطْعَ مُسْتَحَقُّ عليه ، بخِلافِ الثَّمْرَةِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو مَكَّنَهُ من القَطْعِ فلم يَقْطَعْ ، وَقَطَعَهُ آخَرَ ، لم يَسْقُطْ حَقُّ صَاحِبِ القِصَاصِ ، ولو كان التَّمَكِينُ (٢٩) تَسْلِيمًا ، لَسَقَطَ حَقُّه كالثَّمْرَةِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجْارُ رَجُلٍ لِيَدُّهُ على طَرِيقٍ ؛ فإنَّ النَّبِيَّ ﷺ وأبا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا عبدَ اللَّهِ بنَ أَرْيَظِ هادِيًا خَرِيئًا (٣٠) ، وهو الماهرُ بالهِدَايَةِ ، لِيَدُلَّهُما على طَرِيقِ المَدِينَةِ . ويجوزُ اسْتِجْارُ كَيْالٍ ، ووَزَانٍ ، لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، أو في مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . وبهذا قال مالِكٌ . والثَّورِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالَفًا . وقد رَوَى في حَدِيثِ سُوَيْدِ بنِ قَيْسٍ : أَنَّا رسولُ اللَّهِ ﷺ ، فاشْتَرَى مِنَّا رَجُلٌ سَرَاوِيلَ ، وَثَمَّ رَجُلٌ يَزِنُ بأَجْرٍ ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « زِنْ ، وَأَرْجِحْ » . رَوَاهُ أبو داودَ (٣١) . ويجوزُ اسْتِجْارُ رَجُلٍ لِيَلْزِمَ غَرِيْمًا يَسْتَحِقُّ مُلَازِمَتَهُ . وسُئِلَ أحمدُ عن ذلكَ ، فقال : لا بَأْسَ قد شَعَلَهُ . وقال في مَوْضِعِ آخَرَ : غيرُ هذا أَعْجَبُ إلى . كَرِهَهُ ؛ لأنَّه يُوَوِّلُ إلى الخُصُومَةِ ، وفيه تَضْيِيقٌ على مُسْلِمٍ ، ولا يَأْمَنُ أنْ يَكُونَ ظالِمًا ، فَيَسَاعِدُهُ على ظُلْمِهِ ، لَكِنَّه جائِزٌ في الجُمْلَةِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه مُحَقِّقٌ ، فإنَّ الظَّاهِرَ أنَّ الحَاكِمَ لا يَحْكُمُ إلا بِحَقِّ ، ولهذا أَجْرُنَا لِلْمَوْكَلِّ فَعَلَهُ .

(٢٨ - ٢٨) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩) في الأصل : « التملك » .

(٣٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٣١) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٨٢ .

فصل : / ويجوز أن يستأجر سمسارًا ، يشتري^(٣٢) له ثيابًا ، ورخص فيه ابن سيرين ، وعطاءً ، والنحوي . وكرهه الثوري ، وحماد . ولنا ، أنها منفعة مباحة ، تجوز الثيابة فيها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالبناء . ويجوز على مدة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها ؛ لأن المدة معلومة ، والعمل معلوم ، أشبه الخياط والقصار . فإن عين العمل دون الزمان ، فجعل له من كل ألف درهم شيئًا معلومًا ، صح أيضًا . وإن قال : كلما اشتريت ثوبًا ، فلك^(٣٣) درهم أجرًا . وكانت الثياب معلومة بصفة ، أو مقدرة بثمن ، جاز . وإن لم يكن كذلك ، فظاهر كلام أحمد ، أنه لا يجوز ؛ لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشترى ، فله أجر مثله . وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجازات الفاسدة .

فصل : وإن استأجره^(٣٤) لبيع له ثيابًا بعينها ، صح . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأن ذلك يتعدر عليه ، فأشبهه ضرب الفحل ، وحمل الحجر الكبير . ولنا ، أنه عمل مباح ، تجوز الثيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز الاستئجار عليه كثيرًا الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن^(٣٥) ، فجاز مقدراً بعمل^(٣٦) ، كالخياطة . وقولهم : إنه غير ممكن . لا يصح ؛ فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها ، ولذلك صحت المضاربة ، ولا تكون إلا بالبيع والشراء ، بخلاف ما قاسوا عليه ، فإنه متعذر . وإن استأجره على شراء ثياب معينة ، احتمل أن لا يصح ؛ لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعدر تحصيل^(٣٧) العمل بحكم

(٣٢) في ب : « ليشترى » .

(٣٣) في الأصل : « فله ألف » .

(٣٤) في ب ، م : « استأجر » .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٦) في ب ، م : « بالعمل » .

(٣٧) في الأصل : « حصول » .

الظاهر ، بخلاف البيع . وإن استأجره في البيع لرجل بعينه ، فهو كالأستأجره لشراء ثياب بعينها . ويحتمل أن يصح ؛ لأنه ممكن في الجملة . فإن حصل من ذلك شيء ، استحق الأجر ، ولأبطلت الإجارة ، كما لو لم يعين البائع ولا المشتري .

فصل : ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر ، بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً أو امرأة ، حراً أو عبداً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو ثور ؛ لأنه تجوز الثبابة فيه ، ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية . قال أحمد : أجير المشاهدة يشهد الأعياد والجمعة ، ولا يشترط ذلك . قيل له : فيطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم يضرب بصاحبه . إنما أباح له (٣٨) ذلك ؛ لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ، ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها . وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلّي الأجير ركعات السنة . وقال / أبو ثور ، وابن المنذر : ليس له منعه منها . وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرّة للخدمة ، ولكن يصرف وجهه عن النظر ، ليست الأمة مثل الحرّة ، ولا يخلو معها في بيت ، ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها . إنما قال ذلك ؛ لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة والحرّة ؛ لأنهما يختلفان قبل الإجارة ، فكذلك بعدها .

و ٩٣/٥

٨٩٨ - مسألة ؛ قال : (وإذا مات المكري والمكترى ، أو أحدهما ، فالإجارة بحالها)

هذا قول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، والبتى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي ، والليث : تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ؛ لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت ، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحق المستأجر استيفاءها ؛ لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر ،

(٣٨) سقط من : الأصل ، ب .

لم يُمكن إيجاب الأجر في تركه . ولنا ، أنه عقد لازم ، فلا يفسخ بموت العاقد ، مع سلامة المعقود عليه ، كالزوج أمته ثم مات . وما ذكروه لا يصح ؛ فإننا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد . ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات . ولو صح ما ذكروه ؛ لكان^(١) وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب^(٢) في تركه بعد موته ، كما لو حفر بئرا ، فوقع فيها شيء بعد موته ، ضمنه من^(٣) ماله ؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة ، كذا ههنا .

فصل : وإن مات المكري ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، أو كان غائبا ، كمن يموت في طريق مكة ، ويخلف جملة الذي أكثره ، وليس له عليه شيء يحمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ؛ لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن^(٤) منفعة العين ، فأشبهه ما لو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكري ؛ لأن المكري يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله ، مع ظهور امتناع الكراء عليه . وقد نقل^(٥) عن أحمد ، في رجل أكثر بغيرا ، فمات المكري في بعض الطريق ، فإن رجع البعير خاليا ، فعليه بقدر ما وجب له^(٦) ، وإن كان عليه ثقله ووطأه ، فله الكراء إلى الموضع . وظاهر/ هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق له^(٦) به انتفاع ؛ لأنه تعدد استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبهه ما لو أكثر من يقلع له ضرسه ، فبرا ، أو انقلع

ظ ٩٣/٥

(١) في النسخ : « لكن » .

(٢) في النسخ : « فوجب » .

(٣) في الأصل : « في » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « قيل » .

(٦) سقط من : م .

قَبْلَ قَلْبِهِ ، أَوْ اكْتَرَى كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَيْنَهُ ، فَبَرَأَتْ ، أَوْ ذَهَبَتْ . وَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّرَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْاِئْتِفَاعِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ . وَتَأْوَلُهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْمُكْرَى قَبْضَ الْبَعِيرِ ، وَمَنْعَ الْوَرِثَةِ مِنْ (٧) الْاِئْتِفَاعِ ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بَعْدَرٍ فِي الْمُسْتَأْجِرِ مَعَ سَلَامَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْوَحْيِ مُسْتَأْجِرِ الدَّارِ ، وَمُنْعٍ مِنْ سُكْنَاهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنْعَ الْوَارِثَ الْاِئْتِفَاعَ ، لَمَا اسْتَحَقَّ شَيْئًا مِنَ الْأَجْرِ . وَيُفَارِقُ هَذَا مَا لَوْ حُبِسَ الْمُسْتَأْجِرُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ائْتِفَاعُهُ ، وَهَذَا لَا يُؤَيِّسُ مِنْهُ بِالْحَبْسِ ، فَإِنَّهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ يُمَكِّنُ خُرُوجَهُ مِنَ الْحَبْسِ وَائْتِفَاعَهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَسْتَنْبِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ (٨) إِمَّا بِأَجْرٍ أَوْ غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الْمَيْتِ ، فَإِنَّهُ قَدْ فَاتَ ائْتِفَاعَهُ بِنَفْسِهِ وَنَائِبِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الصُّورِ (٩) .

فصل : إِذَا أُجِرَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفُ مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ، وَانْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ أُجِرَ مِلْكَهُ فِي زَمَنِ وِلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَبْطُلْ بِمَوْتِهِ ، كَمَا لَوْ أُجِرَ مِلْكَهُ الطَّلَقُ (١٠) . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، لِأَنَّ تَبَيُّنًا (١١) أَنَّهُ أُجِرَ مِلْكَهُ وَمِلْكُ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ فِي مِلْكِهِ دُونَ مِلْكِ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ أُجِرَ دَارَيْنِ أَحَدُهُمَا لَهُ ، وَالْأُخْرَى لغيرِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَعْدَ الْمَوْتِ حَقٌّ لغيرِهِ ، فَلَا يَنْفُذُ عَقْدُهُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا وِلَايَةٍ ، بِخِلَافِ الطَّلَقِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ (١٢) يَمْلِكُهُ (١٣)

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى لأصل : « الضرر » .

(١٠) فى الأصل ، ب : « المطلق » .

(١١) فى الأصل : « تبين » .

(١٢) فى م : « المالك » .

(١٣) فى الأصل ، م : « يملك » .

من جِهَةِ الْمَوْرُوثِ ، فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا مَا حَلَفَهُ ، وَمَا تَصَرَّفَ فِيهِ فِي حَيَاتِهِ ، لَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ، وَالْمَنَافِعُ الَّتِي أَجْرَهَا قَدْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِهِ بِالْإِجَارَةِ ، فَلَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ . وَالْبَطْنُ الثَّانِي فِي الْوَقْفِ يَمْلِكُونَ مِنْ جِهَةِ الْوَاقِفِ ، فَمَا حَدَّثَ فِيهَا^(١٤) بَعْدَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ كَانَ مِلْكًا لَهُمْ ، فَقَدْ صَادَفَ تَصَرُّفَ الْمُؤَجَّرِ فِي^(١٥) مِلْكِهِمْ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِمْ ، وَلَا وَلايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ ، فَلَمْ يَصِحَّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ تَبْطُلَ الْإِجَارَةُ كُلُّهَا ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَهَذَا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ الْمُؤَجَّرُ قَبْضَ الْأَجْرِ كُلِّهِ ، وَقُلْنَا : تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ . فَلِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْوَقْفُ^(١٦) أَخْذُهُ ، وَيَرْجِعُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى وَرَثَةِ الْمُؤَجَّرِ بِحِصَّةِ الْبَاقِي مِنَ الْأَجْرِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَنْفَسِخُ . رَجَعَ مِنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْوَقْفُ عَلَى التَّرَكَةِ بِحِصَّتِهِ .

٩٤/٥ و

/فصل: وإن أجر الولي الصبي، أو ماله مدة، فبلغ في أثنائها، فقال أبو الخطاب: ليس له فسوخ الإجارة؛ لأنه عقد لازم، عقده بحق الولاية، فلم يبطل بالبلوغ، كما لو باع داره أو زوجته. ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية، على ما ذكرنا في إجارة الوقف. ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجره مدة يتحقق بلوغه في أثنائها، مثل إن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة، فتبطل في السادس عشر؛ لأننا نتيقن أنه أجره فيها بعد بلوغه. وهل يصح في الخامس عشر؟ على وجهين، بناءً على تفريق الصفقة. 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؛ لأننا لو قلنا: يلزم الصبي^(١٧) بعد البلوغ^(١٧) بعقد الولي مدة يتحقق بلوغه فيها، أفضى إلى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره، وإلى أن يتصرف فيه في غير زمن ولايته عليه، ولا يشبهه التكاخ؛ لأنه

(١٤) في ب: «منها» .

(١٥) سقط من: الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة: «على» .

(١٧ - ١٧) سقط من: ب، م .

لا يُمكنُ تَقْدِيرُ مُدَّتِهِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعَقَّدُ لِلأَبَدِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَنَافِعِهِ فِي حَالِ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي نَفْسِهِ ، فَإِذَا^(١٨) مَلَكَ ، ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالأَمَةِ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ زَوْجٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ لِزَوْجٍ ، عَقَدَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَ التَّصَرُّفَ ، فَإِذَا مَلَكَهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالأَبِ إِذَا زَوَّجَ وَلَدَهُ . وَمَا قَاسُوا عَلَيْهِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ ، لِأَجْلِ الْعَيْبِ ، لِأَنَّ ذِكْرَهُ ، وَلِهَذَا لَوْ أُعْتِقَتْ تَحْتَ حُرٍّ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا الْخِيَارُ . وَإِنْ مَاتَ الْوَالِي الْمَوْجِرُ لِلصَّبِيِّ أَوْ مَالِهِ ، أَوْ عَزَلَ ، وَانْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَى غَيْرِهِ ، لَمْ يَبْطُلْ عَقْدُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فِي مَحَلِّ وَوِلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَبْطُلْ تَصَرُّفُهُ بِمَوْتِهِ أَوْ عَزَلِهِ ، كَالْوَمَاتِ نَاطِرِ الْوَقْفِ أَوْ عَزَلِ ، أَوْ مَاتَ الْحَاكِمُ بَعْدَ تَصَرُّفِهِ فِيمَا لَهُ النَّظَرُ فِيهِ . وَيُقَارَقُ مَا لَوْ أُجِرَ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ مُدَّةً ، ثُمَّ مَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ أُجِرَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي مُدَّةٍ لَا وَوِلَايَةَ لَهُ فِيهَا ، وَهَهُنَا إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْوَالِيِ الثَّانِي الْوِلَايَةَ^(١٩) فِي التَّصَرُّفِ^(٢٠) فِيمَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، وَهَذَا الْعَقْدُ قَدْ تَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لِلثَّانِي وَوِلَايَةَ عَلَيْهِ مَا تَنَاولَهُ .

فصل : وَإِنْ أُجِرَ عَبْدُهُ مُدَّةً ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ فِي أَثْنَائِهَا ، صَحَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَبْطُلْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ بِشَيْءٍ . وَهَذَا جَدِيدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ / فِي الْقَدِيمِ : يَرْجِعُ عَلَى مَوْلَاهُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُسْتَوْفَى مِنْهُ بِسَبَبِ كَانِ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، فَرَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، كَالْوِ أكَرَّهُهُ بَعْدَ عِتْقِهِ عَلَى ذَلِكَ الْعَمَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنَفَعَةٌ اسْتَحَقَّتْ بِالْعَقْدِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِبَدْلِهَا . كَالْوِ زَوْجِ أُمَّتِهِ ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا بَعْدَ دُخُولِ الزَّوْجِ بِهَا ، فَإِنَّ مَا يَسْتَوْفِيهِ السَّيِّدُ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . وَيُخَالِفُ الْمُكْرَهَ ؛ فَإِنَّهُ تَعَدَى بِذَلِكَ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْعَبْدِ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ أَوْ الْإِمْتِضَاءِ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ ، لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرَهُ ثُمَّ^(٢٠) . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ لِزَوْجٍ ، عَقَدَهُ عَلَى

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « فَمَا إِذَا » .

(١٩) - (١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ما يملكه ، فلا يَنْفَسُخُ بِالْعِتْقِ ، ولا يُزُولُ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كما لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ثُمَّ بَاعَهَا . إذا ثَبَّتَ هذا ، فَإِنَّ نَفَقَةَ الْعَبْدِ إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَهِيَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَتْ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً عَلَيْهِ^(٢١) ، فَهِيَ عَلَى مُعْتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٢) كَالْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ عَوْضَ نَفْعِهِ ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَقْدِرُ عَلَى نَفَقَةِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْغُولٌ بِالْإِجَارَةِ ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مَنَفَعَتَهُ بِعَوْضٍ غَيْرِ نَفَقَتِهِ ، لَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنَّهُا عَلَى الْمَوْلَى .

فصل : إذا أَجَرَ عَيْنًا ، ثُمَّ بَاعَهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، سِوَاءَ بَاعَهَا لِلْمُسْتَأْجِرِ أَوْ لِغَيْرِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : إِنْ بَاعَهَا لِغَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ حَائِلَةٌ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَمَنَعَتِ الصَّحَّةَ ، كَمَا فِي بَيْعِ الْمَعْصُوبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ تَمْنَعِ الصَّحَّةَ ، كَمَا لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ بَاعَهَا . وَقَوْلُهُمْ : يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ حَائِلَةٌ دُونَ التَّسْلِيمِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ إِنَّمَا هِيَ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَالْبَيْعُ عَلَى الرَّقِيَّةِ ، فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتُ الْيَدِ عَلَى أَحَدِهِمَا تَسْلِيمَ الْآخَرِ ، كَمَا لو بَاعَ الْأُمَّةَ الْمُزَوَّجَةَ ، وَلِئِنْ مَنَعَتِ التَّسْلِيمَ فِي الْحَالِ ، فَلَا تَمْنَعُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَجِبُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، وَهُوَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَيَكْفِي الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ حِينَئِذٍ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْبَيْعُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ أَجَارَهُ جَارَ ، وَبَطَلَتِ الْإِجَارَةُ ، وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْبَيْعَ عَلَى غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ تُعْتَبَرِ إِجَارَتُهُ ، كَبَيْعِ الْأُمَّةِ الْمُزَوَّجَةِ . إِذَا ثَبَّتَ هذا ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الْمَبِيعَ مَسْلُوبِ الْمَنَفَعَةِ إِلَى حِينِ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِلَّا حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِنَّمَا يُرَادُ لِاسْتِيفَاءِ نَفْعِهَا ، وَنَفْعُهَا إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ إِذَا انْقَضَتِ الْإِجَارَةُ ، فَيَصِيرُ هذا بِمَنْزِلَةِ مَنْ اشْتَرَى عَيْنًا فِي مَكَانٍ بَعِيدٍ ، / فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهَا إِلَّا بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ يُمَكِّنُ إِحْضَارَهَا فِيهَا . كَالْمُسْلِمِ إِلَى وَقْتٍ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَّا فِي وَقْتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي

و ٩٥/٥

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : الأصل .

بالإجارة ، فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن ؛ لأن ذلك عيب ونقص .

فصل : فإن اشتراها المستأجر ، صح البيع أيضا ؛ لأنه يصح بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين في يده . وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تبطل ؛ لأنه ملك^(٢٣) المنفعة بعقد ، ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر ، فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ، ثم يملك الأصل بعقد آخر . ولو أجزر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة ، صححت الإجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا يتنافى العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها ، جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشتري ، وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع ، كما لو كان المشتري غيره . والثاني ، تبطل الإجارة فيما بقي من المدة ؛ لأنه عقد على منفعة العين ، فطل ملك العاقد للعين ، كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ، ثم اشتراها ، بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح . فعلى هذا ، يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين . وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله ، حسب عليه باقى الأجر من الثمن .

فصل : وإن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشتراها ، في بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه دارا ، ثم مات أبوه ، وخلف ابني ، أحدهما هو المستأجر ، فإن الدار تكون بينهما نصفين ، والمستأجر أحق بها ؛ لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذى ورثه يستحقه ، إما بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفين . وإن كان أبوه قد قبض الأجر ، لم يرجع بشيء منه على أخيه ، ولا تركه أبيه ، ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين ؛ لأنه لو رجع بشيء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته^(٢٤) ، وورث أخوه نصفا مسلوب

(٢٣) في م : « تملك » .

(٢٤) في الأصل : « بالمنفعة » .

الْمَنْفَعَةِ ، وَاللَّهِ سُبْحَانَهُ قَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الْمِيرَاثِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِنَصْفِ أَجْرِ النَّصِيفِ
الَّذِي انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ فِيهِ ، لَوَجِبَ أَنْ يَرْجَعَ أَخُوهُ بِنَصْفِ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي انْتَقَضَتْ
الْإِجَارَةُ فِيهَا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْمَعَ لَهُ بَيْنَ الْمَنْفَعَةِ / وَأَخِذِ عَوَضَهَا مِنْ غَيْرِهِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمُسْتَأْجِرُ الْعَيْنَ ، ثُمَّ وَجَدَهَا مَعِيْبَةً ، فَرَدَّهَا ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا
تَنْفَسُخُ الْإِجَارَةُ بِالْبَيْعِ . فَهِيَ بَاقِيَةٌ بَعْدَ رَدِّ الْعَيْنِ كَمَا كَانَتْ قَبْلَ الْبَيْعِ . وَإِنْ قُلْنَا : قَدْ
انْفَسَخَتْ . فَالْحُكْمُ فِيهَا كَمَا لَوْ انْفَسَخَتْ بِتَلْفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْنَبِيًّا ،
فَرَدَّ الْمُسْتَأْجِرُ الْإِجَارَةَ لِعَيْبٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَعُودَ الْمَنْفَعَةُ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَوَضَهَا
عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِذَا سَقَطَ الْعَوَضُ ، عَادَ إِلَيْهِ الْمَعْوِضُ . وَلِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ مَلَكَ الْعَيْنَ
مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ ، مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، مَا لَمْ يَمْلِكْهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : يَرْجِعُ إِلَى (٢٥) الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَابِعَةٌ لِلرَّقِيبَةِ ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّتْ بَعْدَ
الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ عَادَتْ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمَّةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَهَا (٢٦) الزَّوْجُ . وَلَا
يَصِحُّ هَذَا الْقِيَاسُ ؛ فَإِنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ قَدْ اسْتَقَرَّ عَوَضُهَا لِلْبَائِعِ بِمَجْرَدِ دُخُولِ الزَّوْجِ
بِهَا ، وَلَا يَنْقَسِمُ الْعَوَضُ عَلَى الْمُدَّةِ ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّدَاقِ فِيمَا إِذَا
انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، أَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنَّ الْمُؤَجَّرَ يَسْتَحِقُّ
الْأَجْرَ فِي مَقَابِلَةِ الْمَنْفَعَةِ مَقْسُومًا عَلَى مُدَّتِّهَا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَوَضُ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ ،
فَزَالَ بِالْفَسْخِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ مَعْوَضُهَا ، وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ . وَلِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ لَا يَجُوزُ أَنْ
تُمْلِكَ بِغَيْرِ مَلَكَ الرَّقِيبَةِ أَوْ النِّكَاحِ ، فَلَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْبَائِعِ ، لَمَلِكْتَ بِغَيْرِهِمَا . وَلِأَنَّهَا
مِمَّا لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَا الْمُعَاوِضَةَ عَنْهَا ، وَمَنْفَعَةُ الْبَدَنِ بِخِلَافِهَا .

فصل : وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، مِثْلَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ ، أَوْ لِرِعَايَةِ
الْعَنَمِ ، أَوْ جَمَلًا لِلْحَمْلِ أَوْ لِلرُّكُوبِ ، فَتَلَفَتْ ، فَتَلَفَتْ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلْفِهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ
مُسْتَحَقَّةً ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْبًا فَرَدَّهَا ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ

(٢٥) سقط من : الأصل . . .

(٢٦) في الأصل : « ثم طلقها » .

إِبْدَالِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَتَبَتَّ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى عَيْنٍ مَوْصُوفَةٍ فِي الذَّمِّ ، انْعَكَسَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَمَتَى سَلَّمَ إِلَيْهِ ^(٢٧) عَيْنًا فَتَلَفَتْ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَلَزِمَ الْمُؤَجَّرُ إِبْدَالَهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ مَعْصُوبَةً ، لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ ، وَلَزِمَهُ بَدْلُهَا . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْنًا فَرَدَّهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ غَيْرُ هَذِهِ الْعَيْنِ ، وَهَذِهِ بَدَلٌ عَنْهُ ، فَلَمْ يُوَثِّرْ تَلْفُهَا ، وَلَا غَضَبُهَا ، وَلَا رَدُّهَا بِعَيْبٍ ، فِي إِبْطَالِ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بَشْرًا فِي الذَّمِّ ، عَلَى مَا قُرِّرَ فِي مَوْضِعِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ فِي ^(٢٨) مَنْ اشْتَرَى جَمَلًا لَيْرَ كَبَيْهِ ، جَازَ أَنْ يَرَكِبَهُ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ . وَلَوْ اشْتَرَى أَرْضًا لَزَرَ عَ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، جَازَ لَهُ زَرْعُ / مَا هُوَ مِثْلُهُ ^(٢٩) أَوْ دُونَهُ فِي الضَّرَرِ ، فَلِمَ قُلْتُمْ : إِذَا اشْتَرَى جَمَلًا بِعَيْنِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُبَدِّلَهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ^(٣٠) مَنفَعَةُ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا ، ^(٣١) لَا يَجُوزُ ^(٣١) أَنْ يَأْخُذَ غَيْرَهَا . وَالرَّاكِبُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ مُسْتَوْفٍ لِلْمَنفَعَةِ ، وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ مَعْرِفَتَهُ ^(٣٢) لِتَقْدِيرِ بِهِ ^(٣٢) الْمَنفَعَةَ ^(٣٠) ، لَا لِكَوْنِهِ مَعْقُودًا عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنَّمَا يُعَيَّنُ لِيُعْرَفَ بِهِ قَدْرُ الْمَنفَعَةِ الْمُسْتَوْفَاةِ ، فَيَجُوزُ اسْتِيفَاءُ غَيْرِهَا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْمُشْتَرِي غَيْرَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَبِيعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ الْبَعِيرُ أَوْ الْأَرْضُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَلَوْ مَاتَ الرَّاكِبُ ، أَوْ تَلَفَ الْبَدْرُ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَجَازَ أَنْ يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ، فَافْتَرَقَا .

(٢٧) فِي ب : « إِلَيْهَا » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣١ - ٣١) فِي ب : « لَمْ يَجُزْ » .

(٣٢ - ٣٢) فِي م : « لِتَقْدِيرِ » .

٨٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَمِنْ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا ، فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ غَيْرَهُ إِذَا كَانَ يَقُومُ مَقَامَهُ)

وجملته أن من استأجر عقارًا للسكنى ، فله أن يسكنه ، ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكنين به ، من الرحل^(١) والطعام ، ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها ، مثل القصارين والحدادين ؛ لأن ذلك يضر بها . ولا يجعل فيها الدواب ؛ لأنها تروث فيها وتفسدها . ولا يجعل فيها السرجين^(٢) ، ولا رحي ، ولا شيئًا يضر بها . ولا يجوز أن يجعل فيها شيئًا ثقيلًا فوق سقف ؛ لأنه يثقله ويكسر حشبه . ولا يجعل فيها شيئًا يضر بها ، إلا أن يشترط ذلك . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم فيه مخالفا . وإنما كان كذلك ؛ لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه ، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكل وكيلًا في قبض المبيع ، أو دين له . ولم يملك فعل ما يضر بها ؛ لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يكن له فعله ، كما لو اشترى شيئًا لم يملك أخذ أكثر منه . فأما أن يجعل الدار مخزنًا للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ؛ لأنه يجوز أن يجعلها مخزنًا لغيره . ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطاتها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

فصل : وإذا اشترى دارًا ، جاز إطلاق العقيد ، ولم يحتج إلى ذكر السكنى ، ولا صفتها . وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : لا يجوز ، حتى يقول : أبيت تحتها أنا وعيالي ؛ لأن السكنى تختلف ، ولو أكثرها ليسكنها ، فتزوج امرأة ، لم يكن له أن يسكنها معه . / ولنا ، أن الدار لا تكثرى إلا للسكنى ،

ظ ٩٦/٥

(١) في م : « الرحال » .

(٢) السرجين : الزبل .

فاسْتُعْنِيَ عَنْ ذِكْرِهِ ، كإِطْلَاقِ الثَّمَنِ فِي بَلَدٍ فِيهِ نَقْدٌ مَعْرُوفٌ^(٣) ، وَالتَّفَاوُثُ فِي السُّكْنَى يَسِيرٌ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى ضَبْطِهِ^(٤) ، وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الضَّرَرَ لَا يَكَادُ يَحْتَلِفُ بِكَثْرَةِ مَنْ يَسْكُنُ^(٥) وَقَلَّتِهِمْ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُ ذَلِكَ ، فَاجْتَزَى فِيهِ بِالْعُرْفِ ، كَمَا فِي دُخُولِ الْحَمَامِ وَشِبْهِهِ . وَلَوْ اشْتَرَطَ مَا ذَكَرَهُ ، لَوَجَبَ أَنْ يَذْكَرَ عَدَدَ السُّكَّانِ ، وَأَنْ لَا يَبَيِّنَ عِنْدَهُ ضَيْفٌ ، وَلَا زَائِرٌ ، وَلَا غَيْرٌ مِّنْ ذَكَرَهُ ، وَلَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَعْلَمَ صِفَةَ السَّاكِنِ ، كَمَا يَعْلَمُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا أَكْتَرَى لِلرُّكُوبِ .

فصل : وَإِذَا أَكْتَرَى ظَهَرَ الْيَرَكَبُ ، فَلَهُ أَنْ يُرَكِبَهُ مِثْلَهُ ، وَمَنْ هُوَ أَحْفَ مِنْهُ ، وَلَا يُرَكِبُهُ مَنْ هُوَ أَثْقَلُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى اسْتِيفَاءَ مَنْفَعَةٍ مُقَدَّرَةٍ بِذَلِكَ الرَّكِيبِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ وَنَائِبِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ أَقْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي بَعْضَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ اسْتِيفَاءُ أَكْثَرَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَلَا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي الطُّوْلِ وَالْقَصْرِ ، وَلَا الْمَعْرِفَةَ بِالرُّكُوبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ فِي هَذِهِ الْأَوْصَافِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ قِلَّةَ الْمَعْرِفَةِ بِالرُّكُوبِ تُثْقِلُ عَلَى الْمَرْكُوبِ ، وَتَضُرُّهُ . قَالَ الشَّاعِرُ :

لَمْ يُرَكَّبُوا الْحَيْلَ إِلَّا بَعْدَ مَا كَبُرُوا فَهُمْ ثِقَالٌ عَلَى أَعْجَازِهَا عُنْفٌ^(٥)

وَلَنَا ، أَنَّ التَّفَاوُثَ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ بَعْدَ التَّسَاوِي فِي الثَّقَلِ يَسِيرٌ ، فَعُنِيَ عَنْهُ ، وَهَذَا لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ فِي الْإِجَارَةِ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ ذَلِكَ لِاشْتِرَاطِ مَعْرِفَتِهِ فِي الْإِجَارَةِ ، كَالثَّقَلِ وَالخِفَّةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ بِمِثْلِهِ ، وَلَا بِنِ^(٦) هُوَ دُونَهُ ، فَمِيقَاسُ

(٣ - ٣) سقط من : ب .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « سَكَن » .

(٥) فِي م : « فَهُمْ ثَقِيلٌ » . وَالْبَيْتُ فِي اللِّسَانِ ، وَالتَّاجِ (ع ن ف) .

(٦) فِي ب ، م : « مِنْ » .

قول أصحابنا صححة العقد ، وبطلان الشرط ، (٧) فإن القاضي (٧) قال في من شرط أن يزرع في الأرض 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 ببنائيه ، والشرط ينافي ذلك ، فكان باطلا . وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يبطله ؛ لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعاً ولا ضرراً ، فالغنى ، وبقي العقد على مقتضاه . والآخر يبطله ؛ لأنه ينافي مقتضاه ، فأشبهه مالو شرط أن لا يستوفى المنافع .

٩٧/٥ و

فصل : ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها . نص عليه أحمد . وهو قول سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبي سلمة (٨) 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 (٩) . والمنافع لم تدخل في ضمانه . (١٠) ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه (١١) ، فلم يجز ، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه . والأول أصح ؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يجوز التصرف فيها ، فجاز العقد عليها ، كبيع الثمرة على الشجرة . ويبطل قياس الرواية الأخرى بهذا (١١) الأصل . إذا ثبت

(٧ - ٧) في الأصل ، م : « فإنه » .

(٨) في م : « وأبي سليمان » . خطأ .

(٩) تقدم تحريجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في ب ، م : « لهذا » .

هذا^(١٢) فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن^(١٣) يقوم مقامه ، أو دونه في الضرر ؛ لما تقدم .
فأما إجارته^(١٤) قبل قبضها ، فلا تجوز من غير المؤجر ، في أحد الوجهين . وهذا
قول أبي حنيفة ، والمشهور من قولي الشافعي ؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة ،
فاعتبر في جواز العقد عليها القبض ، كالأعيان . والآخر ، يجوز ، وهو قول بعض
الشافعية ؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه .
فأما إجارته قبل القبض من المؤجر ، فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر . كان فيها
هنا وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها . والثاني ، يجوز ؛ لأن
القبض لا يتعدر عليه ، بخلاف الأجنبي . وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من
غير بائعه ، رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين . فأما إجارته بعد قبضها
من المؤجر ، فجازة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأن ذلك
يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على^(١٥) الكراء ، فإذا^(١٦) اكترها
صار مستحقا له ، فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض . ولنا ، أن كل عقد
جاز مع غير العاقد ، جاز مع العاقد ، كالبيع ، وما ذكره لا يصح ؛ لأن التسليم قد
حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر . ثم يطل بالبيع ، فإنه يستحق عليه تسليم
العين ، فإذا اشترها استحق تسليمها . فإن قيل : التسليم هنا مستحق في جميع
المدة ، بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه^(١٧)
تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعدت المنافع بتلف الدار أو
غصبها^(١٧) ، رجع عليه ؛ لأنها تعدت بسبب كان في ضمانه .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب : « أن » .

(١٤) في الأصل : « إجارته بها » .

(١٥ - ١٥) في الأصل : « المكترى فأما إذا » .

(١٦) في ب : « له » .

(١٧) في ب ، م : « وغصبها » .

فصل : ويجوزُ للمُستأجرِ إجارةُ العَيْنِ ، بِمِثْلِ الأجرِ وزيَادَةِ . نصَّ عليه أحمدُ .
 ورُوِيَ ذلكَ عن عطاءٍ ، والحسنِ ، والرُّهْرِيِّ . وبه قال الشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ
 المُنْذِرِ . وعن أحمدَ ، أَنَّهُ إنْ أَحْدَثَ / في العَيْنِ زيَادَةً ، جازَ له أنْ يُكْرِيهَا بزيَادَةٍ ، وإلَّا
 لم تُجزِ الزِّيَادَةُ ، فإنْ فَعَلَ ، تَصَدَّقَ بالزيَادَةِ . رَوَى هذا الشَّعْبِيُّ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ،
 وأبو حنيفةٌ ؛ لأنَّهُ يَرِبِحُ بذلكَ فيما لم يَضْمَنْ ، وقد نَهَى النبيُّ ﷺ عن رِبْحِ ما لم
 يَضْمَنْ^(١٨) ، ولأنَّهُ يَرِبِحُ فيما لم يَضْمَنْ ، فلم يَجْزُ ، كما لو رِبِحَ في الطَّعامِ قَبْلَ قَبْضِهِ .
 ويُخَالِفُ ما إذا عَمِلَ عَمَلًا فيها ؛ لأنَّ الرِّبْحَ في مُقَابِلَةِ العَمَلِ . وعن أحمدَ ، رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ،
 إنْ أذِنَ له المَالِكُ في الزِّيَادَةِ ، جازَ ، وإلَّا لم يَجْزُ . وكرِهَ ابنُ المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمَةَ ، وابنُ
 سِيرِينَ ، ومجاهدٌ ، وعِكرَمَةُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّحَعِيُّ ، الزِّيَادَةَ مُطْلَقًا ؛ لِذُخُولِهَا في
 رِبْحِ ما لم يَضْمَنْ . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يَجوزُ بِرَأْسِ المَالِ ، فجازَ بزيَادَةٍ ، كَبَيْعِ المَبِيعِ بَعْدَ
 قَبْضِهِ ، وكما لو أَحْدَثَ عِمارةً لا يُقَابِلُها جُزْءٌ من الأجرِ ، وأما الحَبْرُ ، فإنَّ المَنافِعَ قد
 دَخَلَتْ في ضَمَانِهِ من وَجْهِ ، فَإِنَّها لو فَاتَتْ من غيرِ اسْتِيفائِهِ ، كانتَ من ضَمَانِهِ . ولا
 يَصِحُّ القِياسُ على بَيْعِ الطَّعامِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ فَإِنَّ البَيْعَ مَمْنُوعٌ منه بالكُلِّيَّةِ ، سواءَ رِبِحَ
 أو لم يَرِبِحْ ، وههنا جازٌّ في الجُمْلَةِ ، وتعليلُهُم بأنَّ الرِّبْحَ في مُقَابِلَةِ عَمَلِهِ ، مُلغى بما
 إذا كَسَسَ الدَّارَ وَنَظَّفَها ، فإنَّ ذلكَ يَزِيدُ في أَجرِها في العادَةِ .

فصل : ونَقَلَ الأثرُ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ سَأَلَهُ عن الرَّجُلِ يَتَقَبَّلُ العَمَلَ من الأَعْمالِ ،
 فَيَقْبَلُهُ باقِلً من ذلكَ ، أَيَجوزُ له الفَضْلُ ؟ قال : ما أَدْرِي ، هِيَ مَسْأَلَةٌ فيها بعضُ الشَّيْءِ .
 قلتُ : أليس كانَ الحِياطُ أَسْهَلَ عندَكَ ، إذا قَطَعَ الثَّوبَ ، أو غيرَهُ إذا عَمِلَ في العَمَلِ
 شيئا ؟ قال : إذا عَمِلَ عَمَلًا فهو أَسْهَلُ . قال النَّحَعِيُّ : لا بَأْسَ أنْ يَتَقَبَّلَ الحِياطُ الثِّيَابَ
 بأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، ثم يُقْبَلُها بَعْدَ ذلكَ بَعْدَ أنْ يُعَيَّنَ فيها ، أو يَقْطَعَ ، أو يُعْطِيَهُ سُلُوكًا أو إِبْرًا ،
 أو يَخِيطُ^(١٩) فيها شيئا ، فإنْ لم يُعَيَّنْ^(١٩) فيها بشيْءٍ ، فلا يَأْخُذَنَّ فَضْلاً . وهذا يَحْتَمِلُ

(١٨) تقدم تخريجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٩ - ١٩) سقط من : م .

أن يكون النَّحْيُ مَقَالَهُ مَبْنِيًّا عَلَى مَذْهَبِهِ ، فِي أَنْ مَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْعًا لِأَيُّ جَرِّهِ بِزِيَادَةٍ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ أَعَانَ فِيهَا بِشَيْءٍ أَوْ لَمْ يُعِنْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَنْ يُقْبَلَهُ بِمِثْلِ الْأَجْرِ الْأَوَّلِ أَوْ دُونِهِ ، جَازَ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَكَإِجَارَةِ الْعَيْنِ .

فصل : وَكُلُّ عَيْنٍ اسْتَأْجَرَهَا لِمَنْفَعَةٍ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِثْلَ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ وَمَا دُونَهَا فِي الضَّرْرِ . وَقَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَمْرًا . فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً ، أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونُ بِهِ بَأْسٌ ، إِذَا كَانَ الْوِزْنُ وَاحِدًا . فَإِنْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي يَسْتَوْفِيهَا أَكْثَرَ ضَرًّا ، أَوْ مُخَالَفَةً لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهَا فِي الضَّرْرِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَإِذَا أَكْثَرَى دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا حَدِيدًا ، لَمْ يَحْمِلْ عَلَيْهَا (٢٠) قَطْنًا ، لِأَنَّهُ يَتَجَافَى ، وَتَهَبُّ فِيهِ الرِّيحُ ، فَيَتَعَبُ الظَّهْرَ . وَإِنْ أَكْثَرَاها لِحَمَلِ الْقَطْنِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ الْحَدِيدَ ؛ لِأَنَّهُ / يَجْتَمِعُ فِي (٢١) مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَثْقُلُ عَلَيْهِ ، وَالْقَطْنُ يَتَفَرَّقُ ، فَيَقِلُّ ضَرْرُهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيُرِكَبَهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الرَّابِيبَ يُعِينُ الظَّهْرَ بِحَرَكَتِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُرِكَبَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّابِيبَ يَقْعُدُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَسْتَنْدُ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالْمَتَاعُ يَتَفَرَّقُ عَلَى جَنْبَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيُرِكَبَهُ عَرِيًّا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُرِكَبَهُ بِسَرَجٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيُرِكَبَهُ بِسَرَجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُرِكَبَهُ عَرِيًّا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا رَكِبَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سَرَجٍ حَمَى ظَهْرَهُ ، فَرُبَّمَا عَقَرَهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيُرِكَبَهُ بِسَرَجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُرِكَبَهُ بِأَثْقَلِ (٢٢) مِنْهُ . فَلَوْ أَكْثَرَى جِمَارًا بِسَرَجٍ (٢٣) لَمْ يَجُزْ أَنْ يُرِكَبَهُ بِسَرَجِ الْبِرْدُونِ ، إِذَا كَانَ أَثْقَلَ مِنْ سَرَجِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً بِسَرَجٍ ، فَرَكِبَهَا بِإِكْفَافٍ أَثْقَلَ مِنْهُ ، أَوْ أَضْرَّ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ أَحْفَفَ ، وَأَقْلَّ ضَرْرًا ، فَلَا بَأْسَ . وَمَتَى فَعَلَ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَانَ ضَامِنًا ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٍ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : « على » .

(٢٢) في م : « بأكثر » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن اكَتَرَى دَابَّةً لَيْرَ كَبْهَآ فِى مَسَافَةٍ مَّعْلُومَةٍ ، أَوْ يَحْمِلُ عَلَيْهَا فِيهَا ، فَأَرَادَ الْعُدُولَ بِهَا إِلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى مِثْلَهَا فِى الْقَدْرِ أَضْرَّ مِنْهَا ، أَوْ تُخَالِفُ ضَرَّرَهَا ، بِأَن تَكُونَ إِحْدَاهُمَا أَحْسَنَ وَالْأُخْرَى أَخْوَفَ ، لَمْ يَجْزُ . وَإِن كَانَ مِثْلَهَا فِى السُّهُولَةِ وَالْحُزُونَةِ وَالْأَمْنِ ، أَوْ التَّى يَعْدِلُ إِلَيْهَا أَقْلَ ضَرَّرًا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَسَافَةَ عُنِيَتْ لِيَسْتَوْفَى بِهَا الْمَنْفَعَةَ ، وَيَعْلَمَ قَدْرَهَا بِهَا ، فَلَمْ تَتَّعِنَ ، كَتَوَعَّ الْمَحْمُولِ وَالرَّابِحِ . وَيَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ لِلْمُكْرِي غَرَضٌ فِى تِلْكَ الْجِهَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ إِلَى غَيْرِهَا ، مِثْلُ (٢٤) مِنْ يُكْرَى جِمَالَهُ إِلَى مَكَّةَ فَيُحْجُّ (٢٤) مَعَهَا ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ بِهَا إِلَى غَيْرِهَا . وَلَوْ أَكْرَاهَا إِلَى بَعْدَادَ ، لِكُونَ أَهْلِهَا ، أَوْ بَيْلِدِ الْعِرَاقِ ، لَمْ يَجْزِ الذَّهَابُ بِهَا إِلَى مِصْرَ . وَلَوْ أَكْرَى جِمَالَهُ جُمْلَةً إِلَى بَلَدٍ ، لَمْ يَجْزِ لِلْمُسْتَأْجِرِ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا ، بِالسَّفَرِ بِيَعْضِهَا إِلَى جِهَةٍ ، وَبِبَاقِيهَا إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَيْنَ الْمَسَافَةِ لِعَرَضٍ فِى قَوَاتِهِ ضَرَّرَ ، فَلَمْ يَجْزِ تَقْوِيَتُهُ ، كَمَا فِى حَقِّ الْمُكْرَى (٢٥) ، فَإِنَّهُ لَوْ أَرَادَ حَمْلَهُ إِلَى غَيْرِ الْمَكَانِ الَّذِي أَكْتَرَى إِلَيْهِ ، لَمْ يَجْزُ ، وَكَأَلَوْ عَيْنَ طَرِيقًا سَهْلًا أَوْ أَمِنًا ، فَأَرَادَ سُلُوكَ مَا يُخَالِفُهُ فِى ذَلِكَ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ قَمِيصًا لِيَلْبَسَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَيَجُوزُ بَيْنَهُ ، فَجَارَتْ إِجَارَتُهُ ، كَالْعَقَارِ . وَلَا بَدَلٌ مِنْ تَقْدِيرِ الْمَنْفَعَةِ بِالْمُدَّةِ . وَإِن كَانَتْ عَادَةً أَهْلِ بَلَدِهِ نَزَعُ (٢٦) ثِيَابِهِمْ عِنْدَ النَّوْمِ فِى اللَّيْلِ ، فَعَلِيهِ نَزَعُهُ فِى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُعْتَادِ / ، وَلَهُ لِبَسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَإِن نَامَ نَهَارًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ نَزَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْعَرْفُ . وَيَلْبَسُ الْقَمِيصَ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَرَّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ عَلَيْهِ فَيَشْقُقُهُ (٢٧) ، وَفِى اللَّبْسِ لَا يَعْتَمِدُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَرْتَدِيَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَحْفُ . وَمَنْ مَلَكَ

٩٨/٥ ط

(٢٤ - ٢٤) فِى الْأَصْلِ : « أَنْ تَكُونَ جِمَالَهُ إِلَى مَكَّةَ لِيَحْجَّ » .
 (٢٥) فِى ب ، م ، : « الْمُكْرَى » .
 (٢٦) فِى الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « فِى » .
 (٢٧) فِى الْأَصْلِ : « فَيَشْقُقُهُ » .

شَيْئًا ، مَلَكٌ مَا هُوَ أَحْفَ مِنْهُ . وَقِيلَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالَ لَمْ تَجْرِ
الْعَادَةُ بِهِ فِي الْقَمِيصِ (٢٨) ، أَشْبَهَ الْأَثْرَارَ بِهِ .

فصل : وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، صَحَّ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَلَا يَصِحُّ حَتَّى يَرَى الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّ
الْمَنْفَعَةَ تَحْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا ، وَلَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالرُّؤْيَى ؛ لِأَنَّهَا لَا تُنْضَبُ بِالصِّفَةِ ، وَلَا يَصِحُّ
حَتَّى يَذْكُرَ (٢٩) مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ زَّرْعٍ أَوْ عَرَسٍ أَوْ بِنَاءٍ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَصْلُحُ لِهَذَا كُلِّهِ ،
وَتَأْتِيهِ فِي الْأَرْضِ يَحْتَلِفُ ، فَوَجَبَ بَيَانُهُ . فَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَهَا لِتَزْرَعَهَا أَوْ تَعْرِسَهَا .
لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْينْ أَحَدَهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، وَإِنْ
قَالَ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ ، وَتَعْرِسَهَا (٣٠) مَا شِئْتَ . صَحَّ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ .
وَخَالَفَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ ، فَقَالُوا : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ يَزْرَعُ وَيَعْرِسُ . وَقَالَ
بَعْضُهُمْ : يَصِحُّ ، وَيَزْرَعُ نَصْفَهَا ، وَيَعْرِسُ نَصْفَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى إِبَاحَةَ هَذَيْنِ
الشَّيْئَيْنِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ . وَلِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسَيْنِ كَاخْتِلَافِ
التَّوَعَيْنِ ، وَقَوْلُهُ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ . إِذْنٌ فِي تَوْعَيْنٍ وَأَنْوَاعٍ ، وَقَدْ صَحَّ ، فَكَذَلِكَ
فِي الْجِنْسَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَعْرِسَهَا كُلَّهَا ، وَإِنْ أَحَبَّ زَرَعَهَا كُلَّهَا ، كَمَا لَوْ إِذْنٌ لَهُ فِي أَنْوَاعِ
الزَّرْعِ كُلِّهِ ، كَانَ لَهُ زَرْعُ جَمِيعِهَا تَوْعًا وَاحِدًا ، وَلَهُ زَرْعُهَا مِنْ تَوْعَيْنٍ ، كَذَلِكَ
هَهُنَا . وَإِنْ أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ وَحْدِهِ ، فَفِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ ، أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ مُطْلَقًا ، أَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَلَهُ
زَرْعُ مَا شَاءَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ حَتَّى يَتَبَيَّنَ
الزَّرْعُ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ يَحْتَلِفُ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَدُونَ الْبَيَانِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْ مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ
زَّرْعٍ أَوْ عَرَسٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُهَا لِأَكْثَرِ الزَّرْعِ ضَرَرًا ، وَيُبَاحُ لَهُ جَمِيعُ

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « الْقَمِيصُ » .

(٢٩) فِي مِ زِيَادَةَ : « لَهُ » .

(٣٠) فِي مِ : « أَوْ تَعْرِسَهَا » .

الأنواع ؛ لأنها دونه ، فإذا عَمَّ أو أَطْلَقَ ، تَنَاوَلَ الأَكْثَرَ ، وكان له مادونه ، ويُخَالِفُ الأجناسَ المُخْتَلِفَةَ ؛ فإنه لا يَدْخُلُ بعضها في بعضٍ . فإن قِيلَ : فلو أَكْثَرَى ذَابَةً لِلرُّكُوبِ ، لَوَجِبَ تَعْيِينُ الرَّاكِبِ . قُلْنَا : لأنَّ إِجَارَةَ المَرْكُوبِ لِأَكْثَرِ الرُّكَّابِ ضَرَرًا لا تَجُوزُ ، بِخِلَافِ المَزْرُوعِ ، ولأنَّ لِلْحَيَوَانِ حُرْمَةً في نَفْسِهِ ، فلم يَجُزْ إِطْلَاقُ ذلك فيه ، بِخِلَافِ الأَرْضِ . فإن قِيلَ : فلو اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى مُطْلَقًا ، لم يَجُزْ / أن يُسْكِنَهَا مَنْ يَضُرُّهَا ، كَالْقَصَّارِ والحَدَّادِ ، فَلِمَ قُلْتُمْ إِنَّهُ يَجُوزُ أن يَزْرِعَهَا مَا يَضُرُّهَا ؟ قُلْنَا : السُّكْنَى لا تَقْتَضِي ضَرَرًا ، فلذلك مُنِعَ من إسْكَانِ مَنْ يَضُرُّهَا ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَقْتَضِهِ ، والزَّرْعُ يَقْتَضِي الضَّرَرَ ، فإذا أَطْلَقَ كان راضِيًا بأَكْثَرِهِ ، فلهذا جازَ . وليس له أن يَغْرِسَ في هذه الأَرْضِ ، ولا يَبْنِي ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرَ من المَعْقُودِ عليه .

المسألة الثانية ، أكرها^(٣١) يزرع حنطة ، أو نوع بعينه ، فإن له زرع ما عينه^(٣٢) وما ضرره كضرره أو دونه . ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم ، إلا إذا ودوا أهل الظاهر ، فإنهم قالوا : لا يجوز له زرع غير ما عينه ، حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء ، لم يجوز له أن يزرع بيضاء ؛ لأنه عينه بالعقد ، فلم يجوز العدول عنه ، كإلو عين المركوب ، أو عين الدراهم في الثمن . ولنا ، أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ، ولهذا استقر^(٣٣) عليه العوض بمضي المدة ، إذا تسلم الأرض . وإن لم يزرعها ، وإنما ذكر القمح لتقدر به المنفعة ، فلم يتعين ، كإلو استأجر دارًا ليسكنها ، كان له أن يسكنها غيره . وفارق المركوب ، والدراهم في الثمن ، فإنهما معقود عليهما ، فتعين ، والمعقود عليه ههنا منفعة مقدرة ، وقد تعينت أيضا ، ولم يتعين ما قدرت به ، كما لا يتعين المكيال والميزان في المكيل والموزون .

المسألة الثالثة ، قال : ليزرعها حنطة ، وما ضرره كضررها ، أو دونه . فهذه

(٣١) في ب : « أكرها » .

(٣٢) في ب ، م : « بعينه » .

(٣٣) في م : « يستقر » .

كالتى قبلها ، إلا أنه لا مخالف فيها ؛ لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق ، وبين ذلك تصريحه نصه ، فزال الإشكال .

المسألة الرابعة ، قال : ليُزرعها حنطةً ، ولا يزرع غيرها . فذكر القاضى أن الشرط باطل ؛ لأنه يتنافى مقتضى العقد ، لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصح الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه ، والعقد صحيح ؛ لأنه لا ضرر فيه ، ولا غرض^(٣٤) لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله ، لا يختلف فى غرض^(٣٥) المؤجر ، فلم يؤثر فى العقد ، فأشبهه شرط استيفاء المبيع أو الثمن بنفسه . وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكرى الدار أنه لا يسكنها غيره ، وجهها فى صحة الشرط ، ووجهها آخر فى فساد العقد ، فيخرج ههنا مثله .

فصل : وإن أكرها للغراس ؛ فقيه ما ذكرنا من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها ؛ لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس ، وهو من جنسه ، لأن كل واحد منهما يضرر بباطن الأرض . / وليس له البناء ؛ لأن ضرره مخالف لضرره ، فإنه يضر بظاهر الأرض . وإن أكرها للزرع ، لم يكن له العرس ولا البناء ؛ لأن ضرر العرس أكثر ، وضرر البناء مخالف لضرره . وإن أكرها^(٣٦) للبناء ، لم يكن له العرس ولا الزرع ؛ لأن ضررهما يخالف ضرره .

فصل : ولا تحلوا الأرض من قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، إما من نهر لم تجر العادة بانقطاعه ، أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر فى الزرع ، أو من عين نابعة ، أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ثم يسقى به ، أو من يثر يقوم بكفائتها ، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض ، وقرب الماء الذى تحت الأرض ، فهذا كله دائم . ويصح

(٣٤) فى الأصل : « عوض » .

(٣٥) فى م : « غير » .

(٣٦) فى الأصل : « اكراها » .

استسجارها للغرس والزرع . بغير خلافٍ عَلِمْنَاهُ . وكذلك الأرضُ التي تَشْرَبُ من مِيَاهِ الأمطارِ ، وَيُكْتَفَى^(٣٧) بالمُعْتَادِ منه ؛ لأنَّ ذلكَ بِحُكْمِ العَادَةِ ، ولا يَنْقَطِعُ إِلَّا نَادِرًا ، فهو كسائرِ الصُّورِ المَذْكُورَةِ . والثاني ، أن لا يكونَ لها ماءٌ دائِمٌ ، وهي نُوْعَانِ ؛ أَحَدُهُما ، ما يَشْرَبُ من زِيَادَةِ مُعْتَادَةِ تَأْتِي في وقتِ الحَاجَةِ ، كأَرْضِ مِصْرَ الشَّارِبَةِ من زِيَادَةِ النَّيْلِ ، وما يَشْرَبُ من زِيَادَةِ الفِرَاتِ وَأَشْبَاهِهِ ، وَأَرْضِ البَصْرَةِ الشَّارِبَةِ من المَدِّ والجَزْرِ ، وَأَرْضِ دِمَشَقِ الشَّارِبَةِ من زِيَادَةِ بَرْدَى . أو ما يَشْرَبُ من الأودِيَةِ الجاريةِ من ماءِ المَطَرِ ، فهذه تَصِحُّ إِجَارَتُهَا قَبْلَ وُجُودِ المَاءِ الذي تُسْقَى به وبعده . وحكى ابنُ الصَّبَاغِ ذلكَ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . وقال أصحابُه : إن أَكْرَاهَا بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، صَحَّ ، ولا يَصِحُّ قَبْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ ، لا نَعْلَمُ هل يَقْدِرُ عَلَيْهَا أَمْ^(٣٨) لا . ولنا ، أَنَّ هَذَا مُعْتَادٌ ، الظاهرُ وُجُودُهُ ، فجازَتْ إِجَارَةُ الأَرْضِ الشَّارِبَةِ به ، كالشَّارِبَةِ من مِيَاهِ الأمطارِ ، ولأنَّ ظَنَّ القُدْرَةَ على التَّسْلِيمِ في وَقْتِهِ يَكْفِي في صِحَّةِ العَقْدِ ، كالسَّلْمِ في الفَاكِهَةِ إلى أَوَانِهَا . النوعُ الثاني ، أن يكونَ مَجِيءُ المَاءِ نَادِرًا ، أو غيرَ ظاهِرٍ ، كالأَرْضِ التي لا يَكْفِيهَا إِلَّا المَطَرُ الشَّدِيدُ الكَثِيرُ ، الذي يَنْدُرُ وُجُودُهُ . أو يكونُ شَرِبُهَا من قَبْضِ وادٍ مَجِيئُهُ نَادِرًا ، أو من زِيَادَةِ نَادِرَةٍ في نَهْرٍ أو عَيْنٍ غَالِبَةٍ ، فهذه إن أَجَرَهَا بَعْدَ وُجُودِ مَاءٍ يَسْقِيهَا به ، صَحَّ أَيضًا ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الاِئْتِفاعُ بِهَا وَزَرَعُهَا ، فجازَتْ إِجَارَتُهَا ، كذاتِ المَاءِ الدَّائِمِ . وإن أَجَرَهَا قَبْلَهُ لِلغَرَسِ أو الزَّرْعِ ، لم يَصِحَّ ، لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ الزَّرْعُ غَالِبًا ، وَيَتَعَدَّرُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ في الظاهرِ ، فلم تَصِحَّ / إِجَارَتُهَا ، كالأَبَقِ والمَعْصُوبِ . وإن أَكْرَاهَا على أَنَّها لا ماءَ لها ، جازَ ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ^(٣٩) من الاِئْتِفاعِ بِهَا بالتَّزْوِيلِ فيها ، ووَضْعِ رَحْلِهِ بوِجْمَعِ الحَطَبِ فيها ، وله أن يَزْرَعَها رَجاءَ المَاءِ . وإن حَصَلَ لَهُ ماءٌ قَبْلَ زَرَعِهَا ، فله زَرَعُهَا ؛ لِأَنَّ ذلكَ من مَنافِعِها المُمْكِنِ اسْتِيفائِها . وليس له أن يَبْنِي ، ولا يَغْرِسَ ؛ لِأَنَّ ذلكَ يَرادُ لِلتَّأْيِيدِ . وتَقْدِيرُ الإِجَارَةِ بِمُدَّةٍ تَقْتَضِي تَفْرِيعَها

و ١٠٠/٥

(٣٧) في الأصل : « ويكفى » .

(٣٨) في ب ، م ، « أو » .

(٣٩) في ب ، م ، « تمكّن » .

عند انقضاءها . فإن قيل : فلو استأجرها للغراس والبناء صحَّ مع تقدير المدة . قلنا : التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه ، بظاهره في التفرغ عند انقضاء المدة ، إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة ، فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره ، بخلاف مسألتنا . وإن أطلق إجازة هذه الأرض ، مع العلم بحالها ، وعدم ماؤها ، صحَّ ؛ لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها ، فأشبهه ما لو شرطه . وإن لم يعلم عدم ماؤها^(٤٠) ، أو ظنَّ المكترى أنه يُمكنُ تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه ، لم يصحَّ العقد ، ولأنه ربما دخل في العقد بناءً على أن المالك لها^(٤١) يُحصل لها ماء ، وأنه يكثرها للزراعة مع تعدُّرها . وقيل : لا يصحُّ العقد مع الإطلاق وإن علم حالها^(٤٢) ؛ لأن إطلاق كراء الأرض يقتضى الزراعة . والأولى صحتها ؛ لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالغيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم ، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع ، أو لا يكفي الزرع ، فهي كالتي لا ماء لها . ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا .

فصل : وإن اکتري أرضاً غارقة بالماء ، لا يُمكنُ زرعها قبل انجساره عنها ، وقد ينحسر ولا ينحسر ، فالعقد باطل ؛ لأن الائتفاع بها في الحال غير مُمكن ، ولا يزول المانع غالباً . وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مد النيل ، صحَّ العقد ؛ لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة . وإن كانت الزراعة فيها مُمكنة ، ويخاف غرقها ، والعادة غرقها ، لم يجز إيجارها ؛ لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة .

فصل : ومتى غرق الزرع أو هلك ، بحريق أو جراد أو برد ، أو غيره ، فلا ضمان

(٤٠) في م : « نائها » .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في ب : « حالتها » . وفي م : « بحالها » .

على المؤجر ، ولا خيار للمكترى . نصَّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنَّ التالف غير المعقود عليه ، وإنما تلف مال المكترى فيه ، فأشبهه من اشترى^(٤٣) / ذكائنا فاحترق متاعه فيه . ثم إنَّ أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغير الزرع ، أو بالزرع في بقية المدة ، فله ذلك ، وإنَّ تعدد ذلك ، فالأجر لازم له ؛ لأنَّ تعدده لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر ، لا لمعنى في العين . وإنَّ تعدد الزرع بسبب غرق الأرض ، أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار ؛ لأنه لمعنى في العين . وإنَّ تلف الزرع بذلك ، فليس على المؤجر ضمانه ؛ لأنه لم يتلفه^(٤٤) بمباشرة ولا بسبب . وإن قلَّ الماء بحيث لا يكفي الزرع ، فله الفسخ ؛ لأنه عيب . فإن كان ذلك بعد الزرع ، فله الفسخ أيضاً ، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد ، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ ، وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء . وكذلك إن انقطع الماء بالكلية ، أو حدث بها عيب من غرق يهلك به^(٤٥) بعض الزرع ، أو يسوء حاله به .

فصل : وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدة ، فانقضت ، وفيها زرع لم يبلغ حصاده ، لم يحل من حالين ؛ أحدهما ، أن يكون لتفريط من المستأجر ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ، يخيّر المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجر لما زاد على المدة ؛ لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه . وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال ، وتفريغ الأرض ، فله ذلك ؛ لأنه يزيد الضرر ، ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد . وذكر القاضي ، أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض ، وإن اتفقاً على تركه بعوض أو غيره ، جاز . وهذا مذهب الشافعي ، بناءً على قوله في الغاصب . وقياس مذهبنا

(٤٣) في ب : « اشترى » .

(٤٤) في الأصل : « يتلف » .

(٤٥) سقط من م .

ما ذَكَرناه . الحال الثاني ، أن يكون بَقَاؤُه بغير تَفْرِيطٍ ، مثل أن يَزْرَعَ زَرْعًا يَنْتَهِي فِي المُدَّةِ عَادَةً ، فَأَبْطَأَ لِيَرِدَ أَوْ غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْمُؤَجَّرَ تَرْكُهُ إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ ، وَهِيَ الْمُسَمَّى وَأَجْرُ المِثْلِ لِمَا زَادَ ، وَهَذَا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالوجه الثاني ، قالوا : يَلْزَمُهُ نَقْلُهُ ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ ضَرِبَتْ لِتَقْبَلِ الزَّرْعَ ، فَيَلْزَمُ العَمَلُ بِمُوجِبِهِ ، وَقَدْ وَجَدَ مِنْهُ تَفْرِيطٌ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَسْتَظْهَرَ فِي المُدَّةِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَصَلَ الزَّرْعُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ ، مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَمْ تَرْكُهُ ، كَالوَاعَاةِ أَرْضًا فَزَرَعَهَا ، ثُمَّ رَجَعَ المَالِكُ قَبْلَ كَمَالِ الزَّرْعِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُفْرَطٌ . غَيْرُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ المُدَّةَ الَّتِي جَرَتْ العَادَةُ / بِكَمَالِ الزَّرْعِ فِيهَا ، وَفِي زِيَادَةِ المُدَّةِ تَفْوِيثٌ^(٤٦) زِيَادَةُ الأَجْرِ بغير فَائِدَةٍ ، وَتَضْيِيقُ زِيَادَةِ مُتَيْقِنَةٍ لِتَحْصِيلِ شَيْءٍ مُتَوَهَّمٍ عَلَى خِلَافِ العَادَةِ هُوَ التَّفْرِيطُ ، فَلَمْ يَكُنْ تَرْكُهُ تَفْرِيطًا . وَمَتَى أَرَادَ المُسْتَأْجِرُ زَرْعَ شَيْءٍ لَا يُدْرِكُ مِثْلَهُ فِي مُدَّةِ^(٤٧) الإِجَارَةِ ، فَلِلْمَالِكِ مَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَوْجُودِ زَرْعِهِ فِي أَرْضِهِ بغيرِ حَقِّ ، فَمَلِكٌ مَنْعُهُ مِنْهُ . فَإِنْ زَرَعَ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَابَقَتَهُ بِقَلْعِهِ قَبْلَ المُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ فِي أَرْضِ يَمْلِكُ نَفْعَهَا ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بَعْدَ المُدَّةِ ، فَقَبْلَهَا أَوْلَى . وَمَنْ أَوْجَبَ عَلَيْهِ قَطْعَهُ بَعْدَ المُدَّةِ ، قَالَ : إِذَا لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنَ المَطَالِبَةِ بِالنَّقْلِ ، فَلْيَكُنْ عِنْدَ المُدَّةِ الَّتِي يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهَا إِلَى المُؤَجَّرِ فَارِغَةً .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى الأَرْضَ لِزَرْعِ مُدَّةٍ لَا يَكْمُلُ فِيهَا ، مِثْلَ أَنْ يَكْتَرِيَ^(٤٨) حَمْسَةَ أَشْهُرٍ لِزَرْعٍ لَا يَكْمُلُ إِلَّا فِي سَنَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ تَفْرِيعَهَا عِنْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ وَنَقْلَهُ عَنْهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى الزِّيَادَةِ عَلَى مُدَّتِهِ ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي ذَلِكَ ، لِأَخْذِهِ إِيَّاهُ قَصِيلاً أَوْ غَيْرِهِ ، وَيَلْزَمُهُ مَا التَزَمَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ العَقْدَ ، وَلَمْ يَشْتَرِ شَيْئًا ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الِاتِّفَاعَ بِالزَّرْعِ فِي هَذِهِ المُدَّةِ مُمَكِّنٌ ، وَاحْتَمَلَ أَنَّهُ إِنْ أَمَكَّنَ أَنْ يَنْتَفِعَ

(٤٦) فِي الأَصْلِ : « تَفْوَتْ » .

(٤٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤٨) فِي الأَصْلِ : « اكْتَرَى » .

بالأرض ، في زرعِ ضرره كضررِ الزرعِ المشروطِ أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً يأخذه^(٤٩) قصبياً ، صحَّ العقدُ ؛ لأنَّ الانتفاعَ بها في بعض ما اقتضاه العقدُ ممكنٌ . وإن لم يكن كذلك ، لم يصحَّ ؛ لأنه اُكْتَرِيَ للزَّرعِ ما لا يُنتَفَعُ بالزَّرعِ^(٥٠) فيه ، أشبهه إجازة السَّبخة له . فإن قلنا : يصحُّ . فإن انقضت المدة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، حكمه حكمُ زرعِ المُستأجرِ لما لا يكْمُلُ في مدَّته ؛ لأنه ههنا مُفْرَطٌ . واحتمل أن يلزم المُكْرَى تركه بالأجرِ ؛ لأنَّ التَّفْرِيطَ منه حيث أكره مَدَّةَ لَزَّرعِ لا يكْمُلُ فيها . وإن شرطَ تَبْقِيَّتَهُ حتى يكْمُلُ ، فالعقدُ فاسدٌ ؛ لأنه جَمَعَ بين مُتضادَّين ، فإن تَقْدِيرَ المَدَّةِ يَفْتَضِي النَّفْلَ فيها ، وشرطُ التَّبْقِيَّةِ يُخَالِفُهُ ، ولأنَّ مَدَّةَ التَّبْقِيَّةِ مَجْهُولَةٌ ، فإن زرعَ لم يُطالَبَ بِتَقْلِهِ ، كالتى تَقَدَّمت .

فصل : إذا أجزه^(٥١) للغراسِ سنَّةٌ ، صحَّ ؛ لأنه يُمكنُهُ تَسْلِيمُ مَنْفَعَتِهَا المُباحةِ المَقْصُودَةِ ، فأشبهت سائرَ المنافعِ ، وسواءً شرطَ قَلْعِ العِراسِ عند انقضاءِ المَدَّةِ ، أو أطلق . وله أن يعرَّسَ قبل انقضاءِ المَدَّةِ ، فإذا انقضت ، لم يكن له أن يعرَّسَ ؛ لِزَوَالِ عَقْدِهِ . فإذا انقضتِ السنَّةُ ، وكان قد شرطَ القَلْعَ عند انقضائها ، لزمه ذلك وفاءً بموجبِ شرطه ، وليس على صاحبِ الأرضِ عِرامَةٌ تُقصيه ، ولا على المُكْتَرَى / تَسْوِيَةٌ الحَفْرِ وإصلاحِ الأرضِ ؛ لأنَّهما دَخَلَا على هذا ، لِرضاهُما بالقَلْعِ ، واشتراطِهما عليه . وإن اتَّفَقَا على إبقائه بأجرٍ أو غيره ، جازَ^(٥٢) إذا شرطاً مَدَّةً معلومةً . وكذلك لو اُكْتَرَى الأرضُ سنَّةً بعد سنَّةٍ ، كلما انقضتْ عَقْدٌ جَدَّدَ آخَرَ ، جازَ^(٥٣) . وإن أطلقَ العقدَ ، فَلِلْمُكْتَرَى القَلْعُ ؛ لأنَّ العِراسَ مِلْكُهُ ، فله أخذه ، كطعامه من^(٥٣) الدَّارِ

١٠١/٥ ط

(٤٩) في الأصل : « فأخذه » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) في ب : « استأجره » .

(٥٢ - ٥٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٣) في الأصل : « في » .

التي باعها . وإذا قلَّع ، فعليه تسوية الحفر ؛ لأنه نقص دحل على^(٥٤) ملك غيره بغير إذنه . وهكذا إن قلَّعه قبل انقضاء المدة ههنا ، وفي التي قبلها ؛ لأنَّ القلَّع قبل الوقت لم يَأْذَن فيه المالك ، ولأنَّه تصرَّف في الأرض تصرُّفاً نقصها ، لم يفتضه عقد الإجارة . وإن أبا القلَّع ، لم يُجبر عليه ، إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه ، فيجبر حينئذ . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : عليه القلُّع من غير ضمان النقص له ؛ لأنَّ تقدير المدة في الإجارة يفتضى التفريع عند انقضائها ، كالو استأجرها للزرع . ولنا ، قول النبي ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ »^(٥٥) . مفهوماً أن ما ليس بظالم له حق . وهذا ليس بظالم ، ولأنَّه غرس بإذن المالك ، ولم يشترط قلَّعه ، فلم يُجبر على القلُّع من غير ضمان النقص ، كالو استعار منه أرضاً للغرس مدة ، فرجع قبل انقضائها ، ويخالف الزرع ؛ فإنه لا يفتضى التأييد . فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد في الغراس يفتضى التأييد ، فشرط القلُّع^(٥٦) ينافي مقتضى العقد ، فينبغي أن يُفسده . قلنا : إنما اقتضى التأييد من حيث إنَّ العادة في الغراس التبيية ، فإذا أطلقه حمل على العادة ، وإذا شرط خلافه ، جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط في الإجارة شرطاً يخالف العادة . إذ اثبت هذا ، فإن ربَّ الأرض يُخَيَّر بين ثلاثة أشياء ؛ أحدها ، أن يدفع قيمة الغراس والبناء ، فيملكه مع أرضه . والثاني ، أن يقلِّع الغراس والبناء ، ويضمن أرضه نقصه . والثالث ، أن يُقرَّ الغراس والبناء ، ويأخذ منه أجر المثل . وهذا قال الشافعي . وقال مالك : يُخَيَّر بين دفع قيمته فيملكه ، وبين مُطالَبته بالقلُّع من غير ضمان ، وبين تركه ، فيكونان شريكين . وليس بصحيح ؛ لأنَّ الغراس ملك لعارسه ، لم يُدفع إليه عنه عوض ، ولا رضى بزوال ملكه عنه^(٥٧) فلا يزول عنه^(٥٧) ، كسائر الغرس . وإن اتفقا على بيع الغراس والبناء للمالك ، جاز . وإن باعهما

(٥٤) في ب : « في » .

(٥٥) تقدم ترجمته في : ٥٥٨/٦ .

(٥٦) سقط من : ب .

(٥٧ - ٥٧) سقط من : م .

صاحبُهما لغيرِ مالكِ الأرضِ ، جازَ ، ومُشترِهما يَقومُ فيهما مقامَ البائعِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ ، في أحدِ الوجهينِ : ليس له بيعُهما لغيرِ مالكِ الأرضِ ؛ لأنَّ ملكَهُ^(٥٨) ضَعِيفٌ ، بِدَلِيلِ أَنْ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ تَمَلُّكُهُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ . ولنا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ، بِجَوْزِ بَيْعِهِ لِمَالِكِ الْأَرْضِ ، / فجازَ لغيرِهِ ، كَشِقْصِ مَشْفُوعٍ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ لِلشَّافِعِيِّ تَمَلُّكَ الشَّقْصِ وَشِرَاءَهُ ، وَبِجَوْزِ بَيْعِهِ لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ تَبْقِيَةَ الْغِرَاسِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ ما لو أُطْلِقَ الْعَقْدُ سِوَاءً . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ ما يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لو شَرَطَ ذَلِكَ فِي الزَّرْعِ الَّذِي لَا يَكْمُلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، وَلِأَنَّ الشَّرْطَ باطلٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَهُوَ مُؤَثَّرٌ ، فَأَبْطَلَهُ ، كَشَرْطِ تَبْقِيَةِ الزَّرْعِ بَعْدَ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ .

١٠٢/٥ و

٩٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ الْأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ ، أَوْ جَعَلَ لَهُ أَجْرًا ، وَشَرَطَ طَعَامَهُ وَكُسُوتَهُ ، فَرُوِيَ عَنْهُ^(١) جَوَازُ ذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَرُوِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعَمَرَ ، وَأَبِي مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ اسْتَأْجَرُوا الْأَجْرَاءَ بِطَعَامِهِمْ وَكُسُوتِهِمْ . وَرُوِيَ عَنْهُ أَنْ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي الظُّئْرِ^(٢) ^(٣) دُونَ غَيْرِهَا . اخْتَارَهَا الْقَاضِي . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَجْهُولٌ ؛ وَإِنَّمَا جازَ فِي الظُّئْرِ^(٣) ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤) . فَأَوْجَبَ لَهُنَّ النَّفَقَةَ وَالْكِسْوَةَ عَلَى الرِّضَاعِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ

(٥٨) في ب ، م : « ملكه » .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) الظئر : المرضعة .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

المُطَلَّقة وغيرها ، بل في الآية قرينةٌ تُدُلُّ على طلاقها^(٥) ؛ لأنَّ الزَّوْجَةَ تَجِبُ نَفَقَتُهَا وَكُسُوتُهَا بِالزَّوْجِيَّةِ وَإِنْ لَمْ تُرَضَّعْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٦) . والوارثُ ليس بِزَوْجٍ ، وَلِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ فِي الْحَضَانَةِ وَالرِّضَاعِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ عَوْضُهَا كَذَلِكَ . وَرَوَى عَنْهُ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِحَالٍ ، لَا فِي الظَّرْفِ وَلَا فِي غَيْرِهَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا كَثِيرًا مُتَبَايِنًا ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا ، وَالْأَجْرُ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا . وَلَنَا : مَارَوْى ابْنُ مَاجَهَ ، عَنْ عُثْبَةَ بْنِ النَّدْرِ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَرَأُ ﴿ طَسَّ ﴾ حَتَّى بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قَالَ : « إِنَّ مُوسَى آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي سِنِينَ^(٧) أَوْ عَشْرًا ، عَلَى عِفَّةٍ فَرَجَهُ ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ »^(٨) . وَشَرَعُ مِنْ قَبْلُنَا شَرَعٌ لَنَا ، مَا لَمْ يَثْبُتْ نَسْخُهُ . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : كُنْتُ أَجِيرَ ابْنَةِ عَزْوَانَ بِطَعَامِ بَطْنِي ، وَعُقْبَةَ رِجْلِي^(٩) ، أَحْطَبُ لَهُمْ إِذَا نَزَلُوا ، وَأَحْدُوا بِهِمْ إِذَا رَكِبُوا^(١٠) . وَلِأَنَّ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ^(١١) فَعَلُّهُ ، فَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ نَكِيرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ فِي الظَّرْفِ بِالْآيَةِ ، فَيَثْبُتُ فِي غَيْرِهَا بِالْقِيَاسِ عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّهُ عَوْضُ مَنْفَعَةٍ ، فَقَامَ الْعُرْفُ فِيهِ مَقَامَ التَّسْمِيَةِ ، كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، وَلِأَنَّ^(١٢) « لِلْكَسْوَةِ عُرْفًا^(١٢) » / ، وَهِيَ ١٠٢/٥ ظ

(٥) في ب : « فراقها » .

(٦) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٧) في م : « حجج » .

(٨) تقدم تحريجه في صفحة ٥ .

(٩) أى للنوية من الركوب .

(١٠) أخرجه ابن ماجه ، في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢ - ١٢) في الأصل : « الكسوة » .

القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله . قال أحمد : إذا تشاح في الطعام ، يُحكّم له بمدّ كل يوم . ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففسرت ذلك السنة بأنه مدّ لكل مسكين . ولأن الإطعام مطلق في الموضوعين ، فما فسّر به أحدهما يُفسّر به الآخر . وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقته من الأغذية ؛ لأن عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه .

فصل : وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة ، كما يوصف في السلم ، جاز ذلك عند الجميع . وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة ، فنفته وكسوته على نفسه . وكذلك الظئر . قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحدٍ خلافاً فيما ذكرت . وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفاً ، جاز ؛ لأنه معلوم ، أشبه ما لو شرط ذراهم معلومة ، ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه . وإن لم يكن موصوفاً ، لم يجز ؛ لأن ذلك مجهول ، احتمل فيما إذا^(١٣) شرطه للأجير^(١٢) للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك . ولو استأجر ذابة بعلفها ، أو بأجر مسمى وعلفها ، لم يجز ؛ لأنه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه ، ولا تعلم أحداً قال بجوازها ، إلا أن يشترطه موصوفاً ، فيجوز .

فصل : وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ؛ لأنها عوض ، فلا تسقط بالغنى عنه ، كالذراهم . وإن احتاج لدواء لمرضه ، لم يلزم المستأجر ذلك ؛ لأنه لم يشترط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح . يشترى له الأجير به^(١٤) ما يصلح له^(١٤) ؛ لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه ، فلا يلزم به ، كالزائد في القدر .

(١٣ - ١٢) في الأصل : « شرط الأجر » .

(١٤) سقط من : م .

فصل: إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ طَعَامَهُ ، فَأَحَبَّ الْأَجِيرُ أَنْ يَسْتَفْضِلَ بَعْضَهُ لِنَفْسِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُؤَجِّرُ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاجِبِ . لِأَنَّ كُلَّ قَدَرٍ حَاجَتِهِ ، وَيَفْضُلُ الْبَاقِي ، أَوْ كَانَ فِي تَرْكِهِ لِأَكْلِهِ كُلَّهُ ضَرَّرَ عَلَى الْمُؤَجِّرِ ، بِأَنْ يَضْعُفَ عَنِ الْعَمَلِ ، أَوْ يَقِلَّ لَيْنُ الظُّعْرِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى لَمْ يُمْلِكْهُ إِلَّاهُ ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ أَكْلَ قَدَرِ حَاجَتِهِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ عَلَى الْمُؤَجِّرِ ضَرَرٌ بِتَفْوِيتِ بَعْضِ / مَالِهِ مِنْ مَنَفَعَتِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالْجَمَالِ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ غَلْفِ الْجَمَالِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ قَدَرُ الْوَاجِبِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ ، وَمَلَكَهُ إِلَّاهُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي تَفْضِيلِهِ لِبَعْضِهِ ضَرَرٌ بِالْمُؤَجِّرِ ، جَازًا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُؤَجِّرِ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الدَّرَاهِمَ .

و ١٠٣/٥

فصل: وَإِنْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا ، فَهُبَّ أَوْ تَلَفَ قَبْلَ أَكْلِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى مَائِدَةٍ لَا يَخْصُهُ فِيهَا بِطَعَامِهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ، فَكَانَ تَلَفُهُ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ خَصَّهُ بِذَلِكَ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّهُ تَسْلِيمٌ عَوَضٍ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

فصل: إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبًا ، وَقَالَ : بَعُهُ بِكَذَا ، فَمَا أزدَدَتْ فَهُوَ لَكَ . صَحَّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سَبْرِينَ ، وَإِسْحَاقُ . وَكَرِهَهُ النَّحَعِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْرٌ مَجْهُولٌ ، يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَطَاءٌ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بِأَسَأْنِ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ الثَّوْبَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَيَقُولُ : بَعُهُ بِكَذَا وَكَذَا ، فَمَا أزدَدَتْ فَهُوَ لَكَ . وَلَا يُعْرَفُ لَهُ فِي عَصْرِهِ مُحَالِفٌ . وَلَا أَنَّهُ عَيْنٌ تُسَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا^(١٥) ، أَشْبَهَ دَفْعَ^(١٦) مَالِ الْمُضَارَبَةِ^(١٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ بَاعَهُ بِزِيَادَةٍ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا أَجْرَةً ، وَإِنْ بَاعَهُ بِالْقَدْرِ الْمُسَمَّى مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ،

(١٥) في م : « فيها » .

(١٦ - ١٧) في الأصل : « المال مضاربة » .

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 نسيئة ، لم يصح البيع ؛ لأن إطلاق البيع يقتضى التقد ، لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ، ليحصل له نفع الربح . ويفارق المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نساء ؛ لأنه يحصل لرب المال ^(١٧) نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال ^(١٧) في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو في النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المال الربح ، ولاحظ له فيه ، فلا فائدة له ^(١٨) في النسيئة ^(١٨) . وقال أحمد ، في رواية الأثرم : ليس له شيء . يعنى إذا زاد على العشرة ؛ لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالاً ، فإذا باع ^(١٩) نسيئة ، فلم يمثل الأمر ، فلم يستحق شيئاً .

فصل : قال أحمد ، في رواية مهنا : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصيرم النخل ، بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلى من المقاطعة . إنما جاز ههنا ؛ لأنه إذا شاهدته فقد علمه بالرؤية ، وهى أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع ، فيكون أجراً معلوماً . واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة ؛ لأنه ربما لم يخرج من الزرع ^(٢٠) مثل الذى قاطعه عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة .

٩٠١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الظُّرُّ)

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها . وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٨ - ١٨) في م : « فيه » .

(١٩) في م : « باعها » .

(٢٠) في م : « الأرض » .

وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر، وهي: المرصعة. وهو في كتاب الله تعالى، في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ (١). واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم (٢). ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره، فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعدّر رضاعه من أمه، فجاز ذلك، كالإجارة في سائر المنافع، ثم ننظر؛ فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة، أو للحضانة دون الرضاع، أو لهما، جاز. وإن أطلق العقد على الرضاع، فهل تدخل فيه الحضانة؟ فيه وجهان؛ أحدهما، لا تدخل. وهو قول أبي ثور، وابن المنذر؛ لأن العقد ما تناولاها. والثاني: تدخل. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأن العرف جارٍ بأن المرصعة تحضن الصبي، فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف والعادة. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين. والحضانة: تربية الصبي، وحفظه، وجعله في سريره، وربطه، ودهنه، وكخله، وتنظيفه، وغسل خرقه، وأشباه ذلك، واشتقاقه من الحضن، وهو ما تحت الإبط وما يليه. وسميت التربية حضانة تجوزاً، من حضانة الطير ليبيضه وفراخه؛ لأنه يجعلها تحت جناحيه، فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر.

فصل: ويشتراط لهذا العقد أربعة شروط؛ أحدها، أن تكون مدة الرضاع معلومة؛ لأنه لا يمكن تقديره إلا بها، فإن السقَى والعمل فيها يختلف. الثاني، معرفة الصبي بالمشاهدة؛ لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي، في كبره وصغره، ونهيمته وقناعته. وقال القاضي: يعرف بالصفة، كالراكب. الثالث، موضع الرضاع؛ لأنه يختلف، فيشق عليها في بيته، ويسهل عليها في بيته. الرابع، معرفة العوض، وكونه معلوماً، كما سبق.

(١) سورة الطلاق ٦.

(٢) أخرجه مسلم، في: باب رحمته ﷺ للصبيان والعيال ...، من كتاب الفضائل. صحيح مسلم ٤/١٨٠٨.

فصل : واختلف في المعقود عليه في الرضاع ، فقيل : هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في (٢) فيه ، واللبن (٣) تبع ، كالصبيغ في إجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار ؛ لأن اللبن عين من الأعيان ، فلا يُعقد عليه في الإجارة ، كلبن غير الآدمي / وقيل : هو اللبن . قال القاضي : هو أشبه ؛ لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أَرْضَعْتَهُ دون أن تَحْدُمَهُ ، اسْتَحَقَّتِ الأَجْرَةَ ، ولو تَحْدُمْتَهُ بدون الرضاع ، لم تَسْتَحِقْ شيئاً ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُمْ أَجُورَهُمْ ﴾ . فجعل الأجر مرتباً على الإرضاع ، فيدُلُّ على أنه المعقود عليه . ولأن العقد لو كان على الخدمة ، لما لزمها سقيها لبنها . وأما كونه عيناً ، فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة ؛ لأن غيره لا يقوم مقامه ، والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان ، للضرورة إلى حفظ الآدمي ، والحاجة إلى إبقائه .

فصل : وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدبره لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطابقتها بذلك ؛ لأنه من تمام التمكين من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي . ومتى لم ترضعه ، (٤) وإنما سقته لبن الغنم ، أو أطعمته ، فلا أجر لها ؛ لأنها لم تؤف المعقود عليه ، فأشبهه ما لو أكرها لخياطة ثوب ، فلم تخطه . وإن دفعته إلى خادمتها فأرضعته ، فكذلك . وبه قال أبو ثور . وقال أصحاب الرأي : لها أجرها ؛ لأن رضاعه حصل (٥) بفعلها . ولنا ، أنها لم ترضعه ، فأشبهه ما لو سقته لبن الغنم . وإن اختلفا ، فقالت : أرضعته . فأكرر المسترضع ، فالقول قولها ؛ لأنها مؤتمنة .

فصل : ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ، ومدبرته ، وأم ولده ، ومن علق عنتها بصفة ، والمأذون لها في التجارة ، للإرضاع ؛ لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إيجارها للخدمة . وليس لواحدة منهن إجارة نفسها ؛ لأن نفعها لسيدها . وإن كان لها ولد ،

(٣ - ٣) في م : « فمه » .

(٤ - ٤) في الأصل : « أو تسقيه » .

(٥) في الأصل ، ب : « جعل » .

لم تَجْزُ إِجَارَتُهَا لِلرِّضَاعِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَبْنُهَا^(٦) فَضَّلَ عَنْ رِيَّةِ^(٧) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَوْلِيدِهَا ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهَا إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً ، لَمْ تَجْزُ إِجَارَتُهَا لِذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ ، لِاشْتِعَالِهَا عَنْهُ بِالرِّضَاعِ الصَّبِيِّ وَحَضَانَتِهِ . فَإِنْ أَجَرَهَا لِلرِّضَاعِ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَلَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، وَيَكُونُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَسْتَمْتِعَ بِهَا فِي حَالِ فَرَاغِهَا مِنَ الرِّضَاعِ وَالْحَضَانَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَطُورُهَا إِلَّا بِرِضَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ اللَّبْنَ ، وَقَدْ يَقْطَعُهُ . وَلَنَا ، أَنْ وَطِئَ الزَّوْجُ مُسْتَحَقُّ ، فَلَا يَسْقُطُ لِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجَارَةُ مُكَاتِبَتِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا لَهَا^(٨) ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهَا تَزْوِيجَهَا ، وَلَا وَطْأَهَا ، وَلَا إِجَارَتَهَا فِي غَيْرِ الرِّضَاعِ . وَلَهَا أَنْ تُوجَرَ نَفْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِهَاتِ الْاِكْتِسَابِ .

فصل : وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ اسْتِجَارُ أُمِّهِ^(٩) ، وَأُخْتِهِ ، وَابْنَتِهِ ، / لِرِضَاعِ وَلَدِهِ ، ١٠٤/٥ ظ
وكذلك سائر أقاربه ، بغير خلاف . وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها ، جاز . هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وذكره الخرقي فقال : وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلها ، فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقته . وقال القاضي : ليس لها^(١٠) ذلك . وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر . وهذا قول أصحاب الرأي . وحكى 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 منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج ، بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها ، ويجوز لها أن

(٦) في ب ، م : « فيها » .

(٧) في ب ، م : « ربه » .

(٨) في م : « إليها » ..

(٩) في ب ، م : « أمته » .

(١٠) في الأصل ، ب : « له » .

تَأْخُذَ عَلَيْهَا الْعِوَضَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَجَازَ لَهَا أَخْذَهُ ^(١١) مِنْهُ ، كَثَمَنِ مَالِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا اسْتَحَقَّتْ عِوَضَ الْحَبْسِ وَالِاسْتِمْتَاعِ . قُلْنَا : هَذَا غَيْرُ الْحَضَانَةِ ، وَاسْتِحْقَاقُ مَنَفَعَةٍ مِنْ وَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقُ مَنَفَعَةٍ سِوَاهَا بِعِوَضٍ آخَرَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا أَوْ لَا تَمَّ تَزْوُجَهَا . وَتَأْوِيلُ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ ، يُخَالِفُ الظَّاهِرَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَيْفَ وَاللَّامَ فِي الزَّوْجِ لِلْمَعْهُودِ ^(١٢) ، وَهُوَ زَوْجُهَا أَبُو الطُّفْلِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي حِبَالِ زَوْجٍ آخَرَ ، لَا تَكُونُ أَحَقَّ بِهِ ، بَلْ يَسْقُطُ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، ثُمَّ لَيْسَ لَهَا أَنْ تُرْضِعَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، فَفَسَدَ التَّأْوِيلُ .

فصل : وَتَنْفَسِيخُ الْإِجَارَةِ بِمَوْتِ الْمُرْضِعَةِ ؛ لِغَوَاتِ الْمَنَفَعَةِ بِهَلَاكِ مَحَلِّهَا . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ : أَنَّهَا لَا تَنْفَسِيخُ ، وَيَجِبُ فِي مَالِهَا أَجْرٌ مِنْ تَرْضِيعِهِ تَمَامَ الْوَقْتِ ؛ لِأَنَّهُ كَالَّذِينَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ هَلَكَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ هَلَكَتِ الْبَهِيمَةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ . وَإِنْ مَاتَ الطُّفْلُ انْفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَتَهُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ ، لِاخْتِلَافِ الصَّبِيَّانِ فِي الرُّضَاعِ ، وَاخْتِلَافِ اللَّبَنِ بِاخْتِلَافِهِمْ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَدْرُ عَلَى أَحَدِ الْوَالِدَيْنِ دُونَ الْآخَرِ . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَإِذَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ عَقِيْبِهِ ، بَطَلَتِ الْإِجَارَةُ مِنْ أَصْلِهَا ، وَرَجَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْأَجْرِ كُلِّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، رَجَعَ بِحِصَّةِ مَا بَقِيَ .

٩٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تُعْطَى عِنْدَ الْفِطَامِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، كَمَا جَاءَ فِي الْخَبَرِ ، إِذَا كَانَ الْمُسْتَرْضِعُ مُوسِرًا)

يَعْنِي بِالْخَبَرِ ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ،

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ تَأْخُذَهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَعْقُودِ » .

(١) فِي : بَابِ فِي الرُّضِيعِ عِنْدَ الْفِصَالِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٤٧٦/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَا يَذْهَبُ مَذْمَةً الرُّضَاعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الرُّضَاعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيُّ ٩٨/٥ ، وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حَقِّ الرُّضَاعِ وَحَرْمَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٨٩/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٥٠/٣ .

عن حجاج بن حجاج الأسلمى ، عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما يذهب
عنى مذمة الرضاع ؟ قال : « العرة العبد أو الأمة » . قال الترمذى : هذا حديث ١٠٥/٥ و
حسن^(٢) صحيح . قال ابن الجوزى : المذمة ، بكسر الدال ، من الذمام ،
وبفتحها من الذم . قال ابن عقيل : إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها ؛ لأن
فعلها في^(٣) إرضاعه وخصائته ، سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته ، فاستحب جعل
الجزاء هبتها رقبة ، ليناسب ما^(٤) بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى
المرضعة أمًا ، فقال تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾^(٥) . وقال النبي
ﷺ : « لَا يَجْزَى وَلَدٌ وَالِدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَعْتَقَهُ »^(٦) . وإن كانت
المرضعة مملوكة ، استحب إعتاقها ؛ لأنه يحصل أخص الرقاب بها^(٧) ، وتحصل
به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب .

٩٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اكْتَرَى ذَابَةً إِلَى مَوْضِعٍ^(١) ، فجاوزه ، فعليه
الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما جاوزه ، وإن تلفت فعليه أيضًا قيمتها)
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ، وأجر المثل للزائد . نص عليه أحمد

(٢) سقط من : ب .

(٣) في ب : « من » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النساء ٢٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب فضل عتق الوالد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٨/٢ . وأبو داود ، في :
باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٢٨/٢ . والترمذى ، في : باب ماجاء في حق الوالدين ،
من أبواب البر . عارضة الأحوذى ٩٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب بر الوالدين ، من كتاب الأدب ، سنن ابن
ماجه ١٢٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٠/٢ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .

(٧) في م زيادة : « لها » .

(١) في الأصل : « مكان » .

ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذَكَرَ القاضى ذلك . وَرَوَى الأثرُ ، بإِسْنَادِهِ عن أبى الزناد ، أَنَّهُ ذَكَرَ^(٢) فُقَهَاءَ المَدِينَةِ السَّبْعَةَ ، وقال : رُبَّمَا اِخْتَلَفُوا فى الشىءِ ، فأَخَذْنَا بِقَوْلِ أَكْثَرِهِمْ وَأَفْضَلِهِمْ رَأْيًا ، فكان الذى وَعَيْتُ عَنْهُمْ على هذه الصَّفَةِ ، أَن من أَكْثَرَى دَابَّةً إلى بَلَدٍ ، ثم جَاوَزَ ذلك إلى بَلَدٍ سِوَاهُ ، فإنَّ الدَّابَّةَ إن سَلِمَتْ فى ذلك كُلِّهِ ، أَدَّى كِرَاءَهَا وَكِرَاءَ ما بَعْدَهَا ، وإن تَلَفَتْ فى^(٣) تَعَدِّيهِ بِهَا^(٤) ضَمِنَهَا ، وَأَدَّى كِرَاءَهَا الذى تَكَرَّرَها بِهِ . وهذا قولُ الحَكَمِ ، وابنِ شُبْرَمَةَ ، والشَّافِعِيِّ . وقال الثَّورِيُّ ، وأبو حنيفة : لا أُجْرَ عَلَيْهِ لِمَا زَادَ ؛ لأنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُما لا تُضْمَنُ فى العَصَبِ . وَحُكِيَ عن مالِكٍ أَنَّهُ إِذا تَجَاوَزَ بِها إلى مَسَافَةٍ بَعِيدَةٍ ، يُخَيَّرُ^(٥) صَاحِبُها بين أَجْرِ المِثْلِ وبين المُطالَبَةِ بِقِيَمَتِها يَوْمَ التَّعَدَّى ؛ لأنَّهُ مُتَعَدِّ بِأَمْسَاكِها ، حابِسٌ لها عن أسواقِها ، فكان لِصَاحِبِها تَضْمِينُها إِياها . ولنا ، أَن العَيْنَ باقِيَةً بِحالِها ، يَمْكُنُ أَخْذُها ، فلم تَجِبْ قِيَمَتُها ، كما لو كانت المَسافَةُ قَرِيبَةً . وما ذَكَرَهُ تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، ولا نَظِيرَ لَهُ ، فلا يَجوزُ المَصْبِرُ إِلَيْهِ . وقد مَضَى الكَلَامُ مع أبى حنيفة فى العَصَبِ .

الفصل الثانى : فى الضَّمانِ ، ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ وَجُوبُ قِيَمَتِها إِذا تَلَفَتْ بِهِ ، سِوَاءَ تَلَفَتْ فى الزِّيادَةِ ، أو بَعَدَرَدُها إلى المَسافَةِ ، وسِوَاءَ كان صَاحِبُها مع المُكْتَرَى ، أو لم يَكُنْ . وهذا ظاهرُ مَذْهَبِ الفُقَهائِ السَّبْعَةِ ، إِذا/ تَلَفَتْ حالُ التَّعَدَّى ؛ لما حَكَّينا عَنْهُمْ . وقال القاضى : إن كان المُكْتَرَى نَزَلَ عَنْها ، وَسَلَّمَها إلى صَاحِبِها ، لِيُمسِكَها أو يَسْقِيها ، فَتَلَفَتْ ، فلا ضَمانَ على المُكْتَرَى ، وإن هَلَكَتْ^(٥) والمُكْتَرَى رَاكِبٌ عَلَيْها ، أو جَمَلُهُ عَلَيْها ، فعليه ضَمانُها . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كانت يَدُ صَاحِبِها عَلَيْها ، اِحْتَمَلَ أَن يَلْزَمَ المُكْتَرَى جَمِيعَ قِيَمَتِها ، واحْتَمَلَ أَن يَلْزَمَهُ نِصْفُ قِيَمَتِها . وقال

ظ ١٠٥/٥

(٢) فى ب ، م زيادة : « عن » .

(٣ - ٤) فى م : « تعديا » .

(٤) فى الأصل : « خير » .

(٥) فى ب : « تلفت » .

أصحابُ الشافعي: إن لم يكن صاحبها معها، لزم المُكْتَرَى قِيمَتُهَا كُلُّهَا، وإن كان معها قُتِلَتْ في يَدِ صَاحِبِهَا، لم يَضْمَنْهَا المُكْتَرَى؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ في يَدِ صَاحِبِهَا، أَشْبَهَ مالو تَلَفَتْ بعد مُدَّةِ التَّعَدَى. وإن تَلَفَتْ تحت الرَّاكِبِ، فيه قولان؛ أحدهما، يُلْزَمُهُ نِصْفُ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ، أَشْبَهَ مالو تَلَفَتْ بِجِرَاحَتِهِ وَجِرَاحَةِ مَالِكِهَا. والثاني، تُقَسِّطُ القِيمَةُ على المَسَافَتَيْنِ، فما قَابَلَ مَسَافَةَ الإِجَارَةِ سَقَطَ، وَوَجِبَ الباقِي. ونحو هذا قولُ أبي حنيفة، فَإِنَّهُ قال: ^(٦) من اكْتَرَى جَمَلًا لِحِمْلٍ تِسْعَةٍ، فَحَمَلَ عَشْرَةً، قُتِلَ، فعلى المُكْتَرَى عَشْرُ قِيمَتِهِ. وموضعُ الخِلافِ في لُزومِ كَمالِ القِيمَةِ إذا كان صَاحِبُهَا مع رَاكِبِهَا، أو تَلَفَتْ في يَدِ صَاحِبِهَا. فأما إذا تَلَفَتْ حالُ التَّعَدَى، ولم يكن صَاحِبُهَا مع رَاكِبِهَا، فلا خِلافَ في ضَمَانِهَا بِكَمالِ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ في يَدِ عَادِيَةٍ، فَوَجِبَ ضَمَانُهَا كالمَعْصُوبَةِ. وكذلك إذا تَلَفَتْ تحتَ الرَّاكِبِ، أو تحتَ حِمْلِهِ، وصَاحِبُهَا معها؛ لِأَنَّ اليَدَ للرَّاكِبِ وصَاحِبِ الحِمْلِ، بِدَلِيلِ أَنَّهما لَو تَنَازَرَا عَادَاةً أَحَدُهُما رَاكِبُهَا، أو له عليها حِمْلٌ، والآخَرُ آخِذٌ بِرِمامِها، لكانت للرَّاكِبِ ولِصَاحِبِ الحِمْلِ. ولأنَّ الرَّاكِبَ مُتَعَدِّاً بِالزُّيادَةِ، وسُكُوتُ صَاحِبِها لا يُسْقِطُ الضَّمَانَ، كمن جَلَسَ إلى إنسانٍ فَحَرَقَ ثِيابَهُ وهو ساكِتٌ. ولأَنَّها إن تَلَفَتْ بِسَبَبِ تَعَبِها، فالضَّمَانُ على المُتَعَدَّى، كمن ألقى حَجْرًا في سَفِينَةٍ موقرةٍ فَعَرَقَها. فأما إن تَلَفَتْ في يَدِ صَاحِبِها بعد نُزولِ الرَّاكِبِ عنها، فَيُنظَرُ؛ فَإِنْ كان تَلَفُها بِسَبَبِ تَعَبِها بِالحِمْلِ والسَّيْرِ، فهو كالمُتَلَفِ تحتَ الحِمْلِ والرَّاكِبِ، وإن تَلَفَتْ بِسَبَبِ آخَرَ من أَفْتِراسِ سَبْعٍ أو سُقُوطِ في هُوَّةٍ ونحو ذلك، فلا ضَمَانَ فيها؛ لِأَنَّها لم تُتَلَفْ في يَدِ عَادِيَةٍ، ولا بِسَبَبِ عُدوانٍ. وقولُهُ: تَلَفَتْ ^(٧) بِفِعْلِ مَضْمُونٍ

(٦) في الأصل زيادة: « في » .

(٧) في الأصل: « فاتت » .

وغير مضمون، أشبه ما لو تلفت بجر احتين . يئطل بما إذا قطع السارق ، ثم قطع آخر
 يده غدوانا ، فمات منهما ، وفارق ما ذكرنا^(٨) إذا جرح نفسه وجرحه غيره ؛ لأن
 الفعلين غدوان ، فقسّم الضمان عليهما .

فصل : ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ،
 والشافعي . وقال محمد / : يسقط ، كالمو تعدى في الوديعه ، ثم ردها . ولنا ، أنها يد
 صارت^(٩) ضامته ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد . وما ذكروه
 في الوديعه لا نسلمه إلا أن يردّها إلى مالِكها ، أو يجدد له إذا .

و ١٠٦/٥

٩٠٤ - مسألة ؛ قال : (وكذلك إن اكرى لحمولة شيء ، فزاد عليه)

(١) وجملة ذلك أن من اكرى لحمل شيء ، فزاد عليه^(١) ، مثل أن يكثر بها لحمل
 قفيزين ، فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من اكرى إلى موضع فجاوزه^(٢) ، في
 وجوب الأجر المسمى ، وأجر المثل لما زاد ، ولزوم الضمان إن تلفت . هذا قول
 الشافعي . وحكى القاضي أن قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في
 الجميع ، وأخذ من قوله في من استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً ، فزرعها حنطة ، قال :
 عليه أجر المثل للجميع ؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فأشبه ما لو استأجر
 أرضاً ، فزرع أخرى . فجمع القاضي بين مسألة الخرق^(٣) ومسألة أبي بكر ، وقال :
 ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى ، لتساويهما في أن الزيادة لا
 تتميز ، فيكون في المسألتين وجهان . وليس الأمر كذلك ، فإن بين المسألتين فرقاً
 ظاهراً ، فإن الذي حصل التعدى فيه في الحمل متميز عن^(٣) المعقود عليه ، وهو
 القفيز الزائد ، بخلاف الزرع ، ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في زيادة : « إلى سواه » .

(٣) في ب : « على » .

وزاد، وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقْد عليه، ولهذا علله أبو بكرٍ بأنه عدل عن المعقود عليه، ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل، فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اُكترى مسافة فزاد عليها أشد، وشبهها بها أشد، ولأنه في مسألة الحمل مُتعد بالزيادة وحدها، وفي مسألة الزرع مُتعد بالزرع كله، فأشبهه العاصب. فأما مسألة الزرع فيما إذا اُكترى أرضاً ليزرع^(٤) الشعير، فزرع حنطة، فقد نص أحمد، في رواية عبد الله، فقال: يُنظر ما يدخل على الأرض من التَّقْصان ما بين الحنطة والشعير، فيُعطى ربُّ الأرض. فجعل هذه المسألة كمسألة الخرقى، في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد^(٥). ووجهه أنه لما عین الشعير، لم يتعين، ولم يعلق العقْد بعينه، كما سبق ذكره، ولهذا قلنا: له زرع مثله، وما هو دونه في الضرر. فإذا زرع حنطة، فقد استوفى حقه وزيادة، أشبه ما لو اُكترها إلى موضع فجأزه. وقال أبو بكرٍ: له أجر المثل. وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه، فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة. وإن قلنا: إنه قد استوفى المعقود عليه وزيادة، غير أن الزيادة ليست متميزة عن المعقود عليه. بخلاف مسألة الخرقى. وقال

الشافعي: المكري^(٦) يُخير بين أخذ الكراء وما تقصت الأرض عما ينقصها الشعير، وبين أخذ كراء مثلها للجميع؛ لأن هذه المسألة أخذت شبهها من أصليين؛ أحدهما، إذا ركب دابةً فجأز بها المسافة المشروطة^(٧)؛ لكونه استوفى المعقود عليه وزيادة. والثاني، إذا استأجر أرضاً فزرع غيرها؛ لأنه زرع مُتعدياً، فلهذا أخيره بينهما، ولأنه وجد سبب يقتضي كل واحد من الحكمين، وتعدد الجمع بينهما، فكان له أوفرهما. وفوض اختياره إلى المستحق، كقتل العميد. ومن نصراً بأب بكرٍ،

١٠٦/٥ ظ

(٤) في ب، م: « لزرع ».

(٥) في الأصل: « الزائد ».

(٦) في ب، م: « المكترى ».

(٧) في الأصل: « المشترطة ».

قال : هذا مُتَعَدُّ بِالزَّرْعِ كُلِّهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ أَجْرُ المِثْلِ ، كَالغاصِبِ ، وَهَذَا يَمْلِكُ رَبُّ الأَرْضِ مَنَعَهُ مِنْ زَرْعِهِ ، وَيَمْلِكُ أَخْذَهُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا زَرَعَهُ . وَيُفَارِقُ مَنْ زَادَ عَلَى حَقِّهِ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدِّ بِالجَمِيعِ ، إِنَّمَا تَعَدَّى بِالزِّيَادَةِ وَحَدِّهَا ، وَهَذَا لَا يَمْلِكُ المُكْرِي مَنَعَهُ مِنَ الجَمِيعِ ، وَنَظِيرُ هَاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ ، مَنْ أَكْتَرَى عُرْفَةً لِيَجْعَلَ فِيهَا أَقْفَرَةً حَنْطَةً ، فَتَرَكَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَمَنْ أَكْتَرَاها لِيَجْعَلَ فِيهَا فِنطَارًا مِنَ القُطْنِ ، فَجَعَلَ فِيهَا فِنطَارًا مِنْ حَدِيدٍ ، فَفِي الأُولَى ، لَهُ المُسَمَّى وَأَجْرُ الزِّيَادَةِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ يُخْرَجُ فِيهَا مِنَ الخِلَافِ مِثْلُ مَا قُلْنَا فِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ . وَحُكْمُ المُسْتَأْجِرِ الَّذِي يَزْرَعُ أَضْرَّ مِمَّا أَكْتَرَى لَهُ ، حُكْمُ الغاصِبِ ، لِرَبِّ الأَرْضِ مَنَعَهُ فِي الاِبْتِدَاءِ ، لَمَّا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرْرِ ، فَإِنْ زَرَعَ ، قَرَّبُ الأَرْضِ مُخَيَّرَ بَيْنَ تَرْكِ الزَّرْعِ بِالأَجْرِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ وَدَفْعِ التَّفَقُّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَخَذَ المُسْتَأْجِرُ زَرْعَهُ ، فَهِيَ الأَجْرَةُ لِغَيْرِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي بَابِ العَصْبِ .

فصل : وَإِنْ أَكْتَرَى دَابَّةً إِلَى مَسَافَةٍ ، فَسَلَّكَ أَشَقَّ مِنْهَا ، فَهِيَ مِثْلُ مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ ، يُخْرَجُ فِيهَا وَجْهَانِ ، قِيَاسُ المَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الأَجْرَ المُسَمَّى وَزِيَادَةً ، لَكُونَ المَسَافَةُ لَا تَتَعَيَّنُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ لَهُ أَجْرَ المِثْلِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، وَلِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِالجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِرَبِّ الدَّابَّةِ مَنَعَهُ مِنْ سُلُوكِ تِلْكَ الطَّرِيقِ كُلِّهَا ، بِخِلَافِ مَنْ سَلَّكَ تِلْكَ ^(٨) الطَّرِيقَ وَجَاوَزَ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَمْنَعُهُ الزِّيَادَةُ لِغَيْرِهِ . وَإِنْ أَكْتَرَى لِحَمَلِ قُطْنٍ فَحَمَلَ بِوِزْنِهِ حَدِيدًا ، أَوْ لِحَمَلِ حَدِيدٍ فَحَمَلَ قُطْنًا ، فَعَلَيْهِ ^(٩) أَجْرُ المِثْلِ هُنَا ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ أَحَدِهِمَا مُخَالَفٌ لِضَرَرِ الأُخْرِ ^(١٠) ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ كَوْنُ المَحْمُولِ مُشْتَمَلًا عَلَى المُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ وَزِيَادَةِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا مِنَ المَسَائِلِ . وَسَائِرُ مَسَائِلِ العُدْوَانِ فِي الإِجَارَةِ يُقَاسُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ المَسَائِلِ مَا كَانَ مُتَمَيِّزًا ، / وَمَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَيِّزًا فَتَلْحَقُ كُلُّ مَسْأَلَةٍ بِنَظِيرَتِهَا .

و ١٠٧/٥

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في م : « فالصحيح أن عليه » .

(١٠) في م : « الأرض » .

فصل: إذا أكرأه لِحَمَلِ قَفِيزَيْنِ ، فَحَمَلَهُمَا ، فَوَجَدَهُمَا ثَلَاثَةً ، فَإِنْ كَانَ الْمُكْتَرَى تَوَلَّى الْكَيْلَ وَ لَمْ يَعْلَمْ الْمُكْرَى بِذَلِكَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمٌ مِنْ أَكْتَرَى لِحُمُولَةٍ شَيْءٍ فَرَادَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُكْرَى تَوَلَّى كَيْلَهُ وَتَعَبَّتَهُ وَ لَمْ يَعْلَمْ الْمُكْتَرَى بِذَلِكَ ^(١١) ، فَهُوَ غَاصِبٌ ، لَا أَجْرَ لَهُ فِي حَمَلِ الزَّائِدِ . وَإِنْ تَلَفَتْ دَابَّتُهُ ، فَلَا ضَمَانَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بَعْدَ وَإِنْ صَاحِبِهَا ، وَحُكْمُهُ فِي ضَمَانِ الطَّعَامِ ، حُكْمٌ مِنْ غَصَبِ طَعَامٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ تَوَلَّى ذَلِكَ أَجْنَبِيٌّ ، وَ لَمْ يَعْلَمْ الْمُكْرَى وَ الْمُكْتَرَى ، فَهُوَ مُتَعَدٌّ عَلَيْهِمَا ، يَلْزَمُهُ لِصَاحِبِ الدَّابَّةِ الْأَجْرُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ ، وَيَلْزَمُهُ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ ضَمَانُ طَعَامِهِ ، وَسِوَاءِ كَالِهِ أَحَدُهُمَا وَوَضَعَهُ الْآخَرُ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ ، أَوْ كَانَ الَّذِي كَالَهُ وَعَبَّاهُ وَوَضَعَهُ عَلَى ظَهْرِهَا . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : إِذَا كَالَهُ الْمُكْتَرَى وَوَضَعَهُ الْمُكْرَى عَلَى ظَهْرِ الْبَيْهِيَةِ ، لَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَى مُفْرَطٌ فِي حَمَلِهِ . وَلَنَا ، أَنْ التَّدْلِيْسَ ^(١٢) مِنَ الْمُكْتَرَى ، إِذْ أَخْبَرَهُ بِكَيْلِهَا عَلَى خِلَافِ مَا هُوَ بِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ أَجْنَبِيًّا بِتَحْمِيلِهَا . فَأَمَّا إِنْ كَالَهَا الْمُكْتَرَى ، وَرَفَعَهَا الْمُكْرَى عَلَى الدَّابَّةِ . عَالِمًا بِكَيْلِهَا ، لَمْ يَضْمَنْ الْمُكْتَرَى دَابَّتَهُ إِذَا تَلَفَتْ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَدْلِيْسٍ وَلَا تَغْرِيرٍ . وَهَلْ لَهُ أَجْرُ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُكْتَرَى لَمْ يَجْعَلْ لَهُ عَلَى ذَلِكَ أَجْرًا . وَالثَّانِي ، لَهُ أَجْرُ الزَّائِدِ ، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى حَمَلِهِ عَلَى سَبِيلِ الْإِجَارَةِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْمُعَاطَاةِ فِي الْبَيْعِ وَدُخُولِهِ ^(١٣) الْحَمَّامِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِ أَجْرٍ ^(١٤) . وَإِنْ كَالَهُ الْمُكْرَى ، وَحَمَلَهُ الْمُكْتَرَى عَلَى الدَّابَّةِ عَالِمًا بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِحَمَلِهِ عَلَيْهَا ، فَعَلِيهِ أَجْرُ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِحَمَلِهِ عَلَيْهَا ، فَفِي وُجُوبِ الْأَجْرِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ حَمَلَهُ الْمُكْرَى عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَهُ بِهِ كَانَ ذَلِكَ كَفِعْلِهِ ،

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) في الأصل ، م زيادة : « ليس » .

(١٣) في الأصل : « ودخول » .

(١٤) في ب ، م : « أجره » .

وإن كآله أحدُهُما وحمَلَهُ أُجْنِبِي بِأَمْرِهِ ، فهو كآلو حمَلَهُ الذي كآله ، وإن كان بأمرِ الآخر ، فهو كآلو حمَلَهُ الآخر ، وإن حمَلَهُ بغيرِ أمرِهما ، فهو كآلو كآله ثم حمَلَهُ .

٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ مُدَّةٌ ^(١) غَزَايِهِ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العِلْمِ ، منهم الأوزاعيُّ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرأْيِ . وقال مالكٌ : قد عرِفَ وجهُ ذلك ، وأزجوا أن يكونَ حَقِيقًا . ولنا ، أن هذه إجارةٌ ، في مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو اكْتَرَاهَا ^(٢) لِمُدَّةٍ سَفَرِهِ في تِجَارَتِهِ ، ولأنَّ مُدَّةَ العَزَاةِ تَطُولُ وتَقْصُرُ ، ولا حَدَّ لها / تُعرَفُ به ، والعملُ فيها يَقلُّ وَيَكْثُرُ ، ونهايةُ سَفَرِهِم تَقْرُبُ وتَبْعُدُ ، فلم يَجُزْ التَّقْدِيرُ بها ، كغَيْرِها من الأسفارِ المَجْهُولَةِ . فإن فَعَلَ ذلك ، فله أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّهُ عَقَدَ على عِوَضٍ لم يُسَلِّمْ له ، لِفسادِ العَقْدِ ، فَوَجَبَ أَجْرُ المِثْلِ ، كسائِرِ الإِجاراتِ الفاسِدةِ .

٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ سَمِيَ لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، فَجَائِزٌ)

وجملته أن من اكْتَرِيَ فَرَسًا مُدَّةَ غَزْوِهِ ، كُلَّ يَوْمٍ يَدْرَهُمِ ، فالْمَنْصُوصُ عن أحمدَ صِحَّتُهُ . وقال الشافعيُّ : هذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ مُدَّةَ الإِجَارَةِ مَجْهُولَةٌ . ولنا ، أن عَلِيًّا ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَجَرَ نَفْسَهُ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ^(١) ، وكذلك الأَنْصَارِيُّ ^(٢) ، ولم يَنْكِرْهُ النبيُّ ﷺ ، ولأنَّ كُلَّ يَوْمٍ مَعْلُومٌ مُدَّتُهُ وَأَجْرُهُ ، فَصَحَّ ، كما لو قال : أَجَرْتُكَهَا شَهْرًا ، كُلَّ يَوْمٍ يَدْرَهُمِ . أو قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَنْقِلَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ يَدْرَهُمِ . ولا يَدُّ من تَعْيِينِ ما يَسْتَأْجِرُ له ، إِمَّا لِرُكُوبِ ، أو حَمَلِ مَعْلُومٍ . وَيَسْتَحِقُّ الأَجْرَ المُسَمَّى لِكُلِّ يَوْمٍ ، سواءً كانت مُقِيمَةً أو سائِرَةً ؛ لأنَّ المَنافِعَ ذَهَبَتْ في مُدَّتِهِ ^(٣) ، فأشْبَهَ

(١) في الأصل : « لمدّة » .

(٢) في ب ، م : « أكرها » .

(١) تقدم تخريجه في : ٢٠٨/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٣) في الأصل : « مدة » .

مالوا كُتِرَى دَارًا ، فَأَغْلَقَهَا وَلَمْ يَسْكُنْهَا . وَإِنْ أُجِرَ نَفْسَهُ لِسُقْيَى نَحْلٍ ، كَلَّ دَلْوًا بِتَمْرَةٍ ، أَوْ بَقْلَسٍ ، أَوْ أُجِرَ مَعْلُومٍ ، جَازَ ؛ لِلاَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ . وَلِأَنَّ كَلَّ عَمِلَ مَعْلُومٍ لَهُ عَوْضٌ مَعْلُومٌ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ سَمِيَ دِلَاءً مَعْرُوفَةً . وَلَا بَدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الدَّلْوِ وَالْبَعْرِ وَمَا يَسْتَقِي ^(٤) بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِهِ .

فصل : وَنَقَلَ أَبُو الْحَارِثِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، فِي عَشْرَةِ أَيَّامٍ ، بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، فَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ ، فِي مَنْ أَكْثَرَ دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى جَدَّةَ بِكَذَا ، فَإِنْ ذَهَبَ إِلَى عَرَفَاتٍ بِكَذَا ، فَلَا بَأْسَ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ عَنْهُ ، لَوْ قَالَ : أَكْرَيْتُكَهَا ^(٥) بِعَشْرَةٍ . فَمَا حَبَسَهَا فَعَلِيهِ كَلٌّ ^(٦) يَوْمٍ عَشْرَةً . وَهَذِهِ الرُّوَايَاتُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّهُ مَتَى قَدَّرَ لِكُلِّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ أُجْرًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . وَتَأَوَّلَ ^(٧) الْقَاضِي هَذَا كَلَّهُ ، عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْأَوَّلِ وَيَفْسُدُ فِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّ مُدَّتَهُ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِيلِ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَفْفَزَةٍ ، بِدِرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حُسْبَانِ ^(٨) ذَلِكَ . وَالظَّاهِرُ خِلَافُ هَذَا ؛ فَإِنَّ قَوْلَهُ : فَهُوَ جَائِزٌ . عَادَ إِلَى جَمِيعِ مَا ذَكَرَ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : لَا بَأْسَ . وَلِأَنَّ لِكُلِّ عَمَلٍ عَوْضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اسْتَقَى لَهُ كَلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَقَدْ ثَبَتَ الْأَصْلُ بِالْحَبْرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَمَسْأَلَةُ الصَّبْرَةِ لَا نَصَّ فِيهَا عَنِ الْإِمَامِ ، وَقِيَاسُ نُصُوصِهِ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ ، وَإِنْ ^(٩) سَلَّمَ فَسَادُهَا ، فَلِأَنَّ الْقَفْزَانَ الَّتِي شَرَطَ حَمْلَهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ / بَتَّعِينَ وَلَا صِفَةٍ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ لِجِهَاتِهَا ، بِخِلَافِ الْأَيَّامِ ، فَإِنَّهَا مَعْلُومَةٌ .

(٤) فِي ب ، م : « يَسْتَقِي » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْرَيْتَهَا » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي كُلِّ » .

(٧) فِي ب ، م : « وَيَتَأَوَّلُ » .

(٨) فِي ب ، م : « فِي حِسَابِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَإِنْ » .

فصل : وإن قال : إن حِطَّتْ هذا الثَّوبَ اليومَ فلكِ دِرْهَمٌ ، وإن حِطَّتْهُ غَدًا فلكِ نِصْفَ دِرْهَمٍ . فعن أحمدَ فيه رَوَاتَانِ ؛ إحداهُما ، لا يَصِحُّ ، وله أَجْرُ المِثْلِ . نَقَلَهَا أَبُو الحَارِثِ ، عن أحمدَ . وهذا مذهبُ مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشَّافِعِيِّ ، وإِسْحَاقَ ، وأبِي ثَوْرٍ ؛ لأنَّهُ عَقَدُوا واحِدًا ، اختلفَ فيه العَوَاضُ بالتَّقْدِيمِ والتَّأخِيرِ ، فلم يَصِحَّ ، كالمَوْقَالِ : بِعْتُكَ نَقْدًا بِدِرْهَمٍ أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ نَسِيئَةً . والثَّانِيَةِ ، يَصِحُّ . وهو قولُ الحَارِثِ العُكْلِيِّ ، وأبِي يوسُفَ ، ومحمدَ ؛ لأنَّهُ سَمَّى لِكُلِّ عَمَلٍ عَوَاضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كالمَوْقَالِ : كَلَّ دَلِيًّا بِتَمْرَةٍ . وقال أبو حنيفةٌ : إن حَاطَهُ اليَوْمَ فله دِرْهَمٌ ، وإن حَاطَهُ غَدًا لا يُزَادُ عَلَيَّ (١٠) دِرْهَمٍ ، ولا يَنْقُصُ عن نِصْفِ دِرْهَمٍ ؛ لأنَّ المَوْجِرَ قد جَعَلَ لَهُ نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فلا يَنْقُصُ مِنْهُ ، وهو قد رَضِيَ في أَكْثَرِ العَمَلَيْنِ بِدِرْهَمٍ ، فلا يُزَادُ عَنْهُ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ إن صَحَّ العَقْدُ فله المُسَمَّى ، وإن فَسَدَ فوجودُهُ كالعَدَمِ ، وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ ، كسائِرِ العُقُودِ الفاسِدَةِ .

فصل : وإن قال : إن حِطَّتْهُ رُومِيًّا فلكِ دِرْهَمٌ ، وإن حِطَّتْهُ فَارِسِيًّا فلكِ نِصْفَ دِرْهَمٍ . ففيها وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى التِّي قَبْلَهَا . وَالخِلَافُ فِيهَا كالتِّي قَبْلَهَا ؛ (١١) «إِلَّا أَنْ» (١١) أبا حنيفةً وافقَ صاحِبِيهِ (١٢) في الصَّحَّةِ هُنَا . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لم يَتَّعِنَ فِيهِ العَوَاضُ وَالْمُعَوَّضُ ، فلم يَصِحَّ . كالمَوْقَالِ : بِعْتُكَ هَذَا بِدِرْهَمٍ ، أَوْ هَذَا بِدِرْهَمَيْنِ . وَفَارَقَ هَذَا كُلَّ دَلِيٍّ بِتَمْرَةٍ ، مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّ العَمَلَ الثَّانِيَّ يَنْضَمُّ إِلَى العَمَلِ الأوَّلِ ، وَلِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا عَوَاضٌ مُقَدَّرٌ ، فَأَشْبَهَ ما لَوْ قال : بِعْتُكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وَهُنَا الخِيَاطَةُ واحِدَةٌ ، شَرَطَ فِيهَا عَوَاضًا إن وُجِدَتْ عَلَى صِفَةِ ، وَعَوَاضًا آخَرَ إن وُجِدَتْ عَلَى أُخْرَى ، فَأَشْبَهَ ما لَوْ باعَهُ بِعَشْرَةِ صِحَاحٍ ، أَوْ (١٣) أَحَدَ عَشَرَ (١٣) مُكْسَرَةً . والثَّانِي ، أَنَّهُ وَقَفَ الإِجَارَةَ عَلَى شَرْطٍ ، بقوله : إن حِطَّتْهُ كذا فلكِ

(١٠) في الأصل : « عن » .

(١١ - ١٢) في ب ، م ، « لأن » .

(١٢) في ب ، م ، « صاحبه » .

(١٣ - ١٤) في ب ، م ، « إحدى عشرة » .

كذا ، وإن حِطَّتْهُ كَذَا فَلَكَ كَذَا . بِخِلَافِ قَوْلِهِ : كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ .

فصل : وَنَقَلَ مُهَنَّأ ، عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ مِنْ حَمَالٍ إِلَى مِصْرَ ^(١٤) بَارِئِينَ دِينَارًا ، فَإِنْ نَزَلَ دِمَشْقَ فِكْرَاؤُهُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ نَزَلَ الرَّقَّةَ فِكْرَاؤُهُ عِشْرُونَ . فَقَالَ : إِذَا اكْتَرَى إِلَى الرَّقَّةِ بِعِشْرِينَ ، وَاكْتَرَى إِلَى دِمَشْقَ بِعِشْرَةٍ ، وَاكْتَرَى إِلَى مِصْرَ بِعِشْرَةٍ ، جَارَ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْحَمَالِ أَنْ يَرْجِعَ . فَظَاهِرٌ / هَذَا ، أَنَّهُ لَمْ يَحْكَمْ بِصِحَّةِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ؛ ^{١٠٨/٥} ظ لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، لِكُونِهِ خَيْرُهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ عُقُودٍ . وَيُخْرَجُ فِيهِ أَنْ يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى الْمَسْأَلَتَيْنِ قَبْلَ هَذَا . وَنَقَلَ الْبُرْزَاطِيُّ ^(١٥) ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَحْمِلُ لَهُ كِتَابًا إِلَى الْكُوفَةِ ، وَقَالَ : إِنْ أَوْصَلْتَ ^(١٦) الْكِتَابَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَكَ عِشْرُونَ ، وَإِنْ تَأَخَّرْتَ بَعْدَ ذَلِكَ يَوْمٍ فَلَكَ عِشْرَةٌ . فَلِإِجَارَةِ فَاسِدَةٍ ، وَلِهَذَا أُجْرُ مِثْلِهِ . وَهَذَا مِثْلُ الَّذِي قَبْلَهُ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، فِي مَنْ اكْتَرَى دَابَّةً ، وَقَالَ : إِنْ رَدَدْتَهَا غَدًا فِكْرَاؤُهَا عِشْرَةٌ ، وَإِنْ رَدَدْتَهَا الْيَوْمَ فِكْرَاؤُهَا خَمْسَةٌ . فَلَا بَأْسَ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى صِحَّةِ الْإِجَارَةِ ، وَالظَّاهِرُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا ، فَسَادَ الْعَقْدِ ، وَهُوَ قِيَاسُ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِي مَسَائِلِ الصَّبْرِ ، وَفِيهَا عَشْرُ مَسَائِلَ ، أَحَدُهَا ، قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ إِلَى مِصْرَ بِعِشْرَةٍ . فَلِإِجَارَةِ صَحِيحَةٍ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبْرَةَ مَعْلُومَةٌ بِالْمُشَاهَدَةِ الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا ، فَجَازَ الْاسْتِئْجَارُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَ كَيْلُهَا ^(١٧) . الثَّانِيَةَ ، قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي ^(١٨) كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . فَيَصِحُّ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فِي قَفِيزٍ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا زَادَ . وَمَبْنَى

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « دِيَارِ مِصْرَ » .

(١٥) نِسْبَةٌ إِلَى بُرْزَاطٍ ، قَالَ السَّمْعَانِيُّ : وَطَنِي أَنهَا مِنْ قَرْيَةٍ بِبَغْدَادَ . وَلَعَلَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الْبُرْزَاطِيُّ ، مِنْ أَهْلِ بَغْدَادَ . انظُرِ الْأَنْسَابَ ١٤٦/٢ .

(١٦) فِي ب ، م : « وَصَلْتَ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « حَمَلُهَا » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب .

الخِلاَفِ على الخِلاَفِ في بَيْعِها ، وقد ذَكَرْناهُ . الثالثة ، قال : لِتَحْمِلَها لى قَفِيزًا (١٩) بِدِرْهَمٍ ، وما زادَ بِحِسابِ ذلك . فيجوزُ ، كما لو قال : كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وكذلك كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ على إِرادَةِ حَمْلِ جَمِيعِها ، كقولِه : لِتَحْمِلَ منها قَفِيزًا بِدِرْهَمٍ ، وسائرُها أو باقِيا بِحِسابِ ذلك . أو قال : وما زادَ بِحِسابِ ذلك . يُريدُ به باقِياها كُلِّها ، إذا فَهِمَما ذلك من اللَّفْظِ ، لِذِلالَتِهِ عندَهما عليه ، أو لِقَرِيبَتِهِ صُرِفَتْ إِلِيه . الرابعة ، قال : لِتَحْمِلَ منها قَفِيزًا بِدِرْهَمٍ ، وما زادَ بِحِسابِ ذلك . يُريدُ مَهْمَا حَمَلْتَ من باقِياها . فلا يَصِحُّ . ذَكَرَه القاضى ، وهو مذهبُ الشافِعِى ؛ لأنَّ المَعقودَ عليه بعضُها ، وهو مَجْهُولٌ . وَيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى كُلِّ ذَلِوِ بِتَمَرَةٍ . الخامسة ، قال : لِتَنْقُلَ لى منها كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . فهى كالرَّابِعةِ سِوَاها . السادسة ، قال : لِتَحْمِلَ منها قَفِيزًا بِدِرْهَمٍ ، على أن تَحْمِلَ الباقي بِحِسابِ ذلك . فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَعْنَاهُ لِتَحْمِلَ لى كُلِّ قَفِيزٍ منها (٢٠) بِدِرْهَمٍ . السابعة ، قال : لِتَحْمِلَ لى هذه الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، وتَنْقُلَ لى صَبْرَةً أُخرى فى البَيْتِ بِحِسابِ ذلك . فإن كانا يَعْلَمانِ الصَّبْرَةَ التى فى البَيْتِ بِالمُشاهَدَةِ ، صَحَّ فيهما ؛ لأنَّهُما كالصَّبْرَةِ الواحِدَةِ ، وإن جَهَلْها أَحَدُهُما ، صَحَّ فى الأوْلى وبَطَلَّ فى الثانية ؛ لأنَّهُما عَقْدانِ أَحَدُهُما على مَعْلومٍ ، والثانى على مَجْهُولٍ ، فَصَحَّ فى المَعْلومِ ، وبَطَلَّ فى المَجْهُولِ . كما لو قال : بِعْتُكَ عَبدى هذابَعَشْرَةَ ، وَعَبدى الذى فى البَيْتِ بِعَشْرَةَ . الثامنة ، قال : لِتَحْمِلَ لى هذه الصَّبْرَةَ التى فى البَيْتِ بِعَشْرَةَ . فإن كانا يَعْلَمانِ التى فى البَيْتِ ، صَحَّ فيهما ، وإن جَهَلْها ، بَطَلَّ فيهما ؛ لأنَّه عَقْدٌ واحِدٌ ، بِعوضِ واحدٍ ، على مَعْلومٍ ومَجْهُولٍ ، بِخِلاَفِ التى قبلَها . فإن كانا يَعْلَمانِ التى فى البَيْتِ ، لكنَّها مَعْصُوبَةٌ ، أو اِمتَنَعَ تَصْحيحُ العَقْدِ فيها لِما نَعِ احتِصَّ بها ، بَطَلَّ العَقْدُ فيها . وفى صِحَّتِها

(١٩) فى الأصل : « كل قفيز » .

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) في الأخرى (٢) وَجِهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، إِلَّا أَنَّهُمَا إِنْ كَانَتْ قَفْرَانُهُمَا مَعْلُومَةً ، أَوْ قَدَّرُ أَحَدُهُمَا مَعْلُومًا مِنَ الْأُخْرَى ، فَلِأَوْلَى صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ قِسْطَ الْأَجْرِ فِيهَا مَعْلُومٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلِأَوْلَى بُطْلَانُهُ ؛ لِجِهَالَةِ الْعِوَضِ فِيهَا .
التاسعة ، قال : لِتَحْمِيلِ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَقْفِزَةٍ ، بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى ذَلِكَ ، فَالزَّائِدُ بِحِسَابِ ذَلِكَ . صَحَّ فِي الْعَشْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَعْلُومَةٌ ، وَلَمْ يَصِحَّ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَشْكُوكٌ فِيهَا ، وَلَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى مَا يُشْكُ فِيهِ . العاشرة ، قال : لِتَحْمِيلِ لِي (٢٢) هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلِّ قَفِيزٍ بِدَرَاهِمٍ ، فَإِنْ قَدِمَ لِي طَعَامٌ فَحَمَلْتُهُ ، فَبِحِسَابِ ذَلِكَ . صَحَّ أَيْضًا فِي الصَّبْرَةِ ، وَفَسَدَ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْتَاهُ .

٩٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَرِ الْجَمَالَ الرَّاكِبِينَ ، وَالْمَحَامِلَ ، وَالْأَغْطِيَةَ ، وَالْأَوْطِقَةَ ، لَمْ يَجْزِ الْكِرَاءُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِجَارَةِ كِرَاءِ الْإِبِلِ إِلَى مَكَّةَ وَغَيْرِهَا ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ (١) . وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْمَمْلُوكَةِ وَالْمُكْتَرَاةِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (٢) : أَنْ تُحَجَّ وَتَكْرَى . وَنَحْوَهُ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَى السَّفَرِ ، وَقَدْ فَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِمُ الْحَجَّ ، وَأَخْبَرَ أَنَّهُمْ يَأْتُونَ رِجَالًا (٣) وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ . وَلَيْسَ لِكُلِّ أَحَدٍ بِهِمَّةٌ يَمْلِكُهَا ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى مُعَانَاتِهَا ، وَالْقِيَامِ بِهَا ، وَالشَّدِّ عَلَيْهَا ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى اسْتِجَارِهَا ، فَجَازَ ، دَفْعًا لِلْحَاجَةِ . إِذَا تَبَتَّ هَذَا ، فَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ مَعْرِفَةُ الْمُتَعَاقِدِينَ مَا عَقَدَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ

(٢١ - ٢٢) في ب : « وفي الأخرى » . وفي م : « وفي صحة الأخرى » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(١) سورة النحل ٨ .

(٢) سورة البقرة ١٩٨ .

(٣) في الأصل زيادة : « وركبانا » .

مَحْضَةٍ ، فكان من شَرْطِهِ الْمَعْرِفَةُ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . فَأَمَّا الْجَمَّالُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الرَّائِكِينَ / ، وَالآلَةِ الَّتِي يَرَكَّبُونَ فِيهَا ، مِنْ مَحْمِلٍ أَوْ مَحَارَةٍ^(٤) ، وَغَيْرِهَا ، وَإِنْ كَانَ مِقْتَبًا^(٥) ذَكَرَهُ ، وَهَلْ يَكُونُ مُعْطَى أَوْ مَكْشُوفًا ، فَإِنْ كَانَ مُعْطَى اخْتِيجَ إِلَى مَعْرِفَةِ الْغِطَاءِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْوِطَاءِ الَّذِي يُوطَأُ بِهِ الْمَحْمِلُ ، وَالْمَعَالِيقِ الَّتِي مَعَهُ مِنْ قُرْبَةٍ وَسَطِيحَةٍ وَسُفْرَةٍ وَنَحْوِهَا ، وَذَكَرَ سَائِرَ مَا يَحْمِلُ مَعَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، إِلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : يَجُوزُ إِطْلَاقُ غِطَاءِ الْمَحْمِلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا . وَحُكِيَ عَنْهُ فِي الْمَعَالِيقِ قَوْلٌ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُهَا ، وَتُحْمَلُ عَلَى الْعُرْفِ . وَحُكِيَ عَنِ الْمَلِكِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُ الرَّائِكِيِّينَ ؛ لِأَنَّ أَجْسَامَ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ فِي الْعَالِبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ : فِي الْمَحْمِلِ رَجُلَانِ ، وَمَا يُصْلِحُهُمَا مِنَ الْوِطَاءِ وَالذُّثْرِ . جَازَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ ، فَحْمِلٌ عَلَى الْعَادَةِ ، كَالْمَعَالِيقِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي غِطَاءِ الْمَحْمِلِ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يَخْتَلِفُ وَيَتَبَايَنُ كَثِيرًا ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالطَّعَامِ الَّذِي يَحْمِلُ^(٦) مَعَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أَجْسَامُ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ وَالصَّغِيرَ ، وَالطَّوِيلَ وَالْقَصِيرَ ، وَالسَّيِّئَ وَالْهَزِيلَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، وَيَخْتَلِفُونَ بِذَلِكَ ، وَيَتَبَايَنُونَ كَثِيرًا ، وَيَتَفَاوِثُونَ أَيْضًا فِي الْمَعَالِيقِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ يُكْثِرُ الرَّادِ وَالْحَوَائِجَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالْيَسِيرِ ، وَلَا عُرْفَ لَهُ يُرْجَعُ إِلَيْهِ ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالْمَحْمِلِ وَالْأَوْطِئَةِ . وَكَذَلِكَ غِطَاءُ الْمَحْمِلِ ، مِنْ النَّاسِ مَنْ يَخْتَارُ الْوَاسِعَ الثَّقِيلَ الَّذِي يَشْتَدُّ عَلَى الْحَمْلِ فِي الْهَوَاءِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالضَّيِّقِ^(٧) الْخَفِيفِ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ ، كَسَائِرِ مَا ذَكَرْنَا . وَأَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الدَّابَّةِ الَّتِي يَرَكَّبُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، وَتَحْصُلُ بِأَحَدٍ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا بِالرُّؤْيَةِ ، فَيَكْتَفِي بِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْلَى طَرَقِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَحْتَاجُ

(٤) الحارة : شبه الهودج .

(٥) المنقب : شبه مخلاة يجعل فيها الصائد ما يصيد .

(٦) في الأصل : « يحمله » .

(٧) سقط من : الأصل .

إلى مَعْرِفَةِ صِفَةِ الْمُسَمَّى فِيهِ ، كالرّهوال^(٨) وغيره ، فإمّا أن يُجَرَّبَهُ فَيَعْلَمَ ذَلِكَ بِرُؤْيَيْتِهِ ، وإمّا أن يَصِفَهُ ، وإمّا بِالصِّفَةِ ، فإذا أُوجِدَتْ اِكْتَفَى بِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ بِالصِّفَةِ ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَ بِالصِّفَةِ لِلرُّكُوبِ ، اِحْتِجَاجٌ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ ، فَيَقُولُ : إِبِلٌ ، أَوْ خَيْلٌ ، أَوْ بَعَالٌ ، أَوْ حَمِيرٌ . وَالتَّوَعُّعُ فَيَقُولُ : بُحْتِيٌّ ، أَوْ عَرَبِيٌّ . وَفِي الْخَيْلِ : عَرَبِيٌّ أَوْ بَرْدُونٌ . وَفِي الْحَمِيرِ : مِصْرِيٌّ أَوْ شَامِيٌّ . وَإِنْ كَانَ فِي التَّوَعُّعِ مَا يَحْتَلِفُ ، كَالْمُهْمَلِجِ^(٩) مِنَ الْخَيْلِ / ، وَالْقَطُوفِ^(١٠) ، اِحْتِجَاجٌ إِلَى ذِكْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الذُّكُورِيَّةِ وَالْأُنثَوِيَّةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَحْتَلِفُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُنثَى أَسْهَلُ وَالذَّكَرُ أَقْوَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يَسِيرٌ ، وَمَتَى كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ وَلَا التَّوَعُّعِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الَّذِي يُحْمَلُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ إِنَّمَا هُوَ الْجِمَالُ الْعَرَابُ ، دُونَ الْبَحَاتِيِّ .

فصل : وإذا كان الكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، أَوْ طَرِيقَ لَا يَكُونُ السَّيْرُ فِيهِ إِلَى اِخْتِيَارِ الْمُتَكَارِبِينَ ، فَلَا وَجْهَ لِذِكْرِ تَقْدِيرِ السَّيْرِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ إِلَيْهِمَا ، وَلَا مَقْدُورٌ عَلَيْهِ لِهَما . وَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقِ السَّيْرِ فِيهِ إِلَيْهِمَا ، اسْتَحَبَّ ذِكْرُ قَدْرِ السَّيْرِ فِي كُلِّ يَوْمٍ . فَإِنْ أَطْلَقَ وَلِلطَّرِيقِ^(١١) مَنَازِلَ مَعْرُوفَةً ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالْعُرْفِ . وَمَتَى اِخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، وَفِي مِيقَاتِ السَّيْرِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا ، أَوْ فِي مَوْضِعِ الْمَنْزِلِ ، إِمَّا فِي دَاخِلِ الْبَلَدِ ، أَوْ خَارِجٍ مِنْهُ ، حُمَلًا عَلَى الْعُرْفِ ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَا التَّمَنَّ فِي بَلَدٍ فِيهِ نَقْدٌ مَعْرُوفٌ . وَإِنْ

(٨) الرّهوال ، بالكردية : البردون إذا كان لين الظهر في السير . الألفاظ الفارسية المعربة ، لأدى شير ٧٤ .

(٩) المهملج : ما ذلل وسلس قياده من الدواب .

(١٠) القطوف : التي تسمى السير وتبطن .

(١١) في الأصل : « والطريق » .

لم يَكُنْ لِلطَّرِيقِ عُرْفٌ ، وَأُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ أُطْلِقَ الثَّمَنُ فِي بَيْدٍ لَا عُرْفَ فِيهِ . وَالْأَوْلَى أَنْ هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ / لَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا صَحَّ الْعَقْدُ بِدُونِهِ فِي الطَّرِيقِ الْمَخُوفِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِتَقْدِيرِ السَّيْرِ فِي طَرِيقٍ ، وَمَتَى اخْتَلَفَا ، رُجِعَ إِلَى الْعُرْفِ فِي غَيْرِ تِلْكَ الطَّرِيقِ .

١١٠/٥ ط

فصل : وَإِنْ اشْتَرَطَ حَمْلَ زَادٍ مُقَدَّرٍ ، كَمَا تَرَطَّلُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ يُبَدَّلُ مِنْهُمَا مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنْ مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ لَا يُبَدَّلُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِبْدَالُهُ . فَإِنْ ذَهَبَ بِغَيْرِ الْأَكْلِ ، كَسَرِقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَدْخُلْ فِي شَرْطِهِ . وَإِنْ أُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَلَهُ إِبْدَالُ مَا ذَهَبَ بِسَرِقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ أَوْ أَكْلِ غَيْرِ مُعْتَادٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَإِنْ نَقَصَ بِالْأَكْلِ الْمُعْتَادِ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ حَمْلَ مُقَدَّرٍ مَعْلُومٍ ، فَمَلَكَ إِبْدَالَ مَا نَقَصَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ نَقَصَ بِسَرِقَةٍ . وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْدَالَهُ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ الزَّادَ يَنْقُصُ ، فَلَا يُبَدَّلُ ، فَحَمَلَ الْعَقْدُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى الْعُرْفِ ، وَصَارَ كَالْمُصْرَحِ بِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْقِيَاسُ أَنَّ لَهُ إِبْدَالَهُ . وَلَوْ قِيلَ : لَيْسَ لَهُ إِبْدَالُهُ . كَانَ مَذْهَبًا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الزَّادَ لَا يَبْقَى جَمِيعَ الْمَسَافَةِ ، وَلِذَلِكَ يَقُلُّ أَجْرُهُ عَنِ أَجْرِ الْمَتَاعِ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى جَمَلًا لِيُحَجَّ عَلَيْهِ ، فَلَهُ الرُّكُوبُ عَلَيْهِ إِلَى مَكَّةَ ، وَمِنْ مَكَّةَ إِلَى عَرَفَةَ ، وَالخُرُوجُ عَلَيْهِ إِلَى مِئِي ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ / إِلَى مِئِي ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ التَّحَلُّلِ مِنَ الْحَجِّ . وَالْأَوْلَى أَنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ وَتَوَابِعِهِ ، وَلِذَلِكَ وَجَبَ عَلَى مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ ، فَدَخَلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٢) . وَمَنْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ فَقَطْ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ إِلَى الْحَجِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْكِرَاءَةَ إِلَى مَكَّةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْكِرَاءِ لِلْحَجِّ ، لِكُونِهَا لَا يُكْتَرَى إِلَيْهَا إِلَّا لِلْحَجِّ غَالِبًا ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكْتَرَى لِلْحَجِّ .

١١١/٥ و

(١٢) سورة آل عمران ٩٧ .

فصل: فيما يلزم المُكْرِي والمُكْتَرِي للرُّكُوب ، يلزم المُكْرِي كل ما جرت العادة أن يُوطأ به المرْكُوب للركاب ، من الحداجَة^(١٣) للجمل ، والقَتَب ، والزَّمَام الذي يُقاد به البعير ، والبَرَّة التي في أنف البعير ، إن كانت العادة جارية بينهم بها . وإن كان فرساً ، فاللجام والسرج . وإن كان بعلًا أو حمارًا فالبرذعة والإكاف ؛ لأن هذا هو العرف ، فحمل الإطلاق عليه . وعلى المُكْتَرِي ما يزيد على ذلك ، كالمحمل ، والمحارة ، والحبل الذي يُشدُّ به بين المحمّلين أو المحارتين ؛ لأن ذلك من مصلحة المحمل ، والوطء الذي يُشدُّ فوق الحداجَة تحت المحمل^(١٤) . وعلى المُكْرِي رفع المحمل^(١٥) ، وحطه ، وشدّه^(١٥) على الجمل ، ورفع الأحمال وشدّها وحطّها ؛ لأن هذا هو العرف ، وبه يُتمكّن من الرُّكُوب ./ ويلزمه القائد والسائق ، هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المُكْتَرِي ، وإن كان على أن يتسلّم الرّابك البهيمة يركبها لنفسه ، فكل ذلك عليه ؛ لأن الذي على المُكْرِي تسليم البهيمة ، وقد سلّمها إليه^(١٦) . فأما الدليل فهو على المُكْتَرِي ؛ لأن ذلك خارج عن البهيمة المُكْتَرَاة وآلتها ، فلم يلزمه ، كالزاد . وقيل : إن كان اكترى منه بهيمة بعينها ، فأجرة الدليل على المُكْتَرِي ؛ لأنه الذي عليه أن يسلم الظهر ، وقد سلّمه ، وإن كانت على حمليه إلى مكان مُعيّن في الدّمة ، فهو على المُكْرِي ؛ لأنه من مؤنة إيصاله إليه ، وتخصّيله فيه .

فصل : وإذا كان الرّابك^(١٧) ممّن لا يقدر على الرُّكُوب والبعير قائم ، كالمراة والشّيخ والضعيف والسّمين وشبههم ، فعلى الجمال أن يترك الحمل لركوبه ونزوله ؛ لأنه لا يتمكّن من الرُّكُوب والنزول إلّا به . وإن كان ممّن يُمكنه الرُّكُوب والنزول والبعير قائم ، لم يلزم الجمال أن يترك^(١٨) له الجمل ؛ لأنه يُمكن استيفاء

(١٣) الحداجَة : مركب للنساء ، كالخفة .

(١٤) ف ب ، م : الحمل .

(١٥) - ١٥) سقط من : م .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) سقط من : الأصل ، ب .

المَعْقُودِ عَلَيْهِ بَدُونِ هَذِهِ الْكُلْفَةِ . وَإِنْ كَانَ قَوِيًّا حَالَ الْعَقْدِ ، فَضَعُفَ فِي أَثْنَائِهِ ، أَوْ ضَعِيفًا قَوِيًّا ، فَالاعتبارُ بحالِ الرُّكُوبِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى رُكُوبَهُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ . وَيَلْزَمُ الْجَمَالَ أَنْ يَقِفَ الْبَعِيرَ لِيَنْزِلَ لِصَلَاةِ الْفَرِيضَةِ ، وَقَضَاءِ حَاجَةِ الْإِنْسَانِ ، وَطَهَارَتِهِ ، وَيَدْعَ الْبَعِيرَ وَأَقْفًا حَتَّى يَفْعَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ فِعْلُ شَيْءٍ مِنْ هَذَا عَلَى ظَهْرِ الْبَعِيرِ ، وَمَا أَمَكَّنَهُ فِعْلُهُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَصَلَاةِ النَّافِلَةِ مِنَ السُّنَنِ وَغَيْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَنْ يُبْرِكَ لَهُ ، وَلَا / يَقِفَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُكْتَرِي إِثْمَامَ الصَّلَاةِ ، وَطَالَبَهُ الْجَمَالَ بِقَصْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ بَلْ تَكُونُ خَفِيفَةً فِي تَمَامِ . وَمِنْ أَكْثَرِ بَعِيرًا لِإِنْسَانٍ يَرُكِبُهُ لِنَفْسِهِ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَفَى لَهُ بِمَا عَقَدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ سِوَاهُ .

و ١١٢/٥

فصل : وَإِذَا أَكْثَرَى ظَهْرًا فِي طَرِيقِ الْعَادَةِ فِيهِ التُّزُولُ وَالْمَشْيُ عِنْدَ افْتِرَابِ الْمَنْزِلِ ، وَالْمُكْتَرِي امْرَأَةً أَوْ ضَعِيفًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ التُّزُولُ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرَاهُ جَمِيعَ الطَّرِيقِ ، وَلَمْ تَجْرِ لَهُ عَادَةٌ بِالْمَشْيِ ، فَلَزِمَ حَمْلُهُ فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، كَالْمَتَاعِ . ^(١٩) وَإِنْ كَانَ جَلْدًا قَوِيًّا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ التُّزُولُ ^(١٩) أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى ^(١٩) جَمِيعِ الطَّرِيقِ ^(١٩) ، فَلَا يَلْزَمُهُ تَرْكُهُ فِي بَعْضِهَا كَالضَّعِيفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ ، وَالْمُتَعَارَفُ كَالْمَشْرُوطِ .

فصل : وَإِنْ هَرَبَ الْجَمَالَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، أَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ فِيهَا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَهْرَبَ بِجَمَالِهِ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُسْتَأْجِرَ حَاكِمًا ، أَوْ وَجَدَ حَاكِمًا وَلَمْ يُمَكِّنْ إِثْبَاتُ الْحَالِ عِنْدَهُ ، أَوْ أَمَكَّنَ الْإِثْبَاتُ عِنْدَهُ وَلَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَكْتَرِي بِهِ مَا يَسْتَوْفِي حَقَّهُ مِنْهُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ قَبْضُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ انْقَطَعَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عِنْدَ مَحَلِّهِ . فَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ ، وَكَانَ الْجَمَالَ قَدْ قَبِضَ الْأَجْرَ ، كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْمَقَامَ عَلَى

(١٩ - ١٩) سقط من : ب .

العقد ، وكانت الإجارة على عمل في الذمة ، فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طالبه به ، / وإن كان العقد على مدة انقضت في هربه ، انفسخ العقد بذلك . وإن أمكنه إثبات ١١٢/٥ ظ الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معين ، لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا أكثرى به له^(٢٠) ، وإن لم يجد له مالا ، وأمکنه أن يقترض على الجمال من بيت المال ، أو من غيره ما يكتري له به ، فعَل ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكتري ليكتري لنفسه به ، جاز^(٢١) في ظاهر كلام أحمد . وإن اقترض عليه من المكتري ما يكرى^(٢٢) به ، جاز^(٢١) ، وصار ديناً في ذمة الجمال . وإن كان العقد على معين ، لم يجز إبدائه ، ولا اكتراء غيره ؛ لأن العقد تعلق بعينه ، فيتخير المكتري بين الفسخ أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل . الحال الثاني ، إذا هرب الجمال ، وترك جماله ، فإن المكتري يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا ، استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق على الجمال ، والشد عليها ، وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلة عن الكراء ، باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه ، اقترض عليه الحاكم ، كما قلنا . وإن أذن من المكتري وأنفق ، جاز . وإن أذن للمكتري في الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمال ، جاز ؛ لأنه في^(٢٣) موضع حاجة . وإذا رجع الجمال ، واختلفا فيما أنفق ، نظرنا ؛ فإن كان الحاكم قدّر له ما ينفق ، قبل قوله في قدر^(٢٠) ذلك ، وما زاد لا يحتسب له^(٢٤) به ، وإن لم يقدّر له ، قبل قوله في قدر النفقة بالمعروف ؛ لأنه / أمين ، و ١١٣/٥

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٢) في الأصل : « يكتري » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، م .

(٢٤) سقط من : م .

وما زاد لا يرجع به ؛ لأنه متطوع به . وإذا وصل المُكْتَرَى ، رَفَعَ الأَمْرَ إِلَى الحَاكِمِ ، فَفَعَلَ مَا يَرَى الحِظَّ فِيهِ ، مِنْ بَيْعِ الجِمَالِ ، فَيُوقَى عَنِ الجِمَالِ مَا لَزِمَهُ مِنَ الدِّينِ لِلْمُكْتَرَى أَوْ لغيره ، وَيَحْفَظُ بِأَقْبَى الثَّمَنِ لَهُ . وَإِنْ رَأَى بَيْعَ بَعْضِهَا ، وَحَفِظَ بَاقِيهَا ، وَالإِتْفَاقَ عَلَى البَاقِي مِنْ ثَمَنِ مَا بَاعَ ، جَازَ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، أَوْ عَجَزَ عَنِ اسْتِئْذَانِهِ ، فَلَهُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا ، وَيُقِيمَ مَقَامَ الجِمَالِ فِيهَا يَلْزِمُهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مُتَبَرِّعًا بِهِ ^(٢٥) ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ تَوَى الرُّجُوعَ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، رَجَعَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ . وَهَذَا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ . وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ ، وَتَوَى الرُّجُوعَ ، فَفِي الرُّجُوعِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَرْكَ الجِمَالِ مَعَ العِلْمِ بِأَنَّهَا لا يَبْدَأُ مِنْ نَفْقَةٍ ، إِذَنْ فِي الإِتْفَاقِ . وَالثَّانِي ، لا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا عَلَى غَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهَدُهُ فَأَنْفَقَ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ . وَقِيَاسُ المَذْهَبِ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ؛ لِقَوْلِنَا : يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى الآبِقِ ، وَعَلَى عِيَالِ الغَائِبِ وَزَوْجَاتِهِ ، وَالدَّائِيَةِ المَرْهُونَةِ . وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى اسْتِئْذَانِ الحَاكِمِ ، فَأَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَفِي رُجُوعِهِ وَجْهَانِ أَيْضًا . وَحُكْمُ مَوْتِ الجِمَالِ ، حُكْمُ هَرَبِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مَذْهَبُ أَحْمَدَ ، أَنَّ المَوْتَ لا يَنْفَسُخُ الإِجَارَةَ ، وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَهَا ، وَلا يُسْرَفُ فِي عَظْفِهَا ، وَلا يُقَصَّرَ ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ فِي مَالِ المُتَوَفَّى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ مَا يُنْفِقُهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ / يَبِيعَ مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ البَيْعَ إِثْمًا يَجُوزُ مِنَ المَالِكِ ، أَوْ مِنْ نَائِيهِ ، أَوْ مِمَّنْ لَهُ وَلا يَأْتِي عَلَيْهِ .

ظ ١١٣/٥

فصل : قال أصحابنا : يصح كراء العقبة . وهو مذهب الشافعي ، ومعناها : الرُّكُوبُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، يَرْكَبُ شَيْئًا وَيَمْشِي شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَكْثَرَ أَوْهَا فِي الجَمِيعِ ، جَازَ أَكْثَرَ أَوْهَا فِي البَعْضِ . وَلا يَبْدَأُ مِنْ كَوْنِهَا مَعْلُومَةً ، إِمَّا أَنْ يُقَدَّرَ بِهَا بَقَرًا سَاحَ مَعْلُومَةٍ ، وَإِمَّا بِالزَّمَانِ ، مِثْلَ أَنْ يَرْكَبَ لَيْلًا وَيَمْشِيَ نَهَارًا ، وَيُعْتَبَرُ فِي هَذَا زَمَانُ السَّيْرِ دُونَ زَمَانِ التَّنَزُّلِ . وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَى أَنْ يَرْكَبَ يَوْمًا وَيَمْشِيَ يَوْمًا ، جَازَ . فَإِنْ أَكْثَرَ عُقْبَةً ، وَأَطْلَقَ ، احْتَمَلُ أَنْ يَجُوزَ ، وَيُحْمَلُ عَلَى العُرْفِ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ لا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ

(٢٥) سقط من : ب ، م .

ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، وَلَيْسَ لَهُ ضَابِطٌ ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَرْكَبَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، ^(٢٦) وَيَمْشِي ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ^(٢٦) ، أَوْ مَازَادَ وَتَقْصَرَ ، جَازَ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، لَمْ يُجَبَّرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ الْمَاشِي لِدَوَامِ الْمَشْيِ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْجَمَلِ لِدَوَامِ الرُّكُوبِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا رَكِبَ بَعْدَ شِدَّةٍ ^(٢٧) تَعَبَهُ كَانَ أَثْقَلَ عَلَى الْبَعِيرِ . وَإِنْ أَكْتَرَى اثْنَانِ جَمَلًا يَرْكَبَانِهِ عُقْبَةً وَعُقْبَةً ، جَازَ ، وَيَكُونُ كِرَاؤُهُمَا طَوَّلَ الطَّرِيقِ ، وَالِاسْتِيفَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ^(٢٨) . وَإِنْ تَشَاخَا ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَرَاسِيخٌ مَعْلُومَةٌ ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا اللَّيْلُ وَاللَّيْلُ الْتَّاهِرُ . وَإِنْ كَانَ لِذَلِكَ عُرْفٌ ، رُجِعَ إِلَيْهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْبَادِي مِنْهُمَا ، أُقِرَّعَ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ كِرَاؤُهُمَا ، إِلَّا أَنْ يَتَّفَقَا عَلَى رُكُوبِ مَعْلُومٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَجْهُولٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدَانِ عَلَى أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا مُعَيَّنًا ^(٢٨) مِنْهُمَا .

٩٠٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ رَأَى الرَّايِبِينَ ، أَوْ وُصِفَا لَهُ ، وَذَكَرَ الْبَاقِي بَأَرْطَالٍ مَعْلُومَةٍ ، فَجَائِزٌ)

وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الرايبين ، إذا وصفهما بما يختلفان به ، في الطول والقصر ، والهزال والسمن ، والصحة والمرض ، والصغر والكبر ، ^{١١٤/٥} والدكورية والأثوية ، والباقي يكفي فيه ذكر الوزن . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : لا بد من معرفة الرايبين بالرؤية ؛ لأنه يختلف بثقله وخفته ، وسكونه وحر كته ، ولا يتضبط بالوصف ، فيجب تعيينه . وهذا مذهب الشافعي . ولهم في المحمل وجه ، أنه لا تكفي فيه الصفة ، ويجب تعيينه . ولنا ، أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان ، فاكفَى فيه بالصفة ، كالبيع ، وكالمركوب في الإجارة ، ولأنه

(٢٦ - ٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) في ب : « مدة » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ب .

لو لم يُكْتَفَ فِيهِ^(١) بِالصِّفَةِ ، لَمَا جَازَ لِلرَّاكِبِ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مُقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ مِثْلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الصِّفَاتِ ، فَمَا لَا تَأْتِي عَلَيْهِ الصِّفَاتُ لَا يَعْلَمُ التَّسَاوِي فِيهِ ، وَلِأَنَّ الوَصْفَ يُكْتَفَى بِهِ فِي البَيْعِ ، فَانْكَفَى بِهِ فِي الإِجَارَةِ ، كَالرُّؤْيَا ، وَالتَّفَاوُثُ بَعْدَ ذِكْرِ الصِّفَاتِ الظَّاهِرَةِ يَسِيرٌ تَجْرِي المُسَامَحَةُ فِيهِ ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ .

فصل : وَيَجُوزُ اكْتِرَاءُ الإِبِلِ وَالدَّوَابِّ لِلْحُمُولَةِ ، قَالَ اللهُ تَعَالَى : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَنِيِّ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ ﴾^(٢) . وَالحُمُولَةُ بِالضَّمِّ : الأَحْمَالُ . وَالحُمُولَةُ بِالْفَتْحِ : الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا . قَالَ اللهُ تَعَالَى : ﴿ وَمِنَ الْأَنْعَامِ حُمُولَةٌ وَفَرَشًا ﴾^(٣) الحُمُولَةُ : الكِبَارُ . وَالفَرَشُ : الصَّعَارُ . وَقِيلَ : الحُمُولَةُ : الإِبِلُ . وَالفَرَشُ : العَنَمُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْمِلُ . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الحُمُولَةِ ؛ لِأَنَّ العَرَضَ حَمْلَ المَتَاعِ ، دُونَ مَا يَحْمِلُهُ ، بِخِلَافِ الرُّكُوبِ ، فَإِنَّ لِلرَّاكِبِ^(٤) عَرَضًا فِي المَرْكُوبِ ، مِنْ سُهُولَتِهِ^(٥) وَحِمَالَتِهِ وَسُرْعَتِهِ^(٥) . وَإِنْ اتَّفَقَ وَجُودُ عَرَضٍ فِي الحُمُولَةِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ المَحْمُولُ شَيْئًا يَضُرُّهُ كَثْرَةُ الحَرَكَةِ ، كَالفَاكِهَةِ وَالرُّجَاجِ ، أَوْ كَوْنِ الطَّرِيقِ مِمَّا يَعْسُرُ عَلَى بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُذَكَّرَ فِي / الإِجَارَةِ . وَأَمَّا الأَحْمَالُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّفَاوُثُ كَثِيرًا ، وَيَخْتَلِفُ^(٦) العَرَضُ بِهِ . فَإِنْ شَرَطَ أَنْ تَحْمَلَ مَا شَاءَ ، بَطَلْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ الوَفَاءَ بِهِ ، وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا يَقْتُلُ البَهِيمَةَ . وَإِنْ قَالَ : لِتَحْمِلَ^(٧) عَلَيْهَا طَاقَتَهَا . لَمْ يَجُزْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا ضَابِطَ لَهُ . وَتَحْصُلُ المَعْرِفَةُ بِطَرِيقَيْنِ : المُشَاهَدَةُ ؛ لِأَنَّهَا^(٨)

١١٤/٥ ط

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النحل ٧ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٢ .

(٤) في ب ، م : « المركب » .

(٥ - ٥) في م : « وحالة سرعته » .

(٦) في الأصل ، ب : « ويحتمل » .

(٧) في ب ، م : « احتمل » .

(٨) في م زيادة : « من » .

أَعْلَى طَرِقِ الْعِلْمِ ، وَالصَّفَةِ . وَيُسْتَرَطُ فِي الصَّفَةِ مَعْرِفَةُ شَيْئَيْنِ : الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ يَخْتَلِفُ تَعَبُ الْبَهِيمَةِ بِاخْتِلَافِهِ ، مَعَ التَّسَاوِي فِي الْقَدْرِ ، فَإِنَّ الْقَطْنَ يَضُرُّ بِهَا مِنْ وَجْهِ ، وَهُوَ أَنَّهُ يَنْتَفِخُ عَلَى الْبَهِيمَةِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الرِّيحُ فَيَثْقُلُ ، وَمِثْلُهُ مِنَ الْحَدِيدِ يُؤَدِّي مِنْ «جَهَةِ أُخْرَى»^(٩) ، وَهُوَ أَنَّهُ يَجْتَمِعُ عَلَى مَوْضِعٍ مِنَ الْبَهِيمَةِ ، فَرَبْمَا عَقَرَهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ . وَأَمَّا الظُّرُوفُ ، فَإِنَّ دَخَلَتْ فِي الْوِزْنِ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِهَا ، وَإِنْ لَمْ تُوزَنْ ، فَإِنَّ كَانَتْ ظُرُوفًا مَعْرُوفَةً ، لَا تَخْتَلِفُ ، كَعَرَائِرِ الصُّوفِ وَالشَّعْرِ وَنَحْوِهَا ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا^(١٠) مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ؛ لِأَنَّهَا قَلَّمَا تَتَفَاوَتْ تَفَاوُتًا كَثِيرًا فَتَسْمِيَّتُهَا تَكْفِي ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْتَلِفُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا بِالتَّعْيِينِ أَوْ الصَّفَةِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَكْرَيْتُكُهَا لِتَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَلَاثِمِائَةَ رَطْلٍ مِمَّا شِئْتَ . جَازَ ، وَمَلَكَ ذَلِكَ ، لَكِنْ^(١١) لَا يُحْمَلُهُ حِمْلًا يَضُرُّ بِالْحَيَوَانِ ، مِثْلَ مَا لَوْ أَرَادَ حَمَلَ حَدِيدًا أَوْ زَبْئِقًا ، يَنْبَغِي أَنْ يُفَرِّقَهُ عَلَى ظَهْرِ الْحَيَوَانِ ، فَلَا يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ مِنْ ظَهْرِهِ ، وَلَا يَجْعَلُهُ فِي وَعَاءٍ يَتَمَوَّجُ فِيهِ ، فَيَكْدُ الْبَهِيمَةَ وَيَتْعَبُهَا . وَإِنْ أَكْتَرَى ظَهْرًا لِلْحَمْلِ مَوْصُوفًا بِجِنْسٍ ، فَأَرَادَ حَمْلَهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَكَانَ الطَّالِبُ لِذَلِكَ الْمُسْتَأْجِرُ ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِمَا لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ طَلَبَهُ الْمُؤَجِّرُ ، وَكَانَ يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ لِلْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ الاسْتِعْجَالُ فِي السَّيْرِ ، أَوْ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ عَنِ الْقَافِلَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ الْخَيْلُ أَوْ الْبَعَالُ / ، أَوْ يَكُونَ غَرَضُهُ سُكُونُ الْحُمُولَةِ^(١٢) لِكُونَ الْحَمُولَةِ مِمَّا يَضُرُّهَا الْهَزُّ ، أَوْ قُوَّتُهَا وَصَبْرُهَا لِطُولِ الطَّرِيقِ وَثِقَلِ الْحُمُولَةِ فَيُعَيَّنُ الْإِبِلُ ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفُوتُ غَرَضَ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَرْكُوبِ . وَإِنْ لَمْ يُفُوتْ غَرَضًا ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ لِمَنْ أَكْتَرَى عَلَى حَمَلِ شَيْءٍ حَمْلًا مِثْلَهُ ، أَوْ أَقَلَّ صَرَرًا مِنْهُ .

و ١١٥/٥

(٩ - ٩) فِي ب : « وَجْهٌ آخَرٌ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١١) فِي ب : « لَكِنَّهُ » .

(١٢) فِي م : « الْحَمْلُ » .

فصل : ويجوز كراء الدابة للعمل ؛ لأنها منفعة مباحة ، خلقت الدابة لها ، فجاز الكراء لها ، كالركوب . وإن اقتصرت بقرا للحرث ، جاز ؛ (١٣) لأن البقر خلقت للحرث (١٣) ، ولذلك قال النبي ﷺ : « بينما رجل يسوق بقرة ، أراد أن يركبها ، فقالت : إني لم أخلق لهذا ، إنما خلقت للحرث » . متفق عليه (١٤) . ويحتاج (١٥) شرطين : معرفة الأرض ، وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة ؛ لأنها تختلف ، فتكون صلبة تتبع البقر والحرث ، وقد يكون فيها حجارة تتعلق بالسكة ، وتكون رخوة سهلة يسهل حرثها ، ولا تأتي الصفة عليها ، فيحتاج إلى رؤيتها . وأما تقدير العمل ، فيجوز بأحد شيئين ؛ إما بالمدة ، كيوم ويومين ، وإما بالأرض ، كهذه القطعة ، أو من هذا المكان إلى هذا المكان ، أو بالمساحة ، كمدي أو مدين (١٦) ، ونحو ذلك ، كل ذلك جائز ؛ لأن العلم يحصل به . فإن قدره بالمدة ، فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها ؛ لأن القرض يختلف باختلافها في القوة والضعف . ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها . ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولى الحرث بها . ويجوز استئجارها بالتها من الفدان والنير ، واستئجارها بدون آلتها ، وتكون الآلة من عند صاحب الأرض . ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس / الزرع ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فأشبهت الحرث .

ظ ١١٥/٥

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب استعمال البقر للحرث ، من كتاب المزارعة ، وفي : باب حدثنا أبو الهيثم ، أخبرنا شبيب ... ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب قول النبي ﷺ لو كنت متخذاً خليلاً ... ، من كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ . صحيح البخاري ١٣٦/٣ ، ٢١٢/٤ ، ٦/٥ ، ٧ . ومسلم ، في : باب من فضائل الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٥٧/٤ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب حدثنا عبد بن حميد ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحمدي ١٣/١٤٠ .

(١٥) في م زيادة : « إلى » .

(١٦) المدى : منتهى البصر وغايته .

ويجوزُ على مُدَّةٍ أو زرعٍ مُعيَّن ، أو موصوفٍ ، كما ذكّرناه في الحرث . ومتى كان على مُدَّةٍ ، احتيج إلى معرفة^(١٧) الحيوان الذي يعملُ عليه ليُعرفَ قوّته أو ضعفه ، وإن كان على عملٍ غير مُقدَّرٍ بالمُدَّة احتاج إلى معرفة^(١٧) جنسِ الحيوان ؛ لأن الغرضَ يَختلِفُ به ، فمنه ماروثه طاهرٌ ، ومنه ماروثه^(١٨) نجسٌ ، ولا يحتاجُ إلى معرفة عيني الحيوان . ويجوزُ أن يستأجرَ الحيوانَ بآلته ، وبغير آلته ، مع صاحبه ، ومُنْفردًا عنه . كما ذكّرنا في الحرث .

فصل : ويجوزُ استئجارُ بهيمةٍ لإدارة الرّحى ، ويُفتقرُ إلى شئئين ؛ معرفة الحجرِ ، إمّا بمشاهدةٍ ، وإمّا بصفةٍ تحصلُ بها معرفته ؛ لأنَّ عملَ البهيمَةِ يَختلِفُ فيه بِثقله وخِفّته ، فيحتاجُ صاحبها^(١٩) إلى معرفته . وتقديرِ العملِ ، إمّا بالزّمانِ ، فيقول : يوماً أو يومين . أو بالطعامِ فيقول : قفيزاً أو قفيزين . ويذكرُ جنسَ المطحونِ إن كان يَختلِفُ ؛ لأنَّ منه ما يسهلُ طحنه ، ومنه ما يصعبُ . وكذلك إن اختلفت إدارة دُولابٍ ، فلا بُدَّ من مُشاهدته ، ومُشاهدة دُولابه ، لِاختلافها ، وتقدير ذلك بالزّمانِ ، أو ملءِ هذا الحوضِ ، أو هذه البركة . وكذلك إن اختلفت للاستيقاء بالغربِ ، فلا بُدَّ من معرفته ؛ لأنَّه يَختلِفُ بكبيره وصِغره ، ويُقدَّرُ بالزّمانِ ، أو بعدد الغروبِ ، أو بملءِ بركةٍ أو حوضٍ . ولا يجوزُ تقدير ذلك بسقي أرضٍ ؛ لأنَّ ذلك يَختلِفُ ، فقد تكون الأرضُ عطشانةً لا يروىها القليلُ ، وتكونُ قريبة العهد بالماء فيكفيها القليلُ ، فيكون ذلك مجهولاً . وإن قدره بسقي ماشيةٍ ، احتمل أن لا يجوزَ ؛ لذلك . ويَحتَمَلُ أن يجوزَ ؛ لأنَّ شربها يتقاربُ في الغالبِ / . ويجوزُ استئجارُ دابةٍ لِيَسْتَقِيَ عليها ماءً ، ولا بُدَّ من معرفة الآلة التي يسقي بها ، من زاويةٍ ، أو قرب أو جرائٍ ، ومعرفة ذلك إمّا بالزاوية ، وإمّا بالصفة ، ويُقدَّرُ العملُ إمّا بالزّمانِ ، وإمّا بعدد المرّات ،

(١٧ - ١٧) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل ، ب : هو .

(١٩) سقط من : الأصل .

وإمّا بملءِ شيءٍ مُعَيَّنٍ ، فإن قَدْرَهُ بَعْدَ المَرَّاتِ ، احتِجَاجٌ إلى مَعْرِفَةِ المَوْضِعِ الذي يَسْتَقْبَى مِنْهُ ، ^(٢٠) والذى يَذْهَبُ إليه ؛ لأنَّ ذلكَ يَخْتَلِفُ بِالقُرْبِ والبُعْدِ ، والسُّهُولَةِ والحَزُونَةِ ، وإن قَدْرَهُ بملءِ شيءٍ مُعَيَّنٍ ، احتِجَاجٌ إلى مَعْرِفَتِهِ ، ومَعْرِفَةُ ما يَسْتَقْبَى مِنْهُ ^(٢١) . ويجوزُ أنْ يَكْتَرِيَ البَهِيمَةُ بِأَلْتِهَا وبُدُونِهَا ، مع صَاحِبِهَا ووَحْدِهَا . وإن أَكْتَرَاها لِبَلِّ تُرَابٍ مَعْرُوفٍ ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلكَ معلومٌ ^(٢٢) بِالْعَرَفِ . وكلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ العَقْدُ على مُدَّةٍ ، فَلابُدُّ من مَعْرِفَةِ الظَّهِيرِ الذي يَعْملُ عَلَيْهِ ؛ لأنَّ العَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاِخْتِلَافِهَا في القُوَّةِ والضعْفِ . وإن وَقَعَ على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، لم يَحْتَجْ إلى مَعْرِفَتِهَا ؛ لأنَّهُ لا يَخْتَلِفُ . وَيَحْتَمِلُ أنْ يَحْتَاجَ إلى ذلكَ في اسْتِيفَاءِ المَاءِ عَلَيْهِ ؛ لأنَّ مِنْهُ ما رَوَتْهُ طَاهِرٌ وجِسْمُهُ طَاهِرٌ بغيرِ خِلاَفٍ ، كَالخَيْلِ والبَقَرِ ، وَمِنْهُ ما رَوَتْهُ نَجِسٌ وَيُخْتَلِفُ في نَجَاسَةِ جِسْمِهِ ، كَالبِغَالِ والحَمِيرِ ، فربما نَجَسَ بِهِ ^(٢٣) المُسْتَقْبَى أو دَلَّوهُ ، فَيَتَنَجَّسُ المَاءُ بِهِ ، فَيَخْتَلِفُ العَرَضُ بِذلكَ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ .

فصل : وإذا أَكْتَرِيَ حَيوانًا لِعَمَلٍ لم يُخْلَقْ لَهُ ، مثلُ أنْ أَكْتَرِيَ البَقَرَ لِلرُّكُوبِ أو الحَمَلِ ^(٢٤) عَلَيْهَا ، أو أَكْتَرِيَ الإِبِلَ والحُمُرَ لِلحَرثِ ، جَازَ ؛ لأنَّهَا مَنفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، أَمْكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا مِنَ الحَيوانِ ، لم يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهَا ، فَجَازَ ، كَالَّذِي خُلِقَتْ لَهُ ، ولأنَّ مُفْتَضَى المِلْكِ جَوَازُ التَّنَصُّفِ بِكُلِّ ما يَصْلُحُ ^(٢٥) لَهُ العَيْنُ المَمْلُوكَةُ ، وَيُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ مِنْهَا ، ولا يَمْتَنِعُ ذلكَ إِلَّا بِمَعَارِضٍ رَاجِحَةٍ ، إمَّا أَوْرُودُ نَصِّ بِتَحْرِيمِهِ ، أو قِيَاسٌ صَحيحٌ ، أو رُجْحَانٌ مَضَرَّتَهُ على مَنفَعَتِهِ ، وليس هُنَا/واحدٌ مِنْهَا ، وكثيرٌ مِنَ النَّاسِ مِنَ الأَكْرَادِ وغيرِهِم يَحْمِلُونَ على البَقَرِ وَيُرْكَبُونَهَا ، وفي بَعْضِ البُلدانِ يَحْرَثُونَ ^(٢٥) على

ظ ١١٦/٥

(٢٠) - (٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل : « يد » .

(٢٣) في ب ، م : « والحمل » .

(٢٤) في ب ، م : « بخرت » .

الإبل والبغال والحَمِير ، فيكون مَعْنَى خَلَقَهَا لِلْحَرْثِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنَّ مُعْظَمَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا فِيهِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ^(٢٥) الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، كَمَا أَنَّ الْخَيْلَ خُلِقَتْ لِلرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ ، وَيَبَاحُ أَكْلُهَا ، وَاللُّؤْلُؤُ خُلِقَ لِلْحَلِيَةِ ، وَيَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْأَدْوِيَةِ وَغَيْرِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا حَدَّثَ فِي السَّلْعَةِ مِنْ يَدِ الصَّانِعِ ، ضَمِنَ)

وجملته أَنَّ الْأَجِيرَ عَلَى ضَرَبَيْنِ ؛ خَاصٌّ ، وَمُشْتَرَكٌ ، فَالْخَاصُّ : هُوَ الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، يَسْتَحِقُّ الْمُسْتَأْجِرُ نَفْعَهُ فِي جَمِيعِهَا ، كَرَجُلٍ اسْتَوْجَرَ لِحِدْمَةٍ ، أَوْ عَمَلٍ فِي بِنَاءٍ أَوْ حِيَاظَةٍ ، أَوْ رِعَايَةٍ ، يَوْمًا أَوْ شَهْرًا ، سُمِّيَ خَاصًّا لِاخْتِصَاصِ الْمُسْتَأْجِرِ بِنَفْعِهِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ سَائِرِ النَّاسِ . وَالْمُشْتَرَكُ : الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ مَعَهُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، كَحِيَاظَةِ ثَوْبٍ ، وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، وَحَمْلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى عَمَلٍ فِي مُدَّةٍ لَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ نَفْعِهِ فِيهَا ، كَالْكَحَّالِ ، وَالطَّيِّبِ ، سُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِأَنَّهُ يَتَقَبَّلُ أَعْمَالَ لِاثْنَيْنِ وَثَلَاثَةٍ وَأَكْثَرَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَعْمَلُ لَهُمْ ، فَيَشْتَرِكُونَ فِي مَنْفَعَتِهِ وَاسْتِحْقَاقِهَا ، فَسُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِاشْتِرَاكِهِمْ فِي مَنْفَعَتِهِ . فَالْأَجِيرُ الْمُسْتَرَكُ هُوَ الصَّانِعُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَّتْ يَدُهُ ، فَالْحَائِكُ إِذَا أَفْسَدَ حِيَاكَتَهُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَالْقَصَّارُ ضَامِنٌ لِمَا يَتَخَرَّقُ مِنْ دَقِّهِ أَوْ مَدِّهِ أَوْ عَصْرِهِ أَوْ بَسْطِهِ . وَالطَّبَّاحُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ طَبِيخِهِ . وَالْحَبَّازُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ خُبْزِهِ ، وَالْحَمَّالُ يَضْمَنُ مَا يَسْقُطُ مِنْ حِمْلِهِ عَنِ رَأْسِهِ ، أَوْ تَلَفَ مِنْ عَثْرَتِهِ . وَالجَمَّالُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ / بِقَوْدِهِ ، وَسَوَّقِهِ ، وَانْقِطَاعِ حَبْلِهِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ حِمْلَهُ . ١١٧/٥ و
والمَّلَّاحُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ مِنْ يَدِهِ ، أَوْ جَذْفِهِ ، أَوْ مَا يُعَالِجُ بِهِ السَّقِينَةَ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَشُرَيْحٍ^(١) ، وَالْحَسَنِ ، وَالْحَكَمِ . وَهُوَ قَوْلُ

(٢٥) سقط من : ب .

(١) أخرج البيهقي ذلك عن عمرو وعلي وشريح ، في : باب ما جاء في تضمين الأجراء ، من كتاب الإجارة . السنن الكبرى ١٢٢/٦ .

أبي حنيفة، ومالك، وأحد قولَي الشافعي، وقال في الآخر: لا يضمن، ما لم يتعد. قال الربيع: هذا مذهب الشافعي، وإن لم يُخَّ به. ورؤي ذلك عن عطاء، وطاوس، وزفر؛ لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة، فلم تصير مضمونة، كالعين المستأجرة. ولنا، ما روى جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك^(١). وروى الشافعي، في «مُسْنَدِهِ»^(٢)، بإسناده على علي، أنه كان يضمن الأجرَاء، ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا. ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً، كالعدوان يقطع عضو، بخلاف الأجير الخاص. والدليل على أن عمله مضمون عليه، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله، لم يكن له أجر فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه، بخلاف الخاص، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله، استحق العوض بمضي المدّة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه، لم يسقط أجره بتلفه.

فصل: ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه، مثل الخباز يخبز في ثوره وملكه، والقصار والخباط في ذكائبهما، قال: ولو دعا الرجل خبازاً، فخبز له في داره، أو خباطاً أو قصاراً ليقتصر ويخيط عنده، لا ضمان عليه فيما أتلف، ما لم يُفَرِّط؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر، فيصير كالأجير الخاص. قال: ولو كان صاحب المتاع / مع الملاح في السفينة، أو راكباً على الدابة فوق جملة، فعطب الحمل، لا ضمان على الملاح والمكاري؛ لأن يد صاحب المتاع لم تُزل، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل، فتلف جملة، لم يضمنه

١١٧/٥ ظ

= وأخرجه ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عتبة في: باب الأجير يضمن أم لا؟ من كتاب البيوع والأفضية. المصنف

. ١٢٧/٦

(٢) أخرجه البيهقي، في الباب السابق، الموضع السابق.

(٣) لم نجده في مسند الشافعي، وأخرجه البيهقي عن الشافعي، في الباب السابق، الموضع السابق.

الْجَمَّالُ ؛ لِأَنَّ (رَبَّ الْمَتَاعِ) ^(٤) لَمْ يُسَلَّمْهُ إِلَيْهِ . وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذَا . قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَوْ كَانَ الْعَمَلُ فِي دُكَّانِ الْأَجِيرِ ، وَالْمُسْتَأْجِرُ حَاضِرًا ، أَوْ اكْتَرَاهُ لِيَعْمَلَ لَهُ شَيْئًا ، وَهُوَ مَعَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِ ^(٥) ، وَيَجِبُ لَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَكُلَّمَا عَمِلَ شَيْئًا صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ . فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ أَوْ مِلْكِ مُسْتَأْجِرِهِ ، أَوْ كَانَ صَاحِبُ الْعَمَلِ حَاضِرًا عِنْدَهُ أَوْ غَائِبًا عَنْهُ ، أَوْ كَوْنَهُ مَعَ الْمَلَّاحِ أَوْ الْجَمَّالِ أَوْ لَا . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَا تَلَفَ بِجِنَايَةِ الْمَلَّاحِ بِجَذْفِهِ ، أَوْ بِجِنَايَةِ الْمُكَارِي بِشُدَّةِ الْمَتَاعِ ، وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِجِنَايَةِ يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ حُضُورِ الْمَالِكِ وَغَيْبَتِهِ ، كَالْعُدْوَانِ ، وَلِأَنَّ جِنَايَةَ الْجَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ ، إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ رَاكِبًا مَعَهُ ، يَعْصِمُ الْمَتَاعَ وَصَاحِبَهُ ، وَتَفْرِيطُهُ يَعْصِمُهُمَا ، فَلَمْ يُسْقِطْ ذَلِكَ الضَّمَانَ ، كَمَا لَوْ رَمَى إِنْسَانًا مُتَتَرِّسًا ، فَكَسَّرَ تَرْسَهُ وَقَتَلَهُ ، وَلِأَنَّ الطَّبِيبَ وَالْحَتَّانَ إِذَا جَنَّتْ يَدَاهُمَا ضَمِيمًا مَعَ حُضُورِ الْمُطْبِّبِ وَالْمَحْتُونِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ جَمَّالًا ^(٦) يَحْمِلُ عَلَى رَأْسِهِ وَرَبُّ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، فَعَثَرَ ، فَسَقَطَ الْمَتَاعُ ، قَتِلَ ، وَضَمِنَ ، وَإِنْ سُرِقَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعِتَارِ تَلَفَ بِجِنَايَتِهِ ، وَالسَّرْقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ لَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَهَذَا يَفْتَضِي أَنْ تَلْفَهُ بِجِنَايَتِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سِوَاءَ حَضَرَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ غَابَ ، بَلْ وَجُوبَ الضَّمَانِ فِي مَحَلِّ التَّرَاعِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ فِي ذَلِكَ ^(٧) الْمَوْضِعِ مَقْصُودٌ لِفَاعِلِهِ ، وَالسَّقْطَةُ مِنَ الْحَمَالِ غَيْرُ مَقْصُودَةٌ لَهُ ، فَإِذَا وَجَبَ الضَّمَانُ هُنَا ، فَتَمَّ أَوْلَى .

فصل : وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى حَمْلِهِ عَيْدًا صِغَارًا أَوْ كِبَارًا ،

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « الْحَمْلُ مُسَلَّمٌ إِلَيْهِ » .

(٥) فِي ب ، م : « جِنَايَةٌ » .

(٦) فِي م : « ذَلِكَ » .

(٧) فِي م زِيَادَةٌ : « إِلَى » .

فلا ضَمَانَ عَلَى الْمُكَارِي فِيمَا تَلَفَ مِنْ سَوْقِهِ وَقَوْدِهِ ، إِذْ لَا يَضْمَنُ بَنَى آدَمَ مِنْ جِهَةِ
 الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَنَفَعَةٍ . وَالْأَوْلَى جُوبُ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَا مِنْ
 جِهَةِ الْجِنَايَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَعْمَ بَنَى آدَمَ وَغَيْرِهِمْ ، كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَنْتَقِضُ
 بِجِنَايَةِ الطَّبِيبِ وَالْحَتَّانِ .

فصل : فَأَمَّا ^(٨) الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَهُوَ ^(٩) الَّذِي يُسْتَأْجَرُ ^(١٠) مُدَّةً ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ،
 مَا لَمْ يَتَعَدَّ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُهَنَّأَ ، فِي رَجُلٍ أَمَرَ غُلَامَهُ بِكَيْلٍ لِرَجُلٍ بَزْرًا ، فَسَقَطَ
 الرَّطْلُ مِنْ يَدِهِ ، فَأَنْكَسَرَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَقِيلَ : أَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْقَصَّارِ ؟ قَالَ :
 لَا ، الْقَصَّارُ مُشْتَرِكٌ . قِيلَ : فَرَجُلٌ أَكْتَرَى رَجُلًا يَسْتَقِي مَاءً ، فَكَسَرَ الْجِرَّةَ ؟ فَقَالَ :
 لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١١) قِيلَ لَهُ : فَإِنْ أَكْتَرَى رَجُلًا يَحْرُثُ لَهُ عَلَى بَقْرَةٍ ، فَكَسَرَ الَّذِي
 يَحْرُثُ بِهِ . قَالَ : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١٢) وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ وَأَصْحَابَهُ .
 وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ آخَرَ : أَنَّ جَمِيعَ الْأَجْرَاءِ يَضْمَنُونَ . وَرَوَى فِي
 مُسْنَدِهِ ، عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَانَ يَضْمَنُ الْأَجْرَاءَ ، وَيَقُولُ : لَا يُصْلِحُ النَّاسَ
 إِلَّا هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَلَهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَالْقَصَّاصِ وَقَطْعِ
 يَدِ السَّارِقِ . وَخَبَرُ عَلِيٍّ مُرْسَلٌ ، وَالصَّحِيحُ فِيهِ ^(١٣) أَنَّهُ كَانَ يَضْمَنُ الصَّبَاغَ
 وَالصَّوَاغَ ، وَإِنْ رَوَى مُطْلَقًا ، حُمِلَ عَلَى هَذَا / فَإِنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ . وَلِأَنَّ
 الْأَجِيرَ الْخَاصَّ نَائِبًا عَنِ الْمَالِكِ فِي صَرْفِ مَنَافِعِهِ إِلَى مَا أَمَرَهُ بِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ،
 كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . فَأَمَّا مَا يَتَلَفُ بِتَعَدُّهِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، مِثْلَ الْحَبَّازِ الَّذِي
 يُسْرِفُ فِي الْوَقُودِ ، أَوْ يَلْزُقُهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، أَوْ يَتْرُكُهُ بَعْدَ وَقْتِهِ حَتَّى يَحْتَرِقَ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ
 بِتَعَدُّهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَغَيْرِ الْأَجِيرِ .

ظ ١١٨/٥

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في ب ، م : « هو » .

(١٠) في ب ، م : « يستأجره » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : ب .

فصل: وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، كالخياط في دكانٍ يستأجرُ أجيراً مُدَّةً ، يستعمله فيها ، فتقبل صاحبُ الدكانِ خياطةَ ثوبٍ ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه أو أفسده ، لم يضمنه ؛ لأنه أجيرٌ خاصٌ ، ويضمنه صاحبُ الدكانِ ؛ لأنه أجيرٌ مشتركٌ .

فصل: إذا أتلّف الصانعُ الثوبَ بعدَ عمله ، فصاحبه مُخَيَّرٌ بين تضمينه إياه غيرَ معْمُولٍ ولا أجر له ^(١٣) ، وبين تضمينه إياه معْمُولاً ويدفعُ إليه أجره . ولو وجبَ عليه ضمانُ المتاعِ المَحْمُولِ ، فصاحبه مُخَيَّرٌ بين تضمينه قيمته في الموضعِ الذي سلّمه إليه ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه في الموضعِ الذي أفسده ويُعطيه الأجر إلى ذلك المكانِ . وإنما كان كذلك ؛ لأنه إذا أحبَّ تضمينه معْمُولاً ، أو في المكانِ الذي أفسده فيه ، فله ذلك ؛ لأنه ملكه في ذلك الموضعِ على تلك الصفةِ ، فملك المَطالبةَ بعوضه حينئذٍ ، وإن أحبَّ تضمينه قبلَ ذلك ، فلأنَّ أجرَ العملِ لا يلزمُه قبلَ تسليمه إليه ، وما سلّمَ إليه ، فلا يلزمُه .

فصل: إذا دفعَ إلى حائكٍ غزلاً ، فقال : انسجه لي عشرةَ أذرعٍ في عرضِ ذراعٍ . فنسجه زائداً على ما قدر له في الطولِ والعرضِ ، فلا أجر له في الزيادةِ ؛ لأنه غيرُ مأْمُورٍ بها ، وعليه ضمانُ نقصِ الغزلِ المنسوجِ فيها ، فأما ما عدا الزائدَ فيُنظرُ فيه ؛ فإن كان جاء به زائداً في الطولِ وحده ، ولم ينقصِ الأصلُ بالزيادةِ فله ما / سَمِيَ له من الأجرِ ، كما لو استأجره على أن يضربَ له مائةَ لَبِنَةٍ ، فضربَ له مائتين ، وإن جاء به زائداً في العرضِ وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا أجر له ؛ لأنه مُخالفٌ لأمرِ المُستأجرِ ، فلم يستحقَّ شيئاً ، كما لو استأجره على بناءِ حائطٍ عرضَ ذراعٍ ، فبناه عرضَ ذراعين . والثاني ، له المُسمَى ؛ لأنه زادَ على ما أمر به ، فأشبهَ زيادةَ الطولِ . ومن قال بالوجهِ الأوَّلِ ، فرّقَ بين الطولِ والعرضِ ، بأنه يُمكنُ قطعُ الزائدِ

(١٣) في م : « عليه » .

في الطُول ، وَيَقَى الثَّوْبُ على ما أَرَادَ ، ولا يُمَكِّنُ ذلك في العَرَضِ . وأما إن جاء به ناقصًا في الطُول والعَرَضِ ، أو في أحدهما ، ففيه أيضا وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا أُجْرَ له ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ العَزْلِ ؛ لأنه مُخَالِفٌ لما أَمَرَ به ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَهُ على بِنَاءِ حَائِطٍ عَرَضَ ذِرَاعٍ ، فَبَنَاهُ عَرَضَ نَصْفِ ذِرَاعٍ . والثاني ، له بِحِصَّتِهِ من المُسَمَّى ، كمن اسْتَوْجَرَ على ضَرْبِ لَبِنٍ ، فَضَرَبَ بَعْضَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إنْ جَاءَ به ناقصًا في العَرَضِ ، فلا شَيْءَ له ، وإن كان ناقصًا في الطُولِ ، فله بِحِصَّتِهِ من المُسَمَّى ؛ لما ذَكَرْنَا من الفَرْقِ بين الطُولِ والعَرَضِ . وإن جَاءَ به زائِدًا في أحدهما ، ناقصًا في الآخر ، فلا أُجْرَ له في الزائِدِ ، وهو في الناقِصِ على ما ذَكَرْنَا من التَّفْصِيلِ فيه . وقال محمد بن الحسن في المَوْضِعَيْنِ : يُخَيَّرُ^(١٤) صَاحِبُ الثَّوْبِ بين دَفْعِ الثَّوْبِ إلى النَّسَّاجِ وَمُطَابَلَتِهِ بِثَمَنِ عَزْلِهِ ، وبين أن يَأْخُذَهُ وَيَدْفَعُ إليه المُسَمَّى في الزائِدِ ، أو بِحِصَّةِ المَنْسُوجِ في الناقِصِ ؛ لأنَّ عَرَضَهُ لم يَسْلَمْ له ، لأنَّهُ يَنْتَفِعُ بالطَّوِيلِ ما لا يَنْتَفِعُ بالقَصِيرِ ، وَيَنْتَفِعُ بالقَصِيرِ ما لا يَنْتَفِعُ بالطَّوِيلِ ، فَكَأَنَّهُ أَتْلَفَ عليه عَزْلَهُ . ولنا ، أَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فلم يَكُنْ له المُطَابَلَةُ بِعَوَضِهِ ، كالمُجَرَّه بِه زائِدًا في الطُولِ وحده . فأما إنْ أَثَرَتِ الزِّيَادَةُ أو النِّقْصُ في الأَصْلِ ، مثل أن يَأْمُرَهُ بِنَسْجِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ لِيَكُونَ الثَّوْبُ خَفِيفًا ، فَنَسَجَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَصَارَ صَفِيفًا ، أو أَمَرَهُ بِنَسْجِ خَمْسَةَ عَشَرَ لِيَكُونَ صَفِيفًا ، فَنَسَجَهُ عَشْرَةَ ، فَصَارَ خَفِيفًا ، فلا أُجْرَ له بِحَالٍ ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ العَزْلِ ؛ لأنه لم يَأْتِ بِشَيْءٍ مِمَّا أَمَرَ به .

١١٩/٥ ظ **فصل** : إذا دَفَعَ إلى خِيَّاطِ ثَوْبًا ، فقال / : إن كان يُقَطِّعُ قَمِيصًا فاقطَعُهُ . فقال : هو يُقَطِّعُ . وقَطَّعَهُ ، فلم يَكِفْ ، فعليه ضَمَانُهُ . وإن قال : انظُرْ هذا يَكْفِينِي قَمِيصًا ؟ قال : نعم . قال : اقطَعَهُ . فقطَعَهُ ، فلم يَكِفْ ، لم يَضْمَنْ . وبهذا قال الشافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا ضَمَانَ عليه في المَسْأَلَتَيْنِ ؛ لأنه لو كان غَرَّهُ في

(١٤) في الأصل : « يتخير » .

الأولى ، لكان قد^(١٥) غرّه في الثانية . ولنا ، أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، وفي الثانية أذن له من غير شرط ، فافترقا ، ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتعريضه ، بل لعدم الإذن في قطعه ؛ لأن إذنه مُقيّد بشرط كفايته ، فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط ، بخلاف الثانية .

فصل : فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا ؛ لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبهه ما لو قطعه من غير إذن . وقيل : يغرّم ما بين قميص امرأة وقميص رجل ؛ لأنه مأذون في قميص في الجملة . والأول أصح ؛ لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فإذا قطع قميصا غيره ، لم يكن فاعلا لما أذن فيه ، فكان متعدّيا بإتداء القطع ، ولذلك لا يستحق على القطع أجرا ، ولو فعل ما أمر به ، لاستحق أجره .

فصل : وإن اختلفا ، فقال : أذنت لي في قطعه قميص امرأة . وقال : بل أذنت لك في قطعه قميص رجل . أو قال : أذنت لي في قطعه قميصا . قال : بل بقاء . أو قال الصبّاغ : أمرتني بصبغه أحمر . قال : بل أسود . فالقول قول الخياط والصبّاغ . نصّ عليه أحمد ، في رواية ابن منصور^(١٦) . وهذا قول ابن أبي ليلى . وقال مالك ، وأبو حنيفة ،^(١٧) وأبو ثور^(١٧) : القول قول ربّ الثوب . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : له قولان / ، كالمذهبيين . ومنهم من قال : له قول ثالث ، وأنهما يتحالفان ، كالمبتدئين يختلفان في الثمن . ومنهم من قال : الصحيح أن القول قول ربّ الثوب ؛ لأنهما اختلفا في صفة إذنه ، والقول قوله في أصل الإذن ، وكذلك في صفة ، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه ، فالقول قول من ينفيه . ولنا ، أنهما

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : « فقال : القول قول الخياط والصبّاغ » .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل .

اتَّفَقَا عَلَى^(١٨) الإِذْنِ وَاخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَأْذُونِ لَهُ ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا قَالَ : أَذْنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً . وَلَا تُنْهَمَا اتَّفَقَا عَلَى مِلْكِ الْحَيَّاطِ الْقَطْعِ ، وَالصَّبَّاحِ الصَّبْعِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ فَعَلَ مَا مَلَكَهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي لُزُومِ الْعُرْمِ لَهُ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَحْلِفُ الْحَيَّاطُ وَالصَّبَّاحُ بِاللَّهِ لَقَدْ أَذْنْتُ لِي فِي قَطْعِهِ قَبَاءً ، وَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْعُرْمُ ، وَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَّتَ وَجُودُ فِعْلِهِ الْمَأْذُونِ فِيهِ بِعَوَضٍ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى ثَبَّتَ بِقَوْلِهِ وَدَعَاوَاهُ ، فَلَا يَحْتَسِبُ بِيَمِينِهِ^(١٩) ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٢٠) . فَأَمَّا الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ ، فَأَيُّمَا يَعْتَرِفُ رَبُّ الثَّوْبِ بِتَسْمِيَّتِهِ أَجْرًا ، وَقَطْعَهُ قَمِيصًا ، وَصَبَّغَهُ أَسْوَدَ . فَأَيُّمَا مِنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ . فَإِنَّهُ يَحْلِفُ بِاللَّهِ : مَا أَذْنْتُ^(٢١) فِي قَطْعِهِ قَبَاءً ، وَلَا صَبَّغَهُ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْمُسَمَّى . وَلَا يَجِبُ لِلْحَيَّاطِ وَالصَّبَّاحِ شَيْءٌ / ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا غَيْرَ مَا أَذِنَ لَهُمَا فِيهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ صَاحِبَ الثَّوْبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَمَّنْ^(٢٢) يَلْبَسُ الْأَقْبِيَةَ وَالْأَحْمَرَ^(٢٣) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَى الصَّانِعِ عُرْمٌ مَا نَقَصَ بِالْقَطْعِ ، وَضَمَانٌ مَا أَفْسَدَ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ حَالِ رَبِّ الثَّوْبِ^(٢٤) تَدُلُّ عَلَى صِدْقِهِ ، فَتَتَرَجَّحُ دَعْوَاهُ بَعْدَهُمَا ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي حَائِطٍ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ عَقْدٌ أَوْ أَرْجَحُ ، رَجَحْنَا دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الرَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ، رَجَحْنَا دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُ . وَلَوْ اخْتَلَفَ صَانِعَانِ فِي الْآلَةِ الَّتِي فِي دُكَّانِهِمَا ، رَجَحْنَا قَوْلَ كُلِّ

١٢٠/٥ ظ

(١٨) فِي م : « فِي » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « بِقِسْمَتِهِ » .

(٢٠) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٥٢٥/٦ .

(٢١) فِي ب زِيَادَةٌ : « لَكَ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « السَّوَادُ » .

(٢٤) فِي م : « الْمَالُ » .

واحدٍ منهما في آلهِ صِنَاعَتِهِ . فعلى هذا يَحْلِفُ رَبُّ الثَّوْبِ : ما أَذْنْتُ لك في قَطْعِهِ قَبَاءً . وَيَكْفِي هذا لأنه يَنْتَفِي (٢٥) به الإِذْنُ ، فَيَصِيرُ قاطِعاً لغيرِ ما أُذِنَ فيه . فإن كان القَبَاءُ مَخِيطاً بِخِيوطِ لِمَالِكِهِ ، لم يَمْلِكِ الحَيَّاطُ فَتَقَهُ ، وكان لِمَالِكِهِ أَخْذَهُ مَخِيطاً بلا عَوْضٍ ؛ لأنه عَمِلَ في مِلْكِ غَيْرِهِ عَمَلاً مُجَرِّداً عن عَيْنِ مَمْلُوكِهِ له ، فلم يَكُنْ له إِزَالَتُهُ ، كما لو نَقَلَ مِلْكاً غَيْرَهُ من مَوْضِعٍ إلى مَوْضِعٍ ، لم يَكُنْ له رُدُّهُ إِذَا رَضِيَ صاحِبُهُ بِتَرْكِهِ فيه . وإن كانت الخُيُوطُ لِلحَيَّاطِ ، فله نَزْعُها ؛ لأنَّها عَيْنُ مالِهِ ، ولا يَلْزِمُهُ أَخْذُ قِيَمَتِها ؛ لأنَّها مِلْكُهُ ، ولا يَتَلَفُ بِأَخْذِها مالُهُ حُرْمَةً . فإن اتَّفَقَا على تَعْوِيضِهِ عنها ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن قال رَبُّ الثَّوْبِ : أنا أَشَدُّ في كُلِّ حَيْطٍ حَيْطاً . حتى إِذا سَلَّه عادَ حَيْطُ رَبِّ الثَّوْبِ في مَكَانِهِ ، لم يَلْزِمِ الحَيَّاطُ الإِجَابَةَ إلى ذلك ؛ لأنه انْتِفَاعٌ بِمِلْكِهِ . وَحُكْمُ الصَّبَاغِ في قَلْعِ الصَّبِغِ إن أَحَبَّهُ ، وفي غيرِ ذلك من أَحْكامِهِ ، حُكْمُ صَبِغِ الغاصِبِ . على ما مَضَى في بابِهِ . والذي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّ القَوْلَ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لما ذَكَرنا في دَليلِهِم .

فصل : وكُلٌّ من اسْتَوْجَرَ على عَمَلٍ في عَيْنٍ ، فلا يَحْلُو ؛ إِمَّا أن يُوقِعَهُ وهى في يَدِ الأَجِيرِ ، كالصَّبَاغِ يَصْبُغُ في حائِوتِهِ ، والحَيَّاطِ في ذُكَّانِهِ ، فلا يَبْرَأُ من العَمَلِ حتى يُسَلِّمَها إلى المُسْتَأْجِرِ ، ولا يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ حتى يُسَلِّمَهُ مَفْرُوعاً مانِهِ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ في مُدَّةٍ ، فلا يَبْرَأُ منه ما لم يُسَلِّمَهُ إلى العاقِدِ ، كالمَبِيعِ من الطَّعامِ ، لا يَبْرَأُ منه قبلَ تَسْلِيمِهِ إلى المُشْتَرِي . وأما إِنْ كان يُوقِعُ العَمَلَ في مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ ، مثلُ أن يُحْضِرَهُ المُسْتَأْجِرُ إلى دارِهِ لِيَخِيطَ فيها ، أو يَصْبُغَ فيها ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ من العَمَلِ ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُجَرِّدِ عَمَلِهِ ؛ لأنَّهُ في يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فَيَصِيرُ مُسَلِّماً لِلعَمَلِ حالاً فحالاً . ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَبْنِي له حائِطاً في دارِهِ ، أو يَحْفِرُ فيها بئراً ، لَبْرِيءٌ من العَمَلِ / ، واسْتَحَقَّ أَجْرَهُ بِمُجَرِّدِ عَمَلِهِ . ولو كانت البِئْرُ في الصَّحْرَاءِ ، أو الحائِطُ ، لم يَبْرَأُ بِمُجَرِّدِ العَمَلِ . ولو انْهَارَتْ

(٢٥) في ب ، م : (يفتي) .

عَقِيبَ الْحَفْرِ ، أو الحائطُ بعد بِنَائِهِ وَقَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، لم يَبْرَأ مِنَ الْعَمَلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : اسْتَعْمِلْ أَلْفَ لَيْلَةٍ فِي كَذَا وَكَذَا . فَعَمِلَ ، ثُمَّ سَقَطَ ، فَله الْكِرَاءُ . وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، سِوَاءِ تَلَفٍ مَا عَمِلَهُ أَوْ لَمْ يَتَلَفْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ يَوْمًا ، فَعَمِلَ ، وَسَقَطَ عِنْدَ اللَّيْلِ مَا عَمِلَ ، فَله الْكِرَاءُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ ، وَعَمَلٌ مَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ ، وَقَدْ وُجِدَ ذَلِكَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِبَيْتِي لَهُ حَائِطًا طُولَهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَبَنَى بَعْضَهُ ، فَسَقَطَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حَتَّى يُتَمِّمَهُ ، سِوَاءِ كَانِ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ مَشْرُوطٌ بِإِتْمَامِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قِيلَ لَهُ : ارْفَعْ حَائِطًا كَذَا وَكَذَا ذِرَاعًا . فَعَلِيهِ أَنْ يُوفِّيَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ ، فَعَلِيهِ التَّمَامُ . وَكَذَلِكَ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْفَرَ لَهُ بَيْرًا عُمُقُهَا عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَحَفَرَ مِنْهَا خَمْسَةً ، وَانْهَارَ فِيهَا تُرَابٌ مِنْ جَوَانِبِهَا ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حَتَّى يُتَمَّمَ حَفْرَهَا .

٩١٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ تَلَفْتَ مِنْ حِرْزٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ مِنْ حِرْزِهِ ، مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ وَلَا تَفْرِيطٍ ، فَرُوي عَنْهُ : لَا يَضْمَنُ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَزُفَرٍ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرُوي عَنْ أَحْمَدَ ، إِنْ كَانَ هَلَاكُهُ بِمَا اسْتَطَاعَ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ غَرَقًا أَوْ عَدُوًّا غَالِبًا ، فَلَا ضَمَانَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا جَنَّتْ يَدُهُ ، أَوْ ضَاعَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ عَدُوًّا أَوْ غَرَقًا ، فَلَا ضَمَانَ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ تُحْتَمَلُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَوْجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ يُتَمَّمُ . وَهَذَا قَالَ فِي الْوَدِيعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ : إِنَّهَا تُضْمَنُ إِذَا ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَهُ^(١) التَّضْمِينَ بِمَا إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ

(١) فِي م : « تَخْصِيصٌ » .

لا يَضْمَنُ إِذَا تَلَّفَ مَعَ مَتَاعِهِ ، وَلَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَفْرِيطٌ وَلَا عُدْوَانٌ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ تَلَّفَتْ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَضْمَنُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « / عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » (٢) . وَلَأَنَّهُ قَبَضَ الْعَيْنَ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، لَمْ يُتْلَفْهَا بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَلَأَنَّهُ قَبَضَهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا لِتَفْعُلَ يَعُودُ إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَأَنَّ لَوْ تَلَّفَتْ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةَ ، فَإِنَّهُ يَنْفَرِدُ بِنَفْعِهَا . وَالْحَبْرُ مَخْصُوصٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَصُولِ ، فَيُخْصُّ مَحَلَّ التَّرَاعُ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهَا . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا أَجْرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ عَمَلَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ عَوَضَهُ ، كَالْمَبِيعِ مِنَ الطَّعَامِ إِذَا تَلَّفَ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ .

فصل (٣) : وَإِذَا حَبَسَ الصَّانِعُ الثَّوْبَ بَعْدَ عَمَلِهِ ، عَلَى اسْتِيفَاءِ الْأَجْرِ ، قَتَلَفَ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْهَنْهُ عِنْدَهُ ، وَلَا أَذِنَ لَهُ فِي إِمْسَاكِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْغَاصِبِ .

فصل : إِذَا أَخْطَأَ الْقَصَّارُ ، فَدَفَعَ الثَّوْبَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَهُ عَلَى مَالِكِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : يَعْرِمُ الْقَصَّارُ ، وَلَا يَسَعُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ لُبْسُهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبَهُ ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَى الْقَصَّارِ ، وَيُطَالِبُهُ بِثَوْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَابِضُ حَتَّى قَطَعَهُ وَلَبِسَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ ، رَدَّهُ مَقْطُوعًا ، وَضَمِنَ أَرْضَ الْقَطْعِ ، وَلَهُ مُطَابَلَتُهُ بِثَوْبِهِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا . وَإِنْ هَلَكَ عِنْدَ الْقَصَّارِ ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ بَعْدَ طَلْبِهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْهُ رَدُّهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَجَزَ عَنْ دَفْعِهِ لِمَرَضٍ .

فصل : وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، إِنْ تَلَّفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . قَالَ الْأَثَرِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الَّذِينَ يُكْرُونَ الْمَظْلَّ (٤) أَوْ

(٢) تقدم تخريجه في : ٣٤٢/٧ .

(٣) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤) في الأصل : « الظل » .

الْحَيْمَةَ إِلَى مَكَّةَ ، فَيَذْهَبُ مِنَ الْمُكْتَرَى بِسَرَقٍ أَوْ بِذَهَابٍ ، هَلْ يَضْمَنُ ؟ قَالَ : أَرْجُو أَنْ لَا يَضْمَنَ ، وَكَيْفَ يَضْمَنُ ؟ إِذَا ذَهَبَ لَا يَضْمَنُ . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَبْضَ الْعَيْنِ لِاسْتِيفَاءِ مَنَفَعَةٍ يَسْتَحِقُّهَا مِنْهَا ، فَكَانَتْ أَمَانَةً ، كَالْقَبْضِ الْعَبْدَ الْمُوصَى لَهُ بِخِدْمَتِهِ سَنَةً ، أَوْ قَبْضَ الزَّوْجِ أَمْرَأَتَهُ الْأُمَّةَ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَنَفَعَتَهَا ، وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، فَعَلِيهِ رَفْعُ يَدِهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الرَّدُّ . أَوْ مَا إِلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فَقِيلَ لَهُ : إِذَا اكْتَرَى دَابَّةً ، أَوْ اسْتَعَارَ ، أَوْ اسْتُودِعَ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَهُ ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ : مَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَعَلِيهِ رَدُّهُ مِنْ حَيْثُ أَخَذَهُ . فَأَوْجَبَ الرَّدَّ فِي الْعَارِيَّةِ / ، وَلَمْ يُوجِبْهُ فِي الْإِجَارَةِ وَالْوَدِيعَةِ . وَوَجَّهَهُ أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَفْتَضِي الضَّمَانَ (٥) ، فَلَا يَفْتَضِي رَدَّهُ وَمُوتَتَهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَفَارَقَ الْعَارِيَّةَ ؛ فَإِنَّ ضَمَانَهَا يَجِبُ ، فَكَذَلِكَ رَدُّهَا . وَعَلَى هَذَا مَتَى انْقَضَتِ الْمُدَّةُ كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً ، كَالْوَدِيعَةِ ، إِنْ تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ غَيْرُ مَأْذُونٍ لَهُ فِي إِمْسَاكِهَا ، أَشْبَهَ الْعَارِيَّةَ الْمُؤَقَّتَةَ بَعْدَ وَقْتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَمَانَةٌ أَشْبَهَتْ الْوَدِيعَةَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ ضَمَانُهَا لَوْجَبَ رَدُّهَا . وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ فِي كُلِّ حَالٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهَا . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَتَى طَلَبَهَا صَاحِبُهَا وَجَبَ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ رَدِّهَا الْغَيْرِ عُدْرٍ ، صَارَتْ مَضْمُونَةً ، كَالْمَعْصُوبَةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ الْمُؤَجِّرُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ضَمَانَ الْعَيْنِ ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَهَلْ تَفْسُدُ الْإِجَارَةُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْبَيْعِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ ضَمَانَ الْعَيْنِ : الْكِرَاءُ وَالضَّمَانُ مَكْرُوهٌ . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، قَالَ : لَا يَصْلُحُ الْكِرَاءُ بِالضَّمَانِ . وَعَنْ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ : لَا تُكْتَرَى بِضَمَانٍ ، إِلَّا أَنَّهُ مِنْ شَرَطٍ عَلَى كَرِيٍّ أَنَّهُ لَا يُنْزِلُ مَتَاعَهُ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْعَمَلُ » .

بَطْنٍ وَإِدٍ ، أَوْ لَا يَسِيرُ بِهِ لَيْلًا ، مَعَ أَشْبَاهِ هَذِهِ الشَّرُوطِ ، فَتَعَدَّى ذَلِكَ ، فَتَلَفَ شَيْءٌ مِمَّا حَمَلَ فِي ذَلِكَ التَّعَدَّى ، فَهُوَ ضَامِنٌ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ شَرْطُ الضَّمَانِ فِيهِ ، وَإِنْ شَرَطَهُ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَجِبُ ضَمَانَهُ لَا يُصَيِّرُهُ الشَّرْطُ^(٦) مَضْمُونًا ، وَمَا يَجِبُ ضَمَانَهُ لَا يَنْتَفِي ضَمَانُهُ بِشَرْطِ نَفْيِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ ، وَوُجُوبِهِ بِشَرْطِهِ^(٧) ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٨) . فَأَمَّا إِنْ أَكْرَاهُ عَيْنًا ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَسِيرَ بِهَا فِي اللَّيْلِ ، أَوْ وَقْتُ الْقَائِلَةِ ، أَوْ لَا يَتَأَخَّرَ بِهَا عَنِ الْقَائِلَةِ . أَوْ لَا يَجْعَلَ سِيرَهُ فِي آخِرِهَا ، أَوْ لَا يَسْلُكَ بِهَا الطَّرِيقَ الْفُلَانِيَّةَ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا مِمَّا لَهُ فِيهِ غَرَضٌ مُخَالَفٌ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ لِشَرْطِ كَرِيهِ ، فَضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَحْمِلَ عَلَيْهَا إِلَّا قَفِيرًا ، فَحَمَلَ اثْنَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ فَاسِدَةً ، لَمْ يَضْمَنْ الْعَيْنُ أَيْضًا إِذَا تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ وَلَا تَعَدٍّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَفْتَضِي الضَّمَانَ صَحِيحُهُ ، فَلَا يَقْتَضِيهِ / فَاسِدُهُ ، كَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَحُكْمُ كُلِّ عَقْدٍ فَاسِدٍ فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ ، حُكْمُ صَحِيحِهِ ، فَمَا وَجَبَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ وَجَبَ فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا لَمْ يَجِبْ فِي صَحِيحِهِ لَمْ يَجِبْ فِي فَاسِدِهِ .

فصل : وَلِلْمُسْتَأْجِرِ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ بِقَدْرِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَيَكْبُحُهَا بِاللَّجَامِ لِلِاسْتِصْلَاحِ ، وَيَحْتُهَا عَلَى السَّيْرِ^(٩) لِيَلْحَقَ الْقَائِلَةَ ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَسَ

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِالشَّرْطِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٠/٦ .

وِيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي بَابِ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ وَالصَّلْحُ جَائِزٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ .

الْمُسْتَدْرَكُ ٤٩/٢ ، ٥٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي بَابِ : مَا ذَكَرَ عَنِ الرَّسُولِ فِي الصَّلْحِ بَيْنَ النَّاسِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ .

تَحْفَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠٣/٦ ، ١٠٤ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْمَسِيرُ » .

بِعَيْرِ جَابِرٍ ، وَضَرْبُهُ^(١٠) . وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يَحْرِشُ بِعَيْرِهِ بِمَحَجِّهِ .
 وَلِلرَّائِضِ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ لِلتَّادِيْبِ ، وَتَرْتِيبِ الْمَشْيِ ، وَالْعَدْوِ ، وَالسَّيْرِ . وَلِلْمُعَلِّمِ
 ضَرْبُ الصَّبِيَّانِ لِلتَّادِيْبِ . قَالَ الْأَثْرُمُ : سُئِلَ أَحْمَدُ ، عَنْ ضَرْبِ الْمُعَلِّمِ الصَّبِيَّانِ .
 قَالَ : عَلَى قَدْرِ ذُنُوبِهِمْ ، وَيَتَوَقَّى بِجَهْدِهِ الضَّرْبَ ، وَإِذَا كَانَ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ فَلَا
 يَضْرِبُهُ . وَمَنْ ضَرَبَ مِنْ^(١١) هُوَ لِأَنَّ كُلَّهُمْ^(١٢) الضَّرْبُ الْمَأْذُونُ فِيهِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَا
 تَلَفَ . وَبِهَذَا فِي الدَّائِيَةِ ، قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ،
 وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِجِنَايَتِهِ ، فَضَمَّنَهُ ، كَغَيْرِ
 الْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُعَلِّمِ يَضْرِبُ الصَّبِيَّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَأْذِيْبُهُ بِغَيْرِ
 الضَّرْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ مِنْ فِعْلِ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ تَحْتَ الْجِمْلِ ،
 وَلِأَنَّ الضَّرْبَ مَعْنَى تَضَمَّنَهُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا تَلَفَ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ ، كَالرُّكُوبِ .
 وَفَارَقَ غَيْرَ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ : يُمَكِّنُ التَّادِيْبُ بِغَيْرِ الضَّرْبِ .
 لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ خِلَافُهُ ، وَلَوْ أُمَكِّنَ التَّادِيْبُ بِدُونِ الضَّرْبِ ، لَمَا جَازَ الضَّرْبُ ،
 إِذْ فِيهِ ضَرَرٌ وَإِيْلَاقٌ مُسْتَعْنَى عَنْهُ . وَإِنْ أَسْرَفَ فِي هَذَا كُلَّهُ ، أَوْ زَادَ عَلَى مَا يَحْصُلُ
 الْغِنَى^(١٣) بِهِ ، أَوْ ضَرَبَ مَنْ لَا عَقْلَ لَهُ مِنَ الصَّبِيَّانِ ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ حَصَلَ
 التَّلَفُ بِعُدْوَانِهِ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب الثيبات . وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري
 ٦/٧ ، ٥١ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء ركوبه ،
 من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
 ٣٧٢/٣ ، ٣٧٣ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في الأصل : « المعنى » .

٩١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى حِجَامٍ ، وَلَا خِتَانٍ ، وَلَا مُتَطَّبٍ ، إِذَا عُرِفَ مِنْهُمْ حَذَقُ الصَّنْعَةِ ، وَلَمْ تَجْنِ أَيْدِيَهُمْ)

وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به ، لم يضمنوا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يكونوا ذوى حذق في صناعتهم ، ولهم بها بصارة ومعرفة ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً ، فيضمن سريته ، كالقطع ابتداءً . الثاني ، أن لا تجنى أيديهم ، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فإذا وجد هذان الشرطان ، لم يضمنوا ؛ لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه ، فلم يضمنوا سريته ، كقطع الإمام يد السارق ، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله ، أشبه ما ذكرنا . فأما إن كان حاذقاً وجنت يده ، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة ، أو إلى بعضها ، أو قطع في غير محل القطع ، أو يقطع^(١) الطيب سلعة^(٢) من إنسان ، فيتجاوزها ، أو يقطع بالية كالة يكثر المها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشبه هذا ، ضمن فيه كله ؛ لأنه إثلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، فأشبهه إثلاف المال ، ولأن هذا فعل محرّم ، فيضمن سريته ، كالقطع ابتداءً . وكذلك الحكم في النزاع^(٣) والقاطع في القصاص ، وقاطع يد السارق . وهذا مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً .

فصل : وإن ختن صبياً بغير إذن وليه ، أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه ، أو من صبى بغير إذن وليه ، فسرت جنائته ، ضمن ؛ لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذنا له ، لم يضمن ؛ لأنه مأذون فيه شرعاً .

فصل : ويجوز الاستئجار على الختان ، والمداوة ، وقطع السلعة . لا نعلم فيه خلافاً ؛ ولأنه فعل يحتاج إليه ، مأذون فيه شرعاً ، فجاز الاستئجار عليه ، كسائر الأفعال المباحة .

(١ - ١) في م : السلعة . والسلعة هنا : كالعقدة في الجسد أو خراج في العنق ، وتكون من جملة إلى بطيخة : القاموس (سلع) .
(٢) النزاع : البيطار .

فصل : ويجوز أن يستأجر حجاجاً ليحجمه ، وأجره مباح . وهذا اختيار أبي الخطاب . وهذا قول ابن عباس ، قال : أنا أكله^(٣) . وبه قال عكرمة ، والقاسم ، وأبو جعفر ، ومحمد بن علي بن الحسين ، وربيعة ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاضي : لا يباح أجر الحجاج . وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع ، وقال : وإن^(٤) أعطى شيئاً من غير عقد ولا شرط ، فله أخذه ، ويصرفه في علف دوابه ، وطعمة عبده ، ومؤنة صناعته ، ولا يحل له أكله . وممن كره كسب الحجاج عثمان ، وأبو هريرة ، والحسن ، والنخعي . وذلك لأن النبي ﷺ قال : « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » . (٥) رواه مسلم^(٥) . وقال : « أطمعته ناضحك ورقيقك »^(٦) . ولنا ، ما روى ابن عباس ، قال : احتجم النبي ﷺ ، وأعطى الحجاج أجره ، ولو علمه حراماً لم يعطه . متفق عليه^(٧) . وفي لفظ : لو علمه

(٣) في الأصل : « أكلته » .

(٤) سقط من : م . وفي ب : « فإن » .

(٥ - ٥) في الأصل : « متفق عليه » .

وأخرجه مسلم في : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١١٩٩/٣

كأخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجاج ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٦/٥ . والدارمي ، في : باب النبي عن كسب الحجاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٤/٣ ، ٤٦٥ ، ١٤١ ، ١٤/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجاج ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كسب الحجاج ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٥ . وابن ماجه ، في : باب كسب الحجاج ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجاج ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٧٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨١/٣ ، ١٤١/٤ ، ٤٣٥/٥ ، ٤٣٦ .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب خراج الحجاج ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٢٢/٣ . ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ .

كأخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجاج ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٦/١ ، ٣٢٤ ، ٣٣٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٥ .

حَبِيثًا لَمْ يُعْطِهِ . وَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، لَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهَا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَى ، فَجَازَ
الاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالْبِنَاءِ وَالْحِيَاظَةِ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَيْهَا ، وَلَا نَجْدَ كُلِّ أَحَدٍ
مُتَبَرِّعًا بِهَا ، فَجَازَ الاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالرِّضَاعِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي كَسْبِ
الْحَجَّامِ : « أَطْعَمَهُ رَقِيقَكَ » . ذَلِيلٌ ^(٨) عَلَى إِبَاحَةِ كَسْبِهِ ، إِذْ غَيْرُ جَائِزٍ أَنْ يُطْعَمَ
رَقِيقَهُ مَا يَحْرُمُ أَكْلَهُ ، فَإِنَّ الرَّقِيقَ آدَمِيٌّ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِمْ أَكْلُ ^(٩) مَا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى ، كَمَا
يَحْرُمُ عَلَى الْأَحْرَارِ ، وَتَخْصِيصُ ذَلِكَ بِمَا / أُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ اسْتِجَارٍ تَحَكُّمٌ لَا ذَلِيلَ عَلَيْهِ ، ^{١٢٣/٥} ظ
« وَتَسْمِيَتُهُ كَسْبًا » ^(١٠) حَبِيثًا لَا يَلْزَمُ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، فَقَدْ سَمَى النَّبِيُّ ﷺ التَّوْمَ وَالبَصَلَ
حَبِيثَيْنِ ^(١١) ، مَعَ إِبَاحَتِهِمَا . وَإِنَّمَا كَرِهَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ لِلْحُرِّ تَنْزِيهًا لَهُ ^(٩) ؛ لِذَنَاءَةِ
هَذِهِ الصَّنَاعَةِ . وَليْسَ عَن أَحْمَدَ نَصٌّ فِي تَحْرِيمِ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَلَا الاسْتِجَارِ
عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا قَالَ : نَحْنُ نُعْطِيهِ كَمَا أُعْطِيَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَنَقَوْلُ لَهُ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ،
لَمَّا سُئِلَ عَن أَكْلِهِ نَهَاهُ ، وَقَالَ : « اغْلِفْهُ النَّاضِحَ وَالرَّقِيقَ » . وَهَذَا مَعْنَى كَلَامِهِ فِي
جَمِيعِ الرُّوَايَاتِ ، وَليْسَ هَذَا صَرِيحًا فِي تَحْرِيمِهِ ، بَلْ فِيهِ ذَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، كَمَا فِي قَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَأَنَّ إِعْطَاءَهُ لِلْحَجَّامِ ذَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، إِذْ لَا يُعْطِيهِ
مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يُعَلِّمُ النَّاسَ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُحَرَّمَاتِ ، فَكَيْفَ يُعْطِيهِمْ
إِيَّاهَا ، وَيُمْكِّنُهُمْ مِنْهَا ، وَأَمْرُهُ بِأَطْعَامِ الرَّقِيقِ مِنْهَا ذَلِيلٌ عَلَى الإِبَاحَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ نَهْيِهِ
عَن أَكْلِهَا عَلَى الْكِرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ الإِمَامِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَن
قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ اتِّبَاعَهُ ﷺ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَنْ كَرِهَهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ،

(٨) فِي الْأَصْلِ : « دَل » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٠ - ١١) فِي الْأَصْلِ : « وَتَسْمِيَةُ كَسْبِهِ » .

(١١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ نَبِيٍّ مِنْ أَكْلِ تَوْمًا أَوْ بَصَلًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١/٣٩٦ .
وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي أَكْلِ التَّوْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعِمَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢/٣٢٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ يَخْرُجُ
مِنَ الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . الْمُجْتَبَى ٢/٣٤ ، ٣٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَكَلَ التَّوْمَ فَلَا يَقْرَبُ الْمَسْجِدَ ،
مِنَ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ١/٣٢٤ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١/١٥ ، ٢٨ ، ١٩/٤ .

يَتَّعِينَ حَمْلُ كَلَامِهِمْ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَكُونُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَائِلٌ بِالتَّحْرِيمِ . وَإِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْمَحْرُوكِ أَكْلُ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَيُكْرَهُ تَعَلُّمُ صِنَاعَةِ الْحِجَامَةِ ، وَإِجَارَةُ نَفْسِهِ لَهَا ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَلأنَّ فِيهَا دَنَاءَةً ، فَكُرِّهَ^(١٢) الدُّخُولُ فِيهَا ، كَالكَسْحِ . وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الَّذِينَ ذَكَرْنَا عَنْهُمْ كَرَاهَتَهَا ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِيهَا ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدِلَّةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَأَمَّا اسْتِجَارُ الْحَجَّامِ لِغَيْرِ الْحِجَامَةِ ، كَالفَصْدِ ، وَحَلْقِ الشَّعْرِ ، وَتَقْصِيرِهِ ، وَالخِتَانِ ، وَقَطْعِ شَيْءٍ مِنَ الْجَسَدِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « كَسْبُ الْحَجَّامِ حَبِيثٌ » . يَعْنِي بِالْحِجَامَةِ ، كَمَا نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ ، أَى فِي الْبَغَاءِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَبَ بِصِنَاعَةِ أُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ حَبِيثًا بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَهَذَا التَّهْنُؤُ مَخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ ، فَيَحْتَضُّ^(١٣) بِالْمَحَلِّ الَّذِي وَرَدَ فِيهِ ، وَلأنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهَا ، وَلَا تَحْرِيمَ فِيهَا ، فَجَازَتْ الْإِجَارَةُ فِيهَا^(١٤) ، وَأُخِذَ الْأَجْرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمَنَافِعِ الْمُبَاحَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَيْنَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ جَائِزٌ ، وَيُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يُقَدَّرَ ذَلِكَ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ غَيْرَ مَضْبُوطٍ ، فَيُقَدَّرُ بِهِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانِ قَدْرِ مَا يَكْحَلُهُ مَرَّةً فِي كُلِّ يَوْمٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ . فَأَمَّا / إِنْ قَدَّرَهَا بِالْبُرِّءِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا بَأْسَ بِمُشَارَطَةِ الطَّيِّبِ عَلَى الْبُرِّءِ ؛ لِأَنَّ أَبَا سَعِيدٍ حِينَ رَفَى الرَّجُلَ ، شَارَطَهُ عَلَى الْبُرِّءِ^(١٥) . وَالصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ هَذَا يَجُوزُ ، لَكِنْ يَكُونُ جَعَالَةً لِإِجَارَةٍ ، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ لَا يَدْفَعُهَا مِنْ مُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، فَأَمَّا الْجَعَالَةُ ، فَتَجُوزُ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَرَدِّ اللَّقْطَةِ وَالْآبِقِ ، وَحَدِيثُ

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَكْرَهُ » .

(١٣) فِي ب ، م ، ن : « مَخْتَصٌ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ، ن .

(١٥) يَأْتِي الْحَدِيثُ بِتَامِهِ وَتَخْرِيجِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ التَّالِيَةِ فِي صَفْحَةِ ١٣٧ .

أبى سَعِيدٍ فِي الرُّقِيَّةِ إِنَّمَا كَانَ جَعَالَةً ، فَيَجُوزُ هَهُنَا مِثْلَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الكُحْلَ
 إِنْ كَانَ مِنَ العَلِيلِ جَازًا ؛ لِأَنَّ آلَاتِ العَمَلِ تَكُونُ مِنَ المُسْتَأْجِرِ ، كَاللَّبَنِ فِي البِنَاءِ وَالطَّيْنِ
 وَالأَجْرِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ شَارَطَهُ ^(١٦) عَلَى الكُحْلِ ^(١٧) ، جَازَ . وَقَالَ القَاضِي : يَحْتَمِلُ
 أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الأَعْيَانَ لَا تَمْلِكُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ عَلَى العَامِلِ ، كَلَبِنِ
 الحَائِطِ . وَلَنَا ، أَنَّ العَادَةَ جَارِيَةٌ بِهِ ^(١٨) ، وَيَشْتَقُّ عَلَى العَلِيلِ تَحْصِيلَهُ ، وَقَدْ يَعْجِزُ عَنْهُ
 بِالكَلِيَّةِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالصَّبْغِ مِنَ الصَّبَاغِ ، وَاللَّبَنِ فِي الرِّضَاعِ ، وَالجَبْرِ وَالأَقْلَامِ
 مِنَ الوَرَّاقِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ ^(١٩) بِهَذِهِ الأَصُولِ . وَفَارَقَ لَبِنَ الحَائِطِ ؛ لِأَنَّ العَادَةَ
 تَحْصِيلُ المُسْتَأْجِرِ لَهُ ، وَلَا يَشْتَقُّ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَقَالَ أَصْحَابُ مالِكٍ :
 يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ لِيَسِينِيَ لَهُ حَائِطًا وَالأَجْرُ مِنْ عِنْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ مَا تَتِمُّ بِهِ الصَّنْعَةُ الَّتِي
 عَقَدَ عَلَيْهَا ، فَإِذَا كَانَ مُبَاحًا ^(٢٠) مَعْرُوفًا ، جَازَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَصْبُغَ نَوْبًا ، وَالصَّبْغُ
 مِنْ عِنْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ عَقْدٌ عَلَى المَنْفَعَةِ ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ بَيْعَ العَيْنِ ، صَارَ
 كَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيُفَارِقُ الصَّبْغَ ، وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الصُّورَةِ الَّتِي جَازَ فِيهَا ذَلِكَ ، مِنْ حَيْثُ
 إِنَّ الحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَحْصِيلَ الصَّبْغِ يَشْتَقُّ عَلَى صَاحِبِ الثُّوبِ ، وَقَدْ يَكُونُ الصَّبْغُ
 لَا يَحْصُلُ إِلَّا فِي حَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى مُؤْنَةٍ كَثِيرَةٍ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي صَبْغِ هَذَا ^(٢١)
 الثُّوبِ ، فَجَازَ ^(٢٢) لِمَسِيَسِ الحَاجَةِ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ مُدَّةً ، فَكَحَلَهُ فِيهَا ، فَلَمْ تَبْرَأْ عَيْنَهُ ، اسْتَحَقَّ الأَجْرَ . وَبِهِ قَالَ
 الجَمَاعَةُ . وَحُكِيَ عَنْ مالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحَقُّ أَجْرًا حَتَّى تَبْرَأَ عَيْنَهُ ، وَلَمْ يَحْكُ ذَلِكَ
 أَصْحَابُهُ ، وَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ المُسْتَأْجِرَ قَدِ وَفَّى العَمَلَ الَّذِي وَقَعَ العَقْدُ عَلَيْهِ ، فَوَجِبَ

(١٦) فِي الأَصْلِ : « شَرَطَهُ » .

(١٧) فِي الأَصْلِ : « الكَحَالِ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩) فِي ب زِيَادَةً : « بِمَقْتَضَى » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

له الأجر ، وإن لم يحصل العَرَضُ ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخياطة قميص ، فلم يُتممه فيه . وإن برئت عينه في أثناء المدّة ، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدّة ؛ لأنه قد تعدّر العمل ، فأشبهه ما لو حجز عنه / أمر غالب ، وكذلك لو مات . ١٢٤/٥ ظ

فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرَضِ ، استحقّ الكحلّ الأجر بمضى المدّة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه . فأما إن شارطه على البرء ، فإنه يكون جعالة^(٢١) ، فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برئ بغير كحله ، أو تعدّر^(٢٢) الكحلّ لموته ، أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر ، فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل في الجعالة ، ثم فسخ العقد . وإن امتنع لأمر من جهة الكحال ، أو غير الجاعل ، فلا شيء له . وإن فسخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكحال ، فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحال ، فلا شيء له ؛ لأنها جعالة ، فثبت^(٢٣) فيها ما ذكرناه .

فصل : ويجوز أن يستأجر طبيباً ليدأويه . والكلام فيه كالکلام في الكحال ، سواء ، إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب ؛ لأن ذلك إنما جاز في الكحال على خلاف الأصل ، للحاجة إليه ، وجري العادة به ، فلم يوجد ذلك المعنى ههنا ، فثبت^(٢٣) الحكم فيه على وفق الأصل . والله أعلم .

فصل : ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كالتحان . فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ، ضمنه ؛ لأنه من جنائبه . وإن برأ الضرس قبل قلعه ، انفسخت الإجارة ؛ لأن قلعه لا يجوز . وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من قلعه ، لم يجبر عليه ؛ لأن إلتاف جزء من الآدمي مُحَرَّم في الأصل ، وإنما أبيض إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض إلى كل إنسان في نفسه ،

(٢١) في الأصل : « حقاله » .

(٢٢) في الأصل : « امتنع » .

(٢٣) في الأصل : « فثبت » .

إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحب الضرر أعلم بمضرته ، ومنفعتيه^(٢٤) ، وقدر أليمه^(٢٥) .

فصل : ومن استوجر على عمل موصوف في الذمة ، كخياطة ، أو بناء ، أو قلع ضرر ، فبدل الأجير نفسه للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم تستقر الأجرة بذلك ؛ لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير^(٢٦) ، فلم يستقر بدلها بالبدل ، كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها . ويفارق حبس الدابة مدة الإجارة ؛ لأن المنافع تلفت^(٢٧) تحت يده^(٢٧) ، بخلاف مسألتنا .

٩١٢ - مسألة ؛ قال : (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعي ، وقد دل عليه قول الله تعالى مخيراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ وَإِنَّا بِمَا نَمُنُّ بِكَ كَاذِبُونَ ﴾ . وقد علم أن موسى عليه السلام ، إنما آجر نفسه لرعاية الغنم^(٢٨) . إذا ثبت هذا ، فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية / ، ما لم يتعد ، ولا نعلم^(٢٩) فيه خلافاً إلا عن الشعبي ؛ فإنه روى عنه أنه ضمن الراعي . ولنا ، أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعدد ، كالمودع ، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعدد ، كالعين المستأجرة . فأما ما تلف بتعديده ، فيضمنه بغير خلاف ، مثل أن ينأم عن السائمة ، أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعد منه ، أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يضربها^(٣٠) ضرباً يسرف فيه ، أو في غير موضع الضرب ،

(٢٤) في الأصل : « نفعه » .

(٢٥) في ١ ، م : « المدة » .

(٢٦) في الأصل زيادة : « منفعة » . وفي ب زيادة : « مدة » .

(٢٧ - ٢٧) في ب : « بيده » .

(١) سورة القصص ٢٧ .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٥ .

(٣) في ب ، م : « ضربها » .

أو من غير حاجة إليه ، أو يَسْلُكُ^(٤) بها مَوْضِعًا تَتَعَرَّضُ فِيهِ لِلتَّلْفِ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا مِمَّا يُعَدُّ تَقْرِيطًا وَتَعَدِّيًا ، فَتَلْفُ بِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلْفَتْ بِعَدْوَانِهِ ، فَضَمِنَهَا كَالْمُودِعِ إِذَا تَعَدَّى ، وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي التَّعَدَّى وَعَدَمِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاعِي ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ . وَإِنْ فَعَلَ فَعَلًا اِخْتَلَفَا فِي كَوْنِهِ تَعَدِّيًا ، رُجِعَ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ . وَلَوْ جَاءَ بِجِلْدِ شَاةٍ ، وَقَالَ : مَا تَتْ . قَبِلَ قَوْلُهُ ، وَلَمْ يَضْمَنْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْأَمْنَاءَ تُقْبَلُ أَقْوَالُهُمْ ، كَالْمُودِعِ ، وَلِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ فِي الْغَالِبِ ، فَأَشْبَهَ الْمُودِعَ . وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى مَوْتَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْتِيَ بِجِلْدِهَا .

فصل : ولا يصحُّ العَقْدُ فِي الرَّغْيِ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَنْحَصِرُ .
وَيَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى رَغْيٍ مَا شِئِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَعَلَى جِنْسٍ فِي الدَّمَةِ ، فَإِنْ عَقَدَ عَلَى مَا شِئِيَّةٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِحِيطَةِ ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ^(٦) ، وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِتَلْفِهَا . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، بَطَلَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ فِيهِ ، وَلَهُ أَجْرُ مَا بَقِيَ مِنْهَا بِالْحِصَّةِ . وَإِنْ وَلَدَتْ سِخَالًا^(٧) ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ رَغْيُهَا ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا الْعَقْدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِأَعْيَانِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ظَهَرَ الْبَيْرِ كَبَهُ ، جَازَ أَنْ يَرَكَبَ غَيْرَهُ مَكَانَهُ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لَيْسَتْ كُنْهًا ، جَازَ أَنْ يُسْكِنَهَا مِثْلَهُ^(٨) ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً ، جَازَ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا هُوَ مِثْلُهَا فِي الضَّرْرِ ، أَوْ أَدْنَى مِنْهَا ، وَإِنَّمَا الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةُ الرَّاعِي ، وَهَذَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ إِذَا سَلَّمَ نَفْسَهُ وَإِنْ لَمْ يَزْرَعْ^(٨) . وَيُفَارِقُ الثَّوْبَ فِي الْخِيَاطَةِ ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ فِي مِظَنَّةِ الْاِخْتِلَافِ ، فِي سَهُولَةِ خِيَاطَتِهَا وَمَشَقَّتِهَا ، بِخِلَافِ

(٤) فِي ب ، م : « سَلَكَ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « إِبْدَالُهَا » .

(٧) السِّخْلَةُ : وَلَدُ الشَّاةِ .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « يَزْرَعُ » .

الرَّغْمِ . فعلى هذا ، له إبدالها بمثلها . وإن تَلَفَ بعضها ، لم يَنْفَسِحِ العَقْدُ فيه ، وكان له إبداله . وإن وَقَعَ العَقْدُ على مَوْصُوفٍ / في الذَّمَّةِ ، فلا يُدَّ من ذِكْرِ جِنْسِ الحَيَوَانِ ١٢٥/٥ ظ ونَوْعِهِ ، إِبِلًا ، أو بَقْرًا ، أو عَنَمًا ، أو ضَأْنَا ، أو مَعْرَا . وإن أُطْلِقَ ذِكْرُ البَقْرِ والإِبِلِ ، لم يَتَنَاوَلِ الجَوَامِيسَ والبَحَائِيَّ ؛ لأنَّ إِطْلَاقَ الاسمِ لا يَتَنَاوَلُهَا عُرْفًا . وإن وَقَعَ العَقْدُ في مَكَانٍ يَتَنَاوَلُهَا إِطْلَاقُ الاسمِ ، احتِجَّ إلى ذِكْرِ نَوْعِ مَا يَرَاهُ مِنْهَا ، كالعَنَمِ ؛ لأنَّ كُلَّ نَوْعٍ له أثرٌ في إثْعَابِ الرَّاعِي ، ويذْكَرُ الكِبَرَّ والصَّغَرَ ، فيقول : كِبَارًا أو سِخَالًا ، أو عَجَاجِيلَ أو فَصْلَانًا ، إلَّا أن يكونَ ثَمَّ^(٩) قَرِينَةٌ ، أو عُرْفٌ صَارِفٌ إلى بعضها ، فيُعْنَى عن الذَّكَرِ . وإذا عَقَدَ على عَدَدٍ^(١٠) مَوْصُوفٍ كالمائةِ ، لم يَجِبْ عليه رَعْيُ زِيَادَةِ عَلَيْهَا ، لا من سِخَالِهَا ولا من غَيْرِهَا . وإن أُطْلِقَ العَقْدُ ولم يذْكَرْ عَدَدًا ، لم يَجُزْ . وهذا ظَاهِرٌ مذهبِ الشَّافِعِيِّ . وقال القاضِي : يَصِحُّ ، ويُحْمَلُ على ما جَرَتْ به العَادَةُ ، كالمائةِ مِنَ العَنَمِ ونحوها . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّ العَادَةَ في ذلك تَحْتَلِفُ وتَبَايَنُ كَثِيرًا ، إذ العَمَلُ^(١١) يَحْتَلِفُ بِاِحْتِلَافِهِ .

فصل : فيما تجوزُ إِجَارَتُهُ ، تجوزُ إِجَارَةُ كُلِّ عَيْنٍ يُمكنُ أن يُتَنَفَّعَ بها مِنْفَعَةً مُباحَةً ، مع بَقَائِهَا بِحُكْمِ الأَصْلِ ، كالأَرْضِ ، والدَّارِ ، والعَبْدِ ، والبَهِيمَةِ ، والثَّيَابِ ، والفَسَاطِيطِ ، والجِبَالِ ، والحَيَامِ ، والمَحَامِلِ ، والسُّرُوجِ^(١٢) ، واللُّجَمِ^(١٣) ، والسِّيفِ ، والرُّمْحِ ، وأشباهِ ذلك . وقد ذَكَرْنَا كَثِيرًا مِمَّا تجوزُ إِجَارَتُهُ في مَوَاضِعِهِ . وتجوزُ إِجَارَةُ الحَلِيِّ . نصَّ عليه أحمدُ ، في رِوَايَةِ ابنِهِ عبدِ اللهِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسْحَاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْيِ . ورُوِيَ عن أحمدَ ، أَنَّهُ قال في إِجَارَةِ الحَلِيِّ : ما أَدْرِي ما هو ؟ قال القاضِي : هذا^(١٤) مَحْمُولٌ على إِجَارَتِهِ بِأَجْرَةٍ

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : « والعمل » .

(١٢) في ب ، م : « والسرَج » .

(١٣) في ب ، م : « واللجام » .

(١٤) في ب ، م : « هو » .

من جنسه ، فأما بغير جنسه ، فلا بأس به ، لتصريح أحمد بجوازه . وقال مالك ، في إجارة الحلّي والثياب :^(١٥) هو من المشتبهات . ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد الأصلية . ومن منع ذلك بأجر من جنسه ، فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال ، فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة ، فيحصل الأجر في مقابلتها ، ومقابلة الائتفاع بها ، فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر . ولنا ، أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة ، مع بقاء عينها ، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية ؛ فإن الله تعالى امتنّ بها علينا بقوله تعالى : ﴿ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾^(١٦) . وقال تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ ﴾^(١٧) . وأباح الله تعالى من التحلّي واللباس للنساء ما حرّمه على الرجال ، لِحاجتهن إلى التزيّن للأزواج ، وأسقط الزكاة عن حلّيهنّ معونة لهنّ على اقتنائهن . وما ذكره من نقصها بالاحتكاك لا يصح ؛ لأن ذلك يسير ، لا يُقابل بعوض ، ولا يكاد يظهر في وزن ، ولو ظهر فالأجر في مقابلة الائتفاع ، لا في مقابلة الأجزاء ؛ لأن الأجر في الإجارة ، إنما هو عوض المنفعة ، كما في سائر المواضع ، ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب^(١٨) ، لما جاز إجارة أحد التقدين بالآخر ؛ لإفضائه إلى الفرق^(١٩) في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض . والله أعلم .

و ١٢٦/٥

فصل : وتجوز إجارة الدرهم والدنانير ، للوزن والتحلي ، في مدة معلومة . وبه قال أبو حنيفة . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر ، أنها لا تجوز إجارته ؛ لأن هذه المنفعة ليست المقصودة^(٢٠) منها ، ولذلك لا تضمن منفعته بعصبيها ، فأشبهت الشمع . ولنا ، أنها عين أمكن الائتفاع بها مع بقاء عينها منفعة

(١٥) في م زيادة : « ما » .

(١٦) سورة النحل ٨ .

(١٧) سورة الأعراف ٣٢ .

(١٨) في الأصل : « الزائد » .

(١٩) في الأصل : « التفرق » .

(٢٠) في ب ، م : « المقصود » .

مُبَاحَةً ، فَأَشْبَهَتْ الْحَلْيَ ، وَفَارَقَتْ (٢١) الشَّمْعَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِمَا تَتَلَفُ (٢٢) عَيْنُهُ .
 إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ذَكَرَ مَا يَسْتَأْجِرُهُ لَهُ ، وَعَيْنُهُ ، فَحَسَنٌ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِجَارَةَ ،
 فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَيَنْتَفَعُ بِهَا فِيمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَتَهُمَا فِي
 الْإِجَارَةِ مُتَعَيَّنَةٌ فِي التَّحْلِي وَالْوَزْنِ ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ ، فَوَجِبَ أَنْ تُحْمَلَ الْإِجَارَةُ عِنْدَ
 الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِمَا ، كَأَسْتَعْجَارِ الدَّارِ مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ السُّكْنَى ، وَوَضَعَ الْمَتَاعَ فِيهَا .
 وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَتَكُونُ قَرْضًا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ
 الْإِجَارَةَ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ ، وَالْإِنْتِفَاعُ الْمُعْتَادُ بِالْدَّرَاهِمِ . وَالذَّنَانِيرُ إِنَّمَا هُوَ بِأَعْيَانِهَا ،
 فَإِذَا أُطْلِقَ الْإِنْتِفَاعُ ، حُمِلَ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ الْمُعْتَادِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا تَصِحُّ
 الْإِجَارَةُ ، وَلَا تَكُونُ قَرْضًا ؛ لِأَنَّ التَّحْلِي يَنْفَضُّهَا ، وَالْوَزْنُ لَا يَنْفَضُّهَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَتْ
 جِهَةُ الْإِنْتِفَاعِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِطْلَاقُهَا . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَبَّرَ بِهَا عَنِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ
 تَمْلِيكٌَ لِلغَيْرِ ، وَالْإِجَارَةُ تَقْتَضِي الْإِنْتِفَاعَ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّعْيِيرُ بِأَحَدِهِمَا
 عَنِ الْآخَرِ . وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَالْأَلْفَاظَ تُؤَخَذُ نَقْلًا ، وَلَمْ يُعْهَدْ فِي اللُّسَانِ التَّعْيِيرُ بِالْإِجَارَةِ
 عَنِ الْقَرْضِ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَتَى أَمَكَّنَ حَمْلَهُ
 عَلَى الصَّحَّةِ ، كَانَ أَوْلَى مِنْ إِفْسَادِهِ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ حَمْلَهُ عَلَى إِجَارَتِهَا لِلجِهَةِ الَّتِي تَجُوزُ
 / إِجَارَتُهَا فِيهَا . وَقَوْلُ الْقَاضِي لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا تَقْتَضِي إِنْتِفَاعًا مَعَ بَقَاءِ
 الْعَيْنِ ، فَلَا تُحْمَلُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ . وَمَا ذَكَرَ الْآخَرُونَ مِنْ نَقْصِ الْعَيْنِ بِالِاسْتِعْمَالِ فِي
 التَّحْلِي فَبَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ لَا أَثَرَ لَهُ ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ شَجَرًا وَنَخِيلًا ، لِيُجَفَّفَ عَلَيْهَا الثِّيَابَ ، أَوْ يَسْتَطْعَمَ عَلَيْهَا
 لِيَسْتَنْظِلَ بِظِلِّهَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي الْأَثْمَانِ . وَلَنَا ،
 أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً ، لَجَازَ اسْتِعْجَارُهَا لِذَلِكَ ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ ثَابِتَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ
 الْإِنْتِفَاعَ يَحْصُلُ بِنِهَا عَلَى السَّوَاءِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، فَمَا جَازَ فِي إِحْدَاهُمَا يَجُوزُ فِي الْآخَرَى ،

(٢١) فِي ب ، م : « وَفَارَقَ » .

(٢٢) فِي ب ، م : « أَتَلَفَ » .

ولأنها شجرةٌ ، فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة ، ولأنها منفعةٌ مقصودةٌ ، يُمكن
استيفائها مع بقاء العين ، فجاز العقد عليها ، كما لو كانت مقطوعةً ، ولأنها عينٌ ،
يُمكن استيفاء هذه المنفعة منها ، فجاز استئجارها لها ، كالجبال والحشب والشجر
المقطوع .

فصل : ويجوز استئجار غنمٍ لتدوس له طينًا أو زرعًا . ولأصحاب الشافعي فيه
وجهان ؛ لأنها منفعةٌ غير مقصودةٍ من هذا الحيوان ، فأشبهت النخيل . ولنا ، أنها
منفعةٌ مباحةٌ ، يُمكن استيفائها من العين مع بقائها ، فأشبهت استئجار البقر لدياس
الزرع .

فصل : ويجوز استئجار ما يتقى من الطيب والصنديل وأقطع الكافور والند ،
لتشمه^(٢٣) المرضي وغيرهم مدةً ، ثم يرده^(٢٤) ؛ لأنها منفعةٌ مباحةٌ ، فأشبهت الوزن
والتحلي ، مع أنه لا ينفك من إخلاقٍ وبلى .

فصل : وتجوز إجارة الحائط ، ليضع عليها حشبا معلوماً ، مدة معلومةً . وبه قال
الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ولنا ، أن هذه منفعةٌ مقصودةٌ ، مقدورٌ على
تسليمها واستيفائها ، فجاز عقد الإجارة عليها ، كاستئجار السطح للتوم عليه .

فصل : ويجوز استئجار دارٍ يتخذها مسجداً يُصلى فيه . وبه قال مالك ،
والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاؤه بعقد إجارة
بحال ، فلا تجوز الإجارة لذلك . ولنا ، أن هذه منفعةٌ مباحةٌ ، يُمكن استيفائها من
العين مع بقائها ، فجاز استئجار العين لها ، كالسكنى ، ويفارق الصلاة ، فإنها لا
تدخلها النيابة ، بخلاف بناء المساجد .

(٢٣) في الأصل : « ليشتمه » .

(٢٤) في ب ، م ، « يردها » .

فصل: وذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُ البَيْرِ ، لَيْسَتْ قِيَمَتُهَا مَعْلُومَةٌ ؛ لِأَنَّ هَوَاءَ البَيْرِ وَعُمُقُهَا فِيهِ نَوْعٌ ائْتِفاعٌ بِمُرُورِ الدَّلْوِ فِيهِ ، وَأَمَّا نَفْسُ المَاءِ ، فَيُؤَخَذُ عَلَى أَصْلِ الإِبَاحَةِ .

فصل: وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الفَهْدِ وَالبَازِي وَالصَّقْرِ لِلصَّيْدِ ، فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ لَهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ لَهُ ، كَالدَّائِيَةِ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ كُتُبِ العِلْمِ ، الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا لِلإِئْتِفاعِ بِهَا فِي القِرَاءَةِ فِيهَا ، وَالنَّسْخِ مِنْهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ دَرَجٍ فِيهِ خَطٌّ حَسَنٌ ، يَكْتُبُ عَلَيْهِ ، وَيَتَمَثَّلُ مِنْهُ ؛ لِذَلِكَ .

فصل: وَمَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ أَقْسَامٌ :

أَحَدُهَا ، مَا لَا يُمَكِّنُ الإِئْتِفاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَالْمَطْعُومِ وَالمَشْرُوبِ ، وَالمَشْمَعِ لِيُشْعِلَهُ ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ عَقْدٌ عَلَى المَنَافِعِ ، وَهَذِهِ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا إِلَّا بِإِثْلَافِ عَيْنِهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ شَمْعَةً يُسْرِجُهَا ، وَيُرَدُّ بِقِيَّتِهَا ، وَثَمَنَ مَا ذَهَبَ ، وَأَجَرَ البَاقِي ، كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ بَيْعًا وَإِجَارَةً ، وَمَا وَقَعَ عَلَيْهِ البَيْعُ مَجْهُولٌ ، وَإِذَا جُهِلَ المَبِيعُ جُهِلَ المُسْتَأْجِرُ أَيْضًا ، فَيُفْسَدُ العَقْدَانِ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَمْعًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ ، وَيُرَدَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْعَلَ مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَنْفَعَةٍ مُرْعِيَةٍ فِي الشَّرْعِ ، فَبَدَلُ المَالِ فِيهِ سَفَهٌ ، وَأَخْذُهُ أَكْلُ مَالٍ بِالبَاطِلِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٥) حُبْرًا لِيَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٥) طَعَامًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ عَلَى مَائِدَتِهِ ، ثُمَّ يُرَدَّهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الأَشْيَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ مَا لَا يَبْقَى ^(٢٦) مِنَ الرِّيَاحِينِ ، كَالوَرْدِ وَالبَنْفَسَجِ وَالرِّيحَانِ الفَارِسِيِّ ، وَأَشْبَاهِهِ ، لِشَمِّهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُ عَنْ قُرْبٍ ، فَأَشْبَهَتْ المَطْعُومَاتِ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ العَنَمِ ، وَلَا الإِبِلِ وَالبَقَرِ ، لِأَيُّهَا لَبَنُهَا ، وَلَا لِيَسْتَرُضِعَهَا لِسِخَالِهِ ^(٢٧) وَنَحْوِهَا ، وَلَا اسْتِجَارُهَا لِأَيُّهَا صُوفُهَا ، وَلَا شَعْرَهَا ،

(٢٥ - ٢٥) سقط من: الأصل .

(٢٦) في الأصل: « يتناقى » .

(٢٧) في الأصل: « استحاله » تحريف . وفي م: « السخلة » .

ولا وبرها ، ولا استنجار شجرة ، ليأخذ ثمرتها ، أو شيئا من عينا .

فصل : ولا تجوز إجارة الفحل للضراب . وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وخرج أبو الخطاب وجهها في جوازها ؛ لأنه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه ، فجاز ، كإجارة الظئر للرضاع^(٢٨) ، والبير ليستقي منها الماء ؛ ولأنها منفعة تستباح بالإعارة ، فتستباح بالإجارة ، كسائر المنافع . وهذا مذهب الحسن ، وابن سيرين . ولنا ، أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل :^(٢٩) متفق عليه ، وفي لفظ : نهى عن ضراب الجمال . ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد ، فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة^(٣٠) ، فلم يجز ، كإجارة الغنم لأخذ لبنها ، وهذا أولى ؛ فإن هذا الماء محرّم لا قيمة له ، فلم يجز أخذ العوض / عنه ، كالميتة والدم ، وهو مجهول ، فأشبه اللبن في الضرع . فأما من أجازها ، فينبغي أن يوقع العقد على العمل ، ويُقدّره بمرّة أو مرتين أو أكثر . وقيل : يقع العقد على مدة . وهذا بعيد ؛ لأن من أراد إطراق فرسه مرّة ، فقدّره بمدة تزيد على قدر الفعل ، لم يمكن استيعابها به ، وإن اقتصر على مقداره ، فربما لا يحصل الفعل فيه ، ويتعدّر أيضا ضبط مقدار الفعل ، فيتعيّن التقدير بالفعل ، إلا أن يكثرى فحلا لإطراق ماشية كثيرة ، كفحل يتركه في إبله ، أو تيس في غنمه ، فإن هذا إنما يكثرى مدة معلومة . والمذهب أنه لا يجوز إجارته ، فإن احتاج إنسان إلى ذلك ، ولم يجد من يطرق له ، جاز له^(٣١) أن يئذل الكراء ، وليس للمطرق أخذه . قال عطاء : لا يأخذ عليه شيئا ، ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق^(٣٢) له . ولأن ذلك بدل

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩-٢٩) في ب : « رواية البخاري » .

وتقدم تخريجه في : ٣٠٣/٦ .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في الأصل : « يطرقه » .

مالٍ^(٣٣) لِتَحْصِيلِ مَنَفَعَةٍ مُبَاحَةٍ تُدْعَوُ الْحَاجَةُ إِلَيْهَا ، فَجَازَ ، كَشِرَاءِ الْأَسِيرِ ، وَرِشْوَةِ الظَّالِمِ لِيُدْفَعَ ظُلْمُهُ . وَإِنْ أَطْرُقَ إِنْسَانٌ فَحَلَّهُ بِغَيْرِ إِجَارَةٍ وَلَا شَرْطٍ ، فَأُهِدِيَتْ لَهُ هَدِيَّةٌ ، أَوْ أُكْرِمَ بِكَرَامَةٍ لَذَلِكَ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعْرُوفًا ، فَجَازَتْ مُجَازَاتُهُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُهِدِيَ هَدِيَّةٌ .

فصل : القسم الثاني ، مَا مَنَفَعْتُهُ مُحَرَّمَةً ، كَالزَّرْنِيِّ وَالزَّمْرِ وَالتَّوْحِ وَالغِنَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ^(٣٤) لِفِعْلِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَكَرِهَ ذَلِكَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِييُّ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ يَجُزِ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كَمَا جَارَةٌ أَمْتُهُ لِلزَّرْنِيِّ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كَاتِبٍ لِيَكْتُبَ لَهُ غِنَاءً وَتَوْحًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمُحَرَّمٍ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ عَلَى كِتَابَةِ شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ، وَلَا بِدَعْوَةٍ ، وَلَا شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا يَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ عَلَى حَمْلِ الخَمْرِ لِمَنْ يَشْرِبُهَا ، وَلَا عَلَى حَمْلِ خِنْزِيرٍ وَلَا مَيْتَةٍ ؛ لِذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ العَمَلَ لَا يَتَّعِنُ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَمَلَهُ مِثْلَهُ جَازَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ قَصَدَ إِزَاقَتَهُ أَوْ طَرَحَ المَيْتَةَ ، جَازَ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ حَمَلَ خِنْزِيرًا أَوْ مَيْتَةً أَوْ خَمْرًا النَّصْرَانِيَّ * : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، وَلَكِنْ يُقْضَى لِلْحَمَالِ بِالْكَرَاءِ ، فَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِئُرِيقَهَا ، فَأَمَّا لِلشَّرْبِ فَمَحْظُورٌ ، وَلَا يَجِلُّ أَحْذُ الأَجْرَةَ عَلَيْهِ . وَهَذَا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ ؛ لِقَوْلِهِ : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، / وَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . وَلَكِنَّ المَذْهَبَ خِلَافَ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ لِلفِعْلِ مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالزَّرْنِيِّ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ حَامِلَهَا وَالمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ^(٣٥) . وَقَوْلُهُ : لَا يَتَّعِنُ . يَبْطُلُ بِاسْتِئْجَارِ أَرْضٍ لِيَتَّخِذَهَا مَسْجِدًا . وَأَمَّا حَمْلُ هَذِهِ لِإِزَاقَتِهَا ، وَالمَيْتَةِ لِطَرَحِهَا ، وَالاسْتِئْجَارِ لِلْكَتِفِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

و ١٢٨/٥

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب زيادة : « عليه » .

(٣٥) تقدم تخرجه في : ٣١٨/٦ .

كله مباح ، وقد استأجر النبي ﷺ^(٣٦) أبا طيبة فحجمه^(٣٦). وقال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في الرجل يُوجِرُ^(٣٧) نفسه لِنظارة كرمِ النَّصراني^(٣٨) : يُكره ذلك ؛ لأنَّ الأصل في ذلك راجع إلى الحَمْرِ .

فصل : ويكره أن يُوجِرَ الرَّجُلُ نَفْسَهُ لِكَسْحِ الكُنْفِ ، ويكره له أكلُ أجْرِهِ ؛ لأنَّ النبي ﷺ قال : « كَسَبُ الحِجَامِ حَيْثُ »^(٣٩) . ونهى الحرَّ عن أكلِهِ ، فهذا أوْلَى . وقد روى عن ابن عَبَّاسٍ ، أنَّ رجلاً حَجَّ ، ثم أتاه ، فقال له^(٤٠) : إني رَجُلٌ أَكُنْسُ ، فما ترى في مَكْسَبِي ؟ قال : أى شئٍ تَكُنْسُ ؟ قال : العَدْرَةَ ، قال : ومنه حَجَجْتُ ، ومنه تَزَوَّجْتُ ؟ قال : نعم ، قال : أنتَ حَيْثُ ، وحَجَجْتُ حَيْثُ ، وما تَزَوَّجْتُ حَيْثُ . أو نحو هذا ، ذَكَرَهُ سَعِيدُ بنِ منصورٍ ، في « سُنَنِه » بِمَعْنَاهُ ، ولأنَّ

(٣٦ - ٣٦) في م : « أبا طيبة لحجمه » . وأبو طيبة مولى الأنصار . انظر ترجمته في : الإصابة ٢٣٣/٧ .
والحديث أخرجه البخارى ، في : باب ذكر الحجام ، وباب من أجرى أمر الأنصار على ما تعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ، من كتاب البيوع ، وباب ضريبة العبد ، وتعاهد ضرائب الإماء ، من كتاب الإجارة ، وباب الحجامة من اللداء ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ٨٢/٣ ، ١٠٣ ، ١٢٢ ، ١٦١/٧ ، ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٤/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢٣٩/٢ ، والترمذى ، في : باب ما جاء في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٥ ، والدارمى ، في : باب في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٧٢/٢ ، والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام . الموطأ ٩٧٤/٢ ، والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٠/٣ ، ١٧٤ ، ١٨٢ ، ٣٥٣ .

(٣٧) في الأصل : « يؤاجر » .

(٣٨) في الأصل : « النصرانى » .

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١١٨ .

(٤٠) سقط من : ب ، م .

فيه ذنَاءَةٌ ، فكَرِهَ ، كَالْحِجَامَةِ ، فَأَمَّا الْإِجَارَةُ فِي الْجُمْلَةِ ، فَجَائِزَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً
لِهَا ، فَلَا تَنْدَفِعُ بِدُونِ إِبَاحَةِ الْإِجَارَةِ ، فَوَجِبَ إِبَاحَتُهَا ، كَالْحِجَامَةِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ إِجَارَةُ دَارِهِ لِمَنْ يَتَّخِذُهَا كِنِيسَةً ، أَوْ بَيْعَةً ، أَوْ يَتَّخِذُهَا لِبَيْعِ
الْحَمْرِ ، أَوْ الْقِمَارِ . وَبِهِ قَالَ الْجَمَاعَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ بَيْتُكَ فِي السَّوَادِ ،
فَلَا بَأْسَ أَنْ تُؤَجِّرَهُ لِدَلِّكَ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ . وَلَنَا ،
أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ تُجْزِ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ ، كَأِجَارَةِ عَبْدِهِ لِلْفُجُورِ . وَلَوْ اكْتَرَى ذِمِّيٌّ
مِنْ مُسْلِمٍ دَارَهُ ، فَأَرَادَ بَيْعَ الْحَمْرِ فِيهَا ، فَلِصَاحِبِ الدَّارِ مَنَعُهُ . وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ .
وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَ بَيْتُهُ ^(٤١) فِي السَّوَادِ وَالْجَبَلِ ، فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا شَاءَ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، جَازَ الْمَنَعُ مِنْهُ فِي الْمِصْرِ ، فَجَازَ فِي السَّوَادِ ، كَقَتْلِ النَّفْسِ
الْمُحَرَّمَةِ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، مَا يَحْرُمُ بَيْعُهُ ، إِلَّا الْحُرَّ وَالْوَقْفَ وَأُمَّ الْوَالِدِ وَالْمُدَبَّرَ ، فَإِنَّهُ
يَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، وَإِنْ حُرِّمَ بَيْعُهَا ، وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، سِوَاءَ مَا كَانَ مِمَّا ^(٤٢)
لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، كَالْعَبْدِ الْأَبِيحِ ، وَالْجَمَلِ النَّادِّ ، وَالْبَهِيمَةِ الشَّارِدَةِ ، وَالْمَعْصُوبِ
مِنْ غَيْرِ غَاصِبِهِ ^(٤٣) مِمَّنْ لَا يَقْدَرُ عَلَى انْتِزَاعِهِ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ
تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا تُجْهَلُ صِفَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فِي ظَاهِرِ
الْمَذْهَبِ . أَوْ كَانَ مِمَّنْ لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ ، أَوْ الطَّيْرِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ
لِلْأَصْطِيَادِ . وَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ الْكَلْبِ ، وَلَا الْخِنْزِيرِ ، بِحَالٍ . وَيَتَخَرَّجُ جَوَازُ إِجَارَةِ
الْكَلْبِ الَّذِي يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مَبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ ^(٤٤) ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ ^(٤٥)

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « بَيْتِكَ » .

(٤٢) فِي ب ، م : « مِمَّنْ » .

(٤٣) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « أَوْ » .

(٤٤) فِي م : « لَهُ إِجَارَتُهُ » .

(٤٥) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

كغيره . ولأصحابِ الشافعيِّ وجْهانٍ ، كهذَيْنِ^(٤٦) . ولا تجوزُ إجارةُ ما لا يَقْدِرُ على تسليمِ مَنَفَعَتِهِ ، سواءَ جازَ بَيْعُهُ أو لم يَجُزْ ، مثل أن يَعْصِبَ مَنَفَعَتَهُ ، بأن يَدْعَى إنساناً أنَّ هذه الدارَ في إجارَتِهِ عامًّا ، وَيَغْلِبَ صاحبُها عليها ، فَإِنَّهُ لا تجوزُ إجارَتُها في هذا العامِ إِلَّا من غاصِبِها ، أو مَن يَقْدِرُ على أخذِها منه . قال أصحابنا : ولا تجوزُ إجارةُ المُشاعِرِ لغيرِ الشريكِ ، إِلَّا أن يُوجِرَ الشريكانِ معًا . وهذا قولُ أبي حنيفة ، وزُفِرَ ؛ لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ على تسليمِهِ ، فلم تَصِحَّ إجارَتُهُ كالمَعْصُوبِ ؛ وذلك لِأَنَّهُ لا يَقْدِرُ على تسليمِهِ إِلَّا بِتَسْلِيمِ نَصيبِ شريكِهِ ، ولا ولايةَ له على مالِ شريكِهِ . واختارَ أبو حَفْصِ العُكْبَرِيُّ جَوازَ ذلك . وقد أومأ إليه أحمدُ ، وهو قولُ مالِكِ ، والشافعيِّ ، وأبي يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فجازَتْ إجارَتُهُ كالمُفْرَدِ^(٤٧) ، ولأنَّهُ عَقْدٌ في ملكِهِ ، يجوزُ مع شريكِهِ ، فجازَ مع غيره كالْبَيْعِ ، ولأنَّهُ يجوزُ إذا فَعَلَهُ الشريكانِ معًا ، فجازَ لأحدهما فَعَلَهُ في نَصيبِهِ مُفْرَدًا ، كالْبَيْعِ . ومن نَصَرَ الأوَّلَ فَرَّقَ بين محلِّ النزاعِ وبين ما إذا أجزه الشريكانِ ، أو أجزه لِشريكِهِ ، بأنَّهُ يُمكنُ التَّسْلِيمُ إلى المُسْتَأْجِرِ ، فأشبهَ إجارةَ المَعْصُوبِ من غاصِبِهِ دُونَ غيره . وإن كانت الدارُ لِوَاحِدٍ ، فأجزَ نِصْفَها ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُمكنُهُ تَسْلِيمُهُ ، ثم إن أجزَ نِصْفَها الآخرَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الأوَّلِ ، صَحَّ ؛ فَإِنَّهُ يُمكنُهُ تَسْلِيمُهُ إليه ، وإن أجزه لغيرِهِ ، ففيه وجْهانٌ ، بناءً على المسألةِ التي قَبَلْها ؛ لِأَنَّهُ لا يُمكنُهُ تَسْلِيمُ ما أجزه إليه . وإن أجزَ الدارَ لِاثْنَيْنِ لِكُلِّ واحدٍ منهما نِصْفَها ، فكذلك ؛ لِأَنَّهُ لا يُمكنُهُ تَسْلِيمُ نَصيبِ كُلِّ واحدٍ منهما إليه .

فصل : وفي إجارةِ المُصَحِّفِ وجْهانٌ ؛ أحدهما ، لا تَصِحُّ إجارَتُهُ ، مَبْنِيًّا على أَنَّهُ لا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَعِلَّةُ ذلكِ إِجْلالُ كَلامِ اللهِ وَكِتابِهِ عن المَعَاوِضَةِ بِهِ ، وَابْتِدَالُهُ بِالشَّمَنِ

(٤٦) في زيادة : « فصل » .

(٤٧) في الأصل : « كالمفروز » ، وفي ب ، م : « كالمفروز » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

في البيع، والأجر في الإجارة. والثاني، تجوز إجارته. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه انتفاع مباح، تجوز/الإعارة من أجله، فجازت فيه الإجارة، كسائر الكتب، فأما سائر الكتب الجائز بيعها، فتجوز إجارته. ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارته؛ لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه، ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله وتصاويره، أو شمعاً ليتجمل به. ولنا، أنه انتفاع مباح يحتاج إليه، وتجاوز الإعارة له، فجازت إجارته، كسائر المنافع. وفارق النظر إلى السقف؛ فإنه لا حاجة إليه، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله. وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب، والتحفظ منها، والنسخ والسماع منها والرواية، وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه.

فصل: ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، فقال: إن أجر نفسه من الذمي في خدمته، لم يجز، وإن كان في عمل شيء، جاز. وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: تجوز؛ لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة، فجاز فيها، كما جازته من المسلم. ولنا، أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله له، واستخدامه، أشبه البيع، يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك، فإذا منع منه، فلأن يمنع من الإجارة أولى. فأما إن أجر نفسه منه في عمل معين في الذمة، كخياطة ثوب، وقصارته، جاز بغير خلاف نعلمه؛ لأن علياً رضي الله عنه، أجر نفسه من يهودي، يستقى^(٤٨) له كل دلو بتمر، وأخبر النبي ﷺ بذلك، فلم ينكره^(٥٠). وكذلك الأنصاري^(٤٩). ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم، ولا استخدام، أشبه مباحته. وإن أجر نفسه منه لعمل غير الخدمة، مدة

(٤٨) في ب، م: « يسقى ».

(٤٩) الأول تقدم تخريجه في: ٢٠٨/٦. والثاني في صفحة ٢١.

مَعْلُومَةٌ ، جازَ أيضا ، في ظاهرِ كلامِ أحمدَ ؛ لقوله ، في رِوَايَةِ الأَثَرِمِ : وإن كان في عَمَلِ شَيْءٍ ، جازَ . وَنَقَلَ عَنْهُ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ : لا بُاسَ أَنْ يُوجَرَ نَفْسَهُ مِنَ الذَّمِّ . وهذا مُطْلَقٌ في تَوْعِي الإِجَارَةِ . وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا^(٥٠) ، أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ مَنَعُ ذَلِكَ ، وَأَشَارَ إِلَى مَا رَوَاهُ الأَثَرِمُ ، وَاحْتَجَّ بِأَنَّهُ عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ حَبْسَ المُسْلِمِ ، أَشْبَهَ البَيْعِ . وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى خِلَافِ مَا قَالَهُ ، فَإِنَّهُ حَصَّ المَنَعَ بِالإِجَارَةِ لِلخِدْمَةِ ، وَأَجازَ إِجَارَتَهُ لِلعَمَلِ . وَهَذَا إِجَارَةٌ لِلعَمَلِ . وَيُفَارِقُ البَيْعَ ، فَإِنَّ فِيهِ إِثْبَاتَ المِلْكِ عَلَى المُسْلِمِ ، وَيُفَارِقُ إِجَارَتَهُ لِلخِدْمَةِ / ، لِتَضَمُّنِهَا الإِذْلالَ .

ظ ١٢٩/٥

فصل : نَقَلَ إِبراهِيمُ الحَرَبِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكْتَرِي الدَّيْكَ يُوقِظُهُ لَوَقْتِ الصَّلَاةِ : لا يَجُوزُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقِفُ عَلَى فِعْلِ الدَّيْكَ ، وَلا يُمَكِّنُ اسْتِخْرَاجَ ذَلِكَ مِنْهُ بِضَرْبٍ وَلا غَيْرِهِ ، وَقَدْ يَصِيحُ ، وَقَدْ لا يَصِيحُ ، وَرَبْمَا صَاحَ بَعْدَ الوَقْتِ .

فصل : القِسمُ الرَّابِعُ ، القُرْبُ الَّذِي يَخْتَصُّ فاعِلُهَا بِكُونِهِ مِنْ أَهْلِ القُرْبَةِ ، يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا ، كَالإِمَامَةِ ، وَالأَذانِ ، وَالْحَجِّ ، وَتَعْلِيمِ القُرْآنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ عطاءٌ ، وَالضَّحَّاكُ بْنُ قَيْسٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالزُّهْرِيُّ . وَكَرِهَ الزُّهْرِيُّ ، وَاسْحاقُ تَعْلِيمِ القُرْآنِ بِأَجْرٍ . وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَقِيقٍ : هَذِهِ الرُّغْفُ الَّذِي يَأْخُذُهَا المُعَلِّمُونَ مِنَ السُّحْتِ . وَمَنْ كَرِهَ أَجْرَةَ التَّعْلِيمِ^(٥١) مَعَ الشَّرْطِ : الحَسَنُ ، وَابْنُ سَيِّرِينَ ، وَطَاوُسٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يَجُوزُ ذَلِكَ . حَكَاهَا أَبُو الحَطَّابِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لهُوْلَاءِ السَّلَاطِينِ ، وَمَنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِرَجُلٍ مِنْ عَامَّةِ النَّاسِ فِي ضَيْعَةٍ ، وَمَنْ أَنْ يَسْتَدِينُ وَيَتَجَرَّ ، لَعَلَّهُ لا يَقْدِرُ عَلَى الوَفَاءِ ، فَيَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى بِأَمَانَاتِ النَّاسِ ، التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنَعَهُ مِنْهُ فِي مَوْضِعٍ مَنَعَهُ لِلكَرَاهَةِ ،

(٥٠) في الأصل : « أصحابه » .

(٥١) في الأصل : « المعلم » .

لِلتَّحْرِيمِ . وَمَنْ أَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَرَخَّصَ فِي أَجْوَرِ الْمُعَلِّمِينَ أَبُو قَلَابَةَ
وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا بِمَا مَعَهُ مِنَ الْقُرْآنِ . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ ^(٥٢) . وَإِذَا جَازَ تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ عِوَضًا فِي بَابِ النِّكَاحِ ، وَقَامَ مَقَامَ الْمَهْرِ ، جَازَ أَخْذُ
الْأَجْرَةَ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ
اللَّهِ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٥٣) . وَبَيَّنَّ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ رَفَى رَجُلًا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ عَلَى جُعَلٍ
فَبَرَأَ ، وَأَخَذَ أَصْحَابُهُ الْجُعَلَ ، فَأَتَوْا بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرُوهُ ، وَسَأَلُوهُ ، فَقَالَ :
« لَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَّ بِرُقِيَّةٍ بَاطِلٍ ، لَقَدْ أَكَلَتْ بِرُقِيَّةٌ حَقًّا ، كُلُّوْا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ
بِسَهْمٍ » ^(٥٤) . وَلِذَا جَازَ أَخْذَ الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذَ الرُّزْقِ عَلَيْهِ مِنْ

(٥٢) أخرجه البخارى ، فى : باب وكالة المرأة الإمام فى النكاح ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب خيركم من
تعلم القرآن وعلمه ، وباب القراءة عن ظهر قلب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب تزويج المعسر ... ، وباب
عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، وباب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، وباب إذا كان الولي هو الخاطب ، وباب
السلطان ولي ، وباب إذا قال الخاطب للولي زوجنى فلانة ... ، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ، من كتاب
النكاح ، وفى : باب خاتم الحديد ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ١٣٢/٣ ، ٢٣٦/٦ ، ٢٣٧ ، ٨/٧ ،
١٧ ، ١٩ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ... ، من
كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التزويج على العمل بعمل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨٧/١ .
والترمذى ، فى : باب مما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحمدي ٣٤/٥ ، ٣٥ . والنسائى ،
فى : باب الكلام الذى يعقد به النكاح ، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق ، من كتاب النكاح . المجتبى
٧٦/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٨/١ .
والدارمى ، فى : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٤٢/٢ . والإمام أحمد ، فى :
المسند ٣٣٤/٥ ، ٣٣٦ .

(٥٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، من كتاب الإجارة ، وفى :
باب فاتحة الكتاب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب الرقى بفاتحة الكتاب ، وباب النفث فى الرقية ، من كتاب
الطب . صحيح البخارى ١٢١/٣ ، ٢٣١/٦ ، ١٧٠/٧ ، ١٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز أخذ الأجرة على
الرقية بالقرآن والأذكار ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ١٧٢٧/٤ ، ١٧٢٨ . وأبو داود ، فى : باب كسب
الأطباء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب كيف الرقى ، من كتاب الطب . سنن أبى داود ٢٣٧/٢ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ .
والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الأجر على التعويد ، من أبواب الطب . عارضة الأحمدي ٢٢٣/٨ . =

بَيْتِ الْمَالِ ، فَجَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ ، كِبْنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يُحْتَاجُ إِلَى الْإِسْتِنَابَةِ فِي الْحَجِّ عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَجُّ وَعَجَزَ عَنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَكَادُ يُوجَدُ مُتَبَرِّعٌ بِذَلِكَ ، فَيُحْتَاجُ إِلَى بَدْلِ الْأَجْرِ فِيهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَثْمَانُ بْنُ أَبِي الْعَاصِرِ ، قَالَ : إِنَّ آخِرَ مَا عَاهَدَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنْ اتَّخَذَ مُؤَدَّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أذَانِهِ أَجْرًا . قَالَ التِّرْمِذِيُّ (٥٥) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عُبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ ، قَالَ : عَلَّمْتُ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْقُرْآنَ وَالْكِتَابَةَ ، فَأَهْدَى إِلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ قَوْسًا ، قَالَ : قُلْتُ : قَوْسٌ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ . قَالَ : قُلْتُ أَتَقْلُدُهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ . وَقَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، قَالَ : « إِنْ سَرَّكَ أَنْ يَقْلُدَكَ اللَّهُ قَوْسًا مِنْ نَارٍ ، فَأَقْبِلْهَا » (٥٦) . وَعَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، أَنَّهُ عَلَّمَ رَجُلًا سُورَةَ مِنَ الْقُرْآنِ ، فَأَهْدَى إِلَيْهِ خَمِيصَةً (٥٧) أَوْ ثَوْبًا ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « لَوْ أَنَّكَ لَبَسْتَهَا ، أَوْ أَخَذْتَهَا ، لَبَسَكَ اللَّهُ مَكَانَهَا ثَوْبًا مِنْ نَارٍ » (٥٨) . وَعَنْ أَبِي ، قَالَ : كُنْتُ أَخْتَلِفُ إِلَى رَجُلٍ مُسِينٍ ، قَدْ أَصَابَتْهُ عِلَّةٌ ، قَدْ احْتَبَسَ فِي بَيْتِهِ أَقْرَبُهُ الْقُرْآنَ ، فَكَانَ عِنْدَ فَرَاغِهِ مِمَّا أَقْرَبُهُ يَقُولُ لِحَارِيزِيَّةَ لَهُ : هَلُمَّ بِطَعَامٍ أَحْيِي . فَيُؤْتِي بِطَعَامٍ لَا آكُلُ مِثْلَهُ بِالْمَدِينَةِ ، فَحَاكَ فِي نَفْسِي مِنْهُ

و ١٣٠/٥

= وابن ماجه ، في : باب أجر الراق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . أما قوله : « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق » . فأخرجها أبو داود في قصة الرجل المعتوه ، في : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . وليست من رواية أبي سعيد .

(٥٥) أخرجه الترمذى ، في : باب في كراهية أن يأخذ على الأذان أجرا ، من أبواب الصلاة . عارضة الأحوذى ١١/٢ . والنسائي ، في : باب اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرا ، من كتاب الأذان . المجتبى ٢٠/٢ . وابن ماجه ، في : باب السنة في الأذان ، من كتاب الأذان . سنن ابن ماجه ٢٣٦/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/٤ .

(٥٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب المعلم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ . والحاكم ، في : باب نبى النبي ﷺ أن تباع السلع حيث يتباع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم ، من كتاب البيوع . المستدرک ٤١/٢ .

(٥٧) الحميصة : ثوب أسود أو أحمر له أعلام .

(٥٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ .

شيء ، فذكرته للنبي ﷺ ، فقال : « إِنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّعَامَ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ ، فَكُلْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ يُتَحَفَكُ بِهِ ، فَلَا تَأْكُلْهُ » . وعن عبد الرحمن بن شبيب الأنصاري ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَقْرَأُوا الْقُرْآنَ ، وَلَا تَعْلَمُوا فِيهِ ، وَلَا تَجْفُوا عَنْهُ ، وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلَا تَسْتَكْثِرُوا بِهِ » (٥٩) . رَوَى هَذِهِ الْأَحَادِيثَ كُلَّهَا الْأَثَرُ (٦٠) ، فِي « سُنَنِهِ » . وَلِأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحِّهِ هَذِهِ الْأَفْعَالُ ، كَوْنُهَا قُرْبَةً إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ قَوْمًا يُصَلُّونَ خَلْفَهُ الْجُمُعَةَ أَوْ التَّرَاوِيحَ . فَأَمَّا الْأَخْذُ عَلَى الرَّقِيَّةِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ اخْتَارَ جَوَازَهُ ، وَقَالَ : لَا بَأْسَ . وَذَكَرَ حَدِيثَ أَبِي سَعِيدٍ . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا اخْتَلَفَ فِيهِ ، أَنَّ الرَّقِيَّةَ تَوْعُّ مَدَاوِةَ ، وَالْمَأْخُوذُ عَلَيْهَا جُعْلٌ ، وَالْمَدَاوِةُ يُبَاحُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، وَالْجَعَالَةُ أَوْسَعُ مِنَ الْإِجَارَةِ ، وَهَذَا تَجُوزُ مَعَ جَهَالَةِ الْعَمَلِ وَالْمُدَّةِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . يَعْنِي بِهِ الْجُعْلُ أَيْضًا فِي الرَّقِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ (٦١) فِي سِيَاقِ خَبَرِ الرَّقِيَّةِ . وَأَمَّا جَعْلُ التَّعْلِيمِ صَدَاقًا (٦٢) فَعَنَهُ فِيهِ (٦٢) اخْتِلَافٌ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّ التَّعْلِيمَ صَدَاقٌ ، إِنَّمَا قَالَ : « زَوَّجْتُكَهَا عَلَيَّ مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَوْجَةٌ إِيَّاهَا بغيرِ صَدَاقٍ ، إِكْرَامًا لَهُ ، كَمَا زَوَّجَ أَبُو طَلْحَةَ أُمَّ سَلِيمٍ عَلَى إِسْلَامِهِ (٦٣) ، وَنُقِلَ عَنْهُ جَوَازُهُ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَهْرِ وَالْأَجْرِ ، أَنَّ الْمَهْرَ لَيْسَ بِعَوَضٍ مَحْضٍ ، وَإِنَّمَا وَجِبَ نَحْلَةً وَوَصْلَةً ، وَهَذَا جَازٌ لِحُلُوِّ الْعَقْدِ عَنْ تَسْمِيَّتِهِ ، وَصَحَّ مَعَ فَسَادِهِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي غَيْرِهِ ، فَأَمَّا الرِّزْقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَيَجُوزُ عَلَى مَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِذَا كَانَ بَدْلُهُ لِمَنْ يَتَعَدَّى نَفْعُهُ / إِلَى الْمُسْلِمِينَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ ، كَانَ مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَكَانَ لِلْأَخِذِ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَجَرَى مَجْرَى الْوَقْفِ عَلَى مَنْ يَقُومُ بِهِذِهِ الْمَصَالِحِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ .

١٣٠/٥ ظ

(٥٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٣ ، ٤٤٤ .

(٦٠) في ب زيادة : « بإسناده » .

(٦١) في م زيادة : « أيضا » .

(٦٢ - ٦٢) في ب ، م ، « فقيه » .

(٦٣) انظر : الإصابة ٢٢٨/٨ .

فصل : فإن أُعْطِيَ الْمُعَلِّمُ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ . وَقَالَ ،
 فِيمَا نَقَلَ عَنْهُ أَبُو بَنْدٍ ابْنُ سَافِرٍ (٦٤) : لَا يُطَلَّبُ ، وَلَا يُشَارِطُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ شَيْئًا
 أَخَذَهُ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ : أَكْرَهُ أَجْرَ الْمُعَلِّمِ إِذَا شَرْطَ . وَقَالَ : إِذَا كَانَ
 الْمُعَلِّمُ لَا يُشَارِطُ ، وَلَا يُطَلَّبُ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا ، إِنْ أَتَاهُ شَيْءٌ قَبْلَهُ . كَأَنَّهُ يَرَاهُ أَهْوَنَ .
 وَكَرِهَهُ (٦٥) طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ اللَّتَيْنِ
 أُعْطِيَهُمَا أَبِي وَعُبَادَةُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلِأَنَّ ذَلِكَ قُرْبَةٌ ، فَلَمْ يَجُزْ أَخْذَ الْعَوَضِ عَنْهَا ،
 لَا بِشَرْطٍ وَلَا بِغَيْرِهِ ، كَالصَّلَاةِ وَالصِّيَامِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَتَاكَ
 مِنْ هَذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ وَلَا إِشْرَافِ نَفْسٍ ، فَخُذْهُ ، وَتَمَوَّلْهُ ؛ فَإِنَّهُ رِزْقُ سَاقِهِ
 اللَّهُ إِلَيْكَ » (٦٦) . وَقَدْ أَرَحَّصَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَبِي فِي أَكْلِ طَعَامِ الَّذِي كَانَ يُعَلِّمُهُ ، إِذَا
 كَانَ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ . وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، كَانَ هِبَةً مُجَرَّدَةً ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ
 لَمْ يُعَلِّمُهُ شَيْئًا . فَأَمَّا حَدِيثُ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ ، فَقَضِيَّتَانِ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ عَلِمَ أَنَّهُمَا فَعَلَا ذَلِكَ لِلَّهِ خَالِصًا ، فَكِرَةٌ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ (٦٧) مِنْ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى .
 وَيَحْتَمِلُ غَيْرَ ذَلِكَ . وَإِنْ أُعْطِيَ الْمُعَلِّمُ أَجْرًا عَلَى تَعْلِيمِ الصَّبِيِّ الْخَطَّ وَحِفْظِهِ ، جَازَ .
 نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُعْطَى يَتَوَى أَنْ يُعْطِيَهُ لِحِفْظِ الصَّبِيِّ وَتَعْلِيمِهِ ، فَأَرْجُو
 إِذَا كَانَ كَذَا . وَلِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَجُوزُ أَخْذَ الْأَجْرِ عَلَيْهِ مُفْرَدًا ، فَجَازَ مَعَ غَيْرِهِ ، كَسَائِرِ
 مَا يَجُوزُ الْاسْتِجَارُ عَلَيْهِ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَ إِمَامُ الْمَسْجِدِ قِيمًا لَهُ ، يُسْرِجُ قَنَادِيلَهُ ،
 وَيَكْنُسُهُ ، وَيُعَلِّقُ بَابَهُ وَيَفْتَحُهُ ، فَأَخَذَ أَجْرًا عَلَى خِدْمَتِهِ ، أَوْ كَانَ النَّائِبُ فِي الْحَجِّ يَخْدُمُ

(٦٤) أبو بَنْدٍ ابْنُ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ سَافِرٍ ، انْتَقَلَ إِلَى الرَّمْلَةِ ، وَحَدَّثَ بِهَا وَبَعَصْرَ ، وَحَدَّثَ بِمَسَائِلَ كَثِيرَةً صَالِحَةً
 عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، وَتُوفِيَ بِدِمَشْقَ سَنَةَ تِسْعِ وَخَمْسِينَ وَمِائَتِينَ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١/١١٧ ، ١١٨ .

(٦٥) فِي ب ، م : « وَكَرِهَهُ » .

(٦٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكُ ٢/٢٩٢ ، ٣٢٣ ، ٤٩٠ ، ٢٢١/٤ ، ٦٥/٥ ، ٧٧/٦ ، ٢٥٩ ، ٣٦٧ .

(٦٧) سَقَطَ مِنْ ب .

المُسْتَنْبِلَهِ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ ، وَيَشُدُّهُ ، وَيَرْفَعُ حِمْلَهُ ، وَيُحُجُّ عَنْ أَبِيهِ ، فَدَفَعَ لَهُ أَجْرًا لِيُخْدَمْتَهُ ، لَمْ يَمْتَنِعْ^(٦٨) ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وما لا يَحْتَصُّ فاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَى ، كَتَعْلِيمِ الْخَطِّ وَالْحِسَابِ وَالشُّعْرِ الْمُبَاحِ ، وَأَشْبَاهِهِ ، وَبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاظِرِ ، جَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقَعُ تَارَةً قُرْبَى ، وَتَارَةً غَيْرَ قُرْبَى ، فَلَمْ يُمْتَنِعْ مِنَ الْاسْتِئْجَارِ لِغَلْغَلِهِ ، كَحَرَسِ الْأَشْجَارِ ، وَبِنَاءِ الْبُيُوتِ . وَكَذَلِكَ فِي تَعْلِيمِ الْفِقْهِ وَالْحَدِيثِ . وَأَمَّا مَا لَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ فاعِلُهُ مِنَ الْعِبَادَاتِ الْمَحْضَةِ ، كَالصِّيَامِ ، وَصَلَاةِ الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ ، وَحَجِّهِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَأَدَاءِ زَكَاةِ نَفْسِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، بغيرِ خِلافٍ ؛ / لِأَنَّ الْأَجْرَ عَوْضُ الْاِئْتِفَاعِ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لغيرِهِ هُهُنَا اِئْتِفَاعٌ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْأَعْيَانِ الَّتِي لَا نَفْعَ فِيهَا .

فصل : إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْأَجْرِ ، فَقَالَ : أَجْرُ تَيْبِهَا سَنَةٌ بِدَيْنَارٍ . قَالَ : بِلِ بَدَيْنَارَيْنِ . تَحَالَفَا ، وَيُبْدَأُ بِيَمِينِ الْأَجْرِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، فَإِذَا تَحَالَفَا قَبْلَ مُضِيِّ شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ^(٦٩) فَسَخَا الْعَقْدُ ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَالِهِ . وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْآخَرُ ، قَرَّ الْعَقْدُ . وَإِنْ فَسَخَا الْعَقْدُ بَعْدَ الْمُدَّةِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهَا ، سَقَطَ الْمُسَمَّى وَوَجِبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ تَلْفِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمَلٌ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْرٍ مِثْلِهِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ فِي الْأَجْرِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِجَارَةَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، فَيَتَحَالَفَانِ عِنْدَ اِخْتِلَافِهِمَا فِي عَوْضِهَا ، كَالْبَيْعِ ، وَكَمَا قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ الْعَمَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ

(٦٨) فِي الْأَصْلِ : « يَمْتَنِعُ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « ثُمَّ » .

صَلَّى عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ » (٧٠) . وهذا يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ ، وَأَمَّا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الْعِوَضِ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْمُدَّةِ ، فَقَالَ : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلِ سَنَتَيْنِ بِدِينَارَيْنِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيمَا أَنْكَرَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِمِائَةِ . قَالَ : بَلِ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قَالَ : بَلِ سَنَتَيْنِ بِدِينَارٍ . فَهَهُنَا قَدْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْعِوَضِ وَالْمُدَّةِ جَمِيعًا ، فَيَتَحَالَفَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ اِثْتِاقٌ مِنْهُمَا عَلَى مُدَّةٍ بِعِوَضٍ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي الْعِوَضِ مَعَ اِثْتِاقِ الْمُدَّةِ . وَإِنْ قَالَ الْمَالِكُ : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . فَقَالَ السَّاكِنُ : بَلِ اسْتَأْجَرْتَنِي عَلَى حِفْظِهَا بِدِينَارٍ . فَقَالَ أَحْمَدُ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الدَّارِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلسَّاكِنِ بَيِّنَةٌ . وَذَلِكَ لِأَنَّ سُكْنَى الدَّارِ قَدْ وَجَدَ مِنَ السَّاكِنِ ، وَاسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِهَا وَهِيَ مِلْكٌ صَاحِبِهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي مِلْكِهِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ اسْتِجَارِ السَّاكِنِ فِي الْحِفْظِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَنْفِيهِ .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي التَّعَدِّي فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُؤْتَمَنٌ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ الْمُودِعَ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعُدْوَانِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنَ الضَّمَانِ .

(٧٠) فِي الْأَصْلِ : « مَا قَالِ » .

(٧١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا اِخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٧١/٥ .
وَإِبْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْبَيْعَانِ يَخْتَلِفَانِ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٣٧/٢ . وَالدَّرَامِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا اِخْتَلَفَ التَّبَايِعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ٢٥٠/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَوْطَأُ ٦٧١/٢ .

وإن ادَّعى أنَّ العَبْدَ أُبِقَ من يَدِهِ ، وأنَّ الدَّابَّةَ شَرَدَتْ أو نَفَقَتْ ، وأنكَّرَ المُوجِرُ ، فعن أحمدَ رِوَايَتَيْنِ ؛ /أحدهما ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولا أُجِرَ عَلَيْهِ إذا حَلَفَ أَنَّهُ ما انْتَفَعَ بِهَا ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الانْتِفَاعِ . والثانية ، القَوْلُ قَوْلُ المُوجِرِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ السَّلَامَةُ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعى أَنَّ العَبْدَ مَرَضَ في يَدِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ جَاءَ بِهِ صَحيحًا ، فالقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ ، سِوَاءَ وافَقَهُ العَبْدُ أو خَالَفَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أحمدُ . وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَرِيضًا ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُسْتَأْجِرِ . وهذا قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ إذا جَاءَ بِهِ صَحيحًا فقد ادَّعى ما يُخَالِفُ الأَصْلَ ، وليس معه دَلِيلٌ عَلَيْهِ^(٧٢) ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ مَرِيضًا ، فقد وَجَدَ ما يُخَالِفُ الأَصْلَ يَقِينًا ، فكان القَوْلُ قَوْلَهُ في مَدَّةِ المَرَضِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمَ بِذَلِكَ ، لِكُونِهِ في يَدِهِ . وكذلك إِنْ ادَّعى إِباقَهُ في حَالِ إِباقِهِ ، أو جَاءَ بِهِ غَيْرَ آبِقِ . ونَقَلَ إِسحاقُ ابن منصورٍ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ في إِباقِ العَبْدِ ، دُونَ مَرَضِهِ . وبه قال الثَّورِيُّ ، وإسحاقُ . قال أبو بَكْرٍ : وبِالأَوَّلِ أقولُ ؛ لِأَنَّهُما سِوَاءٌ في تَقْوِيَةِ مَنفَعَتِهِ ، فكانا سِوَاءً في دَعْوَى ذَلِكَ . وَإِنْ هَلَكَتِ العَيْنُ ، فاختَلَفَا في وَقْتِ^(٧٣) هَلَاكِهَا ، أو أَبِقَ العَبْدُ ، أو مَرَضَ ، فاختَلَفَا في وَقْتِ ذَلِكَ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ العَمَلِ ولِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ في يَدِهِ وهو أَعْلَمُ بِهِ .

فصل : إذا دَفَعَ ثوبَهُ إلى خِيَّاطٍ أو قِصَّارٍ ، لِيَخِيطَهُ أو يَقْصِرَهُ ، من غيرِ عَقْدٍ ولا شَرْطٍ ، ولا تَعْوِيضٍ بأَجْرٍ ، مثلُ أن يَقولَ : خُذْ هَذَا فاعْمَلْهُ ، وأنا أَعْلَمُ أَنَّكَ إِنَّمَا تَعْمَلُ بأَجْرٍ . وكان الخِيَّاطُ والقِصَّارُ مُنْتَصِبِينَ لِذَلِكَ ، فَفَعَلَا ذَلِكَ ،^(٧٣) فَلَهُما الأَجْرُ . وقال أصحابُ الشافِعِيِّ : لا أُجِرُ لهما ؛ لِأَنَّهُما فَعَلَا ذَلِكَ^(٧٣) من غيرِ عِوَضٍ جُعِلَ لهما ، فَأَشْبَهَ مالِوَتَبَّرَ عابِعَمَلِهِ . ولنا ، أَنَّ العُرْفَ الجارِيَّ بِذَلِكَ يَقومُ مَقامَ القَوْلِ ، فَصَارَ كَنَقْدِ البَلَدِ ، وكما لو دَخَلَ حَمامًا ، أو جَلَسَ في سَفِينَةٍ مع مَلاحٍ ، ولِأَنَّ شَاهِدَ الحالِ يَقْتَضِيهِ ، فَصَارَ كالتَّعْوِيضِ . فَأَمَّا إِنْ لم يَكُونَا مُنْتَصِبِينَ لِذَلِكَ ، لم يَسْتَحِقَّا أَجْرًا

(٧٢) سقط من : الأصل .

(٧٣ - ٧٣) سقط من الأصل . نقل نظر .

إِلَّا بَعْقِدٍ ، أَوْ شَرَطِ الْعَوْضِ ، أَوْ تَعْوِيضٍ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْرُ عُرْفٌ يَقُومُ مَقَامَ الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِهِ ، أَوْ عَمِلَهُ بغيرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . وَلَوْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى رَجُلٍ لِيَبِيَعَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٧٤) كَالْحُكْمِ فِي الْقَصَّارِ ^(٧٤) وَالْحَيَّاطِ ، إِنْ كَانَ مُتَّصِبًا يَبِيعُ لِلنَّاسِ بِأَجْرٍ ، فَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَمَتَى دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى أَحَدٍ هُوَ لَاءٍ ، وَلَمْ يُقَاطِعْهُ عَلَى أَجْرٍ ، فَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ تَخْتَلِفُ أَجْرُثُهَا ، وَلَمْ يُعَيَّنْ شَيْئًا ، فَجَرَى مَجْرَى الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . فَإِنْ تَلَفَ الثَّوْبُ مِنْ حِرْزِهِ ، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، لَا يُضْمَنُ فِي فَاسِدِهِ . وَإِنْ تَلَفَ / ^(٧٥) مِنْ فِعْلِهِ ، بِتَخْرِيقِهِ أَوْ دَقِّهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهُ بِذَلِكَ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَفِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصِرَهُ ، وَلَمْ يَقْطَعْ لَهُ أَجْرًا ، بَلْ قَالَ : أَنَا أُعْطِيكَ كَمَا تُعْطَى . وَهَلَكَ الثَّوْبُ ، فَإِنْ كَانَ بَحْرَقٍ أَوْ نَحْوَهُ مِمَّا لَا تَجْنِيهِ يَدُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، بَيْنَ الْكِرَاءِ أَوْ لَمْ يَبِينْ ، وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْنَاهُ .

و ١٣٢/٥

فصل : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْمِلَ لَهُ كِتَابًا إِلَى مَكَّةَ أَوْ غَيْرِهَا ، إِلَى صَاحِبِهِ لَهُ ، فَحَمَلَهُ ، فَوَجَدَ صَاحِبَهُ غَائِبًا ، فَرَدَّهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِحَمْلِهِ فِي الدَّهَابِ وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ حَمَلَهُ فِي الدَّهَابِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ صَرِيحًا ، وَفِي الرَّدِّ تَضْمِينًا ، لِأَنَّ تَقْدِيرَ كَلَامِهِ : وَإِنْ لَمْ تَجِدْ صَاحِبَهُ فَرَدَّهُ . إِذْ لَيْسَ سِوَى رَدِّهِ إِلَّا تَضْمِينُهُ . فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَرْضَى تَضْمِينَهُ ، فَتَعَيَّنَ رَدُّهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٧٤ - ٧٤) فِي الْأَصْلِ : « كَالْقَصَّارِ » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « الثَّوْبُ » .

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : هو الأَرْضُ الخَرَابُ الدَّارِسَةُ ، تُسَمَّى مَيْتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتَانًا ، يَفْتَحُ المَيْمِ والوَاوِ ، والمَوَاتَانُ ، بِضَمِّ المَيْمِ وَسُكُونِ الوَاوِ : المَوْتُ الذَّرِيعُ . وَرَجُلٌ مَوَاتَانٌ القَلْبِ ، يَفْتَحُ المَيْمِ وَسُكُونِ الوَاوِ ، يَعْنِي : أَعْمَى القَلْبِ ، لَا يَفْهَمُ . والأَصْلُ فِي إحياءِ الأَرْضِ ، مارَوى جَابِرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ » ^(١) . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ ^(٢) صَحِيحٌ . وَرَوَى سَعِيدُ بنِ زَيْدٍ ، أَنَّ النَبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَلَمٍ حَقٌّ » ^(٣) . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى مالِكٌ ، فِي « مُوطِئِهِ » ، وَأبو دَاوُدَ ، فِي « سُنَنِهِ » عن عَائِشَةَ مِثْلَهُ . قال ابنُ عبدِ البرِّ ، وهو مُسَنِّدٌ صَحِيحٌ ، مُتَلَقًى بالقَبُولِ عند فَقْهائِ المَدِينَةِ وَغَيْرِهِمْ . وَرَوَى أبو عُبَيْدٍ ، فِي « الأَمْوَالِ » ^(٤) عن عَائِشَةَ ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهَا » . قال عُرْوَةُ : وَقَضَى ^(٥) بِذَلِكَ عُمَرُ بنُ الحَطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فِي خِلافَتِهِ . وَعَامَّةُ فَقْهائِ الأَمْصارِ على أَنَّ المَوَاتَ يُمْلِكُ بالإحياءِ ، وَإِنْ اختلفوا فِي شُرُوطِهِ .

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيأ أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ ، والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ . والدارمى ، فى : باب من أحيأ أرضا ميتة فهى له ، من كتاب البيوع ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٨١ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٥٥٨/٦ .

(٤) فى باب : إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيأ أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٤٠/٣ ، والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى عمارة الموات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٤٣٣ مرسلا . والبيهقى ، فى : باب من أحيأ أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤١/٦ .

(٥) سقطت الواو من : ب ، م .

٩١٣ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ)

وجملته أن الموات قسمان ؛ أحدهما ، ما لم يجز عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالإحياء^(١) ، بغير خلاف بين القائلين بالإحياء . والأخبار التي رويها متناولة له . القسم الثاني ، ما جرى عليه ملك مالك ، وهو ثلاثة أنواع ؛ أحدها ؛ ماله الملك معين ، وهو ضربان ؛ أحدهما ، ما ملك بشراء أو عطية ، فهذا لا يملك بالإحياء ، بغير خلاف . قال / ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك^(٢) غير منقطع ، أنه لا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه . الثاني ، ما ملك بالإحياء ، ثم ترك حتى دثر^(٣) وعاد مواتا ، فهو كالذي قبله سواء . وقال مالك : يملك هذا ؛ لعموم قوله : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »^(٤) . ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تراكمت^(٥) حتى تصير مواتا عادت إلى الإباحة ، كمن أخذ ماء من نهر ثم رده فيه . ولنا ، أن هذه أرض يعرف مالكها ، فلم تملك بالإحياء ، كالتى ملكت بشراء أو عطية ، والخبر مقيد بغير المملوك ، بقوله في الرواية الأخرى : « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » . وقوله : « في غير حق مسلم » . وهذا يوجب تقييد مطلق حديثه . وقال هشام بن عروة ، في تفسير قوله عليه السلام : « وليس لعرق ظالم حق » : العرق^(٦) الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره ، فيعرس فيها . ذكره سعيد بن منصور ، في « سننه » . ثم الحديث مخصوص بما ملك بشراء أو عطية ،

ظ ١٣٢/٥

(١) في الأصل : « بالأخذ » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « دبر » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٥ .

(٥) في الأصل : « تركه » .

(٦) سقط من : ب ، م .

فَنَقِيسُ عَلَيْهِ مَحَلُّ النَّزَاعِ . وَلَأَنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يَزُولُ الْمَلِكُ عَنْهَا بِالتَّرَكِّ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْلَاكِ إِذَا تَرَكَتْ حَتَّى تَشْتَعَتْ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْتَطُلُ بِالمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى عَادَ مَوَاتًا ، وَبِاللُّقْطَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ ، وَيُخَالِفُ مَاءَ النَّهْرِ ، فَإِنَّهُ اسْتُهْلِكَ . التَّوَعِ الثَّانِي ، مَا يُوجَدُ فِيهِ آثَارُ مَلِكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ ، كَأَثَارِ الرُّومِ ، وَمَسَاكِينِ ثُمُودَ ، وَنَحْوِهَا ، فَهَذَا يُمَلِّكُ بِالإِحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمَلِكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ . وَقَدَرُوى عَنْ طَاوُسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدُ (٧) (بْنِ مَنْصُورٍ) ، فِي « سُنَنِه » ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » (٨) . وَقَالَ : عَادِي الْأَرْضِ : الَّتِي كَانَ بِهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ الدَّهْرِ ، فَانْتَقَرَضُوا ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أُنَيْسٌ ، وَإِنَّمَا نَسَبَهَا إِلَى عَادٍ ، لِأَنَّهَا كَانُوا مَعَ تَقَدُّمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَبَطْشٍ وَأَثَارٍ كَثِيرَةٍ ، فَنُسِبَ كُلُّ أَثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ كُلَّ مَا فِيهِ أَثَرُ الْمَلِكِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، أَنَّهُ لَا يُمَلِّكُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا ، فَاسْتَحَقُّوه ، فَصَارَ مَوْقُوفًا بِوَقْفِ عَمْرٍ لَهُ ، فَلَمْ يُمَلِّكْ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ مَالِكُهُ .

التَّوَعِ الثَّلَاثُ ، مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمَلِكُ فِي الْإِسْلَامِ لِلْمُسْلِمِ ، أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ « أَنَّهَا لَا تُمَلِّكُ بِالإِحْيَاءِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ، نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ ، وَيُوسُفُ بْنُ مُوسَى ؛ لِمَا رَوَى كَثِيرٌ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَرْفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « مَنْ أَحْيَا/أَرْضًا مَوَاتًا ، فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » (٩) . فَقَيَّدَهُ بِكُونِهِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَرْضَ لَهَا مَالِكٌ ، فَلَمْ يَجْزِ إِحْيَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَإِنَّ مَالِكَهَا إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ فَهِيَ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَرَثَتُهَا الْمُسْلِمُونَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا تُمَلِّكُ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ... ، الأموال ٢٧٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب لا يترك ذمي بيمينه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٣/٦ .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرف . صحيح البخاري ١٣٩/٣ ، ١٤٠ .

والبيهقي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٢/٦ .

بالإحياء . نَقَلَهَا صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِغُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّهَا أَرْضٌ مَوَاتٌ ، لِأَحَقِّ فِيهَا لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ، أَشْبَهَتْ مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ،
وَلَأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ كَلْقَطَةِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ،
فَهِيَ كَالرَّكَازِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ دَارِ الْحَرْبِ وَدَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِغُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّ عَامِرَ دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا يُمْلِكُ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْبَةِ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ ، فَأَمَّا مَا عُرِفَ أَنَّهُ
كَانَ مَمْلُوكًا ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ ، فَهُوَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا مِلْكٌ كَافِرٍ
غَيْرُ مُحْتَرَمٍ ، فَأَشْبَهَ دِيَارَ عَادٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ
وَلِرَسُولِهِ » . وَلَأَنَّ الرَّكَازَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَيَمْلِكُهُ وَاجِدُهُ ، فَهَذَا أَوْلَى . قُلْنَا : قَوْلُهُ :
« عَادِي الْأَرْضِ » . يَعْنِي مَا تَقَدَّمَ مِلْكُهُ ، وَمَضَتْ عَلَيْهِ الْأَزْمَانُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ
فَلَا حُكْمَ لِلْمَالِكِ . فَأَمَّا مَا قَرَّبَ مِلْكُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ مَالِكًا بَاقِيًا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّعَيَّنْ ، فَلِهَذَا
قُلْنَا : لَا يُمْلِكُ . عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَأَمَّا الرَّكَازُ ، فَإِنَّهُ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَا
بِخِلَافِ (١٠) الْأَرْضِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِقَطَةَ دَارِ الْإِسْلَامِ تُمْلِكُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، بِخِلَافِ
الْأَرْضِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ فِي الْإِحْيَاءِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . قَالَ الْقَاضِي :
وَهِوَ مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَوَاتَانِ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ،
ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنْنِي » (١١) . فَجَمَعَ الْمَوَاتَانَ ، وَجَعَلَهُ (١٢) لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَأَنَّ مَوَاتَانَ الدَّارِ
مِنْ حُقُوقِهَا ، وَالدَّارُ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ مَوَاتَانَهُمْ ، كَمَرَافِقِ الْمَمْلُوكِ . وَلَنَا ، غُمُومٌ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « بِخِلَافِ » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّيَّ بِحِيْبِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٣/٦ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ جَعَلَهُ » .

قول النبي ﷺ: « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ». ولأن هذه جهة من جهات التملك ، فاشترك فيها المسلم والذمي ، كسائر جهاته . وحديثهم لا تعرفه ، وإنما نعرف قوله : « عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ لَكُمْ يَعْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَهُ ذَفِينَهَا » (١٣) . هكذا رواه سعيدي بن منصور ، وهو مرسل ، رواه طاووس ، عن النبي ﷺ . ثم لا يمتنع أن يريد بقوله : « هِيَ لَكُمْ » . أى لأهل دار الإسلام ، والذمي من / أهل الدار ، تجرى عليه أحكامها . وقولهم : إنها من حقوق دار (١٤) الإسلام . قلنا : وهو من أهل الدار ، فيملكها (١٥) ، كما يملكها بالشراء ، ويملك مباحاتها ، من الحشيش والحطب والصيد والركاز والمعدن واللقطه ، وهى من مرافق دار الإسلام .

ظ ١٣٣/٥

فصل : وما قرب من العامر ، وتعلق بمصالحه ، من طرفه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ثرابه وآلاته ، فلا يجوز إحياءه ، بغير خلاف في المذهب . وكذلك ما تعلق بمصالح القرية ، كبنائها ، ومرعى ماشيتها ، ومحتطبها ، وطرفها ، ومسيل مائه ، لا يملك بالإحياء . ولا تعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم . وكذلك حريم البئر والنهر والعين ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » . مفهومة أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه ، لبطل الملك في العامر على أهله . وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المخبي بالإحياء ، لكن هو أحق بها من غيره ؛ لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها . وقال الشافعي : يملك بذلك . وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر ؛ لأنه مكان استحقه بالإحياء ، فملكه ، كالمخبي ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البيع ، ويختص به صاحبها . فأما ما قرب من العامر ، ولم يتعلق

(١٣) في ب ، م : « رقيتها » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) في ب ، م : « فيملكها » .

بِمَصَالِحِهِ ، فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، بِجَوْزِ إِحْيَاؤِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي الصَّقْرِ ، فِي رَجُلَيْنِ أَحْيَا قَطْعَتَيْنِ مِنْ مَوَاتٍ ، وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا رُقْعَةٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ لِيُحْيِيَهَا ، فَلَيْسَ لَهَا مَنَعُهُ . وَقَالَ فِي جَبَانَةٍ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ : مَنْ أَحْيَاها ، فَهِيَ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِغُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ ابْنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِيَّ الْعَقِيقَ ^(١٦) ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ بَيْنَ عِمَارَةِ الْمَدِينَةِ . وَلِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ ^(١٧) مَصْلَحَةُ الْعَامِرِ ، فَجَازَ إِحْيَاؤُهُ ، كَالْبَعِيدِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَاللَّيْثُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَطْنَتِهِ تَعَلَّقَ الْمَصْلَحَةَ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى فَتْحِ بَابٍ فِي حَائِطِهِ إِلَى فَنَائِهِ ، وَيَجْعَلُهُ طَرِيقًا ، أَوْ يَخْرَبَ حَائِطَهُ ، فَيَضَعُ آلَاتِ الْبِنَاءِ فِي فَنَائِهِ ، وَغَيْرَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجُزْ تَفْوِيثُ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْبَعِيدِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا حَدَّ يَفْصِلُ بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ سِوَى الْعُرْفِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : حَدُّهُ غَلْوَةٌ ، وَهِيَ خُمْسُ الْفَرَسِخِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَدُّ الْبَعِيدِ هُوَ / الَّذِي إِذَا وَقَفَ الرَّجُلُ فِي أَدْنَاهُ ، فَصَاحَ بِأَعْلَى صَوْتِهِ ، لَمْ يَسْمَعْ أَدْنَى أَهْلِ الْمِصْرِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّحْدِيدَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالتَّوْقِيفِ ، وَلَا يُعْرَفُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ ، وَلَمْ يَرِدْ مِنَ الشَّرْعِ فِي ذَلِكَ ^(١٨) تَحْدِيدٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يُرْجَعَ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْقَبْضِ وَالْإِحْرَازِ . وَقَوْلُ مَنْ حَدَّدَ هَذَا تَحْكُمٌ بغيرِ دَلِيلٍ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ أَوْلَى مِنْ تَحْدِيدِهِ بِشَيْءٍ آخَرَ ، كِمِيلٍ وَنِصْفِ مِيلٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَهَذَا التَّحْدِيدُ الَّذِي ذَكَرَاهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - مُخْتَصٌّ بِمَا قُرِبَ مِنَ الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَدًّا الْكُلِّ مَا قُرِبَ مِنْ عَامِرٍ ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ مِنْ أَحْيَا أَرْضًا فِي مَوَاتٍ ، حُرْمَ إِحْيَاءِ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْمَوَاتِ عَلَى غَيْرِهِ ، مَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ الْحَدِّ .

و ١٣٤/٥

فصل : وَجَمِيعُ الْبِلَادِ فِيهَا ذَكَرْنَاها سِوَاءَ ، الْمَفْتُوحِ عَنَوَةً كَأَرْضِ الشَّامِ .

(١٦) انظر ما تقدم في : ٤/٢٤٠ ، ٢٤١ . وما يأتي في صفحة ١٥٣ .

(١٧) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٨) في ب ، م : « لذلك » .

والعِراقِ ، وما أسلَمَ أهلُه^(١٩) عليه كالمدينة ، وما صولِحَ أهلُه على أن الأَرْضَ
لِلْمُسْلِمِينَ كأرضِ خَيْبَرَ ، إلا الذي صولِحَ أهلُه على أن الأَرْضَ لهم ولنا الخراجُ عنها ،
فإن أصحابنا قالوا : لو دخلَ فيها^(٢٠) مُسْلِمٌ ، فأحيا فيها مَوَاتًا ، لم يَمْلِكْهُ ؛ لأنَّهم
صولِحُوا في بلادِهِم ، فلا يجوزُ التَّعَرُّضُ لشيءٍ منها ، عامرًا كان أو مَوَاتًا ، لأنَّ المَوَاتَ
تابعٌ لِلْبَلَدِ ، فإذا لم يَمْلِكْ عليهم البلَدُ لم يَمْلِكْ مَوَاتَهُ . ويُفارقُ دارَ الحربِ ، حيث
يَمْلِكُ مَوَاتِها ؛ لأنَّ دارَ الحربِ على أصلِ الإباحةِ ، وهذه صالِحناهم على تركها لهم ،
فحرِّمَتْ علينا . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكْها مَنْ أحياها ؛ لِعُمومِ الخبرِ ، ولأنَّها من مباحاتِ
دارِهِم ، فجازَ أن يَمْلِكْها مَنْ وُجِدَ منه سببُ تَمَلُّكِها ، كالحشيشِ والحطَبِ . وقد
رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه ليس في السَّوادِ مَوَاتٌ . يَعْنِي سَوادَ العِراقِ . قال القاضي : هذا
مَحْمُولٌ على العامِرِ . ويَحْتَمِلُ أن أحمدَ قال ذلك ، لِكَوْنِ السَّوادِ كان مَعْمُورًا كَلَّهُ في
زَمَنِ عمرِ بنِ الحَطَّابِ ، وحينَ أَخَذَهُ المُسْلِمُونَ مِنَ الكُفَّارِ ، حتى بَلَغْنَا أن رجلاً منهم
سَأَلَ أن يُعْطَى خَرِبَةً ، فلم يَجِدُوا له خَرِبَةً . فقال : إنَّما أَرَدْتُ أن أُعْلِمَكُم كيف
أَخَذْتُمُوهَا مِنَّا . وإذا لم يَكُنْ فيها مَوَاتٌ حينَ مَلَكَها المُسْلِمُونَ ، لم يَصِرْ فيها مَوَاتٌ
بعده ، لأنَّ ما دَثَرَ^(٢١) من أملاكِ المُسْلِمِينَ لم يَصِرْ مَوَاتًا ، على إحدى الروايتين .

فصل : وإن تَحَجَّرَ رجلٌ^(١٩) مَوَاتًا ، وهو أن يَشْرَعَ في إحيائه ، مثل إن أَدَارَ حَوْلَ
الأَرْضِ تَرابًا أو أَحجارًا ، أو حاطَها بِحائِطٍ صَغِيرٍ^(٢٢) ، لم يَمْلِكْها بذلك ؛ لأنَّ المِلْكَ
بالإحياءِ ، وليس هذا بإحياءٍ ، لكن يَصِيرُ أَحَقَّ النَّاسِ به ؛ لأنَّه رَوَى عن النَّبِيِّ ﷺ
/ أنه قال : « مَنْ سَبَقَ إِلَى ما لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ^(٢٣) » . رَوَاهُ ١٣٤/٥ ظ

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : « إليها » .

(٢١) في الأصل : « دير » .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣ - ٢٣) في الأصل : « له » .

أبو داود^(٢٤) . فإن نقله إلى غيره ، صار الثاني بمنزلة ؛ لأن صاحبه أقامه مقامه . وإن مات ، فوارثه أحق به ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا ، أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لِوَرِثَتِهِ »^(٢٥) . فإن باعه ، لم يصح بيعه ؛ لأنه لم يملكه ، فلم يملك بيعه ، كحَقِّ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْأَخْذِ بِهِ ، وَكَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مَبَاحٍ قَبْلَ أَخْذِهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَهُ ، فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِحْيَاءَ يُمْلِكُ بِهِ ، وَالتَّحْجِيرُ^(٢٦) لَا يُمْلِكُ بِهِ ، فَثَبَّتَ الْمَلِكُ بِمَا يُمْلِكُ بِهِ دُونَ مَا لَمْ يُمْلِكُ بِهِ ، كَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مَشْرَعَةٍ مَاءٍ ، فَجَاءَ غَيْرُهُ ، فَأَزَالَه وَأَخَذَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وَقَوْلِهِ : « فِي حَقِّ غَيْرِ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ »^(٢٧) . أَنَّهَا لَا تَكُونُ لَهُ إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فِيهَا

(٢٤) في : باب في انقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٢/٦ .
والطبراني في المعجم الكبير ٢٥٥/١ .

(٢٥) أخرجه البخاري ، في : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفي : باب الصلاة على من ترك ديننا ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب قول النبي : من ترك كلاً أو ضياعاً فالى ، من كتاب النفقات ، وفي : باب قول النبي ﷺ من ترك مالا فإلهه ، وباب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٨/٣ ، ١٥٥ ، ٨٧/٧ ، ١٨٧/٨ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، في : باب من ترك مالا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨ . وأبو داود ، في : باب في ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في أرزاق الذرية ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١١١/٢ ، ١٢٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء من ترك مالا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحمدي ٢٣٩/٨ ، ٢٩١/٤ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٣/٤ ، وابن ماجه ، في : باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعل الله وعلى رسوله ، من كتاب الصدقات ، وفي : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٨٠٧/٢ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٠/٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ ، ٢٩٦/٣ ، ٣٧١ ، ١٣١/٤ .

(٢٦) في ب ، م : هـ والحجر هـ .

(٢٧) تقدم تخريجهم في صفحة ١٤٥ ، ١٤٦ .

حَقٌّ . وكذلك قوله : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَرَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهَا . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ عَمَرَهَا قَبْلَ ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَّ أَحْيَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ أَحْيَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ مَلِكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدِّمُ عَلَى شِرَاءِ الْمُشْتَرَى . فَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ عَلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ ، أَوْ تُتْرَكَهُ لِإِحْيَائِهِ غَيْرِكَ . لِأَنَّهُ ضَيِّقٌ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ مَشْتَرِكٍ بَيْنَهُمْ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ ضَيْقٍ ، أَوْ مَشْرَعَةِ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ^(٢٨) ، وَلَا يَدْعُ غَيْرَهُ يَنْتَفِعُ . فَإِنْ سَأَلَ الْإِمَهَالَ لِغُذْرِهِ ، أَمَهَلَ الشَّهْرَ وَالشَّهْرَيْنِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ فِي مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ؛ فَفِيهِ الْوَجْهَانِ اللَّذَانِ ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ تَقَضَّتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعَمَّرْ ، فَلِغَيْرِهِ أَنْ يُعَمَّرَ وَيَمْلِكَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ ضَرَبَتْ لَهُ لِيَنْقَطِعَ حَقُّهُ بِمُضِيِّهَا ، وَسِوَاءِ أَذْنِ لَهُ السُّلْطَانِ فِي عِمَارَتِهَا ، أَوْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَحَجِّرِ غُذْرٌ فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَمَّرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدَكَ ، فَإِنْ لَمْ يُعَمَّرْهَا ، كَانَ لِغَيْرِهِ عِمَارَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يُقَلِّ لَهُ شَيْءٌ ، وَاسْتَمَرَ تَعْطِيلُهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا عَنْ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلِّهِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : ولِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ / ، فَلَمَّا كَانَ عَمْرُ قَالَ لِبِلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقْطَعْكَ لِتَحْيِيزِهِ عَنِ النَّاسِ ، إِنَّمَا أَقْطَعْكَ لِتُعَمَّرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَّرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرَدِّ الْبَاقِي . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ »^(٢٩) .

(٢٨) سقط من : ب ، م ، .

(٢٩) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أقطع قطعة أو تحجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى

١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم في صفحة ١٥٠ .

وَذَكَرَ سَعِيدٌ ، فِي « سُنِّهِ » : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ رَبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَارِثَ بْنَ بِلَالٍ بْنِ الْحَارِثِ ، يَقُولُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْعَقِيقَ ، فَلَمَّا وَلَّى عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا أَقْطَعَكَ (٣٠) لِتَحْتَجِنَهُ ، فَأَقْطَعَهُ النَّاسَ . وَرَوَى عَلْقَمَةُ بْنُ وائِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَمَوْتٍ (٣١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ أَبِي نُجَيْحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ (٣٢) جُهَيْنَةَ أَوْ مَزَيْنَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عَمْرٌ : لَوْ كَانَتْ قِطِيعَةٌ مِنِّي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَمْ أُرِدْهَا ، وَلَكِنهَا قِطِيعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أُرِدُّهَا ، ثُمَّ قَالَ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مِنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَّرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا (٣٣) .

٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَرْضَ مِلْحٍ أَوْ مَاءً لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْفَرِدَ بِهَا الْإِنْسَانُ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَعَادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وَهِيَ الَّتِي يُوصَلُّ إِلَى مَا فِيهَا مِنْ غَيْرِ مُؤْتِيَةٍ ، يَنْتَابُهَا النَّاسُ ، وَيَنْتَفِعُونَ بِهَا ، كَالْمِلْحِ ، وَالْمَاءِ ، وَالْكَبْرِيتِ ، وَالْقَيْرِ (١) ،

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَقْطَعْتَهُ » .

(٣١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي إِقْطَاعِ الْأَرْضِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقَطَاعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْقَطَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٨/٢ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٩/٦ .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَكُونُ إِحْيَاءً وَمَا يَرْجَى فِيهِ مِنَ الْأَجْرِ ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكِبْرِيِّ ١٤٨/٦ . وَحَمِيدُ بْنُ زَنْجَوِيهِ ، فِي : بَابِ إِحْيَاءِ الْأَرْضِ وَإِحْيَاؤِهَا .. ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ وَإِقْطَاعِهَا

الأموال ٦٤٤/٢ .

(١) القير : الزفت .

والمُومِيَاءِ^(٢)، والنَّفْطِ، والكُحْلِ، والْبِرَامِ^(٣)، والْيَاقُوتِ، ومَقَاطِعِ^(٤) الطَّيْنِ،
 وأشْبَاهِهِ ذَلِكَ، لَا تُمَلِّكُ بِالْإِحْيَاءِ، وَلَا يَجُوزُ إِقْطَاعُهَا لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلَا اخْتِجَازُهَا
 دُونَ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِالْمُسْلِمِينَ، وَتَضْيِيقًا عَلَيْهِمْ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ
 أَيْضَ بْنَ حَمَّالٍ مَعْدِنَ الْمِلْحِ، فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ^(٥). رَدَّهُ. كَذَا قَالَ
 أَحْمَدُ. وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ، وَأَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦)، بِإِسْنَادِهِمْ، عَنْ أَيْضَ بْنِ
 حَمَّالٍ، أَنَّهُ اسْتَقْطَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ الْمِلْحَ الَّذِي^(٧) بِمَأْرِبَ، فَلَمَّا وَلَّى، قِيلَ: يَا
 رَسُولَ اللَّهِ: أَتَدْرِي مَا أَقْطَعْتَ لَهُ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَ^(٨) الْمَاءَ الْعِدِّ. فَرَجَعَهُ مِنْهُ. قَالَ:
 قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يُحْمَى مِنَ الْأَرَكَ؟ قَالَ: « مَا لَمْ تَنْلُهُ^(٩) أَخْخَافُ الْإِبِلَ ». وَهُوَ
 حَدِيثٌ غَرِيبٌ. وَرَوَى فِي لَفْظِ عَنهُ، أَنَّهُ قَالَ: « لَا حِمَى فِي الْأَرَكَ ». وَرَوَاهُ
 سَعِيدٌ، فَقَالَ: حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسِ الْمَأْرِبِيِّ^(١٠)، عَنْ
 أَبِيهِ، عَنْ أَيْضَ بْنِ حَمَّالِ الْمَأْرِبِيِّ^(١١) قَالَ: اسْتَقْطَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَعْدِنَ الْمِلْحِ.

ظ ١٣٥/٥

(٢) موميا : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزيت المخلوط بالماء ، تلتطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ
 ولا تتغير . الجامع لمفردات الأدوية ٦٩/٤ .

(٣) البرام : القدور من الحجارة .

(٤) في الأصل : « ومقالع » .

(٥) العدّ : الجارى .

(٦) أخرجه أبو عبيد ، في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٥ ، ٢٧٦ . وأبو داود ،
 في : باب في إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٥/٢ ، ١٥٦ . والترمذى ، في : باب ما جاء
 في القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ ، ١٥٠ . وابن ماجه ، في : باب إقطاع الأنهار
 والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢ . والدارمى ، في : باب في القطائع ، من كتاب البيوع .
 سنن الدرামী ٢٦٨/٢ .

(٧) سقط من : م ، ا .

(٨) في ا ، م : « أقطعت له » .

(٩) في الأصل : « تبله » .

(١٠) في الأصل : « المازنى » . وانظر المشبهة للذهبي ٥٦٤ .

(١١) في الأصل : « المازنى » . وانظر ما سبق .

بمأرب ، فأقطعنيهِ ، فقيل : يا رسول الله ، إنه بمنزلة الماء العِدِّ . يعنى أنه لا ينقطع .
 فقال رسول الله ﷺ : « فلا إذن » . ولأن هذا تتعلّق به مصالح المسلمين
 (١٢) العامة ، فلم يجوز إحياءه ، ولا إقطاعه ، كمشارع الماء ، وطرقات المسلمين .
 و(١٢) قال ابن عقيّل : هذا من موادّ الله الكَرِيم ، وقيض جوده الذى لا غناء عنه ، فلو
 ملكه أحد بالاحتجاج ، ملك منعه ، فضاق على الناس ، فإن أخذ العوض عنه أغلاه ،
 فخرّج عن الموضوع الذى وضعه الله ، من تميم ذوى الحوائج (١٣) من غير كلفة .
 وهذا مذهب الشافعى . ولا أعلم فيه مخالفاً .

فصل : فأما المعادين الباطنة ، وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة ،
 كمعادين الذهب ، والفضة ، والحديد ، والشحاس ، والرصاص ، والبثور ،
 والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرة ، لم تملك أيضا بالإحياء ، لما ذكرنا فى التى قبلها .
 وإن لم تكن ظاهرة ، فحفرها إنسان وأظهرها ، لم يملكها (١٤) بذلك ، فى ظاهر
 المذهب ، وظاهر مذهب الشافعى . ويحتمل أن يملكها بذلك . وهو قول
 للشافعى ؛ لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة ، فملك بالإحياء ، كالأرض ،
 ولأنه باظهاره تهيأ للانتفاع به ، من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبهه الأرض
 إذا جاءها بماء أو حاطها . ووجه الأول ، أن الإحياء الذى يملك به ، هو العمارة التى
 تهيأ بها المحيى للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريب (١٥) ، يحتاج إلى
 تكرار عند كل انتفاع . فإن قيل : فلو احتفر بئر ملكها ، وملك حريمها . قلنا :
 البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة ، وهذه المعادين تحتاج عند
 كل انتفاع إلى عمل وعمارة ، فافترقا . قال أصحابنا : وليس للإمام إقطاعها ؛

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) فى الأصل : « الحاجة » .

(١٤) فى ب ، م : « تملك » .

(١٥) فى ب ، م : « وتخريبه » .

لأنها لا تُملك بالإحياء . والصحيح جواز ذلك ؛ لأن النبي ﷺ أقطع لبلال بن الحارث معادن القبيلة ، جلسيها وغوريها^(١٦) . (١٧) رواه أبو داود ، وغيره^(١٧) .

فصل : ومن أحيأ أرضاً ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدنٌ ، ملكه ظاهرًا كان أو باطنًا ، إذا كان من المعادين الجامدة ؛ لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها . ويُفارق الكنز ؛ فإنه مُودعٌ فيها ، وليس من أجزائها . ويُفارق ما إذا كان ظاهرًا قبل إحيائها ؛ لأنه قطع عن المسلمين تفعا كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعًا كان لهم ، وهنأ لم يقطع عنهم شيئاً ؛ لأنه إنما ظهر بإظهاره له . ولو تحجر الأرض ، أو أقطعها ، / فظهر فيها المعدن قبل إحيائها ، لكان له إحيائها ، ويمليها بما فيها ؛ لأنه صار أحق به بتحجره وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقه . وأما المعادن الجارية ، كالقار ، والتقط ، والماء ، فهل يملكها من ظهرت في ملكه ؟ فيه روايتان ؛ أظهرهما ، لا يملكها ؛ لقول النبي ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء ، والكلاء ، والنار »^(١٨) . رواه الحلال . ولأنها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكنز . والثانية ، يملكها ؛ لأنها خارجة من أرضه المملوكة له ، فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة .

فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم يصل إلى النيل ، صار أحق به ، كالمتحجر الشارح في الإحياء ، فإذا وصل إلى النيل صار أحق بالأخذ منه ، مادام مُقيمًا على الأخذ منه ، وهل يملكه بذلك ؟ فيه 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

(١٦) الجلسي : ما كان من أرض نجد . والغوري : ما كان من بلاد تهامة .

(١٧ - ١٧) سقط من : ب ، م ،

وتقدم ترجمته في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ .

(١٨) تقدم ترجمته في : ١٤٦/٦ .

قلنا: إِنَّ الْمَعْدِنَ يُمْلِكُ بِحَفْرِهِ . أو لم نُقَلْ ؛ لأنه إن ملكه ، فإنما يملك المكان الذى حفره ، وأما العرق الذى فى الأرض فلا يملكه بذلك . ومن وصل إليه من جهة أخرى ، فله أخذه . ولو ظهر فى ملكه معدن ، بحيث يخرج التيل عن أرضه ، فحفر إنسان من خارج أرضه ، كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه ؛ لأنه لم يملكه ، إنما ملك ما هو من أجزاء أرضه ، وليس لأحد أن يأخذ ما كان داخلًا فى أرضه من أجزاء الأرض الباطنة ، كما لا يملك أخذ أجزاءها الظاهرة . ولو حفر كافر فى دار الحرب معدنًا ، فوصل إلى التيل ، ثم فتحها المسلمون عنوة ، لم تصير غنيمَةً ، وكان وجود عملة وعدمه واحدًا ؛ لأن عامره لم يملكه بذلك ، ولو ملكه فإن الأرض كلها تصير وقفًا للمسلمين ، وهذا ينصرف إلى مصلحة من مصالحهم ، فتعين لها ، كما لو ظهر يفعل الله تعالى .

فصل : ولو كان فى الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنًا ظاهرًا ، كموضع على شاطئ البحر^(١٩) ، إذا صار^(٢٠) فيه ماء البحر صار ملكًا بالإحياء ، وجاز للإمام إقطاعه ؛ لأنه لا يضيّق على المسلمين بإحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه ، كبقية الموات ، وإحياء هذا بتهيئته لما يصلح له ، من حفر ترابه ، وتمهيده ، وفتح قناة إليه تصب الماء فيه ؛ لأنه يتهيأ بهذا الاتفاغ به .

فصل : ومن ملك معدنًا ، فعمل فيه غيره بغير إذنه ، فما حصل منه فهو لملكه ، ولا أجر للغاصب على عمله ؛ لأنه عمل فى ملك / غيره بغير إذنه ، أشبه ما لو حصّد زرع غيره^(٢١) بغير إذنه^(٢٢) . وإن قال مالكه : اعمل فيه ، ولك ما يخرج منه . فله ذلك ، ولا شيء لصاحب المعدن فيه ؛ لأنه إباحة من ملكه ، فملك ما أخذه ، كما لو أباحه الأخذ من داره أو بستانه . وإن قال : اعمل فيه ، على أن مارزق الله من تيل

(١٩) فى الأصل : « شط » .

(٢٠) فى الأصل : « حصل » .

(٢١ - ٢٢) سقط من : ب ، م .

كان يَبْنَانِ نَصْفَيْنِ . فَعَمِلَ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، وَمَا يَأْخُذُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا . كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : أَحْصُدْ هَذَا الزَّرْعَ بِنَصْفِهِ أَوْ ثُلُثِهِ . وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ الْعَمَلُ فِيهَا بِبَعْضِهِ ، كَالْمُضَارَبَةِ فِي الْأَثْمَانِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ مَجْهُوْلٌ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِجَارَةً ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَالْعَمَلُ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا جَعَالَهَ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِالْأَثْمَانِ ، عَلَى أَنْ يَرُدَّ رَأْسُ الْمَالِ ، وَتَكُونَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ هُنَا . وَفَارَقَ حَصَادَ الزَّرْعِ بِنَصْفِهِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ ، وَمَا عُلِمَ جَمِيعُهُ عُلِمَ جُزْؤُهُ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ كَذَا ، وَلِكَ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا . أَوْ شَيْئًا مَعْلُومًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ لِمَجْهُوْلٍ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مُعَامَلَةً كَالْمُضَارَبَةِ ، لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ النَّمَاءِ ، لَا دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَخَذَ مَعْدِنًا مِنْ قَوْمٍ ، عَلَى أَنْ يَعْمُرَهُ ، وَيَعْمَلَ فِيهِ ، وَيُعْطِيَهُمُ أَلْفًا مَنًّا^(٢٢) وَالْفَ مَنًّا صَفْرًا . فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ^(٢٣) وَلَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ .

فصل^(٢٤) : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفَرَ لَهُ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فِي دَوْرٍ كَذَا ، بِدَيْنَارٍ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهَا إِجَارَةٌ مَعْلُومَةٌ . وَإِنْ ظَهَرَ عِرْقُ ذَهَبٍ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتُخْرِجَهُ بِدَيْنَارٍ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مَجْهُوْلًا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ اسْتَخْرَجْتَهُ فَلَكَ دَيْنَارٌ . صَحَّ ، وَيَكُونُ جَعَالَهَ ؛ لِأَنَّ الْجَعَالَهَ تَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُوْلٍ ، إِذَا كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا .

فصل : وَمَنْ سَبَقَ فِي الْمَوَاتِ إِلَى مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ أَوْ بَاطِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(٢٥) . فَإِنْ أَخَذَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَأَرَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ بِحَيْثُ يَمْنَعُ غَيْرَهُ ، مَنَعَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ مَا لَا تَنْفَعُ

(٢٢) المنة : كليل أو ميزان .

(٢٣) في ب ، م : « المكروه » .

(٢٤) لم يرد هذا الفصل في : الأصل .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

فيه ، فأشبهه ما لو وَقَفَ في مَشْرَعَةِ المَاءِ لغيرِ حاجةٍ . وإن أَطَالَ المَقَامَ والأخَذَ ، اِحْتَمَلَ أن يُمْنَعَ ؛ لأنَّهُ يصِيرُ كالمُتَمَلِّكِ له . واحْتَمَلَ أن لا يُمْنَعَ ؛ لإِطْلَاقِ الحَدِيثِ . وإن اسْتَبَقَ إليه اثْنانِ ، وضَاقَ المَكَانُ عنهما ، أُقْرِعَ بينهما ؛ لأنَّهُ لا مَزِيَّةَ لأحدهما على صاحبه . ويَحْتَمِلُ أن يُقَسَّمَ بينهما ؛ لأنَّهُ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، وقد تَسَاوَيَا فيه ، فيُقَسَّمُ بينهما ، كما لو تَدَاعَيَا عَيْنًا في أَيْدِيهِما ولا بَيِّنَةَ لأحدهما بها . ويَحْتَمِلُ أن يُقَدَّمَ الإمامُ مَنْ يَرى منهما ؛ لأنَّ له نَظْرًا . وذَكَرَ القاضِي وَجْهًا رابِعًا ، وهو أن الإمامَ يَنْصَبُ مَنْ يَأْخُذُ لهما ، وَيُقَسِّمُ بينهما . وهذا التَّفْصِيلُ مذهبُ الشَّافِعِيِّ .

و ١٣٧/٥

فصل : وما نَضَبَ عنه الماءُ من الجَزائِرِ ، لم يُمَلِّكْ بالإحْيَاءِ . قال أحمدُ ، في /رِوَايَةِ العَبَّاسِ ابنِ موسى^(٢٦) : إذا نَضَبَ الماءُ عن جَزِيرَةٍ ، إلى قَناءِ^(٢٧) رَجُلٍ ، لم يَبْنِ فيها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهو أن الماءَ يَرْجِعُ . يعني أَنَّهُ يَرْجِعُ إلى ذلك المَكَانِ ، فإذا وَجَدَهُ مَبْنِيًّا ، رَجَعَ إلى الجانِبِ الأخرِ ، فأضْرَبَ بأهله . ولأنَّ الجَزائِرَ مَبْنِيَّةُ الكَلِّ والحَطْبِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى المَعادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وقد قال النَبِيُّ ﷺ : « لا حِمَى في الأَرَاكِ »^(٢٨) . وقال أحمدُ ، في رِوَايَةِ حَرْبٍ : يروى عن عمرَ ، أَنَّهُ أَباحَ^(٢٩) الجَزائِرَ .^(٣٠) يعني أَباحَ ما يَبْنِي^(٣١) في الجَزائِرِ مِنَ الثِّبَاتِ ، وقال : إذا نَضَبَ الفُراتُ عن شَيْءٍ ، ثم نَبَتَ فيه^(٣١) ثَبَاتٌ ، فجاءَ رَجُلٌ فَمَنَعَ^(٣٢) النَّاسَ مِنْهُ ، فليس له ذلك . فأما إن غَلَبَ الماءُ على مِلْكِ إنسانٍ ، ثم عادَ فَنَضَبَ عنه ، فله أخْذُهُ ، فلا يَزُولُ مِلْكُهُ بِغَلْبَةِ الماءِ عليه . وإن

(٢٦) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتد بهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الخنابلة ١/٢٣٩ .

(٢٧) في ب ، م ، : « فناء » .

(٢٨) تقدم في صفحة ١٥٥ .

(٢٩) في الأصل زيادة : « ما نبت » .

(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في ب ، م ، : « عن » .

(٣٢) في ب ، م ، : « يمنع » .

كان ما نضب عنه الماء لا يثتفع به أحد ، فعمره رجل عمارة لا تترد الماء ، مثل أن يجعله مزرعة ، فهو أحق به من غيره ؛ لأنه متحجر للماليس لمسلم فيه حق ، فأشبهه التاجر في الموات .

فصل : وما كان من الشوارع والطرق والرحاب بين العمران ، فليس لأحد إحياءه ، سواء كان واسعاً أو ضيقاً ، وسواء ضيق على الناس بذلك (٣٣) أو لم يضيق ؛ لأن ذلك يشترك فيه المسلمون ، وتعلق به مصلحتهم ، فأشبهه مساجدهم . ويجوز الاتفاق بالعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء ، على وجه لا يضيق على أحد ، ولا يضرب بالمارّة ؛ لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك ، من غير إنكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار ، فلم يمنع منه ، كالاختيار ، قال أحمد ، في السابق إلى ذكابين السوق غدوة : فهو له إلى الليل . وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى . وقد قال النبي ﷺ : « منى مناخ من سبق » (٣٤) . وله أن يظلل على نفسه ، بما لا ضرر فيه ، من بارية (٣٥) ، وتأبوت ، وكساء ، ونحوه ؛ لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضرة فيه . وليس له البناء لادكة ولا غيرها ؛ لأنه يضيق على الناس ، ويعتبر به المارة بالليل ، والضرير في الليل والنهار ، ويبقى على الدوام ، فرما ادعى ملكه بسبب ذلك . والسابق أحق به مادام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه ، لم يجز لغيره إزالته ؛ لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه ، كان لغيره أن يقعد فيه ؛ لأن يده قد زالت . وإن قعد وأطال ، منع من ذلك ؛ لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه . ويحتمل أن لا يزال ؛ لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم . وإن استبق اثنان ١٣٧/٥ ظ إليه ، احتمل أن يفرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما . وإن كان الجالس

(٣٣) سقط من : ب ، م .

(٣٤) تقدم تخريجه في : ٣٦٧/٦ .

(٣٥) البارية : الحصر .

يُضَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَلَا يَحِلُّ لِلْإِمَامِ تَمَكُّيْنُهُ بَعْوَضٍ ، وَلَا غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ يَنْبَغِي لَنَا أَنْ نَشْتَرِيَ مِنْ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَبِيعُونَ عَلَى الطَّرِيقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أَوْ يَكُونُ يُوذِي الْمَارَّةَ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ ذِكْرُنَا . وَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي الطَّحْنُ فِي الْعُرُوبِ إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ النَّاسِ . وَهُوَ السُّفْنُ الَّتِي يُطْحَنُ فِيهَا فِي الْمَاءِ الْجَارِي . إِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ ، لِتَضْيِيقِهَا طَرِيقَ السُّفْنِ الْمَارَّةِ فِي الْمَاءِ . قَالَ أَحْمَدُ : رَبَّمَا غَرَقَتِ السُّفْنُ ، فَأَرَى لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَوَقَّى الشَّرَاءَ مِمَّا يُطْحَنُ بِهَا .

فصل : في القَطَائِعِ ، وَهِيَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، إِقْطَاعُ إِزْفَاقٍ ، وَذَلِكَ إِقْطَاعُ مَقَاعِدِ السُّوقِ ، وَالطَّرِيقِ الْوَاسِعَةِ ، وَرَحَابِ الْمَسَاجِدِ ، الَّتِي ذَكَرْنَا أَنَّ السَّابِقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسَ فِيهَا^(٣٦) ، فَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا لِمَنْ يَجْلِسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي ذَلِكَ اجْتِهَادًا ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجُلُوسُ إِلَّا فِيمَا لَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَجْلِسَ فِيهَا مَنْ لَا يَرَى أَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِجُلُوسِهِ . وَلَا يَمْلِكُهَا الْمُقْطَعُ بِذَلِكَ ، بَلْ يَكُونُ أَحَقُّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا مِنْ غَيْرِهِ ، بِمَنْزِلَةِ السَّابِقِ إِلَيْهَا مِنْ غَيْرِ إِقْطَاعٍ ، سِوَاءٍ ، إِلَّا فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ ، وَهُوَ أَنَّ السَّابِقَ إِذَا تَقَلَّ مَتَاعَهُ عَنْهَا ، فَلغَيْرِهِ الْجُلُوسُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ لَهَا بِسَبَبِهِ إِلَيْهَا ، وَمُقَامِهِ فِيهَا ، فَإِذَا انْتَقَلَ عَنْهَا ، زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ، لِزَوَالِ الْمَعْنَى الَّتِي اسْتَحَقَّ بِهِ ، وَهَذَا اسْتَحَقُّ بِإِقْطَاعِ الْإِمَامِ ، فَلَا يُزُولُ حَقُّهُ بِتَقَلُّ مَتَاعِهِ ، وَلَا لغيرِهِ^(٣٧) الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَحُكْمُهُ فِي التَّظْلِيلِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا لَيْسَ بِنَاءٍ ، وَمَنْعِهِ مِنَ الْبِنَاءِ ، وَمَنْعِهِ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ، حُكْمُ السَّابِقِ ، عَلَى مَا سَلَفْنَاهُ . الثَّانِي ، إِقْطَاعُ مَوَاتٍ مِنَ الْأَرْضِ لِمَنْ يُحْيِيهَا ، فَيَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِمَارَوْي وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا ، فَأَرْسَلَ مُعَاوِيَةَ أَنْ « أَعْطَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَعْلَمْنَاهُ إِيَّاهُ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ^(٣٨) . وَأَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ

(٣٦) سقط من : ب ، م ، .

(٣٧) في ب ، م ، : « يضره » .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

المُزَنِّي^(٣٩) ، وأيضاً بن حمال المَارِي^(٤٠) ، وأقطع الزُّبَيْرَ حُضَرَ فَرَسِيهِ^(٤١) ، فأجرى فَرَسَهُ حتى قام ورَمَى بِسَوْطِهِ ، فقال : «أعطوه من حيث وَقَعَ السَّوْطُ» . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وأبو داؤد^(٤٢) . وذكَّرَ البُخَارِيُّ^(٤٣) ، عن أَنَسٍ قال : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْأَنْصَارَ لِيُقَطِّعَ لَهُم بِالْبَحْرَيْنِ^(٤٤) . فقالوا : يا رسولَ اللَّهِ : إن فَعَلْتَ ، فَأَكْتُبْ لِإِخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا . وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ، وَأَنَّ عُثْمَانَ أَقْطَعَ حَمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ / الزُّبَيْرِ ، وَسَعْدًا ، وَابْنَ مَسْعُودٍ ، وَأَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ ، وَخُبَّابَ بْنَ الْأَرْثِ . وَيُرَوَّى عَنْ نَافِعِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ : إِنَّ قَبْلَنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ ، لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْحَرَّاجِ ، وَلَا تُضَرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُقَطِّعْنَهَا اتَّخِذْ فِيهَا قَصِيلاً^(٤٥) لِحَيْلِي ، فَافْعَلْ . قَالَ : فَكُتِبَ عُمَرُ إِلَى أَبِي مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَاقْطَعْهَا إِيَّاهُ . رَوَى هَذِهِ الْأَثَارَ كُلَّهَا أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ »^(٤٦) . وَرَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ أَبِي نُجَيْحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مَزَيْنَةَ أَرْضًا^(٤٧) . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامُ شَيْئًا مِنَ الْمَوَاتِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بَدَلًا ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقَّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، بِدَلِيلٍ مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ بَلَالِ بْنِ الْحَارِثِ ، حَيْثُ اسْتَرْجَعَ

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٤١) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تعلقو عدوة واحدة .

(٤٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٦/٢ .

(٤٣) فى : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٥٠/٣ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١١١/٣ .

(٤٤) فى الأصل : « البحرين » .

(٤٥) القصيل : ما اقتصل من الزرع أخضر .

(٤٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

(٤٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٤ .

عمرُ منه ما عَجَزَ عن إحيائه من العَقِيقِ ، الذى أَقْطَعَهُ إِيَّاهُ رسولُ الله ﷺ (٤٨) ، ولو ملكه لم يُجْزِ اسْتِرْجَاعُهُ . وردَّ عمرُ أيضًا قَطيعَةَ أُمِّ بَكْرٍ لِعُيَيْنَةَ بنِ حِصْنِ ، فسألَ عُيَيْنَةَ أبا بَكْرٍ أن يُجَدِّدَ له كِتَابًا فقال : والله لا أُجَدِّدُ شيئًا رَدَّهُ عمرُ . رَوَاهُ أبو عُيَيْدٍ (٤٩) .

لكنَّ المُقْطَعِ يَصِيرُ أَحَقَّ به من سائرِ الناسِ ، وأوَّلَى بإحيائه ، فإنَّ أحياءَهُ ، وإلَّا قال له السُّلْطَانُ : إنَّ أحييتَهُ ، وإلَّا فَارَفَعَ يَدَكَ عنه . كما قال عمرُ لِبِلَالِ بنِ الحَارِثِ المُزَنِى : إنَّ رسولَ الله ﷺ لم يُقْطِعْكَ لِتُحَجِّبَهُ دونِ الناسِ ، وإِنَّمَا أَقْطَعَكَ لِتَعَمَّرَ ، فخذُ منها ما قَدَرْتَ على عِمَارَتِهِ ، وردِّ الباقي . وإنَّ طَلَبَ المُهْلَةِ لِعُذْرٍ ، أمْهَلِ بِقَدْرِ ذلك . وإنَّ طَلَبَهَا لِغَيْرِ عُذْرٍ ، لم يُمْهَلِ ، على ما ذَكَرْنَا فى المُتَحَجِّرِ . وإنَّ سَبَقَ غَيْرُهُ فأحياءَهُ قَبْلَ أن يُقَالَ له شيءٌ ، أو فى مُدَّةِ المُهْلَةِ ، فهل يَمْلِكُهُ ؟ على وَجْهَيْنِ . وقد روى عن عمرو ابنِ شُعَيْبٍ ، أنَّ النَبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ ناسًا من جُهَيْنَةَ أو مُزَيْنَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فجاءَ قَوْمٌ فأحيَوْهَا ، فخاصَمَهُم الذين أَقْطَعَهُم رسولُ الله ﷺ إلى عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، فقال عمرُ : لو كانت قَطيعَةُ مِنِّي ، أو من أُمِّ بَكْرٍ ، لم أُرَدِّهَا ، ولكنَّهَا قَطيعَةُ من رسولِ الله ﷺ ، فأنا أُرَدُّهَا ! فدلَّ هذا على أنها إذا كانت قَطيعَةَ من غيرِ رسولِ الله ﷺ ، فهى لمن أحيأها . والثانى ، لا يَمْلِكُهُ ؛ لأنَّهُ تَعَلَّقَ به حَقُّ المُقْطَعِ ، ومَفْهُومُ قوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فهى لَهُ » . أَنَّهُ إِذَا/ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ مُسْلِمٍ ، لم يُجْزِ إحياءُهَا . وقد ذَكَرْنَا الوَجْهَيْنِ فى المُتَحَجِّرِ ، وهذا مثله . ومذهبُ الشافِعِيِّ فى هذا الفِصْلِ كَنَحْوِ ما ذَكَرْنَا .

١٣٨/٥ ظ

فصل : وليس للإمامِ إِقْطَاعُ ما لا يجوزُ إحياءُهُ من المعادِنِ الظَاهِرَةِ ؛ لأنَّ النَبِيَّ ﷺ لَمَّا اسْتَقْطَعَهُ أَيْضُ بنِ حَمَالِ المِلْحِ الذى بِمَارِبٍ ، فقيل : يارسولَ الله : إِنَّمَا أَقْطَعْتَهُ

(٤٨) تقدم تخریجه فى صفحة ١٥٣ .

(٤٩) الأموال ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

الماء العِدُّ . رَجَعَهُ ^(٥٠) منه . ولأنَّ في ذلك تَضْيِيقًا على المسلمين . وفي إقْطاعِ المَعَادِينِ الباطِنَةِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فيما مَضَى .

فصل : ولا يَنْبَغِي أَنْ يُقَطَّعَ الإمامُ أَحَدًا من المَوَاتِ ، إِلَّا ما يُمَكِّنُهُ إِحْيَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ في إقْطاعِهِ أَكْثَرَ من ذلك تَضْيِيقًا ^(٥١) على الناسِ في حَقِّ مُشْتَرِكِ بَيْنِهِمْ ، بما لا فائِدَةَ فيه . فَإِنْ فَعَلَ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ عَجْزُهُ عن إِحْيائِهِ ، اسْتَرْجَعَهُ منه ، كما اسْتَرْجَعَ عُمَرُ من بِلالِ بنِ الحارِثِ ما عَجَزَ ^(٥٢) عنه مِنْ ^(٥٢) عِمَارَتِهِ من العَقِيقِ ، الذي أَقْطَعَهُ إِياهُ رسولُ اللهِ ﷺ . ^(٥٣)

فصل : في الحِمَى ، ومعناه أَنْ يَحْمِيَ أَرْضًا من المَوَاتِ ، يَمْنَعُ النَّاسَ رَعَى ما فيها من الكَلَأِ ، لِيَخْتَصَّ بِها دونَهُمْ . وكانت العَرَبُ في الجاهِلِيَّةِ تَعْرِفُ ذلك ، فكان منهم مَنْ إِذا اتَّجَعَ بِلَدًا أَوْ في بَكْلَبِ على نَشْرِ ، ثُمَّ اسْتَعْوَاهُ . وَوَقَفَ لَهُ من كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ يَسْمَعُ صَوْتَهُ بالعَوَاءِ ، فحيثما انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ من كُلِّ نَاحِيَةٍ لِنَفْسِهِ ، وَيَرعى مع العامَّةِ فيما سِوَاهِ . فَتَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عنه ؛ لما فيه من التَضْيِيقِ على الناسِ ، وَمَنْعِهِم من الارتفاعِ بشيءٍ يَلْهُمُ فيه حَقٌّ . وَروَى الصَّعْبُ بنُ جَثَّامَةَ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رواه أَبُو داوُدَ ^(٥٤) . وقال : « النَّاسُ شُرَكَاءُ في ثَلَاثِ : الماءِ ، والنَّارِ ، والكَلَأِ » رواه الخَلَّالُ ^(٥٥) . وليس لأحدٍ من الناسِ سِوَى الأئِمَّةِ أَنْ يَحْمِيَ ؛ لما ذَكَرْنَا من الحَبْرِ والمعْنَى . فأما النبيُّ ﷺ ، فكان له أَنْ يَحْمِيَ

(٥٠) في ب ، م : « فأرجعه » .

(٥١) في الأصل : « تضيقا » .

(٥٢ - ٥٢) في ب ، م : « عن » .

(٥٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

(٥٤) في : باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٦٠/٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب أهل الدار يبيتون ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٤٨/٣ ، ٧٤/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٤ ، ٧١ ، ٧٣ .

(٥٥) تقدم تخريجه في : ١٤٦/٦ .

لِنَفْسِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ؛ لقوله في الْحَبْرِ : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . لَكِنَّهُ لَمْ يَحْمِ لِنَفْسِهِ شَيْئًا ، وَإِنَّمَا حَمَى لِلْمُسْلِمِينَ ، فَقَدْ رَوَى ابْنُ عَمَرَ ، قَالَ : حَمَى النَّبِيُّ ﷺ النَّفِيعَ لِخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٥٦) . وَالتَّقِيْعُ ، بِالتَّوْنِ : مَوْضِعٌ يُنْتَفَعُ فِيهِ الْمَاءُ ، فَيَكْثُرُ^(٥٧) فِيهِ الْخِصْبُ ، لِمَكَانٍ مَا يَصِيرُ فِيهِ مِنَ الْمَاءِ . وَأَمَّا سَائِرُ أَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا لِأَنْفُسِهِمْ شَيْئًا ، وَلَكِنْ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا مَوَاضِعَ لِتُرْعَى فِيهَا خَيْلُ الْمُجَاهِدِينَ ، وَنَعْمُ الْجَزِيَّةُ ، وَإِبِلُ / الصَّدَقَةِ ، وَضَوَالُ النَّاسِ الَّتِي يَقُومُ الْإِمَامُ بِحِفْظِهَا ، وَمَا شِئَةُ الضَّعِيفِ مِنَ النَّاسِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَضِرُّ بِهِ مَنْ سِوَاهُ مِنَ النَّاسِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي صَحِيحِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَيْسَ لِغَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَحْمِيَ ؛ لقوله : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَرَ وَعُثْمَانَ حَمَيَا ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ^(٥٨) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ ، أَحْسَبُهُ عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : أَتَى أَعْرَابِيَّ عَمَرَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، بِلَادُنَا قَاتَلْنَا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمْنَا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ ، عَلَامٌ تَحْمِيهَا ؟ فَأَطْرَقَ عَمْرٌ ، وَجَعَلَ يَنْفُخُ ، وَيَقْتُلُ شَارِبَهُ ، وَكَانَ إِذَا كَرِبَهُ أَمْرٌ قَتَلَ شَارِبَهُ ، وَتَفَخَّ . فَلَمَّا رَأَى الْأَعْرَابِيَّ مَا بِهِ جَعَلَ يُرَدُّ ذَلِكَ ، فَقَالَ عَمْرٌ : الْمَالُ مَالُ اللَّهِ ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ ، وَاللَّهُ لَوْ مَا أَحْمَلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ شَيْئًا مِنَ الْأَرْضِ فِي شَيْءٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : بَلَّغْنِي أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفًا مِنَ الظَّهْرِ . وَعَنْ أَسْلَمَ ، قَالَ : سَمِعْتُ عَمَرَ يَقُولُ لِهَنْئٍ حِينَ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى حِمَى الرَّبِذَةِ^(٥٩) : يَا هَنْئُ ، أَضْمُمُ جَنَاحَكَ عَنِ النَّاسِ ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا مُجَابَةٌ . وَأَدْخَلَ رَبُّ الصَّرِيْمَةِ وَالغَنِيْمَةَ ، وَدَعْنِي مِنَ نَعَمِ ابْنِ عَوْفٍ وَنَعَمِ ابْنِ عَفَّانَ ،

و ١٣٩/٥

(٥٦) في : باب حمى الأرض ذات الكلا أو الماء . الأموال ٢٩٨ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٥/٢ ، ١٥٧ .

(٥٧) في الأصل : « ليكثر » .

(٥٨) في : باب حمى الأرض ذات الكلا أو الماء . الأموال ٢٩٩ .

(٥٩) الربذة : موضع قرب المدينة .

فإنَّهُما إن هَلَكَتْ ما شِئْتُهُما رَجَعَا إلى نَحْلِ وِزْرَعٍ ، وإنَّ هَذا المِسْكِينِ إن هَلَكَتْ ما شِئْتَهُ ، جاءَ يَصْرُخُ : يا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَالْكَلاهُونُ عَلى أُمِّ غُرْمِ الذَّهَبِ وَالوَرِقِ ، إنَّها أَرْضُهُم قاتَلوا عَليها في الجاهِلِيَّةِ ، وأَسَلَمُوا عَليها في الإسلامِ ، وإنَّهم لَيَرَوْنَ أَنّا نَظَلِمُهُم ، ولولا النَّعَمُ الَّتِي يُحْمَلُ عَليها في سَبِيلِ اللَّهِ ، ما حَمَيْتُ عَلى النَّاسِ مِن بِلادِهِم شَيْئاً أبداً . وَهَذا إِجماعٌ مِنْهُم . ولأنَّ ما كانَ لِمَصالِحِ المُسْلِمِينَ ، قامَتِ الأئِمَّةُ فِيهِ مَقامَ رَسولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَد رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قالَ : « ما أَطَعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُعْمَةً إِلَّا جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ » (٦٠) . وَأما الخَبِرُ فَمَخْصُوصٌ ، وَأما حِمَاهُ لِنَفْسِهِ ، فَيُفَارِقُ حِمَى النَّبِيِّ ﷺ لِنَفْسِهِ ، لأنَّ صَلاحَهُ يُعوذُ إلى صَلاحِ المُسْلِمِينَ ، وَمالَهُ كانَ يُرَدُّه في المُسْلِمِينَ ، فَفارَقَ الأئِمَّةَ في ذلكَ ، وَساوَوَهُ فِما كانَ صَلاحَ المُسْلِمِينَ ، وَليسَ لَهُم أن يَحْمُوا إِلَّا قَدراً لا يُضَيِّقُ (٦١) عَلى المُسْلِمِينَ وَيَضُرُّهُم ؛ لأنَّهُ إنَّما جازَ ما فِيهِ مِنَ المَصْلَحَةِ لِمَا يَحْمَى ، وَليسَ مِنَ المَصْلَحَةِ إِدخالُ الضَّررِ عَلى أَكثَرِ النَّاسِ .

فصل : وما حَمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلِيسَ لأحدٍ نَقِضُهُ ، ولا/ تَغْيِيرُهُ ، مَعَ بَقاءِ الحَاجَةِ ١٣٩/٥ ظ
إِلَيْهِ . وَمَن أَحيا مَنه شَيْئاً لَمْ يَمْلِكْهُ . وإن زَالَتِ الحَاجَةُ إِلَيْهِ ، ففِيهِ وَجْهانِ . وَما حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الأئِمَّةِ ، فغَيْرُهُ هُوَ أو غَيْرُهُ مِنَ الأئِمَّةِ ، جازَ . وإن أَحياهُ إنسانٌ ، مَلَكَهُ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ حِمَى الأئِمَّةِ اجْتِهَادٌ ، وَمِلْكُ الأَرْضِ بِالإِحْياءِ نَصٌّ ، وَالنَّصُّ يُقَدِّمُ عَلى الاجْتِهَادِ . وَالوَجْهُ الأَخْرُ ، لا يَمْلِكُهُ ؛ لأنَّ اجْتِهَادَ الإمامِ لا يَجوزُ نَقِضُهُ ، كما لا يَجوزُ نَقِضُ حُكْمِهِ . وَمَذْهَبُ الشافِعِيِّ في هَذا عَلى نَحْوِ ما قُلْنَا .

فصل : في أَحكامِ المِياهِ ، قَدْ ذَكَرنا في البَيْعِ حُكْمَ مَلَكَها وَبَيْعِها ، وَنَذَكُرُ هَهُنا حُكْمَ السَّقْيِ بها . فنقولُ : لا يَحْلُو المِاءُ مِن حالَيْنِ ؛ إمَّا أن يَكُونَ جاريًا ، أو واقِفًا ، فإن كانَ جاريًا فَهُوَ ضَرْبانِ ؛ أَحدهما ، أن يَكُونَ في نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ قِسْمانِ ؛

(٦٠) أخرجهُ أبو داود ، في : باب صفايا رسولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الأموالِ ، مِنَ كتابِ الإِمارةِ . سننُ أبي داود ١٣٠/٢ . وإمامُ أحمد ، في : المسند ٤/١ .

(٦١) في ب ، م زيادة : « به » .

أحدهما ، أن يكون نَهْرًا عَظِيمًا ، كالتَّيْلِ وَالْفُرَاتِ وَدِجْلَةَ ، وما أَشَبَّهَا مِنَ الْأَنْهَارِ الْعَظِيمَةِ ، التي لَا يَسْتَضِيرُّ أَحَدٌ بِسَقْيِهِ مِنْهَا ، فهذا لَا تَرَاخُمَ فِيهِ ، ولكلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْقَى مِنْهَا مَا شَاءَ ، متى شَاءَ ، وكيف شَاءَ . القسم الثاني ، أن يكون نَهْرًا صَغِيرًا يَزْدَحِمُ النَّاسُ فِيهِ (٦٢) ، وَيَتَسَاحُونَ فِي مَائِهِ ، أو سَيْلًا (٦٣) يَتَسَاحُ فِيهِ أَهْلُ الْأَرْضِ (٦٤) الشَّارِبَةِ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِمَنْ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ ، فَيَسْقَى وَيَحْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْكَعْبِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ فَيَصْنَعُ كَذَلِكَ ، وعلى هذا إِلَى أَنْ تَنْتَهِيَ الْأَرْضُ كُلُّهَا . فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنِ الْأَوَّلِ شَيْءٌ ، أو عَنِ الثَّانِي ، أو عَمَّنْ يَلِيهِمْ فَلَا شَيْءَ (٦٥) لِلْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ (٦٦) لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا فَضَّلَ ، فهم كَالْعَصْبَةِ فِي الْمِيرَاثِ . وهذا قَوْلُ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ ، التي يَسْقُونَ بِهَا ، إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فَعَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ، وَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ ؟ قَتَلُونَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ قَالَ : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ » . قَالَ الزُّبَيْرُ : فَوَاللَّهِ إِنِّي لِأُحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِيهِ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ (٦٧) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦٨) . وَرَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) في النسخ : « سيل » .

(٦٤) في الأصل : « الأرضين » .

(٦٥) في الأصل : « حق » .

(٦٦) في ب ، م : « لأنه » .

(٦٧) سورة النساء ٦٥ .

(٦٨) أخرجه البخارى ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٣٠ ، ١٨٢٩/٤ .

« مُوطَّئِهِ »^(٦٩) عن الزُّهْرِيِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبدِ الله بن الزُّبَيْرِ . وَذَكَرَ عَنْهُ
عبدُ الرَّزَّاقِ^(٦٩) ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ قال : نَظَرْنَا فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « ثُمَّ
أَحْبَسَ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْجَدْرِ / » . فَكَانَ ذَلِكَ إِلَى الْكَعْبِيِّنَ . قَالَ أَبُو عُيَيْدٍ : ١٤٠/٥ و
الشَّرَاحُ : جَمْعُ شَرْحٍ ، وَالشَّرْجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ ، وَالْحَرَّةُ : أَرْضٌ مُلْتَبِسَةٌ بِحِجَارَةِ
سُودٍ ، وَالْجَدْرُ : الْجِدَارُ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ أَنْ يَسْقِيَ ثُمَّ يَرْسِلَ الْمَاءَ ، تَسْهِيلًا
عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمَّا قَالَ الْأَنْصَارِيُّ مَا قَالَ ، اسْتَوْعَى النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ حَقَّهُ . وَرَوَى
مَالِكٌ ، فِي « الْمُوطَّئِ »^(٧٠) أَيْضًا ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ ، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَبِيلِ مَهْزُوزٍ وَمُدْنِيْبٍ : « يُمَسِّكُ حَتَّى الْكَعْبِيِّنَ ، ثُمَّ يَرْسِلُ
الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ » . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا حَدِيثٌ مَدْنِيٌّ ، مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ
الْمَدِينَةِ ، مَعْمُولٌ بِهِ عِنْدَهُمْ . قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنِ حَبِيبٍ : مَهْزُوزٌ وَمُدْنِيْبٌ : وَادِيَانِ
مِنَ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ ، يَسِيلَانِ بِالْمَطَرِ ، وَتَتَنَافَسُ أَهْلُ الْحَوَائِطِ فِي سَبِيلِهِمَا . وَرَوَى أَبُو
دَاوُدَ^(٧١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ ، أَنَّهُ سَمِعَ كِبْرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ ، أَنَّ رَجُلًا
مِنَ قُرَيْشٍ كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَيْتِ قُرَيْظَةَ ، فَخَاصَمَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَبِيلِ مَهْزُوزٍ
وَالسَّبِيلِ الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ ، فَقَضَى بَيْنَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَاءَ إِلَى الْكَعْبِيِّنَ ، لَا
يَحْبِسُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ . وَلِأَنَّ مِنْ أَرْضِهِ قَرِيْبَةً مِنْ قُوْهِةِ النَّهْرِ أَسْبَقُ إِلَى الْمَاءِ ، فَكَانَ

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٣ ، ٢٨٤ .
والترمذى ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة
الأحوذى ٦/١١٩ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة
الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٩ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول
الله ، من المقدمة ، وفي : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه
٧/١ ، ٨ ، ٨٢٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٥ .

(٦٩) لم نجده في الموطأ ، ولا في مصنف عبد الرزاق .

(٧٠) في : باب القضاء في المياه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٤٤ .

(٧١) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٤ .

أولى به ، كمن سبق إلى المشرعة ، فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة ، منها مستغلية ومنها مستغلة ، سقى كل واحدة منهما على حدتها ، وإن استوى اثنان في القرب من أول النهر ، اقتسما الماء بينهما إن أمكن ، وإن لم يمكن أقرع بينهما ، فقدم من تقع له القرعة ، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما ، سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم تركه للآخر ، وليس له أن يسقى بجميع الماء ؛ لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء ، وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق ، لا في أصل الحق ، بخلاف الأعلى مع الأسفل ؛ فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل على الأعلى . فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر ، قسّم الماء بينهما على قدر الأرض ؛ لأن الزائد من أرض أحدهما مساوٍ في القرب ، فاستحق جزءاً^(٧٢) من الماء ، كما لو كان لشخص ثالث . وإن كان لجماعة رسم شرب ، من نهى^(٧٣) غير مملوك ، أو سئل ، وجاء إنسان ليحیی مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم ، لم يكن له أن يسقى قبلهم ؛ لأنهم سبقوا إلى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ومرافقها ، ولا يملك غيره إبطال حقوقها / ، وهذا من حقوقها . وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، ليس لهم منعه ؛ لأن حقه في النهر لا في الموات . والثاني ، لهم منعه ، لئلا يصير ذلك ذريعة إلى منعهم حقه من السقي ، لتقديمه عليهم بالقرب إذا طال الزمان وجهل الحال . فاذا قلنا : ليس لهم منعه . فسبق إنسان إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك ، فأحيا في أسفله مواتاً ، ثم أحيا آخر فوقه ، ثم أحيا ثالث فوق الثاني ، كان للأسفل السقي أولاً ، ثم الثاني ، ثم الثالث ، ويقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر ؛ لما ذكرنا .

فصل : الضرب الثاني ، الماء^(٧٤) الجاري في نهر مملوك ، وهو أيضا قسمان ؛ أحدهما ، أن يكون الماء مباح الأصل ، مثل أن يحفر إنسان نهرًا صغيرًا ، يتصل بنهر

(٧٢) في الأصل : « قدرا » .

(٧٣) النهي ؛ بالكسر والفتح : الغدير .

(٧٤) سقط من : الأصل .

كبير مباح ، فما لم يتصل الحفر لا يملكه ، وإنما هو تحجر وشروع في الإحياء ، فإذا اتصل الحفر ، كمل الإحياء وملكه ؛ لأن الملك بالإحياء أن تنتهي العمارة إلى قسدها ، بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك . وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجر ؛ لأن الإحياء يحصل بأن يهيئه للانتفاع به دون حصول المنفعة ، فيصير مالكا لقرار النهر وحافته ، وهو أوه حق له ، وكذلك حريمه ، وهو ملقى الطين 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 الخرقي ، أنه مملوك لصاحبه ؛ لقول رسول الله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمَلِّكْ ، فِيهِ لَهٗ » (٧٥) . وإحيائها أن يحوط عليها حائطاً ، أو يحفر فيها بئراً ، فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حوائها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك . فإذا تقرر هذا ، فكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل والتفقه ؛ لأنه إنما ملك بالعمارة ، والعمارة بالتفقه ، فإن كفى جميعهم ، فلا كلام ، وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها ، جاز ؛ لأنه حقهم ، لا يخرج عنهم . وإن تشاحوا 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 مستوي من الأرض ، في مقدم الماء ، فيه خروز ، أو ثقب متساوية في السعة 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 ، وللثالث (٧٦) / سدسه ، جعل فيه ستة ثقب ، ولصاحب النصف ثلاثة (٧٧) ثقب في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد (٧٧) . وإن كان لواحد الخمسان ، والباقي لاثنتين يتساويان فيه ، جعل

١٤١/٥ و

(٧٥) تقدم ترجمه في صفحة ١٤٥ .

(٧٦) في ب ، م : « وللآخر » .

(٧٧ - ٧٧) سقط من : الأصل .

عَشْرَةٌ تُقَوَّبُ لِصَاحِبِ الخُمْسَيْنِ أَرْبَعَةٌ تُصَبُّ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ ثَلَاثَةٌ تُصَبُّ فِي سَاقِيَتِهِ (٧٨) . فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ لِعَشْرَةٍ ، لِخُمْسِيَةٍ مِنْهُمْ أَرْضٌ قَرِيبَةٌ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَلِخُمْسِيَةٍ أَرْضٌ بَعِيدَةٌ ، جُعِلَ لِأَصْحَابِ القَرِيبَةِ خُمْسَةٌ (٧٩) تُقَوَّبُ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَقَبٌ (٨٠) ، وَجُعِلَ لِلْبَاقِينَ خُمْسَةٌ ، تَجْرِي فِي النَّهْرِ حَتَّى تَصِلَ إِلَى أَرْضِهِمْ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ قِسْمَةً أُخْرَى . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي سَاقِيَةِ غَيْرِهِ ، لِيُقَاسِمَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، لَمْ يُجْزَ إِلَّا بِرِضَاؤِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَيَحْرُبُ حَاقَتَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَخْلُطُ حَقَّهُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَلَمْ يُجْزَ ذَلِكَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ المَاءَ لَا يَمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ المَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَأَنَّ الأَسْبَقَ أَحَقُّ بِالسَّقْيِ مِنْهُ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ الأَسْبَقُ إِلَيْهِ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الفَصْلِ كُلَّهُ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا حَصَلَ نَصِيبُ إِنْسَانٍ فِي سَاقِيَتِهِ (٨١) ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الأَرْضِ ، سِوَاءَ كَانَ هَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِي بِهِ . وَقَالَ القَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ هَا رَسْمٌ شَرِبَ فِي (٨٢) هَذَا المَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَالٌّ عَلَى أَنَّ هَا قَسَمًا (٨٣) مِنْ هَذَا المَاءِ ، فَرُبَّمَا جُعِلَ سَقْيُهَا مِنْهُ دَلِيلًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا لِذَلِكَ ، فَيَسْتَضِرُّ الشُّرَكَاءَ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارٌ بِأَبْهَا فِي دَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، وَدَارٌ بِأَبْهَا فِي دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهَرُهَا مَلْصِقٌ لظَهْرِ دَارِهِ الأُولَى ، فَأَرَادَ تَنْفِيذَ إِحْدَاهُمَا إِلَى الأُخْرَى ، لَمْ يُجْزَ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ اسْتِطْرَاقًا مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ

(٧٨) فِي ب ، م : « سَاقِيَةٌ لَهُ » .

(٧٩) سَقَطَ مِنْ ب ، م ، .

(٨٠) فِي الأَصْلِ : « نَهْرٌ » .

(٨١) فِي ب ، م ، : « سَاقِيَةٌ » .

(٨٢) فِي الأَصْلِ : « مِنْ » .

(٨٣) فِي ب ، م ، : « قِسْمَانِ » . وَفِي الأَصْلِ : « قِسْمٌ » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَثْبَتَاهُ .

من الدارين . ولنا ، أن هذا ماءً انفردَ باستحقاقه ، فكان له أن يسقى منه ما شاء ، كما لو انفردَ به من أصله . ولا نسلّم ما ذكرّوه في الدارين ، وإن سلّمنا فالفرق بينهما أن كلَّ دارٍ يخرجُ منها ^(٨٤) إلى دَرَبٍ ^(٨٤) مُشْتَرِكٍ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لكلَّ دارٍ سُكَّانًا ، فيَجْعَلُ لِسُكَّانِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا اسْتِطْرَاقًا إِلَى دَرَبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، لم يَكُنْ لَهُمْ حَقٌّ فِي اسْتِطْرَاقِهِ ، وهُنَا إِنَّمَا يَسْقَى مِنْ سَاقِيَتِهِ الْمَفْرَدَةِ الَّتِي لَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا ، فلو صَارَ لِنَلِكِ الْأَرْضِ رَسْمٌ مِنَ الشَّرْبِ مِنْ سَاقِيَتِهِ ، لم يَتَضَرَّرْ بِذَلِكَ أَحَدٌ . ولو كان يَسْقَى مِنْ هَذَا النَّهْرِ بِدُولَابٍ ، فَأَحَبُّ أَنْ / يَسْقَى بِذَلِكَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشَّرْبِ مِنْ ذَلِكَ النَّهْرِ ، فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ كَانَ الدُّوَلَابُ يَعْرِفُ مِنْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، جَازَ أَنْ يَسْقَى بِنَصِيْبِهِ مِنَ الْمَاءِ أَرْضًا لَا رَسْمَ لَهَا فِي الشَّرْبِ مِنْهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ تَعَلَّمَهُ . فَإِنْ ضَاقَ الْمَاءُ ، قَدَّمَ الْأَسْبُقَ فَالْأَسْبُقُ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب ، من إجراء غير هذا الماء فيها ، أو عمل رحي عليها ، أو دولاب ، أو عبارة ، وهي خشبة تمُدُّ على طرفي النهر ، أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات ؛ لأنها ملكه ، لا حق لغيره فيها . فأما النهر المشترك ، فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك ؛ لأنه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير إذن شر كائه . وقال القاضي في العبارة : هذا ينبنى على الروايتين ، في من أراد أن يجرى ماءً في أرض غيره . والصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره ؛ لأن إجراء الماء في أرض غيره ^(٨٥) ينفع صاحبها ، لأنه يسقى عروق شجره ، ويشربه أولاً وآخرًا . وهذا ^(٨٦) لا ينفع النهر ، بل ربما أفسد حافته ، ولم يسق له شيئاً . ولو أراد أحد

(٨٤ - ٨٤) في ب ، م : « درب آخر » .

(٨٥) سقط من : ب ، م .

(٨٦) في الأصل : « ولأن هذا » .

الشُّرَكَاءِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَاءِ^(٨٧) النَّهْرِ قَبْلَ قَسْمِهِ شَيْئًا يَسْقَى بِهِ أَرْضًا فِي أَوَّلِ النَّهْرِ أَوْ غَيْرِهِ ،
 أَوْ أَرَادَ إِنْسَانٌ غَيْرَهُمْ ذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا أَحَقَّ بِالْمَاءِ الْجَارِي فِي نَهْرِهِمْ مِنْ
 غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْمَاءِ رَبَّمَا احتَاجَ إِلَى تَصَرُّفٍ فِي حَافَةِ النَّهْرِ الْمَمْلُوكِ لغيرِهِ ،
 أَوْ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَلَوْ فَاضَ مَاءُ هَذَا النَّهْرِ إِلَى مَلِكِ إِنْسَانٍ ، فَهُوَ مُبَاحٌ ،
 كَالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فِي مَلِكِ إِنْسَانٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ قَسَمُوا مَاءَ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ بِالْمُهَيَّأَةِ ، جَازَ ، إِذَا تَرَاضَوْا بِهِ ، وَكَانَ
 حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَعْلُومًا ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلُوا لِكُلِّ حِصَّةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ
 أَوْ أَقَلَّ . وَإِنْ قَسَمُوا النَّهَارَ ، فَجَعَلُوا لِوَاحِدٍ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ ،
 وَلِلْآخَرِ مِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازَ . وَإِنْ قَسَمُوهُ سَاعَاتٍ ، وَأَمَكَنَّ
 ضَبْطُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، كَطَاسَةِ مُنْقَبِيَّةٍ تُتْرَكُ فِي الْمَاءِ ، وَفِيهَا عَلَامَاتٌ إِذَا انْتَهَى الْمَاءُ
 إِلَى عِلْمِيَّةٍ كَانَتْ سَاعَةً ، وَإِذَا انْتَهَى إِلَى الْآخَرَى كَانَتْ سَاعَتَيْنِ ، أَوْ زَجَاجَةٍ فِيهَا رَمْلٌ ،
 يَنْزِلُ مِنْ أَعْلَاهَا إِلَى أَسْفَلِهَا فِي سَاعَةٍ أَوْ سَاعَتَيْنِ ، ثُمَّ يَقْلِبُهَا فَيَعُودُ الرَّمْلُ إِلَى الْمَوْضِعِ
 الَّذِي كَانَ فِيهِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ ، أَوْ بِمِيزَانِ الشَّمْسِ الَّذِي تُعْرَفُ بِهِ سَاعَاتُ النَّهَارِ ،
 أَوْ بِمَنَازِلِ / الْقَمَرِ فِي اللَّيْلِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازَ . فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ لِأَحَدِهِمْ فِي نَوَيْتِهِ ،
 فَأَرَادَ أَنْ يَسْقَى بِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا ، أَوْ يُؤَثِّرُ بِهِ إِنْسَانًا ، أَوْ يَقْرِضُهُ
 إِيَّاهُ ، عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَصَرَّفُ فِي حَافَةِ النَّهْرِ ، جَازَ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ التَّوْبَةِ أَنْ يُجْرِيَ
 مَعَ مَائِهِ مَاءً لَهْ آخَرَ ، يَسْقَى بِهِ أَرْضَهُ الَّتِي لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ أَرْضًا لَهْ
 أُخْرَى ، أَوْ سَأَلَهُ إِنْسَانٌ أَنْ يُجْرِيَ مَاءً لَهْ مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ ، لِيُقَاسِمَهُ إِيَّاهُ فِي مَوْضِعِ
 آخَرَ ، عَلَى وَجْهِهِ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ ، وَلَا بِأَحَدٍ ، جَازَ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ؛ فَإِنَّهُمْ
 قَالُوا فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا : جَازَ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا مَاءً فِي نَهْرٍ مَحْفُورٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا . وَلِأَنَّهُ

١٤٢/٥ و

(٨٧) سقط من : ب ، م .

مُسْتَحِقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فِي نَوَيْتِهِ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِذَلِكَ .

فصل : القسم الثاني ، أن يكون مَتَّبِعُ الْمَاءِ مَمْلُوكًا ، مثل أن يَشْتَرِكَ جَمَاعَةٌ فِي اسْتِنْبَاطِ عَيْنٍ وَإِجْرَائِهَا ، فَإِنَّهُمْ يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِحْيَاءُهَا ، وَيَشْتَرِكُونَ فِيهَا ، وَفِي سَاقِيَتِهَا ، عَلَى حَسَبِ مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهَا ، وَعَمِلُوا فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا ^(٨٨) فِي النَّهْرِ ^(٨٨) ، فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ الْمَاءَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ نَمَّ ، لِأَنَّهُ مُبَاحٌ دَخَلَ مِلْكَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ صَيْدٌ بُسْتَانَهُ ، وَهَهُنَا يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ أَصْحَهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ أَيْضًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنَ الْمَاءِ الْجَارِي لِشُرْبِهِ وَوُضُوئِهِ وَغَسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ فِي أَشْبَاهِ ذَلِكَ ، مِمَّا لَا يُؤْتِرُ فِيهِ ، مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهِ فِي مَكَانٍ مُحَوَّطٍ عَلَيْهِ . وَلَا يَحِلُّ لِصَاحِبِهِ الْمَنَعُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ؛ رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ ، فَمَنَعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨٩) ، وَعَنْ بُهَيْسَةَ ^(٩٠) ، عَنْ أَبِيهَا ، أَنَّهُ قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمِلْحُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرٌ لَكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٩١) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤْتِرُ فِيهِ ^(٩٢) فِي الْعَادَةِ ، وَهُوَ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِ النَّهْرِ . فَأَمَّا مَا يُؤْتِرُ فِيهِ ، كَسَقْيِ الْمَاشِيَةِ الْكَثِيرَةِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَإِنَّ فَضْلَ الْمَاءِ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِهِ ، لَزِمَهُ بَدْلُهُ لِذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ .

(٨٨ - ٨٨) سقط من : ب ، م .

(٨٩) في : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٤٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٩ . وابن ماجه ، في :

باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٤ .

(٩٠) في ١ ، م ، : « بهية » .

(٩١) تقدم تخريجه في : ٣٧٨/٦ .

(٩٢) سقط من : ب ، م .

فصل : إذا كان النَّهْرُ أو السَّاقِيَةُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ ، فَإِنْ أَرَادُوا إِكْرَاءَهُ / أو سَدَّ بَثْقِي فِيهِ ، أو إِصْلَاحَ حَائِطِهِ ، أو شَيْءٍ مِنْهُ ، كان ذلك عليهم على حَسَبِ مَلِكِهِمْ فِيهِ ، فَإِنْ كان بعضهم أَدْنَى إلى أَوَّلِهِ من بعض ، اشْتَرَكِ الكُلُّ في إِكْرَائِهِ وإِصْلَاحِهِ ، إلى أَنْ يَصِلُوا إلى الأَوَّلِ ، ثم لا شَيْءَ على الأَوَّلِ ، وَيَشْتَرِكُ الباقُونَ حتى يَصِلُوا إلى الثاني ، ثم يَشْتَرِكُ مَنْ بَعْدَهُ كذلك ، كُلُّما انْتَهَى العَمَلُ إلى مَوْضِعٍ واحدٍ مِنْهُمْ ، لم يَكُنْ عَلَيْهِ فيما بَعْدَهُ شَيْءٌ . وبهذا قال الشافعيُّ . وحكى ذلك عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَشْتَرِكُ جَمِيعُهُمْ في إِكْرَائِهِ كُلِّهِ ، لأنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ ما جاوزَ الأَوَّلُ مَصَبَّ لِمَاءِهِ ، وإن لم يَسِقْ أَرْضَهُ . ولنا ، أَنَّ الأَوَّلَ إِنَّمَا يَنْتَفِعُ بالماءِ الذي في مَوْضِعِ شَرْبِهِ ، وما بَعْدَهُ إِنَّمَا يَخْتَصُّ بالانْتِفاعِ بِهِ مَنْ دُونَهُ ، فلا يُشَارِكُهُمْ في مُؤْتِنِهِ ، كما لا يُشَارِكُهُمْ في نَفْعِهِ ، فَإِنْ كان يُفْضَلُ عن جَمِيعِهِمْ مِنْهُ ما يَحْتَاجُ إلى مَصْرِفٍ ، فمُؤْتِنُهُ ذلك المَصْرِفِ على جَمِيعِهِمْ ؛ لأنَّهُمْ يَشْتَرِكُونَ في الحَاجَةِ إليه ، والانْتِفاعِ بِهِ ، فكانت مُؤْتِنُهُ عَلَيْهِمْ كُلِّهِمْ ، كما وَهله .

٩١٥ - مسألة ؛ قال : (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطاً)

ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ تَحْوِيطَ الأَرْضِ إحياءَ لها ، سواءً أَرادها لِلبِناءِ ، أو لِلزَّرْعِ ، أو حَظِيرَةَ لِلعَنَمِ ، أو الحَشَبِ ، أو غير ذلك . ونَصَّ عليه أحمدُ ، في رِوَايَةٍ على ابنِ سَعِيدٍ ، فقال : الإحياءُ أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْها حائِطًا ، أو يَحْفَرَ فِيها بئرًا أو نَهْرًا . ولا يُعْتَبَرُ في ذلك تَسْقِيفٌ ؛ وذلك لما رَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « مَنْ أَحاطَ حائِطًا على أرضٍ ، فَهِيَ لَهُ » . رَواهُ أبو داوُدَ ، والإمامُ أحمدُ ، في « مُسْتَدْرِه » ^(١) . ويروى عن جابرٍ ، عن النبيِّ ﷺ مثله ^(٢) . ولأنَّ الحائِطَ حاجِزٌ مَبْنِيٌّ ، فكان إحياءً ، أشبهَ ما لو جعلها حَظِيرَةَ لِلعَنَمِ . ويبيِّنُ هذا أَنَّ القَصْدَ لا اِغْتِبَارَ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٩/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ١٢/٥ ، ٢١ .

(٢) لم تجده عن جابر .

به ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ ، فَبَنَاهَا بِجِصٍّ وَأَجْرٍ ، وَقَسَمَهَا يُبُوتًا ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا ، وَهَذَا لَا يُصْنَعُ لِلْعَنَمِ مِثْلُهُ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ مَيِّعًا يَمْنَعُ مَا وَرَاءَهُ ، وَيَكُونُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ . وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ ، فَلَوْ كَانَ مِمَّا جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِالْحِجَارَةِ وَحَدَّهَا ، كَأَهْلِ حَوْرَانَ وَفِلَسْطِينَ وَغَيْرِهَا^(٣) ، أَوْ بِالطِّينِ ، كَالْفَطَائِرِ لِأَهْلِ غُوَطَةِ دِمَشْقَ ، أَوْ بِالخَشَبِ أَوْ بِالْقَصَبِ ، كَأَهْلِ الْغُورِ ، كَانَ ذَلِكَ إِحْيَاءً . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَرْفَعٍ مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُمْ^(٤) ، كَانَ أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : فِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِيَّةُ ، الْإِحْيَاءُ مَا تَعَارَفَهُ / النَّاسُ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَّ بِتَعْلِيقِ الْمَلِكِ عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، وَلَا ذَكَرَ كَيْفِيَّتَهُ ، فَيَجِبُ الرَّجُوعُ فِيهِ إِلَى مَا كَانَ إِحْيَاءً فِي الْعُرْفِ ، كَمَا أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَّ بِاعْتِبَارِ الْقَبْضِ وَالْحِرْزِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، كَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ الشَّارِعَ لَوْ عَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى مُسَمًّى بِاسْمِهِ ، لَتَعَلَّقَ بِمُسَمَّاهُ عِنْدَ أَهْلِ اللِّسَانِ ، فَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِالْمُسَمًّى إِحْيَاءً عِنْدَ أَهْلِ الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يُعَلِّقُ حُكْمًا عَلَى مَا لَيْسَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ طَرِيقٌ ، فَلَمَّا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، تَعَيَّنَ الْعُرْفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِهِ ، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُحْيَى دَارًا لِلسُّكْنَى ، وَحَظِيرَةً ، وَمَزْرَعَةً ، فَإِحْيَاءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ بِتَهْيِئَتِهَا لِلِانْتِفَاعِ الَّذِي أُرِيدَتْ لَهُ ، فَأَمَّا الدَّارُ ، فَبِأَنَّ بَيْنَى حَيْطَانِهَا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ وَيُسَفَّفُهَا^(٥) ، لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ لِلسُّكْنَى إِلَّا بِذَلِكَ . وَأَمَّا الْحَظِيرَةُ ، فَإِحْيَاؤها بِحَائِطٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةُ مِثْلِهَا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّسْقِيفُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَسْقِيفٍ ، وَسِوَاءَ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْمَاشِيَةِ ، أَوْ لِلخَشَبِ ، أَوْ لِلحَطَبِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . وَلَوْ خُنْدَقَ عَلَيْهَا خُنْدَقًا ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَائِطٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ حَفْرٌ وَتَحْرِيْبٌ . وَإِنْ خَاطَهَا بِشَوْكٍ وَشَبِيهِهِ ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ، وَكَانَ تَحَجْرًا ؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ قَدْ يَنْزِلُ

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) في ب ، م : « عاداته » .

(٥) في الأصل : « وسفقه » . وفي ب ، م : « وتسقيفها » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

مُنزَلًا ، وَيُحَوِّطُ عَلَى رَحْلِهِ بِنَحْوِ مِنْ ذَلِكَ . وَلَوْ نَزَلَ مُنَزَّلًا ، فَتَصَبَّ بِهِ نَيْتٌ شَعْرٍ أَوْ
 حَيْمَةً ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً . وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرَاعَةِ ، فَبِأَنَّ يَهَيِّئُهَا لِإِمْكَانِ الزَّرْعِ فِيهَا ، فَإِنْ
 كَانَتْ لَا تُزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ ، فَبِأَنَّ يَسُوقُ إِلَيْهَا مَاءً مِنْ نَهْرٍ أَوْ بَيْتٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمْكِنُ
 زَرْعُهَا لِكَثْرَةِ أَحْجَارِهَا ، كَأَرْضِ الْحِجَازِ ، فَبِأَنَّ يَقْلَعُ أَحْجَارَهَا وَيُنْفِيهَا حَتَّى تَصْلَحَ
 لِلزَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَتْ غِيَاضًا وَأَشْجَارًا ، كَأَرْضِ الشَّعْرَى ^(٦) ، فَبِأَنَّ يَقْلَعُ أَشْجَارَهَا ،
 وَيُزِيلُ عُرُوقَهَا الَّتِي تَمْنَعُ الزَّرْعَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمْكِنُ زَرْعُهُ إِلَّا بِحَبْسِ الْمَاءِ عَنِهَا ،
 كَأَرْضِ الْبَطَائِحِ الَّتِي يُفْسِدُهَا غَرَقُهَا بِالْمَاءِ لِكَثْرَتِهِ ، فَإِحْيَاؤُهَا بِسَدِّ الْمَاءِ عَنِهَا ، وَجَعْلُهَا
 بِحَالٍ يُمْكِنُ زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِيمَا أَرَادَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّرِ
 ذَلِكَ فِي كُلِّ عَامٍ ، فَكَانَ ^(٧) إِحْيَاءً ، كَسُوقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الَّتِي لَا مَاءَ لَهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ
 فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ حَرْنُهَا وَلَا زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّمَا أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بِهَا ، فَلَمْ
 يُعْتَبَرِ فِي الْإِحْيَاءِ ، كَسَقِيئِهَا ، وَكَالسُّكْنَى فِي الْبُيُوتِ ، / ^(٨) وَلَا يَحْصُلُ ^(٨) بِذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ
 لِمُحَرِّدِهِ ، لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلْسُّكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ .
 وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِيمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ وَجْهًا فِي أَنَّ حَرْنَهَا وَزَرْعُهَا
 إِحْيَاءُ لَهَا ، وَأَنَّ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ فِي إِحْيَائِهَا ، وَلَا يَتِمُّ بَدُونِهِ ، وَكَذَلِكَ نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى
 الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ التَّسْقِيفَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ
 السُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بَدُونِ نَصْبِ الْأَبْوَابِ ، فَأَشْبَهَ تَطْيِينَ سَطُوحِهَا وَتَبْيِضِهَا .

١٤٣/٥ ط

٩١٦ - مسألة ؛ قال : (أَوْ يَحْفَرُ فِيهَا بَيْتًا ، فَيَكُونُ لَهُ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا
 حَوَالِيهَا ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى بَيْتٍ عَادِيَّةٍ ، فَحَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا)

الْبَيْتُ الْعَادِيَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الْيَاءِ : الْقَدِيمَةُ ، مَنْسُوبَةٌ إِلَى عَادٍ ، وَلَمْ يُرَدَّ عَادًا ابْعَيْنِهَا ، لَكِنْ

(٦) الشعري : جبل عند حرة بنى سليم .

(٧) ف ب ، م : « كان » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

لَمَّا كَانَتْ عَادٌ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آثَارٌ فِي الْأَرْضِ ، نُسِبَ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ ، فَكُلُّ مَنْ حَفَرَ بئرًا فِي مَوَاتٍ لِلتَّمْلِيكِ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَمَنْ سَبَقَ إِلَى بئرٍ عَادِيَّةٍ ، كَانَ أَحَقَّ بِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(١) . وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبَدَ اللَّهُ . وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْحَطَّابِ : لَيْسَ هَذَا عَلَى طَرِيقِ التَّحْدِيدِ ، بَلْ حَرِيمُهَا عَلَى الْحَقِيقَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي تَرْقِيَةِ مَائِهَا مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَ بِدَوْلَابٍ فَقَدْرُ مَدَارِ^(٢) الثَّوْرِ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ بِسَاقِيَةٍ^(٣) فَبِقَدْرِ طُولِ الْبئرِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبئرِ مَدُّ رِشَائِهَا » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٤) . وَلِأَنَّهُ الْمَكَانُ الَّذِي تَمَشَّى إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ . وَإِنْ كَانَ يَسْتَقْبَى مِنْهَا بِيَدِهِ ، فَبِقَدْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْوَاقِفُ عِنْدَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحْرِجُ عَيْنًا ، فَحَرِيمُهَا الْقَدْرُ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ صَاحِبُهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا ، وَلَا يَسْتَضِيرُّ بِأَخْذِهِ مِنْهَا وَلَوْ عَلَى أَلْفِ ذِرَاعٍ . وَحَرِيمُ النَّهْرِ^(٥) مِنْ جَانِبَيْهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِطَرَحِ كِرَائَتِهِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْإِنْمَاتِبَتَ لِلْحَاجَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُرَاعَى فِيهِ الْحَاجَةُ دُونَ غَيْرِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَرِيمُ الْبئرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةَ ذِرَاعٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبئرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِأَعْطَانِ الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ » . وَعَنِ الشَّعْبِيِّ مِثْلَهُ ، / رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٦) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ^(٧)

و ١٤٤/٥

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٢) في ب ، م : « مد » .

(٣) لعل ما في الأصل : « بسانية » .

(٤) في : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣١/٢ .

(٥) في ب ، م : « البئر » ، والمثبت في الأصل ، وهو يناسب « كرايته » الآتي ، وهو ما يخرج من حفر النهر .

(٦) في : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، من كتاب الأموال . لأبي عبيد ٢٩١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٤/٢ .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الأفضية . سنن الدارقطني ٢٢٠/٤ .

والخَلْلُ ، بإسنادِهِمَا عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدِيءُ » (٨) خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا » وهذا نص . وَرَوَى أَبُو عُيَيْدٍ (٩) ، بِإِسْنَادِهِ عن يحيى بن سَعِيدِ الْأَنْصَارِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ الْقَلِيبِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدِيءِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وَبِإِسْنَادِهِ (٩) عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ، قَالَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدِيءِ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بَيْرِ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةَ ذِرَاعٍ مِنْ تَوَاحِيهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاحِيهَا كُلِّهَا . وَلِأَنَّهُ مَعْنَى يُمْلِكُ بِهِ الْمَوَاتِ ، فَلَا يَقِفُ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، كَالْحَائِطِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْبَيْرِ لَا تَنْحَصِرُ فِي تَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَا حَوْلَهَا عَطْنَا لِإِبْلِهِ ، وَمَوْقِفًا لِلدَّوَابِّ وَغَنَمِهِ ، وَمَوْضِعًا يَجْعَلُ فِيهِ أَحْوَاضًا يَسْقَى مِنْهَا مَا شِئْتَهُ ، وَمَوْقِفًا لِدَابَّتِهِ الَّتِي يَسْتَقْبَى (١٠) عَلَيْهَا ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ، فَلَا يَخْتَصُّ الْحَرِيمُ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ (١١) لِتَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَحَدِيثُنَا أَصَحُّ مِنْهُ ، وَرَوَاهُمَا أَبُو هُرَيْرَةَ ، فَيَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ هَذَا الْحَرِيمَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ الْبَيْرِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَاضِي ، لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ هَذَا .

فصل : ولا بد أن يكون البئر فيها ماء ، وإن لم يصل إلى الماء ، فهو كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ . وَيَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي الْبَيْرِ الْعَادِيَّةِ عَلَى الْبَيْرِ الَّتِي انْطَمَّتْ وَذَهَبَ مَآؤُهَا ، فَجَدَّدَ حَفْرَهَا وَعِمَارَتَهَا ، أَوْ انْقَطَعَ مَآؤُهَا ، فَاسْتَحْرَجَهُ ، لِيَكُونَ ذَلِكَ إِحْيَاءً لَهَا . وَأَمَّا الْبَيْرُ الَّتِي لَهَا مَاءٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ احْتِجَارُهُ وَمَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعَادِينِ الظَّاهِرَةِ ، الَّتِي يَرْتَفِقُ بِهَا النَّاسُ ، وَهَكَذَا الْعِيُونَ النَّابِغَةُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا . وَلَوْ حَفَرَ رَجُلٌ بَيْرًا لِلْمُسْلِمِينَ

(٨) البديء : المبتدأ حفره ، أى المحدث .

(٩) فى : باب إحياء الأرضين واحتجارها الأموال ٢٩٢ .

(١٠) فى الأصل : « يسقى الماء » .

(١١) فى الأصل : « البئر » .

يَتَفَعُّونَ بِهَا ، أَوْ لِيَتَفَعَّعَ هُوَ بِهَا مَدَّةً إِقَامَتِهِ عِنْدَهَا تَمْ تَرْكُهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَكَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، فَإِذَا تَرَكَهَا صَارَتْ لِلْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، كَالْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَمَادَامَ مُقِيمًا عِنْدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ إِلَيْهَا ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِإِنْسَانٍ شَجَرَةٌ فِي مَوَاتٍ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا قَدْرَ مَا تَمُدُّ إِلَيْهِ أَغْصَانُهَا حَوَالِيهَا ، وَفِي النَّخْلَةِ مَدُّ جَرِيدِهَا ؛ / لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، قَالَ : اخْتَصِمَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي حَرِيمِ نَخْلَةٍ ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا قُدْرِعَتْ ، فَكَانَتْ سَبْعَةَ ^(١٣) أَذْرُعٍ أَوْ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ، فَقَضَى بِذَلِكَ . وَإِنْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي مَوَاتٍ ، فَهِيَ لَهُ وَحَرِيمُهَا . وَإِنْ سَبَقَ إِلَى شَجَرٍ مُبَاحٍ ، كَالزَّيْتُونِ وَالْحُرُوبِ ، فَسَقَاهُ وَأَصْلَحَهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِنْ طَعَمَهُ مَلَكَهُ بِذَلِكَ وَحَرِيمَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَهَيَّأَ لِلْإِنْتِفَاعِ بِهِ لَمَّا يَرَادُ مِنْهُ ، فَهُوَ كَسُقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الْمَوَاتِ ؛ وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١٤) .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ لَهُ بَيْتْرٌ فِيهَا مَاءٌ ، فَحَفَرَ آخَرَ قَرِيبًا مِنْهَا بَيْتْرًا يَنْسَرِقُ إِلَيْهَا مَاءُ الْبَيْتْرِ الْأُولَى ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ مَا كَانَ مُحْتَفِرُ الثَّانِيَةِ فِي مِلْكِهِ ، مِثْلَ رَجُلَيْنِ مُتَجَاوِرَيْنِ فِي دَارَيْنِ ، حَفَرَ أَحَدُهُمَا فِي دَارِهِ بَيْتْرًا ، ثُمَّ حَفَرَ الْآخَرَ بَيْتْرًا أَعْمَقَ مِنْهَا ، فَسَرَى إِلَيْهَا مَاءُ الْأُولَى ، أَوْ كَاتَنَا فِي مَوَاتٍ ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا ، فَحَفَرَ بَيْتْرًا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرَ فَحَفَرَ قَرِيبًا مِنْهَا بَيْتْرًا تَجْتَذِبُ مَاءَ الْأُولَى . وَوَأَفَقَ الشَّافِعِيُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَدَيَّءَ مِلْكَهُ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِالْمَلِكِ قَبْلَهُ . وَقَالَ فِي الْأُولَى : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحًا فِي مِلْكِهِ ، فَجَازَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَتَغْلِيَةِ دَارِهِ . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ مَا يُحْدِثُهُ الْجَارُ مِمَّا يَضُرُّ بِجَارِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَذْبَعَةً ، أَوْ حَمَامًا يَضُرُّ بِعَقَارِ جَارِهِ بِحَمِي نَارِهِ وَرَمَادِهِ

(١٢) فِي : بَابِ أَبْوَابِ مِنَ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٨٤ .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « سِتَّةٌ » .

(١٤) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٥٢ .

وَدُخَانِهِ ، أَوْ يَحْفِرَ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ حُشًّا^(١٥) يَتَأَذَى جَارَهُ بِرَائِحَتِهِ وَغَيْرِهَا ، أَوْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَحْبِزًا فِي وَسْطِ الْعَطَّارِينَ وَنَحْوِهِ ، مِمَّا يُؤَذَى جِيرَانَهُ ، فَلَا يَجِلُّ لَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، أَشْبَهَ بِنَاءَهُ وَتَقْضِيَهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(١٦) . وَلِأَنَّهُ إِحْدَاثُ ضَرَرٍ بِجَارِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالَّذِيقِ الَّذِي يَهْزُ الْحَيْطَانَ وَيُخْرِبُهَا ، وَكَالِقَاءِ السَّمَادِ وَالتُّرَابِ وَنَحْوِهِ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ عَلَى وَجْهِ يَضْرِبُهُ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ مَصْنَعُ مَاءٍ ، فَأَرَادَ جَارُهُ غَرْسَ شَجَرَةٍ تَبِينُ^(١٧) قَرِيبًا مِنْهُ^(١٨) أَوْ نَحْوَهَا مِمَّا تَسْرِي غُرُوقُهُ فَتَشُقُّ حَائِطَ مَصْنَعِ جَارِهِ ، وَتَتَلَفُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَكَانَ لِجَارِهِ مَنَعُهُ وَقَلْعُهَا إِنْ غَرَسَهَا . وَلَوْ كَانَ هَذَا الَّذِي يَحْصُلُ مِنْهُ الضَّرَرُ سَابِقًا ، مِثْلَ مَنْ لَهُ فِي مِلْكِهِ مَذْبَعَةٌ أَوْ مَقْصَرَةٌ ، فَأَحْيَا إِنْسَانَ إِلَى جَانِبِهِ مَوَاتًا ، وَبَنَاهُ دَارًا ، يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ إِزَالَةُ الضَّرَرِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ ضَرَرًا . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

و ١٤٥/٥

٩١٧ - مسألة ؛ قال : (وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا أَحْيَاهُ ، أَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ)

وجملة ذلك ، أن إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام . وبهذا قال الشافعي ؛ وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يفتقر إلى إذن ؛ لأن للإمام مدخلاً في النظر في ذلك ، بدليل أن من تحجر مواتاً فلم يحيه ، فإنه يطالبه بالإحياء أو الترك ، فافتقر إلى إذن ، كإل بيت المال . ولنا ، عموم قوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً^(١) ، فَهِيَ لَهُ »^(٢) . ولأن هذا عين مباحة ، فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام ، كأخذ

(١٥) الخش : بيت الخلاء .

(١٦) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨ - ١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٥ .

الحشيش والحطب ، ونظر الإمام في ذلك لا يدُلُّ على اعتبارِ إذنه ، ألا ترى أن من وقف في مشرعة ، طالبه الإمام أن يأخذ حاجته ويتصرف ، ولا يفتقر ذلك إلى إذنه . وأما ما بُيت المال ، فإنما هو مملوك للمسلمين ، وللإمام ترتيب مصارفه فافتقر إلى إذنه ، بخلاف مسألتنا ، فإن هذا مباح ، فمن سبق إليه كان أحق الناس به ، كالحشيش والحطب والصيود والثمار المباحة في الجبال .

فصل : فأما ما سبق إليه ، فهو الموات إذا سبق إليه فتحجره ، كان أحق ، وإن سبق إلى بئر^(٣) عادية ، فشرع فيها يعمرها ، كان أحق بها . ومن سبق إلى^(٣) مقاعد الأسواق والطرق ، أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة ، وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال ، وما ينزله الناس رغبة عنه ، أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس ، واللقطة^(٤) واللقيط ، وما يسقط من الثلج وسائر المباحات ، من سبق إلى شيء من هذا ، فهو أحق به ، ولا يحتاج إلى إذن الإمام ، ولا إذن غيره ؛ لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به »^(٥) .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥) تقدم تحريجه في صفحة ١٥٢ .

كتاب الوُوقِفِ والعَطَايَا

والوُوقِفُ : جَمْعُ وَقِفٍ ، يُقَالُ مِنْهُ : وَقَفْتُ وَقَفًا . وَلَا يُقَالُ : أَوْقَفْتُ . إِلَّا فِي شَاذِّ اللَّغَةِ ، وَيُقَالُ : حَبَسْتُ وَأَحْبَسْتُ . وَبِهِ جَاءَ الْحَدِيثُ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتُ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا »^(١) . وَالْعَطَايَا : جَمْعُ عَطِيَّةٍ ، مِثْلُ حَلِيَّةٍ وَخَلَايَا ، وَبِلَايَةٍ وَبَلَايَا . وَالْوَقْفُ مُسْتَحَبٌّ . وَمَعْنَاهُ : تَحْيِيسُ الْأَصْلِ ، وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ ، قَالَ : أَصَابَ عَمْرٌ أَرْضًا بِحَيْرٍ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا فَقَالَ / يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِحَيْرٍ ، لَمْ أَصِبْ قَطُّ مَالًا أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهَا ؟ فَقَالَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتُ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُبَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُبْتَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قَالَ : فَتَصَدَّقَ بِهَا عَمْرٌ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَالرَّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّيْفِ ، لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فِيهِ ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ »^(٣) . قَالَ

١٤٥/٥ ظ

(١) من الحديث الآتي تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في الوقف ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٣/٢٦٠ ، ٤/١١ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، في : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ٣/١٢٥٥ ، ١٢٥٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا سنن أبي داود ٢/١٠٥ . والترمذي ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦/١٤٣ . والنسائي ، في : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحباس . المجتبى ٦/١٩١ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم =

التِّرْمِذِيُّ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنَ السَّلَفِ وَمَنْ بَعْدَهُمْ عَلَى الْقَوْلِ بِصِحَّةِ الْوَقْفِ. قَالَ جَابِرٌ: لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدَرَةٍ إِلَّا وَقَفَ. وَلَمْ يَرِ شَرْيْحُ الْوَقْفِ، وَقَالَ: لَا حَيْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ. قَالَ أَحْمَدُ: وَهَذَا مَذْهَبُ أَهْلِ الْكُوفَةِ. وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَلْزَمُ بِمُجَرِّدِهِ، وَلِلْوَاقِفِ الرَّجُوعُ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَيَلْزَمُ، أَوْ يَحْكُمَ بِلُزُومِهِ حَاكِمٌ. وَحَكَاهُ بَعْضُهُمْ عَنْ عَلِيٍّ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَابْنِ عَبَّاسٍ. وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ، فَقَالَا كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ. وَاجْتَحَجَّ بَعْضُهُمْ بِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ، صَاحِبَ الْأَذَانِ، جَعَلَ حَائِطَهُ صَدَقَةً، وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَجَاءَ أَبُوهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَمْ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلَّا هَذَا الْحَائِطُ. فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ مَاتَا، فَوَرِثَهُمَا. رَوَاهُ الْمَحَامِلِيُّ^(٤) فِي «أَمَالِيهِ»^(٥)، وَلِأَنَّهُ أَخْرَجَ مَالَهُ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ مِنْ مَلِكِهِ، فَلَمْ يَلْزَمَ بِمُجَرِّدِ الْقَوْلِ، كَالصَّدَقَةِ. وَهَذَا الْقَوْلُ يُخَالِفُ السُّنَّةَ الثَّابِتَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَإِجْمَاعَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعُمَرَ فِي وَقْفِهِ: «لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا، وَلَا يُتَّاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ». قَالَ التِّرْمِذِيُّ: الْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ، لَا تَعْلَمُ بَيْنَ «أَحَدٍ مِنْ^(٦) الْمُتَقَدِّمِينَ مِنْهُمْ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا. قَالَ الْحَمِيدِيُّ: تَصَدَّقَ أَبُو بَكْرٍ بِدَارِهِ عَلَى وَلَدِهِ، وَعُمَرُ بِرَبْعِهِ عِنْدَ الْمَرْوَةِ عَلَى وَلَدِهِ، وَعَثْمَانُ بِرُومَةَ^(٧)، وَتَصَدَّقَ عَلِيُّ بِأَرْضِهِ بَيْنِيعَ، وَتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ «وَدَارِهِ بِمِصْرَ وَأَمْوَالِهِ بِالْمَدِينَةِ» عَلَى وَلَدِهِ،

= ١٢٥٥/٣. وَأَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي مَا جَاءَ فِي الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيْتِ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا. سَنَنِ ابْنِ دَاوُدَ ١٠٦/٢.

والتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ فِي الْوَقْفِ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٤٤/٦. وَالنَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ فَضْلِ الصَّدَقَةِ عَنِ الْمَيْتِ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا. الْمَجْتَبَى ٢١٠/٦. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٣٧٢/٢.

(٤) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَسَنِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدِ الضُّبِيِّ الْحَمَامِيِّ الْقَاضِيِ الْفَقِيهِ، صَاحِبُ «الْأَمَالِي» الْمُتَوَفَى سَنَةَ ثَلَاثِينَ وَثَلَاثِمِائَةٍ. تَارِيخُ التَّرَاثِ الْعَرَبِيِّ ٣٥٧/١/١.

(٥) وَذَكَرَهُ الْمَزْيِيُّ وَعَزَاهُ إِلَى النَّسَائِيِّ فِي الْكِبَرِيِّ. تَحْفَةُ الْأَشْرَافِ ٣٤٥/٤.

(٦) (٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٧) أَي: بِرُومَةَ الْمَدِينَةِ.

٨) وَتَصَدَّقَ سَعْدٌ بِدَارِهِ بِالْمَدِينَةِ وَدَارِهِ بِمِصْرَ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعَمْرُو بْنُ الْعَاصِ بِالْوَهْطِ (٩) وَدَارِهِ بِمَكَّةَ عَلَى وَلَدِهِ (٨) ، وَحَكِيمُ بْنُ حَزَامٍ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةَ عَلَى وَلَدِهِ ، فَذَلِكَ كُلُّهُ إِلَى الْيَوْمِ . وَقَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ إِلَّا وَقَفَ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الَّذِي قَدَّرَ مِنْهُمْ عَلَى الْوَقْفِ وَقَفَ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ، فَلَمْ يَنْكُرْهُ أَحَدٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مَلِكٍ يَلْزَمُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا نَجَزَهُ حَالَ الْحَيَاةِ لَزِمَ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، كَالْعِتْقِ . وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ إِنْ ثَبَتَ ، فَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ الْوَقْفِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ جَعَلَهُ صَدَقَةً غَيْرَ مَوْقُوفٍ ، اسْتِنَابَ فِيهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَرَأَى وَالِدَيْهِ أَحَقَّ النَّاسِ بِصَرْفِهَا إِلَيْهِمَا ، وَلِهَذَا لَمْ يُرَدِّهَا عَلَيْهِ ، إِنَّمَا دَفَعَهَا إِلَيْهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْحَائِطَ كَانَ لهُمَا ، وَكَانَ هُوَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِحُكْمِ النَّبِيَّاتِ عَنْهُمَا ، فَتَصَرَّفَ بِهَذَا التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمَا ، فَلَمْ يُنْفَذَاهُ ، وَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَرَدَّهُ إِلَيْهِمَا . وَالْقِيَاسُ عَلَى الصَّدَقَةِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تُلْزَمُ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَإِنَّمَا تَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ ، وَالْوَقْفُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ ، فَافْتَرَقَا .

٩١٨ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي صِحَّةٍ مِنْ عَقْلِهِ وَبَدَنِهِ ، عَلَى قَوْمٍ وَأَوْلَادِهِمْ وَعَقِبِهِمْ ثُمَّ آخَرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَقَدَّرَ أَلْ مَلِكُهُ عَنْهُ) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلَاثَةٌ :

أحدها : أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا صَحَّ ، زَالَ بِهِ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَعَنْ أَحْمَدَ : لَا يُزُولُ مِلْكُهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَحُكْمِي قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « حَبْسِ الْأَصْلِ ، وَسَبِيلِ الثَّمَرَةِ » (١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَبَبٌ يُزِيلُ التَّصَرُّفَ فِي

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) الوهط : مال كان لعمر بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج .

(١) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ وهذه الرواية أخرجهما النسائي ، في : باب حبس المشاع ، من كتاب =

الرَّقِيبَةِ وَالْمُنْفَعَةِ ، فَأَزَالَ الْمَلِكُ ، كَالْعَتِقِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِلْكُهُ لَرَجَعَتْ إِلَيْهِ قِيمَتُهُ ، كَالْمَلِكِ الْمُطْلَقِ ، وَأَمَّا الْخَيْرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَكُونَ مَحْبُوسًا ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّا إِذَا حَكَمْنَا بِنِقَاءِ مِلْكِهِ ، لَزِمَتْهُ مُرَاعَاتُهُ ، وَالْخُصُومَةُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزِمَهُ أَرَشُ جِنَايَتِهِ ، كَمَا يَفْدَى أُمُّ الْوَالِدِ سَيِّدَهَا لَمَّا تَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَالِكِ .

الفصل الثاني : أَنْ ظَاهَرَ هَذَا الْكَلَامُ ، أَنَّهُ يُزُولُ الْمَلِكُ ، وَيَلْزِمُ الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَجَمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَلْزِمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَإِخْرَاجِ الْوَاقِفِ لَهُ عَنْ يَدِهِ . وَقَالَ : الْوَقْفُ الْمَعْرُوفُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَيُوكَّلُ فِيهِ مَنْ يَقُومُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ / بِمَالٍ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، ١٤٦/٥ ط
 مَارَوْنِيَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعَتِقِ ، وَيُفَارِقُ الْهَبَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مُطْلَقًا ، وَالْوَقْفُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمُنْفَعَةِ ، فَهُوَ بِالْعَتِقِ أَشْبَهُ ، فَالْحَاقَهُ بِهِ أَوْلَى .

الفصل الثالث : أَنَّهُ لَا يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ مَنْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْقَبُولُ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، لَمْ يَنْتَقِرْ إِلَى قَبُولِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَفِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشْتِرَاطُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، (فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبُولُ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْ كَانَتْ لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ^٢ ، وَقَفَّتْ عَلَى قَبُولِهِ ، وَإِذَا كَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ لِمَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لَمْ تَنْتَقِرْ إِلَى قَبُولِ ، كَذَا هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْوَقْفِ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ الْقَبُولُ ، كَالنَّوْعِ

= الْأَحْيَاسِ . الْمُجْتَبَى ٦/١٩٣ ، ١٩٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ وَقَفَ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ . ٨٠١/٢ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

الآخر ، ولأنه إزاله ملك يمنع البيع والهبة والميراث ، فلم يُعتبر فيه القبول ، كالعتق ، 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 مرَّتب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برّد واحد منهم ، ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي . فإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول . لم يبطل برّده ، وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً ، كالعتق . وإن قلنا : يفتقر إلى القبول . فرده من وقف عليه ، بطل في حقه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء . يُخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان ، بناء على تفريق الصفة . فإن قلنا بصحته ، فهل ينتقل في الحال إلى من بعده ، أو يُصرف في الحال إلى مصرف في (٣) الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ، ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين . وسندكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم ، في ظاهر المذهب . قال أحمد : إذا وقف داره على ولده أجيء ، صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه ، وروى عن أحمد ، أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه ، في من وقف على ورثته في مرضه : يجوز ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة ، وإنما ينتفعون/ بعقلها . وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون . ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون ، أن لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف . وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك في الوقف للألزم ، بل يكون حقاً لله تعالى ؛ لأنه إزاله ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية ، بتملك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى ، كالعتق . ولنا ، أنه (٤) سبب يُزيل ملك الواقف ، وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يُخرج المال عن ماله ، فوجب أن

و ١٤٧/٥

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) ف : « أن » .

يُنْقَلُ الْمِلْكُ إِلَيْهِ ، كَالْهَبِيَةِ وَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ لَمْ يَلْزَمْ كَالْعَارِيَةِ
وَالسُّكْنَى ، وَلَمْ يَزُلْ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ كَالْعَارِيَةِ ، وَيُفَارِقُ الْعِتْقَ ، فَإِنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ
الْمَالِيَّةِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصْرِيفِ فِي الرَّقَبَةِ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ ، كَأَمِّ الْوَالِدِ .

فصل : وَأَلْفَاظُ الْوَقْفِ سِتَّةٌ ، ثَلَاثَةٌ صَرِيحَةٌ ، وَثَلَاثَةٌ كِنَايَةٌ ، فَالصَّرِيحَةُ :
وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَّلْتُ . مَتَى أُنِيَ بِوَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثِ ، صَارَ وَقْفًا مِنْ غَيْرِ
اِنْضِمَامِ أَمْرِ زَائِدٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ ثَبَتَ لَهَا عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ بَيْنَ النَّاسِ ، وَانضَمَّ
إِلَى ذَلِكَ عُرْفُ الشَّرْعِ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعِمْرَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَّلْتَ
ثَمَرَتَهَا » (٥) . فَصَارَتْ هَذِهِ الْأَلْفَاظُ فِي الْوَقْفِ كَلْفِظِ التَّطْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ . وَأَمَّا
الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ . فَلَيْسَتْ صَرِيحَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ
وَالتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الزَّكَاةِ وَالْهَبَاتِ ، وَالتَّحْرِيمُ يُسْتَعْمَلُ
فِي الظُّهَارِ وَالْأَيْمَانِ ، وَيَكُونُ تَحْرِيمًا عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَالتَّأْيِيدُ يَحْتَمِلُ تَأْيِيدَ
التَّحْرِيمِ ، وَتَأْيِيدَ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ عُرْفُ الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَا يَحْصُلُ
الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِهَا ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ فِيهِ . فَإِنْ انضَمَّ إِلَيْهَا أَحَدُ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، حَصَلَ
الْوَقْفُ بِهَا ، أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْضَمَّ إِلَيْهَا لَفْظَةٌ أُخْرَى تُخَلِّصُهَا مِنَ الْأَلْفَاظِ الْخَمْسَةِ ، فَيَقُولُ :
صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُحَرَّمَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ . أَوْ يَقُولُ : هَذِهِ
مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ . الثَّانِي ، أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَاتِ
الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ : صَدَقَةٌ لِاتِّبَاعِ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةَ تُزِيلُ
الِاسْتِزَاكَ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَنْوِيَ الْوَقْفَ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا نَوَى ، إِلَّا أَنَّ النِّيَّةَ / تَجْعَلُهُ وَقْفًا
فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ ، لِغَيْبِ الْإِطْلَاقِ عَلَى مَا فِي الضَّمَائِرِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمَا نَوَاهُ ،
لَزِمَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِظُهُورِهِ ، وَإِنْ قَالَ : مَا أَرَدْتُ الْوَقْفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا
نَوَى .

(٥) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ ، ١٨٦ .

فصل : وظاهرُ مذهبِ أحمدَ أنَ الوَقْفَ يَحْصُلُ بِالفِعْلِ مَعَ القَرَائِنِ الدَّالَّةِ عَلَيْهِ ، مِثْلَ أنَ يَبْنِي مَسْجِدًا ، وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ مَقْبِرَةً ، وَيَأْذَنُ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً ، وَيَأْذَنُ فِي دُخُولِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ : فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَأَبِي طَالِبٍ ، فِي مَنْ أَدْخَلَ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ وَأَذِنَ فِيهِ ، لَمْ يَرْجِعْ فِيهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا^(٦) اتَّخَذَ الْمَقَابِرَ وَأَذِنَ لِلنَّاسِ ، وَالسَّقَايَةَ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَصِيرُ وَقْفًا إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَخَذَهُ الْقَاضِي مِنْ قَوْلِ أَحْمَدَ ، إِذْ سَأَلَهُ الْأَثَرُمُ عَنْ رَجُلٍ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، لِيَجْعَلَهَا مَقْبِرَةً ، وَتَوَى بِقَلْبِهِ ، ثُمَّ بَدَّلَهُ الْعَوْدُ ؟ فَقَالَ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لِلَّهِ ، فَلَا يَرْجِعُ . وَهَذَا لَا يُنَافِي الرِّوَايَةَ الْأُولَى ، فَإِنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : إِنْ كَانَ جَعَلَهَا لِلَّهِ أَي تَوَى بِتَحْوِيلِهَا جَعَلَهَا لِلَّهِ . فَهَذَا تَأْكِيدٌ لِلرِّوَايَةِ الْأُولَى ، وَزِيَادَةٌ عَلَيْهَا ، إِذْ مَنَعَهُ مِنَ الرُّجُوعِ بِمُجَرَّدِ التَّحْوِيلِ مَعَ النِّيَّةِ . وَإِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : جَعَلَهَا لِلَّهِ . أَي : اقْتَرَنْتَ بِفِعْلِهِ قَرَائِنُ دَالَّةٌ عَلَى إِرَادَةِ ذَلِكَ ، مِنْ إِذْنِهِ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، فَهِيَ الرِّوَايَةُ الْأُولَى بِعَيْنِهَا ، وَإِنْ أَرَادَ : وَقَفَهَا^(٧) بِلِسَانِهِ ، فَيَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ التَّحْوِيلِ وَالنِّيَّةِ ، وَهَذَا لَا يُنَافِي الرِّوَايَةَ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُ فِي الْأُولَى انضَمَّ إِلَى فِعْلِهِ إِذْنُهُ لِلنَّاسِ فِي الدَّفْنِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هَهُنَا ، فَلَا تُنَافِي بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ لَمْ يُعْلَمْ مُرَادُهُ مِنْ هَذِهِ الاحْتِمَالَاتِ ، فَاتَّفَتْ هَذِهِ الرِّوَايَةُ ، وَصَارَ الْمَذْهَبُ رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ هَذَا تَحْيِيسُ أَصْلٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَصِحَّ بَدْوَنَ اللَّفْظِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِذَلِكَ ، وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى الْوَقْفِ ، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ ، كَالْقَوْلِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَنْ قَدَّمَ إِلَى ضَيْفِهِ طَعَامًا ، كَانَ إِذْنًا فِي أَكْلِهِ ، وَمَنْ مَلَأَ خَابِيَةَ مَاءٍ عَلَى الطَّرِيقِ ، كَانَ تَسْبِيلًا لَهُ ، وَمَنْ نَثَرَ عَلَى النَّاسِ نِتَارًا ، كَانَ إِذْنًا فِي التِّقَاطِ ، وَأَبِيحَ أَخَذَهُ . وَكَذَلِكَ دُخُولُ الْحَمَّامِ ، وَاسْتِعْمَالُ مَائِهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ مُبَاحٌ بِدَلَالَةِ الْحَالِ . وَقَدْ قَدَّمْنَا فِي الْبَيْعِ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالْمُعَاطَاةِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ ،

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَانَ » .

(٧) فِي ب ، م : « وَقَفَا » .

وكذلك الهبة والهدية، لدلالة الحال، فكذلك ههنا. وأما الوقف على المساكين، ١٤٨/٥ و
 فلم تجر به عادة بغير لفظ، ولو كان شيء جرت به العادة، أو دلت الحال عليه، كان
 كمسألتنا. والله أعلم.

٩١٩ - مسألة؛ قال: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ)

وجملة ذلك أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً، فقد صارت منافعها جميعها للموقوف
 عليه، وزال عن الواقف ملكه، وملك منافعها، فلم يجوز أن يتفجع بشيء منها، إلا أن
 يكون قد وقف شيئاً للمسلمين، فيدخل في جملتهم، مثل أن يقف مسجداً، فله
 أن يصلّي فيه، أو مقبرة فله الدفن فيها، أو بئراً للمسلمين، فله أن يستقي منها،
 أو سقاية، أو شيئاً يعم المسلمين، فيكون كأحدِهِمْ. لا تعلم في هذا كله خلافاً.
 وقد روى عن عثمان بن عفان، رضي الله عنه، أنه سئل بئر رومة، وكان دلوها فيها
 كدلاء المسلمين.

٩٢٠ - مسألة؛ قال: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ، فَيَكُونُ لَهُ مِقْدَارُ مَا
 يَشْتَرِطُ)

وجملته أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن يتفق منه على نفسه، صح الوقف
 والشروط. نص عليه أحمد. قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: يشترط في الوقف أنني
 أتفق على نفسي وأهلي منه؟ قال: نعم. واحتج، قال: سمعت ابن عيينة، عن ابن
 طاوس، عن أبيه، عن حنبل المدري، أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها
 أهلها بالمعروف غير المنكر. وقال القاضي: يصح الوقف، برواية واحدة؛ لأن أحمد
 نص عليها في رواية جماعة. وبذلك قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو يوسف،
 والزيبي، وابن سريج. وقال مالك، والشافعي، ومحمد بن الحسن: لا يصح
 الوقف؛ لأنه إزالة الملك، فلم يجوز اشتراط نفعه لنفسه، كالبيع والهبة، وكالواعتق
 عبداً بشرط أن يخدمه، ولأن ما يتفق على نفسه مجهول، فلم يصح اشتراطه، كما
 لو باع شيئاً واشترط أن يتفجع به. ولنا، الخبر الذي ذكره الإمام أحمد، ولأن عمر

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمَّا وَقَفَ قَالَ : وَلَا بَأْسَ عَلَيَّ مِنْ وَلِيِّهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ،
 غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ ^(١) . وَكَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ . وَلِأَنَّهُ إِذَا وَقَفَ وَقَفًا عَامًّا ،
 كَالْمَسَاجِدِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالرَّبَاطَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ، كَانَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ
 هُنَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، أَوْ مُدَّةَ مَعْلُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ ،
 وَسِوَاءٍ قَدَّرَ مَا يَأْكُلُ مِنْهُ ، أَوْ أَطْلَقَهُ / ؛ فَإِنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمْ يُقَدِّرْ مَا يَأْكُلُ
 الْوَالِي وَيُطْعِمُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : بِالْمَعْرُوفِ . وَفِي حَدِيثِ صَدَقَةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، أَنَّهُ شَرَطَ
 أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مُدَّةَ مُعَيَّنَةٍ . فَمَاتَ
 فِيهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَالْوَبَاعِ دَارًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَسْكُنَهَا سَنَةً ، فَمَاتَ
 فِي أَثْنَائِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ظ ١٤٨/٥

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهُ ، صَحَّ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَرَطَ
 ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ . وَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مَنْ وَوَلِيَهُ مِنْهُ ، وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ
 رَضِيَ اللهُ عَنْهُ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ ، الَّتِي اسْتَشَارَ فِيهَا رَسُولَ اللهِ ﷺ ، فَإِنْ وَوَلِيَهَا
 الْوَأَقِفُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ وَوَلِيَ صَدَقَتَهُ . وَإِنْ وَوَلِيَهَا أَحَدًا مِنْ
 أَهْلِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ كَانَتْ تَلِي صَدَقَتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، ثُمَّ وَوَلِيَهَا بَعْدَهَا
 عَبْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ،
 وَلَا الْوَقْفُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُفْتَضَى الْوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ
 الشَّرْطُ ، وَيَصِحَّ الْوَقْفُ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي
 الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ :
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ ، فَجَازَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالِإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ

(١) تقدم في صفحة ١٨٤ .

شَرَطُ يَنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَشْرَطِ أَنْ لَهُ يَبْعُهُ مَتَى شَاءَ ، وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مَلِكٍ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْعِتْقِ ^(١) ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالِهَبَةِ . وَيُفَارِقُ الْإِجَارَةَ ، فَإِنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، وَهِيَ تَوْعُّجٌ مِنَ الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا دَخَلَ فِي الْعَقْدِ ، مَنَعَ ثُبُوتَ حُكْمِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ أَوْ التَّصَرُّفِ ، وَهَهُنَا لَوْ ثَبَّتَ الْخِيَارُ ، لَثَبَّتْ مَعَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَمْنَعِ التَّصَرُّفَ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ يُخْرِجَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيُدْخِلَ مَنْ شَاءَ مِنْ غَيْرِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطُ يَنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَأَقْسَدَهُ . كَالْوَشْرَطِ أَنْ لَا يَتَنَفَّعَ بِهِ ^(٢) . وَإِنْ شَرَطَ لِلنَّاطِرِ أَنْ يُعْطَى مِنْ يَشَاءُ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيَحْرِمَ مَنْ يَشَاءُ ، جَازَ / ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِإِخْرَاجٍ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنَ الْوَقْفِ ، وَإِنَّمَا عَلَّقَ اسْتِحْقَاقَ الْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ حَقًّا فِي الْوَقْفِ ، إِذَا اتَّصَفَ بِإِرَادَةِ الْوَالِي لِعَطِيَّتِهِ ^(٤) ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ حَقًّا إِذَا انْتَفَتِ تِلْكَ الصِّفَةُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْمُشْتَعِلِينَ بِالْعِلْمِ ^(٥) مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُمْ مَنْ اشْتَعَلَ بِهِ دُونَ مَنْ لَمْ يَشْتَعِلْ ، فَلَوْ تَرَكَ الْمُشْتَعِلُ الْاشْتِعَالَ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ^(٦) ، وَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا جَعَلَ عَلُو دَارِهِ مَسْجِدًا دُونَ سُفْلِهَا ، أَوْ سُفْلَهَا دُونَ عَلْوِهَا ، صَحَّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَاؤُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهَا ، كَذَلِكَ يَصِحُّ ^(٧) وَقْفُهُ ، كَالدَّارِ جَمِيعِهَا ، وَلِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمَلِكَ إِلَى مَنْ يَثْبُتُ لَهُ حَقُّ الْاسْتِقْرَارِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَجَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالْبَيْعِ .

(٢) فِي ب ، م : « كَالْعَقْدِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بَعْطِيَّتِهِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ،

(٦) فِي ب ، م : « الْاسْتِحْقَاقِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَصَحَّ » .

فصل : وإن جعلَ وَسَطَ دارِهِ مَسْجِدًا ، ولم يَذْكَرِ الاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ ، وقال أبو حنيفةٌ : لا يَصِحُّ حتى يَذْكَرَ الاسْتِطْرَاقَ . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُبِيحُ الاِئْتِفاعَ ، من ضَرُورَتِهِ الاسْتِطْرَاقُ ، فَصَحَّ ، وإن لم يَذْكَرِ الاسْتِطْرَاقَ ، كما لو أَجَرَ بَيْتًا من دارِهِ .

فصل : إِذا وَقَفَ على نَفْسِهِ ، ثم على المَساكِينِ ، أو على وَلَدِهِ ، ففيهِ رِوايَتانِ ؛ إِحداهما ، لا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قال ، في رِوايةِ أَبِي طالِبٍ ، وقد سُئِلَ عن هذا ، فقال : لا أَعْرِفُ الوَقْفَ إِلا ما أَخْرَجَهُ اللهُ ، ^(٨) (وفي سَبِيلِ اللهِ ^(٩)) ، فَإِذا وَقَفَهُ عَلَيْهِ حتى يَمُوتَ ، فلا أَعْرِفُهُ . فعلى هذه الرِّوايةِ يَكُونُ الوَقْفُ عَلَيْهِ باطلاً . وهل يَبْطُلُ الوَقْفُ على مَنْ بَعْدَهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءٍ على الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الاِبتداءِ . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكًا لِلرِّقَبَةِ والمَنْفَعَةِ ^(٩) ، ولا يَجوزُ أَنْ يَمْلِكَ الْإِنسانُ نَفْسَهُ من نَفْسِهِ ، كما لا يَجوزُ أَنْ يَبِيعَ نَفْسَهُ مالًا نَفْسِهِ ، ولأنَّ الوَقْفَ على نَفْسِهِ إِثْمًا حاصِلُهُ مَنعُ نَفْسِهِ التَّصَرُّفَ في رِقَبَةِ المِلكِ ، فلم يَصِحَّ ذلك ، كما لو أفرَدَهُ بأن يَقولَ : لا أَبِيعُ هذا ولا أَهْبُهُ ولا أُورِثُهُ . ونَقَلَ جَماعَةٌ أَنَّ الوَقْفَ صَحِيحٌ ، اختارَهُ ابنُ أَبِي موسى . قال ابنُ عَقيلٍ : وهى أَصَحُّ . وهو قولُ ابنِ أَبِي لَيْلى ، وابنِ شَبْرَمَةَ ، وأبى يوسَفَ ، وابنِ سُرَيجٍ ؛ لما ذَكَرنا فيما إِذا اشْتَرَطَ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ من مَنافِعِهِ ، ولأنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَقِفَ وَقْفًا عامًّا فَيَنْتَفِعَ بِهِ ، كذلك إِذا حَصَّ نَفْسَهُ بِانْتِفاعِهِ ، والأوَّلُ أَقْبَسُ .

١٤٩/٥ ظ ٩٢١ - مسألة ؛ قال : (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية ، إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم)

في هذه المسألة فصول أربعة :

(٨ - ٨) في الأصل : « أو سبله » .

(٩) في الأصل : « أو للمنفعة » .

الأول : أنه إذا وَقَفَ على قَوْمٍ وأَوْلَادِهِم وَعَقِبِهِم وَنَسْلِهِم ، كان الوَقْفُ بين القَوْمِ وأَوْلَادِهِم ، وَمَنْ حَدَّثَ مَنْ نَسْلِهِم ، على سَبِيلِ الاِشْتِرَاكِ ، إن لم تَقْتَرِنْ به قَرِينَةً تَقْتَضِي تَرْتِيْبًا ؛ لأنَّ الواو تَقْتَضِي الاِشْتِرَاكَ ، فإذا اجْتَمَعُوا اشْتَرَكُوا ، ولم يُقَدِّمَ بعضهم على بعض ، ويُشَارِكُ الآخِرُ الأوَّلَ ، وإن كان من البَطْنِ العاشِرِ ، وإذا حَدَّثَ حَمَلٌ لم يُشَارِكْ حتى يَنْفَصِلَ ؛ لأنَّهُ يَحْتَمِلُ أن لا يكون حَمَلًا ، فلا يَثْبُتُ له حُكْمُ الوَلَدِ قَبْلَ انْفِصَالِهِ .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ على أَوْلَادِي ، ثم على المَسَاكِينِ . أوقال : عَلَى وَوَلَدِي ، ثم على المَسَاكِينِ . أو على وَلَدِ فُلَانٍ ، ثم على المَسَاكِينِ . فقد رَوَى عن أحمد ما يُدَلُّ على أنه يكون وَقْفًا على أولاده ، وأَوْلَادِ أولاده ، من الأَوْلَادِ البَيْنِ ، ما لم تكن قَرِينَةً تَصْرِفُ عن ذلك . قال المَرْوُذِيُّ : قلت لأبي عبد الله : ما تقول في رَجُلٍ وَقَفَ ضَيْعَةً على وَلَدِهِ ، فمات الأَوْلَادُ ، وترَكُوا التُّسُوَّةَ حَوَامِلَ ؟ فقال : كلُّ ما كان من أَوْلَادِ الذُّكُورِ ، بَنَاتٍ كُنَّ أَوْ بَيْنَ ، فالضَيْعَةُ مَوْقُوفَةٌ عليهم ، وما كان من أَوْلَادِ البَنَاتِ ، فليس لهم فيه ^(١) شَيْءٌ ؛ لأنَّهم من رَجُلٍ آخَرَ . وقال أيضا في مَنْ وَقَفَ على وَلَدِ علي بن إسماعيلَ ، ولم يَقُلْ : إن مات وَلَدٌ ^(٢) على بن إسماعيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِ وَلَدِهِ ، فمات وَلَدُ علي بن إسماعيلَ : دُفِعَ إلى وَلَدِهِ أيضا ؛ لأنَّ هذا من وَلَدِ علي بن إسماعيلَ . وَوَجْهُ ذلك أن الله تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ ﴾ ^(٣) . فدَخَلَ فيه وَلَدُ البَيْنِ وإن سَفَلُوا . ولَمَّا قال : ﴿ وَلَا بُوَيْهَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(٤) . فتناوَلَ وَلَدُ البَيْنِ ، وكذلك كلُّ موضع ذكر الله تعالى الوَلَدَ دَخَلَ فيه وَلَدُ البَيْنِ ، فالمُطَّلَقُ من كَلَامِ الآدَمِيِّ إذا خَلَا عن قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِي أن يُحْمَلَ على المُطَّلَقِ من كَلَامِ اللهِ تعالى ، ويُفَسَّرُ بما يُفَسَّرُ به . ولأنَّ وَلَدَ وَلَدِهِ وَلَدٌ

(١) في الأصل : « منه » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ١١ .

له ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ و ﴿ وَيَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اَرْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا »^(٤) . وَقَالَ : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ ابْنِ كِنَانَةَ »^(٥) . وَالْقَبَائِلُ كُلُّهَا تُنْسَبُ إِلَى جُدُودِهَا . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَوَلَدِ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ / وَوَلَدِ الْبَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَوَلَدِ الْوَلَدِ بِحَالٍ ، سِوَاءَ فِي ذَلِكَ وَوَلَدِ الْبَيْنِ وَوَلَدِ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حَقِيقَةً وَعُرْفًا إِنَّمَا هُوَ وَوَلَدُهُ لِصُلْبِهِ ، وَإِنَّمَا يُسَمَّى وَوَلَدِ الْوَلَدِ وَوَلَدًا إِجْزَاءً ، وَلِهَذَا يُصَحِّحُ نَفْيَهُ ، فَيُقَالُ : مَا هَذَا وَوَلَدِي ، إِنَّمَا هُوَ وَوَلَدِ وَوَلَدِي . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَوَلَدِي لِصُلْبِي . فَهُوَ آكَدٌ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَوَلَدِي ، وَوَلَدِ وَوَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ فِيهِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَالثَّانِي ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْبَطْنُ الثَّلَاثُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَوَلَدِي ، وَوَلَدِ وَوَلَدِي ، وَوَلَدِ وَوَلَدِي . دَخَلَ فِيهِ ثَلَاثَةُ بَطُونٍ دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمَطْلُوقِ ، فَأَمَّا مَعُوجُودِ دَلَالَةٍ تَصْرِفُ إِلَى أَحَدِ الْمَحْمَلَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَوَلَدِ فُلَانٍ . وَهُمْ قَبِيلَةٌ لَيْسَ فِيهِمْ وَوَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ ، فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، أَوْ وَوَلَدِي . وَلَيْسَ لَهُ وَوَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ . أَوْ قَالَ : وَيُفْضَلُ وَوَلَدِ الْأَكْبَرِ أَوْ الْأَعْلَمِ عَلَى غَيْرِهِمْ . أَوْ قَالَ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ عَقِبِي عَادَ إِلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَوَلَدِي غَيْرِ وَوَلَدِ الْبَنَاتِ . أَوْ غَيْرِ وَوَلَدِ فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : يُفْضَلُ الْبَطْنُ الْأَعْلَى عَلَى الثَّانِي . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، فَهَذَا يُصَرَّفُ لِقُضْطِهِ إِلَى جَمِيعِ نَسْلِهِ وَعَاقِبَتِهِ . وَإِنْ اقْتَرَنْتَ بِهِ قَرِينَةً تَقْضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ لِصُلْبِهِ بِالْوَقْفِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَوَلَدِي لِصُلْبِي . أَوْ الَّذِينَ يَلُوبِنِي . وَنَحْوِ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِذَا قُلْنَا بِالتَّعْمِيمِ فِيهِمْ ،

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب التعريض على الرمي ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : واذكر في الكتاب إسماعيل ... ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٤/٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : باب الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٤١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٣٦٤ ، ٥٠/٤ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من نفى رجلا من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٧١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٨٧١ .

إِمَّا لِلْقَرِينَةِ ، وَإِمَّا لِقَوْلِنَا بِأَنَّ الْمُطَّلَقَ يَقْتَضِي التَّعْمِيمَ وَ لَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِي تَشْرِيكَاً
 وَلَا تَرْتِيباً ، اِحْتَمَلْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ كُلُّهُمْ عَلَى التَّشْرِيكِ ، لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اللَّفْظِ دُخُولاً
 وَاحِداً ، فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ مُشْتَرَكاً ، كَالْوَأَقْرَهُمْ بَدَيْنَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى
 التَّرْتِيبِ ، عَلَى حَسَبِ التَّرْتِيبِ فِي المِيرَاثِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ
 وَقَفَ عَلَى وَالدِّ عَلَى بِنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَالدُّ عَلَى بِنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَالدِّ
 وَوَالِدِهِ . فَمَاتَ وَالدُّ عَلَى بِنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَتَرَكَ وَالدًّا ، فَقَالَ : إِنْ مَاتَ بَعْضُ وَالدِّ عَلَى بِنِ
 إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَالدِّهِ أَيْضاً ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَالدِّ عَلَى بِنِ إِسْمَاعِيلَ . فَجَعَلَهُ لَوَالِدٍ مِنْ مَاتَ
 مِنْ وَالدِّ عَلَى بِنِ إِسْمَاعِيلَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ أَنَّ وَالدَّ البَيْنَيْنِ لَمَّا دَخَلُوا فِي / قَوْلِ اللَّهِ
 تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ . وَلَمْ يَسْتَحِقْ وَالدُّ
 البَيْنَيْنِ شَيْئاً مَعَ وُجُودِ آبَائِهِمْ ، وَاسْتَحَقُّوا عِنْدَ فَقْدِهِمْ ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لَوَالِدٍ
 فَلَا بَيْنَ ، وَهِيَ قَبِيلَةٌ ، فَلَا تَرْتِيبَ فِيهِ ، وَيَسْتَحِقُّ الأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

١٥٠/٥ ط

فصل : وَإِنْ رَتَّبَ فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى وَالدِّ ، وَوَالِدِ وَالدِّ ، مَا تَنَاسَلُوا
 وَتَعَاقَبُوا ، الأَعْلَى فالأَعْلَى ، أَوِ الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ، أَوِ الأَوَّلُ فالأَوَّلُ ، أَوِ البَطْنُ الأَوَّلُ
 ثُمَّ البَطْنُ الثَّانِي ، أَوِ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، أَوِ عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِنْ انْقَرَضُوا
 فَعَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . فَكُلُّ هَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا شَرَطَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ البَطْنُ
 الثَّانِي شَيْئاً حَتَّى يَنْقَرِضَ البَطْنُ كُلُّهُ . وَلَوْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنَ البَطْنِ الأَوَّلِ ، كَانَ الجَمِيعُ
 لَهُ ؛ لِأَنَّ الوَقْفَ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ ، فَيَتَّبَعُ فِيهِ مُقْتَضَى كَلَامِهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ،
 وَأَوْلَادِهِمْ مَا تَعَاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا ، عَلَى أَنَّهُ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَلَى وَالدِّ كَانَ مَا كَانَ جَارِياً عَلَيْهِ
 جَارِياً عَلَى وَالدِّهِ . كَانَ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى التَّرْتِيبِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لَأَقْتَضَى
 التَّسْوِيَةَ ، وَلَوْ جَعَلْنَا لَوَالِدِ الوَالِدِ سَهْمًا مِثْلَ سَهْمِ أَبِيهِ ، ثُمَّ دَفَعْنَا إِلَيْهِ سَهْمَ أَبِيهِ ، صَارَ
 لَهُ سَهْمَانِ ، وَلغَيْرِهِ سَهْمٌ ، وَهَذَا يُنَافِي التَّسْوِيَةَ ، وَلِأَنَّهُ يُفَضِّلُ إِلَى تَفْضِيلِ وَالدِّ الابْنِ
 عَلَى الابْنِ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ إِزَادَةِ الوَاقِفِ خِلَافَ هَذَا . فَإِذَا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ فَإِنَّهُ يَتَرْتَّبُ بَيْنَ

كل وَالِدٍ^(٦) وَوَالِدِهِ ، فَإِذَا مَاتَ عَنْ وَالدٍ انْتَقَلَ إِلَى وَالدِهِ سَهْمُهُ ، سِوَاءَ بَقِيَ مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ أَحَدًا أَوْ لَمْ يَبْقَ .

فصل : وَإِنْ رَتَّبَ بَعْضَهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَالدِي ، وَوَالِدِ وَوَالِدِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ . أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي وَأَوْلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا وَتَعَاقَبُوا . أَوْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِمْ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِمْ ، مَا تَنَاسَلُوا . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ، يَشْتَرِكُ مِنْ شَرَكٍ بَيْنَهُم بِالْوَاوِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْجَمْعِ وَالتَّشْرِيكِ ، وَيَتَرْتَّبُ^(٧) مِنْ رَتْبِهِ بِحَرْفِ التَّرْتِيبِ . فَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَشْتَرِكُ الْوَالِدُ وَوَالِدُ الْوَالِدِ ، ثُمَّ إِذَا انْقَرَضُوا صَارَ^(٨) لِمَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّانِيَةِ يَخْتَصُّ بِهِ الْوَالِدُ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا صَارَ^(٩) مُشْتَرَكًا بَيْنَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَفِي الثَّلَاثَةِ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْبَطْنَانِ الْأَوَّلَانِ دُونَ غَيْرِهِمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فِيهِ مَنْ بَعْدَهُمْ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، / عَلَى أَنَّهُ مَنْ مَاتَ مِنْ أَوْلَادِي عَنْ وَالدِ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَالِدِهِ ، أَوْ لَوَالِدِ لَوَالِدِهِ ، أَوْ لِوَالِدِ أَخِيهِ ، أَوْ لِأَخَوَاتِهِ ، أَوْ لِوَالِدِ أَخَوَاتِهِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَهُ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَالدِ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَالِدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ غَيْرِ وَالدِ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . وَكَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنَيْنِ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ غَيْرِ وَالدِ ، فَنَصِيْبُهُ^(٩) لِأَخِيهِ وَابْنِي أَخِيهِ بِالسُّوِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْوَقْفِ . ثُمَّ إِنْ مَاتَ أَحَدُ ابْنَيْ الْإِبْنِ عَنْ غَيْرِ وَالدِ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى أَخِيهِ وَعَمِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَهْلُ الْوَقْفِ . وَلَوْ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَالدِ ، وَخَلَفَ^(١٠) أَخُوَيْهِ وَابْنِي^(١١) أَخِيهِ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَيْهِ^(١١)

و ١٥١/٥

(٦) في م : « ولد » .

(٧) في م : « وترتيب » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) تكرر بعد هذا في م قوله : « لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات

الثاني عن غير ولد فنصيبه » السابق .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « إخوته وبنى » .

(١١) في الأصل : « لأخوته » .

دون ابْنِي أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ مَا دَامَ أَبُوهُمَا حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ أَبُوهُمَا ، صَارَ نَصِيْبُهُ لهما . فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ ، كَانَ نَصِيْبُهُ لِابْنِي أَخِيهِ بِالسَّوِيَّةِ ، إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَوَلَدًا ، وَإِنْ خُلِفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلَهُ نَصِيْبُ أَبِيهِ ، وَهُوَ النِّصْفُ ، وَابْنِي عَمِّهِ النِّصْفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ الرَّبْعُ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ (١٢) غَيْرِ وَوَلَدٍ ، كَانَ مَا كَانَ جَارِيًا عَلَيْهِ جَارِيًا عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ (١٣) مُرْتَبًا بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، كَانَ نَصِيْبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَوَلَدٍ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْبَطْنَيْنِ كِلَيْهِمَا ، اِحْتِمَالٌ أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ؛ لِأَنَّهم فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ سَوَاءٌ ، فَكَانُوا فِي دَرَجَتِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، وَلَأَنَّنا لَوْ صَرَفْنَا نَصِيْبَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، أَفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ بَعْضِهِمْ ، وَالتَّشْرِيكَ يَقْتَضِي السَّوِيَّةَ . فَعَلِي هَذَا يَكُونُ وُجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ ، كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ نَصِيْبُهُ إِلَى سَائِرِ أَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهم فِي دَرَجَتِهِ فِي الْقُرْبِ إِلَى الْجَدِّ الَّذِي يَجْمَعُهُمْ ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ إِخْوَتُهُ وَبَنُو عَمِّهِ وَبَنُو بِنِي عَمِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهم سَوَاءٌ فِي الْقُرْبِ ، وَلَأَنَّنا لَوْ شَرَكْنَا بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ فِي نَصِيْبِهِ ، لَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَائِدَةٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصَدَ شَيْئًا يُفِيدُ . فَعَلِي هَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِ أَحَدٌ ، بَطَلَ هَذَا الشَّرْطُ ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَقْفِ لَمْ يَذْكُرْهُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، عَلَى أَنَّهُ مِنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَوَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى وَوَلَدِهِ ، وَمَنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَوَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، ففِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ نَصِيْبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ، يَتَسَاوُونَ فِيهِ / ، (١٥١/٥) ظ سَوَاءٌ كَانُوا (١٤) مِنْ بَطْنٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ بَطْنَيْنِ ، وَسَوَاءٌ تَسَاوَتْ أَنْصِبًا وَهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ اِحْتَلَفَتْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنٍ (١٥) ، سَوَاءٌ كَانُوا مِنْ أَهْلِ

(١٢) فِي م : « مِنْ » .

(١٣) فِي م : « الْوَقْفِ » .

(١٤) فِي م : « كَانَ » .

(١٥) فِي م : « بَطْنِهِ » .

الْوَقْفِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ثَلَاثَةً ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنِ ابْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنِ ابْنَيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ ، وَتَرَكَ أَخَاهُ وَعَمَّهُ وَابْنَ عَمِّهِ وَابْنَ لِعَمِّهِ الْحَيِّ ، فَيَكُونُ نَصِيْبُهُ بَيْنَ أَخِيهِ وَابْنَيْ عَمِّهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، فَيَكُونُ نَصِيْبُهُ عَلَى هَذَا لِأَخِيهِ وَابْنِ عَمِّهِ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِ فِي النَّسَبِ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ بِحَالٍ ، كَرَجُلٍ لَهُ أَرْبَعَةٌ بَيْنَيْنِ ، وَقَفَّ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ ، وَتَرَكَ الرَّابِعَ ، فَمَاتَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلرَّابِعِ فِيهِ شَيْءٌ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَأَشْبَهَ ابْنَ (١٦) عَمَّهُمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَّ عَلَى بَيْنِهِ وَهَمَّ ثَلَاثَةً ، عَلَى أَنْ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ (١٧) مِنْ فُلَانٍ وَفُلَانٍ وَأَوْلَادِهِمْ عَنْ وَلَدٍ فَنَصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ ، وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ بَنُونَ وَبَنَاتٌ ، فَقَالَ : مِنْ مَاتَ مِنَ الذُّكُورِ فَنَصِيْبُهُ لَوْلَدِهِ ، وَمِنْ مَاتَ مِنَ الْبَنَاتِ فَنَصِيْبُهَا لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، عَلَى أَنْ يُصَرَّفَ إِلَى الْبَنَاتِ مِنْهُ أَلْفٌ ، وَالْبَاقِي لِلْبَيْنَيْنِ . لَمْ يَسْتَحِقَّ الْبَنُونَ شَيْئًا حَتَّى تَسْتَوْفَى الْبَنَاتُ الْأَلْفَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِلْبَنَاتِ مُسَمًّى ، وَجَعَلَ لِلْبَيْنَيْنِ الْفَاضِلَ عَنْهُ ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا قَالَ ، فَجَعَلَ الْبَنَاتِ كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ سَمَّى اللَّهُ لَهُمْ فَرَضًا ، وَجَعَلَ الْبَيْنَيْنِ كَالْعَصَبَاتِ الَّذِينَ لَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةٌ بَيْنَيْنِ فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَوَلَدِي . كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْابْنَيْنِ الْمُسَمَّيْنِ ، وَعَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ الثَّلَاثِ ، وَلَيْسَ لِلثَّلَاثِ شَيْءٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَدْخُلُ الثَّلَاثُ فِي الْوَقْفِ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : وَقَفْتُ هَذِهِ الضَّيْعَةَ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَوَلَدِي . وَلَهُ وَوَلَدٌ غَيْرُ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « بَنِي » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

هؤلاء ، قال : يَشْتَرِ كُونَ فِي الْوَقْفِ . واحتجَّ القاضي بأنَّ قوله : وَلَدِي . يَسْتَعْرِقُ الْجِنْسَ ، فَيُعْمُ الْجَمِيعَ ، وقوله : فلان وفلان . تَأْكِيدٌ لِبَعْضِهِمْ ، فلا يُوجِبُ إِخْرَاجَ بَقِيَّتِهِمْ ، كَالعَطْفِ فِي قوله تعالى : ﴿ مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ ﴾ (١٨) . ولنا ، أَنَّهُ أَبْدَلُ بَعْضِ / الْوَالِدِ مِنَ اللَّفْظِ الْمُتَنَاوِلِ لِلْجَمِيعِ ، فاختصَّ بالبعضِ المُبَدَّلِ ، كما لو قال : علي وَلَدِي فَلَانِ . وذلك لَأَنَّ بَدَلَ الْبَعْضِ يُوجِبُ اخْتِصَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، كقول الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٩) . لما خَصَّ الْمُسْتَطِيعَ بِالذَّكْرِ ، اخْتَصَّ الْوَجُوبُ بِهِ . ولو قال : ضَرَبْتُ زَيْدًا رَأْسَهُ . ورَأَيْتُ زَيْدًا وَرَجْهَهُ . اخْتَصَّ الضَّرْبُ بِالرَّأْسِ ، والرُّؤْيُ بِالرَّوْجِ . ومنه قولُ الله تعالى : ﴿ وَيَجْعَلُ الْخَبِيثَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (٢٠) . وقولُ القائلِ : طَرَحْتُ الثِّيَابَ بَعْضَهَا فَوْقَ بَعْضٍ . فَإِنَّ الْفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالْبَعْضِ مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ الْأَوَّلِ . كذا هُنَا . وفارَقَ العَطْفُ ، فَإِنَّ عَطْفَ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ يَفْتَضِي تَأْكِيدَهُ ، لِاتِّخَاصِهِ . وقولُ أحمدَ : هم شُرَكَاءُ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، أَى يَشْتَرِكُ أَوْلَادُ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمَا (٢١) وَأَوْلَادُ غَيْرِهِمْ ؛ لِعُمُومِ لَفْظِ الْوَاقِفِ فِيهِمْ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِ عَلَيْهِ ، لِإِقْيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ . ولو قال : علي وَلَدِي فَلَانِ وَفُلَانِ ، ثمَّ على الْمَسَاكِينِ . خُرُجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ (٢٢) عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي (٢٢) أَنْ يَدْخُلَ فِي الْوَقْفِ وَلَدُ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّنا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ أَنْ ظَاهَرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَهُ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي . يَتَنَاوَلُ نَسْلَهُ وَعَاقِبَتَهُ كُلَّهَا .

فصل : ومن وَقَفَ عَلَى (٢٣) أَوْلَادِهِ أَوْ أَوْلَادِ غَيْرِهِ (٢٣) ، وفيهِمْ حَمْلٌ ، لم يَسْتَحِقِّ

(١٨) سورة البقرة ٩٨ .

(١٩) سورة آل عمران ٩٧ .

(٢٠) سورة الأنفال ٣٧ .

(٢١) في الأصل : « عليهم » .

(٢٢) ٢٢ - ٢٢ سقط من : م .

(٢٣) ٢٣ - ٢٣ في الأصل : « أولاد وأولاد غيره » . وفي م : « أولاد أو أولاد غيره » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

شَيْئًا قَبْلَ انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَثْبُتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا قَبْلَ انْفِصَالِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي مَنْ وَقَفَ نَحْلًا عَلَى قَوْمٍ ، وَمَا تَوَالَّدُوا ، ثُمَّ وُلِدَ مَوْلُودٌ : فَإِنْ كَانَتِ النَّحْلُ قَدِ ابْتَرَتْ ، فَلَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ ، وَهُوَ لِلأَوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَدِ ابْتَرَتْ ، فَهُوَ مَعَهُمْ . وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّهَا قَبْلَ التَّأْيِيرِ تَتَّبِعُ الأَصْلَ فِي البَيْعِ ، وَهَذَا المَوْلُودُ^(٢٤) يَسْتَحِقُّ نَصِيبَهُ مِنَ الأَصْلِ فَيَتَّبِعُهُ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَرَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ذَلِكَ النَّصِيبَ مِنَ الأَصْلِ ، وَبَعْدَ التَّأْيِيرِ لَا تَتَّبِعُ الأَصْلَ ، وَيَسْتَحِقُّهَا مَنْ كَانَ لَهُ الأَصْلُ ، فَكَانَتْ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ كَانَ كُلَّهُ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ ثَمَرَتَهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ هَذَا النَّصِيبَ مِنْهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقِّ المَوْلُودُ مِنْهَا شَيْئًا كَالْمُشْتَرِي . وَهَكَذَا الحُكْمُ فِي سَائِرِ ثَمَرِ الشَّجَرِ الظَّاهِرِ ، فَإِنَّ المَوْلُودَ لَا يَسْتَحِقُّ مِنْهُ شَيْئًا ، وَيَسْتَحِقُّ مِمَّا^(٢٥) ظَهَرَ بَعْدَ وَوَلَدَتِهِ . وَإِنْ كَانَ الوَقْفُ أَرْضًا فِيهَا زَرْعٌ يَسْتَحِقُّهُ البَائِعُ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ المُشْتَرِي ، فَلِلمَوْلُودِ حِصَّتَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ المَوْلُودَ يَتَّجِدُّ اسْتِحْقَاقَهُ لِلأَصْلِ ، كَتَّجِدُّ مِلْكِ المُشْتَرِي فِيهِ .

الفصل الثاني : إِذَا وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ ، / وَأَوْلَادِهِمْ ، وَعَاقِبَتِهِمْ ، وَنَسْلِهِمْ . دَخَلَ فِي الوَقْفِ وَلَدُ البَيْنِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ، فَأَمَّا وَلَدُ البَنَاتِ ، فَقَالَ الخِرَقِيُّ : لَا يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ : مَا كَانَ مِنْ وَلَدِ البَنَاتِ فَلَيْسَ لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ . فَهَذَا النَّصُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعَدَّى إِلَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَقْصُورًا عَلَى مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ وَلَدَ وَلَدِهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا تَقَدَّمَ . وَمَنْ قَالَ إِنَّهُ^(٢٦) لَا يَدْخُلُ وَلَدُ البَنَاتِ فِي الوَقْفِ الَّذِي عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، مَا لِكِ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ . وَهَكَذَا إِذَا قَالَ : عَلَى ذُرِّيَّتِهِمْ وَنَسْلِهِمْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ حَامِدٍ : يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ البَنَاتِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي يُونُسَ ؛ لِأَنَّ البَنَاتِ أَوْلَادُهُ ،^(٢٧) فَأَوْلَادُهُنَّ أَوْلَادُ الأَوْلَادِ^(٢٧) حَقِيقَةً ، فَيَجِبُ أَنْ يَدْخُلُوا فِي

(٢٤) فِي الأَصْلِ : « المَوْجُودِ » .

(٢٥) فِي الأَصْلِ : « مَا » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٧ - ٢٧) فِي م : « وَأَوْلَادُهُنَّ أَوْلَادُ » .

الْوَقْفِ ، لِتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُمْ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَعِيسَى ﴾ (٢٨) .
وهو من وَلَدِ بَنِيهِ ، فَجَعَلَهُ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قِصَّةَ عِيسَى وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَإِسْمَاعِيلَ وَإِدْرِيسَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ ﴾ (٢٩) . وَعِيسَى مَعَهُمْ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ » (٣٠) . وَهُوَ وَلَدُ بَنِيهِ . وَلَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَحَلَّائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ (٣١) . دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ حَلَّائِلُ أَبْنَاءِ الْبَنَاتِ ، وَلَمَّا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى الْبَنَاتِ ، دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ بَنَاتُهُنَّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَهَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ ذُكِرَ فِيهِ الْوَلَدُ فِي الْإِزْثِ وَالْحَجَبِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ رَجُلٍ ، وَقَدْ صَارُوا قَبِيلَةً ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ دُونَ الْبَنَاتِ بِالْإِتْفَاقِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرُوا قَبِيلَةً . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ الْعَبَّاسِ فِي عَصْرِنَا ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَقَفَ عَلَيْهِمْ فِي حَيَاتِهِ ، وَلِأَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إِلَى آبَائِهِمْ دُونَ أُمَّهَاتِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ (٣٢) :

(٢٨) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢٩) سورة مريم ٥٨ .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٩٨/٤ .

(٣١) سورة النساء ٢٣ .

(٣٢) نسب البيت للفرزدق . وهو في : الحماسة ، لأبي تمام ٢٧٤/١ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز

بُنُونًا بَنُو أَبْنَانِنَا وَبَنَاتِنَا بُنُونَهُنَّ أَبْنَاءُ الرَّجَالِ الْأَبَاعِدِ

و ١٥٣/٥

وقولهم : إنهم أولاد/ أولاد^(٣٣) حَقِيقَةٌ . قلنا : إلا أنهم لا يتسبون إلى الواقف عرفاً ،
ولذلك لو قال : أولاد أولادى المتسبين إلى . لم يدخل هؤلاء في الوقف . ولأن ولد
الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمياً ، ولا ينسب إلى أبيها . وأما عيسى عليه
السلام ، فلم يكن له أب ينسب إليه ، فنسب إلى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال عيسى
ابن مريم ، وغيره إنما ينسب إلى أبيه ، كعيسى بن زكريا . وقول النبي ﷺ : « إن
أبني هذا سيد » . تجوزُ بغير خلاف ، بدليل قول الله تعالى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا
أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾^(٣٤) . وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد
الأمرين ، فأما إن وجد ما يصرّف اللفظ إلى أحدهما ، انصرف إليه . ولو قال : على
أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن لولد البنات سهماً ، ولولد البنين سهمين . أو :
فاذا حلت الأرض ممن يرجع نسبه إلى من قبل أب أو أم ، كان للمساكين . أو كان
البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ، وأشباه هذا مما يدل على إرادة
ولد البنات بالوقف ، دخلوا في الوقف . وإن قال : على أولادى ، وأولاد أولادى
المتسبين إلى ، أو غير ذوى الأرحام ، أو نحو ذلك . لم يدخل فيه ولد البنات . وإن
قال : على ولدى فلان وفلانة وفلانة^(٣٥) ، وأولادهم ، دخل فيه ولد البنات .
وكذلك لو قال : على أنه من مات منهم عن ولده فنصيبه لولده . وإن قال الهاشمي :
وقف على أولادى ، وأولاد أولادى الهاشميين . لم يدخل في الوقف من أولاد بناته
من كان غير هاشمياً . فأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه ، فهل يدخلون ؟ على
وجهين ؛ أولهما ، أنهم يدخلون ؛ لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً ، كونهم من
أولاد أولاده ، وكونهم هاشميين . والثاني ، لا يدخلون ؛ لأنهم لم يدخلوا في مطلق

(٣٣) في الأصل : أولاده .

(٣٤) سورة الأحزاب ٤٠ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ لَمْ يَقُلِ الْهَاشِمِيُّينَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، مِمَّا يُنْسَبُ إِلَى قَبِيلَتِي . فَكَذَلِكَ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِ رَجُلٍ ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، اسْتَوَى فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ تَشْرِيكَ^(٣٦) بَيْنَهُمْ ، وَإِطْلَاقُ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَهُمْ بِشَيْءٍ ، وَكَوَلِدِ الْأُمِّ فِي الْمِيرَاثِ حِينَ شَرَكَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ فِيهِ ، فَقَالَ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾^(٣٧) . تَسَاوَوْا فِيهِ ، وَلَمْ يُفْضَلْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . وَلَيْسَ كَذَلِكَ فِي مِيرَاثِ وُلْدِ الْأَبَوَيْنِ وَوُلْدِ / الْأَبِ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

١٥٣/٥ ظ

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا فَضَّلَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ، فَلَوْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّ لِلذَّكَرِ سَهْمَيْنِ ، وَلِلْأُنْثَى سَهْمًا ، أَوْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ^(٣٨) قَرَابَتِهِمْ ، أَوْ بِالْعَكْسِ مِنْ هَذَا ، أَوْ عَلَى أَنَّ لِلْكَبِيرِ ضِعْفَ مَا لِلصَّغِيرِ ، أَوْ لِلْعَالِمِ ضِعْفَ مَا لِلْجَاهِلِ ، أَوْ لِلْعَائِلِ ضِعْفَ مَا لِلْعَنْيِّ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ عَمِينَ بِالتَّقْضِيلِ وَاجِدًا مُعِينًا ، أَوْ وَلَدَهُ ، أَوْ مَا أَشْبَهَهُ هَذَا ، فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ تَفْضِيلُهُ وَتَرْتِيبُهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ إِخْرَاجَ بَعْضِهِمْ بِصِفَةٍ^(٣٩) وَرَدَّهُ بِصِفَةٍ^(٣٩) مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ تَزَوَّجَ مِنْهُمْ فَلَهُ ، وَمَنْ فَارَقَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ مَنْ حَفِظَ الْقُرْآنَ فَلَهُ ، وَمَنْ نَسِيَهِ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَمَنْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ فَلَهُ ، وَمَنْ تَرَكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ مَنْ كَانَ عَلَى مَذْهَبٍ كَذَا فَلَهُ ، وَمَنْ خَرَجَ مِنْهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . فَكُلُّ هَذَا صَحِيحٌ عَلَى مَا شَرَطَ . وَقَدْ رَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، أَنَّ الزُّبَيْرَ جَعَلَ دُورَهُ صَدَقَةً عَلَى بَنِيهِ لَا تَبَاغُ وَلَا تَوْهَبُ ،

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « شَرِك » .

(٣٧) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢ .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « قَدْر » .

(٣٩) ٣٩ - ٣٩) سَقَطَ مِنْ : م .

وَأَنَّ لِلْمَرْدُودَةِ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضِرَّةٍ وَلَا مُضْرِبَةٍ ، فَإِنْ اسْتَعْنَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوَقْفِ . وَلَيْسَ هَذَا تَعْلِيْقًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بَلِ الْوَقْفُ مُطْلَقٌ وَالاسْتِحْقَاقُ لَهُ بِصِفَةٍ . وَكُلُّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَسَّمِ الْوَقْفُ عَلَى أَوْلَادِهِ ، عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْمِيرَاثِ بَيْنَهُمْ ، لِلذَّكْرِ مِثْلَ حِطِّ الْأُنثَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنثَى ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْقَرْبَةَ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الْقَرَابَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِصَالٌ لِلْمَالِ إِلَيْهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْمِيرَاثِ ، كَالْعَطِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الذَّكْرَ فِي مِطْنَةِ الْحَاجَةِ أَكْثَرَ مِنَ الْأُنثَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْعَادَةِ يَتَزَوَّجُ ، وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ ، فَالذَّكْرُ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ (٤٠) وَأَوْلَادِهِ ، وَالْمَرْأَةُ يَنْفِقُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا (٤١) وَلَا يَلْزُمُهَا (٤٢) نَفَقَةُ أَوْلَادِهَا ، وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ الذَّكْرَ عَلَى الْأُنثَى فِي الْمِيرَاثِ عَلَى وَفْقِ هَذَا الْمَعْنَى ، فَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِهِ . وَيَتَعَدَّى إِلَى الْوَقْفِ وَإِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْعَطَايَا وَالصَّلَاتِ . وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا أَصْلَ لَهُ ، وَهُوَ مُلْعَى بِالْمِيرَاثِ وَالْعَطِيَّةِ . / فَإِنْ خَالَفَ فَسَوَّى بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنثَى ، أَوْ فَضَّلَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ فَضَّلَ بَعْضَ الْبَيْنِ أَوْ بَعْضَ الْبَنَاتِ عَلَى بَعْضٍ ، أَوْ حَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ عَلَى طَرِيقِ الْأَثَرَةِ ، فَأَكْرَهُهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ لَهُ عِيَالٌ وَبِهِ حَاجَةٌ . يَعْنِي فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الزُّبَيْرَ حَصَّ الْمَرْدُودَةَ مِنْ بَنَاتِهِ دُونَ الْمُسْتَعْنِيَةِ مِنْهُنَّ بِصِدْقَتِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، لَوْ حَصَّ الْمُشْتَغَلِينَ بِالْعِلْمِ مِنْ أَوْلَادِهِ بِوَقْفِهِ ، تَحْرِيضًا لَهُمْ عَلَى طَلْبِ الْعِلْمِ ، أَوْ ذَالِدِينَ دُونَ الْفُسَّاقِ ، أَوْ الْمَرِيضِ ، أَوْ مِنْ لَهُ فَضْلٌ مِنْ أَجْلِ فَضِيلَتِهِ ، فَلَا بَأْسَ . وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ جِدَادًا عِشْرِينَ وَسَقًا دُونَ سَائِرِ وُلْدِهِ (٤٢) ، وَحَدِيثُ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ :

١٥٤/٥ و

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « زَوْجَتِهِ » .

(٤١ - ٤٢) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا » .

(٤٢) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ النَّحْلِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمَوْطَأُ ٢/٧٥٢ . وَبِالْبَيْهَقِيِّ ، =

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثَ ، أَنْ تَمَعًا وَصِرْمَةً بِنِ الْأَكْوَعِ ، وَالْعَبْدَ الَّذِي فِيهِ ، وَالْمِائَةَ سَهْمٍ الَّتِي بِحَبِيرٍ ، وَرَقِيقَهُ الَّذِي فِيهِ ، الَّذِي أَطْعَمَهُ مُحَمَّدٌ ﷺ بِالْوَادِ ، تَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ ذُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا ، أَنْ لَا يُبَاعَ وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفِقُهُ حَيْثُ رَأَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ وَذَوِي الْقُرْبَى ، لَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ آكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا مِنْهُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٤٣) . وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى تَخْصِيصِ حَفْصَةَ دُونَ إِخْوَتِهَا وَأَخْوَاتِهَا .

٩٢٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ)

يعنى إِذَا وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ وَنَسَلَهُمْ ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَأَنْقَرَضَ الْقَوْمَ وَنَسَلَهُمْ ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، وَلَا (١) يَنْتَقِلُ إِلَيْهِمْ مَا دَامَ أَحَدٌ مِنَ الْقَوْمِ أَوْ مِنْ نَسَلِهِمْ بَاقِيًا ؛ لِأَنَّهُ رَتَبَهُ لِلْمَسَاكِينِ بَعْدَهُمْ . وَالْمَسَاكِينُ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَالْفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فِيهِمْ ، وَكَذَلِكَ لَفْظُ الْفُقَرَاءِ يَدْخُلُ فِيهِ الْمَسَاكِينُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ يُطْلَقُ عَلَيْهِمَا ، وَالْمَعْنَى الَّذِي يُسَمَّيانِ بِهِ شَامِلٌ لهُمَا ، وَهُوَ الْحَاجَةُ وَالْفَاقَةُ ، وَهَذَا الْمَاسَمَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ الْمَسَاكِينِ ، فِي مَصْرُفِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، وَكَفَّارَةِ الظُّهَارِ ، وَفِدْيَةِ الْأَذَى ، تَنَاوَلَهُمَا جَمِيعًا ، وَجَازَ الصَّرْفُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَمَّا ذَكَرَ الْفُقَرَاءَ فِي قَوْلِهِ : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (٢) . وَفِي قَوْلِهِ : ﴿ وَتَوَاتَوْهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾ (٣) . تَنَاوَلَ الْقِسْمَيْنِ ، وَكُلُّ / مَوْضِعٍ ذُكِرَ فِيهِ أَحَدُ اللَّفْظَيْنِ تَنَاوَلَ الْقِسْمَيْنِ ، إِلَّا فِي الصَّدَقَاتِ ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَيْنِ ،

= في : باب شرط القبض في الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٠/٦ ، ١٧٨ .

(٤٣) في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ٢ / ١٠٥ .

(١) في ب ، م ، « ولم ينتقل » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٧١ .

وَمَيَّزَ بَيْنَ الْمُسَمَّيَيْنِ ، فَاحْتَجْنَا إِلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا ، وَفِي غَيْرِ الصَّدَقَاتِ يُسَمَّى (٤) الْكُلُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَسْمَنِ ، فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَنِ بِالْوَقْفِ أَيْضًا ، فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثًا . وَجَبَ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا (٥) ، فَنَزَلَتْهُمَا مَنَزِلَتَهُمَا مِنْ سِهَامِ الصَّدَقَاتِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . فِقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ الْأَقْتِصَارِ عَلَى أَحَدِ الصَّنْفَيْنِ ، وَإِبَاحَةُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّكَاةِ . وَيَخْرُجُ أَنْ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ ، بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي الزَّكَاةِ أَيْضًا . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ بِالْعَطِيَّةِ ، كَمَا لَا يَجِبُ اسْتِيعَابُهُمْ بِالزَّكَاةِ ، وَلَا فِي أَنَّهُ يَجُوزُ التَّفْضِيلُ بَيْنَ مَنْ يُعْطِيهِ مِنْهُمْ ، سَوَاءً كَانُوا ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا ، أَوْ كَانَ الْوَقْفُ أَيْتِدَاءً ، أَوْ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ عَنْ غَيْرِهِمْ . وَضَابِطُ هَذَا أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ ، وَجَبَ اسْتِيعَابُهُمْ وَالتَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ ، إِذَا لَمْ يُفْضَلِ الْوَاقِفُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ قَبِيلَةٍ كَبِيرَةٍ كَبْنِي تَمِيمٍ وَبَنِي هَاشِمٍ ، جَازَ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ وَإِلَى أَكْثَرِ مِنْهُ ، وَجَازَ التَّفْضِيلُ وَالتَّسْوِيَةَ ؛ لِأَنَّ وَقْفَهُ عَلَيْهِمْ ، مَعَ عِلْمِهِ بِتَعَدُّرِ اسْتِيعَابِهِمْ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُرِدْهُ ، وَمَنْ جَازَ حِرْمَانَهُ ، جَازَ تَفْضِيلَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ فِي أَيْتِدَائِهِ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ (٦) ، فَصَارَ مَنْ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ، كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، فَصَارَ وَاقِبِيلَةً كَبِيرَةً تَخْرُجُ عَنِ الْحَصْرِ ، مِثْلَ أَنْ يَقِفَ عَلَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ مَنْ أَمَكَّنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ كَانَ وَاجِبًا ، وَكَذَلِكَ التَّسْوِيَةَ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ ، وَجَبَ مِنْهُ مَا أَمَكَّنَ ، كَالوَاجِبِ الَّذِي يَعْجُزُ عَنْ بَعْضِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْوَاقِفَ هُنَا (٧) أَرَادَ التَّعْمِيمَ وَالتَّسْوِيَةَ ، لِإِمْكَانِهِ وَصَلَاحِ

(٤) فِي م : « يَسْتَحَقُّ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيعَابُهُمْ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

لَفِظُهُ لِدَلَالَتِهِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمَا أَمَكَّنَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانُوا حَالَ الْوَقْفِ مَمَّنْ (٨) لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ ابْنِ السَّبِيلِ ، أَوْ الرَّقَابِ ، أَوْ الْغَارِمِينَ ، فَهَمَّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، لَا يَعْدُوهُمْ إِلَى غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّينَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَيُنْظَرُ / ؛ مِنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، فَالْوَقْفُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، وَشَرْحُهُمْ يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الصَّدَقَاتِ ، صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الْوَقْفِ مِثْلَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ ، لَا يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ ، فَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمَسْكِينُ مَا يَتِمُّ بِهِ عَنَّاؤُهُ ، وَالْغَارِمُ قَدْرَ مَا يَقْضِي غُرْمَهُ ، وَالْمَكَاتِبُ قَدْرَ (٩) مَا يُؤَدِّي بِهِ كِتَابَتَهُ ، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُبَلِّغُهُ ، وَالْغَارِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِعَزْوِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا . وَاخْتَلَفَ فِي قَدْرِ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْغَنَى ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بَنِ سَعِيدٍ ، فِي الرَّجُلِ يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الْمَسَاكِينَ ، فَهُوَ مِثْلُ الزَّكَاةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا أُعْطِيَ مَا شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . فَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْإِحْقَاقِ بِالزَّكَاةِ ، فَيَكُونُ الْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، أَوْ عَلَى صِنْفَيْنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، فَهَلْ يَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَجِبُ إِعْطَاءُ بَعْضِ كُلِّ صِنْفٍ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الزَّكَاةِ .

فصل : وَإِذَا وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، وَسَبِيلِ الثَّوَابِ ، وَسَبِيلِ الْخَيْرِ ، فَسَبِيلُ اللَّهِ هُوَ الْعَزْوُ وَالْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَيُصْرَفُ ثُلُثُ الْوَقْفِ إِلَى مَنْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ السَّهْمُ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَهُمْ الْعُرَاةُ الَّذِينَ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الدِّيَانِ (١٠) ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ ، وَسَائِرُ

(٨) فِي م : « مَا » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي م : « الدِّيَانِ » .

الْوَقْفِ يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَا فِيهِ أَجْرٌ وَمَثُوبَةٌ وَخَيْرٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ عَامًّا فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجْزَأُ الْوَقْفُ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، فَجُزْءٌ يُصْرَفُ إِلَى الْعُزَاةِ ، وَجُزْءٌ يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الْفُقَرَاءِ ، لِأَنَّهُمْ أَكْثَرُ الْجِهَاتِ ثَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « صَدَقْتُكَ عَلَى ذِي الْقَرَابَةِ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ »^(١١) . وَالثَّلَاثُ يُصْرَفُ إِلَى مَنْ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِهِ ، وَهُمْ خَمْسَةُ أَصْنَافٍ ؛ الْفُقَرَاءُ ، وَالْمَسَاكِينُ ، وَالرَّقَابُ ، وَالغَارِمُونَ لِمَصْلَحَتِهِمْ ، وَابْنُ السَّبِيلِ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ حَاجَةٍ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِمْ فِي الْقُرْآنِ ، فَكَانَ مَنْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ فِي كِتَابِهِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ ، وَإِنْ سَاوَاهُ فِي الْحَاجَةِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَنَا ، أَنْ لَفْظَهُ عَامٌّ ، فَلَا يَجِبُ التَّخْصِيسُ بِالْبَعْضِ لِكَوْنِهِ أَوْلَى ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ فِي الزَّكَاةِ ، لَا يَجِبُ تَخْصِيسُ أَقَارِبِهِ مِنْهُمْ بِهَا / ، وَإِنْ كَانُوا أَوْلَى ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ . وَإِنْ أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ ، صُرِفَ إِلَى^(١٢) كُلِّ مَا فِيهِ بَرٌّ وَقُرْبَةٌ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُصْرَفُ فِي أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ أَقَارِبِهِ غَيْرِ الْوَارِثِينَ ، وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْجِهَادِ ، وَالْحَجِّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَعَنْهُ فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي التِّي قَبْلَهَا .

ظ ١٥٥/٥

٩٢٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ آخِرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، وَلَمْ يَتَّقِ مِمَّنْ وَقَفَ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ)

وجملة ذلك أن الوقف^(١) الذي لا اختلاف في صحته ، ما كان معلوم الانتداء والانتهاء ، غير منقطع ، مثل أن يجعل على المساكين ، أو طائفة لا يجوز بحكم العادة

(١١) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

(١٢) في م : « في » .

(١) في م : « الواقف » .

انْقِرَاضُهُمْ . وإن كان غير معلوم الانتهاء ، مثل أن يقف على قومٍ يجوز انقراضهم بحكم العادة ، ولم يجعل آخره للمساكين ، ولا لجهة غير منقطعة ، فإن الوقف يصح . وبه قال مالك ، وأبو يوسف ، والشافعي في أحد قوليّه . وقال محمد بن الحسن : لا يصح . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن الوقف مقتضاه التأيد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول ، فلم يصح ، كما لو وقف على مجهول في الابتداء . ولنا ، أنه تصرف معلوم المصريف ، فصح ، كما لو صرح بمصريفه المتصل ، ولأن الإطلاق إذا كان له عرف ، حمل عليه ، كنفد البلد وعرف المصريف ، وههناهم أولى الجهات به ، فكانت عينهم . إذا ثبت هذا ، فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف^(٢) . وبه قال الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى ، أنه ينصرف إلى المساكين . واختاره القاضي ، والشريف أبو جعفر ؛ لأنهم^(٣) مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها ، فإذا وجدت صدقة غير معينة المصريف ، انصرفت إليهم ، كما لو نذر صدقة مطلقاً . وعن أحمد رواية ثالثة ، أنه يجعل في بيت مال المسلمين ؛ لأنه مال لا مستحق له ، فأشبهه مال من لا وارث له . وقال أبو يوسف : يرجع إلى الواقف وإلى ورثته^(٤) ، إلا أن يقول : صدقة موقوفة ، ينفق منها على فلان وعلى فلان . فإذا انقضى المسمى كانت للفقراء والمساكين . لأنه جعلها صدقة على مسمى ، فلا تكون على غيره ، ويفارق ما إذا قال : ينفق منها على فلان وفلان . فإنه جعل الصدقة مطلقاً . ولنا ، أنه أزال ملكه لله تعالى ، فلم يجز أن يرجع إليه ، كما لو اعتق عبداً ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف ، أنهم أولى الناس بصدقته ، بدليل قول النبي ﷺ : « صدقتك على غير رحيمك صدقة ، وصدقتك على رحيمك صدقة وصلة »^(٥) . وقال : « إنك أن تدع ورثتك أغنياء ، خير من أن

(٢) في م : « الوقف » .

(٣) في م : « لأنه » .

(٤) في الأصل : « وارثه » .

(٥) تقدم تحريجه في : ٩٩/٤ .

تَدْعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» (٦). ولأن فيه (٧) إغناءهم وصلةً أرْحَامِهِمْ ، لأنَّهم أوَّلَى الناسِ بِصَدَقَاتِهِ التَّوَافِلِ وَالْمَفْرُوضَاتِ ، كذلك صَدَقَتُهُ الْمَنْقُولَةُ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، يَكُونُ لِلْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ وَالْأَغْنِيَاءِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ (٨) لَا يَخْتَصُّ الْفُقَرَاءَ (٩) ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، تَنَاوَلَ الْفُقَرَاءَ وَالْأَغْنِيَاءَ ، كَذَا هُنَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرَ ، أَنَّهُ يَخْتَصُّ الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ ، لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الصَّدَقَاتِ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ ، وَلِأَنَّا حَصَصْنَاهُمْ بِالْوَقْفِ (٩) لَكُونِهِمْ أَوْلَى النَّاسِ بِالصَّدَقَةِ ، وَأَوْلَى النَّاسِ بِالصَّدَقَةِ الْفُقَرَاءُ دُونَ الْأَغْنِيَاءِ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي مَنْ يَسْتَحِقُّ الْوَقْفَ مِنْ أَقْرَبَاءِ الْوَاقِفِ ، فَقِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، يَرْجِعُ إِلَى الْوَرِثَةِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ صَرَفَ اللَّهُ تَعَالَى إِلَيْهِمْ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَاسْتِغْنَائِهِ عَنْهُ ، فَكَذَلِكَ يُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ مِنْ صَدَقَتِهِ مَا لَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَصْرِفًا ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَيْهِمْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَذَكَرَهُ الْقَاضِي ، لِأَنَّ الْوَقْفَ يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ ، وَإِنَّمَا صَرَفْنَا إِلَى هَؤُلَاءِ لِأَنَّهُمْ أَحَقُّ النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، فَصَرَفَ إِلَيْهِمْ مَعَ بَقَائِهِ صَدَقَةً . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ أَنْ يُصَرَّفَ إِلَيْهِمْ عَلَى سَبِيلِ الْإِثْرِ ، وَيَبْتَطِلُ الْوَقْفُ فِيهِ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ ، دُونَ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ مِنْ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ ، وَدُونَ الْبَعِيدِ مِنَ الْعَصَبَاتِ (١٠) ، فَيُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، عَلَى حَسَبِ اسْتِحْقَاقِهِمْ لَوْلَاءِ الْمَوَالِي ، لِأَنَّهُمْ خُصُّوا بِالْعَقْلِ عَنْهُ ، وَبِمِيرَاثِ مَوَالِيهِ ، فَخُصُّوا بِهَذَا أَيْضًا . وَهَذَا لَا يَقْوَى عِنْدِي ، فَإِنَّ اسْتِحْقَاقَهُمْ لِهَذَا دُونَ غَيْرِهِمْ مِنَ النَّاسِ لَا يَكُونُ

(٦) تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ . من حديث سعد ابن أبي وقاص « والثالث كثير » .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨ - ٨) في الأصل : « لا يحصل للفقراء » .

(٩) في ب ، م : « بالوقوف » .

(١٠) في م : « العصابات » .

إلا^(١١) بِدَلِيلٍ ، مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ نَصًّا ، وَلَا إِجْمَاعًا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى مِيرَاثٍ وَلَا عِوَالِيٍّ ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُ لَا تَتَحَقَّقُ هُنَا . وَأَقْرَبُ الْأَقْوَالِ فِيهِ صَرْفُهُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ مَالِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَقَارِبِ الْوَاقِفِ / مَسَاكِينُ ، كَانُوا أَوْلَى بِهِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ ، كَمَا أَنَّ هُمْ أَوْلَى بِزَكَاتِهِ وَصِلَاتِهِ مَعَ جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ إِذَا صَرَفْنَا إِلَى أَقَارِبِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فَهِيَ أَيْضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُهُ إِلَّا بِصَرْفِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ ، الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ .

ظ ١٥٦/٥

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاقِفِ أَقَارِبُ ، أَوْ كَانَ لَهُ أَقَارِبُ فَانْقَرَضُوا ، صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَفًا عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الثَّوَابَ الْجَارِيَّ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا الْأَقَارِبَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، لِكَوْنِهِمْ أَوْلَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُونُوا ، فَالْمَسَاكِينُ أَهْلٌ لِلذَلِكَ ، فَصُرِفَ إِلَيْهِمْ ، إِلَّا عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ مِلْكًا لَهُمْ . فَإِنَّهُ يُصْرَفُ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَطَلُ الْوَقْفِ فِيهِ بِانْقِطَاعِهِ ، وَصَارَ مِيرَاثًا لَا وَاِرْثَ لَهُ ، فَكَانَ بَيْتُ الْمَالِ بِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا . وَسَكَتَ ، أَوْ قَالَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ . وَلَمْ يَذْكُرْ سَبِيلَهُ^(١٢) . فَلَا نَصَّ فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ الْوَقْفُ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي النَّذْرِ الْمُطْلَقِ : يَتَعَقَّدُ مُوجِبًا لِكِفَّارَةِ يَمِينٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى ، فَوَجِبَ أَنْ يَصِحَّ مُطْلَقُهُ ، كَالْأَضْحِيَّةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَوْ قَالَ : وَصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي . صَحَّ ، وَإِذَا صَحَّ صُرِفَ إِلَى مَصَارِفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

(١١) فِي م : (مِنْ) .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : (سَبِيلُهُ) .

فصل : وإن وَقَفَ عَلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، ^(١٣) ثم عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ^(١٤) ، مثل أن يَقِفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثم عَلَى الْبَيْعِ . صَحَّ الْوَقْفُ أَيْضًا ، وَيُصَرَّفُ ^(١٥) بعد انْقِرَاضِ مَنْ يَصِحُّ ^(١٥) الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى مَنْ يُصَرَّفُ إِلَيْهِ الْوَقْفُ الْمُتَقَطِّعُ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَهُ لِمَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ وَعَدَمُهُ وَاحِدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ مَا يَجُوزُ وَمَا لَا يَجُوزُ ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ .

فصل : وإن كَانَ الْوَقْفُ مُتَقَطِّعَ الْإِبْتِدَاءِ ، مثل أن يَقِفَهُ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَتَنَفْسِهِ ، أَوْ أُمِّ وَوَلَدِهِ ، أَوْ عَبْدِهِ ، أَوْ كَنَيْسِيَّةٍ ، أَوْ مَجْهُولٍ ، فإن لم يَذْكُرْ لَهُ مَالًا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فالْوَقْفُ باطلٌ . وكذلك إن جَعَلَ مَالَهُ مِمَّا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ؛ ^(١٦) لِأَنَّهُ أُخْلِلَ بِأَحَدِ شَرْطَيْ الْوَقْفِ فَبَطَلَ ، كما لو وَقَفَ مَالًا يَجُوزُ وَقْفُهُ . وإن جَعَلَ لَهُ مَالًا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ^(١٦) ، مثل أن يَقِفَهُ عَلَى عَبْدِهِ ، ثم عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ففي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وللشافعي فيه قَوْلَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ ، فإذا قُلْنَا : يَصِحُّ . وهو قول القاضي ، وكان مَنْ ^(١٧) لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ / مِمَّنْ ^(١٨) لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ، كَالْمَيِّتِ وَالْمَجْهُولِ وَالْكُنَائِسِ ، صُرِفَ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّنا ^(١٩) لَمَّا صَحَّحْنَا الْوَقْفَ مَعَ ^(٢٠) ذِكْرِ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَقَدْ أَلْعَيْنَاهُ ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَدَّرُ التَّصْحِيحُ مَعَ ^(٢٠) اعْتِبَارِهِ ، وإن كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ

و ١٥٧/٥

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ب ، م : « ويرجع » .

(١٥) في ب ، م : « جاز » .

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : « ممن » .

(١٨) في الأصل : « مما » .

(١٩) في الأصل : « لأنه » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

انْقِرَاضِهِ ، كَأُمِّ وَلَدِهِ ^(٢١) ، وَعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ ^(٢٢) فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ ، إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ صُرِفَ إِلَى مَنْ يَجُوزُ . وَهَذَا الْوَجْهُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْوَأَقْفَ إِنَّمَا جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ يَجُوزُ بِشَرْطِ انْقِرَاضِ هَذَا ، فَلَا يَثْبُتُ بَدُونَهُ . وَفَارَقَ مَا لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ، فَإِنَّهُ تَعَدَّرَ اعْتِبَارُهُ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ صَحِيحَ الطَّرْفَيْنِ ، مُتَقَطِّعَ الْوَسْطِ ، مِثْلَ أَنْ يَقِفَ عَلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ عَلَى عَبِيدِهِ ^(٢٣) ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . خُرُجَ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ وَجْهَانِ ، كَمُنْقَطِعِ الْإِنْتِهَاءِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِيمَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ أَلْعَيْنَاهُ إِذَا قَلْنَا بِالصَّحَّةِ ، وَإِنْ أُمَكِّنَ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ فَهَلْ يُعْتَبَرُ أَوْ يُلْعَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ مُنْقَطِعَ الطَّرْفَيْنِ ، صَحِيحَ الْوَسْطِ كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى عَبِيدِهِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْكَنَيْسَةِ ، خُرُجَ فِي صِحَّتِهِ أَيْضًا وَجْهَانِ ، وَمَصْرِفُهُ بَعْدَ مَنْ يَجُوزُ إِلَى مَصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ .

٩٢٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، أَوْ قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، وَقَفَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، إِلَّا أَنْ تُجِيزَ الْوَرِثَةُ) وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الْوَقْفَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، فِي اعْتِبَارِهِ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَاعْتَبِرَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مِنَ الثُّلْثِ ، كَالْعَنْتِقِ وَالْهَبَةِ . وَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ ، جَازَ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْوَرِثَةِ ، وَلَزِمَ ، وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ ، لَزِمَ الْوَقْفُ مِنْهُ فِي قَدْرِ الثُّلْثِ ،

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « الْوَلَدِ » .

(٢٢) فِي م : « بِنَصْرِفِ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « عَبِيدِهِمْ » .

وَوَقَّفَ الزَّائِدُ عَلَى إِجْزَاءِ الْوَرْتَةِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِزُرُومِ الْوَقْفِ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرْتَةِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِ بِوُجُودِ الْمَرَضِ ، فَمَنَعَ التَّبَرُّعَ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلْثِ ،
كَالْعَطَايَا وَالْعِنَقِ . فَأَمَّا / إِذَا قَالَ : هُوَ وَقَّفَ بَعْدَ مَوْتِي . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ
يَصِحُّ ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ لِلْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ ، وَتَعْلِيْقُ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ غَيْرِ
جَائِزٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ فِي حَيَاتِهِ ، وَحَمَلَ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهُ قَالَ : قِيَمُوا
بَعْدَ مَوْتِي . فَيَكُونُ وَصِيَّةً بِالْوَقْفِ لِإِقْفَافًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قَوْلُ الْخِرَقِيِّ هَذَا
يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَعْلِيْقِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ . وَلَنَا ، عَلَى صِحَّةِ الْوَقْفِ بِالْمُعَلَّقِ بِالْمَوْتِ ،
مَا اخْتَجَّ بِهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ عَمْرَ وَصَّى ، فَكَانَ فِي وَصِيَّتِهِ : هَذَا مَا أَوْصَى
بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَمْرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثْتُ ، أَنْ تَمَعًا صَدَقَةً . وَذَكَرَ بَقِيَّةَ الْخَبَرِ
وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ^(١) ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِنَحْوِ مِنْ هَذَا ، وَهَذَا نَصٌّ فِي
مَسَائِلِنَا ، وَوَقَّفَهُ هَذَا كَانَ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلِأَنَّهُ اشْتَهَرَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ ،
فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ مُعَلَّقٌ بِالْمَوْتِ ، فَصَحَّ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ ، أَوْ
نَقُولُ : صَدَقَةٌ مُعَلَّقَةٌ بِالْمَوْتِ ، فَأُشْبِهَتْ غَيْرَ الْوَقْفِ . وَيُفَارِقُ هَذَا التَّعْلِيْقَ عَلَى شَرْطٍ
فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ الْهَبَةِ الْمُطْلَقَةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَغَيْرِهِمَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا وَصِيَّةٌ ،
وَالْوَصِيَّةُ أَوْسَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ ،
وَالْمَجْهُولِ ، وَلِلْحَمْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ عَلَى هَذَا
الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشَّرْطِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ اِبْتِدَاءِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ
رَأْسُ الشَّهْرِ فِدَارِي وَقَّفَ ، أَوْ فَرَسِي حَبْسٌ ^(٢) ، أَوْ إِذَا وُلِدَ لِي وَلَدٌ ، أَوْ إِذَا قَدِمَ لِي ^(٣)

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٤ .

(٢) في م : (حيس) .

(٣) سقط من : الأصل .

غائبى . ونحو ذلك . ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافاً ؛ لِأَنَّهُ نَقَلَ لِلْمَلِكِ فيما لم يُتَيَّنَ على التَّغْلِيْبِ والسَّرَايَةِ ، فلم يَجْزِ تَغْلِيْقُهُ على شَرْطِ . كَالِهَيْبَةِ . وَسَوَى الْمُتَأَخَّرُونَ من أصحابنا بين تَغْلِيْقِهِ بِالْمَوْتِ ، وَتَغْلِيْقِهِ بِشَرْطِ في الحَيَاةِ . ولا يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْنَا من الفَرْقِ بينهما فيما قبلَ هذا .

فصل : وإن عُلِّقَ انْتِهَاءُهُ على شَرْطِ ، نحو قوله : دارى وَقَفَّ إلى سَنَةِ ، أو إلى أن يقدَمَ الحاجُّ . لم يَصِحَّ ، في أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُتَأَمَّنُ مُقْتَضَى الوَقْفِ ، فإن مُقْتَضَاهُ التَّأْيِيدُ . وفي الآخرِ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مُنْقَطِعُ الانْتِهَاءِ ، فأشْبَهَ ما لو وَقَفَّ على مُنْقَطِعِ الانْتِهَاءِ ، فإن حَكَمْنَا بِصِحَّتِهِ ههنا ، فحُكْمُهُ حُكْمُ مُنْقَطِعِ الانْتِهَاءِ .

فصل : وإن قال : هذا وَقَفَّ على وَلَدِي سَنَةَ ، ثم على المَساكِينِ . صحَّ . وكذلك / إن قال : هذا وَقَفَّ على وَلَدِي مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثم هو بعدَ مَوْتِي للمَساكِينِ . صحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَقَفَّ مُتَّصِلُ الْإِبْتِدَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وإن قال : وَقَفَّ على المَساكِينِ ، ثم على أولادِي . صحَّ ، ويكون وَقَفَّ على المَساكِينِ ، ويُلغى^(٤) قوله : على أولادِي . لِأَنَّ المَساكِينِ لا انْتِقِرَاضَ لهم .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عن أحمدَ في الوَقْفِ في مَرَضِهِ على بعضِ وَرَثَتِهِ ، فعنه : لا يجوزُ ذلك ، فإن فَعَلَ وَقَفَّ على إِجَازَةِ سَائِرِ الوَرَثَةِ ، (فإنَّ أحمدَ قال^٥) ، في رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بنِ إِبراهيمَ ، في مَنْ أَوْصَى لِأَوْلَادِيْنِهِ بِأَرْضٍ تُوقَفُ عَلَيْهِمَ ، فقال : إن لم يَرْتُوهُ فِجَائِزٌ . فظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لا يجوزُ الوَقْفُ عَلَيْهِمَ في المَرَضِ . اختارَهُ أَبُو حَفْصٍ العُكْبَرِيُّ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وهو مَذْهَبُ الشافِعِيِّ . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يجوزُ أن يَقِفَ عَلَيْهِمَ ثُلُثُهُ ، كالأجانبِ ، فإنَّهُ قال ، في رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ مِنْهُمِ المِمْوُنِيُّ : يجوزُ لِلرَّجُلِ أن يَقِفَ في مَرَضِهِ

(٤) في الأصل : « ويلغو » .

(٥ - ٥) في م : « قال أحمد » .

على وَرَثَتِهِ . فقيل له : أليس تَذْهَبُ إلى (٦) أَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ؟ فقال : نعم ، وَالْوَقْفُ
غَيْرُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ ، وَلَا يُصِيرُ مَلِكًا لِلْوَرَثَةِ يَتَنَفَعُونَ بِعَلَّتِهِ . وقال ،
في رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ ، فَإِنَّهُ صَرَّحَ فِي مَسْأَلَتِهِ بِوَقْفِ ثُلُثِهِ عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ دُونَ
بَعْضٍ ، فَقَالَ : جَائِزٌ . قَالَ الْخَبْرِيُّ (٧) : وَأَجَازَ هَذَا الْأَكْثَرُونَ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ ،
بِحَدِيثِ عَمْرِو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَمْرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ،
إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثَ أَنْ تَمَعًا صَدَقَةٌ ، وَالْعَبْدُ الَّذِي فِيهِ ، وَالسَّهْمُ الَّذِي بِخَيْرٍ ، وَرَقِيقَهُ
الَّذِي فِيهِ ، وَالْمِائَةَ وَسُقِىَ التِّي (٨) أَطْعَمَنِي مُحَمَّدٌ ﷺ ، تَلِيهِ حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيهِ
ذَوُو الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهِ ، لَا يُبَاعُ ، وَلَا يُشْتَرَى ، يُنْفَقُهُ حَيْثُ يَرَى مِنَ السَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ
وَدَوَى الْقُرْبَى ، وَلَا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَهُ إِنْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرَى رَقِيقًا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِنْحْوِ
مِنْ هَذَا . فَالْحُجَّةُ أَنَّهُ جَعَلَ لِحَفْصَةَ أَنْ تَلِيَّ وَقَفَهُ ، وَتَأْكُلَ مِنْهُ ، وَتَشْتَرِيَ رَقِيقًا . قَالَ
الْمِيمُونِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ عَمْرَ بِالْإِقْفَافِ ، وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ
الْوَارِثُ . قَالَ : فَإِذَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ أَمْرَهُ وَهُوَ ذَا قَدْرٍ وَقَفَّهَا عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَحَسَبَ الْأَصْلَ
عَلَيْهِمْ جَمِيعًا ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْمَلِكِ (٩) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَهُوَ
كَعِتْقِ الْوَارِثِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَخْصِيصٌ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، / فَمُنِعَ مِنْهُ ،
كَالْهَبَاتِ وَلِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَا تَجُوزُ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِالْعَيْنِ ، لَا تَجُوزُ بِالْمَنْفَعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ فِيمَا
زَادَ عَلَى الثُّلُثِ . وَأَمَّا خَيْرُ عَمْرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخُصَّ بَعْضَ الْوَرَثَةِ بِوَقْفِهِ ، وَالتَّرَاغُ إِذَا هُوَ
فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ . وَأَمَّا جَعْلُ الْوَلَايَةِ لِحَفْصَةَ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ وَقْفًا عَلَيْهَا ، فَلَا يَكُونُ
ذَلِكَ وَارِدًا فِي مَحَلِّ التَّرَاغِ ، وَكَوْنُهُ انْتِفَاعًا بِالْعَلَّةِ ، لَا يَقْتَضِي جَوَازَ التَّخْصِيصِ ،
بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَوْصَى لِوَرَثَتِهِ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ ، لَمْ يَجُزْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ

ظ ١٥٨/٥

(٦) سقط من : م .

(٧) أبو حَكِيمِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْخَبْرِيُّ ، فقيه شافعي ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط الضبط الحسن ، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦٢/٥ ، ٦٣ .

(٨) في م « الذي » .

(٩) في م : « المال » .

الجماعة ، على أنه وَقَفَ على جَمِيعِ الوَرَثَةِ ، ليكونَ على وَفْقِ حَدِيثِ عَمَرَ ، وعلى وَفْقِ الدَّلِيلِ الذِي ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِن وَقَفَ دَارَهُ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ التُّلْثِ ، بَيْنَ ابْنِهِ وَبَنْتِهِ نِصْفَيْنِ ، فِي مَرَضِ مَوْتِهِ ، فَعَلَى رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ يَصِحُّ الْوَقْفُ ، وَيَلْزَمُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَجُوزُ لَهُ تَخْصِيصُ الْبِنْتِ بِوَقْفِ الدَّارِ كُلِّهَا ، فَيَنْصِفُهَا أَوْلَى . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي نَصَرْنَاهَا ، إِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ ذَلِكَ جَازًا ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَّ الْوَقْفُ فِيمَا زَادَ عَلَى نَصِيبِ الْبِنْتِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْإِبْنِ مِلْكًا ، فَيَكُونُ لَهُ النُّصْفُ وَقَفًا ، وَالسُّدُسُ مِلْكًا طَلْقًا^(١٠) ، وَالتُّلْثُ لِلْبِنْتِ جَمِيعُهُ وَقَفًا . وَيَحْتَمِلُ^(١١) أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ فِي نِصْفِ مَا وَقَفَ عَلَى الْبِنْتِ ، وَهُوَ الرَّبْعُ ، وَيَقَى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الدَّارِ وَقَفًا ، يَنْصِفُهَا^(١٢) لِلْإِبْنِ ، وَرُبْعَهَا لِلْبِنْتِ ، وَالرَّبْعُ الذِي يَبْطُلُ الْوَقْفُ فِيهِ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، لِلْإِبْنِ ثَلَاثًا ، وَلِلْبِنْتِ ثُلُثًا ، وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ؛ لِلْإِبْنِ سِتَّةُ أَسْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمٌ مِلْكًا . وَلَوْ وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ نِصْفَيْنِ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ التُّلْثِ ، فَرَدَّ الْإِبْنُ ، صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فِي نِصْفِهَا ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ فِي ثُمْنِهَا ، وَالْإِبْنُ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي ثَلَاثَةِ أَثْمَانِهَا ، فَتَرْجِعُ إِلَيْهِ مِلْكًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فِي نِصْفِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ نِصْبِيهِ ، وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ^(١٣) بَاقِ نِصْبِيهِ^(١٢) مِلْكًا ، وَيَصِحُّ الْوَقْفُ فِي أَرْبَعَةِ أَسْبَاعِ الثُّمْنِ الذِي لِلْمَرْأَةِ ، وَبَاقِيهِ يَكُونُ لَهَا مِلْكًا ، فَاضْرِبْ سَبْعَةَ فِي ثَمَانِيَّةٍ ، تَكُونُ سِتَّةً وَخَمْسِينَ ، لِلْإِبْنِ ثَمَانِيَّةً وَعِشْرُونَ وَقَفًا ، وَأَحَدَ وَعِشْرُونَ مِلْكًا ، وَلِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةَ أَسْهُمٍ وَقَفًا ، وَثَلَاثَةَ مِلْكًا . وَهَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ . فَأَمَّا إِنْ

(١٠) فِي م : « مطلقاً » .

(١١) فِي النسخ : « ويحمل » .

(١٢) فِي م : « ونصفها » .

(١٣ - ١٢) سقَطَ مِنْ م :

كانت الدَّارُ جَمِيعَ مِلْكِهِ ، فَوَقَّعَهَا كُلَّهَا ، فعلى ما اخْتَرَنَاهُ ، الحُكْمُ فيها كما لو كانت تَخْرُجُ مِنَ التُّلْثِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ فِي جَمِيعِ الْمَالِ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي الرَّائِدِ عَنِ التُّلْثِ ، وَأَمَّا عَلَى / مَارَوَاهُ الْجَمَاعَةُ ، فَإِنَّ الْوَقْفَ يَلْزَمُ فِي التُّلْثِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ ، وَفِيمَا زَادَ فَلَهُمَا إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِيهِ ، وَلِلْأَبْنِ إِبْطَالُ التَّسْوِيَةِ ، ^(٤) فَإِنْ اخْتَارَ إِبْطَالَ التَّسْوِيَةِ ^(٥) دُونَ إِبْطَالِ الْوَقْفِ ، خُرِجَ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَبْطُلُ الْوَقْفُ فِي التُّسْعِ ، وَيَرْجَعُ إِلَيْهِ مِلْكًا ، فَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا ، وَالتُّسْعُ مِلْكًا ، وَيَكُونُ لِلْبَيْتِ السُّدُسُ وَالتُّسْعَانِ وَقَفًا ؛ لِأَنَّ الْآبَانَ إِذَا مَلَكَ ^(٥) إِبْطَالَ الْوَقْفِ فِي مَا لَهُ دُونَ مَا لِغَيْرِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّ لَهُ إِبْطَالَ الْوَقْفِ فِي السُّدُسِ ، وَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا ، وَالتُّسْعُ مِلْكًا ، وَلِلْبَيْتِ التُّلْثُ وَقَفًا ، وَنِصْفُ التُّسْعِ مِلْكًا ؛ لِأَنَّ تَزَادَ الْبَيْتُ عَلَى الْآبَانِ فِي الْوَقْفِ . وَتَصِحُّ الْمَسْأَلَةُ فِي هَذَا الْوَجْهِ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، لِلْآبَانِ تِسْعَةً وَقَفًا وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبَيْتِ سِتَّةَ أَسْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمٍ مِلْكًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي الرَّبْعِ كُلِّهِ ، وَيَصِيرُ لَهُ النِّصْفُ وَقَفًا وَالسُّدُسُ مِلْكًا ، وَيَكُونُ لِلْبَيْتِ الرَّبْعُ وَقَفًا وَنِصْفُ السُّدُسِ مِلْكًا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ الدَّارُ تَخْرُجُ مِنَ التُّلْثِ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

٩٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَرِبَ الْوَقْفَ ، وَلَمْ يَرُدَّ شَيْئًا ، بِيَعٍ ، وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَرُدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَجُعِلَ وَقَفًا كَالْأَوَّلِ ، وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ ^(١) إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، بِيَعٍ ، وَاشْتَرَى بِثَمَنِهِ مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ)

وجملة ذلك أن الوقف إذا حارب ، وتعتلت منافعه ، كدارٍ انهدمت ، أو أرضٍ حربت ، وعادت مواتًا ، ولم تمكن عمارتها ، أو مسجدٍ انتقل أهل القرية عنه ، وصار في موضع لا يصلح فيه ، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه ^(٢) في موضعه ،

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في م : « ملك » .

(١) في الأصل : « الحبس » .

(٢) في الأصل : « توسعته » .

أَوْ تَشَعَّبَ^(٣) جَمِيعُهُ فَلَمْ تُمَكِّنْ عِمَارَتَهُ وَلَا عِمَارَةَ بَعْضِهِ إِلَّا يَبِيعُ بَعْضُهُ ، جَازَ يَبِيعُ بَعْضُهُ لِتَعَمَّرَ بِهِ بَقِيَّتَهُ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْإِتِّفَاعُ شَيْئًا مِنْهُ ، يَبِيعُ جَمِيعُهُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ خَشْبَتَانِ ، لَهَا قِيَمَةٌ ، جَازَ يَبِيعُهُمَا وَصَرَفَ تَمَنِيَهُمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ : يُحَوَّلُ الْمَسْجِدُ خَوْفًا مِنَ اللَّصُوصِ ، وَإِذَا كَانَ مَوْضِعُهُ قَدْرًا . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَمْنَعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِيهِ . وَنَصَّ عَلَى جَوَازِ يَبِيعِ عَرَضَتِهِ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَتَكُونُ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَقَدَرَوِي عَلَى بَنِ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَا تَبَاعُ ، وَإِنَّمَا تُنْقَلُ أَلْتَهَا . قَالَ : وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِاجْتِمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ يَبِيعِ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ^(٤) - يَعْنِي الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْغَزْوِ - إِذَا كَبُرَتْ ، فَلَمْ تَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، وَأَمَكِنَ الْإِتِّفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ تَدُورَ فِي الرَّحَى ، أَوْ يُحْمَلُ عَلَيْهَا تَرَابٌ ، أَوْ تَكُونَ الرَّغْبَةُ فِي نِتَاجِهَا ، أَوْ حِصَانًا/يَتَّخِذُ لِلطَّرَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ يَبِيعُهَا ، وَيُشْتَرَى بِتَمَنِيَتِهَا مَا يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ الْوَقْفُ ، عَادَ إِلَى مَلِكٍ وَاقِفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا هُوَ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ مَنَفَعَتُهُ ، زَالَ حَقُّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَزَالَ مَلِكُهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ يَبِيعُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا تَبْتِاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ »^(٥) . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ مَعَ بَقَاءِ مَنَافِعِهِ ، لَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ مَعَ^(٦) تَعَطُّلِهَا ، كَالْمُعْتَقِ ، وَالْمَسْجِدِ أَشْبَهُ الْأَشْيَاءِ بِالْمُعْتَقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عَمْرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى سَعْدٍ ، لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ نُقِبَ^(٧) نَيْتُ الْمَالِ الَّذِي بِالْكُوفَةِ ، أَنَّ^(٨) انْقُلَ الْمَسْجِدَ الَّذِي بِالتَّمَارِينِ ، وَاجْعَلْ نَيْتَ

١٥٩/٥ ط

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَشَعَّبَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْحَبِيسُ » .

(٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

(٦) فِي مَزِيَادَةِ : « بَقَاءِ » .

(٧) نَقِبَ ؛ يَفْتَحُ الْقَافَ : تَخَرَّقَ . وَنُقِبَ ؛ بِالْبِنَاءِ لِلْمَجْهُولِ : نَقِبَهُ بَعْضُ النَّاسِ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

المال في قبلة المسجد ، فإنه لن يزال في المسجد مُصَلًّا^(٩) . وكان هذا بمشهد من الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، فكان إجماعاً . ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعدد إبقائه بصورته ، فوجب ذلك ، كما لو استولدت الجارية الموقوفة ، أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : الوقف مؤبد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه ، يُخصَّصه^(١٠) استبقاء العرض ، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطُّلها تضييع للعرض . ويقرب هذا من الهدى إذا عطب^(١١) في السفر^(١١) ، فإنه يُدبَحُ في الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلما تعدد تحصيل العرض بالكلية ، استوفى منه ما أمكن ، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعدده ؛ لأن مراعاته مع تعدده تُفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية ، وهكذا الوقف المعطل المتافع . ولنا ، على محمد بن الحسن ، أنه إزالة ملك على وجه القرية ، فلا يعود إلى ملكه باختلاله ، وذهاب منافع كالعتق .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أن الوقف إذا بيع ، فأى شيء اشتري بتمينه مما يُردُّ على أهل الوقف جاز ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ؛ لأن المقصود المنفعة ، لا الجنس ، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تُصرف فيها ؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به .

فصل : وإذا لم يكف^(١٢) ثمن الفرس الحبيس^(١٣) لشراء فرس أخرى ، أُعِين / به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن . نص عليه أحمد ؛ لأن المقصود

١٦٠/٥ و

(٩) سقط من : الأصل . وفي م : « مصل » ، والمثبت من الشرح الكبير ٣ / ٤٢٠ .

(١٠) في الأصل : « تخصيصه » .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في م : « يف » .

(١٣) في الأصل : « الحبيس » .

اسْتِيفَاءُ^(١٤) مَنفَعَةِ الْوَقْفِ الْمُمْكِنِ اسْتِيفَاؤُهَا^(١٥)، وَصِيَانَتُهَا عَنِ الضِّيَاعِ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى ذَلِكَ إِلَّا بِهَذِهِ الطَّرِيقِ .

فصل : وَإِنْ لَمْ تَتَعَطَّلْ مَنفَعَةُ^(١٦) الْوَقْفِ بِالْكُلِّيَّةِ، لَكِنْ قَلَّتْ، وَكَانَ غَيْرُهُ أَنْفَعَ مِنْهُ وَأَكْثَرَ رَدًّا عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ الْبَيْعِ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ، صِيَانَةَ لِمَقْصُودِ الْوَقْفِ عَنِ الضِّيَاعِ، مَعَ إِمْكَانِ تَحْصِيلِهِ، وَمَعَ الْإِنْتِفَاعِ، وَإِنْ قَلَّ مَا يَضِيعُ الْمَقْصُودُ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ فِي قَلَّةِ النَّفْعِ إِلَى حَدٍّ لَا يُعَدُّ نَفْعًا، فَيَكُونُ وُجُودُ ذَلِكَ كَالْعَدَمِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ، فِي مَسْجِدِ أَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ مِنَ الْأَرْضِ، وَيُجْعَلُ تَحْتَهُ سِقَايَةٌ وَحَوَانِيثٌ، فَاثْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ ذَلِكَ: فَيُنْظَرُ إِلَى قَوْلِ أَكْثَرِهِمْ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ كَلَامِ أَحْمَدَ، فَذَهَبَ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ هَذَا فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ إِنْشَاءَهُ ابْتِدَاءً، وَاخْتَلَفُوا كَيْفَ يُعْمَلُ؟ وَسَمَّاهُ مَسْجِدًا قَبْلَ بِنَائِهِ تَجَوُّزًا؛ لِأَنَّ مَا لَهُ إِلَيْهِ، أَمَّا بَعْدَ كَوْنِهِ مَسْجِدًا لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ سِقَايَةً وَلَا حَوَانِيثَ. وَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ، وَهُوَ أَنَّهُ كَانَ مَسْجِدًا، فَأَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ، وَجَعَلَ مَا تَحْتَهُ سِقَايَةً لِحَاجَتِهِمْ إِلَى ذَلِكَ. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَوْلَى، وَإِنْ خَالَفَ الظَّاهِرَ؛ فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ، وَإِبْدَالُهُ، وَيَبِيعُ سَاحَتَهُ، وَجَعَلَهَا سِقَايَةً وَحَوَانِيثَ، إِلَّا عِنْدَ تَعَدُّرِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى سِقَايَةٍ وَحَوَانِيثَ لَا تُعْطَلُ نَفْعَ الْمَسْجِدِ، فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ فِي ذَلِكَ، وَلَوْ جَازَ جَعْلُ أَسْفَلِ الْمَسْجِدِ سِقَايَةً وَحَوَانِيثَ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ، لَجَازَ تَحْرِيْبُ الْمَسْجِدِ وَجَعْلُهُ سِقَايَةً وَحَوَانِيثَ، وَيَجْعَلُ بَدْلَهُ مَسْجِدًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ. وَقَالَ أَحْمَدُ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، فِي مَسْجِدٍ لَيْسَ بِحَصِينٍ مِنَ الْكِلَابِ، وَلَهُ مَنَارَةٌ، فَرُخِّصَ فِي نَقْضِهَا، وَبِنَاءِ حَائِطِ الْمَسْجِدِ بِهَا لِلْمَصْلَحَةِ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ: « اسْتِيفَاءُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ: « اسْتِيفَاؤُهَا » .

(١٦) فِي م: « مَصْلَحَةٌ » .

فصل: ولا يجوز أن يُعْرَسَ في المَسْجِدِ شَجَرَةٌ . نصَّ عليه أحمدُ ، وقال : إن كانت غُرْسَتِ النَّخْلَةُ بعد أن صارَ مَسْجِدًا ، فهذه غُرْسَتٌ بغيرِ حَقِّ ، فلا أُحِبُّ الأكلَ منها ، ولو قَلَعَهَا الإمامُ لجازَ ؛ وذلك لأنَّ المَسْجِدَ لم يَبْنِ لهذا ، وإنما بُنِيَ لِذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، ولأنَّ الشَّجَرَةَ تُؤذِي المَسْجِدَ وتَمْنَعُ المُصَلِّينَ مِنَ الصَّلَاةِ فِي مَوَاضِعِهَا ، وَيَسْقُطُ وَرْقُهَا فِي المَسْجِدِ وَثَمَرُهَا ، وَتَسْقُطُ عَلَيْهَا العَصَافِيرُ وَالطَّيْرُ / فتَبُولُ فِي المَسْجِدِ ، وربما اجْتَمَعَ الصَّبِيانُ فِي المَسْجِدِ مِنْ أَجْلِهَا ، وَرَمَوْهَا بِالْحِجَارَةِ لِيَسْقُطَ ثَمَرُهَا . فأما إن كانت النَّخْلَةُ فِي أَرْضٍ ، فَجَعَلَهَا صَاحِبُهَا مَسْجِدًا وَالنَّخْلَةُ فِيهَا ، فلا بَأْسَ . قال أحمدُ فِي مَوْضِعٍ : لا بَأْسَ . يَعْنِي أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الجِيرَانِ . وقال ، فِي رِوَايَةٍ أَيْ طَالِبٍ ، فِي التَّبَقَةِ : لا تَبَاعُ ، وَتُجْعَلُ لِلْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الدَّرْبِ يَأْكُلُونَهَا . وَذَلِكَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، لِأَنَّ صَاحِبَ الأَرْضِ لَمَّا جَعَلَهَا مَسْجِدًا وَالنَّخْلَةَ فِيهَا ، فَقَدَ وَقَفَ الأَرْضَ وَالنَّخْلَةَ مَعَهَا ، وَلَمْ يُعَيِّنْ مَصْرَفَهَا ، فَصَارَتْ كَالْوَقْفِ المُطْلَقِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ مَصْرَفٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ، أَنَّهُ لِلْمَسَاكِينِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ صَاحِبُهَا : هَذِهِ وَقَفَ عَلَى المَسْجِدِ . فَيَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ ثَمَرُهَا ، وَيُصْرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ وَقَفَهَا عَلَى المَسْجِدِ وَهِيَ فِي غَيْرِهِ . قَالَ أَبُو الحَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّ المَسْجِدَ إِذَا احتَاجَ إِلَى ثَمَنِ ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، يَبِيعَتْ ، وَصْرَفَ ثَمَنُهَا فِي عِمَارَتِهِ . قَالَ : وَقَوْلُ أَحْمَدَ : يَأْكُلُهَا الجِيرَانُ . مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ يَعْمُرُونَهُ .

ظ ١٦٠/٥

فصل: وما فَضَّلَ مِنْ حُضْرِ المَسْجِدِ وَزَيْتِهِ ، وَلَمْ يُحْتَجَّ إِلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يُجْعَلَ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ ، أَوْ يُتَصَدَّقَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى فُقَرَاءِ جِيرَانِهِ وَغَيْرِهِمْ ، وَكَذَلِكَ إِنْ فَضَّلَ مِنْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نِقْضِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَسْجِدِ بُنِي ، فَبَقِيَ مِنْ حَشْبِهِ أَوْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نِقْضِهِ ، فَقَالَ : يُعَانُ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ . أَوْ كَمَا قَالَ . وَقَالَ المَرُودِيُّ : سَأَلْتُ أبا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ بَوَارِي المَسْجِدِ ^(١٧) ، إِذَا فَضَّلَ مِنْهُ الشَّيْءُ ، أَوْ الحَشْبَةُ . قَالَ :

(١٧) بوارى المسجد : حصره .

يُتَصَدَّقُ بِهِ . وَأَرَى أَنَّهُ قَدْ اِحْتَجَّ بِكُسُوفِ الْبَيْتِ إِذَا تَحَرَّقَتْ تُصَدَّقُ بِهَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ
 آخَرَ : قَدْ كَانَ شَيْبَةُ يَتَصَدَّقُ بِخَلْقَانِ الْكَعْبَةِ . وَرَوَى الْخَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلْقَمَةَ ،
 عَنْ أُمِّهِ ، أَنَّ شَيْبَةَ بْنَ عُثْمَانَ الْحَجَبِيِّ ، جَاءَ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَ : يَا أُمَّ
 الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّ ثِيَابَ الْكَعْبَةِ تَكْثُرُ عَلَيْهَا ، فَتَنْزِعُهَا ، فَتَحْفِرُ لَهَا آبَارًا فَتَدْفِنُهَا فِيهَا ، حَتَّى
 لَا تَلْبَسَهَا الْحَائِضُ وَالْجُنُبُ . قَالَتْ عَائِشَةُ : بِئْسَ مَا صَنَعْتَ ، وَلَمْ تُصِيبْ ، إِنَّ ثِيَابَ
 الْكَعْبَةِ إِذَا نَزِعَتْ لَمْ يَضُرَّهَا مَنْ لَبَسَهَا مِنْ حَائِضٍ أَوْ جُنُبٍ ، وَلَكِنْ لَوْ بَعَثْتَهَا ، وَجَعَلْتَ
 ثَمَنَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَسَاكِينِ . فَكَانَ شَيْبَةُ يَبْعَثُ بِهَا إِلَى الْيَمَنِ ، فَتُبَاعُ ، فَيَضَعُ ثَمَنَهَا
 حَيْثُ أَمَرَتْهُ عَائِشَةُ . وَهَذِهِ قِصَّةٌ مِثْلُهَا يَتَشِيرُ ، وَلَمْ يُنْكَرْ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا ^(١٨) ، وَلِأَنَّهُ
 مَالُ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَبْقَ لَهُ مَصْرُوفٌ ، فَصُرِفَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، كَالْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ .

فصل : إِذَا جَنَى الْوَقْفُ جِنَايَةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، وَجَبَ / ، سِوَاءَ كَانَتْ الْجِنَايَةُ
 عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ ، وَإِنْ قُطِعَ كَانَ بَاقِيَهُ وَقْفًا ،
 كَالْوَقْفِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعَلُّقُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛
 لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَعَلَّقَ أَرْضُهُ بِرَقَبَتِهِ ،
 فَكَانَ عَلَى مَالِكِهِ ، كَأَمِّ الْوَالِدِ . وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ كَأَمِّ الْوَالِدِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَقْفُ
 لَا يُمْلِكُ . فَالْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ تَعَلُّقَهُ بِرَقَبَتِهِ لِكَوْنِهَا لَا تَبَاعُ ، وَبِالْمَوْقُوفِ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، فَكَانَ فِي كَسْبِهِ ، كَالْحُرِّ يَكُونُ فِي مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي
 بَيْتِ الْمَالِ ، كَأَرْضِ جِنَايَةِ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . وَهَذَا احْتِمَالٌ ضَعِيفٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا
 تَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فِي صُورَةٍ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَجِنَايَةُ الْعَبْدِ لَا تَحْمِلُهَا
 الْعَاقِلَةُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
 لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِجَابُ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقَهُ بِرَقَبَتِهِ ، لِتَعَدُّرِ بَيْعِهَا ،
 فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

(١٨) سقط من : م .

فصل : وإن جُنِيَ على الوَقْفِ جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْمَالِ ، وَجَبَ ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ لَمْ تَبْطُلْ ، وَلَوْ بَطَلَتْ مَالِيَّتَهُ لَمْ يَبْطُلْ أَرَشُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَجِبُ أَرَشُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ قُتِلَ وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، وَلَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْعَفْوُ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهَا ، وَيُشْتَرَى بِهَا مِثْلَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ يَكُونُ وَقْفًا . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ : يَخْتَصُّ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ ، لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِلْكٌ لَا يَخْتَصُّ بِهِ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِبَدَلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْمَرْهُونِ ، وَيَبَيِّنُ عَدَمَ الْاِخْتِصَاصِ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فَلَمْ يَجْزُ إِبْطَالُهُ . وَلَا نَعْلَمُ قَدْرَ مَا يَسْتَحِقُّ هَذَا مِنْهُ فِعْفُؤُ^(١٩) عَنْهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ رَجُلٌ رَهْنًا ، أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، وَلَمْ يَصِحَّ عَفْوُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَمْدًا مَحْضًا مِنْ مُكَافِئٍ لَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَفْتَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَكُونُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ ، فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ أَوْ طَرَفٌ مِنْ أَطْرَافِهِ ، فَالْقِصَاصُ لَهُ ، وَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْقَطْعُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، أَوْ يُوجِبُهُ فِعْفُؤُ^(٢٠) عَنْهُ ، وَجَبَ نِصْفُ قِيمَتِهِ ، فَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ كَامِلٌ ، وَإِلَّا اشْتَرَى بِهَا شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

١٦١/٥ ظ

فصل : ويجوزُ تزويجُ الأمةِ الموقوفةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَتِهَا ، أَشْبَهَ الْإِجَارَةَ ، وَلِأَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَتَضَرَّرُ بِتَمْلِيكِ غَيْرِهِ إِنَاءَهَا ، وَوَلِيِّهَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَالْمَهْرُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْعِهَا ، أَشْبَهَ الْأَجْرَ فِي الْإِجَارَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى نَفْعِهَا فِي الْعُمُرِ ، فَيُفْضَى إِلَى تَفْرِيقِ نَفْعِهَا فِي حَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، وَلِأَنَّ التَّكَاحَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حُقُوقٌ ؛ مِنْ وَجُوبِ تَمَكِينِ الزَّوْجِ مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا ،^(٢٠) وَمَبِيئَتِهَا عِنْدَهُ^(١) ، فَتَقَوُّتْ خِدْمَتُهَا فِي اللَّيْلِ عَلَى الْبَطْنِ

(١٩) فِي م : (فَعْفُو) .

(٢٠ - ٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الثاني ، إلا أن تطلب التزويج ، فيتعين تزويجها ؛ لأنه حق لها طلبته ، فتعين^(٢١) الإجابة إليه ، وما فات من الحق به ، فات تبعاً لإيفائها حقها ، فوجب ذلك ، كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك . وإذا تزوجها فولدت من الزوج ، فولد لها وقف معها^(٢٢) ؛ لأن ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة ، حكمه حكمها ، كأم الولد والمكاتبه . وإن أكرهها^(٢٣) أجنبي ، فوطئها ، أو طأوعته ، فعليه الحد إذا انتفت الشبهة ، وعليه المهر لأهل الوقف ؛ لأنه وطئ جارياً غيره ، أشبه الأمة المطلقة ، وولدها يكون وقفاً معها . وإن وطئها بشبهة يعتقها حرة ، فالولد حر ، ولو كان الواطئ عبداً ، وتجب قيمته ؛ لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً ، فممنعه اعتقاد الحرية من الرق ، فوجب قيمته يشتري بها عبد يكون وقفاً^(٢٤) ، وتعتبر^(٢٥) قيمته يوم تضعه حياً ؛ لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك .

فصل : وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة ؛ لأننا^(٢٦) لا نأمن حبلها ، فتتقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ؛ لأن ملكه ناقص ، فإن وطئ ، فلا حد عليه ؛ للشبهة ، ولا مهر عليه ؛ لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب للإنسان شيء على نفسه ، والولد حر ؛ لأنه من وطئ شبهة . وعليه قيمة الولد ،^(٢٧) يشتري بها عبد^(٢٧) مكانه وتصير أم ولد ؛ لأنه أحبلها بحر في ملكه . فإذا مات عتقت ، ووجب قيمتها في تركته ؛ لأنه أثلفها على من بعده / من البطون ، فيشتري بها جارياً تكون وقفاً مكانها . وإن قلنا : إن الموقوف عليه لا يملكها . لم تصير أم ولده ؛ لأنها غير مملوكة له .

(٢١) في الأصل : « فتعينت » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) في م : « أكرها » .

(٢٤) في م : « رققا » .

(٢٥) في الأصل : « وتجب » .

(٢٦) في الأصل : « لأنه » .

(٢٧ - ٢٧) في الأصل : « ويشتري بها عبداً » .

فصل : وإن أُعْتِقَ الْعَبْدُ الْمَوْقُوفَ ، لم يَنْفُذْ عِتْقَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ ، ولأنَّ الْوَقْفَ لَازِمٌ ، فلا يُمَكِّنُ إِبْطَالُهُ . وإن كان نِصْفُ الْعَبْدِ وَقْفًا ، وَنِصْفُهُ طَلْقًا ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الطَّلِيقِ ، لم يَسِرْ عِتْقُهُ إِلَى الْوَقْفِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَعْتَقِ بِالمُبَاشَرَةِ بِالسَّرَايَةِ أَوْلَى .

٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَصَلَ فِي يَدِ بَعْضِ أَهْلِ الْوَقْفِ حُمْسَةٌ أَوْ سِقِي ، ففِيهِ الزَّكَاةُ . وَإِذَا صَارَ الْوَقْفُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَلَا زَكَاةَ فِيهِ)

وجملة ذلك أن الوقف إذا كان شجرًا فائتمر ، أو أرضًا فزُرِعَتْ ، وكان الوقف على قومٍ بأعيانهم ، فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ، ففيه الزكاة . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وروى عن طاوس ، ومكحول : لا زكاة فيه ، لأن الأرض ليست مملوكة لهم ، فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها ، كالمساكين . ولنا ، أنه استعمل^(١) من أرضه أو شجره نصابًا ، فلزمته زكاته ، كغير الوقف ، يُحققه أن الوقف الأصل ، والثمره طلق ، والمثلك فيها تام ، له التصرف فيها بجميع التصرفات ، وثورت عنه ، فتجب فيها الزكاة ، كالحاصلة من أرض مستأجرة له . وقولهم : إن الأرض غير مملوكة له . ممنوع . وإن سلمنا ذلك ، فهو مالك لمنفعتيها ؛ ويكفي ذلك في وجوب الزكاة ، بدليل الأرض 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 تفريقها ، وإن بلغت نصابًا^(٢) ؛ لأن الوقف^(٣) على المساكين لا يتعين لواحد منهم ، بدليل أن كل واحد منهم يجوز حرماته والدفع إلى غيره ، وإنما ثبت^(٤) المثلك فيه بالدفع والقبض ، لما أعطيه من غلته ملكًا مستأنفًا ، فلم تجب عليه فيه زكاة ، كالذي يدفع إليه من الزكاة ،

(١) في الأصل : « اشتغل » .

(٢) في الأصل : « نصابا » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « ثبت » .

وكالو وهبه أو اشتراه . وفارق الوقف على قوم بأعيانهم . فإنه يُعَيَّن^(٥) لكل واحد منهم حق في نفع الأرض وغلتيها ، ولهذا يجب إعطاؤه ، ولا يجوز حرمانه .

فصل : ويصح الوقف على القبيلة العظيمة ، كقريش ، وبنى هاشم ، وبنى تميم ، وبنى وائل ، ونحوهم . ويجوز الوقف على المسلمين كلهم ، وعلى أهل إقليم ومدينة ، كالشام ودمشق / ونحوهم . ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته ، وأهل مدينته . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : لا يصح الوقف على من لا يمكن استيعابهم وحصرهم ، في غير المساكين وأشباههم ؛ لأن هذا تصرف في حق الآدمي ، فلم يصح مع الجهالة ، كالوقف على قوم . ولنا ، أن من صح الوقف عليه ، إذا كان عدده محصياً ، صح ، وإن لم يكن محصياً ، كالفقراء والمساكين . وما ذكره يتطل 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 .

٩٢٧ - مسألة ؛ قال : (وما لا ينتفع به إلا بالإنلاف ، مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب ، فوقفه غير جائز)

وجملته أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالذنانير والدراهم ، والمطعم والمشروب ، والشمع ، وأشباهه ، لا يصح وقفه ، في قول عامة الفقهاء وأهل العلم ، إلا شيئاً يحكى عن مالك ، والأوزاعي ، في وقف الطعام ، أنه يجوز . ولم يحكه أصحاب مالك . وليس بصحيح ؛ لأن الوقف تحبب الأصل وتسهيل الثمرة ، وما لا ينتفع به إلا بالإنلاف لا يصح فيه ذلك . وقيل في الدراهم والذنانير : يصح وقفها ، على قول من أجاز إجارتها . ولا يصح ؛ لأن تلك المنفعة ليست

(٥) في الأصل : يعين .

المَقْصُودَ الَّذِي خُلِقَتْ لَهُ الْأَثْمَانُ ، ولهذا لا تُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ، فلم يَجُزِ الرَّقْفُ لَهُ ، كَوَقْفِ الشَّجَرِ عَلَى نَشْرِ الثِّيَابِ ، وَالْعَنَمِ عَلَى دَوْسِ الطِّينِ ، وَالشَّمْعِ لِيَتَجَمَّلَ بِهِ .

فصل : والمراد بالذهب والفضة ههنا الدرَاهِمُ والدَّنَانِيرُ ، وما ليس بحلِّي ؛ لأنَّ ذلك هو الذي يتلَّفُ بالانْتِفَاعِ بِهِ . أمَّا الحلِّي ، فيصحُّ وَقْفُهُ لِلْبَسِّ وَالْعَارِيَةِ ؛ لما رَوَى ^(١) نافعٌ ، قال : ابتاعتُ حَفْصَةَ حَلِيًّا بِعِشْرِينَ أَلْفًا ، فحَبَسْتُهُ عَلَى نِسَاءِ آلِ الْخَطَّابِ ، فكانت لا تُحْرِجُ زَكَاتَهُ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ . ولأنَّه عَيْنٌ يُمْكِنُ الْانْتِفَاعُ بِهَا ، مع بَقَائِهَا دَائِمًا ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ ، ولأنَّه يَصِحُّ تَحْيِيسُ أَصْلِهَا وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقد روى عن أحمدَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا . وَأَنْكَرَ الْحَدِيثَ عَنْ حَفْصَةَ فِي وَقْفِهِ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَّ تَأَوَّلَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْحَدِيثُ فِيهِ . وَوَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّ التَّحْلِيَّ لَيْسَ هُوَ / الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ مِنَ الْأَثْمَانِ ، فلم يَصِحَّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ ، كما لو وَقَفَ الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ . وَالأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَالتَّحْلِيُّ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْمُهْمَةِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، وَقَدْ اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي إسْقَاطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُتَّخِذِهِ ، وَجَوَزَ إِجَارَتَهُ لِذَلِكَ . وَيُفَارِقُ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ ، فَإِنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِبْ بِالتَّحْلِيِّ بِهِ ، وَلَا اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فِي إسْقَاطِ زَكَاتِهِ ، وَلَا ضَمَانَ مَنَفَعَتِهِ ^(٢) فِي الْعَصَبِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

و ١٦٣/٥

فصل : ولا يَصِحُّ وَقْفُ الشَّمْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَّفُ بِالْانْتِفَاعِ بِهِ ، فَهُوَ كَالْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَلَا مَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، مِنَ الْمَشْمُومَاتِ وَالرِّيَاحِينِ وَأَشْبَاهِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَّفُ عَلَى قُرْبٍ مِنَ الزَّمَانِ ، فَأَشْبَهَتِ الْمَطْعُومَ ، وَلَا وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، كَأَمِّ الْوَالِدِ ، وَالْمَرْهُونِ ، وَالْكَلْبِ ، وَالخِنْزِيرِ ، وَسَائِرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَا تُصْلَحُ

(١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَنْ » .

(٢) فِي م : « نَفْعُهُ » .

لِلصَّيْدِ ، وَجَوَارِحِ الطَّيْرِ التِّي لَا يُصَادُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَقْلٌ لِلْمَلِكِ (٣) فِيهَا فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَمَا لَا مَنَفَعَةَ فِيهِ لَا يَحْصُلُ فِيهِ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْكَلْبُ أُبِيحَ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فَلَمْ يَجُزْ التَّوَسُّعُ فِيهَا ، وَالْمَرْهُونُ فِي وَقْفِهِ يُبْطَلُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجُزْ (٤) إِبْطَالُهُ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِي مَا لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ فِي الذَّمَّةِ ، وَدَارٍ ، وَسِلَاحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يُبْطَلُ لِمَعْنَى الْمَلِكِ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، كَالْعَتِقِ (٥) .

فصل : قال أحمد ، في مَنْ وَصَّى بِفَرَسٍ وَسَرَجٍ وَلِجَامٍ مُفَضَّضٍ ، يُوقَفُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ : فَهُوَ عَلَى مَا وَقَفَ وَوَصَّى ، وَإِنْ بَاعَ الْفِضَّةَ مِنَ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ ، وَجُعِلَ فِي وَقْفٍ مِثْلِهِ ، فَهُوَ أَحَبُّ ؛ لِأَنَّ الْفِضَّةَ لَا يُنْتَفَعُ بِهَا ، وَلَعَلَّهُ يَشْتَرِي بِتِلْكَ الْفِضَّةِ سَرَجًا وَلِجَامًا ، فَيَكُونُ أَنْفَعًا لِلْمُسْلِمِينَ . فقيل له : تَبَاغُ الْفِضَّةِ ، وَتُجْعَلُ فِي تَفْقِيهِ ؟ قال : لا . فَأَبَاحَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِفِضَّةِ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ سَرَجًا وَلِجَامًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لهُمَا فِي جِنْسٍ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، حِينَ لَمْ يُنْتَفَعْ بِهَمَا فِيهِ . فَأَشْبَهَ الْفَرَسَ الْحَبِيسَ إِذَا عَطِبَ فَلَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِي الْجِهَادِ ، جَازَ بَيْعُهُ ، وَصَرَّفَ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، وَلَمْ يَجُزْ إِنْفَاقُهَا (٦) عَلَى الْفَرَسِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لَهَا إِلَى غَيْرِ جِهَتِهَا .

٩٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ الْوَقْفُ فِي مَا عَدَا ذَلِكَ)

وجملة ذلك أن الذي يجوزُ وقفه ، ما جازَ بيعه ، وجازَ الانتفاعُ به مع بقاء عينه ، وكان أصلًا يبقَى بقاءً مُتَّصِلًا ، كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانَاتِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْأَنْثَاءِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . قال أحمد ، في / رَوَايَةِ الْأَثَرِ : إِنَّمَا الْوَقْفُ فِي الدُّوَرِ وَالْأَرْضِيْنَ ، عَلَى ١٦٣/٥ ظ
مَا وَقَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَقَالَ فِي مَنْ وَقَفَ حَمْسَ نَحْلَاتٍ عَلَى مَسْجِدٍ :

(٣) في الأصل : « الملك » .

(٤) في الأصل : « يصح » .

(٥) في الأصل : « كالعين » .

(٦) في م : « إيقافها » .

لا بأسَ به . وهذا قولُ الشافعيِّ . وقال أبو يوسفَ : لا يجوزُ وَقْفُ الْحَيَوَانِ ، ولا الرِّقِيَّتِ ، ولا الكُرَاعِ^(١) ، ولا العُرْضِ^(٢) ، ولا السِّلَاحِ ، والغِلْمَانِ ، والبَقَرِ ، والآلَةِ فِي الْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ تَبَعًا لَهَا ؛ لأنَّ « هذا حيوانٌ »^(٣) لا يُقَاتَلُ عَلَيْهِ ، فلم يَجْزُ وَقْفُهُ ، كما لو كان الوَقْفُ إِلَى مُدَّةٍ . وعن مالِكٍ فِي الكُرَاعِ والسِّلَاحِ رِوَايَتَانِ . ولَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . وَفِي رِوَايَةٍ : « وَأَعْتَدَهُ » . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ . قَالَ الْحَطَّابِيُّ^(٥) : الْأَعْتَادُ مَا يُعَدُّهُ^(٦) الرَّجُلُ مِنَ « الْمَرْكُوبِ وَالسِّلَاحِ »^(٧) وَآلَةِ الْجِهَادِ . وَرُوِيَ أَنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ ، جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا مَعْقِلٍ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ ، أَفَأَرْكَبُهُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَرْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ »^(٨) . وَلِأَنَّهُ يَحْضُلُ فِيهِ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ ، كَالْعَقَارِ^(٩) وَالْفَرَسِ الْحَبِيسِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ وَقْفُهُ مَعَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ وَقْفُهُ وَحْدَهُ ، كَالْعَقَارِ^(٩) .

(١) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح .

(٢) في الأصل : « العروض » .

(٣ - ٣) في م : « الحيوان » .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وفي الرقاب ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥١/٢ ، ٤٩/٤ . ومسلم ، في : باب في تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٠٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٧٦/١ . والنسائي ، في : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٢٤/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٢/٢ .

(٥) في معالم السنن ٥٣/٢ .

(٦) في م زيادة : « ما » .

(٧ - ٧) في الأصل : « مركوب وسلاح » .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٥٩/١ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رَجُلٍ له دارٌ في الرِّبْضِ ، أو قَطِيعَةً ، فأراد التَّنْزَهُ منها . قال : يَفْقُها . قال : القَطَائِعُ تُرْجَعُ إلى الأَصْلِ إذا جَعَلَهَا لِلْمَساكِينِ . فظَاهِرٌ هذا إِبَاحَةٌ وَقَفِ السَّوَادِ ، وهو في الأَصْلِ وَقَفٌ ؛ وَمَعْنَاهُ أَنْ وَقْفَها يُطَابِقُ الأَصْلَ ؛ لا أَنَّها تُصَيِّرُ بهذا القول وَقْفًا .

٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ وَقْفُ المُشَاعِ)

وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ ، وأبو يوسف . وقال محمد بن الحَسَنِ : لا يَصِحُّ . وبنَاهُ على أَصْلِهِ في أَنَّ القَبْضَ شَرْطٌ ، وَأَنَّ القَبْضَ لا يَصِحُّ في المُشَاعِ . ولنا ، أَنَّ في حَدِيثِ عَمْرٍ أَنَّهُ أَصَابَ مائةَ سَهْمٍ من حَيْبِرَ ، واستأذَنَ النَّبِيَّ ﷺ فيها ، فأمرَهُ بِوَقْفِها^(١) . وهذا صِفَةُ المُشَاعِ ، ولأنَّهُ عَقْدٌ يَجُوزُ على بعضِ الجُمْلَةِ مُفْرَزا^(٢) فجازَ عليه مُشَاعًا ، كالْبَيْعِ ، أو عَرَصَةٍ يَجُوزُ بِنِعْمِها ، فجازَ وَقْفَها ، كالمُفْرَزةِ^(٣) ، ولأنَّ الوَقْفَ تَحْيِيسُ الأَصْلِ وتَسْيِيلُ المَنْفَعَةِ ، وهذا يَحْصُلُ في المُشَاعِ ، كحُصُولِهِ في المُفْرَزةِ^(٤) ، ولا نُسَلِّمُ اعْتِبَارَ القَبْضِ ، وإن سَلَّمْنَا ، فإذا صَحَّ في البَيْعِ صَحَّ في الوَقْفِ .

فصل : وإن وَقَفَ دارَهُ على جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، مثل أن يَفْقُها على أولادِهِ وعلى / ١٦٤/٥ و المَساكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أو أثلاثًا ، أو كيفما كان ، جازَ . وسواءٌ جَعَلَ مالَ المَوْقُوفِ على أولادِهِ وعلى المَساكِينِ ، أو على جِهَةٍ أُخرى سِوَاهُم ؛ لأنَّهُ إذا جازَ وَقَفَ الجُزْءِ مُفْرَداً ، جازَ وَقَفَ الجُزْأَيْنِ . وإن أَطْلَقَ الوَقْفَ ، فقال : أوقفتُ دارِي هذه على أولادِي ، وعلى المَساكِينِ . فهى بينهما نِصْفَيْنِ^(٥) ؛ لأنَّ إطلاقَ الإِضافَةِ إليهما

(١) تقدم ترجمته في صفحة ١٨٤ .

(٢) في الأَصْلِ : « مَقْرًا » .

(٣) في الأَصْلِ : « كالمُفْرَزةِ » .

(٤) في الأَصْلِ : « المَقْرَر » .

(٥) أى تقسم نِصْفَيْنِ .

تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ ، وَلَا تَتَحَقَّقُ التَّسْوِيَةُ إِلَّا بِالتَّنْصِيفِ^(٦) . وإن قال : وَقَفْتُهَا عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَالْمَسَاكِينِ . فَهِيَ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا .

فصل : فَإِنْ أُرِيدَ تَمْيِيزُ الْوَقْفِ^(٧) (عَنِ الطَّلْقِ^(٧)) بِالْقِسْمَةِ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقِسْمَةِ ، هَلْ هِيَ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ^(٨) حَقٌّ ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا إِفْرَازٌ حَقٌّ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا رَدٌّ جَازَتْ الْقِسْمَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ مِنْ جَانِبِ أَصْحَابِ الْوَقْفِ ، جَازَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ لَشَيْءٍ مِنَ الطَّلُقِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ صَاحِبِ الطَّلُقِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ بَعْضِ الْوَقْفِ ، وَيَبْعُهُ غَيْرُ جَائِزٍ . وَإِنْ كَانَ الْمُشَاعُ وَقَفًّا عَلَى جِهَتَيْنِ ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ قِسْمَتَهُ ، اثْبَتَى عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَلَمْ يَجُزْ فِيمَا إِذَا كَانَ فِيهَا رَدٌّ بِحَالٍ . وَمَتَى جَازَتْ الْقِسْمَةُ فِي الْوَقْفِ ، وَطَلَبَهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ وَلِيُّ الْوَقْفِ ، أُجِبَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ قِسْمَةٍ جَازَتْ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ وَلَا ضَرَرٍ ، فَهِيَ وَاجِبَةٌ .

٩٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى مَعْرُوفٍ أَوْ بَرٍّ ، فَهُوَ بَاطِلٌ)

وجملة ذلك أن الوقف لا يصح إلا على من يعرف ، كوالده ، وأقاربه ، ورجل معين ، أو على برٍّ ، كبنائ المساجد والقنابر ، وكتب الفقه والعلم والقرآن ، والمقابر ، والسقايات وسبيل الله ، ولا يصح على غير معين^(١) ، كرجل وامرأة ؛ لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة ، فلا يصح على غير معين ، كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار ، والبيع ، والكنائس ، وكتب التوراة والإنجيل ؛ لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر ، وهذه الكتب مبدلة منسوخة ، ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة ، وقال : « أفي شك »

(٦) في النسخ : « بالتنصيف » .

(٧ - ٧) في م : « المطلق » . وكلمة : « المطلق » وردت فيما يأتي في م : « المطلق » .

(٨) في م هنا وفيما يأتي : « إقرار » .

(١) من هنا إلى قوله : « غير معين » الآتي سقط من : الأصل .

أَنْتَ يَا ابْنَ الْحَطَّابِ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا بَيْضَاءَ نَقِيَّةً؟ لَوْ كَانَ مُوسَى أَخِي حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا
 اتِّبَاعِي»^(٢). ولولا أن ذلك مَعْصِيَةٌ مَا غَضِبَ مِنْهُ. والوَقْفُ عَلَى قَنَادِيلِ الْبَيْعَةِ وَفَرَشِهَا
 وَمَنْ يَخْدُمُهَا وَيَعْمُرُهَا، كَالوَقْفِ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لِتَعْظِيمِهَا. وَسِوَاءَ كَانَ الْوَأَقِفُ
 مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا. قَالَ أَحْمَدُ، فِي نَصَارَى وَقَفُوا عَلَى الْبَيْعَةِ ضِيَاعًا كَثِيرَةً، وَمَاتُوا وَلَهُمْ
 أَبْنَاءُ نَصَارَى، فَأَسْلَمُوا/ وَالضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى: فَلَهُمْ أَخَذَهَا، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَوْنُهُمْ
 حَتَّى يَسْتَحْرِجُوهَا مِنْ أَيْدِيهِمْ. وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ. وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا؛ وَذَلِكَ
 لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِ الْوَقْفُ عَلَيْهِ، لَا يَصِحُّ مِنَ الذَّمِّيِّ، كَالوَقْفِ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ.
 فَإِنْ قِيلَ: فَقَدْ قُلْتُمْ إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إِذَا عَقَدُوا عَقُودًا فَاسِدَةً، وَتَقَابَضُوا، ثُمَّ أَسْلَمُوا
 وَتَرَفَعُوا إِلَيْنَا، لَمْ نَنْقُضْ مَا فَعَلُوهُ، فَكَيْفَ أَجْزَيْتُمُ الرَّجُوعَ فِيمَا وَقَفُوهُ عَلَى كِتَابَتِهِمْ؟
 قُلْنَا: الْوَقْفُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَارَضَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ إِزَالَةٌ لِلْمَلِكِ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَةِ،
 فَإِذَا لَمْ يَقَعْ صَحِيحًا، لَمْ يُزَلْ الْمَلِكُ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ كَالْعَتَقِ. وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ،
 رَحِمَهُ اللَّهُ، فِي نَصْرَانِيٍّ أَشْهَدَ فِي وَصِيَّتِهِ، أَنَّ غُلَامَهُ فَلَانًا يَخْدُمُ الْبَيْعَةَ خَمْسَ سِنِينَ،
 ثُمَّ هُوَ حُرٌّ. ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ، وَخَدَمَ سَنَةً، ثُمَّ أَسْلَمَ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: هُوَ حُرٌّ. وَيَرْجِعُ
 عَلَى الْغُلَامِ بِأَجْرَةِ خِدْمَتِهِ مِبلغَ أَرْبَعِ سِنِينَ. وَرَوَى عَنْهُ، قَالَ: هُوَ حُرٌّ سَاعَةً مَاتَ
 مَوْلَاهُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ. وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ وَأَوْفَقُ لِأُصُولِهِ. وَيَحْتَمِلُ أَنَّ قَوْلَهُ:
 يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ، لَمْ يَكُنْ لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ، بَلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَعْتَقَهُ بِعَوَضٍ
 يَعْتَقِدُ أَنْ صَحَّتْ، فَإِذَا تَعَدَّرَ الْعَوَضُ بِإِسْلَامِهِ، كَانَ عَلَيْهِ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ
 الذَّمِّيُّ ذِمِّيَّةً عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ أَسْلَمَ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ، كَذَا هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ
 الْعَوَضُ. وَالْأَوَّلُ أَوْلَى.

فصل: وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ، كَالْعَبْدِ الْقَيْنِ، وَأُمِّ الْوَالِدِ، وَالْمُدَبِّرِ،
 وَالْمَيْتِ، وَالْحَمَلِ، وَالْمَلِكِ وَالْجِنِّ وَالشَّيَاطِينِ. قَالَ أَحْمَدُ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى

(٢) أخرجه الدارمي، في: باب ما يبقى من تفسير حديث النبي ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ، من المقدمة.
 سنن الدارمي ١/١١٥، ١١٦. والإمام أحمد، في: المسند ٣/٣٨٧.

مَمَالِيكِهِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ حَتَّى يَغْتَقَهُمْ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ . فَإِنْ قِيلَ : قَدْ جَوُزَتْهُمُ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّقَايَاتِ وَأَشْبَاهِهَا ، وَهِيَ لَا تَمْلِكُ . قُلْنَا : الْوَقْفُ هُنَاكَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ عَيْنٌ فِي نَفْعٍ خَاصٍّ لَهُمْ . فَإِنْ قِيلَ : فَيَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْكِنَائِسِ ، وَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ . قُلْنَا : الْجِهَةٌ الَّتِي عُنِيَ صَرْفُ الْوَقْفِ فِيهَا لَيْسَتْ نَفْعًا ، بَلْ هِيَ مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يُزَادُونَ^(٣) بِهَا عِقَابًا وَإِثْمًا ، بِخِلَافِ الْمَسَاجِدِ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَقْتَضِي تَحْيِيسَ الْأَصْلِ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ مِلْكًا لَازِمًا . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمُكَاتِبِ ، وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَلَا عَلَى مُرْتَدٍّ ، وَلَا عَلَى^(٤) حَرَبِيٍّ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ / ، وَيَجُوزُ أَخْذُهَا مِنْهُمْ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْيَةِ ، فَمَا يَجِدُدُّ لَهُمْ أَوْلَى ، وَالْوَقْفُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبَاحَ الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ .

و ١٦٥/٥

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحَرَّمًا ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ ، فَجَازَ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَقِفَ الْمُسْلِمُ عَلَيْهِ ، لَمَّا رَوَى أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حَبِيبٍ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَفَّتْ عَلَى أَخٍ لَهَا يَهُودِيًّا^(٥) ، وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ أَنْ يَقِفَ الذِّمِّيُّ عَلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ كِنَائِسَهُمْ وَيَبْعُهُمْ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِمْ ، لَا عَلَى الْمَوْضِعِ .

فصل : وَيَنْظَرُ فِي الْوَقْفِ مَنْ شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَعَلَ وَقْفَهُ إِلَى حَفْصَةَ تَلِيهِ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ إِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا^(٦) . وَلِأَنَّ مَصْرُفَ الْوَقْفِ يُتْبَعُ

(٣) في الأصل : « يزادون » .

(٤) سقط من : ٤ .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب عطية المسلم الكافر ووصيته له ، من كتاب أهل الكتاب . وفي : باب الميراث لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ ، وسعيد ، في : باب وصية الصبي ، من كتاب الوصايا . السنن ١٢٨/١ . والبيهقي ، في : باب الوصية للكفار ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨١/٦ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٤ .

فيه شرط الواقف ، فكذلك الناظر فيه . فإن جعل النظر لنفسه جاز ، وإن جعله إلى غيره فهو له ، فإن لم يجعله لأحد^(٧) ، أو جعله لإنسانٍ فمات ، نظر فيه الموقوف عليه ؛ لأنه ملكه ونفعه له ، فكان نظره إليه كملكه المطلق . ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم . اختاره ابن أبي موسى . ويحتمل أن يكون الوجهان مبيّنين على أن الملك 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 ، ويصرفه إلى مصارفه^(٨) ؛ لأنه مال الله ، فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقف على المساكين . وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها ، أو على من لا يمكن حصرهم واستيعابهم ، فالنظر فيه إلى الحاكم ؛ لأنه ليس له مالك متعين ينظر فيه . وله أن يستنيب فيه ؛ لأن الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه . ومتى كان النظر للموقوف عليه ، إما بجعل الواقف ذلك له ، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظرٍ سواه ، وكان واحداً مكلفاً^(٩) رشيدياً ، فهو أحق بذلك ، رجلاً كان أو امرأة ، عدلاً كان أو فاسقاً ؛ لأنه ينظر لنفسه ، فكان له ذلك في هذه الأحوال ، كالطلق . ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين ، حفظاً لأصل الوقف عن البيع أو التضييع . وإن كان الوقف لجماعة رشيدين ، فالنظر للجميع ، لكل إنسانٍ في نصيبه . وإن كان الموقوف عليه غير رشيد ، إما لصغر ، أو سفه ، أو جنون / ، قام وليه في النظر مقامه ، كما يقوم مقامه في ماله الطلق^(١٠) . وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه ، بتولية الواقف أو الحاكم . لم يجوز أن يكون إلا أميناً ، فإن لم يكن أميناً ، وكانت توليته من الحاكم ، لم تصح . وأزيلت يده . وإن ولّاه الواقف وهو فاسق ، أو ولّاه وهو

ظ ١٦٥/٥

(٧) في الأصل : « إلى أحد » .

(٨) في الأصل : « مصارف المسلمين » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « المطلق » .

عَدْلٌ وَصَارَ فَاسِقًا ، ضُمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْحَفِظُ بِهِ الْوَقْفُ ، وَلَمْ تَزَلْ يَدُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ الْجَمْعُ
 بَيْنَ الْحَقَّيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ تَوَلِّيُّهُ ، وَأَنَّهُ يَنْعَزِلُ إِذَا فَسَقَ فِي أَثْنَاءِ وِلَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا
 وِلَايَةٌ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ، فَتَنَافَاهَا الْفِسْقُ ، كَمَا لَوْ وُلَّاهُ الْحَاكِمُ ، وَكَمَا لَوْ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُ الْوَقْفِ
 مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ وِلَايَتِهِ ^(١١) عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ^(١) ، فَإِنَّهُ مَتَى لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُهُ مِنْهُ أُزِيلَتْ وِلَايَتُهُ ،
 فَإِنَّ مَرَاعَةَ حِفْظِ الْوَقْفِ أَهَمُّ مِنْ إِبْقَاءِ وِلَايَةِ الْفَاسِقِ عَلَيْهِ .

**فصل : وَنَفَقَةُ الْوَقْفِ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَتْبَعَ شَرْطُهُ فِي
 تَسْبِيلِهِ ^(١٢) ، وَجَبَ اتِّبَاعُ شَرْطِهِ فِي نَفَقَتِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَمِنْ غَلَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ
 اقْتَضَى تَحْيِيسَ أَصْلِهِ وَتَسْبِيلَ نَفْعِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ
 مِنْ ضَرُورَتِهِ . وَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَنَفَقَتُهُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛
 لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا سَلَفَ بَيَانُهُ .**

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في الأصل : « مسله » . وفي م : « سييله » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كتاب الهبة والعطية^(١)

٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ)

وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانها متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ، وكذلك الهبة . والصدقة والهدية متغايران ؛ فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ، ولا يأكل الصدقة^(٢) . وقال في اللحم الذي تُصدَّق به على بريرة : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ »^(٣) . فالظاهر أن من أعطى شيئاً^(٤) يتوى به التقرب^(٥) إلى الله تعالى للمحتاج ، فهو صدقة . ومن دفع

(١) لم يرد هذا العنوان في الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، في : باب قبول النبي الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائى ، في : باب الصدقة لا تحل للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه في حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(٤ - ٤) في م : « يتقرب به » .

إلى إنسانٍ شيئاً للتَّقَرُّبِ إليه ، والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيَّةٌ . وَجَمِيعُ ذَلِكَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ ، وَمَحْثُوثٌ عَلَيْهِ^(٥) ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَهَادُوا تَحَابُّوا »^(٦) . وَأَمَّا الصَّدَقَةُ ، فَمَا وَرَدَ فِي فَضْلِهَا أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُمَكِّنَنَا حَصْرَهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهِيَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾^(٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ لَا تَلْزَمُ فِيهِ الصَّدَقَةُ وَالهِبَةُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ مِنْهُمْ ؛ النَّحْوِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ /مَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يَلْزَمُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لِغُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْمِهِ »^(٨) . وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ

و ١٦٦/٥

(٥) في م : « إليه » .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٨/٢ .

والبهقي ، في : باب التحريض على الهبة والهدية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٦٩/٦ .

(٧) سورة البقرة ٢٧١ .

(٨) تقدم تحريجه في : ١٠٤/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب هل يشتري صدقته ... ،

من كتاب الزكاة ، وفي : باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفي : باب

إذا حمل على فرس فرأها تباع ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ .

ومسلم ، في : باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ... ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٣٩/٣ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب البيوع ، وباب ما جاء في كراهية

الرجوع في الهبة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . والنسائي ، في : باب شراء

الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨٢/٥ . وابن ماجه ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبات .

سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ والإمام مالك ، في : باب شراء الصدقة والعود فيها ، من كتاب الزكاة . الموطأ

. ٢٨٢/١

عَوْضٍ ، فَلَزِمَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْوَقْفِ وَالْعِتْقِ . وَرَبَّمَا قَالُوا : تَبْرُءُ ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمَ يَنْقَلُ بِمَلِكٍ ، فَلَمْ يَقِفْ لَزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنْ مَا قُلْنَا هُ مَرُوي عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَلَمْ يُعْرَفْ لهُمَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ ، فَرُوي عُرْوَةُ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَهَا جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ . فَلَمَّا مَرِضَ ، قَالَ : يَا بُنَيَّةُ ، مَا أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَحَدٌ أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ ، وَكَنتِ نَحَلْتِكِ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، وَوَدَدْتُ أَنَّكَ حُزْتِيهِ أَوْ قَبْضَتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ أَخْوَاكِ وَأُخْتَاكِ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ^(٩) . وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَنْحَلُونَ أَوْلَادَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ ، قَالَ : مَالِي ، وَفِي يَدِي . وَإِذَا مَاتَ هُوَ ^(١٠) ، قَالَ : قَدْ ^(١١) كُنْتُ نَحَلْتُهُ وَوَلَدِي . لَا نَحْلَةَ إِلَّا نَحْلَةً بِحُوزِهَا ^(١٢) الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهُ . وَرَوَى عُثْمَانُ أَنَّ الْوَالِدَ يَحُوزُ ^(١٣) لِوَلَدِهِ إِذَا كَانُوا صِغَارًا . قَالَ الْمُرُوزِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعَمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَحُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَلِأَنَّهَا هَبَةٌ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ ، فَلَمْ تَلْزَمْ ، كَمَا لَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ ، فَإِنَّ مَالَكَا يَقُولُ : لَا يَلْزَمُ الْوَرِثَةَ التَّسْلِيمُ ، وَالْحَبِيرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَقْبُوضِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجَ مَلِكٍ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَخَالَفَ التَّمْلِيكَاتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالْعِتْقُ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَليْسَ بِتَّمْلِيكٍ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ وَالْعِتْقَ لَا يَكُونُ فِي مَحَلِّ التَّزَاعِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

فصل : وقول الخرقى : « لا يصح » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَا يَلْزَمُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في م : « بجزها » .

(١٢) في م : « بجز » .

لا يثبت بها الملك قبل القبض ، فإنَّ حُكْمَ^(١٣) المِلْكِ حُكْمُ الهِبَةِ ، والصَّحَّةُ اعْتِبَارُ
 الشَّيْءِ فِي حَقِّ حُكْمِهِ . وَأما الصَّحَّةُ^(١٤) بِمَعْنَى انْعِقَادِ اللَّفْظِ بِحَيْثُ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ
 الْقَبْضُ اعْتَبِرَ وَثَبَتْ^(١٥) حُكْمُهُ ، فَلَا يَصِحُّ حَمْلُ لَفْظِهِ عَلَى نَفْيِهِ ، لِعَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ ،
 وَلِأَنَّهُ قَالَ فِي سِيَاقِ الْمَسْأَلَةِ : « كَمَا يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ » . وَقَدْ تَقَرَّرَ فِي الْبَيْعِ أَنَّ بَيْعَ الْمَكِيلِ
 وَالْمُؤَزَّوْنَ صَحِيحٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا يَنْتَفِي الضَّمَانُ وَإِطْلَاقُهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ . / ١٦٦/٥ ظ
 وَقَوْلُهُ : « مَا يَكْأَلُ وَمَا يُؤَزَّنُ » ظَاهِرُهُ الْعُمُومُ فِي كُلِّ مُؤَزَّوْنَ وَمَكِيلِ ، وَخَصَّهُ أَصْحَابُنَا
 الْمَتَأَخَّرُونَ بِمَا لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ فِيهِ ، كَالْقَفِيْزِ مِنْ صَبْرَةٍ ، وَالرُّطْلِ مِنْ زُبْرَةٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ
 فِي الْبَيْعِ ، وَرَجَّحْنَا الْعُمُومَ .

فصل : والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع
 فيها ومنعها . ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم يتم الهبة ،
 ولم يصح القبض . وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن
 له ؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض ، لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي لا
 يتم إلا بالقبض . ولنا ، أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب ، فلم يصح ، كما بعد المجلس ،
 أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن^(١٦) التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح
 التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه . ولا يصح
 جعل الهبة إذنا في القبض ، بدليل ما بعد المجلس . ولو أذن الواهب في القبض ، ثم
 رجع عن الإذن ، أو رجع في الهبة ، صح رجوعه ؛ لأن ذلك ليس بقبض ، وإن رجع
 بعد القبض ، لم ينفذ رجوعه ؛ لأن الهبة تمت .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : « صحته » .

(١٥) في م : « وثبت » .

(١٦) في الأصل : « وليس » .

فصل : وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . ذكّره القاضي في موت الواهب ؛ لأنه عقد جائز ، فبطل بموت أحد المتعاقدين ، كالوكالة والشركة . وقال أحمد ، في رواية أبي طالب ، وأبي الحارث ، في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه ، حتى مات ؛ فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها . وروى ^(١٧) بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي ^(١٨) سلمة ، قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة ، قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا ^(١٨) مردودة عليّ ، فإن رُدّت فهي لك » . قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ ، ورُدّت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقیة المسك والحلة . وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه ، رجعت إلى ورثة ^(١٩) المهدى ، وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه ، إلا أن يأذن له الوارث . ولو رجع المهدى في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه ، صح رجوعه فيها ، والهبة كالهديّة . وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب ، قام وارثه مقامه / في الإذن في القبض والفسخ . وهذا ^(٢٠) يدل على أنّ الهبة لا تنفسخ بموته . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد ماله إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت كالبيع ^(١٩) المشروط فيه الخيار . وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله . وإن مات أحدهما قبل القبول ، أو ما يقوم مقامه ، بطلت ، وجها واحدا ؛ لأن العقد لم يتم ، فأشبهه ما لو أوجب البيع ، فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطل .

(١٧) المسند ٤٠٤/٦

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م زيادة : « ما » .

فمات أحدهما بعد الإذن في القَبْضِ ، بَطَلَّ الإِذْنَ ، وَجَهَا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ إِنْ كَانَ هُوَ الوَاهِبَ فَقَدْ انْتَقَلَ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ إِلَى وَارِثِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ المَوْهُوبَ لَهُ ، فَلَمْ يُوجَدْ الإِذْنُ لِوَارِثِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ القَبْضَ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَهُ شَيْئًا فِي يَدِ المْتَهَبِ ، كَوَدِيْعَةٍ ، أَوْ مَعْصُوبٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الهِبَةَ تَلْزَمُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ ، وَلَا مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتَى القَبْضُ فِيهَا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا وَهَبَ لِأَمْرَأَتِهِ شَيْئًا وَلَمْ يَقْبِضْهُ ، فَلَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا حَيَارٌ ، هِيَ مَعَهُ فِي البَيْتِ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبَرْ قَبْضًا ، وَلَا مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتَى فِيهَا ، لَكُونِهَا مَعَهُ فِي البَيْتِ ، فَيَدُّهَا عَلَى مَا فِيهِ . وَقَالَ القَاضِي : لِأَنَّ مِنْ مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتَى فِيهَا القَبْضُ . وَقَدَّرُوهُ عَنِ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنٍ فِي القَبْضِ . وَقَدَّمَ مُضَى تَعْلِيلُ ذَلِكَ وَتَفْصِيلُهُ فِي الرُّهْنِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَذْهَبِنَا ، فِي الاِخْتِلَافِ فِي اعْتِبَارِ الإِذْنِ ، وَاعْتِبَارِ مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتَى القَبْضُ فِيهَا .

٩٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَيَصِحُّ فِي غَيْرِ ذَلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ ، إِذَا قَبِلَ ، كَمَا يَصِحُّ فِي البَيْعِ)

يعنى أَنَّ غَيْرَ المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ تَلْزَمُ الهِبَةُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وَيَثْبُتُ المِلْكُ فِي المَوْهُوبِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا (١) فَإِنَّهُ يَرَوَى عَنْهُمَا (١) أَنَّهُمَا قَالَا : الهِبَةُ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً ، قُبِضَتْ أَوْ لَمْ تُقْبِضْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا تَلْزَمُ الهِبَةُ فِي الجَمِيعِ إِلَّا بِالقَبْضِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . قَالَ المَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعَمْرٌ وَعِثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، عَلَى أَنَّ الهِبَةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَيَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَالعَنْبَرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، لِما ذَكَرْنَا فِي المَسْأَلَةِ

(١ - ١) سقط من : م .

الأولى . وَوَجْهَ الرُّوَايَةِ الأُولَى ، أَنَّ الهِبَةَ أَحَدُ نَوْعِي التَّمْلِيكِ ، فَكَانَ مِنْهَا مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، / وَمِنْهَا مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، كَالْبَيْعِ ، فَإِنْ مِنْهُ (٢) مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ الصَّرْفُ ، وَيَبِيعُ الرَّبِوِيَّاتِ ، وَمِنْهُ مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، وَهُوَ مَا عَدَا ذَلِكَ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ (٣) ، فَلَا يَلْزَمُ ، فَإِنَّ جِدَاذَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عَشْرِينَ وَسَقًا مَجْدُودَةً ، فَيَكُونُ مَكِيلًا ، غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَهَذَا لَابْدَاءٍ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَرَادَ تَحْلُلًا يَجُذُّ عَشْرِينَ وَسَقًا ، فَهُوَ أَيْضًا غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا تَصِيحُ الهِبَةُ (٤) فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : وَعَدْتُكَ بِالتَّحْلِيَةِ . وَقَوْلُ عُمَرَ (٥) أَرَادَ بِهِ النَّهْيَ عَنِ التَّحْلِيلِ بِنَجْلَةِ الوَالِدِ وَلَدَهُ نَحْلَةً مَوْقُوفَةً عَلَى المَوْتِ ، فَيُظْهِرُ : إِنِّي نَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا . وَيُمْسِكُهُ فِي يَدِهِ وَيَسْتَعْلَهُ ، فَإِذَا مَاتَ أَخَذَهُ وَلَدَهُ بِحُكْمِ التَّحْلِيَةِ الَّتِي أَظْهَرَهَا ، وَإِنْ مَاتَ وَلَدُهُ أَمْسَكَهُ ، وَلَمْ يُعْطِ وَرَثَةَ وَلَدِهِ شَيْئًا . وَهَذَا عَلَى هَذَا الوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فَتَنَاهُمْ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحُوزَهَا الوَلَدُ دُونَ الوَالِدِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهَا وَرَثَتُهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَإِذَا كَانَ المَقْصُودُ هَذَا اخْتِصَّ بِهِبَةِ الوَلَدِ (دُونَ الوَالِدِ) (٦) ، وَشِبْهِهِ ، عَلَى أَنَّهُ قَدْرُ وِيٍّ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ خِلَافَ ذَلِكَ ، فَتَعَارَضَتْ أَقْوَالُهُمْ .

فصل : قول الخرقى : « إِذَا قَبِلَ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَعْنَى عَنِ الْقَبْضِ فِي مَوْضِعٍ وَوَجَدَ فِيهِ الإِيجَابَ وَالقَبُولَ . وَالإِيجَابُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ ، أَوْ أَهْدَيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَعْطَيْتُكَ ، أَوْ هَذَاكَ . وَنَحْوَهُ مِنَ الأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى هَذَا المَعْنَى . وَالقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ ، أَوْ رَضِيْتُ ، أَوْ نَحْوَ هَذَا . وَذَكَرَ القَاضِي ، وَأَبُو الحَطَّابِ ، أَنَّ الهِبَةَ وَالعَطِيَّةَ لَا تَصِيحُ كُلُّهُمَا إِلَّا بِالإِيجَابِ وَقَبُولِ ، وَلَا بَدَأٍ مِنْهُمَا ، سِوَاءِ وَجَدَ الْقَبْضُ أَوْ لَمْ يُوْجَدْ . وَهَذَا

(٢) في م : فيه .

(٣) تقدم تحريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٤) في الأصل : (القبض) .

(٥) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

(٦) (٦ - ٦) سقط من : م .

قول أكثر أصحاب الشافعي؛ لأنه عقد تملك، فافتقر إلى الإيجاب والقبول، كالنكاح. والصحيح أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية، ولا يحتاج إلى لفظ. وهذا اختيار ابن عقيل؛ فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات، ويأمر ساعاته بتفريقها وأخذها، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول، ولا أمر به ولا تعليمه لأحد، ولو كان ذلك شرطاً لتقل عنهم نقلاً مشتهراً^(٧)، وكان ابن عمر على بعير لعمر، فقال النبي ﷺ لعمر: «بغيبه». فقال: هو لك يا رسول الله. فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر، فأصنع به ما شئت»^(٨). ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر، ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ،/ ولو كان شرطاً لفعلة النبي ﷺ، وعلمه ابن عمر، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله. وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه، فإن قالوا: صدقة. قال لأصحابه: «كلوا». ولم يأكل، وإن قالوا: هدية. ضرب بيده، فأكل معهم^(٩). ولا خلاف بين العلماء، فيما علمناه، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله. ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك، فاكْتَفَى به، كما لو وجد الإيجاب والقبول. قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق، وعدم العرف القائم بين المعطي والمُعطى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلائل^(١٠)، فلا وجه لتوقيفه^(١١) على اللفظ، ألا ترى أننا اكتفينا بالمعاطاة في البيع، واكتفينا بدلالة الحال

و ١٦٨/٥

(٧) في م: «مشهورا».

(٨) تقدم تخريجه في ٢٤/٦، ٢٥.

(٩) تقدم تخريجه في ١١٦/٤، ويضاف إليه: وأخرجه البخاري، في: باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ، من كتاب الزكاة. صحيح البخاري ١٥٧/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٤٩٠/٣.

(١٠) في الأصل: «والدلالة».

(١١) في م: «لتوقيفه».

في دُخُولِ الْحَمَامِ ، وَهُوَ إِجَارَةٌ وَبَيْعٌ أَعْيَانٍ ، فَإِذَا اكْتَفَيْنَا بِالْمَعَاوَضَاتِ مَعَ تَأْكُذِّهَا
بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَأَمَّا تَنْقُلُ الْمَلِكُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَأَنَّ نَكْتَفِي بِهِ فِي الْهَيْةِ أَوْلَى .

فصل : وَالْقَبْضُ فِيمَا لَا يُنْقَلُ بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ ، وَفِيمَا يُنْقَلُ
بِالتَّنْقُلِ ، وَفِي الْمُشَاعِ بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ إِلَيْهِ . فَإِنَّ أَبِي الشَّرِيكَ أَنْ يُسَلِّمَ نَصِيْبَهُ ، قِيلَ
لِلْمُتَّهَبِ : وَكُلَّ الشَّرِيكَ فِي قَبْضِهِ لَكَ وَتَقْلَهُ . فَإِنَّ أَبِي ، نَصَّبَ الْحَاكِمَ مَنْ يَكُونُ فِي
يَدِهِ لهُمَا ، فَيُنْقَلُهُ ، لِيَحْصَلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الشَّرِيكَ فِي ذَلِكَ وَيَتِمُّ بِهِ عَقْدُ
شَرِيكِهِ .

فصل : وَتَصِحُّ هِبَةٌ الْمُشَاعِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ^(١٢) . قَالَ
الشَّافِعِيُّ ^(١٣) : وَسَوَاءٌ ^(١٣) فِي ذَلِكَ مَا أَمَكَّنَ قِسْمَتُهُ ؛ أَوْ لَمْ يُمَكِّنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ
الرَّأْيِ : لَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمُشَاعِ الَّذِي يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطًا فِي الْهَيْبَةِ ،
وَوُجُوبُ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَتَمَامَهُ . فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ قِسْمَتُهُ ، صَحَّتْ
هَيْبَتُهُ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ وَاحِدًا اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .
وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَصِحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ؛
لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَّهَبِينَ قَدْ وَهَبَ لَهُ جُزْءًا مُشَاعًا . وَلَنَا ، أَنَّ وَفْدَ هَوَازِنَ لَمَّا جَاؤُوا
يَطْلُبُونَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِمْ مَا غَنِمَهُ ^(١٤) مِنْهُمْ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
« مَا كَانَ لِي وَلِإِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلَبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(١٥) . وَهَذَا هِبَةٌ

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) في الأصل : « غنموا » .

(١٥) في : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من
كتاب العتق ، وفي : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفي : باب من الدليل على أن الخمس لنواب
المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى ﴿ ويوم حين إذ أعجبتمكم كثيراً ﴾ ... من
كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٣٠/٣ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤/١٠٨ ، ٥/٩٥ .

وليس فيه لفظ : « ما كان لي وليني عبد المطلب فهو لكم » .

مُشَاعٌ^(١٦) . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، وَقَدْ جَاءَهُ رَجُلٌ وَمَعَهُ كُبَّةٌ^(١٧) مِنْ شَعْرِ / ، فَقَالَ : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمَعْتَمِرِ لِأُصْلِحَ بَرْدَعَةَ لِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِئِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَكَ »^(١٨) . وَرَوَى عُمَيْرُ^(١٩) بْنُ سَلَمَةَ الضَّمْرِيُّ ، قَالَ : قَالَ خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حَتَّى أَتَيْنَا الرَّوْحَاءَ ، فَرَأَيْنَا جِمَارَ وَحْشٍ مَعْقُورًا ، فَأَرَدْنَا أَخْذَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهُ » . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْرٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَقَرَهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : شَأْنُكُمْ الْجِمَارَ . فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالتَّسَائِيُّ^(٢٠) . وَلأنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَتْ هَيْبَتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ ، وَلأنَّهُ مُشَاعٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَا يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ وُجُوبَ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَذَا هَهُنَا . وَمتى كَانَتِ الْهَيْبَةُ لِأَثْنَيْنِ ، فَقَبْضَاهُ بِإِذْنِهِ ، ثَبَّتَ مِلْكُهُمَا فِيهِ ، وَإِنْ قَبَضَهُ أَحَدُهُمَا ، ثَبَّتَ الْمِلْكَ فِي نَصِيبِهِ دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ .

فصل : ومتى قلنا : إنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فِي الْهَيْبَةِ . لَمْ تَصِحَّ الْهَيْبَةُ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ . كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْمَعْصُوبِ لِغَيْرِ غَاصِبِهِ مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَاصِبِهِ . وَبهَذَا يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْمَعْصُوبَ لِغَاصِبِهِ ، أَوْ لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ أَخْذِهِ مِنْهُ ،

= ولكن أخرجه : النسائي ، في : باب هبة المشاع ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٤/٢ ، ٢١٨ .
 (١٦) في م : « المشاع » .
 (١٧) الكبة من الشعر : الخصلة المجتمعة منه .
 (١٨) أخرجه أبو داود ، في : باب في فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٧/٢ ، ٥٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٤/٢ .
 (١٩) في النسخ : « عمرو » ، والتصويب من : المجتبى ، والمسند .
 (٢٠) أخرجه النسائي ، في : باب إباحة أكل لحوم حمر الوحش ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٨١/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١٨/٣ .

صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ^(٢١) قَبْضُهُ ، وَلَيْسَ لِغَيْرِ الْغَاصِبِ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ . فَإِنْ وَكَّلَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ فِي تَقْبِيضِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُتَهَبُ الْغَاصِبَ فِي الْقَبْضِ لَهُ ، فَقَبِيلٌ ، وَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ فِيهِ ، صَارَ مَقْبُوضًا ، وَمَلَكَهُ الْمُتَهَبُ ، وَبَرَى الْغَاصِبُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْهَبَةِ . فَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ أَحْتَمَلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرُ فِي^(٢٢) صِحَّةِ هَبَتِهِ^(٢٢) الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَبَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ هَبَتُهُ ، كَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي هَبَةِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ . وَفِي الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَجِهَانِ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَمَتَى أَذِنَ لَهُ فِي جَزِّ الصُّوفِ ، وَحَلْبِ الشَّاةِ ، كَانَ إِبَاحَةً وَإِنْ وَهَبَ دُهْنَ سِمْسِمِهِ قَبْلَ عَصْرِهِ ، أَوْ زَيْتَ زَيْتُونِهِ ، أَوْ جَفْتَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، / وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا تَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَعْدُومِ ، كَالَّذِي تَثْمَرُ شَجَرَتُهُ ، أَوْ تَحْمِلُ أُمَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدٌ تَمْلِيكٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ فِي هَذَا كُلَّهُ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَحَرْبٍ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَجْهُولِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا قَالَ : شَاةٌ مِنْ عَنَمِي . يَعْنِي^(٢٣) : وَهَبْتُهَا لَكَ . لَمْ يَجُزْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ الْجَهْلُ إِذَا كَانَ فِي حَقِّ الْوَاهِبِ ، مَنَعَ الصَّحَّةَ ؛ لِأَنَّهُ عَرَّرَ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُؤَهَّبِ لَهُ ، لَمْ يَمْنَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٤) عَرَّرَ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرُ فِي

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يُمَكِّنُ » .

(٢٢) (٢٢ - ٢٢) فِي م : « صَحَّتْ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقَّ الْعِلْمُ بِمَا يُوهَبُ^(٢٥) لَهُ ، كَالْمَوْصَى لَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْتَذِيرِ وَالْوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِكُ لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ^(٢٦) التَّذِيرِ وَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْهَبَةِ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِمُعَيَّنٍ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَجُزْ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ عُلِقَتْ عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِأُمِّ سَلَمَةَ : « إِنْ رَجَعْتَ هَدَيْتُنَا إِلَى التَّجَاشِيءِ فَهِيَ لَكَ »^(٢٧) . كَانَ وَعْدًا . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْهَبَةِ شَرْطًا تُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ هَذَا ، بِشَرْطِ أَنْ لَا تَهَبَهُ ، أَوْ لَا تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَهُ أَوْ تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَ فَلَنَا شَيْئًا . لَمْ تَصِحَّ الشَّرْطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْهَبَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ وَقَّتْ الْهَبَةَ ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَمْلِكُ لِعَيْنٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مُوقَّتًا ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ أُمَّةً ، وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ، صَحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ أُمَّةً وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْأُمَّةِ دُونَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَأَشْبَهَ الْعَتَقَ . وَبِهِ يَقُولُ فِي الْعَتَقِ النَّحَعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الْهَبَةُ ، وَيَبْطُلُ الْاسْتِثْنَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَهَبِ الْوَالِدَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمَوْهُوبَ لَهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ ، وَكَالْمَوْصَى بِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ دَيْنٌ ، فَوَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَبَرَّتْ ذِمَّةُ الْعَرِيمِ مِنْهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الْقَبُولِ ، كَأِسْقَاطِ الْقِصَاصِ وَالشُّفْعَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَكَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ :

(٢٥) فِي م : « يَوْجِبُ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « وَفَارِقُ » .

(٢٧) تَقَدَّمَ تَحْرِيْجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ . صَحَّ ، فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَرَدَّ فِي الْإِبْرَاءِ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ (٢٨) . وَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ لَكَ عَنْهُ . ١٦٩/٥ ظ
 صَحَّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ (٢٩) .
 يَعْنِي بِهِ الْإِبْرَاءَ مِنَ الصَّدَاقِ . وَإِنْ قَالَ : اسْقَطْتُهُ عَنْكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ
 الْمَوْضُوعِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : مَلَكَتْكَ إِيَّاهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَيْبَتِهِ إِيَّاهُ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ الدَّيْنِ لغير مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ
 فِي الْبَيْعِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ
 قَرْضًا ، فَبِعَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ بِتَقْدِيرٍ ، وَلَا تَبِعَهُ مِنْ غَيْرِهِ بِتَقْدِيرٍ وَلَا نَسِيئَةٍ ، وَإِذَا أَقْرَضْتَ
 رَجُلًا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلَا تَأْخُذُ مِنْ غَيْرِهِ عَرْضًا بِمَا لَكَ عَلَيْهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ
 كَانَ الدَّيْنُ عَلَى مُعَسِّرٍ ، أَوْ مُمَاطِلٍ ، أَوْ جَاحِدٍ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْ
 تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَلِيءٍ بِإِذِلِّهِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِغَاءٌ بِمَالٍ
 ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِعَيْنٍ ، أَوْ يَتَقَابَضَانِ
 فِي الْمَجْلِسِ ، لِأَنَّ الْبَيْعَ دَيْنَ بَدَلَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ،
 كَبَيْعِ الْآبِقِ . فَأَمَّا هَيْبَتُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
 لَا غَرَرَ فِيهَا عَلَى الْمُتَّهَبِ ، وَلَا الْوَاهِبِ ، فَتَصِحُّ (٣٠) ، كَهَيْبَةِ الْأَعْيَانِ (٣١) .

فصل (٣٢) : تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَقَالَ
 أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ
 مِنْ ذِرْهِمٍ إِلَى أَلْفٍ . لِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا مَنَعَتْ لِأَجْلِ الْعَرْرِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْجُمْلَةِ ، فَقَدْ
 زَالَ الْعَرْرُ ، وَصَحَّتِ الْبَرَاءَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ

(٢٨) سورة النساء ٩٢ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣٠) في الأصل : « فصح » .

(٣١) في الأصل : « الأثمان » .

(٣٢) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اَقْتَسِمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) .
 ولأنه إسقاط ، فصَحَّ في المَجْهُول ، كالعِتَاقِ والَطَّلَاقِ ، وكالو قال : من ذرهم إلى
 ألف . ولأن الحاجة داعية إلى تَبْرِئَةِ الدِّمَةِ ، ولا سَبِيلَ إلى العِلْمِ بِمَافِيهَا ، فَلَوْ وَقَفَ صِحَّةُ
 البَّرَاءَةِ عَلَى العِلْمِ ، لكان سَدًّا لِبابِ عَفْوِ الإِنْسَانِ عَنِ أُخِيهِ المُسْلِمِ ، وَتَبْرِئَةِ ذِمَّتِهِ ،
 فلم يَجْزُ ذلك ، كالمَنعِ مِنَ العِنقِ . وَأَمَّا إِنْ كان مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ يَعْلَمُهُ ، وَيَكْتُمُهُ
 المُسْتَحِقُّ ، خَوْفاً مِنْ أَنَّهُ إِذا عَلمَهُ لَمْ يَسْمَحْ بِإِبرائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لا تَصِحَّ البَّرَاءَةُ فِيهِ ؛
 لِأَنَّ فِيهِ تَغْرِيراً بِالْمُسْتَرِي ، وَقَدْ أَمَكَّنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لو أَبْرَأَهُ مِنْ مائَةٍ ،
 وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَكان لَهُ عَلَيْهِ مائَةٌ ، فَفي صِحَّةِ البَّرَاءَةِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُما ، صِحَّتُها ؛ لِأَنَّها صادَفَتْ مِلْكَهُ ، فَاسْقَطَتْهُ ، كما لو عَلمَها . والثاني ، لا
 تَصِحُّ ؛ لِأَنَّه أَبْرَأَهُ مِمَّا لا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فلم يَكُنْ ذلك إِبراءً في الحَقِيقَةِ . وَأَصْلُ
 الوَجْهَيْنِ مالو باعَ مالاً كان لِمُوروثِهِ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ باقٍ لِمُورثِهِ ، وَكان مُورثُهُ قَدَماتٌ ،
 وَانْتَقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلانِ فِي البَيْعِ ، وَفي صِحَّةِ
 الإِبراءِ وَجْهَانِ .

٩٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ ، أَوْ وَصِيَّهُ بَعْدَهُ^(١) ، أَوْ الحَاكِمُ ،
 أَوْ أَمِينُهُ بِأَمْرِهِ)

وجملة ذلك أنَّ الطِّفْلَ لا يَصِحُّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ، ولا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّه ليس من أَهْلِ
 التَّصَرُّفِ ، وَوَلِيِّهُ يَقومُ مَقامَهُ في ذلك ؛ فَإِنْ كان لَهُ أبٌ أَمِينٌ فَهُوَ وَلِيُّهُ ؛ لِأَنَّه أَشْفَقُ عَلَيْهِ ،
 وَأَقْرَبُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ ماتَ أَبُوهُ الأَمِينُ ، وَلَهُ وَصِيٌّ ، فَوَلِيُّهُ وَصِيُّهُ ؛ لِأَنَّ الأَبَ أَقامَهُ مُقامَ
 نَفْسِهِ ، فَجَرى مَجْرى وَكَيْلِهِ . وَإِنْ كانَ الأَبُ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، لِفَسقِ أو جُنُونِ ، أَوْ ماتَ
 عَنِ غَيْرِ وَصِيٍّ ، فَأَمِينُهُ الحَاكِمُ ، وَلا يَلِي مالَهُ غَيْرُهُ هَؤُلاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَأَمِينُ الحَاكِمِ يَقومُ

(٣٣) تقدم تخريجه في : ٢٦٥/٦ .

(١) سقط من : م .

مَقَامَهُ ، وَكَذَلِكَ وَكَيْلُ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ ، فَيَقْبُومُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقَامَ الصَّبِيِّ فِي الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ إِنْ اِحْتِيَجَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَبُولٌ لِمَا لِلصَّبِيِّ فِيهِ حَظٌّ ، فَكَانَ إِلَى الْوَالِيِّ ، كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ هَؤُلَاءِ . « فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ ^(٢) » ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، فِي صَبِيِّ وَوَهَبَتْ لَهُ هِبَةٌ ، أَوْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَقَبِضَتْ الْأُمُّ ذَلِكَ وَأَبُوهُ حَاضِرٌ ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ لِلْأُمِّ قَبْضًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَبِ . وَقَالَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَحَقُّ مِنْ يَحُوزُ ^(٣) عَلَى الصَّبِيِّ أَبُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ إِتْمَا يَكُونُ مِنَ الْمُتَهَبِ أَوْ / نَائِبِهِ ، وَالْوَالِي ^(٤) نَائِبٌ بِالشَّرْعِ ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَا نِيَابَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِهِمْ عِنْدَ عَدَمِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ قَدْ يَكُونُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ وَلَا وَصِيٌّ ، وَيَكُونُ فَقِيرًا لَا غِنَى بِهِ عَنِ الصَّدَقَاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ غَيْرِهِمْ لَهُ ، انْسَدَّ بَابُ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَيَضِيعُ وَيَهْلِكُ ، وَمُرَاعَاةُ حِفْظِهِ عَنِ الْهَلَاكِ أَوْلَى مِنْ مُرَاعَاةِ الْوِلَايَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لِلْأُمِّ الْقَبْضُ لَهُ ، وَكُلُّ مَنْ يَلِيهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُمَيَّزًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطِّفْلِ ، فِي قِيَامِ وَلِيِّهِ مَقَامَهُ ، لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَزُولُ عَنْهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ ، إِلَّا أَنَّهُ ^(٥) إِذَا قَبِلَ لِنَفْسِهِ ، وَقَبِضَ لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بِنِعْوَهِ وَشِرْأَوْهِ بِإِذْنِ الْوَالِي ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَلَا يَخْتَارُ إِلَى إِذْنِ الْوَالِي هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَحْضٌ مَصْلَحَةٌ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَوَصِيَّتِهِ ، وَكَسْبِ الْمُبَاحَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ الْقَبْضِ مِنْهُ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ دُونَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَحْصُلُ بِهِ مُسْتَوَلِيًّا عَلَى الْمَالِ ، فَلَا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُهُ لَهُ وَتَفْرِيطُهُ فِيهِ ، فَيَتَعَيَّنُ حِفْظُهُ عَنِ ذَلِكَ بِوَقْفِهِ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَقَبْضِهِ لَوَدِيعَتِهِ . وَأَمَّا الْقَبُولُ ، فَيَحْصُلُ لَهُ بِهِ الْمِلْكُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَاخْتِشَاشِهِ وَاصْطِيَادِهِ .

(٢ - ٢) ف م : « قال أحمد » .

(٣) في النسخ : « يجوز » .

(٤) ف م : « والولي » .

(٥) سقط من : الأصل .

فصل: فإن وهب الأب لابنه شيئاً ، قام مقامه في القَبْضِ والقَبُولِ ، إن احتجج إليه . قال ابن المُنْدَرِ : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها ، أو عبداً بعينه ، وقبضه له من نفسه ، وأشهد عليه ، أن الهبة تامة . هذا قول مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروينا معنى ذلك عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز . ثم إن كان الموهوب مما يقتقر إلى قبض ، اكتفى بقوله : قد وهبت هذا لابني ، وقبضته له . لأنه يُعْنَى عن القبول كما ذكرنا . ولا يُعْنَى قوله : قد قبضته . لأن القبول لا يُعْنَى عن القبض . وإن كان مما لا يقتقر اكتفى بقوله : قد وهبت هذا لابني . ولا يحتاج إلى ذكر قبض ولا قبول . قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغیر في حجره لا يحتاج إلى قبض ، وأن الإشهاد فيها يُعْنَى عن القبض ، وإن وليها أبوه ؛ لما رواه مالك ، عن الزهري ، عن ابن المسيب ، أن عثمان قال : من نحل ولداه صغیراً ، لم يبلغ أن يحوز نحلة ، فأعلن ذلك ، / وأشهد على نفسه ، فهي جائزة ، وإن وليها أبوه . وقال القاضي : لا بد في هبة الولد من أن يقول : قد قبضته ^(٦) . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن الهبة عندهم لا تصح إلا بإيجاب وقبول . وقد ذكرنا من قبل أن قرائن الأحوال ودلالاتها تُعْنَى عن لفظ القبول ، ولا أدل على القبول من كون القابل هو الواهب ، فاعتبار لفظ لا يفيد معنى من غير ورود الشرع به تحكّم لا معنى له ، مع مخالفته لظاهر حال النبي ﷺ وصحابه . وليس هذا مذنباً لأحمد ، فقد قال ، في رواية حرب ، في رجل أشهد بسهم من ضيعته وهي معروفة لابنه ، وليس له ولد غيره ، فقال : أحب إلى أن يقول عند الإشهاد : قد قبضته ^(٦) . قيل له : فإن سها ؟ قال : إذا كان مفرزاً رجوت . فقد ذكر أحمد أنه يُكْتَفَى بقوله : قد قبضته ^(٦) . وأنه يرجو أن يُكْتَفَى مع التمييز بالإشهاد فحسب . وهذا موافق للإجماع المذكور عن سائر العلماء . وقال بعض أصحابنا : يُكْتَفَى بأحد لفظين ، إما أن يقول : قد قبضته ، أو قبضته . لأن القبول يُعْنَى عن القبض . وظاهر كلام أحمد

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

ما ذكّرناه . ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكّرنا ، وبه يقول أبو حنيفة ،
والشافعي . وقال مالك : إن وهب له ما يُعرف بعينه كالأثمان ، لم يجز ، إلا أن يضّمها
على يد غيره ؛ لأن الأب قد يتلف ذلك ، ويتلف بغير سببه ، ولا يمكن أن يشهد على
شيء بعينه ، فلا ينفع القبض شيئا . ولنا ، أن ذلك مما لا تصح هبته ، فإذا وهبه لابنه
الصغير ، وقبضه له ، وجب أن تصح ، كالعروض .

فصل (٧) : وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لا بد
من أن يوكل من يقبل للصبي ، ويقبض له ، ليكون الإيجاب منه ، والقبول ، والقبض
من غيره ، كما في البيع . بخلاف الأب ؛ ^(٨) فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض ،
لكونه يجوز أن يبيع لنفسه . والصحيح عندي أن الأب ^(٩) وغيره في هذا سواء ؛ لأنه
عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله ، فجاز له أن يتولى طرفيه ، كالأب . وفارق البيع ؛
فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له ، ولأن البيع عقد معاوضة ومراجعة ، فيتهم في
عقده لنفسه ، والهبة محض مصلحة لا تهمه فيها ، وهو ولي فيه ^(٩) ، فجاز أن يتولى
طرفي ^(١٠) العقد ، كالأب ، ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من
مال الصبي ، وهو ههنا يعطى ولا يأخذ ، فلا وجه لمنعه من ذلك ، وتوقيفه / على
توكيل غيره ، ولأننا قد ذكّرنا أنه يستعنى بالإيجاب والإشهاد عن ^(١١) القبض
والقبول ، فلا حاجة إلى التوكيل فيما مع غناه عنهما .

فصل : فأما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصح ، سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن ؛
لأنه محجور عليه لحظ ^(١٢) نفسه ، فلم يصح تبرّعه ، كالتسفيه . وأما العبد فلا يجوز

(٧) في الأصل زيادة : « قال » .

(٨ - ٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « طرق » .

(١١) في م : « إلى » .

(١٢) في م : « لحظ » .

أَنْ يَهَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، وَمَالُهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الْهَبَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لِسَيِّدِهِ^(١٣) ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ إِذْنُهُ فِيهِ ، كَالْإِلْتِقَاطِ^(١٤) ، وَمَا وَهَبَهُ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِهِ ، فَأَشْبَهَ اصْطِيَادَهُ .

٩٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وُلْدِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، أَمِيرَ بَرَدَهُ ، كَأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطيّة ، إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح^(١) التفضيل ، فإن خص بعضهم بعطيته ، أو فاضل بينهم فيها ، أثم ، ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين ؛ إمّا رد ما فضل به البعض ، وإمّا إتمام نصيب الآخر . قال طاووس : لا يجوز ذلك ، ولا رغيّف مُحْتَرَق . وبه قال ابن المبارك . وروى معناه عن مجاهد ، وعروة . وكان الحسن يكرهه ، ويجيزه في القضاء . وقال مالك ، والليث ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي : ذلك جائز . وروى معنى ذلك عن شريح ، وجابر بن زيد ، والحسن بن صالح ؛ لأن أبا بكر ، رضي الله عنه ، نحل عائشة بنته جذاذ عشرين وسقاً ، دون سائر ولده^(٢) . واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ ، في حديث الثعمان بن بشير : « أشهد على هذا غيري »^(٣) . فأمره

(١٣) في م : « للسيد » .

(١٤) في م : « كالألفاظ » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما في الأصل .

(١) في الأصل : « يتنج » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٢٢/٢ وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ .

بِتَأْكِيدِهَا دُونَ الرَّجُوعِ فِيهَا ، لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ تَلْزَمُ بَمَوْتِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ جَائِزَةً ، كَمَا لَوْ سَوَّى بَيْنَهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى التُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بَيْعُضِ مَالِهِ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ أَبِي إِلَى (٤) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لِيُشْهَدَهُ عَلَى صَدَقَتِهِ ، فَقَالَ : « أَكُلْ وَلَدِكَ أُعْطِيتَ مِثْلَهُ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارُدُّهُ » . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْجِعْهُ » . (٥) وَفِي لَفْظٍ : « لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرِ » . وَفِي لَفْظٍ : « فَاشْهَدْ عَلَيَّ هَذَا غَيْرِي » (٥) . وَفِي لَفْظٍ : « سَوَّ بَيْنَهُمْ » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦) . وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى ١٧١/٥ ظ

التَّحْرِيمِ ؛ لِأَنَّهُ سَمَاءُ جَوْرًا ، وَأَمْرٌ بِرَدِّهِ ، وَامْتِنَاعٌ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّ تَفْضِيلَ (٧) بَعْضِهِمْ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ وَقَطِيعَةَ الرَّجْمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَتَرْوِيجِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَاتِهَا . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُعَارِضُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يُحْتَجُّ بِهِ مَعَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، تَخَصَّصًا بِعَطِيَّتِهِ (٨) لِحَاجَتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ فِيهِ ، مَعَ انْتِصَابِهَا بِفَضْلِهَا ، وَكَوْنِهَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ زَوْجَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ فَضَائِلِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَحَلَهَا وَنَحَلَ غَيْرَهَا مِنْ وَلَدِهِ ، أَوْ نَحَلَهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَنْحَلَ غَيْرَهَا ، فَأَذْرَكَ الْمَوْتَ قَبْلَ ذَلِكَ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِهِ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ

(٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الإشهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦/٣ . ومسلم ، في :

باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٢/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود

٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ .

(٧) سقط من : م . وهو في الأصل : « في تفضيل » .

(٨) في الأصل : « بعطية » .

الْوَجُوه ؛ لِأَنَّ حَمَلَهُ عَلَى مِثْلِ مَحَلِّ النَّزَاعِ مِنْهُيَ عَنْهُ ، وَأَقْلَّ أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ أَبِي بَكْرٍ اجْتِنَابُ الْمَكْرُوهَاتِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَشْهَدُ عَلَيَّ هَذَا غَيْرِي » . لَيْسَ بِأَمْرٍ ؛ لِأَنَّ أَدْنَى أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْاسْتِحْبَابُ وَالْتِدْبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي كَرَاهَةِ هَذَا . وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِتَأْكِيدِهِ ، مَعَ أَمْرِهِ بِرَدِّهِ ، وَتَسْمِيَتِهِ إِيَّاهُ جَوْرًا ، وَحَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى التَّنَاقُضِ وَالتَّضَادِّ ، وَلَوْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِشْهَادِ غَيْرِهِ ، لِأَمْتِثَلٍ (٩) بِشِيرِ أَمْرِهِ ، وَلَمْ يُرَدِّ ، وَإِنَّمَا هَذَا تَهْدِيدٌ لَهُ عَلَى هَذَا ، فَيُفِيدُ مَا أَفَادَهُ النَّهْيُ عَنْ إِتْمَامِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ لِمَعْنَى يَفْتَضِي تَخْصِيصَهُ ، مِثْلَ اخْتِصَاصِهِ بِحَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ كَثْرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ اشْتِعَالِهِ بِالْعِلْمِ أَوْ نَحْوِهِ مِنَ الْفَضَائِلِ ، أَوْ صَرَفَ عَطِيَّتَهُ عَنْ بَعْضٍ وَلَدِهِ لِفِسْقِهِ ، أَوْ بَدْعَتِهِ ، أَوْ لِكَوْنِهِ يَسْتَعِينُ بِمَا يَأْخُذُهُ عَلَى مَعْصِيَةِ اللَّهِ ، أَوْ يُنْفِقُهُ فِيهَا ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ (١٠) الْحَاجَةَ ، وَأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ (١١) عَلَى سَبِيلِ الْأَثَرِ . وَالْعَطِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ ظَاهِرُ لَفْظِهِ الْمَنْعَ مِنَ التَّفْضِيلِ أَوْ التَّخْصِيصِ (١٢) عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِكَوْنِ النَّبِيِّ ﷺ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بِشِيرًا فِي عَطِيَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ ، وَلِأَنَّ بَعْضَهُمْ اخْتَصَّ بِمَعْنَى يَفْتَضِي الْعَطِيَّةَ ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا ، كَمَا لَوْ اخْتَصَّ بِالْقِرَاءَةِ (١٣) . وَحَدِيثُ بِشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَتَرَكُ النَّبِيُّ ﷺ الْاسْتِفْصَالَ / يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِعَلِمِهِ بِالْحَالِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ عَلِمَ بِالْحَالِ لَمَا قَالَ : « أَلَيْسَ ؟ » وَلَدَّ غَيْرُهُ ؟ . قُلْنَا : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ السُّؤَالُ هَهُنَا لِتَبْيَانِ الْعِلَّةِ ، كَمَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ : « أَيُنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا بَيْسَ ؟ » قَالَ : نَعَمْ :

و ١٧٢/٥

(٩) فِي م : « امْتِثَل » .

(١٠ - ١٠) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١١) فِي م : « وَالتَّخْصِيصِ » .

(١٢) فِي م : « الْقِرَاءَةِ » .

قال : « فَلَا إِذَا » (١٣) . وقد عَلِمَ أَنَّ الرُّطْبَ يَنْقُصُ ، لَكِنْ نَبَّهَ السَّائِلَ بِهَذَا عَلَى عِلَّةِ الْمَنْعِ مِنَ الْبَيْعِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية ، وكراهة التفضيل . قال إبراهيم : كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل . إذا ثبت هذا ، فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث ، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين . وبهذا قال عطاء ، وشريح ، وإسحاق ، ومحمد بن الحسن . قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده : ارددوهم إلى سهام الله تعالى وفرائضه . وقال عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وابن المبارك : تُعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر ؛ لأن النبي ﷺ قال لبشير بن سعد : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » . (١٤) وعَلَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » (١٤) . والبنث كالابن في استحقاق برها ، وكذلك في عطيتها . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كُنْتُمْ مُؤَثِّرًا لِأَحَدٍ » (١٥) لَأَثَرْتُ النَّسَاءَ عَلَى الرَّجَالِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » (١٦) . ولأنها عطية في الحياة ، فاستوى فيها الذكر والأنثى ، كالتفقة والكسوة . ولنا ، أن الله تعالى قسم بينهم ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأولى ما اقتدى بقسمة الله ، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية ، فيجعل للذكر منها مثل حظ (١٧) الأنثيين ، كحالة الموت . يعنى الميراث . يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ اسْتَعْجَالَ مَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَيَنْبَغِي

(١٣) تقدم تحريجه في : ٦٧/٦ .

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٧/٦ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبراني ، في : باب في العدل بين العطية لهم ، من كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » . كنز العمال ٤٤٦/١٦ .

(١٧) سقط من : م .

أن تكونَ على حَسَبِهِ ، كما أنَّ مُعَجَّلَ الزَّكَاةِ قَبْلَ وُجُوبِهَا يُؤَدِّيها على صِفَةِ أَدَائِهَا بَعْدَ وُجُوبِهَا ، وكذلك الكَفَّارَاتُ المُعَجَّلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أَخْرَجَ مِنَ الأُنْثَى ، مِنْ قَبْلِ أَنْهُمَا إِذَا تَرَوُجَا جَمِيعًا فالصَّدَاقُ وَالثَّقَّةُ وَنَفَقَةُ الأَوْلَادِ على الذَّكَرِ ، والأُنْثَى لها ذلك ، فكان أَوْلَى بِالتَّفْضِيلِ ؛ لِزِيَادَةِ حاجَتِهِ ، وَقَدْ قَسَمَ اللهُ تَعَالَى المِيراثَ ، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مَفْرُوتًا بِهذا المَعْنَى فَتَعَلَّلَ بِهِ ، وَيَتَعَدَّى ذلك إلى العَطِيَّةِ في الحِياةِ . وَحَدِيثُ بَشِيرِ قَضِيَّةٍ في عَيْنِ ، وَحِكَايَةُ حَالِ لا عُمُومَ لها ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ حُكْمُها فيما ماثَلها ، ولا نَعْلَمُ حَالِ أَوْلادِ بَشِيرِ ، هل كان فيهِمَ أنْثى أو لا ؟ وَلَعَلَّ النَبِيَّ ﷺ قد عَلِمَ أَنَّهُ ليس له إِلا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثم تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / على القِسْمَةِ على كِتابِ اللهِ تَعَالَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرادَ التَّسْوِيَةَ في (١٨) أَصْلِ العَطَايِ ، لا في صِفَتِهِ ، فَإِنَّ القِسْمَةَ لا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ (١٨) مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَكَذلكَ الحَدِيثُ الأَخْرَ (١٩) ، وَذَلِيلُ ذلكَ قَوْلُ عَطَايَ : ما كانوا يُقَسِّمُونَ إِلا على كِتابِ اللهِ تَعَالَى . وَهذا خَبَرٌ عن جَمِيعِهِمْ ، على أَنَّ الصَّحِيحَ مِنْ خَبَرِ ابنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مُرْسَلٌ .

ظ ١٧٢/٥

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين سائِرِ أَقارِبِهِ ، ولا إِعْطَاؤُهُمْ على قَدَرِ مَوارِثِهِمْ ، سِوَا ما كانوا مِنْ جِهَةٍ واحِدَةٍ ، كما إِخْوَةٌ وَأَخواتُ ، وَأَعْمامُ وَبنى عَمِّ ، أو مِنْ جِهاتٍ ، كَبَناتٍ وَأَخواتٍ وَغيرِهِمْ . وقال أبو الحَطَّابِ : المَشْرُوعُ في عَطِيَّةِ الأَوْلادِ وسائِرِ الأَقارِبِ ، أَن يُعْطِيَهُمْ على قَدَرِ مَوارِثِهِمْ (٢٠) ، فَإِنَّ خالْفَ وَفَعَلَ ، فعليه أَن يَرْجِعَ وَيَعْمَهُمُ بِالنُّحْلَةِ ؛ لأنَّهُمْ في مَعْنَى الأَوْلادِ ، فَثَبَّتَ فيهِمْ مِثْلَ حُكْمِهِمْ . ولنا ، أَنها عَطِيَّةٌ لغيرِ الأَوْلادِ في صِحَّتِهِ ، فلم تَجِبْ عليه التَّسْوِيَةُ ، كما لو كانوا غيرِ وارِثِينَ ، ولأنَّ الأَصْلَ إِباحَةٌ تُصَرِّفُ الإنسانَ في مالِهِ كيف شاءَ ، وَإِنَّمَا وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بينِ الأَوْلادِ بِالحَبَرِ ، وليس غيرُهُمْ في مَعْنائِهِمْ ؛ لأنَّهُمْ اسْتَوَوْا في وُجُوبِ بَرِّ وَالِدِهِمْ ، فَاسْتَوَوْا في

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « ميراثهم » .

عَطِيَّتِهِ . وَهَذَا عَلَّلَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ قَالَ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوِىَ وَإِنِّي بِرُكِّ ؟ » قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » . وَلَمْ يُوجَدْ هَذَا فِي غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ لِلْوَالِدِ الرَّجُوعَ ^(٢١) فِيمَا أُعْطِيَ ^(٢٢) وَلَدَهُ ، فِيمَكُنْهُ أَنْ يَسُوِّىَ بَيْنَهُمْ بِاسْتِرْجَاعِ مَا أُعْطَاهُ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْأَوْلَادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الْوَالِدِ لَهُمْ ، وَصَرَفِ مَالِهِ إِلَيْهِمْ عَادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فِي ذَلِكَ ، وَيَسْتَنَدُّ عَلَيْهِمْ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، وَلَا يُيَارِيهِمْ فِي ذَلِكَ غَيْرُهُمْ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا نَصٌّ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ عَلِمَ لِبَشِيرِ زَوْجَةٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْ بِإِعْطَائِهَا شَيْئًا حِينَ أَمَرَهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ هَلْ لَكَ وَارِثٌ غَيْرَ وَوَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب ؛ لقول النبي ﷺ :
 « اتَّقُوا اللَّهَ ، وَأَعِدُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . وَلِأَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَمِعَتْ التَّفْضِيلَ ^(٢٢) كَالأبِ ، وَلِأَنَّ مَا يَخْصُلُ بِتَخْصِيصِ الأَبِ بَعْضَ وَلَدِهِ مِنَ الحَسَدِ والعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مِثْلُهُ فِي تَخْصِيصِ الأُمِّ بَعْضَ وَلَدِهَا ، ^(٢٣) فَتَبَّتْ لَهَا ^(٢٣) مِثْلَ حُكْمِهِ فِي ذَلِكَ .

فصل : وقول الخِرَقِيُّ : « أَمْرٌ بِرَدِّهِ » . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلأَبِ الرَّجُوعَ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، سِوَاءِ قَصْدِ بَرُجُوعِهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ أَوْ لَمْ يُرِدْ ، وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ / ، وَالأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا . وَبِهَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْبِهِ » ^(٢٤) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَعَنْ عَمْرِو بْنِ الحَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ ^(٢٥) وَهَبَ هَيْبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا صِلَةَ رَجِيمٍ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هَيْبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ،

(٢١ - ٢٢) في م : « في عطية » .

(٢٢) في م : « بالتفضيل » .

(٢٣ - ٢٤) في الأصل : « فثبت فيها » .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ١٠٤/٤ .

(٢٥) في الأصل : « في من » .

يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « الْمَوْطَأِ »^(٢٦) . وَلِأَنَّهَا هِبَةٌ يَحْصُلُ بِهَا الْأَجْرُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزِ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « فَارْجِعْهُ » . وَرَوَى : « فَارْجِعْهُ » . رَوَاهُ كَذَلِكَ مَالِكٌ عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنِ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنِ النُّعْمَانِ . فَأَمَرَهُ بِالرُّجُوعِ فِي هِبَتِهِ ، وَأَقْلَبَ أَحْوَالَ الْأَمْرِ الْجَوَازُ ، وَقَدْ امْتَثَلَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ ذَلِكَ^(٢٧) ، فَرَجَعَ فِي هِبَتِهِ لَوْلَا ذَلِكَ ، أَلَا تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْكَ الصَّدَقَةُ . وَحَمَلَ الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَعْطَاهُ شَيْئًا ، يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ . وَقَوْلُ بَشِيرٍ : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي غَلَامًا . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ أَعْطَاهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَارْجِعْهُ » . وَقَوْلُهُ : « فَارْجِعْهُ » . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنِ ابْنِ عَمْرٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعَانِ الْحَدِيثَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٨) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا يُخَصُّ عُمُومَ مَا رَوَوْهُ^(٢٩) وَيُفَسِّرُهُ . وَقِيَاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِهَيْبَةِ الْأَجْنَبِيِّ ؛ فَإِنَّ فِيهَا أَجْرًا وَتَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَدَبَ إِلَيْهَا . وَعِنْدَهُمْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَالِدِ^(٣٠) كَمَا سَأَلْنَا ، وَقَدْ دَلَّ حَدِيثُ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ عَلَى الرَّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ .

فصل : وظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ الْأُمَّ كَالْأَبِ ، فِي الرَّجُوعِ فِي الْهِبَةِ ؛ لِأَنَّ

(٢٦) في : باب القضاء في الهبة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٤ .

(٢٧) في م : « في ذلك » .

(٢٨) في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب الهبة ، عارضة الأحمدي ٨/٢٩٤ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦١ . وابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥ . والإمام أحمد ، في المسند ٢/٧٨ .

(٢٩) في م : « رواه » .

(٣٠) في م : « الوالد » .

قوله : « وإذا فاضل بين أولاده » يتناول كل والد ، ثم قال في سياقه : « أمر برده » .
فدخل فيه الأم . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها داخله في قوله : « إلا الوالد فيما يعطى
ولده » . ولأنها لما دخلت في قول النبي : « سووا بين أولادكم » . ينبغى أن تتمكن
من النسوية ، والرُّجوع في الهبة طريق في النسوية ، وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن
إعطاء الآخر مثل عطية الأول ، ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث / بشير^(٣١) بن
سعد^(٣٢) ، فينبغى أن تدخل في جميع مدلوله ؛ لقوله : « فاردده » . وقوله :
« فأرجعه » . ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ، ينبغى أن
تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به ، تخليصاً لها من الإثم ، وإزالة للتفضيل
المحرم ، كالأب . والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع . قال الأثرم : قلت
لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال : ليس هي عندي في
هذا كالرجل ؛ لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ، والأم لا تأخذ . وذكر حديث
عائشة : « أطيب^(٣٢) ما أكل^(٣٢) الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه »^(٣٣) . أى
كأنه الرجل . قال أصحابنا : والحديث حجة لنا ، فإنه خص الوالد ، وهو بإطلاقه
إنما يتناول الأب دون الأم ، والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ، ويحوز جميع
المال في الميراث ، والأم بخلافه . وقال مالك : للأم الرجوع في هبة ولدها ما كان
أبوه حياً ، فإن كان ميتاً ، فلا رجوع لها ؛ لأنها هبة لیتيم ، وهبة الیتيم لازمة ،
كصدقة التطوع ، ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع .

(٣١ - ٣١) سقط من : م .

(٣٢ - ٣٢) في م : « ماكل » .

(٣٣) أخرجه أبو داود ، في : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٩ .
والترمذي ، في : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٦/١١٠ .
والنسائي ، في : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، في : باب مال للرجل
من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، في : المسند : ٣١/٦ ، ٤١ ،
٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرنا بين الهِبَةِ والصَّدَقَةِ . وهو قولُ الشافِعِيِّ . وفَرْقَ مالِكَ وأصحابُ الرَّأْيِ بينهما ، فلم يُجِيزُوا الرُّجُوعَ في الصَّدَقَةِ بحالٍ ، واحتجُّوا بحديثِ عمرَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً ، وأرادَ بها صِلَةَ رَجَمٍ ، أو على وَجهِ صَدَقَةٍ ؛ فَإِنَّهُ لا يَرْجِعُ . ولنا ، حَدِيثُ الثُّعْمَانِ بنِ بَشِيرٍ ، فَإِنَّهُ قالَ : تَصَدَّقَ على أُنَى بَصَدَقَةٍ . وقالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّتْ تلكَ الصَّدَقَةَ . وأيضاً عُمُومُ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ » . وهذا يُقَدِّمُ على (٣٤) قولِ عمرَ ، ثم هو خاصٌّ في الوالِدِ ، وحديثُ عمرَ عامٌّ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُ الخاصِّ .

فصل : وللرُّجوعِ في هِبَةِ الوالِدِ شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ :

أحدها ، أن تكونَ باقيةً في مِلْكِ الابنِ ، فإن حَرَجَتْ عن مِلْكِهِ ، يَبِيعُ أو هِبَةً أو وَفِي أو إِزْتٍ أو غيرِ ذلكَ ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّهُ إِبطالٌ لِمِلْكِ غيرِ الوالِدِ . وإن عادتْ إليه بِسَبَبِ جَدِيدٍ ، كَبِيعِ أو هِبَةٍ أو وصِيَّةٍ أو إِزْتٍ ونحو ذلكَ ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّها عادتْ بِمِلْكِ جَدِيدٍ لم يَسْتَفِدْهُ من قِبَلِ أَبِيهِ ، فلا يَمْلِكُ فَسْخَهُ وإِزالَتَهُ ، كالذي لم يَكُنْ موهُوباً له . وإن عادتْ إليه بِفَسْخِ البِيعِ ، لِعَيْبٍ أو إِقالَةٍ أو فَلَاسِ المُشْتَرِي ، ففيهِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ السَّبَبَ المُزِيلَ ارْتَفَعَ ، وعادَ المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فأشْبَهَ ما لو فَسَخَ البِيعَ بِخِيَارِ المَجْلِسِ أو خِيَارِ الشَّرْطِ . والثاني ، لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ المِلْكَ عادَ إليه بعدَ اسْتِفْراقِ مِلْكِ من اتَّقَلَ إليه عليه ، فأشْبَهَ ما لو عادَ إليه بِهِبَةٍ . فأما إن عادَ إليه لِلْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ، أو خِيَارِ المَجْلِسِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ المِلْكَ لم يَسْتَقِرَّ عليه .

و ١٧٤/٥

فصل : الثاني ، أن تكونَ العَيْنُ باقيةً في تَصَرُّفِ الوالِدِ ، بحيث يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في رَقَبَتِها ، فإن اسْتَوْلَدَ الأُمَّةَ ، لم يَمْلِكِ الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّ المِلْكَ فيها لا يجوزُ نَقْلَهُ إلى غيرِ سَيِّدِها . وإن رَهَنَ العَيْنَ ، أو أَفْلَسَ وَحَجَرَ عليه ، لم يَمْلِكِ الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛

(٣٤) سقط من : م .

لأنَّ في ذلك إبطالاً لِحَقِّ غير الوَلَدِ . فإن زال المانع من التَّصَرُّفِ ، فله الرُّجوعُ ؛ لأنَّ ملكَ الابنِ لم يُزَلْ ، وإنما طرأ معنى قَطَعَ التَّصَرُّفَ مع بقاء المَلِكِ ، فَمَنَعَ الرُّجوعَ ، فإذا زال [زال] المَنعُ ، والكِتابةُ كذلك عند مَنْ لا يرى بَيْعَ المُكاتبِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ وجماعةٍ سواه . فأما من أجازَ بَيْعَ المُكاتبِ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ المُستأجرِ والمزوّجِ . وأما التَّدبيرُ ، فالصَّحيحُ أنَّه لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجوعَ . وإن قلنا : يَمْنَعُ البَيْعَ . مَنَعَ الرُّجوعَ . وكلَّ تَصَرُّفٍ لا يَمْنَعُ الابنُ التَّصَرُّفَ في الرِّقبةِ ، كالوصيةِ والهبةِ قبل القَبْضِ فيما يفتقرُ إليه^(٣٥) ، والوطءِ والتزويجِ والإجارةِ والكتابةِ والتدبيرِ ، إن قلنا : لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، والمزارعةَ عليها ، وجعلها مضاربةً ، أو في عقدِ شراكةٍ ، فكلُّ ذلك لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ ؛ لأنه لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ الابنِ في رَقَبَتِها ، وكذلك العتقُ المعلقُ على صفةٍ . وإذا رجعَ وكان التَّصَرُّفُ لازماً ، كالإجارةِ والتزويجِ والكتابةِ ، فهو باقٍ بحاله ؛ لأنَّ الابنَ لا يملكُ إبطاله ، فكذلك من انتقلَ إليه . وإن كان جائزاً ، كالوصيةِ والهبةِ قبل القَبْضِ ، بطلَ ؛ لأنَّ الابنَ يملكُ إبطاله . وأما التَّدبيرُ والعتقُ المعلقُ بصفةٍ ، فلا يفتقرُ حُكْمُهُما في حقِّ الأبِ ، ومتى عاد إلى الابنِ ، عاد حُكْمُهُما . فأما البَيْعُ الذي للابنِ فيه خيارٌ ، إما بشرطٍ ، أو غيبٍ في الثمنِ ، أو غير ذلك ، فَيَمْنَعُ الرُّجوعَ ؛ لأنَّ الرُّجوعَ يَتَضَمَّنُ فسخَ ملكِ الابنِ في عوضِ المبيعِ ، ولم يثبت له ذلك من جهتهِ . وإن وهبَهُ الابنُ لابنِهِ ، لم يملكِ الرُّجوعَ فيه ؛ لأنَّ رُجوعَهُ إبطالٌ لملكِ غيرِ ابنِهِ . فإن رجعَ الابنُ في هَبَتِهِ ، احتَمَلَ أن يملكَ الأبُ الرُّجوعَ في هَبَتِهِ حينئذٍ ؛ لأنه فسَخَ هَبَتَهُ بِرُجوعِهِ ، فعاد إليه المَلِكُ بالسببِ الأوَّلِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يملكَ الأبُ الرُّجوعَ ؛ لأنه رجعَ إلى ابنِهِ^(٣٦) بعد استِقْرارِ ملكِ غيره عليه ، فأشبهَهُ ما لو وهبَهُ ابنُ الابنِ لأبيه^(٣٧) .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : ه أبيه ، .

(٣٧) في الأصل : ه لابنِهِ ، .

فصل : الثالث ، أن لا يتعلّق بها رغبة لغير الولد ، فإن تعلّقت بها رغبة لغيره ،
مثل أن يهبّ ولكه شيئا فيرغب الناس في معاملتيه ، وأدائه ديوّنا ، أو رغبوا في
مناكحته ، فزوجه إن كان ذكرا ، أو تزوّجت الأثني لذلك ، فعن أحمد روايتان ؛
أولاهما ، ليس له الرجوع . قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهبّ لإبنته
مألا : فله الرجوع ، إلا أن يكون غرّ به قوما ، فإن غرّ به ، فليس له أن يرجع فيها .
وهذا مذهب مالك ؛ لأنه تعلّق به حق غير الابن ، ففي الرجوع إبطال حقه ، وقد
قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(٣٨) . وفي الرجوع ضرر ، ولأن في هذا
تحيّلا على إلحاق الضرر بالمسلمين ، ولا يجوز التحيل على ذلك . والثانية ، له
الرجوع ؛ لعُوم الخبر ، ولأن حق المتزوج والعريم لم يتعلّق بعين هذا المال ، فلم
يمنع الرجوع فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تزيد زيادة متصلة ، كالمسمن والكبير وتعلم صنعة . فإن
زادت ، فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛
لأنها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة .
والثانية ، تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها مائة ملكه ،
ولم تتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع
فيها ، امتنع الرجوع في الأصل ، لئلا يفضى^(٣٩) إلى سوء المشاركة ، وضرر
التشقيص ، ولأنه^(٤٠) استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه ، فمنعه
الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح ، أو نصفه بالطلاق ، أو
رجوع البائع في المبيع لفسخ المشتري . ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من
المشتري ، وقد رضى ببدل الزيادة . وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض ،

(٣٨) تقدم تحريجه في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) م : « يقتضى » .

(٤٠) في الأصل زيادة : « فسخ » .

فَزَادَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْمُشْتَرَى الْآخَرَ بِهِ عَيْبًا ، قُلْنَا : بَائِعُ الْمَعِيبِ سَلَطَ مُشْتَرِيَهُ عَلَى
الْفَسْحِ ، بَيْعُهُ الْمَعِيبِ ، فَكَأَنَّ الْفَسْحَ وَجَدَ مِنْهُ . وَهَذَا قُلْنَا ، فِيمَا إِذَا فَسَخَ الرَّوْجُ
النِّكَاحَ لِغَيْبِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَا صَدَاقَ لَهَا ، كَمَا لَوْ فَسَخْتَهُ . وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ
بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَيْنِ ، كَالسَّمَنِ وَالطُّوْلِ وَنَحْوَهُمَا ، أَوْ فِي الْمَعَانِي ، كَتَعَلَّمُ ^(٤١) صُنْعَةً
أَوْ كِتَابَةً أَوْ قُرْآنًا ^(٤٢) أَوْ عِلْمًا ، أَوْ إِسْلَامًا ، أَوْ قَضَاءَ دَيْنٍ عَنْهُ . وَهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ
الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الزِّيَادَةُ بِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَقَضَاءِ الدَّيْنِ عَنْهُ ، لَا تَمْنَعُ
الرُّجُوعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ لَهَا مُقَابِلُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَمَنْعَتِ الرُّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ وَتَعَلَّمُ
الصَّنْعَةَ . وَإِنْ زَادَ بَيْرُتُهُ مِنْ / مَرَضٍ أَوْ صَمَمٍ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ، كَسَائِرِ الزِّيَادَاتِ ، وَإِنْ
كَانَتْ زِيَادَةُ الْعَيْنِ أَوْ التَّعَلُّمِ لَا تَزِيدُ فِي قِيَمَتِهِ شَيْئًا ، أَوْ يَنْقُصُ مِنْهَا ، لَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛
لَأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِزِيَادَةٍ فِي الْمَالِيَّةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، كَوَلَدِ الْبَهِيمَةِ ، وَثَمَرَةِ
الشَّجَرَةِ ، وَكَسَبِ الْعَبْدِ ، فَلَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ تَعَلَّمَهُ . وَالزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛
لَأَنَّهَا حَادِثَةٌ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبَعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَلَا تَتَّبَعُ هُنَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا
آخَرَ ، أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهُوَ بَعِيدٌ ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ وَلَدَ أُمَةٍ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
أُمِّهِ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ ^(٤٣) ، إِلَّا أَنْ
تَقُولَ إِنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ
يَرْجِعُ فِي الْأُمِّ ، وَيَتَمَلَّكُ ^(٤٤) الْوَلَدَ مِنْ مَالِ وُلْدِهِ .

فصل : وَإِنْ قَصَرَ ^(٤٥) الْعَيْنَ أَوْ فَصَّلَهَا ، فَلَمْ تَزِدْ قِيَمَتُهَا ، لَمْ تَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ
الْعَيْنَ لَمْ تَزِدْ وَلَا الْقِيَمَةَ ، وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَصِّلَةٌ ، هَلْ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ
أَوْ لَا ؟ مَبْنِيٌّ ^(٤٥) عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي السَّمْنَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَمْنَعَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ الرُّجُوعَ بِكُلِّ

(٤١ - ٤١) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنَاعَةُ أَوْ الْكِتَابَةُ أَوْ الْقُرْآنُ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « يَحْرَمُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَمْلِكُ » .

(٤٤) قَصْرُ الثَّوْبِ : دَقُّهُ وَبَيْضُهُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَبْنِي » .

حال ؛ لأنها حاصِلةٌ بِفِعْلِ الابنِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْعَيْنِ الْحَاصِلَةِ بِفِعْلِهِ ، بِخِلَافِ السَّمَنِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعُ ، لِأَنَّهُ نَمَاءُ الْعَيْنِ ، فَيَكُونُ تَابِعًا لَهَا . وَإِنْ وَهَبَهُ حَامِلًا فَوَلَدَتْ فِي يَدِ الْإِبْنِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فِي الْوَالِدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَالِدُ زِيَادَةً مُنْفَصِلَةً إِذَا قُلْنَا : الْحَمْلُ لَا حُكْمَ لَهُ . وَإِنْ وَهَبَهُ حَامِلًا ، ثُمَّ رَجَعَ فِيهَا حَامِلًا ، جَازَ إِذَا لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ^(٤٦) . وَإِنْ وَهَبَهُ حَائِلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ^(٤٧) ، وَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ذُونَ حَمْلِهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ ، فَزَادَتْ بِهِ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، جَازَ الرَّجُوعُ فِيهَا . وَإِنْ وَهَبَهُ نَحْلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وَبَعْدَهُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ .

فصل : وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْعَيْنِ ، أَوْ تَقَصَّتْ قِيمَتُهَا ، لَمْ يَمْنَعِ الرَّجُوعُ فِيهَا ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْإِبْنِ فِيمَا تَلَفَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُ^(٤٧) عَلَى مِلْكِهِ . وَسَوَاءٌ تَلَفَ بِفِعْلِ الْإِبْنِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ . وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً تَعَلَّقَ أَرْضَهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَهُوَ كَتَقْصَانِهِ بِذَهَابِ بَعْضِ أَجْزَائِهِ ، وَلِلْأَبِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، فَإِنْ رَجَعَ فِيهِ ، ضَمِنَ أَرْضَ الْجِنَايَةِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَى الْعَبْدِ ، فَرَجَعَ الْأَبُ^(٤٨) فِيهِ ، فَأَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ لِلْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ أَرَادَ الْأَبُ الرَّجُوعَ فِي^(٤٩) الرَّهْنِ ، وَعَلَيْهِ فَكَأَكُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، فَكَيْفَ مَلَكَ الرَّجُوعَ فِي^(٤٩) الْعَبْدِ / الْجَانِي إِذَا أَدَّى أَرْضَ جِنَايَتِهِ ؟ قُلْنَا : الرَّهْنُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي الْعَيْنِ ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ ، وَلِأَنَّ فَكَّ الرَّهْنِ فَسَخَّ لِعَقْدِ عَقْدَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، وَهَهُنَا لَمْ يَتَّعَلَقِ الْحَقُّ بِهِ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ ، فَافْتَرَقَا .

ظ ١٧٥/٥

فصل : وَالرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ أَنْ يَقُولَ : قَدْ رَجَعْتُ فِيهَا ، أَوْ ارْتَجَعْتُهَا ،

(٤٦) فِي م : « مُنْفَصِلَةٌ » .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : « تَلَفَ » .

(٤٨) فِي م زِيَادَةٌ : « فَيَرْجِعُ الْأَبُ » .

(٤٩ - ٤٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَوْ ارْتَدَّتْهَا^(٥٠) . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الدَّالَّةِ عَلَى الرَّجُوعِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ حَاكِمٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِقَضَاءِ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ الْمَوْهُوبَ لَهُ مُسْتَقَرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ فِي فُسْخِ عَقْدٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَضَاءٍ ، كَالْفُسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَ مَا وَهَبَهُ لَوْلِيهِ ، فَإِنْ تَوَى بِهِ الرَّجُوعَ ، كَانَ رُجُوعًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نِيَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ هَلْ تَوَى الرَّجُوعَ أَوْ لَا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ ، فَإِنْ لَمْ تَوْجَدْ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ ، لَمْ يُحْكَمْ بِكَوْنِهِ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ يَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ وَغَيْرَهُ ، فَلَا تُزِيلُ حُكْمًا يَقِينًا^(٥١) بِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ . وَإِنْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرَائِنٌ دَالَّةٌ^(٥٢) عَلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَجِهَانٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رُجُوعًا . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّائِ كَتَفِينَا فِي الْعَقْدِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، فَفِي الْفُسْخِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الرَّجُوعِ إِذَا كَانَ رُجُوعًا لِلدَّلَالَةِ عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَيْهِ . وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ ثَابِتٌ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ يَقِينًا ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُنَى هَذَا عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ فِيهِ ، لَمْ يَكْتَفِ هَهُنَا إِلَّا بِالْفِظِ يَفْتَضِي زَوَالَهُ ، وَمَنْ اكْتَفَى فِي الْعَقْدِ بِالْمُعَاوَاةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَإِنْ تَوَى الرَّجُوعَ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ وَلَا قَوْلٍ ، لَمْ يَحْصُلِ الرَّجُوعُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الْمَلِكِ عَلَى مَا لِمَمْلُوكٍ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمَجَرَّدِ النَّيَّةِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَإِنْ عَلَّقَ الرَّجُوعَ بِشَرْطٍ ، فَقَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي الْهَيْبَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ لِلْعَقْدِ لَا يَقِفُ عَلَى شَرْطٍ ، كَمَا لَا يَقِفُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ .

٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَرُدُّهُ ، فَقَدْ تَبَّتْ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ)

يعنى إذا فاضل بين ولده في العطايا ، أو خص بعضهم بعطية^(١) ، ثم مات قبل أن

(٥٠) في الأصل : « رددتها » .

(٥١) في م : « يقينا » .

(٥٢) في م : « دار » خطأ .

(١) في الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدُّهُ ، ثَبَتَ ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَلَزِمَ ، وَ لَيْسَ لِبَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ الرَّجُوعُ . هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمِثْمُونِيِّ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَلَّالِ ، / وَصَاحِبِهِ أَبِي بَكْرٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ^(٢) عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ أَنْ يَرْتَجِعُوا مَا وَهَبَهُ . اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّانِ . وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : عُرْوَةُ قَدَرَوِي الْأَحَادِيثِ الثَّلَاثَةَ ؛ حَدِيثَ عَائِشَةَ ، وَحَدِيثَ عَمْرٍ ، وَحَدِيثَ عُثْمَانَ ^(٣) ، وَتَرَكَهَا وَذَهَبَ إِلَى حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ ، يَرُدُّ فِي حَيَاةِ الرَّجُلِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ ^(٤) . وَهَذَا قَوْلُ إِسْحَاقَ ، لِأَنَّهُ قَالَ : إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ فَهُوَ مِيرَاثٌ بَيْنَهُمْ ، لَا يَسْعُ أَنْ يَنْتَفِعَ أَحَدٌ مِمَّا أُعْطِيَ دُونَ إِخْوَتِهِ وَأَخْوَاتِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمَّى ذَلِكَ جَوْرًا بِقَوْلِهِ : « لَا تُشْهِدُنِي عَلَى جَوْرٍ » . وَالْجَوْرُ حَرَامٌ لَا يَجِلُّ لِلْفَاعِلِ فِعْلُهُ ، وَلَا لِلْمُعْطَى تَنَاوُلُهُ . وَالْمَوْتُ لَا يُغَيِّرُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوْرًا حَرَامًا ، فَيَجِبُ رَدُّهُ ، وَلِأَنَّ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ أَمْرًا قَيْسَ ابْنِ سَعْدٍ ، أَنْ يَرُدُّ قِسْمَةَ أَبِيهِ حِينَ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ ، وَلَمْ يَكُنْ عِلْمٌ بِهِ ، وَلَا أُعْطَاهُ شَيْئًا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ سَعْدٍ ، فَروى سَعِيدٌ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ مِنْ طَرِيقَيْنِ ، أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَخَرَجَ إِلَى الشَّامِ ، فَمَاتَ بِهَا ، ثُمَّ وُلِدَ بَعْدَ ذَلِكَ وَلَدٌ فَمَشَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، إِلَى قَيْسِ بْنِ سَعْدٍ ، فَقَالَا : إِنَّ سَعْدًا قَسَمَ مَالَهُ ، وَلَمْ يَدْرِ مَا يَكُونُ ، وَإِنَّا نَرَى أَنْ تَرُدُّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ . فَقَالَ قَيْسٌ : لَمْ أَكُنْ لِأَغْيَرِ شَيْئًا صَنَعَهُ سَعْدٌ ، وَلَكِنْ نَصَبِي لَهُ . وَهَذَا مَعْنَى الْحَبْرِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِعَائِشَةَ ، لَمَّا نَحَلَهَا نَحْلًا : وَذَدْتُ لَوْ أَنَّكَ كُنْتَ حَزْرِيهِ ^(٦) . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم في صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم في صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم في صفحة

٢٥٤ .

(٤) أي إلى أن معنى حديث النبي ﷺ يرد في حياة الرجل وبعد موته .

(٥) في : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ١/٩٧ .

(٦) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

لو كانت حازته لم يكن له الرجوع . وكذلك قول عمر : لا نَحْلَةُ إِلَّا نَحْلَةً يَحْوِزُهَا
الْوَالِدُونَ الْوَالِدِ . ولأنها عَطِيَّةٌ لَوْلَدِهِ فَلَزِمَتْ بِالْمَوْتِ كَالْوَأْتِرَةِ . وقوله : « إذا كان
ذلك في صحته » يدلُّ على أن عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ لَا تُنْفَذُ ؛
لأنَّ الْعَطَايَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، في أنها تُعْتَبَرُ مِنَ التُّلْثِ إِذَا كَانَتْ
لِأَجْنَبِيٍّ إجمالاً ، فكذلك لا تُنْفَذُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَيْجَمَ كُلُّ مَنْ
أَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ حُكْمَ الْهَبَاتِ فِي الْمَرَضِ الَّذِي يَمُوتُ فِيهِ الْوَاهِبُ ،
حُكْمُ الْوَصَايَا ، هَذَا مَذْهَبُ الْمَدِينِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالْكُوفِيِّ . فَإِنْ أُعْطِيَ أَحَدَ بَنِيهِ
فِي صِحَّتِهِ ، ثُمَّ أُعْطِيَ الْآخَرَ فِي مَرَضِهِ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ سُئِلَ عَنْ زَوْجِ
ابْنِهِ ، فَأُعْطِيَ عَنْهُ الصَّدَاقَ ، ثُمَّ مَرَضَ الْأَبُ ، وَلَهُ ابْنُ آخَرَ / ، هَلْ يُعْطِيهِ (٧) فِي مَرَضِهِ (٧) ظ ١٧٦/٥
كَمَا أُعْطِيَ ابْنُهُ (٨) الْآخَرَ فِي صِحَّتِهِ ؟ فَقَالَ : لَوْ كَانَ أُعْطَاهُ فِي صِحَّتِهِ ، فَيَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ فِي مَرَضِهِ كَوَصِيَّتِهِ ، وَلَوْ وَصَّى لَهُ لَمْ يَصِحَّ ،
فَكَذَلِكَ إِذَا أُعْطَاهُ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا وَاجِبَةٌ ، وَلَا طَرِيقَ لَهَا فِي هَذَا
الْمَوْضِعِ إِلَّا بِعَطِيَّةٍ (٩) الْآخَرِ ، فَتَكُونُ وَاجِبَةً ؛ فَتَصِحُّ ، كَقَضَاءِ دَيْنِهِ .

فصل : قال أحمد : أُجِبُّ أَنْ لَا يُقَسَّمُ مَالُهُ ، وَيَدَعَهُ عَلَى فَرَايِضِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَعَلَّهُ
أَنْ يُوَلِّدَهُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ وَلَدَهُ مَالَهُ ، ثُمَّ وُلِّدَهُ وَلَدٌ ، فَأَعْجَبُ إِلَى أَنْ يَرْجِعَ فَيَسُوَّى بَيْنَهُمْ .
يعنى يَرْجِعُ فِي الْجَمِيعِ ، أَوْ يَرْجِعُ فِي بَعْضِ مَا أُعْطِيَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لِيُدْفَعُوهُ (١٠) إِلَى
هَذَا الْوَالِدِ الْحَادِثِ ، لِيُسَاوَى إِخْوَتَهُ . فَإِنْ كَانَ هَذَا الْوَالِدُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : « بعطيته » .

(١٠) في الأصل : « ليدفعه » .

له الرجوع على إخوته ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ لَزِمَتْ بِمَوْتِ أَبِيهِ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، الَّتِي ذَهَبَ إِلَيْهَا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِمَنْ^(١١) أُعْطِيَ أَنْ يُسَاوِيَ أَخَاهُ فِي عَطِيَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ أَبُو بَكْرٍ وَعَمْرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَيَسَّ بِنِ سَعِيدٍ ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أَبِيهِ ، لِيُسَاوُوا الْمَوْلُودَ الْحَادِثَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ .

فصل : وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ، ويتملكه ، مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ، ومع عدمها ، صغيراً كان الولد أو كبيراً ، بشرطين ؛ أحدهما ، أن لا يجحف بالأب ، ولا يضرب به ، ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته . الثاني ، أن لا يأخذ من مال ولد^(١٢) فيعطيه الآخر . نص عليه أحمد ، في رواية إسماعيل 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 روى أن مسروقاً زوج ابنته بصدقة عشرة آلاف ، فأخذها ، وأنفقها في سبيل الله ، وقال للزوج : جهز امرأتك . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته ؛ لأن النبي ﷺ قال : « إِنْ دِمَاءُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ،^(١٣) فِي بَلَدِكُمْ هَذَا^(١٤) » متفق عليه^(١٥) . وروى الحسن ، أن النبي ﷺ قال : « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رواه سعيد في « سننه »^(١٥) . وهذا نص . وروى أن النبي ﷺ قال : « لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ^(١٦) طَيْبِ نَفْسِهِ » . رواه الدارقطني^(١٧) . ولأن ملك الابن تام

(١١) في م : « من » .

(١٢) في م : « ولده » .

(١٣ - ١٤) سقط من : م .

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة : ١٥٦/٥ .

(١٥) وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال يجب على الرجل مكاتبه عبده ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى

٣١٩/١٠ . عن حبان بن أبي جيلة .

(١٦) في م : « على » .

(١٧) تقدم تخريجه في : ٦٠٦/٦ . ويضاف إليه :

على مالٍ نفسه ، فلم يَجْزِ اثْتِزَاعُهُ منه ، كالذي / تَعَلَّقْتُ به حاجتُهُ . ولنا ، مارَوْتُ ١٧٧/٥ و
 عائِشَةُ ، رَضِيَ اللهُ عنها ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ
 كَسْبِكُمْ ، وَإِنْ أَوْلَادِكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١٨) ، وقال :
 حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قال : جاء رجُلٌ إلى
 النبي ﷺ ، فقال : إنَّ أبِي احتاجَ مالي . فقال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ
 الطَّبْرَانِيُّ ، فِي « مُعْجَمِهِ » ^(١٩) مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ ، وَزَادَ : « إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ
 أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُّوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُنْكَدِرِ ، وَالمُطَلِّبُ بْنُ
 حَنْطَبٍ ، قال : جاء رجُلٌ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : إنَّ لِي مَالًا وَعِيَالًا ، ولِأَبِي
 مَالٌ وَعِيَالٌ ، وَأبِي يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِي . فقال النبي ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » .
 أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٢٠) . ولأنَّ اللهُ تعالى جَعَلَ الوَلَدَ مَوْهُوبًا لِأَبِيهِ ، فقال :
 ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٢١) . وقال : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيَى ﴾ ^(٢٢) . وقال
 زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾ ^(٢٣) . وقال إبراهيمُ : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي

= كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٣/٥ . والبيهقي ، في : باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه
 إلا أن يشاء هو والمالك ، وباب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة ... ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى
 ١٠٠ ، ٩٧/٦ .

(١٨) تقدم تخريجه في ٢٦٣ .

(١٩) رواه الطبراني ، في الكبير ٢٧٩/٧ . عن سمرة . وفي الصغير ٨/١ . عن عبد الله بن مسعود . وانظر : إرواه
 الغليل ٣٢٥/٣ .

كما أخرجه ، ابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .
 وأبو داود ، في : باب في الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .
 والطحاوي ، في : باب بيان مشكل ما روى أنت ومالك لأبيك . مشكل الآثار ٢٣٠/٢ . والبيهقي ، في : باب
 ما جاء في إخباره من قال في نفسه شعراً ... ، دلائل النبوة ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سورة الأنعام ٨٤ .

(٢٢) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢٣) سورة مريم ٥ .

وَهَبَ لِي عَلَى الْكَبِيرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴿٢٤﴾ . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أخذُ ماله ، كعَبْدِهِ . وقال سُفْيَانُ بنُ عُيَيْنَةَ ، في قوله : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عِبَائِكُمْ ﴾ ﴿٢٥﴾ . ثم ذَكَرَ بُيُوتَ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ إِلَّا الْأَوْلَادَ لَمْ يَذْكُرْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي قَوْلِهِ : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بُيُوتُ أَوْلَادِهِمْ كَبُيُوتِهِمْ ، لم يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهِمْ . ولأنَّ الرَّجُلَ يَلِي مَالَ وَاوْلَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَلِيَةٍ ، فَكَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَمَا لِنَفْسِهِ . وَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ ، فَأَحَادِيثُنَا تَخْصُهَا وَتَفْسِّرُهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مَالَ الْإِبْنِ مَالًا لِأَبِيهِ ، بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا . وقوله : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَالِدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثُمَّ هُوَ يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حَقِّهِ عَلَى حَقِّهِ ، لِأَنَّ عَلَى نَفْيِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَالْوَالِدُ أَحَقُّ مِنَ الْوَالِدِ بِمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ .

فصل : وليس لِلْوَالِدِ ^(٢٦) مُطَالِبَةٌ أَبِيهِ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ . وبه قال الزُّبَيْرُ بنُ بَكَّارٍ . وهو مُقْتَضَى قول سُفْيَانَ بنِ عُيَيْنَةَ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : له ذلك ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَجَازَتْ الْمُطَالِبَةُ بِهِ ^(٢٧) ، كغَيْرِهِ . ولنا ، أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بِأَبِيهِ يَقْتَضِيهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ، فقال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْحَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(٢٨) . وَرَوَى الزُّبَيْرُ بنُ بَكَّارٍ ، فِي كِتَابِ « الْمَوْفِقِيَّاتِ » ^(٢٩) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ رَجُلًا اسْتَقْرَضَ مِنْ ابْنِهِ / مَالًا ، فَحَبَسَهُ ، فَأَطَالَ حَبْسَهُ ، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ الْإِبْنُ عَلَى ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَذَكَرَ قِصَّتَهُ فِي شِعْرِ ، فَأَجَابَهُ أَبُوهُ بِشِعْرٍ أَيْضًا ، فَقَالَ عَلَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :

ظ ١٧٧/٥

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) في الأصل : « للمرء » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تحريجه في صفحة ٢٧٣ .

(٢٩) الموفقيات ١١١ ، ١١٢ .

قَدْ سَمِعَ الْقَاضِي وَمَنْ رَبِّي الْفَهْمُ
 الْمَالُ لِلشَّيْخِ جَزَاءً بِالْتَّعَمُّ
 يَأْكُلُهُ بِرَغْمٍ أَنْفٍ مَنْ رَغِمَ
 مَنْ قَالَ قَوْلًا غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمَ
 وَجَارَ فِي الْحُكْمِ وَيُسَ مَا جَرَمَ

قال الزُّبَيْرُ: إلى هذا نَذَهَبُ . ولأنَّ المَالَ أَحَدُ نَوْعِي الْحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطَالَبَةُ
 أَبِيهَ بِهَا ، كَحُقُوقِ الْأَبْدَانِ . ويُفَارِقُ الأبُ غَيْرَهُ ، بما ثَبَتَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ عَلَى وَلَدِهِ . وإن
 ماتَ الابنُ ، فانتَقَلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِهِ ، لم يَمْلِكُوا مُطَالَبَةَ الأبِ بِهِ ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُمْ لم يكنْ
 لَهُ الْمُطَالَبَةُ ، فهم أَوْلَى . وإن ماتَ الأبُ ، رَجَعَ الابنُ فِي تَرَكَّتِهِ بِدَيْنِهِ ؛ لأنَّ دَيْنَهُ لم
 يَسْقُطْ عَنِ الأبِ ، وإِنَّمَا تَأَخَّرَتِ الْمُطَالَبَةُ . وقد رَوَى عَنِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قالَ : إِذَا ماتَ
 الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقالَ فِي مَنْ أَخَذَ مِنْ مَهْرِ ابْنَتِهِ شَيْعًا فَأَتَفَقَهَ : فليسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ،
 ولا يُؤْخَذُ مِنْ بَعْدِهِ ، وما أَصَابَتْ مِنَ الْمَهْرِ مِنْ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ أَخَذَتْهُ . وتأوَّلَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا
 كَلَامَهُ عَلَى (٣٠) أَنَّ لَهُ مَا (٣٠) أَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَخَذَهُ لَهُ ،
 وَإِنْفَاقَهُ إِيَّاهُ ، دَلِيلًا عَلَى قَصْدِ (٣١) التَّمْلِيكِ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكَ (٣١) بِذَلِكَ الْأَخْذِ . وَاللَّهُ
 أَعْلَمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ فِي مَالِ الابنِ قَبْلَ تَمْلِكِهِ ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ
 أَحْمَدُ ، فقالَ : لا يَجُوزُ عِتْقُ الأبِ لِعَبْدِ ابْنِهِ ، ما لم يَقْبِضْهُ . فعلى هَذَا ، لا يَصِحُّ إِبْرَأُوه
 مِنْ دَيْنِهِ ، ولا هِبَتُهُ لِمَالِهِ ، ولا بَيْعُهُ لَهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مِلْكَ الابنِ تَأَمُّ عَلَى مَالِ نَفْسِهِ ،
 فَصَحَّ (٣٢) تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَيَجِلُّ لَهُ وَطْءُ جَوَارِيهِ ، ولو كانَ الْمِلْكَ مُشْتَرَكًا ، لم يَجِلَّ لَهُ
 الْوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ ، وإِنَّمَا لِلأَبِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ ، كَالعَيْنِ الَّتِي

(٣٠ - ٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

(٣١ - ٣١) فِي الْأَصْلِ : « التَّمْلِكُ لَهُ » .

(٣٢) فِي م : « يَصِحُّ » .

وَهَبَهَا إِبَاهُ ، فَقَبِلَ انْتِزَاعَهَا لَا يَصِحُّ تَصْرِفُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ وِلَايَةٍ .
وإن كان الابنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أيضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَا لَا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فِيهِ ،
وليس من الحَظِّ إسْقَاطُ دُنْيِهِ ، وَعِتْقُ عَبْدِهِ ، وَهَبَةُ مَالِهِ .

فصل : قال أحمدُ : بين الرجلُ وبين ولده ربًّا . لما ذَكَرناه من أن مِلْكَ الابنِ على ماله تامُّ . وقال : لا يَطأُ جاريةَ الابنِ ، إِلَّا أن يَقْبِضَهَا . يعنى يَمْلِكُهَا . وذلك لِأَنَّهُ إذا وَطِئَهَا قَبْلَ تَمْلِكِهَا ، فَقَدْ وَطِئَهَا وَلَيْسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكَ يَمِينٍ ، وإن تَمَلَّكَهَا ، لم يَحِلَّ لَهُ / وَطِئُهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكَ ، فَوَجِبَ الاسْتِبْرَاءُ فِيهِ ، كَمَا لو اشْتَرَاهَا . وإن كان الابنُ قَدْ وَطِئَهَا ، لم تَحِلَّ لَهُ بِحَالٍ . وإن وَطِئَهَا قَبْلَ تَمْلِكِهَا (٣٣) ، كان مُحَرَّمًا من وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ مِلْكِهَا . والثاني ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا . وإن كان الابنُ وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ بِوَجْهِ ثَالِثٍ ، وَهِيَ أَنَّهُ صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ أَبِيهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَاحِدٌ عَلَيْهِ ؛ لِشَبْهِهِ الْمَلِكِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَضَافَ مَالَ الْوَالِدِ إِلَى أَبِيهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وإن وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمُّ وُلْدِهِ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ من وَطِئِ انْتَفَى عَنْهُ الْحَدُّ لِلشُّبْهِةِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وُلْدِهِ (٣٤) ، وليس لِلابنِ مُطَابَلَتُهُ بِشَيْءٍ من قِيَمَتِهَا ، وَلَا قِيَمَةَ وُلْدِهَا وَلَا مَهْرِهَا . وهل يُعَزَّرُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطِئًا مُحَرَّمًا ، أَشْبَهَ مَالِ الوَطِئِ جاريةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . والثاني ، لا يُعَزَّرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى وُلْدِهِ ، فَلَا يُعَزَّرُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ .

فصل : وليس لغير الأبِ الأخذُ من مالِ غيره بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ الحَبْرَ وَرَدَّ فِي الأبِ ، بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ غَيْرِ الأبِ (٣٥) عَلَيْهِ ، لِأَنَّ لِلأبِ (٣٥) وِلَايَةَ عَلَى وُلْدِهِ وَمَالِهِ إِذَا كان صَغِيرًا ، وَلَهُ شَفَقَةٌ تَامَّةٌ (٣٦) ، وَحَقٌّ مُتَأَكِّدٌ ، وَلَا يَسْقُطُ

(٣٣) في م : « غلَّكهُ » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : م .

(٣٦) سقط من : الأصل .

مِيرَانُهُ بِحَالٍ . وَالْأُمُّ لَا تَأْخُذُ ؛ لِأَنَّهَا لَا وِلَايَةَ لَهَا . وَالجَدُّ أَيْضًا لَا يَلِي عَلَى مَالٍ وَوَلَدَانِيهِ ، وَشَفَقَتُهُ قَاصِرَةٌ عَنِ شَفَقَةِ الْأَبِ ، وَيُحَجَّبُ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَفِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ . وَغَيْرُهُمَا (٣٧) مِنَ الْأَقَارِبِ وَالْأَجَانِبِ لَيْسَ لَهُمُ الْأَخْذُ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ الْأَخْذُ فِي حَقِّ الْأُمِّ وَالْجَدِّ ، مَعَ مُشَارَكَتِهِمَا لِلأَبِ فِي بَعْضِ الْمَعَانِي ، فَغَيْرُهُمَا مَمَّنٌ (٣٨) لَا يُشَارِكُ الأَبَ فِي ذَلِكَ أَوَّلَى .

٩٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبِّهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَدِيَّتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُثَبِّ عَلَيْهِمَا)

يعنى وإن لم يُعَوِّضَ عنها^(١) . وَأَرَادَ مِنْ عَدَا الأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ أَنَّ لِلأَبِ الرَّجُوعَ ، بِقَوْلِهِ : « أَمِيرَ بَرْدِهِ » . فَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي هَبِّهِ وَلَا هَدِيَّتِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ التَّحَمِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : مَنْ وَهَبَ لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ ، مَا لَمْ يُثَبِّ عَلَيْهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ^(٢) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبِّهِ ، مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي « سُنَنِهِ »^(٣) . وَبِقَوْلِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ عَنْهَا عَوِّضٌ ، فَجَازَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَالْعَارِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَبِّهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي رِوَايَةٍ إِنَّهُ « لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوِّءِ ، الْعَائِدُ فِي هَبِّهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) ، وَأَيْضًا

(٣٧) فِي م : « وَغَيْرَهَا » .

(٣٨) فِي م : « مِمَّا » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهَا » .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجه فِي صَفْحَةِ ٢٦٢ .

(٣) فِي : بَابِ مَنْ وَهَبَ هَبَةً رَجَاءَ ثَوَابِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْمَهَابِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٩٨/٢ .

(٤) اللَّفْظُ الْأَوَّلُ تَقَدَّمَ تَحْرِيجه فِي : ١٠٤/٤ .

وَالثَّانِي أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ وَالْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَهَبَةِ . صَحِيحٌ =

قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . وقد ذَكَرْنَا^(٥) . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَرْجِعُ وَاهِبٌ فِي هَيْبَتِهِ ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ »^(٦) . ولأنه واهِبٌ لا ولاية له في المال ، فلم يَرْجِعْ في هَيْبَتِهِ ، كِذَى الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ . وأحاديثنا أصحُّ من حديثهم^(٧) وأولى . وقولُ عَمَرَ ، قد رَوَى عن ابنه وابنِ عَبَّاسٍ خِلافَهُ . وأمَّا العاريةُ فإنَّها هي هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، ولم يَحْصُلِ الْقَبْضُ فِيهَا . فإن قَبَضَهَا بِاسْتِيفَائِهَا ، فَتَنْظِيرُ مَسْأَلَتِنَا ما اسْتَوْفَى مِنْ مَنَافِعِ الْعَارِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا .

فصل : فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لِدَوَى رَجْمِهِ الْمَحْرَمِ غيرِ وَلَدِهِ ، لا رُجُوعَ فِيهِ . وكذلك ما وهبَ الزَّوْجُ لِامْرَأَتِهِ . والخِلافُ فيما عدا هؤلَاءِ ، فعندنا لا يَرْجِعُ إِلَّا الْوَالِدُ ، وَعِنْدَهُمْ لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْأَجْنَبِيُّ . فأما هِبَةُ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا ، فعن أحمدٍ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لا رُجُوعَ لَهَا فِيهَا . وهذا قولُ عَمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالتَّحِيْمِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وهو قولُ عَطَاءٍ ، وَقَتَادَةَ . والثانية ، لها الرُّجُوعُ . قال الأثرمُ : سَمِعْتُ أَحْمَدَ يُسْأَلُ عَنِ الْمَرْأَةِ تَهَبُ ، ثُمَّ تَرْجِعُ ، فَرَأَيْتَهُ يَجْعَلُ النِّسَاءَ غَيْرَ الرِّجَالِ . ثُمَّ ذَكَرَ الْحَدِيثَ : « إِنَّمَا يَرْجِعُ

= البخارى ٢٠٧/٣ . وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ .
والثالث أخرجه البخارى ، فى : باب لا يجل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفى : باب
فى الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٢١٥/٣ ، ٣٥/٩ . والترمذى ، فى : باب ماجاء فى كراهية
الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف لخير
عبد الله بن عباس فيه ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٤/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٧/٢ .
(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام
أحمد ، فى : المسند ١٨٢/٢ . والبيهقى ، فى : باب من قال لا يجل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ... ، من
كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٩/٦ ، ١٨٠ .

(٧) فى م : « أحاديثهم » .

في المَوَاهِبِ النَّسَاءِ وَشِرَارِ الْأَقْوَامِ» (٨). وَذَكَرَ حَدِيثَ عَمْرٍ : إِنَّ النَّسَاءَ يُعْطِينَ
أَزْوَاجَهُنَّ رَغَبَةً وَرَهْبَةً ، فَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئًا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَصِرَهُ ، فَهِيَ
أَحَقُّ بِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ بِإِسْنَادِهِ (٩) . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَحَكَاهُ الزُّهْرِيُّ
عَنِ الْقُضَاةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ثَالِثَةً ، نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا وَهَبْتَ لَهُ مَهْرَهَا ،
فَإِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ ، رَدَّهُ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَهَبُ إِلَّا مَخَافَةَ غَضَبِهِ ،
أَوْ «إِضْرَارٍ بِهَا» (١٠) بِأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَأَلَهَا ، وَتَبَرَّعَتْ بِهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ .
فَظَاهِرُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَتْ مَعَ الْهَبَةِ قَرِينَةً ، مِنْ مَسْأَلَتِهِ لَهَا ، أَوْ غَضَبِهِ عَلَيْهَا ،
أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى خَوْفِهَا مِنْهُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تُطِيبْ بِهَا
نَفْسَهَا ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ طِيبِ نَفْسِهَا ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ
شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ (١١) . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْحَرْقِيِّ الرِّوَايَةَ الْأُولَى ،
وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ
النِّكَاحِ ﴾ (١٢) . / وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا
مَرِيئًا ﴾ . وَعُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلْمَتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فِي صَدَقَتِهِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ عَمْرًا قَالَ
فِي حَدِيثِهِ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا (١٣) . مَعَ عُمُومِ
أَحَادِيثِنَا ، فَاتَّفَقَ دَلِيلُهُمْ وَدَلِيلُنَا ، فَلِذَلِكَ اتَّفَقَ قَوْلُهُمْ وَقَوْلُنَا .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العائد في هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ١١١/٩ . والطحاوي ، في :
باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبة والصدقة . شرح معاني الآثار ٨٢/٤ .
(٩) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه ، في : باب هبة المرأة لزوجها ، من كتاب المواهب . المصنف ١١٥/٩ .
(١٠) - (١٠) في الأصل : « احتراز » .
(١١) سورة النساء ٤ .
(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .
(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢ .

فصل : والهِبَةُ الْمُطْلَقَةُ ، لَا تَقْتَضِي ثَوَابًا ، سِوَاءَ كَانَتْ مِنَ الْإِنْسَانِ لِمِثْلِهِ أَوْ ذُوْنِهِ أَوْ أَعْلَى مِنْهُ . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في الهبة لمثله 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 هيبته ، يرجع فيها إذا لم يرض منها** (١٤) . ولنا ، أنها عطية على وجه التبضع ، فلم تقتض ثوابا ، كهبة المثل والوصية ، وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عباس ، فإن عوضه عن الهبة ، كانت هبة مبتدأة لا عوضا ، أيهما أصاب عينا لم يكن له الرد . وإن خرجت مستحقة ، أخذها صاحبها ، ولم يرجع الموهوب له ببديها . فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما ، صح . نص عليه أحمد ؛ لأنه تمليك بعوض معلوم ، فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع ، في ضمان الدرك ، وثبوت الخيار والشفعة . وبهذا قال أصحاب الرأي . ولأصحاب الشافعي قول ، أنه لا يصح ؛ لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها . ولنا ، أنه تمليك بعوض ، فصح ما لو قال : **ملكك هذا بذرهم** . فإنه لو أطلق التمليك كان هبة ، وإذا ذكر العوض صار بيعا . وقال أبو الخطاب : **وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة ، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به . فأما إن شرط ثوابا مجهولا ، لم يصح ، وفسدت الهبة ، وحكمها حكم البيع الفاسد ، يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة ؛ لأنه تمام ملك الواهب . وإن كانت تالفة** (١٥) ، رد قيمتها . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور . وظاهر كلام أحمد ، رحمه الله ، أنها تصح ، فإذا أعطاه عنها عوضا رضي به ، لزم العقد بذلك ، فإنه قال ، في رواية محمد بن الحكم : **إذا قال الواهب : هذا لك على أن تبييني . فله أن يرجع إذا لم يبيئه ، لأنه شرط .** وقال ، في رواية إسماعيل بن سعيد : **إذا وهب له على وجه الإثابة ،**

(١٤) تقدم ترجمته في صفحة ٢٦٢ .

(١٥) في الأصل : « باقية » .

فلا يجوزُ إلا أن يُثبته عنها^(١٦) ، فعلى هذا عليه أن يُعطيه حتى يرضيه ، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع . ويحتمل أن يُعطيه قدر قيمتها . والأول أصح ؛ لأن هذا بيع ، فيعتبر فيه التراضي ، إلا أنه / يبيع بالمعاطاة ، فإذا عوضه عوضاً رضى به ، حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها ، وإن لم يحصل التراضي ، لم تصح ؛ لعدم العقد ، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي . والأصل في هذا قول عمر ، رضي الله عنه : مَنْ وَهَبَ هَبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . وروى معنى ذلك عن علي ، وفضالة بن عبيد ، ومالك بن أنس . وهو قول الشافعي ، على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثواباً . وقد روى أبو هريرة ، أن أعرابياً وهب للنبي ﷺ ناقةً ، فأعطاه ثلاثاً فأبى ، فزاده ثلاثاً ، فأبى ، فزاده ثلاثاً ، فلما كملت تسعاً ، قال : رضييتُ : فقال النبي ﷺ : « لقد هممتُ أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفى أو دوسى » . من « المسند »^(١٧) . قال أحمد : إذا تغيرت العين المؤهوبة بزيادة أو نقصان ، ولم يُثبه منها ، فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنه إذا رده إلى صاحبه ، إلا أن يكون ثوباً لبسه ، أو غلاماً استعمله ، أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه ، فكان عندى مثل الرهن ، الزيادة والنقصان لصاحبه .

٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا قال : دارى لك عمري . أو هي لك عمرك . فهي له ولورثته من بعده)

العمري والرقيبي : نوعان من الهبة ، يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من

(١٦) في الأصل : « منها » .

(١٧) المسند ٢/٢٤٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمري . المجتبى ٦/٢٣٧ . وعبد الرزاق ، في : باب الهبات ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/١٠٥ ، ١٠٦ .

الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العُمري أن يقول الرُّجُل : أَعْمَرْتُكَ دَارِي هَذِهِ ، أو هِيَ لَكَ عُمْرِي ، أو مَا عِشْتُ ، أو مُدَّةَ حَيَاتِكَ ، أو مَا حَيَّيْتُ ، أو نحو هذا . سُمِّيَتْ عُمْرِي لِتَقْيِيدِهَا بِالْعُمْرِ . والرُّقْبِيُّ : أن يقول : أُرْقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أو هِيَ لَكَ حَيَاتِكَ ، على أَنَّكَ إِن مِتُّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَى ، وَإِن مِتُّ قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فكأنَّه يقول : هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . وبذلك سُمِّيَتْ رُقْبِي ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وكلاهما جَائِزٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَحُكِّيَ عَنْ بَعْضِهِمْ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا » (١) . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا ، وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فَأَمَّا النَّهْيُ ، فَإِنَّمَا وَرَدَ عَلَى سَبِيلِ الْإِعْلَامِ لَهُمْ إِنَّكُمْ إِن أَعْمَرْتُمْ أَوْ أُرْقَبْتُمْ يَعُدُّ لِلْمُعْمَرِ وَالْمُرْقَبِ ، وَلَمْ يَعُدَّ إِلَيْكُمْ مِنْهُ شَيْءٌ . وَسِيَاقُ الْحَدِيثِ يُدَلُّ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ (٣) قَالَ : « فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي ، فَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَعَقِبِهِ » . وَلَوْ أُرِيدَ بِهِ حَقِيقَةُ النَّهْيِ ، لَمْ يَمْنَعْ / ذَلِكَ صِحَّتْهَا ؛ فَإِنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا يَمْنَعُ صِحَّةَ مَا يُفِيدُ الْمَنْهَى عَنْهُ فَائِدَةً ، أَمَا إِذَا كَانَ صِحَّةَ الْمَنْهَى عَنْهُ ضَرَرًا عَلَى مُرْتَكِبِهِ ، لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ ، كَالطَّلَاقِ فِي زَمَنِ الْحَيْضِ ، وَصِحَّةَ الْعُمْرَى ضَرَرًا عَلَى الْمُعْمَرِ ، (٤) فَإِنَّ مَلَكَةَ يَزُولُ (٥) بِغَيْرِ عَوْضٍ . إِذَا

و ١٨٠/٥

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٠/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٣ ، ٣٤/٢ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرقبي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٣٦٥/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرقبي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٠١/٦ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمري ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٢/٦ ، وابن ماجه ، في : باب الرقبي ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ .

(٣) في م : « فإن » .

(٤ - ٥) في الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

ثَبَّتَ هذا ، فَإِنَّ العُمَرَى تَنْقُلُ المِلْكَ إلى المُعَمِّرِ . وهذا قال جابرُ بن عبدِ الله ، وابنُ عمرَ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وشُرَيْحٌ ، ومجاهدٌ ، وطاؤسٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، ورُوِيَ ذلك عن عليٍّ . وقال مالكٌ ، والليثُ : العُمَرَى تَمْلِكُ المَنَافِعَ ، لا تَمْلِكُ بهارَ قَبَةِ المُعَمِّرِ بحالٍ ، ويكونُ للمُعَمِّرِ السُّكْنَى ، فإذا ماتَ عادتْ إلى المُعَمِّرِ . وإن قال : له ولعقبِهِ . كان سُكْنَاهَا لهم ، فإذا انقَرَضُوا عادتْ إلى المُعَمِّرِ . واحتجَّ بما رَوَى يحيى بن سَعِيدٍ ، عن عبدِ الرَّحْمَنِ بنِ القاسمِ ، قال : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ القاسِمَ بنَ محمدٍ عن العُمَرَى ، ما يقولُ الناسُ فيها ؟ فقال القاسِمُ : ما أدرَكَكَ الناسُ إلا على شُرُوطِهِمْ في أموالِهِمْ وما أعطَوْا . وقال إبراهيمُ بنُ إسحاقَ الحَرَبِيُّ ، عن ابنِ الأَعرابيِّ : لم يَخْتَلِفِ العَرَبُ في العُمَرَى ، والرُّقْبَى ، والإفقارِ^(٥) ، والإخبالِ^(٦) ، و المَنحَةِ^(٧) ، والعَرِيَّةِ ، والعارِيَّةِ ، والسُّكْنَى ، والإطراقِ ، أنها على مِلْكِ أربابِها ، ومَنافعُها لمن جُعِلَتْ له . ولأنَّ التَّمْلِيكَ لا يَتَأَقَّتْ ، كما لو باعَهُ إلى مُدَّةٍ ، فإذا كان لا يَتَأَقَّتْ ، حُمِلَ قولُهُ على تَمْلِيكَ المَنافعِ ؛ لأنَّهُ يَصِحُّ تَوَقُّيْتُهُ . ولنا ، ما رَوَى جابرٌ قال : قال النبيُّ ﷺ : « أَمْسِكُوا عَلَيكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، ولا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعَمَّرَ عُمَرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعَمَّرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلِعَقْبِهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٨) . وفي لَفِظٍ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْعُمَرَى لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٩) .

(٥) الإفقار : أن يعطى الرجل الرجل دابته ، فيركبها ما أحب في سفر أو حضر ، ثم يردّها عليه .

(٦) الإخبال : أن يعطى الرجل الرجل البعير أو الناقة ليركبها ، فيحترز ويرها ، وينتفع بها ، ثم يردّها .

(٧) في الأصل : « المنحرة » . والمنحة : أى يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة ، فيحتلبها عاما أو أقل أو أكثر .

(٨) أخرجه مسلم ، في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ . وأبو داود ،

في : باب في الرقبي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٥ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين

لخير جابر في العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣١ . وابن ماجه ، في : باب العمرى ، من كتاب

الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٨٦ .

(٩) أخرجه البخارى ، في : باب ما قيل في العمرى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/٢١٦ . ومسلم ،

في : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٣ . والنسائي ، في :

باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند

٣/٣٠٤ ، ٣٩٣ .

وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ (١٠) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْعُمَرَى لِلْوَارِثِ (١١) . وَقَدْ رَوَى مَالِكٌ حَدِيثَ الْعُمَرَى ، فِي « مُوطِئِهِ » (١٢) ، وَهُوَ صَحِيحٌ رَوَاهُ جَابِرٌ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ (١٣) ، وَمُعَاوِيَةُ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ (١٤) . وَقَوْلُ الْقَاسِمِ لَا يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ قَوْلِ (١٥) سَيِّدِ الْمُرْسَلِينَ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُدْعَى لِجَمَاعِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، لِكَثْرَةِ مَنْ قَالَ بِهَا مِنْهُمْ ، وَقَضَى بِهَا طَارِقُ (١٦) بِالْمَدِينَةِ بِأَمْرِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ . وَقَوْلُ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : إِنَّهَا عِنْدَ الْعَرَبِ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ . لَا يَضُرُّ إِذَا نَقَلَهَا الشَّرْعُ إِلَى تَمْلِيكِ الرَّقَبَةِ ، كَمَا نَقَلَ الصَّلَاةَ مِنَ الدُّعَاءِ إِلَى الْأَفْعَالِ الْمَنْظُومَةِ ، وَنَقَلَ الظَّهَارَ وَالْإِبْلَاءَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى أَحْكَامِ مَخْصُوصَةٍ . قَوْلُهُمْ : إِنَّ / التَّمْلِيكَ لَا يَتَأَقَّتْ . قُلْنَا : فَلذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأَقُّتَهَا ، وَجَعَلَهَا تَمْلِيكًا مُطْلَقًا .

ظ ١٨٠/٥

(١٠) في : باب الرقبي ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(١١) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقبي ، ومن كتاب العمري . المجتبى ٢٢٨/٦ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٩/٥ .

(١٢) في : باب القضاء في العمري ، من كتاب الأفضية ، الموطأ ٧٥٦/٢ .

(١٣) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقبي ، ومن كتاب العمري . المجتبى ٢٢٧/٦ ، ٢٢٩ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العمري والرقبي ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢١٦/٣ . ومسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب في العمري ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٥/٦ .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) هو طارق بن عمرو مولى عثمان . انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١ .

فصل : إذا شَرَطَ في العُمَرَى أَنهَا لِلْمُعَمَّرِ وَعَقِبِهِ ، فهذا تَأْكِيدٌ لِحُكْمِهَا ، وتكون لِلْمُعَمَّرِ وِوَرَثَتِهِ . وهذا قول جَمِيعِ القَائِلِينَ بِهَا . وإذا أَطْلَقَهَا فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ وَوَرَثَتِهِ أَيضاً ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ لِلرَّقَبَةِ ، فَأَشْبَهَتِ الهَيْبَةَ . فَإِنْ شَرَطَ أَنَّكَ إِذَا مِتُّ فَهِيَ لِي . فعن أَحْمَدَ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، صِحَّةُ العَقْدِ والشَّرْطِ ، ومتى ماتَ المُعَمَّرُ رَجَعَتْ إِلَى المُعَمَّرِ . وبه قال القاسِمُ بن محمد ، وزَيْدُ بن قَسِيطٍ^(١٧) ، والزُّهْرِيُّ ، ومَالِكٌ ، وأبو سَلَمَةَ بن عبد الرَّحْمَنِ ، وابنُ أَبِي ذَيْبٍ^(١٨) ، ومَالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداوُدُ . وهو أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لما رَوَى جَابِرٌ ، قال : إِنَّمَا العُمَرَى التي أَجَازَ رسولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ . فأَمَّا إِذَا قال : هِيَ لَكَ مَا عِشْتَ . فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى صاحِبِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . وَرَوَى مَالِكٌ ، في « مَوْطِئِهِ »^(٢٠) ، عن جَابِرٍ ، أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « أَيَمَّارِ جُلِ أَعْمَرَ عُمَرَى لَهُ ، وَلِعَقِبِهِ ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا ، لا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا » . لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ المَوَارِيثُ . وقال القاسِمُ بن محمد : ما أَدْرَكَتْ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ في أُمُورِهِمْ . والرِوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهَا تَكُونُ لِلْمُعَمَّرِ وَلِوَرَثَتِهِ ، وَيَسْقُطُ الشَّرْطُ . وهذا قول الشَّافِعِيِّ الجَدِيدِ ، وقول أبي حنيفة . وهو ظاهِرُ المَذْهَبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، في رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ؛ لِأَلْحَادِيثِ المُطْلَقَةِ التي ذَكَرْنَاها ، وقول رسولِ اللَّهِ ﷺ : « لا رُقْبَى ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ في حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ » . وقال

(١٧) في ١ ، م : « زيد » . وانظر : الإكمال ٣٣٩/٧ .

(١٨) في الأصل : « ذؤيب » .

(١٩) أخرجه مسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٤/٣ .

ولم نجده في البخاري : انظر الإرواء ٥٥/٦ ، واللؤلؤ والمرجان ١٨٦/٢ .

(٢٠) في : باب القضاء في العمري ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٦/٢ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ١٢٤٥/٣ . وأبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٤/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العمري ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٩٩/٦ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٣/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٠/٣ ، ٣٩٩ .

بجاهد : الرُقْبَى أن يقول هي للآخر مَتَى وَمِنْكَ مَوْتًا . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ (٢١) ،
 بِإِسْنَادِهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا عُمْرَى ، وَلَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أَوْ
 أُرْقِبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الرُقْبَى يُشْتَرَطُ
 فِيهَا عَوْدُهَا إِلَى الْمُرْقَبِ إِنْ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَهُ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمُ الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ ، فَمِنْ قَوْلِ
 جَابِرٍ نَفْسِهِ ، وَأَمَّا نَقْلُ لَفْظِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا
 تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا ، حَيًّا وَمَيِّتًا ، وَلِعَقِبِهِ » . وَلِأَنَّا
 لَوْ أَجْرْنَا هَذَا الشَّرْطَ ، كَانَتْ هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، وَالْهِبَةُ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّائِيْتُ (٢٢) ، وَلَمْ
 يُفْسِدْهَا الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا شَرَطُ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَمَتَى
 لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ مَعَ الْمُعْقُودِ مَعَهُ ، لَمْ يُؤْتَرْ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرَ : إِنَّهُ
 أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ . / فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ كَلَامِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ،
 كَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذَيْبٍ (٢٣) ، وَفَصَّلَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَقَالَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، إِنَّهُ قَضَى فِي
 مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَهِيَ لَهُ بَتْلَةٌ (٢٤) ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطَى فِيهَا شَرْطٌ وَلَا
 مَثْنَوِيَّةٌ (٢٥) . قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ .

و ١٨١/٥

فصل : والرُقْبَى هي أن يقول : هذا لك عُمْرَكَ ، فَإِنْ مِتَّ قَبْلِي رَجَعْ إِلَى ، وَإِنْ
مِتَّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ . وَمَعْنَاهُ هِيَ لِآخِرِنَا مَوْتًا . وَكَذَلِكَ فَسَّرَهَا جَاهِدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى
لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وَقَدَرُوا عَنِ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : هِيَ أَنْ يَقُولَ :
هِيَ لَكَ حَيَاتِكَ ، فَإِذَا مِتَّ فَهِيَ لِفُلَانٍ ، أَوْ هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَى . وَالْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ

(٢١) في : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : « ذؤيب » .

وأخرج الحديث مسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ . والنسائي ، في
 باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، من كتاب العمري . المجتبى ٢٣٣/٦ .

(٢٤) بتلة : مقطوعة .

(٢٥) المثنوية : الاستثناء .

ذَكَرَهُ ، وَأَنَّهَا كَالْعُمَرَى إِذَا شَرَطَ عَوْدَهَا إِلَى الْمُعْمِرِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى سَوَاءٌ . وَقَالَ طَاوُسٌ : مَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْمِيرَاثِ . وَقَالَ
 الرَّهْرِيُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِي أَنَّ مَعْنَاهَا إِذَا مِتُّ فَهَذَاكَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ،
 وَأَبُو حَنِيفَةَ : الرُّقْبَى بَاطِلَةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى ، وَأَبْطَلَ
 الرُّقْبَى ^(٢٦) . وَلِأَنَّ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِلْآخِرِ مِنَّا ، وَهَذَا تَمْلِيكَ مُعَلَّقٌ بِحَطَرٍ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ
 التَّمْلِيكِ بِالْحَطَرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ
 مَعْنَاهَا مَا ذَكَرُوهُ ، بَلْ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِحَيَاتِكَ ، فَإِنْ مِتُّ رَجَعَتْ إِلَيَّ . فَتَكُونُ كَالْعُمَرَى
 سَوَاءً ، إِلَّا أَنَّهُ زَادَ شَرَطُهَا لَوَرَثَةِ الْمُرْقَبِ ، إِنْ مَاتَ الْمُرْقَبُ قَبْلَهُ ، وَهَذَا يُبَيِّنُ تَأْكِيدَهَا
 عَلَى الْعُمَرَى .

فصل : وَتَصِحُّ الْعُمَرَى فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ، مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالنَّبَاتِ ^(٢٧) ؛ لِأَنَّهَا تَوْعُ
 هِبَةٍ ، فَصَحَّتْ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ الْهَبَاتِ . وَقَدْرُوِي عَنْ أَحْمَدَ فِي الرَّجْلِ يُعْمَرُ الْجَارِيَةَ :
 فَلَا أَرَى لَهُ وَطَآهَا . قَالَ الْقَاضِي : لَمْ يَتَوَقَّفْ أَحْمَدُ عَنْ وَطْءِ الْجَارِيَةِ لِعَدَمِ الْمَلِكِ فِيهَا ،
 لَكِنْ عَلَى طَرِيقِ الْوَرَعِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ اسْتِبَاحَةٌ فَرَجَحَ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي صِحَّةِ الْعُمَرَى ،
 وَجَعَلَهَا بَعْضُهُمْ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَرَ لَهُ وَطَآهَا لِهَذَا ، وَلَوْ وَطَّعَهَا كَانَ جَائِزًا .

(٢٦) حديث إجازة العمري ، أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العمري ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري
 ٢١٦/٣ . ومسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب
 في العمري ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب في الرقبي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ،
 ٢٦٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في العمري ، وباب ما جاء في الرقبي ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي
 ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ ،
 ٣٩٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦١ ، ٣١٩ ، ٣٠٣ .

وحديث النبي عن الرقبي . أخرجه النسائي ، في : باب الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقبي . المحتجب
 ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب الرقبي ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢٧) في م : « والثياب » .

فصل : وإن وَقَّتْ الهبةَ إلى غير العُمري والرَّقبي ، فقال : وَهَبْتُكَ هَذَا لِسِنَّةٍ ، أو إلى أن يقدِّم الحاجُّ ، أو إلى أن يبلِّغَ ولدي ، أو مدَّةَ حياةِ فلانٍ . ونحو هذا ، لم يصحَّ ؛ لأنَّها تمليكٌ للرَّبةِ ، فلم تصحَّ مؤقتةً ، كالبيعِ ، وتُفارقُ العُمري والرَّقبي ؛ لأنَّ الإنسانَ إنَّما يملكُ الشيءَ عُمَره ، فإذا ملكه عُمَره فقد وَقَّتَه بما هو مؤقتٌ به في الحَقِيقَةِ ، فصارَ ذلك كالمُطلقِ . وإن شرطَ رُجوعَها إليه بعد ذلك ، كان شرطًا على غير الموهوبِ / له ، بخلافِ غيره .

ظ ١٨١/٥

٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : سَكَّنَا لَكَ عُمْرَكَ . كَانَ لَهُ أَخْذُهَا أَيَّ وَقْتٍ أَحَبَّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كَالْعُمْرِى وَالرَّقْبى)

أمَّا إذا قال : سَكَّنَى هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمْرَكَ ، أو اسكُنْهَا^(١) عُمْرَكَ . أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعقدٍ لازمٍ ؛ لأنَّه في التَّحْقِيقِ هِبَةٌ المَنَافِعِ ، وَالمَنَافِعُ إنَّما تُسْتَوْفَى بِمُضَى الرِّمَانِ شيئًا فشيئًا ، فَلَا تَلْزَمُ إِلَّا فِي قَدْرِ مَا قَبَضَهُ مِنْهَا وَاسْتَوْفَاهُ بِالسُّكْنَى . وَلِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ متى شاء ، وَأَيْهَمَا مَاتَ بَطَلَّتِ الإِبَاحَةُ . وَبهذا قال أَكْثَرُ العُلَمَاءِ ، وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الفُتُوَى ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحَّعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأى . وَرُوى مَعْنَى ذلك عَن حَفْصَةَ . وَقَالَ العَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : هى كَالْعُمْرِى ، تَكُونُ لَهُ وَلِعَقْبِهِ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى العُمْرِى ، فَيُثْبِتُ فِيهَا مِثْلَ حُكْمِهَا . وَحُكْمِى عَنِ الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ إِذَا قَالَ : هى لَكَ ، اسكُنْ حَتَّى تَمُوتَ . فَهى لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ . وَإِنْ قَالَ : دَارِى هَذِهِ اسكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّهَا تُرْجَعُ إِلَى صَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّه إِذَا قَالَ : هى لَكَ . فَقَدْ جَعَلَ لَهُ رَقَبَتَهَا ، فَتَكُونُ عُمْرِى . فَإِذَا قَالَ : اسكُنْ دَارِى هَذِهِ . فَإِنَّما جَعَلَ لَهُ نَفْعَهَا دُونَ رَقَبَتِهَا ، فَتَكُونُ عَارِيَّةً . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا إِبَاحَةُ المَنَافِعِ ، فَلَمْ يَقَعْ لَازِمًا كَالْعَارِيَّةِ . وَفَارَقَ العُمْرِى فَإِنَّهَا هِبَةٌ لِلرَّبةِ . فَأَمَّا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَكَ ، اسكُنْهَا حَتَّى تَمُوتَ . فَإِنَّه يَحْتَمِلُ^(٢) لَكَ سَكْنَها حَتَّى تَمُوتَ .

(١) فى الأصل : « أسكنتها » .

(٢) فى الأصل : « يحصل » .

وَتَفْسِيرُهَا بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ السُّكْنَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ لَكَ سُكْنَاهَا . وَإِذَا
اِحْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الرَّقَبَةَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ السُّكْنَى ، فَلَا تَزِيلُ مِلْكَهُ بِالِاحْتِمَالِ .

فصل : إِذَا وَهَبَ هِبَةً فَاسِدَةً ، أَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، ثُمَّ وَهَبَ تِلْكَ الْعَيْنَ ، أَوْ بَاعَهَا
بِعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مَعَ عِلْمِهِ بِفَسَادِ الْأَوَّلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ ،
عَالِمًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ صِحَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَمِنَ صِحَّةِ الثَّانِي وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ صَادَفَ مِلْكَهُ ، وَتَمَّ بِشُرُوطِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ فَسَادَ
الْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فَسَادَهُ ، فَفَسَدَ (٣) ، كَمَا لَوْ
صَلَّى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مُحَدِّثٌ ، فَبَانَ مُتَطَهِّرًا . وَهَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لِأَبِيهِ ،
فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ وَمَلَكَهَا بِالْمِيرَاثِ ، أَوْ غَضَبَ عَيْنَهَا فَبَاعَهَا يَعْتَقِدُهَا مَعْصُوبَةً ، فَبَانَ
أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَعَلِيَ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِطَلَاقٍ
يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَتِ امْرَأَتُهُ ، أَوْ وَاجَهَ بِالْعَتَقِ مَنْ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَتِ أُمَّتُهُ ، فَمِنَ
وُقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْحُرِّيَّةِ رَوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ ، كَمَا حَكَيْنَا .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و ١٨٢/٥

(٣) فِي النِّسْخِ : « فَمَسَدُهُ » .

كتاب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه ، يلتقطه غيره . قال الخليل بن أحمد : اللقطة ، يفتح القاف : اسم للملتقط ؛ لأن ما جاء على فعلية ، فهو اسم للفاعل ، كقولهم : همزة ولمزة وضحكة وهزاة . واللقطة ، بسكون القاف : المال الملقوط ، مثل الضحكة الذي يضحك منه ، والهزاة الذي يهزأ به . وقال الأصمعي ، وابن الأعرابي ، والفرأء : هي يفتح القاف ، اسم للمال الملقوط أيضا . والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال : سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق ، فقال : « اعرف وكاءها ، وعفاصها ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فادفعها إليه » . وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : « مالك ولها ، دعها ، فإن معها جذاؤها وسقاها ، ترد الماء ^(١) ، وتأكل الشجر ، حتى يجدها ربها » . وسأله عن الشاة ، فقال : « خذها ، فإنما هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » . متفق عليه ^(٢) . والوكاء : الحيط الذي يثبت به المال في الخرقفة . والعفاص : الوعاء الذي هي فيه ، من خرقة أو قرطاس أو غيره . قاله

(١) في م : « المال » خطأ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الغضب في الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... من كتاب اللقطة ، وفي : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٣٤/١ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٤٧/٣ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ ، ٣٩٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٣٦/٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٥/٤ ، ١١٦ ، ١١٧ .

أبو عُبَيْدٍ . وَالْأَصْلُ فِي الْعِقَاصِ أَنَّهُ الْجِلْدُ الَّذِي يُلْبَسُهُ رَأْسَ الْقَارُورَةِ . قَوْلُهُ : « مَعَهَا حِدَاءُهَا » . يَعْنِي خُفَّهَا ، فَإِنَّهُ لِقُوَّتِهِ وَصَلَاتِيهِ يَجْرِي مَجْرَى الْحِدَاءِ . وَسِقَاؤُهَا : بَطْنُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَأْخُذُ فِيهِ مَاءً كَثِيرًا ، فَيَنْقَى مَعَهَا يَمْنَعُهَا الْعَطَشَ . وَالضَّالَّةُ : اسْمٌ لِلْحَيَوَانِ (٣) خَاصَّةً ، دُونَ سَائِرِ اللَّقَطَةِ ، وَالْجَمْعُ ضَوَالٌ ، وَيُقَالُ لَهَا أَيْضًا : الْهَوَامِيُّ وَالْهَوَافِيُّ وَالْهَوَامِلُ .

فصل : قال إمامنا ، رَحِمَهُ اللهُ : الْأَفْضَلُ تَرْكُ الْإِتْقَاطِ . وَرُوِيَ مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالرَّبِيعُ بْنُ خُنَيْمٍ (٤) ، وَعَطَاءٌ . وَمَرَّ شَرِيحٌ بِدِرْهَمٍ ، فَلَمْ يَغْرِضْ لَهُ . وَاخْتَارَ أَبُو الْحَطَّابِ أَنَّهُ (٥) إِذَا وَجَدَهَا بِمَضْيِعَةٍ ، وَأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، فَلَا أَفْضَلَ أُخْذَهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ آخَرَ ، أَنَّهُ يَجِبُ أُخْذُهَا ؛ لِقَوْلِ اللهِ تَعَالَى / : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ (٦) . فَإِذَا كَانَ وَلِيَّهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ . وَمَنْ رَأَى أُخْذَهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَأَخْذَهَا أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، وَسُوَيْدُ بْنُ غَفَلَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ شَيْعَالَهُ بَالًا ، يَأْخُذُهَا أَحَبُّ إِلَيْهِ ، وَيُعْرِفُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حِفْظَ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ أَوْلَى مِنْ تَضْيِيعِهِ ، وَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْغَرَقِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلَا نَعْرِفُ لِهَذَا مَخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ تَعْرِيفٌ لِنَفْسِهِ لِأَكْلِ الْحَرَامِ ، وَتَضْيِيعُ الْوَاجِبِ مِنْ تَعْرِيفِهَا ، وَأَدَاءِ الْأَمَانَةِ فِيهَا ، فَكَانَ تَرْكُهُ أَوْلَى وَأَسْلَمَ ، كَوَلَايَةِ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَتَخْلِيلِ الْخَمْرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْتَطِلُ بِالضَّوَالِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أُخْذُهَا مَعَ مَا ذَكَرُوهُ ، وَكَذَلِكَ وَلَايَةُ مَالِ الْإِيْتَامِ .

(٣) في م : « الحيوان » .

(٤) في النسخ : « خنيم » . وهو الربيع بن خنيم بن عبد الله الثوري الكوفي ، توفي بعد قتل الحسين سنة ثلاث وستين .

تهذيب التهذيب ٢٤٢/٣ .

(٥) سقط من : م .

(٦) سورة التوبة ٧١ .

٩٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَدَ لِقَطَةً ، عَرَفَهَا سَنَةً فِي الْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ فِي التَّعْرِيفِ سِتَّةَ فُصُولٍ ؛ فِي وُجُوبِهِ ، وَقَدْرِهِ ، وَزَمَانِهِ ، وَمَكَانِهِ ، وَكَيْفِيَّتِهِ ، وَمَنْ يَتَوَلَّاهُ . أَمَّا وَجُوبُهُ ، فَإِنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سِوَاءَ أَرَادَ تَمْلِكُهَا أَوْ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَجِبُ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ^(١) ، وَأَبِيٌّ بْنُ كَعْبٍ ^(٢) ، وَلَمْ يُفْرَقْ ، وَلِأَنَّ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا إِنَّمَا يُقَيَّدُ بِإِصَالِهَا إِلَيْهِ . وَطَرِيقُهُ التَّعْرِيفُ ^(٣) ، أَمَّا بَقَاؤُهَا فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ مِنْ غَيْرِ وُصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهِيَ وَهَلَاكُهَا سَيِّئَانِ ، وَلِأَنَّ إِمْسَاكَهَا مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، تَضْيِيعٌ لَهَا عَنْ صَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَرَدُّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ إِقَائِهَا فِي غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبِ التَّعْرِيفُ ، لَمَا جَازَ الْإِتِّقَاطُ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهَا فِي مَكَانِهَا إِذَا أَقْرَبُ إِلَى وُصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، إِمَّا بَأَنْ يَطْلُبَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي ضَاعَتْ فِيهِ فَيَجِدَهَا ، وَإِمَّا بَأَنْ يَجِدَهَا مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَأَخَذَ هَذَا ^(٤) لَهَا يُفَوِّتُ الْأَمْرَيْنِ ، فَيَحْرُمُ ، فَلَمَّا جَازَ الْإِتِّقَاطُ وَجَبَ التَّعْرِيفُ ، كَيْلَا يَحْصَلَ هَذَا الضَّرَرُ . وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ وَاجِبٌ عَلَى مَنْ أَرَادَ تَمْلِكُهَا ، فَكَذَلِكَ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا ، فَإِنَّ التَّمْلِكَ ^(٥) غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَا تَجِبُ الْوَسِيلَةُ إِلَيْهِ ، فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْوُجُوبُ فِي الْمَحَلِّ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ، لِصِحَّاتِهَا عَنِ الضِّيَاعِ عَنْ صَاحِبِهَا ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي مَحَلِّ التَّرَاعِ .

(١) تقدم تخرجه حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ١٦٢/٣ ، ١٦٦ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥٠/٣ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ ، ٣٩٥ . والترمذي ، في : باب ماجاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(٣) في م : « العريف » .

(٤) في ١ ، ب ، م : « وأخذه » .

(٥) في م : « التملك » .

/ الفصل الثاني : في قَدْرِ التَّعْرِيفِ ، وذلك سَنَةً . رُوِيَ ذلك عن عمرَ ، وعلَى ، و ابن عَبَّاسٍ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِيُّ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرأى . ورُوِيَ عن عمرَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . وعنه ثَلَاثَةَ أَعوامٍ ؛ لأنَّ أبا بِنِ كَعْبٍ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِ مِائَةِ الدَّيْنَارِ ثَلَاثَةَ أَعوامٍ . وقال أبو أَيُّوبَ الهاشِمِيُّ : ما دونَ الخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إلى سَبْعَةِ أَيَّامٍ . وقال الحَسَنُ بنُ صالحٍ : ما دونَ عَشْرَةِ دِرْهَمٍ يُعَرِّفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وقال الثَّوْرِيُّ في الدَّرْهَمِ : يُعَرِّفُهُ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ . وقال إِسْحَاقُ : ما دونَ الدَّيْنَارِ يُعَرِّفُهُ جُمُوعَةٌ أو نَحْوَهَا . ورَوَى أبو إِسْحَاقَ الجُوزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عن يَعْلَى بنِ أُمِيَّةَ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ التَّقَطَّ دِرْهَمًا ، أو حَبْلًا ، أو شَيْبَةً ذَلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ »^(٦) . ولنا : حَدِيثُ زَيْدِ بنِ خَالِدِ الصَّحَّاحِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِعامٍ واحدٍ ، ولأنَّ السَّنَةَ لا تَتَأَخَّرُ عنها القَوَائِلُ ، وَيَمْضِي فيها الزَّمَانُ الذي تُقْصَدُ فيه البِلَادُ ، من الحَرِّ والبرِّدِ والاعتِدَالِ ، فَصَلَحَتْ قَدْرًا كَمَلَّةٍ أَجَلِ العَيْنِ^(٧) . وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي ، فقد قال الرَّاوِي : لا أُدْرِي ثَلَاثَةَ أَعوامٍ أو عامٍ واحدٍ . قال أبو داوُدَ : شكَّ الرَّاوِي في ذلك . وحَدِيثُ يَعْلَى لم يَقُلْ به قَائِلٌ على وَجْهِهِ ، وحَدِيثُ زَيْدٍ وأبي أَصْحٰهُ منه وأوَّلِي . إِذَا ثَبِتَ هذا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ هذه السَّنَةُ تَلِي الأَلْتِقَاطَ ، وتكونُ مُتَوَالِيَةً في نَفْسِهَا ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا حينَ سُئِلَ عنها ، والأمرُ يَفْتَضِي الفَوْرَ ، ولأنَّ القَصْدَ بالتَّعْرِيفِ وَصُولَ الخَبَرِ إلى صَاحِبِهَا ، وذلك يَحْصُلُ بالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضِيَاعِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لأنَّ صَاحِبِهَا في الغالبِ إِنَّمَا يَتَوَقَّعُهَا وَيَطْلُبُهَا عَقِيبَ ضِيَاعِهَا ، فَيَجِبُ تَحْصِيصُ التَّعْرِيفِ به .

(٦) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٧٣/٤ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ . والهشبي ، في : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤/١٦٩ . وابن حجر ، في مجمع الزوائد ٣/٧٤ . وكل ذلك عن يعلى بن مرة ، وليس يعلى بن أمية .
(٧) في م : « العين » .

الفصل الثالث : في زَمَانِهِ ، وهو النَّهَارُ دون اللَّيْلِ ؛ لِأَنَّ النَّهَارَ مَجْمَعُ النَّاسِ ومُلتَقَاهُمْ دون اللَّيْلِ ، ويكونُ ذلك في اليَوْمِ الذي وَجَدَهَا ، والأُسْبُوعُ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ فِيهِ أَكْثَرُ ، ولا يَجِبُ فيما بعد ذلك مُتَوَالِيًا . وقد رَوَى الجَوْزَجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، عن مُعَاوِيَةَ بن عبدِ اللَّهِ عن زَيْدِ الجُهَنِيِّ ، قال : تَرَلُّنَا مَتَاخَ رَكْبٍ ، فَوَجَدْتُ / خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ من مائةِ دِينَارٍ ، فِجِئْتُ بِهَا إلى عَمَرَ ، فقال : عَرَفْنَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ على بابِ المَسْجِدِ ، ثم أَمْسِكُهَا حتى قَرَنَ السَّنَةَ ، ولا يَفْدُ من رَكْبٍ إلا نَشَدْتَهَا ، وَقُلْتُ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثم سَأَلْتُكُ بِهَا^(٨) .

ظ ١٨٣/٥

الفصل الرابع : في مَكَانِهِ ، وهو الأَسْوَاقُ ، وأَبْوَابُ المَسَاجِدِ والجَوَامِعِ ، في الوَقْتِ الذي يَجْتَمِعُونَ فِيهِ ، كَأَذْبَارِ الصَّلَوَاتِ في المَسَاجِدِ ، وكذلك في مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ إِشَاعَةَ ذِكْرِهَا ، وإِظْهَارُهَا ، لِیُظْهَرَ عَلَيْهَا صَاحِبُهَا ، فيَجِبُ تَحَرُّي مَجَامِعِ النَّاسِ ، ولا يُنْشِدُهَا في المَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ المَسْجِدَ لم يُبَيِّنْ لِهَذَا . وقد رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً في المَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنَّ المَسَاجِدَ لم تُبَيِّنْ لِهَذَا »^(٩) . وأَمْرٌ عَمْرٌ وَاجِدُ اللُّقْطَةِ بِتَعْرِيفِهَا^(١٠) على بابِ المَسْجِدِ .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . والبيهقي ، في : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩٣ .

(٩) أخرجه مسلم ، في : باب النهي عن نشد الضالة ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ١/٣٩٧ . وأبو داود ، في : باب كراهية إنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود ١/١١١ . والترمذي ، في : باب النهي عن البيع في المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٦١ ، وابن ماجه ، في : باب النهي عن إنشاد الضوال في المسجد ، من كتاب المساجد . سنن ابن ماجه ١/٢٥٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن استنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١/٣٢٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣٤٩ ، ٤٢٠ .

(١٠) في م : « تعريفها » .

الفصل الخامس : فيمن يتولاه ، وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه ، وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرعاً بذلك ، وإلا إن احتاج إلى أجر ، فهو على الملتقط . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . واختار أبو الخطاب ، أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها ، رجع بالأجر على مالكها . وكذلك قال ابن عقيل ، فيما لا يملك بالتعريف ؛ لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها ، فكان على مالكها ، كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها . ولنا ، أن هذا أجر واجب على المعرّف ، فكان عليه ، كما لو قصد تملكها ، ولأنه لو وليه بنفسه ، لم يكن له أجر على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ، ولأنه سبب لتملكها^(١) ، فكان على الملتقط ، كما لو قصد تملكها . وقال مالك : إن أعطى منها شيئاً لمن عرفها ، فلا غرم عليه ، كما لو دفع منها شيئاً لمن حفظها^(٢) . وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

الفصل السادس : في كيفية التعريف ، وهو أن يذكر جنسها^(٣) (لا غير^(٤)) ، فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب . ونحو ذلك ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، لو وجد الذهب : [قل : الذهب] بطريق الشام . ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها ، لمشاركة غير المالك في ذلك ، ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع / صفتها^(٤) ، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها ، فيأخذها وهو لا يملكها ، فتضيع على مالكها .

فصل : لم يفرق الخرقى بين يسير اللقطة وكثيرها . وهو ظاهر المذهب ، إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس ، كالتمرة والكسرة والخرقية ، وما لا خطر له ، فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة

(١) في م : « للملكها » .

(٢) في م : « جففها » .

(٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في م زيادة : « من سمع » .

حيث أكلها ، بل قال له : « لَوْلَمْ تَأْتِيهَا لَأَتَيْتَكَ » (١٥) . ورأى النبي ﷺ ثَمْرَةَ فَقَالَ : « لَوْلَا أَنِّي أَحْشَى أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُهَا » (١٦) . ولا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إِبَاحَةِ أَخْذِ الْيَسِيرِ وَالِاتِّفَاعِ بِهِ (١٧) ، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمْرِ ، وَعَائِشَةَ ، وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَطَاوُسٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَبِحَبِيٍّ ابْنِ أَبِي كَثِيرٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَليْسَ عَنْ أَحْمَدَ وَأَكْثَرَ مَنْ ذَكَرْنَا تَحْدِيدُ الْيَسِيرِ الَّذِي يُبَاحُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ مَا لَا يَقْطَعُ بِهِ السَّارِقُ ، وَهُوَ رُبْعُ دِينَارٍ عِنْدَ مَالِكٍ ، وَعَشْرَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ تَافَهُ ، فَلَا يَجِبُ تَعْرِيفُهُ ، كَالْكِسْرَةِ وَالثَّمْرَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ تَافَهُ قَوْلُ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : كَانُوا لَا يَقْطَعُونَ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ . وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ وَجَدَ دِينَارًا فَتَصَرَّفَ فِيهِ (١٨) . وَرَوَى الْجُوزْجَانِيُّ ، عَنْ سَلْمَى بِنْتِ كَعْبٍ ، قَالَتْ : وَجَدْتُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ ، فِي طَرِيقِ مَكَّةَ ، فَسَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنْهُ ، فَقَالَتْ : تَمَتَّعِي بِهِ (١٩) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ (٢٠) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا وَالسُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ ، يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ بِهِ . وَالْحَبْلُ قَدْ يَكُونُ قِيَمَتُهُ دَرَاهِمَ . وَعَنْ ابْنِ مَاجَةَ (٢١) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ سُوَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ ، قَالَ : خَرَجْتُ مَعَ سَلْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ ، وَزَيْدِ بْنِ صُوحَانَ ، حَتَّى إِذَا كُنَّا بِالْعُدَيْبِ ، التَّقَطْتُ

(١٥) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٦) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٨/١ .

(١٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٦١/٦ .

(٢٠) في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ .

(٢١) في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي

سَوَاطًا ، فَقَالَ لِي : أَلْقِهِ . فَأَيْتُ ، فَلَمَّا^(٢٢) قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ، أَتَيْتُ أَبِي بْنَ كَعْبٍ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : أَصَبْتَ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلِلشَافِعِيِّ فِيهِ^(٢٣) ثَلَاثَةٌ أَوْ جِهَةٌ كَالْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . وَلَنَا ، عَلَى إِبْطَالِ تَحْدِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ ، أَنَّ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ عَامٍّ فِي كُلِّ لُقْطَةٍ ، فَيَجِبُ إِبْقَاؤُهُ عَلَى عُمُومِهِ ، إِلَّا مَا خَرَجَ مِنْهُ بِالذَّلِيلِ / ، وَلَمْ يَرِدْ بِمَا ذَكَرُوهُ نَصًّا ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ النَّصُّ بِهِ . وَلِأَنَّ التَّحْدِيدَ وَالتَّقْدِيرَ لَا يُعْرَفُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَليْسَ فِيمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ . وَأَمَّا حَدِيثُ عَلِيٍّ ، فَهُوَ ضَعِيفٌ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ : طَرَفُهُ كُلُّهَا مُضْطَرِبَةٌ . ثُمَّ هُوَ مُخَالِفٌ لِمَذْهَبِهِمْ وَلِسَائِرِ الْمَذَاهِبِ ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى وَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ غَيْرِ اللُّقْطَةِ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَحَدِيثُ عَائِشَةَ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، لَا يُدْرَى كَمْ قَدَّرَ الْخَائِمَ ، ثُمَّ هُوَ قَوْلُ صَحَابِيٍّ ، وَكَذَلِكَ حَدِيثُ عَلِيٍّ^(٢٤) ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ حُجَّةً ، وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ ، لَكِنْ يُبَاحُ أَخْذُ مَا ذَكَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَنَحْصٌ فِي أَخْذِهِ مِنَ السُّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَبْلِ ،^(٢٥) وَمَا قِيَمَتُهُ كَقِيَمَةِ ذَلِكَ^(٢٥) . وَقَدَّرَهُ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ^(٢٦) فِي كِتَابِهِ بِمَا دُونَ الْقَيْرَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ تَحْدِيدُهُ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، مَعَ امْتِنَانِهِ ، أَيْمٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ فِيهِ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ . وَقَالَ فِي حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ جِمَارٍ : « لَا يَكُنْكُمْ وَلَا يُعْيَبُ »^(٢٧) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَنْ لَا يَعْرِفَهَا صَاحِبُهَا ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَعْدَ

(٢٢) ق م : « حتى » .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥ - ٢٥) ق م : « وما قيمة ذلك » .

(٢٦) يعني ابن الجوزي عبد الرحمن بن علي ، المتوفى سنة سبع وتسعين ومئسمائة .

(٢٧) يأتي الحديث بتمامه في المسألة التالية ، ويذكر المصنف أن النسائي رواه ، وذلك في السنن الكبرى . انظر : =

الْحَوْلُ يُنَاسُ مِنْهَا ، وَيَسْأَلُو عَنْهَا ، وَيَتْرَكُ طَلَبَهَا . وَيَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ عَنِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لِاتِّحْصُلِ بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ . وَإِنْ تَرَكَهُ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ ، عَرَّفَ بِقِيَّتِهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ ، كَالْعِبَادَاتِ وَسَائِرِ الْوَاجِبَاتِ . وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ عَلَى نَوْعِ^(٢٩) مِنَ الْقُصُورِ ، فَيَجِبُ الْإِثْبَانُ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ »^(٣٠) . فَعَلِيَ هَذَا إِنْ أَخَّرَ التَّعْرِيفَ بَعْضَ الْحَوْلِ ، أَتَى بِالتَّعْرِيفِ فِي بَقِيَّتِهِ ، وَأَتَمَّهُ مِنَ الْحَوْلِ الثَّانِي . وَعَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ^(٣١) فِيمَا عَدَا^(٣١) الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْمَلِكِ التَّعْرِيفُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا أَوْ يَحْبِسَهَا^(٣٢) عِنْدَهُ أَبَدًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ دَفْعُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، كَقَوْلِنَا فِيمَا إِذَا التَّقَطَّ مَا^(٣٣) لَا يَجُوزُ التَّقَاطُ . / وَلَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَمْلِكُهَا أَيْضًا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكْمُلْ ، وَعَدَمُ بَعْضِ الشَّرْطِ كَعَدَمِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لَوْ أُحْلِلَ بَعْضُ الطَّهَارَةِ ، أَوْ بَعْضُ السُّتْرَةِ فِي الصَّلَاةِ .

و ١٨٥/٥

فصل : وَإِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، مِثْلَ أَنْ يَتْرَكَ لِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ نِسْيَانٍ وَنَحْوِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا لَوْ تَرَكَهُ مَعَ

= تحفة الأشراف ٢٥٠/٨ .

وأخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٧ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١٦٢ ، ٢٦٦ .

(٢٨) في م : « لتأخره » .

(٢٩) في الأصل : « نعت » .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٣١٥/١ .

(٣١ - ٣١) في الأصل : « في تباعد » .

(٣٢) في م : « بحسه » .

(٣٣) في م : « فيما » .

إمكانه ؛ لأنَّ تَعْرِيفَهُ فِي الْحَوْلِ سَبَبُ الْمَلِكِ ، وَالْحُكْمُ يَنْتَفِي لِانْتِفَاءِ سَبَبِهِ ، سِوَاءَ أَنْتَفَى لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُعْرَفُ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، وَيَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَخَّرِ التَّعْرِيفَ عَنِ وَقْتِ إِمْكَانِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَرَّفَهُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرُ مَالِهِ)

وجملته أنه إذا عرّف اللقطة حوّلًا ، فلم تُعرّف ، ملكها مُلتقطها ، وصارت من ماله ، كسائر أمواله ، غنيًّا كان المُلتقطُ أو فقيرًا . وروى 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 ، وطاوس ، وعكرمة . وقال مالك ، والحسن بن صالح ، والثوري ، وأصحاب الرأي : يتصدّق بها ، فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر والعزم ؛ لما روى أبو هريرة ، رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ ، أنه سئل عن اللقطة ، فقال : « عرّفها حوّلًا » . وروى : « ثلاثة أحوال ، فإن جاء ربُّها ^(١) ، وإلا تصدّق بها ، فإذا جاء ربُّها ، فرضى بالأجر ، وإلا غرمها ^(٢) . ولأنها مال لمعصوم ، لم يرض بزوال ملكه عنها ، ولا وجد منه سبب يقتضي ذلك ، فلم يزل ملكه عنه ، كغيرها . قالوا : وليس له أن يتملّكها ، إلا أن أبا حنيفة قال : له ذلك إن كان فقيرًا من غير ذوى القربى ؛ لما روى عياض بن حماد المصنف ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لِقْطَةً فَلْيُشْهَدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ ، وَلَا يَكْتُمُ وَلَا يُعْبِئُ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيُرُدِّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رواه النسائي ^(٣) . قالوا : وما يضاف إلى الله تعالى ، إنما يتملّك من يستحق الصدقة . ونقل حنبل ، عن أحمد مثل هذا القول . وأنكره الحلال ، وقال :

(١) في الأصل : « صاحبها » .

(٢) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الرضاع . سنن الدارقطني ١٨٢/٤ . وانظر : مصنف عبد الرزاق

١٣٨/١٠ ، ١٣٩ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٤٥٢/٦ .

(٣) تقدم ترجمته في صفحة ٢٩٧ .

ليس هذا مذهباً لأحمد . ولنا ، قول النبي ﷺ ، في حديث زيد بن خالد^(٤) : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، / فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفِظٍ : « وَالْأَفْهَى كَسْبِيلُ مَالِكَ » . وفي لَفِظٍ : « ثُمَّ كُلُّهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . وفي حديث أبي كَعْبٍ^(٥) : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَاسْتَمْتِعْ بِهَا » . وهو حديثٌ صَحِيحٌ^(٦) . ولأنَّ من مَلَكَ بِالْقَرْضِ^(٧) مَلَكَ بِاللُّقْطَةِ كَالْفَقِيرِ ، ومن جازَ له الْإِتْقَاطُ مَلَكَ به بعدَ التَّعْرِيفِ ، كَالْفَقِيرِ . وَحَدِيثُهُمْ عن أَبِي هُرَيْرَةَ لم يُثْبِتْ ، ولا يُقَلَّ في كِتَابِ يُوثِقُ به . ودَعَوَاهُمْ في حَدِيثِ عِيَاضٍ أَنَّ مَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . لا بُرْهَانَ لها ، ولا دَلِيلَ عَلَيْهَا ، وبُطْلَانِهَا ظَاهِرٌ ؛ فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى خَلْقًا وَمِلْكًا ، قال اللهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَتَوْهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾^(٨) .

فصل : وتَدْخُلُ اللَّقْطَةُ في مِلْكِهِ عِنْدَ تَمَامِ التَّعْرِيفِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ . هذا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لقوله : « وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ » . وكذلك قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ : إذا جاء صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ . واختارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهَا لا تَدْخُلُ في مِلْكِهِ حَتَّى يَخْتَارَ . واخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قال كَقَوْلِنَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قال : يَمْلِكُهَا بِالنِّسْبَةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قال : يَمْلِكُهَا بِقَوْلِهِ : اخْتَرْتُ تَمْلِكُهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قال : لا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِقَوْلِهِ ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا تَمْلِكٌ^(٩) بِعَوْضٍ ؛ فلم يَحْصُلْ إِلَّا بِاخْتِيَارِ الْمُتَمَلِّكِ ، كَالشِّرَاءِ . ولنا ، قولُ النبي ﷺ : « فَإِذَا جَاءَ

(٤) تقدم نخرج حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٥) تقدم نخرج حديثه في صفحة ٢٩٢ .

(٦) انظر لمواضع هذه الألفاظ : إرواء الغليل ٦/٢١ ، ٢٢ .

(٧) في الأصل : « بالقرض » .

(٨) سورة النور ٣٣ .

(٩) في م : « تملك » .

صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى كَسَيْلِ مَالِكٍ » . وقوله : « فَاسْتَنْفَقَهَا » . ولو وَقَفَ مِلْكُهَا عَلَى تَمْلِكِهَا لَبَيَّنَتْهُ لَهُ ، وَلَمْ يُجَوِّزْ لَهُ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ . وَفِي لَفْظٍ : « فَهِيَ لَكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « كُلُّهَا » . وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ كُلُّهَا تُدُلُّ عَلَى مَا قُلْنَا . وَلِأَنَّ الْإِتِّقَاظَ وَالتَّعْرِيفَ سَبَبٌ لِلتَّمْلِكِ^(١٠) ، فَإِذَا تَمَّ وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ حُكْمًا ، كَالْإِحْيَاءِ وَالْإِصْطِيَادِ . وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ يُمْلِكُ بِهِ ، فَلَمْ يَقِفِ الْمِلْكُ بَعْدَهُ عَلَى قَوْلِهِ ، وَلَا اخْتِيَارِهِ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكَلِّفَ لَيْسَ إِلَيْهِ إِلَّا مُبَاشَرَةً الْأَسْبَابِ ، فَإِذَا أَتَى بِهَا ، ثَبَتَ الْحُكْمُ قَهْرًا وَجَبْرًا مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، غَيْرَ مَوْقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُكَلِّفِ . وَأَمَّا الْاِقْتِرَاضُ فَهُوَ السَّبَبُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ بِدُونِهِ .

فصل : فَإِنِ التَّقَطُّهَا اثْنَانِ ، فَعَرَّفَاهَا حَوْلًا ، مَلَكَاهَا جَمِيعًا . وَإِن قُلْنَا بِوُقُوفِ الْمِلْكِ عَلَى الْاِخْتِيَارِ ، فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، مَلَكَ الْمُخْتَارُ نِصْفَهَا دُونَ الْآخَرِ . وَإِن رَأَيْتَاهَا مَعًا ، فَبَادَرَ أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهَا ، أَوْ رَأَاهَا أَحَدُهُمَا ، فَأَعْلَمَ بِهَا صَاحِبَهُ ، فَأَخَذَهَا ، / فَهِيَ لِأَخِذِهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ اللَّقْطَةِ بِالْأَخِذِ لَا بِالرُّؤْيَةِ ، كَالْإِصْطِيَادِ . وَإِن قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ : هَاتِيهَا . فَأَخَذَهَا ، نَظَرَتْ فِي نَيْتِهِ ؛ فَإِن أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فَهِيَ لَهُ دُونَ الْآمِرِ^(١١) ، وَإِن أَخَذَهَا لِلْآمِرِ ، فَهِيَ لَهُ ، كَالْوَكْلَةِ فِي الْإِصْطِيَادِ لَهُ .

فصل : وَتَمْلِكُ اللَّقْطَةُ مِلْكَاً مَرَاعَى ، يُزُولُ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، وَيَضْمَنُ لَهُ بَدَلَهَا إِنْ تَعَدَّرَ رَدُّهَا . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ الْعَوَضِ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، كَمَا يَتَجَدَّدُ زَوَالُ الْمِلْكِ عَنْهَا بِمَجِيئِهِ ، وَكَمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ^(١٢) نِصْفِ الصَّدَاقِ لِلزَّوْجِ ، أَوْ بَدَلِهِ إِنْ تَعَدَّرَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِيهِ بِالطَّلَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِعَوَضٍ يَثْبُتُ فِي

(١٠) فِي م : « التَّمْلِكِ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْآخَرِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ذِمَّتِهِ لِصَاحِبِهَا . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَأَشْبَهَهُ الْقَرِضَ . وَكُنَّا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . فَجَعَلَهَا مِنَ الْمُبَاحَاتِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ لَمْ يُعْزَلْ مِنْ تَرَكَّتِهِ بِدَلِّهَا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الزَّكَاةِ بِسَبَبِ الْغُرْمِ ، وَلَا^(١٣) يُلْزَمُهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ وَجُوبُ الزَّكَاةِ فِي مَالِهِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ ، وَلَا يُثْبِتُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الدَّيْنِ فِي حَقِّهِ ، وَانْتِفَاءُ أَحْكَامِهِ دَلِيلٌ عَلَى انْتِفَائِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَمْنَعُ ذَلِكَ وَجُوبَ الزَّكَاةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهَا بَعْوَضَ لَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهَا بِمَجِيئِ^(١٤) صَاحِبِهَا ، وَلَوْ وَقَفَ مِلْكُهُ لَهَا عَلَى رِضَاةٍ بِالْمُعَاوَضَةِ وَاخْتِيَارِهِ لِأَحَدِهِمَا^(١٥) كَالْقَرِضِ ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهَا الْمُطَالَبَةَ بَعْدَ مَجِيئِهِ ، بِشَرْطِ تَلْفِئِهَا ، فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً لِأَخْذِهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقِّ لَهَا بَدَلًا . وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً تَجَدَّدَ لَهُ مِلْكُ الْمُطَالَبَةِ بِبَدْلِهَا ، كَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُ الْمِلْكُ فِيهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً ، وَكَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُ الْمِلْكُ فِي نِصْفِ الصَّدَاقِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَفِي بَدْلِهِ إِنْ كَانَ مَعْدُومًا . وَهَذَا أَشْبَهَ بِمَسْأَلَتِنَا ، وَبِهِ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ . وَأَمَّا الْقَرِضُ ، فَإِنَّهُ لَمَّا ثَبِتَ بَدْلُهُ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يَعُدِّ الْمِلْكُ لَهُ فِي الْمُقْرِضِ^(١٦) إِلَّا بِرِضَاةِ الْمُقْرِضِ وَاخْتِيَارِهِ .

فصل : وكل ما جاز النقطه ، ملك بالتعريف عند تمامه ، ائمانا كانت أو غيرها . هذا ظاهر^(١٧) كلام الخرقى ، فإن لفظه عام في كل لفظ . وقد نقل ذلك عن أحمد ، فإن محمد بن الحكم ، روى عنه في الصياد يقع في شيصه / الكيس أو النحاس : يعرفه سنة ، فإن جاء صاحبها ، والأفهو كسائر ماله . وهذا نص في النحاس . وقال الشريفي

ظ ١٨٦/٥

(١٣) في الأصل : « ولأنه » .

(١٤) في الأصل : « لمجيء » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل : « القرض » .

(١٧) سقط من : م .

ابن أن موسى: هل حُكْمُ العُرُوضِ فِي التَّعْرِيفِ، وَجَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ، حُكْمُ الأَثْمَانِ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهَا كالأَثْمَانِ، وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ فَرْقًا بَيْنَ الأَثْمَانِ وَالعُرُوضِ فِي ذَلِكَ. وَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا: لَا تُثْمَلُكَ العُرُوضُ بِالتَّعْرِيفِ. قَالَ القَاضِي: نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا، فِي رِوَايَةِ الجَمَاعَةِ. وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَصْنَعُ بِهَا، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ، وَابْنُ عَقِيلٍ: يُعْرَفُهَا أَوَّلًا. وَقَالَ القَاضِي: هُوَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُقِيمَ عَلَى تَعْرِيفِهَا حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهَا، وَبَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى الحَاكِمِ لِيَرَى رَأْيَهُ فِيهَا. وَهَلْ لَهُ بَيِّعُهَا بَعْدَ الحَوْلِ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَقَالَ الحَلَّالُ: كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّهُ يُعْرَفُ سَنَةً، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ، وَالَّذِي ثَقَلَ أَنَّهُ يُعْرَفُ أَوَّلًا قَوْلُ قَدِيمٍ، رَجَعَ عَنْهُ. وَاخْتَجُّوا بِمَارُوى عَنْ ابْنِ عَمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، مِثْلَ قَوْلِهِمْ، وَلأنَّهَا لِقِطْعَةٌ لَا تُثْمَلُكَ فِي الحَرَمِ، فَلَا تُثْمَلُكَ فِي غَيْرِهِ كالأَبْلِ، وَلأنَّ الخَبَرَ وَرَدَ فِي الأَثْمَانِ، وَغَيْرِهَا لَا يُسَاوِيهَا؛ لِعدمِ العَرَضِ المُتَعَلِّقِ بِعَيْنِهَا، فَمِثْلُهَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا. وَلَنَا، عُمُومُ الأَحَادِيثِ فِي اللُّقْطَةِ جَمِيعِهَا؛ فَإِنَّ النَبِيَّ ﷺ سَأَلَ عَنِ اللُّقْطَةِ، فَقَالَ: «عَرَفُهَا سَنَةً» ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ: «فَاتَّعَ بِهَا، أَوْ فَسَأَلْتَ بِهَا». وَفِي حَدِيثِ عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ: «مَنْ وَجَدَ لِقْطَةً». وَهُوَ لَفْظُ عَامٍّ. وَرَوَى الجُوزْجَانِيُّ، وَالأَثَرُ فِي «كِتَابَيْهِمَا»، قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ، ثنا هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ، قَالَ حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: أَتَى رَجُلٌ رَسولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسولَ اللَّهِ، كَيْفَ تَرَى فِي مَتَاعٍ يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ المِثْيَاءِ^(١٨)، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ؟ فَقَالَ: «عَرَفُهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَسَأَلْتَ بِهِ»^(١٩). وَرَوَى أَنَّ سُهَيْبَانَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ، وَجَدَ عَيْبَةً^(٢٠) فَأَتَى بِهَا عَمَرَ بْنَ الحَطَّابِ فَقَالَ: عَرَفُهَا سَنَةً، فَإِنْ عُرِفَتْ، وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ. زَادَ الجُوزْجَانِيُّ: فَلَمْ تُعْرَفْ، فَلَقِيَهُ بِهَا^(٢١) العَامُّ المُقْبِلُ،

(١٨) الميثاء: الأرض السهلة.

(١٩) أخرجه النسائي، في: باب المعدن، من كتاب الزكاة. المحبتي ٣٣/٥. والدارقطني، في: باب في المرأة

تقتل إذا ارتدت، من كتاب الأفضية والأحكام. سنن الدارقطني ٤/٢٣٦.

(٢٠) العيبة: وعاء من خوص ونحوه، أو وعاء من آدم ونحوه يكون فيه المتاع.

(٢١) سقط من: م.

فذكرها له ، فقال عمرُ : هي لك ، إن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك . ورواه النسائي كذلك^(٢٢) . وهذا نصٌّ في غير الأثمان . وروى الجوزجاني^١ ، بإسناده ، عن الحرّ بن الصيَّاح^(٢٣) قال : كنتُ عند ابنِ عمرَ بمَكَّةَ ، إذ جاءه رجلٌ . فقال : إني وجدتُ هذا البردَ ، وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحدٌ ، وهذا يومُ التَّرويةِ ، ويومُ يتفرَّقُ الناسُ . فقال : إن شئتَ قومته قيمةً عدلٍ ، وليسته ، وكنتَ له ضامنًا ، متى جاءك صاحبه دفعتَ إليه ثمنه ، وإن لم يجيء له طالبٌ فهو لك إن شئتَ . ولأنَّ ما جازَ التقاطه مُلكٌ بالتعريف ، كالأثمان ، وما حكوه عن الصحابة إن صحَّ ، فقد حكينا عن عمرَ وأبيه خلافه . وقولهم : إنها لقطعةٌ لا تُملكُ في الحرمِ . ممنوعٌ ، ثم هو منقوضٌ بالأثمان ، ولا يصحُّ قياسها على الإبل ؛ لأنَّ معها جذاءها وسقاءها ، تردُّ الماءَ ، وتأكلُ الشجرَ ، حتى يأتيتها ربُّها ، ولا يوجد ذلك في غيرها ، ولأنَّ الإبلَ لا يجوزُ التقاطها ، فلا تُملكُ به ، وههنا يجوزُ التقاطها ، فتُملكُ به ، كالأثمان . ثم إذا لم تُملكُ في الحرمِ ، لا تُملكُ في الحِلِّ ؛ وذلك لأنَّ الحرمَ مُيزَ بكونِ لقطته لا يلتقطها إلا مُنشِدٌ ، ولهذا لم تُملكُ الأثمانُ بالتقاطها فيه ، فلا يلزمُ أن لا^(٢٤) تُملكُ في موضعٍ لم يوجد المانع فيه . وقولهم : إنَّ النصَّ خاصٌّ في الأثمان . قلنا : بل هو عامٌّ في كلِّ لقطَةٍ ، فيجبُ العملُ بعمومه ، وإن وردَ فيها نصٌّ خاصٌّ ، فقد روى خبيرٌ عامٌّ ، فيعملُ بهما ، ثم قد رويْنَا نصًّا خاصًّا في العُرُوضِ ، فيجبُ العملُ به ، كما وجبُ العملُ بالخاصِّ في الأثمانِ ، ثم

(٢٢) في م : « أيضا » .

ولعل هذا في السنن الكبرى .

كما أخرجه الطحاوي ، في : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجازات . شرح معاني الآثار ٤ / ١٣٧ ،

١٣٨ .

(٢٣) في النسخ : « الصباح » . والتصويب من المشتبه ٤٠٦ .

(٢٤) سقط من : الأصل .

لو اِخْتَصَّ الْخَبْرُ بِالْأَثْمَانِ ، لَوَجَبَ أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهَا ، كَسَائِرِ النَّصُوصِ
الَّتِي عَقِلَ مَعْنَاهَا وَوُجِدَ فِي غَيْرِهَا ، وَهُنَا قَدْ وَجِدَ الْمَعْنَى ، فَيَجِبُ قِيَاسُهُ عَلَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، أَوْ نَقُولُ : إِنْ الْمَعْنَى هُنَا آكَدٌ ، فَيُثَبِّتُ الْحُكْمُ فِيهِ بِطَرِيقِ التَّشْبِيهِ .
وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تَتَلَفُ بِمَضِيِّ الزَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَانْتِظَارِ صَاحِبِهَا بِهَا أَبَدًا ، وَالْعُرُوضُ
تَتَلَفُ بِذَلِكَ ، فَفِي التَّدَايِ عَلَيْهَا دَائِمًا هَلَاكُهَا ، وَضِيَاغُ مَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا ،
وَمُتَقَطُّهَا ، وَسَائِرِ النَّاسِ ، فِي (٢٥) إِبَاحَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا وَمِلْكِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، حِفْظًا
لِمَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا بِدَفْعِ قِيمَتِهَا إِلَيْهِ (٢٦) ، وَتَقَعُ لغيره ، فَيَجِبُ ذَلِكَ لِتَهْيِئَةِ النَّبِيِّ ﷺ
عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَلِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَالْحِفْظِ (٢٧) لِمَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى أُخِيهِ ،
وَلِأَنَّ فِي إِثْبَاتِ الْمِلْكِ فِيهَا حَاقًا عَلَى التَّقَاطُطِ وَحِفْظِهَا وَتَعْرِيفِهَا ، لِكُونِهِ وَسِيلَةً إِلَى الْمِلْكِ
الْمَقْصُودِ لِلْآدَمِيِّ ، وَفِي نَفْيِ مِلْكِهَا تَضْيِيعُهَا ، لِمَا فِي التَّقَاطُطِ مِنَ الْخَطَرِ
وَالْمَشَقَّةِ (٢٨) وَالْكَفَّةِ / مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ يَصِلُ إِلَيْهِ ، فَيُؤَدَّى إِلَى أَنْ لَا يَلْتَقِطَهَا أَحَدٌ لِتَعْرِيفِهَا
فَتَضْيِيعُ . وَمَا ذَكَرُوهُ فِي الْفَرْقِ مُلْعَى بِالشَّاةِ ، فَقَدْ ثَبَتَ الْمِلْكَ فِيهَا مَعَ هَذَا الْفَرْقِ ، ثُمَّ
يُمْكِنُنَا أَنْ نَقِيسَ عَلَى الشَّاةِ ، فَلَا يَحْصُلُ هَذَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
ثُمَّ نَقْلِبُ (٢٩) دَلِيلَهُمْ ، فنَقُولُ : لِقِطَّةٍ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فَمَا أُبِيحَ التَّقَاطُطُ مِنْهَا مُلْكَ
إِذَا كَانَ فِي الْحِلِّ ، كَالْإِبِلِ .

فصل : وظاهرُ كلامِ أحمدَ والخَرَقِيِّ ، أَنَّ لِقِطَّةَ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سِوَاءً . وَرُويَ ذَلِكَ
عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَابْنِ
حَنِيفَةَ . وَرُويَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ لِقِطَّةِ الْحَرَمِ لِلتَّمْلُكِ ، وَإِنَّمَا

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « وَفِي » .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٧) فِي م : « وَالْحِطُّ » .

(٢٨) فِي م : « وَالثَّقَّةُ » .

(٢٩) فِي م : « قَلْبُ » .

يجوزُ لحِفْظِهَا^(٣٠) إِصَاحِجِهَا ، فَإِنَّ التَّقَطُّهَا عَرَفَهَا أَبَدًا حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَهْدِيٍّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَعَنْ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَالْحُجَّةُ لِهَذَا الْقَوْلِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَكَّةَ : « لَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِلْمُنْشِدِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣١) . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٣٢) : الْمُنْشِدُ الْمَعْرُوفُ ، وَالنَّاشِدُ الطَّالِبُ . وَيُنْشَدُ :

إِصَاحَةُ النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ

فِي كَوْنِ مَعْنَاهُ لَا تَحِلُّ لِقَطْعَةِ مَكَّةَ إِلَّا لِمَنْ يُعْرِفُهَا ؛ لِأَنَّهَا خُصِّصَتْ بِهَذَا مِنْ سَائِرِ الْبُلْدَانِ . وَرَوَى يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ ، فِي « مُسْنَدِهِ »^(٣٣) عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عُثْمَانَ التَّيْمِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لِقْعَةِ الْحَاجِّ . قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْنِي يَتْرُكُهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبِهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣٤) أَيْضًا . وَوَجَّهَ الرَّوَايَةَ الْأُولَى عُمُومَ الْأَحَادِيثِ ، وَأَنَّهُ أَحَدُ الْحَرَمَيْنِ ، فَأَشْبَهَ حَرَمَ الْمَدِينَةِ ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فَلَمْ يَخْتَلِفْ حُكْمُهَا بِالْحِلِّ وَالْحَرَمِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا لِلْمُنْشِدِ » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِلَّا لِمَنْ عَرَفَهَا عَامًّا ،

(٣٠) فِي م : « حِفْظُهَا » .

(٣١) أَخْرَجَهُ الْبِخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفَ تَعْرِفُ لِقْعَةَ أَهْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْعَةِ ، وَفِي : بَابِ وَقَالَ اللَّيْثُ حَدَّثَنِي يُونُسُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بَخِيرُ النَّظَرَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَدِيعَاتِ . صَحِيحُ الْبِخَارِيِّ ١٦٤/٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤/٥ ، ٦/٩ ، ١٩٤/٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ مَكَّةَ وَصَيْدِهَا وَخِلَافِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ حَرَمِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٦٥/١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ أَنْ يَنْفِرَ صَيْدَ الْحَرَمِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمُجْتَبَى ١٦٦/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١٠٣٨/٢ . وَالِدَارِمِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ لِقْعَةِ الْحَاجِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوَعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٦٥/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١٨/١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨/٢ . (٣٢) فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ١٣٣/٢ .

(٣٣) يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ السُّلُوْسِيُّ الْبَصْرِيُّ الْحَافِظُ ، صَاحِبُ الْمُسْنَدِ الْمَعْلُولِ ، تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَسِتِّينَ وَمِائَتَيْنِ . الْعَرَبُ ٢٥/٢ .

(٣٤) فِي كِتَابِ اللَّقْعَةِ ، سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩/١ .

كَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي لِقْعَةِ الْحَاجِّ ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٥١/٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٩/٣ .

وَتَحْصِيصُهَا بِذَلِكَ لِتَأْكِيدِهَا ، لَا لِتَحْصِيصِهَا ، كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » (٣٥) . وَضَالَّةُ الدَّمِيِّ مَقْيِسَةٌ (٣٦) عَلَيْهَا .

فصل : إِذَا التَّقَطُّ لِقِطَّةً ، عَازِمًا عَلَى تَمْلِكِهَا بِغَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ فَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا يَجِلُّ لَهُ أَخْذُهَا بِهَذِهِ النِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، سِوَاءَ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِ (٣٧) أَوْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْذَ مَالٍ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهُ ، فَأَشْبَهَ الْغَاصِبَ . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ مَلِكَهَا بِالتَّعْرِيفِ وَالِاتِّقَاطِ ، وَقَدْ وَجِدَ ، فَيَمْلِكُهَا بِهِ ، كَالِاصْطِيَادِ وَالِاخْتِشَاشِ ، فَإِنَّهُ لَوْ دَخَلَ حَائِطًا لغيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَاحْتَشَّ أَوْ اصْطَادَ مِنْهُ صَيْدًا ، / مَلَكَهُ ، وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُ مُحَرَّمًا ، كَذَا هُنَا . وَلِأَنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتَنَاوَلُ هَذَا الْمُتَّقَطَّ ، فَيُثَبِّتُ حُكْمَهُ فِيهِ ، وَلِأَنَّ لَوْ اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَقَتَّ الِاتِّقَاطِ ، لَأَفْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّيْبِيِّ وَالسَّفِيهِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى هَؤُلَاءِ الِاتِّقَاطِ لِلتَّمَلُّكِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ .

٩٤١ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَحَفِظَ وَكَأَهَا وَعِفَاصَهَا ، وَحَفِظَ عَدَدَهَا وَصِفَتَهَا)

الأصلُ في هذا قولُ النبي ﷺ ، في حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ : « اعْرِفْ وَكَأَهَا وَعِفَاصَهَا » (١) . وَقَالَ فِي حَدِيثِ أَبِي بِنِ كَعْبٍ : « اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَأَهَا وَعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرَّفَهَا سَنَةً » (٢) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، أَنَّهُ قَالَ :

(٣٥) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّبِيِّ عَنِ الشَّرْبِ قَائِمًا ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَشْرَبَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٧٤/٨ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ ضَالَّةِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٨٣٦/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الضَّالَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوَعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢٦٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « مَقْيِسٌ » .

(٣٧) فِي م : « بِتَفْرِيطِهِ » .

(١) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٠ .

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٢ .

وَجَدْتُ مِائَةَ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ بِهَا النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . فَعَرَفْتُهَا حَوْلًا فَلَمْ تُعَرَفْ ، فَرَجَعْتُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا ، وَاخْلُطْهَا بِمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » . فَفِي هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، وَفِي غَيْرِهِ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَ التَّقَاطُطِ قَبْلَ تَعْرِيفِهَا^(٣) . وَهُوَ الْأَوَّلَى ؛ لِیَحْصُلَ عِنْدَهُ عِلْمُ ذَلِكَ ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا فَتَعَتَهَا ، غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقَهُ فَيَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ^(٤) حِينَئِذٍ . وَإِنْ أُخِّرَ مَعْرِفَةَ ذَلِكَ إِلَى حِينٍ مَجِيءٍ بِأَعْيَابِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَئِذٍ . وَإِنْ لَمْ يَجِئْ طَالِبُهَا ، فَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا تَنْعِدُمُ بِالتَّصَرُّفِ ، فَلَا يَبْقَى لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَيَكُونُ أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَبِيٍّ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا عِنْدَ خَلْطِهَا بِمَالِهِ أَمْرٌ لِإِجَابِ مُضِيِّقٍ ، وَأَمْرُهُ لِزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ حِينَ الْإِلْتِقَاطِ وَاجِبًا مُوسَعًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ جِنْسَهَا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، وَنَوْعَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثِيَابًا عَرَفَ لُفَاتِهَا وَجِنْسَهَا ، وَيَعْرِفُ قَدْرَهَا بِالْكَيْلِ ، وَبِالْوَزْنِ ، أَوْ بِالْعَدَدِ ، أَوْ الدَّرْعِ ، وَيَعْرِفُ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ، هَلْ هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ أَوْ أَكْثَرُ ، أَنْشُوطَةٌ^(٥) أَوْ غَيْرُهَا ، وَيَعْرِفُ صِمَامَ الْقَارُورَةِ^(٦) الَّذِي يَدْخُلُ رَأْسَهَا ، وَعِفَاصَهَا الَّذِي تَلْبَسُهُ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا حِينَ يَجِدُهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أُجِبُّ أَنْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُشْهَدَ عَلَيْهَا . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مُسْتَحَبُّ غَيْرُ وَاجِبٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا لَمْ يُشْهَدَ عَلَيْهَا ضَمِنَهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لَقِطَةً ، / فَلْيُشْهَدْ ذَا عَدْلٍ ، أَوْ ذَوِي

ظ ١٨٨/٥

(٣) فِي م : « التَّعْرِيفِ » .

(٤) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٥) الْأَنْشُوطَةُ : عَقْدَةٌ يَسْهُلُ اخْتِلَافُهَا .

(٦) (٦ - ٦) فِي م : « الَّتِي تَدْخُلُ » .

عَدْلٍ» (٧) . وهذا أمرٌ يَقْتَضِي التُّجُوبَ ، ولأنه إذا لم يُشْهَدْ كان الظاهرُ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ . ولنا ، حَبِيزُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ، وَأَبِي بِنِ كَعْبٍ ، فَإِنَّهُ أَمَرَهُمَا بِالتَّعْرِيفِ دُونَ الإِشْهَادِ ، وَلَا يَجُوزُ تَأْخِيرُ البَيَانِ عَنِ وَقْتِ الحَاجَةِ ، فَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لَبَيَّنَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، سِيِّمًا وَقَدْ سُئِلَ عَنِ حُكْمِ اللُّقْطَةِ فَلَمْ يَكُنْ لِيُخَلَّ بِذِكْرِ الوَاجِبِ فِيهَا ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الأَمْرِ فِي حَدِيثِ عِيَّاضٍ (٨) عَلَى التَّنْذِيرِ وَالاسْتِحْبَابِ . ولأنه أَخَذَ أَمَانَةً ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى الإِشْهَادِ ، كَالوَدِيعَةِ . وَالمَعْنَى الَّذِي ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَاحِحٍ ، فَإِنَّهُ إِذَا حَفِظَهَا وَعَرَّفَهَا فَلَمْ يَأْخُذْهَا لِنَفْسِهِ ، وَفَائِدَةُ الإِشْهَادِ صِيَانَةُ نَفْسِهِ عَنِ (٩) الطَّمَعِ فِيهَا ، وَكَنَمَتِهَا وَحِفْظُهَا مِنْ وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ ، وَمِنْ غَرَمَاتِهِ إِنْ أَفْلَسَ . وَإِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، لَمْ يَذْكَرْ لِلشُّهُودِ صِفَاتِهَا ، لِئَلَّا يَنْتَشِرَ ذَلِكَ فَيَدْعِيَهَا مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَيَذْكَرُ صِفَاتِهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي التَّعْرِيفِ ، وَلَكِنْ يَذْكَرُ لِلشُّهُودِ مَا يَذْكَرُهُ فِي التَّعْرِيفِ مِنَ الجِنْسِ وَالتَّنَوُّعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَقَدْ سَأَلَهُ : إِذَا أَشْهَدَ (١٠) عَلَيْهَا هَلْ يُبَيِّنُ كَمْ هِيَ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ يَقُولُ : قَدْ أَصَبْتُ لُقْطَةً . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ صِفَاتِهَا ؛ لِيَكُونَ أَثْبَتَ لَهَا ، مَخَافَةَ أَنْ يَنْسَاهَا إِنْ اقْتَصَرَ عَلَى حِفْظِهَا بِقَلْبِهِ ، فَإِنَّ الإِنْسَانَ عَرَضُ النَّسِيَانِ .

٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَوَصَفَهَا لَهُ ، دَفَعَتْ إِلَيْهِ بِأَلْبَانِيَّةِ)

يعنى إذا وصفتها بصفاتها المذكورة ، دفعها إليه ، سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب . وهذا قال مالك ، وأبو عبيد ، وداود ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يجبر على ذلك إلا ببينة ، ويجوز (١) له دفعها إليه إذا غلب على ظنه صدقه . قال أصحاب الرأي : إن شاء دفعها إليه وأخذ كفيلاً بذلك ؛ لأن النبي ﷺ قال :

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٨) تقدم في صفحة ٢٩٧ .

(٩) في الأصل : من .

(١٠) في م : شهد .

(١) في م : ولا يجوز .

« البينة على المدعى »^(٢) . ولأن صفة المدعى لا يستحق بها كالمغضوب . ولنا ، قول النبي ﷺ : « فإن جاءك أحد يخبرك بعديها ووعايتها ووكايتها ، فادفعها إليه »^(٣) . قال ابن المنذر : هذا الثابت عن رسول الله ﷺ ، وبه أقول . ورواه ابن القصار^(٤) : « فإن جاء باغيها ، ووصف عفاصها وعددها ، فادفعها إليه » . وفي حديث زيد الذي ذكرناه : « اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف ، فاستنفقها ، وإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدأها إليه »^(٥) . يعنى إذا ذكر صفاتها ؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ، ولو كانت شرطاً للدفع ، لم يجز الإخلال به ، ولا أمر بالدفع بدونه ، ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعدر ؛ لأنها^(٥) إنما سقطت^(٥) حال الغفلة والسهو ، فتوقيف دفعها عليها^(٦) منع لوصولها إلى صاحبها أبداً ، وهذا يفوت مقصود الالتقاط ، ويفضى إلى تضييع أموال الناس ، وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه ، كالإتفاق على التيمم ، والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً ؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقيناً ، وإتباعاً لنفسه بالتعريف الذى لا يفيد ، والمخاطرة بدينه 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 المدعى » . يعنى إذا كان ثم منكر ؛ لقوله في سياقه : « واليمين على من أنكر » . ولا منكر ههنا ، على أن البينة تختلف ، وقد جعل النبي ﷺ بينة مدعى اللقطة وصفها ، فإذا وصفها فقد

و ١٨٩/٥

(٢) تقدم تخريجه في : ٥٢٥/٦ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٤) لعله يعنى أبا إسحاق إبراهيم بن عبد الله الأصبهاني المعدل القصار ، المتوفى سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة . انظر :

الأنساب ١٠/١٦٣ ، ١٦٤ .

(٥ - ٥) في الأصل : « تسقط » .

(٦ - ٦) في م : « فتوقف دفعها » .

أَقَامَ بَيِّنَتَهُ . وَوَقَّعَ عَلَى الْمَعْصُوبِ غَيْرَ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ التَّرَاعُ ثَمَّ فِي كَوْنِهِ
مَعْصُوبًا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، وَقَوْلُ الْمُتَكْرِ يُعَارِضُ دَعْوَاهُ ، فَاجْتِيحَ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، وَهَهُنَا
قَدْ ثَبَّتَ كَوْنَ هَذَا الْمَالِ لِقَطْعَةٍ ، وَأَنَّ لَهُ صَاحِبًا غَيْرَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا مُدَّعَى لَهُ إِلَّا
الْوَاصِفُ ، وَقَدْ تَرَجَّحَ صِدْقُهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنَّ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، أَقْرَعٌ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَّعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلْفَ أَثْمَانِ لَهَا ،
وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ . وَهَكَذَا إِنْ (٧) أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، أَقْرَعٌ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَّعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلْفَ ،
وَدُفِعَتْ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا (٧) تَسَاوَيَا
فِيمَا يُسْتَحَقُّ بِهِ الدَّفْعُ ، فَتَسَاوَيَا فِيهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا . وَالَّذِي قُلْنَا هُ أَصَحُّ وَأَشْبَهُهُ
بِأَصُولِنَا ، فِيمَا إِذَا تَدَاعَى عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَلِأَنَّهُمَا تَدَاعَى عَيْنًا فِي يَدٍ (٨) غَيْرِهِمَا ،
وَتَسَاوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ ، أَوْ فِي عَدَمِهَا ، فَتَكُونُ لِمَنْ وَقَّعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، كَمَا لَوْ أَدْعَى وَدِيْعَةً فِي يَدٍ
إِنْسَانٍ ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِكُمَا ، لَا أُعْرِفُهُ عَيْنًا . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّ يَدَ
كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ (٩) ، فَتَرَجَّحَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَقَامَ آخِرُ الْبَيِّنَةِ
أَثْمَانَهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْوَصْفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ قَدْ أَخَذَهَا ،
اِثْرَعَتْ مِنْهُ ، وَرُدَّتْ إِلَى صَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّ تَبَيَّنًا أَنَّهَا لَهَا ، فَإِنْ كَانَتْ (١٠) قَدْ
هَلَكَتْ ، فَلِصَاحِبِهَا / تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمُتَلَقِّطُ شَيْءً . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَاحِبِ
مَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَهُوَ (١١) أَمِينٌ غَيْرُ مُفْرَطٍ وَلَا مُقْصِرٍ ، فَلَا يَضْمَنُ
كَالْوَدْفَعِ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَلِأَنَّ الدَّفْعَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَصَارَ الدَّفْعُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ
يَضْمَنْهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا كَرَهًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَفَعَ مَالَ غَيْرِهِ إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ،

١٨٩/٥ ظ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : « نصفها » .

(١٠) في م : « كان » .

(١١) في م : « لأنه » .

فضمته ، كما لو دفع الوديعة إلى غير مالِكها ، إذا غلب على ظنه أنه مالِكها . فأما إن دفعها بحكم حاكم ، لم يملك صاحبها مطالبة الدافع ؛ لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر ، فلم يضمها ، كما لو غصبها غاصب . ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد ؛ لأنَّ العدوان منه والتلف عنده . فإن ضمن الدافع ، رجع على الواصف ؛ لأنه كان سبب تعريمه ، إلا أن يكون الملتقط قد أقر للوصف أنه صاحبها ومالكها ، فإنه لا يرجع عليه ، لأنه اعترف أنه صاحبها ومستحقها ، وأنَّ صاحب البينة ظلمه بتضمينه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه . وإن كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط ، فضمته إياها ، رجع على الواصف بما غرّمه ، وليس لمالكها تضمين الواصف ؛ لأنَّ الذي قبضه إنما هو مال الملتقط ، لا مال صاحب اللقطة ، بخلاف ما إذا سلم العين . فأما إن وصفها إنساناً ، فأخذها ، ثم جاء آخر فوصفها وأدعاها ، لم يستحق شيئاً ؛ لأنَّ الأول استحقها لوصفه إياها ، وعدم المنازع فيها ، وثبتت يده عليها ، ولم يوجد ما يقتضى انتزاعها منه ، فوجب إنقاؤها له ، كسائر ماله .

فصل : ولو جاء مدعٍ للقطعة ، 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^(١٢) بينة ، لزم الواصف غرامتها ؛ لأنه فوّتها على مالِكها بتفريطه ، وله الرجوع على مدعيها ؛ لأنه أخذ مال غيره ، ولصاحبها تضمين أخذها ، فإذا ضمنه لم يرجع على أحد . وإن لم يأت أحد يدعيها فللملتقط مطالبة أخذها بها ؛ لأنه لا يأمن^(١٣) مجيء صاحبها ، فيغرّمه إياها ، ولأنها أمانة في يده ، فملك أخذها من غاصبها ، كالوديعة .

(١٢) في الأصل زيادة : « بها » .

(١٣) في م زيادة : « من » .

٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (أَوْ مِثْلَهَا إِنْ كَانَتْ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ)

وجملة ذلك أن اللقطة في الحَوْل / أمانة في يد الملتقط ، إن تَلَفَتْ بغير تفریطه أو ١٩٠/٥ و
 نَقَصَتْ ، فلا ضَمَانَ عليه ، كالودِيعَةِ . ومتى جاءَ صاحبُها ، فوجَدَهَا أَخَذَهَا بِرِيَادَتِهَا
 الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءٌ مِلْكِهِ . وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمَلْتَقِطُ ، أَوْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ،
 ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَبِقِيَمَتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِثْلٌ . لَا أَعْلَمُ فِي
 هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ ، ثَبَّتَ فِي ذِمَّتِهِ مِثْلُهَا أَوْ قِيَمَتُهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا
 دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَتَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَسَوَاءٌ فَرَطَ فِي حِفْظِهَا أَوْ لَمْ يَفَرُطْ . وَإِنْ وَجَدَ
 الْعَيْنَ نَاقِصَةً ، وَكَانَ نَقَصُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَ الْعَيْنَ وَأَرَشَ نَقَصُهَا ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهَا
 مَضْمُونٌ إِذَا تَلَفَتْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا نَقَصَتْ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ^(١) الَّذِينَ حَكَمُوا
 بِمِلْكِهِ لَهَا بِمُضَى حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، وَأَمَّا مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا . لَمْ يُضْمَنْهُ
 إِيَّاهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا ، وَحُكْمُهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهِ إِيَّاهَا حُكْمُهَا قَبْلَ مُضَى حَوْلِ التَّعْرِيفِ .
 وَمَنْ قَالَ : لَا تَمْلِكُ اللَّقْطَةَ بِحَالٍ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِيَّاهَا . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ،
 وَأَبُو مِجَلَزٍ ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، قَالُوا : لَا يَضْمَنُ ، وَإِنْ
 ضَاعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ دَلِيلُ دُخُولِهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَالَ دَاوُدُ : إِذَا
 تَمَلَّكَ الْعَيْنَ وَأَتَلَفَهَا ، لَمْ يُضْمَنْهَا . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَوْحٌ إِلَى
 مِثْلِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِحَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « فَإِنْ جَاءَ
 رَبُّهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » ^(٢) . فَجَعَلَهُ مُبَاحًا . وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ أَبِي بِنِ
 كَعْبٍ : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » ^(٣) . وَفِي حَدِيثِ زَيْدٍ :
 « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا » ^(٤) . وَرَوَى : « فَهِيَ لَكَ » . وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّ

(١) في م : (العلماء) .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٢ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

بدلها . ولنا ، قول النبي ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلِتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَادْفَعَهَا إِلَيْهِ »^(٥) . وقال الأثرم : قال أحمد : أذهب إلى حديث الضحاک بن عثمان . جوده ، ولم يروه أحد مثل ما رواه : « إن جاء صاحبها بعد سنة ، وقد أنفقها ، ردّها إليه »^(٦) . لأنها عين يلزم ردّها لو كانت باقية ، فيلزمه ضمّها إذا أتلفها ، كما قبل الحول ، ولأنه مال معصوم ، فلم يجز إسقاط حقه منه مطلقاً ، كما لو اضطر إلى مال غيره . وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة ، أخذها بزيادتها ؛ لأنها تتبع في الرد بالعيب والإقالة ، فتبعت ههنا . وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصل ، فهو للملتقط ؛ لأنه نماء ملكه متميز لا يتبع في / الفسوخ ، فكان له ، كنماء المبيع إذا رد بعيب . وذكر أبو الخطاب فيه وجهها آخر ، بناء على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة ، والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه^(٧) له بعد زيادته . والصحيح أن الزيادة للملتقط ؛ لما ذكرناه . وكذلك الصحيح في الموضوعين اللذين ذكرهم^(٨) أن الزيادة للملتقط ؛ لما ملكه . ثم الفرق بينهما أنه في مسألتنا يضمن النقص ، فتكون له الزيادة ، ليكون الخراج بالضمآن ، وثم لا ضمان عليه ، فأمكن أن لا يكون الخراج له . والله أعلم . ومتى اختلفا في القيمة أو المثل ، فالقول قول الملتقط مع يمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته مما حلف عليه .

فصل : وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع أو هبة أو نحوهما ، لم يكن له الرجوع فيها ، وله أخذ بدلها ؛ لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً ؛ لكونها صارت في ملكه . وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ أو شراء أو غير ذلك ، فله أخذها ؛ لأنه وجد عين ماله في يد ملتقطه ، فكان له أخذها ، كالزوج إذا طلق

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٨٦/٦ .

(٧) في م : « وهب » .

(٨) كذا على الجمع .

قَبْلَ الدُّخُولِ فَوَجَدَ الصَّدَاقَ قَدْ رَجَعَ إِلَى الْمَرْأَةِ . وَسَائِرُ أَحْكَامِ الرُّجُوعِ هَهُنَا كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، عَلَى مَا نَذَكُرُهُ فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، ضَمِنَهَا . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ .
وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثْرَمُ ، عَنِ الْقَعْنَبِيِّ ، عَنِ مَالِكٍ ، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنِ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، عَنِ ثَابِتِ بْنِ الضَّحَّاكِ ، عَنِ عُمَرَ ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ وَجَدَ بَعِيرًا : أُرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ^(٩) . وَلِمَا رَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ رَأَى فِي بَقْرِهِ بَقْرَةً قَدْ لَحِقَتْ بِهَا ، فَأَمَرَ بِهَا فَطْرِدَتْ حَتَّى تَوَارَتْ^(١٠) .
وَلَنَا : أَنَّهُ أَمَانَةٌ حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهَا ، فَإِذَا ضَيَعَهَا لَزِمَهُ ضَمَانُهَا . كَالْمَوْضِعِ الْوَدِيعَةِ . وَلَا تَهَا لِمَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهَا ، وَتَرَكُهَا تَضْيِعُهَا . فَأَمَّا حَدِيثُ عُمَرَ ، فَهُوَ فِي الضَّالَّةِ الَّتِي لَا تَحِلُّ . فَأَمَّا مَا لَا يَحِلُّ التَّقَاطُؤُ إِذَا أَخَذَهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَهُ رَدُّهُ إِلَى مَكَانِهِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِهَذِهِ الْأَثَارِ ، وَلَا أَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ تَرْكُهُ فِي مَكَانِهِ ابْتِدَاءً ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ أَخْذِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَبْرَأُ مِنْ ضَمَانِهِ بِرَدِّهِ ، لِأَنَّهُ^(١١) دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ ضَمَانِهِ بِرَدِّهِ إِلَى مَكَانِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَمَا يَجُوزُ التَّقَاطُؤُ ، فَعَلَى هَذَا لَا يَبْرَأُ إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ . وَأَمَّا عُمَرُ فَهُوَ كَانَ الْإِمَامَ ، فَإِذَا أَمَرَ بِرَدِّهِ كَانَ كَأَخْذِهِ مِنْهُ . وَحَدِيثُ جَرِيرٍ لَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا غَلَامُهُ ، إِنَّمَا لَحِقَتْ بِالْبَقْرِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ .

و ١٩١/٥

(٩) أخرجه مالك ، في : باب القضاء من الضوال ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٥٥٩ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالته ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩١ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أخذ اللقطة ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٦/٤٦٦ . وعبد الرزاق ، في : كتاب اللقطة . المصنف ١٠/١٣٣ .

وأخرجه أبو داود بمعناه في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٩ . وانظر تخرجه حديث : « لا يؤوى الضالته إلا ضال » في صفحة ٣٣٨ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٩ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقرة والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣٦٢ .

(١١) في م : « فإنه » .

فصل : وإن ضاعَت اللُّقْطَةُ من مُلتَقِطِهَا بغيرِ تفرِيطٍ ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّها أمانةٌ في يَدِهِ ، فأشَبَّهتِ الودِيعَةَ . فإن التَّقَطُّهَا آخِرُ ، فَعَرَفَ أَنَّهَا ضَاعَتْ من الأَوَّلِ ، فعليه رَدُّهَا إليه ؛ لأنَّه قد ثَبَّتَ له حَقُّ التَّمَوُّلِ وَوِلايَةُ التَّعْرِيفِ والحِيفِ ، فلا يُزُولُ ذلك بالضياع . فإن لم يَعْلَمْ الثاني بالحالِ حتى عَرَفَها حَوَلاً ، مَلَكَها ؛ لأنَّ^(١٢) سَبَبُ المِلْكِ وُجْدَ منه من غيرِ عُدْوَانٍ ، فَيُثْبِتُ المِلْكَ به كالأَوَّلِ ، ولا يَمْلِكُ الأَوَّلُ انْتِزَاعَها ؛ لأنَّ المِلْكَ مُقَدَّمٌ على حَقِّ التَّمَلُّكِ ، وإذا جاءَ صاحِبُها فله أخذُها من الثاني ، وليس له مُطالبةُ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه لم يُفْرَطْ . وإن عَلِمَ الثاني بالأَوَّلِ ، فَرَدَّها إليه ، فأبى أخذُها ، وقال : عَرَفَها أنت . فَعَرَفَها ، مَلَكَها أيضاً ؛ لأنَّ الأَوَّلَ تَرَكَ حَقَّهُ فسَقَطَ . وإن قال : عَرَفَها ، ويكونُ مِلْكُها لي . ففَعَلَ ، فهو مُسْتَنَبَبٌ له في التَّعْرِيفِ ، ويَمْلِكُها الأَوَّلُ ؛ لأنَّه وَكَلَهُ في التَّعْرِيفِ ، فصَحَّ ، كما لو كانت في يَدِ الأَوَّلِ . وإن قال : عَرَفَها ، وتكونُ بَيْنَنَا . ففَعَلَ ، صَحَّ أيضاً ، وكانت بينهما ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّهُ من نِصْفِها ، ووَكَلَهُ في الباقي . وإن قَصَدَ الثاني بالتَّعْرِيفِ تَمَلُّكُها لِنَفْسِهِ دُونَ الأَوَّلِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُها^(١٣) ؛ لأنَّ سَبَبَ المِلْكِ وُجْدَ منه ، فَمَلَكَها ، كما لو أذِنَ له الأَوَّلُ في تَعْرِيفِها لِنَفْسِهِ . والثاني ، لا يَمْلِكُها ؛ لأنَّ وِلايَةَ التَّعْرِيفِ للأَوَّلِ ، أشَبَّهُ ما لو غَصَبَها من المُلتَقِطِ غاصِبٌ فَعَرَفَها . وكذلك الحُكْمُ إذا عَلِمَ الثاني بالأَوَّلِ فَعَرَفَها ، ولم يَعْلَمْه^(١٤) بها . ويُشَبَّهُ هذا المُتَحَجِّرَ في المَوَاتِ إذا سَبَقَهُ غيرُهُ إلى ما حَجَرَهُ ، فأحْيَاهُ بغيرِ إذْنِهِ . فأما إن غَصَبَها غاصِبٌ من المُلتَقِطِ ، فَعَرَفَها ، لم يَمْلِكُها ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه مُعْتَدٍ بأخذِها ولم يوجَدَ منه^(١٥) سَبَبُ تَمَلُّكِها ، فإنَّ الألتِقاطَ من جُمْلَةِ السَّبَبِ ، ولم يوجَدَ منه . ويُفَارِقُ هذا ما إذا التَّقَطُّها ثانياً ، فإنَّه وُجِدَ منه الألتِقاطُ والتَّعْرِيفُ .

(١٢) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٣) في الأصل زيادة : « الثاني » .

(١٤) في الأصل : « يعلم » .

(١٥) سقط من : الأصل .

فصل: وَمِنْ اصْطِطَادِ سَمَكَةٍ ، فَوَجَدَ فِيهَا دُرَّةً ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِأَنَّ الدَّرَّ يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ (١٦) . فَتَكُونُ لِأَخِيذِهَا ، فَإِنْ بَاعَهَا الصَّيَّادُ وَلَمْ يَعْلَمْ ، فَوَجَدَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَطْنِهَا ، فَهِيَ لِلصَّيَّادِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا فِي بَطْنِهَا فَلَمْ يَبِعْهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ، كَمَنْ بَاعَ دَارًا لَهُ مَالٌ مَذْفُونٌ/ فِيهَا . وَإِنْ وَجَدَ فِي بَطْنِهَا عَنَبَةً أَوْ شَيْئًا مِمَّا يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، فَهُوَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْجَوْهَرَةِ . وَإِنْ وَجَدَ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْلَقُ فِي الْبَحْرِ ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لَادِمِيٍّ ، فَيَكُونُ لِقَطْعَةٍ ، كَالْوَجَدِ فِي الْبَحْرِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدَّرَّةِ إِذَا كَانَ فِيهَا أَثَرُ لَادِمِيٍّ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَثْقُوبَةً أَوْ مُتَّصِلَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا ، فَإِنَّهَا تَكُونُ لِقَطْعَةٍ لَا يَمْلِكُهَا الصَّيَّادُ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَقَعْ فِي الْبَحْرِ حَتَّى تَثْبُتَ الْيَدَ عَلَيْهِا ، فَهِيَ كَالدَّيْنَارِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْعَنَبَةِ إِذَا كَانَتْ مَوْصُولَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، أَوْ مَصْنُوعَةً ، كَالثَّفَاحَةِ مَثْقُوبَةً ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُخْلَقُ عَلَيْهِ فِي الْبَحْرِ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ . وَإِنْ وَجَدَهَا الصَّيَّادُ فَعَلَيْهِ تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُلْتَقِطُهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرِي ، فَالتَّعْرِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدُهَا ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْبِدَايَةِ بِالْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ السَّمَكَةُ أَتْلَعَتْ ذَلِكَ بَعْدَ اصْطِطَادِهَا وَمِلْكِ الصَّيَّادِ لَهَا ، فَاسْتَوَى هُوَ وَغَيْرُهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى شَاةً ، وَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا دُرَّةً أَوْ عَنَبَةً أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ يُعْرَفُهَا ، وَيَبْدَأُ بِالْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أَتْلَعَتْهَا مِنْ (١٧) مِلْكِهِ فَيَبْدَأُ بِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي مُشْتَرِي الدَّارِ إِذَا وَجَدَ فِيهَا مَالًا مَذْفُونًا . وَإِنْ اصْطَادَ السَّمَكَةَ مِنْ غَيْرِ الْبَحْرِ ، كَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّاةِ ، فِي أَنْ مَا وَجَدَ فِي بَطْنِهَا مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ لِقَطْعَةٍ ، دُرَّةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ بِحُكْمِ الْعَادَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الدَّرَّةُ لِلصَّيَّادِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ كُلِّ ثَأْكُلٍ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

(١٦) سورة فاطر ١٢ .

(١٧) في م : (١) .

فصل : وإن وَجَدَ عَنبِرَةً عَلَى سَاحِلِ الْبَحْرِ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْبَحْرُ أَلْقَاهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمَلِكِ فِيهَا ، فَكَانَتْ مُبَاحَةً لِأَخِيذِهَا ، كَالصَّيْدِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدٌ ، قَالَ : حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمْرِو الْعَبْدِيِّ ^(١٨) ، قَالَ : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ عَنبِرَةً مِثْلَ الْبَعِيرِ ، فَأَخَذَهَا نَاسٌ بَعْدَنَ . فَكُتِبَ إِلَى عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكُتِبَ إِلَيْنَا ، أَنْ نُحْدُوا مِنْهَا الْخُمْسَ ، وَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ سَائِرَهَا ، وَإِنْ بَاغَوْكُمْوهَا فَاشْتَرُوهَا . فَأَرَدْنَا أَنْ نَرِيهَا فَلَمْ نَجِدْ مِيزَانًا يُخْرِجُهَا ، فَقَطَعْنَاها اثْنَيْنِ ، وَوَزَنَّاها ، فَوَجَدْنَاها سِتْمِائَةَ رَطْلٍ ، فَأَخَذْنَا خُمْسَهَا ، وَدَفَعْنَا سَائِرَهَا إِلَيْهِمْ ، ثُمَّ اشْتَرَيْنَاها بِخُمْسَةِ آلَافِ دِينَارٍ ، وَبَعَثْنَا بِهَا إِلَى عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَلَمْ يَلْبَثْ إِلَّا قَلِيلًا حَتَّى بَاغَهَا بِثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفِ دِينَارٍ .

فصل : وإن صادَ غَزَّالًا ، فَوَجَدَهُ مَحْضُوبًا ، أَوْ فِي عُنُقِهِ حِرْزٌ ، أَوْ فِي أُذُنِهِ قُرْطٌ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يُدَلُّ عَلَى ثُبُوتِ / الْيَدِ عَلَيْهِ ، فَهُوَ لُقْطَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَلْقَى شَبَكَةً فِي الْبَحْرِ ، فَوَقَعَتْ فِيهَا سَمَكَةٌ ، فَجَذَبَتْ الشَّبَكَةَ ، فَمَرَّتْ بِهَا فِي الْبَحْرِ ، فَصَادَهَا رَجُلٌ ، فَإِنَّ السَّمَكَةَ لِلَّذِي حَازَهَا ، وَالشَّبَكَةَ يُعْرِفُهَا وَيَدْفَعُهَا إِلَى صَاحِبِهَا . فَجَعَلَ الشَّبَكَةَ لُقْطَةً ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لِأَدَمِيٍّ ، وَالسَّمَكَةَ لِمَنْ صَادَهَا ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مُبَاحَةً وَلَمْ يَمْلِكْهَا صَاحِبُ الشَّبَكَةِ ، لِكَوْنِ شَبَكَتِهِ لَمْ تُثَبِّتْهَا ، فَبَقِيَتْ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، وَهَكَذَا لَوْ نَصَبَ فِخْأً أَوْ شَرَكًا ، فَوَقَعَ فِيهِ صَيْدٌ مِنْ صِيُودِ الْبَرِّ ، فَأَخَذَهُ وَذَهَبَ بِهِ ، وَصَادَهُ آخَرٌ ، فَهُوَ لِمَنْ صَادَهُ ، وَيُرَدُّ الْآلَةُ إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهِيَ لُقْطَةٌ يُعْرِفُهَا . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ انْتَهَى إِلَى شَرَكٍ فِيهِ حِمَارٌ وَحَشْرٌ ، أَوْ ظَبْيَةٌ ، قَدْ شَارَفَ الْمَوْتَ ، فَخَلَّصَهُ وَذَبَحَهُ : هُوَ لِصَاحِبِ الْأُحْبُولَةِ ، وَمَا كَانَ مِنَ الصَّيْدِ فِي الْأُحْبُولَةِ فَهُوَ لِمَنْ نَصَبَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَازِيًّا أَوْ صَقْرًا أَوْ عُقَابًا . وَسُئِلَ عَنْ بَازِيٍّ أَوْ صَقْرٍ أَوْ كَلْبٍ مُعَلِّمٍ أَوْ فَهْدٍ ، ذَهَبَ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَدَعَاهُ فَلَمْ يُجِبْهُ ، وَمَرَّ فِي الْأَرْضِ حَتَّى أَقَى لِلذَّكَ

و ١٩٢/٥

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « الْعَبْدِيُّ » .

أيام ، فأثى قَرْيَةً ، فسَقَطَ على حَائِطٍ ، فدَعَاهُ رَجُلٌ فَأَجَابَهُ؟ قال : يُرُدُّه على صَاحِبِهِ .
 قيل له : فَإِنْ دَعَاهُ فَلِمَ يُجِبُهُ فَنَصَبَ لَهُ شَرَكًا فَصَادَهُ بِهِ؟ قال : يُرُدُّه على صَاحِبِهِ . فَجَعَلَ
 هَذَا لِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَلَكَه ، فَلَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ بِذَهَابِهِ عَنْهُ ، وَالسَّمَكَةُ فِي الشَّبَكَةِ ،
 لَمْ يَكُنْ مَلَكَهَا وَلَا حَازَهَا ، وَكَذَلِكَ جَعَلَ مَا وَقَعَ فِي الْحُبُولَةِ مِنَ الْبَارِي وَالصَّقْرِ وَالْعُقَابِ
 لِصَاحِبِ الْحُبُولَةِ ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ هَهُنَا لِمَنْ وَقَعَ فِي شَرِكِهِ ؛ لِأَنَّ^(١٩) هَذَا فِيمَا عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ
 كَانَ مَمْلُوكًا لِلْإِنْسَانِ فَذَهَبَ ، وَإِنَّمَا يُعْلَمُ هَذَا بِالْحَبِيرِ ، أَوْ بِوُجُودِ مَا يُدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ
 فِيهِ ، مِثْلَ وُجُودِ السَّيْرِ فِي رِجْلِهِ ، أَوْ آثَارِ التَّعْلِيمِ^(٢٠) ، مِثْلَ اسْتِجَابَتِهِ لِلذِّي يَدْعُوهُ ،
 وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَمَتَى لَمْ يُوجَدْ مَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فَهُوَ لِمَنْ اضْطَّادَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
 عَدَمُ الْمَلِكِ فِيهِ وَإِبَاحَتُهُ .

فصل : وَمِنْ أُخِذَتْ ثِيَابُهُ مِنَ الْحَمَامِ ، وَوَجِدَ بَدَلَهَا ، أَوْ أُخِذَ مَدَاسُهُ ، وَتُرِكَ لَهُ
 بَدَلُهُ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، فِي مَنْ سُرِقَتْ ثِيَابُهُ وَوَجِدَ غَيْرَهَا : لَمْ
 يَأْخُذْهَا ، فَإِنْ أَخَذَهَا عَرَفَهَا سَنَةً ، ثُمَّ تَصَدَّقَ بِهَا . إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ سَارِقَ الثِّيَابِ
 لَمْ تَجْرِبْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لِكَيْهَا مَعَاوِضَةً تَقْتَضِي زَوَالَ مِلْكِهِ عَنْ ثِيَابِهِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا فَقَدْ أَخَذَ
 مَا لَ غَيْرِهِ ، وَلَمْ يَعْرِفْ صَاحِبَهُ ، فَيَعْرِفُهُ كَاللَّقِطَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنظَرَ فِي هَذَا ، فَإِنْ كَانَتْ
 ثَمَّ قَرْيَةٌ تُدُلُّ عَلَى السَّرْقَةِ ، بِأَنْ تَكُونَ ثِيَابُهُ أَوْ مَدَاسُهُ خَيْرًا مِنْ / الْمَتْرُوكَةِ ، وَكَانَتْ
 مِمَّا لَا تُشْتَبِهُ عَلَى الْآخِذِ بِثِيَابِهِ وَمَدَاسِهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ إِثْمًا
 جُعِلَ^(٢١) فِي الْمَالِ الضَّائِعِ عَنْ رَبِّهِ ، لِيَعْلَمَ بِهِ وَيَأْخُذَهُ ، وَتَارِكُ هَذَا عَالِمٌ بِهِ رَاضٍ بِبَدَلِهِ
 عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، وَلَا يَعْتَرِفُ أَنَّهُ لَهُ ، فَلَا يَحْصُلُ فِي تَعْرِيفِهِ فَائِدَةٌ ، فَإِذَا لَيْسَ هُوَ
 بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، وَفِيمَا يَصْنَعُ بِهَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ أَحَدُهَا ،
 أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا . الثَّانِي ، أَنَّهُ يُبَاحُ لَهُ أَخْذُهَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الظَّاهِرِ تَرَكَهَا
 لَهُ بِإِذْنِهَا لَهَا عَوَضًا عَمَّا أَخَذَهُ ، فَصَارَ كَالْمُبِيحِ لَهُ أَخْذُهَا بِلِسَانِهِ ، فَصَارَ كَمَنْ قَهَرَ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٢٠) فِي م : « التَّعْلَمِ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يَجْعَلُ » .

إنساناً على أخذ ثوبه ، ودفع إليه درهمًا . الثالث ، أنه يرفعها إلى الحاكم ، ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس ؛ لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه ، بحصول عوض عنها ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإنم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب ، أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه ، إذا عجز عن ^(٢٢) استيفائه بغير ذلك ، فهنا مع رضاء من عليه الحق بأخذها أولى . وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه ، مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها ، وهي مما ^(٢٣) تشبه بها ، فينبغي أن يعرفها ههنا ؛ لأن صاحبها لم يتركها عمداً ، فهي بمنزلة الضائعة منه . والظاهر أنه إذا علم بها ، أخذها ورد ما كان أخذها ، فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف إذا لم تعرف ، ففيها الأوجه التي ذكرناها ، إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها ، فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه ، لا يزيد عليها ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذها ، فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ، ولا رضى بالمعوضة بها . وإذا قلنا : إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها . فله أن يشتريها بثمن في ذمته ، ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ، ويتصدق بالباقي . والله أعلم .

فصل : قال أحمد ، في من عنده رهون ، قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها :

يبيعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء صاحبها غريمها له . وهذا محمول على من استوفى ديونه التي رهن الرهن بها ، فأما من لم يستوف دينه ، فإن كان قد / إذن له في بيعها ،

و ١٩٣/٥

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في م : « وما » .

باعها ، واستوفى ذئته من ثمنها ، وتصدق بالباقي ، وإن لم يكن أذن له في بيعها ، رفعها إلى الحاكم لبيعها ، ويفضيه^(٢٤) حقه من ثمنها ، ويتصدق بباقيه .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا تنازع صاحب الدار والساكين في دفن في الدار ، فقال كل واحد منهما : أنا دفنته . بين^(٢٥) كل واحد منهما ما الذي دفن ، فكل من أصاب الوصف فهو له ، وذلك لأن ما يوجد في الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين ، فهو لقطعة ، واللقطة تستحق بوصفها ، ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده ، فكان أحق به ، كما لو تنازعه أجنبيان ، فوصفه أحدهما .

فصل : ومن وجد لقطعة في دار الحرب ، فإن كان في الجيش ، فقال أحمد : يعرفها سنة في دار الإسلام ، ثم يطرحها في المقيم^(٢٦) . إنما عرفها في دار الإسلام ؛ لأن أموال أهل الحرب مباحة ، ويجوز أن تكون لمسلم ، ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها . ومعناه - والله أعلم - يتمم التعريف في دار الإسلام ، فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه ؛ لأنه يحتل أن تكون لأحدهم ، فإذا قل أنم التعريف في دار الإسلام . فأما إن كان دخل دارهم بأمان ، فينبغي أن يعرفها في دارهم ؛ لأن أموالهم محرمة عليه ، فإذا لم تعرف ، ملكها كما يملكها في دار الإسلام . وإن كان في الجيش ، طرحها في المقيم بعد التعريف ؛ لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً . وإن دخل إليهم

(٢٤) في م : ويقضه .

(٢٥) في الأصل : بين .

(٢٦) في الأصل : القسم .

مُتَلَصِّصًا ، فَوَجَدَ لِقْطَةً ، عَرَّفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ لَهُ ، ثُمَّ يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ غَنِيمَتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ غَنِيمَةً لَهُ ، لَا تَحْتَاجُ إِلَى تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَأَمْوَالَهُمْ غَنِيمَةٌ .

٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ مَاتَ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا)

وجملة ذلك أن المتلقط إذا مات ، واللقطة موجودة بعينها ، قام وزرته مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ، ويملكها 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 الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك ، فيأخذ ذلك من تركته / إن اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله ؛ لأنها قد دخلت في ملكه بمضى الحول . وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، ولا شيء لصاحبها ؛ لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه ، فلم يضمنها ، كالوديعة ، وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط ، على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها . وقد مضى الكلام في ذلك . فأمّا إن لم يعلم تلفها ، ولم يجدها (في تركته) ، فظاهر كلام الخرقى أن صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده ؛ لأن الأصل بقاؤها . ويحتمل أن لا يلزم المتلقط شيء ، ويسقط حق صاحبها ، لأن الأصل براءة ذمة المتلقط منها . ويحتمل أن تكون قد (١) تلفت بغير تفريطه ، فلا تُشغل ذمته بالشك . ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه ؛ لأنها كانت أمانة عنده ، ولم تعلم جنايته فيها ، والأصل براءة ذمته منها . وإن مات بعد الحول ، فهي في تركته ؛

١٩٣/٥ ط

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ، ودحولها في ملكه ، ووجوب بدلها عليه . فإن قيل : فقد قلتم إن صاحبها لو جاء (بعد بيع^(٣)) الملتقط لها ، أو هبته ، لم يكن له إلا بدلها ، فلم قلتم إنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟ قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث ، وإنما ثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً للموروث ، وملك موروثه فيها كان مراعاةً مشروطاً بعدم مجيء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه ، بخلاف ملك المشتري والمتهب ، فإنهما يملكان ملكاً مستقراً .

٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً ، فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي . ولا تعلم فيه مخالفاً . والأصل في ذلك قول الله عز وجل : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(١) . وروى أبو سعيد ، أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ ، أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يقرؤهم ، فبيناهم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالوا : لم تقرؤنا ، فلا تفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً . فجعلوا لهم قطع شياه ، فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن ، ويجمع بزاقه وينقل ، فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء ، فقالوا : لا تأخذها حتى نسأل عنها رسول الله ﷺ . فسألوا النبي ﷺ ، فقال : « وما أدراك أنها رقية ؟ خذوها ، واضربوا إلى معكم بسنهم » . رواه البخاري^(٢) . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولاً ، كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ، ولا تتعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلى ردهما ، وقد لا يجد من يتبرع به ، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه ، مع جهالة العمل ؛ لأنها غير لازمة ، بخلاف الإجارة ، ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة ، افتقرت إلى تقدير مدة ، والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ، ولأن الجائزة لكل واحد منهما أثرها ، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده ،

١٩٤/٥ و

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ١٣٧ .

بِخِلَافِ اللَّازِمَةِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِذَا قَالَ : مَنْ رَدَّ عَلَى ضَالَّتِي أَوْ عَبْدِي الْآبِقِ ، أَوْ خَاطَ لِي هَذَا الْقَمِيصَ ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا وَكَذَا . صَحَّ ، وَكَانَ عَقْدًا جَائِزًا ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ . لَكِنْ إِنْ رَجَعَ الْجَاعِلُ قَبْلَ التَّلْبَسِ بِالْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ التَّلْبَسِ بِهِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِثْمًا عَمِلَ بِعَوْضٍ ، فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَامِلُ قَبْلَ إِثْمَامِ الْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ ، حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوْضُ ، وَيَصِيرُ كَعَامِلِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا فَسَخَ قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَوْضُ مَعْلُومًا . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَمَلِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا ، بَأَنَّ لَا يَعْلَمُ مَوْضِعَ الضَّالَّةِ وَالْآبِقِ ، وَلَا حَاجَةَ تَدْعُو^(٣) إِلَى جَهَالَةِ الْعَوْضِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْعَمَلِ لَا يَصِيرُ لِأَزْمًا ، فَلَمْ يَجِبْ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، وَالْعَوْضُ يَصِيرُ لِأَزْمًا بِإِثْمَامِ الْعَمَلِ ، فَوَجِبَ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجُوزَ الْجَعَالَةُ مَعَ جَهَالَةِ الْعَوْضِ ، إِذَا كَانَتِ الْجَهَالَةُ لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا . فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ رُعُوسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُجَلًا لِمَنْ يَدُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقِ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعَلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا ، كَجَارِيَةٍ يُعَيِّنُهَا الْعَامِلُ . فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجَهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لَمْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنَ الْبَصْرَةِ ، أَوْ بَنَى لِي / هَذَا الْحَائِطَ ، أَوْ خَاطَ قَمِيصِي هَذَا ، فَلَهُ كَذَا . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ فَمَعَ الْعِلْمُ أَوْلَى . وَإِنْ عَلَّقَهُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَقَالَ : مَنْ رَدَّ لِي^(٤) عَبْدِي مِنَ الْعِرَاقِ فِي^(٥) شَهْرٍ ، فَلَهُ دِينَارٌ . أَوْ مِنْ خَاطِ قَمِيصِي هَذَا فِي الْيَوْمِ ، فَلَهُ دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جَارَتْ مَجْهُولَةً ، فَمَعَ

ظ ١٩٤/٥

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : إلى .

التقدير أولى . فإن قيل : الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة ، فكيف أجزئتموه في الجعالة ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجوه ؛ أحدها ، أن الجعالة يحتمل فيها العَرَر ، وتجزؤ مع^(٦) جهالة العمل والمدة ، بخلاف الإجارة . الثاني ، أن الجعالة عقد جائز ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع العَرَرِ ضررٌ ، بخلاف الإجارة ، فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع العَرَرِ ، لزمه ذلك . الثالث ، أن الإجارة إذا قدرت بمدة ، لزمه العمل في جميعها ، ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل ، فرُبما عمله قبل المدة ، فإن قلنا : يلزمه العمل في بقية المدة . فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه . وإن قلنا : لا يلزمه . فقد خلا بعض المدة من العمل ، وإن انقضت المدة قبل عمله ، فالزمناء إتمام العمل ، فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وإن قلنا : لا يلزمه العمل . فما أتى بالمعقود عليه^(٧) من العمل^(٨) ، بخلاف مسألتنا ، فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ، إن أتى به فيها استحق الجعل ، ولا^(٩) يلزمه شيء آخر ، وإن لم يَفِ به فيها ، فلا شيء له . إذا ثبت هذا ، فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك ، لأنه عوض يستحق بعمل ، فلا يستحقه من لم يعمل ، كالأجر في الإجارة .

فصل : ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحد بعينه ، فيقول له : إن رددت عبدي فلك دينار . فلا يستحق الجعل من يرده^(١٠) سواه . ويجوز أن يجعله لغير معين ، فيقول : من ردد عبدي فله دينار . فمن رده استحق الجعل . ويجوز أن يجعل الواحد في رده شيئاً معلوماً ، ولاخر أكثر منه أو أقل . ويجوز أن يجعل للمعين^(١١) عوضاً ، ولسائر الناس عوضاً آخر ؛ لأنه يجوز أن يكون الأجر في الإجارة مختلفاً مع

(٦) سقط من : م .

(٧ - ٨) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : ، ولم .

(٩) في الأصل : ، رده .

(١٠) في م : للمعين .

التساوي في العمل، فهنا أولى. فإن قال من قال: من ردّ لقطتي فله دينار. فردّها ثلاثة، فلهم الدينار بينهم أثلاثاً؛ لأنهم اشتروا في العمل الذي يستحقّ به العوض، فاشتركوا في العوض، كالأجر في الإجازة. فإن قيل: أليس لو قال: من دخل هذا النقب فله دينار. / فدخله جماعة، استحقّ كل واحد منهم ديناراً كاملاً، فلم لا يكون ههنا كذلك؟ قلنا: لأن كل واحد من الداخلين دخل دُخولاً كاملاً، كدخول المنفرد، فاستحقّ العوض كاملاً، وههنا لم يرده واحد منهم كاملاً، إنما اشتركوا فيه، فاشتركوا في عوضه. فنظير مسألة الدخول ما لو قال: من ردّ عبداً من عبدي فله دينار. فردّ كل واحد منهم عبداً. ونظير مسألة الردّ ما لو قال: من نقب السور فله دينار. فنقب ثلاثة نقباً واحداً^(١١). فإن جعل لواحد في ردّها ديناراً، والآخري دينارين، ولثالث ثلاثة، فردّه الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له؛ لأنه عمل ثلث العمل، فاستحقّ ثلث المسمى. فإن جعل لواحد ديناراً، والآخريين^(١٢) عوضاً مجهولاً، فردّوه^(١٣) معاً، فلصاحب الدينار ثلاثة، والآخريين أجر عملهما. وإن جعل لواحد شيئاً في ردّها، فردّها هو وآخران معه، وقال: ردّدنا معاونة له. استحقّ جميع الجعل، ولا شيء لهما، وإن قال: ردّدناه لتأخذ العوض لأنفسينا. فلا شيء لهما، وله ثلث الجعل؛ لأنه عمل ثلث العمل، فاستحقّ ثلث الجعل، ولم يستحقّ الآخران شيئاً؛ لأنهما عملاً من غير جعل. وهذا كله مذهب الشافعي. ولا أعلم فيه خلافاً^(١٤).

فصل: وإن قال: من ردّ عبدي من بلد كذا فله دينار. فردّه إنساناً من نصف طريق ذلك البلد، استحقّ نصف الجعل؛ لأنه عمل نصف العمل. وكذلك لو قال:

(١١) سقط من: الأصل.

(١٢) في م: « والآخريين ».

(١٣) في م: « فردّه ».

(١٤) في الأصل: « مخالفاً ».

مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدُّ أَحَدُهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ .
 وَإِنْ رَدَّ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمُسَمَّى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ فِي رَدِّهِ مِنْهُ شَيْئًا ، فَأَشْبَهَ
 مَا لَوْ جَعَلَ فِي رَدِّ أَحَدِ عَبْدَيْهِ شَيْئًا فَرَدُّ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ
 إِنْسَانٌ إِلَى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْجُعْلَ بِرَدِّهِ ،
 وَلَمْ يَرُدَّهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ . كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ^(١٥) لِحِيَاظَةِ ثَوْبٍ ، فَحَاطَهُ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهُ
 حَتَّى تَلَفَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ أُجْرَةً . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ كَانَ الْجَاعِلُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لُقْطِي فَلَهُ
 دِينَارٌ . فَقَدْ وَجَدَ الْوِجْدَانَ ؟ قُلْنَا : قَرِينَةُ الْحَالِ تَدُلُّ عَلَى اشْتِرَاطِ الرَّدِّ ،^(١٦) إِذِ
 الْمَقْصُودُ الرَّدُّ^(١٦) الْوِجْدَانَ الْمُجَرَّدُ ، وَإِنَّمَا اِكْتَفَى بِذِكْرِ الْوِجْدَانِ لِأَنَّهُ سَبَبُ
 الرَّدِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لُقْطِي فَرُدَّهَا عَلَيَّ .

فصل : والجعالة تُساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض ، وما كان عوضاً في
 الإجارة / جاز أن يكون عوضاً في الجعالة ، وما لا فلا ، وفي أن ما جاز أخذ العوض
 عليه في الإجارة من الأعمال ، جاز أخذه عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ الأجرة
 عليه في الإجارة ، مثل الغناء والرّمز وسائر المحرمات ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ،
 وما يختص فاعله أن يكون من أهل القرية ، ممّا لا يتعدى نفعه^(١٧) فاعله ، كالصلاة
 والصيام ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، فإن كان ممّا يتعدى نفعه ، كالأذان والإقامة
 والحجّ ، ففيه وجهان ، كالروايتين في الإجارة . ويفارق الإجارة في أنه عقد جائز ،
 وهي لازمة ، وأنه لا يُعتبر العلم بالمدّة ، ولا بمقدار العمل ، ولا يُعتبر وقوع العقد
 مع واحدٍ معيّن . فعلى هذا متى شرط عوضاً مجهولاً ، كقوله : إن رددت عبدي فللك
 ثوب ، أو فللك سلبه . أو شرط عوضاً محرّماً ، كالخمر والحُرّ ، أو غير مقدور عليه ،

(١٥) في م : « استأجر » .

(١٦ - ١٦) في م : « والمقصود هو الرد » .

(١٧) في الأصل : « نفع » .

كقوله : من ردَّ عبدي فله ثلثه ، أو من ردَّ عبدي فله أحدهما . فردّه إنسان استحقَّ أجر المثل ؛ لأنه عمِلَ عملاً يعوضُ لم يُسلم له ، فاستحقَّ (١٨) أجر المثل (١٨) ، كما في الإجارة .

فصل : ومن ردَّ لقطّة أو ضالّة ، أو عمِلَ لغيره عملاً غير ردِّ الآبق ، (١٩) بغير جعل (١٩) ، لم يستحقَّ عوضاً . لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه عمِلَ يستحقُّ به العوض مع المعاوضة ، فلا يستحقُّ مع عدمها ، كالعمل في الإجارة . فإن اختلفا في الجعل ، فقال : جعلت لي في ردِّ لقطتي كذا . فأنكر المالك ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل معه . وإن اتفقا على العوض ، واختلفا في قدره ، فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم الرائد المختلف فيه ، ولأن القول قوله في أصل العوض ، فكذلك في قدره ، كرب المال في المضاربة . ويحتمل أن يتحالفوا ، كالمُتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر (٢٠) الأجر . فعلى هذا إن تحالفا فبيخ العقد ، ووجب أجر المثل . وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة ، فقال : جعلت لك الجعل على ردّها من حلب . فقال : بل على (٢١) ردّها من حمص . وإن اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في ردّه ، فقال : ردّدت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه . قال : بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم تردّه . فالقول قول المالك ؛ لأنه أعلم بشرطه ، ولأنه ادعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره ، والأصل عدم الشرط .

فصل : (٢٢) فأما ردُّ العبد الآبق ، فإنه يستحقُّ الجعل برده وإن لم يشترط له . روى هذا عن عمر / ، وعلى ، وابن مسعود . وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأصحاب الرأي . وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يُوجب ذلك . قال ابن

١٩٦/٥ ر

(١٨ - ١٨) في م : و أجره .

(١٩ - ١٩) في الأصل : و يجعل .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢١) في م : و رده .

(٢٢ - ٢٢) في م : و أما .

متصوّر: سئل أحمد عن جعل الآبي؟ فقال: لا أدري، قد تكلم الناس فيه. لم يكن
عنده فيه حديث صحيح. فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه، وهو ظاهر قول الخرقى فإنه
قال: « وإذا أتى العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أتفق عليه ». ولم يذكر جعلًا. وهذا
قول النخعي، والشافعي، وابن المنذر؛ لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشترط له
عوضاً، فلم يستحق شيئاً، كالوردّ جملة الشارد. ووجه الرواية الأولى، ما روى
عمرو بن دينار، وابن أبي مليكة، أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبي، إذا جاء به خارجاً
من الحرم، ديناراً^(٢٣). وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم في
زمنهم مخالفاً، فكان إجماعاً. ولأن في شرط الجعل في ردّهم حتّى على ردّ الأباقي،
وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب، وردّتهم عن دينهم، وتقوية أهل الحرب
بهم، فيتبيح أن يكون مشروعاً لهذه المصلحة. وبهذا فارق ردّ الشارد، فإنه لا يفضي
إلى ذلك. والرواية الأخرى أقرب إلى الصحة^(٢٤)؛ لأن الأصل عدم الوجوب،
والخبر المرّوي في هذا مرسل، وفيه مقال، ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس، فإنه
لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه، ولا تحققت أيضاً، فإنه ليس
الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها، إذا كانت قريية، وهذا بعيد فيهم.
فأما على الرواية الأولى، فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل، فروى عن أحمد أنه عشرة
دراهم، أو دينار، إن رده من المصّر، وإن رده من خارج، ففيه روايتان؛ إحداهما،
يلزمه دينار، أو اثني عشر درهماً، للخبر المرّوي فيه، ولأن ذلك يروى عن عمر
وعلى^(٢٥)، رضي الله عنهما. والثانية، له أربعون درهماً إن رده من خارج
المصّر. اختارها الحلال، وهو قول ابن مسعود، وشريح، فروى أبو عمرو^(٢٦)

(٢٣) أخرجه ابن أبي شيبة، في كتاب البيوع والأفضية. المصنف ٥٤٠/٦، ٥٤٢، ٥٤٣.

(٢٤) في م: المصلحة.

(٢٥) سقط من: م.

(٢٦) في النسخ: أبو عمر. وهو إسحاق بن مرار اللغوي الكوفي المتوفى سنة عشر ومائتين. المعبر ٣٥٨/١.

الشَّيْبَانِي قَالَ : قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ : إِنِّي أَصَبْتُ عَيْدًا أَبَاكَ (٢٧) . فَقَالَ : لَكَ أَجْرٌ وَعَنْيَمَةٌ . فَقُلْتُ : هَذَا الْأَجْرُ ، فَمَا الْعَنْيَمَةُ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ رَأْسِ أَرْبَعِينَ ذِرْهَمًا (٢٨) . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ (٢٩) : أُعْطِيْتُ الْجُعْلَ فِي زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أَرْبَعِينَ ذِرْهَمًا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُسْتَفِيضٌ فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ . قَالَ الْخَلَّالُ : / حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَصَحُّ إِسْنَادًا . وَرَوَى عَنْ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا وَجَدَهُ عَلَى مَسِيرَةِ ثَلَاثِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ دَنَانِيرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَدَّهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فَلَهُ أَرْبَعُونَ ذِرْهَمًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دُونَ ذَلِكَ ، يُرَضَّخُ لَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَكَانِ الَّذِي تَعْنَى (٣٠) إِلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَ إِمَامِنَا بَيْنَ أَنْ يَزِيدَ الْجُعْلُ عَلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ أَوْ لَا يَزِيدَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَلِيلَ الْقِيمَةِ نَقَصَ الْجُعْلَ عَنْ (٣١) قِيمَتِهِ ذِرْهَمًا ، لِئَلَّا يَقُوتَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ، وَلِأَنَّهُ جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فِي رَدِّ الْأَبِقِ ، فَاسْتَحَقَّهُ وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيمَتِهِ ، كَمَا لَوْ جَعَلَهُ لَهُ صَاحِبُهُ ، وَيَسْتَحَقُّهُ إِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ (٣٢) فِي تَرْكِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : إِنْ كَانَ الَّذِي رَدَّهُ مِنْ وَرَثَةِ الْمَوْلَى ، سَقَطَ الْجُعْلُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عِيُوضٌ عَنْ عَمَلِهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَكَأَنَّ كَانَ مِنْ غَيْرِ وَرَثَةِ الْمَوْلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ مَنْ رَدَّهُ مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْأَبِقِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ، وَالْأَبِقَ . وَلَنَا الْحَبْرُ ، وَالْأَثَرُ الْمَذْكُورُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ ، وَلِأَنَّهُ رَدَّ أَبِقًا ، فَاسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ، كَالْمَعْرُوفِ بِرَدِّهِمْ .

(٢٧) في م : « أبق » .

(٢٨) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الجعل في الأبق ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٢٩) لعله يعني السبيعي عمرو بن عبد الله . انظر ترجمته في التهذيب ٦٣/٨ .

(٣٠) في الأصل : « يعني » ، وفي م : « لمعنى » .

(٣١) في م : « من » .

(٣٢) سقط من م .

فصل : ويجوز أخذ الأبي لمن وجده . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب ، وارتداده ، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد ، بخلاف الضوأل التي تحفظ نفسها . فإذا أخذته فهو أمانة في يده ، إن تلف بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، وإن وجد صاحبه ، دفعه (٣٣) إليه إذا أقام به البيّنة ، أو اعترف العبد أنه سيّده . وإن لم يجد سيّده ، دفعه إلى الإمام أو نائبه ، فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه ، ونحو ذلك قال مالك ، وأصحاب الرأي ، ولا تعلم لهم (٣٤) مخالفاً . وليس لمُتلقِطه بيعه ولا تملكه بعد تعريفه ؛ لأن العبد ينحفظ بنفسه ، فهو كضوأل الإبل . فإن باعه ، فالتبّع فاسد ، في قول عامة أهل العلم ، منهم ؛ أبو حنيفة ، والشافعي . وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه ، فجاء سيّده فاعترف أنه كان أعتقه ، قبل منه ؛ لأنه لا يجزئ إلى نفسه بهذا انقفاً ، ولا يدفع عنها ضرراً . ويحتمل أن لا يقبل ؛ لأنه ملك لغيره ، فلا يقبل إقراره في ملك غيره ، كالمو باعه السيّد ثم أقرّ / بيعته . فعلى هذا ليس لسيّده أخذ ثمنه ؛ لأنه يُقرّ أنه حرٌّ . ولا يستحق ثمنه ، ولكن يؤخذ إلى بيت المال ؛ لأنه مُستحق (٣٥) له ، فهو كتركة من مات ولا وارث له . فإن عاد السيّد فأنكر العتق ، وطلب المال ، دفع إليه ؛ لأنه لا متازع له فيه .

١٩٧/٥ و

فصل : وإذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ، فأقام سيّده بيّنة عند حاكم بلد آخر أن فلاناً الذي صرفته كذا وكذا ، واستقصى صفاته ، عبد فلان بن فلان (٣٦) أبق منه ، فقبل الحاكم بيّنته ، وكتب الحاكم (٣٧) إلى الحاكم الذي عنده العبد : ثبت عندي إباق فلان الذي صرفته كذا وكذا . قبل كتابه ، وسلم إليه العبد . وهذا قول

(٣٣) في م : (دفع) .

(٣٤) في م : (فيه) .

(٣٥) في الأصل : (لا يستحق) .

(٣٦) في م زيادة : (فلا) .

(٣٧) سقط من : الأصل .

أبي يوسف ، وأحد قَوْلَي الشافعي ، إلا أن أبا يوسف قال : يأخذ به كفيلاً ؛ لأن البيّنة أثبتته بصرفاته ، كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجب تسليمه ؛ لأنهم لا يشهدون على عينه ، وإنما يشهدون بالصفات ، وقد تتفق الصفات مع اختلاف الأعيان ، ويفارق المسلم فيه ، فإن الواجب أقل ما يوجد منه (٣٨) 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 ههنا ، إذا ثبت وجوب تسليمه ، فإن الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأسه ، ويدفعه إلى المدعى أو وكيله ، ليحمله إلى الحاكم الكاتب ، ليشهد الشهود على عينه ، فإن شهدوا بعينه ، سلم إلى مدعيه ، وإن لم يشهدوا وجب (٣٩) رده إلى الحاكم الأول ، ويكون في ضمان الذي أخذه ؛ لأنه أخذه بغير استحقاق .

٩٤٦ - مسألة ؛ قال : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فردّها لعلّة الجعل ، لم يجز له أخذها)

إنما كان كذلك ؛ لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل ، فقد التقطها بغير عوض ، وعمل في مال غيره بغير جعل جعل ، فلا يستحق شيئاً ، كالموالتقطها ولم يجعل ربه فيها شيئاً . وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل ؛ فإنه إنما بذل منافعته بعوض جعل له ، فاستحقه ، كالأجير إذا عمل بعد العقد . وسواء كان التقاطها لها بعد الجعل أو قبله ؛ لما ذكرنا . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ / لأن الرد واجب عليه من غير عوض ، فلم يجز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر الواجبات . وإنما يأخذ الملتقط ، في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح . إذا ثبت هذا ، فإن ملتقطها قبل

ظ ١٩٧/٥

(٣٨) في الأصل : فيه .

(٣٩) في م : أو جب .

أَنْ يَنْلِقَهُ الْجُعْلُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، سِوَاءَ رَدِّهَا لِإِعْلَةِ الْجُعْلِ أَوْ لِغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَحِقَّهُ
 مَعَ قَصْدِهِ إِيَّاهُ ، وَعَمَلِهِ مِنْ أَجْلِهِ ، فَلَأَنْ لَا يَسْتَحِقَّهُ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ أَوْلَى . وَإِنَّمَا ذَكَرَ
 الْحَرَقِيُّ رَدِّهَا لِإِعْلَةِ الْجُعْلِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، لِئِنَّهُ بِهِ عَلَى عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ فِيمَا إِذَا رَدَّهَا لِغَيْرِ
 عِلَّتِهِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِنَّمَا تَدْعُو إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُكْمِ فِي مَنْ يُرِيدُ الْجُعْلَ ، أَمَّا مَنْ تَرَكَهُ وَلَا
 يُرِيدُهُ ، فَلَا يَقَعُ التَّنَازُعُ فِيهِ غَالِبًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٤٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْيَدَى وَجَدَ اللَّقْطَةَ سَفِيهَا أَوْ طِفْلًا ، قَامَ وَرِثُهُ
 بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِنْ تَمَّتِ السَّنَةُ ، ضَمَّهَا إِلَى مَالِ وَاجِدِهَا)

وجملة ذلك أن الصبي والمجنون والسفيه ، إذا التقط أحدهم لقطة ، ثبتت يده
 عليها ؛ للعموم الأخبار ، ولأن هذا كسب ، فصح منه ، كالاصطياد والاختطاب .
 وإن تلفت في يده بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه أخذ ماله أخذه . وإن تلفت
 بتفريطه ، ضمنها في ماله . وإذا علم بها وليه ، لزمه أخذها ؛ لأنه ليس من أهل الحفظ
 والأمانة ، فإن تركها في يده ضمنها ؛ لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي ، وهذا
 يتعلق به حقه ، فإذا تركها في يده كان مضيعا لها ، وإذا أخذها الولي ، عرفها ؛ لأن
 واجدها ليس من أهل التعريف ، فإذا انقضت مدة التعريف ، دخلت في ملك
 واجدها ؛ لأن سبب الملك تم شرطه ، فيثبت الملك له ، كالمواضع صيدا . وهذا
 مذهب الشافعي ، إلا أن أصحابه قالوا : إذا انقضت مدة التعريف ، فكان الصبي
 والمجنون بحيث يستقرض لهما ، يتملكه لهما ، والأفلا . وقال بعضهم : يتملكه لهما
 بكل حال ؛ لأن الظاهر عدم ظهور^(١) صاحبه ، فيكون تملكه مصلحة^(٢) له . ولنا ،
 عموم الأخبار ، ولو جرى هذا مجرى الاقتراض^(٣) لما صح التقاط صبي لا يجوز
 الاقتراض له ؛ لأنه يكون تبرعا بحفظ مال غيره من غير فائدة .

(١) في الأصل : رجوع .

(٢) في الأصل : مصلحة .

(٣) في الأصل : الإقراض .

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن موسى ^(٤) ، في غلام له عشر سنين ، التَّقَطُّ لُقْطَةً ، ثم كَبِرَ : فإنَّ وَجَدَ صَاحِبَهَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا . قد مَضَى ^(٥) أَجَلَ التَّعْرِيفِ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ السِّنِّينَ ، ولم يُرَدُّ عَلَيْهِ اسْتِقْبَالَ أَجْلِ التَّعْرِيفِ . قال : وقد كُنْتُ سَمِعْتُهُ قَبْلَ هَذَا أَوْ بَعْدَهُ / يَقُولُ فِي انْقِضَاءِ أَجْلِ التَّعْرِيفِ إِذَا لم يَجِدْ صَاحِبَهَا ^(٦) : أَيَتَصَدَّقُ بِمَالِ الْغَيْرِ ! وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ مَضَى نَحْوُهَا فِيمَا إِذَا لم يُعْرِفِ الْمُتَّقِطُ اللَّقْطَةَ فِي حَوْلِهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَفَهَا فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ بَعْدَهُ لَا يُفِيدُ ظَاهِرًا ، لِكَوْنِ صَاحِبِهَا يَخْسَ مِنْهَا ، وَتَرَكَ طَلَبَهَا . وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ التَّعْرِيفَ لِعُذْرٍ ، كَانَ كَثْرَ كِهَ لَغَيْرِ عُذْرٍ ؛ لِكَوْنِ الصَّبِيِّ مِنْ أَهْلِ الْعُذْرِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي هَذَا رَجْهَيْنِ فِيمَا تَقَدَّمَ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي غُلَامٍ لم يَبْلُغْ ، أَصَابَ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، فَذَهَبَ بِهَا إِلَى مَنزِلِهِ ، فَبَضَاعَتْ ، فَلَمَّا بَلَغَ أَرَادَ رَدَّهَا ، فَلَمْ يُعْرِفْ صَاحِبَهَا : تَصَدَّقَ بِهَا ، وَإِنْ لم يَجِدْ عَشْرَةَ ، وَكَانَ يُجْحِفُ بِهِ ، تَصَدَّقَ قَلِيلًا قَلِيلًا . قال القاضي : معنى هذا أَنَّهَا تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ أَنَّهُ لم يُعْلَمَ وَلِيُّهُ حَتَّى يَقُومَ بِتَعْرِيفِهَا .

فصل : وَإِذَا وَجَدَ الْعَبْدُ لُقْطَةً ، فَلَهُ أَخْذُهَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَيَصِحُّ التَّقَاطُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ فِي الْآخِرِ ^(٧) : لَا يَصِحُّ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّ اللَّقْطَةَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ^(٨) أَمَانَةٌ وَوَلَايَةٌ ، وَفِي ^(٩) الثَّانِي تَمْلُكٌ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَاتِ وَلَا الْمِلْكِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْحَبْرِ ، وَلِأَنَّ الْإِتْقَانَ سَبَبٌ يَمْلِكُ بِهِ الصَّبِيُّ وَيَصِحُّ مِنْهُ ، فَصَحَّ مِنَ الْعَبْدِ ، كَالِاخْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ ، وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ قَبُولُ

(٤) أى العباس بن محمد بن موسى . وتقدمت ترجمته .

(٥) فى م : أمضى .

(٦) فى الأصل : صاحبه .

(٧) فى م : الآخذ ، تحريف .

(٨ - ٩) فى م : أمانة ولاية فى .

الْوَدِيْعَةِ ، صَحَّ مِنْهُ الْاَلْتِقَاطُ ، كَالْحُرِّ . وَقَوْلُهُمْ : اِنْ الْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ اَهْلِ الْوَالِيَاَتِ
وَالْاَمَانَاتِ . يَطَّلُ بِالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَاِنَّهُمَا اُذْنِي حَالًا مِنْهُ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : اِنْ
الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ . مَمْنُوْعٌ ، وَاِنْ سَلَّمْنَا ، فَاِنَّهُ يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا يَحْصُلُ ^(٩) بِسَائِرِ
الْاِكْتِسَابِ ^(١٠) ، وَاَنَّ الْاَلْتِقَاطَ تَخْلِيصُ مَالٍ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَجَاَزَ مِنَ الْعَبْدِ بَغَيْرِ اِذْنِ
سَيِّدِهِ ، كَاِنْ قَاذِ الْمَالِ الْعَرِيْقِ وَالْمَعْصُوْبِ . اِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَاِنْ التَّقَطَ الْعَبْدُ لِقَطْعَةٍ كَانَتْ
اَمَانَةً فِي يَدِهِ ، اِنْ ثَلَّفَتْ بَغَيْرِ تَفْرِيطٍ فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَاِنْ ثَلَّفَتْ
بِتَفْرِيطٍ ^(١١) اَوْ اِثْلَافٍ ، وَجَبَ ضَمَانُهَا فِي رَقَبَتِهِ ، كَسَائِرِ جِنَايَاتِهِ . وَاِنْ عَرَّفَهَا ، صَحَّ
تَعْرِيفُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيْحًا ، فَصَحَّ تَعْرِيفُهُ ، كَالْحُرِّ ، فَاِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ،
مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّ الْاَلْتِقَاطَ كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَكَسَبُهُ لِسَيِّدِهِ . وَاِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِلِقَاعِ
عَبْدِهِ ، كَانَهُ لَمْ اَنْتَزَعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَيِّدِ اَنْتِزَاعُ كَسَبِهِ مِنْ يَدِهِ ،
فَاِذَا اَنْتَزَعَهَا بَعْدَ اَنْ عَرَّفَهَا الْعَبْدُ مَلَكَهَا ، وَاِنْ كَانَ لَمْ يُعَرَّفَهَا ، عَرَّفَهَا سَيِّدُهُ حَوْلًا كَامِلًا ،
وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ عَرَّفَهَا بَعْضَ الْحَوْلِ / ، عَرَّفَهَا السَّيِّدُ تَمَامَهُ . فَاِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ اِقْرَارَهَا ^{١٩٨/٥} ظ
فِي يَدِ عَبْدِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَاِنْ كَانَ الْعَبْدُ اَمِيْنًا جَاَزَ ، وَكَانَ السَّيِّدُ مُسْتَعِيْنًا بِعَبْدِهِ فِي
حِفْظِهَا ، كَمَا يَسْتَعِيْنُ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، وَاِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ اَمِيْنٍ ، كَانَ السَّيِّدُ مُفْرَطًا
بِاِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ اَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا اِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ
كَيْدِهِ ، وَمَا يَسْتَحِقُّ بِهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . وَاِنْ اُعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ بَعْدَ الْاَلْتِقَاطِ ، فَلَهُ اَنْتِزَاعُ
اللُّقْطَةِ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، وَاُكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ . وَمَتَى عَلِمَ الْعَبْدُ اَنْ سَيِّدَهُ غَيْرُ
مَأْمُوْنٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، وَتَسْلِيْمُهَا اِلَى الْحَاكِمِ ، لِيُعَرَّفَهَا ، ثُمَّ يَدْفَعُهَا اِلَى سَيِّدِهِ
بِشَرْطِ الضَّمَانِ . فَاِنْ اَعْلَمَ سَيِّدُهُ بِهَا ، فَلَمْ يَأْخُذْهَا مِنْهُ ، اَوْ اَخَذَهَا فَعَرَّفَهَا وَاَدَّى الْاَمَانَةَ
فِيهَا فَتَلَّفَتْ فِي الْحَوْلِ الْاَوَّلِ بَغَيْرِ تَفْرِيطٍ ^(١١) ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَّفَ بِتَفْرِيطٍ

(٩ - ٩) فِي الْاَصْلِ : « سَائِرِ الْاِكْتِسَابَاتِ » .

(١٠) فِي م : « بِتَفْرِيطِهِ » .

(١١) فِي م : « تَفْرِيطِهِ » .

من أحدهما، وإن لم يؤد الأمانة فيها، وجب ضمائها، ويتعلق الضمان برقية العبد
وذمة السيد جميعاً؛ لأن التفريط حصل منهما جميعاً .

فصل : والمكاتب كالحُر في اللقطة ؛ لأن المال له في الحال ، وأكسابه له دون
سيده ، واللقطة من أكسابه^(١٢) ، فإن عجز عاد عبداً ، وصار حكمه في اللقطة حكم
العبد ، على ما مر بيانه . وأم الولد ، والمعلق عتقه بصفية ، والمدبر ، كالقن . ومن
نصفه حر إذا التقط شيئاً ، ولم يكن بينه وبين سيده مهايةً ، فهو بينهما بعد التعريف
نصفين^(١٣) ، كسائر أكسابه ، وهي بينهما في حور التعريف كالحرين إذا^(١٤) التقطت
لقطة ، وإن كان بينهما مهايةً ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، لا تدخل في المهاية ؛ لأنها
كسب نادر ، لا يعلم وجوده ولا يظن ، فلم تدخل في المهاية ، وتكون بينهما .
والثاني : تدخل في المهاية ؛ لأنها من كسبه ، فأشبهت سائر أكسابه ، فإن وجدها
في يومه فهي له ، وإن وجدها في يوم سيده فهي له ، وإن كان العبد مشتركا بين اثنين ،
فلقطة بينهما ، على ما ذكرنا في من بعضه حر وبعضه رقيق .

فصل : والذمي في الألتقاط كالمسلم . ومن أصحاب الشافعي من قال : ليس
له الألتقاط في دار الإسلام ؛ لأنه ليس من أهل الأمانة . ولنا ، أنها نوع اكتساب ،
فكان من أهلها ، كالحش والاختطاب . وما ذكروه يطل بالصبي والمجنون ، فإنه
يصح التقاطهما ، مع عدم الأمانة . إذا ثبت هذا ، فإنه إن عرف اللقطة حولا
كاملاً^(١٤) ، ملكها كالمسلم / ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان ، أقرها في يده ،
وضم إليه مشرفاً عدلاً يشرف عليه ، ويعرفها ؛ لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ، ولا
نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه ، وأجر المشرف عليه ، فإذا

و ١٩٩/٥

(١٢) في م : د اكسابه .

(١٣) أى يقسم نصفين .

(١٤) سقط من : م .

ثُمَّ حَوَّلَ التَّعْرِيفَ مَلَكَهَا الْمُتَلَقِّطُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَنْزَعَ مِنْ يَدِ الذَّمِيِّ ، وَتُوضَعَ عَلَى يَدِ
عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ لَيْسَ بِأَمِينٍ أَنْ لَا يَأْخُذَ اللَّقِطَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُعْرَضُ نَفْسَهُ لِلْأَمَانَةِ ،
وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، فَإِنَّ التَّقَطُّ صَحُّ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ الْكَسْبِ ، وَهُوَ
مِنْ أَهْلِ الْكَسْبِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ التَّقَاطُ الْكَافِرِ ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ، فَإِذَا التَّقَطُّ فَعَرَّفَهَا
حَوْلًا ، مَلَكَهَا كَالْعَدْلِ . وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ
مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، كَمَا قَلْنَا فِي الذَّمِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأْمَنُ عَلَيْهِ . وَبِهَذَا
قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : يَنْزِعُهَا مِنْ يَدِهِ ، وَيَضَعُهَا
فِي يَدِ عَدْلٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ حُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَدِيعَةِ ، لَمْ تَزَلْ يَدُهُ عَنِ اللَّقِطَةِ ، كَالْعَدْلِ ،
وَالْحِفْظُ يَحْصُلُ بِضَمِّ الْمُشْرِفِ ^(١٥) إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْمُشْرِفُ حِفْظَهَا مِنْهُ ،
انْتَزَعَتْ مِنْ يَدِهِ ، وَتُرِكَتْ فِي يَدِ عَدْلٍ ، فَإِذَا عَرَّفَهَا وَتَمَّتِ السَّنَةُ ، مَلَكَهَا مُتَلَقِّطُهَا ؛
لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وَجَدَّ مِنْهُ .

٩٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَجَدَ الشَّاةُ بِمِصْرٍ ، أَوْ بِمَهْلَكَةٍ ، فَهِيَ لِقِطَةٌ)

يعنى أَنَّهُ يُبَاحُ أَخْذُهَا وَالتَّقَاطُهَا ، وَحُكْمُهَا إِذَا أَخْذَهَا حُكْمُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ ،
فِي التَّعْرِيفِ وَالمِلْكِ بَعْدَهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ .
قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا ^(١) عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْعَنَمِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَخُوفِ عَلَيْهَا لَه
أَكْلُهَا ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَهِيَ
الثُّعْلَبُ ، وَابْنُ آوَى ، وَالدُّنْبُ ^(٢) ، وَوَلَدُ الْأَسَدِ ^(٣) وَنَحْوَهَا . فَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا ،
كَفِصْلَانِ الْإِبِلِ ، وَعُجُولِ الْبَقَرِ ، وَأَفْلَاءِ ^(٤) الْحَيْلِ ، وَالدَّجَاجِ ، وَالْإِوْزِ وَنَحْوَهَا ،

(١٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَلَيْهِ » .

(١) فِي م : « أَجْمَعُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَالدَّبُّ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « وَالْأَسَدُ » .

(٤) الْفَلَوُ : وَوَلَدُ الْفَرَسِ .

بجوز التقاطه . ويروى عن أحمد رواية أخرى ، ليس لغير الإمام التقاطها . وقال الليث ابن سعيد : لا أحب أن يقرَّبها ، إلا أن يحوزها^(٥) لصاحبها ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لا يؤوى الضالة إلا ضالاً »^(٦) . ولأنه حيوان أشبه الإبل . ولنا ، قول النبي ﷺ ، لما سئل عن الشاة : « خذها ، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » . متفق عليه^(٧) . ولأنه يخشى عليه التلث والضياغ / ، فأشبهه لقطه غير الحيوان ، وحديثنا أخص من حديثهم ، فنخصه به ، والقياس على الإبل لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها جذاءها وسقاءها ، 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 ذلك فيه^(٨) . إذا ثبت هذا ، فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة . وقال مالك ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، في الشاة توجده في الصحراء : اذبحها ، وكلها . وفي المصر : ضمها حتى يجدها صاحبها ؛ لأن النبي ﷺ قال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » . والذئب لا يكون في المصر . ولنا ، أن النبي ﷺ قال : « خذها » . ولم يفرق ، ولم يستفصل ، ولو افرق^(٩) الحال لسأل واستفصل^(١٠) ، ولأنها لقطه ، فاستوى فيها المصر والصحراء ، كسائر اللقطات .^(١١) وقولهم : إن الذئب لا يكون إلا في الصحراء . قلنا : كونها للذئب في الصحراء لا يمنع^(١١) كونها لغيره في المصر . إذا ثبت هذا ، فإنه متى عرفها حولا كاملا ،

(٥) في م : « بحوزها » .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب في لقطه الحاج ، من كتاب اللقطه . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطه : سنن أبي داود ٣٩٩/١ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في الضوال ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المستند ١١٧/٤ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : « منه » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « أو استفصل » .

(١١) (١١ - ١١) سقط من : الأصل .

مَلَكَهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا .
 وَلَعَلَّهَا الرِّوَايَةُ الَّتِي مَنَعَ مِنَ التَّقَاطُطِ فِيهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ
 لِأَخِيكَ » . فَأَضَافَهَا إِلَيْهِ بِلَا مِ التَّمْلُكِ ^(١٢) ، وَلِأَنَّهَا يَبَاحُ ^(١٣) التَّقَاطُطُ ، فَمِلَكَتْ
 بِالتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ إِجْمَاعٌ ، حَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ .

فصل : وَيَتَخَيَّرُ مُتَقَطِّطُهَا بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَكْلُهَا فِي الْحَالِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو
 حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْعَنَمِ ، فِي
 الْمَوْضِعِ ^(١٤) الْمَخُوفِ عَلَيْهَا ، لَهُ أَكْلُهَا . وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ
 لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . فَجَعَلَهَا فِي الْحَالِ ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّنْبِ ، وَالذَّنْبُ
 لَا يَسْتَأْنِي ^(١٥) بِأَكْلِهَا ، وَلِأَنَّ فِي أَكْلِهَا فِي الْحَالِ إِغْنَاءً عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَجِرَاسَةً
 لِمَالِيَّتِهَا عَلَى صَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ قِيمَتَهَا بِكَمَا هِيَ مِنْ غَيْرِ نَقْصٍ ، وَفِي إِنْفَاقِهَا
 تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَالْعَرَامَةَ فِي عَافِيَتِهَا ، فَكَانَ أَكْلُهَا أَوْلَى . وَمَتَى أَرَادَ أَكْلُهَا
 حَفِظَ صِفَتَهَا ، فَمتى جَاءَ صَاحِبُهَا غَرِمَهَا لَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا مَالِكًا ،
 فَإِنَّهُ قَالَ : كُلُّهَا ، وَلَا غَرَمَ عَلَيْكَ لِصَاحِبِهَا وَلَا تَعْرِيفَ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ
 لَكَ » . وَلَمْ يُوجِبْ فِيهَا تَعْرِيفًا وَلَا غَرَمًا ، وَسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الذَّنْبِ ، وَالذَّنْبُ لَا يُعْرَفُ
 وَلَا يُعْرَمُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَمْ يُوَافِقْ مَالِكًا أَحَدٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ عَلَى قَوْلِهِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ
 ﷺ / فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو : « رُدُّ عَلَى أَخِيكَ ضَالَّتَهُ » ^(١٦) . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ
 الشَّاةَ عَلَى مِلْكِ صَاحِبِهَا ، وَلِأَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا قِيمَةٌ ، وَتَتَّبَعُهَا النَّفْسُ ، فَتَجِبُ عَرَامَتُهَا
 لِصَاحِبِهَا إِذَا جَاءَ كَغَيْرِهَا ، وَلِأَنَّهَا مِلْكٌ لِصَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ تَمْلِكُهَا عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ
 مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بَيْنَ الْبَنِيَانِ ، وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ يَجِبُ رُدُّهَا مَعَ بَقَائِهَا ، فَوَجِبَ

٢٠٠/٥ و

(١٢) فِي م : (التملك) .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : (مباح) .

(١٤) فِي م : (المواضع) .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : (يتأني) . وَلَعَلَّهَا : (يتأني) .

(١٦) أَخْرَجَهُ الطَّحَاوِيُّ . شَرْحُ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٣٥/٤ .

غَرْمُهَا إِذَا تَلَّفَهَا ، كَلْقَطَةِ الذَّهَبِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « هِيَ لَكَ » . لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ غَرَامَتِهَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أُذِنَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ بَعْدَ تَعْرِيفِهَا ، فِي أَكْلِهَا وَإِنْفَاقِهَا ، وَقَالَ : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ » (١٧) . ثُمَّ أَجْمَعْنَا عَلَى وَجُوبِ غَرَامَتِهَا ، كَذَلِكَ الشَّاةُ ، وَلَا فَرْقَ فِي إِبَاحَةِ أَكْلِهَا بَيْنَ وَجْدَانِهَا فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ فِي الْمِصْرِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَيْسَ لَهُ أَكْلُهَا فِي الْمِصْرِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ أَكْلُهُ فِي الصَّخْرَاءِ ، أُبِيحَ فِي الْمِصْرِ ، كَسَائِرِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ أَكْلَهَا مُعَلَّلٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْاسْتِغْنَاءِ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَهَذَا (١٨) فِي الْمِصْرِ أَشَدُّ مِنْهُ فِي الصَّخْرَاءِ . الثَّانِي ، أَنَّ يُمَسِّكَهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَلَا يَتِمَّلُكَهَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا مُحْتَسِبًا بِالنَّفَقَةِ عَلَى مَالِكِهَا ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنَّفَقَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْمُرُودِيِّ ، فِي طَيْرَةِ أَفْرَحَتْ عِنْدَ قَوْمٍ ، فَقَضَى أَنْ الْفِرَاحَ لِصَاحِبِ الطَّيْرِ ، وَيَرْجِعُ بِالْعَلْفِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا . وَقَضَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي مَنْ وَجَدَ ضَالَّةً ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَجَاءَ رَبُّهَا ، بِأَنَّهُ يَعْرِمُ لَهُ مَا أَنْفَقَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى اللَّقْطَةِ لِحِفْظِهَا ، فَكَانَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهَا ، كَمُوتَةِ الرُّطْبِ وَالْعِنَبِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يُعْجِبِ الشَّعْبِيُّ قَضَاءَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ (١٩) ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ ، وَيُقَارِقُ الْعِنَبَ وَالرُّطْبَ ، فَإِنَّهُ رَبُّمَا كَانَ تَجْفِيفُهُ وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَحْظُّ لِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَتَكَرَّرُ ، وَالْحَيَوَانَ يُتَكَرَّرُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، فَرَبُّمَا اسْتَعْرَقَ قِيمَتَهُ ، فَكَانَ بَيْعُهُ أَوْ أَكْلُهُ أَحْظُّ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَسِبِ الْمُنْفِقُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَ . الثَّلَاثُ ، أَنَّ يَبِيعُهَا وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، وَهِيَ

(١٧) تقدم في صفحة ٢٩٠ .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : م .

أَنْ يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَبِيعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ . وَلَنَا ،
 أَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ أَكْلُهَا بِغَيْرِ (٢٠) إِذْنٍ ، فَبِيعُهَا أَوْلَى . وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا لَهَا تَعْرِيفًا فِي / هَذِهِ ٢٠٠/٥ ط
 الْمَوَاضِعِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ؛ فَإِنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « خُذْهَا ،
 فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . وَلَمْ يَأْمُرْ بِتَعْرِيفِهَا ، كَمَا أَمَرَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ
 وَالْوَرِقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا خَطَرٌ ، فَوَجِبَ تَعْرِيفُهَا ، كَالْمَطْعُومِ الْكَثِيرِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ
 ذِكْرَ تَعْرِيفِهَا لِأَنَّهُ ذَكَرَهَا بَعْدَ بَيَانِهِ التَّعْرِيفَ فِيمَا سِوَاهَا ، فَاسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ فِيهَا ،
 وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهَا فِي الْحَوْلِ سُقُوطُ التَّعْرِيفِ ، كَالْمَطْعُومِ .

فصل : إِذَا أَكَلَهَا ثَبَّتَتْ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ عَزْلُهَا ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي ذَلِكَ ،
 فَإِنَّهَا لَا تَنْتَقِلُ مِنَ الذِّمَّةِ إِلَى الْمَالِ الْمَعْرُوزِ . وَلَوْ عَزَلَ شَيْئًا مِثْلَ أَفْلَسٍ ، كَانَ صَاحِبُ اللَّقِطِ
 أَسْوَدَ الْغُرْمَاءِ ، وَلَمْ يَخْتَصَّ بِالْمَالِ الْمَعْرُوزِ . وَإِنْ بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ، وَجَاءَ
 صَاحِبُهَا ، أَخَذَهُ ، وَلَمْ يُشَارِكْ فِيهِ أَحَدٌ مِنَ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، لَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ
 فِيهِ .

فصل : وَإِذَا التَّقَطَّ مَا لَا يَتَّقَى عَامًّا ، فَذَلِكَ تَوْعَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا مَا لَا يَتَّقَى بِعِلَاجٍ
 وَلَا غَيْرِهِ ، كَالطَّبِيخِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْفَاكِهَةِ الَّتِي لَا تُجَفَّفُ ، وَالْحَضْرَاوَاتِ . فَهُوَ
 مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ ، وَبَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُ . فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى
 تَلَفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَرَطَ فِي حِفْظِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ أَكَلَهُ
 ثَبَّتَتْ الْقِيمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي لُقْطَةِ الْعَنَمِ . وَإِنْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، جَازَ .
 وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ (٢١) لَهُ يَبِيعُ
 الْيَسِيرَ ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا دَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ غَيْرِ » .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : م .

إلا بإذن الحاكم ، فإن عَجَزَ عنه ، جازَ البَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لأنه حالُ ضَرُورَةٍ ، فأما مع
الْقُدْرَةَ على اسْتِذْنَانِهِ ، فلا يجوزُ من غيرِ إِذْنِهِ ؛ لأنه مالٌ مَعْصُومٌ ، لا وِلايَةَ عليه ، فلم
يَجُزْ لغيرِ الحاكمِ بَيْعُهُ ، كغيرِ اللُّقْطَةِ . ولنا ، أنه مالٌ أُبِيحَ لِلْمُلْتَقِطِ أَكْلَهُ ، فأبيحَ له
بَيْعُهُ ، كإِله ، ولأنَّهُ مالٌ أُبِيحَ له بَيْعُهُ عندَ العَجْزِ عن الحاكمِ ، فجازَ عندَ الْقُدْرَةِ عليه ،
كإِله . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه متى أَرَادَ أَكْلَهُ أو بَيْعَهُ ، حَفِظَ صِفَاتِهِ ، ثم عَرَفَهُ عَامًا ، فإذا
جاءَ صَاحِبُهُ ، فإن كان قد باعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، دَفَعَهُ إليه ، وإن كان قد أَكَلَهُ أو أَكَلَ ثَمَنَهُ ،
غَرِمَهُ له بِقِيَمَتِهِ يومَ أَكَلَهُ . وإن تَلَفَ الثَّمَنُ بغيرِ تَفْرِيطٍ قَبْلَ تَمَلُّكِهِ ، أو نَقَصَ أو تَلَفَتِ
العَيْنُ ، أو نَقَصَتْ من غيرِ تَفْرِيطِهِ ، فلا ضَمَانَ على الْمُلتَقِطِ . وإن تَلَفَتْ ^(٢٢) أو
نَقَصَتْ ^(٢٢) أو نَقَصَ الثَّمَنُ لِتَفْرِيطِهِ ، فعلى الْمُلتَقِطِ ضَمَانُهُ ، وكذلك إن تَلَفَ الثَّمَنُ
بعدَ تَمَلُّكِهِ ، أو نَقَصَ ، ضَمِنَهُ . / النوع الثاني ، ما يُمَكِّنُ بِقَاؤُهُ ^(٢٣) بِالْعِلاجِ ،
كالعَنْبِ والرُّطْبِ ، فيَنْظُرُ فيما ^(٢٤) فيه الحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، فإن كان في التَّجْفِيفِ جَفْفَهُ ،
ولم يَكُنْ له إلا ذلك ؛ لأنه مالٌ غَيْرُهُ ، فَلزِمَهُ ما فيه الحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، كولى البَيْتِمْ ،
وإن احتَاجَ في التَّجْفِيفِ إلى غَرَامَةٍ ، باعَ بَعْضَهُ في ذلك . وإن كان الحَظُّ في بَيْعِهِ ، باعَهُ ،
وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، كالطَّعَامِ والرُّطْبِ ، فإن تَعَدَّرَ بَيْعُهُ ، ولم يُمَكِّنْ تَجْفِيفَهُ ، تَعَيَّنَ أَكْلَهُ ،
كالْبَطِيخِ . وإن كان أَكْلُهُ أَتَمَّ لِصَاحِبِهِ ، فله أَكْلُهُ أيضًا ؛ لأنَّ الحَظَّ فيه . وَيَقْتَضِي
قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إنَّ العُرُوضَ لا تُمَلِّكُ بالتَّعْرِيفِ . أنَّ هذا كُلَّهُ لا يجوزُ له أَكْلَهُ ، لكن
يَتَخَيَّرُ ^(٢٥) بين الصَّدَقَةِ به وبين بَيْعِهِ . وقد قال أحمدُ ، في من يَجِدُ في مَنْزِلِهِ طَعَامًا لا
يَعْرِفُهُ : يَعْرِفُهُ ما لم يَحْشَ فَسَادَهُ ، فإن حَاشَى فَسَادَهُ ، تَصَدَّقَ به ، فإن جاءَ صَاحِبُهُ
غَرِمَهُ . وكذلك قال مالكٌ . وأصحابُ الرَّأْيِ ، في لُقْطَةٍ ما لا يَبْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ
به . وقال الثَّورِيُّ : يَبِيعُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . ولنا ، على جَوَازِ أَكْلِهِ قولُ النَبِيِّ ﷺ

و ٢٠١/٥

(٢٢) - (٢٢) سقط من : م .

(٢٣) ف : م : إيقاؤه .

(٢٤) ف : م : ما .

(٢٥) ف : م : يبحر .

في ضالة الغنم : « حُذِّهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذَّبِّ » . وهذا تجويزٌ
للأكل ، فإذا جازَ فيما هو محفوظٌ بنفسه ، ففيما يفسدُ ببقائه أولى .

٩٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَتَعَرَّضُ لِبَعِيرٍ ، وَلَا لِمَا فِيهِ قُوَّةٌ يَمْنَعُ عَنْ نَفْسِهِ)

وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع ، وورود الماء ،
لا يجوز التقاطه ، ولا التعرض له ، سواء كان لكبير جثته ، كالإبل ، والخيل ، والبقر ،
أو لطيرانه كالطيور كلها ، أو لسرعته ، كالظباء والصيد ، أو بناه كالكلاب
والفهود . قال عمر ، رضي الله عنه : من أخذ ضالة ، فهو ضال . أي مخطئ . وبهذا
قال الشافعي ، والأوزاعي ، وأبو عبيد . وقال مالك ، والليث ، في ضالة الإبل : من
وجدها في القرى عرفها ، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها . ورواه المزني عن
الشافعي . وكان الزهري يقول : من وجد بدنة فليعرفها ، فإن لم يجد صاحبها
فليئخرها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة . وقال أبو حنيفة : « هي لقطعة^(١) يباح
التقاطها ؛ لأنها لقطعة أشبهت الغنم . ولنا ، قول رسول الله ﷺ لما سئل عنها :
« مالك ولها ؟ معها جذاؤها وسقاؤها ، ترد الماء ، وتأكل الشجر ، حتى يجدها
رَبُّهَا »^(٢) . وسئل رسول الله ﷺ فقيل : يا رسول الله ، إنا نصيب هوامي الإبل .
قال : « ضالة المسلم حرق النار »^(٣) . وروى عن جرير بن عبد الله ، أنه أمر بطرد
بقرة لحقت ببقره / حتى توارث ، وقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا
يؤوى^(٤) الضالة إلا ضال » رواه أبو داود بمعناه^(٥) . وقياسهم يعارض صريح النص ،

ظ ٢٠١/٥

(١ - ١) في م : « في لفظ » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠٧ .

(٤) في الأصل : « بأوى » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣١٥ .

وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ! على أن الإبل تفارق الغنم ، لضعفها ، وقلة صبرها عن الماء .

فصل : فإن كانت الصيود مستوحشة ، إذا تركت رجعت إلى الصحراء ، وعجز عنها صاحبها ، جاز التقاطها ؛ لأن تركها أضيغ لها من سائر الأموال ، والمقصود حفظها لصاحبها ، لا حفظها في نفسها ، ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الأثمان ، فإن الدينار دينار حيثما كان .

فصل : والبقرة كالإبل . نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي ، وأبي عبيد . وحكى عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا ، خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تمتنع عن صغار السباع ، وتجزئ في الأضحية والهدي عن سبعة ، فأشبهت الإبل . وكذا الحكم في الخيل والبعال . فأما الحمر ، فجعلها أصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه ؛ لأن لها أجساما كبيرة^(٦) عظيمة ، فأشبهت البغال والخيال ، ولأنها من الدواب ، فأشبهت البغال . والأولى إلحاقها بالشاة ؛ لأن النبي ﷺ علل الإبل بأن معها حداها وسقاهها . يريد شدة صبرها عن الماء ؛ لكثرة ما توعى في بطونها منه ، وقوتها على وروده ، وفي إباحة ضالة الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب إياها ، بقوله : « هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب »^(٧) . والحمر مساوية للشاة في علتها ، فإنها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة للإبل في علتها ، فإنها لا صبر لها عن الماء ، ولهذا يضرب المثل بقله صبرها عنه ، فيقال : ما بقي من مدته^(٨) إلا ظم^(٩) حمار . وإلحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة ، أولى من إلحاقه بما قاربه في الصورة وفارقه في العلة . فأما غير الحيوان ، فما كان منه يتحفظ بنفسه ، كأحجار

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تحريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : مدتها .

(٩) الظم : ما بين الشربتين .

الطَّوَّاجِينِ ، وَالكَبِيرِ مِنَ الْحَشَبِ ، وَقُدُورِ النَّحَاسِ ، فَهُوَ كَالِإِبِلِ فِي تَحْرِيمِ أَخْذِهِ ، بَلْ أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْإِبِلَ تَتَعَرَّضُ فِي الْجُمْلَةِ لِلتَّلْفِ ، إِمَّا بِالْأَسَدِ ، وَإِمَّا بِالْجُوعِ أَوْ الْعَطَشِ^(١٠) ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا تَكَادُ تُضَيِّعُ عَنْ صَاحِبِهَا وَلَا تَبْرُحُ مِنْ مَكَانِهَا بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ ، فَإِذَا حُرِّمَ أَخْذُ الْحَيَوَانِ ، فَهَذِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ هَذَا الْحَيَوَانَ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِتْقَاطِ ، ضَمِنَهُ ، إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ / أَخَذَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا إِذْنَ الشَّارِعِ لَهُ ، فَهُوَ كَالغَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهُ إِلَى مَوْضِعِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَبْرَأُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أُرْسِلُهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَبْتَهُ فِيهِ . وَجَرِيرٌ طَرَدَ الْبَقْرَةَ الَّتِي لِحَقَّتْ بِبَقْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَا يَزُولُ عَنْهُ^(١١) إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ . وَأَمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذِ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا رَاعِيَهُ ، إِنَّمَا لِحَقَّتْ بِالْبَقْرِ ، فَطَرَدَهَا عَنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَتْ دَارَهُ فَأَخْرَجَهَا . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى لَمْ يَأْخُذْهَا بِحَيْثُ تَبَيَّنَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ،^(١٢) سِوَاءَ طَرَدَهَا أَوْ لَمْ يَطْرُدْهَا . وَإِنْ أَخَذَهَا فَلَزِمَهُ^(١٣) ضَمَانُهَا^(١٤) ، فَدَفَعَهَا إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ لَهُ نَظْرًا فِي ضَمَانِ النَّاسِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لَهُ أَخْذَهَا ، فَكَانَ نَائِبًا عَنْ أَصْحَابِهَا فِيهَا .

فصل : وَلِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ أَخْذُ الضَّمَالَةِ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ لِصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، حَمَى مَوْضِعًا يُقَالُ لَهُ^(١٥) التَّقْبِيعُ لِحَيْلِ الْمُجَاهِدِينَ وَالضُّوَالِ^(١٥) ، وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ نَظْرًا فِي حِفْظِ مَالِ الْغَائِبِ ، وَفِي أَخْذِ هَذِهِ حِفْظٌ لَهَا عَنِ الْهَلَاكِ . وَلَا يَلْزَمُهُ

(١٠) ق م : (١٠) والعطش .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) ق م : (١٣) قلزمه . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) انظر ما تقدم في صفحة ١٦٦ .

تَعْرِيفُهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ يُعْرِفُ الضَّوَالَ . وَلِأَنَّهُ إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ ، فَمَنْ كَانَتْ لَهُ ضَالَّةٌ فَإِنَّهُ يَجِيءُ إِلَى مَوْضِعِ^(١٦) الضَّوَالِ ، فَإِذَا عُرِفَ ضَالَّتُهُ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهَا وَأَخَذَهَا ، وَلَا يُكْتَفَى فِيهَا بِالصَّفَةِ ؛ لِأَنَّهَا ظَاهِرَةٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَيُعْرِفُ صِفَاتِهَا مَنْ رَأَاهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، فَلَا تَكُونُ الصَّفَةُ لَهَا دَلِيلًا عَلَى مِلْكِهِ لَهَا . وَلِأَنَّ الضَّالَّةَ قَدْ كَانَتْ ظَاهِرَةً بَيْنَ النَّاسِ حِينَ كَانَتْ فِي يَدِ مَالِكِهَا ، فَلَا يَخْتَصُّهُ هُوَ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا دُونَ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَلِيلًا ، وَيُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا لِظُهُورِهَا لِلنَّاسِ ، وَمَعْرِفَةُ خُلُطَائِهِ وَجِيرَانِهِ بِمِلْكِهِ إِيَّاهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَهَا غَيْرُ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبُهُ لِيَحْفَظَهَا لِصَاحِبِهَا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْحَابِهِ وَجَّهٌ ، أَنَّ لَهُ أَخَذَهَا لِيَحْفَظَهَا ، قِيَاسًا عَلَى الْإِمَامِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ أَخَذَهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ قَاصِدِ الْحِفْظِ وَقَاصِدِ الْإِتْقَاطِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ ، وَهَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ . وَإِنْ وَجَدَهَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا بِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجِدَهَا بِأَرْضِ مَسْبِغَةٍ ، يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْأَسَدَ يَفْتَرِسُهَا إِنْ تَرَكْتَهُ بِهِ ، أَوْ قَرِيبًا^(١٧) مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ ، كَوَادِي التَّيْمِ ، أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ بِهَا / وَلَا مَرْعَى ، فَالْأَوْلَى جَوَازُ أَخَذِهَا لِلْحِفْظِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى آخِذِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِتْقَادًا مِنْ الْهَلَاكِ ، فَأَشْبَهَ تَحْلِيلِهَا مِنْ غَرَقٍ أَوْ حَرِيقٍ . فَإِذَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، سَلَّمَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، وَبَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهَا ، وَلَا يَمْلِكُهَا بِالْتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ فِيهَا .

ظ ٢٠٢/٥

فصل : وَمَا يَحْصُلُ عِنْدَ الْإِمَامِ مِنَ الضَّوَالِ ، فَإِنَّهُ يُشْهَدُ عَلَيْهَا ، وَيَسْمِيهَا بِأَنْتِهَا ضَالَّةً ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُ جِمَى تَرَعَى فِيهِ ، تَرَكَهَا فِيهِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ ، وَإِنْ رَأَى الْمَصْلُحَةَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مَوَاضِع » .

(١٧) فِي م : « فَرَسًا » تَحْرِيفٌ .

فِي بَيْعِهَا^(١٨) وَحِفْظُ ثَمَنِهَا^(١٨) ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حِمَى ، بَاعَهَا بَعْدَ أَنْ يَحْلِيهَا ، وَيَحْفَظُ صِفَاتِهَا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا يُفْضِي إِلَى أَنْ تَأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَطْعَمَهَا وَسَقَاهَا وَخَلَصَهَا ، مَلَكَهَا . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ . إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا لِيَرْجِعَ إِلَيْهَا ، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ لِمَالِكِهَا الْأَوَّلِ ، وَيَعْرَمُ مَا أَتَّفَقَ عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هِيَ لِمَالِكِهَا ، وَالْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِالتَّفَقُّعِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ بغيرِ عَوْضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاةٍ ،^(١٨) كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَهْلَكَةٍ ، وَلَا يَمْلِكُ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَّفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ^(١٨) . وَلَنَا ، مَارُوى الشَّعْبِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ ذَابَّةً فَذَعَجَ عَنْهَا أَهْلُهَا ، فَسَيَّبُوهَا ، فَأَخَذَهَا ، فَأَحْيَاهَا ، فَهِيَ لَهُ » . قَالَ^(١٩) عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ حُمَيْدٍ ابْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ : فَقُلْتُ - يَعْنِي لِلشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَكَ بِهَذَا ؟ قَالَ : غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادِهِ^(٢٠) . وَفِي لَفْظٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَحْيَاهَا رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا » . وَلِأَنَّ فِي الْحُكْمِ بِمِلْكِهَا إِحْيَاءَهَا وَإِنْقَادَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، وَحِفْظًا لِلْمَالِ عَنِ الضَّيَاعِ ، وَمُحَافَظَةً عَلَى حُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، وَفِي الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَا تُمْلِكُ تَضْيِيعَ لِذَلِكَ كُلِّهِ ، مِنْ غَيْرِ مَصْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، وَلِأَنَّهُ يُبْذَرُ رَغْبَةً عَنْهُ وَعَجْزًا عَنْ أَخْذِهِ ،

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ - ١٩) سقط من : م ، وفي الأصل ، ١ : « عبد بن حميد بن » . والمثبت في سنن أبي داود . وانظر : تهذيب التهذيب ٩/٧ .

(٢٠) في : باب في من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالة يريد ردها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٨/٦ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٨/٣ .

(٢١) فَمَلَكَه آخِذَهُ (٢١) ، كَالسَّاقِطِ مِنَ السَّنْبِلِ ، وَسَائِرِ مَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ مَتَاعًا ، فَخَلَّصَهُ إِنْسَانًا ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَلَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلْفُ ، كَالْحَشْيَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَمُوتُ إِذَا لَمْ يُطْعَمَ وَيُسْقَى ، وَتَأْكُلُهُ السَّبَاعُ ، وَالْمَتَاعُ يَبْقَى حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ عَبْدًا ، لَمْ يُمْلِكْ بِأَخِذِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ التَّخَلُّصُ إِلَى الْأَمَاكِينِ الَّتِي يَعِيشُ فِيهَا ، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ . وَلَهُ أُخِذَ الْعَبْدُ وَالْمَتَاعُ لِيُخَلَّصَهُ لِصَاحِبِهِ ، وَلَهُ أُجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَخْلِيصِ الْمَتَاعِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَبْدِ عَلَى قِيَاسِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي وُجُوبِ الْأَجْرِ ، عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ / لَهُ ذَلِكَ أَوْ أَمْرَهُ (٢٢) بِهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا ، فَلَا جُعْلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، كَالْمُلْتَقِطِ . وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا لَأَسْتَحَقَّهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ أُجْرَ الْمِثْلِ ، وَيُفَارِقُ هَذَا الْمُلْتَقِطَ ، فَإِنَّ الْمُلْتَقِطَ لَمْ يُخَلِّصِ اللَّقْطَةَ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَلَوْ تَرَكَهَا أَمَكْنَ أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهَا فَيَطْلُبَهَا فِي (٢٣) مَكَانِهَا فَيَجِدَهَا ، وَهَلْهُنَا إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ هَذَا ضَاعَ وَهَلَكَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ ، فَفِي جَعْلِ الْأَجْرِ فِيهِ حِفْظٌ لِلْأَمْوَالِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالْجُعْلِ فِي الْآبِقِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ جَعَلَ فِيهَا الشَّارِعُ مَا يَحْتُ عَلَى أَخِذِهَا ، وَهُوَ مِلْكُهَا إِنْ لَمْ يَجِءْ صَاحِبُهَا ، فَانْتَفَى بِهِ عَنِ الْأَجْرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْرَعَ فِي هَذَا مَا يَحْتُ عَلَى تَخْلِيصِهِ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى ، وَلَيْسَ إِلَّا الْأَجْرُ . فَأَمَّا مَا أَلْفَاهُ رُكَّابُ الْبَحْرِ فِيهِ ، خَوْفًا مِنَ الْعَرَقِ ، فَلَمْ أَعْلَمْ لِأَصْحَابِنَا فِيهِ قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهِمْ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ هَذَا مَنْ أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ ابْنِ سَعْدٍ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، فِي مَنْ أَخْرَجَهُ ، قَالَ : وَمَا نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ فَهُوَ لِأَهْلِهِ .

(٢١) - (٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : وَأَمْرُهُ .

(٢٣) فِي م : مِنْ .

وقال ابن المُنْذِرِ: يُرَدُّهُ عَلَى أَصْحَابِهِ، وَلَا جُعْلَ لَهُ. وَيَقْتَضِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَالْقَاضِي؛
لَمَّا تَقَدَّمَ. وَمُقْتَضَى (٢٤) قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّ لِمَنْ أُنْقَذَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا.
وَوَجْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْإِحْتِمَالِ أَنَّ هَذَا مَالٌ أَلْقَاهُ صَاحِبُهُ فِيمَا يَتَلَفُ بِتَرْكِهِ فِيهِ اخْتِيَارًا
مِنْهُ، فَمَلَكَهُ مَنْ أَخَذَهُ، كَالَّذِي الْقُوَّةُ رَغْبَةً عَنْهُ، وَلِأَنَّ فِيمَا ذَكَرُوهُ تَحْقِيقًا لِإِتْلَافِهِ،
فَلَمْ يَجْزِ، كَمَا بَشَّرْتَهُ بِالِإِتْلَافِ. فَأَمَّا إِنْ انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ، فَأَخْرَجَهُ قَوْمٌ، فَقَالَ
مَالِكٌ: يَا أَخْذُ أَصْحَابِ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُمْ، وَلَا شَيْءَ لِلَّذِي أَصَابُوهُ. وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ،
وَابْنِ الْمُنْذِرِ، وَالْقَاضِي. وَعَلَى قِيَاسِ نَصِّ أَحْمَدَ يَكُونُ لِمُسْتَخْرِجِهِ هَهُنَا (٢٥) أَجْرُ
الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى تَحْلِيصِهِ، وَحِفْظُهُ لِصَاحِبِهِ، وَصِيَابَتُهُ عَنِ الْعَرَقِ، فَإِنَّ
الْعَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَجْرُ، بَادَرَ إِلَى التَّحْلِيصِ لِخُلُصِهِ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ
مِنْهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، لَمْ يُخَاطِرْ بِنَفْسِهِ فِي اسْتِخْرَاجِهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالْأَجْرِ، كَجُعْلِ
رَدِّ الْآبِقِ.

فصل: ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا التَّقَطَّ عَبْدًا صَغِيرًا، أَوْ جَارِيَةً، أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ
أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَمْلِكُ الْعَبْدُ دُونَ الْجَارِيَةِ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ
بِالتَّعْرِيفِ عِنْدَهُ أَقْتَرُاضٌ، وَالْجَارِيَةُ عِنْدَهُ لَا تَمْلِكُ بِالْقَرْضِ. / وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِيهَا نَظَرٌ؛
فَإِنَّ اللَّقِيظَ مُحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ مَمَّنْ يُعْبَرُ عَنْ نَفْسِهِ، فَأَقْرَبُ أَنَّهُ مَمْلُوكٌ، لَمْ يُقْبَلْ
إِقْرَارُهُ؛ لِأَنَّ الطِّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ، لَاعْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ سَيِّدَهُ. وَاللَّهُ
أَعْلَمُ.

(٢٤) فِي الْأَصْلِ: وَيَقْتَضِي .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ: م .

كتاب اللَّقِيطِ

وهو الطفل المَنبُودُ . واللَّقِيطُ بِمَعْنَى المَلْقُوطِ ، فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ ، كَقَوْلِهِمْ : قَتِيلٌ وَجَرِيحٌ وَطَرِيحٌ . وَالتَّقَاطُ وَاجِبٌ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ (١) . ولأنَّ فيه إحياءَ نَفْسِهِ ، فكان واجِبًا ، كما طَعَامُهُ إِذَا اضْطُرَّ ، وَإِنجَائُهُ مِنَ العَرَقِ . ووُجُوبُهُ عَلَى الكِفَايَةِ ، إِذَا قَامَ بِهِ وَاحِدٌ سَقَطَ عَنِ البَاقِينَ ، فَإِنْ تَرَكَه الجَمَاعَةُ ، أَثِمُوا كُلُّهُمْ ، إِذَا عَلِمُوا فترُّكُوه مع إمكانِ أَخْذِهِ . ورُوي عن سُنَيْنِ أَبِي جَمِيلَةَ ، قال : وَجَدْتُ مَلْفُوفًا (٢) ، فَأَثَيْتُ بِهِ عَمْرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فقال عَرِيفِي : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ . فقال عَمْرٌ : أَكذلك هو ؟ قال : نعم . قال فَادْهَبْ فَهُوَ خَيْرٌ ، وَلَكَ وَلاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ (٣) ، عن سُفْيَانَ ، عن الزُّهْرِيِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أبا جَمِيلَةَ بهذا ، وقال : عَلَيْنَا رِضَاعُهُ .

٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (واللَّقِيطُ خُرٌّ)

وجملة ذلك أن اللَّقِيطَ خُرٌّ ، في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ ، إِلَّا النَّحَّيْمِيَّ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُ أَهْلِ العِلْمِ عَلَى أَنَّ اللَّقِيطَ (١) خُرٌّ . رُوِيَ هَذَا القَوْلُ عَنْ عَمْرٍ وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا . وَبه قال عَمْرٌ بن عبد العزيز ، والشَّعْبِيُّ والحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ،

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) في الأصل : « ملقوطا » .

(٣) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المنبوذ ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٣٨ . والبيهقي ، في : باب التقاط المنبوذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

(١) في الأصل : « الملتقط » .

والتَّوْرَى والشَّافِعِيَّ ، وإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَقَالَ النَّحَّيْ :
 إِنْ التَّقَطَهُ لِلْحِسْبَةِ (٢) ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، فَذَلِكَ لَهُ . وَذَلِكَ قَوْلُ
 شَدِّ فِيهِ عَنِ الْخُلَفَاءِ وَالْعُلَمَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ ؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْآدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةُ ،
 فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ وَذُرِّيَّتَهُ أَحْرَارًا ، وَإِنَّمَا الرَّقُّ لِعَارِضٍ ، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمَ ذَلِكَ
 الْعَارِضُ ، فَلَهُ حُكْمُ الْأَصْلِ .

فصل : وَلَا يَخْلُو اللَّقِيطُ مِنْ أَنْ يُوجَدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، أَوْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ، فَأَمَّا دَارُ
 الْإِسْلَامِ فَضَرَبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، دَارُ اخْتِطَاطِ الْمُسْلِمِينَ ، كَبَغْدَادَ وَالْبَصْرَةَ وَالْكُوفَةَ ،
 فَلَقِيطُ هَذِهِ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ وَلِظَاهِرِ الدَّارِ ،
 وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا يُغْلَى عَلَيْهِ . الثَّانِي ، دَارُ فَتَحَتِهَا الْمُسْلِمُونَ ، كَمَدَائِنِ الشَّامِ ،
 فَهَذِهِ إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِذَلِكَ
 الْمُسْلِمِ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، بَلْ كُلُّ أَهْلِهَا ذِمَّةٌ حُكِمَ بِكُفْرِهِ ؛
 لِأَنَّ تَغْلِيْبَ حُكْمِ الْإِسْلَامِ / إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ الْإِحْتِمَالِ . وَأَمَّا بَلَدُ الْكُفْرَانِ فَضَرَبَانِ أَيْضًا ؛
 أَحَدُهُمَا ، بَلَدٌ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَغَلَبَ الْكُفْرَانُ عَلَيْهِ ، كَالسَّاحِلِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الَّذِي
 قَبْلَهُ ، إِنْ كَانَ فِيهِ (٣) مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حُكِمَ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ (٣) مُسْلِمٌ فَهُوَ
 كَافِرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ
 إِيْمَانَهُ ، بِخِلَافِ الَّذِي قَبْلَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى كِتْمَانِ إِيْمَانِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ
 كَانَ فِي (٤) بَلَدٍ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، ثُمَّ غَلَبَ عَلَيْهِ الْمَشْرِكُونَ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَأَقْرَبُوا
 فِيهِ أَهْلَهُ بِالْجُزْيَةِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ . الثَّانِي ، دَارٌ لَمْ تَكُنْ لِلْمُسْلِمِينَ
 أَصْلًا ، كِبِلَادِ الْهِنْدِ وَالرُّومِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، فَلَقِيطُهَا كَافِرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ لَهُمْ
 وَأَهْلُهَا مِنْهُمْ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمُونَ كَالْتُّجَّارِ وَغَيْرِهِمْ ، اخْتَمَلَ أَنْ

و ٢٠٤/٥

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْحَسَنَةِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِمْ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، تَعْلِيلًا لِلْإِسْلَامِ ، وَاحْتِمَالًا أَنْ يُحْكَمَ بِكُفْرِهِ ، تَعْلِيلًا لِلدَّارِ وَالْأَكْثَرِ .
 وَهَذَا التَّفْصِيلُ كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى
 أَنَّ الطِّفْلَ إِذَا وُجِدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ ، مَيْتًا فِي أَى مَكَانٍ وَجِدَ ، أَنْ غُسِّلَهُ وَدْفَنَهُ فِي مَقَابِرِ
 الْمُسْلِمِينَ يَجِبُ ، وَقَدْ مَنَعُوا أَنْ يُدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ : وَإِذَا
 وَجِدَ لَقِيْطٌ فِي قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ ، فَهُوَ عَلَى ظَاهِرٍ مَا حَكَمُوا بِهِ أَنَّهُ كَافِرٌ . هَذَا
 قَوْلُ أَصْحَابِ (٥) الشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

فصل : وَفِي الْمَوْضِعِ الَّذِي حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ ، إِنَّمَا يَثْبُتُ ذَلِكَ ظَاهِرًا لِالْيَقِينِ ؛ لِأَنَّهُ
 يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَلَدٌ كَافِرٌ ، فَلَوْ أَقَامَ كَافِرٌ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ وَلَدًا عَلَى فِرَاشِهِ ، حَكَمْنَا لَهُ بِهِ .
 وَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيْطُ حَدًّا يَصِيحُ فِيهِ إِسْلَامُهُ وَرَدَّتْهُ ، فَوَصَفَ الْإِسْلَامَ فَهُوَ مُسْلِمٌ ، سِوَاءَ كَانَ
 مِمَّنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ أَوْ كُفْرِهِ ، وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ ، وَهُوَ مِمَّنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ، فَهُوَ
 مُرْتَدٌّ لَا يُقْرَأُ عَلَى كُفْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يُقْرَأُ عَلَى
 كُفْرِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصٌ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ الدَّارِ . وَهَذَا وَجْهٌ مُظْلِمٌ ؛
 لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ وَجِدَ عَرَبِيًّا عَنِ الْمُعَارِضِ ، وَثَبَّتَ حُكْمَهُ ، وَاسْتَقَرَّ ، فَلَمْ يَجْزِ إِزَالَةُ
 حُكْمِهِ بِقَوْلِهِ ، كَالْوَقَائِدِ ابْنِ مُسْلِمٍ . وَقَوْلُهُ لَا دَلَالََةَ فِيهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ فِي الْحَالِ
 مَنْ كَانَ أَبُوهُ ، وَلَا مَا كَانَ دِينُهُ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ هَذَا مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهِ ، فَعَلَى هَذَا إِذَا بَلَغَ
 اسْتَبِيْبَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَالْأَقْبَلَ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا ،
 يُقْرَأُ أَهْلُهُ عَلَيْهِ بِالْحِزْبِ ، / عَقِدَتْ لَهُ الدِّمَّةُ ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ التَّزَامِهَا ، أَوْ وَصَفَ كُفْرًا
 لَا يُقْرَأُ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، الْحَقُّ بِمَا مَنَى . وَهَذَا يَبْعِدُ جِدًّا ؛ فَإِنَّ هَذَا اللَّقِيْطُ لَا يَخْلُو مَنْ أَنْ يَكُونَ
 ابْنُ وَثْنِيٍّ حَرْبِيٍّ ، فَهُوَ حَاصِلٌ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ بَغَيْرِ عَهْدَةٍ وَلَا عَقْدٍ ، فَيَكُونُ لَوَاجِدِهِ ،
 وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ سَابِيِهِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ ذِمِّيٍّ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ذِمِّيٌّ ، فَلَا يُقْرَأُ عَلَى
 الْاِتِّبَالِ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ مُسْلِمٍ أَوْ ابْنُ مُسْلِمِيْنِ ، فَيَكُونُ

٢٠٤/٥ ظ

(٥) سقط من : الأصل .

مُسْلِمًا . قال أحمد ، في أمة نصرانية ، ولدت من فجور : ولدها مسلم ؛ لأن أبويه
يهودانه ويُنصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه . وإذا لم يكن لها الولد حال يَحْتَمِلُ أن يُقَرَّ
فيها على دين لا يُقَرُّ أهله عليه ، فكيف يُرَدُّ إلى دار الحرب .

فصل : إذا جنى اللَّقِيطُ جِنَايَةَ تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ ، فالعقل على بيت المال ؛ لأن ميراثه
له ، ونفقته عليه . وإن جنى جِنَايَةَ لَا تَحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ ، فحكمه فيها حكم غير^(٦)
اللقيط ؛ إن كانت تُوجِبُ الْقِصَاصَ وهو بالغ عاقل ، اقتص منه ، وإن كانت مُوجِبَةً
للمال وله مال ، استوفى منه ، وإلا كان في ذمته حتى يُوسر . وإن جنى عليه في النفس
جِنَايَةَ تُوجِبُ الدِّيةَ ، فهي لبيت المال ؛ لأنه وارثه . وإن كان عمداً محضاً ، فالإمام
مُخَيَّرٌ بين استيفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقيط ، والعفو على مال . وبهذا قال
الشافعي ، وابن المنذر ، وأبو حنيفة ، إلا أنه يُخَيِّرُهُ بين القصاص والمصالحة ؛
وذلك لقول النبي ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ »^(٧) . وإن جنى عليه فيما دون
النفس جِنَايَةَ تُوجِبُ الأَرْضَ قَبْلَ بُلُوغِهِ ، فَلَوْلِيَّهِ أَخْذُ الأَرْضِ . وإن كانت عمداً مُوجِبَةً
للقصاص ، وللقيط مال يكفيه ، وَقَفَ الأمرُ على بُلُوغِهِ لِيَقْتَصَّ أو يَعْفُو ، سواء كان
عاقلاً أو معتوهاً . وإن لم يكن له مال ، وكان عاقلاً ، انتظر بُلُوغَهُ أيضاً ، وإن كان
معتوهاً فَلَوْلِيَّ العفو على مال يأخذه له ؛ لأن المعتوه ليس له حال معلومة مُنتظرة ،
فإن ذلك قد يدوم به ، والعاقل له حال مُنتظرة ، فافترقا . وفي الحال التي ينتظر بُلُوغَهُ ،
فإن الجاني يُحْبَسُ حتى يَبْلُغَ اللَّقِيطُ ، فَيَسْتَوْفَى لِنَفْسِهِ . وهذا مذهب الشافعي ، وقد

(٦) سقط من الأصل . وورد في م : « غير حكم » .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب الولي ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨١/١ . والترمذي ، في : باب ما
جاء لانكاح إلا بولي ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب لانكاح إلا بولي ،
من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمي ، في : باب النبي عن النكاح بغير ولي ، من كتاب النكاح .
سنن الدارمي ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ . فَكَانَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ عَنِ اللَّقِيطِ ، كَالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ لَمْ يَتَحْتَمِ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَوَقَفَ عَلَى قَوْلِهِ ، كَالْوَكَاةِ بِالْعَاغَابِيَّةِ ، وَفَارَقَ / الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ هُوَ لَهُ ، إِنَّمَا هُوَ لِوَارِثِهِ ، وَالْإِمَامُ الْمُتَوَلَّى لَهُ . ٢٠٥/٥

فصل : وَإِنْ قَذَفَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُحْصَنًا ، حَدَّثَ ثَمَانِينَ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ . وَإِنْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ ، وَهُوَ مُحْصَنٌ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ . فَإِنْ ادَّعَى الْقَاذِفُ أَنَّهُ عَبْدٌ ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ ، سَقَطَ الْحَدُّ ؛ لِإِقْرَارِ الْمُسْتَحِقِّ بِسُقُوطِ الْحَدِّ ، وَيَجِبُ التَّعْزِيرُ ؛ لِقَذْفِهِ مَنْ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ . وَإِنْ كَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، وَقَالَ : إِنِّي حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ إِذَا كَانَ قَاذِفًا ، وَأَوْجَبْنَا لَهُ الْقِصَاصَ ، وَإِنْ كَانَ الْجَانِي حُرًّا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْقَاذِفِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةَ مَا قَالَهُ ، بَأَنْ يَكُونَ ابْنَ أُمَّةٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً ، وَالْحَدُّ يُدْرَأُ^(٨) بِالشُّبْهَاتِ . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ لَهُ إِذَا ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا : وَجَبَ حَقًّا لَادْمِيٍّ ، وَلِذَلِكَ جَازَتْ الْمُصَالِحَةُ عَنْهُ ، وَأُخِذَ بِدَلِيلِهِ ، بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذْفِ . وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّقِيطَ إِذَا كَانَ قَاذِفًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ لِيَجِبَ عَلَيْهِ حَدُّ الْعَبْدِ ، قَبْلَ مَنْهُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مَحْكُومًا بِحُرِّيَّتِهِ ، لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْ قَاذِفِهِ بِاحْتِمَالِ رِقَّةٍ ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَلَوْ سَقَطَ الْحَدُّ لِهَذَا الْإِحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْقَاذِفُ رِقَّةً ؛ لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ .

(٨) فِي م : « يَنْدَرِي » .

٩٥١ - مسألة ؛ قال : (وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ شَيْءٌ يُنْفِقُ عَلَيْهِ)

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء ، لم يلزم الملتقط بالإئناق^(١) عليه ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : (أجمع كل^(٢) من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد . وذلك لأن أسباب وجوب النفقة ، من القرابة ، والزوجية ، والملك ، والولاء ، منتفية ، والائتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ، وتبرُّع بحفظه ، فلا يوجب ذلك النفقة ، كما لو فعله بغير اللقيط . وتجب نفقته في بيت المال ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، في حديث أبي جميلة : اذهب فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته^(٣) . وفي رواية : من بيت المال ؛ ولأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف إليه ، فتكون نفقته عليه ، كقرابته ومولاه . فإن تعدد الإئناق عليه من بيت المال ، لكونه لا مال فيه ، أو كان في مكان لا إمام فيه ، أو لم يعط شيئا ، فعلى من علم حاله / من المسلمين الإئناق عليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(٤) . ولأن في ترك الإئناق عليه هلاكه ، وحفظه عن ذلك واجب ، كما نقاذه من العرق . وهذا فرض كفاية ، إذا قام به قوم سقط عن الباقي ، فإن تركه الكل أثموا . ومن أنفق عليه متبرعا ، فلا شيء له ، سواء كان الملتقط أو غيره . وإن لم يتبرع بالإئناق عليه ، فأئفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر ، وكان ذلك بأمر الحاكم ، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وإن

٢٠٥/٥ ظ

(١) في م : « الإئناق » .

(٢ - ٣) في م : « وجميع » .

(٣) تقدم ترجمته في صفحة ٣٥٠ .

(٤) سورة المائدة ٢ .

أَنْفَقَ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ ، مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ (٥) عَلَيْهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : تُؤَدَّى النَّفَقَةُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَقَالَ شُرَيْحٌ ، وَالنَّحَعِيُّ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالنَّفَقَةِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ . وَقَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ : يَحْلِفُ مَا أَنْفَقَ احْتِسَابًا ، فَإِنْ حَلَفَ اسْتُسْعِيَ (٦) . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هُوَ مُتَبَرِّعٌ (٧) لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، كَالْوَتْبَرِ ع (٨) بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَدَّى مَا وَجَبَ عَلَيْهِ غَيْرِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مَنْ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى عَنْ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ هَذَا الْأَصْلِ فِي مَوْضِعِهِ .

فصل : فَمَا إِنْ وَجَدَ مَعَ اللَّقِيطِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وَهُوَ يَدُ صَحِيحَةٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورَثُ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ وَلِيَّهُ وَيَبِيعَ ، وَمَنْ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ ، فَلَهُ يَدُ صَحِيحَةٍ ، كَالْبَالِغِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ ، أَوْ مُتَعَلِّقًا بِمَنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَيَثْبُتُ بِذَلِكَ مِلْكُأَلَهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَمَنْ ذَلِكَ مَا كَانَ لِابْتِسَالِهِ ، أَوْ مَشْدُودًا فِي مَلْبُوسِهِ ، أَوْ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ مَجْعُوعًا فِيهِ ، كَالسَّرِيرِ وَالسَّقْفِ (٨) ، وَمَا فِيهِ مِنْ قَرَشٍ أَوْ دَرَاهِمٍ ، وَالثِّيَابِ الَّتِي تَحْتَهُ (٩) وَالَّتِي عَلَيْهِ (٩) . وَإِنْ كَانَ مَشْدُودًا عَلَى ذَائِبَةٍ ، أَوْ كَانَتْ مَشْدُودَةً فِي ثِيَابِهِ ، أَوْ كَانَ فِي حَيْمَةٍ ، أَوْ فِي دَارٍ ، فَهِيَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُتَفَصِّلُ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا مِنْهُ ، فَلَيْسَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنْهُ ، كَثُوبٍ مَوْضُوعٍ إِلَى جَانِبِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ هُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَالْبَعِيدِ . وَالثَّانِي ، هُوَ لَهُ . وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ تَرِكَ لَهُ ، فَهُوَ لَهُ (١٠) ، بِمَنْزِلَةِ مَا هُوَ تَحْتَهُ ، وَلِأَنَّ الْقَرِيبَ

(٥) فِي م : « الرَّجُوعُ » .

(٦) أَي اللَّقِيطِ .

(٧) ٧ - ٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) السَّقْفُ : وَعَاءٌ يُوَضَعُ فِيهِ الطِّيبُ وَنَحْوُهُ مِنْ أَدْوَاتِ النِّسَاءِ .

(٩) ٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : « وَالشَّيْءَ الَّذِي عَلَيْهِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

من البالغ يكون/ في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقرية ، ويحكم بأه في يده ، والحمال إذا جلس للاستراحة ، ترك حمله قريباً منه . فأما المدفون تحته ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طرياً ، فهو له ، وإلا فلا ؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طرياً ، كان مدفوناً قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً ، فلم يكن له إذا كان الحفر^(١١) طرياً ، كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له ، لشده واضعه في ثيابه^(١٢) ، ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمنا بأنه ليس له^(١٣) فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أثق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته ، لم تجب نفقته على أحد ؛ لأنه ذو مال ، فأشبهه غيره من الناس . إذا ثبت هذا ، فإن الملتقطه الإنفاق عليه منه^(١٤) بغير إذن الحاكم . ذكره أبو عبد الله ابن حامد ؛ لأنه ولي له ، فلم يعتبر في^(١٥) الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم ، كوصي اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف ، فاستوى فيه الإمام وغيره ، كتبديد الحمر . وروى أبو 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^(١٥) إلى الحاكم ، حتى يأمره بالإنفاق عليهم . فلم يجعل له الإنفاق عليهم^(١٦) من غير إذن الحاكم . فقال بعض أصحابنا : هذا مثله . والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين ؛ أحدهما ، أن الملتقط له ولاية على اللقيط ، وعلى ماله ؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه . والثاني ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل : « ساقه » .

(١٣) في م زيادة : « واضعه » .

(١٤) في النسخ : « فيه » .

(١٥) في م : « امرأة » .

(١٦) سقط من : الأصل .

أَنَّهُ يُنْفِقُ عَلَى اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ مَالِ أَبِيهِ مَشْرُوطٌ بِكَوْنِ الصَّبِيِّ مُحْتَاجًا إِلَى ذَلِكَ ، لِعَدَمِ مَالِهِ ، وَعَدَمِ نَفَقَةِ تَرْكِهَا أَبُوهُ بِرِسْمِهِ ، وَذَلِكَ لَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُودَعِ ، فَاحْتِيجُ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَلَا كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَتِنَا ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ وُجُوبِ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ ثُمَّ وُجُوبُهُ فِي اللَّقِيطِ . وَمَتَى لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، فَلَهُ الْإِنْفَاقُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ حَالٌ ضَرُورَةٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يُنْفِقَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ، وَإِنْ أَتَفَقَّ ضَمِيمٌ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ كَانَ لِأَبِي الصَّبِيِّ وَدَائِعُ^(١٧) عِنْدَ إِنْسَانٍ ، فَأَتَفَقَّ عَلَيْهِ مِنْهُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى مَالِهِ ، وَإِنَّمَا لَهُ حَقُّ الْحَضَانَةِ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، فَفِي جَوَازِ / الْإِنْفَاقِ وَجْهَانِ ؛ وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ أَيْدَاءً ، وَلَا نُسَلَّمُ أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى مَالِهِ ، فَإِنَّا قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ لَهُ أَخْذَهُ وَحِفْظَهُ ، وَهُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِهِ ، وَذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ اللَّقِيطِ وَبَيْنَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ الْحَاكِمَ فِي مَوْضِعٍ يَجِدُ حَاكِمًا ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ التُّهْمَةِ ، وَأَقْطَعُ لِلظُّنَنِ ، وَفِيهِ خُرُوجٌ بِهِ مِنَ الْخِلَافِ ، وَحِفْظٌ لِمَالِهِ مِنْ أَنْ يَرْجَعَ عَلَيْهِ بِمَا أَتَفَقَّ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي وِلْيَةِ الْيَتِيمِ ، فَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ ، وَاحْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا أَتَفَقَّ ، وَفِي التَّفْرِيطِ فِي الْإِنْفَاقِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَّفِقِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ ، كَوَلِيَّ الْيَتِيمِ .

ظ ٢٠٦/٥

٩٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ)

يعنى ميراثه لهم ، فإنَّ اللَّقِيطَ حُرُّ الْأَصْلِ ، وَلَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ ؛ لِأَنَّهُمْ حُوُلُوا كُلُّ مَالٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَلِأَنَّهُمْ^(١) يَرِثُونَ مَالَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرَ اللَّقِيطِ ، فَكَذَلِكَ اللَّقِيطُ . وَقَوْلُ الْخَرَقِيِّ : « وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ » . تَجَوَّزَ فِي اللَّفْظِ ، لِاشْتِرَاكِ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ وَمَنْ لَهُ الْوَلَاءُ فِي أَخْذِ الْمِيرَاثِ ، وَحِيَازَتِهِ كُلَّهُ عِنْدَ عَدَمِ

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « وَدَيْعَةٌ » .

(١) فِي م : « وَلِأَنَّهُ » .

الوارث . هذا هو الظاهرُ . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وقال شريح ، وإسحاق : عليه الولاء لمُتَقِطِهِ ؛ لما رَوَى وإثلهُ بن الأسقع ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَا عَنَتَ عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢) . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَقَالَ عَمْرُ لِأَبِي جَمِيلَةَ فِي لُقْطَتِهِ : هُوَ حُرٌّ ، وَلِكَ وَوَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ^(٣) . ولنا : قول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ »^(٤) . ولأنه لم يثبت عليه رِقٌّ ، ولا على آباءه ،

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١١٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء ما يرث النساء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحمدي ٢٦٧/٨ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب المرأة تحوز ثلاث مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٠/٣ ، ١٠٧/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الصدقة على موالى أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا قال المكاتب اشترى ... ، من كتاب المكاتب ، وفي : باب الشروط في البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط في الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحمل من الشروط ... ، من كتاب الشروط ، وفي : باب الحررة تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفي : باب إذا اعتق في الكفارة لمن يكون ولاؤه ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب الولاء لمن اعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٣/١ ، ١٥٨/٢ ، ٩٦/٣ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ١١/٧ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ١٨٢/٨ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، في : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ . وأبو داود ، في : باب في الولاء ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ١١٤/٢ ، ٣٤٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحمدي ٢٨١/٨ . والنسائي ، في : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٨١/٥ ، ١٣٢/٦ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ٢٦٤/٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا اعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٦٧١/١ ، ٨٤٢/٢ ، ٨٤٣ . والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب =

فلم يثبت عليه ولَاءٌ ، كالمعروفِ نَسْبُهُ ، ولأنه إن كان ابن حُرَيْنٍ ، فلا ولَاءَ عليه ، وإن كان ابن مُعْتَقِينَ ، فلا يكونُ عليه ولَاءٌ لغيرِ مُعْتَقِيهِمَا . وحديثُ وائِلَةَ لا يثبتُ . قاله ابنُ المُنْذِرِ . وخبرُ عمرَ ، قال ابنُ المُنْذِرِ : أبو جَمِيلَةَ رَجُلٌ مَجْهُولٌ ، لا تَقُومُ بحديثه حُجَّةٌ . ويَحْتَمِلُ أن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، عَنَى بقوله : ولك ولأؤه . أى لك ولآيته ، والقيَامُ به وحفظه . لذلك ذَكَرَهُ عَقِيبُ قولِ عَرِيفِهِ : إنه رَجُلٌ صالحٌ . وهذا يَفْتَضِي تَفْوِيضَ الوِلَايَةِ إليه ، لكَوْنِهِ مَأْمُونًا عليه دون الميراثِ . إذا ثبتَ هذا ، فإن حُكْمَ اللَّقِيْطِ فِي الميراثِ حُكْمٌ من عَرَفَ نَسْبَهُ ، وانقَرَضَ أَهْلُهُ / ، يُدْفَعُ إلى بَيْتِ المَالِ إذا لم يَكُنْ له وارثٌ . فإن كان له زَوْجَةٌ فلها الرُّبْعُ ، والباقي لِبَيْتِ المَالِ . وإن كانت امرأةٌ لها زَوْجٌ ، فله النِّصْفُ ، والباقي لِبَيْتِ المَالِ . وإن كانت له بِنْتُ ، أو ذَوْرَجِمٌ ، كَبِنْتِ بِنْتِ ، أَخَذَتْ جَمِيعَ المَالِ ؛ لأن الرُّدَّ وذا الرُّجْمِ مُقَدَّمٌ^(٥) على بَيْتِ المَالِ . والله أعلم .

و ٢٠٧/٥

٩٥٣ - مسألة ؛ قال : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، فنع من السفر به)

وجملة ذلك أن الملقط إن كان أمينا أقر اللقيط في يده ؛ لأن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أقر اللقيطَ في يدِ أُمِّي جَمِيلَةَ ، حين قال له^(١) عَرِيفُهُ : إنه رَجُلٌ صالحٌ^(٢) . ولأنه سبق إليه ، فكان أولى به ؛ لقولِ النبي ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٣) . وهل يجبُ الإِشْهَادُ عليه ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يَجِبُ ،^(٤) كما لا يَجِبُ^(٤) الإِشْهَادُ فِي اللُّقْطَةِ . والثاني ، يَجِبُ ؛ لأنَّ القَصْدَ بالإِشْهَادِ حِفْظُ النَّسَبِ والحُرِّيَّةِ ، فاخْتَصَّ بِوُجُوبِ الشَّهَادَةِ ، كالتَّكَاخِرِ ، وفَارَقَ اللُّقْطَةَ ؛ فَإِنَّ المَقْصُودَ مِنْهَا حِفْظُ المَالِ ، فلم يَجِبِ الإِشْهَادُ فِيهَا ، كالتَّبَعِ . فأما إن كان غيرَ أمينٍ ، فظاهرُ كَلَامِ

=الطلاق، وفي: باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. الموطأ ٢/٥٦٢، ٧٨٠، ٧٨١. والإمام أحمد، في: المسند ١/٢٨١، ٣٢١، ١٠٠/٢٨، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٣٣/٦، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢.

(٥) في الأصل: « أقرب فتقدم » .

(١) سقط من: الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٤ - ٤) سقط من: الأصل .

الْخِرْقَى أَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، وَيُمنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِهِ ، لِأَنَّ يَدَيْهِ رِقَّةٌ وَيَبِيعُهُ . وَيُنَبِّغِي أَنْ يَجِبَ
الإشهادُ عليه ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّنا إِذا ضَمَمْنَا إِلَيْهِ فِي اللَّقْطَةِ مَنْ يُشْرِفُ
عليه ، فَهُنَا أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَنْزَعُ مِنْ يَدَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛
لأنَّهُ لَيْسَ فِي حِفْظِ اللَّقِيطِ إِلَّا الْوِلَايَةُ ، وَلَا وِلَايَةُ لِقَاسِقٍ . وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ مِنْ أَوْجِهِ ؛
أَحَدُهَا ، أَنَّ فِي اللَّقْطَةِ مَعْنَى الْكَسْبِ ، وَلَيْسَ هُنَا إِلَّا الْوِلَايَةُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ اللَّقْطَةَ
لَوْ اتَّزَعَتْهَا مِنْهُ رَدَدْنَاها إِلَيْهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَاحْتَبَطْنَا عَلَيْهَا مَعَ بَقَائِها فِي يَدَيْهِ ، وَهُنَا لَا
تُرَدُّ إِلَيْهِ بَعْدَ الْاِتِّزَاعِ مِنْهُ بِحَالٍ ، فَكَانَ الْاِتِّزَاعُ أَحْوَطَ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْمَقْصُودَ ثَمَّ
حِفْظُ الْمَالِ ، وَيُمْكِنُ^(٥) الْاِحْتِياطُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَسْتَنْظِرَ عَلَيْهِ فِي التَّعْرِيفِ ، أَوْ يَنْصِبَ
الْحَاكِمَ مَنْ يُعْرِفُها ، وَهُنَا الْمَقْصُودُ حِفْظُ الْحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْاِسْتِظْهَارِ
عليه ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدْعَى رِقَّةً فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ ، أَوْ فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ
إِلَى حِفْظِها وَالْاِحْتِياطِ عَلَيْها عَامًّا وَاحِدًا ، وَهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى الْاِحْتِياطِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ
زَمَانِهِ . وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرْقِيِّ ، فَلَا يَنْزَعُ^(٦) مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ لَهُ الْوِلَايَةَ
بِالْتِقَاطِ/إِياءِ ، وَسَبَقَهُ إِلَيْهِ ، وَأَمْكِنَ حِفْظَ اللَّقِيطِ فِي يَدَيْهِ بِالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ ، وَضَمَّ أَمِينِ
يُشَارِفُهُ إِلَيْهِ ، وَيُشِيعُ أَمْرَهُ ، فَيَعْرِفُ أَنَّهُ لِقِيطٌ ، فَيُحْفَظُ^(٧) بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ زَوَالٍ
وِلَايَتِهِ . جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِّينِ ، كَمَا فِي اللَّقْطَةِ ، وَكَمَا لَوْ كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا . وَمَا ذُكِرَ مِنْ
التَّرْجِيحِ لِلْقِيطَةِ ، فَيُمْكِنُ^(٨) مَعَارَضَتُهُ ، بِأَنَّ اللَّقِيطَ ظَاهِرٌ مَكْشُوفٌ لَا تُخْفَى الْخِيَانَةُ
فِيهِ ، وَاللَّقْطَةُ مَسْتُورَةٌ خَفِيَّةٌ تَنْطَرِّقُ إِلَيْها الْخِيَانَةُ ، وَلَا يُعْلَمُ بِها ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ يُمَكِّنُ
أَخْذَ بَعْضِها وَتَنْقِيصَها وَإِبْدَالَها ، وَلَا يُتَمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ فِي اللَّقِيطِ . وَلِأَنَّ الْمَالَ مَحَلُّ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَلَكِنْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يَنْتَزِعُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَيُحْفَظُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

الخِيَانَةِ ، وَالتَّفُوسُ إِلَى تَنَاوُلِهِ وَأَخْذِهِ دَاعِيَةً ، بِخِلَافِ اللَّقِيطِ . فَعَلِي هَذَا ، مَتَى أَرَادَ الْمُتَلَقِّطُ السَّفَرَ بِاللَّقِيطِ مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُبْعِدُهُ مِمَّنْ عَرَفَ حَالَهُ ، فَلَا يُؤْمِنُ أَنْ يَدْعِيَ رِقَّةً وَيَبِيعَهُ .

فصل : وَإِذَا التَّقَطَ اللَّقِيطَ مَنْ هُوَ مَسْتَوْرُ الْحَالِ ، لَمْ تُعْرَفْ مِنْهُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ وَلَا الْخِيَانَةِ ، أَقْرَّ اللَّقِيطُ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَدْلِ فِي لُقْطَةِ الْمَالِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ وَالشَّهَادَةِ فِيهِ ، وَفِي أَكْثَرِ الْأَحْكَامِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِ الْعَدَالَةُ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . فَإِنْ أَرَادَ السَّفَرَ بِلُقْطَتِهِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّحَقَّقْ أَمَانَتَهُ ، فَلَمْ تُؤْمِنْ الْخِيَانَةُ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ فِي الْحَضَرِ مِنْ غَيْرِ مُشْرِفٍ يُضْمُّ إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْعَدْلَ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ السِّرَّ وَالصِّيَانَةَ . فَأَمَّا مَنْ عَرَفَتْ عَدَالَتَهُ ، وَظَهَرَتْ أَمَانَتُهُ ، فَيُقَرُّ اللَّقِيطُ فِي يَدِهِ فِي سَفَرِهِ وَحَضَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا مُؤَنَّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ سَفَرَهُ لَغَيْرِ الثَّقَلَةِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ سَفَرَ الْأَمِينِ بِاللَّقِيطِ إِلَى مَكَانٍ يُقِيمُ بِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ التَّقَطَهُ مِنَ الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ الثَّقَلَةَ^(٩) بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ مَقَامَهُ فِي الْحَضَرِ أَصْلَحَ لَهُ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ ، وَأَرْفَهُ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا أُوجِدَ فِي الْحَضَرِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وُلِدَ فِيهِ ، فَبِقَاؤِهِ فِيهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ وَظُهُورِ أَهْلِهِ ، وَاعْتِرَافِهِمْ بِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الثَّقَلَةَ بِهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ مِنَ الْحَضَرِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، فَلَمْ يُقَرَّ فِي يَدِ الْمُتَّقِلِ عَنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الْمُتَّقِلِ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَالْبَلَدُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، فَيُقَرُّ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرَ ، وَفَارَقَ الْمُتَّقِلَ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّهُ بِتَفْوِيتِ الرَّفَاهِيَةِ عَلَيْهِ . وَإِنْ التَّقَطَهُ مِنَ الْبَادِيَةِ فَلَهُ تَقْلُهُ إِلَى

و ٢٠٨/٥

(٩) ف م : « النقل » .

الحَضْرَ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَلُهُ مِنْ أَرْضِ الْبُؤْسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرَّفَاهِيَّةِ وَالذَّعَةِ وَالذِّينِ . وَإِنْ أَقَامَ بِهِ فِي حِلَّةٍ يَسْتَوِطُنْهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ بِهِ فِي (١٠) الْمَوَاضِعِ ، أَحْتَمَلَ أَنْ يُقَرَّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ابْنُ بَدَوِيِّينَ ، وَإِقْرَارُهُ فِي يَدَيْهِ مُلْتَقِطُهُ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُؤَخَّذَ مِنْهُ ، فَيُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَهُ لَهُ ، وَأَخْفَ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يُنَزَّعُ مِنْ مُلْتَقِطِهِ . (١١) فَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا وَجِدَ مَنْ يُدْفَعُ إِلَيْهِ ، مِمَّنْ هُوَ أَوْلَى بِهِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَنْ يَقُومُ بِهِ ، أُقِرَّ فِي يَدَيْهِ مُلْتَقِطُهُ (١٢) ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ فِي (١٣) يَدَيْهِ مَعَ قُصُورِهِ ، أَوْلَى (١٤) مِنْ إِهْلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا مِثْلُ مُلْتَقِطِهِ ، فَمُلْتَقِطُهُ أَوْلَى بِهِ ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي نَزْعِهِ مِنْ يَدِهِ ، وَدَفْعِهِ إِلَى مِثْلِهِ .

فصل : وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ ، إذا وجد من يلتقطه سواه ؛ لأن منافعهم لسيده ؛ فلا يذهبها (١٥) في غير نفعه إلا بإذنه ، ولأنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لعبد . فإن التقطه لم يقر في يديه ، إلا أن يأذن له السيد ، فإن أذن له ، أقر في يديه ؛ لأنه استعان به في ذلك ، فصار كالمولود التقطه بيده وسلمه إليه . قال ابن عقيل : إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك ، وصار كالمولود التقطه . والحكم في الأمية كالحكم في المكاتب . فأما إن لم يجد أحدا يلتقطه سواه ، وجب التقاطه ؛ لأنه تخليص له من الهلاك ، فأشبهه تخليصه من العرق . والمُدْبِرُ (١٦) ، وأم الولد ، والمعلق عتقه بصفة ، كالقن ، وكذلك المكاتب ، لأنه ليس له التبرع بماله ، ولا بمنافعه ، إلا أن يأذن له سيده في ذلك .

فصل : وليس للكافر (١٧) التقاط مسلم ؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، ولأنه

(١٠) في م : « إلى » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢ - ١٣) في الأصل : « بلدته مع حضوره خير » .

(١٣) في الأصل : « يدفعها » .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في م : « لكافر » .

لا يُؤْمَنُ أَنْ يَفْتَنَهُ وَيُعَلِّمَهُ الْكُفْرَ ، بل الظاهرُ أنه يُرِيه على دينه ، وَيُنشَأُ على ذلك ، كَوَلَدِهِ . فَإِنَّ التَّقَطَّهَ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ الطِّفْلُ مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَلَهُ التَّقَاطُهَ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .

فصل : وَإِنْ التَّقَطَّهَ اثْنَانِ ، وَتَنَاوَلَاهُ تَنَاوُلًا وَاحِدًا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ (١٦) أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مَمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ الْعَدْلِ الْحُرِّ ، وَالْآخَرُ مَمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْكَافِرِ إِذَا كَانَ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا ، وَالْفَاسِقِ ، وَالْعَبْدِ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ / سَيِّدُهُ ، وَالْمُكَاتَّبِ ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، وَتَكُونُ مُشَارَكَةً هَوْلَاءُ لَهُ (١٧) كَعَدَمِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ التَّقَطَّهَ وَحْدَهُ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، فَإِذَا شَارَكَهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِتْقَانِ أَوْلَى (١٨) .

ظ ٢٠٨/٥

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مَمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يَنْزَعُ مِنْهُمَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَى غَيْرِهِمَا . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ لَوْ انْفَرَدَ ، إِلَّا أَنْ أَحَدَهُمَا أَحْظَ لِلْقَيْطِ مِنَ الْآخَرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظَ لِلطِّفْلِ ، وَإِنَّ التَّقَطَّهَ مُسْلِمًا وَكَافِرًا طِفْلًا مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَالْمُسْلِمُ أَحَقُّ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ لِلْكَافِرِ وَوَلَايَةً عَلَى الْكَافِرِ ، وَيُقَرُّ فِي يَدِهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالتَّقَاطِهِ ، فَسَاوَى الْمُسْلِمَ فِي ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُسْلِمِ أَحْظَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فَيَسْعُدُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، وَيَنْجُو مِنَ النَّارِ ، وَيَتَخَلَّصُ مِنَ الْجَزِيَةِ وَالصَّغَارِ ، فَالتَّرْجِيحُ بِهَذَا أَوْلَى مِنَ التَّرْجِيحِ بِالْيَسَارِ الَّذِي لِنَّمَا يُتَعَلَّقُ بِهِ تَوْسِيعَةٌ عَلَيْهِ فِي الْإِتْفَاقِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُوسِرُ بَخِيلًا ، فَلَا تَخْصُلُ التَّوْسِيعَةُ . فَإِنْ تَعَارَضَ التَّرْجِيحَانِ ، فَكَانَ الْمُسْلِمُ قَبِيرًا وَالْكَافِرُ مُوسِرًا ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِإِسْرَارِهِ مَعَ كُفْرِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يُتَّبَعِي أَنْ يُقَدَّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ ؛

(١٦) سيذكر المؤلف خلال الفصل أربعة أقسام .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل زيادة : « به » .

لأنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عنده أَكْثَرُ من الجِهَةِ التي يَحْصُلُ له الحَظُّ فيها بِالْيَسَارِ ، وَرُبَّمَا تَخَلَّقَ بِأَخْلَاقِهِ ، وَتَعَلَّمَ من جُودِهِ . الرَّابِعُ ، أَن يَتَسَاوَى في كَوْنِهِمَا مُسْلِمِينَ عَدْلَيْنِ حُرِّينِ مُقِيمَيْنِ ، فَهَمَا سِوَاءٌ فِيهِ ، فَإِن رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ ، وَتَسْلِيمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، جَازٍ ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ ، فَلَا يُمْنَعُ مِنَ الإِثَارِ بِهِ . وَإِن تَشَاحَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَقْلَامُهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ^(١٩) . وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَن يَكُونَ عِنْدَهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِن تَهَايَاهُ ، فَجُعِلَ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، أَضَرَّ بِالطِّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ تَخْتَلَفُ عَلَيْهِ الأَغْذِيَةُ وَالْأَنْسُ وَالْإِلْفُ ، وَلَا يُمَكِّنُ دَفْعُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ الأُخْرَ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا مُتَسَاوٍ ، فَتَعَيَّنَ أَحَدُهُمَا بِالتَّحَكُّمِ لَا بِالجُورِ ، فَتَعَيَّنَ الإِفْرَاعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا يُقْرَعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي تَعْيِينِ السُّهَامِ فِي القِسْمَةِ ، وَبَيْنَ النِّسَاءِ فِي البِدَايَةِ بِالقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ العَبِيدِ فِي الإِعْتَاقِ / . وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ سِوَاءٌ ، وَلَا تُرْجَعُ الْمَرْأَةُ هَهُنَا ، كَمَا تُرْجَعُ فِي حَضَانَةِ وَلَدِهَا عَلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهَا رُجِّعَتْ لِشَفَقَتِهَا عَلَى وَلَدِهَا ، وَتَوَلَّيَا لِحَضَانَتِهِ بِنَفْسِهَا ، وَالْأَبُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَكَانَتْ ^(٢٠) الأُمُّ أَوْلَى وَأَحْظُّ ^(٢١) لَهُ وَأَرْفَقُ بِهِ ، أَمَّا هَهُنَا ، فَإِنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ مِنَ اللَّقِيْطِ ، وَالرَّجُلُ يَحْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ فَاسْتَوَى . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الفَصْلِ جَمِيعُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِن كَانَ أَحَدُهُمَا مَسْتَوْرَ الحَالِ ، وَالأُخْرُ ظَاهِرَ العَدَالَةِ ، اِحْتَمَلَ أَن يُرْجَعَ العَدْلُ ؛ لِأَنَّ المَانِعَ مِنَ الأَلْتِقَاطِ مُنْتَفٍ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ شَكِّ ، وَالأَمْرُ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَيَكُونُ الحَظُّ لِلطِّفْلِ فِي تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ أَمًّا . وَيَحْتَمِلُ أَن يَتَسَاوَى ؛ لِأَنَّ اِحْتِمَالَ وُجُودِ المَانِعِ لَا يُؤَثِّرُ فِي المَنْعِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ التَّرْجِيحُ .

فصل : وَإِن رَأَيْاهُ جَمِيعًا ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا فَأَخَذَهُ ، أَوْ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ ^(٢١) أَحَقُّ بِهِ ^(٢١) » . وَإِن رَأَاهُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، فَسَبَقَ إِلَى أَخْذِهِ الأُخْرَ ، فَالسَّابِقُ إِلَى أَخْذِهِ

(١٩) سورة آل عمران ٤٤ .

(٢٠ - ٢٠) في م : « أمه أحظ » .

(٢١ - ٢١) في الأصل : « ه » . وتقدم ترجمته في صفحة ١٥٢ .

أَحَقُّ ؛ لَأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ هُوَ الْأَخْذُ لَا الرَّؤْيَةَ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا (٢٢) لِصَاحِبِهِ : نَأْوِلِيهِ . فَأَخَذَهُ الْآخَرَ . نَظَرْنَا (٢٣ إِلَى نَيْتِهِ ٢٣) ، فَإِنْ نَوَى أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ فَهُوَ أَحَقُّ ، كَمَا لَمْ يَأْمُرْهُ الْآخَرُ بِمُتَأْوَلَتِهِ إِيَّاهُ ، وَإِنْ نَوَى مُتَأْوَلَتَهُ فَهُوَ لِلْآمِرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِنَيْتِهِ النَّيَابَةِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ تَوَكَّلَ لَهُ فِي تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

فصل : فَإِنْ اِخْتَلَفَا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا التَّقَطُّتُهُ . وَلَا بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا ، وَكَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ التَّقَطُّتُهُ . ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ ، كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ؛ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ (٢٤) . فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أَقْرَعٌ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَسَلَّمَ إِلَيْهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : لَا تَشْرَعُ الْيَمِينُ هَهُنَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمَجْرَدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُسَلَّمُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لهُمَا . وَالْأَوْلَى أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا حَقًّا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، فَأَشْبَهَهُمَا مَا لَوْ تَنَازَعَا وَدِيْعَةً عِنْدَ غَيْرِهِمَا . فَإِنْ وَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، / مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : فِي ظَهْرِهِ شَامَةٌ ، أَوْ بِجَسَدِهِ عَلَامَةٌ . وَذَكَرَ شَيْئًا فِي جَسَدِهِ مَسْتَوْرًا ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُقَدَّمُ بِالصَّفَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقَدَّمُ بِالصَّفَةِ ، كَمَا لَوْ وَصَفَ الْمُدَّعَى ، فَإِنَّهُ لَا تُقَدَّمُ بِهِ (٢٥) دَعْوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنَ اللَّقَطَةِ ، فَقَدَّمَ بِوَصْفِهَا ، كَلَقَطَةِ الْمَالِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى قُوَّةِ يَدِهِ ، فَكَانَ مُقَدَّمًا بِهَا . وَقِيَاسُ اللَّقِيطِ

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٣) في م : « لنيته » .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ٥٢٥/٦ .

(٢٥) في م : « له » .

على اللقطة أولى من قياسه على غيرها ؛ لأن اللقيط لقطه أيضا . وإن كان لأحدهما بيّنة ،
 قُدِّمَ بها . وإن كان لكل واحد منهما بيّنة ، قُدِّمَ أسبقهما تاريخًا ؛ لأن الثاني إنما أخذ
 ممن قد ثبت الحق فيه لغيره . وإن استوى تاريخهما ، أو أُطلقتا معًا ، أو أُرُخَتْ
 إحداهما وأُطلقت الأخرى ، فقد تعارضتا . وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه
 وجهان ؛ أحدهما ، يسقطان ، فيصيران كمن لا بيّنة لهما . والثاني ، يستعملان ،
 ويُفْرَعُ بينهما ، فمن قرع صاحبه كان أولى . وسنذكر ذلك في بابهِ ، إن شاء الله تعالى .
 وإن كان اللقيط في يد أحدهما ، فهل تُقدِّمُ بيّنته على بيّنة الآخر ، أو تُقدِّمُ بيّنة الخارج ؟
 فيه وجهان ، مبيّنان على الروايتين في دعوى المال . وإن كان أحد المتداعيين ممن لا
 تُقرُّ يده على اللقيط ، أقر في يد الآخر ، ولم يلتفت إلى دعوى من لا يُقرُّ في يده بحال .

٩٥٤ - مسألة ؛ قال : (وإن ادّعاه مسلم وكافر ، أرى القافة ، فأيهما ^(١)
 الحقوة لِحَق)

يعنى إذا ادعى نَسبه ، فلا تخلو دعوى نَسب اللقيط من قسمين ؛ أحدهما ، أن
 يدعيه واحد يُفرد بدعواه ، فينظر ؛ فإن كان المدعى رجلاً مسلماً حراً ، لِحَق نَسبه
 به ، بغير خلاف بين أهل العلم ، إذا أمكن أن يكون منه ؛ لأن الإقرار محض نفع
 للطفل لإتصال نَسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل ، كإلحاقه بحال . ثم إن كان
 المُقرُّ به مُلتقطه ، أقر في يده . وإن كان غيره ، فله أن يتزعه من المُلتقط ؛ لأنه قد
 ثبت أنه أبوه ، فيكون أحق بولده ، كإلحاقه به بيّنة . وإن كان المدعى له عبداً ،
 لِحَق به أيضا ؛ لأن لِمائه حرمة ، فلِحَق به نَسبه كالحُرِّ . وهذا قول الشافعي ، وغيره ،
 غير أنه لا تثبت له حضانة ؛ لأنه مشغول بخدمة سيده ، ولا تجب عليه نفقته ؛ لأنه
 لا مال له ، ولا على سيده ؛ لأن الطفل محكوم بحرّيته ، فتكون نفقته في بيت المال .
 وإن كان المدعى ذمياً ، لِحَق به ؛ / لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفِراش ، فإنه يثبت
 ٢١٠/٥ و

(١) في م : « فأيهما » .

له بالتكاح والوطء في الملك . وقال أبو ثور : لا يلحق به ؛ لأنه محكوم بإسلامه . ولنا ، أنه أقر بنسب مجهول النسب ، يمكن أن يكون منه ، وليس في إقراره إضراراً بغيره ، فيثبت إقراره ، كالمسلم . إذا ثبت هذا ، فإنه يلحق به في (٢) النسب لا في الدين ، ولا حق له في حضائته . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : يتبعه في دينه ؛ لأن كل (٣) ما لحقه في نسبه يلحق به في دينه (٢) ، كالبيّنة ، إلا أنه يحال بينه وبينه ، ولنا ، أن هذا حكم بإسلامه ، فلا يقبل قول الذمي في كفره ، كالمعروف النسب ؛ ولأنها دعوى تخالف الظاهر ، فلم تقبل بمجردها ، كدعوى رقه ، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه ؛ لأنه يكون إضراراً به ، فلم تقبل ، كدعوى الرق . أمّا مجرد (٤) النسب بدون اتباعه في الدين ، فمصلحة عارية عن الضرر ، فقبل قوله فيه . ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم ؛ الضرر ، والخزي في الدنيا والآخرة . وإن كان المدعى امرأة ، فاختلف (٥) عن أحمد ، رحمه الله ، فروى أن دعواها (٦) تقبل ، ويلحقها نسبه ؛ لأنها أحد الأبوين ، فيثبت (٧) النسب بدعواها ، كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها ، كما (٨) يمكن أن يكون ولد الرجل ، بل أكثر ؛ لأنها تأتي به من زوج ، ووطء يشبهه ، ويلحقها ولدها من الرئي دون الرجل ، ولأن في قصة داود وسليمان ، عليهما السلام ، حين تحاكم إليهما امرأتان كان لهما ابنان ، فذهب الذئب بأحدهما ، فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها ، وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى ، فحكم به

(٢) في م : « من » .

(٣ - ٣) في الأصل : « ما لحق به نسبه لحق به في دينه » .

(٤) في م : « بمجرد » .

(٥) أي النقل .

(٦) في م : « دعوتها » .

(٧) في م : « ثبت » .

(٨ - ٨) سقط من م .

داوُدُ لِلْكُبْرَى ، وَحَكَمَ بِهِ سَلِيمَانُ لِلْأُخْرَى ، بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنْهُمَا^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ
بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، يَلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ
أَنْ يَلْحَقَهُ نَسَبٌ وَوَلَدٌ لَمْ يُقَرِّ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَهُ ، لَمْ يَلْحَقْ بِزَوْجَتِهِ .
فَإِنْ قِيلَ : الرَّجُلُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، أَوْ مِنْ أَمْتِهِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَحِلُّ
لَهَا نِكَاحٌ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَا يَحِلُّ وَطُؤُهَا لِغَيْرِهِ . قُلْنَا : يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ مِنْ وَطْءِ شَبِيهَةٍ أَوْ
غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا قَبْلَ^(١٠) « أَنْ يَتَزَوَّجَهَا هَذَا »^(١١) الرَّوْجِ ،
أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا قِيلَ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ مِنَ الرَّوْجِ ، لِمَافِيهِ
مِنَ الْمَصْلَحَةِ ، بِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الصَّبِيِّ ، وَصِيَّاتِهِ عَنِ النَّسَبِ إِلَى كَوْنِهِ وَلَدَ زَيْئٍ ، وَلَا
يَحْصُلُ هَذَا بِالْحَاقِ نَسَبِهِ بِالْمَرْأَةِ ، بَلْ فِي^(١٢) « الْإِلْحَاقِ »^(١٣) بِهَا دُونَ زَوْجِهَا تَطَّرُقُ
الْعَارُ^(١٤) إِلَيْهِ وَإِلَيْهَا . قُلْنَا : بَلْ قِيلَ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي حَقًّا لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا
مَضَرَّةَ عَلَى أَحَدٍ فِيهِ ، فَقِيلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ فِي دَعْوَى الْمَرْأَةِ .
وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهَا إِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ، لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْإِلْحَاقِ
النَّسَبِ بِزَوْجِهَا بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ وَلَا رِضَاةِ ، أَوْ إِلَى أَنْ^(١٥) « امْرَأَتُهُ وَطِئَتْ بِزَيْئٍ أَوْ بِشَبِيهَةٍ »^(١٥) ،
وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يُلْحَقُ الضَّرَرَ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ ، قَبِلَتْ
دَعْوَاهَا لِغَدَمِ هَذَا الضَّرَرِ . وَهَذَا أَيْضًا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ ،

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ وَهَبْنَا لِدَاوُدَ سَلِيمَانَ نَعْمَ الْعَبْدُ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ،
وفى : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٤/١٩٨ ، ٨/١٩٤ ، ١٩٥ . والنسائى ،
فى : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٦ ، ٢٠٧ ، وعبد الرزاق ، فى : باب المرأتين
تدعيان ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٣٦٢ .

(١٠ - ١٠) فى الأصل : « تزوجها بهذا » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى م : « إلحاقها » .

(١٣) فى م : « للعار » .

(١٤) فى م : « أو » .

(١٥) فى م : « شبيهة » .

تَقَلَّهَا الْكُوسُجُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَا تُصَدَّقُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ ، لَمْ يُحَلَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا أَهْلٌ وَنَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَمْ تَخْفُ وَلَا دَعَتْهَا عَلَيْهِمْ ، وَيَتَضَرَّرُونَ بِالْحَاقِ النَّسَبِ بِهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْيِيرِهِمْ بِوِلَادَتِهَا مِنْ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَهْلٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُثَبَّتَ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يُثَبَّتُ بِدَعْوَى الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا يُمَكِّنُهَا إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا بِمُجَرَّدِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ زَوْجُهَا طَلَاقَهَا بِوِلَادَتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ ، وَإِمَّا كَانَ الْبَيِّنَةُ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ الْقَوْلِ ، كَالرَّجُلِ ، فَإِنَّهُ تُمَكِّنُهُ إِقَامَةُ ^(١٦) الْبَيِّنَةِ أَنَّ هَذَا وَلَدٌ ^(١٧) عَلَى فِرَاشِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي أُمَّةً ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّا إِذَا قَبَلْنَا دَعْوَاهَا فِي نَسَبِهِ ، لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهَا فِي رِقِّهِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَقْبَلُ الدَّعْوَى فِيمَا يَضُرُّهُ ، كَمَا لَمْ نَقْبَلِ الدَّعْوَى فِي كُفْرِهِ إِذَا ادَّعَى نَسَبَهُ كَافِرٌ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَدَّعِيَ نَسَبَهُ اثْنَانِ فِصَاعِدًا ، وَالْكَلامُ فِي ذَلِكَ فِي فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ ، فَهَمَا سِوَاءٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ ، وَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيظِ ضَرْرًا فِي إِحْقَاقِهِ بِالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ ، فَكَانَ إِحْقَاقُهُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ أَوْلَى ، كَمَا لَوْ تَنَازَعُوا فِي الْحَضَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ ^(١٨) مِنْهُمَا إِذَا ^(١٩) انْفَرَدَ صَحَّحَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا تَنَازَعُوا ، / تَسَاوَوْا فِي الدَّعْوَى ^(٢٠) ، كَالْأَحْرَارِ الْمُسْلِمِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الضَّرْرِ لَا يَتَحَقَّقُ ، فَإِنَّا لَا نَحْكُمُ بِرِقِّهِ وَلَا كُفْرِهِ . وَلَا يُشْبِهُ النَّسَبَ الْحَضَانَةَ ، بِدَلِيلِ أَنَّ نَقْدَهُمُ

٢١١/٥ و

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « الولد » .

(١٨ - ١٨) في م : « لو » .

(١٩) في الأصل : « دعواه » .

في الحَضَانَةِ الْمُوسِرِ وَالْحَضْرِيِّ ، ولا تُقَدَّمُهُمَا في دَعْوَى النَّسَبِ . قال ابن المُنْذِرِ : إذا كان عَبْدٌ ، امرأته أمةٌ ، في أيديهما صبيٌّ ، فادَّعى رَجُلٌ من العَرَبِ امرأته عَرَبِيَّةً أَنَّهُ ابْنُهُ من امرأته ، فأقام العَبْدُ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ (٢٠) أَنَّهُ ابْنُهُ (٢١) ، فهو ابْنُهُ في قول أبي نُورٍ وغيرِهِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُقْضَى بِهِ لِلْعَرَبِيِّ ، لِلْعَتَقِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ ، وكذلك لو كان المُدَّعى من المَوَالِي عَبْدُهُمْ . وقولُهُم هذا غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ العَرَبَ وغيرَهُم في أَحْكامِ اللَّهِ وَلُحُوقِ النَّسَبِ بِهِم سِوَاءٌ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ ، فَكَانَ لِأَحَدِهِمَا بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ ابْنُهُ . وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِعْمَالُهُمَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهُمَا فِي الْمَالِ إِمَّا بِقِسْمَتِهِ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ هَهُنَا ، وَإِمَّا بِالْإِقْرَاعِ بَيْنَهُمَا ، وَالْقِرْعَةَ لَا يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنَّ ثُبُوتَهُ هَهُنَا يَكُونُ بِالْبَيِّنَةِ لَا بِالْقِرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقِرْعَةُ مُرْجَحَةٌ . قُلْنَا : فَيَلْزَمُ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ ، فَأَثْبَتَ بَوْلِدَ ، أَنْ (٢٢) يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونُ لِحُوقِهِ بِالْوَطْءِ لَا بِالْقِرْعَةِ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِهِ (٢٣) بَيِّنَةٌ ، أَوْ تَعَارَضَتْ بِهِ بَيِّنَتَانِ ، وَسَقَطَتَا ، فَإِنَّمَا نُرِيهِ الْقَافَةَ مَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ عَصِيْبَتَيْهِمَا عِنْدَ فَقْدِهِمَا ، فَنُلْحِقُهُ بِمَنْ أَحَقَّهُهُ بِهِ مِنْهُمَا . هَذَا قَوْلُ أَنَسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَيَزِيدِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَاللَّيْثِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي نُورٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا حُكْمَ لِلْقَافَةِ ، وَيُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِالْقَافَةِ تَعْوِيلٌ عَلَى مُجَرَّدِ الشَّبهِ وَالظَّنِّ وَالتَّحْمِينِ ، فَإِنَّ الشَّبَهَ يُوجَدُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ ، وَيَنْتَفِي بِالنَّسَبِ بَيْنَ الْأَقَارِبِ ، وَهَذَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَاهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ امْرَأَتِي وَكَذَتْ غَلَامًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قَالَ :

(٢٠ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

نعم . قال : « فَمَا أَلَوَاتُهَا ؟ » . قال : حُمُرٌ . قال : « فَهَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ ؟ » قال :
نعم . قال : « أَنَّى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قال : لَعَلَّ عِرْقًا تَرَعٌ . قال : « وَهَذَا لَعَلُّ عِرْقًا
تَرَعٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢٣) . قالوا : ولو كان الشبُّه كافيًا لَأَكْتَفَى بِهِ فِي وِلْدِ الْمَلَاعِنَةِ ،
وفيما إذا أقرَّ أحدُ الورثةِ بأخٍ وأنكرهُ الباقونَ . ولنا ، ما روى عن عائشةَ ، رَضِيَ
اللهُ عنها ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا يَوْمًا مَسْرُورًا ، تَبَرَّقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ / ، فقال :
« أَلَمْ تَرَى أَنَّ مُحْزَرًا الْمُدْلِجِيَّ نَظَرَ أَنْفَالِي زَيْدٍ وَأَسَامَةَ ، وَقَدَّ غَطِيَارُ عَوْسَهُمَا ، وَبَدَتْ
أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢٤) . فلولا
جَوَازُ الْأَعْتِمَادِ عَلَى الْقَافَةِ لَمَا سَرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا اعْتَمَدَ عَلَيْهِ . ولأنَّ عمرَ ، رَضِيَ
اللهُ عنه ، قَضَى بِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يَنْكِرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَيَدُلُّ عَلَى
ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي وِلْدِ الْمَلَاعِنَةِ : « انظُرُواهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِه حَمَشَ السَّاقِينِ (٢٥)
كَأَنَّهُ وَحْرَةٌ (٢٦) فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِه أُنْكَحَلْ ، جَعْدًا ، جُمَالِيًا (٢٧) ،
سَابِعَ الْأَيْتِينَ ، خَدَلَجَ السَّاقِينِ (٢٨) ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَتْ بِهِ » . فَأَتَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب من شبه أصلًا معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٢٥/٩ .
ومسلم ، فى : كتاب اللعان ، صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا شك فى الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٥/١ . والنسائى ،
فى : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب صفة النبى ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مناقب زيد بن حارثة مولى
النبى ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفى : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٢٢٩/٤ ،
٢٩/٥ ، ١٩٥/٨ . ومسلم ، فى : باب العمل بالحق القائف لولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم
١٠٨٢ ، ١٠٨١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٦/١ . والترمذى ، فى :
باب ما جاء فى القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٨ ، ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب القافة ،
من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه
٧٨٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٢٥) حمش الساقين : أى رقيقهما . وفى النسخ : « أحمش » .

(٢٦) الوحرة : وزعة ، كسام أبرص .

(٢٧) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجملى .

(٢٨) خدلج الساقين : مملوهما .

المَكْرُوه ، فقال النبي ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » (٢٩) . فقد حَكَمَ به النبي ﷺ للذي أَشْبَهَهُ مِنْهَا . وقوله : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ على أَنَّهُ لم يَمْنَعُهُ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّبِيهِ إِلَّا الْإِيمَانُ ، فَإِذَا اتَّفَقَ الْمَانِعُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ . وكذلك قولُ النبي ﷺ في ابنِ أُمِّةٍ زَمَعَةَ ، حينَ رَأَى به شَبَهَا بَيْنَنَا بَعْتَبَةَ بنِ أَبِي وَقَاصِرٍ : « اِحْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ » (٣٠) . فَعَمِلَ بِالشَّبِيهِ فِي حَجَبِ سَوْدَةَ عَنْهُ . فَإِن قِيلَ : فَالْحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ ، إِذْ لم يَحْكُمِ النبي ﷺ بِالشَّبِيهِ فِيهِمَا ، بَلِ الْحَقُّ الْوَالِدُ بِزَمَعَةَ ، وَقَالَ لِعَبْدِ بنِ زَمَعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بنِ زَمَعَةَ ، الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاوِرِ الْحَجَرِ » . ولم يَعْمَلْ بِشَبِيهِ وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، لِشَبِيهِهِ بِالْمَقْدُوفِ . قُلْنَا : إِنَّمَا لم يَعْمَلْ بِهِ فِي ابنِ أُمِّةٍ (٣١) زَمَعَةَ ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ أَقْوَى ، وَتَرَكَ الْعَمَلَ بِالْبَيْنَةِ لِمُعَارِضَةٍ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا (٣٢) ، لَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضَ عَنْهَا (٣٣) إِذَا خَلَّتْ عَنِ الْمُعَارِضِ (٣٤) . وَكَذَلِكَ تَرَكَ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ أَيَامِنِهَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . على أَنَّ ضَعْفَ الشَّبِيهِ عَنِ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُوجِبُ ضَعْفَهُ

-
- (٢٩) حديث هلال بن أمية أخرجه البخاري ، في : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب ويدرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفي : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن في المسجد ، وباب قول النبي ﷺ : لو كنت راجما بغير بينة ، وباب قول الإمام : اللهم بين ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٣/٢٣٣ ، ٦/١٢٦ ، ٧/٦٩ - ٧٢ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢/١١٣٤ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥٢١ - ٥٢٥ . والترمذي ، في : باب تفسر سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١/٤٥ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٤٠ ، ١٤١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٣/١٤٢ .
- (٣٠) تقدم تخريجها في : ٧/٣١٦ .
- (٣١) سقط من : م .
- (٣٢) في م : « منه » .
- (٣٣) في م : « عنه » .
- (٣٤) في الأصل : « المعارضة » .

عن إلحاق النسب ، فإن الحد في الرئي لا يثبت إلا بأقوى البيئات ، وأكثرها عددًا ، وأقوى الإقرار ، حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويذرا بالشبهات ، والنسب يثبت بشهادة امرأة واحدة على الولادة ، ويثبت بمجرد الدعوى ، ويثبت مع ظهور اثباته ، حتى لو أن امرأة أتت بولد وزوجها غائب عنها منذ عشرين سنة ، لحقه ولدها ، فكيف يحتج على نفيه بعدم إقامة الحد ! ولأنه حكم بظن غالب ، ورأي راجح ، ممن هو من أهل الخبرة ، فجاز ، كقول المومنين / . وقولهم : إن الشبه يجوز وجوده (٣٥) وعدمه . قلنا : الظاهر وجوده (٣٥) ، ولهذا قال : النبي ﷺ حين قالت أم سلمة : أو ترى ذلك المرأة ؟ قال : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشَّبَهُ ؟ » (٣٦) . والحديث الذي احتجوا به حجة عليهم ؛ لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه ، وعزومه على نفيه لذلك ، يدل على أن العادة خلافه ، وأن في طباع الناس إنكاره ، وأن ذلك إنما يوجد نادرا ، وإنما ألحقه النبي ﷺ به لوجود الفراس ، وتجاوز مخالفة الظاهر لدليل ، ولا يجوز تركه من غير دليل ، ولأن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب يخطأ لإثباته ، ويثبت بأدنى دليل ، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه ، وأنه لا يتنفي إلا بأقوى الأدلة ، كما أن الحد لما اتنفي بالشبه ، لم يثبت إلا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور ، أن لا يثبت به النسب في مسألتي . فإن قيل : فهنا إن علمتم بالقافة فقد نفيتم النسب عنم لم تلحقه القافة به . قلنا : إنما اتنفي النسب ههنا لعدم دليله ؛ لأنه لم يوجد إلا مجرد الدعوى ، وقد عارضها مثلها ، فسقط حكمها ، وكان الشبه مرجحا لأحدهما ، فانتفت دالة أخرى ، فلزم انتفاء النسب لانتفاء دليله ، وتقديم اللعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ، كاليد تقدم عليها البينة ، ويعمل بها .

و ٢١٢/٥

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) تقدم تحريجه في ٢٦٥/١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب الحياة في العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخاري ٤٤/١ ، ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٦ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .

فصل : والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة ، فهو قائف . وقيل : أكثر ما يكون في بني مذليج رهط مجزئ المذليجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطياً رؤوسهما ، وبدت أقدامهما ، فقال : « إن هذه الأقدام بعضها من بعض » . وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً ، وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً ، عدلاً ، مجرباً في الإصابة ، حراً ؛ لأن قوله حكماً ، والحكم تعتبر له هذه الشروط . قال القاضي : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة ، وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ، ويرى إياهم ، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله ؛ لأننا تبيننا^(٣٧) خطاه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم ، أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه ، فإن ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً^(٣٨) معروف النسب^(٣٨) مع قوم / فيهم^(٣٩) ، فإن ألحقه به لحق ، وإذا ألحقه بقربيه ، علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره ، سقط قوله ، أبوه أو أخوه ، فإذا ألحقه بقربيه ، علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره ، سقط قوله ، جاز . وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاختياط في معرفة إصابته ، وإن لم تجربته في الحال ، بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كبيرة ، جاز . وقدرونا أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته ، وأبى أن يستلحقه ، فمر به إياس ابن معاوية في المكتب ، وهو لا يعرفه ، فقال : ادع لي أباك . فقال له المعلم : ومن أبو هذا؟ قال : فلان . قال : من أين علمت أنه أبوه؟ قال : هو أشبه به من العراب بالعراب . فقام المعلم مسروراً إلى أبيه ، فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل وسأل إياساً ، فقال : من أين علمت أن هذا ولدي؟ فقال : سبحان الله ، وهل يخفى ولدك^(٣٩) على أحد ، إنه لأشبه^(٤٠) بك من العراب بالعراب . فسر الرجل ، واستلحق ولده .

(٣٧) في الأصل : « نبيين » .

(٣٨ - ٣٨) في الأصل : « معروفاً » .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) في م : « أشبه » .

وهل يُقْبَلُ قولٌ واحدٌ ، أو لا يُقْبَلُ إلا قولُ اثْنَيْنِ ؟ فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إلا قولُ اثْنَيْنِ ، فإنَّ الأثرَ مَرَوَى عنه ، أنَّه قيلَ له : إذا قال أحدُ القافةِ : هو لهذا . وقال الآخرُ : هو لهذا ؟ قال : لا يُقْبَلُ واحدٌ حتى يَجْتَمِعَ اثنانِ ، فيكونانِ شاهِدَيْنِ . فإذا شَهِدَ اثنانِ من القافةِ أنَّه لهذا ، فهو لهذا ؛ لأنَّه قولٌ يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، فأشبهَ الشَّهَادَةَ . وقال القاضي : يُقْبَلُ قولُ الواحدِ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، ويُقْبَلُ في الحُكْمِ قولٌ واحدٌ . وحَمَلَ كلامَ أحمدَ على ما إذا تَعَارَضَ قولُ القائِفَيْنِ ، فقال : إذا خالَفَ القائِفُ غيره ، تَعَارَضًا وسَقَطًا . وإن قال اثنانِ قولًا ، وخالَفَهُما واحدٌ ، فقولُهُما أَوْلَى ؛ لأنَّهُما شاهِدانِ ، فقولُهُما أقوى من قولِ واحدٍ . وإن عَارَضَ قولُ اثْنَيْنِ قولُ اثْنَيْنِ ، سَقَطَ قولُ الجَمِيعِ . وإن عَارَضَ قولُ الاثْنَيْنِ ثَلَاثَةً فَأَكْثَرَ ^(٤١) ، لم يُرْجَحْ ، وسَقَطَ الجَمِيعُ ، كما لو كانت إحدَى البيئَتَيْنِ اثْنَيْنِ ، والأُخرى ثَلَاثَةً ^(٤٢) أو أَكْثَرَ ^(٤٣) . فأما إن أَلْحَقْتَهُ القافةَ بواحدٍ ، ثم جاءتْ قافةٌ أُخرى فَأَلْحَقْتَهُ بِأَخرى ، كانَ لاجِئًا بالأوَّلِ ؛ لأنَّ القائِفَ جَرَى مَجْرَى حُكْمِ الحاكِمِ ، ومتى حَكَمَ الحاكِمُ حُكْمًا لم يَنْتَقِضْ بِمُخَالَفَةِ غيره له . وكذلك إن أَلْحَقْتَهُ بواحدٍ ، ثم عادتْ فَأَلْحَقْتَهُ بغيره ؛ لذلك . فإن أقامَ الأخرُ بَينَهُ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، حَكَمَ له به ، وسَقَطَ قولُ القائِفِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ ، فيسَقَطُ بوجُودِ الأَصْلِ ، كالتَّيْمُمِ مع الماءِ .

و ٢١٣/٥

فصل : وإن أَلْحَقْتَهُ القافةَ بكافرٍ أو رقيقٍ ، لم يُحْكَمْ / بِكُفْرِهِ ولا رِقِّهِ ؛ لأنَّ الحرِّيَّةَ والإسْلامَ ثَبَّتاه بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذلكَ بِمُجَرَّدِ الشُّبْهِ وَالظَّنِّ ، كما لم يَزُلْ ذلكَ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنَ المُنْفَرِدِ . وإنما قَبَلنا قولَ القائِفِ في النَّسَبِ ، لِلحَاجَةِ إلى إِبْتائِهِ ، وَلِكونِهِ غيرَ مُخَالَفٍ لِلظَّاهِرِ ، ولهذا اكتَفِينا فيه بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنَ المُنْفَرِدِ ، ولا حاجةَ إلى إِبْتاتِ ^(٤٣) رِقِّهِ وَكُفْرِهِ ، وإِبْتائُهُما يُخَالَفُ الظَّاهِرَ .

فصل ^(٤٤) : ولو ادَّعى نَسَبَ اللَّقِيطِ إنسانًا ، فَأَلْحَقَ نَسَبَهُ به ، لِإِثْرادِهِ

(٤١) م : « أو أكثر » .

(٤٢ - ٤٣) م : « فأكثر » .

(٤٣) في الأصل : « إِبْتاتِهِ » .

(٤٤) سقط من : م .

بالدَعْوَى ، ثم جاءَ آخِرُ فادَّعَاهُ ، لم يُزَلْ نَسْبُهُ عن الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ حُكِمَ لَهُ (٤٥) به ، فلا يُزُولُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فَإِنَّ الْحَقَّتَهُ بِهِ الْقَافَةُ ، لِحَقِّ بِهِ ، وَانْقَطَعَ عَنِ الأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ (٤٦) فِي إلْحَاقِ النَّسَبِ ، وَيُزُولُ بِهَا الحُكْمُ الثَّابِتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كَالشَّهَادَةِ .

فصل ٤٦ : وَإِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ ، فَالْحَقَّتَهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، لِحَقِّ بِهِمَا ، وَكَانَ ابْنُهُمَا ، يَرْتُهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ ، وَيَرْتَانِهِ جَمِيعًا مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ . وَهَذَا يَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنَ الْوَالِدِ ، فَإِذَا أَلْحَقْتَهُ بِهِمَا سَقَطَ قَوْلُهُمَا ، وَلَمْ يُحْكَمْ لِهَما . وَاحْتَجَّ بِرِوَايَةِ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ الْقَافَةَ قَالَتْ : قَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ . فَقَالَ عُمَرُ : وَإِلَّاهُ مَا شَفَّتْ . وَلِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَإِذَا أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، تَبَيَّنَّا كَذِبُهُمَا ، فَسَقَطَ قَوْلُهُمَا ، كَمَا لَوْ أَلْحَقْتَهُ بِأُمِّيْنِ (٤٧) ، وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَيْنِ (٤٨) لَوْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَثْبُتْ ، وَلَوْ ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً ، سَقَطْنَا ، وَلَوْ جازَ أَنْ يُلْحَقَ بِهِمَا ، لَتَبَّتْ بِاتِّفَاقِهِمَا ، وَالْحَقُّ بِهِمَا عِنْدَ تَعَارُضِ بَيِّنَتَيْهِمَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » : ثنا سُفْيَانُ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ يَسَّارٍ ، عَنْ عُمَرَ ، فِي امْرَأَةٍ وَطَفْهَارِ جُلَّانٍ فِي طَهْرٍ ، فَقَالَ الْقَائِفُ : قَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ جَمِيعًا . فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا (٥٠) . وَبِإِسْنَادِهِ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ : وَعَلِيٌّ يَقُولُ : هُوَ ابْنُهُمَا ، وَهُمَا أَبُوَاهُ ، يَرْتُهُمَا وَيَرْتَانِهِ (٥١) . وَرَوَاهُ الزُّبَيْرِيُّ بْنُ بَكَّارٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ . وَقَالَ

(٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٦) - (٤٦) سقط من : الأصل .

(٤٧) في الأصل : « بائنين » .

(٤٨) في الأصل : « المتداعيين » .

(٤٩) في م : « عن » . وانظر : الموطأ ٢/٧٤٠ .

(٥٠) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء بالحق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٤٠ ، ٧٤١ .

والبصقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ١٠/٢٦٣ .

(٥١) انظر : إرواء الغليل ٦/٢٧ .

الإمام أحمد : حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِ ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا ، وَقَابُوسُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ (٥٢) ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَرَوَى الْأَثْرَمُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ، فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَ فِي طَهْرِ امْرَأَةٍ ، فَحَمَلَتْ فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشْبَهُهُمَا ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا الْقَافَةَ فَنظَرُوهُ (٥٣) ، فَقَالُوا : تَرَاهُ يُشْبَهُهُمَا . فَأَلْحَقَهُ بِهِمَا ، وَجَعَلَهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ (٥٤) . قَالَ سَعِيدٌ : عَصَبَتُهُ الْبَاقِي مِنْهُمَا . وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ عَمْرِ لَا تَعْلَمُ صِحَّتَهُ ، وَإِنْ صَحَّ فَيَحْتَمِلُ / أَنَّهُ تَرَكَ قَوْلَ الْقَافَةِ لِأَمْرِ آخَرَ ، إِمَّا لِعَدَمِ ثَبَاتِهِمَا ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ مِنْ قَوْلِهِمَا وَاخْتِلَافِهِمَا (٥٥) مَا يُوجِبُ تَرْكَهُ ، فَلَا يَنْحَصِرُ الْمَانِعُ مِنْ قَبُولِ قَوْلِهِمَا فِي أَنَّهُمَا اشْتَرَكَ كَافِيَهُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةَ بِهِمَا ، وَرِثْتُهُمَا وَوَرِثَاهُ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ ، لَا يُزِيلُهُ شَيْءٌ . وَمَعْنَى قَوْلِهِ : « هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا » . وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ مِيرَاثَ أَبِي كَامِلٍ ، كَمَا أَنَّ الْجَدَّةَ إِذَا انْفَرَدَتْ أَخَذَتْ مَا يَأْخُذُهُ الْجَدَّاتُ ، وَالزَّوْجَةَ تَأْخُذُ وَحْدَهَا مَا يَأْخُذُهُ جَمِيعُ الزَّوْجَاتِ .

ظ ٢١٣/٥

فصل : وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَأَلْحَقْتَهُ بِهِم الْقَافَةَ ، فَنَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّأً ، أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ . وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ يُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةَ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ اثْنَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ ؛ لِأَنَّا صَبَرْنَا (٥٦) إِلَى ذَلِكَ لِإِلْتِزَامِ ، فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ

(٥٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : يقرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٨/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٥٣) في م : « فنظروا » .

(٥٤) أخرجه البيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٤/١٠ . وعبد الرزاق ، في : باب النفر يقعون على المرأة في طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٥٥) في م : « واختلافه » .

(٥٦) في الأصل : « نظرنا » .

ابن الحسن . ورُوي ذلك عن أبي يوسف أيضا . ولنا ، أن المعنى الذي لأجله لحق
بائنتين ، موجود فيما زاد عليه ، فيقاس عليه ، وإذا جاز أن يُخلق^(٥٧) من اثنتين ، جاز
أن يُخلق^(٥٧) من أكثر من ذلك . وقولهم : إن إلحاقه بالاثنتين على خلاف الأصل .
ممنوع ، وإن سلمناه ، لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره ، فيجب تعدية الحكم به ،
كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل ، لا يمنع من أن يقاس
على ذلك ما لغيره ، والصيد الحريمي ، وغيرهما من المحرمات ، لوجود المعنى ،
وهو إبقاء النفس ، وتخليصها من الهلاك . وأما قول من قال : إنه يجوز إلحاقه بثلاثة ،
ولا يزد على ذلك ، فتحكم ، فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ، ولا عدى الحكم
إلى كل ما وجد فيه المعنى ، ولا تعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي إلحاق النسب بهم ،
فلم يجز الإقتصار عليه بالتحكم .

فصل : وإذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر عليها ، أو تعارضت أقوالها ، 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 واللقيط ، ويضيق نسبه . هذا قول أبي بكر .
وقد أوما^(٥٨) أحمد ، رحمه الله ، في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد ، إلى أن الابن
يُخير أيهما أحب . وهو قول أبي عبد الله ابن حامد ، قال : يترك حتى يبلغ ، فينتسب
إلى من أحب منهما . / وهو قول الشافعي الجديد ، وقال في القديم : حتى يميز ؛
لقول عمر : وإل أيهما شئت . ولأن الإنسان يميل بطبعه^(٥٩) إلى قريبه دون غيره ،
ولأنه مجهول نسبه ، أقرب من هو من أهل الإقرار ، وصدقه المقر له ، فيثبت نسبه ،
كالوأنفرد . وقال أصحاب الرأي : يلحق بالمدعين بمجرد الدعوى ؛ لأن كل واحد
منهما لو أنفرد سمعت دعواه ، فإذا اجتمعا ، وأمكن العمل بهما ، وجب ، كما لو أقر

(٥٧) في م : « يلحق » .

(٥٨) في م زيادة : « إليه » .

(٥٩) في الأصل : « طبعه » .

له بما ل . ولنا ، أن دَعَوَاهُمَا تَعَارَضَتَا ، ولا حُجَّةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فلم تَثْبُتْ ، كما لو ادَّعَيَا رَقَّةً . وقولهم : يَمِيلُ بِطَبِيعِهِ ^(٦١) إِلَى قَرَابَتِهِ . قلنا : إِنَّمَا يَمِيلُ إِلَى قَرَابَتِهِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ بِأَنَّهَا قَرَابَتُهُ ، فالمَعْرِفَةُ بِذَلِكَ سَبَبُ الْمِيلِ ، ^(٦٢) فلا يَثْبُتُ ^(٦١) قَبْلَهُ ، ولو ثَبَّتَ أَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى قَرَابَتِهِ ، لَكُنْهُ قَدْ يَمِيلُ إِلَى مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُلُوبَ جُبِلَتْ عَلَى حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا ، وَبُغْضِ مَنْ أَسَاءَ إِلَيْهَا ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَيْهِ لِإِسَاءَةِ الْآخَرِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَى أَحْسَنِهِمَا خُلُقًا أَوْ أَعْظَمَهُمَا قَدْرًا أَوْ جَاهًا أَوْ مَالًا ، فلا يَبْقَى لِلْمِيلِ أَثَرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى النَّسَبِ . وقولهم : إِنَّهُ صَدَقَ الْمُفَرِّقُ بِنَسَبِهِ . قلنا : لا يَجِلُّ لَهُ تَصَدِيقُهُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ^(٦٣) . وهذا لا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبُوهُ ، فلا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَلْعُونًا بِتَصَدِيقِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِنَّ الْمُنفَرِدَ يَثْبُتُ ^(٦٣) النَّسَبُ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَصَدِيقٍ . وَأَمَّا قَوْلُ عَمَرَ : وَإِلَآءِ أَيُّهُمَا ^(٦٤) شَيْئٌ . فلم يَثْبُتْ ، ولو ثَبَّتَ لم يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا أَمَرَ بِالْمَوْلَاةِ ، لا بِالْإِنْتِسَابِ ، وعلى قول من جَعَلَ لَهُ الْإِنْتِسَابَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لو انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثم عادَ وانْتَسَبَ إِلَى الْآخَرِ ، وَتَمَى ^(٦٥) نَسَبَهُ مِنَ الْأَوَّلِ ، أَوْ لم يَنْتَسِبْ إِلَى أَحَدٍ ^(٦٦) ، لم يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ نَسَبَهُ ، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كما لو ادَّعَى مُنفَرِدًا نَسَبَهُ ثم أنكره ، وَيُفَارِقُ الصَّبِيَّ الَّذِي يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبِيهِ ، فيخْتَارُ أَحَدَهُمَا ، ثم يَرُدُّ إِلَى ^(٦٧) الْآخَرِ ، إِذَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهُ لا حُكْمَ لِقَوْلِ الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا يَبْعُ اخْتِيَارَهُ وَشَهْوَتَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لو اشْتَهَى طَعَامًا فِي يَوْمٍ ، ثم اشْتَهَى غَيْرَهُ فِي يَوْمٍ .

(٦٠) في الأصل : « طبعه » .

(٦١ - ٦٢) في م : « ولا سبب » .

(٦٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه . ٨٧٠/٢ .

(٦٣) في م : « ثبت » .

(٦٤) في م : « من » .

(٦٥) في الأصل : « أو نفى » .

(٦٦) في م : « واحد » .

(٦٧) سقط من : الأصل :

آخَرَ . وَإِنْ قَامَتْ لِلآخِرِ بِنَسَبِهِ بَيِّنَةٌ ، عُمِلَ بِهَا ، وَبَطَلَ ائْتِسَابُهُ ؛ لِأَنَّهَا ^(٦٨) تُبْطَلُ قَوْلَ الْقَافَةِ ^(٦٩) ، الَّذِي هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْاِئْتِسَابِ ، فَلَأَنْ تُبْطَلُ الْاِئْتِسَابُ أَوْلَى . وَإِنْ وُجِدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ ائْتِسَابِهِ ، فَالْحَقَّقْتُهُ بِغَيْرِ مَنْ ائْتَسَبَ إِلَيْهِ ، بَطَلَ ائْتِسَابُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَبَطَلَ بِهِ الْاِئْتِسَابُ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ قَوْلِ الْقَافَةِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ نَسَبَ وُلْدٍ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَبُولِ دَعْوَاهُمَا ^(٧٠) ، فَإِنْ ٢١٤/٥ ظ
كَانَتَا مَمَّنْ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُمَا ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا ^(٧١) دُونَ الْآخَرَى ، فَهِيَ ابْنُهَا ^(٧٢) ، كَالْمُنْفَرِدَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَتَا جَمِيعًا مَمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا ، فَهَمَا فِي إِثْبَاتِهِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ كَوْنِهِ يَرَى الْقَافَةَ مَعَ عَدَمِهَا كَالرُّجُلَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي يَهُودِيَّةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَدَتَا ، فَادَّعَتِ الْيَهُودِيَّةُ وَلَدَ الْمُسْلِمَةِ ، فَتَوَقَّفَ ، فَقِيلَ : يَرَى الْقَافَةَ ؟ فَقَالَ : مَا أَحْسَنُهُ . وَلِأَنَّ الشُّبُهَةَ يُوجَدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنِهَا ، كَوُجُودِهِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَابْنِهِ ، بَلْ أَكْثَرَ ، لِإِخْتِصَاصِهَا ^(٧٣) بِحَمْلِهِ وَتَعْدِيَّتِهِ ، وَالكَافِرَةُ وَالْمُسْلِمَةُ ، وَالحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، فِي الدَّعْوَى وَاحِدَةٌ ، كَمَا قُلْنَا فِي الرَّجُلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقُولُونَ فِيهِ بِقَبُولِ دَعْوَاهَا ^(٧٤) . وَإِنْ أَلْحَقْتُهُ الْقَافَةَ بِأَمِّينَ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهِنَّ ، وَبَطَلَ قَوْلُ الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّنا نَعْلَمُ خَطَأَهُ يَقِينًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحَدُ الْأَبْوَانِ ، فَجَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِابْنَيْنِ ، كَالْآبَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا مُحَالًا يَقِينًا . فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَكْبَرَ ^(٧٥)

(٦٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَدْ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ : « الْقَائِفُ » .

(٧٠) فِي م : « دَعْوَتُهُمَا » . وَقَدْ وَحَدْنَا هَاهُنَا وَفِيمَا يَأْتِي .

(٧١) فِي النَّسَخِ هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « دَعْوَتُهَا » .

(٧٢) فِي م : « ابْنُهَا » .

(٧٣) فِي م : « لِإِخْتِصَاصِهَا » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « دَعْوَتُهَا » . وَفِي م : « دَعْوَتُهُمَا » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْبَرُ » .

منهما أو مثلهما ، وفارق الرجلين ، فإن كونه منهما مُمكنٌ ، فإنه يجوز اجتماعُ
 (٧٦) النطفَتَيْنِ لِرجُلَيْنِ^(٧٦) في رَجْمِ امْرَأَةٍ ، فَيُمْكِنُ أَنْ يُخْلَقَ مِنْهُمَا وَلَدٌ ، كَمَا يُخْلَقُ مِنْ
 نُطْفَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ الْقَائِفُ لِعُمَرَ : قَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ^(٧٧) . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ
 إِلْحَاقِهِ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، إِلْحَاقَهُ بِمَنْ يَسْتَحِيلُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، كَمَا لَمْ يَلْزَمْ مِنْ إِلْحَاقِهِ
 بِمَنْ يُوَلَدُ مِثْلَهُ لِمِثْلِهِ^(٧٨) إِلْحَاقَهُ بِأَصْغَرَ مِنْهُ .

فصل : فإن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا تنافى بينهما ؛ لأنه يُمكنُ أن يكونَ منهما
 بِنكاحٍ كانَ بينهما ، أو وطءٍ شبهه ، فيلحقَ بهما جميعا ، ويكونَ ابْنُهُمَا بِمُجَرَّدِ
 دَعْوَاهُمَا ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِدَّعْوَى^(٧٩) . وَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ : هَذَا ابْنِي مِنْ
 زَوْجَتِي . وَادَّعَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ ، وَادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى ، فَهوَ ابْنُ الرَّجُلِ ، وَهَلْ تُرْجَّحُ
 زَوْجَتُهُ عَلَى الْأُخْرَى ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُرْجَّحُ ؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا أَبُوهُ ، فَالظَّاهِرُ
 أَنَّهَا أُمُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَتْ ، لِأَلْحَقِ بِهَا ، فَإِذَا
 اجْتَمَعَتَا تَسَاوَيَا .

فصل : وإن ولدت امرأتان ابنا وبنتا ، فادعت كل واحد منهما أن الابن ولدها
 دون البنت ، احتمل وجهين ؛ أحدهما ، أن ترى المرأتين القافة مع الولدين ، فيلحق
 كل واحد منهما بمن ألحقته ، به ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لهُمَا وَلَدٌ آخَرُ . وَالثَّانِي ، أَنْ نَعْرِضَ
 لِبَنَيْهِمَا^(٨٠) عَلَى أَهْلِ الطَّبِّ وَالْمَعْرِفَةِ ، / فَإِنَّ لَبْنَ الذَّكَرِ يُخَالِفُ لَبْنَ الْأُنثَى فِي طَبْعِهِ
 وَزَيْتِهِ ، وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ^(٨١) لَبْنَ الْإِبْنِ ثَقِيلٌ ، وَلَبْنَ الْبِنْتِ خَفِيفٌ ، فَيُعْتَبَرَانِ

و ٢١٥/٥

(٧٦ - ٧٦) في الأصل : « نطفتي الرجلين » .

(٧٧) تقدم في صفحة ٣٧٧ .

(٧٨) في م : « لئلا » .

(٧٩) في الأصل : « بالدعوة » .

(٨٠) في الأصل : « لبنهما » .

(٨١) سقط من : الأصل .

بِطَابِعِهِمَا^(٨٢) وَوَزْنِهِمَا ، وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ^(٨٣) عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبَنَ
الابنِ ، فَهُوَ وَلَدُهَا ، وَالْبِنْتُ لِلْأُخْرَى . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، اعْتَبَرْنَا اللَّبْنَ خَاصَّةً . وَإِنْ
تَنَازَعَا أَحَدَ الْوَالِدَيْنِ ، وَهَمَا جَمِيعًا ذَكَرَانِ أَوْ أُثْنَيْنِ ، عَرَضُوا عَلَى الْقَافَةِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا
تَقَدَّمَ .

فصل : ولو ادعى اللقيط رجلان ، فقال أحدهما : هو ابني . وقال الآخر : هو
ابنتي . نظرنا ، فإن كان ابناً فهو لمدعيه ، وإن كانت بنتاً فهي لمدعيها ؛ لأن كل واحد
منهما لا يستحق غير ما ادعاه . وإن كان خنثى مشكلاً ، أرى القافة معهما ؛ لأنه ليس
قول واحد منهما أولى من الآخر . وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ، فالحكم
فيهما كالحكم فيما لو انفرد كل واحد منهما بالدعوى ؛ لأن بينة الكاذب منها كاذبة ،
وجودها كعدمها ، والأخرى صادقة ، فيتعين الحكم بها .

فصل : وإذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد ، وطئاً يلحق النسب بمثله ، فأنت
بولد يمكن أن يكون منهما ، مثل أن يطأ جارية مشتركة بينهما في طهر ، أو يطأ رجل
امرأة آخر أو أمته بشبهة ، في الطهر الذي وطئها زوجها أو سيدها فيه ، بأن يجدها
على فراشه ، فيظن أنها زوجته أو أمته ، أو يدعوزوجهته في ظلمة ، فتجيبه زوجة آخر أو
جاريته ، أو يتزوجها كل واحد منهما تزويجاً فاسداً ، أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً
والآخر فاسداً ، مثل أن يطلق رجل امرأته فينكحها آخر في عدتها ووطئها ، أو يبيع
جارية فيطؤها المشتري قبل استبرائها ، وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما ، فإنه يرى
القافة معهما ، فبأيهما الحق له . والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط .

فصل : وإذا ادعى ريق اللقيط مدع ، سمعت دعواه ؛ لأنها ممكنة ، وإن كانت
مخالفة لظاهر الدار ، فإن لم تكن له بينة ، فلا شيء له ؛ لأنها دعوى تخالف الظاهر ،

(٨٢) في الأصل : « بطابعهما » .

(٨٣) في الأصل : « فيه » .

وَيُفَارِقُ^(٨٤) دَعْوَى النَّسَبِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لَا تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ مُخَالِفَةٌ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ يَثْبُتُ بِهَا حَقًّا لِللَّقِيطِ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ تُثَبِّتُ حَقًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَمَا لَوْ أَدَّعَى رِقًّا غَيْرَ اللَّقِيطِ . فَإِذَا / لم تكن له بيّنة ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، لَمْ تُخَلْ ؛ إِمَّا أَنْ تُشْهَدَ بِالْيَدِ أَوْ بِالْمَلِكِ أَوْ بِالْوِلَادَةِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمَلِكِ أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ تُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ، قُبِلَ فِيهِ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ رَجُلٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، ثُمَّ تَنْظُرُ ؛ فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُلْتَقِطِ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهَا مِلْكٌ ؛ لِأَنَّاعْرَفْنَا سَبَبَ يَدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمَلِكِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمَلِكِ ، فَقَالَتْ : تَشْهَدُ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ . حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَذْكُرْ سَبَبَ الْمَلِكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمَلِكِ دَارٍ أَوْ ثَوْبٍ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ لَا تَلِدُ فِي مِلْكِهِ إِلَّا مَلِكَةً . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ ابْنُ أُمَّتِهِ ، أَوْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : فِي مِلْكِهِ . اِحْتَمَلُ أَنْ يَثْبُتَ لَهُ الْمَلِكُ بِذَلِكَ ، كَقَوْلِهَا فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ مِلْكُهُ ، فَنَمَّاؤُهَا مِلْكُهُ ، كَسَمِينِهَا^(٨٥) . وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ الْمَلِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَلِدَهُ قَبْلَ مِلْكِهِ لَهَا ، فَلَا تَكُونُ لَهُ وَهُوَ ابْنُ أُمَّتِهِ .

ظ ٢١٥/٥

فصل : وَإِنْ أَدَّعَى رِقًّا لِللَّقِيطِ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُدَّعٍ ، كُتِفَ إِجَابَتَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٨٦) بِهَا ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ قَدْ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ بِيْبَعٍ أَوْ شِرَاءٍ ، تُقِضَتْ تَصَرُّفَاتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بَانَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَاقْرَأْ بِالرَّقِّ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ اعْتَرَفَ لِتَفْسِيهِ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَهِيَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي إِبْطَالِهَا^(٨٧) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، اِحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

(٨٤) فِي م : « وَيَخَالَفُ » .

(٨٥) فِي الْأَصْلِ : « كَقِيمَتِهَا » .

(٨٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨٧) فِي م : « إِبْطَالُهُ » .

يُقْبَلُ . وهو قول أصحاب الرأى ؛ لأنه مجهول الحال ، أقر بالرق ، فيقبل ، كالمقدم
 رجلان من دار الحرب ، فأقر أحدهما للآخر بالرق . وكالواقف بقصاص أو حد ،
 فإنه يقبل وإن تضمن ذلك قوات نفسه . ويحتمل أن لا يقبل ، وهو الصحيح ؛ لأنه
 يتطّل به حق الله تعالى في الحرّية المحكوم بها ، فلم يصح ، كالواقف قبل ذلك بالحرّية ،
 ولأنه محكوم بحرّيته ، فلم يقبل إقراره بالرق ، كما ذكرنا ، ولأن الطفل المنبوذ لا
 يعلم رق نفسه ، ولا حرّيتها ، ولم يتجدّد له حال يعرف به رق نفسه ؛ لأنه في تلك
 الحال ممن لا يعقل ، ولم يتجدّد له رق بعد التقاطه ، فكان إقراره باطلاً . وهذا قول
 القاسم ، وابن المنذر . وللشافعي وجهان كما ذكرنا . فإن قلنا : يقبل إقراره .
 صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله . وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزني ،
 وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأنه أقر بما يوجب حقه وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما
 عليه / دون ماله ، كالوقال : لفلان على ألف درهم ، ولي عنده رهن . ويحتمل
 أن يقبل إقراره في الجميع . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنه ثبت ما عليه ، فيثبت
 ماله ، كالبينة ، ولأن هذه الأحكام تبع للرق ، فإذا ثبت الأصل بقوله ، ثبت التبع ،
 كما لو شهدت امرأة بالولادة ، ثبتت ويثبت النسب تبعاً لها . وأما إن أقر بالرق ابتداءً
 لرجل ، فصدقه ، فهو كالواقف به جواباً . وإن كذبه ، بطل إقراره . ثم إن أقر به بعد
 ذلك لرجل آخر ، جاز . وقال بعض أصحابنا : يتوجه أن لا يُسمع إقراره الثاني ؛ لأن
 إقراره الأول تضمن (٨٨) الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر له (٨٩) ، فإذا بطل
 إقراره برد المقر له ، بقى (٩٠) الاعتراف بنفي مالك له غيره ، فلم يقبل إقراره بما
 نفاه ، كالواقف بالحرّية ثم أقر بعد ذلك بالرق . ولنا ، أنه إقرار لم يقبله المقر له ، فلم
 يمنع إقراره ثانياً ، كالواقف له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول . وفارق الإقرار
 بالحرّية ، فإن إقراره بها لم يتطّل ولم يرد .

(٨٨) في الأصل : « يتضمن » .

(٨٩) سقط من م .

(٩٠) في الأصل : « نفي » .

فصل: إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم يحل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان ذكراً ، فإن كان قبل الدخول ، فسَدَ نكاحه في حقه ؛ لأنه مُقرُّ أنه عبدٌ تزوجَ بغير إذن سيده ، ولها عليه نصفُ المهرِ ؛ لأنه حقُّ عليه ، فلم يسقط بقوله ، وإن كان بعد الدخول ، فسَدَ نكاحه أيضا ، ولها عليه المهرُ جميعه ، لما ذكرنا ؛ لأنَّ الزَّوجَ يملكُ الطَّلَاقَ . فإذا أقرَّ بما يُوجبُ الفُرقةَ ، لزمته ، وولده حرٌّ تابعٌ لأمه . وإن كان متزوجاً بأمةٍ ، فولده لسيدها ، ويتعلَّقُ المهرُ برقبته ؛ لأنَّ ذلك من جنائياته ، ويفديه سيده أو يسلمه . وإن كان في يده كَسْبٌ ، استوفى المهرَ منه ؛ لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى امرأته ، فلا ينقطع حقها منه بإقراره . وإن قلنا : يُقبلُ قوله في جميع الأحكام ، فالنكاحُ فاسدٌ ؛ لكونه تزوجَ بغيرِ إذن سيده ، ويُفَرِّقُ بينهما ، ولا مهرَ لها عليه إن لم تكن مدخولاً بها ، وإن كان دخلَ بها ، فلها عليه المهرُ المُسمَّى جميعه ، في إحدى الروايتين ، والأخرى خمسه . وإن كان اللقيطُ أنثى ، فالنكاحُ صحيحٌ في حقه . وإن كان قبل الدخول ، فلا مهرَ لها ؛ لإقرارها بفسادِ نكاحها ، وأنها أمةٌ تزوجتَ بغيرِ إذن سيدها ، والنكاحُ الفاسدُ لا يجبُ المهرُ فيه إلا بالدخول . وإن كان دخلَ بها ، لم يسقط مهرُها ، ولسيدها الأقلُ من المُسمَّى أو مهرُ المثل ؛ لأنَّ المُسمَّى إن كان أقلَّ ، فالزَّوجُ / يُنكِرُ وجوبَ الرِّيادةِ عليه ، وقولها غير مقبول في حقه . وإن كان الأقلُ مهرَ المثل ، فهي وسيدها يُقرَّانِ بفسادِ النكاح ، وأن الواجبَ مهرَ المثل ، فلا يجبُ أكثرُ منه ، إلا على الرواية التي يجبُ فيها المُسمَّى في النكاحِ الفاسدِ ، فيجبُ ههنا المُسمَّى ، قلَّ أو كثر ، لإعترافِ الزَّوجِ بوجوبه . وأمَّا الأولادُ ، فأحرارٌ ، ولا تجبُ قيمتهم ؛ لأنه لو وجبَ لوجبَ بقولها ، ولا يجبُ بقولها حقُّ على غيرها ، ولا يثبتُ الرُّقُّ في حقِّ أولادها بإقرارها . فأما بقاءُ النكاحِ ، فيقال للزَّوجِ : قد ثبتتَ أنها أمةٌ ، ولدها رقيقٌ لسيدها ، فإن اخترتَ المقامَ على ذلك فأقم ، وإن شئتَ ففارقتها . وسواء كان ممن يجوزُ له نكاحُ الإماءِ أو لم يكن ؛ لأننا لو اعتبرنا ذلك ، وأنسَدنا نكاحه ، لكان إفساداً للعقدِ جميعه بقولها ؛ لأنَّ شرطَ نكاحِ الأمةِ لا تُعتبرُ في استدامةِ العقدِ ، إنما تُعتبرُ في ابتدائه . فإن قيل : فقد قبلتم قولها في أنها أمةٌ في

ظ ٢١٦/٥

المُستقبل ، وفيه ضررٌ على الزوج . قلنا : لم يُقبل قولها في إيجابِ حقِّ لم يدخل في العقدِ عليه ، فأما الحكمُ في المستقبل ، فيمكنُ إيفاءَ حقه وحقِّ من ثبت له الرُّقُّ عليها ، بأن يُطلقها ، فلا يلزمه ما لم يدخل عليه ، أو يُقيم^(٩١) على نكاحها ، فلا يسقطُ حقُّ سيدها . فإن طلقها اعتدت عِدَّةُ الحرَّة ؛ لأنَّ عِدَّةَ الطلاقِ حقٌّ للزوج ، بدليل أنها لا تجبُ إلا بالدخول ، وسببها النكاحُ السابق ، فلا يُقبل قولها في تنقيصها . وإن مات ، اعتدت عِدَّةُ الأمة ؛ لأنَّ المُعلَّبَ فيها حقُّ الله تعالى ، بدليل وجوبها قبل الدخول ، فقبل قولها فيها . ومن قال بقبول قولها في جميع الأحكام ، فهذه أمة قد تزوجت بغير إذن سيدها ، فنكاحها فاسدٌ ، ويُفرقُ بينهما . وإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها . وإن كان دخل بها ، وجب لها مهر أمةٍ نكحت بغير إذن سيدها ، على ما ذكر في موضعه . وهل ذلك مهر المثل ، أو المُسمى ؟ فيه روايتان . وتعتدُ بحيضتين^(٩٢) ؛ لأنه وطءٌ في نكاح فاسدٍ ، وأولاده أحرارٌ ؛ لا يعتقده حرًّا بها ، فإنه معرورٌ بحرَّيتها ، وعليه قيمتهم يوم الوضع . وإن مات عنها ، لم تجب عِدَّةُ الوفاة .

فصل : وإن كان قد تصرف ببيع أو شراء ، فتصرفه صحيحٌ ، وما عليه من الحقوق والأثمان يودى مما في يديه ، وما فضل عليه ففي ذمته ؛ لأنَّ معاملة لا يعترف برقه . ومن قال بقبول إقراره / في جميع الأحكام ، قال بفساد عقوده كلها ، وأوجب ردَّ الأعيان إلى أربابها إن كانت باقية ، وإن كانت تالفة ، وجبت قيمتها في رقبته ، إن قلنا : إن ما استدان العبد بغير إذن سيده فهو في رقبته . وإن قلنا بأن استدانة العبد في ذمته ، فهذا كذلك ، ويتبع به بعد العتق ؛ لأنه ثبت رضى صاحبه .

فصل : وإن كان قد جنى جنابةً موجبةً للقصاص ، فعليه له^(٩٣) القود ، حُرًّا كان المجنى عليه أو عبدًا ؛ لأنَّ إقراره بالرُّق يُقتضى وجوب القود عليه فيما إذا كان المجنى

(٩١) في م : « يقيم » .

(٩٢) في الأصل : « حيضتين » .

(٩٣) سقط من : الأصل .

عليه عبداً أو حُرّاً ، فقبِلَ إقراره فيه . وإن كانت الجِنَايَةُ حَطّاً ، تَعَلَّقَ أَرشُهَا بِرَقَبَتَيْهِ ؛ لأنَّ ذلك مُضِرٌّ بِهِ . فَإِنْ كَانَ أَرشُهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَكَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي اسْتِقْطِ الرِّيَازَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ الرِّيَازَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ وَاجِبًا لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي اسْتِقْطِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ ^(٩٤) جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقَوْدِ ، وَكَانَ الْجَانِي حُرّاً ، سَقَطَ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقَادُ مِنْهُ لِلْعَبْدِ ، وَقَدْ أَقْرَأَ لِلْمَجْنُونِ ^(٩٥) عَلَيْهِ بِمَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِمَالٍ يَقِلُّ ^(٩٦) بِالرَّقِّ ، وَجَبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ كَانَ كَانَ مُسَاوِيًا لِلْوَجِبِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ، وَجَبَ ، وَيَذْفَعُ الْوَاجِبَ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ يَكْثُرُ لِكَوْنِ قِيَمَتِهِ عِنْدَ أَكْثَرِ مَنْ دِينَهُ حُرّاً ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَرشُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ . وَمَنْ قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا ^(٩٧) ، أَوْ جَبَّ أَرشَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَ الْأَرشُ تَحْمِيلُهُ الْعَاقِلَةَ إِذَا كَانَ حُرّاً ، سَقَطَ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالرَّقِّ يَتَضَمَّنُ إِقْرَارَهُ بِالسَّقُوطِ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِي إِيجَابِهِ عَلَى الْجَانِي ، فَسَقَطَ . وَقِيلَ : لَا يَتَحَوَّلُ عَنِ الْعَاقِلَةِ . وَمَنْ قَالَ : لَا ^(٩٧) يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا . أَوْ جَبَّ الْأَرشَ عَلَى الْجَانِي .

(٩٤) فِي النسخ : « عليها » .

(٩٥) فِي م : « المجنى » .

(٩٦) فِي الْأَصْل : « يقبل » .

(٩٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

كتاب الوصايا

/ الوصايا جمع وصية ، مثل العطايا جمع عطية . والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت . والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ ﴾ (١) . وقال الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذِينَ ﴾ (٢) . وأما السنة فروى سعد ابن أبي وقاص ، قال : جاءني رسول الله ﷺ يُعَوِّدُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ ، مِنْ وَجَعِ اشْتَدَّنِي ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، قَدْ بَلَغَنِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى ، وَأَنَا ذُو مَالٍ ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالضُّطْرِّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالثُّلُثِ ؟ قَالَ : « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَوْرَثَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وعن ابن عمر ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَا حَقَّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ (٤) بَيْتٌ لَيْتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتَهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا (٥) . وَرَوَى أَبُو أَمَامَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ :

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

(٤) في م : « به » .

(٥) الأول تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ . والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده ، ... من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢/٤ . ومسلم ، في : كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحمدي ٩٧/٤ ، ٢٧٢/٨ ، ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب الكراهية في تأخير الوصية ، من كتاب الوصايا . المجتبى ١٩٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب الحث على الوصية ، من كتاب الوصايا . =

« إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِرِوَارِثٍ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي رَاضِيٍّ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ^(٧) قَالَ : إِنَّكُمْ تَقْرَأُونَ هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ . وَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ الدِّينَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٨) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي جَمِيعِ الْأَمْصَارِ وَالْأَعْصَارِ^(٩) عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَجِبُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ عِنْدَهُ وَدِيعةٌ ، أَوْ عَلَيْهِ وَاجِبٌ يُوصَى بِالخُرُوجِ مِنْهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَضَ آدَاءَ الْأَمَانَاتِ ، وَطَرِيقَهُ فِي هَذَا الْبَابِ الْوَصِيَّةُ ، فَتَكُونُ مَقْرُوضَةً عَلَيْهِ ، فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ عَلَى أَحَدٍ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَبِذَلِكَ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ^(١٠) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا

= سنن ابن ماجه ٩٠١/٢ . والدارمي ، في : باب من استحب الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٠٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالوصية ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٣٠ ، ٨٠ ، ٥٧ ، ٥٠ ، ١٠/٢ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ١٠٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحمدي ٢٧٥/٨ ، ٢٧٨ . كما أخرجه النسائي ، في : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المحتسب ٢٠٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب لا وصية لوارث . من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ ، ٩٠٦ ، والدارمي ، في : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٢٦٧/٥ ، ٢٣٩ .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) في : باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفي : باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحمدي ٢٤٥/٨ ، ٢٤٦ ، ٢٧٩ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب تأويل قول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٦/٤ . وابن ماجه ، في : باب الدين قبل الوصية ، سنن ابن ماجه ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٣١ ، ٧٩/١ ، ١٤٤ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في ازيادة : « وإسحاق » .

على أن الوصية غير واجبة ، إلا على من عليه حقوقٌ بغير بينة ، وأمانة بغير إشهاد ، إلا طائفةً شذت فأوجبتها . روى عن الزهري أنه قال : جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر . وقيل لأبي مجلز : على كل ميت وصية ؟ قال : إن ترك خيراً . وقال أبو بكر عبد العزيز : / هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون . وهو قول داود . وحكى ذلك عن مسروق ، وطاوس ، وإياس ، وقنادة ، وابن جرير . واحتجوا بالآية ، وخبر ابن عمر ، وقالوا : نسخت الوصية للأقربين والأقربين الوارثين ، وبقيت في من لا يرث من الأقربين . ولنا ، أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ، ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ، ولأنها عطية لا تجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب . فأما الآية ، فقال ابن عباس : نسختها قوله سبحانه : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ (١١) . وقال ابن عمر : نسختها آية الميراث . وبه قال عكرمة ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعي . وذهبت طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة ، إلى أنها نسخت بقول النبي ﷺ : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » . وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب ، أو عنده ودعة .

فصل : وتُسحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ ﴾ . فسخ الوجوب ، وبقي الاستحباب في حق من لا يرث . وقد روى (١٢) ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « يا ابن آدم ، جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك (١٣) ، لأظهرك وأزكك » . وعن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله تصدق

(١١) سورة النساء ٧ .

(١٢) في م زيادة : « عن » .

(١٣) الكظم : مخرج النفس .

عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِنُثْلِ أَمْوَالِكُمْ . رَوَاهُما ابنُ ماجهٗ (١٤) . وقال الشَّعْبِيُّ : مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ ، فَلَمْ يَجْرُ ، وَلَمْ يَحْفَ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ مَا لَوْ أَعْطَاهَا وَهُوَ صَاحِبُهَا . وَأَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي لَهُ وَرَثَةٌ مُحْتَاجُونَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وقال النبي ﷺ لِلسَّعْدِ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وقال : « أَبْدَأُ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » (١٥) . وقال عليٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُوصِيَ : إِنَّكَ لَنْ تَدَعَ طَائِلًا ، إِذَا تَرَكَتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوْرَثَتِكَ . وعنه : أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ لَيْسَ فِيهَا فَضْلٌ عَنِ الْوَرِثَةِ . وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ / لَهَا : لِي ثَلَاثَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ ، وَأَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ ، أَفَأُوصِي ؟ فقالت : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ لِلْأَرْبَعَةِ . وعن ابنِ عَبَّاسٍ قال : مَنْ تَرَكَ سَبْعُمِائَةَ دِرْهَمٍ لَيْسَ عَلَيْهِ وَصِيَّةٌ . وقال عُرْوَةُ : دَخَلَ عَلِيٌّ عَلَى صَدِيقٍ لَهُ يَمُودُهُ ، فَقَالَ الرَّجُلُ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُوصِيَ . فقال له عليٌّ (١٦) : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ، وَإِنَّكَ إِذَا تَدَعْتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوْرَثَتِكَ . وَاحْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي لَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ (١٧) لِمَالِكِهِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَرَكَ دُونَ الْآلِفِ لَا تُسْتَحَبُّ لَهُ (١٦) الْوَصِيَّةُ . وعن عليٍّ ، أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ . وقال ابنُ عَبَّاسٍ : إِذَا تَرَكَ الْمِائَةَ سَبْعُمِائَةَ دِرْهَمٍ ، فَلَا يُوصَى . وقال : مَنْ تَرَكَ سِتِّينَ دِينَارًا ، مَا تَرَكَ خَيْرًا . وقال طَاوُسٌ : الْخَيْرُ ثَمَانُونَ دِينَارًا . وقال النَّخَعِيُّ : أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٌ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَلِيلُ أَنْ يُصِيبَ أَقْلُ الْوَرِثَةِ سَهْمًا (١٨) خَمْسُونَ دِرْهَمًا . وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْمَتْرُوكُ لَا يُفْضَلُ عَنْ غِنَى الْوَرِثَةِ ، فَلَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ

٥٥/٧ ظ

(١٤) في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ .

(١٥) تقدم تخريجه في ٣٠٨/٤ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : ا ، وفي م : له .

(١٨) في ا ، م : منها تخريف .

النبي ﷺ عَلَّلَ الْمَنْعَ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَوْلِهِ : « أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً » . ولأنَّ إعطاءَ القريبِ المحتاجِ خيرٌ من إعطاءِ الأجنبيِّ ، فمتى لم يبلغ الميراثُ غناهم ، كان تركُهُ لهم كعطيَتهم إياهم ، فيكونُ ذلك أفضلَ من الوصيةِ به لغيرِهِم ، فعند هذا يَحْتَلِفُ الحالُ باختلافِ الورثةِ في كَثْرَتِهِمْ وَقِلَّتِهِمْ ، وَغِنَاهُمْ وَحَاجَتِهِمْ ، فلا يَتَفَيَّدُ بِقَدْرِ مِنَ المَالِ . واللهُ أَعْلَمُ . وقد قال الشَّعْبِيُّ : ما مِنْ مالٍ أَعْظَمُ أَجْرًا ، مِنْ مالٍ يَتْرَكُهُ الرَّجُلُ لَوَلَدِهِ ، يُغْنِيهِمْ بِهِ عَنِ النَّاسِ .

فصل : والأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنياً ؛ لقول النبي ﷺ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . قال ابن عباسٍ : لو أنَّ الناسَ عَضُّوا مِنَ الثُّلُثِ ، فإنَّ النبيَّ ﷺ قال : « الثُّلُثُ كَثِيرٌ » . متفقٌ عليه^(١٩) . وقال القاضي ، وأبو الخطَّابِ : إن كان غنياً استحبَّ الوصيةُ بالثلثِ . ولنا ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال لسعدٍ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . مع إخباره إياه بكثرةِ ماله ، وقلةِ عياله ، فإنه قال في الحديثِ : « إن لي مالا كثيراً ، ولا يرثيني إلا ابنتي » . وروى^(٢٠) سعيدٌ ، ثنا خالد بن عبد الله ، ثنا عطاء^(٢١) بن السائبِ ، عن أبي عبد الرحمن السُّلَمِيِّ ، عن سعد بن مالكٍ ، قال : مرَّضتُ مَرَضاً ، فعادني رسولُ الله ﷺ ، فقال لي : « أوصيتَ ؟ » . فقلتُ : نعم . أوصيتُ بمالي / كله للفقراءِ وفي سبيلِ الله . فقال لي رسولُ الله ﷺ : « أوصِ بالعشرِ » . فقلتُ : يا رسولَ الله ، إن مالي كثيرٌ . وورثتي أغنياءُ . فلم يزل رسولُ الله ﷺ يناقِصني وأناقصه ، حتى قال : « أوصِ بالثلثِ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . وقال أبو عبد الرحمن : لم يكن أحدٌ منا يبلغُ في وصيته الثلثَ حتى ينقصَ منه شيئاً ؛ لقول النبي ﷺ : « الثلثُ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . إذا ثبتَ هذا ، فالأفضلُ للعنى الوصيةُ بالخمسِ . ونحو هذا يروى

٥٦٧ و

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الوصية بالثلث ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٣/٤ ، ٤ .
ومسلم ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٣/٣ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٤/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٠/١ ، ٢٣٣ .
(٢٠ - ٢٠) فى م : سعيد بن خالد ثنا ابن عبد الله ثنا عطاء .

عن أبي بكر الصديق، وعلى بن أبي طالب، رضي الله عنهما. وهو ظاهر قول السلف،
 وعلماء أهل البصرة. ويروى عن عمر، رضي الله عنه، أنه جاءه شيخ، فقال:
 يا أمير المؤمنين، أنا شيخ كبير، ومالي كثير، ويرثني أعراب موال كلاله، منزوح
 نسبهم، أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا. قال^(٢١): فلم يزل يحط^(٢٢) حتى بلغ
 العشر^(٢٣). وقال إسحاق: السنة الربع، إلا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة^(٢٤)
 شبهات أو غيرها، فله استيعاب الثلث. ولنا، أن أبا بكر الصديق، رضي الله عنه،
 أوصى بالخمسة. وقال: رضييت بما رضي الله به لنفسه. يعنى قوله تعالى:
 ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾^(٢٥)، وروى أن أبا بكر وعلياً،
 رضي الله عنهما، أوصيا بالخمسة. وعن علي، رضي الله عنه، أنه قال: لأن أوصى
 بالخمسة، أحب إلى من الربع. وعن إبراهيم، قال: كانوا يقولون: صاحب الربع
 أفضل من صاحب الثلث، وصاحب الخمسة أفضل من صاحب الربع. وعن
 الشعبي قال: كان الخمس أحب إليهم من الثلث، فهو منتهى الجامع. وعن العلاء
 ابن زياد قال: أوصى أبي أن أسأل العلماء، أي الوصية أعدل؟ فما تتابعوا عليه فهو
 وصيته، فتتابعوا على الخمسة.

**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

(٢١) سقط من: الأصل.

(٢٢) في ١: « يحطه ».

(٢٣) أخرجه البيهقي، في: باب من استحب النقصان عن الثلث ...، من كتاب الوصايا. السنن الكبرى
 ٢٧٠/٦. وابن أبي شيبة، في: باب ما يجوز للرجل من الوصية في ماله، من كتاب الوصايا. المصنف ٢٠٢/١١.

وعبد الرزاق، في: باب كم يوصى الرجل من ماله، من كتاب الوصايا. المصنف ٦٤/٩.

(٢٤) سقط من: ١.

(٢٥) سورة الأنفال ٤١.

منه الوارثون بقول النبي ﷺ : « لا وصية لوارث » . وبقي سائر الأقارب ^(٢٦) على الوصية ^(٢٦) لهم . وأقل ذلك الاستحباب ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَعَاتِذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ ﴾ ^(٢٧) . وقال تعالى : ﴿ وَعَائِي / الْمَالِ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ ﴾ ^(٢٨) فبدأ بهم ، ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل ، فكذلك بعد الموت . فإن أوصى لغيرهم وتركهم ، صحح وصيته ، في قول أكثر أهل العلم ، منهم ؛ سالم ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وحكى عن طاوس ، والضحاك ، وعبد الملك بن يعلى ، أنهم قالوا : ينتزغ عنهم ، ويُرَدُّ إلى قرابته . وعن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وجابر بن زيد : للذي أوصى له ثلث الثلث ، والباقي يُرَدُّ إلى قرابة الموصى ؛ لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث ، والباقي رُدُّ على الورثة ، وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله . ولنا ، ما روى عمران بن حصين ، أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد ، لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي ﷺ ، فدعاهم ، فجزأهم ثلاثة أجزاء ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ^(٢٩) . فأجاز العتق في ثلثه لغير قرابته ، ولأنها عطية ، فجازت لغير قرابته ، كالعطية في الحياة .

(٢٦ - ٢٦) سقط من : م .

(٢٧) سورة الإسراء ٢٦ .

(٢٨) سورة البقرة ١٧٧ .

(٢٩) أخرجه مسلم ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣/١٢٨٨ . وأبو داود ، في : باب من أعتق عبيد له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٢/٣٥٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يعتق مملوكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢١/٦ ، ١٢٢ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من يحيف في وصيته ، من كتاب الجنائز . المجيبى ٤/٥١ ، ٥٢ . والإمام مالك ، في : باب من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/٧٧٤ مرسلا . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٤٢٦ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةَ ذَلِكَ)

وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية ، فلم يُجزها سائر الورثة ، لم تصح . بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث » . رواه أبو داود . وابن ماجه ، والترمذي (١) . ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولديه (٢) ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافى العدل بينهم بإعطاء الذي لم يُعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به ، وتعدر تلافى العدل بينهم ، أولى وأخرى . وإن أجازها ، جازت ، في قول الجمهور من العلماء . وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر (٣) الورثة ، إلا أن يُعطوه عطية مبتدأة . / أخذنا من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لوارث . وهذا قول المزني ، وأهل الظاهر . وهو قول للشافعي ، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ : « لا وصية لوارث » . وظاهر مذهب أحمد والشافعي ، أن الوصية صحيحة في نفسها . وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصح ، كما لو وصى لأجنبي ، والخبر قد روى فيه : « إلا أن يُجزى الورثة » . والاستثناء من التقي إنبات ، فيكون ذلك دليلاً على (٤) صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة ، أو ما أشبه هذا ، أو يُقدَّر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة . وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة ،

٥٧/٧ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحتي ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) سقط من الأصل ، ١ .

(٤) في الأصل ، م : ٥ : م .

فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضنة، يكفي فيها قول الوارث: أجزت، أو أمضيت، أو نفذت. فإذا قال ذلك، لزم الوصية. وإن كانت باطلة، كانت الإجازة هبة مبتدأة، تفتقر إلى شروط الهبة، من اللفظ والقبول والقبض، كالهبة المبتدأة. ولو رجع المجهز قبل القبض فيما^(٥) يعتبر فيه القبض، صح رجوعه.

فصل: وإن أسقط عن وارثه دينًا، أو أوصى بقضاء دينه، أو أسقطت المرأة صدقها عن زوجها، أو عفا عن جناية موجبها المال، فهو كالوصية. وإن عفا عن القصاص، وقلنا: الواجب القصاص عينًا. سقط إلى غير بدل. وإن قلنا: الواجب أحد شيئين. سقط القصاص، ووجب المال. وإن عفا عن حد القذف، سقط مطلقًا. وإن وصى لعريم وورثه، صحت الوصية. وكذلك إن وهب له. وبهذا قال الشافعي، وأبو حنيفة. وقال أبو يوسف: هو وصية للوارث؛ لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية، وتستوفى ديونته منها. ولنا، أنه وصى لأجنبي، فصح، كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه. وإن وصى لولد وارثه، صح، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث، لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى. قال طاووس، في قوله عز وجل: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصِرٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾^(٦) قال: أن يوصى لولد ابنته، وهو يريد ابنته. / رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٧). قال ابن عباس: الجنف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر.

فصل: وإن وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه، كرجل خلف ابنا وبنتا، وعبدًا قيمته مائة، وجارية قيمتها خمسون، فوصى لابنه بعبد، ولابنته بأمته، احتمل أن تصح الوصية؛ لأن حق الوارث في القدر لا في العين، بدليل مالو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيًا بجميع ماله، صح إذا كان ذلك بشمن المثل،

(٥) في الأصل، م، وما.

(٦) سورة البقرة ١٨٢.

(٧) لم نجده فيما طبع من سنن سعيد بن منصور. وأخرجه البيهقي، في باب من قال ينسخ الوصية للأقربين الذين لا يرثونه... من كتاب الوصايا. السنن الكبرى ٦/٢٦٥، ٢٦٦. والدارقطني، في: كتاب الوصايا. سنن الدارقطني ١٥٢/٤.

وإن تَضَمَّنَ قَوَاتٍ عَيْنِ الْمَالِ . واحْتَمَلَ أَنْ تَقِفَ عَلَى الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ فِي الْأَعْيَانِ غَرَضًا صَحِيحًا ، وَكَأَنَّ لَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّ الْوَارِثِ فِي قَدْرِ حَقِّهِ ، لَا يَجُوزُ مِنْ عَيْنِهِ .

فصل : وَإِذَا مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، عَتَقَ وَوَرِثَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَحَكَاهُ الْخَبْرِيُّ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ هَؤُلَاءِ فِي أَنَّهُ إِذَا مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا سَعَى فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ ، وَلم يَرِثْ . وَلم يُفَرِّقْ بَيْنَ أَنْ يَمْلِكَهُ بِعَوْضٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُحْتَسَبُ مِيرَاثُهُمْ مِنْ قِيَمَتِهِمْ ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ ، وَإِنْ فَضَلَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ سَعَوْا فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَرِيضَ لَمْ يَضَعْ فِيهِمْ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنَّمَا تَعَاطَى سَبَبَ مَلِكِهِمْ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَسْتَقِرَّ ، وَزَالَ بِغَيْرِ إِزَالَتِهِ ، فَلَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ مِنْ ثُلُثِهِ ، كَمَا لَوْ أَنَّهُبَ شَيْئًا فَرَجَعَ الْوَاهِبُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، أَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فِيهِ غَبْطَةً بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَفَسَخَ الْبَائِعُ ، أَوْ وَجَدَ بِالثَّمَنِ عَيْبًا فَفَسَخَ الْبَيْعُ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ فَطَلَّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَإِذَا لَمْ تَكُنْ وَصِيَّةً^(٨) تُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الثُّلُثِ ، لَمْ يُمْنَعِ الْمِيرَاثَ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهُ بِالْمِيرَاثِ^(٩) عِنْدَ مَنْ سَلَّمَهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ ، فَإِنَّ^(١٠) مَلَكَهُ بِعَوْضٍ ، كَالشَّرَاءِ^(٩) ، فَحَكَى الْخَبْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » : إِنْ مَلَكَهُ بِعَوْضٍ ، وَخَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَالَ الْخَبْرِيُّ : وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .^(١١) وَحَكَى غَيْرُهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ^(١٢) أَنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ أَنْ يَمْلِكَهُ بِعَوْضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَأَنَّهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَلَا يَرِثُ فِي الْحَالِيِّنَ ؛ لِأَنَّهُ/لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتِقَافُهُ وَصِيَّةً

و ٥٨/٧

(٨) فِي ١ ، م زِيَادَةٌ : ه ل م .

(٩ - ٩) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١٠) فِي ١ : ه فَأَمَّا إِنْ .

لَوَارِثٍ ، فَيَبْطُلُ عَتَقُهُ ، وَيَبْطُلُ مِيرَاثُهُ ، لِبُطْلَانِ عَتَقِهِ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ^(١١) إِلَى ابْطَالِ
تَوْرِيثِهِ ، فَصَحَّحْنَا عَتَقَهُ وَلَمْ نُؤَوِّرْهُ ، لِأَنَّ يَفْضِي إِلَى ذَلِكَ . وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ
وَصَاحِبِيهِ فِي هَذَا ، كَمَذْهَبِهِمْ فِيمَا إِذَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ . وَلَنَا ، عَلَى إِعْتَاقِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ
ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ »^(١٢) . وَلِأَنَّهُ مَلَكَ وَجَدَ مَعَهُ مَا
يُنَافِيهِ ، فَبَطُلَ ، كَمِلْكَ النِّكَاحِ مَعَ مِلْكَ الرَّقِيَّةِ ، أَعْنَى فِيمَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ
صَاحِبَهُ : وَإِذَا عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْمِيرَاثِ عَرِيًّا عَنِ الْمَوَانِعِ ، فَوَرِثَ ، كَمَا
لَوَوَّرْتَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ عَتَقَهُ وَصِيَّةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فَعْلُهُ ، وَالْعِتْقُ هُنَا يَحْصُلُ
مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، وَلَا إِزَادَتِهِ ، وَلِأَنَّ رِمَةَ الْمُعْتَقِ لَا تَحْصُلُ لَهُ ، وَإِنَّمَا تَتَلَفُ مَالِيَّتَهُ
وَتَزُولُ ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ كَتَلْفِهِ بِقَتْلِ بَعْضِ بَيْقِهِ ، أَوْ كَاتِلَافِ بَعْضِ^(١٣) مَالِهِ فِي بِنَاءِ
مَسْجِدٍ ، مِثَالِ ذَلِكَ ، مَرِيضٌ وَمِيبٌ لَهُ ابْنٌ ، فَقَبِلَهُ وَقِيمَتُهُ مَائَةٌ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَرِيضُ ،
وَحَلَفَ ابْنًا آخَرَ وَمَائَتَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ ، وَيُقَاسِمُ أَخَاهُ^(١٤) الْمَائَتَيْنِ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ .
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، فِيمَا حَكَى عَنْهُ غَيْرُ الْخَبْرِيِّ ، يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ^(١٥) شَيْئًا . وَعِنْدَ
صَاحِبِي أَبِي حَنِيفَةَ ، يَعْتَقُ وَلَهُ نِصْفُ التَّرِكَةِ ، فَيُخْتَسَبُ عَلَيْهِ بِقِيمَتِهِ وَيَبْقَى لَهُ
خَمْسُونَ . وَإِنْ كَانَ بَاقِي التَّرِكَةِ خَمْسِينَ ، فَعِنْدَنَا يَعْتَقُ ، وَلَهُ نِصْفُ الْخَمْسِينَ . وَهُوَ
قَوْلُ مَالِكٍ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، يَعْتَقُ نِصْفَهُ ، وَيَسْمَى فِي بَاقِيهِ ، وَالْخَمْسُونَ كُلُّهَا

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في من ملك ذارحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ .
والترمذى ، في : باب ماجاء في من ملك ذارحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحدثى ١٢٣/٦ . وابن
ماجه ، في : باب من ملك ذارحم محرم فهو حر . من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٥/٥ ، ١٨ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في ازيادة : في .

(١٥) في م : بورث .

لأخيه . وقال صاحباه : يَعْتِقُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وعند الشافعي ، في قول غير الخبري ، يَعْتِقُ نِصْفَهُ ، وَيَرِقُّ نِصْفَهُ ، وَنِصْفُهُ الرَّقِيقُ وَالْخُمْسُونَ كُلُّهَا لِأَخِيهِ . وإن كان باقي التَّرَكَّةَ ثَلَاثُمِائَةٍ ، فَعِنْدَنَا يَعْتِقُ وَلَهُ مِائَةٌ وَخُمْسُونَ . وعند الشافعي ، يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ شَيْئًا . وعند صاحبَي أبي حنيفة ، يَعْتِقُ وَلَهُ مِائَةٌ . فَإِنْ كَانَ اشْتَرَى ابْنَهُ بِمِائَةٍ ، وَمَاتَ ، وَخَلَّفَ ابْنًا آخَرَ وَمِائَةً أُخْرَى ، فَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، يَعْتِقُ وَيُقَاسِمُ^(١٦) أَخَاهُ الْمِائَةَ الْبَاقِيَةَ . وعلى ما حَكَاهُ الْقَاضِي ، يَعْتِقُ مِنْهُ ثَلَاثًا ، وَيَرِثُ أَرْبَعِينَ ، وَيَعْتِقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، وَلَا يَرِثُ بِذَلِكَ الْجُزْءِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُ حَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ . وعند الشافعي يَعْتِقُ ثَلَاثًا ، وَلَا يَرِثُ . / وقال أبو حنيفة : يَعْتِقُ ثَلَاثًا ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ . وعند صاحبيه ، يَعْتِقُ كُلَّهُ ، وَلَا يَرِثُ شَيْئًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ تَصَدَّقَ قَبْلَ ذَلِكَ بِثُلَيْثِهِ ، أَوْ حَاطَى بِهِ ، لَمْ يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّ الثُّلُثَ قَدْ ذَهَبَ .

٥٨/٧ ظ

فصل : وَإِنْ مَلَكَ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَبَنِي عَمِّهِ ، فَأَعْتَقَهُمْ فِي مَرَضِهِ ، فَعِتَقَهُمْ وَصِيَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفَعْلِهِ وَاخْتِيَارِهِ ، وَحُكْمُهُمْ فِي الْعِتْقِ حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إِنْ خَرَجُوا مِنَ الثُّلُثِ عَتَقُوا ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْتَقُوا وَلَا يَرِثُوا ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ وَرِثُوا لَكَانَتْ وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ، فَيَسْطَلُّ عِتْقَهُمْ ، ثُمَّ يَسْطَلُّ مِيرَاثَهُمْ . وقد قال أبو الْخَطَّابِ ، فِي رَجُلٍ مَلَكَ ابْنَ عَمِّهِ ، فَأَقْرَفَ فِي مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ : عَتَقَ ، وَلَمْ يَرِثْ . وَهَذَا فِي مَعْنَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَوَارِثٍ غَيْرَ مَقْبُولٍ ، فَمَنْعَنَا مِيرَاثَهُ لِيقْبَلَ إِقْرَارُهُ لَهُ بِالْإِعْتَاقِ .

فصل : مَرِيضٌ اشْتَرَى أَبَاهُ بِالْفِ ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَعَلَى رِوَايَةِ الْخَبْرِيِّ^(١٧) ، يَعْتِقُ كُلَّهُ . وعلى القول الآخر يَعْتِقُ ثُلُثَهُ عَلَى^(١٨) الْمُعْتِقِ ، وَيَعْتِقُ بَاقِيَهُ عَلَى ابْنِهِ . وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة : يَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَيَسْعَى لِلْأَبْنِ فِي ثُلُثَيْهِ . وعلى قول

(١٦) في م : : ويقسم .

(١٧) في ا ، م : : والخبر .

(١٨) في م : : وعلى .

صاحِبِيهِ ، يَعْتَقُ سُدُّسُهُ ، وَيَسْعَى فِي خَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ . وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ :
يُفْسَخُ الشَّرَاءُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الابْنُ عَتَقَهُ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ . وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ .
وَإِنْ حَلَفَ الْفَتْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ سُدُّسُهُمَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَفِي
قَوْلِ صَاحِبِيهِ ، يَعْتَقُ نِصْفُهُ ، وَيَسْعَى فِي قِيَمَةِ نِصْفِهِ .

فصل : وَإِذَا وَهَبَ لِإِنْسَانٍ (١٩) أَبَوْهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ ، وَلَمْ
يَجِبْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِعْتِاقًا لِأَبِيهِ مِنْ
غَيْرِ الْإِزَامِ (٢٠) . مَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْتِحْلَابُ مَلِكٍ (٢١) الْأَبِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَمَا لَوْ بَدَّلَ لَهُ
بِعَوَضٍ ، أَوْ كَمَا لَوْ بَدَّلَ لَهُ ابْنُهُ أَوْ غَيْرُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ بِلُحُوقِ الْمِنَّةِ بِهِ ،
وَتَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَكُسُوتُهُ .

فصل : إِذَا وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلُثَيْهِ ، فَأَجَازَ سَائِرُ الْوَرِثَةِ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، فَالْثُلُثُ
بَيْنَهُمَا . وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُمَا الثُّلُثُ ، فَأَجَازَ سَائِرُ الْوَرِثَةِ وَصِيَّةَ
الْوَارِثِ ، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ (٢٢) لهُمَا . وَإِنْ رَدُّوا ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ،
وَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُّسُ فِي الْأُولَى ، وَالْمُعَيَّنُ الْمُوصَى لَهُ بِهِ / فِي الثَّانِيَةِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ،
وَالشَّافِعِيِّ وَأَبِي ثَوْرٍ (٢٣) ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّتَانِ بِثُلُثَيْ
مَالِهِ ، فَأَجَازَ الْوَرِثَةُ لهُمَا ، جَازَتْ لهُمَا . وَإِنْ عَيَّنَا نَصِيبَ الْوَارِثِ بِالرَّدِّ وَحَدَهُ ،
فَلِلْأَجْنَبِيِّ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُمْ خَصُّوا الْوَارِثَ بِالْإِبْطَالِ ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ ،
وَسَقَطَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُوصَ لَهُ . وَإِنْ أَبْطَلُوا الزَّائِدَ عَنِ الثُّلُثِ مِنْ
غَيْرِ تَعْيِينِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُّسُ .

(١٩) فِي ١ ، م : « الْإِنْسَانِ » .

(٢٠) فِي ١ : « الْإِزَامِ » .

(٢١) فِي م زِيَادَةٌ : « عَلَى » .

(٢٢) فِي ١ : « الْوَصِيَّتَانِ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

هذا الذي ذكره القاضي . وهو قول مالك ، والشافعي . وذلك لأن الوارث يُرَاحِمُ الأجنبي ، إذا أجاز الوارث الوصيتين ، فيكون لكل واحد منهما الثلث ، فإذا أبطلوا نصفهما بالرّد ، كان البطلان راجعاً إليهما ، وما بقي منهما بينهما ، كما لو تلف ذلك بغير الرّد . واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي . وحكى نحو هذا عن أبي حنيفة ؛ لأنهم لا يقدرُونَ على إبطال الثلث فيما دون إذا كان للأجنبي ، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا إبطال ما زاد على السُدس ، فإن صرح الوارث بذلك ، فقالوا : أجزنا الثلث لكما ، ورددنا ما زاد عليه في وصيتكما . أو قالوا : ردّدنا من وصية كل واحد منكما نصفها ، وبقيتنا له نصفها . كان ذلك آكد في جعل السُدس لكل واحد منهما ؛ لتصريحهم به ، وإن قالوا : أجزنا وصية الوارث كلها ، ورددنا نصف وصية الأجنبي . فهو على ما قالوا ؛ لأن لهم أن يُجيزوا لهما ويردّوا^(٢٤) عليهما ، فكان لهم أن يُجيزوا لأحدهما ويردّوا على الآخر . وإن أجازوا للأجنبي جميع وصيته ، وردّوا على الوارث نصف وصيته ، جاز ، كما قلنا . وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته ، لم يملكوا ذلك ، سواء أجازوا للوارث أو ردّوا عليه . فإن ردّوا جميع وصية الوارث ، ونصف وصية الأجنبي ، فعلى قول القاضي ، لهم ذلك ؛ لأن لهم أن يُجيزوا الثلث لهما ، فيشتر كان فيه ، ويكون لكل واحد منهما نصفه ، ثم إذا رجعوا فيما للوارث ، لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة للوارث . وعلى قول أبي الخطاب ، يتوقر الثلث كله للأجنبي ؛ لأنه إما ينتقص^(٢٥) منه بمزاحمة الوارث ، فإذا زالت المزاحمة ، وجب توفير الثلث عليه^(٢٦) ؛ لأنه قد أوصى له به . ولو خلف ابنين ، ووصى لهما بثلثي ماله ، ولأجنبي / بالثلث ، قرّدا الوصية . فقال أبو الخطاب : عندي للأجنبي الثلث كاملاً . وعند القاضي ، له التسع . ويجي فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها .

٥٩/٧ ظ

(٢٤) في ١ : (ولم أن يردوا) .

(٢٥) في ٣ : (ينقص) .

(٢٦) سقط من : ١ ، م .

فصل : وإن وصّى بثلثه لوارثٍ وأجنبيٍّ ، وقال : إن رَدُّوا وصيةَ الوارثِ فالثلثُ كله للأجنبيِّ . (٢٧) فرَدُّوا وصيةَ الوارثِ ، فالثلثُ كله للأجنبيِّ (٢٧) ، كما وصّى . وإن أجازوا للوارثِ ، فالثلثُ بينهما ؛ لأنَّ الوصيةَ تتعلَّقُ بالشرطِ . ولو قال : أوصيتُ لفلانٍ بثلثي ، فإن مات قبلي فهو لفلانٍ . صحَّ . وإن قال : وصيتُ بثلثي لفلانٍ ، فإن قَدِمَ فلانُ الغائبُ فهو له . صحَّ ، فإن قَدِمَ الغائبُ قبل موتِ الموصي ، صار هو الوصيُّ ، وبطلتِ وصيةُ الأوَّلِ ، سواء عادَ إلى الغيبةِ أو لم يُعدْ ؛ لأنَّه قد وُجدَ شرطُ انتقالِ الوصيةِ إليه ، فلم يَنقُصْ عنه بعد ذلك . وإن مات الموصي قبل قُدومِ الغائبِ ، فالوصيةُ للحاضرِ ، سواء قَدِمَ الغائبُ بعد ذلك أو لم يقدِّم . ذَكَرَهُ القاضِي ؛ لأنَّ الوصيةَ تَبَيَّنَتْ لوجودِ شرطِها ، فلم تُنقُصْ عنه ، كما لو لم يقدِّم . ويَحْتَمِلُ أَنَّ الغائبَ إن قَدِمَ بعد الموتِ ، كانت الوصيةُ له ؛ لأنَّه جَعَلَهَا له بِشَرطِ قُدومه ، وقد وُجدَ ذلك .

فصل : وإن وصّى لوارثٍ (٢٨) ، فأجازَ بعضُ باقيِ الورثةِ الوصيةَ دون البعضِ ، نَقَذَ في نَصيبِ مَنْ أجازَ ، دون مَنْ لم يُجزِ . وإن أجازوا بعضَ الوصيةِ دون بعضِ ، نَقَذَتْ فيما أجازوا ودون ما لم يُجيزُوا . فإن أجازَ بعضهم بعضَ الوصيةِ ، وأجازَ بعضهم جميعها ، أوردَّها ، فهو على ما فَعَلُوا من ذلك . فلو خَلَفَ ثلاثةٌ يَتَبَنَوْنَ وَعَبْدًا ، لا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فوصّى به لأحدِهِم ، أو وَهَبَهُ إِيَّاهُ في مَرَضِ موْتِهِ ، وأجازَهُ له أَحْوَاهُ ، فهو له ، وإن أجازَ له أَحَدُهُما وحدهُ ، فله ثلثاهُ ، وإن أجازَ له نِصْفَ العَبْدِ ، فله نِصْفُهُ ، ولهما نِصْفُهُ ، وإن أجازَ أَحَدُهُما له نِصْفَ نَصيبِهِ ، ورَدَّ الأخرُ ، فله النِصْفُ كاملاً ؛ الثُّلُثُ نِصْبُهُ ، والسُّدُسُ من نِصيبِ المُجيزِ ، وإن أجازَ كُلُّ واحدٍ منهما له نِصْفَ نِصيبِهِ ، كَمَلَّ له الثُّلُثانِ ، وإن أجازَ له أَحَدُهُما نِصْفَ نِصيبِهِ ، والأخرُ ثلاثةُ أرباعِ نِصيبِهِ ، كَمَلَّ له ثلاثةُ أرباعِ العَبْدِ . وإن وصّى بالعَبْدِ لِاثْنَيْنِ منهما ، فَلِلثَالِثِ أن يُجيزَ لهما ، أو يردَّ عليهما ، أو يُجيزَ لهما بعضَ وصيتيهما ، إن شاء / مُتَسَاوِيًا ، وإن شاء مُتَفَاضِلًا ،

و ٦٠/٧

(٢٧ - ٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في ١ : ه لوارثه .

أَوْ يَرُدُّ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَيُجِيزُ لِلآخِرِ وَصِيَّتَهُ كُلَّهَا أَوْ بَعْضَهَا ، أَوْ يُجِيزُ لِأَحَدِهِمَا جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ ، وَاللَّآخِرِ بَعْضَهَا ، فَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَكَيْفَمَا شَاءَ فَعَلَ فِيهِ .

٩٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِغَيْرِ وَارِثٍ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلْثِ ، فَأَجَازَ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، جَازٌ ، وَإِنْ لَمْ يُجِيزُوا ، رُدَّ إِلَى الثُّلْثِ)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلتزم في الثلث من غير إجازة ، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم ، فإن أجازوه جاز ، وإن رذوه بطل . في قول جميع العلماء . والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لسعد حين قال : أوصى بمالي كله ؟ قال : « لا » . قال : فبالثلثين ؟ قال : « لا » . قال : فبالنصف ؟ قال : « لا » . قال : فبالثلث ؟ قال : « الثلث ، والثلث كثير »^(١) . وقوله عليه السلام : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ »^(٢) . يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه . وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين أعتقهم المريض ، ولم يكن له مال سواهم ، فدعا بهم النبي ﷺ ، فجزأهم ثلاثة أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً^(٣) ، يدل أيضاً على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث ، إذا لم يُجز الوارث ، ويجوز بإجازتهم ؛ لأن الحق لهم . والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث^(٤) ، كالقول في الوصية للوارث ، على ما ذكرنا . وهل إجازتهم تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث . والخلاف فيه مبني على أن الوصية به ، أو العطية له^(٥) ، في مرض الموت المخوف ، صحيحة موقوفة على الإجازة ، أو باطلة ؟ فظاهر المذهب أنها صحيحة ، وأن الإجازة تنفيذ مجرد ،

(١) تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٤) في زيادة : « وصحتها » .

(٥) سقط من : م .

يَكْفِي فِيهِ قَوْلُ الْمُجِيزِ : أجزت ذلك . أو أنفذته . أو نحوه من الكلام ، ولا يفتقر إلى شروط الهبة . ويتفرغ عن هذا الخلاف أنه لو اعتق عبداً ماله سواه في مرضه ، أو وصى باعتاقه ، فأعتقوه بوصيته ، فقد نفذ العتق في ثلثه ، ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة ، فإن أجازوه ، عتق جميعه ، واختص عصباء الميت بولائه كله ، إذا قلنا بصحة إعتاقه وصيته . وإن قلنا : هي باطلة ، والإجازة عطية مبتدأة . اختص عصباء الميت / بثلث ولأيه ، وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم ؛ لأنهم باشروه بالإعتاق . وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ، ثم أعتق ، أو وصى بالإعتاق ، فالحكم فيه على ما ذكرنا . ولو أوصى لابن وارثه بعد تبرعه بثلث ماله ، أو أعطاه عطية في مرضه ، فأجاز أبوه وصيته وعطيته ، ثم أراد الرجوع فيما أجازوه ، فله ذلك إن قلنا : هي عطية مبتدأة . وليس له ذلك على القول بأنها إجازة مجردة . ولو تزوج رجل ابنة عمه ، فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها ، ثم ماتت وخلفته وأباه ، فأجاز أبوه وصيته وعطيته ، فالحكم فيه على ما ذكرنا . ولو وقف في مرضه على ورثته ، فأجاز والوقف ، صح إن قلنا : إجازتهم تنفيذ . ولم يصح إن 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 إلا الثلث على كل حال .

فصل : ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي ، فلو أجازوا قبل ذلك ، ثم ردوا ، أو أذنوا الموروثين في حياته بالوصية بجميع المال ، أو بالوصية لبعض ورثته ، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته ، فلهم الرد ، 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 ، وحماد

ابن أبى سليمان ، و عبد المليك بن يعلى ، والرّهري ، وربيعة^(٦) ، والأوزاعي ، وابن أبى ليلى : ذلك جائز عليهم ؛ لأنّ الحقّ للورثة ، فإذا رضوا بتركه سقط حقّهم ، كما لورضى المشتري بالعيب . وقال مالك : إن أدنوا له في صحته ، فلهم أن يرجعوا ، وإن كان ذلك في مرضه ، وحين يُحجّب عن ماله ، فذلك جائز عليهم . ولنا ، أنّهم أسقطوا حقوقهم فيما لم^(٧) يملكوه ، فلم يلزمهم ، كالمراة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح ، أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ، ولأنّها حالة لا يصح فيها ردّهم للوصية ، فلم يصح فيها / إجازتهم ، كما قبل الوصية .

و ٦١/٧

فصل : وإذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز الوارث الوصية ، وقال^(٨) : إنّما أجزئها ظناً أن المال قليل ، فبان كثيراً . فإن كانت للموصى بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال ، أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه ، لم يقبل قوله ، إلا على قول من قال : الإجازة هبة مبتدأة . فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله . وإن لم تشهد بينة باعترافه بذلك ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنّ الإجازة تنزلت منزلة الإبراء ، فلا يصح في المجهول ، والقول قوله في الجهل به مع يمينه ؛ لأنّ الأصل عدم العلم . ويحتمل أن لا يقبل قوله ؛ لأنّه أجاز عقداً له الخيار في فسخه ، فبطل خياره ، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار . وإن أوصى بمعين ، كعبد أو فرس يزيد على الثلث ، فأجاز الوصية بها^(٩) ، ثم قال : ظننت المال كثيراً أخرج الوصية من ثلثه ، فبان قليلاً ، أو ظهر عليه دين لم أعلمه . لم تبطل الوصية ؛ لأنّ العبد معلوم لا جهالة فيه . ويحتمل أن يملك الفسخ ؛ لأنّه قد يسمع بذلك ظناً منه أنّه يبقى له من المال ما يكفيه ، فإذا بان خلاف ذلك ، لحقه الضرر في الإجازة ، فملك الرجوع كالمسألة التي^(١٠) قبلها .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ١ : ثم قال .

فصل : ولا تصحُّ الإجازةُ إلا من جائزِ التصرفِ . فأما الصبيُّ والمجنونُ والمَحْجُورُ عليه لِسْفِهِ ، فلا تصحُّ الإجازةُ منهم ؛ لأنها تُبرِّعُ بالمال ، فلم تصحَّ منهم ، كالهبةِ . وأما المَحْجُورُ عليه لِفَلْسِ ، فإن قلنا : الإجازةُ هبةٌ . لم تصحَّ منه ؛ لأنه ليس له هبةٌ ماله . وإن قلنا : هي تَفْيِذٌ . صحَّت .

٩٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لَهُ ، وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَلَمْ يُمْتِ المُوَصَّى حَتَّى صَارَ المُوَصَّى لَهُ غَيْرَ وَارِثٍ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ ثَابِتَةٌ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ)

لا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ ، في أن اعْتِبَارَ الوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ ، فلو أَوْصَى لِثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ لَهُ مُتَفَرِّقِينَ ، وَلَا وُلْدَ لَهُ ، وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُوَلِّدَ لَهُ وَوَلَدٌ^(١) ، لم تصحَّ الوَصِيَّةُ لِغَيْرِ الأَخِ مِنَ الأبِّ ، إِلَّا بِالْإِجَازَةِ مِنَ الوَرِثَةِ . وَإِنْ وُلِّدَ لَهُ ابْنٌ ، صحَّتِ الوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ ، إِذَا لم تَتَجَاوَزِ الوَصِيَّةُ الثُّلْثَ . وَإِنْ وُلِّدَتْ لَهُ بِنْتُ ، جازَتْ الوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ وَأَخِيهِ / مِنْ أُمِّهِ ، فيكونُ لهما ثُلُثُ المُوَصَّى بِهِ بَيْنَهِمَا نِصْفَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ لِلأَخِ مِنَ الأبَوَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ وَارِثٌ . وَهَذَا يَقُولُ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ المُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَلَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَلَهُ ابْنٌ ، فَمَاتَ ابْنُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ ، وَلَا لِأَخِيهِ مِنْ أُمِّهِ ، وَجازَتْ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ . فَإِنْ مَاتَ الأَخُ مِنَ الأبَوَيْنِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تَجُزِ^(٢) لِلأَخِ مِنَ الأبِّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ وَارِثًا .

٦١/٧ ظ

فصل : ولو أَوْصَى لِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ، أَوْ أَوْصَتْ لَهُ ، ثم تَزَوَّجَهَا ، لم تَجُزِ وَصِيَّتُهُمَا

(١) سقط من : ١ .

(٢) في ازيادة : « الوصية » .

إلا بالإجازة من الورثة . وإن أوصى أحدهما للآخر ، ثم طلقها ، جازت الوصية ، لأنه صار غير وارث ، إلا أنه إن طلقها في مرض موته ، فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها ؛ لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية ، فلم ينفذ لها ذلك ، كما لو طلقها في مرض موته أو أوصى لها بأكثر مما كانت ترث .

فصل : وإن اعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صحح ، وورثته بغير خلاف نعلمه . وإن اعتقها في مرضه ، ثم تزوجها ، وكانت تخرج من ثلثه ، فنقل المروذي عن أحمد ، أنها تعتق وترث . وهذا اختيار أصحابنا . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها امرأة نكحها صحيح ، ولم يوجد في حقها مانع من موانع الإرث ، وهي الرق والقتل واختلاف الدين ، فترث ، كما لو كان / اعتقها في صحته ^(٣) . وقال الشافعي : تعتق ولا ترث ؛ لأنها لو ورثت لكان إعتاقها وصية لوارث ، فيؤدي توريثها إلى إسقاط توريثها ؛ لأن ذلك يقتضي إبطال عتقها ، فيبطل نكاحها ثم يبطل إرثها ، فكان إبطال الإرث وحده وتصحیح العتق والنكاح أولى .

و ١/٦

فصل : وإن اعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر . فإن مات ، ولم يملك شيئاً آخر ، تبين أن نكاحها باطل ، ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي . ويعتق منها ثلثها ، ويرق ثلثاها . فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها ، عتق منها ثلاثة أسباعها ، ويرق أربعة أسباعها . وحساب ذلك أن تقول : عتق منها شيء ، ولها بصدقتها نصف شيء ، وللورثة شيان ، فيجمع ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفاً ، تبسطها فتكون سبعة ، لها منها ثلاثة ، ولهم أربعة ، ولا شيء للميت سواها ، فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي للورثة . وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها ، وهو سبعة ، ويعتق منها سبعة

(٣) في م : صحها .

وَيَسْتَرِفُوا خَمْسَةَ أَسْبَاعِهَا ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
يُحْسَبُ مَهْرُهَا مِنْ قِيمَتِهَا ، وَلَهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَتُسَعَى فِيمَا بَقِيَ وَهُوَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا . فَإِنْ
كَانَ يَمْلِكُ مَعَ الْجَارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا نِصْفَهَا ، وَرَقٌّ
نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا ثَلَاثَةُ
أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، وَإِنَّمَا قَلَّ الْعِتْقُ فِيهَا لِأَنَّهَا لَمَّا أَخَذَتْ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، نَقَصَ الْمَالُ
بِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ،
وَلَهَا بِمَهْرِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ شَيْئَانِ ، يَعْدِلُ ذَلِكَ الْجَارِيَةَ وَنِصْفَ قِيمَتِهَا ،
فَالشَّيْءُ سُبْعَاها وَسُبْعَا نِصْفِ قِيمَتِهَا وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهِ ، فَهُوَ / الَّذِي عَتَقَ مِنْهَا ، وَتَأْخُذُ
نِصْفَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهِ . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَ قِيمَتِهَا ،
وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ ثُلُثُهَا ، وَرَقٌّ ثُلُثُهَا ، وَيَبْطُلُ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا عَتَقَ أَرْبَعَةَ
أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا أَرْبَعَةَ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا وَخَمْسَةَ أَسْبَاعِ
قِيمَتِهَا ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهَا . وَحِسَابُهَا أَنْ تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الْأَشْيَاءَ مُعَادِلَةً لَهَا
وَلِقِيمَتِهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا بِقَدْرِ سُبْعِي الْجَمِيعِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِهَا ، وَتَسْتَحِقُّ سُبْعَ
الْجَمِيعِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا . وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَى قِيمَتِهَا ،
عَتَقَتْ كُلَّهَا ، وَصَحَّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ إِنْ أَسْقَطَتْ مَهْرَها ، وَإِنْ أَبَتْ
أَنْ تُسْقِطَهُ ، لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهَا ، وَيَبْطُلُ (٤) نِكَاحُهَا ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ
يُقْضَى بِعِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّ إِجَابَةَ يُفْضَى إِلَى إِسْقَاطِهِ وَإِسْقَاطِ عِتْقِهَا
وَنِكَاحِهَا ، فإِسْقَاطُهُ وَحْدَهُ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا ، عَمِلْنَا فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ ،
فَيَعْتَقُ سِتَّةَ أَسْبَاعِهَا ، وَلَهَا سِتَّةَ أَسْبَاعِ مَهْرِهَا ، وَيَبْطُلُ عِتْقُ سُبْعِهَا وَنِكَاحُهَا . وَلَوْ
أَعْتَقَهَا ، وَلَمْ يَتَزَوَّجْهَا ، وَوَطَّعَهَا ، كَانَ الْعَمَلُ فِيهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كَالْوَتَزْوَجِهَا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ الْأَخِيرَةِ ، مَا يَقْتَضِي
صِحَّةَ عِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، مَعَ وُجُوبِ مَهْرِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي مَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ أُمَّةً قِيمَتُهَا

١/٦ ظ

(٤) ق م : « ويبتل » .

مائة، وأصدقها مائتين، لا مال له سواهما، وهما مهرٌ مثلها : يصح العتق والصدّاق والنكاح ؛ لأن المائتين صدّاقٌ مثلها ، وتزويجُ المَرِيضِ بِمَهْرٍ المِثْلِ صَحِيحٌ نَافِذٌ . وهذا غيرٌ جيّدٍ ؛ فإن ذلك يُفضي إلى نُفُوذِ العِتْقِ في المَرَضِ من جميع المال ، ولا أعلمُ به قائلًا . ولو أنه أثلّف المائتين ، أو أصدقهما لامرأة أجنبيّة ، ومات ، ولم يخلف شيئًا ، لبطلَ عِتْقُ ثُلثي الأُمّةِ ، فإذا أخذتُهما هي ، كان أولى في بطلانه . والصحيحُ ما ذكرنا إن شاء الله تعالى . وقال أبو حنيفة / فيما إذا تركَ مِثْلِي قِيمَتِهَا ، وكان مهرها نصفَ قِيمَتِهَا : تُعْطَى مَهْرُهَا وَثُلْثُ الباقِي ، بحسبِ ذلك من قِيمَتِهَا ، وهو نصفُها وثلثُها ، فِعْتُقُ ذلك ، وتَسْعَى في سُدْسِهَا الباقِي ، وَيَبْطُلُ نِكَاحُهَا . فأما إن خَلَفَ أَرْبَعَةَ أمْثَالِ قِيمَتِهَا ، صَحَّ عِتْقُهَا وَنِكَاحُهَا وَصَدَاقُهَا ، في قولِ الجميعِ ؛ لأن ذلك يَخْرُجُ من الثُلْثِ ، وَتَرِثُ من الباقِي في قولِ أصحابنا ، وهو قولُ أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا تَرِثُ . وهو مُقْتَضَى قولِ الخِرَقِي ؛ لأنّها لو وَرِثَتْ لكان عِتْقُهَا وَصِيَّةً لَوَارِثِ ، واعتبارُ الوصيةِ بالموتِ .

فصل : ولو أن امرأة مريضةً أعتقت عبداً قيمته عشرة ، وتزوّجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة . اقتضى قول أصحابنا أن تُضمَّ العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة ، ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون . وهذا مذهب أبي حنيفة . وقال صاحباه : تُحسبُ عليه قيمته أيضا ، وتضمُّ إلى التركة ، ويبقى للورثة ستون . وقال الشافعي : لا يرث شيئاً ، وعليه أداء العشرة التي في ذمته ؛ لئلا يكون إعتاقه وصيةً لوارث . وهذا مقتضى قول الخِرَقِي ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ولو تزوّج المَرِيضُ امرأةً صدّاقٌ مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثته ، بطلت المحاباة ؛ لأنها وصية لوارث ، ولها صدقها ورُبُعُ الباقِي بالميراث . وإن مات قبله ، صحّت المحاباة ، ويدخلها الدَّورُ ، فنقول : لها مهرها وهو خمسة ، وشيءٌ بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ، ثم رجع إليهم

نِصْفُ مَا لَهَا ، وَهُوَ دِينَارَانِ وَنِصْفُ ، وَنِصْفُ (٥) شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا
 نِصْفُ شَيْءٍ يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ ، أَجْبَرُ وَقَابِلُ ، يَتَبَيَّنُ أَنَّ الشَّيْءَ ثَلَاثَةٌ ، فَيَكُونُ لَوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ ،
 وَلَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ . وَإِنْ خَلَقْتَ مَعَ ذَلِكَ دِينَارَيْنِ ، عَادَ إِلَى الزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهَا ثَلَاثَةٌ وَنِصْفُ (٦)
 شَيْءٍ ، صَارَ (٧) لَهُ ثَمَانِيَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، / أَجْبَرُ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ
 ثَلَاثَةٌ وَخُمْسَيْنِ ، فَصَارَ لَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ وَأَرْبَعَةٌ أَحْمَاسُ ، وَلَوَرَثَتِهَا خَمْسَةٌ وَخُمْسٌ .

٢/٦ ظ

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لَزَوْجِهَا الْحُرَّ ، فَقَبِلَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ
 لَا يَجْتَمِعُ مَعَ مِلْكِ الْيَمِينِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِذَا مَلَكَ الْقَبُولَ ، فَحِينَئِذٍ
 يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ تَبَيَّنَا أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينَ مَوْتِ
 الْمُوصَى ، فَتَبَيَّنَ حِينَئِذٍ أَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصَى ، فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَمْ
 تَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ
 تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ أَوْصَى ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكُونُ مُوصَى بِهِ (٨) مَعَهَا ؛ لِأَنَّ
 لِلْحَمَلِ حُكْمًا ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ وَلَهُ (٩) ، وَإِذَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مُتَّفِرِدًا ،
 صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مَعَ أُمِّهِ ، فَيَصِيرُ كَمَا لَوْ كَانَ مُتَّفَصِلًا فَأَوْصَى بِهِمَا جَمِيعًا . وَفِيهِ وَجْهٌ
 آخَرٌ ، لَا حُكْمَ لِلْحَمَلِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ (٩) لَهُ الْحُكْمُ عِنْدَ
 انْفِصَالِهِ ، كَأَنَّهُ حَدَثَ حِينَئِذٍ . فَعَلَى هَذَا إِنْ انْفَصَلَ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ ، كَسَائِرِ
 كَسْبِهَا ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبِلَ الْقَبُولَ ، فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ ، عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ
 انْفَصَلَ بَعْدَهُ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمَلَ بِهِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ
 الْمُوصَى ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ أَوْصَى ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ لِمُدَّةِ

(٥) سقط من : م .

(٦) في ازيادة : « ونصف » .

(٧) في م : « فصار » .

(٨) في م : « له » .

(٩) في م ، « ثبت » .

الحَمْلُ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا حَمَلَتْهُ بَعْدَهَا فَلَمْ يَتَنَاوَلْهُ . وَالْأَصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ حَالَ
 الوَصِيَّةِ ، فَلَا تُثَبِّتُهُ بِالشَّكِّ ، فَيَكُونُ مَمْلُوكًا لِلْمَوْصِي إِنْ وَلَدَتْهُ فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ
 بَعْدَهُ ، وَقُلْنَا : لِلحَمْلِ حُكْمٌ . فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لِاحْتِكَمٍ لَهُ . فَهُوَ لِلوَرَثَةِ إِنْ وَلَدَتْهُ
 قَبْلَ القَبُولِ ، وَلَا بَيِّنَةٌ إِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ كَانَ الوَلَدُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُهُ ، وَعَلَيْهِ وَوَلَاءٌ لِأَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالقَرَابَةِ ، وَأُمُّهُ أُمَّةٌ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا
 بِالمِلْكِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وُلْدٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ مِنْهُ بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ . الحَالُ الثَّلَاثُ ، / أَنْ تَحْمِلَ
 بَعْدَ مَوْتِ المَوْصِي وَقَبْلَ القَبُولِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ
 المَوْتِ ، فَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ أَيْضًا ، فَهُوَ لِلوَارِثِ ، فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ المِلْكَ
 إِذَا تَبَيَّنَ لِلْمَوْصِي لَهُ بَعْدَ القَبُولِ . وَعَلَى الوَجْهِ الآخِرِ ، يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ . وَإِنْ
 وَضَعَتْهُ بَعْدَ القَبُولِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِلحَمْلِ حُكْمًا ، فَيَكُونُ حَادِثًا عَلَى (١)
 مِلْكِ الوَارِثِ . وَعَلَى الوَجْهِ الآخِرِ ، يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ حُرًّا لِوَلَاءِ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وُلْدٍ ، لَكُونِهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَلُو حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ
 القَبُولِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الفَصْلِ قَرِيبٌ مِمَّا قُلْنَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَضَعَتْهُ
 بَعْدَ مَوْتِ المَوْصِي ، دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَقِرُّ بِالمَوْتِ وَتَلْزَمُ ، فَوَجَبَ
 أَنْ تَسْرِي إِلَى الوَلْدِ ، كَالاسْتِيلَادِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ حَادِثَةٌ بَعْدَ عَقْدِ الوَصِيَّةِ ،
 فَلَا تُدْخَلُ فِيهَا ، كَالكَسْبِ ، وَإِذَا أَوْصَى بِعِتْقِ جَارِيَةٍ فَوَلَدَتْ . وَتُفَارِقُ الاسْتِيلَادَ ؛
 لِأَنَّ لَهُ تَغْلِييًّا وَسِرَابِيَّةً . وَهَذَا التَّفْرِيعُ فِيمَا إِذَا خَرَجَتْ الجَارِيَةُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ
 مِنَ الثَّلْثِ ، مَلَكَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثَّلْثِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ بَعْضِهَا يَنْفَسِخُ
 النِّكَاحَ ، كَمِلْكِ جَمِيعِهَا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الوَلَدُ فِيهِ لِأَبِيهِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ (١)
 مِنْهُ هُنَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْ أُمِّهِ ، وَيَسْرِي العِتْقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ،

و ٣/٦

(١٠) في م : عن .

(١١) سقط من : م .

وإن كان مُعْسِرًا فقد عَتَقَ منه ما مَلَكَ وحده . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : تكونُ أُمُّ وُلْدٍ . فَإِنَّهَا تَصِيرُ أُمُّ وُلْدٍ هُنَا . سواءً كان مُوسِرًا أو مُعْسِرًا ، على قولِ الحَرَقِيِّ ، كما إذا اسْتُوَلِدَ الأُمَّةَ المُشْتَرَكَةَ . وقال القاضي : يَصِيرُ منها أُمُّ وُلْدٍ بِقَدْرِ ما مَلَكَ منها . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ .

٩٥٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ المُوصِي لَهُ قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي ، بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ)

هذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . رَوَى ذلك عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال / ٣/٦ ظ
 الزُّهْرِيُّ ، وَحَمَّادُ بنِ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال الحَسَنُ : تكونُ لِوُلْدِ المُوصِي له . وقال عَطَاءٌ : إذا عَلِمَ المُوصِي بِمَوْتِ المُوصِي له ، ولم يَحْدُثْ فيما أَوْصَى به شَيْئًا ، فهو لِوَارِثِ المُوصِي له ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ^(١) عَقْدِ الوَصِيَّةِ ، فيَقُومُ الوَارِثُ مَقَامَهُ ، كما لو مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي وَقَبْلَ القَبُولِ . ولنا ، أَنَّها عَطِيَّةٌ صادِقَةٌ المُعْطَى مَيِّتًا ، فلم تَصِحَّ ، كما لو وَهَبَ مَيِّتًا ؛ وذلك لِأَنَّ الوَصِيَّةَ عَطِيَّةٌ بَعْدَ المَوْتِ ، وإِذا مَاتَ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَتْ الوَصِيَّةُ أَيضًا . وإن سَلَّمْنَا صِحَّتْها ، فَإِنَّ العَطِيَّةَ صادِقَةٌ حَيًّا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : ولا تصحُّ الوَصِيَّةُ لِمَيِّتٍ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : إن عَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فهي جائِزَةٌ ، وهي لِوَرِثَتِهِ بَعْدَ قَضائِ دُيُونِهِ وَتَنْفِيذِ وصَايَاهُ ؛ لِأَنَّ العَرَضَ نَفَعَهُ بها ، وبهذا يَحْصُلُ له النِّفْعُ ، فأشْبَهَ ما لو كان حَيًّا . ولنا ، أَنَّهُ أَوْصَى لِمَنْ لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، إِذا لم يَعْلَمْ حالَهُ ، فلم تَصِحَّ إِذا عَلِمَ حالَهُ ، كالْبَهِيمَةِ . وفارَقَ الحَيِّ ؛ فَإِنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ له في الحالين ، ولِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلى القَبُولِ ، فلم يَصِحَّ لِلْمَيِّتِ ، كَالْهَبَةِ . إِذا ثَبَتَ هذا ، فَإِذا أَوْصَى بِثُلْثِهِ ، أو بِمِائَةِ لِاثْنَيْنِ حَيًّا وَمَيِّتٍ ، فَلِلْحَيِّ

(١) في م : قبل .

نِصْفُ الوَصِيَّةِ ، سواءَ عَلِمَ مَوْتُ المَيِّتِ أَوْ جَهَلَهُ . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، وإسحاقَ ،
 والبَصْرِيِّينَ . وقال الثَّوْرِيُّ ، وأبو يوسَفَ ، ومحمدُ : إذا قال : هذه المائة لِفلانٍ
 وفلانٍ . فهي لِلحَيِّ منهما . وإن قال : بين فلانٍ وفلانٍ . فوافقنا الثَّوْرِيَّ في أن نِصْفَها
 لِلحَيِّ . وعن الشافِعِيِّ كالمَذْهَبِيَّينَ . وقال أبو الحِطَّابِ : عِنْدِي أَنَّهُ إذا عَلِمَهُ مَيِّتًا ،
 فالجَمِيعُ لِلحَيِّ ، وإن لم يَعْلَمْهُ مَيِّتًا ، فَلِلحَيِّ النِّصْفُ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على
 هذا القَوْلِ . فَإِنَّهُ ^(٢) قال ، في رِوَايَةِ ابنِ القاسِمِ : إذا أوصى لِفلانٍ وفلانٍ بمائةٍ ، فَبانَ
 أَحَدُهُما مَيِّتًا ، فَلِلحَيِّ حَمْسُونَ . فِقِيلَ له : أليس إذا قال : ثلثي لِفلانٍ وللحائِطِ ، أن التُّلْثَ
 كُلَّهُ لِفلانٍ ؟ فقال : وأى شَيْءٍ يُشْبِهُ هذا ، الحائِطُ له مِلْكٌ ! فعلى هذا متى ^(٣) شَرَكَ بينَ من
 تَصِحُّ / الوَصِيَّةُ له وَمَنْ لا تَصِحُّ ، مثل أن يُوصِي لِفلانٍ أو لِلملكِ ^(٤) وللحائِطِ ، أو
 لِفلانٍ المَيِّتِ ، فالمُوصَى به كُلُّهُ لمن تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، إذا كان عالِمًا بالحالِ ؛ لأنَّهُ إذا
 شَرَكَ بينهما في هذه الحالِ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِالوَصِيَّةِ كُلَّها مَنْ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له . وإن لم
 يَعْلَمْ الحالِ ، فَلَمَنْ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له نِصْفُها ؛ لأنَّهُ قَصَدَ إيصالَ نِصْفِها إليه ، وإلى الآخرِ
 النِّصْفِ الآخرِ ^(٥) ، ظَنًّا منه أن الوَصِيَّةَ له صَحيحةٌ ، فإذا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ في حَقِّ
 أَحَدِهِما ، صَحَّتْ في حَقِّ الآخرِ بِقِسْطِهِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وَوَجْهُ القَوْلِ الأوَّلِ ،
 أَنَّهُ جَعَلَ الوَصِيَّةَ لِاثْنَيْنِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أَحَدُهُما جَمِيعَها ، كما لو كانا مَمَّنْ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ
 لهما فماتَ أَحَدُهُما ، أو كما لو لم يَعْلَمْ الحالِ . فَأَمَّا إن وصَّى لِاثْنَيْنِ حَيِّينَ ، فماتَ
 أَحَدُهُما ، فَللاَخرِ نِصْفُ الوَصِيَّةِ . لا نَعْلَمُ في هذا خِلافًا . وكذلك لو بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ
 في حَقِّ أَحَدِهِما ؛ لِرَدِّها ، أو لِخُرُوجِهِ عن أن يكونَ من أَهلِها . ولو قال : أوصيْتُ

٤/٦ و

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « إذا » .

(٤) في م : « وللملك » .

(٥) سقط من : الأصل .

لكل واحدٍ من فلانٍ وفلانٍ يَنْصِفُ الثُّلُثِ ، أو يَنْصِفُ المائَةَ ، أو بِخَمْسِينَ . لم يَسْتَحِقْ أَحَدُهُما أَكْثَرَ من نِصْفِ الوَصِيَّةِ ، سواءَ كان شَرِيكُهُ حَيًّا أو مَيِّتًا ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ وَصِيَّتِهِ في النِّصْفِ ، فلم يَكُنْ له حَقٌّ فيما سِوَاهُ .

٩٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ رَدَّ الْمُوصِي لَهُ الوَصِيَّةَ ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ)

لا يَحُلُو^(١) رَدُّ الوَصِيَّةِ من أَرْبَعَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحدها ، أن يَرُدَّها قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ هُنَا ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ لم تَقْعُ بَعْدُ ، فَأَشْبَهَ رَدَّ المَبِيعِ قَبْلَ إِجْبَابِ البَيْعِ ، ولِأَنَّهُ ليس بِمَحَلٍّ لِلقَبُولِ ، فلا يَكُونُ مَحَلًّا للرَّدِّ ، كما قَبْلَ الوَصِيَّةِ . والثانية ، أن يَرُدَّها بَعْدَ المَوْتِ ، وَقَبْلَ القَبُولِ ، فَصِحُّ الرَّدِّ ، وتَبَطَّلَتِ الوَصِيَّةُ . لا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا^(٢) ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَطَّ حَقَّهُ في حَالِ يَمْلِكُ قَبُولَهُ وَأَخَذَهُ ، فَأَشْبَهَ عَفْوَ الشَّفِيعِ عَنِ الشَّفِيعَةِ بَعْدَ البَيْعِ . والثالثة ، أن يَرُدَّ بَعْدَ القَبُولِ والقَبْضِ ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ / قد اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ رَدَّهُ لِسَائِرِ مِلْكِهِ ، إِلَّا أن يَرْضَى الوَرَثَةُ بِذلك ، فتَكُونُ هِبَةً مِنْهُ لَمْ تَفْتَقِرْ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ . والرابعة ، أن يَرُدَّ بَعْدَ القَبُولِ وَقَبْلَ القَبْضِ ، فيَنْظَرُ ؛ فَإِنْ كان المُوصِي بِهِ مَكِّيلاً أو مُوزوناً ، صَحَّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّهُ لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ عَلَيْهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَأَشْبَهَ رَدَّهُ قَبْلَ القَبُولِ ، وَإِنْ كان غَيْرَ ذلك ، لم يَصِحَّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ^(٣) قد اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ، فهو كالمَقْبُوضِ . وَيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ الرَّدُّ ، بِنَاءً على أن القَبْضَ مُعْتَبَرٌ فِيهِ . ولِأَصْحَابِ الشافِعِيِّ في هَذِهِ الحَالِ وَجْهَانِ ؛ أَحدهما ، يَصِحُّ الرَّدُّ في الجَمِيعِ ، ولا فَرْقَ بَيْنَ المَكِيلِ والمُوزونِ وَغَيْرِهِما . وَهَذَا المَنْصُوصُ عَنِ الشافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا مَلَكَوا الرَّدَّ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ ، مَلَكَوا الرَّدَّ مِنْ غَيْرِ قَبْضِ ، ولِأَنَّ مِلْكَ الوَصِي لم يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِ قَبْلَ القَبْضِ ، فَصَحَّ رَدُّهُ ، كما قَبْلَ القَبُولِ . والثاني ، لا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّ المِلْكَ يَحْصُلُ بالقَبُولِ مِنْ غَيْرِ قَبْضِ .

(١) في م زيادة : « إذا » .

(٢) في الأصل : « اختلافا » .

(٣) في : « الملك » .

فصل: وكل موضع صحَّ الرُّدُّ فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالرُّدِّ ، وتُرْجَعُ إِلَى التَّرِكَةِ ، فتكونُ لِلوَرَاثِ جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ثُبُوتُ الْحَقِّ (٤) لَهُمْ ، وَإِنَّمَا خَرَجَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، رَجَعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تُوجَدْ . وَلَوْ عَيَّنَ بِالرُّدِّ وَاحِدًا ، وَقَصَدَ تَخْصِيصَهُ بِالْمَرْدُودِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَكَانَ لِجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ رَدَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَمَلُّكِهِ ، فَيَقْبَى عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَلَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ يَخْصُهُ بِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الرُّدُّ (٥) لِاسْتِقْرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يَخْصُ (٦) بِهِ وَاحِدًا مِنَ الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ هَيْبَةٍ ، وَيَمْلِكُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَمَلَكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ . فَلَوْ قَالَ : رَدَدْتُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِفُلَانٍ . قِيلَ لَهُ : مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ لِفُلَانٍ ؟ فَإِنْ قَالَ (٧) : أَرَدْتُ تَمْلِيكَهَ إِيَّاهَا ، وَتَخْصِيصَهُ بِهَا . فَقَبِلَهَا ، اخْتَصَّ بِهَا ، وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ رَدَّهَا إِلَى جَمِيعِهِمْ ، لِيَرْضَى فُلَانٌ . عَادَتْ إِلَى جَمِيعِهِمْ إِذَا قَبِلُوهَا ، فَإِنْ قَبِلَهَا بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمَنْ قَبِلَ حِصَّتَهُ مِنْهَا .

فصل: وَيَحْصُلُ الرُّدُّ بِقَوْلِهِ : رَدَدْتُ الْوَصِيَّةَ . وَقَوْلُهُ : لَا أَقْبِلُهَا . وَمَا أَدَّى هَذَا الْمَعْنَى . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَوْصَى (٨) لِرَجُلٍ بِالْفِ ، فَقَالَ : لَا أَقْبِلُهَا . فَهِيَ لِوَرِثَتِهِ . يَعْنِي لِوَرِثَةِ الْمُوصِي .

٩٦٠ - مسألة ؛ قَالَ : (فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ ، قَامَ وَارِثُهُ فِي ذَلِكَ مَقَامَهُ ، إِذَا كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي)

اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَالرُّدِّ ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ،

(٤) فِي م : « الْحَكْم » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « فِيهِ » .

(٦) فِي م : « بِمَخْص » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي م : « قَالَ أَوْصَيْت » .

فذهب الخرقى إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد؛ لأنه حتى ثبت (للموروث
فثبت للوارث^(١) بعد موته، لقوله عليه السلام: «مَنْ تَرَكَ حَقًّا^(٢) فَلِوَارِثِهِ»^(٣).
وكخيار الرد بالعيب، وذهب أبو عبد الله ابن حامد إلى أن الوصية تبطل؛ لأنه عقد يفتقر
إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله، بطل العقد، كالهبة. قال القاضي: هو
قياس المذهب؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه، فبطل بالموت، كخيار المجلس والشرط
وخيار الأخذ بالشفعة. وقال أصحاب الرأي: تلزم الوصية في حق الوارث، وتدخل
في ملكه حكماً بغير قبول؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصى، وإنما الخيار
للموصى له، فإذا 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^(٤)، فلا يبطل
بموت الآخر، كالذي ذكرنا. ويفارق الهبة والبيع قبل القبول، من الوجهين اللذين
ذكرناهما، وهو أنه جائز من الطرفين، ويبطل بموت الموجب له، ولا يصح قياسه
على الخيارات؛ لأنه لم يبطل الخيار، ويلزم العقد، فنظيره في مسألتنا قول أصحاب
الرأي. ولنا، على إبطال / قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك، فلم يلزم قبل
القبول، كالبيع والهبة. إذا ثبت هذا، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول
والرد؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت، قام الوارث فيه مقامه.
فعلى هذا، إن رد الوارث الوصية بطلت، وإن قبلها صححت^(٥)، وثبت الملك بها^(٥).

(١ - ١) في م: «للمورث ثبت للموروث».

(٢) في أ، م: «حقه».

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢.

(٤) سقط من: أ، م.

(٥ - ٥) في أ: «وثبت له الملك فيها».

وإن كان الوارث جماعةً ، اعتُبر القبولُ أو الرُّدُّ من جميعهم ، فإن رَدَّ بعضهم وقبِلَ بعضٌ ، نَبَتْ للقابِلِ حصَّتهُ ، وبطلتِ الوصِيَّةُ في حَقِّ من رَدَّ . فإن كان فيهم من ليس من أهلِ التَّصَرُّفِ ، قامَ وليُّه مقامه في القبولِ والرُّدِّ ، وليس له أن يفعلَ إلا ما للموَلَّى عليه الحَظُّ فيه ، فإن فعلَ غيرَه لم يَصِحَّ ، فإذا كان الحَظُّ في قبولِها فردَّها ، لم يَصِحَّ رَدُّه ، وكان له قبولُها بعد ذلك . وإن كان الحَظُّ في رَدِّها فقبَلها ، لم يَصِحَّ قبولُه ؛ لأنَّ الوَلِيَّ لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في حَقِّ الموَلَّى عليه بغيرِ مالِه الحَظُّ فيه . فلو أوصى لصبيٍّ يذِي رَحمٍ له يَعْتَقُ بِمِلْكِهِ له ، وكان على الصَّبِيِّ ضَرَرٌ في ذلك ، بأن تَلَزَمَهُ نَفَقَةُ الموصَى به ، لكونه فقيرًا لا كَسَبَ له ، والموَلَّى عليه مُوسِرٌ ، لم يَكُنْ له قبولُ الوصِيَّةِ ، وإن لم يَكُنْ عليه ضَرَرٌ لكونِ الموصَى به ذا كَسَبٍ ، أو كَوْنِ الموَلَّى عليه فقيرًا لا تَلَزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، تَعَيَّنَ قبولُ الوصِيَّةِ ؛ لأنَّ في ذلك نَفَعًا للموَلَّى عليه ، لِعَتَقِ قَرَابَتِهِ ، وتَحْرِيرِهِ ، من غيرِ ضَرَرٍ يَعُودُ عليه ، فَتَعَيَّنَ ذلك . والله أعلم .

فصل : ولا يَمْلِكُ الموصَى له الوصِيَّةُ إلا بالقبولِ ، في قولِ جُمهورِ الفقهاءِ ، إذا كانت لمُعَيَّنٍ يُمَكِّنُ القَبُولُ منه ؛ لأنها تَمْلِكُ مالَ لِمَنْ هو من أهلِ المِلْكِ مُتَعَيَّنٍ ، فاعتُبرَ قبولُه ، كالهَبَةِ والبَيْعِ . قال أحمدُ : الهَبَةُ والوصِيَّةُ واحدٌ ، فأما إن كانت لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كالفُقراءِ والمساكينِ ومن لا يُمَكِّنُ^(٦) حَصْرُهُم ، كبنِي هاشِمٍ وتَمِيمٍ ، أو على مَصْلَحَةٍ كَمَسْجِدٍ أو حَجٍّ ، لم يَفْتَقِرْ إلى قَبُولِ ، ولَزِمَتْ بِمَجَرَّدِ المَوْتِ ؛ لأنَّ اِعتِبَارَ القَبُولِ من جَمِيعِهِم مُتَعَدِّرٌ ، فَيَسْقُطُ اِعتِبَارُهُ ، كالوَقْفِ / عليهم ، ولا يَتَعَيَّنُ واحدٌ منهم فَيُكْتَفَى بِقَبُولِهِ ، ولذلك لو كان فيهم ذورَحمٍ من الموصَى به ، مثل أن يُوصَى بِعَبْدٍ لِلْفُقراءِ وأبوه فقيرٌ ، لم يَعْتَقُ عليه . ولأنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ للموصَى لهم ، بِدَلِيلِ ما ذَكَرْنَا من المَسْأَلَةِ ، وإِنَّمَا ثَبَتَ لِكُلِّ واحدٍ منهم بِالقَبْضِ ، فَيَقُومُ بِقَبْضِهِ مَقَامَ قَبُولِهِ . أمَّا الآدَمِيُّ المُعَيَّنُ ، فَيَثْبُتُ له المِلْكُ ، فَيَعْتَبَرُ قَبُولُهُ ، لكن لا يَتَعَيَّنُ القَبُولُ بِاللَّفْظِ ، بل يُجْزَى

و ٦/٦

(٦) في م : « يملك » .

ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى ، كقولنا فى الهبة والبيع . ويجوز القبول على الفور والتراخى . ولا يكون إلا بعد موت الموصى ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ، ولذلك لم يصح رده . فإذا قبل ، ثبت الملك له من (٧) حين القبول ، فى الصحيح من المذهب . وهو قول مالك ، وأهل العراق . وروى عن الشافعى . وذكر أبو الخطاب فى المسألة وجهاً آخر ، أنه إذا قبل ، تبين أن الملك ثبت (٨) حين موت الموصى . وهو ظاهر مذهب الشافعى ؛ 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 : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ (٩) . ولأن الإزث بعد الوصية ، ولا يبقى للميت ؛ لأنه صار جماً لا يملك شيئاً . وللشافعى قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا . ولنا ، أنه تمليك (١٠) عين لمعين يفتقر إلى القبول ، فلم يسبق الملك القبول ، 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 فى الماضى لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل . فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر . ثم مات ، تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا : ليس هذا شرطاً فى وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذى يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذ امت فانت طالق قبله بشهر . لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب فى سائر العقود ، فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ، فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير ،

٦/٦ ظ

(٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٨) فى م : « يثبت » .

(٩) سورة النساء ١١ .

(١٠) فى م : « تملك » .

لا يَظْهَرُ له أثرٌ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنَا . قولُهُم : إِنْ المِلكُ لا يَثْبُتُ للوارِثِ . مَمْنوعٌ ؛ فَإِنَّ المِلكَ يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ بِحُكْمِ الأَصْلِ ، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ مانِعٌ . وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ . قُلْنَا : المرادُ بِهِ وَصِيَّةٌ مَقْبُولَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو لم يَقْبَلْ لكانَ مِلْكَاً للوارِثِ ، وَقَبْلَ قَبولِها فليستَ مَقْبُولَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ المرادُ بقولِهِ : ﴿ فَلَكمُ الرُّبْعُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ ﴾ (١١) . أى لَكُمْ ذلكَ مُسْتَقَرٌّ . فلا يَمْنَعُ هذا ثُبوتَ المِلكِ غيرِ مُسْتَقَرٍّ ، ولهذا لا يَمْنَعُ الدَّيْنُ ثُبوتَ المِلكِ في التَّرِكَةِ ، وهو آكَدُ مِنَ الوَصِيَّةِ . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ المِلكَ لا يَثْبُتُ للوارِثِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكَاً لِلْمَيِّتِ ، كما إِذا كانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . وقولُهُم : لا يَبْقَى لَهُ مِلكٌ . مَمْنوعٌ ؛ فَإِنَّهُ يَبْقَى مِلْكَهُ فيما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ مُؤَنَةٍ تَجْهِيْزُهُ وَدَفْنِهِ ، وَقَضائِ دُيُونِهِ . وَيَجوزُ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ مِلكٌ في دَيْنِهِ (١٢) إِذا قَبِلَ ، وَفِما إِذا نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيها صَيِّدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بِحَيْثُ تُقْضَى دُيُونُهُ ، وَتُنْفَذُ وَصاياهُ ، وَيُجْهَزُ إِنْ كانَ قَبْلَ تَجْهِيْزِهِ ، فَهَذَا يَبْقَى عَلَى مِلْكَهِ ، لِتَعَدُّرِ انْتِقالِهِ إلى الوارِثِ مِنْ أَجْلِ الوَصِيَّةِ ، وَامْتِناعِ انْتِقالِهِ إلى الوَصِيِّ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ ، فَإِنْ رَدَّ المُوصِي لَهُ ، أَوْ قَبِلَ ، انْتَقَلَ حَيْثُ . فَإِنْ قُلْنَا بِالأَوَّلِ ، وَأَنَّه يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ (١٣) المِلكُ عَلَى وَجْهِه لا يُفِيدُ إِباحَةَ التَّصَرُّفِ ، كَثبُوتِهِ في العَيْنِ المَرْهُونَةِ ، فَلو باعَ المُوصِي بِهِ ، أَوْ رَهَنَهُ ، أَوْ اعْتَقَهُ ، أَوْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ ذلكَ ، لم يَنْفَذْ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفاتِهِ . ولو كانَ الوارِثُ ابْناً للمُوصِي بِهِ ، مِثْلَ أَنْ تَمْلِكَ امْرَأَةٌ زَوْجَها الَّذِي لها مِنْهُ ابْنٌ ، فَتُوصِي بِهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِذا ماتَتْ انْتَقَلَ المِلكُ فِيهِ إلى ابْنِهِ إلى حينِ القَبُولِ ، ولا يَعْتَقُ عَلَيْهِ . وَاللهُ أَعْلَمُ .

فصل : فيما يَحْتَلِفُ مِنَ الفُرُوعِ بِاخْتِلافِ المَذْهَبِيْنَ ، مِنْ ذلكَ أَنَّهُ إِذا حَدَثَ للمُوصِي بِهِ / نِماءٌ مُنْفَصِلٌ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِي ، وَقَبْلَ القَبُولِ ، كَالثَّمَرَةِ وَالنَّجَاحِ

٧/٦ و

(١١) سورة النساء ١١

(١٢) في م : « ديونه »

(١٣) سقط من : ١ .

والكسب ، فهو للورثة . وعلى الوجه الآخر ، يكون للموصى له . ولو أوصى بأمة لزوجها ، فأولدها بعد موت الموصى ، وقبل القبول^(١٤) ، فولده رقيق للوارث . وعلى الوجه الآخر ، يكون حر الأصل ، ولا ولاء عليه ، وأمه أم ولد ؛ لأنها علقَتْ منه بحر في ملكه . وإن مات الموصى له قبل القبول والرد ، فلوارثه 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 . وقال أكثر أصحاب الشافعي : لا يرث الولد ههنا شيئاً ؛ لأن تورثه يمنع قول القابل وإراثاً ، فيبطل قبوله ، فيفضى إلى الدور ، وإلى إبطال ميراثه ، فأشبهه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث . وقد ذكرنا في الإقرار ما يذفع هذا ، وأن المقر به يرث ، فكذا ههنا . ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول ، كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار . والله أعلم . ومن ذلك ، لو أوصى لرجل بأبيه ، فمات الموصى له قبل القبول ، فقبل ابنه ، صح ، وعتق عليه الجد ، ولم يرث من ابنه شيئاً ؛ لأن حرثته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره . وعلى الوجه الآخر ، تثبت حرثته من حين موت الموصى ، فيرث من ابنه السدس . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يرث أيضاً ؛ لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ، ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرثته ، وإذا لم يجز اعتباره ، لم يعتق ، فيؤدى تورثه إلى إبطال تورثه . وهذا فاسد ؛ فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ، ثبت نسبه وورث ، مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة . ومن ذلك ، أنه لو مات الموصى له ، فقبل وارثه ، لثبت الملك للوارث القابل ابتداءً من جهة الموصى ، لا من جهة موروثه ، ولم يثبت للموصى له شيء ، فحينئذ لا تقضى ديونته ، ولا تنفذ وصاياه ، ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث ، عتق عليه ، وكان ولاؤه له دون الموصى له . وعلى الوجه الآخر ، يتبين أن الملك كان ثابتاً

٧/٦٠ ظ

(١٤) في الأصل ، ١ : ٥ قبولها .

لِلْمُوصَى لَهُ ، وَأَنَّهُ انْتَقَلَ مِنْهُ إِلَى وَاثِرِهِ ، فَتَنَعَكَسُ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَتُقَضَى ذُبُونُهُ ، وَتُنْفَذُ وَصَايَاهُ ، وَيَعْتَقُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، يَخْتَصُّ بِهِ الذُّكُورُ مِنْ وَرَثَتِهِ . وَمِنْ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُوصَى بِهِ لَوْ كَانَ أُمَّةً ، فَوَطَّئَهَا الْوَارِثُ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدِلَهُ ، وَوَلَدُهَا حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّئَهَا فِي مَلِكِهِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا لِلْمُوصَى لَهُ إِذَا قَبِلَهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ قَضَيْتُمْ بَعْتِهَا هُنَا ، وَهِيَ لَا تَعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا ؟ قُلْنَا : الْاِسْتِيْلَادُ أَقْوَى ، وَلِذَلِكَ يَصِحُّ مِنَ الْمَجْنُونِ ، وَالرَّاهِنِ ، وَالْأَبِ ، وَالشَّرِيكِ الْمُعْسِرِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَذْ إِعْتَاقَهُمْ ^(١٥) . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، يَكُونُ وَلَدُهُ ^(١٦) رَقِيْقًا ، وَالْأُمَّةُ بَاقِيَةٌ عَلَى الرَّقِّ . وَإِنْ وَطَّئَهَا الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ قَبُولِهَا ، كَانَ ذَلِكَ قَبُولًا لَهَا ، وَتَبَتَ الْمَلِكُ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمَلِكِ ، فَأَقْدَامُهُ عَلَيْهِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِيَارِهِ الْمَلِكِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطَّئَ مَنْ لَهُ الرَّجْعَةُ الرَّجْعِيَّةَ ، أَوْ وَطَّئَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ الْأُمَّةَ الْمَبِيْعَةَ ، أَوْ وَطَّئَ مَنْ لَهُ خِيَارٌ فَسَخَرَ النِّكَاحَ امْرَأَتَهُ .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُقَيَّدَةً ، فَالْمُطْلَقَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ فَتُلْثِي لِلْمَسَاكِينِ ، أَوْ لِرَبِيْعٍ . وَالْمُقَيَّدَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ ، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، فَتُلْثِي لِلْمَسَاكِينِ . فَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ ، أَوْ خَرَجَ مِنَ الْبَلَدَةِ ، ثُمَّ مَاتَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ الْمُقَيَّدَةُ ، وَبَقِيَتِ الْمُطْلَقَةُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَصَّى وَصِيَّةً إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ هَذَا أَوْ مِنْ سَفَرِهِ هَذَا ، وَلَمْ يُعَيَّرْ وَصِيَّتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ : فَلَيْسَ لَهُ وَصِيَّةٌ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ قَالَ قَوْلًا / ، وَلَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، فَهُوَ كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَتَبَ كِتَابًا ، ثُمَّ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، وَأَقْرَأَ الْكِتَابَ ، فَوَصِيَّتَهُ بِحَالِهَا ، مَا لَمْ يَنْقُضْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِشَرْطٍ لَمْ يُوجَدْ شَرْطُهَا ، فَبَطَلَتْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، أَوْ كَمَا لَوْ وَصَّى لِقَوْمٍ فَمَا ثَوَّقَ قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّهُ قَيَّدَ وَصِيَّتَهُ بِقَيْدٍ ، فَلَا يَتَعَدَّاهُ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ لِأَحَدٍ

٨/٦ و

(١٥) فِي ١ : « عَتَقَهُمْ » .

(١٦) فِي ١ : « الْوَلَدُ » .

عَبْدِيهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَقَالَ لِلآخَرِ : أَنْتَ حُرٌّ (١٧) إِنْ مِتُّ مِنْ (١٨) مَرَضِي هَذَا . فَمَاتَ مِنْ (١٨) مَرَضِهِ ، فَالْعَبْدَانِ سَوَاءٌ فِي التَّدْبِيرِ . وَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، بَطَلَ تَدْبِيرُ الْمُقْبِدِ ، وَبَقِيَ تَدْبِيرُ الْمُطْلَقِ بِحَالِهِ . وَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلَيْثِهِ ، وَقَالَ : إِنْ مِتُّ قَبْلِي فَهُوَ لِعَمْرٍو . صَحَّحَتْ وَصِيَّتُهُ عَلَى حَسَبِ مَا شَرَطَهُ لَهُ (١٩) . وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الشُّرُوطِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » (٢٠) .

٩٦١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ (١) بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، أُعْطِيَ السُّدُسَ ، وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِيمَا (٢) لَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ ، فَرُوي عَنْهُ ، أَنْ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ . وَرُوي ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُنْظَرُ ؛ كَمْ سَهْمًا صَحَّحَتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِهَا لِلْمُوصَى لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ قَالَ : تُرْفَعُ السَّهَامُ ، فَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ السَّهْمُ عَلَى السُّدُسِ ، فَلَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَقِّقٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ : سَهْمًا . يَنْبَغِي أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى سِهَامِ فَرِيضَتِهِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مِنْهَا ، فَيَنْصَرِفُ السَّهْمُ إِلَيْهَا ، فَكَانَ وَاحِدًا مِنْ سِهَامِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : فَرِيضَتِي كَذَا وَكَذَا سَهْمًا ، لَكَ مِنْهَا سَهْمٌ . وَقَالَ الْحَلَّالُ وَصَاحِبُهُ : لَهُ (٣) أَقْلُ سَهْمٍ (٤) مِنْ سِهَامِ الْوَرْتَةِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ وَالْأَثَرِ . إِذَا أَوْصَى

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : « في » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) تقدم تخريجه في : ٣٠/٦ .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) في الأصل : « في من » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ا ، م : « سهما » .

له^(٥) بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، يُعْطَى^(٦) سَهْمًا مِنَ الْفَرِيضَةِ . قيل له : نَصِيبَ رَجُلٍ ، أَوْ نَصِيبَ امْرَأَةٍ ؟ قال : أَقَلُّ مَا يَكُونُ مِنَ السَّهَامِ . قال القاضي : ما لم يزد على السُّدُسِ . وهذا قول أبي حنيفة . وقال صاحباهُ : إِلَّا أَنْ يَزِيدَ عَلَى الثُّلُثِ ، فَيَكُونُ لَهُ الثُّلُثُ . وَوَجْهُ هَذَا الْقَوْلُ ، أَنَّ سَهَامَ الْوَرَثَةِ أَنْصِبًا وَهُمْ ، فَيَكُونُ لَهُ أَقْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى السُّدُسِ دُفِعَ إِلَيْهِ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ سَهْمٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُعْطَى سَهْمًا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ أَصُولِ الْفَرَائِضِ ، فَالسَّهْمُ مِنْهَا أَقَلُّ السَّهَامِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : يُعْطِيهِ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ السَّهْمِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَعِكْرِمَةُ : لَا شَيْءَ لَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنَ الْمَالِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ السُّدُسَ^(٧) . وَلِأَنَّ السَّهْمَ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ ، قَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مُعَاوِيَةَ : السَّهْمُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ . فَتَنَصَّرَفَ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَفِظَ بِهِ . وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ عَلَى وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهَا فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّ السُّدُسَ أَقَلُّ سَهْمٍ مَفْرُوضٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، فَتَنَصَّرَفَ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ السُّدُسَ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ الْمُوَصَّى لَهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ كَامِلَةً الْفُرُوضِ ، أُعِيلَتْ بِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَائِلَةً ، زَادَ عَوْلُهَا بِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ أَوْ كَانُوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ ، وَحَرْبٍ : إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، يُعْطَى السُّدُسَ ، إِلَّا أَنْ تَعُولَ الْفَرِيضَةُ ، فَيُعْطَى سَهْمًا مَعَ الْعَوْلِ . فَكَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ ، أَوْصَيْتُ لَكَ بِسَهْمٍ مِنْ يَرِثُ السُّدُسَ . فَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ فِي مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في ١ : « أعطى » .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يوصى بمثل أحد ... ، من كتاب الوصايا . المصنف ١١/١٧١ . وأورده الهيثمي ، في : باب في من أوصى بسهم من ماله ، من كتاب الوصايا . مجمع الزوائد ٤/٢١٣ وعزاه للطبراني في الأوسط .

وأُخْتُ ، كان له السَّبْعُ ، كما لو كان معهما جَدَّةً ، على الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وكذلك لو كان في المَسْأَلَةِ أُمٌّ وَثَلَاثُ / أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ . فإن كان معهم زَوْجٌ ، فالمَسْأَلَةُ من تِسْعَةٍ ، ولِلْمَوْصَى له العَشْرُ ، على الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وإن كان الِوَرَثَةُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فَلِلْمَوْصَى له السُّدُسُ على الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وإن كانوا زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، فالمَسْأَلَةُ من خَمْسَةِ عَشَرَ ، وتَعُولُ بِسُدُسٍ آخَرَ ، فتَصِيرُ من سَبْعَةِ عَشَرَ . وكذلك على قول الخَلَالِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ سِيَهَامِ الْوَرَثَةِ سُدُسٌ . وعلى الرُّوَايَةِ الأُخْرَى ، يكون لِلْمَوْصَى سَهْمٌ وَاحِدٌ ، يُزَادُ على خَمْسَةِ عَشَرَ ، فتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وإن كانوا زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنًا ، فالْفَرِيضَةُ من أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وتَعُولُ بِالسُّدُسِ الْمَوْصَى به إلى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ . وعلى الرُّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يُزَادُ عليها سَهْمٌ وَاحِدٌ لِلْمَوْصَى له ، فتكونُ من خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ . وعلى قول الخَلَالِ : يُزَادُ عليها مثلُ سَهْمِ الزَّوْجَةِ ، فتكونُ من سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ . وإن كانوا خَمْسَةَ بَنِينَ فَلِلْمَوْصَى ^(٨) السُّدُسُ كَامِلًا ، وتَصِحُّ من سِتَّةِ ^(٩) على الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . فإن كان معهم زَوْجَةٌ ، صَحَّتِ الْفَرِيضَةُ من أَرْبَعِينَ ، فتَزِيدُ عليها سَهْمًا لِلْمَوْصَى ، على إِحْدَى الرُّوَايَاتِ ، تَصِيرُ أَحَدًا ^(١٠) وَأَرْبَعِينَ . وعلى قول الخَلَالِ ، تَزِيدُ مثلُ نَصِيبِ الزَّوْجَةِ ، فتَصِيرُ خَمْسَةَ وَأَرْبَعِينَ . وعلى الرُّوَايَةِ الأُولَى ، تَزِيدُ عليها مثلُ سُدُسِهَا ، ولا سُدُسَ لها ، فنَضْرِبُهَا في سِتَّةٍ ، ثم تَزِيدُ عليها سُدُسِهَا ، تكونُ مَائَتَيْنِ وَثَمَانِينَ ، لِلْمَوْصَى أَرْبَعُونَ ، وَلِلزَّوْجَةِ ثَلَاثُونَ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ . ولو خَلَّفَ أَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِسُدُسِ مَالِهِ ، وَآخَرَ بِسَهْمٍ ، جَعَلَتْ ذَا السَّهْمِ كَالْأُمِّ ، وَأَعْطِيَتْ صَاحِبَ السُّدُسِ سُدُسًا كَامِلًا ، وَقَسَمَتْ البَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمَوْصَى له على سَبْعَةٍ ، فتَصِحُّ من اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَبْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةٌ ، على الرُّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَى ذُو

(٨) في الأصل : « فللموصى » .

(٩) في الأصل زيادة : « عشر » .

(١٠) في الأصل : « إحدى » .

السَّهْمِ السَّبْعِ كَامِلًا ، كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِهِ^(١١) مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ أُخْرَى ، فَيَكُونُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ عَلَى سِتَّةٍ لَا تَنْقَسِمُ / ، فَتَضْرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُونُ مَائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، أَعْطَاهُ الْوَرَثَةَ مَا شَاءُوا . لِأَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ جُزْءٌ وَنَصِيبٌ وَحَظٌّ وَشَيْءٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَعْطُوا أَفْلَانًا مِنْ مَالِي ، أَوْ أَرْزُقُوهُ . لِأَنَّ ذَلِكَ لَا حَدَّ لَهُ فِي اللَّغَةِ ، وَلَا فِي الشَّرْعِ ، فَكَانَ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

٩٦٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لِأَقْلَبِهِمْ نَصِيبًا كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ . وَهُمْ ابْنٌ وَأَرْبَعُ زَوْجَاتٍ ، فَتَكُونُ صَحِيحَةً مِنْ اثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلزَّوْجَاتِ الثَّمَنُ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلابْنِ ، فَرُودٌ فِي سِهَامِ الْفَرِيضَةِ مِثْلَ حَظِّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ ، فَتَصِيرُ الْفَرِيضَةُ مِنْ ثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلْمَوْصَى لَهُ سَهْمًا ، وَلِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمًا ، وَمَا بَقِيَ فَلِلابْنِ)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ، غير مسمى ، فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين ، فله مثل نصيب أحدهم ، مزاذا على الفريضة ، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم . وإن كانوا يتفاضلون ، كمسألة الخرقى ، فله مثل نصيب أقلهم ميراثًا ، يُزَادُ عَلَى فَرِيضَتِهِمْ . وَإِنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ وَاثْنَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ ، فله مثل نصيبه مزاذا على الفريضة . هذا قول الجمهور . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك ، وابن أبي ليلى ، وزفر ، ودأود : يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِ الْمُعَيَّنَيْنِ ، وَمِثْلَ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، إِذَا كَانُوا يَتَسَاوَوْنَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، غَيْرَ مَزِيدٍ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ

(١١) سقط من : م .

الوارث قبل الوصية من أصل المال . فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد ، فالوصية بجميع المال . وإن كان له ابنان ، فالوصية بالنصف . وإن كانوا ثلاثة ، « فالوصية بالثلث »^(١) . وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون ، نُظِرَ إلى « عَدَدِ رُءُوسِهِمْ »^(٢) ، فَأُعْطِيَ سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ أَنْصِبَائِهِمْ / ١٠/٦ لِتَفَاضُلِهِمْ ، فَاعْتَبِرَ عَدْدُ رُءُوسِهِمْ . ولنا ، أَنَّهُ جَعَلَ وَاِرِثَهُ أَصْلًا وَقَاعِدَةً ، حَمَلَ عَلَيْهِ نَصِيبَ الْمُوصَى لَهُ ، وَجَعَلَهُ مَثَلًا لَهُ . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ لَا يَزَادَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَمتى أُعْطِيَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، فَمَا أُعْطِيَ مِثْلَ نَصِيبِهِ ، وَلَا حَصَلَتْ^(٣) التَّسْوِيَةُ ، وَالْعِبَارَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ^(٤) مِثْلَ أَقْلِهِمْ نَصِيبًا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، وَمَا زَادَ فَمَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَبْتُغَى مَعَ الشُّكِّ ، وَقَوْلُهُ : « يُعْطَى سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ » . خِلَافٌ مَا يَقْتَضِيهِ لَفْظُ الْمُوصَى ؛ فَإِنَّ هَذَا لَيْسَ بِنَصِيبٍ لِأَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَفْظُهُ إِنَّمَا اقْتَضَى نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، وَتَفَاضُلُهُمْ لَا يَمْنَعُ كَوْنَ نَصِيبِ الْأَقْلِ نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، فَيَصْرَفُهُ إِلَى الْوَصِيِّ ، لِقَوْلِ الْمُوصَى ، وَعَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَلِكَ أَوْلَى مِنْ اخْتِرَاعِ شَيْءٍ لَا يَقْتَضِيهِ قَوْلُ الْمُوصَى أَصْلًا . وَقَوْلُهُ : تَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِقَوْلِ الْمُوصَى . غَيْرُ صَاحِحٍ ؛ فَإِنَّهُ أَمَكَّنَ الْعَمَلُ بِهِ بِمَا قُلْنَا ، ثُمَّ لَوْ تَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِهِ ، لَمَا جَازَ أَنْ يُوجِبَ فِي مَالِهِ^(٥) حَقًّا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ وَلَمْ يَأْمُرْ بِهِ . وَقَدْ مَثَّلَ الْخَرَقِيُّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِمَا أَعْنَى عَنْ تَمْثِيلِهَا . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا . كَانَ كَمَا لَوْ أَطْلَقَ ، وَكَانَ ذَلِكَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَكْثَرِهِمْ مِيرَاثًا . فَلَهُ ذَلِكَ ، مُضَافًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَيَكُونُ لَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْخَرَقِيِّ ثَمَانِيَّةً وَعِشْرُونَ ، تُضْمُ إِلَى الْفَرِيضَةِ ، فَيَكُونُ الْجَمِيعُ سِتِّينَ سَهْمًا .

(١ - ١) في الأصل ، ١ : « فله الثلث » .

(٢ - ٢) في م : « عددهم » .

(٣) في م زيادة : « له » .

(٤) في الأصل : « لهم » .

(٥) في م : « مال » .

فصل : وإن أوصى بنصيب وارث ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تصح الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه . وهذا قول مالك ، وأهل المدينة ، واللوثوي ، وأهل البصرة ، وابن أبي ليلى ، وزفر ، ودأود . والوجه الثاني ، لا تصح الوصية . وهو الذي ذكره القاضى . وهو قول أصحاب الشافعى ، وأبى حنيفة ، وصاحبيه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للابن ، فلم يصح ، كما لو قال : بدار ابنى ، أو بما يأخذه ابنى . ووجه الأول ، أنه أمكن تصحيح وصيته / بحمل لفظه على مجازه ، فصح ، كما لو طلق بلفظ الكناية ، أو أعتق . وبيان إمكان التصحيح ، أنه أمكن تقدير حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مقامه ، أى بمثل نصيب وارثى . ولأنه لو أوصى بجميع ماله ، صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم .

١٠/٦ ظ

فصل : وإن قال : أوصيت لك بضعف نصيب ابنى . فله مثلاً نصيبه . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام : الضعف المثل . واستدل بقول الله تعالى : ﴿ يضاعف لها العذاب ضعفين ﴾^(٦) . أى مثلين ، وقوله : ﴿ فأتت أكلها ضعفين ﴾^(٧) . أى مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين ، فالواحد مثل . ولنا ، أن الضعف مثلان ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إذا لأذقناك ضعف الحياة و ضعف الممات ﴾^(٨) . وقال : ﴿ فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا ﴾^(٩) . وقال : ﴿ وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون ﴾^(١٠) . ويروى عن عمر ، أنه أضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب ، فكان يأخذ من المائتين عشرة . وقال لعذيفة وعثمان بن حنيف : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ؟ فقال عثمان : لو

(٦) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٧) سورة البقرة ٢٦٥ .

(٨) سورة الإسراء ٧٥ .

(٩) سورة سبأ ٣٧ .

(١٠) سورة الروم ٣٩ .

أَضَعَفْتُ عَلَيْهَا لِأَحْتَمَلْتُ^(١١) . قال الأزهري : الضَّعْفُ المِثْلُ فما فَوْقَهُ . وأما قوله :
 إِنَّ الضَّعْفَيْنِ المِثْلَانِ . فقد رَوَى ابنُ الأَثَرِيِّ ، عن هشامِ بنِ مُعاويةَ النَّحْوِيِّ قال :
 العَرَبُ تَتَكَلَّمُ بالضَّعْفِ مُثْنِي ، فتقول : إنَّ أُعْطَيْتَنِي دِرْهَمًا فَلِكِ ضِعْفَاهُ . أَى مِثْلَاهُ .
 وإفْرَادُهُ لا بِأَسَ بِهِ ، إِلَّا أَنَّ التَّثْنِيَةَ أَحْسَنُ . يَعْنِي أَنَّ المُفْرَدَ وَالمُثْنِي فِي هَذَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ ،
^(١٢) وَكِلَاهُمَا يُرَادُ بِهِ المِثْلَانِ ، وَإِذَا اسْتَعْمَلُوهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ وَجِبَ اتِّبَاعُهُمْ فِيهِ وَإِنْ
 خَالَفَ القِيَّاسَ^(١٣) . وقال أبو عُبَيْدَةَ مَعْمَرُ بنِ المُثَنَّى : ضِعْفُ الشَّيْءِ^(١٣) هُوَ
 وَمِثْلُهُ^(١٣) ، وَضِعْفَاهُ هُوَ^(١٤) وَمِثْلَاهُ^(١٤) ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةٌ^(١٥) أَمْثَالِهِ ، وَعَلَى هَذَا .

فصل : وإن قال : أَوْصَيْتُ لِكَ بِيضْعَفِي نَصِيبِ ابْنِي . / فله مِثْلَانِ نَصِيبِهِ . وإن قال :
 ثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ . فله ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . هذا الصَّحِيحُ عِنْدِي . وهو قولُ أبي عُبَيْدٍ . وقال
 أَصْحَابُنَا : إنَّ أَوْصَى بِضِعْفِيهِ ، فله ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . وإنَّ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فله أَرْبَعَةُ
 أَمْثَالِهِ . وعلى هذا كلما زَادَهُ^(١٦) ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . واحتجُّوا
 بقول أبي عُبَيْدَةَ وقد ذَكَرْنَاهُ . وقال أبو ثَوْرٍ : ضِعْفَاهُ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ سِتَّةُ
 أَمْثَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ ضِعْفَ الشَّيْءِ مِثْلَاهُ ، فَتَثْنِيَّتُهُ مِثْلَانِ مُفْرَدِهِ ، كَسَائِرِ الأَسْمَاءِ .
 ولَنَا ، قولُ الله تعالى : ﴿ فَآتَتْ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ . قال عِكْرِمَةُ : تَحْمِلُ فِي كُلِّ عامٍ
 مَرَّتَيْنِ . وقال عَطَاءٌ : أَثْمَرَتْ فِي سَنَةٍ مِثْلَ ثَمَرَةٍ غَيْرِهَا سَنَتَيْنِ . ولا خِلَافَ بَيْنَ
 المُفَسِّرِينَ فِيمَا عَلِمْتُ فِي تَفْسِيرِ قولِهِ تعالى : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا العَدَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ .
 أَنَّ المُرادَ بِهِ مَرَّتَيْنِ . وقد دَلَّ عَلَيْهِ قولُهُ تعالى : ﴿ تُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾^(١٧) .
 وَمُحَالٌ أَنْ يَجْعَلَ أَجْرَهَا عَلَى العَمَلِ الصَّالِحِ مَرَّتَيْنِ وَعَدَابُهَا عَلَى الفَاحِشَةِ^(١٨)

(١١) الأموال ، لأبي عبيد ٤٠ ، ٤١ .

(١٢ - ١٣) سقط من : م .

(١٣ - ١٤) في م : « هو مثله » .

(١٤ - ١٥) في م : « هو مثلاه » .

(١٥) في م : « ثلاثة » .

(١٦) في الأصل ، ا : « زاد » .

(١٧) سورة الأحزاب ٣١ .

(١٨) في م : « العمل الفاحش » .

ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا يُرِيدُ تَضْعِيفَ الْحَسَنَاتِ عَلَى السَّيِّئَاتِ ، وَهَذَا (١٩) الْمَعْهُودُ مِنْ كَرَمِهِ وَفَضْلِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدَةَ (٢٠) فَقَدْ خَالَفَهُ فِيهِ ، وَانْكَرَوْا قَوْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ : لَا أَحِبُّ قَوْلَ أَبِي عُبَيْدَةَ فِي : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ . لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فَأَعْلَمَ أَنَّ لَهَا مِنْ هَذَا حَظَّيْنِ ، وَمِنْ هَذَا حَظَّيْنِ . وَقَدْ نَقَلَ مُعَاوِيَةُ بْنُ هِشَامٍ النَّحْوِيُّ ، عَنْ الْعَرَبِ ، أَنَّهُمْ يَنْطِقُونَ بِالضَّعْفِ مُثْنِيٍّ وَمُفْرَدًا بِمَعْنَى (٢١) وَاحِدٍ . وَمُؤَافَقَةُ الْعَرَبِ عَلَى لِسَانِهِمْ ، مَعَ مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى الْعَزِيزِ وَأَقْوَالُ (٢٢) الْمُفَسِّرِينَ مِنَ التَّابِعِينَ وَغَيْرِهِمْ ، أَوْلَى مِنْ قَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ الْمُخَالِفِ لِدَلَالَةِ كَلِمَتِهِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ ، وَنِسْبَةِ الْخَطِّإِ إِلَيْهِ أَوْلَى مِنْ تَخْطِئَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، فَظَاهِرُ الْفَسَادِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مُخَالَفَةِ الْكِتَابِ وَالْعَرَبِ وَأَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِمَجْرَدِ الْقِيَاسِ الْمُخَالِفِ / لِلنَّقْلِ ، فَقَدْ يَشِيدُ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ كَلِمَاتٌ تُؤَخِّدُ نَقْلًا بغير قِيَاسٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١/٦ ظ

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَنْ لَا نَصِيبَ لَهُ ، مِثْلَ أَنْ يُوصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ، وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ ، لِكَوْنِهِ رَقِيقًا ، أَوْ مُخَالِفًا لِدِينِهِ ، أَوْ بِنَصِيبِ أَخِيهِ وَهُوَ مُحْجُوبٌ عَنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصِيبَ لَهُ ، فَمِثْلُهُ لَا شَيْءَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثٍ ، وَلَا خَرَ بَرُبْعٍ ، وَلَا خَرَ بِخُمْسٍ ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ الْخُمْسُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَشْرَةٍ ، وَلَا خَرَ بِسِتَّةٍ وَلَا خَرَ بِأَرْبَعَةٍ ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ أَرْبَعَةٌ ؛ لِأَنَّهَا الْيَقِينُ . وَإِنْ قَالَ : فَلَانُ شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ خُمْسُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمْ بِمِائَةٍ ، وَلَا خَرَ بِدَارٍ ،

(١٩) فِي م : « وَهَذَا هُوَ » .

(٢٠ - ٢٠) فِي م : « فَخَالَفَهُ فِيهِ » .

(٢١) فِي م : « بِمِثْلِي » .

(٢٢) فِي م : « وَقَوْلٌ » .

وَلَاخَرَ بَعْدِ ، ثُمَّ قَالَ : فَلَانَ شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ نِصْفُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . ذَكَرَهَا
 الْحَبْرِيُّ ؛ لِأَنَّهُ هُنَا يُشَارِكُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُنْفَرِدًا ، وَالشَّرِكَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، فَلِهَذَا
 كَانَ لَهُ النِّصْفُ ، بِخِلَافِ الْأَوَّلَيْنِ ، فَإِنَّهُمْ كُلُّهُمْ مُشْتَرِكُونَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ :
 لَهُ الرَّبْعُ فِي الْجَمِيعِ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَاثِرٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدَّرَ (٢٣) الْوَارِثَ مَوْجُودًا ،
 وَأَنْظَرَ مَا لِلْمُوصَى لَهُ مَعَ وُجُودِهِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ عَدَمِهِ . فَإِنْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ
 نَصِيبِ (٢٤) ثَالِثٍ لَوْ كَانَ (٢٤) ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الرَّبْعُ . وَلَوْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ
 كَانَ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ . وَعَلَى هَذَا أَبَدًا . وَلَوْ خَلَفَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا (٢٥) ،
 وَأَوْصَتْ بِمِثْلِ نَصِيبِ أُمٍّ لَوْ كَانَتْ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الْخُمْسُ ؛ لِأَنَّ لِلْأُمِّ الرَّبْعَ لَوْ كَانَتْ ،
 فَيَجْعَلُهَا (٢٦) سَهْمًا مُضَافًا إِلَى أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ خُمْسًا ، فَيُقَسَّمُ عَلَى هَذَا .

٩٦٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى لِأَخْرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ
 أَحَدِهِمْ ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ الرَّبْعُ)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ،
 وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ وَمُؤَافِقِيهِ ، لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ
 الْبَنِينَ (١) . وَتَصَحُّحٌ مِنْ تِسْعَةٍ . وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى فَسَادِهِ . وَلَوْ خَلَفَ ابْنًا وَاحِدًا ، وَأَوْصَى
 بِمِثْلِ نَصِيبِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَارَةِ ، وَالثُّلُثُ فِي حَالِ الرَّدِّ . وَعِنْدَ
 مَالِكٍ ، لِلْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ الْإِجَارَةِ جَمِيعُ الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ بِنْتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ كَانَ

(٢٣) في م : « فقد » .

(٢٤ - ٢٤) في م : « الثالث » .

(٢٥) سقط من م .

(٢٦) في الأصل ، م : « له » .

(١) في م : « الابنين » .

ابنًا عند مَنْ يَرَى الرَّدَّ ؛ لأنها/ تأخذُ المالَ كُلَّهُ بالفَرَضِ والرَّدِّ ، ومَنْ لا يَرَى الرَّدَّ يَقْتَضِي قَوْلُهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ الثُّلُثُ ، ولها نِصْفُ الباقِي ، وما بَقِيَ لِبَيْتِ المَالِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مالِكٍ أَنْ يَكُونَ ^(٢) لِلْمَوْصَى لَهُ النُّصْفُ فِي حالِ الإِجازَةِ ، ولها نِصْفُ الباقِي ، وما بَقِيَ لِبَيْتِ المَالِ . فَإِنْ حَلَفَ ابْنَتَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نِصِيبِ إِحْداهِما ، فَهِيَ مِنْ ثَلَاثَةِ عِنْدنا . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَنْ لا يَرَى الرَّدَّ أَنَّها مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِبَيْتِ المَالِ الرُّبْعُ ، ولكُلِّ واحدٍ مِنْهُم رُبْعُهُ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مالِكٍ أَنَّ الثُّلُثَ لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَلِبَيْتَيْنِ ثُلُثًا ما بَقِيَ ، والباقي لِبَيْتِ المَالِ . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . فَإِنْ حَلَفَ ^(٣) جَدَّةً وَحَدَاها ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نِصِيبِها ، فِقِياسُ قَوْلِنا أَنَّ المَالِ بَيْنَها نِصْفَيْنِ . وَقِياسُ قَوْلِ مَنْ لا يَرَى الرَّدَّ أَنَّها مِنْ سَبْعَةٍ ، ولكُلِّ واحدٍ مِنْهُما السَّبْعُ ، والباقي لِبَيْتِ المَالِ . وَقِياسُ قَوْلِ مالِكٍ أَنَّ لِلْمَوْصَى لَهُ السُّدُسَ ، وَلِلْجَدَّةِ سُدُسُ ما بَقِيَ ، والباقي لِبَيْتِ المَالِ .

فصل : وَإِذا حَلَفَ ثَلَاثَةَ بَيْنينَ ، وَأَوْصَى لِثَلَاثَةٍ بِمِثْلِ أَنْصِيبائِهِم ، فالْمالُ بَيْنَهُمْ عَلى سِتَّةِ إِنْ أَجازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا مِنْ تِسْعَةٍ ، لِلْمَوْصَى لَهُمُ الثُّلُثُ ثَلَاثَةً ، والباقي بَيْنَ البَيْنينَ عَلى ثَلَاثَةٍ . فَإِنْ أَجازُوا لِواحدٍ وَرَدُّوا عَلى اثْنينِ ، فَلِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِما التُّسْعانِ اللَّذانِ كانا لهما فِي حالِ الرَّدِّ عَلَيْهِم . وَفِي المُجازِ لَهُ وَجْهانِ ؛ أَحَدُها ، لَهُ السُّدُسُ الَّذِي كانَ لَهُ فِي حالِ الإِجازَةِ لِلجَمِيعِ . وَهذا قَوْلُ أبي يوسُفَ ، وابنِ شُرَيْحَ ، فَيَأْخُذُ السُّدُسَ وَالتُّسْعينَ مِنْ مَخْرَجِهما ، وَهُوَ ثَمانيَّةَ عَشَرَ ، يَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ بَيْنَ البَيْنينَ ، عَلى ثَلَاثَةٍ لا يَصِحُّ ، فَيُضْرَبُ عَدَدُهُمْ فِي ثَمانيَّةَ عَشَرَ ، تُكُنُّ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ ، لِلْمُجازِ لَهُ السُّدُسُ تِسْعَةً ، ولكُلِّ واحدٍ مِنْ صاحِبَيْهِ سِتَّةٌ ، ولكُلِّ ابنِ أَحَدَ عَشَرَ . وَالوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُضَمَّ المُجازُ لَهُ إِلى البَيْنينَ ، وَيُقَسَّمُ الباقِي بَعْدَ التُّسْعينَ عَلَيْهِم ، وَهُم أَرْبَعَةٌ ، لا تَنْقَسِمُ ،

(٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣) ق م : « خالص » تحريف .

فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْآخِرِينَ ،
 أَتَمُّوا الْكُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ تَمَامَ سُدُسِ الْمَالِ ، فَيَصِيرُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَسْدَاسًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
 وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ يَضُمُّونَ مَا حَصَلَ لَهُمْ ، وَهُوَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، إِلَى
 مَا حَصَلَ لَهَا وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسِيَّةٍ ، لَا يَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةَ
 فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ . وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْبَيْنِ لَهُمْ ، وَرَدَّ
 الْآخِرَانِ عَلَيْهِمْ ، فَلِلْمُجِيزِ السُّدُسُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، وَلِلَّذِينَ لَمْ يُجِيزَا^(٤)
 أَرْبَعَةَ أَتْسَاعٍ ، ثَمَانِيَّةٌ^(٥) ، تَبْقَى سَبْعَةٌ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، فَاضْرِبْهَا^(٦) فِي ثَمَانِيَّةٍ
 عَشَرَ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ . وَإِنْ أَجَازَ وَاحِدٌ لَوَاحِدٍ ، دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ
 الْفَضْلِ ، وَهُوَ ثُلُثُ سَهْمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ظ ١٢/٦

فصل : وَإِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ مُقَدَّرٍ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَاوْرَثٍ مِنْ وَرَثَتِهِ ،
 ففِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْطَى الْجُزْءُ لِصَاحِبِهِ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى
 لَهُ ، كَأَنَّهُ ذَلِكَ الْوَارِثُ إِنْ أَجَازُوا . وَإِنْ رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى حَسَبِ
 مَا كَانَ لهما فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثَانِ بَيْنَ الْوَرِثَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ
 النَّصِيبِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، كَأَنْ لَا وَصِيَّةَ سِوَاهَا . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى بْنِ آدَمَ^(٧) ،
 مِثَالُهُ : رَجُلٌ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ بَيْنَهُ ، وَهُمُ ثَلَاثَةٌ ،
 فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْبَيْنِ وَالْوَصَى عَلَى أَرْبَعَةٍ ،
 وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ ، فَإِنْ رَدُّوا فَالثُّلُثُ بَيْنَ

(٤) فِي ١ ، م : « بِجِزْوَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَشْرٌ » خَطَأً .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « نَضْرِبْهَا » .

(٧) يَحْيَى بْنُ آدَمَ الْكُوفِيُّ الْمُرِّيُّ الْحَافِظُ الْفَقِيهَ ، الْمُتَوَفَى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَمِائَتَيْنِ . الْعَبْرُ ٣٤٣/١ .

الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالثَّلَاثَانَ بَيْنَ الْبَيْنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ
الْآخِرِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَاللَّآخِرِ الرَّبْعُ إِنْ أُجِيزَ لَهَا ، وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِمَا ، قَسَمْتَ
الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ ، وَالثَّلَاثَانَ لِلْوَرَثَةِ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَسِتِّينَ . وَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ
يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ ، مِثْلَ إِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِالنُّصْفِ ، وَالْآخِرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ بَيْنَهُ ، فَفِيهَا
وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ لِصَاحِبِ النُّصَيْبِ نَصِيبَهُ مِنَ الثَّلَاثِينَ ، وَهُوَ رُبُعُهَا ^(٨) ؛ لِأَنَّ
الثَّلَاثِينَ حَقُّ الْوَرَثَةِ ، لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا ^(٩) شَيْءٌ إِلَّا بِإِجَازَتِهِمْ وَرِضَاهُمْ ، فَيَكُونُ صَاحِبُ
النُّصَيْبِ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، لَا تَنْقُصُ مِنَ السُّدُسِ شَيْئًا إِلَّا بِإِجَازَتِهِ . فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
لِصَاحِبِ الْجُزْءِ النُّصْفِ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْآخِرِ وَالْبَيْنِينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ /
وَإِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَالثَّلَاثِينَ بَيْنَ الْبَيْنِينَ
عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لِصَاحِبِ النُّصْفِ
النُّصْفِ ، وَاللَّآخِرِ الرَّبْعِ ، وَيَبْقَى الرَّبْعُ بَيْنَ الْبَيْنِينَ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَإِنْ
رَدُّوا فَالثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
لِصَاحِبِ النُّصْفِ النُّصْفِ ، وَاللَّآخِرِ السُّدُسُ ، وَيَبْقَى الثُّلُثُ بَيْنَ الْبَيْنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ،
وَتَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَإِنْ رَدُّوا ، فَالثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ
سِتِّينَ وَثَلَاثِينَ . وَإِنْ أَوْصَى لِصَاحِبِ الْجُزْءِ بِالثَّلَاثِينَ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ
النُّصْفِ ^(١٠) رُبْعَ الثُّلُثِ ، سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ
بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَكُونُ لَهُ الرَّبْعُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
وَفِي حَالِ الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَحَدٍ عَشَرَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
يَكُونُ لَهُ السُّدُسُ فِي الْإِجَازَةِ ، وَفِي الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ .
وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَالْآخِرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، فَعَلَى

و ١٣/٦

(٨) فِي أ، م : « رُبْعُهُ » .

(٩) أَيْ مِنَ الثَّلَاثِينَ . وَفِي أ، م : « مِنْهَا » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « النُّصَيْبِ » .

الوجه الأول ، لا يصحُّ لِلْوَصِيِّ الْآخَرِ شَيْءٌ فِي إِجَازَةِ وَلَا رَدُّ . وعلى الثاني ، يَفْسِمُ
الْوَصِيَّانِ الْمَالَ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةِ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلْثَ عَلَى خَمْسَةِ فِي الرَّدِّ . وعلى
الثَّالِثِ ، يَفْتَسِمَانِ الْمَالَ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلْثَ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الرَّدِّ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ ، وَلِلْآخَرَ بِجُزْءٍ مِمَّا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ
فَفِيهَا أَيْضًا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا : أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ النِّصْفِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، إِذَا
لَمْ يَكُنْ نَمَّ وَصِيَّةً أُخْرَى . وَالثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ مِنْ ثُلْثِي الْمَالِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ
يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ بَعْدَ أَخْذِ صَاحِبِ الْجُزْءِ وَصِيَّتِهِ . وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ،
وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ . وَمِثَالُهُ ، رَجُلٌ خَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، وَلَا آخَرَ
بِنِصْفِ بَاقِي الْمَالِ ، فَعَلِيَ الْوَجْهِ الْأَوَّلُ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ^(١١) الرَّبِيعُ ، وَلِلْآخَرَ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِلْبَنِينَ ، وَتَصَحَّحُ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ . وَعَلَى الثَّانِي لَهُ السُّدُسُ ، وَلِلْآخَرَ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَتَصَحَّحُ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَلَا تَفْرِيعُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ لَوْضُوحِهِمَا .
وَأَمَّا عَلَى الثَّالِثِ فَيَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ، وَلَعَمَلُهَا طَرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَأْخُذَ مَخْرَجَ النِّصْفِ ،
فَتُسْقِطَ مِنْهُ سَهْمًا ، يَتَمَّى سَهْمٌ ، فَهُوَ النِّصِيبُ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ وَاحِدًا ، تَصِيرُ
أَرْبَعَةً ، فَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَّةً ، تَنْقُصُهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَبْعَةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ،
لِلْمَوْصَى لَهُ بِالنِّصِيبِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرَ نِصْفُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ .
طَرِيقٌ آخَرٌ ، أَنْ تَزِيدَ عَلَى سِهَامِ الْبَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ
سَبْعَةً . طَرِيقٌ ثَالِثٌ ، وَيُسَمَّى الْمُنْكَوسَ ، أَنْ تَأْخُذَ سِهَامَ الْبَنِينَ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، فَتَقُولُ :
هَذِهِ ^(١٢) بَقِيَّةُ مَالِ ذَهَبَ نِصْفُهُ ، فَإِذَا أَرَدْتَ تَكْمِيلَهُ فَزِدْ عَلَيْهِ مِثْلَهُ ، ثُمَّ زِدْ عَلَيْهَا مِثْلَ
سَهْمِ ابْنٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً . طَرِيقٌ رَابِعٌ ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالَ سَهْمَيْنِ وَنَصِيبًا ، وَتَدْفَعَ النِّصِيبَ

(١١) فِي م : (النصف) .

(١٢) فِي م : (هي) .

إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يبقى سهم للبين يعدل ثلثه ، فالمال كله سبعة .
 وبالجزء تأخذ مالا فتلقى منه نصيبًا ، يبقى مال إلا نصيبًا ، وتدفع نصف الباقي إلى
 الوصي الآخر ، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب ، يعدل ثلاثة أنصباء ، فاجزؤه
 ينصف نصيب ، وزده على الثلاثة ، يبقى نصفًا كاملاً ، يعدل ثلاثة ونصفًا ، فالمال
 كله سبعة .

فصل : فإن كانت الوصية الثانية ينصف ما يبقى من الثلث ، أخذت مخرج النصف
 والثلث ، وهو ستة ، نقصت منها واحدًا ، يبقى خمسة ، فهي النصيب ، ثم تزيد
 واحدًا على سهام البين ، وتضربها في المخرج ، تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة ،
 يبقى أحد وعشرون ، فهو المال ، فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة ، يبقى من الثلث
 اثنان ، تدفع منهما سهمًا إلى الوصي الآخر ، يبقى خمسة عشر ، لكل ابن خمسة .
 وبالطريق الثاني ، تزيد على سهام البين نصفًا ، وتضربها في المخرج ، تكن أحدًا
 وعشرين . وبالثلث ، تعمل كما عملت في الأولى ، فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة ؛
 من أجل أن الوصية الثانية ينصف الثلث . والرابع ، تجعل الثلث سهمين ونصيبًا ،
 تدفع النصيب إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يبقى من المال خمسة أسهم
 ونصيبان ، تدفع نصيبين إلى اثنين ، يبقى خمسة للثالث ، فهي النصيب ، فإذا بسطتها
 كانت أحدًا وعشرين ، وبالجزء ، تأخذ مالا فتلقى منه ثلثه نصيبًا ، وتدفع إلى الآخر
 نصف باقي الثلث ، يبقى من المال خمسة أسداسه إلا نصف نصيب ، اجزؤه ينصف
 نصيب ، وزده على سهام البين ، يصير ثلاثة ونصفًا ، تعدل خمسة أسداس ، اقلب
 وحول ، يصير النصيب خمسة ، وكل سهم ستة تكن أحدًا وعشرين .

١٤/٦ و

فصل : فإن أوصى لثلاث بربرع المال ، فخذ المخرج ، وهي اثنان وثلاثة وأربعة ،
 واضرب بعضها في بعض ، تكن أربعة وعشرين ، وزد على عدد البين واحدًا ، تصير
 أربعة ، واضربها في أربعة وعشرين ، تكن ستة وتسعين ، انقص منها ضرب نصف
 سهم في أربعة وعشرين ، وذلك اثنا عشر ، يبقى أربعة وثمانون ، فهي المال ، ثم
 انظر الأربعة وعشرين ، فانقص منها سدسها لأجل الوصية الثانية ، وربعها لأجل

الْوَصِيَّةِ الثَّالِثَةِ^(١٣) ، يَبْقَى أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، فَادْفَعَهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ
 بِالنَّصِيبِ ، ثُمَّ ادْفَعْ إِلَى الثَّانِي نِصْفَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ ، وَهُوَ سَبْعَةٌ ، وَإِلَى الثَّالِثِ رُبْعَ
 الْمَالِ أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّانِي ،
 تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنَيْنِ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا فِي أَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ
 أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّالِثِ ، تَعْمَلُ فِي هَذِهِ كَمَا عَمِلْتَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِذَا بَلَغَتْ
 أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، ضَرَبْتَهَا فِي أَرْبَعَةٍ مِنْ أَجْلِ الرَّبْعِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ . وَبِطَّرِيقِ
 النَّصِيبِ تَفْرِضُ الْمَالَ سِتَّةَ أَسْهُمٍ ، وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، تُدْفَعُ نِصْبًا إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ،
 وَإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا ، وَإِلَى صَاحِبِ الرَّبْعِ سَهْمًا وَنِصْفًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ نِصِيبٍ ، وَيَبْقَى
 مِنْ / الْمَالِ نِصِيبٌ وَرُبْعٌ وَثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَنِصْفٌ لِلْوَرِثَةِ ، يَعْدَلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فَاسْقِطْ
 نِصْبًا وَرُبْعًا بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَنِصْفٌ ، يَعْدَلُ نِصْبًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ، فَالنَّصِيبُ
 إِذَا سَهْمَانِ ، فَابْسُطِ الثَّلَاثَةَ الْأَنْصِبَاءَ ، تَكُنْ سِتَّةَ ، فَصَارَ الْمَالُ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَمِنْهَا
 يَصِغُ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ بَاقِي الثُّلُثِ سَهْمًا ، وَلِصَاحِبِ
 الرَّبْعِ ثَلَاثَةَ ، تَبْقَى سِتَّةَ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانِ . وَهَذَا أَخْصَرُ وَأَحْسَنُ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ
 مَا لَا تُدْفَعُ مِنْهُ نِصْبًا ، يَبْقَى مَالٌ إِلَّا نِصْبًا ، تُدْفَعُ نِصْفُ بَاقِي ثُلُثِهِ ، وَهُوَ سُدُسٌ إِلَّا نِصْفَ
 نِصِيبٍ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ إِلَّا نِصْفَ نِصِيبٍ ، تُدْفَعُ مِنْهَا رُبْعَ الْمَالِ ، يَبْقَى
 ثُلُثُ الْمَالِ^(١٤) وَرُبْعُهُ إِلَّا نِصْفَ نِصِيبٍ ، يَعْدَلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَقَلِّبْ
 وَحَوِّلْ ، يَكُنْ النَّصِيبُ سَبْعَةَ ، وَالْمَالُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ ، لِيُرْوَلَ
 الْكَسْرُ ، يَرْجِعُ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ .

١٤/٦ ظ

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ بِرُبْعٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ ،
 فَاغْمَلْهَا بِطَّرِيقِ النَّصِيبِ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، يَبْقَى مَعَكَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ
 سَهْمٍ^(١٤) تَعْدَلُ نِصْبًا وَنِصْفًا ، ابْسُطْهَا^(١٥) أَرْبَاعًا ، تَكُنْ السُّهُمُ خَمْسَةَ عَشَرَ ،

(١٣) سقط من : الأصل ، م .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : « ابسطهما » .

والأَنْصِبَاءِ سِتَّةَ ، تُوفَّقُهُمَا^(١٦) وتُرَدُّهُمَا إِلَى وَفَّقِيهِمَا ، تَصِيرُ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ ، تَعْدِلُ نَصِيبَيْنِ ، أَقْلِبْ وَاجْعَلِ النَّصِيبَ خَمْسَةَ وَالسَّهْمَ اثْنَيْنِ ، وَأَبْسُطْ مَا مَعَكَ ، يَصِرُ سَبْعَةَ وَعِشْرِينَ ، فَادْفَعْ خَمْسَةَ إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ، وَإِلَى الْآخِرِ نِصْفَ بَاقِيِ الثَّلَاثِ سَهْمَيْنِ ، وَإِلَى الْآخِرِ رُبْعَ الْبَاقِيِ خَمْسَةَ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةَ . وَهَذَا الطَّرِيقُ أَحْصَرُ . وَإِنْ عَمِلْتَ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، أَخَذْتَ أَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ ، فَتَقَصَّصْتَ سُدُسَهَا وَرُبْعَ الْبَاقِيِ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ زِدْتِ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنَيْنِ سَهْمًا ، وَتَقَصَّصْتَ نِصْفَهُ وَرُبْعَ الْبَاقِيِ^(١٧) مِنْهُ ، يَبْقَى ثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ ، رُدَّهَا عَلَى سِهَامِ الْبَيْنَيْنِ ، تَكُنُ^(١٨) ثَلَاثَةَ ، وَثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنُ أَحَدًا وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ ، وَبِالْجَبْرِ تُفْضَى إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا .

فصل : وَإِنْ حَلَفَ أُمًّا وَأُخْتًا وَعَمًّا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْعَمِّ ، وَسُدُسِ مَا يَبْقَى ، وَالْآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ وَرُبْعَ مَا يَبْقَى ، وَالْآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَثُلُثِ مَا يَبْقَى ، فَاعْمَلْهَا بِالْمَنْكُوسِ ، وَقُلْ : أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ سِتَّةَ ، فَأَبْدَأْ بِآخِرِ الْوَصَايَا ، فَقُلْ : هَذَا مَالٌ ذَهَبٌ ثَلَاثَةٌ ، فَرِزْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ثَلَاثَةَ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُخْتِ ثَلَاثَةَ ، صَارَتْ اثْنَتَيْ عَشَرَ ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبٍ رُبْعُهُ ، فَرِزْ عَلَيْهِ^(١٩) ثَلَاثَةَ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُمِّ سِتَّةَ ، صَارَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ^(٢٠) ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبٍ سَبْعُهُ ، فَرِزْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ، وَنَصِيبَ الْعَمِّ ، صَارَ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهُ تَصِحُّ .

فصل : فِي الْإِسْتِثْنَاءِ ، إِذَا حَلَفَ ثَلَاثَةَ بَيْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمُ الْآرْبَعِ الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةَ ، وَزِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنُ خَمْسَةَ ، فَهَذَا النَّصِيبُ ،

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « تَوَافَّقُهُمَا » .

(١٧) فِي ١ : « مَا بَقِيَ » .

(١٨) فِي ٣ : « تَكْفَى » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ٣ .

وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، تَدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ حُمْسَةً ، وَتَسْتَثْنِي مِنْهُ أَرْبَعَةً يَبْقَى لَهُ (٢١) سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ حُمْسَةٍ . وَإِنْ شِئْتَ خَصَصْتَ كُلَّ ابْنِ بُرْبَعٍ ، وَقَسَمْتَ الرُّبْعَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ . فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ . فَرِزْ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَرُبْعًا ، وَاضْرِبْهُ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ، لِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنِ حُمْسَةٍ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا ، وَتَدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا إِلَى الْوَصِيِّ لَهُ ، وَتَسْتَثْنِي مِنْهُ رُبْعَ الْبَاقِي ، وَهُوَ رُبْعُ مَالِ إِلَّا رُبْعَ نَصِيبِ ، صَارَ مَعَكَ مَالٌ وَرُبْعٌ إِلَّا نَصِيبًا وَرُبْعًا ، يَعْدِلُ أَنْصِبَاءَ الْبَيْنِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، اجْتَبِرْ وَقَابِلْ ، يَخْرُجُ النَّصِيبُ حُمْسَةً ، وَالْمَالُ سَبْعَةَ عَشَرَ . فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهِ ثُلْثَهُ ، صَارَ أَرْبَعَةً ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَتَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ نَصِيبًا وَثُلْثًا ، وَتَضْرِبُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فَهُوَ الْمَالُ . وَإِنْ شِئْتَ قَلْتَ : الْمَالُ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ وَوَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبُ إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَهَا ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ نَصِيبٍ ، فَيَبْقَى رُبْعُ نَصِيبٍ ، فَهُوَ الْوَصِيَّةُ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ كُلَّهُ ثَلَاثَةُ وَرُبْعٍ ، ابْسُطْهَا ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ . وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ طُرُقُ سُبُوحٍ مَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وإن قال : / أَوْصَيْتُ لَكَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ إِلَّا ثُلْثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلْثِ . فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ (٢٢) ثُلْثَ الثُّلْثِ ، وَهُوَ تِسْعَةٌ وَزِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ عَشْرَةً ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَزِدْ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَثُلْثًا ، وَاضْرِبْ ذَلِكَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ ، اذْفَعْ عَشْرَةَ إِلَى الْوَصِيِّ ، وَاسْتَثْنِ مِنْهُ ثُلْثَ بَقِيَّةِ الثُّلْثِ سَهْمًا ، يَبْقَى لَهُ تِسْعَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ عَشْرَةٍ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا ثُلْثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلْثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَالَ سِتَّةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهَا سَهْمًا ، صَارَتْ سَبْعَةً ، فَهَذَا هُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَنِصْفًا ،

(٢١) في ١، م : و لهم ٤ .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ١ .

وَضَرَبْتَهُ فِي سِتَّةٍ ، صَارَ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، وَدَفَعْتَ إِلَى الْوَصِيِّ سَبْعَةً ، وَأَخَذْتَ مِنْهُ (٢٣) نِصْفَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ ، بَقِيَ مَعَهُ سِتَّةٌ ، وَبَقِيَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ سَبْعَةٍ ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ هُوَ النِّصْفُ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَمَتَى أُطْلِقَ الْاسْتِثْنَاءُ ، فَلَمْ يَقُلْ : بَعْدَ النَّصِيبِ وَلَا بَعْدَ (٢٤) الْوَصِيَّةِ . فَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يُحْمَلُ عَلَى مَا بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَعِنْدَ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ وَالْبَصْرِيِّينَ يَكُونُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِلَّا خُمْسَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَلَا آخَرَ بَثْلُ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ وَصِيَّةِ الْأَوَّلِ ، فَخُذِ الْمَخْرَجَ (٢٥) خُمْسَةً ، وَزِدْ عَلَيْهَا خُمْسَهَا ، تَكُنْ سِتَّةٌ ، انْقُصْ ثُلُثَهَا مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِالْثُلُثِ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ خُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَةً ، وَانْقُصْ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثَهُ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ أَعْمَاسٌ ، زِدْهَا عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسِيَّةٍ ، تَصِيرُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، اذْفَعْ إِلَى الْأَوَّلِ أَرْبَعَةً ، وَاسْتَنْ مِنْهُ خُمْسَ (٢٦) الْبَاقِيِ ثَلَاثَةً ، يَبْقَى مَعَهُ سَهْمٌ ، فَادْفَعْ إِلَى الْآخِرِ ثُلُثَ الْبَاقِيِ سِتَّةً ، يَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةٍ . وَبِالْجَبْرِ خُذْ مَالًا ، وَالْقِيَ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَاسْتَرْجِعْ مِنْهُ خُمْسَ الْبَاقِيِ ، يَصِيرُ مَعَكَ مَالٌ وَخُمْسٌ إِلَّا نَصِيبًا وَخُمْسًا ، الْقِيَ مِنْهُ (٢٧) ثُلُثَ ذَلِكَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ أَعْمَاسٌ مَالٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَعْمَاسٍ نَصِيبٍ ، تُعَدُّلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءِ ، اجْبُرْ وَقَابِلْ وَأَبْسُطْ ، يَكُنِ الْمَالُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ / أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالِ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةَ أَنْصِبَاءٍ وَنِصْفًا وَوَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبٌ إِلَّا خُمْسَ الْبَاقِيِ ، وَهُوَ نِصْفُ نَصِيبٍ وَخُمْسُ (٢٨) نَصِيبٍ ، وَخُمْسُ (٢٨) وَصِيَّةٍ ، أَسْقِطْهُ مِنَ النَّصِيبِ ، يَبْقَى خُمْسُ نَصِيبٍ وَعِشْرُونَ

و ١٦/٦

(٢٣) فِي م : « وَاحِدَةٌ مِنْ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٢٥) فِي م : « الْجَمِيعُ » .

(٢٦) فِي م : « خُمْسَةٌ » .

(٢٧) سَقَطَ مِنَ : الْأَصْلُ ، أ ،

(٢٨ - ٢٨) سَقَطَ مِنْ : م .

نصيب إلا الخمس وصية ، تعدل وصية ، اجبر وقابل وابسط ، تصير ثلاثة من
النصيب ، تعدل اثني عشر سهمًا من الوصية ، وهي تتفق بالثلاث ، فردّها على
وفيقها ، تصير سهمًا ، يعدل أربعة ، فالوصية سهم ، والنصيب أربعة ، فابسطها ،
تكن تسعة^(٧٩) عشر . فإن كان الاستثناء بعد الوصية ، قلت : المال أربعة أسهم
ونصف وصية ، وهي نصيب إلا الخمس الباقي ، وهو تسعة أعشار نصيب ، يبقى عشر
نصيب ، فهو الوصية . فابسط الكل أعشارًا تكن الأنصباء خمسة وأربعين ، والوصية
سهم . وإن كان استثنى خمس المال كله ، فالوصية عشر نصيب إلا الخمس وصية ،
اجبر يصير العشر يعدل وصية وخمسا ، ابسط يصير النصيب ستين ، والوصية
خمس ، والمال كله مائتان وخمسة وسبعون ، ألق منها ستين ، واسترجع منه خمس
المال ، وهو خمسة وخمسون ، يبقى له خمس ، وللآخر ثلثا الباقي تسعون ، ويبقى
مائة وثمانون ، لكل ابن ستون ، وترجع بالاختصار إلى خمسها ، وذلك خمس
وخمسون ، للوصي الأول سهم ، وللثاني ثمانية عشر ، ولكل ابن اثنا عشر .
وبالجبر ، تأخذ مالا تلقى منه نصيبا ، وتزيد على المال خمس ، يصير مالا وخمسا إلا
نصيبا ، ألق ثلث ذلك ، يبقى أربعة أخماس مال إلا ثلثي نصيب ، يعدل ثلاثة ، اجبر
وقابل وابسط ، يكن المال ثمانية عشر وثلثا ، اضربها في ثلاثة ، ليزول الكسر ، يصير
خمس وخمسين . وإن كان استثنى الخمس كله ، وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرج
الكسرين / خمس عشر ، وزد عليها خمسها ، ثم انقص ثلث المال كله ، يبقى ثلاثة
عشر ، فهي النصيب ، وزد على أنصباء البين سهمًا ، واضربه في المال ، يكن ستين ،
وهو المال . وإن كان استثنى خمس الباقي ، وأوصى بثلث المال كله ، فاعمل كذلك ،
إلا أنك تزيد على سهام البين سهمًا وخمسا ، وتضربها ، تكن ثلاثة وستين ، فإن
كان استثنى خمس ما بقي من الثلث ، زدت على الخمسة عشر سهمًا واحدًا ، فصارت
سبعة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كله ، بقي أحد عشر ، فهي النصيب ، ثم زدت

١٦/٦ ظ

(٧٩) ف م : أربعة .

على (٣٠) سَهَامِ الْبَيْنَيْنِ سَهْمًا وَخُمْسًا ، وَضَرَبْتَهَا فِي خُمْسَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَسِتِّينَ ، تَدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَتَسْتَبْقِي مِنْهُ خُمْسَ بَقِيَّةِ الثَّلَاثِ سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى مَعَهُ تِسْعَةٌ ، وَتَدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَحَدَ عَشَرَ ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ بِثُلْثِ بَاقِي الْمَالِ ، زِدْتَ عَلَى الْخُمْسَةِ عَشَرَ وَاحِدًا ، ثُمَّ نَقَصْتَ ثُلْثَ السِّتَةِ عَشَرَ ، وَلَا تُثَلِّثُهَا ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ، انْقُصْ ثُلُثَهَا ، يَبْقَى اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَخُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَةً ، ثُمَّ انْقُصْ ثُلْثَ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْبَاقِي ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، زِدْهَا عَلَى سَهَامِ الْوَرِثَةِ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةِ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُنْ مِائَةً وَإِحْدَى وَسَبْعِينَ . وَمِنْهَا تَصِحُّ .

فصل : فَإِنْ خَلَّفَ أَرْبَعَةَ بَيْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ إِلَّا نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، أَوْ وَصَى لَهُ بِتَكْمِلَةِ الثَّلَاثِ عَلَى نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، فَهِيَ التَّسْعُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ وَابْنَ ثُلْثِ الْمَالِ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ لثَلَاثَةِ بَيْنَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ تِسْعَانِ ، فَعَلِمْتَ أَنَّ نَصِيبَ الْابْنِ مِنَ الثَّلَاثِ تِسْعَانِ ، يَبْقَى تِسْعٌ لِلْوَصِيِّ . وَإِنْ وَصَى لِآخَرَ بِخُمْسٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى ، عَزَلْتَ ثُلْثَ الْمَالِ ، ثُمَّ أَخَذْتَ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَرَدَدْتَهُ عَلَى الثَّلَاثِينَ ، وَدَفَعْتَ إِلَى الْوَصِيِّ الثَّانِي خُمْسَ ذَلِكَ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ ثُلُثُهُ وَخُمْسُهُ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ نَصِيبٍ لِلْوَرِثَةِ ، فَاسْقِطْ / أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِ نَصِيبٍ بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى لَهُ (٣١) ثُلُثُهُ (٣٢) وَخُمْسٌ ، تَعْدِلُ ثُلُثًا وَخُمْسًا ، فَنَصِفُ الْمَالَ إِذَا يَعْدِلُ ثَلَاثَةٌ أَنْصِبَاءَ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتَّةٌ لِلْوَصِيِّينَ وَالْبَيْنَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ سَهْمٌ . (طَرِيقٌ آخَرٌ) سَهَامُ الْبَيْنَيْنِ أَرْبَعَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ خُمْسُهُ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ رُبْعَهُ لِلْوَصِيِّ الثَّانِي ، صَارَتْ خُمْسَةً ، ثُمَّ زِدْ عَلَى سَهْمِ ابْنِ مَا يَكْمُلُ بِهِ الثَّلَاثَ ، وَهُوَ سَهْمٌ آخَرٌ فَصَارَتْ سِتَّةً . وَإِنْ شِئْتَ فَارْضَتْ الْمَالَ خُمْسَةً أَسْهُمٍ وَتَكْمِلَةً ،

و ١٧/٦

(٣٠) سقط من : م .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في ١ ، م : (ثلاثة) .

وَدَفَعَتِ التَّكْمِلَةَ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَخُمُسَ الْبَاقِي إِلَى صَاحِبِهِ ، وَيَبْقَى لِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ .
 وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ سَهْمَ ابْنِ مَعِ التَّكْمِلَةَ ثُلُثَ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْبَاقِي بَعْدَهُمَا الثُّلَاثَانِ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ
 أَسْهُمٍ ، فَقَابِلِ بَيْنَهُمَا (٣٣) نِصْفَ الْأَرْبَعَةِ ، وَهِيَ سَهْمَانِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ التَّكْمِلَةَ سَهْمٌ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ ، وَهَمَّ ثَلَاثَةٌ ، وَلَا خَرَ بَثْلُ مَا يَبْقَى
 مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَا خَرَ بَدْرَهُمْ ، فَاجْعَلِ الْمَالَ تِسْعَةَ دَرَاهِمٍ وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ (٣٤) ، فَادْفَعْ إِلَى
 الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ نَصِيبًا ، وَإِلَى الثَّانِي وَالثَّالِثِ دِرْهَمَيْنِ ، بَقِيَ سَبْعَةٌ وَنَصِيبَانِ ، اذْفَعْ
 نَصِيبَيْنِ إِلَى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ لِلابْنِ الثَّالِثِ ، فَالنَّصِيبُ سَبْعَةٌ ، وَالْمَالُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ
 كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّلَاثَةَ بِدِرْهَمَيْنِ ، فَالنَّصِيبُ سِتَّةً وَالْمَالُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ سِتِّمَائَةً ، وَوَصَّى لِأُجْنَبِيٍّ بِمَائَةٍ ، وَلَا خَرَ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلِكُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَائَةٌ ، فَإِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ وَصِيَّتَهُ فَلِلْآخِرِ مَائَةٌ . وَإِنْ وَصَّى لِلأَوَّلِ بِمَائَتَيْنِ ،
 وَلَا خَرَ بِنَاقِي الثُّلُثِ ، فَلِشَيْءٍ لِلثَّانِي ، سِوَاءَ رَدِّ الْأَوَّلِ وَصِيَّتَهُ أَوْ أَجَازَهَا . وَهَذَا قِيَاسٌ
 قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : إِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ ، فَلِلثَّانِي مَائَتَانِ فِي
 الْمَسَائِلَتَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَائَتَيْنِ لَيْسَتْ بِأَقْي الثُّلُثِ ، وَلَا تَبْتَمُّهُ ، فَلَا يَكُونُ مُوَصَّى بِهَا
 لِلثَّانِي ، كَمَا لَوْ قَبِلَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ وَصَّى لِوَارِثٍ بِثُلُثِهِ ، وَلَا خَرَ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلِشَيْءٍ
 لِلثَّانِي . وَعَلَى قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، لَهُ الثُّلُثُ كَامِلًا .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بِمَائَةٍ / ، وَلِثَلَاثٍ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى
 الْمَائَةِ ، وَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثَ عَلَى مَائَةٍ ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ التَّمَامَ . وَإِنْ زَادَ عَلَى مَائَةٍ ، وَأَجَازَ
 الْوَرِثَةَ ، أَمْضِيَتْ وَصَايَاهُمْ عَلَى مَا أَوْصَى لَهُمْ بِهِ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 يُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَا رَجَعَتْ إِلَى نِصْفِهَا ، فَيَدْخُلُ
 النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ

(٣٣) فِي م : سَهْمًا .

(٣٤) فِي م : أَيْضًا .

لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ، ويُزاحم صاحب المائة صاحب^(٣٥) التمام ، ولا يُعطيه شيئاً ؛ لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، وما تَمَّت له . ويجوز أن يُزاحم به ولا يُعطيه ، كالأخ من الأبوين ، يُزاحم الجد بالأخ من الأب ، ولا يُعطيه شيئاً .

٩٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِنِصْفِ مَالِهِ ، وَلِعَمْرٍو بِرُبْعِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ ، فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِعَمْرٍو سَهْمٌ ، وَلِزَيْدٍ سَهْمَانِ)

وجملته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال ، أخذتها من مخرجها ، وقسمت الباقي على الورثة . وإن لم يُجيزوا ، قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سيهامهم ، في حال الإجازة ، وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون في^(١) الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور ، منهم ؛ الحسن ، والتحفي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال 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^(٢) فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية ، كما لو وصى بثلث وربع ، أو بمائة ومائتين ، وماله أربع مائة . وهذا يبطل ما ذكروه ، ولأنها وصية صحيحة ، ضاق عنها الثلث ، فتقسم^(٣) بينهم على قدر الوصايا ، كالثلث والرُبع . وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية ، فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى . فعلى هذا إذا أوصى / لزيد بنصف ماله ، ولعمرو برُبعه ، فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ، إن أجاز

و ١٨/٦

(٣٥) في الأصل : « بصاحب » .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « أن » .

(٣) في الأصل ، ١ : « فقسم » .

الْوَرِثَةُ ، وَيَبْقَى لَهُمُ الرَّبْعُ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالْمَسْأَلَةُ كُلُّهَا
 مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ فِي مَسْأَلَةِ
 الْإِجَازَةِ ، وَأَعْطَيْتِ الْمُجَازِلَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَالْمَرْدُودَ عَلَيْهِ
 سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ . وَإِنْ أَجَازَ بَعْضُ الْوَرِثَةِ لَهَا ، وَرَدَّ
 الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْمُجِيزَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْ
 سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَّ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى
 ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ الْمَسْأَلَتَانِ ، ضَرَبْتَ وَفَّقَ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، وَمَنْ لَهُ سَهْمٌ مِنْ
 إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ مَضْرُوبٌ فِي وَفَّقِ الْأُخْرَى . وَإِنْ دَخَلَتْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي
 الْأُخْرَى ، اجْتَزَأَتْ بِأَكْثَرِهِمَا ، فَفِي مَسْأَلَةِ الْخِرْقَى هَذِهِ ، إِذَا كَانَ الْوَرِثَةُ أَمَّا وَثَلَاثَ
 أُخْوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ^(٤) ، فَأَجَازُوا ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِلْوَصِيِّينَ ثَلَاثَةً ، وَيَبْقَى سَهْمٌ عَلَى
 سِتَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ رَدُّوا فَلِلْوَصِيِّينَ الثُّلُثُ ثَلَاثَةً ،
 وَيَبْقَى سِتَّةٌ عَلَى الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ ؛ فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ
 وَحْدَهُ ، ضَرَبْتَ وَفَّقَ التِّسْعَةَ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، لِصَاحِبِ
 النِّصْفِ اثْنَا عَشَرَ فِي ثَلَاثَةِ سِتَّةٍ وَثَلَاثُونَ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فِي ثَمَانِيَةٍ ، وَيَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ
 لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُمُّ لَهَا وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْأُمَّ سَهْمًا فِي ثَلَاثَةٍ ،
 وَالْبَاقِينَ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ فِي ثَمَانِيَةٍ ، صَارَ الْجَمِيعُ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ
 بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَحْدَهَا^(٥) ، فَلَهَا تِسْعَةٌ
^(٦) وَبِاقِي الْوَرِثَةِ^(٦) أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ لَهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِصَاحِبِ
 النِّصْفِ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلْآخِرِ ثَلَاثَةٌ وَعِشْرُونَ .

(٤) في م : « متفرقات » .

(٥) في م : « وحدها » تصحيف .

(٦ - ٦) في م : « والباقي للورثة » .

فصل: إذا جاوزت الوصايا المال، فأقسم المال بينهم على قدر وصاياهم، / مثل العول، واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة، إذا زادت على المال. وإن ردوا، قسمت الثلث بينهم على تلك السهام. وهذا قول النخعي، ومالك، والشافعي. قال سعيد بن منصور^(٧): حدثنا أبو معاوية، حدثنا أبو عاصم الثقفى قال: قال لي إبراهيم النخعي: ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله، وثلث ماله، ورُبْع ماله؟ قلت: لا يجوز. قال: فإنهم قد أجازوا. قلت: لأدري؟ قال: أمسك اثني عشر، فأخرج نصفها ستة، وثلثها أربعة، ورُبْعها ثلاثة، فأقسم المال على ثلاثة عشر، فلصاحب النصف ستة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة. وكان أبو حنيفة يقول: يأخذ أكثرهم وصية ما^(٨) يفضل به على من دونه، ثم يقتسمون الباقي، إن أجازوا، وفي الرد لا يضرب لأحد^(٩) بأكثر من الثلث، وإن نقص بعضهم عن الثلث، أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه. ومثال ذلك، رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه، فالملأ بينهم على تسعة في الإجازة، والثلث بينهم كذلك في الرد، كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لأم. وقال أبو حنيفة: صاحب الثلثين يفضلهما بسدس، فيأخذه، وهو صاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس، فيأخذانه بينهما نصفين، ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثاً. وتصح 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، ولاخر بثلثه، فالملأ 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،

(٧) في: باب الرجل يوصى للرجل فيموت الموصى له. السنن ١١٦/١.

(٨) سقط من: م.

(٩) في: م: «مما».

(١٠) في: م: «لأحدهم».

وإن رَدُّوا ، اقسَمَا التُّلْثَ نِصْفَيْنِ ، فَلَا يَحْصُلُ لِصَاحِبِ التُّلْثِ إِلَّا السُّدُسُ فِي الْإِجَارَةِ
وَالرَّدِّ جَمِيعًا . وَلَوْ جَعَلَ مَكَانَ التُّلْثِ سُدُسًا / ، لَكَانَ لِصَاحِبِ الْمَالِ خَمْسَةٌ
أَسْدَاسٌ ^(١١) فِي الْإِجَارَةِ ، وَيُقَاسِمُ صَاحِبَ السُّدُسِ ، فَيَأْخُذُ نِصْفَهُ ، وَيَبْقَى
لِصَاحِبِ السُّدُسِ نِصْفُهُ سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ . وَفِي الرَّدِّ ، يَفْتَسِمَانِ التُّلْثَ بَيْنَهُمَا أَثْلَانًا ،
فَيَجْعَلُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ التُّسْعَ سَهْمٌ مِنْ تِسْعَةٍ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِمَّا حَصَلَ لَهُ فِي
الْإِجَارَةِ ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى فَسَادِ هَذَا الْقَوْلِ ، لِزِيَادَةِ سَهْمِ الْمُوصَى لَهُ فِي الرَّدِّ عَلَى حَالِهِ
الْإِجَارَةِ ، وَمَتَى كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ ^(١٢) حَقٌّ فِي حَالِ الرَّدِّ ، لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتِمَّكَنَ الْوَارِثُ
مِنْ تَغْيِيرِهِ ، وَلَا تَنْقِصِهِ ، وَلَا أَخْذِهِ مِنْهُ ، وَلَا صَرْفِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ أَنَّ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ
الْجُمْهُورُ نَظِيرُهُ مَسَائِلُ الْعَوْلِ فِي الْفَرَائِضِ ، وَالذُّيُونِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَا
نَظِيرَ لَهُ ، مَعَ أَنَّ قَرَضَ اللَّهِ تَعَالَى لِلْوَارِثِ آكُذْمَنْ قَرَضَ الْمُوصَى وَوَصِيَّتَهُ ، ثُمَّ إِنَّ صَاحِبَ
الْفَضْلِ ^(١٣) فِي الْقَرَضِ ^(١٤) الْمَفْرُوضِ ، لَا يَنْفَرِدُ بِفَضْلِهِ ، فَكَذَا فِي الْوَصَايَا .

فصل : وَإِذَا خَلَفَ اثْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَالِهِ كُلِّهِ ، وَلِلْآخَرِ بِنِصْفِهِ ، فَالْمَالُ بَيْنَ
الْوَصِيَّيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ إِنْ أَجَازَا ؛ لِأَنَّكَ إِذَا بَسَطْتَ الْمَالُ مِنْ جِنْسِ الْكَسْرِ ، كَانَ نِصْفَيْنِ ،
فَإِذَا ضَمَمْتَ النَّصْفَ الْآخَرَ ، صَارَتْ ثَلَاثَةٌ ، فَيُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَيَصِيرُ النَّصْفُ
ثُلُثًا ، كَمَسْأَلَةِ فِيهَا رَوْحٌ وَأُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مَفْتَرَقَاتٍ ^(١٥) ، فَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا
عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النَّصْفِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ الْمَالِ التُّسْعَانَ ،
وَلِصَاحِبِ النَّصْفِ النَّصْفُ فِي أَحَدٍ ^(١٥) الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُوصَى لَهُ بِهِ ، وَإِنَّمَا مَنَعَهُ
أَخْذَهُ فِي ^(١٦) حَالِ الْإِجَارَةِ لِهَمَا ، مُزَاحِمَةٌ صَاحِبِهِ ، فَإِذَا زَالَتْ مُزَاحِمَتُهُ ، أَخَذَ جَمِيعَ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَسْدَاسُهُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(١٤) فِي م : « مَفْتَرَقَاتٍ » .

(١٥) فِي م : « إِحْدَى » .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

وَصِيَّتِهِ . والثاني ، ليس له إِلَّا التُّلُثُ الذي كان له في حالِ الإِجَازَةِ لهما ؛ لأنَّ ما زادَ على ذلك إنَّما كان حَقًّا لِصَاحِبِ المَالِ ، أَخَذَهُ الوَرَثَةُ مِنْهُ بِالرَّدِّ عَلَيْهِ ، فَيَأْخُذُهُ (١٧) الوَارِثَانِ . وإنْ أَجَازَا (١٨) لِصَاحِبِ الكُلِّ وَحَدَهُ ، فَهوَ ثَمَانِيَةٌ أَتَسَاعِ عَلَى الوَجْهِ الأوَّلِ وَالتُّسْعُ لِلآخِرِ ، وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا التُّلُثَانِ اللَّذَانِ كَانَا لَهُ فِي (١٩) حَالِ الإِجَازَةِ لهما ، وَالتُّسْعَانِ لِلوَرَثَةِ . فَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الابْنَيْنِ لهما دُونَ الآخِرِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُجِيزِ ، وَلِلآخِرِ التُّلُثُ ، وَالتُّلُثَانِ بَيْنَ الوَصِيَّيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ . وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِ المَالِ وَحَدَهُ ، فَلِلآخِرِ التُّسْعُ ، وَلِلأَبْنِ الآخِرِ التُّلُثُ ، وَالبَاقِي لِصَاحِبِ المَالِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وَفِي الآخِرِ لَهُ أَرْبَعَةٌ أَتَسَاعِ ، وَالتُّسْعُ البَاقِي لِلْمُجِيزِ . وَإِنْ أَجَازَ لِصَاحِبِ النُّصْفِ وَحَدَهُ ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا يَتِمُّ بِهِ النُّصْفُ ، وَهُوَ تِسْعٌ وَنِصْفُ سُدُسٍ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وَفِي الآخِرِ يَدْفَعُ إِلَيْهِ التُّسْعُ ، فَيَصِيرُ لَهُ تِسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ تِسْعَانِ ، وَلِلْمُجِيزِ تِسْعَانِ ، وَالتُّلُثُ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ . وَتَصِيحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الوَجْهِ الأوَّلِ تَصِيحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ اثْنَا عَشَرَ ، وَلِلْمُجِيزِ خَمْسَةَ ، وَلِصَاحِبِ النُّصْفِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ ثَمَانِيَةٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ مِنْ تِسْعَةٍ ، لِصَاحِبِ النُّصْفِ مِنْهَا سَهْمٌ ، فَلَوْ أَجَازَ لَهُ الابْنَانِ ، كَانَ لَهُ تَمَامُ النُّصْفِ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا . فَإِذَا أَجَازَ لَهُ أَحَدُهُمَا ، لَرِمَهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ سَهْمٌ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ سَهْمٍ ، فَيَضْرِبُ مَخْرَجُ الرُّبْعِ فِي تِسْعَةٍ ، يَكُنْ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ .

ظ ١٩/٦

٩٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَا يَنْبَغُ لَهُ أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ الوَالِدِ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِالسَّوِيَّةِ . وَإِنْ قَالَ : لِبَنِيهِ . فَهُوَ لِلذَّكَورِ دُونَ الْإِنَاثِ)

أَمَّا إِذَا أَوْصَى لَوْلَدِهِ ، أَوْ لَوْلَدِ فَلَانٍ ، فَإِنَّهُ لِلذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ وَالْحَنَائِ . لَا خِلَافَ

(١٧) في م : « فأخذه » .

(١٨) في ا ، م : « أجاز » .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

في ذلك ؛ لأنَّ الاسمَ يَشْمَلُ الجَمِيعَ . قال اللهُ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ (١) . وقال تعالى : ﴿ مَا اتَّخَذَ اللهُ مِنْ وَلَدٍ ﴾ (٢) . نفى (٣) الذَّكَرَ وَالْأُنثَى جَمِيعًا ، وإن قال : لِبِنْتِي ، أو بِنْتِي فَلانٍ . فهو لِلذَّكَرِ دونِ الإناثِ وَالخُنثَى . هذا قولُ الجُمهورِ . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرأى . وقال الحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ : هو لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى جَمِيعًا ؛ لأنَّهُ لو أوصَى لِبِنْتِي فَلانٍ وَهَم قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنثَى . وقال الثَّورِيُّ : إن كانوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا ، فهو بَيْنَهُمْ ، وإن كُنَّ/بَنَاتٍ لا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فلا شىءَ لَهُنَّ ؛ لأنَّهُ متى اجتمعَ الذُّكُورُ وَالْإناثُ غَلَبَ لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، ودَخَلَ فِيهِ الإناثُ ، كَلَفْظِ المُسْلِمِينَ وَالْمُشْرِكِينَ . ولنا ، أنَّ لَفْظَ البَيْنِ يَحْتَصُّ الذُّكُورَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ اصْطَفَى البَنَاتِ عَلَى البَيْنِ ﴾ (٤) . وقال تعالى : ﴿ أُمِّ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَكُمْ بالبَيْنِ ﴾ (٥) . وقال : ﴿ زِينِ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَيْنِ ﴾ (٦) . وقال : ﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ (٧) . وقد أَخْبَرَ أَنَّهُمْ لا يَشْتَهُونَ البَنَاتِ . فقال : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ البَنَاتِ سُبْحانَهُ وَلَهُمْ ما يَشْتَهُونَ * وَإِذا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَى ﴾ (٨) . الآية . وإنَّما دَخَلُوا فِي الاسمِ إِذا صارُوا قَبِيلَةً ؛ لأنَّ الاسمَ نُقِلَ فِيهِمْ عنِ الحَقِيقَةِ إِلى العُرْفِ ، ولهذا تقولُ المرأةُ : أَنَا مِنْ بِنْتِي فَلانٍ . إِذا انْتَسَبَتْ إِلى القَبِيلَةِ ، ولا تقولُ ذلك إِذا انْتَسَبَتْ إِلى أَيْبِها .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة المؤمنون ٩١ .

(٣) في ١ ، م : « في » .

(٤) سورة الصافات ١٥٣ .

(٥) سورة الزخرف ١٦ .

(٦) سورة آل عمران ١٤ .

(٧) سورة الكهف ٤٦ .

(٨) سورة النحل ٥٧ ، ٥٨ .

فصل : وإن أوصى لبنات فلان ، دَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ دُونَ غَيْرِهِنَّ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِنَّ الْخُنْثَى الْمَشْكُلُ ؛ لِأَنَّ (٩) لَا نَعْلَمُ كَوْنَهُ أَثْنَى .

فصل : وإن أوصى لولد فلان ، أو لبنتي فلان . ولم يكونوا قبيلةً ، فهو لولده لِصُلْبِهِ ، وَأَمَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قَرِينَةٌ تَدْخُلُ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلَ أَنْ يُوصَى لَوْلِدِ فُلَانٍ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، أَوْ قَالَ : وَلَا يُعْطَى وَلَدُ الْبَنَاتِ شَيْئًا . أَوْ قَالَ : إِلَّا وَلَدُ فُلَانٍ . أَوْ فَضَّلُوا وَلَدَ فُلَانٍ عَلَى غَيْرِهِمْ . وَنَحْوَ ذَلِكَ ، دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمْ ، وَالْقَرِينَةَ صَارِفَةً لَهُ إِلَيْهِمْ ، فَصَارَ كَالْتَصْرِيحِ بِهِمْ . وَإِنْ دَلَّتِ الْقَرِينَةُ عَلَى إِخْرَاجِهِمْ ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ . وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَالِدِ حَقِيقَةٌ عِبَارَةٌ عَنِ وَلَدِ الصُّلْبِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ دَخَلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ . قُلْنَا : إِنَّمَا دَخَلُوا فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ ابْنٌ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَدَخَلُوا مَعَ الْإِنَاثِ عَلَى أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَرْتُونَ مَا فَضَلَ عَنِ الْبَنَاتِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا تَفْصِيلَهُ فِي الْفَرَائِضِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ / هَهُنَا ، فَانْتَفَى دُخُولُهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ وَلَدُ الْبَنِينَ فِي الْوَصِيَّةِ ، إِذَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةٌ تُخْرِجُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اسْمِ الْوَالِدِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، مِنَ الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ وَغَيْرِهِ .

٢٠/٦ ظ

فصل : وإن وصى لولد فلان ، أو ببنتي فلان ، وهم قبيلة ، كبني هاشم وبني تميم ، دَخَلَ فِيهِمُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى ، وَيَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ مَعَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْمٌ لِلْقَبِيلَةِ ذَكَرَهَا وَأُنْثَاهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ (١٠) . ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾ (١١) . يُرِيدُ الْجَمِيعَ . وَقَالَ : ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْكِتَابَ ﴾ (١٢) . وَرُوِيَ أَنَّ جَوَارِيَّ مِنَ الْأَنْصَارِ قُلْنَ :

(٩) فِي الْأَصْلِ ، أ : « لِأَنَّهُ » .

(١٠) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٧٠ .

(١٢) سُورَةُ الْجَاثِيَةِ ١٦ .

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِي النَّجَارِ يَا حَبْدًا مُحَمَّدًا مِنْ جَارِ (١٣)

ويقال : امرأة من بني هاشم ، ولا يدخُلُ ولَدُ البناتِ فيهِم ؛ لأنَّهُم لا يتنسَّبون إلى القَبيلةِ .

فصل : وإن أوصى لأخواته ، فهو للإناثِ خاصَّةٌ ، وإن أوصى لإخوته ، دَخَلَ فيه الذَّكَرُ والأُنثى جَميعًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾ (١٤) . وقال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (١٥) . وأجمَعَ العُلَمَاءُ على حَجَبِهَا بالذَّكَرِ والأُنثى . وإن قال : لِعُمومته . فالظاهرُ أنَّه مثلُ الإخوةِ ، يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنثى ؛ لأنَّهُم إِخْوَةٌ أَيْه . وإن قال : لبني إخوانه . أو لبني عمِّه . فهو للذَّكَورِ دونِ الإناثِ ، إذا لم يَكُونُوا قَبيلةً . والفرقُ بينهما أنَّ الإخوةَ والعُمومةَ ليس لهما لَفْظٌ مَوْضوعٌ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنثى سِوَى هذا اللَّفْظِ ، وبُنُو الإخوةِ والعَمِّ لهم لَفْظٌ يَشْمَلُ الجَميعَ وهو لَفْظُ الأَوْلَادِ ، فإذا عَدَلَ عن اللَّفْظِ العامِّ إلى لَفْظِ البَيْنِ ، دَلَّ على إِرَادَةِ الذَّكَورِ ، ولأنَّ لَفْظَ العُمومةِ أَشْبَهُ بِلَفْظِ الإخوةِ ، ولَفْظُ بَنِي الإخوةِ والعَمِّ يُشْبِهُ بَنِي فُلانٍ ، وقد دَلَّلْنَا عليهما . والحُكْمُ في تَنَاوُلِ اللَّفْظِ لِلْبَعِيدِ مِنَ العُمومةِ وبَنِي العَمِّ والإخوةِ ، حُكْمُ ما ذَكَرْنَا في وَلَدِ الوَلَدِ ، مع القَرينةِ وَعَدَمِهَا .

فصل : وألْفاظُ الجُموعِ على أَرْبَعَةٍ أَضْرِبُ ؛ أحدها ، ما يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنثى بِوَضْعِهِ ، كالأَوْلَادِ والذَّرِّيَّةِ والعَالَمِينَ وشَبِهُهُ . / والثاني ، مَوْضوعٌ للذَّكَورِ وَيَدْخُلُ فيه الإناثُ إذا اجْتَمَعُوا ، (١٦) كَلَفْظِ المُسْلِمِينَ (١٦) والمُؤْمِنِينَ والقائِمِينَ والصَّابِرِينَ والصَّادِقِينَ والذَّمِّيِّينَ والمُشْرِكِينَ والفاسِقِينَ ونحوه ، وكذلك ضَمِيرُ المُدَّكَّرِ ،

(١٣) انظر : سبيل الهدى والرشاد ٣/٣٩٠ .

(١٤) سورة النساء ١٧٦ .

(١٥) سورة النساء ١١ .

(١٦- ١٦) في ١ : « كالمسلمين » .

كالواو في قاموا ، والثاء والميم في قمتن ، وهم مفردة وموصولة ، والكاف والميم في لكم وعليكم ، ونحوه . فهذا متى اجتمع ^(١٧) الذكور والإناث غلب ^(١٧) لفظ التذكير فيه ، ودخل فيه الذكر والأنثى . والثالث ، ضرب يختص ^(١٨) الذكور كالبنين والذكور والرجال والعلمان ، فلا يدخل فيه إلا الذكور . والرابع ، لفظ يختص ^(١٨) النساء ، كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات ، والضمائر الموضوعية لهن ، فلا يتناول غير الإناث .

فصل : وإن وصى للأرامل ، فهو للنساء اللاتي فارقهن ^(١٩) أزواجهن بموت أو غيره . قال أحمد ، في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بني فلان . فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو ^(٢٠) للرجال والنساء . والذي يعرف في كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبي ، وإسحاق : هو للرجال والنساء ، وأنشد أحدهما ^(٢١) :

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر
وقال آخر ^(٢٢) :

أحب أن أضطاد ضباً سخبلاً ^(٢٢) رعى الربيع والشتاء أرملاً

(١٧ - ١٧) في م : « الذكور وعليه الإناث وغلب » .

(١٨) في أ : « يخص » .

(١٩) في الأصل : « فارقن » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، أ .

(٢١) البيت لجرير ، في اللسان (رم ل) ، وهو أيضا في معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٢ . وليس في ديوان جرير .

(٢٢) الرجز في اللسان ، والتاج ، وتحذيب اللغة ٢٠٥/١٥ (رم ل) و (س ح ب ل) . والأول منه في اللسان

والتاج (ر ب ل) .

وفي م : « ظيبا سخبلا » . والسجيل من الضباب : الضخم .

ولنا ، أن المعروف في كلام الناس أنه النساء ، فلا يُحْمَلُ لَفْظُ الْمُوصَى إِلَّا عَلَيْهِ ،
ولأن الأراِمِلَ جَمْعُ أَرْمَلَةٍ ، فلا يكونُ جَمْعًا لِلْمَذْكَرِ ؛ لأنَّ ما يَخْتَلِفُ لَفْظُ الذَّكَرِ
والأُنْثَى في واحِدِهِ^(٢٣) يَخْتَلِفُ في جَمْعِهِ ، وقد أنكَرَ ابنُ الأَثَرِيِّ على قَائِلِ القَوْلِ
الآخِرِ ، وخطأه فيه ، والشعر الذي احتجَّ به حُجَّةٌ عليه ، فإنه لو كان لَفْظُ الأَرَامِلِ
يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى ، لقال : « حاجتُهُم » إذ لا خِلافَ بين أهلِ اللِّسانِ في أنَّ اللَّفْظَ
متى كان للذَّكَرِ^(٢٤) والأُنْثَى ، ثم رُدَّ عليه ضَمِيرٌ ، غُلِبَ فيه لَفْظُ التَّذْكِيرِ / وضميره ،
فلما رُدَّ الضميرُ على الإناثِ ، عُلِمَ أنَّه موضوعٌ لهنَّ على الانفِرادِ ، وسَمِيَ نَفْسَهُ أَرْمَلًا
تَجَوُّزًا وتَشْبِيهاً بهنَّ ، ولذلك وَصَفَ نَفْسَهُ بأنَّه ذَكَرٌ ، ويدلُّ على إِرَادَةِ المَجازِ أنَّ
اللَّفْظَ عند إطلاقه لا يُفْهَمُ منه إِلَّا النِّساءُ ، ولا يُسَمَّى به في العَرَفِ غَيْرُهُنَّ ، وهذا دَلِيلٌ
على أنَّه لم يوضَع لغيرهنَّ ، ثم لو ثَبَتَ أنَّه في الحَقِيقَةِ لِلرِّجالِ والنِّساءِ لكان قد خَصَّ به
أهلُ العَرَفِ النِّساءَ ، وهَجَرَتْ به^(٢٥) الحَقِيقَةُ حتى صارت مَعْمُورَةً ، لا تُفْهَمُ من
لَفْظِ المُتَكَلِّمِ ، ولا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمُ كَسائِرِ الألفاظِ العَرَفِيَّةِ .

٢١/٦ ظ

فصل : فأما لَفْظُ^(٢٦) الأَيامِي ، فهو كالأَرَامِلِ ،^(٢٧) إلاَّ أنَّه^(٢٧) لكلِّ امْرَأَةٍ لا زَوْجَ
لها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامِي مِنْكُمْ ﴾^(٢٨) . وفي بعضِ الحَدِيثِ :
« أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ »^(٢٩) . وقال أصحابنا : هو لِلرِّجالِ والنِّساءِ الذين لا
أزواجَ لهم ، لما رَوَى عن سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ قال : آمَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عَمْرِو بْنِ زَوْجِهَا ،
وَأَمَّ عُمَانُ مِنْ رُقِيَّةَ . وقال الشاعِرُ^(٣٠) :

(٢٣) في م : (واحد) .

(٢٤) في م : (الذكر) .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في م : (لفظه) .

(٢٧ - ٢٧) في م : (لأنه) .

(٢٨) سورة النور ٣٢ .

(٢٩) انظر : النهاية في غريب الحديث ١/١٦٦ .

(٣٠) البيت في اللسان والتاج (أ م) .

فَإِنْ تَنكِحِي أَنْكَحَ وَإِنْ تَنَأَيْمِي وَإِنْ كُنْتِ أُنْتَمِي مِنْكُمْ أُتَيْمٌ (٣١)

ولنا ، أن العُرفَ يَخصُّ النِّساءَ بهذا الاسمِ ، والحُكْمُ للاسْمِ العُرْفِيِّ . وقول النبي ﷺ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيْمِ » . إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْمَرْأَةَ ، فَإِنَّهَا الَّتِي تُوصَفُ بِهَذَا ، وَيَضُرُّ بَوَارُهَا .

فصل : والعُزَابُ هم الذين لأزواج لهم من الرِّجالِ والنِّساءِ ، يقال : رَجُلٌ عَزَبٌ ، وامرأةٌ عَزَبَةٌ . وإنما سُمِّيَ عَزَبًا لِانْفِرَادِهِ ، وكلُّ شيءٍ انْفَرَدَ فهو عَزَبٌ ، قال ذو الرُّمَّةِ يَصِفُ ثَوْرًا مِنَ الْوَحْشِ انْفَرَدَ (٣٢) :

يَجْلُو الْبَوَارِقَ عَنْ مُجْرَمٍ لَهَيْقِ كَأَنَّهُ مُتَقَبِّي يَلْمِقِ عَزَبٌ (٣٣)

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَصَّ الْعَزَبُ بِالرَّجُلِ (٣٤) ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ كَذَلِكَ ، وَالثَّيْبُ وَالْبِكْرُ يَشْتَرِكُ فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ . قال النبي ﷺ : « الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ ، جِلْدٌ مَائَةٌ ، وَنَفْيُ سَنَةٍ ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ ، الْجِلْدُ وَالرَّجْمُ » (٣٥) . والعائِسُ مِنَ الرِّجَالِ والنِّسَاءِ : الَّذِي كَبِرَ وَلَمْ يَتَزَوَّجْ . قال قيسُ بن رِفَاعَةَ الْوَاقِفِيُّ (٣٦) :

(٣١) عجز البيت في اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحى أتايِم » . وفي التاج : « أهد الدهر » .

(٣٢) البيت لذي الرمة . ديوانه ٨٧/١ .

(٣٣) في م : « عن مجملزلق كأنه متقبى » . ومجزمز : ثور قد انقبض واجتمع بعضه إلى بعض . ولحق : أبيض . ومتقبى : لا يلبس قباء . وعزب : وحده .

(٣٤) في م : « بالرجال » .

(٣٥) أخرجه مسلم ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣/١٣١٦ ، ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢/٤٥٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦/٢١٠ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٥٢ ، ٨٥٣ . والدارمي ، في : باب في تفسير قول الله تعالى ﴿ أَوْ يَجْعَلِ اللَّهُ لهن سبيلا ﴾ ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢/١٨١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٧٦ ، ٥/٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢٧ .

(٣٦) اللسان والتاج (ع ن س) .

/ فِينَا الَّذِي مَا عَدَا أَنْ طَرَّ شَارِبُهُ وَالْعَائِسُونَ وَفِينَا الْمُرْدُ وَالشَّيْبُ (٣٧) و ٢٢/٦

وَالْكُهُولُ : الَّذِينَ جَازُوا الثَّلَاثِينَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا ﴾ (٣٨) . قَالَ الْمُفَسِّرُونَ : ابْنُ ثَلَاثِينَ سَنَةً (٣٩) . مَا أُخُوذُ مِنْ قَوْلِهِمْ : اِكْتَهَلَ النَّبَاتُ ، إِذَا تَمَّ وَقَوَى . ثُمَّ لَا يَزَالُ كَهْلًا حَتَّى يُبْلَغَ خَمْسِينَ ، ثُمَّ يَشِيخُ ، ثُمَّ لَا يَزَالُ شَيْخًا حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لَجْمَاعَةٍ لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ، كَالْقَبِيلَةِ الْعَظِيمَةِ ، وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، صَحَّ ، وَأَجْزَأُ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : يُدْفَعُ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ الْجَمْعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَبِيلَةِ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهَا ؛ لِأَنَّهَا يَدْخُلُ فِيهَا الْأَغْنِيَاءُ وَالْفُقَرَاءُ ، وَإِذَا وَقَعَتْ لِلْأَغْنِيَاءِ لَمْ تَكُنْ قُرْبَةً ، وَإِنَّمَا تَكُونُ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، وَحُقُوقُ الْأَدَمِيِّينَ إِذَا دَخَلَتْ فِيهَا الْجَهَالَةُ لَمْ تَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ لِمَجْهُولٍ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ صَحَّتْ لَجْمَاعَةٍ مَحْصُورَةٍ (٤٠) ، صَحَّتْ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مَحْصُورِينَ كَالْفُقَرَاءِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَاحِحٍ ؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْأَغْنِيَاءِ قُرْبَةٌ ، وَقَدْ نَدَبَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْهَدْيَةِ وَإِنْ كَانَتْ لِعَنِيٍّ . وَأَمَّا جَوَازُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، فَمَنْبِيُّ عَلَى الدَّفْعِ فِي الرَّكَاهِ (٤١) ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهِ هُنَاكَ .

٩٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَالْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ وَاللْحَمْلُ جَائِزَةٌ ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَكَلَّمَ بِالْوَصِيَّةِ)

أَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ فَتَصِحُّ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا ، بَأَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، أَوْ حَمْلًا بِهَيْمَةٍ

(٣٧) فِي م : « الَّذِي هُوَ مَا إِنْ » .

(٣٨) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٤٦ .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م ،

(٤٠) فِي م : « مَحْصُورِينَ » .

(٤١) فِي إِزْيَادَةٍ : « مِنَ الرَّكَاهِ » .

مَمْلُوكَةٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَّارَ وَالْحَطَرَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِغْتِقِ الْحَمَلِ ، فَإِنْ انفَصَلَ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ انفَصَلَ حَيًّا ، وَعَلِمْنَا وَجُودَهُ حَالَ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ حَكَمْنَا بِوَجُودِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِجَوَازِ حُدُوثِهِ . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا تَحْمِلُ جَارِيَتِي هَذِهِ ، أَوْ نَاقَتِي هَذِهِ ، / أَوْ نُحْلِي هَذِهِ . جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ صِحَّتِهَا مَعَ الْعَرَّارِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْحَمَلِ ، فَصَحِيحَةٌ أَيْضًا ، لِأَنَّ نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ جَرَتْ مَجْرَى الْمِيرَاثِ ، مِنْ حَيْثُ كَوْنُهَا انْتِقَالَ الْمَالِ مِنَ الْإِنْسَانِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، إِلَى الْمَوْصِي لَهُ ، بِغَيْرِ عَوْضٍ ، كَانْتِقَالِهِ إِلَى وَاثِرِهِ ، وَقَدْ سَمَى اللَّهُ تَعَالَى الْمِيرَاثَ وَصِيَّةً ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ ﴾ (١) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَوَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ ﴾ (٢) . وَالْحَمَلُ يَرِثُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مِنَ الْمِيرَاثِ ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ لِلْمُخَالِفِ فِي الدِّينِ وَالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ ، فَإِذَا وُورِثَ الْحَمَلُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِحَطَرِ وَعَرَّارٍ ، فَتَصِحُّ لِلْحَمَلِ ، كَالْعِتْقِ . فَإِنْ انفَصَلَ الْحَمَلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ حَيًّا حِينَ الْوَصِيَّةِ ، فَلَا تَثْبُتُ لَهُ الْوَصِيَّةُ وَالْمِيرَاثُ بِالشُّكِّ . وَسِوَاءَ مَا تَلْعَازُضُ ، مِنْ ضَرْبِ الْبَطْنِ ، أَوْ شَرْبِ (٣) دَوَائِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّهُ لَا يَرِثُ . وَإِنْ وَضَعْتَهُ حَيًّا ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا حَكَمْنَا بِوَجُودِهِ حَالَ الْوَصِيَّةِ . نَقَلَ الْخِرَقِيُّ ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . وَلَيْسَ ذَلِكَ شَرْطًا فِي كُلِّ حَالٍ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ فَرِاشًا لِرَوْحٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطْوُهَا ، فَأَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا دُونَ ، عَلِمْنَا وَجُودَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) م : ضرب .

لا احتمال خُدونه بعد الوصية . وإن كانت بائنا ، فأثت به لأكثر من أربع سنين من حين
الفرقة ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له ، وإن أثت به لأقل
من ذلك ، صححت الوصية له ؛ لأن الولد يُعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ، ويُحكم
بوجوده إذا أثت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة . وهذا مذهب الشافعي . وإن
وصى لحمل امرأة / من زوجها أو سيدها ، صححت الوصية له ، مع اشتراط إلحاقه به ،
وإن كان متفياً^(٤) باللعان ، أو دعوى الاستبراء ، لم تصح الوصية له ؛ لعدم نسبه
المشترط^(٥) في الوصية ، فأما إن كانت المرأة قرآناً لزوج أو سيده ، إلا أنه لا
يَطوُّها ؛ لكونه غائباً في بلد بعيد ، أو مريضاً مريضاً يمنع الوطاء ، أو كان أسيراً أو
محبوساً ، أو علم الورثة أنه لم يَطأها وأقروا^(٦) بذلك ، فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه
الصور وبين ما إذا كان يَطوُّها ؛ لأنهما لم يفترقا في لحوق النسب بالزوج والسيد ،
فكانت في حكم من يَطوُّها . ويحتمل أنه متى أثت به في هذه الحال ، لوقت يغلب
على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ،
أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أثت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً
بأمارات الحمل ، بحيث يُحكم لها بكونها حاملاً ، صححت الوصية له ؛ لأنه يثبت له
أحكام الحمل في^(٧) غير هذا الحكم ، وقد انتفت أسباب خُدونه ظاهراً ، فينبغي أن
يثبت له الوصية ، والحكم بإلحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطاً
للسب ، فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً ، ولا يلزم من إثبات النسب^(٨)
بمطلق الاحتمال ، نفى استحقاق الوصية ، فإنه لا يُحتاط لإبطال الوصية ، كما يُحتاط
لإثبات النسب^(٨) ، فلا يلزم إلحاق ما لا يُحتاط له بما يُحتاط له^(٩) مع ظهور ما يثبت
ويصححه .

(٤) في م : متفياً .

(٥) في م : المشروط .

(٦) في الأصل : أو أقروا .

(٧) في م : من .

(٨) في م : السب .

(٩) سقط من : م .

فصل: وإن وصى بالحمّل الموجود، اعتبر وجوده كما^(١٠) في حمل الأمة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له. وإن كان حمل بهيمة، اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام.

فصل: وإذا أوصى لما تحمّل هذه المرأة، لم يصح. وقال بعض أصحاب الشافعي: يصح، كما تصح الوصية بما تحمّل هذه الجارية. ولنا، أن الوصية تمليك، فلا تصح للمعدوم، بخلاف الموصى به، فإنه يملك، فلم يعتبر وجوده، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، ولو مات إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً، كذلك الوصية. ولو تجدد للميت مال بعد موته، بأن يسقط في شبكته صيد، لورثته ورثته، ولذلك قضينا بثبوت الإرث في ديته، وهي تتحدد بعد موته، فجاز أن تملك بالوصية. فإن قيل: فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح، فالوصية أولى؛ لأنها تصح بالمعدوم والمجهول، بخلاف الوقف. قلنا: الوصية أجريت مجرى الميراث، ولا يحصل الميراث إلا لموجود، فكذا الوصية، والوقف يراؤ للذوام، فمن ضرورته إثباته للمعدوم.

ظ ٢٣/٦

فصل: وإذا أوصى لحمل امرأة، فولدت ذكراً أو أنثى، فالوصية لهما بالسوية؛ لأن ذلك عطية وهبة، فأشبه ما لو وهبها شيئاً بعد ولادتهما. وإن فاضل بينهما، فهو على ما قال، كالوقف. وإن قال: إن كان في بطنها غلامٌ فله ديناران، وإن كان فيه جاريةٌ فلها دينار. فولدت غلاماً وجاريةً، فلكل واحد منهما ما وصى له به؛ لأن الشرط وجد فيه. وإن ولدت أحدهما منفرداً، فله وصيته. ولو قال: إن كان حملها، أو إن كان ما في بطنها غلاماً، فله ديناران، وإن كانت جاريةً فلها دينار. فولدت أحدهما منفرداً، فله وصيته. وإن ولدت غلاماً وجاريةً، فلاشيء لهما؛ لأن

(١٠) سقط من: م، ا.

أَحَدُهُمَا لَيْسَ هُوَ جَمِيعَ الْحَمْلِ . وَلَا كُلُّ مَا فِي الْبَطْنِ . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِشَجَرَةٍ ، أَوْ بُسْتَانٍ ، أَوْ غَلَّةٍ دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، صَحَّ ، سِوَاءَ وَصَّى بِذَلِكَ فِي مَدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ بِجَمِيعِ الثَّمَرَةِ وَالْمَنْفَعَةِ فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّهَا / مَعْدُومَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا بِعَقْدِ الْمَعَاوِضَةِ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا ، كَالْأَعْيَانِ . وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ ذَلِكَ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي سُكْنَى الدَّارِ . وَهُوَ قَوْلُ كُلِّ مَنْ قَالَ بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ بِهَا . فَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، أُجِيزَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ^(١١) سَنَةً ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، فَالْوَرَثَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِ خِدْمَتِهِ سَنَةً ، وَبَيْنَ تَسْلِيمِ ثُلُثِ الْمَالِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَخْدُمُ الْمُوصَى لَهُ يَوْمًا وَالْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ ، حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْمُوصَى لَهُ سَنَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْوَرَثَةُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، يَبِعُ عَلَى هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ صَاحِبَةٌ ، فَوَجِبَ تَنْفِيذُهَا عَلَى صِفَتِهَا إِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ ^(١٢) مِنَ الثُّلُثِ مِنْهَا ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا ، أَوْ كَالْأَعْيَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَتَى أُرِيدَ تَقْوِيمُهَا ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ ، فَوَقْتُ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ مَسْلُوبٌ الْمَنْفَعَةُ تِلْكَ الْمُدَّةَ ، ثُمَّ تَقُومُ الْمَنْفَعَةُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَيُنظَرُ ؛ كَمَا قِيمَتُهَا . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ ، فَقَدْ قِيلَ : تَقُومُ الرَّقَبَةُ بِمَنْفَعَتِهَا جَمِيعًا ، وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهَا ^(١٣) مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ عَبْدًا لَا مَنفَعَةَ لَهُ ، وَشَجَرًا لَا ثَمَرَ لَهُ ، لَا قِيمَةَ لَهُ غَالِبًا . وَقِيلَ : تَقُومُ الرَّقَبَةُ عَلَى الْوَرَثَةِ ، وَالْمَنْفَعَةُ عَلَى الْمُوصَى لَهُ . وَصِفَةُ ذَلِكَ أَنَّ يَقُومَ الْعَبْدُ

(١١) فِي ١ : عَبْدٌ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : خَرَجَ .

(١٣) فِي ١ ، م : خُرُوجُهَا .

بِمَنْفَعَتِهِ ، فَإِذَا قِيلَ : قِيمَتُهُ مِائَةٌ . قِيلَ : كَمْ قِيمَتُهُ لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ ؟ فَإِذَا قِيلَ : عَشْرَةٌ . عَلِمْنَا أَنَّ قِيمَةَ الْمَنْفَعَةِ تَسْعُونَ .

فصل : وإن أراد الموصي له إجازة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بتفيعها ،^(١٤) إجازة . وبه قال^(١٤) الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز إجازة المنفعة المستحقة بالوصية ؛ لأنه إنما أوصى له باستيفائه . ولنا ، أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً ، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كالمولكها بالإجازة . / وإن أراد الموصي 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 لتفيعه ، فملك إخراجهم ، كالمستأجر .

ظ ٢٤/٦

فصل : وإذا أوصى له بثمر شجرة مدة ، أو بما يثمر أبداً ، لم يملك واحد من الموصي له والوارث^(١٥) إجازة الآخر على سقيها ؛ لأنه لا يجبر على سقي ملكه ، ولا سقي ملك غيره . وإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه ، لم يملك الآخر منعه . وإذا يبست الشجرة ، كان حطبها للوارث . وإن وصى له بثمرها سنة بعينها ، فلم تحمل تلك السنة ، فلا شيء للموصي له . وإن قال : لك ثمرتها أول عام تثير . صح ، وله ثمرتها أول عام تثير . وكذلك إذا أوصى له بما تحمّل جاريته أو شاته . وإن وصى لرجل بشجرة ، ولا آخر بثمرتها ، صح ، وكان صاحب الرقية قائماً مقام الوارث ، وله ماله . وإن وصى له بلبن شاة وصوفها ، صح ، كما تصح الوصية بثمر شجرة . وإن وصى بلبن شاة خاصة ، أو صوفها خاصة ، صح ، ويقوم الموصي به دون العين .

فصل : فأما نفقة العبد الموصى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصى بتفيعها ،

(١٤ - ١٤) في ١ : « فله ذلك . وبهذا قال » .

(١٥) في الأصل : « وللوارث » .

فِيحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ عَلَى صَاحِبِ الرَّقِيبَةِ . هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ مَذْهَبًا لِأَحْمَدَ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الرَّقِيبَةِ ، فَكَانَتْ عَلَى صَاحِبِهَا ، كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ ، وَكَأَلُو لَمْ يَكُنْ لَهُ^(١٦) مَنَفَعَةٌ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَلِأَنَّ الْفِطْرَةَ تَلْزُمُهُ ، وَالْفِطْرَةُ تَتَّبِعُ النَّفَقَةَ ، وَوُجُوبُ التَّابِعِ عَلَى إِنْسَانٍ دَلِيلٌ عَلَى وُجُوبِ الْمَتَّبُوعِ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ^(١٧) عَلَى صَاحِبِ^(١٧) الْمَنَفَعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالْإِصْطَخَرِيِّ^(١٨) ، وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَفْعَهُ عَلَى التَّأْيِيدِ ، فَكَانَتْ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ ، كَالزَّوْجِ ، وَلِأَنَّ نَفْعَهُ لَهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَرُّهُ ، كَالْمَالِكِ لِهَمَا جَمِيعًا ، يُحَقِّقُهُ أَنْ إِجْبَابُ النَّفَقَةِ عَلَى مَنْ لَا نَفْعَ لَهُ ضَرَّرَ مُجَرَّدٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِنَفْعِ عَبْدِي ، وَأَبْقَيْتُ عَلَى وَرَثَتِي ضَرَّهُ . وَإِنْ وَصَى بِنَفْعِهِ لِإِنْسَانٍ ، وَلَا خَرَ بَرَقِيَّتِهِ ، كَانَ مَعْنَاهُ : أَوْصَيْتُ لِهَذَا بِنَفْعِهِ ، وَلِهَذَا بَصَّرَهُ . وَالشَّرْعُ يَنْهَى هَذَا بِقَوْلِهِ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(١٩) . وَلِذَلِكَ جَعَلَ الْخَرَاجَ بِالضَّمَّانِ ، لِيَكُونَ ضَرُّهُ عَلَى مَنْ لَهُ نَفْعُهُ . وَفَارَقَ الْمُسْتَأْجَرَ ، فَإِنَّ نَفْعَهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلْمُؤَجَّرِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْأَجْرَ عَوَضًا عَنْ مَنَافِعِهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ نَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ . وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى إِجْبَابِهَا عَلَى صَاحِبِ الْمَنَفَعَةِ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِنْ مَنَافِعِهِ ، فَإِذَا صُرِفَ فِي نَفَقَتِهِ ، فَقَدْ صُرِفَ^(٢٠) الْمَنَفَعَةُ الْمُوصَى بِهَا إِلَى النَّفَقَةِ ، فَصَارَ كَأَلُو صُرِفَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ سِوَاهُ .

فصل : وَإِذَا أَعْتَقَ الْوَرَثَةُ الْعَبْدَ ، عَتَقَ ، وَمَنَفَعَتُهُ بَاقِيَةٌ لِلْمُوصَى لَهُ بِهَا ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُعْتَقِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَاحِبُ الْمَنَفَعَةِ ، لَمْ يَعْتَقْ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لِلرَّقِيبَةِ ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُهَا . وَإِنْ وَهَبَ صَاحِبُ الْمَنَفَعَةِ مَنَافِعَهُ لِلْعَبْدِ ، وَأَسْقَطَهَا عَنْهُ ، فَلِلْوَرَثَةِ الْإِثْتِفَاعُ

(١٦) سقط من : م .

(١٧-١٧) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٨) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري الشافعي ، قاضي قم ، وأحد الرفعاء من أصحاب الوجوه .

توفي سنة ثلاث وعشرين وثلاثمائة ببغداد . طبقات الشافعية الكبرى ٣/ ٢٣٠ - ٢٥٣ .

(١٩) في الأصل ، ١ : « إضرار » . وتقدم تخريجها في : ١٤٠/٤ .

(٢٠) في ١ ، م : « صرف » .

به ؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسَيِّده . وإن أرادَ صاحبُ الرِّقبةِ بَيْعَ العَبْدِ ، فله ذلك ، ويُبَاعُ مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ ، وَيَقُومُ المُشْتَرَى مَقَامَ البَائِعِ ، فِيمَا لَهُ وَعَلَيْهِ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ^(٢١) مِنْ مَالِكٍ مَنفَعَتِهِ دُونَ ^(٢٢) غَيْرِهِ ^(٢١) ؛ لِأَنَّ مَا لَا مَنفَعَةَ فِيهِ ، لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، كَالْحَشْرَاتِ وَالْمَيْتَاتِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ مَالِكٍ مَنفَعَتِهِ دُونَ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ مَالِكَ مَنفَعَتِهِ يَجْتَمِعُ لَهُ الرِّقْبَةُ وَالْمَنْفَعَةُ ، فَيَنْتَفِعُ بِذَلِكَ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، وَلِذَلِكَ جَازَ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْؤِ صِلَاحِهَا لِصَاحِبِ الشَّجَرَةِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَكَذَلِكَ بَيْعُ الزَّرْعِ لِصَاحِبِ الأَرْضِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عِبْدٌ مَمْلُوكٌ ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِهِ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ كغَيْرِهِ ، وَلأنَّهُ يُمَكِّنُهُ إِعْتَاقَهُ وَتَحْصِيلُ وِلَايَتِهِ ، وَجَرُّ وِلَايَةٍ مِنْ يَنْجَرُّ وِلَاؤُهُ بِعِتْقِهِ ، بِخِلَافِ الحَشْرَاتِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرِقْبَةِ عَبْدٍ ، وَلاَ خَرَّ بِنَفْعِهِ ، صَحَّ ، وَقَامَ / المُوصَى لَهُ بِالرِّقْبَةِ مَقَامَ الوَارِثِ فِيمَا ذَكَرْنَا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .

ظ ٢٥/٦

فصل : وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمَنْفَعَةِ أُمِّهِ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَيْتَى ، فَهُوَ مَمْلُوكٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ يَتَّبِعُ الأُمَّ فِي حُكْمِهَا ، كَوَلَدِ المُكَاتَبَةِ وَالمُدَبَّرَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِمَالِكِ الرِّقْبَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ النُّفْعِ المُوصَى بِهِ . وَلَا هُوَ مِنَ الرِّقْبَةِ المُوصَى بِنَفْعِهَا . وَإِنْ وُطِّقَتْ بِشَبْهَةٍ ، وَجَبَ ^(٢٣) المَهْرُ عَلَى الوَاطِئِ لِصَاحِبِ المَنْفَعَةِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَعِنْدِي أَنَّهُ لِصَاحِبِ الرِّقْبَةِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِهَا مُتَفَرِّدَةً ^(٢٤) ، وَلَا مَعَ غَيْرِهَا ، وَلَا يَجُوزُ نَقْلُهَا مُفَرَّدَةً عَنِ الرِّقْبَةِ بِغَيْرِ التَّرْوِيجِ ، وَإِنَّمَا هِيَ تَابِعَةٌ لِلرِّقْبَةِ ، فَتَكُونُ لِصَاحِبِهَا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُ المَنْفَعَةِ أَخَذَ بَدَلِهَا ، إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَتَجِبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ وَضَعِهِ لِصَاحِبِ الرِّقْبَةِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وَفِي الآخَرِ ، يُشْتَرَى بِهَا عِبْدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلَيْسَ لِلوَارِثِ وَلِصَاحِبِ المَنْفَعَةِ ، وَطُؤُهَا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ المَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهَا ، وَلَا هُوَ زَوْجُهَا ، وَلَا يَبِاحُ الوَطْءُ

(٢١) - (٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : « ولا » .

(٢٣) في م : « فأوجب » .

(٢٤) في الأصل : « مفردة » .

بغيرهما ، لقول الله عزَّ وجلَّ : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٢٥) .
 وصاحبُ الرِّقَةِ لا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، ولا يَأْمَنُ أَنْ تَحْبَلَ مِنْهُ ، فربَّما أَفْضَى إِلَى
 إِهْلَاكِهَا ، وَأَيُّهَا وَطِئُهَا فلا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئٌ بِشِبْهِهِ ؛ لِوُجُودِ الْمِلْكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ
 مِنْهُمَا فِيهَا ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ (٢٦) وَطِئٍ شِبْهِهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ ،
 لَمْ تَصِرْ أُمُّ وَوَلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةٌ وَوَلَدُهَا يَوْمَ وَضْعِهِ ، وَحُكْمُهَا عَلَى مَا
 ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا وَطِئُهَا غَيْرُهُمَا بِشِبْهِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكُ الرِّقَةِ ، صَارَتْ أُمُّ وَوَلَدُ
 لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ بِحُرِّ فِي مَلِكِهِ ، وَفِي وَجُوبِ قِيمَتِهِ عَلَيْهِ الْوَجْهَانِ ، وَأَمَّا الْمَهْرُ ،
 فَعِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَاطِئُ (٢٧) مَالِكُ الرِّقَةِ (٢٧) ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْمَهْرُ عَلَى صَاحِبِ
 الْمَنْفَعَةِ / ، إِذَا كَانَ هُوَ الْوَاطِئُ . وَعِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، بَعْكَسِ ذَلِكَ
 فِيهَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْحَدُّ عَلَى صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا
 وَطِئَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْمَنْفَعَةَ ، فَلَزِمَهُ الْحَدُّ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَوَلَدُهُ
 مَمْلُوكًا .

و ٢٦/٦

فصل : وليس لواحدٍ منهما تزويجها ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْمَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ رِقَّتَهَا ، وَمَالِكُ
 الرِّقَةِ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرٍ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ بِتَزْوِيجِهَا . فَإِنْ طَلَبَتْ
 ذَلِكَ ، لَرِمَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، وَحَقُّهَا فِي ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمَا (٢٨) ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ
 طَلَبَتْهُ مِنْ سَيِّدِهَا الَّذِي يَمْلِكُ رِقَّتَهَا وَنَفْعَهَا ، أُجِبَ عَلَيْهِ ، وَقُدِّمَ حَقُّهَا عَلَى حَقِّهِ .
 وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَزْوِيجِهَا قَبْلَ طَلِبِهَا ، جَازَ ، وَوَلِيَّهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ مَالِكُ رِقَّتِهَا ؛
 لِأَنَّهُ مَالِكُهَا . وَالْكَلامُ فِي مَهْرِهَا وَوَلَدِهَا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وإن قُتِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَى بِنَفْعِهِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَ

(٢٥) سورة المؤمنون ٦

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ - ٢٧) ف م : « مالكا للرقية » .

(٢٨) في ا ، م : « عليها » .

الموصى به ؛ لأن كلَّ حقٍّ تعلقَ بالعينِ تعلقٌ يبدلُها ، إذا لم ينطُلْ سببُ استحقاقِها .
ويُفَارِقُ الزَّوْجَةَ والعَيْنَ المُسْتَأْجِرَةَ ؛ لأنَّ سببَ الاستحقاقِ يَنطُلُ بتلفِهما ، ويَحْتَمِلُ
أنْ تُجِبَ القِيمَةُ لِلوَارِثِ ، أو مالِكِ الرَّقِيَّةِ ، وتَبطُلُ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ القِيمَةَ بَدَلُ الرَّقِيَّةِ ،
فتكونُ لِصَاحِبِهَا ، وتَبطُلُ الوَصِيَّةُ بِالمَنْفَعَةِ ، كما تَبطُلُ الإِجَارَةُ^(٢٩) .

فصل : وإذا أوصى لرجلٍ بحبِّ زرعِهِ ، ولآخرٍ ببنِيهِ ، صحَّ ، والنَّفَقَةُ بينهما ؛
لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما تعلقَ حَقُّهُ بالزَّرْعِ . فإن امتنعَ أحدهُما من الإِثْفَاقِ ، فهما بمنزلةِ
الشَّرِيكَيْنِ في أصلِ الزَّرْعِ إذا امتنعَ أحدهُما من سَقِيهِ والإِثْفَاقِ عليه ، فيُخْرَجُ في ذلك
وَجْهَانِ ؛ أحدهُما ، يُجْبَرُ على الإِثْفَاقِ عليه . هذا قولُ أبي بكرٍ ؛ لأنَّ في تَرْكِ الإِثْفَاقِ
ضَرَرًا عليهما ، وإِضَاعَةً للمالِ^(٣٠) ، وقد قال النبيُّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا
ضِرَارَ »^(٣١) . ونَهَى عن إِضَاعَةِ المَالِ^(٣٢) . وَالوَجْهُ الأَخرُ ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّهُ لا يُجْبَرُ
على الإِثْفَاقِ على مالِ نَفْسِهِ ، ولا مالِ غَيْرِهِ ، إذا كان كلُّ واحدٍ منهما مُتَفَرِّدًا ، فكذلك
إذا اجْتَمَعَا . وَأصلُ الوَجْهَيْنِ إذا اسْتَهْدَمَ الحَائِطُ المُشْتَرِكُ ، فَدَعَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الأَخرَ
إلى مُبَانَاتِهِ ، فامْتَنَعَ . وَيَبْغِي أن تكونَ النَّفَقَةُ بينهما على قَدْرِ قِيمَةِ حَقِّ كلِّ واحدٍ منهما ،
كما لو كانا مُشْتَرِكَيْنِ في أصلِ الزَّرْعِ .

فصل : وإن أوصى لرجلٍ^(٣٣) بِخَاتِمِ ، ولآخرٍ بِفَصِّهِ ، صحَّ ، وليس لواحدٍ
منهما الأئْتِفاعُ بِهِ إلا بِإِذْنِ صاحِبِهِ ، وأَيْهَما طَلَبَ قَلَعَ الفَصُّ مِنَ الخَاتِمِ أُجِيبَ إليه ،
وأُجِبَرِ الأَخرُ عليه . وإن اتَّفَقَا على بَيْعِهِ ، أو اصْطَلَحَا على لُبْسِهِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما
لا يَعدُوهُما .

(٢٩) في م : « بالإجارة » .

(٣٠) في ا ، ب ، م : « المال » .

(٣١) في الأصل ، ا : « إضرار » . . وتقدم في المسألة نفسها .

(٣٢) تقدم تخريجه في : ٥١٦/٦ .

(٣٣) في م : « له » .

فصل: وإن أوصى لرجل بدينارٍ من غلّة داره ، وغلّتها ديناران ، صحّ . فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذى أجره ديناراً ، فله منعهم منه ؛ لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار . وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث ، فلهم بيع ما زاد عليه ، وعليهم ترك الثلث . فإن كانت غلّته ديناراً ، أو أقل ، فهو للموصى له ، وإن كانت أكثر ، فله دينار ، والباقى للورثة .

فصل: وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبى ، والجمل الشارد ، والطير فى الهواء ، والسّمك فى الماء ؛ لأن الوصية إذا صحّت بالمعدوم فبذلك أولى . ولأن الوصية أجرية مجرى الميراث ، وهذا يورث ، فهو وصى به ؛ فإن قدر عليه أخذه ، وسلمه إذا خرج من الثلث ، وللوصى السعى فى تحصيله ، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

٩٦٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها لبكر ، فهي بينهما)

وجملة ذلك ، أنه إذا 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 فى الوصية الأولى . وبهذا قال ربيعة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال جابر بن زيد ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، وداود : وصيته للأخر منهما ؛ لأنه وصى للثانى بما وصى به للأول ، فكان رجوعاً ، كالمو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر . ولأن الثانية تنافى الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعاً ، كالمو قال : هذا لورثتى . ولنا ، أنه وصى لهما بها ، فاستويا فيها ، كالمو قال لهما : وصيت لكما بالجارية . وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر ، وفى مسألتنا يحتمل أنه قصد التشيريك ، فلم تبطل وصية الآخر بالثك .

فصل: وإن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعاً . وعلى

قول الآخَرِينَ ، يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلثَّانِي ثُلُثُهُ كَامِلًا . وَإِنْ وَصَّى بِعَبْدِهِ لِاثْنَيْنِ ، فَرَدَّ أَحَدُهُمَا وَصِيَّتَهُ ، فَلَا خَرِ نَصْفُهُ . وَإِنْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ بثلثي ماله ، فَرَدَّ الْوَرَثَةَ ذَلِكَ ، وَرَدَّ أَحَدُ الْوَصِيِّينَ وَصِيَّتَهُ ، فَلَا خَرِ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِهِ مُنْفَرِدًا ، وَزَالَتْ الْمَزَاحِمَةُ ، فَكَمُلَ لَهُ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ .

فصل : إِذَا أَقَرَّ الْوَارِثُ أَنْ أَبَاهُ وَصَّى بِالثُّلْثِ لِشَيْءٍ ، وَأَقَامَ آخَرَ شَاهِدَيْنِ أَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِالثُّلْثِ ، فَرَدَّ الْوَارِثُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، وَكَانَ الْوَارِثُ رَجُلًا عَاقِلًا عَدْلًا ، وَشَهِدَ بِالْوَصِيَّةِ ، حَلَفَ مَعَهُ الْمُوصَى لَهُ ، وَاشْتَرَكَ فِي الثُّلْثِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُشَارِكُهُ الْمُقَرُّ لَهُ . بِنَاءٍ مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ . وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمِينَ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(١) . وَإِنْ كَانَ الْمُقَرُّ لَيْسَ بِعَدْلٍ ، أَوْ كَانَ امْرَأَةً ، فَالْثُّلُثُ لِمَنْ ثَبَتَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَلَمْ تَثْبُتْ وَصِيَّةُ الْآخَرِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، / فَاقْرَأَ الْوَارِثُ أَنَّهُ أَقَرَّ لِفُلَانٍ بِالثُّلْثِ ، أَوْ بِهَذَا الْعَبْدِ ، وَأَقَرَّ لِفُلَانٍ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَّصِلٍ ، فَالْمُقَرُّ بِهِ بَيْنَهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لَوَاحِدٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ لِآخَرَ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ ^(٢) لِلأَوَّلِ بِإِقْرَارِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَنْقُصُ بِهِ حَقَّ الأَوَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَدْلًا ، فَيَشْهَدُ بِذَلِكَ ، وَيَحْلِفُ مَعَهُ الْمُقَرُّ لَهُ ، فَيُشَارِكُهُ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ لِلأَوَّلِ ^(٣) بَيِّنَةٌ ^(٤) . وَإِنْ أَقَرَّ لِلثَّانِي فِي الْمَجْلِسِ بِكَلَامٍ

ظ ٢٧/٦

(١) في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٢٤٨ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .

(٢) في م : « يثبت » .

(٣) في الأصل ، ١ : « الأول » .

(٤) في م : « بينة » .

مُتَّصِلٌ^(٥) ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الْجَمِيعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقْرَأَهُ فِي مَجْلِسِ آخَرَ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ الْوَاحِدَ كَالْحَالِ الْوَاحِدَةِ ، فَإِنَّ الْخَرَقِيَّ قَالَ : وَإِذَا تَخَلَّفَ ابْنًا وَالْفَ دِرْهَمٍ ، فَأَقْرَأَ بِهَا لِرَجُلٍ ، ثُمَّ أَقْرَأَ بِالْفِ لآخَرَ ، فَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ، فَلَا لَفَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الثَّلَاثِ كَامِلًا ، لِإِقْرَائِهِ بِهِ^(٦) مُتَّفَرِّدًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، وَكَأَلَوْ أَقْرَأَ بِدِرَاهِمٍ ، ثُمَّ سَكَتَ ، ثُمَّ قَالَ : زَيْوْفًا ، أَوْ صِعَارًا ، أَوْ إِلَى شَهْرٍ . أَوْ كَأَلَوْ اسْتَنْتَى مِمَّا أَقْرَأَ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَّفَصِّلٍ فِي الْمَجْلِسِ .

٩٦٨ - مسألة ؛ (وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِبِشْرٍ فَهُوَ لِبِكْرٍ . كَأَنَّ لِبِكْرٍ)

هَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَهُوَ أَيْضًا عَلَى مَذْهَبِ الْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْأَوَّلِ بِذِكْرِهِ أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ مَرْدُودٌ إِلَى الثَّانِي ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : رَجَعْتُ عَنْ وَصِيَّتِي لِبِشْرٍ وَأَوْصَيْتُ بِهَا لِبِكْرٍ . بِخِلَافِ مَا (إِذَا وَصَى)^(١) بِشَيْءٍ وَاحِدٍ لِرَجُلَيْنِ ، أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَصَدَ التَّشْرِيكَ بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ ثَبَتَتْ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ يَقِينًا ، فَلَا تَرْوُلُ بِالشُّكِّ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ ، فَصَنَّفُهُ لِفُلَانٍ ، أَوْ ثَلَاثَهُ . كَانَ رُجُوعًا فِي الْقَدْرِ الَّذِي وَصَى بِهِ لِلثَّانِي خَاصَّةً ، وَبَاقِيَهُ لِلأَوَّلِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « مُتَّفَصِّلٌ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(١ - ١) فِي م : « أَوْصَى » .

فصل : وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي بعضه ، إلا الوصية / بالإعتاق . والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضا . روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال : **يُغَيَّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنْ وَصِيَّتِهِ .** وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الشعبي ، وابن سيرين ، وابن شُرْمَةَ ، والنخعي : **يُغَيَّرُ** منها ما شاء إلا العتق ؛ لأنه إعتاق بعد الموت ، فلم يملك تغييره ، كالتدبير . 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^(٢) ، وفارق التدبير ، فإنه تعليق على شرط ، فلم يملك تغييره ، كتعليقه على صفة في الحياة .

فصل : ويحصل الرجوع بقوله : رجعت في وصيتي . أو أبطلتها ، أو غيرتها . أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان . أو فهو لورثتي . أو في ميراثي . وإن أكله ، أو أطعمه ، أو أثلفه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو باعه ، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه ، أو جارية فأحبها ، أو ما أشبه هذا ، فهو رجوع . قال ابن المنذر : **أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله ، أو بشيء فأنلفه ، أو تصدق به ، أو وهبه ، أو بجارية فأحبها ، أو أولدها ، أنه يكون رجوعا .** وحكى عن أصحاب الرأي ، أن بيعه ليس برجوع ؛ لأنه أخذ بدله ، بخلاف الهبة . ولنا ، أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعا ، كالوَهَبِ . وإن عرضه على البيع ، أو وصى ببيعه ، أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له ، أو كاتبه ، أو وصى بإعتاقه ، أو دبره ، كان رجوعا ؛ لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع ، وإيجابه للهبة ، ووصيته ببيعه أو إعتاقه ، لكونه وصى بما يتنافى الوصية الأولى ، والكتابة بيع ، والتدبير أقوى من الوصية ؛ لأنه ينجز بالموت ، فيسبق أخذ الموصى له . وإن رهته ، كان

(٢) في الأصل : « تقيضه » .

رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ / بِهِ حَقًّا يُجُوزُ بَيْعُهُ ، فَكَانَ أَعْظَمَ مِنْ عَرْضِهِ عَلَى الْبَيْعِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمَلِكَ ، فَأَشْبَهَهُ لِإِجَارَتِهِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْكِتَابَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِحَبِّ ثُمَّ طَحَنَهُ ، أَوْ بِدَقِيقٍ فَعَجَنَهُ ، أَوْ بِعَجِينٍ فَخَبَزَهُ ، أَوْ بِخُبْزٍ فَفَقَّطَهُ ، أَوْ جَعَلَهُ فَيْتًا . كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ أزالَ اسْمَهُ وَعَرْضَهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَذَلَّ عَلَى رُجُوعِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ وَصَّى بِكُتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ فَغَزَلَهُ ، أَوْ بِغَزَلٍ فَنَسَجَهُ ، أَوْ بِثُوبٍ فَقَطَعَهُ ، أَوْ بِنُقْرَةٍ فَضَرَبَهَا ، أَوْ شَاةٍ فَذَبَحَهَا ، كَانَ رُجُوعًا . وَبِهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْاسْمَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَرْضُهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَكَانَ رُجُوعًا ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُ : إِنَّهُ لَا يُزِيلُ الْاسْمَ . فَإِنَّ الثُّوبَ لَا يُسَمَّى غَزْلًا ، وَالغَزْلَ لَا يُسَمَّى كُتَّانًا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ بِذَلِكَ تَسْلِيمُهُ ، فَيُذَلُّ عَلَى رُجُوعِهِ . فَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِقَفِيزٍ قَمَحٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَهَا بِغَيْرِهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، سِوَاءَ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهَا ، أَوْ دُونِهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مُشَاعًا وَبَقِيَ مُشَاعًا . وَقِيلَ : إِنْ خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُهُ الْمُوصَى بِهِ ^(٣) إِلَّا بِتَسْلِيمِ خَيْرٍ مِنْهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْوَارِثِ تَسْلِيمُ خَيْرٍ مِنْهُ ، فَصَارَ مُتَعَدَّرَ التَّسْلِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ .

فصل : وَإِذَا حَدَّثَ بِالْمُوصَى بِهِ مَا يُزِيلُ اسْمَهُ ، مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمُوصَى ، مِثْلَ أَنْ سَقَطَ الْحَبُّ فِي الْأَرْضِ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ فَصَارَتْ فَضَاءً ، فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ لَا يَتَنَاوَلُهُ الْاسْمُ . وَإِنْ كَانَ انْهَدَامُ الدَّارِ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُ » .

لا يُزِيلُ اسْمَهَا ، سَلَّمَتْ إِلَيْهِ دُونَ مَا انفَصَلَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ /الاسْمَ حِينَ الاسْتِحْقَاقِ يَقَعُ عَلَى الْمُتَّصِلِ دُونَ الْمُتَفَصِّلِ . وَيَتَّبِعُ الدَّارَ فِي الوَصِيَّةِ مَا يَتَّبِعُهَا فِي البَيْعِ .

فصل : وَإِنْ جَحَدَ الوَصِيَّةَ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فِي إِحْدَى الرَّوَابِئِينَ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ ، فَلَا يَنْطَلُ بِالجُحُودِ ، كَسَائِرِ العُقُودِ . وَالثَّانِي ، يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرِيدُ إِصْالَهُ إِلَى المُوَصَّى لَهُ . وَإِنْ غَسَلَ القُوبَ ، أَوْ لَبَسَهُ ، أَوْ جَسَّصَ الدَّارَ ، أَوْ سَكَّنَهَا ، أَوْ أَجَرَ الأُمَّةَ ، أَوْ زَوَّجَهَا ، أَوْ عَلَّمَهَا ، أَوْ وَطَّئَهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُزِيلُ المِلْكَ وَلَا الاسْمَ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ وَطَّءَ الأُمَّةَ رُجُوعٌ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهَا لِلخُرُوجِ عَنْ جَوَازِ النَّقْلِ . وَالأوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ لَا يُزِيلُ المِلْكَ فِي الحَالِ ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ يَقِينًا ، فَأَشْبَهَ بَيْسَ الثُّوبِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا أَتْلَفَهُ ، وَلَيْسَ بِرُجُوعٍ .

فصل : نَقَلَ الحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ قَالَ : هَذَا ثَلَاثِي لِفُلَانٍ ، وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مائةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ . فَهُوَ لِالأَخْرِ مِنْهُمَا ، وَيُعْطَى هَذَا مائةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، فَإِنْ مَاتَ وَفَضَلَ شَيْءٌ ، رُدَّ إِلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِ . فَحَكَمَ بِصِحَّةِ الوَصِيَّةِ وَإِنْفَازِهَا ، عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ المُوَصَّى .

٩٦٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً ، وَلَمْ يُشْهَدْ فِيهَا ، حُكِمَ بِهَا ، مَا لَمْ يُعْلَمَ رُجُوعُهُ عَنْهَا)

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبرَاهِيمَ ، فَقَالَ : مَنْ مَاتَ ، فَوُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةً عِنْدَ رَأْسِهِ ، وَلَمْ يُشْهَدْ فِيهَا ، وَعُرِفَ حَطُّهُ ، وَكَانَ مَشْهُورَ الحَطِّ ، يُقْبَلُ مَا فِيهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ الحَطُّ فِي الوَصِيَّةِ ، وَلَا يُشْهَدُ عَلَى الوَصِيَّةِ المَخْتُومَةِ حَتَّى يَسْمَعَهَا الشُّهُودُ مِنْهُ ، أَوْ تُقْرَأَ عَلَيْهِ ، فَيُقَرَّرَ بِمَا فِيهَا . وَبِهَذَا قَالَ (١)

(١) سقط من : ١ ، م .

الْحَسَنُ، وَأَبُو قَلَابَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَجُوزُ بِرُؤْيَةِ حَظِّ الشَّاهِدِ بِالشَّهَادَةِ بِالإِجْمَاعِ، فَكَذَا هُنَا، وَأَبْلَغُ مِنْ هَذَا/ أَنَّ الْحَاكِمَ لَوْ رَأَى حُكْمَهُ بِحَظِّهِ تَحْتَهُ^(٢) حَتَمَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ، أَوْ رَأَى الشَّاهِدُ شَهَادَتَهُ بِحَظِّهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّهَادَةَ، لَمْ يَجْزِ لِلْحَاكِمِ إِتْفَاذُ الْحُكْمِ بِمَا وَجَدَهُ، وَلَا لِلشَّاهِدِ الشَّهَادَةَ بِمَا رَأَى حَظِّهِ بِهِ، فَهُنَا أَوْلَى. وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا فِي الشَّهَادَةِ. وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: « مَا حَقُّ^(٣) أَمْرِيءَ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ^(٤) ». وَلَمْ يَذْكُرْ شَهَادَةً^(٥). وَمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفَصْلِ^(٦) الَّذِي يَلِي هَذَا، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يُتَسَامَحُ فِيهَا، وَلِهَذَا صَحَّ تَعْلِيلُهَا عَلَى الْخَطْرِ وَالْعَرْرِ، وَصَحَّتْ لِلْحَمْلِ، وَبِهِ^(٧)، وَمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَبِالْمَعْدُومِ وَالْمَجْهُولِ، فَجَازَ أَنْ يُتَسَامَحَ فِيهَا بِقَبُولِ الْخَطِّ، كِرَوَايَةِ الْحَدِيثِ.

فصل: وَإِنْ كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَقَالَ: اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذِهِ الْوَرَقَةِ. أَوْ قَالَ: هَذِهِ وَصِيَّتِي، فَاشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَا. فَقَدْ حَكِيَ عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَحَتَمَ عَلَيْهَا، وَقَالَ لِلشُّهُودِ: اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ. لَا يَجُوزُ حَتَّى يَسْمَعُوا مِنْهُ مَا فِيهِ، أَوْ يُقْرَأَ عَلَيْهِ فَيُقِرَّ بِمَا فِيهِ. وَهُوَ قَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى. وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ جَوَازَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبِلَ حَظَّهُ الْمُجَرَّدُ، فَهَذَا أَوْلَى. وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ عَبْدُ الْمَلِكِ ابْنُ يَعْلَى^(٨)، وَمَكْحُولٌ، وَنُمَيْرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ^(٩)، وَمَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ،

(٢) فِي الْأَصْلِ، أ: « تَحْتِ ».

(٣) فِي م: « مِنْ ».

(٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٨٩.

(٥) فِي أ، ب، م: « شَهَادَتِهِ ».

(٦) فِي أ، م، زِيَادَةٌ: « الْأُولَى ».

(٧) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ: م.

(٨) عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ يَعْلَى اللَّيْثِيُّ، قَاضِي الْبَصْرَةِ، رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مَرَسَلًا، وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ حَصِينٍ، ثِقَّةً،

تَوَفَّى سَنَةَ مِائَةٍ. تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٤٢٩/٦.

(٩) لَمْ يَجِدْ نُمَيْرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ. وَلَعَلَّ الْمُقْصُودَ نُمَيْرُ بْنُ أَوْسِ الْأَشْعَرِيِّ، قَاضِي دِمَشْقَ، مُعَاوِرُ مَكْحُولِ. انظُرْ: أَخْبَارُ

الْقَضَاةِ لَوْ كَيْحَ ٢٠٤/٣ - ٢٠٦. الْإِكْمَالُ ٣٦٣/٧.

ومحمد بن مسلمة ، وأبو عبيد ، وإسحاق . واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه ، في أمر ولأيته وأحكامه وسننه (١٠) ، ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولأيتهم ، بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال ، ينعنون بها مختومة ، لا يعلم حاملها ما فيها ، وأمضوها على وجوها ، وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز ، بكتاب كتبه ، وختم عليه ، ولا تعلم أحدًا أنك ذلك مع شهرته وانتشاره / في علماء العصر ، فكان إجماعًا .

ووجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه ، فلم يجز أن يشهد عليه ، ككتاب القاضي إلى القاضي ، فأما ما ثبت من الوصية ، بشهادة أو إقرار الورثة به ، فإنه يثبت حكمه ويعمل به ، ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدته ، وتغيرت أحوال الموصى به ، مثل أن يوصى في مرض فيبرأ منه ، ثم يموت بعد أو يقتل ؛ لأن الأصل بقاءه ، فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك ، كسائر الأحكام .

و ٣٠/٦

فصل : ويستحب أن يكتب الموصى وصيته ، ويشهد عليها ؛ لأنه أحفظ لها .
وأحوط لمافيا . وقد صح أن النبي ﷺ قال : « ماحق أمرىء مسلم ، له شئ يوصى فيه ، يبيت ليلتين ، إلا ووصيته مكتوبة عنده » (١١) . وروى عن أنس ، أنه قال :

(١٠) انظر ما أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى المناولة وكتاب أهل العلم ... ، من كتاب العلم ، وفى : باب دعوة اليهودى والنصرانى ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب اتخاذ الخاتم ليختم به ... ، من كتاب اللباس ، وفى : باب كتاب الحاكم ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١/٢٥١ ، ٢٦ ، ٥٤/٤ ، ٢٠٣/٧ ، ٩٣/٩ ، ٩٤ . ومسلم ، فى : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، وفى : باب اتخاذ النبى ﷺ خاتما ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣/١٢٩٤ ، ١٦٥٧ . وأبو داود ، فى : باب القتل بالقسامة ، من كتاب الدييات . سنن أبى داود ٢/٤٨٤ ، ٤٨٥ . والترمذى ، فى : باب ماجاء فى القسامة ، من أبواب الدييات . عارضة الأحوذى ٦/١٩٢ ، ١٩٣ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخير سهل فيه ، من كتاب القسامة ، وفى : باب صفة خاتم النبى ﷺ ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨/٧ ، ٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القسامة ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ٢٢٣ ، ٣/٤ .

(١١) تقدم تخرجه فى صفحة ٣٨٩ .

كانوا يَكْتُبُونَ فِي صُدُورِ وَصَايَاهُمْ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ فُلَانٌ ،
أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَحَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ السَّاعَةَ
آتِيَةٌ لَا رَيْبَ فِيهَا ، وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَوْصَى مِنْ تَرَكَ مِنْ أَهْلِهِ أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ ،
وَيُصَلِّحُوا ذَاتَ بَيْنِهِمْ ، وَيُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ ، وَأَوْصَاهُمْ بِمَا أَوْصَى بِهِ
إِبْرَاهِيمَ بَيْنَهُ وَيَعْقُوبَ : ﴿ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ
مُسْلِمُونَ ﴾ (١٢) . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ (١٣) ، عَنْ فَضِيلِ بْنِ عِيَاضٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ
حَسَّانٍ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَنَسٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كَتَبَ (١٤) فِي
وَصِيَّتِهِ (١) : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا ذِكْرُ مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، إِنْ
حَدَّثَ بِي حَدِيثَ الْمَوْتِ مِنْ مَرْضَى هَذَا ، أَنْ مَرَجِعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَى (١٥) ، ثُمَّ إِلَى
الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ ، وَابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَنْهُمَا فِي حِلٍّ وَبَلٍّ فِيمَا وَرِثَا وَقَضِيًّا ، وَأَنَّهُ لَا تَزْوُجُ
امْرَأَةً مِنْ بَنَاتِ عَبْدِ اللَّهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا (١٦) . / وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ قَالَ : كَانَ فِي وَصِيَّةِ أَبِي
الدَّرْدَاءِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ أَبُو الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ
إِلَّا اللَّهُ وَحَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ الْحَنَّةَ حَقٌّ ، وَأَنَّ النَّارَ حَقٌّ ،
وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَنَّهُ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيَكْفُرُ بِالطَّاغُوتِ ، عَلَى ذَلِكَ يَحْيَا
وَيَمُوتُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، وَأَوْصَى فِيمَا رَزَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، بِكَذَابٍ وَكَذَا ، وَأَنَّ هَذِهِ وَصِيَّتُهُ
إِنْ لَمْ يُعَيِّرْهَا .

ظ ٣٠/٦

٩٧٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَا أُعْطِيَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ)
وجملة ذلك أَنَّ التَّبَرُّعَاتِ الْمُتَنَجِّزَةَ ، كَالْعَتَقِ ، وَالْمُحَابَاةِ ، وَالْهِبَةِ الْمَقْبُوضَةِ ،

(١٢) سورة البقرة ١٣٢

(١٣) وأخرجه الدارمي ، في : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي
٤٠٤/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب كيف تكتب الوصية ، من كتاب الوصايا . المصنف ٥٣/٩ .

(١٤) - (١٤) سقط من : م .

(١٥) في ١ ، م زيادة : « وإلى رسوله » .

(١٦) أخرجه البيهقي ، في : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ ، ٢٨٣ .

والصَّدَقَةُ ، والوَقْفُ ، والإِبْرَاءُ مِنَ الدِّينِ ، والعَفْوُ عَنِ الْجَنَائِدِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، إِذَا كَانَتْ فِي الصَّحَّةِ فَهِيَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ انْتَصَلَ بِهِ الْمَوْتُ ، فَهِيَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَحُكِيَ عَنِ أَهْلِ الظَّاهِرِ فِي الْهَبَةِ الْمَقْبُوضَةِ أَنَّهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ اللَّهُ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ ، زِيَادَةٌ لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ ^(١) . وَهَذَا يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ . وَرَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ اعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِيدَ لَهُ فِي مَرَضِهِ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ ، فَاسْتَدْعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَجَزَأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ ^(٢) . وَإِذَا لَمْ يَنْفِذِ الْعِتْقَ مَعَ سِرِّيَّتِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْحَالِ الظَّاهِرُ مِنْهَا الْمَوْتُ ، فَكَانَتْ عَطِيَّتُهُ ^(٣) فِيهَا فِي حَقِّ وَرَثَتِهِ لَا تَتَجَاوَزُ الثُّلْثَ ، كَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْعَطَايَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ ، حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فِي خَمْسَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ ^(٤) يَقِفُ نُفُوذُهَا عَلَى خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلْثِ أَوْ إِجَازَةِ ^(٥) الْوَرِثَةِ . / الثَّانِي ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ لِوَارِثٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّ فَضِيلَتَهَا نَاقِصَةٌ عَنِ فَضِيلَةِ الصَّدَقَةِ فِي الصَّحَّةِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سِئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ قَالَ : « أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ ، تَأْمُلُ الْعِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ وَلَا تُمَهِّلُ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الْحُلُقُومَ قُلْتَ لِفُلَانٍ كَذَا ، وَلِفُلَانٍ كَذَا ، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَلَفْظُهُ : قَالَ رَجُلٌ :

و ٣١/٦

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٢ - ٢) سقط من : ١ ، وفي م : « متفق عليه » . وتقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٣) في ١ ، م : « عطية » .

(٤) في م : « أن » .

(٥) في ١ ، م : « وإجازة » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . ومسلم ، في : باب بيان أفضل الصدقة صدقة =

يارسول الله: أي الصدقة أفضل؟^(٧) قال: « أن تصدق وأنت صحيح حريص »^(٨).
 الرابع، أنه يُزاجم بها الوصايا في الثلث. الخامس، أن خُروجها من الثلث مُعتبرٌ حال
 الموت، لا قبله ولا بعده. ويُفارق الوصية في سببها أشياء؛ أحدها، أنها لازمة في حق
 المُعطي ليس له الرجوع فيها. وإن كثرت، لأن المنع^(٩) من الزيادة على الثلث^(١٠) إنما
 كان لحق الورثة، لا لحقه، فلم يملك إجازتها ولا ردّها، وإنما كان له الرجوع في
 الوصية؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت^(١١)، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا
 العطيّة، بخلاف العطيّة في المَرَضِ، فإنه قد وُجدت العطيّة منه، والقَبُولُ من
 المُعطي، والقَبْضُ، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت. الثاني، أن
 قبولها على الفور في حال^(١٢) حياة المُعطي وكذلك ردّها، والوصايا لا حُكْمَ لقبولها
 ولا ردّها إلا بعد الموت؛ لما ذكرنا من أن العطيّة تُصرف في الحال، فتعتبر شروطه
 وقت وجوده، والوصية تُبرع بعد الموت، فتعتبر شروطه بعد الموت. الثالث،
 أن العطيّة تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصّحة؛ من العلم، وكونها لا يصح
 تعليقها على شرطٍ وغررٍ في غير العتق، والوصية بخلافه. الرابع، أنها تُقدّم على
 الوصية، وهذا قول الشافعي، وجمهور العلماء. وبه قال أبو حنيفة،

= الصحيح الشحيح، من كتاب الزكاة. صحيح مسلم ٧١٦ / ٢.

كما أخرجه أبو داود، في: باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية، من كتاب الوصايا. سنن أبي داود
 ١٠٢/٢. والنسائي، في: باب أي الصدقة أفضل، من كتاب الزكاة. المجتبى ٥١/٥. وابن ماجه، في: باب
 النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت، من كتاب الوصايا. سنن ابن ماجه ٩٠٣/٢. والإمام أحمد،
 في: المسند ٢٣١/٢، ٢٥٠، ٤١٥، ٤٤٧.

(٧ - ٧) سقط من: م.

(٨ - ٨) في م: « على الزيادة من الثلث ».

(٩) تكرر في م قوله: « فلم يملك إجازتها ولا ردّها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع مشروط بالموت ».

(١٠) سقط من: الأصل، ١.

وأبو يوسف، وزُفر، إلا في العتق، فإنه حُكِيَ عنهم تَقْدِيمُهُ، لَأَنَّ العِتْقَ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَيَسْرَى وَقْفُهُ^(١١)، وَيَنْفَعُ / فِي مِلْكِ الغَيْرِ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ. وَلَنَا، أَنَّ العَطِيَّةَ لَازِمَةٌ فِي حَقِّ المَرِيضِ، فَقَدِّمَتْ عَلَى الوَصِيَّةِ، كَعَطِيَّةِ الصَّحَّةِ^(١٢)، وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ بِشَرَّةٍ، فَقَدِّمَتْ عَلَى العِتْقِ، كَعَطِيَّةِ الصَّدَقَةِ^(١٣)، وَكَمَا لَوْ تَسَاوَى الحَقَّانِ. الخَامِسُ، أَنَّ العَطَايَا إِذَا عَجَزَ التُّلْثُ^(١٤) عَنْ جَمِيعِهَا، بُدِيَءَ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ، سِوَاءَ كَانَ الأَوَّلُ عِتْقًا^(١٥) أَوْ غَيْرَهُ. وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الجَمِيعُ سِوَاءٌ إِذَا كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَجْنَاسٍ، وَكَانَتْ المُحَابَاةُ مُتَقَدِّمَةً قَدِّمَتْ، وَإِنْ تَأَخَّرَتْ سَوَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ العِتْقِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ، لِأَنَّ المُحَابَاةَ حَقٌّ آدَمِيٌّ عَلَى وَجْهِ المُعَاوَضَةِ، فَقَدِّمَتْ إِذَا تَقَدَّمَتْ، كَقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَإِذَا تَسَاوَى جِنْسُهَا سَوَى بَيْنَهَا؛ لِأَنَّهَا عَطَايَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، تُعْتَبَرُ مِنَ التُّلْثِ، فَسَوَى بَيْنَهَا، كَالْوَصِيَّةِ. وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ، وَمُحَمَّدٌ: يُقَدِّمُ العِتْقَ، تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ. وَلَنَا، أَنَّهُمَا عَطِيَّتَانِ مُنْجَزَتَانِ، فَكَانَتْ أَوْلَاهُمَا أَوْلَى، كَمَا لَوْ كَانَتْ الأَوْلَى مُحَابَاةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، أَوْ عِتْقًا عِنْدَ صَاحِبِيهِ. وَلِأَنَّ العَطِيَّةَ المُنْجَزَةَ لَازِمَةٌ فِي حَقِّ المُعْطَى، فَإِذَا كَانَتْ خَارِجَةً مِنَ التُّلْثِ، لَزِمَتْ فِي حَقِّ الوَرَثَةِ، فَلَوْ شَارَكَهَا الثَّانِيَةُ، لَمَنَعَ ذَلِكَ لُزُومَهَا فِي حَقِّ المُعْطَى؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عَنْ بَعْضِهَا بِعَطِيَّةٍ أُخْرَى، بِخِلَافِ الوَصَايَا، فَإِنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ فِي حَقِّهِ، وَإِنَّمَا تَلْزَمُ بِالمَوْتِ فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ، فَاسْتَوَى لِاسْتِوَائِهِمَا فِي حَالِ لُزُومِهِمَا، بِخِلَافِ المُنْجَزَتَيْنِ. وَمَا قَالَهُ فِي المُحَابَاةِ غَيْرُ صَاحِبِهَا، فَإِنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الهِبَةِ، وَلَوْ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ المُعَاوَضَةِ أَوْ الدَّيْنِ لَمَا كَانَتْ مِنَ التُّلْثِ. فَأَمَّا إِنْ وَقَعَتْ دُفْعَةً وَاحِدَةً، كَأَنَّ^(١٥) وَكُلَّ جَمَاعَةٍ فِي هَذِهِ التَّبَرُّعَاتِ، فَأَوْقَعُوهَا دُفْعَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا عِتْقًا أَقْرَعْنَا

(١١) فِي الأَصْل، ١: « وَاقِفُهُ » .

(١٢ - ١٣) سَقَطَ مِنْ: م .

(١٣) فِي: م « العِتْقِ » .

(١٤) فِي: م « عِتْقًا » .

(١٥) فِي الأَصْل، ١: « كَأَنَّهُ » .

بينهم^(١٦) ، فَكَمَّلْنَا الْعِتْقَ كُلَّهُ فِي بَعْضِهِمْ ، وَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا مِنْ غَيْرِ الْعِتْقِ ، فَسَمْنَا
 الثُّلْثَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ عَطَايَاهُمْ ، لِأَنَّهُمْ^(١٧) تَسَاوَوْا فِي الِاسْتِحْقَاقِ ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى
 قَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، كَقُرْمَاءِ الْمُفْلِسِ . وَإِنَّمَا حُوْلِفَ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْعِتْقِ ، لِحَدِيثِ عُمَرَ
 ابْنِ حُصَيْنٍ^(١٨) / ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْعِتْقِ تَكْمِيلُ^(١٩) الْأَحْكَامِ ، وَلَا تَكْمُلُ الْأَحْكَامُ إِلَّا
 بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعِتْقِ عَلَيْهِمْ إِضْرَارًا بِالْوَرَثَةِ وَالْمَيْتِ
 وَالْعَبِيدِ ، عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ ذُفْعَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَفِيهَا عِتْقٌ وَغَيْرُهُ ، فَفِيهِ
 رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنْ يُقَدَّمَ الْعِتْقُ لِتَأْكِيدِهِ^(٢٠) . وَالثَّانِيَةُ ، يُسَوَّى بَيْنَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهَا
 حُقُوقٌ تَسَاوَتْ فِي اسْتِحْقَاقِهَا ، فَتَسَاوَتْ فِي تَنْفِيذِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ،
 وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا حَصَلَ فِي حَالَةٍ^(٢١) وَاحِدَةٍ . السَّادِسُ ، أَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ
 تَقْبِيضِهِ^(٢٢) الْهَبَةَ الْمُتَنَجِّزَةَ ، كَانَتْ الْخَيْرَةُ لِلْوَرَثَةِ ، إِنْ شَاءُوا قَبْضُوهَا ، وَإِنْ شَاءُوا
 مَنَعُوا ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزُمُ بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ .

فصل: إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ: إِذَا أَعْتَقْتُ سَعْدًا ، فَسَعِيدٌ حُرٌّ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، عَتَقَ سَعِيدًا
 أَيْضًا إِنْ حَرَجَا مِنَ الثُّلْثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا عَتَقَ سَعْدًا وَحَدَهُ ، وَلَمْ
 يُفْرَغْ بَيْنَهُمَا لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ سَعْدًا سَبَقَ بِالْعِتْقِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ عَتَقَهُ شَرْطٌ لِعِتْقِ
 سَعِيدِ ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ لَفَاتَ إِعْتَاقُ سَعِيدٍ أَيْضًا لِفَوَاتِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ مَا
 يَعْتَقُ بِهِ بَعْضُ سَعِيدِ ، عَتَقَ تَمَامَ الثُّلْثِ مِنْهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ وَعَمْرُو
 حُرَّانِ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمْ ، عَتَقَ سَعْدًا وَحَدَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ،

(١٦) فِي ١ ، م : « بَيْنَهُمَا » .

(١٧) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(١٨) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(١٩) فِي ١ ، م : « يَكْمَلُ » .

(٢٠) فِي ١ ، م : « لِتَأْكِيدِهِ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « حَالٌ » .

(٢٢) فِي ١ : « تَقْبِيضٌ » .

وإن خَرَجَ من التُّلْثِ اثْنَانِ ، أو واحدٌ وبعضُ آخَرَ ، عَتَقَ سَعْدًا ، وأَقْرَعَ بين سَعِيدٍ وَعَمْرٍو فيما بَقِيَ من التُّلْثِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَهُمَا في حَالِ وَاحِدَةٍ ، وليس عَتَقَ أَحَدَهُمَا شَرْطًا في عَتَقِ الآخَرِ . ولو خَرَجَ من التُّلْثِ اثْنَانِ وبعضُ الثَّالِثِ ، أَقْرَعْنَا بينهما ، لِتَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ في أَحَدِهِمَا ، وَحُصُولِ التَّشْقِيقِ في الآخَرِ . وإن قال : إن أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ حُرٌّ ، أو فَسَعِيدٌ وَعَمْرٌو حُرَّانِ في حَالِ إِعْتَاقِي سَعْدًا . فَالحُكْمُ سِوَاءٌ لَا يَخْتَلِفُ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ سَعِيدٍ شَرْطٌ لِعَتَقِهِمَا ، فَلو رَقَّ بعضُهُ لَفَاتَ شَرْطُ عَتَقِهِمَا ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ . وإن كان الشَّرْطُ في الصِّحَّةِ وَالِإِعْتَاقِ في المَرَضِ ، فَالحُكْمُ على ما ذَكَرْنَا .

٣٢/٦ ط

فصل : وإن قال : إن تَزَوَّجْتُ فَعَبْدِي / حُرٌّ . فَتَزَوَّجَ في مَرَضِهِ بِأَكْثَرِ من مَهْرِ المِثْلِ ، فَالزِّيَادَةُ مُحَابَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ من التُّلْثِ . وإن لم تَخْرُجْ من التُّلْثِ إِلَّا المُحَابَاةُ أو العَبْدُ ، فَالمُحَابَاةُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا وَجِبَتْ قَبْلَ العِتْقِ ، لِكَوْنِ التَّرْوِيجِ شَرْطًا في عِتْقِهِ ، فَقَدْ سَبَقَتْ عِتْقَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ التَّرْوِيجَ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المُحَابَاةِ ، وَشَرْطٌ لِلِعِتْقِ ، فَلَا يَسْبِقُ وُجُودُ أَحَدِهِمَا صَاحِبِهِ ، فَيَكُونَانِ سِوَاءً . ثم هل يُقَدَّمُ العِتْقُ على المُحَابَاةِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا فيما إِذَا ثَبَّتَ المُحَابَاةُ بِأَنَّ لَاتَرِثَ المَرْأَةُ الزَّوْجَ ؛ إِمَّا لَوْجُودِ مانِعٍ من الإِرْثِ ، أو لِمَفَارَقَتِهِ إِيَّاهَا في حَيَاتِهِ ، إِمَّا بِمَوْتِهَا أو طَلَاقِهَا أو نحوه . فَأما إن وَرِثَهُ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهَا غيرُ ثَابِتَةٍ لها إِلَّا بِإِجَازَةِ الوَرِثَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ العِتْقُ عليها ؛ لِأَنَّهُ لا زِمَ غيرُ مَوْقُوفٍ على الإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ مُتَقَدِّمًا . وإن قال : أَنْتَ حُرٌّ في حَالِ تَزَوِيجِي . فَتَزَوَّجَ وَأَصْدَقَ أَكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فعلى القَوْلِ الأوَّلِ يَتَسَاوَيَانِ ؛ لِأَنَّ التَّرْوِيجَ جُعِلَ حَالَهُ^(٢٣) لِإِيقَاعِ العِتْقِ ، كما في عِتْقِ سَعِيدٍ وَسَعِيدٍ ، وَبُطْلَانِ المُحَابَاةِ لَا يَبْطُلُ التَّرْوِيجُ وَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ . وعلى الاحْتِمَالِ الذِي ذَكَرْتُهُ ، يَكُونُ العِتْقُ سَابِقًا ، لِأَنَّ المُحَابَاةَ إِذَا ثَبَّتَ بِتَمَامِ التَّرْوِيجِ ، وَالْعِتْقُ قَبْلَ تَمَامِهِ ، فَيَكُونُ سَابِقًا على المُحَابَاةِ ، فَيُقَدِّمُ لهذا المَعْنَى ، سِيِّمًا إِذَا تَأَكَّدَ بِقُوَّتِهِ وَكَوْنِهِ لغيرِ وَاِرْثِ .

(٢٣) في م : جمالة .

فصل: إذا أعتق المَرِيضُ شَقِصًا من عَبْدٍ ، ثم أعتق شَقِصًا من آخَرَ ، ولم يَخْرُجْ من التُّلْثِ إِلَّا العَبْدَ الأوَّلَ ، عَتَقَ وحَدَه ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ حين يَلْفِظُ^(٢٤) بإِعتاقِ شَقِصِهِ . وإن خَرَجَ الأوَّلُ وبعضُ الثاني ، عَتَقَ ذلك . وإن أعتق الشَّقِصَيْنِ دُفْعَةً واحدةً ، فلم يَخْرُجْ من التُّلْثِ إِلَّا الشَّقِصَانِ ، عَتَقَا ورَقَّ باقِي العَبْدَيْنِ . وإن لم يَخْرُجْ إِلَّا أَحَدَهُمَا أَقْرَعَ ابْنَهُمَا . وإن^(٢٥) عَتَقَ الشَّقِصَانِ وباقِي أَحَدِ العَبْدَيْنِ فِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدَهُمَا ، يُكْمَلُ العِتْقُ من أَحَدِهِمَا بِالْفُرْعَةِ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لو أعتق العَبْدَيْنِ فلم يَخْرُجْ من التُّلْثِ إِلَّا أَحَدَهُمَا . والثاني ، يُقَسِّمُ ما بَقِيَ من التُّلْثِ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ فُرْعَةٍ ، لِأَنَّهُ أَوْقَعَ عِتْقًا مُشَقَّقًا فلم يُكْمَلْهُ ، بِخِلَافِ ما إذا أعتق العَبْدَيْنِ ، ولهذا إذا لم يَخْرُجْ من التُّلْثِ إِلَّا الشَّقِصَانِ أعتقنَاهُمَا ، ولم يُفْرَعْ بَيْنَهُمَا ، ولم يُكْمَلْهُ من/أَحَدِهِمَا . ولو أوصى بإِعتاقِ النَّصِيبَيْنِ ، وأن يُكْمَلَ^(٢٦) عِتْقُهُمَا من ثُلُثِهِ ، ولم يَخْرُجْ من التُّلْثِ إِلَّا النَّصِيبَانِ وَقِيمَةُ باقِي أَحَدِهِمَا ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ فُرْعَتُهُ كَمَلَ العِتْقُ فِيهِ ، لِأَنَّ المَوْصَى أَوْصَى بِتَكْمِيلِ العِتْقِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِعتاقِهِمَا ، بِخِلَافِ التي قَبْلَهَا .

و ٣٣/٦

فصل: وإذا مَلَكَ المَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، كَالهَبِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ المَرِيضَ إِذَا ماتَ . وبهذا قال مالِكٌ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وقال بعضهم : يَعْتَقُ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةٌ ، فَلَا يَجْتَمِعُ^(٢٧) مع المِيرَاثِ . وهذا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لو كان وَصِيَّةً لَأَعْتَبِرَ من التُّلْثِ ، كَمَا لو اشْتَرَاهُ . وجَعَلَ أَهْلُ العِرَاقِ عِتْقَ المَوْهُوبِ^(٢٨) وَصِيَّةً ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ من التُّلْثِ ، فَإِنْ خَرَجَ من التُّلْثِ عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِنْ لم يَخْرُجْ من التُّلْثِ سَعَى^(٢٩) فِي قِيمَةِ باقِيهِ ، وَلَمْ يَرِثْ فِي قولِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وقال

(٢٤) في الأصل ، ا : « يلفظه » .

(٢٥) في الأصل ، م زيادة : « خرج » .

(٢٦) في ا ، م : « يكمله » .

(٢٧) في ا : « يجمع » .

(٢٨) في ا ، م : « المرهون » .

(٢٩) في م : « يسعى » .

أبو يوسف ، ومحمد : يُحْتَسَبُ بِقِيمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْ قِيمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ .
ولنا ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ هِيَ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ بِعَطِيَّةٍ أَوْ إِتْلَافٍ ، أَوْ التَّسَبُّبُ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يُوجَدْ
وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَيْسَ
بِعَطِيَّةٍ ، وَلَا إِتْلَافٍ لِمَالِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَحْصِيلُ شَيْءٍ يَتَلَفُ بِتَحْصِيلِهِ ، فَأَشْبَهَ قَبُولَهُ لِشَيْءٍ
لَا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ ، أَوْ لَمَّا يَتَلَفُ بِبِقَائِهِ ، فِي وَقْتٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَفَارَقَ الشُّرَاءَ ؛
فَأِنَّهُ تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ فِي ثَمَنِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ
فِي مَوَاضِعَ : إِذَا وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ صَحَّ ، لَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ بِمَالٍ ؛
لِأَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ . قَالَ الْخَبْرِيُّ : هَذَا قَوْلُ أَحْمَدَ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ ،
وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ حَمَلَهُ
الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ
بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيَهُ عَلَى الرِّقِّ ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ مِمَّنْ
يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَهُ ، عَتَقَ / عَلَيْهِ إِذَا وَرِثَهُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا وَصِيَّةَ
لِوَارِثٍ ، وَيُحْتَسَبُ بِقِيمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْ قِيمَتِهِ شَيْءٌ سَعَى فِيهِ . وَقَالَ بَعْضُ
أَصْحَابِ مَالِكٍ : يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَرِثُ كَالْمَوْهُوبِ وَالْمَمْرُوثِ . وَهُوَ قِيَاسُ
قَوْلِهِ ، لِكُونِهِ لَمْ يُجْعَلِ الْوَقْفُ وَصِيَّةً وَإِجَازَةً لِلْوَارِثِ ، فَهَذَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ
رَقَبَتَهُ ، فَيُجْعَلُ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ (٣٠) ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ
إِلَيْهِ ، وَلَا وَصِيَّةً لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَاوَضَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِبْنَاءِ مَنْسُجِدٍ وَقَنْطَرَةٍ ، فِي
أَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُهُ ذَلِكَ الْمِيرَاثَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ
فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ
لَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَقِيلَ : يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَصَارَتْ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ ،
فَتَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ ، وَيَبْطُلُ عِتْقُهُ وَإِزْثُهُ ، فَيُفْضَى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ ، فَكَانَ إِبْطَالُ
تَوْرِيثِهِ أَوْلَى . وَقِيلَ عَلَى مَذْهَبِهِ : شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَهُ وَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ تَقْفُ عَلَى

ظ ٣٣/٦

(٣٠) سقط من : م .

خُرُوجِهَا مِنَ التُّلْثِ ، أَوْ إِجَازَةِ الْوَرْتَةِ ، وَالْبَيْعُ عِنْدَهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا .
 وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : مَرِيضٌ وَهُبَ لَهُ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَّفَ مَائَتِي دِرْهَمٍ
 وَابْنًا آخَرَ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ ، وَلَهُ مِائَةٌ وَأَخِيهِ مِائَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ،
 وَالشَّافِعِيَّ . وَقِيلَ ، عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَرِثُ ، وَالْمَائَتَانِ كُلُّهُمَا لِلأَبْنِ الْحُرِّ . وَقَالَ
 أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ نَفْسِهِ ، وَنِصْفَ الْمَائَتَيْنِ ، وَيَحْتَسِبُ بِقِيمَةِ نِصْفِهِ^(٣١)
 الْبَاقِي^(٣٢) مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مَائَتَيْنِ ، وَبَقِيَّةُ التَّرِكَةِ مِائَةٌ ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،
 وَالْمِائَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُخِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ مِنْهُ نِصْفَهُ
 ، لِأَنَّهُ قَدَّرَ ثُلْثَ التَّرِكَةِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى عِنْدَهُ كَالْعَبْدِ
 لَا يَرِثُ إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ : الرَّجُلُ يَعْتِقُ أُمَّتَهُ عَلَى أَنْ تَتَزَوَّجَهُ . وَالْمَرْأَةُ تَعْتِقُ عَبْدَهَا
 عَلَى أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، فَيَأْبِيَانِ ذَلِكَ . / وَالْعَبْدُ الْمَوْهُوبُ^(٣٣) يَعْتِقُهُ سَيِّدُهُ . وَالْمُسْتَرِي
 لِلْعَبْدِ يَعْتِقُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ وَهُمَا مُعْسِرَانِ . فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ يَسْعَى كُلُّ وَاحِدٍ فِي قِيمَتِهِ ،
 وَهُوَ حُرٌّ يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ
 رَقَبَتِهِ ، وَيَسْعَى فِي رُبْعِ قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ لَهُ ثَلَاثُ أَخْوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، لَا مَالَ
 لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَاثَرَ ، عَتَقَنَّ^(٣٤) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَإِنْ كَانَ
 اشْتَرَاهُنَّ فَكَذَلِكَ ، فِيمَا ذَكَرَهُ الْحَبْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلِ
 الْبَصْرَةِ ، وَبَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُنَّ ، فِي أَحَدِ
 الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَفِي الْآخَرِ يَعْتِقَنَّ كُلُّهُنَّ ؛ لِكَوْنِ وَصِيَّةٍ مَنْ لَا وَاثَرَ لَهُ
 جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، فِي أَصْحَابِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَرَكَ مَالًا يَخْرُجَنَّ مِنْ ثُلُثِهِ عَتَقَنَّ

(٣١) فِي م : « نِصْفٌ » .

(٣٢) فِي أ : « الثَّانِي » .

(٣٣) فِي أ ، م : « الْمَرْهُونُ » .

(٣٤) فِي أ : « غَيْرَهُنَّ » .

وَوَرِثَنَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا اشْتَرَاهُنَّ أَوْ وَهَبَنَ لَهُ ، وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَاوَرِثَ ، عَتَقَنَ ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُخْتِ لِلْأُمِّ (٣٥) فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَرِثَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ وَرِثَا لَكَانَ لهُمَا خُمُسَا الرَّقَابِ ، وَذَلِكَ رَقَبَةٌ وَخُمُسٌ ، بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَكَانَ يَنْقَى عَلَيْهِمَا سِعَايَةً ، وَإِذَا بَقِيَتْ عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ لَمْ يَرِثَا ، وَكَانَتْ لهُمَا الْوَصِيَّةُ ، وَهِيَ رَقَبَةٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَأَمَّا الْأُخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ ، فَإِذَا وَرِثَتْ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الرَّقَابِ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، فَوَرِثَتْ وَبَطَلَتْ وَصِيَّتَهَا . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَعْتَقَنَ (٣٦) ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ (٣٧) مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، وَالْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، لِلْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، فِي خُمُسَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرِثُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ رَقَبَةٍ . وَعَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ يَعْتَقَنَ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَبَاهُ بِالْفِ ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَخَلَفَ ابْنًا ، فَعَلَى الْقَوْلِ الَّذِي حَكَاهُ الْحَبْرِيُّ يَعْتَقُ كُلَّهُ عَلَى الْمَرِيضِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ / عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَدُّهُ ، وَيَكُونُ ثُلُثُ وَلَائِهِ لِلْمُشْتَرِي ، وَثُلُثَاهُ لِإِبْنِهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَقِيلَ : هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسَعَى لِلْإِبْنِ فِي قِيمَةِ ثُلُثِيهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَعْتَقُ سُدُسَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ ، وَيَسَعَى فِي خُمُسَةِ أُسْدَاسِ قِيمَتِهِ لِلْإِبْنِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْإِبْنُ عِتْقَهُ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ فِي ثُلُثِيهِ ، وَيَعْتَقُ فِي (٣٨) ثُلُثِهِ ، وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ ؛ لِتَفَرُّقِ (٣٩) الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ . وَقِيلَ :

ظ ٣٤/٦

(٣٥) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ الْأُمِّ » .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « تَبْعُضُ » .

(٣٧ - ٣٧) فِي م : « لِلْأَبِ » .

(٣٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٩) فِي أ : « لِتَفَرُّقِ » .

لا خِيَارَ له ؛ لَأَنَّهُ مُتْلَفٌ ، فَإِن تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ سُدُسَ الْأَلْفَيْنِ ،
وَالْبَاقِيَ لِلْأَبْنِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقِيلَ نَحْوُهُ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقِيلَ
عَلَى قَوْلِهِ : يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ : شِرَاؤُهُ مَفْسُوحٌ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ
الْأَبُ سُدُسَ التَّرِكَةِ ، وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ ، يَحْتَسِبُ بِهَا مِنْ رَقَبَتِهِ ، وَيَسْعَى فِي نِصْفِ
قِيمَتِهِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِن اشْتَرَى ابْنَهُ بِالْفِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَمَاتَ ، وَخَلَفَ أَبَاهُ ،
عَتَقَ كُلَّهُ بِالشَّرَاءِ ، فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَفِي الثَّانِي ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَثُلُثَاهُ عَلَى جَدِّهِ
عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلَانًا . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ
فِي مَسْأَلَةِ الْأَبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ لِلْأَبِ ،
وَلَا يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى فِي قِيمَةِ
سُدُسِهِ . وَإِن تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْأَلْفَيْنِ ، وَاللَّابِ
السُّدُسُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : لِلْأَبِ سُدُسُ
التَّرِكَةِ خَمْسُمِائَةٍ ، وَبَاقِيهَا لِلْأَبْنِ يَعْتَقُ مِنْهَا ، وَيَأْخُذُ الْفَاوْخَمْسُمِائَةَ . وَإِن خَلَفَ مَالًا
يَخْرُجُ الْمَبِيعُ مِنْ ثُلُثِهِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَرِثُ مِنْهُ . كَأَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ .
وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي . يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ / ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِن
لَمْ يَخْلَفِ الْمُشْتَرَى أَبَا حُرًّا ، وَلَكِنْ خَلَفَ أَحَا حُرًّا ، وَلَمْ يَتْرِكْ مَالًا ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ
الْمَالِ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ عَلَى الثَّانِي ، وَيَرِثُ الْأَخُ ثُلُثَيْهِ ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَسْعَى لِعَمِّهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ :
يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَلَا سِعَابَةَ . وَإِن خَلَفَ الْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ ، وَوَرِثَ الْأَلْفَيْنِ ، وَلَا شَيْءَ
لِلْأَخِ ، فِي الْأَقْوَالِ كُلِّهَا . إِلَّا مَا قِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، إِنَّهُ يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ :
شِرَاؤُهُ بِاطِّلٍ ، فَإِن اشْتَرَى ابْنَهُ ^(٤٠) بِالْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثُلُثَا الْفِ ، وَخَلَفَ
ابْنًا آخَرَ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْتَقْرِئُ مَلِكُ الْبَائِعِ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِ
مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى حَابَاهُ بِهِ وَلَمْ يَبِيعْ مِنَ التَّرِكَةِ سِوَاهُ ،
فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُهُ ، وَهُوَ تُسْعُ الْفِ ، وَيُرَدُّ التُّسْعَيْنِ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْابْنَيْنِ . وَعَلَى الْوَجْهِ

و ٣٥/٦

(٤٠) فِي ١ ، م : : ابْنِيَّة .

الثاني ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرِثُ أَخُوهُ ثُلُثَيْهِ^(٤١) ، فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلِلْبَائِعِ ثُلُثُ الْمُحَابَاةِ ، وَيُرَدُّ ثُلُثُهَا ، فَيَكُونُ مِيرَاثًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الثُّلُثُ لِلْبَائِعِ ، وَيَسْعَى الْمُشْتَرَى فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَسْعَى فِي نِصْفِ رَقَبَتِهِ ، وَيَرِثُ نِصْفَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْمُحَابَاةُ مُقَدَّمَةٌ لِتَقْدِيمِهَا^(٤٢) ، وَيَرِثُ الْإِبْنُ الْحُرُّ أَخَاهُ فِيمَلِكُهُ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَلَا تُقَدَّمُ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِهَا تَقْرِيرَ مِلْكِ الْأَبِ عَلَى وَلَدِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَتُنْفَذُ الْمُحَابَاةُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي ، وَهُوَ تُسْعَا أَلْفٌ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ أَرْبَعَةَ أَسْعَاءِ أَلْفٍ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرَ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْعِتْقِ عَلَى الْمُحَابَاةِ ، فَيَعْتَقُ جَمِيعَهُ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثِي الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالثَّانِي ، أَنْ يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ تُسْعَا أَلْفٍ ، وَيُرَدُّ أَرْبَعَةَ أَسْعَاءِهَا ، / كَمَا قُلْنَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْبَائِعِ بِالْمُحَابَاةِ الثُّلُثُ ، وَيُرَدُّ الثُّلُثُ ، وَيَسْعَى الْإِبْنُ فِي قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٍ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْحُرِّ ، وَيَعْتَقُ الْآخَرَ بِنِصْبِيهِ مِنَ الْمِيرَاثِ . وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَعَ الْإِبْنِ الْمُشْتَرَى لِلْحُرِّ . وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِالْأَلْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ أَلْفٍ ، فَمَنْ أَعْتَقَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ جَعَلَهُ حُرًّا ، وَمَنْ جَعَلَ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ ، أَعْتَقَ ثُلُثَهُ بِالشَّرَاءِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ^(٤٣) الشَّافِعِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أَخِيهِ^(٤٤) ، فَيَمْلِكُ مِنْ رَقَبَتِهِ قَدْرَ ثُلُثِي الثَّمَنِ ، وَذَلِكَ تُسْعَا رَقَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ قِيمَتِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ . وَقِيلَ : فِي جَمِيعِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَسْعَى لِأَخِيهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ .

ظ ٣٥/٦

(٤١) فِي ١ ، م : « ثَلَاثَةٌ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « لِتَقْدِيمِهَا » .

(٤٣) فِي م : « قَوْلِي » .

(٤٤) فِي م : « أَخَذَهُ » .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَسْعَى له في نَصْفِ قِيمَتِهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لأنَّ التَّرِكَهَ هِيَ الثَّمَنُ مع الألفين ، والثَّمَنُ يَخْرُجُ من التُّلْثِ ، فَيَعْتَقُ وَيَرِثُ نِصْفَ الألفين . وهو قول الشافعي . وقيل : يَعْتَقُ ، ولا يَرِثُ . وعند أبي حنيفة وأصحابه : التَّرِكَهَ قِيمَتُهُ مع الألفين ، وذلك حَمْسَةُ أَلْفٍ . فعلى قول أبي حنيفة يَعْتَقُ منه قَدْرُ ثُلْثِ ذلك ، وهو أَلْفٌ وَثُلْثَا أَلْفٍ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ في أَلْفٍ ^(٤٥) وَثُلْثِ أَلْفٍ . وفي قول صاحِبِيهِ : يَعْتَقُ منه نِصْفُ ذلك ، وهو حَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ في حَمْسِمَائَةٍ ، والألفان لِأَخِيهِ في قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . ولو اشْتَرَى المَرِيضُ ابْنِي عَمِّ له بِأَلْفٍ ، لا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَقِيمَةُ كُلِّ واحدٍ منهما أَلْفٌ ، فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، ثُمَّ وَهَبَهُ أَخَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ وَخَلَفَهُمَا وَخَلَفَ مَوْلَاهُ ، فَإِنَّ قِيَاسَ قَوْلِ القَاضِي ، إِنْ شاءَ اللهُ ، أَنْ يَعْتَقُ ثُلْثًا المُعْتَقِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ المَوْلَى عِتْقَ جَمِيعِهِ ، ثُمَّ يَرِثُ بِثُلْثَيْهِ ثُلْثِي بَقِيَّةِ التَّرِكَهَ ، فَيَعْتَقُ منه ^(٤٦) ثَمَانِيَةَ أَسْأَعِهِ ، وَيَبْقَى ثُسْعُهُ وَثُلْثُ أَخِيهِ لِلْمَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ كُلَّهُ ، وَيَرِثُ أَخَاهُ ، فَيَعْتَقَانِ جَمِيعًا ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ/ بِالْإِعْتِاقِ وَارِثًا لِثُلْثِي التَّرِكَهَ ، فَتَنْفُذُ إِجَارَتُهُ فِي إِعْتِاقِ بَاقِيهِ ، فَتَكْمُلُ لَهُ الحُرِّيَّةُ ، ثُمَّ يَكْمُلُ المِيرَاثُ لَهُ . وفي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي الحَطَّابِ : يَعْتَقُ ثُلْثَاهُ ، وَلا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لو وَرِثَ لَكَانَ إِعْتِاقُ وَصِيَّةٍ لَهُ ، فَيَبْطُلُ إِعْتَاقُهُ ، ثُمَّ يَبْطُلُ إِرْثُهُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وهذا قول الشافعي ^(٤٧) ، وَيَبْقَى ثُلْثُهُ وَابْنُ العَمِّ الأخر لِلْمَوْلَى . وقال أبو حنيفة : يَعْتَقُ ثُلْثًا المُعْتَقِ ، وَيَسْعَى في قِيمَةِ ثُلْثِهِ ، وَلا يَرِثُ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ أَخُوهُ بِالْهَبَةِ ، وَيَكُونَانِ أَحَقَّ بِالمِيرَاثِ مِنَ المَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمَا ، أَخَذَ ذَلِكَ المَالُ بِالمِيرَاثِ ، وَيَعْرَمُ المُعْتَقُ ^(٤٨) لِأَخِيهِ المَوْهُوبِ نِصْفَ ^(٤٩) قِيمَةِ نَفْسِهِ ^(٤٩) وَنِصْفَ قِيمَةِ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ

٣٦/٦ و

(٤٥) في م : « الألف » .

(٤٦) في ازيادة : « لقدر » .

(٤٧) في م : « للشافعي » .

(٤٨) في م : « بالمعتق » .

(٤٩) في م : « قيمته » .

الأوّل وَصِيَّةً لَهُ^(٥٠) ، وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، وَقَدْ صَارَ وَاوِرًا مَعَ أُخِيهِ ، فَوَرِثَ نِصْفَ قِيَمَةِ رَقَبَتِهِ^(٥١) ، وَنِصْفَ قِيَمَةِ أُخِيهِ ، وَوَرِثَ أُخُوهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ هِبَةً مِنَ الْمَرِيضِ لَهُ^(٥٢) ، فَيَعْتِقُ^(٥٣) بِقَرَابَتِهِ مِنْهُ ، وَلَمْ يَعْتِقْ مِنَ الْمَرِيضِ ، فَلَمْ يَكُنْ عِتْقُهُ وَصِيَّةً ، بَلِ اسْتَهْلَكَهَا بِالْعِتْقِ الَّذِي جَرَى فِيهَا ، فَيَعْرَمُ الْأَوَّلُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ وَنِصْفَ قِيَمَةِ أُخِيهِ لِأَخِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ لَمْ يَدْعُ وَاوِرًا غَيْرَهُمَا عِتْقًا ، وَغَرِمَ الْأَوَّلُ لِأَخِيهِ نِصْفَ قِيَمَةِ^(٥٤) أُخِيهِ ، وَلَمْ يَعْرَمْ لَهُ نِصْفَ قِيَمَةِ^(٥٤) نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَدْعُ وَاوِرًا ، جَاوَزَتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَا يَرِثَانِ ، وَلَا يَعْتَقَانِ حَتَّى تَجُوزَ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ ، لِأَنَّهُ مَتَى بَقِيََتْ عَلَيْهِ سِعَايَةٌ ، لَمْ يَرِثْ وَاحِدًا مِنْهُمَا ، وَلَمْ يَعْتِقْ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُنْفَذَ لِلْمُعْتَقِ وَصِيَّةٌ لِيَصِيرَ حُرًّا فَيَعْتِقُ أُخُوهُ بِعِتْقِهِ ، وَقَدْ جَاوَزَتْ لَهُ الْوَصِيَّةُ فِي جَمِيعِ رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا لَمْ يَدْعُ وَاوِرًا ، جَاوَزَتْ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَيَرِثَانِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : قَدْ صِرْتُ أَنَا وَأَنْتَ وَاوِرَيْنِ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْئًا دُونِي ، وَقَدْ كَانَتْ رَقَبَتِي لَكَ وَصِيَّةً وَعَتَقْتُ مِنْ قِبَلِكَ ، فَاضْمَنْ لِي نِصْفَ رَقَبَتِي . فَإِنْ كَانَ / مُعْسِرًا وَهَنَاكَ مَالٌ غَيْرُهُمَا ، أَخَذَ الثَّانِي نِصْفَهُ ، ثُمَّ أَخَذَ مِنَ النَّصْفِ الثَّانِي نِصْفَ قِيَمَةِ نَفْسِهِ ، وَكَانَ مَا بَقِيَ مِيرَاثًا لِأَخِيهِ الْأَوَّلِ .

ظ ٣٦/٦

فصل : وَإِذَا كَانَ لِلْمَرِيضِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، فَتَبَرَّعَ بِالْأَلْفِ ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ مِمَّا بَقِيَ ، وَلَهُ ابْنٌ ، فَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ لَيْسَ الشَّرَاءُ وَصِيَّةً : يَعْتِقُ الْأَبُ وَيُنْفَذُ مِنَ التَّبَرُّعِ قَدْرُ ثُلُثِ الْمَالِ حَالَ الْمَوْتِ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبِ سُدُسُهُ ، وَبَاقِيَهُ لِلْأَبْنِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ جَعَلَهُ وَصِيَّةً : لَا يَعْتِقُ الْأَبُ^(٥٥) ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَ الْمَرِيضِ إِنَّمَا يُنْفَذُ فِي الثُّلُثِ ، وَيُقَدَّمُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ ، وَإِذَا قُدِّمَ التَّبَرُّعُ لَمْ يَبْقَ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ ، وَيَرِثُهُ الْإِبْنُ ، فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ ،

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١) في م : (نفسه) .

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : (فعنق) .

(٥٤) في م : (قيمته) .

(٥٥) في م : (أب) .

ولا يَرِثُ ؛ لأنه إِنْما عَتَقَ بعدَ المَوْتِ . وإنْ وُهِبَ له أبوه ، عَتَقَ ، ووَرِثَ ؛ لأنَّ الهِبَةَ ليست بِوَصِيَّةٍ ، وكذلك إنْ وَرِثَهُ . وإنْ اشْتَرَى أباهُ ، ثمَّ أَعْتَقَهُ ، لمْ يَعْتِقْ على قول القاضى ؛ لأنه إذا لمْ يَعْتِقْ بالمِلْكِ ، وهو أقوى من الإِغْتِاقِ بالقَوْلِ ، بِدَلِيلِ نُفُوذِهِ فى (٥٦) حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فأوْلَى أنْ لا يَنْفَذَ بالقَوْلِ .

فصل : وإنْ مَلَكَ المَرِيضُ مَنْ يَرِثُهُ مِمَّنْ لا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَابْنِ عَمِّهِ ، فأَعْتَقَهُ فى مَرَضِهِ ، كانْ إِغْتِاقُهُ وَصِيَّةً مُعْتَبَرَةً مِنَ الثَّلْثِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بَيْنَ الْعَبِيدِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ مَالِكُهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، ولمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ (٥٧) ، فأَعْتَبَرَ عِتْقَهُمْ مِنَ الثَّلْثِ . فعلى هَذَا يُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْمُعْتَقِ مِنَ الثَّلْثِ ، فإنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلْثِ عَتَقَ ولمْ يَرِثْ . ذَكَرَهُ أَبُو الحَطَّابِ ، فى مَرِيضِ مَلِكِ ابْنِ عَمِّهِ فى مَرَضِهِ ، فأَقْرَبَ بَأَنَّهُ كانْ أَعْتَقَهُ فى صِحَّتِهِ ، عَتَقَ ولمْ يَرِثْ ؛ لأنه لو وَرِثَ لكانَ إقْرَارُهُ لِوَارِثِ ، فلا يُقْبَلُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إلى إِبْطالِ عِتْقِهِ ، ثمَّ يَبْطُلُ مِيراثُهُ ، فكانَ إِغْتِاقُهُ منْ غيرِ تَوْرِيثِ أَوْلَى . ومُقْتَضَى قولِ القاضى ، أَنَّهُ يَعْتِقُ وَيَرِثُ ؛ لأنه حُرٌّ حينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، ليس بِقاتِلٍ ، ولا مُحالِفٍ لِديْنِهِ ، فَوَرِثَ (٥٨) ، كما لو وَرِثَهُ . وإنْ لمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ ، عَتَقَ / مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلْثِ . ولا يَرِثُ ، على القولِ الأوَّلِ . وعلى قولِ القاضى ، يَنْبَغِي أنْ يَرِثَ بِقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ ، على ما ذَكَرَ (٥٩) فى الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ .

٣٧/٦ و

فصل : وما لَزِمَ المَرِيضُ فى مَرَضِهِ منْ حَقِّ لا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ وإِسْتِقاطُهُ ، كأُرشِ الجِنائِيَّةِ ، وَجِنائِيَّةِ عَبْدِهِ ، وما عاوَضَ عَلَيْهِ بِثَمَنِ المِثْلِ ، وما يَتَّعَابُنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فهو منْ رَأْسِ المَالِ . لا تَعْلَمُ فِيهِ خِلافًا . وهذا عندَ الشافِعِيِّ ، وَأَصْحابِ الرَّأْيِ . وكذلك التُّكاحُ بِمَهْرِ المِثْلِ جائِزٌ منْ رَأْسِ المَالِ ؛ لأنه صَرَفٌ لِمالِهِ فى حاجَةٍ نَفْسِهِ ، فيُقَدَّمُ بِذلكِ

(٥٦) فى م : (فى) .

(٥٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(٥٨) فى م : (ويرث) .

(٥٩) فى م : (يذكر) .

على واريته . وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها ، كَثِيرَةَ الثمن ، بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، أو اشترى من الأَطْعَمَةِ التي لا يَأْكُلُ مِثْلَهُ مِثْلِهَا^(٦١) جاز ، وصَحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ^(٦٢) ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لِمَالِهِ^(٦٣) فِي حَاجَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، قُدِّمَ بِذَلِكَ عَلَى وَاوَرِيتهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٦٤) .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَضَى الْمَرِيضُ بَعْضَ غُرْمَائِهِ ، وَوَفَّتْ تَرَكَّتُهُ بِسَائِرِ الدُّيُونِ ، صَحَّ قَضَاؤُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَائِرِ الْغُرْمَاءِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ بِهَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لِسَائِرِ الْغُرْمَاءِ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ ، وَمُشَارَكَتَهُ فِيمَا أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ تَعَلَّقَتْ بِمَالِهِ^(٦١) بِمَرَضِهِ ، فَمَنَعَتْ تَصَرُّفَهُ فِيهِ بِمَا يَنْقُصُ دِيُونَهُمْ ، كَتَبَرُّعِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِقَضَاءِ بَعْضِ دِيُونِهِ لَمْ يَجُزْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَضَاهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الْإِعْتِرَاضَ عَلَيْهِ ، وَلَا مُشَارَكَتَهُ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَأَدَّى ثَمَنَهُ ، أَوْ بَاعَ بَعْضَ مَالِهِ وَسَلَّمَهُ ، وَيُفَارِقُ الْوَصِيَّةَ ، فَإِنَّهُ لَوْ اشْتَرَى ثِيَابًا مُثْمَنَةً صَحَّ ، وَلَوْ وَصَّى بِتَكْفِينِهِ فِي ثِيَابٍ مُثْمَنَةٍ لَمْ يَصَحَّ ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ إِيفَاءَ/ثَمَنِ الْمَبِيعِ قَضَاءٌ لِبَعْضِ غُرْمَائِهِ ، وَقَدْ صَحَّ عَقِيبَ الْبَيْعِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا تَرَخَى ، إِذَا لَا أَثَرَ لِتَرَخِيهِ .

ظ ٣٧/٦

فصل : وَإِذَا تَبَرَّعَ الْمَرِيضُ ، أَوْ أَعْتَقَ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بَدِينِ ، لَمْ يَبْطُلْ تَبَرُّعُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عِبْدَهُ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ أَقْرَبَ بَدِينِ . عَتَقَ الْعَبْدَ ، وَلَمْ يُرِدْ إِلَى الرَّقِّ . وَهَذَا لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ^(٦٤) بِالتَّبَرُّعِ فِي الظَّاهِرِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِيمَا يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ .

(٦٠) في م : « منها » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢) في م : « لثله » .

(٦٣) سورة النساء ١١ .

(٦٤) في م : « بثت » .

فصل: وَيُعْتَبَرُ فِي الْمَرِيضِ الَّذِي هَذِهِ أَحْكَامُهُ شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَتَّصِلَ بِمَرَضِهِ الْمَوْتُ ، وَلَوْ صَحَّ مِنْ (٦٥) مَرَضِهِ الَّذِي أُعْطِيَ فِيهِ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُ عَطِيَّتِهِ حُكْمُ عَطِيَّةِ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَرَضٍ الْمَوْتِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَخُوفًا ، وَالْأَمْرَاضُ (٦٦) أَرْبَعَةٌ أَنْسَامٍ ؛ غَيْرُ مَخُوفٍ ، مِثْلَ وَجَعِ الْعَيْنِ ، وَالضَّرْسِ ، وَالصُّدَاعِ الْيَسِيرِ ، وَحُمَّى سَاعَةٍ ، فَهَذَا حُكْمُ صَاحِبِهِ حُكْمُ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ مِنْهُ فِي الْعَادَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالْجُدَامِ ، وَحُمَّى الرَّبِيعِ (٦٧) ، وَالْفَالِجِ (٦٨) فِي أَنْبِئَاتِهِ ، وَالسُّلِّ فِي أَنْبِدَائِهِ ، وَالْحُمَّى الْغَيْبِ (٦٩) ، فَهَذَا الضَّرْبُ إِنْ أَضْنَى صَاحِبَهَا عَلَى فِرَاشِهِ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، بَلْ كَانَ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ ، فَعَطَايَاهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَحْقِيقُ الْمَذْهَبِ فِيهِ . وَقَدْ رَوَى حَرْبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وَصِيَّةِ الْمَجْدُومِ وَالْمَفْلُوحِ : مِنْ الثَّلَاثِ . وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا صَارَا صَاحِبِي فِرَاشٍ . وَبِهِ يَقُولُ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَجْهًا (٧٠) فِي صَاحِبِ الْأَمْرَاضِ الْمُتَمَتِّدَةِ ، أَنَّ عَطِيَّتَهُ مِنْ صُلْبِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ تَعَجُّيلَ (٧١) الْمَوْتِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَبْرَأُ فَهُوَ كَالْهَرِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَرِيضٌ صَاحِبُ فِرَاشٍ يَخْشَى التَّلْفَ ، فَأَشْبَهَ صَاحِبَ الْحُمَّى الدَّائِمَةِ ، وَأَمَّا الْهَرِمُ فَإِنْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ ، فَهُوَ كَمَا سَأَلْتِنَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، مَنْ تَحَقَّقَ تَعَجُّيلَ مَوْتِهِ ، فَيَنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ كَانَ عَقْلُهُ قَدْ اخْتَلَّ ، مِثْلَ مَنْ ذُبِحَ ، أَوْ أُبَيِّنَتْ حَشَوْتُهُ ، فَهَذَا لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ وَلَا لِعَطِيَّتِهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى لَهُ عَقْلٌ ثَابِتٌ ، وَإِنْ كَانَ ثَابِتَ الْعَقْلِ ، كَمَنْ خَرِقَتْ حَشَوْتُهُ ،

٣٨/٦ و

(٦٥) في م : ٥ في ٤ .

(٦٦) في م زيادة : ٥ على ٤ .

(٦٧) حمى الربيع : هي التي تعرض للمريض يوما وتدعه يومين ثم تعود إليه في اليوم الرابع .

(٦٨) الفالج : شلل يصيب أحد شقي الجسم طويلا .

(٦٩) حمى الغيب : التي تنوب يوما بعد يوم .

(٧٠) في ١ ، م : ٥ وجهان ٤ .

(٧١) في الأصل : ٥ تعجيل ٤ .

أو اشتدَّ مَرَضُهُ ولم يَتَغَيَّرْ عَقْلُهُ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ وَتَبَرُّعُهُ ، وَكَانَ تَبَرُّعُهُ مِنَ التُّلْثِ ، فَإِنَّ
عَمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، حَرَجَتْ حَشَوْنَتُهُ ، فَقَبِلَتْ وَصِيَّتَهُ ، وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ . وَعَلَى ،
رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، بَعْدَ ضَرْبِ ابْنِ مُلْجِمٍ لَهُ ^(٧٢) أَوْصَى وَأَمَرَ وَنَهَى ، فَلَمْ يُحَكِّمْ بِبَطْلَانِ
قَوْلِهِ . الضرب الرابع ، مَرَضٌ مَخُوفٌ ، لَا يَتَعَجَّلُ مَوْتُ صَاحِبِهِ يَقِينًا ، لَكِنَّهُ يَخَافُ
ذَلِكَ ، كَالْبِرْسَامِ ، وَهُوَ يُخَارُ يَرْقَى ^(٧٣) إِلَى الرَّأْسِ ، وَيُؤَثِّرُ فِي الدِّمَاغِ ، فَيَحْتَلُّ
العقل ^(٧٤) ، وَالْحُمَّى الصَّالِبَ ^(٧٥) ، وَالرُّعَافَ الدَّائِمَ ؛ لِأَنَّهُ يُصَفِّي الدَّمَ ، فَيُذْهِبُ
القُوَّةَ ، وَذَاتَ الْجَنْبِ ، وَهُوَ قَرَحٌ يَبَاطِنُ الْجَنْبِ ، وَوَجَعَ الْقَلْبِ وَالرِّئَةَ ؛ فَإِنَّهَا لَا
تَسْكُنُ حَرَكَتَهَا ، فَلَا يَنْدَمِلُ جُرْحُهَا ، وَالْقَوْلُجُ ، وَهُوَ أَنْ يَنْعَقِدَ الطَّعَامُ فِي بَعْضِ
الْأَمْعَاءِ ، وَلَا يَنْزِلُ عَنْهُ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا مَخُوفَةٌ ، سِوَاءَ مَا كَانَ مَعَهَا حُمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَهِيَ
مَعَ الْحُمَّى أَشَدَّ خَوْفًا . فَإِنَّ تَأَوَّرَهُ الدَّمَ ، وَاجْتِمَاعَ فِي عَضْوٍ ، كَانَ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّهُ مِنَ
الْحَرَارَةِ الْمُفْرِطَةِ . وَإِنْ هَاجَتْ بِهِ الصَّفْرَاءُ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُورِثُ يَبُوسَةً ،
وَكَذَلِكَ الْبَلْغَمُ إِذَا هَاجَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ شِدَّةِ الْبُرُودَةِ ، وَقَدْ تَغَلَّبَ عَلَى الْحَرَارَةِ الْغَرِيزِيَّةِ
فَتَطْفَنُهَا . وَالطَّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ شِدَّةِ الْحَرَارَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَكُونُ فِي جَمِيعِ الْبَدَنِ .
وَأَمَّا الإِسْهَالُ ، فَإِنْ كَانَ مُنْحَرِقًا لَا يُمَكِّنُهُ مِنْعُهُ وَلَا إِمْسَاكُهُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِنْ كَانَ
سَاعَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ لَحِقَهُ ذَلِكَ أَسْرَعَ فِي هَلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُنْحَرِقًا ، لَكِنَّهُ يَكُونُ تَارَةً
وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى ، فَإِنْ كَانَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنْ
فَضْلَةِ الطَّعَامِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُ زَجِيرٌ وَتَقْطِيعٌ كَأَنَّ ^(٧٦) يَخْرُجُ مُتَقَطِّعًا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ
مَخُوفًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ . وَإِنْ دَامَ الإِسْهَالُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، سِوَاءَ مَا كَانَ مَعَهُ زَجِيرٌ
أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَمَا أَشْكَلَ أَمْرُهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ ، رُجِعَ فِيهِ إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، وَهُمْ الْأَطِبَّاءُ

(٧٢) سقط من : م .

(٧٣) في ا : « يرتقى » .

(٧٤) في ازيادة : « به » .

(٧٥) الحمى الصالب : الشديدة الحرارة .

(٧٦) في الأصل : « كأنه » .

لأنهم^(٧٧) أهل الخبرة بذلك / والتجربة والمعرفة ، ولا يُقبل إلا قول طبيين مسلمين ٣٨/٦ ظ
 ثقتين بالعين ؛ لأن ذلك يتعلّق به حقّ الوارث وأهل العطايا ، فلم يُقبل فيه إلا ذلك .
 وقياس قول الخرقى ، أنه يُقبل قول الطبيب العدل ، إذا لم يُقدّر على طبيين ، كما
 ذكر^(٧٨) في باب الدعوى . فهذا الضرب وما أشبهه ، عطائاه صحيحة ؛ لما ذكرناه
 من قصة عمر ، رضى الله عنه ، فإنه لما جرح سقاه الطبيب لبنا ، فخرج من جرحه ،
 فقال له الطبيب : اعهد إلى الناس . فعهد إليهم ووصى ، فاتفق الصحابة على قبول عهده
 ووصيته . وأبو بكر لما اشتدّ مرضه ، عهد إلى عمر ، فنقدّ عهده .

٩٧١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةَ أَشْهُرٍ)

يعنى عطيتها من الثلث . وهذا قول مالك . وقال إسحاق : إذا أثقلت لا يجوز
 لها إلا الثلث . ولم يحد . وحكاها 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 المخاض ، فإذا ضربها المخاض ، فعطيتها من الثلث . وبهذا
 قال النخعي ، ومكحول ، ويحيى الأنصاري ، والأوزاعي ، والثوري ، والعنبري ،
 وابن المنذر . هو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف
 الموت^(١) ، ولأنها إنما تخاف الموت إذا ضربها الطلق ، فأشبهت صاحب
 الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش . وقال الحسن ، والرّهري : عطيتها
 كعطية الصحيح . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأن الغالب سلامتها . ووجه قول
 الخرقى أن ستة الأشهر وقت يمكن الولادة فيه ، وهى من أسباب التلف .

(٧٧) سقط من : م .

(٧٨) في م : ذكرناه .

(١) سقط من : الأصل .

والصحيح، إن شاء الله، أنها إذا ضربها الطلق، كان مخوفاً؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلّف، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة. وأما قبل ذلك، فلا ألم بها، واحتمال وجوده خلاف العادة، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد / مع عدمه، كالصحيح، فأما بعد الولادة، فإن بقيت المشيمة معها، فهو مخوف، وإن مات الولد معها، فهو مخوف؛ لأنه يصعب خروجه، وإن وضعت الولد، وخرجت المشيمة، وحصل ثم ورم أو ضربان شديد، فهو مخوف، وإن لم يكن شيء من ذلك، فقد روى عن أحمد في النفساء: إن كانت ترى الدم، فعطيتها من التلث. ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك في الغالب. ويحتمل أن يحتمل على ظاهره، فإنها إذا كانت ترى الدم، كانت كالمريض، وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام. وإن أسقطت مضعاً أو علقة، فلا حكم له، إلا أن يكون ثم مرض أو ألم. وهذا كله مذهب الشافعي، إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف.

فصل: ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه، في مواضع خمسة، تقوم مقام المَرَض؛ أحدها، إذا التحم الحرب، واختلطت الطائفتان للقتال، وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة. فأما القاهرة منهما بعد ظهورها، فليست خائفة. وكذلك إذا مختلطوا، بل كانت كل واحدة منهما متميزة، سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف. ولا فرق بين تكون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين. وبه قال مالك، والأوزاعي، والثوري. ونحوه عن مكحول. وعن الشافعي قولان؛ أحدهما، كقول الجماعة. والثاني، ليس بمخوف؛ لأنه ليس بمرض. ولنا، أن توقع التلّف ههنا كتوقع المرض^(٢) أو أكثر، فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما يجعل مخوفاً لخوف صاحبه التلّف، وهذا كذلك. قال أحمد:

(٢) في الأصل، ا: المَرَض.

إِذَا حَضَرَ الْقِتَالُ ، كَانَ عِنْتَهُ مِنَ الثُّلْثِ . وَعَنْهُ : إِذَا تَنَحَّمَ الْحَرْبُ ، فَوَصِيَّتُهُ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً ، وَتُسَمَّى الْعَطِيَّةُ وَصِيَّةً تَجَوُّزًا ؛ / لِكُونِهَا فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ ، وَلِكُونِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . لَكِنْ يَقِفُ الرَّائِدُ عَلَى الثُّلْثِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، فَإِنَّ حُكْمَ وَصِيَّةِ الصَّحِيحِ وَخَائِفِ التَّلْفِ وَاحِدٌ . الثَّانِيَةِ ، إِذَا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فَهِيَ حَالَةٌ خَوْفٍ ، سِوَاءٍ أَرِيدَ قَتْلُهُ لِلْقِصَاصِ ، أَوْ لِغَيْرِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ مَخُوفٌ . وَالثَّانِي ، إِنْ جُرِحَ فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ صَحِيحُ الْبَدَنِ ، وَالظَّاهِرُ الْعَفْوُ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّهْدِيدَ بِالْقَتْلِ جُعِلَ إِكْرَاهًا يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ ، وَصِحَّةَ الْبَيْعِ ، وَبُيُوعَ كَثِيرًا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَلَوْلَا الْخَوْفُ لَمْ تُثَبِّتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، وَإِذَا حُكِمَ لِلْمَرِيضِ وَحَاضِرِ الْحَرْبِ بِالْخَوْفِ مَعَ ظُهُورِ السَّلَامَةِ ، وَبَعْدَ وُجُودِ التَّلْفِ ، فَمَعَ ظُهُورِ التَّلْفِ وَقُرْبِهِ أَوْلَى ، وَلَا عِبْرَةَ بِصِحَّةِ الْبَدَنِ فَإِنَّ الْمَرَضَ لَمْ يَكُنْ مُثْبِتًا لِهَذَا الْحُكْمِ لِعَيْنِهِ ، بَلْ لَخَوْفِ إِفْضَائِهِ إِلَى التَّلْفِ ، فَيُثَبِّتُ^(٣) الْحُكْمُ هُنَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، لِظُهُورِ التَّلْفِ . الثَّلَاثَةِ ، إِذَا رَكِبَ الْبَحْرَ ، فَإِنْ كَانَ سَاكِنًا فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ، وَإِنْ تَمَوَّجَ وَاضْطَرَبَ وَهَبَّتِ الرِّيحُ الْعَاصِفُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَصَفَهُمْ بِشِدَّةِ الْخَوْفِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي أَلْفُلِكٍ وَجَرَينَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾^(٤) .

الرَّابِعَةَ ، الْأَسِيرُ وَالْمَحْبُوسُ ، إِذَا كَانَ مِنْ عَادَتِهِ الْقَتْلُ ، فَهُوَ خَائِفٌ ، عَطِيَّتُهُ مِنَ الثُّلْثِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْحَسَنُ لَمَّا حَبَسَ الْحَجَّاجُ إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ : لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا

(٣) فِي ١ ، م : : قُتِبَتْ .

(٤) سُورَةُ يُونُسَ ٢٢ .

الثُّلْثُ . وقال أبو بكرٍ : عَطِيَّةُ الْأَسِيرِ مِنَ الثُّلْثِ . ولم يُفَرِّقْ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ،
 وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي مَارُوي عَنْ أَحْمَدَ
 فِي هَذَا عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّفْصِيلِ ابْتِدَاءً . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ : الْغَازِي / عَطِيَّتُهُ
 مِنَ الثُّلْثِ . وَقَالَ مَسْرُوقٌ : إِذَا وَضَعَ رِجْلَهُ فِي الْعَرِزِ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : الْمَحْصُورُ
 فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ الْقَتْلَ أَوْ تُفَقَّأَ عَيْنَاهُ^(٥) ، هُوَ فِي ثُلْثِهِ . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ
 شَاءَ اللَّهُ ، مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ الْحَبْسِ وَالْأَسْرِ مِنْ غَيْرِ خَوْفِ الْقَتْلِ لَيْسَ
 بِمَرَضٍ^(٦) ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ فِي الْخَوْفِ ، فَلَمْ يَجْزُ إِلْحَاقُهُ بِهِ ، وَإِذَا كَانَ
 الْمَرِيضُ الَّذِي لَا يَخَافُ التَّلَفَ عَطِيَّتُهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى . الْخَامِسَةُ ، إِذَا وَقَعَ
 الطَّاعُونَ بِبَلَدِهِ ، فَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ مَخُوفٌ^(٧) . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ
 بِمَرَضٍ^(٨) ، وَإِنَّمَا يُخَافُ^(٩) الْمَرَضُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْعَطِيَّةِ مِنَ الثُّلْثِ حَالَ الْمَوْتِ ، فَمَهْمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ تَبَيَّنَا
 أَنَّ الْعَطِيَّةَ صَحَّتْ فِيهِ حَالَ الْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ نَمَّا الْمُعْطَى ، أَوْ كَسَبَ شَيْئًا ، فَسِمَ بَيْنَ الْوَرَثَةِ
 وَبَيْنَ صَاحِبِهِ ، عَلَى قَدْرِ مَا لَهَا فِيهِ ، فَرُبَّمَا أَفْضَى إِلَى الدَّوْرِ . فَمَنْ ذَلِكَ إِذَا اعْتَقَ عَبْدًا
 لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَكَسَبَ مِثْلَ قِيَمَتِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، فَلِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ،
 وَبَاقِيهِ لِسَيِّدِهِ ، فَيَزِدَادُ بِهِ مَالُ السَّيِّدِ ، وَتَزِدَادُ الْحُرِّيَّةُ لَذَلِكَ ، وَيَزِدَادُ حَقُّهُ مِنْ كَسْبِهِ ،
 فَيَنْقُصُ بِهِ حَقُّ السَّيِّدِ مِنَ الْكَسْبِ ، وَيَنْقُصُ بِذَلِكَ قَدْرُ الْمُعْتَقِ مِنْهُ ، فَيُسْتَخْرَجُ ذَلِكَ
 بِالْحَبْرِ ، فَيُقَالُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِثْلُهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ
 مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ شَيْئَانِ ، لِأَنَّ لَهُمْ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَا يُحْسَبُ
 عَلَى الْعَبْدِ مَا حَصَلَ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهُ بِجُزْئِهِ الْحُرُّ لَا مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهِ ، فَصَارَ

(٥) فِي الْأَصْلِ : (عَيْنُهُ) .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : (بَرِيضٌ) .

(٧) فِي م : (يَخُوفٌ) .

(٨) فِي م : (يَخَالِفُ) .

لِلْعَبْدِ شَيْئَانِ ، وَلِلْوَرِثَةِ شَيْئَانِ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ ، يَعْتَقُ مِنْهُ نِصْفُهُ ، وَهُوَ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَلِلْوَرِثَةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَى قِيَمَتِهِ ، فَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، صَارَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ ، وَهُمَا شَيْئَانِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ أَرْبَعًا ، يَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، / وَلِلْوَرِثَةِ خُمْسَاهُ وَخُمْسَا كَسْبِهِ . وَإِنْ كَسَبَ ثَلَاثَةَ أَمْثَالِ قِيَمَتِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ مِنْ كَسْبِهِ مَعَ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَهُمَا شَيْئَانِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةً ، وَهُوَ ثَلَاثًا كَسْبِهِ ، وَهُمَا الثَّلَاثُ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَهُمَا شَيْئَانِ ، فَالْجَمِيعُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ وَنِصْفٌ ، إِذَا بَسَطْتَهَا أَنْصَافًا صَارَتْ سَبْعَةً ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِهَا ، فَيَعْتَقُ ثَلَاثَةَ أَسْبَاعِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِائَةً ، فَكَسَبَ تِسْعَةً ، فَاجْعَلْ لَهُ مِنْ كُلِّ دِينَارٍ شَيْئًا ، فَقُلْ : عَتَقَ مِنْهُ مِائَةُ شَيْءٍ ، وَهُوَ مِنْ كَسْبِهِ تِسْعَةُ أَشْيَاءٍ ، وَهُوَ مِائَتَا شَيْءٍ . فَيَعْتَقُ مِنْهُ مِائَةً (٩) جُزْءٍ وَتِسْعَةً أَجْزَاءٍ مِنْ ثَلَاثِمِائَةٍ وَتِسْعَةٍ ، وَهُوَ مِنْ كَسْبِهِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَهُوَ مِائَتَا جُزْءٍ مِنْ نَفْسِهِ وَمِائَتَانِ مِنْ كَسْبِهِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ قِيَمَتَهُ وَقِيَمَةَ كَسْبِهِ ، صُرِفَ فِي الدَّيْنِ ، وَلَمْ يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى التَّبَرُّعِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِقْ قِيَمَتَهُ وَقِيَمَةَ كَسْبِهِ ، صُرِفَ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ مَا يَقْضِي (١٠) بِهِ الدَّيْنَ ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُمَا يُقَسَّمُ عَلَى مَا يُعْمَلُ فِي الْعَبْدِ الْكَامِلِ وَكَسْبِهِ . فَلَوْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ كَقِيَمَتِهِ (١١) ، صُرِفَ فِيهِ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَنِصْفُ كَسْبِهِ ، وَقُسِمَ (١٢) الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْعَتَقِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ بَقِيَّةُ الْكَسْبِ ، وَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، وَلِلسَّيِّدِ مَالٌ مِثْلُ قِيَمَتِهِ ، قَسَمَتِ الْعَبْدَ وَمِثْلَى قِيَمَتِهِ عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ، فَلِكُلِّ شَيْءٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَيَعْتَقُ مِنَ الْعَبْدِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيَمَتَهُ عِشْرُونَ ، ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيَمَتَهُ عَشْرَةَ ،

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ا ، م : « يقتضى » .

(١١) في ا : « كقيمة العبد » .

(١٢) في ا ، م زيادة : « النصف » .

فَكَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، لَكَمَلَتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْعَبْدِ الْأَوَّلِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ .
 وله من كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ ، وَيُقَسَّمُ الْعَبْدَانِ وَكَسْبُهُمَا عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ،
 فَيَكُونُ لِكُلِّ شَيْءٍ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ
 أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ . وَإِنْ بَدَأَ يَعْتَقِ الْأَدْنَى عَتَقَ كُلَّهُ ، وَأَخَذَ كَسْبَهُ ، وَيَسْتَحِقُّ
 الْوَرَثَةَ مِنَ الْعَبْدِ / الْآخَرَ وَكَسْبَهُ مِثْلَى الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، وَهُوَ نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ ،
 وَيَبْقَى نِصْفُهُ وَنِصْفُ كَسْبِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَيَعْتَقُ رُبْعَهُ ، وَهُوَ رُبْعُ كَسْبِهِ ، وَيَرِيقُ ثَلَاثَةَ
 أَرْبَاعِهِ ، وَيَتْبَعُهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا (١٣) مَا أَعْتَقَ (١٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ أَعْتَقَ
 الْعَبْدَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، فَحُكْمُهُ كَمَا لَوْ بَدَأَ
 بِإِعْتَاقِهِ .

٤١/٦ و

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدَ ، قِيَمَتُهُمْ سَوَاءً ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمْ ،
 وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ
 الْمُكْتَسِبِ (١٥) يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، ثُمَّ أَفْرَعْنَا بَيْنَ الْمُكْتَسِبِ وَالْآخَرَ ، لِأَجْلِ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
 وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ الْمُكْتَسِبِ (١٥) عَتَقَ كُلَّهُ ، وَالْمُكْتَسِبُ وَمَالُهُ لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ
 الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ ، وَبَاقِيَهُ وَبَاقِي
 كَسْبِهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِلْوَرَثَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا كَانَ لِلسَّيِّدِ مَالٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ . وَلَوْ وَقَعَتْ
 قُرْعَةُ الدَّيْنِ ابْتِدَاءً عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، لَقَضَيْنَا الدَّيْنَ بِنِصْفِهِ وَنِصْفِ كَسْبِهِ ، ثُمَّ أَفْرَعْنَا بَيْنَ
 بَاقِيهِ وَبَيْنَ الْعَبْدَيْنِ الْآخَرَيْنِ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِهِ عَتَقَ كُلَّهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ مَا
 بَقِيَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُكْتَسِبِ ، عَتَقَ بَاقِيَهُ ، وَأَخَذَ بَاقِي كَسْبِهِ ، ثُمَّ نَقَرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ
 لِإِثْمَامِ الثُّلُثِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَبَقِيَ ثُلُثَاهُ ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ

(١٣) في م : مثل .
 (١٤) في م : أعتق .
 (١٥ - ١٥) سقط من : م .

لِلْوَرَثَةِ . ولو كان العبد مؤهوباً للإنسان ، كان له من العبد وكسبه مثل مال العبد من كسبه ونفسه ، في هذه المسائل كلها .

فصل : وإن أعتق عبدين متساويين ^(١٦) القيمة ، بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهما ، فمات أحدهما ، أفرغ بين الحي والميت ، فإن وقعت على الميت فالحي رقيق ، وتبين أن الميت نصفه حر ؛ لأن مع الورثة مثلي نصفه ، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ، ولا يحسب الميت على الورثة ؛ لأنه لم يصل إليهم .

فصل : رجل أعتق عبداً ، لا مال له سواه ، قيمته عشرة ، فمات / قبل سيده ، وخلف عشرين ، فهي لسيده بالولاء ، وتبين أنه مات حراً ، وكذلك إن خلف أربعين وبتنا . وإن خلف عشرة ، عتق منه شيء ، وله من كسبه شيء ، ولسيده شيئان ، وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين ، فتبين أن نصفه حر ، وباقية ^(١٧) رقيق ، والعشرة يستحقها السيد ، ونصفها بحكم الرق ، ونصفها بالولاء . فإن خلف العبد ابناً ، فله من رقبته شيء ، ومن كسبه شيء ، يكون لأبيه بالجمراث ، ولسيده شيئان ، فتقسم العشرة على ثلاثة ، للابن ثلثها ، وللسيد ثلثاها ، وتبين أنه عتق من العبد ثلثه . وإن خلف بنتاً ، فلها نصف شيء ، وللسيد شيئان ، فصارت العشرة على خمسة ، للبت خمسة ، وللسيد أربعة أخماسها ، تعدل شيئين ، فتبين أن خمس العبد مات حراً . وإن خلف العبد عشرين وابتاً ، فله من كسبه شيئان ، يكونان لابنه ، ولسيده شيئان ، فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين ، وتبين أنه عتق منه نصفه . فإن مات الابن قبل موت السيد ، وكان ابن معتقه ، ورثه السيد ؛ لأننا تبينا أن أباه مات حراً ، ليكون السيد ملك عشرين ، وهي مثلاً قيمته ، فعتق ، وجر ولاء ابنه إلى سيده ، فورثه . وإن لم يكن ابن معتقه ، لم ينجر ولأوه ، ولم يرثه سيد أبيه . وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ، ولم يخلف أبوه شيئاً ، أو ملك السيد عشرين من أي جهة

(١٦) في (١) متساوي .

(١٧) في م : نصفه .

كانت . وإن لم يملك عشرين ، لم ينجر ولأء الابن إليه ؛ لأن أباه لم يعتق ، وإن عتق بعضه ، جر من ولأء ابنه بقدره ، فلو خلف الابن عشرة ، وملك السيد خمسة ، فإنك تقول : عتق من العبد شيء ، ويجر من ولأء أبيه مثل ذلك ، ويحصل^(١٨) له من ميراثه شيء مع خمسته ، وهما يعدلان شقين ، وباقي العشرة لمولى أمه ، فيقسم بين السيد ومولى الأم نصفين ، وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه ، وحصل للسيد خمسة من ميراث ابنه ، وكانت له خمسة ، وذلك مثلاً ما عتق من العبد . فإن مات الابن في حياة أبيه / قبل موت سيده ، وخلف مالا ، وحكمتنا يعتق الأب أو عتق بعضه ، ورث مال ابنه^(١٩) 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 .

و ٤٢/٦

فصل : في المحاباة في المرض ، وهي أن يعاوض بماله ، ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه ، 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 : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢٠) . ولأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصح ، كغير المريض . فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره ، قيمته ثلاثون بعشرة ، فقد حابى المشتري بثلثي ماله ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزِم البيع ، وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسسخ البيع فله ذلك ؛ لأن الصفة تبعضت عليه ، وإن اختار إفضاء البيع ، فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع ينصف الثمن ، ويفسخ البيع في الباقي . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله . وإلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة ؛

(١٨) في ١ : « ويجعل » .

(١٩) في الأصل : « أبيه » .

(٢٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

لأنه يَسْتَحِقُّ الثُّلثَ بِالمُحَابَاةِ ، وَالثُّلثُ الآخَرَ بِالثَّمَنِ . وَقَالَ أَهْلُ العِرَاقِ : يُقَالُ لَهُ :
 إِنْ شِئْتَ أَذَيْتَ عَشْرَةَ أُخْرَى وَأَخَذْتَ المَبِيعَ ، وَإِنْ شِئْتَ فَسَخَّتْ وَلَا شَيْءَ لَكَ . وَعِنْدَ
 مَالِكٍ : لَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ ثُلثَ المَبِيعِ بِالمُحَابَاةِ ، وَيُسَمِّيهِ أَصْحَابَهُ خُلْعَ الثُّلثِ .
 وَلَنَا ، أَنْ فِيمَا ذَكَرْنَا مُقَابَلَةً بَعْضِ المَبِيعِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ تَعَدُّرِ أَخِذِ جَمِيعِهِ
 بِجَمِيعِهِ ، فَصَحَّ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ بِثَمَنِ ، فَأَنْفَسَخَ البَيْعَ فِي إِحْدَاهُمَا لِعَيْبٍ
 أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَأَخَذَ الشَّفِيعُ الشَّقْصَ ، أَوْ كَالشَّفَعَاءِ يَأْخُذُ
 كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ جُزْءًا مِنَ المَبِيعِ بِقِسْطِهِ ، أَوْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى قَفِيزًا يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، بِقَفِيزِ
 قِيمَتِهِ عَشْرَةَ / . وَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي اخْتَارَهُ القَاضِي فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لَهُ المَبِيعَ
 بِثَمَنِ ، فَيَأْخُذُ بَعْضَهُ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا بِمِائَةِ . فَقَالَ :
 قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِهَا . وَلِأَنَّهُ إِذَا فَسَخَ البَيْعَ فِي بَعْضِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَفْسَخَهُ فِي قَدْرِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ،
 وَلَا يَجُوزُ فَسْخُ البَيْعِ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ ، كَمَا لَا يَجُوزُ فَسْخُ البَيْعِ فِي الجَمِيعِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ .
 وَأَمَّا قَوْلُ^(٢١) أَهْلِ العِرَاقِ ، فَإِنَّ فِيهِ إِجْبَارَ الوَرَثَةِ عَلَى المَعَاوَضَةِ عَلَى غَيْرِ^(٢٢) الرَّجُلِ
 الَّذِي عَاوَضَ مَوْرُوثَهُمْ^(٢٣) ، وَإِذَا فَسَخَ البَيْعَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ إِذَا
 حَصَلَتْ فِي ضَمَنِ البَيْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ البَيْعُ زَالَتِ الوَصِيَّةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ أَنْ
 يَحُجَّ عَنْهُ بِمِائَةِ ، وَأَجْرُ مِثْلِهِ خَمْسُونَ ، فَطَلَبَ الخَمْسِينَ^(٢٤) الفَاضِلَةَ بِدُونِ الحَجِّ .
 وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي عَشْرَةَ بَثَلَاثِينَ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ . وَإِنْ بَاعَ
 العَبْدَ الَّذِي يُسَاوِي ثَلَاثِينَ بِخَمْسَةِ عَشَرَ ، جَازَ البَيْعُ^(٢٥) فِي ثُلُثَيْهِ^(٢٦) بِثُلُثِي الثَّمَنِ .
 وَعَلَى قَوْلِ القَاضِي ، لِلْمُشْتَرِي خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، وَطَرِيقُ هَذَا أَنْ تُنْسَبَ

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، م زيادة : « هذا » .

(٢٣) في الأصل ، ا : « موروثهم » .

(٢٤) في ازيادة : « الزائدة » .

(٢٥) في م : « والبيع » .

(٢٦) في م : « ثلثه » .

الثَّمَنَ وَثُلُثَ الْمَبِيعِ إِلَى قِيَمَتِهِ ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي مِقْدَارِ^(٢٧) تِلْكَ النَّسْبَةِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ أَسْدَاسِهِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ الثَّمَنُ مِنْ قِيَمَةِ الْمَبِيعِ ، وَيُنْسَبُ الثُّلُثُ إِلَى الْبَاقِي ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ تِلْكَ النَّسْبَةِ ، وَهُوَ ثُلَاثُ بَيْتِي الثَّمَنِ . فَإِنْ خَلَّفَ الْبَائِعُ عَشْرَةَ أُخْرَى ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي ثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِهِ بِثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِ الثَّمَنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي نِصْفَهُ وَأَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَيُرَدُّ نِصْفُ ثَمَنِهِ . وَإِنْ بَاعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، بِقَفِيزِ يُسَاوِي عَشْرَةَ ، أَوْ بِقَفِيزِ يُسَاوِي خَمْسَةَ عَشَرَ ، تَعَيَّنَ الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَرْنَاهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَاَفَقَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ هَهُنَا شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ ، وَلَا تَحْصُلُ بغيرِ هَذَا الْوَجْهِ ، وَطَرِيقُ حِسَابِهَا بِالْحَبْرِ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِمَا يُسَاوِي ثُلُثَ قِيَمَتِهِ ، أَنْ نَقُولَ : يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَرْفَعِ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَدُونِ ، وَقِيَمَتُهُ ثُلُثُ شَيْءٍ ، / فَتَكُونُ الْمُحَابَاةُ بِثُلُثِي شَيْءٍ ، أَلْقِيَهُمَا^(٢٨) مِنَ الْأَرْفَعِ ، يَبْقَى^(٢٩) قَفِيزٌ إِلَّا ثُلُثِي شَيْءٍ ، يَبْدُلُ مِثْلِي الْمُحَابَاةَ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلُثُ شَيْءٍ ، فَإِذَا جَبَرْتَهُ^(٣٠) عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، فَالْشَيْءُ نِصْفُ الْقَفِيزِ .

و ٤٣/٦

فصل : القسم الثاني ، المُحَابَاةُ فِي التَّرْوِيجِ ؛ إِذَا تَرَوَّجَ فِي مَرَضِهِ امْرَأَةً ، صَدَاقٌ مِثْلُهَا خَمْسَةٌ ، فَأَصْدَقَهَا عَشْرَةَ لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ وَرِثَتْهُ بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا سَائِرُ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ لَمْ تَرِثْهُ لِكَوْنِهَا مُخَالِفَةٌ لَهُ فِي الدِّينِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلِهَا مَهْرُهَا وَثُلُثُ مَا حَابَاهَا بِهِ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ، فَوَرِثَهَا لَمْ تُخَلَّفْ مَالًا سِوَى مَا أَصْدَقَهَا ، دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَتَصِحُّ الْمُحَابَاةُ فِي شَيْءٍ ، فَيَكُونُ لَهَا^(٣١) خَمْسَةٌ

(٢٧) فِي م : د قدر .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، أ : د أَلْقَاهَا .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : د يَبْقَى .

(٣٠) فِي أ ، م : د جَبَرَهُ .

(٣١) فِي م : د لَهُ .

بالصّدَاقِ ، وِشْيءٍ بِالمُحَابَاةِ ، وَيَبْقَى لِوَرَثَةِ الزَّوْجِ خَمْسَةُ الأَشْيَاءِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِمْ بِالْمِيرَاثِ نِصْفُ مَالِهَا ، وَهُوَ اثْنَانِ وَنِصْفُ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، أَجْبَرُ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً^(٣٢) ، فَكَانَ لَهَا ثَمَانِيَةٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا أَرْبَعَةٌ ، صَارَ لَهُمْ سِتَّةٌ ، وَلِوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ . فَإِنْ تَرَكَ الزَّوْجُ خَمْسَةَ أُخْرَى ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ^(٣٣) يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خَمْسَةٌ ، فَجَازَتْ لَهَا المُحَابَاةُ جَمِيعُهَا ، وَرَجَعَ جَمِيعُ مَا حَابَاها بِهِ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، وَبَقِيَ^(٣٤) لِوَرَثَتِهَا صَدَاقٌ مِثْلُهَا . وَإِنْ كَانَ لِلْمَرْأَةِ خَمْسَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ عَشْرَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ ، فَيَكُونُ لَهَا بِالصَّدَاقِ تِسْعَةٌ مَعَ خُمُسِهَا أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا مَعَ الدِّينَارِ الَّذِي بَقِيَ لَهُمْ ، صَارَ لَهُمْ ثَمَانِيَةٌ وَلِوَرَثَتِهَا سَبْعَةٌ . وَإِنْ كَانَ^(٣٥) عَلَيْهَا دَيْنٌ ثَلَاثَةٌ ، قُلْتُ : يَبْقَى مَعَ وَرَثَةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ دِينَارَانِ وَخُمُسَانِ . وَالبَابُ فِي هَذَا أَنْ تَنْظُرَ مَا يَبْقَى فِي يَدِ وَرَثَةِ الزَّوْجِ ، فَخُمُسَاهُ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي صَحَّحَتِ المُحَابَاةُ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْجَبْرِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا / ، وَالشَّيْءُ هُوَ خُمُسَا شَيْئَيْنِ وَنِصْفٍ ، وَإِنْ شِئْتَ أَسْقَطْتَ خَمْسَةَ ، وَأَخَذْتَ نِصْفَ مَا تَبَقِيَ^(٣٦) .

ظ ٤٣/٦

فصل : القسم الثالث ، أن يُخَالِعَهَا فِي مَرَضِهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِهَا ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ أَنَّ لِوَرَثَتِهَا أَنْ لَا يُعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، فَيَكُونُ لَهُ الأَقْلُ مِنَ العَوَضِ أَوْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ خَالَعَهَا بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا ، وَمَاتَ^(٣٧) قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهَا

(٣٢) فِي الأَصْلِ ، أ : ثَلَاثَةٌ .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٣٤) فِي أ : وَيَبْقَى : م .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦) فِي أ : بَقِيَ : م .

(٣٧) فِي م : وَمَاتَ : م .

مُتَّهَمَةٌ فِي أَنهَا قَصَدَتْ إِبْصَالَ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِهِ إِلَيْهِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ : إِنْ زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ ، فَالزِّيَادَةُ مَرْدُودَةٌ . وَعَنْ مَالِكٍ ، أَنَّ خُلْعَ الْمَرِيضَةِ بَاطِلٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ مُحَابَاةٌ تُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ خَالَعَهَا قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، أَوْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْعَوْضُ مِنَ الثُّلْثِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ : امْرَأَةٌ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِثَلَاثِينَ ، لَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، وَصَدَاقٌ مِثْلِهَا اثْنَا عَشَرَ ، فَلَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، سِوَاءَ قَلِّ صَدَاقِهَا أَوْ كَثْرٍ ؛ لِأَنَّهَا قَدَرُ مِيرَاثِهِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : لَهُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، اثْنَا عَشَرَ لِأَنَّهَا قَدَرُ صَدَاقِهَا ، وَثُلْثُ بَاقِي الْمَالِ بِالْمُحَابَاةِ وَهُوَ سِتَّةٌ . وَإِنْ كَانَ صَدَاقِهَا سِتَّةً ، فَلَهُ (٣٨) أَرْبَعَةَ عَشَرَ ؛ لِأَنَّ ثُلْثَ الْبَاقِي ثَمَانِيَةٌ . مَرِيضٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مِائَةِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَشْرَةٌ ، ثُمَّ مَرِضَتْ ، فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ بِالْمِائَةِ ، وَلَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَلَهَا شَيْءٌ بِالْمُحَابَاةِ ، وَالبَاقِي لَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ (٣٩) إِلَيْهِ نِصْفُ مَالِهَا بِالْمُحَابَاةِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، فَصَارَ مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَتِسْعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَيَعْدُ الْجَبْرِ يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَمَانِيَةً وَثَلَاثِينَ ، فَقَدْ صَحَّ لَهَا بِالصَّدَاقِ وَالْمُحَابَاةِ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، وَبَقِيَ (٤٠) مَعَ وَرَثَتِهِ اثْنَانِ وَخَمْسُونَ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِمُ بِالْخُلْعِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، فَصَارَ مَعَهُمْ سِتَّةٌ وَسَبْعُونَ ، وَبَقِيَ لِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمُ صَدَاقُ الْمِثْلِ وَثُلْثُ شَيْءٍ بِالْمُحَابَاةِ ، فَصَارَ بِأَيْدِيهِمْ مِائَةٌ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةٌ أَثْمَانِيَا ، وَهُوَ سَبْعَةٌ وَثَلَاثُونَ وَنِصْفٌ ، فَصَارَ لَهَا ذَلِكَ وَمَهْرُ الْمِثْلِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ / مَهْرُ الْمِثْلِ وَثُلْثُ الْبَاقِي اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ ، فَيَصِيرُ بِأَيْدِي وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مُحَابَاتِهَا . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمُ (٤١) ثُلْثُ الْعُشْرِ (٤١) وَثُلْثُ الشَّيْءِ ، فَصَارَ مَعَهُمْ ثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ وَثُلْثُ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةٌ أَثْمَانِيَا ، وَهُوَ خَمْسَةٌ

و ٤٤/٦

(٣٨) في ١ : فلها .

(٣٩) في ١ : يرجع .

(٤٠) في ١ : وبقي .

(٤١ - ٤١) في ١ : العشرة .

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 شيئين ، فالشيء خمساً ذلك ، وهو ثمانية وخمسون ، وهو الذي صححت 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 وثمانون (٤٢) .

فصل : في الهبة ؛ رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها ، فقبضها ، ثم مات ، وخلف بنتاً ، فقد صححت الهبة في شيء ، والباقي للواهب ، ورجع إليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه ، صار معه مائة (٤٣) إلا نصف شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء خمساً ذلك أربعون ، رجع إلى الواهب نصفها عشرون ، صار معه ثمانون (٤٤) ، وبقي لورثة أخت الواهب عشرون . وطريقها بالباب (٤٥) أن تأخذ عدداً لثلاثة نصف ، وهو ستة ، فتأخذ ثلثه اثنين ، وتلقى نصفه سهماً ، يبقى سهم ، فهو للمؤهب له ، ويبقى للواهب أربعة ، فتقسم المائة سهم (٤٦) على خمسة ، والسهم الذي أسقطته لا يذكر ؛ لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية ، فيجب أطراحه ، كالسهم الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد . وشبه هذه المسألة من مسائل الرد ، أم وأختان ، فلأختين أربعة ، وللأم سهم ، ويسقط ذكر السهم السادس . / ولو كان ترك اثنتين ، ضربت ثلاثة في ثلاثة ، صارت تسعة ، وأسقطت

ظ ٤٤/٦

(٤٢) في م : ثلاثون .

(٤٣) في زيادة : ونصف .

(٤٤) في م : ثلاثون .

(٤٥) كذا بالنسخ ، وهو يعني بابها في الحساب .

(٤٦) في الأصل ، ا : بينهما .

منها سَهْمًا^(٤٧) بَقِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَخُذِ الثُّلُثَ ثَلَاثَةً ، وَأَسْقِطْ مِنْهَا سَهْمًا^(٤٧) ،
يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهِيَ الَّتِي تَبْقَى لَوَرِثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ لِلْوَاهِبِ ، وَهِيَ مِثْلًا
مَا جَارَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ خَلَفَ امْرَأَةٌ وَبِنْتًا ، فَمَسَّالَتْهَا مِنْ ثَمَانِيَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةِ
تَكُونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ تُسْقِطُ مِنْهَا الثَّلَاثَةَ الَّتِي وَرِثَهَا الْوَاهِبُ ، يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ،
فَهِيَ الْمَالُ ، وَتَأْخُذُ ثُلُثَ الْأَرْبَعَةِ وَالْعِشْرِينَ ، وَهِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، تَلْقَى مِنْهَا الثَّلَاثَةَ ، يَبْقَى
خَمْسَةٌ ، فَهِيَ الْبَاقِيَةُ لَوَرِثَةِ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَالْبَاقِيُ لِلْوَاهِبِ ، فَتَقْسِمُ الْمَائَةَ عَلَى هَذِهِ
السَّهَامِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ مَرِيضًا مَائَةً ، لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ عَادَ الْمَوْهُوبُ لَهُ
فَوَهَبَهَا لِلأَوَّلِ ، وَلَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، فَبِالْبَابِ تَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي ثَلَاثَةِ ، وَتُسْقِطُ مِنْهَا
سَهْمًا ، يَبْقَى ثَمَانِيَّةٌ ، فَاقْسِمِ الْمَائَةَ عَلَيْهَا لِكُلِّ سَهْمَيْنِ^(٤٨) خَمْسَةً وَعِشْرُونَ ، ثُمَّ خُذْ
ثُلُثَهَا ثَلَاثَةً ، أَسْقِطْ مِنْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهُوَ لِلْمَوْهُوبِ الأَوَّلِ ، وَذَلِكَ هُوَ
الرُّبْعُ . وَبِالْجَبْرِ قَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، ثُمَّ صَحَّتِ الْهَبَةُ الثَّانِيَةُ فِي ثُلُثِهِ ، يَبْقَى
لِلْمَوْهُوبِ الأَوَّلِ ثُلُثَا شَيْءٍ وَلِلْوَاهِبِ مَائَةٌ إِلَّا ثُلُثَيْ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وَقَابِلِ ،
يَخْرُجُ الشَّيْءُ سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ وَنِصْفًا ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفًا ، وَيَبْقَى
لِلْمَوْهُوبِ لَهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ . فَإِنْ خَلَفَ الْوَاهِبُ مَائَةً أُخْرَى ، فَقَدْ بَقِيَ مَعَ الْوَاهِبِ
مَائَتَانِ إِلَّا ثُلُثَيْ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا ، وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ،
رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا ، بَقِيَ مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسُونَ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ رَجُلًا جَارِيَةً ، فَقَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ وَوَطَّئَهَا ، وَمَهَّرَهَا

(٤٧ - ٤٧) سقط من : م .

(٤٨) في ا ، م : سهم .

تُلْتُ قِيمَتِهَا ، ثم مات الواهبُ ولا شيء له سِوَاهَا ، وَقِيمَتُهَا ثَلَاثُونَ ، وَمَهْرُهَا عَشْرَةٌ ،
 فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا ثُلُثُ شَيْءٍ ، وَيَقَى لِلْوَاهِبِ أَرْبَعُونَ
 إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ، خُمُسُ ذَلِكَ وَعَشْرُهُ ، وَهُوَ
 اثْنَا عَشَرَ / وَذَلِكَ خُمُسًا الْجَارِيَةَ . فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَيَقَى لِلْوَاهِبِ ثَلَاثَةٌ
 أَخْمَاسِيهَا ، وَلَهُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ ثَلَاثَةٌ أَخْمَاسِ مَهْرِهَا سِتَّةٌ . وَلَوْ وَطَعَهَا أُجْنَبِيٌّ
 فَكَذَلِكَ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَهْرُهَا ، ثَلَاثَةٌ أَخْمَاسِيهِ لِلْوَاهِبِ ، وَخُمُسَاهُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ،
 إِلَّا أَنْ تَفُودَ الْهَبَةُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْهَا^(٤٩) مَوْقُوفٌ عَلَى حُصُولِ الْمَهْرِ مِنَ الْوَاطِيءِ ،
 فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ تَزِدِ الْهَبَةُ عَلَى ثُلُثِهَا . وَكَلَّمَا حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ نَفَذَتِ الْهَبَةُ
 فِي الزِّيَادَةِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ . وَإِنْ وَطَعَهَا الْوَاهِبُ ، فَعَلِيهِ مِنْ عَقْرِهَا بِقَدْرِ مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ،
 وَهُوَ ثُلُثُ شَيْءٍ ، يَبْقَى مَعَهُ ثَلَاثُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا^(٥٠) ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةٌ ،
 وَهُوَ خُمُسُ الْجَارِيَةَ ، وَعَشْرُهَا وَسَبْعَةُ أَعْشَارِهَا لَوْرَثَةِ الْوَاطِيءِ ، وَعَلَيْهِمْ عَقْرُ الَّذِي
 جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ثُلُثُهُ^(٥١) ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْجَارِيَةِ بِقَدْرِهَا ، صَارَ لَهُ خُمُسُهَا .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ رَجُلًا عَبْدًا ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَقَتَلَ الْعَبْدَ الْوَاهِبَ ، قِيلَ
 لِلْمَوْهُوبِ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُسَلِّمَهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ تَسْلِيمَهُ سَلَّمَهُ كُلَّهُ ، نِصْفَهُ
 بِالْجَنَائَةِ ، وَنِصْفَهُ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ كُلَّهُ قَدِ صَارَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاهِبِ ،
 وَهُوَ مِثْلًا نِصْفَهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْهَبَةَ جَازَتْ فِي نِصْفِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ فَفِيهِ^(٥٢) رِوَايَتَانِ ؛
 إِحْدَاهُمَا : يَفْدِيهِ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ^(٥٣) قِيمَةِ نِصْبِيهِ مِنْهُ^(٥٤) أَوْ أَرْضِ جِنَائِيَّتِهِ . وَالْأُخْرَى ،
 يَفْدِيهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ أَرْضِ جِنَائِيَّتِهِ ، بِالْعَةِ مَا بَلَّغَتْ . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ دِيَّةً ، فَإِنَّكَ تَقُولُ :
 صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَتَدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفَ الْعَبْدِ وَقِيمَةَ نِصْفِهِ ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،

(٤٩) في ا ، ب ، م : « منها » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١ - ٥٢) في الأصل : « قيمته » .

فَبَيَّنَ أَنَّ الشَّيْءَ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ دَيْتَيْنِ ، وَاخْتَارَ دَفَعَهُ ، فَإِنَّ الْهَبَةَ تَجُوزُ فِي شَيْءٍ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفُهُ ، وَيَتَّقَى مَعَهُمْ عَبْدًا إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَاهُ ، وَيُرَدُّ إِلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَحْكَاسِهِ ؛ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ ، وَخُمْسًا مِنْ أَجْلِ جِنَايَتِهِ ، فَيَصِيرُ لَهُمْ أَرْبَعَةُ أَحْكَاسِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَدَاهُ بِخُمْسِي الدِّيَةِ ، وَيَتَّقَى لَهُمْ ثَلَاثَةُ أَحْكَاسِهِ وَخُمْسَا الدِّيَةِ ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ خُمْسٍ مِنْهُ ، وَيَتَّقَى لَهُ خُمْسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ نِصْفَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ ، وَقُلْنَا : نَقْدِيهِ بِأَرْشِ جِنَايَتِهِ . نَعَدَّتِ الْهَبَةُ فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ أَرْشَهَا أَكْثَرُ مِنْ مِثْلَى قِيمَتِهِ أَوْ مِثْلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَلَاثَةَ أَحْكَاسِ الدِّيَةِ ، فَاخْتَارَ فِدَاءَهُ بِالْأَدْيَةِ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَفْدِيهِ بِشَيْءٍ وَثَلَاثَيْنِ ، فَصَارَ مَعَ الْوَرْتَةِ عَبْدًا وَثَلَاثًا شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَتَصِحُّ الْهَبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْوَاهِبِ رُبْعُهُ مِائَةً وَخُمْسُونَ ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ سَبْعُمِائَةٍ وَخُمْسُونَ ، صَارَ الْجَمِيعُ تِسْعِمِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْوَاهِبُ مِائَةَ دَيْنَارٍ ، فَاضْمُمْنَا إِلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ ، فَإِنْ اخْتَارَ دَفَعَ الْعَبْدَ ، دَفَعَ ثَلَاثَهُ وَرُبْعَهُ ، وَذَلِكَ قَدْرُ نِصْفِ جَمِيعِ الْمَالِ بِالْجِنَايَةِ وَبِاقِيهِ لِإِتْقَاصِ الْهَبَةِ ، فَيَصِيرُ لِلْوَرْتَةِ (٥٢) الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ يَفْدِي ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ إِذَا لَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا ، فَرَدَّ عَلَى ذَلِكَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمِائَةِ ، يَصِيرُ ذَلِكَ سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْعَبْدِ ، فَتَفْدِيهِ (٥٣) بِسَبْعَةِ أَثْمَانِ الدِّيَةِ .

فصل : مَرِيضٌ أَعْتَقَ عَبْدًا ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، فَقَطَعَ إِصْبِعَ سَيِّدِهِ خَطَأً ، فَإِنَّهُ يَعْتَقُ نِصْفَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ ، وَيَصِيرُ لِلْسَيِّدِ نِصْفَهُ وَنِصْفُ قِيمَتِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَأَوْجَبْنَا نِصْفَ قِيمَتِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مِنْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ لِلْسَيِّدِ ، فَصَارَ مَعَ السَيِّدِ عَبْدٌ إِلَّا شَيْئًا ، وَشَيْءٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَأَسْقَطَ شَيْئًا بِشَيْءٍ ، بَقِيَ مَا مَعَهُ مِنَ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئًا

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : (فقيه) .

مثل ما عَتَقَ منه . ولو كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ مَائَتَيْنِ ، عَتَقَ حُخْمَسَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ ،
 وَعَلَيْهِ نِصْفُ شَيْءٍ لِلسَّيِّدِ ، فَصَارَ لِلسَّيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ (٥٤) ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،
 فَيَكُونُ بَقِيَّةُ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئًا وَنِصْفًا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَحْمَاسِهِ ، وَالشَّيْءُ الَّذِي عَتَقَ
 حُخْمَسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ حَمْسِينَ أَوْ أَقَلَّ ، عَتَقَ كُلَّهُ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ مِائَةٌ ، وَهِيَ مِثْلَاهُ أَوْ
 أَكْثَرُ . وَإِنْ كَانَتْ / قِيمَتُهُ سِتِّينَ ، قُلْنَا : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ وَثُلَاثُ شَيْءٍ لِلسَّيِّدِ ،
 مَعَ بَقِيَّةِ الْعَبْدِ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدِ إِذَا ثُلُثُ شَيْءٌ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ . وَعَلَى
 هَذَا الْقِيَاسِ إِلَّا أَنْ مَا زَادَ مِنَ (٥٥) الْعِتْقِ عَلَى الثُّلُثِ ، يَنْبَغِي أَنْ يَقِفَ عَلَى أَدَاءِ مَا يُقَابِلُهُ مِنَ
 الْقِيَمَةِ ، كَمَا إِذَا دَبَّرَ عَبْدًا وَهُوَ دَيْنٌ فِي ذِمَّةِ غَرِيمٍ لَهُ ، فَكَلَّمَا اقْتَضَى مِنَ الْقِيَمَةِ شَيْئًا ، عَتَقَ
 مِنَ الْمَوْقُوفِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ .

٤٦/٦ و

فصل : فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، دَفَعَهُ وَاحِدَةً ، قِيمَةً أَحَدِهِمَا مِائَةً وَالْآخَرَ مِائَةً
 وَخَمْسُونَ ، فَجَنَى الْأَدْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ جِنَايَةً تَقْصِئُهُ ثُلُثُ قِيمَتِهِ ، وَأَرْشُهَا كَذَلِكَ ،
 فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْجَانِي عَتَقَ مِنْهُ أَرْبَعَةٌ
 أَحْمَاسِهِ ، وَعَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ أَحْمَاسِ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، وَبَقِيَ لَوَرِثَةِ سَيِّدِهِ حُخْمَسُهُ وَأَرْشُ جِنَايَتِهِ
 وَالْعَبْدُ الْآخَرُ ، وَذَلِكَ مِائَةٌ وَسِتُّونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تَقُولَ :
 عَبْدٌ (٥٦) عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ شَيْءٍ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ بِقَدْرِ نِصْفِ قِيمَتِهِ ، بَقِيَ
 لِلسَّيِّدِ نِصْفُ شَيْءٍ ، وَبَقِيَّةُ الْعَبْدَيْنِ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَعَلِمْتَ أَنَّ بَقِيَّةَ الْعَبْدَيْنِ شَيْءٌ
 وَنِصْفٌ ، فَإِذَا أَضْفَقْتَ إِلَى ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي عَتَقَ ، صَارَا جَمِيعًا يَعْدِلَانِ شَيْئَيْنِ
 وَنِصْفًا ، فَالشَّيْءُ الْكَامِلُ حُخْمَسَاهُمَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ أَحْمَاسِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ وَقَعَتْ
 قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، عَتَقَ ثُلُثُهُ ، وَلَهُ ثُلُثُ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْجَانِي ،
 وَذَلِكَ تُسْعُ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى مَنْ ثُلُثُهُ حُرٌّ تُضْمَنُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ ،

(٥٤) في م : « الشيء » .

(٥٥) في م : « في » .

(٥٦) سقط من : الأصل .

والواجبُ له من الأرش^(٥٧) يَسْتَعْرِقُ قِيَمَةَ الجاني ، فَيَسْتَحِقُّهَ بها ، ولا يَنْقَى لِسَيِّدِهِ مَالٌ سِوَاهُ فَيَعْتِقُ ثُلْثَهُ ، وَيَرِيقُ ثُلْثَاهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا خَمْسُونَ ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ / ثَلَاثُونَ ، فَجَنَى الْأَدْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ ، فَتَقْصَهُ حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ أَرْبَعِينَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِلْأَدْنَى ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ ثُلْثُ شَيْءٍ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَيْنِ شَيْئَانِ وَثُلْثَانِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِمَا ، وَقِيَمَتُهُمَا سَبْعُونَ ، فَثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٌ^(٥٨) وَهِيَ مِنَ الْأَدْنَى نِصْفُهُ وَخُمْسَاهُ وَنِصْفُ سُدُسِ عَشْرِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ ثُلْثَهُ ، وَحَقَّهُ مِنَ الْجِنَايَةِ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي ، فَيَأْخُذُهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ الْمُعْتَقُ . وَقَدْ بَقِيََتْ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ ، وَفِيمَا ذَكَرْنَا مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ زَادَ الْعِتْقُ عَلَى ثُلْثِ الْعَبْدَيْنِ مِنْ أَجْلِ وُجُوبِ الْأَرْشِ لِلْسَيِّدِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَوْقُوفَةً عَلَى آدَاءِ الْأَرْشِ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٤٦/٦ ظ

٩٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ جَاوَزَ الْعَشْرَ سِنِينَ ؛ فَوَصِيَّتُهُ جَائِزَةٌ إِذَا وَاَفَّقَ الْحَقُّ)

هذا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَحَنْبَلٍ : تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ مَنْ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَشْرِ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْغُلَامِ لِدُونَ الْعَشْرِ وَلَا الْجَارِيَةِ^(١) ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَمَا زَادَ عَلَى الْعَشْرِ فَتَصِحُّ ، عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، لَا تَصِحُّ حَتَّى

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : « أَرْشٌ » .

(٥٨) فِي حَاشِيَةِ م : « صَوَابُهُ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ وَرَبْعٌ وَهِيَ مِنَ الْأَدْنَى نِصْفُهُ وَرَبْعُهُ وَغَنَّهُ » . وَهُوَ حَقٌّ .

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : « لِدُونَ تِسْعٍ » .

يُتْلَعُ . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : تَصِيحٌ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ إِذَا عَقَلَ . وَرَوَى عَنْ
عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ عَمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ،
وَشُرَيْحِ ، وَعَطَاءِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَإِيَّاسِ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَثْبَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ،
وَمَالِكِ ، وَإِسْحَاقَ . قَالَ إِسْحَاقُ : إِذَا بَلَغَ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُثَنِّبِ عَنْ
أَحْمَدَ . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : لَا تَصِيحُ وَصِيَّتَهُ حَتَّى يُتْلَعُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْمَالِ ، فَلَا
يَصِيحُ مِنَ الصَّبِيِّ ، كَالِهَيْبَةِ وَالْعَتِقِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ، فَلَا تَصِيحُ وَصِيَّتَهُ ، كَالطِّفْلِ .
وَلَنَا ، مَا رَوَى ، أَنَّ صَبِيًّا مِنْ غَسَّانَ ، لَهُ عَشْرُ سِنِينَ ، أَوْصَى لِأَخْوَالِهِ لَهُ ، فَرُفِعَ ذَلِكَ
إِلَى عَمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وَرَوَى مَالِكٌ ،
فِي « مَوْطِئِهِ »^(٢) عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ عَمْرُو بْنَ سُلَيْمٍ أَخْبَرَهُ ، أَنَّهُ
قِيلَ لِعَمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ : إِنَّ هُنَا غُلَامًا يَفَاعَا لَمْ يَحْتَلِمَ ، وَوَرَّثَهُ بِالشَّامِ ، وَهُوَ ذُو
مَالٍ ، وَلَيْسَ لَهُ هُنَا إِلَّا ابْنَةٌ عَمٌّ لَهُ ، فَقَالَ عَمْرٌ : فليُوصَ لها . فَأَوْصَى لها بِمَالٍ يُقَالُ
لَهُ بِعُرْجُشَمَ . قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ : فَبِعْتُ ذَلِكَ الْمَالَ بِثَلَاثِينَ أَلْفًا . وَابْنَةُ عَمَّتِهِ الَّتِي أَوْصَى
لَهَا هِيَ أُمُّ عَمْرُو بْنِ سُلَيْمٍ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَكَانَ الْغُلَامُ ابْنَ عَشْرٍ أَوْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً .
وَهَذِهِ قِصَّةٌ انْتَشَرَتْ فَلَمْ تُنْكَرْ ، وَلِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَمَحُّصًا نَفْعًا لِلصَّبِيِّ ، فَصَحَّ مِنْهُ ،
كَالِإِسْلَامِ وَالصَّلَاةِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَدَقَةٌ يَحْصُلُ ثَوَابُهَا لَهُ بَعْدَ غِنَاهُ عَنْ مِلْكِهِ
وَمَالِهِ ، فَلَا يَلْحَقُهُ ضَرَرٌ فِي عَاجِلِ دُنْيَاهُ وَلَا أُخْرَاهُ ، بِخِلَافِ الْهَيْبَةِ وَالْعَتِقِ الْمُتَعَجِّزِ ،
فَإِنَّهُ يُفَوِّتُ مِنْ مَالِهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، وَإِذَا رُدَّتْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ ، وَهُنَا لَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِالرَّدِّ ،
وَالطِّفْلِ لَا عَقْلَ لَهُ ، وَلَا يَصِيحُ إِسْلَامُهُ وَلَا عِبَادَاتُهُ . وَقَوْلُهُ : « إِذَا وَافَقَ الْحَقُّ » . يَعْنِي

(٢) في : باب ما يجوز وصية الصغير ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٢٤/٢ مختصراً .
والبيهقي ، في : باب ما جاء في وصية الصغير ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٨٢ . وعبد الرزاق ، في :
باب وصية الغلام ، من كتاب الوصايا . المصنف ٩/٧٨ .

إذا وَصَّى بِوَصِيَّةٍ يَصِحُّ مِثْلُهَا مِنَ الْبَالِغِ (٣) ، صَحَّتْ مِنْهُ ، (٤) وَمَالًا (٥) . قَالَ شُرَيْحٌ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَهُمَا قَاضِيَانِ : مَنْ أَصَابَ الْحَقَّ أَجْرُنَا وَوَصِيَّتَهُ .

فصل : فأما الطفل ، وهو من له دون السبع ، والمجنون ، والمبرسُم ، فلا وصية لهم . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم ؛ حميد بن عبد الرحمن ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ومن تبعهم . ولا تعلم أحدًا خالفهم إلا إياس بن معاوية ، قال في الصبي والمجنون (٥) : إذا وافقت وصيتهما (٦) الحق جازت . وليس بصحيح ؛ فإنه لا حكم لكلاميهما ، ولا تصح عبادتهما ، ولا شيء من تصرفاتهما ، فكذا الوصية ، بل أولى ، فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها ، فلأن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى ، ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول ، فلا يصح منهما ، كالبيع والهبة .

٤٧/٦ ظ

فصل : فأما المخبور عليه لسفه ، فإن وصيته تصح ، في قياس قول أحمد . قال الخبري : وهو قول الأكثرين . وقال أبو الخطاب : في وصيته وجهان . ولنا ، أنه عاقل تصح وصيته ، كالصبي العاقل ، ولأن وصيته تمحضت بفعله من غير ضرر ، فصحت كعبادته . وأما الذي يجن أحيانًا ، ويفيق أحيانًا ، فإن وصي حال جنونه لم تصح ، وإن وصي في حال عقله صحَّت وصيته ؛ لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته ، ووجوب العبادة عليه ، فكذلك في وصيته وتصرفاته . ولا تصح وصية السكران . وقال أبو بكر : فيه قولان . يعني وجهين . ولنا ، أنه ليس بعاقل ، فلا تصح وصيته ، كالمجنون . وأما إيقاع طلاقه ، فإنما أوقعه من أوقعه تغليظًا عليه ، لإزتكابه المعصية ، فلا يتعدى هذا إلى وصيته ؛ فإنه لا ضرر عليه فيها ، إنما الضرر على وارثه . وأما

(٣) في ١ ، م : « البائع » .

(٤ - ٥) في ١ ، م : « وإلا » .

(٥) في ٣ زيادة : « إلا » .

(٦) في ٣ : « وصيته » .

الضَّعِيفُ فِي عَقْلِهِ ، فَإِنْ مَنَعَ ذَلِكَ رُشْدَهُ فِي مَالِهِ ، فَهُوَ كَالسَّفِيهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْعَاقِلِ .

فصل : وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ^(٧) ؛ لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ نُطْقِهِ فِي طَلَاقِهِ وَلِعَانِهِ وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا حُكْمَ لَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِمَا . فَأَمَّا النَّاطِقُ إِذَا اعْتَقَلَ لِسَانَهُ ، فَعُرِضَتْ عَلَيْهِ وَصِيَّتُهُ ، فَأَشَارَ بِهَا ، وَفُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ، لَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى الْكَلَامِ ، أَشْبَهَ الْأَخْرَسَ . وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمُنْذِرِ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى وَهُوَ قَاعِدٌ ، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ ، فَفَعَدُوا . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨) . وَخَرَّجَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا إِذَا اتَّصَلَ بِاعْتِقَالِ لِسَانِهِ الْمَوْتُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَأْيُوسٍ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ بِإِشَارَتِهِ ، كَالْقَادِرِ عَلَى الْكَلَامِ . وَالْحَبْرُ لَا يُلْزَمُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ إِشَارَةَ الْقَادِرِ / لَا تَصِحُّ بِهَا وَصِيَّةٌ وَلَا إِقْرَارٌ ، فَفَارَقَ الْأَخْرَسَ ، لِأَنَّهُ مَأْيُوسٌ مِنْ نُطْقِهِ .

و ٤٨/٦

فصل : وَإِنْ وَصَّى عَبْدٌ أَوْ مُكَاتَبٌ أَوْ مُدَبِّرٌ أَوْ أُمٌّ وَلَدٍ وَصِيَّةً ، ثُمَّ مَاتُوا عَلَى الرَّقِّ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُمْ . وَإِنْ عَتَقُوا ^(٩) ثُمَّ مَاتُوا لَمْ يُعَيَّرُوا وَصِيَّتَهُمْ ، صَحَّتْ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ قَوْلًا صَحِيحًا وَأَهْلِيَّةً تَامَةً ، وَإِنَّمَا فَارَقُوا الْحُرَّ بِأَنَّهُمْ لَا مَالَ لَهُمْ ، وَالْوَصِيَّةُ تَصِحُّ مَعَ عَدَمِ الْمَالِ ، كَالْوَصِيِّ الْفَقِيرِ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ ، ثُمَّ اسْتَعْنَى . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ : مَتَى

(٧) فِي الْأَصْلِ : « إِشَارَاتِهِ » .

(٨) فِي : بَابِ إِذَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَّ بِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَذَانِ ، وَفِي : بَابِ صَلَاةِ الْقَاعِدِ ، مِنْ كِتَابِ التَّقْصِيرِ ، وَفِي : بَابِ الْإِشَارَةِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السُّهُورِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا عَادَ مِنْ رِيضًا فَحَضَرَتْ الصَّلَاةَ فَصَلَّى بِهِمْ جَمَاعَةً ، مِنْ كِتَابِ الْمَرْضَى . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١/١٧٦ ، ١٧٧ ، ٢/٥٨ ، ٥٩ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٧/١٥٢ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْإِمَامِ بِصَلَى مِنْ قَعُودِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ . سَنَنِ ابْنِ دَاوُدَ ١/١٤٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَّ بِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١/٣٩٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ صَلَاةِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَالِسٌ ، مِنْ كِتَابِ صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ . الْمَوْطَأُ ١/١٣٥ .

(٩) فِي م : « أَعْتَقُوهُمْ » .

عَتَقْتُ ثُمَّ مِتُّ ، فَنُتِلِّي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً ، فَعَتَّقَ وَمَاتَ ، صَحَّحَتْ وَصِيَّتَهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ .

فصل: وَتَصِيحُ وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، وَالذَّمِيُّ لِلْمُسْلِمِ ، وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ . رُوِيَ إِجَازَةً وَصِيَّةً ^(١٠) الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنَفِيَّةِ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾ ^(١١) . هُوَ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُصَيْنٍ بَاعَتْ حُجْرَتَهَا مِنْ مُعَاوِيَةَ بِمِائَةِ أَلْفٍ ، وَكَانَ لَهَا أَخٌ يَهُودِيٌّ ، فَعَرَّضَتْ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَ فَبَرِثَ ، فَأَبَى ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِثُلْثِ الْمِائَةِ ^(١٢) . وَلَا تَهْتِكُ لَهُ الْهَيْبَةَ ، فَصَحَّحَتْ الْوَصِيَّةَ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَإِذَا ^(١٣) صَحَّحَتْ وَصِيَّةَ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، فَوَصِيَّةُ الذَّمِيِّ لِلْمُسْلِمِ وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ أَوْلَىٰ . وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِمَا تَصِحُّ بِهِ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ . وَلَوْ أَوْصَىٰ لِوَارِثِهِ ، أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ ، بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلْثِهِ ، وَقَفَّ عَلَىٰ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، كَالْمُسْلِمِ سِوَاءً .

فصل: وَتَصِيحُ الْوَصِيَّةِ لِلْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَىٰ قَالَ : ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾ ، إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾ . الْآيَةُ ^(١٤) . فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَىٰ أَنَّ مَنْ قَاتَلَنَا لَا يَجِلُّ بِرُّهُ . وَلَنَا ،

ظ ٤٨/٦

(١٠) سقط من : م ، أ .

(١١) سورة الأحزاب ٦ .

(١٢) في م زيادة : « ألف » .

وتقدم تخريجه في صفحة ٢٣٦ .

(١٣) في م : « وأنها » .

(١٤) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

أَنَّهُ تَصِحُّ هِبَتُهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالذَّمِّيِّ . وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عَمَرَ حُلَّةً مِنْ حَرِيرٍ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ كَسَوْتَنِيهَا ، وَقَدْ قُلْتُ فِي حُلَّةِ عَطَارِدٍ مَا قُلْتُ ، فَقَالَ : « إِنِّي لَمْ أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَهَا » . فَكَسَاهَا عَمْرٌ أُنْحَا مُشْرِكًا لَهُ بِمَكَّةَ (١٥) . وَعَنْ أَسْمَاءِ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ ، قَالَتْ : أَتَيْتُنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ - تَعْنِي الْإِسْلَامَ - فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتَيْتُنِي أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، أَفَأَصِلُهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ » (١٦) . وَهَذَا فِيهِمَا صِلَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ وَبِرُّهُمْ . وَالآيَةُ حُجَّةٌ لَنَا فِي مَنْ لَمْ يُقَاتِلْ ، فَأَمَّا الْمُقَاتِلُ فَإِنَّهُ نَهَى عَنْ تَوَلَّيْهِ لِأَنَّ بَرَّهُ وَالْوَصِيَّةَ لَهُ ، وَإِنْ اخْتَجَّ بِالْمَفْهُومِ ، فَهُوَ لَا يَرَاهُ حُجَّةً . ثُمَّ قَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ الْهَيْبَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ فِي مَعْنَاهَا . فَأَمَّا الْمُرْتَدُّ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَمَا تَصِحُّ هِبَتُهُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا يَرِثُ ، وَلَا يُورَثُ ، فَهُوَ كَالْمَيْتِ . وَلِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ عَنْ مَالِهِ بِرِدَّتِهِ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَجَمَاعَةٍ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِكَافِرٍ بِمُضْهِفٍ وَلَا عَبْدٍ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ هِبَتُهُمَا لَهُ ، وَلَا يَتَّعَمِدُ مِنْهُ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِعَبْدٍ كَافِرٍ ، فَاسْلَمَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ اسْلَمَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَّيَدِيَ الْمِلْكُ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَمَنْ قَالَ : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبُولِ . قَالَ : الْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ تَتَبُّنَ أَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ بِالْمَوْتِ ، لِأَنَّهُ اسْلَمَ بَعْدَ أَنْ مَلَكَه . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحُّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَأْتِي بِسَبَبِ لَوْلَاهُ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ ، فَمَنَعَ مِنْهُ ، كَأَيْتِدَاءِ الْمِلْكَ .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَعْصِيَةٍ وَفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، مُسْلِمًا كَانَ الْمُوصِي أَوْ ذِمِّيًّا ،

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٥/٤ . ويضاف إليه : وأخرجه النسائي أيضا ، في : باب الهيبة للجمعة ، من كتاب الجمعة . المجتبى ٧٨/٣ .
(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١١٤/٤ .

فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار ، أو عمارتيهما ، أو الإتفاق عليهما ، كان باطلا .
وهذا قال الشافعي ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي : يصح . وأجاز أبو حنيفة
الوصية بأرضه / ثبني كنيسته . وخالفه صاحباه . وأجاز أصحاب الرأي أن يوصى بشراء
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
لكتب التوراة والإنجيل ، لم تصح ؛ لأنها كتب منسوخة ، وفيها تبديل ، والاشتغال
بها غير جائز ، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئا مكتوبا من التوراة (١٧) .
وذكر القاضي أنه لو وصى لحصر البيع وقناديلها ، وما شاكل ذلك ، ولم يقصد
إعظامها بذلك ، صحت الوصية ؛ لأن الوصية لأهل الذمة ، فإن النفع يعود إليهم ،
والوصية لهم صحيحة . والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به ؛ لأن ذلك إنما هو
إعانة لهم على معصيتهم ، وتَعْظِيم لِكُنَائِسِهِمْ . ويُقَل عن أحمد كلام يدل (١٨) على
صحة (١٨) الوصية من الذمي بخدمة الكنيسته . والأول أولى وأصح . وإن وصى ببناء
بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب ، صح ؛ لأن بناء مساكنهم ليس
بمعصية .

٩٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَةٍ ، لَمْ يُعْطَ مِنْ فِيهَا مِنَ الْكُفَّارِ ،
إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُمْ)

يعنى به المسلم ، إذا وصى لأهل قريته أو لقرايته بلفظ عام ، يدخل فيه مسلمون
وكفار ، فهي للمسلمين خاصة ، ولا شيء للكفار . وقال الشافعي : يدخل فيه
الكفار ؛ لأن اللفظ (١) يتناولهم بعمومه ، ولأن الكافر لو وصى لأهل قريته

(١٧) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي ﷺ ... ، سنن الدارمي ١/١١٥ ، ١١٦ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨٧ .
(١٨ - ١٨) في م : « لصحة » .
(١) في ازيادة : « عام » .

أَوْ قَرَابَتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، فَكَذَلِكَ الْمُسْلِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ (٢) . فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْكَافِرُ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُسْلِمًا ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي وَصِيَّةِ اللَّهِ تَعَالَى ، مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ ، وَلِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يُرِيدُ الْكَفَّارَ ، لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ عَدَاوَةِ الدِّينِ ، وَعَدَمِ الْوَصْلَةِ ، الْمَانِعِ / مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَوُجُوبِ التَّفَقُّعِ عَلَى فَقِيرِهِمْ ، وَلِذَلِكَ خَرَجُوا مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَزْوَاجِ ، وَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ فِي الْمِيرَاثِ ، فَكَذَا هُنَا ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْمِيرَاثِ . وَإِنْ صَرَّحَ بِهِمْ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ (٣) الْمَقَالِ لَا يُعَارِضُ بَقَرِينَةَ الْحَالِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُمْ وَأَهْلُ الْقَرْيَةِ كُلُّهُمْ كُفَّارًا ، أَوْ أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ ، وَكُلُّهُمْ (٤) كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُمْ ، إِذْ فِي إِخْرَاجِهِمْ رَفْعُ اللَّفْظِ بِالْكَلِّيَّةِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدًا ، وَالْبَاقِي كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ بِالتَّخْصِيصِ هُنَا بَعِيدٌ ، وَفِيهِ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُخَالَفَةُ لَفْظِ الْعُمُومِ . وَالثَّانِي ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدَّلَالِ عَلَى الْجَمْعِ عَلَى الْمُفْرَدِ (٥) . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ أَهْلِهَا كُفَّارًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنُ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَيْهِمْ ، وَصَرْفُهُ إِلَيْهِمْ ، وَالتَّخْصِيصُ يَبْصُحُ وَإِنْ كَانَ بِإِخْرَاجِ الْأَكْثَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ الْكَفَّارُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّخْصِيصَ فِي مِثْلِ هَذَا بَعِيدٌ ، فَإِنَّ تَخْصِيصَ الصُّورَةِ النَّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وَتَخْصِيصَ الْأَكْثَرِ بَعِيدٌ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى دَلِيلِ قَوِيٍّ . وَالْحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعُمُومِ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لِإِخْوَتِهِ ، أَوْ عُمُومَتِهِ ، أَوْ بَنِي عَمِّهِ ، أَوْ لِلْيَتَامَى ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْبَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ كَافِرًا ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ تَتَنَاوَلُ أَهْلَ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَرْبِنَةُ حَالِهِ إِزَادَتْهُمْ ، فَأَشْبَهَ وَصِيَّةَ الْمُسْلِمِ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا أَهْلُ دِينِهِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَصْرِيحٌ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَجْمِعُهُمْ » .

(٥) فِي م : « الْمَفْرَدَةُ » .

المُسْلِمُونَ؟ نَظَرْنَا ، فَإِنْ وُجِدَتْ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرْيَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ ، وَسَائِرُ أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، فَفِي دُخُولِهِمْ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَدْخُلُونَ ، كَمَا لَمْ يَدْخُلِ الْكُفَّارُ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَهِيَ أَحَقُّ بِوَصِيَّتِهِ مِنْ غَيْرِهِمْ ، فَلَا يُصَرَّفُ اللَّفْظُ عَنْ مُفْتَضَاهُ ، وَمِنْ هُوَ أَحَقُّ بِحُكْمِهِ إِلَى غَيْرِهِ . / وَإِنْ كَانَ فِي الْقَرْيَةِ كَافِرٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ دِينِ الْمُوصِي ، لَمْ يَدْخُلْ فِي وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ حَالِ الْمُوصِي تُخْرِجُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَا وُجِدَ فِي الْمُسْلِمِ مِنَ الْأَوْلَوِيَّةِ ، فَبَقِيَ خَارِجًا بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَخْرُجَ ، بِنَاءً عَلَى تَوْرِيثِ الْكُفَّارِ بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ مَعَ (١) اخْتِلَافِ دِينِهِمْ .

و ٥٠/٦

٩٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ ، وَلَا عَصَبَةَ لَهُ ، وَلَا مَوْلَى لَهُ) (١) ، فَجَائِزٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَاثُ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، رحمه الله ، في مَنْ لَمْ يَخْلُفْ مِنْ وُورَائِهِ عَصَبَةً ، وَلَا إِذَا فَرَضَ ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ جَائِزَةٌ بِكُلِّ مَالِهِ . ثَبِتَ هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ قَالَ عُبَيْدَةُ السَّلْمَانِيُّ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَاثُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْ يَعْقِلُ عَنْهُ ، فَلَمْ تَنْفُذْ وَصِيَّتَهُ فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ وَارِثًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ إِنَّمَا كَانَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِهِ (٢) ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » (٣) . وَهَهُنَا

(٦) في ١ ، م : « على » .

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢) سقط من : ١ ، م .

(٣) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٧ .

لا وارت له يتعلّق حقه^(٤) بماله ، فأشبهه حال الصّحة ، ولأنّه لم يتعلّق بماله حقّ وارث ولا غريم ، أشبهه حال الصّحة أو أشبهه الثّلت .

فصل : وإن خَلَفَ ذَا فَرَضٍ ، لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، كَبَيْتٍ ، أَوْ أُمٍّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ سَعْدًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : لَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي . فَمَنَعَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ^(٥) . وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَالِ بِالْفَرَضِ وَالرَّدِّ^(٦) ، فَأَشْبَهَتْ الْعَصَبَةَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، أَوْ لِلرَّجُلِ امْرَأَةٌ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تُنْقِصُ حَقَّهُ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ فَرَضَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٧) . فَأَمَّا ذُووُ^(٨) الْأَرْحَامِ / ، فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةَ بِجَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَلَا عَصَبَةَ لَهُ وَلَا مَوْلَى لَهُ » . وَذَلِكَ لِأَنَّ ذَا الرَّجْمِ إِرْثُهُ كَالْفَضْلَةِ وَالصَّلَةِ ، وَلِذَلِكَ لَا يُصَرَّفُ إِلَيْهِ شَيْءٌ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ الرَّدِّ وَالْمَوْلَى ، وَلَا^(٩) تَحِبُّ نَفَقَتُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُنْفَذَ وَصِيَّتُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَاِرثًا ، فَيَدْخُلُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ^(١٠) وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وَلِأَنَّهُمْ وَرَثَةٌ يَسْتَحِقُّونَ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَصِلَتُهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهُوا ذَوِي الْفُرُوضِ وَالْعَصَبَاتِ ، وَتَقْدِيمُ غَيْرِهِمْ عَلَيْهِمْ لَا يَمْنَعُ مَسَاوَاتِهِمْ لَهُمْ فِي مَسْأَلَتِنَا ، كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ يَحْجُبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا وَالْعَصَبَاتِ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ ذَا فَرَضٍ لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلَاثِي ، عَلَى

(٤) في م : « حق » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) سورة النساء ١١ .

(٨) في م : « ذو » .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) في الأصل ، ا : « تترك » .

أَنَّهُ لَا يَنْقُصُ ذَا الْفَرَضِ شَيْئًا مِنْ فَرَضِهِ . أَوْ حَلْفَ امْرَأَةٍ ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا فَضَّلَ مِنَ الْمَالِ عَنْ فَرَضِهَا . صَحَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ ذَا الْفَرَضِ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، لَوْلَا الْوَصِيَّةُ ، فَلَا فَرْقَ فِي الْوَصِيَّةِ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ مِنَ الزَّائِدِ عَلَى الْفَرَضِ . وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ ، فَتَنْبِيْهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَصِحُّ ثُمَّ . صَحَّتْ هُنَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ عَنْ فَرَضِ الزَّوْجَةِ مَالٌ لَا وَاثَرَ لَهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ زَوْجَةً . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصِحُّ ثُمَّ . فَهَهُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ بَيِّنَاتِ الْمَالِ جُعِلَ كَالْوَارِثِ^(١) ، فَصَارَ كَأَنَّهُ ذُو وَرَثَةٍ يَسْتَعْرِقُونَ الْمَالَ إِذَا عَيَّنَ الْوَصِيَّةَ مِنْ نَصِيبِ الْعَصْبَةِ مِنْهُمْ ، فَعَلَى هَذَا يُعْطَى الْمُوصَى لَهُ الثُّلْثُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْقُطُ تَحْصِيصُهُ .

٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلْثِ بَعْدَ عَتَقِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلْثِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةَ)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لعبده بجزءٍ شائعٍ من ماله ، كثلثٍ أو ربعٍ أو سدسٍ ، صحَّتِ الوصيةُ ، فإن خرج العبدُ من الوصيةِ ، عتقَ ، واستحقَّ باقيها ، وإن لم يخرج ، عتقَ منه بقدرِ الوصيةِ . وهذا قال الحسنُ ، وابنُ سيرينَ ، وأبو حنيفةَ ، إلا أنهم قالوا : إن لم يخرج من الثلثِ ، سعى في قيمةِ باقيه . وقال الشافعيُّ ، رضي الله عنه : الوصيةُ باطلةٌ ، إلا أن يوصيَ بعتقه ؛ لأنه أوصى لمالٍ^(١) يصيرُ للورثةِ ، فلم يصحَّ ، كما لو أوصى له بمعينٍ . ولنا ، أن الجزءَ الشائعَ يتناولُ نفسه أو بعضها^(٢) ؛ لأنه من جملةِ الثلثِ الشائعِ ، والوصيةُ له بنفسه تصحُّ ويعتقُ ، وما فضلَ يستحقُّه^(٣) ؛ لأنه يصيرُ حراً ، فيملكُ الوصيةَ ، فيصيرُ كأنه قال : اعتقوا عبدي من ثلثي ، وأعطوه

٥١/٦ و

(١) في م : « كوارث » .

(١) في ا ، م ، « بمال » .

(٢) في م : « بعضه » .

(٣) في الأصل : « استحقه » .

(٤) ما فَضَّلَ منه ، وفارق ما إذا أوصى بمُعَيَّنٍ ؛ لأنه لا يتناول شيئاً منه .

فصل : فإن أوصى له بمُعَيَّنٍ من ماله ، ككُتُوبٍ أو دارٍ أو بمائةٍ ذَرَّهَمٍ ، فالوصية باطلةٌ ، في قول الأَكْثَرِينَ . وبه يقول الثوريُّ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وذكر ابنُ أبي موسى روايةً أخرى عن أحمد ، أنها تصحُّ . وهو قول مالكٍ ، وأبي ثورٍ . وقال الحسنُ ، وابنُ سيرينَ : إن شاء الوارثةُ أجازوا ، وإن شاء وارثوا . ولنا ، أن العبدَ يصيرُ ملكاً للوارثةِ ، فما وصى به له فهو لهم ، فكأنه أوصى لوارثته بما يرثونه ، فلا فائدة فيه . وفارق ما إذا أوصى له بمُشَاعٍ ؛ لما ذكرناه .

فصل : وإن أوصى له بِرَقَبَتِهِ ، فهو تَدْيِيرٌ ، يَعْتَقُ إن حَمَلَهُ التُّلْثُ . وبهذا قال مالكٌ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال أبو ثورٍ : الوصية باطلةٌ ؛ لأنه لا يملك رَقَبَتَهُ . ولنا ، أنه أوصى له بَمَنْ لا يملكه على الدوامِ ، فصَحَّ ، كما لو وصى (به لأبيه^٥) ، ولأنَّ معنى الوصية له بِرَقَبَتِهِ عِتْقُهُ ، لِعَلِمِهِ بانه لا يملك رَقَبَتَهُ ، فصارتِ الوصيةُ به كنايةً عن إعتاقه بعد موته . وإن أوصى له ببعض رَقَبَتِهِ ، فهو تَدْيِيرٌ لذلك الجزءِ ، وهل يَعْتَقُ^(٦) جميعه إذا حَمَلَهُ التُّلْثُ ؟ على روايتين ، ذكرهما الخِرَقِيُّ فيما إذا ذُبَّ بعضُ عبده وهو مالكٌ لِكُلِّهِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : / يَسْعَى في قيمةٍ باقيه . وهذا شيءٌ يأتي في باب العتقِ ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن أوصى لِمُكَاتِبِهِ^(٧) ، أو مُكَاتِبِ وَاثِرِهِ ، أو مُكَاتِبِ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، سواءً أوصى له بجزءٍ شائعٍ أو مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ وَرَثَتَهُ لا يَسْتَحِقُّونَ المُكَاتِبَ . ولا يملكون ماله . وإن أوصى لأُمٍّ وُلِدِهِ ، صَحَّتِ الوصيةُ ؛ لأنها حُرَّةٌ حين لزومِ الوصيةِ . وقد

(٤) - (٤) في م : « فأفضل » .

(٥) - (٥) في م : « بأبيه » .

(٦) في ١ ، م : « يعتقه » .

(٧) في ١ : « بمكاتبه » .

رَوَى عَنْ عَمْرٍ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ أَوْصَى لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ^(٨) . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ . وَبِهِ قَالَ مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَإِنْ وَصَّى لِمُدَبَّرِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا حِينَ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ التُّلْثِ هُوَ وَالْوَصِيَّةُ جَمِيعًا ، قُدِّمَ عَتَقُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَعْتَقُ بَعْضُهُ ، وَيَمْلِكُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَّى لِعَبْدِهِ وَصِيَّةً صَحِيحَةً ، فَيُقَدِّمُ عَتَقَهُ عَلَى مَا يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْمَالِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِعَبْدِهِ الْقِنْ بِمُشَاعٍ مِنْ مَالِهِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ غَيْرِهِ ، صَحَّ ، وَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ ^(٩) ، وَالْقَبُولُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مُضَافًا إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَالَهُ وَهَبَهُ شَيْئًا ، فَإِذَا قَبِلَ ثَبَتَ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، وَكَسْبُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَلَا تَقْتَرُ فِي الْقَبُولِ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ كَسْبٌ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالِاخْتِطَابِ . وَهَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَالْأَصْحَابُ وَجَّهَ آخَرَ ^(٩) ، أَنَّ الْقَبُولَ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مِنَ الْعَبْدِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهُ وَشِرَاءَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَحْصِيلُ مَالٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِهِ ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَتَحْصِيلِ الْمُبَاحِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَبْدٍ وَارِثِهِ ، فَهِيَ كَالْوَصِيَّةِ لَوَارِثِهِ ، يَفُفُّ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ يَسِيرًا جَازًا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ ، وَإِنَّمَا لِسَيِّدِهِ أَخْذُهُ مِنْ يَدِهِ ، فَإِذَا وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ يَسِيرٍ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِذَلِكَ الْعَبْدَ / ، دُونَ سَيِّدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ لِعَبْدٍ وَارِثِهِ ، فَأَشْبَهَتْ الْوَصِيَّةَ

٥٢/٦ و

(٨) في ١، م زيادة: « أربعة آلاف ». وهي زيادة في سنن الدارمي. وأخرجه سعيد، في: وصية الصبي. السنن ١٢٨/١. كما أخرجه الدارمي، في: باب من أوصى لأمهات أولاده، من كتاب الوصايا. سنن الدارمي ٤٢٣/٢.

(٩) سقط من: م.

بالكثير ، وما ذكره^(١٠) من ملك العبد ممنوع ، ولا اعتبار به ، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه ، فهو كالكثير .

فصل : وإذا أوصى بعنق أمته ، على أن لا تزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج . عتقت . فإن تزوجت بعد ذلك ، لم تبطل عتقتها . وهذا مذهب الأوزاعي ، والليث ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأن العنق إذا وقع لا يمكن رفعه . وإن أوصى لأُم وولده بألف ، على أن لا تزوج ، أو على أن تثبت مع ولده ، ففعلت ، وأخذت الألف ، ثم تزوجت وتركت ولده ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تبطل وصيتها ؛ لأنه فات الشرط ، ففانت الوصية ، وفارق العنق ، فإنه لا يمكن رفعه . والثاني ، لا تبطل وصيتها . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأن وصيتها صحت ، فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها ، كالأولى .

فصل : واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حامد : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلاً خطأ ، فعفا المجروح . فقال أحمد : يُعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قولي الشافعي ، رضي الله عنه ؛ لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له ، كالدمي . وقال أبو بكر : لا تصح الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده ، بطل تدييره ، والتدبير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية ، فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنعه . وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ، صح ، وإن وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ، أبطلها ، جمعاً بين نصي أحمد في الموضوعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن

(١٠) في م : ذكره .

الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الْجَرْحِ صَدَرَتْ / مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا ، وَ لَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهَا مَا يُبْطِلُهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَتْ ، فَإِنَّ الْقَتْلَ طَرَأَ عَلَيْهَا فَأَبْطَلَهَا ، لِأَنَّهُ يُبْطِلُ مَا هُوَ آكُذَمُنَا ، يُحَقِّقُهُ (١١) أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا مَنَعَ الْمِيرَاثَ ، لِكَوْنِهِ بِالْقَتْلِ اسْتَعْجَلَ الْمِيرَاثَ الَّذِي أَنْعَقَدَ سَبَبُهُ ، فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ مَنَعَ الْمِيرَاثَ ، دَفْعًا لِمَفْسَدَةِ قَتْلِ الْمَوْرُوثَيْنِ ، وَلِذَلِكَ بَطَّلَ التَّذْيِيرُ بِالْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَيْهِ أَيْضًا ، وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فِي الْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ رَبَّمَا اسْتَعْجَلَهَا بِقَتْلِهِ . وَفَارَقَ الْقَتْلَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ اسْتِعْجَالَ مَالٍ ، لِغَدَمِ انْعِقَادِ سَبَبِهِ ، وَالمُوصِي رَاضٍ بِالْوَصِيَّةِ لَهُ بَعْدَ صُدُورِ مَا صَدَرَ مِنْهُ فِي حَقِّهِ ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْحَطَأِ فِي هَذَا ، كَمَا لَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بِذَلِكَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَعَلَى هَذَا مَتَى دَبَّرَ عَبْدُهُ بَعْدَ جَرْحِهِ إِيَّاهُ ، صَحَّ تَذْيِيرُهُ .

٩٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيْ حُرٍّ . أُقْرِعُ (١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ حُرٌّ ، إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وجملة ذلك أنه إذا أعتق عبداً غير معين ، فإنه يُقْرِعُ بينهما ، فيخرج الحرُّ بالقرعة . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : له تعيينُ أحدهما بغير قرعة ؛ لأنه عتق مُسْتَحَقٌّ في غير معين ، فكان التَّعْيِينُ إِلَى الْمُعْتَقِ ، كَالْعِتْقِ فِي الْكُفَّارَةِ ، وَكَالْوَقَالِ لَوْرَثَتِهِ : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . ولنا ، أنه عتق استحققه واحد من جماعة معينين ، فكان إخراجُه بالقرعة ، كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ، ودليل الحكم في الأصل ، حديثُ عمرانَ ابنِ حصينٍ (٢) . فأما العتق في الكفارة ، فإنه لم يستحقه أحدٌ ، إنما استحق على المكفر التَّكْفِيرُ . وأما إذا قال : أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا . فإن لم يضيفه إلى عبده ، ولا إلى جماعةٍ سواهم ، فهو كالمعتق في الكفارة . وإن قال : أَعْتَقُوا أَحَدَ عِبْدِي . اِحْتَمَلَ أَنْ نَقُولَ بِإِخْرَاجِهِ بِالْقُرْعَةِ كَمَسْأَلَتِنَا ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُرْجَعَ فِيهِ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ . وَأَصْلُ

(١) في م : « ويحققه » .

(٢) في الأصل ، ١ : « قرع » .

(٣) تقدم تخرجه في صفحة ٣٩٥ .

الْوَجْهَيْنِ مَالُو/ وَصَّى لِرَجُلٍ بَعْدِي مِنْ عِبِيدِهِ ، هَلْ يُعْطَى أَحَدَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ يُرْجَعُ فِيهِ^(٣) إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ ؟ وَسَيَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهَا . وَالْفَرْقُ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا وَبَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، أَنَّهُ^(٤) جَعَلَ الْأَمْرَ إِلَى الْوَرِثَةِ ، حَيْثُ أَمَرَهُمْ بِالْإِعْتِقَاقِ ، فَكَانَتِ الْخِيَرَةُ إِلَيْهِمْ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَمْ يَجْعَلْ لَهُمْ مِنَ الْأَمْرِ شَيْئًا ، فَلَا يَكُونُ لَهُمْ خِيَرَةٌ .

فصل : وَنَقَلَ صَالِحٌ عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَنْ لَهُ غُلَامَانِ اسْمُهُمَا وَاحِدٌ ، فَقَالَ : فَلَانَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَلَهُ مَائَتَانِ دِرْهَمٍ . وَلَمْ يُعَيِّنْهُ ، يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُعْتَقُ مَنْ حَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْمَائَتَيْنِ شَيْءٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَائَتَيْنِ وَقَعَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَّا لِمُعَيَّنٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ تَصِحَّ هَذِهِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا مُسْتَحَقُّهَا حُرٌّ فِي حَالِ اسْتِحْقَاقِهَا . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ : أَعْتَقُوا رَقَبَةً عَنِّي . فَلَا يُعْتَقُ عَنْهُ إِلَّا مُسْلِمٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُطَّلَقَ مِنْ^(٥) كَلَامِ الْآدَمِيِّ يُحْمَلُ عَلَى الْمُطَّلَقِ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمَّا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِتَحْرِيرِ رَقَبَةٍ ، لَمْ يَتَنَاوَلْ إِلَّا الْمُسْلِمَ ، فَكَذَلِكَ الْآدَمِيُّ .

٩٧٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ زَيْدٌ بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَيُعْتَقُ ، فَلَمْ يَبْعَهُ سَيِّدُهُ ، فَالْخَمْسِمِائَةُ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ ، فَمَا فَضَلَ فَهُوَ لِلْوَرِثَةِ)

أَمَّا إِذَا تَعَدَّرَ شِرَاؤُهُ ، إِمَّا لِامْتِنَاعِ سَيِّدِهِ مِنْ بَيْعِهِ ، أَوْ مِنْ بَيْعِهِ بِالْخَمْسِمِائَةِ ، وَإِمَّا لِمَوْتِهِ ، أَوْ لِعَجْزِ الثَّلَاثِ عَنْ ثَمَنِهِ ، فَالثَّمَنُ لِلْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بَطَلَتْ لِتَعَدُّرِ الْعَمَلِ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ فَمَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، أَوْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَدْعُ وَارِثًا . وَلَا يَلْزَمُهُمْ شِرَاءُ عَبْدٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِمُعَيَّنٍ ، فَلَا تُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِهِ . وَأَمَّا إِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ ، فَالْبَاقِي لِلْوَرِثَةِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ

(٣) سقط من : ١ ، م .

(٤) في الأصل زيادة : « لو » .

(٥) في م : « في » .

إِزْفَاقَهُ بِالثَّمَنِ^(١) وَمُحَابَاتِهِ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِيَعُوهُ عَبْدِي بِخَمْسِمِائَةٍ . وَوَقِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَكَالَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ فَلَانَ حَجَّةً بِخَمْسِمِائَةٍ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ فِي الْعِتْقِ ، / كَالَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ ، رُذُّ مَا فَضَّلَ فِي الْحَجِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَائِهِ بِخَمْسِمِائَةٍ ، فَكَانَ مَا فَضَّلَ مِنَ الثَّمَنِ رَاجِعًا إِلَيْهِ ، كَالَوْ وَكَّلَ فِي شِرَائِهِ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ رَجُلٌ بِخَمْسِمِائَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ ثُمَّ إِزْفَاقَ الَّذِي يَحُجُّ بِالْفَضْلَةِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْمَقْصُودُ الْعِتْقُ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ لغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ لِلْحَجِّ مُطْلَقًا ، فَصُرِفَ جَمِيعُهَا فِيهِ ، وَهُنَا الْمُعَيَّنُ ، فَلَا تَتَعَدَّاهُ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ قَصَدَ إِزْفَاقَ زَيْدٍ بِالثَّمَنِ وَمُحَابَاتِهِ بِهِ . فَنَقُولُ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةٌ تُدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا لَكُونَ الْبَائِعِ صَدِيقًا لَهُ ، أَوْ ذَا حَاجَةٍ ، أَوْ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ الَّذِينَ يُقْصِدُونَ بِهَذَا ، أَوْ عَيْنَ هَذَا الثَّمَنِ وَهُوَ يَعْلَمُ حُصُولَ الْعَبْدِ بِدُونِهِ ؛ لِإِقْلَةِ قِيمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى زَيْدٍ ، كَالَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : وَادْفَعُوا إِلَيْهِ جَمِيعَهَا ، وَإِنْ بَدَلَهُ بِدُونِهَا . وَإِنْ انْعَدَمَتْ هَذِهِ الْقَرَائِنُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِئِمَّا قَصَدَ الْعِتْقَ ، وَقَدْ حَصَلَ ، فَكَانَ الْفَاضِلُ عَائِدًا إِلَيْهِ ، كَالَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ فِي حَيَاتِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ بِالْفِ ، فُيَعْتَقَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثُلْثِهِ ، اشْتَرَى عَبْدٌ بِمَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِالْفِ ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمَأْمُورِ الشَّرَاءُ بِدُونِهِ ، كَالْوَكِيلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ يَجِبُ تَنْفِيدُهَا إِذَا احْتَمَلَهَا الثُّلْثُ ، فَإِذَا لَمْ يَحْتَمِلْهَا وَجِبَ تَنْفِيدُهَا فِي مَا حَمَلَهُ ، كَالَوْ وَصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ فَلَمْ^(٢) يَحْمِلْهُ الثُّلْثُ ، وَفَارَقَ الْوَكَالََةَ ، فَإِنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ فِي إِعْتِاقِ عَبْدٍ لَمْ يَمْلِكْ إِعْتِاقَ بَعْضِهِ ، وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتِاقِ عَبْدٍ ، لَأَعْتَقَ مِنْهُ مَا يَحْتَمِلُهُ

(١) فِي مَزِيدَةٍ : مُحَابَاتِهِ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الثُّلُثُ . فَأَمَّا إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، فَاشْتَرَاهُ وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ الْمَالَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ إِلَى الرَّقِّ إِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بَعَيْنِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ تَبَيُّنَ أَنَّ الشِّرَاءَ بَاطِلٌ بِكَوْنِهِ اشْتَرَى بِمَالٍ مُسْتَحَقٍّ لِلْعُرْمَاءِ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ الشِّرَاءُ فِي الذَّمِّ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَتَفَذَّ الْعِتْقُ / ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي غَرَامَةٌ تَمَنَّهُ ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَا عَرَّهُ ، إِنَّمَا عَرَّهُ الْمُوصِي ، وَلَا تَرِكَةٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشَارِكَ الْعُرْمَاءُ فِي التَّرِكَةِ ، وَيَضْرِبُ مَعَهُمْ بِقَدْرِ دَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَرِمَهُ بِتَعْرِيرِ الْمُوصِي ، فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا كَانَ مَيْتًا لَرِمَهُ فِي تَرِكَتِهِ ، كَأَرْشِ جِنَايَتِهِ .

و ٥٤/٦

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ وَأُطْلِقَ ، أَوْ وَصَّى بِبَيْعِ عَبْدِهِ وَأُطْلِقَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِابْدَءِهَا مِنْ مُسْتَحَقٍّ ، وَلَا مُسْتَحَقَّ هُنَا . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ بِشَرْطِ الْعِتْقِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَبِيعَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ هُنَا نَفْعًا لِلْعَبْدِ بِالْعِتْقِ . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مِنْ يَشْتَرِيهِ كَذَلِكَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِتَعَدُّهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ لِيُعْتَقَ ، فَلَمْ يَبِعْهُ سَيِّدُهُ . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ لِرَجُلٍ بَعَيْنَهُ بِمَنْ مَعْلُومٍ ، يَبِيعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ . وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ ثَمَنًا ، يَبِيعُ بِقِيَمَتِهِ ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِكَوْنِهِ قَصْدًا إِبْصَالِ الْعَبْدِ بَعَيْنَهُ إِلَى رَجُلٍ بَعَيْنَهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْعَرَضُ بِإِزْفَاقِ الْعَبْدِ بِإِصْبَالِهِ إِلَى مَنْ هُوَ مَعْرُوفٌ بِحُسْنِ الْمَلِكَةِ ، وَإِعْتِاقِ الرَّقَابِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِزْفَاقَ الْمُشْتَرِي لِمَعْنَى يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ تَعَدَّرَ بَيْعُهُ لِذَلِكَ الرَّجُلِ ، أَوْ أَبِي أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِالثَّمَنِ ، أَوْ بِقِيَمَتِهِ إِنْ لَمْ يُعَيَّنِ الثَّمَنَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٩٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَا آخَرَ بَثُلَتْ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرُ الْعَبْدِ مِائَتًا دَرَاهِمًا ، فَأَجَازَ الْوَرِثَةُ ذَلِكَ ^(١)) ، فَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْثُلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ وَرُبْعَ الْعَبْدِ ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وَإِنْ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

لَمْ يُجْزِ الْوَرْتَةَ ذَلِكَ ، فَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ سُدُسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ
وَصِيَّتَهُ فِي الْجَمِيعِ ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ نِصْفَهُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ، فِي الْعَبْدِ (

٥٤/٦ ظ

وجملته أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولاخر بجزء مشاع منه ، / كثلث
المال ورُبْعِه ، فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ، ثم شارك
صاحب المعين فيه ، فيقتسمانه بينهما على قدر حقيتهما فيه ، ويدخل النقص على كل
واحد منهما بقدر ماله في الوصية ، كمسائل العول ، وكألو أوصى لرجل بماله ، ولاخر
بجزء منه . فأما في حال الرد ، فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث ، مثل أن يوصى
لرجل بسُدُسِ ماله ، ولاخر بمعين قيمته سُدُسُ الْمَالِ ، فهي كحال الإجازة سواء ،
إذ لا أثر للرد . وإن جاوزت^(٢) ثلثه ، ردّذنا وصيتهما إلى الثلث ، وقسمناه بينهما على
قدر وصيتهما ، إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين ، والآخر يأخذ حقه
من جميع المال . هذا^(٣) قول الخرقي ، وسائر الأصحاب . ويقوى عندي أنّهما في
حال الردّ يقتسمان الثلث ، على حسب مالهما في الإجازة . وهذا قول ابن أبي ليلى .
وقال أبو حنيفة ، ومالك في الردّ : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ، ويضم الآخر
سهامه إلى سهام الورثة ، ويقتسمون الباقي على خمسة ، في مثل مسألة الخرقي ؛
لأن له السُدُسَ ، وللورثة أربعة أسداس . وهو مثل قول الخرقي ، إلا أن الخرقي
يُعْطِيهِ السُدُسَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد ، وتفقوا
على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ؛ لأن كل واحد منهما قد أوصى
له بثلث المال ، وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث ، وهو نصف الوصيتين ، فيرجع كل
واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية .

(٢) في الأصل ، ا : « جاوز » .

(٣) في ا ، م : زيادة « هو » .

وفي قول الخرقى رحمة الله عليه : يأخذ^(٤) كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه ، وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع^(٥) ؛ لأنه وصى له بثلث الجميع . وأما على قولنا ، فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث ؛ لأنه وصى له بشيء أشرك معه غيره فيه كله ، وصاحب الثلث أفرد به بشيء لم يُشاركه فيه غيره ، فوجب أن يُقسَم بينهما الثلث حالة الرد على حسب ما لهما / في حال الإجازة ، كما في سائر الوصايا ، ففي^(٦) مسألة الخرقى^(٧) هذه^(٨) ، لصاحب الثلث الثلث المائتين ستة وستون وثلثان ، لا يُزاحمه الآخر فيها ، ويشتركان في العبد ، لهذا ثلثه ، وللآخر جميعه ، فأبسطة^(٩) من جنس الكسر ، وهو الثلث ، يصير العبد ثلاثة ، واضمم إليها الثلث الذي للآخر ، يصير أربعة ، ثم^(١٠) أقسم العبد على أربعة أسهم ، يصير الثلث ربعاً ، كما في مسائل العول . وفي حال الرد تُرد وصيتهما إلى ثلث المال ، وهو نصف وصيتهما ، فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ، ويرجع صاحب العبد إلى نصفه . وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع ، يكن اثنا عشر ، ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين ، فلصاحب الثلث ثلث المائتين ، وهو ثمانية^(١١) من أربعين^(١٢) ، ورُبع العبد ، وهو ثلاثة أسهم ، صار له أحد عشر ، ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه ، وذلك تسعة أسهم ، فيضمها إلى سهم صاحب الثلث ، صار الجميع عشرين سهماً ، ففي حال الرد تجعل الثلث عشرين سهماً^(١٣) ، والمال كله ستون ، فلصاحب العبد تسعة من العبد ، وهو ربعه وخمسه ، ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين ، وهي خمسها ، وثلاثة من العبد ،

(٤ - ٤) هذا مضروب عليه في الأصل ، ١ . ومكتوب بدله بقلم مغاير : « سدس جميع المال » .

(٥ - ٥) في م : « مسألتنا » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧) في الأصل ، ب : « فأسقطه » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ١ .

وذلك عُشره ونصف عُشره . وإن كانت وصية صاحب المشاع بالنصف ، فله في حال الإجازة مائة وثلاث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ، ولصاحب العبد خمسه . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الإجازة ، ثم تُعطى كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة . وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ، ثم تُعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة ، ويأنه في هذه المسألة ، أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين ؛ لأن النصف والثلث خمسة من ستة ، فالثلث / خمساها ، فلصاحب العبد خمسا العبد ؛ لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس ؛ لأنه خمسا وصيته . وعلى الوجه الآخر ، قد حصل لهما في الإجازة الثلثان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف ، فلكل واحد منهما مما حصل له في الإجازة نصفه ، وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها ، فله ربعها ، وكان له من العبد ثلثه ، فصار له سدسه ، وكان لصاحب العبد ثلثاه ، فصار له ثلثه . وإن كانت المسألة بحالها ، وملكه غير العبد ثلاثمائة ، ففي الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه . وفي الرد ، لصاحب المشاع تسعا المائين كله ، ولصاحب العبد أربعة أضعافه ، على الوجه الأول . وعلى الوجه الثاني ، لصاحب العبد ربعه ^(١٠) وسدسه ، وللآخر ثمنه ونصف سدسه ^(١١) ، ومن المائين ثمانون ، وهي ربعها وسدس عُشرها . وإن وصي لرجل بجميع ماله ، ولاخر بالعبد ، ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه ، والباقي كله للآخر . وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة ، لصاحب العبد خمسه ، وهو ربع العبد وسدس عُشره ، وللآخر أربعة أضعافه ، فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ،

٥٥/٦ ظ

(١٠) في م : « أربعة » .

(١١) في حاشية م : « صوابه ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسة » .

ومن كل مائة مثل ذلك ، وهو ثمانون ديناراً . ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ،
 ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ، ووصى بالعبد لآخر ، ففي حال الإجازة يُقسَّم العبد
 بينهما نصفين ، ويُنفرد صاحب الثلث بثلث الباقي^(١٢) . وفي الرد ، للموصى له
 بالعبد ثلثه ، وللآخر ثلثه وثلث المائة . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب العبد رُبْعُه ،
 وللآخر رُبْعُه ونصف المائة ، يَرْجِعُ كُلُّ واحدٍ منهما إلى نصف وصيته . فإن لم تَرِدْ
 الوصيتان على الثلث ، كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ، ووصى لرجل
 بسدس ماله ، ولآخر بالعبد ، فلا أثر للرد ههنا ، ويأخذ صاحب المشاع سدس
 المال وسبع العبد ، والآخر ستة أسباعه . وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال ،
 فله مائة وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه . ولا أثر للرد أيضاً ؛ لأنَّ
 الوصيتين لم يخرُج بهما من المال أكثر من ثلثه .

٥٦/٦ ط

٩٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنثَى بِالسَّوِيَةِ ،
 وَلَا يُجَاوِزُ بِهَا^(١) أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بِنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِي
 الْقُرْبَى)

وجملته أن الرجل إذا أوصى لقرابته ، أو لقرابة فلان ، كانت الوصية لأولاده ،
 ولأولاد^(٢) أبيه ، وأولاد جدّه ، وأولاد جد أبيه ، ويستوى فيه^(٣) الذكور والأُنثى ،
 ولا يُعطى مَنْ هو أبعدُ منهم شيئاً ، فلو وصى لقرابة النبي ﷺ ، أعطى أولاده وأولاد
 عبد المُطَلِّبِ وأولاد هاشم ، ولم يُعطِ بِنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَلَا بِنِي نَوْفَلِ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ اللَّهَ
 تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي
 الْقُرْبَى ﴾^(٤) . يعني قُرباءَ النبي ﷺ ، أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكروا هُم ،
 ولم يُعطِ مَنْ هو أبعدُ منهم ، كبنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَنَوْفَلِ شَيْئاً ، إِلَّا أَنَّهُ أُعْطِيَ بِنِي الْمُطَلِّبِ ،

(١٢) في حاشية م : « صوابه بنصف الباقي » .

(١) في الأصل : « به » .

(٢) في ١ ، م : « وأولاد » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة الحشر ٧ .

وَعَلَّ عَطِيَّتُهُمْ بِأَتْنِهِمْ « لم يُفَارِقُوا ابْنِي هَاشِمٍ ، فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ » (٥) . وَلَمْ يُعْطِ قَرَابَةَ أُمِّهِ ، وَهَم بِنُورِ زَهْرَةَ شَيْئًا ، وَلَمْ يُعْطِ مِنْهُمْ (٦) إِلَّا مُسْلِمًا ، فَحُجِّلَ مُطْلَقَ كَلَامِ الْمُوصِي عَلَى مَا حُجِّلَ عَلَيْهِ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَفُسِّرَ بِمَا فُسِّرَ بِهِ . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرِيْبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ، وَذَكَرَهُمْ وَأَتْنَاهُمْ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ سَوَاءً ، وَيَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ الْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ ، وَالْعَنِيُّ وَالْفَقِيرُ ، وَلَا يَدْخُلُ الْكُفَّارُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمُسْتَحَقِّ مِنْ قَرِيْبِ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَدْ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، وَصَالِحٌ ، عَنْ أَبِيهِمَا رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى قَرَابَةِ أُمِّهِ ، إِنْ كَانَ يَصِلُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، كَأَخْوَالِهِ ، وَخَالَاتِهِ ، وَإِخْوَتِهِ (٧) مِنْ أُمِّهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُهُمْ ، لَمْ يُعْطُوا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ قَرِيْنَةٌ دَالَّةٌ عَلَى صِلَتِهِ لَهُمْ بَعْدَ مَمَاتِهِ ، وَالْأَفْلَا . وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجَاوِزُ بِهَا أَرْبَعَةَ أَبَايَ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى ، فِي « الْإِزْشَادِ » . وَهَذِهِ / الرِّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَهُ لَا يَتَّقِيْدُ بِالْقَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَعَلِيَ هَذَا يُعْطَى كُلُّ مَنْ يُعْرَفُ بِقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إِلَى الْأَبِ الْأَدْنَى الَّذِي يُنْسَبُ إِلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمْ قَرَابَةٌ ، فَيَتَنَاوَلُهُمُ الْاسْمُ ، وَيَدْخُلُونَ فِي عُمُومِهِ . وَإِعْطَاءُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَعْضِ قَرَابَتِهِ ، تَخْصِيصٌ لَا يَمْنَعُ مِنَ الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ (٨) فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ . قَالَ (٩) أَبُو حَنِيفَةَ : قَرَابَتُهُ كُلُّ ذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ ، فَيُعْطَى مِنْ أَدْنَاهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَمَّانِ وَخَالَانِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِعَمِّهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ ، فَلِعَمِّهِ النَّصْفُ وَلِخَالَيْهِ النَّصْفُ . وَقَالَ قَتَادَةُ : لِلْأَعْمَامِ الثُّلَاثَانِ ، وَلِلْأَخْوَالِ الثُّلُثُ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، قَالَ : وَيُرَادُ الْأَقْرَبُ بَعْضَ الزِّيَادَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُقَسَّمُ عَلَى الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ ، بِالِاجْتِهَادِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا الْاسْمَ لَهُ

٥٦/٦ ظ

(٥) تقدم تخريجه في : ١١١/٤ .

(٦) في الأصل : « منه » .

(٧) في ١٠١ م : « وأخواته » .

(٨ - ٨) في م : « العموم » .

(٩) في ١٠١ م : « وقد قال » .

عُرِفَ فِي الشَّرْعِ ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ ، وَتَقْدِيمُهُ عَلَى الْعُرْفِ
 اللُّغَوِيِّ ، كَالْوَضْوِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ ، وَلَا وَجْهَ لِتَخْصِيصِهِ بِذِي الرَّحْمِ
 الْمَحْرَمِ ، فَإِنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَقَعُ عَلَى غَيْرِهِمْ عُرْفًا وَشَرْعًا ، وَقَدْ تَحَرَّمَ عَلَى الرَّجُلِ رَيْبَتُهُ ،
 وَأُمَّهَاتُ نِسَائِهِ ، وَحَلَائِلُ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ لَهُمْ ، وَتَحِلُّ لَهُ ابْنَةُ عَمِّهِ ، وَعَمَّتِهِ ،
 وَابْنَةُ خَالِهِ وَخَالَتِهِ ، وَهُنَّ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ ^(١٠) مِنَ التَّفْصِيلِ لَا يَقْتَضِيهِ اللَّفْظُ ،
 وَلَا يُدَلُّ عَلَيْهِ دَلِيلٌ ، فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ تَحَكُّمٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يُدَلُّ عَلَى إِرَادَةِ قَرَابَةِ
 أُمَّهُ ، كَقَوْلِهِ : وَتَفَضَّلُ قَرَاتِي مِنْ جِهَةِ أَبِي عَلَى قَرَاتِي مِنْ جِهَةِ أُمِّي . أَوْ قَوْلِهِ : إِلَّا
 ابْنَ خَالَتِي فَلَانَا . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ قَرِينَةً تُخْرِجُ بَعْضَهُمْ ، عَمِلَ بِمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ الْقَرِينَةُ ؛
 لِأَنَّهَا تَصْرِفُ اللَّفْظَ عَنْ ظَاهِرِهِ إِلَى غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، أَوْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَبِهِمْ بِهِ رَحِمًا ، لَمْ
 يُدْفَعْ إِلَى الْأَبْعَدِ مَعَ وُجُودِ الْأَقْرَبِ ، فَيُقَدَّمُ الْأَبُّ عَلَى كُلِّ مَنْ أَدْلَى بِهِ مِنَ الْأَجْدَادِ
 وَالْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ ، وَالْإِبْنُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمْ وَعَلَى كُلِّ مَنْ أَدْلَى بِهِ . وَيَسْتَوِي الْأَبُّ
 وَالْإِبْنُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ / وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُدَلِّي بِنَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِبْنُ ؛
 لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَ الْأَبِّ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ إِسْقَاطَهُ ^(١١) تَعْصِيْبَهُ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِ
 فِي الْقُرْبِ ، ^(١٢) وَلَا كَوْنَهُ ^(١٢) أَقْرَبَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ ابْنَ الْإِبْنِ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ مَعَ بَعْدِهِ ،
 وَيُقَدَّمُ الْإِبْنُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالْأَبُّ عَلَى ابْنِ الْإِبْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 يُقَدَّمُ ابْنُ الْإِبْنِ عَلَى الْأَبِّ ، ^(١٣) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْأَبَّ يُدَلِّي بِنَفْسِهِ ، وَيَلِي ابْنَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجِزٍ ، وَلَا يُسْقِطُ مِيرَاثَهُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ ابْنِ
 الْإِبْنِ . وَالْأَبُّ وَالْأُمُّ سَوَاءٌ ، وَكَذَلِكَ الْإِبْنُ ، وَالْبِنْتُ ، وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِّ ، وَأَبُو الْأُمِّ ،

(١٠) فِي أ ، م : « ذَكَرَهُ » .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « إِسْقَاطُ » .

(١٢ - ١٢) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّ أَبَوْتَهُ » .

(١٣ - ١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وأُمُّ الأبِ ، وأُمُّ الأُمِّ ، كلُّهم سَوَاءٌ ، ثم من بعدِ الأَوْلَادِ أَوْلَادُ البَيْنِ وإن سَفَلُوا ، الأَقْرَبُ
 فالأَقْرَبُ ، الذُّكُورُ والإِنَاثُ ، وفي أَوْلَادِ البَنَاتِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ على دُخُولِهِمْ في
 الوَقْفِ ، ثم من بعدِ الوَلَدِ الأَجْدَادُ ، الأَقْرَبُ منهم فالأَقْرَبُ ؛ لأنَّهم العَمُودُ الثاني ،
 ثم الإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ ؛ لأنَّهم وَلَدُ الأبِ ، أو مِن وَلَدِ الأُمِّ ، ثم وَلَدُهُمْ وإن سَفَلُوا ،
 ولا شَيْءَ لَوَلَدِ الأَخَوَاتِ ، إذا قُلْنَا : لا يَدْخُلُ وَلَدُ البَنَاتِ . وإذا تَسَاوَتْ دَرَجَتُهُمْ
 فَأَوْلَاهُمْ^(١٤) وَلَدُ الأَبَوَيْنِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَ وَلَدِ الأبِ وَوَلَدِ الأُمِّ ؛ لأنَّهما على دَرَجَةٍ
 وَاحِدَةٍ وَكَذَلِكَ وَلَدَاهُمَا . والأَخُ لِلأَبِ أَوْلَى من ابْنِ الأَخِ من الأَبَوَيْنِ ، كما في
 المِيرَاثِ ، ثم بعدهم الأَعْمَامُ ، ثم بَنُوهُمْ وإن سَفَلُوا . وَيَسْتَوِي العَمُّ من الأبِ والعَمَّةُ
 من الأُمِّ ، وَكَذَلِكَ أبنَاؤُهُمَا ،^(١٥) ثم على^(١٥) هذا التَّرْتِيبِ ، ذَكَرَهُ القَاضِي . وهذا
 مَذْهَبُ الشَافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، إِلا أَنَّهُ يَرَى دُخُولَ وَلَدِ البَنَاتِ والأَخَوَاتِ والأَخْوَالِ
 وَالحَالَاتِ ، وهذا القَوْلُ إِنَّمَا يُخْرَجُ في مَذْهَبِ أَحْمَدَ على الرِّوَايَةِ الثَّالِثَةِ ، الَّتِي تَجْعَلُ
 القَرَابَةَ فِيهَا كَلَّ من يَقَعُ عَلَيْهِمُ اسْمُ القَرَابَةِ ، فَأَمَّا على الرِّوَايَةِ الَّتِي اخْتَارَهَا الخِرَقِيُّ ، وَأَنَّ
 القَرَابَةَ اسْمٌ لِمَن كَانَ من أَوْلَادِ الآبَاءِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ بَنُو^(١٦) الأُمِّ ، وَلَا أَقَارِبُهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ
 لَمْ يَكُنْ من القَرَابَةِ ، لَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ القَرَابَةِ ، فعلى هَذَا تَتَنَاوَلُ الوَصِيَّةُ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ /
 من أَوْلَادِ المَوْصِي ، وَأَوْلَادِ آبَائِهِ ، إلى أَرْبَعَةِ آبَاءٍ ، وَلَا يَعْدُوهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لِجَمَاعَةٍ
 من أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أُعْطِيَ لِثَلَاثَةٍ من أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ^(١٧) . وَإِنْ وُجِدَ أَكْثَرُ من ثَلَاثَةٍ
 فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالإِخْوَةِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ لَيْسَ بأَوْلَى من بَعْضٍ ،
 وَالاسْمُ يَشْمَلُهُمْ . وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ ثَلَاثَةٌ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَمَلَّتْ من الثَّانِيَةِ . وَإِنْ كَانَتْ
 فِي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ جَمَاعَةٌ ، سَوَّى^(١٨) بَيْنَهُمْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الدَّرَجَةِ الأُولَى . وَإِنْ لَمْ

٥٧/٦ ظ

(١٤) في ١ : « فأولادهم » .

(١٥) - (١٥) في م : « وعلى » .

(١٦) في ١ : « ولد » . وسقط من : م .

(١٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٨) في ١ : « تسوى » .

يُكْمَلُ مِنَ الثَّانِيَةِ ، فَمِنَ الثَّلَاثَةِ ، فَإِذَا وُجِدَ ابْنٌ وَأَخٌ وَعَمٌّ ، فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ أَثَلَاثًا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ ابْنٌ وَأَخَوَانِ ، وَإِنْ كَانَ ابْنٌ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، دَخَلَ جَمِيعُهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَيَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ لِلْإِبْنِ ثُلُثُ الْوَصِيَّةِ وَلَهُمْ ثُلُثَاهَا . فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ وَارْتًا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِنْ لَمْ يُجْزَلْهُ ، وَالْبَاقِي لِلْإِخْوَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَصِيَّتِهِ ، فَهُوَ لِمَنْ يَرِثُهُ بِالتَّعْصِيبِ فِي الْجُمْلَةِ ، سِوَاءَ كَانُوا مِمَّنْ يَرِثُ فِي الْحَالِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ^(١٩) . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرِيبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ؛ لِشُمُولِ اللَّفْظِ لَهُمْ . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُمْ لَا يَكُونُونَ مِنْ جِهَةِ الْأُمَّ بِحَالٍ .

٩٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِي . أُعْطِيَ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ)

يعني تُعْطَى أُمَّهُ وَأَقَارِبُهَا ، الْأَحْوَالُ ، وَالخَالَاتُ ، وَأَبَاءُ أُمَّه ، وَأَوْلَادُهُمْ ، وَكُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا وَقَفْنَا عَلَيْهِ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ وَلَفْظِ الْقَرَابَةِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ ، هُوَ بِمِثَابَةِ قَوْلِهِ لِقَرَابَتِي . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، عَنْ أَحْمَدَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحُلْ الصَّدَقَةَ لِي وَلَا لِأَهْلِ بَيْتِي »^(٢٠) . فَجَعَلَ سَهْمَ ذَوِي^(٢١) الْقُرْبَى لَهُمْ عِوَضًا عَنْ^(٢٢) الصَّدَقَةِ الَّتِي حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَوُو الْقُرْبَى الَّذِينَ سَمَّاهُمْ اللَّهُ تَعَالَى هُمْ أَهْلُ بَيْتِهِ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ الصَّدَقَةُ . وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « أَذْكَرُكُمْ اللَّهُ فِي أَهْلِ بَيْتِي » . قَالَ قُلْنَا : مَنْ أَهْلُ بَيْتِهِ ، نِسَاءُوه ؟ قَالَ : لَا ، أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمَتْ / عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ^(٢٣) ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ عَمِيلٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ الْعَبَّاسِ^(٢٤) . وَقَالَ الْقَاضِي : قَالَ ثَعْلَبٌ : أَهْلُ الْبَيْتِ عِنْدَ الْعَرَبِ آبَاءُ

(١٩) في ١ : يرث .

(١) تقدم تخريجه في : ١٠٩/٤ .

(٢) في ٣ : ذى .

(٣) في الأصل ، ١ : من .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه الدارمي ، في : باب فضل من قرأ القرآن ، من كتاب فضائل القرآن . سنن الدارمي ٤٣٢/٢ مختصراً .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٧/٤ .

الرَّجُلِ وَأَوْلَادِهِمْ ، كالأجداد والأعمام وأولادهم ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ .
 وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ ، وَلَا أَهْلَ بَيْتِهِ . وليس هذا
 بشيء ، فَإِنَّ وَلَدَ النَّبِيِّ ﷺ من أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقْرَبِهِ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةَ ، وَأَعْطُوا من
 سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَهَم مِّنْ أَقْرَبِ أَقْرَبِهِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَقْرَبِهِ ، وَقَدْ قَالَ
 النَّبِيُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ وَوَلَدَيْهَا وَزَوْجِهَا : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ، فَأَذْهَبْ عَنْهُمْ
 الرَّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا » (٦) ؟ وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَقْرَبِ رَجُلٍ ، أَوْ أَوْصَى لِأَقْرَبِهِ ،
 دَخَلَ فِيهِ وَلَدُهُ ، بغيرِ خِلافٍ عِلْمْتِهِ . وَالخِرْقِيُّ قَدْ (٧) عَدَّهُمْ فِي الْقَرَابَةِ بِقَوْلِهِ : « لَا
 يُجَاوِزُهَا أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بِنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِي الْقُرْبَى » . فجعل
 هَاشِمًا الأبَّ الرَّابِعَ ، وَلَا يَكُونُ رَابِعًا إِلَّا أَنْ يَعُدَّ النَّبِيُّ ﷺ أَبًا ؛ لِأَنَّ هَاشِمًا إِنَّمَا هُوَ
 رَابِعُ النَّبِيِّ ﷺ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِآلِهِ ، فَهُوَ مِثْلُ قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّ فِي بَعْضِ أَلْفَاظِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : مِنْ
 آلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ : أَصْلُهُ ، وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةَ بَعْدَهُ ؛ آلُ عَلِيٍّ ،
 وَآلُ الْعَبَّاسِ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ عَقِيلٍ . وَالْأَصْلُ فِي آلِ أَهْلِ ، فَقَلِبْتَ الْمَاءَ هَمْزَةً ،
 كَمَا قَالُوا : هَرَفْتُ الْمَاءَ وَأَرَفْتُهُ . وَمُدَّتْ لثَلَا تَجْتَمِعُ هَمْزَتَانِ . وَإِنْ وَصَّى لِعِثْرَتِهِ ، فَقَدْ
 تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ فِي عَرْفِ النَّاسِ عَشِيرَتُهُ الْأَذْنُونَ ، وَوَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ
 وَإِنْ سَفَلُوا ، فَتَصَرَّفَ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمْ ، وَبِذَلِكَ فَسَّرَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، قَالَ (٨) : وَيَدُلُّ (٩) عَلَى
 ذَلِكَ (٩) قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : نَحْنُ عِثْرَةُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَيَبِيضَتُهُ الَّتِي تَفْقَأَتْ
 عَنْهُ . وَقَالَ تَعَلَّبٌ ، وَابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْعِثْرَةُ الْأَوْلَادُ ، وَأَوْلَادُ الْأَوْلَادِ . وَلَمْ يَدْخُلَا
 فِي ذَلِكَ الْعَشِيرَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَشْهَرُ فِي عَرْفِ النَّاسِ ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ دَلَّ عَلَى صِحِّحَتِهِ قَوْلُ
 أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَحْفَلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَهَم

٥٨/٦ ظ

(٦) أخرجه الترمذی ، فی : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذی
 ٢٤٩/١٣ . والإمام أحمد ، فی : المسند ٦/٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٧) سقط من : م .

(٨) فی غریب الحدیث ١/٢٣٠ .

(٩) فی الأصل : « علیه » .

أَهْلُ اللَّسَانِ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَإِنْ وَصَّى لِقَوْمِهِ ، أَوْ لِنِسْبَائِهِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :
 هَذَا بِمَثَابَةِ أَهْلِ بَيْتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا قَالَ : لِرَجْمِي ، أَوْ لِأَرْحَامِي ، أَوْ لِأَنْسَابِي ،
 أَوْ لِمَنْسَابِي . صُرِّفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسَ . فَعَلِي
 هَذَا يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ أَوْ تَعْصِيبٍ أَوْ بِالرَّجْمِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ .
 وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمُنَاسِبِينَ أَوْلَى مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعُرْفِ يُطْلَقُ عَلَى مَنْ
 كَانَ مِنَ الْعَشِيرَةِ الَّتِي يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَةٍ غَيْرِ قَبِيلَةِ
 صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ ، وَهَمْ مُعْتَقُوهُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ ؛
 لِأَنَّ الْأِسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَدْ تَعَيَّنُوا بِوُجُودِهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالٍ مِنْ
 أَسْفَلَ فَهِيَ ^(١٠) لَهُمْ كَذَلِكَ . وَإِنْ اجْتَمَعُوا ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا ، يَسْتَوُونَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ
 الْأِسْمَ يَشْمَلُ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ .
 وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ :
 هِيَ لِلْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهٌ ، كَقَوْلِنَا ، وَقَوْلِ أَصْحَابِ
 الرَّأْيِ ، وَالثَّالِثُ ، هِيَ لِلْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى ، بِدَلِيلِ أَنَّهُمْ عَصَبَتُهُ ^(١١)
 وَيَرِثُونَهُ ، بِخِلَافِ عَتَقَاتِهِ . وَالرَّابِعُ ، يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَصْطَلِحُوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأِسْمَ
 يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ حَقِيقَةً وَعُرْفًا ، فَدَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، كَالْوَصِيِّ لِإِخْوَتِهِ . وَقَوْلُهُمْ :
 غَيْرِ مُعَيَّنٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنْ مَعَ ^(١٢) التَّعْمِيمِ يَحْصُلُ التَّعْيِينُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ حَلَفَ :
 لَا كَلَّمْتُ مَوَالِيَّ . حَنْتُ بِكَلَامِ أَبِيهِمْ كَانَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ أَقْوَى . / قُلْنَا :
 مَعَ شُمُولِ الْأِسْمِ لَهُمْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَى وَالْأَضْعَفُ ، كِإِخْوَتِهِ ، وَلَا شَيْءَ لِابْنِ الْعَمِّ ،
 وَلَا لِلنَّاصِرِ ^(١٣) وَلَا لِلْحَلِيفِ ^(١٣) ، وَلَا لِغَيْرِ مَنْ ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ إِنْ لَمْ يَتَنَاوَلْهُمْ

٥٩/٦ و

(١٠) في م : « فهو » .

(١١) في م : « عصبه » .

(١٢) في م ، أ : « من » .

(١٣) (١٣ - ١٣) سقط من م .

حَقِيقَةً ، لم يَتَنَاوَلْهُمُ عُرْفًا ، والأَسْمَاءُ العُرْفِيَّةُ تُقَدَّمُ عَلَى الحَقِيقَةِ . ولا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى
 ابْنَهُ مَعَ وُجُودِ مَوْلَاهُ . وقال زُفَرٌ : يَسْتَحِقُّ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ مَوْلَى ابْنِهِ ليس بِمَوْلَى
 لَهُ حَقِيقَةً ، إِذَا كَانَ لَهُ مَوْلَى سِوَاهُ ، فَإِن لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوْلَى ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ :
 يَكُونُ لِمَوْلَى ^(١٤) أَبِيهِ . وقال أَبُو يوسُفَ ، ومُحَمَّدٌ : لا شَيْءَ لَهُ ؛ لأنَّهُ ليس بِمَوْلَى
 لَهُ ^(١٥) . واحتَجَّ الشَّرِيفُ بِأَنَّ الأِسْمَ يَتَنَاوَلُ مَوْلَى أَبِيهِ مَجَازًا ، فَإِذَا تَعَدَّرَتْ
 الحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرْفُ الأِسْمِ إِلَى مَجَازِهِ ، وَالعَمَلُ بِهِ ، تَصْحِيحًا لِكَلَامِ المُكَلَّفِ
 عِنْدَ إِمكَانِ تَصْحِيحِهِ ، وَلأنَّ الظَّاهِرَ إِزَادَتُهُ المَجَازَ ، لِكُونِهِ مُحْتَمَلًا صَحِيحًا ، وَإِزَادَةُ
 الصَّحِيحِ أَغْلَبُ مِنَ إِزَادَةِ الفَاسِدِ . فَإِن كَانَ لَهُ مَوْلَى وَمَوْلَى أَبٍ حِينَ الوَصِيَّةِ ، ثُمَّ
 انْقَرَضَ مَوْلَاهُ قَبْلَ المَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوْلَى الأَبِ شَيْءٌ عَلَى مُقْتَضَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، لأنَّ
 الوَصِيَّةَ كَانَتْ لِغَيْرِهِمْ ، فَلَا تُعَوَّدُ إِلَيْهِمْ إِلا بِعَقْدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ . ولا يُشْبِهُ هَذَا قَوْلَهُ :
 أُوصِيْتُ لِأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ . وَلَهُ ابْنٌ وَابْنُ ابْنٍ ، فَمَاتَ الابْنُ ، حَيْثُ يَسْتَحِقُّ ابْنُ الابْنِ ،
 وَإِن كَانَ لا يَسْتَحِقُّ مَعَ حَيَاةِ الابْنِ شَيْئًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ هَهُنَا لِموَصُوفٍ بِصِفَةٍ وَجَدَتْ
 فِي ابْنِ الابْنِ ، كَوُجُودِهَا فِي الابْنِ حَقِيقَةً ، وَفِي المَوْلَى يَقَعُ الأِسْمُ عَلَى مَوْلَى نَفْسِهِ
 حَقِيقَةً ، وَعَلَى مَوْلَى أَبِيهِ مَجَازًا ، فَمَعَ وُجُودِهِمْ جَمِيعًا ، لا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلا عَلَى
 الحَقِيقَةِ ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لِأَنَّ ^(١٦) تُوجَدُ فِي مَوْلَى أَبِيهِ . قال الشَّرِيفُ : وَيَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ
 لِلْمَوْلَى مُدْبِرُهُ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بَعْدَ المَوْتِ ، وَهِيَ حَيْثُ يُدْ مَوْلَى
 فِي الحَقِيقَةِ .

فصل : وَإِن وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ .
 وَبِهِ قَالَ الأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الجَارُ المُلَاصِقُ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ
 قال : « الجَارُ / أَحَقُّ بِصَقْبِهِ » ^(١٧) . يَعْنِي الشُّفْعَةَ ، وَإِنَّمَا تُثَبِّتُ لِلْمُلَاصِقِ ، وَلأنَّ

٥٩/٦ ظ

(١٤) في م : « لمولى » .

(١٥) سقط من : ا .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) تقدم تخريجه في : ٤٣٧/٧ .

الجارُّ مُشْتَقٌّ مِنَ الْمُجَاوِرَةِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : الْجَارُ الدَّارُ وَالدَّارَانِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ »^(١٨) . قَالَ : مِنْ سَمِعَ النَّدَاءَ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ جَعْدَةَ : مَنْ سَمِعَ الْإِقَامَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : الْجِيرَانُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ^(١٩) إِنْ جَمَعَهُمْ مَسْجِدًا ، فَإِنْ تَفَرَّقَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ^(٢٠) فِي مَسْجِدَيْنِ صَغِيرَيْنِ مُتَقَارِبَيْنِ ، فَالْجَمِيعُ جِيرَانٌ ، وَإِنْ كَانَ عَظِيمَيْنِ ، فَكُلُّ أَهْلِ مَسْجِدِ جِيرَانٍ ، وَأَمَّا الْأَمْصَارُ الَّتِي فِيهَا الْقِبَائِلُ ، فَالْجَوَارُ عَلَى الْأَفْحَاذِ . وَلَنَا ، مَارَوْى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا ، هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا »^(٢١) . وَهَذَا نَصٌّ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ إِنْ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْخَبْرُ ، فَالْجَارُ هُوَ الْمُقَارِبُ ، وَيُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ دَرْبِهِ أَوْ سَكَنَتِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ طَرَفُهُمْ فِي دَرْبِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْقُرْآنِ ، فَهَمُّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يُجْعَلَ لِكُلِّ^(٢٢) صِنْفٍ ثَمَنُ الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِثَمَانِ قِبَائِلَ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزَّكَاةِ ، حَيْثُ يَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَنَّ آيَةَ الزَّكَاةِ أُرِيدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ أُرِيدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَيَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ . وَحُكِيَ هَذَا عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ اثْنَيْنِ . وَحَكَى أَبُو الْحَطَّابِ رِوَايَةَ ثَانِيَةَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةِ مَنْ كُلِّ صِنْفٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْلُ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الزَّكَاةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

(١٨) تقدم تخريجه في : ٨/٣ . ويضاف إليه : كما أخرجه البيهقي ، في : باب المأموم يصلي خارج المسجد ... ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ١١١/٣ عن علي . وعبدالرزاق ، في : باب من سمع النداء ، من كتاب الصلاة . المصنف ٤٩٨/١ موقوفا . والحاكم ، في : باب ما من ثلاثة في قرية ولا في بلد ولا تقام فيهم الصلاة إلا قدا استحوذ عليهم الشيطان ... ، من كتاب الصلاة . المستدرک ٢٤٦/١ عن أبي هريرة .

(١٩) - (١٩) سقط من : م .

(٢٠) انظر : كتاب الوصايا ، في : تلخيص الحبير ٩٢/٣ . وإرواء الغليل ، في : باب الموصى له ، من كتاب

الوصايا ٦ / ١٠٠ .

(٢١) في م : « لكم » خطأ .

ولا يجوزُ الصَّرْفُ إِلَّا إِلَى الْمُسْتَحِقِّ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ . وَإِنْ وَصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَحَدَّاهُمْ ، دَخَلَ فِيهِ الْمَسَاكِينُ . وَإِنْ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ فِيهِ الْفُقَرَاءُ ؛ لِأَنَّهُمْ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِيمَا عَدَا الزَّكَاةَ ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ الصَّئِفَيْنِ جَمِيعًا ، / فَيَدُلُّ ذَلِكَ ^(٢٢) عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْمُعَايِرَةَ بَيْنَهُمَا . وَيُسْتَحَبُّ تَعْمِيمُ مَنْ أُمِكِّنَ مِنْهُمْ ، وَالذَّفْعُ إِلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، وَالْبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ الْمُوصَى ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ^(٢٣) فِي بَابِ الزَّكَاةِ .

و ٦٠/٦

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِشَيْءٍ لَزَيْدٍ وَلِلْمَسَاكِينِ ، فَلَزَيْدٍ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ : لَزَيْدٍ ثُلُثُهُ ، وَلِلْمَسَاكِينِ ثُلُثَاهُ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ اثْنَانِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ ، إِنْ عَمَّهُمْ أَعْطَاهُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَإِنْ قَسَمَ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ جَعَلَهُ كَأَحَدِهِمْ . وَحَكَى أَصْحَابُهُ وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ ، أَحَدُهُمَا كَمَدَّهِنَا . وَالثَّانِي لَهُ رُبْعُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِمْ صَارُوا أَرْبَعَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِجَهْتَيْنِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُقَسَّمَ بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَزَيْدٍ وَعَمْرٍو . وَلِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى لِقُرَيْشٍ وَتَيْمِيمٍ ، لَمْ يُشْرِكْ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ عَدَدِهِمْ ، وَلَا عَلَى قَدْرِ مَنْ يُعْطَى مِنْهُمْ ، بَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَإِنْ كَانَ زَيْدٌ مَسْكِينًا ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمَسَاكِينِ شَيْءٌ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ عَطْفَهُمْ عَلَيْهِ يَدُلُّ عَلَى الْمُعَايِرَةِ بَيْنَهُمَا ، إِذِ الظَّاهِرُ الْمُعَايِرَةُ بَيْنَ الْمَعْطُوفِ وَالْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ ذَلِكَ يُفْضِي إِلَى تَجْوِيزِ دَفْعِ الْجَمِيعِ إِلَيْهِ ، وَلَفْظُهُ يَقْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ وَحَصْرَهُمْ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : هَذَا لَزَيْدٍ وَإِخْوَتِهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ شَرَكُ بَيْنِهِ وَبَيْنَهُمْ عَلَى وَجْهِ لَاجِزِ الْإِخْلَالِ بَعْضِهِمْ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : هَذَا لَكُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالثَّى قَبْلَهَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : اشْتَرُوا بِلُثِيِّ رِقَابًا ، فَأَعْتَقْتَهُمْ . لَمْ يَجُزْ صَرْفُهُ إِلَى الْمُكَاتِبِينَ ؛

(٢٢) سقط من : ١ .

(٢٣) في الأصل ، ١ : « ذكره » .

لأنه وصى بالشراء ، لا بالدفع إليهم . فإن اتسع التُّلثُ لثلاثة ، لم يجز أن يشتري أقل منها ؛ لأنها أقل الجمع . وإن قدرت^(٢٤) على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية ، كان أولى وأفضل ؛ لأن النبي ﷺ قال : « من أعتق امرءًا مسلمًا ، أعتق الله بكلِّ عضوٍ منه عضوًا منه من النار »^(٢٥) . ولأنه يفرج عن^(٢٦) نفس زائدة ، فكان أفضل من عدم ذلك . وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة ، وحصة من الرابعة ، بثمن ثلاثة غالية / ، فالثلاثة أولى ؛ لأن النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب ، قال : « أعلاها ثمنًا ، وأنفسها عند أهلها »^(٢٧) . والقصد من العتق تكميل الأحكام ، من

٦٠/٦ ظ

(٢٤) في الأصل ، ا : « قدر » .

(٢٥) أخرجه البخارى ، في : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة • أو إطعام في يوم ذى مسغبة • يتيمًا ذا مقربة ﴾ ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ وأى الرقاب أركى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، في : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ . وأبو داود ، في : باب في ثواب العتق ، وباب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٤/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة ، وباب ما جاء في فضل من أعتق ، من أبواب النذور . عارضة الأحمدي ٢٤/٧ ، ٢٥ ، ٣٠ ، ٣١ . والنسائى ، في : باب ثواب من رمى بسهم في سبيل الله عز وجل ، من كتاب المحتسبى ٢٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ ، ١١٣/٤ ، ٢٣٥ ، ٣٢١ ، ٣٤٤ ، ٣٨٦ ، ٤٠٤ .

(٢٦) في م : « عنه » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، في : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ١٨٨/٣ . ومسلم ، في : باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٩/١ ، وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب فضل عتق الرقاب ، وباب عتق الزانية وابن الزنا ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٩/٢ ، ٧٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٨/٢ ، ١٥٠/٥ ، ١٧١ ، ٢٦٥ .

الولاية ، والجمعة ، والحج ، والجهاد ، وسائر الأحكام التي تختلف بالرّق والحرية ، ولا يحصل ذلك إلا باعتراق جميعه . وهذا التفضيل - والله أعلم - من النبي ﷺ للغالية ، إنما يكون مع التساوي في المصلحة ، فأمّا إن ترجح بعضهم بدين ، وعفة ، وصلاح ، ومصلحة له في العتق ، بأن يكون مضرورًا بالرّق ، وله صلاح في العتق ، وغيره له مصلحة في الرّق ، ولا مصلحة له في العتق ، وربما تضرر به ، من فوات نفعته ، وكفائته ، ومصالجه ، وعجزه بعد العتق عن الكسب ، وخروجه عن الصيانة والحفظ ، فإن إعتاق من كثرت المصلحة في إعتاقه أفضل وأولى ، وإن قلت قيمته ، ولا يسوغ إعتاق من في إعتاقه مفسدة ؛ لأن مقصود الموصى تحصيل الثواب والأجر ، ولا أجر في إعتاق هذا . ولا يجوز أن يعتق إلا ربة مسلمة ؛ لأن الله تعالى لما قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٢٨) . لم يتناول إلا المسلمة ، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى . ولا يجوز إعتاق مبيبة عينا يمنع الإجزاء في الكفارة ؛ لما ذكرنا . والله أعلم .

فصل : ونقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر ، يُجزأ ثلاثة أجزاء ؛ جزء في الجهاد ، وجزء يتصدق به في قرابته ، وجزء في الحج . وقال في رواية أبي داود : الغزو يُبدأ به . وحكى عنه أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى . وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم ، فيجب حملُه على عمومِه ، 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 ، وإعتاق ربة ، 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 مصلحة تعود / على أحد من خلق الله ، فتقديم هذا على ما مصلحة ظاهرة ، والحاجة إليه داعية ، بغير دليل ، تحكّم لا معنى له . وإذا قال :

٦١/٦ و

(٢٨) سورة النساء ٩٢ ، وسورة المجادلة ٣ .

ضَعُّ ثُلْثِي حَيْثُ يُرِيكَ اللَّهُ . فَله صَرَفُهُ فِي أَيِّ جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبِ ، رَأَى وَضَعَهُ فِيهَا ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ صَرَفُهُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْأَفْضَلُ صَرَفُهُ إِلَى فُقَرَاءِ أَقَارِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَإِلَى مَحَارِمِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِلَى جِيرَانِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجِبُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهُ إِلَى اجْتِهَادِهِ فِيمَا فِيهِ الْحِظُّ ، وَهَذَا أَحْظُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَرَى غَيْرَ هَذَا أَهَمَّ مِنْهُ وَأَصْلَحَ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِالتَّحَكُّمِ . وَتَقَلَّ أَبُو دَاوُدَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلْثِهِ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَهُ أَقَارِبٌ مَحَاوِرِيحٌ لَمْ يُوصِ لَهُمْ بِشَيْءٍ ، وَلَمْ يَرْتُوا ، فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِهِمْ ، فَإِنَّهُمْ أَحَقُّ . قَالَ : وَسُئِلَ عَنِ النَّصْرَانِيِّ يُوصِي بِثُلْثِهِ لِلْفُقَرَاءِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَيْعْطَى إِخْوَتَهُ وَهُمْ فُقَرَاءٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، هُمْ أَحَقُّ ، يُعْطَوْنَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا لَا يَزِيدُونَ عَلَى ذَلِكَ . يَعْنِي لَا يَزِيدُ كَلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْعِنَى .

٩٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ . فَمَا فَضَّلَ رَدَّ فِي الْحَجِّ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ أَوْصَى (أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ^(١) بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، وَجَبَ صَرَفُ جَمِيعِ ذَلِكَ فِي الْحَجِّ إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِجَمِيعِهِ فِي جِهَةِ قُرْبَى ، فَوَجَبَ صَرَفُهُ فِيهَا ، كَالْوَصَّى بِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَصْرِفَ إِلَى مَنْ يُحَجُّ أَكْثَرَ مِنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ^(٢) التَّصْرِفَ فِي الْمَعَاوِضَةِ ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ عَوَضَ الْمِثْلِ ، كَالتَّوَكِيلِ^(٣) فِي الْبَيْعِ . ثُمَّ لَا يَخْلُو ؛ إِذَا أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ نَفَقَةِ الْمِثْلِ لِحِجَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيُصْرِفَ فِيهَا . أَوْ نَاقِصًا عَنْهَا ، فَيُحَجُّ بِهِ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ ، فِي ظَاهِرِ مَنْصُوصِ^(٤) أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي

(١ - ١) سقط من : ١ .

(٢) في زيادة : « له » .

(٣) في م : « كالوكيل » .

(٤) في الأصل ، ١ : « نصوص » .

رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي رَجُلٍ أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ ، وَلَا تَبْلُغُ النَّفَقَةَ ، فَقَالَ : يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةَ لِلرَّاكِبِ مِنْ أَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْعَنْبَرِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعَانَ بِهِ فِي الْحَجِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَوَارٍ الْقَاضِي ، حَكَاهُ عَنْهُ الْعَنْبَرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مُخَيَّرٌ فِي ذَلِكَ . قَالَ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي امْرَأَةٍ / أَوْصَتْ بِحَجِّ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا : أَرَى أَنْ يُؤَخَّذَ ثُلُثُ مَالِهَا ، فَيُعَانَ بِهِ فِي الْحَجِّ ، أَوْ يُحَجَّ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَفْضَلَ عَنْ الْحَجَّةِ ، فَيُدْفَعُ فِي حَجَّةٍ ثَانِيَةٍ ، ثُمَّ فِي ثَالِثَةٍ ، إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ، أَوْ يَبْقَى مَا لَا يَبْلُغُ حَجَّةً ، فَيُحَجَّ بِهِ ^(٥) مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . وَلَا يَسْتَنْبِطُ فِي الْحَجِّ مَعَ الْإِمْكَانِ إِلَّا مِنَ بَلَدِ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَقَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَيَنْوُبُ عَنْهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَوْ حَجَّ الْمَنْوُوبُ عَنْهُ لَحَجَّ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ الْمُوصَى بِهِ لَا يَحْمِلُهُ الثَّلَاثُ ، لَمْ يَخْلُ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْحَجُّ فَرْضًا أَوْ تَطَوُّعًا ، فَإِنْ كَانَ فَرْضًا أَخَذَ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ الْقَدْرَ الْكَافِيَ لِحَجِّ الْفَرَضِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَكْثَرَ ، أُخِذَ ، ثُمَّ يُصَرَّفُ مِنْهُ فِي الْفَرَضِ قَدْرٌ مَا يَكْفِيهِ ، ثُمَّ يُحَجُّ بِالْبَاقِي تَطَوُّعًا حَتَّى يَنْفَدَ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَقَلَّ ، ثُمَّ قَدْرٌ مَا يَكْفِي الْحَجَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ : كُلُّ وَاجِبٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَدَاوُدُ بْنُ أَبِي هِنْدَ : إِنْ وَصَّى بِالْحَجِّ ، فَمِنْ ثَلَاثِهِ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ شَيْءٌ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، إِنْ لَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِالْمُوصَى بِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ فَلَا تَلْزَمُ الْوَارِثَ ، كَالصَّلَاةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ ، أَكُنْتُ تَقْضِيهِ ^(٦) ؟ » قَالَ ^(٧) : نَعَمْ . قَالَ : « فَدَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى ^(٨) . » وَالدَّيْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَمَا هُوَ أَحَقُّ

(٥) فِي م : « عَنْهُ » .

(٦) فِي ب : « تَقْضِيهِ » .

(٧) فِي ب : « قَالَتْ » .

(٨) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَشْبِيهِ قِضَاءِ الْحَجِّ بِقِضَاءِ الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْجَمْعِيُّ ٨٩/٥ .

منه أُولَى ، ولأنه واجب ، فكان من رأس المال ، كذَيْنِ الْآدَمِيِّ . وإن كان تَطَوُّعًا ،
أَخَذَ الثُّلْثَ لِغَيْرٍ ، إِذَا لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، وَيُحْجُّ بِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا مَضَى .

فصل : وإذا أوصى بحج واجب ، أو غيره من الواجبات ، كقضاء دين ، وزكاة ،
وإخراج كفارة ، لم يجز من أربعة أحوال ؛ أحدها ، أن يوصى بذلك من صلب
ماله ، فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ، ويحج عنه من بلده ، وإن لم يف / ماله بذلك ،
أخذ ماله كله يدفع في الواجب ، كما لو لم يوص . الثاني . أن يوصى بأداء الواجب
من ثلث ماله ، فيصح أيضا ، فإن لم تكن له وصية غير هذه ، لم تُفد شيئا ، ويؤدى
من المال كله ، كما لو لم يوص . وإن كان قد أوصى بجهة أخرى ، قدم الواجب ،
وإن فضل من الثلث شيء فهو للتبرع . وإن لم يفضل شيء سقطت ، وإن لم يف الثلث
بالواجب أتم من رأس المال . هكذا ذكر القاضي . وقال أبو الخطاب : يُزاحم
بالواجب أصحاب الوصايا . فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ، ويحتمل أنه أراد
أن الثلث يُقسم بين الوصايا كلها ، الواجب والتبرع بالحصص ، فما حصل للواجب
أتم من رأس المال ، فيدخله الدور ، وتعمل بالجبر ، فنقول في رجل أوصى بحجة
واجبة ، كفائتها عشرة من ثلثه ، ووصى بصدقة تطوع عشرة ، ومات فلم يخلف
إلا ثلاثين ، فاعزل تيممة الواجب من المال ، وهى شيء مجهول ، وأخذ ثلث الباقي
عشرة إلا ثلث شيء ، وأقسمه بين الوصيين ، لكل واحد خمسة إلا سدس شيء ،
واضمم^(٩) الشيء الذى عزلته إلى ما حصل للحجة ، فصار شيئا وخمسة إلا سدس
شيء ، يعدل عشرة ، وأخذ من الشيء سدسه ، فاجبر به بعض الخمسة ، يبقى خمسة
أسداس شيء ، يعدل خمسة ، فالشيء إذا سته ، ومتى أخذت ستة من ثلاثين ، بقي
أربعة وعشرون ، ثلثها ثمانية ، لصاحب الصدقة نصفها أربعة ، وللواجب أربعة
' إذا ضمنت إليها^(١٠) الستة ، صار الجميع عشرة ، فإن كان عليه أيضا دين خمسة ،
عزلت تيممة الحج شيئا ، وتيممة الدين نصف شيء ، بقي ثلث المال عشرة إلا نصف

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠ - ١٠) فى م : « مع » .

شيء ، واقسمه بين الرصايا ، فيحصل للحج أربعة إلا خمس شيء ، اضمم إليها تيمته ،
يصير شيئاً وأربعة إلا خمس شيء ، يعدل عشرة ، وبعد الجبر يصير أربعة أخماس
شيء ، تعدل ستة ، فرد على الستة ربعها ، تصير سبعة ونصف ، يعدل شيئاً ، فالشيء
سبعة ونصف ، ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع ، وبقيّة المال ثمانية عشر وثلاثة
أرباع ، ثلثها ستة وربع ، للذين خمسها واحد وربع / ، إذا ضمنت إليه تيمته ، كمل
خمس ، وللحج اثنان ونصف ، تكمل تيمته (١١) ، وللصدقة اثنان ونصف . وفي
عملها طريق آخر ، وهو أن يقسم الثلث بكما له بين الرصايا بالقسط ، ثم ما بقي من
الواجب حذّه (١٢) من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ، ففي المسألة الأولى يحصل
للواجب خمسة ، يبقى له خمسة ، يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ، ومن الورثة
أربعة . وفي المسألة الثانية ، حصل للحج أربعة ، وبقي له ستة ، وحصل للذين
ديناران ، وبقي له ثلاثة ، فיאخذان ما بقي لهما من الورثة ثلاثة (١٣) ، ومن صاحب
التبرع ثلاثة ، فיאخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ، ومن صاحب التبرع
دينارين ، ويأخذ صاحب الدين دينارين من الورثة ، وديناراً من صاحب التبرع .
الثالث ، أن يوصى بالواجب ، ويطلق ، فهو من رأس المال ، فيبدأ بإخراجه قبل
التبرعات والميراث ، فإن كان ثم وصية تبرع ، فلصاحبها ثلث الباقي . وهذا قول
أكثر أصحاب الشافعي . وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي
قبله ؛ لأنه إنما يملك الوصية بالثلث . ولنا ، أن الحج كان واجباً من رأس المال ، وليس
في وصيته ما يقتضى تغييره ، فيبقى على ما كان عليه ، كما لو لم يوص به . وقولهم :
لا تملك الوصية إلا بالثلث . قلنا : في التبرع ، فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ،

(١١) في م : « به تمة » .

(١٢) في م : « أخذه » .

(١٣) في الأصل : « ثلثيه » .

ولا تَقَيِّدُ به . القسم الرابع ، أن يُوصَى بالواجبِ وَيَقْرَنَ بها^(١٤) الوَصِيَّةُ بِتَبْرُعِ^(١٥) ، مثل أن يقول : حُجُّوا عَنِّي ، وأدُّوا ذُنُوبِي ، وَتَصَدَّقُوا عَنِّي . ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أن الواجبَ من رَأْسِ المَالِ ؛ لأنَّ الاقْتِرَانَ في اللَّفْظِ لا يَدُلُّ على الاقْتِرَانَ في الحُكْمِ ، ولا في كَيْفِيَّتِهِ ، ولذلك قال اللهُ تَعَالَى : ﴿ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ ﴾^(١٦) . والأكلُ غيرُ واجبٍ ، والإيتاءُ واجبٌ ، ولأنَّ ههنا قد عَطَفَ غيرُ الواجبِ عليه ، فكما لم يَسْتَوِيا في الوُجُوبِ لا يَلْزَمُ اسْتِوَاؤُهُمَا في مَحَلِّ الإِخْرَاجِ . والثاني ، أَنَّهُ من الثُّلْثِ ؛ لأنَّ قَرْنَ به ما مَحْرَجُهُ من الثُّلْثِ .

٩٨٢ - / مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : حَجَّةٌ بِخَمْسِمِائَةٍ . فَمَا فَضَّلَ فَهَوَ لِمَنْ يَحُجُّ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِقَدْرِ مِنَ المَالِ حَجَّةً وَاحِدَةً ، وكان فيه فَضْلٌ عن قَدْرِ ما يُحَجُّ به ، فهو لمن يَحُجُّ ؛ لأنَّ قَصْدَ إِزْفَاقِهِ بِذَلِكَ ، فكأنَّه صَرَّحَ ، بأن قال : حُجُّوا عَنِّي حَجَّةً وَاحِدَةً بِخَمْسِمِائَةٍ ، وما فَضَّلَ منها فهو لمن يَحُجُّ . ثم إنَّ عَيْنَ مَنْ يَحُجُّ عنه ، فقال : يَحُجُّ عَنِّي فَلانَّ بِخَمْسِمِائَةٍ . صَرَفَ ذلك إِليه . وإن لم يُعَيِّنْ أَحَدًا ، فَلِلْوَصِيِّ صَرَفُهَا إِلى مَنْ شَاءَ ؛ لأنَّه فَوَّضَ إِليه الاجْتِهَادَ ، إِلا أَنَّهُ لا يَمْلِكُ صَرَفُهَا إِلى وارثٍ ، إِذا كان فيها فَضْلٌ إِلا بِإِذْنِ الوَرِثَةِ ، وإن لم يَكُنْ فيها فَضْلٌ ، جازَ ؛ لأنَّها لا مُحاباةٌ فيها ، ثم يُنظَرُ ؛ فَإِنْ كان الحَجُّ المَوْصَى^(١) به تَطَوُّعًا ، فَجَمِيعُ القَدْرِ المَوْصَى به من الثُّلْثِ ، وإن كان واجبًا ، فالزَّائِدُ عن نَفَقَةِ المِثْلِ يُعْتَبَرُ من الثُّلْثِ . وإن لم يَفِ

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : « بالتبرع » .

(١٦) سورة الأنعام ١٤١ .

(١) في م : « للموصى » .

الموصى به بالحج الواجب ، أتم من رأس المال . وإن كان تطوعاً ، فإنه يحج به من حيث يبلغ ، على ما مضى .

فصل : وإن عيّن رجلاً للحج^(١) ، فأبى أن يحج ، بطل التعيين ، ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواه ، ويصرف الباقي إلى الورثة . ولو قال الموعين : اصرفوا الحجة إلى من يحج ، وادفعوا الفضل إلى ، لأنه موصى به لى . لم يصرف إليه شيء ؛ لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج ، فإذا لم يفعل ، لم يوجد الشرط ، ولم يستحق شيئاً .

٩٨٣ - مسألة ؛ قال : (وإن قال : حجوا عني حجة . فما فضل رد إلى الورثة)

أما إذا أوصى بحجة ، ولم يذكر قدرًا من المال ، فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل ؛ لما ذكرناه . وإن فضل فضل عن ذلك ، فهو للورثة . وهذا يبنى على أن الحج لا يجوز الاستحجار عليه ، إنما ينوب عنه فيه نائب ، فما ينفق عليه فيما يحتاج إليه ، فهو من مال الموصى ، وما بقي رده على ورثته . وإن تلف المال في الطريق ، فهو من مال الموصى ، وليس على النائب إتمام المضي إلى الحج عنه . وعلى الرواية الأخرى ، يجوز الاستحجار عليه ، فلا يستأجر إلا ثقة بأقل ما يمكن ، وما فضل فهو لمن يحج ؛ لأنه ملك ما أعطى بعقد^(٢) الإجارة . وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الأجير له ، فهو من ماله ، ويلزمه إتمام^(٣) الحج . وإن قال : حجوا عني . ولم يقل : حجة واحدة . لم يحج عنه إلا حجة واحدة ؛ لأنه أقل ما يقع عليه الاسم . فإن عيّن مع هذا من يحج عنه ، فقال : يحج عني فلان . فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث . فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه ، فينبغي أن يصرف إليه

ظ ٦٣/٦

(٢) في م : أن يحج .

(١) في ا : بقدر . وفي م : بعد .

(٢) في م : بإتمام .

أَقْلُ قَدْرٍ^(٣) يُمَكِّنُ أَنْ يَحَجَّ بِهِ غَيْرُهُ . وَإِنْ أَبِي الْحَجِّ ، وَكَانَ وَاجِبًا ، اسْتُنِيَبَ غَيْرُهُ بِأَقْلٍ مَا يُمَكِّنُ اسْتِنَابَهُ بِهِ^(٤) . وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، اِحْتَمَلَ بَطْلَانَ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنَ هَا جِهَةٍ ، فَإِذَا لَمْ تَقْبَلْهَا بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ^(٥) ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِيَعُوَاعِبْدِي لِفَلَانٍ بِمِائَةٍ . فَأَبَى شِرَاءَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَبْطُلَ ، وَيُسْتَنَابَ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ الْقُرْبَةَ وَالتَّعْيِينَ ، فَإِذَا بَطَلَ التَّعْيِينُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْقُرْبَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِيَعُوَاعِبْدِي لِفَلَانٍ ، وَتَصَدَّقُوا بِثَمَنِهِ . فَلَمْ يَقْبَلْ فَلَانٌ ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ لغيرِهِ ، وَيُتَصَدَّقُ بِهِ .

فصل^(٦) : وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ^(٧) أَنْ يُخْرِجَ عَنْهُ حَجَّةً ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ الْحَجُّ^(٨) بِنَفْسِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . كَمَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَيَّ . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَنْ^(٩) نَفْسِهِ . وَإِنْ قَالَ : حُجَّ عَنِّي بِمَا شِئْتَ . صَحَّ ، وَلَهُ مَا شَاءَ ، إِلَّا أَنْ لَا يُجِيزَ الْوَرَثَةَ ، فَهَذَا الثَّلَاثُ .

فصل : إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ زَيْدٌ بِمِائَةٍ ، وَلِعَمْرٍو بِتَمَامِ الثَّلَاثِ ، وَلِسَعْدٍ بِثُلْثِ مَالِهِ . فَأَجَازَ الْوَرَثَةَ ، أَمْضِيَتْ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي . وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنِ الْمِائَةِ شَيْءً ، فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالْفَضْلِ ، وَلَا فَضْلَ . وَإِنْ رَدَّ الْوَرَثَةَ ، قُسِمَ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ؛ لِسَعْدِ السُّدُسُ ، وَلِزَيْدِ مِائَةٍ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ فَلِعَمْرٍو ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءً ، فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالزِّيَادَةِ ، وَلَا زِيَادَةَ . وَلَا تُنْمَعُ الْمُرَاحِمَةُ بِهِ ، وَلَا يُعْطَى شَيْئًا ، كَوْلِدِ الْأَبِ مَعَ الْأَخِ مِنَ الْأَبْوِينِ ، فِي مُرَاحِمَةِ الْجَدِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي الثَّلَاثِ فَضْلٌ عَنِ الْمِائَةِ ، أَنْ يُرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْمِائَةَ بِالْإِجَازَةِ ، فَمَعَ الرَّدِّ يَجِبُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ مِنَ النَّقْصِ بِقَدْرِ

(٣) فِي إِزْيَادَةِ : « مَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ .

(٦) سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ كُلَّهُ مِنَ الْأَصْلِ . وَبِهَامِشِ النُّسْخَةِ أَنَّ هَذَا الْفَصْلَ لَمْ أَجِدْهُ فِي نُسْخَةِ الْوَقْفِ . يَعْنِي الْأَصْلُ .

(٧) فِي أ : « إِلَى رَجُلٍ » .

(٨) فِي أ : « أَنْ يَحُجَّ » .

(٩) فِي أ : « عَلَى » .

وصِيَّتِهِ ، كسائر الوصايا . وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم . فإن امتنع زيد من الحجِّ ، وكانت الحَجَّةُ واجبةً ، استُنِيبَ ثَقَّةٌ غيره في الحجِّ بأقلِّ ما يُمكنُ ، وتَمَامُ المائَةِ للورثةِ ، ولعمري ما فَضَّلَ . وإن كانت الحَجَّةُ تطوُّعًا ، ففي بَطْلانِ الوصِيَّةِ بها وَجْهان ، ذكرناهما فيما مضى .

و ٦٤/٦

فصل : وإن أوصى لزيد بعيد بعينه ، ولعمري ببقية الثلث ، قَوْمُ العَبْدِ / يوم موتِ الموصى ؛ لأنه حال نفوذِ الوصية ، ودُفِعَ إلى زيد ، ودُفِعَ بِقِيَّةِ التُّلْثِ إلى عمرو . فإن لم يبقَ من التُّلْثِ شيءٌ ، بطلت وصية عمرو . وإن مات العبد بعد موتِ الموصى ، أو ردَّ زيد وصيَّته ، بطلت ولم تبطل وصية عمرو . وهكذا إن مات زيد قبل موتِ الموصى أو بعده . وإن مات العبد قبل موتِ الموصى ، قَوْمنا التُّرْكَةَ حال موتِ الموصى بدون العبد ، ثم يُقَوْمُ العبد لو كان حيًّا ، فإن بَقِيَ من التُّلْثِ بعد قيمته شيءٌ ، فهو لعمري ، وإلَّا بطلت وصيَّته . ولو قال لأحدِ عبدي : أنت مُدَبِّرٌ . ثم قال لآخر : أنت مُدَبِّرٌ في زيادة التُّلْثِ عن قيمة الأول . ثم بطل تدبير الأول لرجوعه فيه ، أو خروجه مُسْتَحَقًّا ، أو غير ذلك ، فهي كالتى قبلها ، على ما ذكرنا .

٩٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِتُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، فَقُتِلَ عَمْدًا أَوْ حَطَأً ، وَأَخَذَتِ الدِّيَّةُ ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالتُّلْثِ تُلْثُ الدِّيَّةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى لَيْسَ لِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالتُّلْثِ مِنَ الدِّيَّةِ شَيْءٌ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، في مَنْ أَوْصَى بِتُلْثِ مَالِهِ ، أو جُزءٍ منه مُشَاعٍ ، فَقُتِلَ الموصى ، وأخذت ديةهُ ، هل للموصى منها شيءٌ أو لا ؟ فنقلُ مُهَنَّأ عن أحمد ، أنه يَسْتَحِقُّ منها . ورؤي ذلك عن عليٍّ ، رضی اللهُ عنه ، في دِيَةِ الحَطَأِ . وهو قولُ الحسنِ ، ومالكٍ . ونقل ابنُ منصورٍ ، عن أحمد ، لا يُدْخِلُ الدِّيَّةَ في وصيَّته . ورؤي ذلك عن مكحولٍ ، وشريكٍ ، وأبي ثورٍ ، وداودَ . وهو قولُ إسحاقٍ . وقال مالكٌ : في دِيَةِ العَمْدِ ؛ لأنَّ الدِّيَّةَ إنَّما تجبُ للورثة بعد موتِ الموصى ، بدليل أن سببها الموتُ ، فلا يجوزُ وجوبها قبله ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يتقدمُ سببه ، ولا يجوزُ أن تجبَ للميتِ بعد موته ؛

لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له ، فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية ؛ لأن الميت إنما يوصى بجزء من ماله ، لا بماله ورثته . ووجه الرواية الأولى ، أن الدية تجب للميت ؛ لأنها بدل نفسه ، ونفسه / له ، فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حال حياته له ، فكذلك بدلها بعد موته ، ولهذا نقضى منها ديونه ، ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته فلا . ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت ، كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته ، فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه ، ويجهز ، فكذلك دينه ؛ لأن تنفيذ وصيته من حاجته ، فأشبهت قضاء دينه .

فصل : وإن كانت الوصية بمعين ، فعلى الرواية الأولى ^(١) ، يُعتبر خروجه من ^(٢) ثلث ماله ودينه ، وعلى الأخرى ، يُعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه ؛ لأنها ^(٣) ليست من ماله .

فصل : وإن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل الموت ، فأكثر أهل العلم يقولون : إن الوصية تُعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ، ويعتبر ثلث الجميع . هذا قول النخعي ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وسواء علم أو لم يعلم . وحكى عن أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعه ، ومالك ، لا يدخل في وصيته إلا ما علم ، إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء . ولنا ، أنه من ماله ، فدخل في وصيته ، كالمعلوم .

(١) في ١ : « الأخرى » .

(٢ - ٣) في ١ : « أصل ماله دون دينه » .

(٣) في ١ ، م زيادة : « له » .

٩٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانٍ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ)

معنى أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ . أى جعل له التَّصَرُّفَ بعد موته ، فيما كان له التَّصَرُّفُ فيه ، من قَضَاءِ دُيُونِهِ ، واقتضائها ، وَرَدِّ الْوَدَائِعِ ، واستردادها ، وتَفْرِيقِ وَصِيَّتِهِ ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِينِ وَمَنْ لَمْ يُؤْتَسَّرْ رُشْدُهُ ، والنَّظَرِ لَهُمْ فِي أُمُورِهِمْ بِحِفْظِهَا ، والتَّصَرُّفِ فِيهَا بما لهم الْحِظُّ فِيهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ ، كَالْعُقَلَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وغير أولاده من الإخوة والأعمام وسائر مَنْ عدا الأولادِ ، فلا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ / عليهم ؛ لأنه لا ولاية للموصى عليهم في الحياة ، فلا يكون ذلك لناثبه بعد الممات . ولا نعلم في هذا كله خلافاً . وبه يقول مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ قَالَا : لِلجَدِّ ولاية على ابن ابنيه وإن سَفَلَ ؛ لأنَّ له وِلَادَةً وَتَعْصِيَا ، فَأَشْبَهَ الْأَبَّ . ولأصحاب الشافعي في الأمِّ عند عَدَمِ الْأَبِّ والجَدِّ وَجْهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لَهَا وِلَايَةً ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبْوَانِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَّ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ يُدْلِي بِوَأَسْطَةِ ، فَأَشْبَهَ الْأَخَّ وَالْعَمَّ ، وفارق الأب ، فإنه يُدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَيَحْجُبُ الْجَدَّ ، وَيُخَالِفُهُ فِي مِيرَاثِهِ وَحَجْبِهِ ، فلا يصحُّ إلحاقه به ، ولا قياسه عليه . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا تَلِي ؛ لِأَنَّهَا قَاصِرَةٌ لَا تَلِي التَّنْكَاحَ بِحَالٍ ، فَلَا تَلِي مَالَ غَيْرِهَا ، كَالْعَبْدِ ، ولأنَّها لا تَلِي بولاية القضاء ، فكذلك بالنسب^(١) . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانٍ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ ، أو قد عزلته ؛ لما ذكرنا فيما إذا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِبَشَرٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَا لِبَكْرٍ . ولأنَّه قد وُجِدَتْ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمَا مِنْ غَيْرِ عَزْلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَكَانَا وَصِيَّيْنِ ، كما لو أَوْصَى إِلَيْهِمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَأَمَّا إِنْ أَخْرَجَ الْأَوَّلَ أَنْعَزَلَ ، وَكَانَ الثَّانِي هُوَ الْوَصِيُّ ، كَمَا لَوْ عَزَلَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ إِلَى الثَّانِي .

٦٥/٦ و

(١) في ا : « النسب » .

فصل: ويجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء، مثل أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها، أو بقضاء ديونه، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب، فلا يكون له غير ما جعل إليه. ويجوز أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته، وإلى آخر بقضاء ديونه، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله، فيكون لكل واحد^(٢) منهم ما جعل إليه دون غيره. ومتى أوصى إليه بشيء، لم يصير وصيًا في غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يصير وصيًا في كل ما يملكه الوصي؛ لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته، فلا تتبع، كولاية الجد. ولنا، أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة آدمي، / فكان مقصوراً على ما إذن فيه، كالوكيل، وولاية الجد ممنوعة. ثم تلك ولاية استفادها بقرابته، وهي لا تتبع، والإذن يتبع، فافترقا.

٦٥/٦ ظ

فصل: ويجوز أن يوصى إلى رجلين معاً في شيء واحد، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً، فيقول: أوصيت إلى كل واحد منكما^(٣) أن ينفرد بالتصرف. لأنه جعل كل واحد منهما^(٤) وصياً منفرداً، وهذا يقتضي تصرفه على الأفراد. وله أن يوصى إليهما ليتصرفا^(٥) مجتمعين، وليس لواحد منهما الأفراد بالتصرف؛ لأنه لم يجعل ذلك إليه، ولم يرض بنظره وحده. وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً. وإن أطلق، فقال: أوصيت إليكما في كذا. فليس لأحدهما الأفراد بالتصرف. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو يوسف: له ذلك؛ لأن الوصية والولاية لا تتبع، فملك كل واحد منهما الأفراد بها كالأخوين^(٦) في تزويج أختيهما. وقال أبو حنيفة، ومحمد: يستحسن على خلاف القياس، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت، وقضاء دينه، وإنفاذ وصيته، وردّ الوديعة بعينها، وشراء

(٢) سقط من: م.

(٣) في ١: «منهما».

(٤) سقط من: الأصل.

(٥) سقط من: ١.

(٦) في م: «كالآخرين».

ما لا بدّ للصغير منه من الكسوة والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميت فيما يُدعى له أو عليه ؛ لأنّ هذه يشقُّ الاجتماعُ عليها ويضُرُّ تأخيرُها ، فجازَ الانفِرَادُ بها . ولنا ، أنّه شَرَكُ بينهما في النّظرِ ، فلم يَكُنْ لأحدهما الانفِرَادُ ، كالوكيلين . وما قاله أبو يوسف نقولُ به ، فإنّه جعلَ الولايةَ إليهما باجتماعهما ، فليست مُتَبَعُضَةً ، كما لو وكلَّ وكيَلين ، أو صرّحَ للوصيين بأن لا يتصرّفا إلا مُتَجَمِعين . ثم يَظَلُّ ما قاله بهاتين الصّورتين ، ويَظَلُّ ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا . وإذا تعدّر اجتماعهما ، أقامَ الحاكمُ أمينا مُقامَ الغائبِ .

فصل : في مَنْ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، وَمَنْ لَا^(٧) تَصِحُّ ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى الرجلِ العاقلِ المسلمِ الحرِّ العَدْلِ إجماعًا . ولا تَصِحُّ إلى مجنونٍ ، ولا طِفْلٍ ، ولا / وَصِيَّةُ مسلمٍ إلى كافرٍ . بغيرِ خِلافٍ تَعَلَّمَهُ ؛ لأنَّ المجنونَ والطِفْلَ ليسا من أهلِ التّصَرُّفِ في أموالهما ، فلا يَلِيَانِ على غيرهما ، والكافرَ ليس من أهلِ الولايةِ على مُسلمٍ . وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى المرأةِ في قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . ورُوِيَ ذلك عن شَرِيحٍ . وبه قال مالكٌ ، والثوريُّ ، والأوزاعيُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وإسحاقُ ، والشافعيُّ ، وأبو ثورٍ ، وأصحابُ الرّأيِ . ولم يُجِزْهُ عطاءٌ ؛ لأنّها لا تكونُ قاضيةً ، فلا تكونُ وصيةً ، كما يجنون . ولنا ، ما رُوِيَ أنّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أوصى إلى حَفْصَةَ^(٨) . ولأنّها من أهلِ الشّهادةِ ، فأشبهتِ الرّجلَ ، وتخالِفُ القِضاءَ ، فإنّه يُعْتَبَرُ له الكمالُ في الخِلقةِ والاجتهادِ ، بخلافِ الوصيةِ . وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى الأعمى . وقال أصحابُ الشافعيِّ فيه وَجْهٌ^(٩) أنّه لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، بناءً منهم على أنّه لا يَصِحُّ بَيْعُهُ ولا شِراؤُهُ ، فلا يُوجَدُ فيه معنى الولايةِ . وهذا لا يُسَلِّمُ لهم ، مع أنّه يُمَكِّنُهُ التّوكيلُ في ذلك ، وهو من أهلِ الشّهادةِ والولايةِ في النكاحِ ، والولايةِ على أولادِهِ الصّغارِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ

و ٦٦/٦

(٧) في م : « لم » .

(٨) تقدم في صفحة ٢٠٧ .

(٩) في م : « وجد » .

إليه كالصبير . وأما الصبي العاقل ، فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد ، فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ إِلَّا بِإِذْنِ ، فلم يَكُنْ من أهل الولاية بطريق الأولى . ولأنه مَوْلَى عليه ، فلا يكون والياً ، كالطفل والمجنون . وهذا مذهب الشافعي . وهو الصحيح إن شاء الله . وقال القاضي : قياسُ المذهبِ صحَّةُ الوَصِيَّةِ إليه ؛ لأنَّ أحمدَ قد نصَّ على صحَّةِ وَكَالِيهِ . وعلى هذا يُعْتَبَرُ أَن يكون قد جاوزَ العَشْرَ . وأما الكافر ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مُسْلِمٍ إليه ؛ لأنه لا يَلِي على مُسْلِمٍ ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة ، فلم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ، كالمجنون والفاسق . وأما وَصِيَّةُ الكافرِ/إليه ، فإن لم يَكُنْ عَدْلًا في دينه ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ عَدَمَ العَدَالَةِ في المُسْلِمِ يَمْنَعُ صحَّةَ الوَصِيَّةِ إليه ، فمع الكفرِ أَوْلَى . وإن كان عَدْلًا في دينه ، ففيه وَجْهَان ؛ أحدهما ؛ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه . وهو قول أصحاب الرأْي ؛ لأنه يَلِي بالنسبِ ، فيلِي الوَصِيَّةَ ، كالمُسْلِمِ . والثاني ، لا تَصِحُّ . وهو قول أبي ثورٍ ؛ لأنه فاسقٌ ، فلم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ، كفاسقِ المُسْلِمِينَ . ولأصحابِ الشافعي وَجْهَان كَهَذَيْنِ . وأما وَصِيَّةُ الكافرِ إلى المُسْلِمِ ، فتصحُّ (١٠) إذا لم تَكُنْ (١١) تَرَكْتُهُ خَمْرًا وَلَا (١٢) . خِنْزِيرًا . وأما العبدُ ، فقال أبو عبد الله ابنُ حامدٍ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره . وبه قال مالكٌ . وقال النَّحْعِيُّ ، والأوزاعيُّ ، وابنُ شُبْرَمَةَ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى عبد نفسه ولا تَصِحُّ إلى عبد غيره . وقال أبو حنيفة : تَصِحُّ إلى عبد نفسه إذا لم يَكُنْ في وَرَثَتِهِ رَشِيدٌ وقال أبو يوسف ، ومحمدٌ ، والشافعيُّ : لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى عبدٍ بحال ؛ لأنه لا يكون وليًّا على ابنه بالنسبِ ، فلا يجوزُ أن يَلِي الوَصِيَّةَ ، كالمجنون . ولنا ، أنه يَصِحُّ اسْتِنَابَتُهُ في الحياة ، فصَحَّ أن يوصى إليه ، كالحرِّ . وقياسُهُم يَبْطُلُ بالمرأة . والخلافُ في المكاتبِ والمدبِّرِ والمُعْتَقِ بعضُهُ كالخلافِ في العبدِ القِنِّ . وقد نَصَّ الخِرْقِيُّ على أن الوصية إلى أم ولده جائزة . نصُّ (١٢) عليه أحمدُ أيضًا ؛ لأنها تكون

(١٠ - ١١) في م : « إلا أن تكون » .

(١١) في م : « أو » .

(١٢) في م : « وقد نص » .

حُرَّةً عِنْدَ نُفُوذِ الوَصِيَّةِ مِنْ أَصْلِ المَالِ . وَأَمَّا الفَاسِقُ ، فَقد رُوِيَ عَن أَحمدَ ما يَدُلُّ عَلى أَنَّ الوَصِيَّةَ إِلَيهِ لا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مالِكِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَعَن أَحمدَ ما يَدُلُّ عَلى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ إِلَيهِ ، فَإِنَّهُ قالَ ، فِي رِوايةِ ابنِ مَنصُورٍ : إِذا كانَ مَتَّهَمًا ، لَمْ تَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ . وَقَالَ الخَرَقِيُّ : إِذا كانَ الوَصِيُّ خائِنًا ضَمَّ إِلَيهِ أَمِينٌ . وَهَذا يَدُلُّ عَلى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ إِلَيهِ ، وَيَضُمُّ الحَماكِمُ إِلَيهِ أَمِينًا . وَقَالَ أبو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إِلَيهِ ، وَيَنْفَعُ تَصَرُّفُهُ ، وَعَلى الحَماكِمِ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ بائِعٌ عاقِلٌ ، فَصَحَّتِ الوَصِيَّةُ إِلَيهِ ، كَالعَدَلِ ، / وَوَجْهُ الأَوَّلِيُّ أَنَّهُ لا يَجوزُ لإفراذه بِالوَصِيَّةِ ، فَلَمْ تُجْزِ الوَصِيَّةُ إِلَيهِ ، كَالجَنونِ . وَعَلى أَى حَنِيفَةَ ، لا يَجوزُ إقْرارُهُ عَلى الوَصِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ ما ذَكَرنا .

فصل : وَيُعتَبَرُ وَجودُ هَذِهِ الشَّرُوطِ فِي الوَصِيِّ حَالِ العَقْدِ وَالموتِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وَفِي الأَخرِ يُعتَبَرُ حَالِ الموتِ حَسْبُ ، كَالوَصِيَّةِ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنا ، أَنَّها شَرُوطٌ لِعَقْدٍ ، فَتُعتَبَرُ حَالُ وُجودِهِ ، كَسائِرِ العُقُودِ . فَأَمَّا الوَصِيَّةُ لَهُ ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ وَإِنْ كانَ وارثًا ، وَإِنَّمَا يُعتَبَرُ عَدَمُ الإِزْثِ ، وَخروجُها مِنَ الثُّلْثِ لِلنَّفُوذِ وَاللُّزومِ ، فَاعتُبرتْ حَالَةُ اللُّزومِ ، بِخِلافِ مَسأَلَتِنا ، فَإِنَّها شَرُوطٌ لِصِحَّةِ العَقْدِ ، فَاعتُبرتْ حَالَةُ العَقْدِ ، وَلا يَنْفَعُ وَجودُها بَعْدَهُ . وَعَلى الوَجْهِ الثَّانِي ، لو كانتِ الشَّرُوطُ كُلُّها مُتَتَفِيَةً ، أَوْ بَعْضُها حَالِ العَقْدِ ، ثَمَّ وَجِدَتْ حَالَةَ الموتِ . لَصَحَّتِ الوَصِيَّةُ إِلَيهِ .

فصل : وَإِذا قالَ : أوصيتُ إِلى زَيدٍ ، فَإِنْ ماتَ فَقدَ أوصيتُ إِلى عَمِرو . صَحَّ ذلكَ ، رِوايةً واحِدةً ، وَيَكُونُ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُما وَصِيًّا ، إِلا أَن عَمْرًا وصى «بَعْدَ زَيدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ فِي جِيشِ مُوتَةَ : «أَمِيرُكُمْ زَيدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنِ رِواحَةَ» (١٣) . وَالوَصِيَّةُ فِي مَعْنَى التَّأْمِيرِ . وَإِنْ قالَ :

(١٣) أَخْرَجَهُ البُخاري ، فِي : بابِ غزوةِ مُوتَةَ مِنْ أَرْضِ الشَّامِ ، مِنْ كِتابِ المِغْزَى . صَحِيحُ البُخاري ١٨١/٥ ، ١٨٢ . وَالإمامُ أَحْمَدُ ، فِي : المِسنَدِ ١/٢٠٤ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩/٥ .

أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنِي كَانَ وَصِيًّا . صَحَّ ؛ لِذَلِكَ (١٤) ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنُهُ صَارَ وَصِيًّا . وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ : وَصَيْتُ لَكَ (١٥) ، فَإِنْ تَابَ ابْنِي عَنْ فَسْقِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ ، أَوْ صَالَحَ أُمَّهُ ، أَوْ رَشَدَ ، فَهُوَ وَصِيٌّ . صَحَّتِ الرَّصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَصِيرُ وَصِيًّا عِنْدَ وُجُودِ هَذِهِ الشَّرُوطِ .

٩٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الرَّصِيُّ حَائِنًا ، جُعِلَ مَعَهُ أَمِينٌ)

ظاهرُ هذا صحَّةُ الرَّصِيَّةِ إِلَى الْفَاسِقِ ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ عَدْلًا فَتَغَيَّرَتْ حَالُهُ إِلَى الْخِيَانَةِ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهَا ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَ ذَلِكَ . قَالَ : إِذَا كَانَ الرَّصِيُّ مُتَمَهِّمًا ، لَمْ يَخْرُجْ / مِنْ يَدِهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ ، لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِمَوْضِعٍ لِلرَّصِيَّةِ (١) ، فَقَالَ لِلْآخِرِ (٢) : أَعْطِنِي . لَا يُعْطِيهِ شَيْئًا ، لَيْسَ هَذَا بِمَوْضِعٍ لِلرَّصِيَّةِ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ الْمَرِيضُ قَدْ رَضِيَ بِهِ ؟ فَقَالَ : وَإِنْ رَضِيَ بِهِ . فَظَاهِرُ هَذَا إِبْطَالُ الرَّصِيَّةِ إِلَيْهِ . وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ وَكَلَامَ أَحْمَدَ فِي إِتْقَانِهِ فِي الرَّصِيَّةِ ، عَلَى أَنَّ خِيَانَتَهُ طَرَأَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ خِيَانَتُهُ مَوْجُودَةً حَالَ الرَّصِيَّةِ إِلَيْهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَوَلِيَةُ الْخَائِنِ عَلَى يَتِيمٍ فِي حَيَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَلِأَنَّ الرَّصِيَّةَ وَلَايَةً وَأَمَانَةً ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِمَا . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا كَانَ الرَّصِيُّ فَاسِقًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظَرُ فِي مَالِهِ الْحَاكِمُ . وَإِنْ طَرَأَ فَسْقُهُ بَعْدَ الرَّصِيَّةِ ، زَالَتْ وَلَايَتُهُ ، وَأَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا . هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ :

(١٤) فِي ١ : « ذَلِكَ » .

(١٥) فِي ١ : « إِلَيْكَ » .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الرَّصِيَّةُ » .

(٢) فِي ١ : « الْآخِرُ » .

لا تزول ولايته، ويضم إليه أمين ينظر معه. وروى ذلك عن الحسن، وابن سيرين؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين، وتخصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية، فيكون جمعاً بين الحقين. وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين، تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد. وأما التفريق بين الفسق الطارئ وبين المقارين، فبعيد؛ فإن الشروط تُعتبر في الدوام، كاعتبارها في ابتداء، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام، ولو لم يكن بد من التفريق، لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى، من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية، فقد رضي به الموصي، مع علمه بحاله، وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله، بخلاف ما إذا طرأ الفسق، فإنه لم يرض به على تلك الحال، والاعتبار برضاه، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد، جازله التصرف وحده، ولو وصى إلى اثنين، لم يجز للواحد التصرف.

٦٨/٦ و

فصل: وأما العدل الذي يعجز عن النظر، لعلية أو ضعف، فإن الوصية تصح إليه، ويضم إليه الحاكم أميناً، ولا يزال يده عن المال، ولا نظره؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة، فصحت الوصية إليه. وهكذا إن كان قوياً، فحدث فيه ضعف أو علة، ضم الحاكم إليه يداً أخرى، ويكون الأول هو الوصي دون الثاني، وهذا معاون؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي. وهذا قول الشافعي، وأبي يوسف. ولا (٣) أعلمهما مخالفاً.

فصل: وإذا تغيرت حال الوصي بجنون، أو كفر، أو سفه، زالت ولايته، وصار كأنه لم يوص إليه، ويرجع الأمر إلى الحاكم، فيقيم أميناً ناظر للميت في أمره وأمر أولاده من بعده، كما لو لم يخلف وصياً. وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل

(٣) في الأصل: «ولم».

الموت ، ثم عادَ فكانَ عندَ الموتِ جامعاً لشروطِ الوَصِيَّةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ الشروطَ موجودةٌ حالَ العَقْدِ والموتِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو لم تتغيَّر حاله . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ ؛ لأنَّ كُلَّ حالةٍ منها حالةٌ للقبولِ والرَّدِّ ، فاعتُبرتِ الشروطُ فيها . فأما إن زالتْ بعدَ الموتِ ، فاعتزَلَ ، ثم عادَ ، فكمَّلَ الشروطَ ، لم تُعدَّ وصِيَّتِه ؛ لأنَّها زالتْ ، فلا تعودُ إلا بعقدٍ جديدٍ .

فصل : ويصحُّ قبولُ الوَصِيَّةِ ورُدُّها في حياةِ الموصي ؛ لأنَّها إذن في التصرفِ ، فصَحَّ قبولُه بعدَ العقدِ ، ^(٤) كالتوكيلِ ، بخلافِ الوَصِيَّةِ له ، فإنَّها تملكُ في وقتِ ، فلم يصحَّ القبولُ قبلَ الوقتِ . ويجوزُ تأخيرُ القبولِ إلى ما بعدَ الموتِ ؛ لأنَّها نوعٌ وَصِيَّةٍ ، فصَحَّ قبولُها بعدَ الموتِ ، كالوصِيَّةِ له ، ومتى قبلَ صارَ وصياً ، وله عزْلُ نفسه متى شاءَ ، مع القدرةِ والعجزِ ، في حياةِ الموصي وبعدَ موته ، / بمشهدٍ منه وفي غيبتِه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ له ذلك بعدَ الموتِ بحالٍ ، ولا يجوزُ في حياته إلا بحضرتِه ؛ لأنَّه غرَّه بالتزامِ وصِيَّتِه ، ومنعه بذلك الإيضاءَ إلى غيره . وذكر ابنُ أبي موسى ، في « الإرشادِ » روايةً عن أحمدَ ، ليس له عزْلُ نفسه بعدَ الموتِ لذلك . ولنا ، أنه مُتصرفٌ بالإذنِ ، فكانَ له عزْلُ نفسه ، كالوكيلِ .

فصل : ويجوزُ أن يجعلَ للموصي جُعلاً ؛ لأنها بمنزلةِ الوَكَالَةِ ، والوكالةُ تجوزُ بجعلٍ ، فكذلك الوَصِيَّةُ . وقد نقلَ إسحاقُ بنُ إبراهيمَ ، في الرجلِ يُوصي إلى الرجلِ ، ويجعلُ له دراهمَ مُسمَّاةً ، فلا بأسَ . ومُقاسمةُ الوَصِي ^(٥) له جائزةٌ على الورثةِ ؛ لأنه نائبٌ عنهم ، ومُقاسمتهُ للورثةِ على الموصي له لا تجوزُ ؛ لأنه ليس بنائبٍ عنه .

(٤ - ٤) في م : « كالوكيل » .

(٥) في م : « الموصي » .

فصل : وإذا وصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، نحو أن يقول (٦) :
أذنتُ لك أن تُوصى إلى من شئت ، أو كلُّ من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه ، أو فهو
وصى . صحَّ ، وله أن يوصى إلى من شاء ؛ لأنه رضى باجتهاده واجتهاد من يراه ،
فصحَّ ، كما لو وصى إليهما معاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن الشافعي أنه
قال في أحد القولين : ليس له أن يوصى ؛ لأنه يلي بتوليّه ، فلا يصحُّ أن يوصى ،
كالوكيل . ولنا ، أنه ما ذون له في الإذن في التصرف ، فجاز له أن يأذن لغيره ، كالوكيل
إذا أمر بالتوكيل ، والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه . فأمّا إن أوصى إليه ،
وأطلق ، ولم يأذن له في الإيصاء ولا نهاء (٧) عنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، له أن
يوصى إلى غيره . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والثوري ، وأبي يوسف ؛ لأن الأب
أقامه مقام نفسه ، فكان له الوصية ، كالأب . والثانية ، ليس له ذلك . وهو اختيار
أبي بكر . ومذهب الشافعي ، وإسحاق . وهو الظاهر من مذهب الحنفي ؛ لقوله
ذلك في الوكيل (٨) ؛ / لأنه يتصرف (٩) بتوليّه ، فلم يكن له التفويض ، كالوكيل ،
ويخالف الأب ؛ لأنه يلي بغير تولية .

٦٩/٦ و

٩٨٧ - مسألة ؛ قال : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت
أمين)

وجملة ذلك ، أنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين ، فمتى أوصى إليهما مطلقاً ، لم يجز
لواحد منهما الاثراء بالتصرف ، فإن مات أحدهما ، أو جنَّ ، أو وجد منه ما يوجب
عزله ، أقام الحاكم مقامه أميناً ؛ لأن الموصى لم يرض بتظير هذا الباقي منهما وحده .

(٦) في الزيادة : « قد » .

(٧) في ١ ، م : « ينهاه » .

(٨) في ١ : « التوكيل » .

(٩) في الأصل : « تصرف » .

فإن أراد الحاكم ردَّ النظر إلى الباقي منهما ، لم يكن له ذلك . وذكر أصحاب الشافعيَّ وجهًا في جوازِه ؛ لأنَّ النَّظَرَ لو كان له لِمَوْتِ الْمُوصِي عن غيرِ وَصِيَّةٍ ، كان له رَدُّه إلى واحدٍ ، كذلك ههنا ، فيكونُ ناظرًا بالوصيَّة من الموصي ، والأمانة من جهة الحاكم . ولنا ، أنَّ الموصي لم يرضَ بتصرف هذا وحده ، فوجب ضمُّ غيره إليه ؛ لأنَّ الوصية مُقدَّمة على نظر الحاكم واجتهاده . وإن تغيَّرت حالهما جميعًا بموت أو غيره ، فللحاكم أن ينصب مكانهما . وهل له نصب واحدٍ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنه لما عديم الوصيان ، صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحدٍ ، كذا ههنا . ويفارق ما إذا كان أحدهما حيًّا ؛ لأنَّ الموصي بين أنه لا يرضى بها وحده ، بخلاف ما إذا ماتا معًا . والثاني ، لا يجوز أن ينصب إلا اثنين ؛ لأنَّ الموصي لم يرض بواحدٍ ، فلم يقتنع به ، كما لو كان أحدهما حيًّا . فأمَّا إن جعل لكل واحدٍ منهما التصرف منفردًا ، فمات أحدهما أو خرج من الوصية ، لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينًا ؛ لأنَّ الباقي منهما له النظر بالوصية ، فلا حاجة إلى غيره . وإن ماتا معًا ، أو خرجا عن الوصية ، فللحاكم أن يقيم واحدًا يتصرف . وإن تغيَّرت حال أحد الوصيين تغييرًا لا يزيله عن الوصية ، كالعجز عنها الضعيف أو علة ونحو ذلك ، وكانا ممن لكل واحدٍ منهما التصرف منفردًا ، فليس للحاكم / أن يضمَّ إليهما أمينًا ؛ لأنَّ الباقي منهما يكفي ، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده^(١) ؛ لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أمينًا . وإن كانا^(٢) ممن ليس لأحدهما التصرف على الافراد ، فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أمينًا ، يتصرف معه على كل حال ، فيصيرون ثلاثة ؛ الوصيان والأمين معهما ، و [ليس]^(٣) لكل واحدٍ منهم التصرف وحده .

ظ ٦٩/٦

(١) في الأصل : « عنده » .

(٢) في ١ ، م : « كان » .

(٣) تكملة يصح بها السياق . وفي حاشية م إشارة إلى هذا .

فصل : وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال^(٤) منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ؛ لأن الموصى 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 إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الافراد . وقال بعضهم : بل هو عام فيهما . ولنا ، أن حفظ المال من جملة الموصى به ، فلم يجز لأحدهما الافراد به ، كالتصرف . ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظ بعضه ، لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه .

فصل : لا بأس بالدخول في الوصية ، فإن الصحابة ، رضی الله عنهم ، كان بعضهم يوصى إلى بعض ، فيقبلون الوصية ، فروى عن أبي عبيدة ، أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر . وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ عثمان ، وابن مسعود ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، ومطيع بن الأسود ، وآخر . وروى عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل . وفي وصية ابن مسعود : إن حدثتني حادث الموت من مرضي هذا ، أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ، ثم إلى الزبير بن العوام ، وإني عبد الله^(٥) . ولأنها وكالة وأمانة ، فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة . وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى ؛ لما فيها من الخطر ، وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ، ولذلك كان يرى / ترك الألقاط ، وترك الإحرام قبل الميقات أفضل ، تحريماً للسلامة ، واجتناباً للخطر . وقد روى حديث يدل على ذلك ، وهو ما روى أن النبي ﷺ قال لأبي ذر : « إني أراك ضعیفاً ، وإني أحب لك ما أحب لنفسي ، فلا تأمرن

٧٠/٦ و

(٤) سقط من : ١ .

(٥) تقدم في صفحة ٤٧٣ .

عَلَى اثْنَيْنِ ، وَلَا تَوْلَيْنَ مَالَ يَتِيمٍ . » . أخرجه مسلم^(٦) .

فصل : فإن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم في بلده ، فظاهر كلام أحمد ، رحمه الله ، أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ، ويبيع ما دعت الحاجة إلى بيعه ، فإن صالحاً نقل عنه ، في رجل بأرض غربية ، لا قاضى بها ، مات وخلف جوارى ومالاً أترى لرجل من المسلمين بيع ذلك ؟ فقال : أمّا المنافع والحيوان ، فإن اضطروا إلى بيعه ، ولم يكن قاض ، فلا بأس ، وأمّا الجوارى فأحب إلى أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام . وإنما توقّف عن بيع الإماء على طريق الاختيار احتياطاً ؛ لأن بيعهن يتضمن إباحة فرج ، وأجاز بيع ذلك ؛ لأنه موضع ضرورة .

فصل : وإذا أوصى إليه بتفريق مال ، لم يكن له أخذ شيء منه . نصّ عليه أحمد ، فقال : إذا كان في يده مال للمساكين ، وأبواب البر ، وهو يحتاج إليه ، فلا يأكل منه شيئاً ، إنّما أمر بتفريقه . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأي : إذا قال الموصى : جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت ، أو حيث رأيت . فله أخذه لنفسه وولده . ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا ؛ لأنه يتناوله لفظ الموصى . ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال ، فإن دلّت على أنه أراد أخذه منه ، مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرّف إليهم ذلك ، أو عادته الأخذ من مثله ، فله الأخذ منه ، وإلا فلا . ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه ؛ لأنه مأمور بالتفريق ، وقد فرق في من يستحق ، فأشبهه ما لو دفع إلى أجنبي . / ولنا ، أنه تمليك ملكه بالأذن ، فلا يجوز أن يكون قابلاً ، كما لو وكله في بيع سلعة ، لم يجز له بيعها من نفسه .

٧٠/٦ ظ

(٦) في : باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، من كتاب الإمارة : صحيح مسلم ١٤٥٨/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الدخول في الوصايا ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٢/٢ .
والنسائي ، في : باب النهي عن الولاية على مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٤/٦ . والإمام أحمد ، في :
المستند ١٨٠/٥ .

فصل : وإن وصى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى الورثة^(٧) إخراج ثلث ما في أيديهم ، ففيه^(٨) روايتان ؛ إحداهما ، يُخْرِجُ الثُّلُثَ كُلَّهُ مِمَّا فِي يَدِهِ . نقلها أبو طالب ؛ لأنَّ حَقَّ الموصى له مُتَعَلِّقٌ بِأَجْزَاءِ التَّرِكَةِ ، فجاز أن يَدْفَعَ إليه مِمَّا فِي يَدِهِ ، كما يَدْفَعُ إلى بعض الورثة . والأخرى ، يَدْفَعُ إليه ثلث ما في يده ، ولا يُعْطِيهِمْ شيئاً مِمَّا فِي يَدِهِ حتَّى يُخْرِجُوا ثلث ما في أيديهم . نقلها أبو الحارث ؛ لأنَّ صاحبَ الدَّيْنِ إذا كانَ لِلْمَدِينِ فِي يَدَيْهِ مَالٌ ، لم يَمْلِكْ استيفاءَهُ مِمَّا فِي يَدَيْهِ ، كذا ههنا . ويمكنُ حَمْلُ الرِّوَايَتَيْنِ على اختلافِ حالِّينِ ، فالروايةُ الأولىُ محمولةٌ على ما إذا كانَ المَالُ جنساً واحداً ، فللموصى أن يُخْرِجَ الثُّلُثَ كُلَّهُ مِمَّا فِي يَدَيْهِ ؛ لأنَّه لا فائدةَ في انتظارِ إخراجِهِم مِمَّا فِي أيديهم ، مع اتِّحادِ الجنسِ . والروايةُ الثانيةُ محمولةٌ على ما إذا كانَ المَالُ أجناساً ، فإنَّ الوصيةَ تتعلَّقُ بثلثِ كلِّ جنسٍ ، فليس له أن يُخْرِجَ عَوْضاً عن ثلثِ ما في أيديهم مِمَّا فِي يَدِهِ ؛ لأنَّه مُعاوِضةٌ لا تجوزُ إلا بِرضاهم ، والله أعلمُ .

فصل : إذا علمَ الوصىُ أنَّ على الميتِ ديناً ، إمَّا بوصيةِ الميتِ أو غيرها ، فقالَ أحمدُ : لا يَقْضِيهِ إِلَّا بَيِّنَةٌ . قيلَ له : فإن كانَ ابنُ الميتِ يَصَدِّقُهُ ؟ قال : يكونُ ذلكُ في حصَّةِ مَنْ أَقْرَبَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ . وقالَ في مَنْ اسْتَوْدَعَ رجلاً ألفَ درهمٍ ، وقال : إن أنا ميتٌ ، فادفعها إلى ابني الكبيرِ . وله ابنانِ ، أو قال : ادفَعها إلى أجنبيٍّ . فقال : إن دَفَعها إلى أحدِ الابنَيْنِ ، ضَمِنَ لِلآخَرِ قَدْرَ حِصَّتِهِ ، وإن دَفَعها إلى الآخَرِ ، ضَمِنَ . ولعلَّ هذا مِنْ أحمدَ فيما إذا لم يُصَدِّقِ الورثةُ الوصىَ ، ولم يَقْرُوا ، فلا يَقْبَلُ قوله عليهم ، وليس له الدَّفْعُ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ؛ لأنَّ قوله أَقْرَ عِنْدِي وَأُذِنَ لِي ، إثباتٌ ولايةٍ ، فلا يَقْبَلُ قوله فيه ، ولا شهادته ؛ لأنَّه يَشْهَدُ لِنَفْسِهِ بِالوِلايَةِ . / وقد نقلَ أبو داود ، في رجلٍ أوصى أن لفلانٍ على كذا ، يَنْبَغِي لِلوَصِيِّ أَنْ يَنْفِذَهُ ، ولا يَحِلُّ له إن لم يَنْفِذْهُ^(٩) . فهذه المسألةُ محمولةٌ

و ٧١/٦

(٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) في م : « فعنه » .

(٩) في ا ، م : « ينفذ » .

على أن الورثة يُصدّقون الوصي أو المدعى ، أو له بيّنة بذلك ، جمعا بين الروايتين ، وموافقة للدليل . قيل لأحمد : فإن علم الموصى إليه لرجل حقا على الميت ، فجاء الغريم يطالب الوصي ، وقدمه إلى القاضي ليستحلّفه أن مالى فى يدك حق . فقال : لا يحلف . ويُعلم القاضي بالقضية ، فإن أعطاه القاضي فهو أعلم . فإن ادعى رجل دينا على الميت ، وأقام به بيّنة ، فهل يجوز للوصى قبولها ، وقضاء الدين بها ، من غير حضور حاكم ؟ فكلام أحمد يدل على روايتين ؛ إحداهما ، قال : لا يجوز الدفع إليه بدعواه ، إلا أن تقوم البيّنة . فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبيّنة من غير حكم (١٠) حاكم ؛ لأن البيّنة له حجة . وقال فى موضع آخر : إلا أن يثبت بيّنة (١١) عند الحاكم بذلك ، فأما إن صدّقهم الورثة على ذلك . قيل ؛ لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

٩٨٨ - مسألة ؛ قال : (ومن أعتق فى مرضه ، أو بعد موته ، عبدين ، لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما مائتان ، والآخر ثلاثمائة ، فلم يجز الورثة ، أفرغ بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ، عتق منه خمسة أسداسه ، وهو ثلث الجميع . وإن وقعت على الآخر ، عتق منه خمسة أسداسه ؛ لأن جميع ملك الميت خمسمائة درهم ، وهو قيمة العبدین ، فضرب فى ثلاثة ، فأخذ ثلثه خمسمائة . فأما إن وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ، ضربناه فى ثلاثة ، فصيرناه ستمائة ، فصار العتق منه خمسة أسداسه . وكذلك يفعل فى الآخر إذا وقعت عليه القرعة . وكل شىء يأتى من هذا الباب فسيّله أن يضرب فى ثلاثة ، ليخرج بلا كسر)

هذه المسألة دالة على أحكام أربعة ؛ منها أن حكم العتق فى مرض الموت حكم

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى ا ، م : : بيّنة .

الْوَصِيَّةِ ، لَا يَجُوزُ مِنْهُ إِلَّا «ثَلَاثُ / الْمَالِ»^(١) ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرِثَةُ . وَهَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ
 الْفُقَهَاءِ . وَحُكِيَ عَنِ مَسْرُوقٍ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ :
 أُجِيزُهُ بِرُمَّتِهِ ، شَيْءٌ جَعَلَهُ اللَّهُ لَا أَرُدُّهُ^(٢) . وَهَذَا قَوْلٌ شَاذٌ يُخَالِفُ الْأَثَرَ وَالنَّظَرَ ، فَإِنَّهُ
 قَدْ صَحَّ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِيدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ
 يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرِهِمْ ، فَدَعَا بِهِمُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً .
 وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلَأَنَّهُ تَبَرَّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَأَشْبَهَ
 سَائِرَ الْعَطَايَا وَالصَّدَقَاتِ . الثَّانِي ، أَنَّ الْعِتْقَ إِذَا كَانَ فِي أَكْثَرِ مِنْ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ
 الثَّلَاثُ ، كَمَلْنَا الثَّلَاثَ فِي وَاحِدٍ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً كَمَلْنَا الْعِتْقَ فِي بَعْضِهِمْ
 بِالْقُرْعَةِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عِمْرَانَ^(٤) (بْنِ حُصَيْنٍ) الْمَذْكُورِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ
 الثَّلَاثِ إِلَّا جُزْءٌ مِنْ عَبْدٍ ، عَتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ خَاصَّةً ، وَرَقَّ بَاقِيهِ ، عَلَى مَا سَنَدَّكَرَهُ فِي
 الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الرَّابِعُ ، إِثْبَاتُ الْقُرْعَةِ وَمَشْرُوعِيَّتُهَا ؛ بِدَلِيلِ حَدِيثِ
 عِمْرَانَ ، وَفِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْأَعْبِيدِ الَّذِينَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ . فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ تَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَإِنَّ
 الْعَبِيدَ إِذَا تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمْ ، وَكَانَ لَهُمْ ثَلَاثُ صَحِيحٍ ، كِسْتَةَ أَعْبِيدٍ ، قِيمَةُ كُلِّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ
 ثَلَاثُ الْمَالِ ، جَعَلْنَا كُلَّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ^(٥) ثَلَاثًا ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَسَهْمِي رِقٍّ ،
 كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَالَّذَانِ يَقَعُ لِهَمَا سَهْمُ الْحَرِيَّةِ يَعْتَقَانِ ، وَيَرِقُّ الْآخَرُونَ . وَإِنْ كَانَ
 فِيهِمْ كَسْرٌ ، كَمَسْأَلَةِ الْخَرْقِيِّ ، أَقْرَعْتَ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ قُرْعَةٌ
 الْحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْتَ قِيمَتَهُ فِي ثَلَاثَةِ أَسْهَمٍ ، فَمَهْمَا^(٦) بَلَغَ نَسَبَتْ إِلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدَيْنِ
 جَمِيعًا ، فَمَهْمَا خَرَجَ بِالنَّسْبَةِ ، فَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي يَعْتَقُ مِنْهُ . فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، إِذَا وَقَعَتْ

(١ - ١) في ١ : «الثلاث» .

(٢) في م : «إرادة» .

(٣) تقدم ترجمته في صفحة ٣٩٥ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ١ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في ١ ، م : «فما» .

الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِي قِيمَتُهُ مَائَتَانِ ، ضَرَبَتْهَا فِي ثَلَاثَةِ ، صَارَتْ^(٧) سِتِّمَائَةٍ ، وَنَسَبَتْ مِنْهَا قِيمَةَ الْعَبْدَيْنِ مَعًا ، وَهِيَ خَمْسُمَائَةٌ ، تَجِدُهَا خَمْسَةَ أَسْدَاسِيهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِيهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى / الْآخَرِ ، عَتَقَ خَمْسَةَ أَسْوَاعِهِ . وَتَمَامُ شَرْحِ ذَلِكَ يَأْتِي فِي بَابِ الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٩٨٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَمْ يُسَمِّ الْعَبْدَ ، كَانَ لَهُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَالْأَمْلَكُ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلْثِ)

وجملة ذلك ، أن الوصية بغير معين ، كعبد من عبيده ، وشاة من غنمه ، تصح . وقد ذكرنا أن الوصية بالجهول تصح فيما مضى . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإسحاق . واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له ، فروى أنه يستحق أحدهم بالقرعة ، ويشبه أن يكون قول إسحاق . ونقل ابن منصور ، أنه يعطى أحسنهم . يعطيه الورثة ما أحبوا من العبيد . وهو قول الشافعي . وقال مالك قولاً يقتضى أنه إذا أوصى بعبد ، وله ثلاثة أعبد ، فله ثلثهم . وإن كانوا أربعة فله ربعهم ، فإنه قال : إذا أوصى بعشر من إبله ، وهي مائة ، يعطى عشرها ، والنخل ، والرقيق ، والدواب على ذلك . والصحيح أنه يعطى عشرة بالعدد ؛ لأنه الذي تناوله لفظه ، ولفظه هو المفتضى ، فلا يعدل عنه ، ولكن يعطى واحداً بالقرعة ؛ لأنه يستحق واحداً غير معين ، فليس واحداً بأولى من واحد ، فوجب المصير إلى القرعة ، كما لو اعتق واحداً منهم . وعلى ما نقل ابن منصور ، يعطيه الورثة من عبيده ما شاءوا ، من صحيح أو معيب ، جيد أو ردي ؛ لأنه يتناول اسم العبد ، فأجزأ ، كما لو وصى له بعبد ولم يضيفه إلى عبيده . وإن لم^(١) يكن له إلا عبد واحد . تعينت الوصية فيه ، وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كلهم إلا واحداً ، تعينت الوصية فيه ، لتعذر تسليم الباقي . وإن تلف رقيقه

(٧) في الأصل : « صارتا » .

(١) في م : « ولم » .

جميعهم قبل موت الموصي ، أو قتلوا ، بطلت الوصية ؛ لأنها إنما تلزم بالموت ، ولا رقيق له حيثئذ . وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة ، بطلت الوصية ؛ لأن التركة عند الورثة غير مضمونة ؛ / لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم . وإن قتلهم قاتل ، فللموصى له قيمة أحدهم ، مبنياً على الروايتين في من يستحقه منهم في الحياة . ولو قال : أوصيت لك بعبد من عبدي . ولا عبده ، لم تصح الوصية ؛ لأنه أوصى له بلا شيء ، فهو كما لو قال : أوصيت لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، أو بداري . ولا دار له ، فإن اشترى قبل موته عبداً ، احتمل أن لا تصح الوصية ؛ لأنها وقعت باطله ، فلم تصح . كما لو قال : أوصيت لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، ثم جعل في كيسه شيئاً . ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين له حال الوصية . ويحتمل أن تصح ، كما لو وصى له بألف لا يملكه ، ثم ملكه ، أو وصى له بثلاث عبده ، ثم ملك عبداً آخرين . وقد روى ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل قال في مرضه : أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم . فلم يؤخذ في كيسه شيء . يُعطى مائة درهم . فلم تبطل الوصية ؛ لأنه قصد إعطائه مائة درهم ، وظنها في الكيس ، فإذا لم تكن في الكيس ، أُعطى من غيره . فكذاك يُخرج في الوصية بعبد من عبده ، إذا لم يكن له عبداً ، أن يشتري له من تركته عبداً ، ويُعطى إياه .

فصل : وإن وصى الرجل بعبد ، صحَّت الوصية ، ويشتري له عبداً أي عبداً كان . وإن كان له عبداً ، أعطاه الورثة ما شاءوا ، ولا قرعة ههنا ؛ لأنه لم يضيف^(٢) الرقيق إلى نفسه ، ولا جعله واحداً من عددٍ محصور ، فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يُسمى عبداً ، كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ما شاءوا من ذكرٍ أو أنثى . والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً ؛ فإن الله تعالى فرق بين العبيد والإماء ، بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

(٢) في النسخ : (يصف) .

وَأَمَّا بَيْنَكُمْ (٣) . والمعطوف يُغايِرُ المعطوف عليه ظاهراً . ولأنه في العرف كذلك ، فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكله / في شراء عبدي ، لم يكن له شراء أمة ، فلا تنصرف وصيته إلا إلى الذكر . وإن وصى له بأمة أو جارية ، لم يكن له إلا أنثى ، وليس له أن يعطيه حنثي مشكلاً ؛ لأنه لا يعلم كونه ذكراً أو أنثى (٤) . وإن وصى له بواحد من رقيقه ، أو برأس مما ملكت يمينه ، دخل في وصيته الذكر والأنثى والحنثي .

فصل : وإن وصى له بشاة من غنمه ، فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبدي من عبديه ، ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا : ويتناول الصغيرة والكبيرة ، والذكر والأنثى ؛ لأن الشاة اسم يتناول جميع ذلك ؛ بدليل قول النبي ﷺ : « في أربعين شاة شاة » (٥) . يُريدُ الذكور والإناث ، والصغار والكبار . وعندى أنه لا يتناول إلا أنثى كبيرة ، إلا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك ، فأما من لا يتناول عرفهم إلا الإناث ، فإن وصيته لا تتناول إلا ما يسمي في عرفهم ؛ لأن ظاهر حاله إرادة ما يتعارفونه . وإن وصى بكبش ، لم يتناول إلا الذكر الكبير من الضأن . والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز . وإن وصى بعشرة من الغنم ، يتناول عشرة من الذكور والإناث ، والصغار والكبار .

فصل : وإن وصى بجملي ، لم يكن إلا ذكراً . وإن وصى بناقة ، لم تكن إلا أنثى . وإن قال : عشرة من إبل ، وقع على الذكر والأنثى جميعاً . ويحتمل أنه إن قال : عشرة بالهاء ، فهو للذكور ، وإن قال عشر ، فهو للإناث ، وكذلك في الغنم ؛ لأن العدد في العشرة إلى الثلاثة للمذكر بالهاء ، وللمؤنث بغيرها ، قال الله تعالى : ﴿ سَحَرَهَا

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) في الأصل ، ا : « ولا أنثى » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٤١/٤ .

عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ ﴿٦﴾ . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ بَعِيرًا . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ لِلذَّكْرِ وَحَدَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي العُرْفِ اسْمٌ لَهُ وَحَدَهُ . وَالثَّانِي ، هُوَ لِلذَّكْرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ فِي لِسَانِ العَرَبِ يَتَنَاوَلُهُمَا جَمِيعًا . تَقُولُ / العَرَبُ : حَلَبْتُ البَعِيرَ . تُرِيدُ الثَّاقَةَ ، فَالجَمْلُ فِي لِسَانِهِمْ كَالرُّجُلِ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وَالثَّاقَةُ كَالمرأةِ ، وَالبَكْرَةُ ^(٧) كَالفَتَاةِ . وَكَذَلِكَ القَلُوصُ وَالبَعِيرُ كَالإِنْسَانِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَنَوْرٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٨) بَبَقْرَةٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَإِنْ وَصَّى بِدَابَّةٍ ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ مِنَ الخَيْلِ وَالبِغَالِ وَالحَمِيرِ ، يَتَنَاوَلُ الذَّكْرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الاسْمَ فِي العُرْفِ يَقَعُ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ . وَإِنْ قَرَنَ بِهِ مَا يَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، مِثْلُ إِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يَقَاتِلُ عَلَيْهَا ، أَوْ يُسْتَهَمُ لَهَا . انصَرَفَ إِلَى الخَيْلِ . وَإِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يَنْتَفِعُ بِظَهْرِهَا وَنَسْلُهَا ، خَرَجَ مِنْهُ البِغَالُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسْلَ لَهَا ، وَخَرَجَ مِنْهُ الذَّكُورُ كَذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٩) بِحِمَارٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى بِأَتَانٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ لَهُ أَعْدَادٌ مِنْ جِنْسٍ مَا وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَعَلَى قَوْلِ الخِرْقِيِّ ، يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ بِالقُرْعَةِ ، وَعَلَى رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيهِ الوَرْتَةَ مَا شَاءُوا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ لِلدَّابَّةِ سَرْجًا ، وَلَا لِلبَعِيرِ رَحْلًا ، إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُ فِي الوَصِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِكَلْبٍ يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَتُقَرُّ اليَدُ عَلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُحُ ، فَتَصِحُّ فِي المَالِ ، وَفِي غَيْرِ المَالِ مِنَ الحُقُوقِ ، وَلِأَنَّهُ تَصِحُّ هِبَتُهُ ، فَتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ بِهِ ، سِوَاءَ مَا قَالَ : كَلْبًا مِنْ كِلَابِي ، أَوْ قَالَ : مِنْ مَالِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ انْتِيبَاغُ الكَلْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِخِلَافِ الشَّاةِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ ، فَلَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ

(٦) سورة الحاقة ٧ .

(٧) في م : « والبكر » .

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) سقط من : الأصل .

كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ، فَقَدْ قِيلَ : لِلْمَوْصَى لَهُ جَمِيعُ الْكَلْبِ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ قَلِيلَ الْمَالِ خَيْرٌ مِنَ الْكَلْبِ ؛ لِكَوْنِهِ لَا قِيَمَةَ لَهُ . وَقِيلَ : لِلْمَوْصَى لَهُ بِهِ ثُلُثُهُ . وَإِنْ كَثُرَ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْوَصِيَّةِ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ ثُلَاثُ التَّرَكَةِ لِلْوَرِثَةِ ، وَلَيْسَ فِي التَّرَكَةِ شَيْءٌ مِنْ جِنْسِ الْمَوْصَى بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِكِلَابِهِ ، وَلَا خَرَ بَثْلُ مَالِهِ ، فَلِلْمَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَلِلْمَوْصَى لَهُ بِالْكِلَابِ ثُلُثُهَا ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ مَا حَصَلَ لِلْوَرِثَةِ مِنْ ثُلُثِي الْمَالِ قَدْ جَارَتْ الْوَصِيَّةُ فِيمَا يُقَابَلُهُ مِنْ حَقِّ الْمَوْصَى لَهُ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِمْ فِي حَقِّ الْكِلَابِ . وَلَوْ وَصَّى بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُوصِرْ بِالْكِلَابِ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَلَمْ يُحْتَسَبْ بِالْكِلَابِ عَلَى الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ . وَإِذَا قُسِمَتِ الْكِلَابُ بَيْنَ الْوَارِثِ وَالْمَوْصَى لَهُ ، أَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ مُوصَى لهما بِهَا ، قُسِمَتِ عَلَى عَدَدِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا قِيَمَةَ لَهَا ، فَإِنْ تَشَاخَوْا فِي بَعْضِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرَعَ بَيْنَهُمْ فِيهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ ، وَلِلْمَوْصَى كِلَابٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهَا ، كَكِلَابِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَّةِ وَالْحَرْثِ ، فَلَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا بِالْفُرْعَةِ ، أَوْ مَا أَحَبَّ الْوَرِثَةُ ، عَلَى الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهُ^(١٠) ، وَكَلْبٌ لِلْهَرَّاشِ ، فَلَهُ الْكَلْبُ الْمُبَاحُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ كَنْحَوٍ^(١١) مِمَّا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ لِلْمَوْصَى لَهُ بِكَلْبٍ مَا أَحَبَّ الْوَرِثَةُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِكَلْبِ الْهَرَّاشِ ، وَلَا كَلْبٍ غَيْرِ الْكِلَابِ الثَّلَاثَةِ . وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْجَرَوِ الصَّغِيرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ تَرْبِيَّتِهِ لِلصَّيْدِ أَوْ لِلْمَاشِيَّةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِخَنْزِيرٍ ، وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ السَّبَاعِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْأَصْطِيَادِ كَالْأَسَدِ ، وَالنَّمِرِ ، وَالذَّنْبِ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهَا ، وَلَا تَصِحُّ^(١٢) بِشَيْءٍ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ مِنْ غَيْرِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبِيلِ حَرْبٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنَفْعَةً مُبَاحَةً . وَإِنْ كَانَ بِطَبِيلِ لَهْوٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ الْمَنَفْعَةِ الْمُبَاحَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ ذَلِكَ إِذَا فَصِّلَ صَلَحَ

(١٠) سقط من : م .

(١١) في : نحو .

(١٢) في م زيادة : للوصية .

للحَرْبِ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ بهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَتَهُ فِي الْحَالِ مَعْدُومَةٌ . فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لهما جَمِيعًا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بهِ ؛ لِأَنَّ المَنَفَعَةَ قَائِمَةً بهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ ، وَأَطْلَقَ ، وَلَهُ طَبْلَانِ ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، انصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى مَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ طَبُولٌ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِها ، فَلَهُ أَخْذُها بِالقُرْعَةِ ، أَوْ مَا شَاءَ الوَرِثَةُ ، عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ وَصَّى بِدُفٍّ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أُعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفِّ » (١٣) . وَلَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِبِزْمَارٍ ، وَلَا طَنْبُورٍ ، وَلَا عُوْدٍ مِنْ عِيدَانِ اللُّهُوِّ ؛ لِأَنَّها مُحَرَّمَةٌ ، وَسِوَاءَ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهَ مُهَيِّأٌ لِفِعْلِ المَعْصِيَةِ دُونَ غَيْرِها ، فَأَشْبَهَ ما لَوْ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِقَوْسٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، فَإِنْ فِيهِ مَنَفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، سِوَاءَ كَانِ قَوْسٌ نَشَابٍ ، وَهُوَ الْفَارِسِيُّ ، أَوْ تَبَلٍ وَهُوَ الْعَرَبِيُّ ، أَوْ قَوْسًا (١٤) بِمَجْرَى ، أَوْ قَوْسَ زَنْبُورٍ ، أَوْ جُوخٍ ، أَوْ نَدْفٍ ، أَوْ بُنْدُقٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا قَوْسٌ وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الْقِسْمِ ، تَعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ هَذِهِ جَمِيعُها ، وَكَانَ فِي لَفْظِهِ أَوْ حَالِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُ إِلَى أَحَدِها ، انصَرَفَ إِلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : قَوْسًا يَنْدِفُ بهِ ، أَوْ يَتَعَيْشُ بهِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ، فَهَذَا يَصْرِفُهُ إِلَى قَوْسِ النَّدْفِ . وَإِنْ قَالَ : يَغْزُو بهِ . خَرَجَ مِنْهُ قَوْسُ النَّدْفِ ، وَالبُنْدُقِ . وَإِنْ كَانَ المَوْصَى لَهُ نَدْفًا فَلا عَادَةَ لَهُ بِالرَّمِيِّ ، أَوْ بُنْدُقًا نِيًّا لا عَادَةَ لَهُ بِالرَّمِيِّ بِشَيْءٍ سِوَاهِ ، أَوْ يَرْمِي بِقَوْسٍ غَيْرِهِ لا (١٥) يَرْمِي بِسِوَاهِ ، انصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى القَوْسِ الَّذِي يَسْتَعْمِلُهُ عَادَةً ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ المَوْصَى أَنَّهُ قَصَدَ نَفْعَهُ بِمَا جَرَتْ عَادَتُهُ بِالانْتِفَاعِ بهِ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ القَرَائِنُ ، فَاخْتَارَ أَبُو الخَطَّابِ ، أَنَّ لَهُ وَاحِدًا مِنْ جَمِيعِها بِالقُرْعَةِ ، أَوْ مَا يَخْتَارُهُ الوَرِثَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ جَمِيعُها . وَالصَّحِيحُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ لا تَتَنَاوَلُ قَوْسَ

(١٣) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٤ / ٣٠٨ .
وَإِبْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ النِّكَاحِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ١ / ٦١١ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٥ مَخْتَصَرًا .

(١٤) فِي النِّسَخِ : « قَوْسٌ » . وَبِمَجْرَى : أَنْ يَوْضِعَ فِي مَجْرَاهِ السَّهْمَ ، فَيَخْرُجُ مِنَ الْمَجْرَى .

(١٥) فِي ١ : « وَلَا » .

التَّدْفِ ، ولا البُنْدُقِ ، ولا العَرَبِيَّةِ فِي بِلَدٍ لَا عَادَةَ لَهُم بِالرَّمْيِ بِهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ^(١٦) يَذْكُرِ الْعَرَبِيَّةَ ، وَيَكُونُ لَهُ وَاحِدًا مِمَّا / عَدَاهُ هَذِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا اسْمُ الْقَوْسِ فِي الْعَادَةِ بَيْنَ غَيْرِ أَهْلِهَا حَتَّى يَصِفَهَا ، فَيَقُولُ : قَوْسُ الْقَطْنِ ، أَوْ التَّدْفِ ، أَوْ قَوْسُ الْبُنْدُقِ . وَأَمَّا الْعَرَبِيَّةُ فَلَا يَتَعَارَفُهَا غَيْرُ طَائِفَةٍ مِنَ الْعَرَبِ ، فَلَا يَحْطُرُ بِبِلَالِ الْمُوصِي غَالِبًا . وَيُعْطَى الْقَوْسَ مَعْمُولَةً^(١٧) ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى قَوْسًا إِلَّا كَذَلِكَ . وَلَا يَسْتَحِقُّ وَتَرَهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَقَعُ عَلَيْهَا دُونَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُعْطَاهَا بَوْتَرِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا يُتَنَفَعُ بِهَا إِلَّا بِهِ ، فَكَانَ كَجُزءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعُودٍ ، وَلَهُ عُودٌ لَهْوٍ وَغَيْرِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهَا يَنْصَرِفُ إِلَى عُودِ الْهَوِّ ، وَلَا تَصِحُّ^(١٨) الْوَصِيَّةُ بِهِ لِعَدَمِ النَّفْعِ الْمُبَاحِ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عِيدَانُ قِسِيٍّ ، أَوْ عُودٌ يُتَبَخَّرُ بِهِ ، أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْعِيدَانِ الْمُبَاحَةِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَأَنْصَرَفَتْ إِلَيْهَا ؛ لِعَدَمِ غَيْرِهَا ، وَتَعَيَّنَتْهَا مَعَ إِبَاحَتِهَا . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِجَرَّةٍ فِيهَا خَمْرٌ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْجَرَّةِ ، وَبَطَلَتْ فِي الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ فِي الْجَرَّةِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَالْخَمْرُ لَا نَفْعَ فِيهِ مِبَاحٌ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِمَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِخَمْرٍ وَخَلَّ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِخَمْرٍ فِي جَرَّةٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ الْخَمْرُ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

٩٩٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَتَلَفَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي لَهُ شَيْءٌ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ كُلَّهُ إِلَّا الْمُوصَى بِهِ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ مِمَّنْ عَلِمْنَا قَوْلَهُ ، عَلَى أَنَّ الْمُوصَى بِهِ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي أَوْ

(١٦) فِي م : (لَا) .

(١٧) فِي م زِيَادَةٌ : « بِهَا » .

(١٨) فِي م : « تَصْلِحُ » .

بعده ، فلا شيء للموصى له . كذلك حكاها ابن المنذر ، فقال : أجمع من أخفظ عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا أوصى له بشيء ، فهلك ذلك الشيء ، أن لا شيء له في سائر ماله الميت ، وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير ، وقد تعلق بمعين ، وقد ذهب ، فذهب حقه ، كما لو / تلف في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفريطهم ، فلم يضموا شيئاً . وإن تلف المال كله سواه فهو للموصى له ؛ لأن حق^(١) الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ، وذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنتهم ، فكان حقه فيه دون سائر المال ، وحقوقهم في سائر المال دونه ، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه ، كما لو كان التلف بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، وكالورثة إذا اقتسموا ، ثم تلف نصيب أحدهم . قال أحمد ، في من خلف مائتي دينار وعبداً قيمته مائة ، ووصى لرجل بالعبد ، فسرق الدنانير بعد الموت : فالعبد للموصى له به .

فصل : وإن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو هلك ، فله ما بقى منه ، إن حمّله الثلث ، وإن وصى له بثلاث عبداً أو ثلث دار ، فاستحق الثلثان منه ، فالثلث الباقي للموصى له . وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأن الباقي كله موصى به ، وقد خرج من الثلث ، فاستحقه الموصى له ، كما لو كان شيئاً معيناً . وإن وصى له بثلاث^(٢) ثلاثة أعبد ، فهلك عبداً ، أو استحقاً ، فليس له إلا الثلث الباقي . وبه قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه لم يوصر له من الباقي بأكثر من ثلاثة ، وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

٩٩١ - مسألة ؛ قال : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زماناً ، قوم وقت الموت ، لا وقت الأخذ)

وجملته أن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث ، أو عدم خروجها ،

(١) في الأصل ، ١ : « حقوق » .

(٢) سقط من : م .

بجالة الموت ؛ لأنها حال لزوم الوصية ، فتعتبر قيمة المال فيها . وهو قول الشافعي ،
وأصحاب الرأي . ولا أعلم فيه خلافاً . فيُنظر ؛ فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث
التركة ، أو دونه ، نفذت الوصية ، واستحقه الموصى له كله . فإن زادت قيمته حتى
صار مُعادلاً لسائر المال ، أو أكثر منه ، أو هلك المال كله سواه ، فهو للموصى له ،
لا شيء للورثة فيه . / وإن كان حين الموت زائداً عن الثلث ، فللموصى له منه قدر ثلث
المال . فإن كان نصف المال ، فللموصى له ثلثاه . وإن كان ثلثيه ، فللموصى له نصفه .
وإن كان نصف المال وثلثه^(١) ، فللموصى له خمساه . فإن نقص بعد ذلك أو زاد ،
أو نقص سائر المال أو 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 له كله . وإن كانت قيمته حين الموت مائتين ، للموصى له ثلثاه ؛ لأنهما ثلث
المال . فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة ، لم يزد حق الموصى له
عن ثلثه^(٢) شيئاً ، إلا أن يجيز الورثة . وإن كانت قيمته أربع مائة ، فللموصى له
نصفه ، لا يزد حقه عن ذلك ، سواء نقص العبد أو زاد ، أو نقص المال أو زاد .

فصل : والعطايا في مرضه يُعتبر خروجهما من الثلث حين الموت . نقل صالح بن
أحمد عن أبيه ، في من له ألف درهم ، وعبد قيمته ألف ، فأعتق العبد في مرض موته ،
وأنفق الدرهم : عتق من العبد ثلثه . فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله ،
فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد ، لم يعتق منه إلا ثلثه ، ولو لم يتلف الألف ، لعتق
منه ثلثاه . ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين ، لعتق العبد كله لخروجه من

(١) في م : « وثلثه » .

(٢) في ا : « ثلثيه » .

الثُّلُثِ . وَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ شَيْئًا ، كَانَ كَسْبُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ ، عَلَى قَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ ، وَيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا مَضَى . وَإِنْ تَلَفَ مِنَ التَّرِكَةِ شَيْءٌ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ عَلَى الْوَرَثَةِ ، حُسِبَ عَلَيْهِمْ مِنَ التَّرِكَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ ، وَسَائِرُ مَالِهِ دَيْنٌ أَوْ غَائِبٌ ، فَلَيْسَ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَأْخُذَ الْمُعَيَّنَ قَبْلَ قُدُومِ الْغَائِبِ أَوْ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَلَفَ ، فَلَا تُنْفَذُ الْوَصِيَّةُ فِي الْمُعَيَّنِ كُلَّهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ / أَنَّ لِلْوَصِيِّ ثُلُثَ الْمُعَيَّنِ . ذَكَرَهُ فِي الْمُدَبَّرِ . وَقِيلَ : لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ شَرَكَاؤُهُ فِي التَّرِكَةِ ، فَلَا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ مَا لَمْ يَحْصُلْ لِلْوَرَثَةِ مِثْلًا^(٣) ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ . وَهَذَا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ الثُّلُثَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ مُسْتَقَرٌّ ، فَوَجِبَ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَقْفِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُخْلَفْ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ تَلَفَ سَائِرُ الْمَالِ ، لَوَجِبَ تَسْلِيمُ ثُلُثِ الْمُعَيَّنِ إِلَى الْوَصِيِّ ، وَلَيْسَ تَلَفُ الْمَالِ سَبَبًا لِاسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ وَتَسْلِيمِهَا ، وَلَا يَمْنَعُ نَفُوذَ الْوَصِيَّةِ فِي الثُّلُثِ الْمُسْتَقَرِّ ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعِ الْوَرَثَةُ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَ مُعْسِرًا مِنْ دَيْنٍ عَلَيْهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ دَفْعِ الْعَيْنِ الْمَوْصَى بِهَا ، وَبَيْنَ جَعْلِ وَصِيَّتِهِ بِثُلُثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْصَى كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَعَدَلَ إِلَى الْمُعَيَّنِ . وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الْمَوْصَى لَهُ الْمُعَيَّنَ ، فَيَنْفَرِدَ بِالتَّرِكَةِ عَلَى تَقْدِيرِ تَلَفِ الْبَاقِي قَبْلَ وُصُولِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : إِنْ رَضِيْتُمْ بِذَلِكَ ، وَإِلَّا فَعُودُوا إِلَى مَا كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا لَا يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَوَقَعَ لِأَزْمًا ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِمُشَاعٍ . وَمَا قَالَهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ جَعْلَ حَقِّهِ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ إِشَاعَةٌ ، وَإِبْطَالٌ لِمَاعِيَّتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِسْقَاطُ مَا عِيَّتَهُ الْمَوْصَى لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَتَقْلُ حَقِّهِ إِلَى مَا لَمْ يُوصَ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِمُشَاعٍ ، لَمْ يَجُزْ نَقْلُهُ إِلَى مُعَيَّنٍ ، وَكَمَا لَوْ كَانَ الْمَالُ كُلُّهُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلْمَوْصَى لَهُ ثُلُثَ الْمُعَيَّنِ الْحَاضِرِ ، وَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ أَوْ حَضَرَ

ظ ٧٦/٦

(٣) فِي م : « مِثْلُهُ » .

من الغائبِ شيءٌ ، فللموصى 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 ، فللوصى ثلثها ثلاثة ، وكلما اقتضى من الدين شيءٌ فللوصى ثلثه ، فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد ، حتى يقتضى ثمانية عشر ، فيكمل له التسعة .
 وإن جحد العريم ، أو مات ، أو يمَس من استيفاء الدين ، أخذ الورثة الستة الباقية من العين . ولو كان الدين تسعة ، فإن الابن يأخذ ثلث العين ، ويأخذ الوصي ثلثها ، ويبقى ثلثها موقوفاً ، كلما استوفى من الدين شيءٌ فللوصى من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى الدين كله ، كمل للموصى له ستة ، وهى ثلث الجميع . وإن كانت الوصية ينصف العين ، أخذ الوصي ثلثها ، وأخذ الابن نصفها ، وبقي سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضى من الدين مثليه ، كملت الوصية^(٤) .

٧٧/٦ و

فصل : فإن كان الدين مثل العين ، فوصى لرجل بثلثه ، فلا شيء له قبل استيفائه^(٥) ، فكلما اقتضى منه شيءٌ فله ثلثه ، وللابن ثلثاه . وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته . وهذا قول أهل العراق ؛ لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر . ولنا ، أن الورثة شركاؤه فى الدين ، وليس معهم شركة فى العين ، فلا يختص بما خرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه فى الدين وصياً آخر ، أو كما لو وصى لرجل بالعين ، وله ولاخر بالدين ، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له^(٦) دون صاحبه ، كذا ههنا .

فصل : ولو وصى لرجل بثلث ماله ، وله مائتان ديناً ، وعبد يساوى مائة ، ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما اقتضى من الدين شيءٌ ، فللموصى له بثلث المال ربعه ، وله ولاخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما

(٤) فى الأصل ، ١ : وصيته .

(٥) فى م : استيفاء الوصية .

(٦) سقط من : الأصل ، ١ .

نصّفين . فإذا استوفى الدّينُ كلّه كُملَّ للوصيّ نصفُ العبدِ . ولصاحبِ الثلثِ رُبعُ المائتين ، وذلك هو ثلثُ المالِ . وإن استوفى الدّينُ قبلَ القِسْمَةِ قِسِمَا^(٧) بينهما كذلك ، للموصى له بالثلثِ رُبعُ المائتين ورُبعُ العبدِ ، وللموصى له بثلثِ العبدِ رُبعُه ؛ لأنّ الوصيّين أربعة أتساعِ المالِ ، والجائزُ منهما ثلثُ المالِ ، / وهو ثلاثة أتساعِ ، وذلك ثلاثة أرباعٍ وصيّتهما ، فردّذنا كلَّ واحدٍ منهما إلى ثلاثة أرباعٍ وصيّته ، وهى رُبعُ المالِ كلّه لصاحبِ ثلثه ، ورُبعُ العبدِ لصاحبِ ثلثه . وفى المسألة أقوالٌ سوى ما قلناه ، تَرَكْنَاهَا لِطَوْلِهَا ، وهذا أسدّها ، إن شاء الله ؛ لأننا^(٨) أدخلنا التَّقْصَصَ على كلِّ واحدٍ منهما بقدرِ ماله فى الوصية ، وكملنا لهما الثلثَ ، وإن أُجيزَ لهما أخذُ كلِّ واحدٍ منهما ما بَقِيَ من وصيّته ، وهو رُبعُها ، فيكْمُلُ ثلثُ المالِ لصاحبِه ، وثلثُ العبدِ للآخرِ .

فصل : وإن خَلَفَ^(٩) ابْنين ، وتركَ عَشْرَةَ عَيْنًا ، وعشرةً دَيْنًا على أحدِ ابْنَيْهِ ، وهو مُعْسِرٌ ، ووصى لأجنبيٍّ بثلثِ ماله ، فإنَّ الوصى والابنَ الذى لا دَيْنَ عليه يقتسمانِ العشرةَ العَيْنَ نصّفين ، ويسقطُ عن المَدِينِ ثلثا دَيْنِهِ ، ويبقى لهما عليه ثلثه ، فإن كانتِ الوصيةُ بالرُّبْعِ ، قُسِمَتِ العشرةُ العَيْنُ بينهما أحماسًا ، للموصى حُمسًاها أربعةً ، وللابنِ سِتَّةٌ ، وسقطَ عن المَدِينِ ثلاثةُ أرباعِ دَيْنِهِ ، وبقيَ عليه رُبعُه ، فإذا استوفى قسيمَ بينهما أحماسًا ، كما قسيمَ العَيْنِ ؛ لأنَّ الوصيةَ بالرُّبْعِ ، وهو ثُمْنان ، ويبقى سِتَّةٌ أثمانٍ ، لكلِّ ابنٍ ثلاثةُ أثمانٍ ، فصارَ نصيبُ الوصى والابنِ الذى لا دَيْنَ عليه خمسةَ أثمانٍ ، للابنِ ثلاثةً ، وللوصى سَهْمَانِ ، فلذلك قَسَمْنَا العَيْنَ وما حصلَ لهما من الدّينِ بينهما أحماسًا ، وسقطَ عن المَدِينِ ثلاثةُ أرباعِ ما عليه ؛ لأنَّ^(١٠) له ثلاثةُ أثمانٍ ، وهى ثلاثةُ أرباعِ النّصفِ الذى عليه .

(٧) فى م : « قسما » .

(٨) فى م : « إلا أننا » .

(٩) فى م : « خالف » .

(١٠) فى م : « لأنه » .

فصل : وَنَمَاءُ الْعَيْنِ الْمُوصَىٰ بِهَا إِنْ كَانَ مُتَّصِلًا كَالسَّمَنِ ، وَتَعْلِيمُ صَنْعَةٍ ، فَهُوَ تَابِعٌ لِلْعَيْنِ ، وَيَكُونُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ إِذَا احْتَمَلَهُ التُّلْثُ . وَإِنْ كَانَ مُتَّفَصِلًا ، كَالْوَلِيدِ وَالتَّمَرَةِ فِي حَيَاةِ الْمُوصَىٰ ، فَهُوَ لَهُ ، يَصِيرُ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ ^(١١) مِلْكِهِ . وَمَا حَدَّثَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، فَيَتَّبَعُنِي عَلَى الْمِلْكِ فِي الْمُوصَىٰ لَهُ ^(١٢) . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لِلوَرَثَةِ . وَالْآخَرُ هُوَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ ، فَيَكُونُ النَّمَاءُ لِمَنْ الْمِلْكُ لَهُ .

٧٨/٦ و

٩٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَىٰ / بِوَصَايَا فِيهَا عَقَاقَةٌ ، فَلَمْ يَفِ التُّلْثُ بِالْكُلِّ ، تَحَاصُّوا فِي التُّلْثِ ، وَأَدْخِلَ التَّقْصُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ^(١) بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الوَصِيَّةِ)

أَمَّا إِذَا حَلَّتِ الوَصَايَا مِنَ الْعِتْقِ ، وَتَجَاوَزَتِ التُّلْثُ ، وَرَدَّتِ الوَرِثَةُ الزِّيَادَةَ ، فَإِنَّ التُّلْثَ يُقَسَّمُ بَيْنَ الْمُوصَىٰ لَهُمْ عَلَى قَدْرِ وَصَايَاهُمْ ، وَيَدْخُلُ التَّقْصُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ مِنَ الوَصِيَّةِ عَلَى مِثَالِ مَسَائِلِ الْعَوْلِ إِذَا زَادَتِ الفُرُوضُ عَنِ الْمَالِ . فَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِتُلْثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِمِائَةٍ ، وَلِآخَرَ بِمُعَيَّنٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ ، وَوَصَّى بِفِدَاءِ أُسَيْرِ ثَلَاثِينَ ، وَلِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ بَعِشْرِينَ ، وَتُلْثِ مَالِهِ مِائَةً ، جَمَعَتِ الوَصَايَا كُلُّهَا فَوَجَدَتْهَا ثَلَاثِمِائَةً ، وَنَسَبَتِ مِنْهَا التُّلْثَ ، فَتَجَدُّهُ ثَلَاثًا ، فَتُعْطَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ تُلْثَ وَصِيَّتِهِ ، فَلصَّاحِبِ التُّلْثِ ثُلْثُ المِائَةِ ، وَكَذَلِكَ لِصَّاحِبِ المِائَةِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الخَمْسِينَ إِلَى ثَلَاثِهَا ، وَلِفِدَاءِ الأُسَيْرِ عَشْرَةٌ ، وَلِعِمَارَةِ المَسْجِدِ سِتَّةٌ ، وَثَلَاثَانِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِيهَا عِتْقٌ ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ ^(٢) يُقَسَّمُ التُّلْثُ بَيْنَ جَمِيعِ الوَصَايَا الْعِتْقِ ^(٤) وَغَيْرِهِ سِوَاءً ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الاستِحْقَاقِ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ كَسَائِرِ الوَصَايَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُقَدَّمُ الْعِتْقُ وَيُبدَأُ بِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ ، قُسِمَ بَيْنَ سَائِرِ أَهْلِ الوَصَايَا عَلَى قَدْرِ وَصَايَاهُمْ . رُوِيَ هَذَا عَنْ عَمْرِو ، وَبِهِ قَالَ ^(٥) شُرَيْحٌ ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) هكذا في النسخ . والظاهر أنها : « به » .

(١) سقط من : أ .

(٢) في أ : « في » .

(٣) في الأصل : « أنه » .

(٤) في م : « بالعنق » .

(٥) في م : « يقول » .

ومسروق ، وعطاء الخراساني^(٦) ، وقادة ، والزهرى ، ومالك ، والثوري ، وإسحاق ؛ لأن فيه حقاً لله تعالى ، وحقاً لآدمي ، فكان أكد ، ولأنه لا يلحقه فسخ ، ويلحق غيره ذلك ، ولأنه أقوى بدليل سريته ونفوذه من الراهن والمفلس . وروى عن الحسن ، والشافعي كالروايتين .

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، كقوله : إذا ميت فأعطوا فلاناً كذا . أو أعتقوا فلاناً . ونحوه ، وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا / في التسوية بين مقدمها ومؤخرها . والخلاف في تقديم العتق منها ، بخلاف العطايا المنجزة ، فإنه يقدم الأول منها فالأول ؛ لأنها تلزم بالفعل ، والمؤخرة تلزم بالموت ، فتساوى كلها .

٧٨/٦ ظ

فصل : وإذا أوصى بعنق عبده ، لزم الوارث إعتاقه . فإن أبي أجبره الحاكم عليه ؛ لأنه حق واجب^(٧) عليه ، فأجبر عليه ، كتنفيذ الوصية بالعطية ، فإن أعتقه الوارث أو الحاكم ، فهو حر من حين أعتقه ؛ لأنه حينئذ عتق ، وولاؤه للموصي ؛ لأنه السبب ، وهؤلاء ثواب عنه ، ولهذا لزمهم إعتاقه كرهاً . وإن كانت الوصية بعنقه إلى غير الوارث ، كان الإعتاق إليه ؛ لأنه نائب الموصي في إعتاقه ، فلم يملك ذلك غيره إذا لم يمتنع منه ، كالوكيل في الحياة .

٩٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِفَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَأَلْفَ دِرْهَمٍ تُنْفَقَ عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْفَرَسُ ، كَانَتْ الْأَلْفُ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ^(٨) أَنْفَقَ بَعْضُهَا ، رُدَّ الْبَاقِي إِلَى الْوَرِثَةِ)

إنما كان كذلك ؛ لأنه عين للوصية جهة ، فإذا فانت ، عاد الموصي له إلى الورثة ،

(٦) فم : « والخراساني » . وهو عطاء بن أبي مسلم الخراساني ، فقيه خراسان ، جوال ، توفي سنة خمس وثلاثين ومائة . طبقات الفقهاء للشيرازي ٩٣ . العبر ١/١٨٢ .

(٧) فم : « وجب » .

(٨) ف١ : « وكذلك إن » .

كأ لو أوصى بشراء عبد زيد يعتق ، فمات العبد ، أو لم يبعه سيده . وإن أتفق بعض الدراهم ، ثم مات الفرس ، بطلت الوصية في الباقي ، كأ لو وصى بشراء عبدنين ، فمات أحدهما قبل شيرائه . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل ، أبجعل في الحج منها شيء^(٢) ؟ فقال : لا ، إنما يعرف الناس السبيل الغزو .

فصل : وإذا قال : يخدم عبي فلاناً سنة ، ثم هو حر . صححت الوصية ، فإن قال الموصي له بالخدمة : لا أقبل الوصية . أو قال : قد وهبت الخدمة له . لم يعتق في الحال . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إن وهب الخدمة للعبد ، عتق في الحال . ولنا ، أنه أوقع العتق بعد مضي السنة ، فلم يقع قبله ، كأ لو رد الوصية .

فصل : وإذا أوصى / لعمة بثلاث ماله ، ولخاله بعشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصبا في الثلث ، فأصاب الخال ستة ، فاضرب الذي أصابه في وصيته ، وذلك ستة في عشرة ، تكن ستين ، وأقسمه على الفاضل بينهما ، يخرج بالقسم خمسة عشر ، فهي الثلث . وإن شئت قلت : قد أصاب الخال ثلاثة أحماس وصيته^(٣) ، يبقى من الثلث خمساه ، وهي تعدل ما أصاب الخال ، فرد على ما أصاب الخال مثل نصفه ، وهو ثلثه ، يصير تسعة ، فهي^(٤) الذي^(٥) أصاب العم . وإن قال : أصاب العم الربع ، فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته ، وبقي من الثلث نصف سدس ، يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال ، وذلك سبعة ونصف ، وللعم ثلاثة أمثالها ، اثنان وعشرون ونصف ، والمال كله تسعون . وإن قال : أصاب الخال خمس المال ، فقد بقي من الثلث خمساه للعم ، فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا . وذلك أربعة دنانير ،

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في زيادة : « يجب أن يصيب العم بثلاثة أحماس وصيته » .

(٤) في الأصل : « فهو » .

(٥) في ١ ، م : « للذي » .

وَوَصِيَّةُ الْعَمِّ مِثْلُ ثُلُثَيْهَا ، دِينَارَانِ وَثُلُثَانِ ، وَالثُّلُثُ كُلُّهُ سِتَّةٌ وَثُلُثَانِ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ ^(٦) عَشْرُونَ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا وَصِيَّةٌ بِسُدُسِ الْمَالِ ، وَأَصَابَ الْخَالَ سِتَّةٌ ، فَهِيَ ثَلَاثَةُ أْخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ ثَلَاثَةُ أْخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةُ أَعْشَارِ الثُّلُثِ ، يَبْقَى مِنْهُ عَشْرٌ ^(٧) تَعْدِلُ مَا حَصَلَ لِلْعَمِّ ^(٨) وَهُوَ سِتَّةٌ ، وَالثُّلُثُ سِتُّونَ . وَإِنْ أَصَابَ صَاحِبَ السُّدُسِ عَشْرًا الْمَالِ ، فَقَدْ أَصَابَ صَاحِبَ الثُّلُثِ خَمْسَهُ ، يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ أَيْضًا عَشْرُهُ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْخَالَ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أْخْمَاسٍ وَصِيَّتِهِ سِتَّةٌ ، فَيَكُونُ الثُّلُثُ سِتِّينَ كَمَا ذَكَرْنَا . نَوْعٌ آخَرَ ، خَلْفَ ثَلَاثَةِ بَيْنَيْنِ ، وَوَصَّى لِعَمِّهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الثُّلُثِ فِي مَخْرَجِ الرَّبْعِ ، يَكُنْ اثْنَتَيْ عَشَرَ ، أَنْقِصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ ، فَهِيَ نَصِيبُ ابْنِ ، أَنْقِصْهَا سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْخَالَ . وَإِنْ نَقَصْتَهَا / ثَلَاثَةً ، بَقِيَ ثَمَانِيَةٌ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ . وَبِالْجَبْرِ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ ، وَمَعَ الْخَالَ ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى الدَّرَاهِمِ دِينَارًا ، وَعَلَى الدَّنَانِيرِ دِرْهَمًا ، يُبْلَغُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبًا ، أَجْبَرٌ ، وَقَابِلٌ ، وَأَسْقِطُ الْمُشْتَرَكِ ، يَبْقَى مَعَكَ دِينَارَانِ ، تَعْدِلُ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، فَاقْلِبْ وَحَوْلْ ، تَصِيرُ الدَّرَاهِمُ ثَمَانِيَةً ، وَالدَّنَانِيرُ تِسْعَةً ، كَمَا قُلْنَا . وَإِنْ أَوْصَى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةِ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةِ إِلَّا خُمْسَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الرَّبْعِ فِي مَخْرَجِ الْخُمْسِ ، يَكُنْ عَشْرِينَ ، أَنْقِصْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ تِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ اجْعَلْ مَعَ الْخَالَ أَرْبَعَةً ، وَأَنْقِصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى ثَلَاثَةً ، اضْرِبْهَا فِي الْعَشْرَةِ ، ثُمَّ فِيمَا مَعَ الْعَمِّ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ ، يَكُنْ مِائَةً وَخَمْسِينَ ، أَسْمِهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، يَخْرُجُ سَبْعَةٌ وَسَبْعَةٌ عَشْرٌ جُزْءًا مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ عَمِّهِ ، وَاجْعَلْ مَعَ

ظ ٧٩/٦

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٧) في م : « عشرة » .

(٨) في ا : « للخال » .

الْعَمَّ خَمْسَةً ، وَأَنْقَصَهَا سَهْمًا ، وَاضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ،
وَأَقْسِمُهَا ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةٌ خَالِهِ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تُنْقَضُ مِنْ
الْعَشْرَةِ رُبْعَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي الْعِشْرِينَ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، وَتُنْقَضُ
مِنْهَا خُمُسُهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي عِشْرِينَ ، وَتَقْسِمُهَا ، وَبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلُ وَصِيَّةَ الْخَالِ
شَيْئًا^(٩) ، وَوَصِيَّةَ الْعَمِّ عَشْرَةَ إِلَّا رُبْعَ شَيْءٍ ، فَخُذْ خُمُسَهَا ، فَرِزْهُ عَلَى الشَّيْءِ ، وَهُوَ
سَهْمَانِ إِلَّا نِصْفَ عَشْرِ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ عَشْرَةً ، فَاسْقِطِ الْمُشْتَرَكِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، تَصِيرُ
ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، إِذَا اسْقَطْتَ رُبْعَهَا مِنَ الْعَشْرَةِ ، بَقِيَتْ سَبْعَةٌ
وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْءًا . وَإِنْ وَصَى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا نِصْفَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ
إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ جَدِّهِ ، وَلِجَدِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَوَصِيَّةُ عَمِّهِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ،
وَوَصِيَّةُ خَالِهِ سَبْعَةٌ وَخُمُسٌ ، وَوَصِيَّةُ جَدِّهِ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسَانِ ، وَبِأَبَا أَنْ تَضْرِبَ
الْمَحَارِجَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ / أَرْبَعَةٌ
وَعِشْرِينَ ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا تَكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، فَهَذَا هُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تُنْقَضُ
مِنِ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُ وَاحِدًا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ،
تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثُمَّ اضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، وَأَقْسِمُهَا عَلَى خَمْسَةِ
وَعِشْرِينَ يَخْرُجُ بِالْقِسْمِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَأَنْقَضِ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا
يَبْقَى اِثْنَانِ ، وَاضْرِبْهَا فِي الْأَرْبَعَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، زِدْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهَا فِي اِثْنَيْنِ ،
ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِينَ ، وَأَقْسِمُهَا عَلَى خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ أَنْقَضِ مِنَ الْأَرْبَعَةِ
وَاحِدًا ، وَاضْرِبْ ثَلَاثَةَ فِي اِثْنَيْنِ ، ثُمَّ زِدْهَا وَاحِدًا تَكُنْ سَبْعَةً ، اضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ
فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةَ ، مَقْسُومَةٌ عَلَى خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَجْعَلُ
مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ تَضْمُ إِلَى مَا
مَعَ الْعَمِّ دِينَارًا ، وَإِلَى^(١٠) مَا مَعَ الْخَالِ دِرْهَمًا ، وَتُقَابِلُ مَا مَعَ أَحَدِهِمَا بِمَا مَعَ الْآخَرِ ،
وَتُسْقِطُ الْمُشْتَرَكِ ، فَيَصِيرُ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، تُعْدِلُ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، فَاسْقِطْ لِقِظَةَ

و ٨٠/٦

(٩) في م : ستة .

(١٠) في م : أولى .

الأشياء ، وَاجْعَلْ مَكَانَهَا دِينَارًا وَدِرْهَمًا^(١١) ، ثُمَّ قَابِلُ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، وَهُوَ دِينَارَانِ ، وَدِرْهَمٌ مَعَ الْخَالِ ، لِثَلَاثَةِ^(١٢) دَرَاهِمٍ وَرُبْعُ دِرْهَمٍ ، وَرُبْعُ دِينَارٍ مَعَ الْجَدِّ ، فَإِذَا اسْقَطْتَ الْمُشْتَرَكَ بَقِيَ دِرْهَمَانِ وَرُبْعٌ ، مَعَادِلَةٌ لِدِينَارٍ^(١٣) ؛ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَابْسُطِ الْكُلَّ أَرْبَاعًا ، تَصِيرُ سَبْعَةَ أَرْبَاعٍ مِنَ الدِّينَارِ ، تُعَدُّلُ تِسْعَةً مِنَ الدَّرَاهِمِ ، فَاقْلِبْ ، وَاجْعَلِ^(١٤) الدَّرْهَمَ^(١٥) سَبْعَةَ ، وَالدِّينَارَ تِسْعَةَ ، ثُمَّ ارْجِعْ إِلَى مَا فَرَضْتَ ، فَتَجِدُ مَعَ الْعَمِّ دِرْهَمًا وَدِينَارًا بِسِتَّةِ عَشَرَ ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، وَمَعَ الْجَدِّ أَحَدًا وَعِشْرُونَ ، وَالْعَشْرَةَ الْكَامِلَةَ خُمْسٌ وَعِشْرُونَ ، وَالسِّتَّةَ عَشَرَ مِنْهَا سِتَّةٌ وَخُمْسَانِ ، وَالثَّمَانِيَةَ عَشَرَ سَبْعَةً وَخُمْسٌ ، وَالْأَحَدَ وَعِشْرُونَ ثَمَانِيَةَ وَخُمْسَانِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أَخٌ ، / وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ عَشْرَةَ الْإِرْبَعِ مَا مَعَ الْأَخِ ، وَوَصِيَّةُ الْأَخِ عَشْرَةَ الْإِرْبَعِ مَا مَعَ الْعَمِّ ، فَبِهَذِهِ الطَّرِيقِ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ ، وَمَعَ الْأَخِ أَرْبَعَةَ أَفْلَسٍ ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْعَمِّ بِمَا مَعَ الْخَالِ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَتَجْعَلُ الْأَشْيَاءَ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ ، فَتَجْعَلُ الدِّينَارَيْنِ دِرْهَمَيْنِ وَفَلْسًا ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْجَدِّ بِمَا مَعَ الْأَخِ ، فَتُخْرِجُ الْفَلْسَ سِتَّةَ وَعِشْرِينَ ، وَالذَّرْهَمَ أَحَدًا وَثَلَاثِينَ ، وَالدِّينَارَ أَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ ، فَتَبَيِّنُ أَنَّ مَا^(١٦) مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةٌ وَسَبْعُونَ^(١٧) ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ وَثَمَانُونَ^(١٨) ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ وَتِسْعُونَ ، وَمَعَ الْأَخِ مِائَةً وَأَرْبَعَةً ، إِذَا زِدْتَ عَلَى مَا مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مَا اسْتَنْبَيْتَهُ مِنْهُ ، صَارَ مَعَهُ

٨٠/٦ ظ

(١١) في م : « أو درهما » .

(١٢) في م : « ثلاثة » .

(١٣) في ا ، م : « للدینار » .

(١٤) في ا : « وحول » .

(١٥) في م : « الدراهم » .

(١٦) سقط من : الأصل ، م .

(١٧) في النسخ : « وسبعين » .

(١٨) في م : « وثمانين » .

مائة وتسع عشرة ، وهي العشرة الكاملة ، فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءا ، ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءا ، ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءا ، ووصية الأخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءا . وبطريق الباب ، تضرب المخرج بعضها في بعض ، تكن مائة وعشرين ، تنقصها واحدا ، يبقى مائة وتسعة عشر ، فهذا المقسوم عليه ، ثم تنقص الاثنين واحدا ، وتضربه في ثلاثة ، ثم تزيدا واحدا ، وتضربها في أربعة ، تكن ستة عشر ، تنقصها واحدا ، وتضربها في خمسة ، تكن خمسة وسبعين ، فهذه وصية العم ، تضربها في عشرة ، ثم تقسمها على تسعة عشر ، تكن ستة^(١٩) وثلاثين جزءا ، ثم تنقص الثلاثة واحدا ، وتضربها في أربعة ، وتزيدها واحدا ، وتضربها في خمسة ، تكن خمسة وأربعين ، تنقصها واحدا ، وتضربها في اثنين ، تكن ثمانية وثمانين ، فهذه وصية الخال ، ثم تنقص الأربعة واحدا ، وتضربها في خمسة^(٢٠) ، تكن خمسة عشر ، وتزيدها واحدا ، وتضربها في اثنين ، تكن اثنين وثلاثين ، تنقصها واحدا ، وتضربها في ثلاثة ، تكن ثلاثة / وتسعين ، فهذه وصية الجد ، ثم تنقص الخمسة واحدا ، وتضربها في اثنين ، تكن ثمانية ، تزيدا واحدا ، وتضربها في ثلاثة ، تكن سبعة وعشرين ، تنقصها واحدا ، وتضربها في أربعة ، تكن مائة وأربعة ، فهي وصية الأخ^(٢١) . وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم ، وتقسيمه على تسعة عشر ، فالخارج بالقسم هو وصيته ، ولو وصى لعمه بعشرة ونصف وصية خاله ، ولخاله بعشرة وثلاث وصية عمه ، كانت وصية العم ثمانية عشر ، ووصية الخال ستة عشر ، وبأبها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر ، وتنقصه^(٢٢) واحدا ، فهو المقسوم عليه ، ثم تزيد

و ٨١/٦

(١٩) في الأصل ، ازيادة : « وستة » .

(٢٠) في ا : « الخمسة » .

(٢١) في ازيادة : « كلة » .

(٢٢) في م : « وانقصه » .

مَخْرَجِ النَّصْفِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ الثُّلُثِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنُّ تِسْعِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى (٢٣) خَمْسَةَ عَشَرَ (٢٣) ، تَكُنُّ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ مَخْرَجَ الثُّلُثِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ النَّصْفِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنُّ ثَمَانِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى خَمْسَةٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا آخَرُ ، وَوَصَّى لِلْخَالِ بَعَشْرَةَ وَرُبْعَ وَصِيَّتِهِ ، وَوَصَّى لَهُ بِعَشْرَةٍ وَرُبْعَ وَصِيَّتِهِ الْعَمِّ ، ضَرَبْتَ الْمَخَارِجَ ، وَنَقَصْتَهَا وَاحِدًا ، تَكُنُّ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ تَكُنُّ تِسْعَةً ، فَرِذْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنُّ أَرْبَعِينَ ، ثُمَّ (٢٤) فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ اقْسِمَهَا تَخْرُجُ سَبْعَةَ عَشَرَ ، وَتِسْعَةَ أَجْزَاءٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ثُمَّ تَصْنَعُ فِي الْبَاقِيَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا ، فَتَكُونُ وَصِيَّةُ الْخَالِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الثَّالِثِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، وَإِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَا عَمِلْتَ وَصِيَّةَ الْعَمِّ ، فَاضْرِبِ الزَّائِدِينَ وَصِيَّتِهِ فِي اِثْنَيْنِ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، وَاضْرِبِ الزَّائِدَ عَنِ الْعَشْرَةِ مِنْ وَصِيَّةِ الْخَالِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَمَتَى عَرَفْتَ مَا مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، أَمْكَنْكَ مَعْرِفَةُ مَا مَعَ الْآخَرِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَهَذَا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْفَنِّ يَكْفِي ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ قَلِيلَةٌ ، وَقُرُوعُهُ كَثِيرَةٌ طَوِيلَةٌ ، / وَغَيْرُهَا أَهَمُّ مِنْهَا ، وَاللَّهُ تَعَالَى يُوفِّقُنَا لِمَا يَرْضِيهِ ، (٢٣) إِنَّهُ عَلَى مَا يَشَاءُ قَدِيرٌ (٢٣) .

٨١/٦ ظ

(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٤) سقط من : م .

فهرس
الجزء الثامن
كتاب الإجازات

- فصل : اشتقاق الإجارة من الأجر، وهو
٦ العوض .
- ٧ فصل : هي نوع من البيع .
- ٧ فصل : لا تصح إلا من جائز التصرف .
- ٨٩١ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ،
بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ،
وملكت عليه الأجرة كاملة ، في وقت
٧ - ٢٠ العقد ، إلا أن يشترط أجلا)
- فصل : لا يشترط في مدة الإجارة أن تلي
٩ ، ١٠ العقد .
- ١١ ، ١٠ فصل : لا تتقدر أكثر مدة الإجارة .
- فصل : الإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن
يعقدها على مدة . والثاني ، أن يعقدها
١١ ، ١٢ على عمل معلوم .
- فصل : من أكرى دابة إلى العشاء ، فأخر
١٢ ، ١٣ المدة إلى غروب الشمس .
- فصل : إن أكرى فسطاطا إلى مكة ، ولم
١٣ ، ١٤ يقل متى أخرج ، فالكرء فاسد .
- فصل : الحكم الثالث ، أنه يشترط في عوض
١٤ الإجارة كونه معلوما .
- فصل : كل ما جاز ثمننا في البيع ، جاز عوضا
١٤ ، ١٥ في الإجارة .

- فصل: لو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة
بجلدها . لم يجز . ١٥
- فصل: لو استأجر راعيا لغنم بثلك درهما
و... ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . ١٦ ، ١٥
- فصل: الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمت ،
وكانت على مدة ، ملك المستأجر
المنافع المعقود عليها إلى المدة . ١٧ ، ١٦
- فصل: الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك
الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم
يشترط المستأجر أجلا . ١٧ - ١٩
- فصل: الحكم السادس ، أنه إذا شرط تأجيل
الأجر ، فهو إلى أجله . ١٩
- فصل: إذا استوفى المستأجر المنافع ، استقر
الأجر . ٢٠ ، ١٩
- ٨٩٢ - مسألة: (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء
معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ ، إلا
عند تقضى كل شهر)
٢٠ - ٢٣
- فصل: إذا قال : أجزتك دارى عشرين
شهرًا ، كل شهر بدرهم . جاز . ٢٢
- فصل: الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس
لواحد منهما فسخها . ٢٣ ، ٢٢
- ٨٩٣ - مسألة: (ومن استأجر عقارا مدة بعينها ، فبداله قبل
تقضيها ، فقد لزمته الأجرة كاملة)
٢٣ - ٢٥
- فصل: لا خلاف بين أهل العلم في إباحة
إجارة العقار . ٢٤ ، ٢٣
- فصل: كره أحمد كراء الحمام . ٢٥ ، ٢٤

- ٢٦ ، ٢٥ ٨٩٤ - مسألة : (ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضى المدة)
- ٢٧ ، ٢٦ ٨٩٥ - مسألة : (فإن حوله المالك قبل تقضى المدة ، لم يكن له أجر لما سكن)
- ٢٧ فصل : إذا هرب الأجير ، ... لم تنفسخ الإجارة .
- ٢٧ - ٨٩٦ مسألة : (فإن جاء أمر غالب ، يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد ، لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه)
- ٣٤ - ٢٧ فصل : القسم الثاني ، أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، ... فهذه ينظر فيها ؛ ...
- ٣٠ ، ٢٩ فصل : القسم الثالث ، أن تغصب العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ .
- ٣١ ، ٣٠ فصل : القسم الرابع ، أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها .
- ٣١ فصل : القسم الخامس ، أن يحدث خوف عام ، ... فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ .
- ٣٢ ، ٣١ فصل : إذا أكرى عينا ، فوجد بها عيبا لم يكن علم به ، فله فسخ العقد .
- ٣٣ ، ٣٢ فصل : وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع .
- ٣٤ ، ٣٣ فصل : إن شرط على مكترى الحمام ، أو غيره ، أن مدة تعطيله عليه ، لم يجوز .
- ٣٤ فصل : إن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري ، ... إذا شرطها

- ٣٤ على المكترى فالشرط فاسد .
- ٨٩٧ - مسألة : (ومن استأجر لعمل شيء بعينه ، فمرض ،
 ٤٣ - ٣٥ أقيم مقامه من عمله ، والأجرة على المريض)
 فصل : يجوز الاستئجار لحفر الآبار و الأنهار
 ٣٧ ، ٣٦ والقنى .
- ٣٨ ، ٣٧ فصل : يجوز الاستئجار لضرب اللبن .
- ٣٨ فصل : يجوز الاستئجار للبناء .
- فصل : يجوز الاستئجار لتطين السطوح
 ٣٨ والحيطان وتخصيصها .
- فصل : يجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب
 ٣٩ ، ٣٨ فقه أو ...
- فصل : يجوز أن يستأجر من يكتب له
 ٣٩ مصحفا .
- ٤٠ ، ٣٩ فصل : يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه .
- فصل : يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص ،
 ٤١ ، ٤٠ فى النفس وما دونها .
- فصل : يجوز استئجار رجل ليدله على
 ٤١ طريق .
- فصل : يجوز أن يستأجر سمسارا ، يشتري له
 ٤٢ ثيابا .
- فصل : إن استأجره لبيع له ثيابا بعينها ،
 ٤٣ ، ٤٢ صح .
- فصل : يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه
 ٤٣ كل شهر ، بشيء معلوم .
- ٨٩٨ - مسألة : (وإذا مات المكبرى والمكترى ، أو أحدهما ،
 ٥١ - ٤٣ فالإجارة بحالها)

- فصل : إن مات المكترى ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة ، ...
 ٤٥ ، ٤٤ . الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة .
- فصل : إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة ، فمات فى أثنائها ، وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان ؛ ...
 ٤٦ ، ٤٥
- فصل : إن أجر الولى الصبى ، أو ماله مدة ، فبلغ فى أثنائها ، ... ليس له فسخ الإجارة .
 ٤٧ ، ٤٦
- فصل : إن أجر عبده مدة ، ثم أعتقه فى أثنائها ، صح العتق ، ولم يبطل عقد الإجارة .
 ٤٨ ، ٤٧
- فصل : إذا أجر عينا ، ثم باعها ، صح البيع .
 ٤٩ ، ٤٨
- فصل : إن اشتراها المستأجر ، صح البيع .
 ٤٩
- فصل : إن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشتراها ، فى بطلان الإجارة أو بقائها .
 ٥٠ ، ٤٩
- فصل : إن اشترى المستأجر العين ، ثم وجدها معيبة ، فردها ، فإن قلنا : ...
 ٥٠
- فصل : إذا وقعت الإجارة على عين ، ... فتلفت ، انفسخ العقد بتلفها .
 ٥١ ، ٥٠
- ٨٩٩ - مسألة : (ومن استأجر عقارا ، فله أن يسكنه غيره إذا كان يقوم مقامه)
 ٥٢ - ٦٨
- فصل : إذا اكترى دارا ، جاز إطلاق العقد .
 ٥٣ ، ٥٢
- فصل : إذا اكترى ظهرا ليركبه ، فله أن يركبه مثله .
 ٥٣
- فصل : إن شرط أن لا يستوفى فى المنفعة بمثله . فقياس قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط .
 ٥٤ ، ٥٣

- فصل : يجوز للمستأجر أن يؤجر العين
المستأجرة إذا قبضها . ٥٥ ، ٥٤
- فصل : يجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل
الأجرة وزيادة . ٥٦
- فصل : نقل الأثرم ، عن أحمد ، أنه سأله عن
الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له
الفضل ؟ قال : ما أدري . ٥٧ ، ٥٦
- فصل : كل عين استأجرها لمنفعة ، فله أن
يستوفى مثل تلك المنفعة وما دونها في
الضرر . ٥٧
- فصل : إن اكرتري دابة ليركبها في مسافة
معلومة ، ... فأراد العدول بها إلى
ناحية أخرى مثلها في القدر أضر
منها ، ... لم يجز . ٥٨
- فصل : يجوز أن يكرتري قميصا ليلبسه . ٥٩ ، ٥٨
- فصل : إن استأجر أرضا . صح ... ولا
يصح حتى يرى الأرض . ٦١ - ٥٩
- فصل : إن أكرهاها للغراس ؛ ففيه ما ذكرنا
من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها . ٦١
- فصل : لا تخلو الأرض من قسمين ؛
أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، ...
والثاني ، أن لا يكون لها ماء دائم . ٦١ - ٦٣
- فصل : إن اكرتري أرضا غارقة بالماء ، لا
يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، ...
فالعقد باطل . ٦٣

- فصل : متى غرق الزرع أو هلك ، ... فلا
ضمان على المؤجر ، ولا خيار
للمكترى ...
٦٤ ، ٦٣
- فصل : إذا استأجر أرضا للزراعة مدة ،
فانقضت ، وفيها زرع لم يبلغ
حصاده ، لم يخل من حالين ؛ ...
٦٥ ، ٦٤
- فصل : إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا
يكمل فيها ... نظرنا ؛ ...
٦٦ ، ٦٥
- فصل : إذا أجره للغراس سنة ، صح .
٦٦ - ٦٨
- ٩٠٠ - مسألة : (ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه
وكسوته)
٦٨ - ٧٢
- فصل : إن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة
موصوفة ، ... جاز .
٧٠
- فصل : إن استغنى الأجير عن طعام المؤجر
بطعام نفسه ، ... لم تسقط نفقته ،
وكان له المطالبة بها .
٧٠
- فصل : إذا دفع إليه طعامه ، فأحب الأجير أن
يستفضل بعضه لنفسه ، نظرت ؛ ...
٧١
- فصل : إن قدم إليه طعاما ، فنهب أو تلف قبل
أكله ، نظرت ؛ ...
٧١
- فصل : إذا دفع إلى رجل ثوبا ، وقال : بعه
بكذا ، فما ازددت فهو لك . صح .
٧٢ ، ٧١
- فصل : قال أحمد ، ... : لا بأس أن يحصد
الزرع ، ويصرم النخل ، بسدس ما
يخرج منه .
٧٢
- ٩٠١ - مسألة : (وكذلك الظئر)
٧٦ - ٧٢

- ٧٣ فصل : يشترط لهذا العقد أربعة شروط ، ...
فصل : اختلف في المعقود عليه في
- ٧٤ الرضاع ، ...
فصل : على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر
به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى
٧٤ مطالبتها بذلك .
- ٧٥ ، ٧٤ فصل : يجوز للرجل أن يؤجر أمته ، و ...
فصل : يجوز للرجل استئجار أمه ، وأخته ،
وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك
٧٦ ، ٧٥ سائر أقاربه .
- ٧٦ فصل : تنفسخ الإجارة بموت المرضعة .
٩٠٢ - مسألة : (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو
أمة ، كما جاء في الخبر ، إذا كان المسترضع
٧٧ ، ٧٦ (موسراً)
- ٩٠٣ - مسألة : (ومن اكترى دابة إلى موضع ، فجاوزه ،
فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما
٧٧ - ٨٠ جاوزه ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها)
الكلام في هذه المسألة في فصلين :
أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ،
٧٧ ، ٧٨ وأجر المثل للزائد .
- الفصل الثاني : في الضمان ، ظاهر كلام
٧٨ - ٨٠ الخرق وجوب قيمتها إذا تلفت به .
- ٨٠ فصل : لا يسقط الضمان بردها إلى المسافة .
٩٠٤ - مسألة : (وكذلك إن اكترى لحمولة شيء ، فزاد
٨٠ - ٨٤ عليه)

- فصل : إن اكرى دابة إلى مسافة ، فسلك
 ٨٢ أشق منها ، ... يخرج فيها وجهان .
- فصل : إذا أكره الحمل قفيزين ، فحملهما ،
 فوجدما ثلاثة ، فإن كان المكترى
 ٨٤ ، ٨٣ تولى الكيل ...
- ٩٠٥ - مسألة : (ولا يجوز أن يكترى مدة غزاته)
 ٨٤
- ٩٠٦ - مسألة : (فإن سمي لكل يوم شيئا معلوما ، فجائز)
 ٨٤ - ٨٩
- فصل : نقل أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل
 استأجر دابة ، في عشرة أيام ، بعشرة
 دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك ،
 ٨٥ فله بكل يوم درهم ، فهو جائز .
- فصل : إن قال : إن خطت هذا الثوب اليوم
 فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك
 ٨٦ نصف درهم ... فيه روايتان ؟ ...
- فصل : إن قال : إن خطته روميا فلك
 درهم ، وإن خطته فارسيا فلك
 ٨٦ ، ٨٧ نصف درهم . ففيها وجهان ؟ ...
- فصل : نقل مهنا ، عن أحمد في من استأجر
 من حمال إلى مصر بأربعين دينارا ،
 ٨٧ فإن نزل دمشق فكراؤه ...
- فصل : في مسائل الصبرة ، وفيها عشرة
 ٨٧ - ٨٩ مسائل ؟ ...
- ٩٠٧ - مسألة : (ومن اكرى إلى مكة ، فلم ير الجمال
 الراكبين واخامل ، والأغطية ، والأوطية ،
 لم يجز الكراء)
 ٨٩ - ٩٧
- فصل : إذا كان الكراء إلى مكة ، أو طريق

- لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين ، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه . ٩١ ، ٩٢
- فصل : إن اشترط حمل زاد مقدر ، كإثاء رطل ، نظرنا ؛ ... ٩٢
- فصل : إذا اكترى جملا ليحج عليه ، فله الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى . ٩٢
- فصل : فيما يلزم المكسرى والمكترى للركوب . ٩٣
- فصل : إذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب والبعير قائم ، ... فعلى الجمال أن يترك الجمال لركوبه ونزوله . ٩٣ ، ٩٤
- فصل : إذا اكترى ظهرا في طريق العادة فيه النزول ... والمكترى امرأة أو ضعيف ، لم يلزمه النزول . ٩٤
- فصل : إن هرب الجمال في بعض الطريق ، أو قبل الدخول فيها ، لم يخل من حالين ؛ ... ٩٤ - ٩٦
- فصل : قال أصحابنا : يصح كراء العقبة . ٩٦ ، ٩٧
- ٩٠٨ - مسألة : (فإن رأى الراكبين ، أو وصفا له ، وذكر الباقي بأرطال معلومة ، فجانز) ٩٧ - ١٠٣
- فصل : يجوز اكتراء الإبل والدواب للحمولة . ٩٨ ، ٩٩
- فصل : يجوز كراء الدابة للعمل . ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : يجوز استئجار بهيمة لإدارة الرعى . ١٠١ ، ١٠٢

- فصل: إذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له ، ... جاز .
 ١٠٣ ، ١٠٢
- ٩٠٩ - مسألة : (وما حدث في السلعة من يد الصانع ،
 ١١٢ - ١٠٣ (ضمن)
- فصل : ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما
 يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه . ١٠٥ ، ١٠٤
- فصل : ذكر القاضى أنه إذا كان المستأجر
 على حمله عبيدا صغارا أو كبارا ، فلا
 ضمان على المكارى فيما تلف من
 سَوِّقه وقوده . ١٠٦ ، ١٠٥
- فصل : فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجر
 مدة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعد . ١٠٦
- فصل : إذا استأجر الأجير المشترك أجيرا
 خاصا ، ... لم يضمنه ... ويضمنه
 صاحب الدكان . ١٠٧
- فصل : إذا أتلّف الصانع الثوب بعد عمله ،
 فصاحبه مخير ... ١٠٧
- فصل : إذا دقع إلى حائك غزلا ، فقال :
 انسجه لى عشرة أذرع فى عرض
 ذراع . فنسجه زائدا ... فلا أجر له
 فى الزيادة . ١٠٨ ، ١٠٧
- فصل : إذا دفع إلى خياط ثوبا ، فقال : إن
 كان يقطع قميصا فاقطعه . فقال :
 هو يقطع . وقطعه ، فلم يكف ،
 فعليه ضمانه . ١٠٩ ، ١٠٨
- فصل : إن أمره أن يقطع الثوب قميص
 رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه

- غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا . ١٠٩
فصل : إن اختلفا ، ... فالقول قول الخياط
والصباغ . ١١١ - ١٠٩
- فصل : وكل من استؤجر على عمل في
عين ، ... فلا يخلو ؛ ... ١١٢ ، ١١١
- ٩١٠ - مسألة : (وإن تلفت من حرز ، فلا ضمان عليه ،
ولا أجر له فيما عمل فيها) ١١٦ - ١١٢
- فصل : إذا حبس الصانع الثوب بعد
عمله ، ... فتلف ، ... لزمه
الضمان . ١١٣
- فصل : إذا أخطأ القصار ، فدفع الثوب إلى
غير مالكة ، فعليه ضمانه . ١١٣
- فصل : العين المستأجرة أمانة في يد
المستأجر . ١١٤ ، ١١٣
- فصل : إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان
العين ، فالشرط فاسد . ١١٥ ، ١١٤
- فصل : إن كانت الإجارة فاسدة ، لم يضمن
العين أيضا . ١١٥
- فصل : للمستأجر ضرب الدابة بقدر
ما جرت به العادة . ١١٦ ، ١١٥
- ٩١١ - مسألة : (ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ، ولا
متطبب ، إذا عرف منهم حدق الصنعة ، ولم
تجن أيديهم) ١٢٣ - ١١٧
- فصل : إن ختن صبيا بغير إذن وليه ...
فسرت جنايته ، ضمن . ١١٧
- فصل : يجوز الاستئجار على الختان . ١١٧

- فصل : يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه . ١١٨ - ١٢٠
فصل : أما استئجار الحجام لغير
الحجامة ، ... فجائز . ١٢٠
- فصل : يجوز أن يستأجر كحالا ليكحل
عينه . ١٢٠ ، ١٢١
- فصل : إذا استأجره مدة ، فكحله فيها ، فلم
تبرأ عينه ، استحق الأجر . ١٢١ ، ١٢٢
- فصل : يجوز أن يستأجر طبيبا ليداويه . ١٢٢
فصل : يجوز أن يستأجر من يقطع ضرسه . ١٢٢ ، ١٢٣
- فصل : من استؤجر على عمل موصوف في
الذمة ، ... فيبذل الأجير نفسه
للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم
تستقر الأجرة بذلك . ١٢٣
- ٩١٢ - مسألة : (ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد)
١٢٣ - ١٤٥
- فصل : لا يصح العقد فى الرعى إلا على مدة
معلومة . ١٢٤ ، ١٢٥
- فصل : فيما تجوز إجارته . ١٢٥ ، ١٢٦
- فصل : تجوز إجارة الدراهم والدنانير ،
للوزن والتحلى ، فى مدة معلومة . ١٢٦ ، ١٢٧
- فصل : يجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا ،
ليجفف عليها الثياب ، أو يسطها
عليها ليستظل بظلها . ١٢٧ ، ١٢٨
- فصل : يجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو
زرعا . ١٢٨
- فصل : يجوز استئجار ما يبقى من الطيب
و ... ، لتشمه المرضى وغيرهم مدة ،

- ثم يردده . ١٢٨
- فصل : تجوز إجارة الحائط ، ليضع عليها
١٢٨ خشبا معلوما ، مدة معلومة .
- فصل : يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا
١٢٨ يصلى فيه .
- فصل : ذكر ابن عقيل ، أنه يجوز استئجار
١٢٩ البئر ، ليستقى منها أياما معلومة .
- فصل : يجوز استئجار الفهد والبازى والصقرا
١٢٩ للصيد ، فى مدة معلومة .
- فصل : ما لا تجوز إجارته أقسام :
أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . ١٢٩ ، ١٣٠
- فصل : لا تجوز إجارة الفحل للضراب . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : القسم الثانى ، ما منفعتة محرمة . ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : يكره أن يؤجر نفسه لكسح الكنف . ١٣٢ ، ١٣٣
- فصل : لا يجوز للرجل إجارة داره لمن
١٣٣ يتخذها كنيسة .
- فصل : القسم الثالث ، ما يحرم بيعه ، إلا الحر
والوقف وأم الولد والمدبر ، فإنه يجوز
إجارتها ، وإن حرم بيعها . ١٣٣ ، ١٣٤
- فصل : فى إجارة المصحف وجهان ؛
أحدهما ، لا تصح إجارته ...
والثانى ، تجوز إجارته . ١٣٤ ، ١٣٥
- فصل : لا تجوز إجارة المسلم للذمى لخدمته . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : نقل إبراهيم الحرنجى ، عن أحمد ، أنه
سئل عن الرجل يكترى الديك يوقظه
١٣٦ لوقت الصلاة : لا يجوز .

- فصل : القسم الرابع ، القرب التي يختص
 فاعلها بكونه من أهل القربة . ١٣٦ - ١٣٩
- فصل : إن أعطى المعلم شيئا من غير
 شرط ... لا يطالب ، ولا يشارط . ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل
 القربة ، ... جاز أخذ الأجر عليه . ١٤١
- فصل : إذا اختلفا في قدر الأجر ... تحالفا ،
 ويبدأ بيمين الآجر . ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : إن اختلفا في المدة ، ... فالقول قول
 المالك . ١٤٢
- فصل : إن اختلفا في التعدى في العين
 المستأجرة ، فالقول قول المستأجر . ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ،
 ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا
 شرط ... ففعلا ذلك ، فلهما الأجر . ١٤٣ ، ١٤٤
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا إلى
 مكة أو غيرها ... استحق الأجر
 بحمله في الذهاب والرد . ١٤٤

كتاب إحياء الموات

- ٩١٣ - مسألة : (ومن أحيا أرضا ، لم تملك ، فهي له) ١٤٦ - ١٥٤
- فصل : لا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب
 ودار الإسلام . ١٤٨
- فصل : لا فرق بين المسلم والذمي في
 الإحياء . ١٤٨ ، ١٤٩
- فصل : ما قرب من العامر ، وتعلق

- بمصلحه ، ... فلا يجوز إحياءه . ١٤٩ ، ١٥٠
- فصل : وجميع البلاد فيما ذكرنا سواء ... ١٥٠ ، ١٥١
- فصل : إن تحجر رجل مواتا ... لم يملكها
بذلك . ١٥١ - ١٥٣
- فصل : للإمام إقطاع الموات لمن يحميه . ١٥٣ ، ١٥٤
- ٩١٤ - مسألة : (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين
فيه المنفعة ، فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان) ١٥٤ - ١٧٦
- فصل : أما المعادن الباطنة ، ... لم تملك أيضا
بالإحياء . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : من أحيا أرضا ، فملكها بذلك ،
فظهر فيها معدن ، ملكه . ١٥٧
- فصل : لو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم
يصل إلى النبل ، صار أحق به . ١٥٧ ، ١٥٨
- فصل : لو كان في الموات موضع يمكن أن
يحدث فيه معدنا ظاهرا ... ملك
بالإحياء . ١٥٨
- فصل : من ملك معدنا ، فعمل فيه غيره بغير
إذنه ، فما حصل منه فهو للملكه .
ولا أجر للغاصب . ١٥٨ ، ١٥٩
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحفر له ... صح . ١٥٩
- فصل : من سبق في الموات إلى معدن ... ،
فهو أحق بما ينال منه . ١٥٩ ، ١٦٠
- فصل : ما نضب عنه الماء من الجزائر ، لم
يملك بالإحياء . ١٦٠ ، ١٦١
- فصل : ما كان من الشوارع والطرق ...
فليس لأحد إحياءه . ١٦١ ، ١٦٢

- فصل: في القطائع ، وهي ضربان ؛ ... ١٦٢ - ١٦٤
- فصل: ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحيائه
من المعادن الظاهرة . ١٦٤ ، ١٦٥
- فصل: لا ينبغي أن يقطع الإمام أحدا من
الموات ، إلا ما يمكنه إحيائه . ١٦٥
- فصل: في الحمى . ١٦٥ - ١٦٧
- فصل: ما حماه النبي ﷺ ، فليس لأحد
نقضه . ١٦٧
- فصل: في أحكام المياه ... إما ... جاريا أو
واقفا ، فإن كان جاريا فهو ضربان ؛
أحدهما ... ١٦٧ - ١٧٠
- فصل: الضرب الثاني ، الماء الجاري في نهر
مملوك ، وهو أيضا قسمان ؛ ... ١٧٠ - ١٧٢
- فصل: إذا حصل نصيب إنسان في ساقيته .
فله أن يسقى به ما شاء من الأرض . ١٧٢ ، ١٧٣
- فصل: لكل واحد منهم أن يتصرف في
ساقيته المختصة به . ١٧٣ ، ١٧٤
- فصل: إن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة ،
جاز . ١٧٤ ، ١٧٥
- فصل: القسم الثاني ، أن يكون منبع الماء
مملوكا . ١٧٥
- فصل: إذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين
جماعة ، فإن أرادوا إكراهه ... كان
ذلك عليهم على حسب ملكهم . ١٧٦
- ٩١٥ - مسألة: (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا) ١٧٦ - ١٧٨
- ٩١٦ - مسألة: (أو يخفر فيها بئرا ، فيكون له خمس
وعشرون ذراعا حوالها ، وإن سبق إلى بئر

- عادية ، فحريمها خمسون ذراعا) ١٧٨ - ١٨٢
 فصل : لا بد أن يكون البئر فيها ماء . ١٨٠ ، ١٨١
 فصل : إذا كان لإنسان شجرة في موات ،
 فله حريمها قدر ما تمد إليه أغصانها
 حوالها . ١٨١
 فصل : من كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر
 قريبا منها بئرا ... فليس له ذلك ١٨١ ، ١٨٢
 ٩١٧ - مسألة : (وسواء في ذلك ما أحياه ، أو سبق إليه
 بإذن الإمام ، أو غير إذنه)
 ١٨٦ - ١٨٢
 فصل : أما ما سبق إليه ، فهو الموات . ١٨٣

كتاب الوقوف والعطايا

- ٩١٨ - مسألة : (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه ، على
 قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين ،
 فقد زال ملكه عنه)
 ١٨٦ - ١٩١
 في هذه المسألة فصول ثلاثة :
 أحدها : أن الوقف إذا صح ، زال به ملك
 الواقف عنه . ١٨٦ ، ١٨٧
 الفصل الثاني : أن ظاهر هذا الكلام ، أنه يزول
 الملك ، ويلزم الوقف بمجرد اللفظ . ١٨٧
 الفصل الثالث : أنه لا يفتقر إلى القبول من
 الموقوف عليه . ١٨٧ ، ١٨٨
 فصل : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف
 عليهم . ١٨٨ ، ١٨٩
 فصل : ألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة ،
 وثلاثة كناية . ١٨٩

- فصل : ظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل
بالفعل مع القرائن الدالة عليه . ١٩٠ ، ١٩١
- ٩١٩ - مسألة : (ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه) ١٩١
- ٩٢٠ - مسألة : (إلا أن يشترط أن يأكل منه ، فيكون له
مقدار ما يشترط) ١٩١ - ١٩٤
- فصل : إن شرط أن يأكل أهله منه ، صح
الوقف والشرط . ١٩٢
- فصل : إن شرط أن يبيعه متى شاء ، ... لم
يصح الشرط ولا الوقف . ١٩٢ ، ١٩٣
- فصل : إن شرط في الوقف أن يخرج من شاء
من أهل الوقف ، ويدخل من
شاء ... لم يصح . ١٩٣
- فصل : إذا جعل علو داره مسجدا دون
سفلها ، أو ... صح . ١٩٣
- فصل : إن جعل وسط داره مسجدا ، ولم
يذكر الاستطراق ، صح . ١٩٤
- فصل : إذا وقف على نفسه ، ثم على
المساكين ، أو على ولده ، ففيه
روايتان ؛ ... ١٩٤
- ٩٢١ - مسألة : (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور
والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية ، إلا
أن يكون الواقف فضّل بعضهم) ١٩٤ - ٢٠٧
- في هذه المسألة فصول أربعة :
الأول : أنه إذا وقف على قوم وأولادهم
وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين
القوم وأولادهم . ١٩٥

- فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
المساكين ... يكون الوقف على
أولاده وأولاد أولاده ، من الأولاد
البنين . ١٩٥ - ١٩٧
- فصل : إن رتب فقال : وقفت هذا على
ولدى ، وولد ولدى ، ... فيكون
على ما شرط ، ولا يستحق البطن
الثانى شيئا حتى ينقرض البطن كله . ١٩٧ ، ١٩٨
- فصل : إن رتب بعضهم دون بعض ، ...
يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية
للجمع والتشريك . ١٩٨
- فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
أولاد أولادى ، ... فهو على ما
شرطه . ١٩٨ - ٢٠٠
- فصل : إن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، ...
فهو على ما شرط . ٢٠٠
- فصل : إن كان له ثلاثة بنين فقال : قد وقفت
على ولدى فلان وفلان ، وعلى ولد
ولدى . كان الوقف على الابنين
المسميين ، ... وليس للثالث شيء . ٢٠٠ ، ٢٠١
- فصل : من وقف على أولاده أو أولاد غيره ،
وفيهم حمل ، لم يستحق شيئا قبل
انفصاله . ٢٠١ ، ٢٠٢
- الفصل الثانى : إذا وقف على قوم وأولادهم ...
دخل فى الوقف ولد البنين . ٢٠٢ - ٢٠٥
- الفصل الثالث : أنه إذا وقف على أولاد رجل ،

- وأولاد أولاده ، استوى فيه الذكر
والأنثى . ٢٠٥
- الفصل الرابع : أنه إذا فضل بعضهم على بعض ،
فهو على ما قال . ٢٠٦ ، ٢٠٥
- فصل : المستحب أن يقسم الوقف على
أولاده ، على حسب قسمة الله تعالى
الميراث بينهم . ٢٠٧ ، ٢٠٦
- ٩٢٢ - مسألة : (فإذا لم يبق منهم أحد ، رجع إلى المساكين) ٢٠٧ - ٢١٠
فصل : إن وقف على سبيل الله ، أو ابن
السبيل ، ... فهم الذين يستحقون
السهم من الصدقات . ٢٠٩
- فصل : إذا وقف على سبيل الله ، وسبيل
الثواب ، ... يصرف ثلث الوقف إلى
من يصرف إليهم السهم من الزكاة . ٢١٠ ، ٢٠٩
- ٩٢٣ - مسألة : (فإن لم يجعل آخره للمساكين ، ولم يبق ممن
وقف عليه أحد ، رجع إلى ورثة الواقف ،
في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله ، رحمه
الله ، والرواية الأخرى يكون وقفا على
أقرب عصبة الواقف) ٢١٠ - ٢١٥
- فصل : إن لم يكن للواقف أقارب ، ...
صرف إلى الفقراء والمساكين . ٢١٣
- فصل : إن قال : وقفت هذا . وسكت ...
فلا نص فيه . وقال : ... يصح
الوقف . ٢١٣
- فصل : إن وقف على من يجوز الوقف عليه ،
ثم على من لا يجوز ... صح الوقف . ٢١٤

- فصل : إن كان الوقف منقطع الابتداء ...
 فالوقف باطل . ٢١٤ ، ٢١٥
- فصل : إن كان الوقف صحيح الطرفين ، ...
 خرج في صحة الوقف وجهان ؛ ... ٢١٥
- ٩٢٤ - مسألة : (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه ، أو
 قال : هو وقف بعد موتي . ولم يخرج من
 الثلث ، وقف منه بقدر الثلث ، إلا أن تميز
 الورثة) ٢١٥ - ٢٢٠
- فصل : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط
 في الحياة . ٢١٦ ، ٢١٧
- فصل : إن علق انتهاءه على شرط ... لم
 يصح . ٢١٧
- فصل : إن قال : هذا وقف على ولدي سنة ،
 ثم على المساكين . صح . ٢١٧
- فصل : اختلفت الرواية عن أحمد في الوقف
 في مرضه على بعض ورثته ، فعنه : لا
 يجوز ذلك . ٢١٧ - ٢١٩
- فصل : إن وقف داره ، وهي تخرج من
 الثلث ، بين ابنه وبنته نصفين ، في
 مرض موته ، ... يصح الوقف ،
 ويلزم . ٢١٩ ، ٢٢٠
- ٩٢٥ - مسألة : (وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئا ، بيع ،
 واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف ،
 وجعل وقفا كالأول ، وكذلك الفرس
 الحبيس إذا لم يصلح للغزو ، بيع ، واشترى
 بثمنه ما يصلح للجهاد) ٢٢٠ - ٢٢٨
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الوقف إذا

- بيع ، فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد
 ٢٢٢ على أهل الوقف ، جاز .
- فصل : إذا لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء
 فرس أخرى ، أعين به في شراء فرس
 ٢٢٢ ، ٢٢٣ حبيس يكون بعض الثمن .
- فصل : إن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ،
 ٢٢٣ لكن قلت ... لم يجوز بيعه .
- فصل : قال أحمد ، في رواية أبى داود ، في
 مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ،
 ويجعل تحته سقاية وحوانيت ، فامتنع
 بعضهم من ذلك ، فينظر إلى قول
 ٢٢٣ أكثرهم .
- فصل : لا يجوز أن يفرس في المسجد شجرة . ٢٢٤
- فصل : ما فضل من حصر المسجد
 وزيته ... ، جاز أن يجعل في مسجد
 ٢٢٤ ، ٢٢٥ آخر .
- فصل : إذا جنى الوقف جنابة توجب
 ٢٢٥ القصاص ، وجب .
- فصل : إن جنى على الوقف جنابة موجبة
 ٢٢٦ للمال ، وجب .
- فصل : يجوز تزويج الأمة الموقوفة . ٢٢٦ ، ٢٢٧
- فصل : ليس للموقوف عليه وطء الأمة
 ٢٢٧ الموقوفة .
- فصل : إن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ
 ٢٢٨ عتقه .
- ٩٢٦ - مسألة : (وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة
 أوسق ، ففيه الزكاة . وإذا صار الوقف

٢٢٩، ٢٢٨

للمساكين ، فلا زكاة فيه)

فصل : يصح الوقف على القبيلة
العظيمة ، ... ويجوز الوقف على

٢٢٩

المسلمين كلهم .

٩٢٧ - مسألة : (وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف ، مثل الذهب
والورق والمأكول والمشروب ، فوقفه غير

٢٣١ - ٢٢٩

جائز)

فصل : المراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم

٢٣٠

والدنانير ، وما ليس بحلى .

٢٣١ ، ٢٣٠

فصل : لا يصح وقف الشمع .

فصل : قال أحمد ، في من وصى بفرس
وسرج ولجام مفضض ، يوقف في

٢٣١

سبيل الله : فهو على ما وقف ووصى .

٢٣٣ - ٢٣١

٩٢٨ - مسألة : (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رجل له
دار في الربيض ، ... فأراد التنزه

٢٣٣

منها . قال : يقفها .

٢٣٤ ، ٢٣٣

٩٢٩ - مسألة : (ويصح وقف المشاع)

فصل : إن وقف داره على جهتين مختلفتين ، ...

٢٣٤ ، ٢٣٣

جاز .

فصل : إن أريد تمييز الوقف عن الطلق

٢٣٤

بالقسمة ... الصحيح أنها إفراز حق .

٩٣٠ - مسألة : (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر ، فهو

٢٣٨ - ٢٣٤

باطل)

٢٣٦ ، ٢٣٥

فصل : لا يصح الوقف على من لا يملك .

٢٣٦

فصل : يصح الوقف على أهل الذمة .

- فصل : ينظر في الوقف من شرطه الواقف . ٢٣٦ - ٢٣٨
 فصل : نفقة الوقف من حيث شرط الواقف . ٢٣٨

كتاب الهبة والعطية

- ٩٣١ - مسألة : (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه)
 ٢٣٩ - ٢٤٤
 فصل : قول الخرقى : « لا يصح » . يحتمل أن يريد ...
 ٢٤١ ، ٢٤٢
 فصل : الواهب بالخيار قبل القبض ، ... لا يصح قبضها إلا بإذنه .
 ٢٤٢
 فصل : إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة .
 ٢٤٣ ، ٢٤٤
 فصل : إن وهبه شيئاً في يد المتهب ... الهبة تلزم من غير قبض .
 ٢٤٤
 ٩٣٢ - مسألة : (ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في البيع)
 ٢٤٤ - ٢٥٢
 فصل : قول الخرقى : « إذا قبل » يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول .
 ٢٤٥ - ٢٤٧
 فصل : القبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه ، لا حائل دونه .
 ٢٤٧
 فصل : تصح هبة المشاع .
 ٢٤٧ ، ٢٤٨
 فصل : متى قلنا : إن القبض شرط في الهبة . لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه .
 ٢٤٨ ، ٢٤٩
 فصل : لا تصح هبة الحمل في البطن .
 ٢٤٩
 فصل : قال أحمد ، ... لا تصح هبة المجهول .
 ٢٤٩ ، ٢٥٠

- ٢٥٠ فصل : لا يصح تعليق الهبة بشرط .
فصل : إن وهب أمة ، واستثنى ما في بطنها .
- ٢٥٠ صح .
فصل : إذا كان له في ذمة إنسان دين ، فوهبه له ... صح .
- ٢٥١ ، ٢٥٠ فصل : إن وهب الدين لغير من هو في ذمته ... لم يصح .
- ٢٥١ فصل : تصح البراءة من الجهول .
- ٢٥٢ ، ٢٥١ ٩٣٣ - مسألة : (ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيه بعده ، أو الحاكم ، أو أمينه بأمره)
فصل : إن وهب الأب لابنه شيئاً ، قام مقامه في القبض والقبول .
- ٢٥٥ ، ٢٥٤ فصل : إن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ... لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي .
- ٢٥٥ فصل : أما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصح .
- ٢٥٦ ، ٢٥٥ ٩٣٤ - مسألة : (وإذا فاضل بين ولده في العطية ، أمر برده ، كأمر النبي ﷺ)
فصل : إن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه ... روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك .
- ٢٥٩ ، ٢٥٨ فصل : لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية .
- ٢٦٠ ، ٢٥٩ فصل : ليس عليه التسوية بين سائر أقاربه .
- ٢٦١ ، ٢٦٠ فصل : الأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب .
- ٢٦١

- فصل : قول الخرق : « أمر برده » . يدل على
 ٢٦٦ ، ٢٦٢ أن للأب الرجوع فيما وهب لولده .
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الأم كالأب ،
 ٢٦٢ ، ٢٦٣ في الرجوع في الهبة .
- فصل : لا فرق ... بين الهبة والصدقة . ٢٦٤
- فصل : للرجوع في هبة الولد شروط أربعة :
 ٢٦٤ أحدها : أن تكون باقية في ملك الابن .
- فصل : الثاني ، أن تكون العين باقية في
 ٢٦٤ ، ٢٦٥ تصرف الولد .
- فصل : الثالث ، أن لا يتعلق بها رغبة لغير
 ٢٦٦ الولد .
- فصل : الرابع : أن لا تزيد زيادة متصلة . ٢٦٦ ، ٢٦٧
- فصل : إن قصر العين أو فصلها ، فلم تزد
 ٢٦٧ ، ٢٦٨ قيمتها ، لم تمنع الرجوع .
- فصل : إن تلف بعض العين ، ... لم يمنع
 ٢٦٨ الرجوع فيها .
- فصل : الرجوع في الهبة أن يقول : قد
 ٢٦٨ ، ٢٦٩ رجعت فيها ...
- ٩٣٥ - مسألة : (فإن مات ولم يرُدُّه ، فقد ثبت لمن وهب
 له ، إذا كان ذلك في صحته)
 ٢٦٩ - ٢٧٧
- فصل : قال أحمد : أحب أن لا يقسم ماله ،
 ٢٧١ ، ٢٧٢ ويدعه على فرائض الله تعالى .
- فصل : للأب أن يأخذ من مال ولده ما
 ٢٧٢ - ٢٧٤ شاء ، ويتملكه .
- فصل : ليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه . ٢٧٤ ، ٢٧٥
- فصل : إن تصرف الأب في مال الابن قبل

- ٢٧٦، ٢٧٥ . تملكه ، لم يصح تصرفه .
فصل : قال أحمد : بين الرجل وبين ولده
٢٧٦ . ربا .
فصل : ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره
٢٧٧، ٢٧٦ . بغير إذنه .
- ٩٣٦ - مسألة : (ولا يحل لو اهب أن يرجع في هبته ، ولا
لْمُهْدِ أن يرجع في هديته ، وإن لم يُبْت
عليها)
٢٧٧ - ٢٨١
فصل : حصل الاتفاق على أن ما وهبه
الإنسان لذوى رحمه المَحْرَم غير
٢٧٩، ٢٧٨ . ولده ، لا رجوع فيه .
فصل : لا يجوز للمتصدق الرجوع في
٢٧٩ . صدقته .
- فصل : الهبة المطلقة ، لا تقتضى ثوبا . ٢٨١، ٢٨٠ .
٩٣٧ - مسألة : (وإذا قال : دارى لك عمرى . أو هى لك
عمرى . فهى له ولورثته من بعده)
٢٨٨ - ٢٨١
فصل : إذا شرط فى العمرى أنها للمُعْمَرِ
وَعَقِبِهِ ، ... تكون للمُعْمَرِ وورثته . ٢٨٦، ٢٨٥ .
فصل : الرُقْبَى هى أن يقول : هذا لك
عمرى ، فإن مت قبل رجوع إلى ،
٢٨٧، ٢٨٦ . وإن مت قبلك فهو لك .
فصل : تصح العمرى فى غير العقار ، من
٢٨٧ . الحيوان ، والنبات .
فصل : إن وقت الهبة إلى غير العمرى
٢٨٨ . والرُقْبَى ، ... لم يصح .
- ٩٣٨ - مسألة : (وإن قال : سَكَنَّاها لك عمرى . كان له

أخذها أى وقت أحب ؛ لأن السكنى ليست
كالعمري والرقبى)

٢٨٨ - ٢٩١

فصل : إذا وهب هبة فاسدة ، ... ثم وهب
تلك العين ، أو باعها بعقد
صحيح ، ... صح العقد الثانى ، ... ٢٨٩

كتاب اللقطة

فصل : قال إمامنا ، ... : الأفضل ترك
الالتقاط .

٢٩١

٩٣٩ - مسألة : (ومن وجد لقطه ، عرّفها سنة فى
الأسواق ، وأبواب المساجد)

٢٩٢ - ٢٩٩

الفصل الثانى : فى قدر التعريف ، وذلك سنة . ٢٩٣
الفصل الثالث : فى زمانه ، وهو النهار دون
الليل . ٢٩٤

الفصل الرابع : فى مكانه ، وهو الأسواق ،
وأبواب المساجد والجوامع . ٢٩٤

٢٩٤

الفصل الخامس : فى من يتولاه ، وللملتقط أن
يتولى ذلك بنفسه . ٢٩٥

٢٩٥

الفصل السادس : فى كيفية التعريف ، وهو
أن يذكر جنسها . ٢٩٥

٢٩٥

فصل : لم يفرق الخرق بين يسير اللقطة
وكثيرها . ٢٩٥ - ٢٩٧

٢٩٧ - ٢٩٥

فصل : إذا أخرج التعريف عن الحول الأول ،
مع إمكانه ، أتم . ٢٩٧ ، ٢٩٨

٢٩٧ ، ٢٩٨

فصل : إن ترك التعريف فى الحول الأول ؛

- لعجزه عنه ... ففيه وجهان ؛ ... ٢٩٩ ، ٢٩٨
- ٩٤٠ - مسألة : (فإن جاء ربها ، وإلا كانت كسائر ماله) ٢٩٩ - ٣٠٧
- فصل : تدخل اللقطة في ملكه عند تمام
- ٣٠١ ، ٣٠٠ . التعريف حكما .
- فصل : إن التقطها اثنان ، فعرفاها حولاً ،
- ٣٠١ . ملكاها جميعا .
- فصل : تُمَلِّك اللقطة ملكا مراعى ، يزول
- بمجيء صاحبا ، ويضمن له بدلها إن
- ٣٠٢ ، ٣٠١ . تعذر ردها .
- فصل : كل ما جاز التقاطه ، مُلِّك بالتعريف
- ٣٠٥ - ٣٠٢ . عند تمامه .
- فصل : ظاهر كلام أحمد والخرقي ، أن لقطة
- ٣٠٧ - ٣٠٥ . الحل والحرم سواء .
- فصل : إذا التقط لقطة ، عازما على تملكها
- ٣٠٧ . بغير تعريف ، فقد فعل محرما .
- ٩٤١ - مسألة : (وحفظ وكاءها وعفاصها ، وحفظ عددها
- ٣٠٩ - ٣٠٧) وصفتها
- فصل : يستحب أن يُشْهَدَ عليها حين يجدها . ٣٠٨ ، ٣٠٩
- ٩٤٢ - مسألة : (فإن جاء ربها فوصفها له ، دُفِعَتْ إليه بلا
- ٣١٢ - ٣٠٩) بينة
- فصل : إن وصفها اثنان ، أقرع بينهما . ٣١١ ، ٣١٢
- فصل : لو جاء مدع للقطة ، فلم يصفها ، ...
- ٣١٢ . لم يجز دفعها إليه .
- ٩٤٣ - مسألة : (أو مثلها إن كانت قد استهلك) ٣١٣ - ٣٢٢
- فصل : إن وجد العين بعد خروجها من ملك
- الملتقط ... لم يكن له الرجوع فيها ،

٣١٥، ٣١٤

وله أخذ بدلها .

فصل : إذا أخذ اللقطة ، ثم ردها إلى

٣١٥

موضعها ، ضمنها .

فصل : إن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير

٣١٦

تفريط ، فلا ضمان عليه .

فصل : من اصطاد سمكة ، فوجد فيها درة ،

٣١٧

فهى للصياد .

فصل : إن وجد عنبرة على ساحل البحر ،

٣١٨

فهى له .

فصل : إن صاد غزالا ، فوجده مخضوبا ،

٣١٩، ٣١٨

أو ... فهو لقطه .

فصل : من أخذت ثيابه من الحمام ، ووجد

٣٢٠، ٣١٩

بدلها ، ... لم يملكه بذلك .

فصل : قال أحمد ، فى من عنده رهون ، قد

أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها :

بييعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء

٣٢١، ٣٢٠

صاحبها غرمها له .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا

تنازع صاحب الدار والساكن فى دفن

فى دار ، ... فكل من أصاب الوصف

٣٢١

فهو له .

فصل : من وجد لقطه فى دار الحرب ...

يعرفها سنة فى دار الإسلام ، ثم

٣٢٢، ٣٢١

يطرحها فى المقسم .

٩٤٤ - مسألة : (وإن كان الملتقط قد مات ، فصاحبها غريم

٣٢٣، ٣٢٢

بها)

٩٤٥ - مسألة : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها ، شيئا

معلوما ، فله أخذه إن كان التقطها بعد أن

٣٢٢ - ٣٢٣

بلغه الجعل)

فصل : يجوز أن يجعل الجعل في الجمالة لواحد

٣٢٦ ، ٣٢٥

بعينه .

فصل : إن قال : من رد عبدي من بلد كذا

فله دينار . فرده إنسان من نصف

طريق ذلك البلد ، استحق نصف

٣٢٧ ، ٣٢٦

الجعل .

فصل : الجمالة تساوى الإجارة في اعتبار

٣٢٨ ، ٣٢٧

العلم بالعوض .

فصل : من رد لقطه أو ضالة ، ... بغير

٣٢٨

جعل ، لم يستحق عوضا .

فصل : أما رد العبد الآبق ، فإنه يستحق

٣٣٠ - ٣٢٨

الجعل بزده وإن لم يشرط له .

٣٣١

فصل : يجوز أخذ الآبق لمن وجده .

فصل : إذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ،

فأقام سيده بينة ، ... قَبِلَ كتابه ،

٣٣٢ ، ٣٣١

وسلم إليه العبد .

٩٤٦ - مسألة : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فردها لعله

٣٣٣ ، ٣٣٢

الجعل ، لم يجز له أخذه)

٩٤٧ - مسألة : (وإن كان الذي وجد اللقطة سفيا أو

طفلا ، قام وليه بتعريفها ، فإن تمت السنة ،

٣٣٧ - ٣٣٣

ضمها إلى مال واجدها)

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن

موسى ، في غلام له عشر سنين ،

- التقط لقطه ، ثم كبر : فإن وجد
 ٣٣٤ صاحبها دفعها إليه .
- فصل : إذا وجد العبد لقطه ، فله أخذها بغير
 ٣٣٦ - ٣٣٤ إذن سيده ، ويصح التقاطه .
- فصل : المكاتب كالحر في اللقطه .
 ٣٣٦
- فصل : الذمي في الالتقاط كالمسلم .
 ٣٣٧ ، ٣٣٦
- فصل : يستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ
 ٣٣٧ اللقطه .
- ٩٤٨ - مسألة : (وإذا وجد الشاة بمصر ، أو بمهلكة ، فهي
 ٣٤٣ - ٣٣٧ لقطه)
- فصل : يتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء ؛ ...
 ٣٤١ - ٣٣٩
- فصل : إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته .
 ٣٤١
- فصل : إذا التقط مالا يبقى عاما ، فذلك
 ٣٤٣ - ٣٤١ نوعان ؛ ...
- ٩٤٩ - مسألة : (ولا يتعرض لبعير ، ولا لما فيه قوة يمنع عن
 ٣٥٠ - ٣٤٣ نفسه)
- فصل : إن كانت الصيد مستوحشة ، ...
 ٣٤٤
- فصل : البقرة كالإبل .
 ٣٤٥ ، ٣٤٤
- فصل : إن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز
 ٣٤٥ أخذه على سبيل الالتقاط ، ضمنه .
- فصل : للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه
 ٣٤٦ ، ٣٤٥ الحفظ لصاحبها .
- فصل : إن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها
 ٣٤٦ لصاحبها ، لم يجز .
- فصل : ما يحصل عند الإمام من الضوال ،

- فإنه يشهد عليها ، ويسمها بأنها
 ضالة . ٣٤٧ ، ٣٤٦
- فصل : من ترك دابة بمهلكة ، فأخذها
 إنسان ، فأطعمها ... ملكها . ٣٤٨ ، ٣٤٧
- فصل : إن ترك متاعا ، فخلصه إنسان ، لم
 يملكه . ٣٤٩ ، ٣٤٨
- فصل : ذكر القاضى فيما إذا التقط عبدا
 صغيرا ، ... لا يملك بالتعريف . ٣٤٩

كتاب اللقيط

- ٣٥٤ - ٣٥٠ . ٩٥٠ - مسألة : (واللقيط حر)
 فصل : لا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار
 الإسلام ، أو في دار الكفر ، ... ٣٥٢ ، ٣٥١
- فصل : في الموضع الذى حكمنا بإسلامه ،
 إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا . ٣٥٣ ، ٣٥٢
- فصل : إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ،
 فالعقل على بيت المال . ٣٥٤ ، ٣٥٣
- فصل : إن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا ،
 حد ثمانين . ٣٥٤
- ٩٥١ - مسألة : (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه
 شيء ينفق عليه)
 فصل : أما إن وجد مع اللقيط شيء ، فهو
 له ، وينفق عليه منه . ٣٥٨ - ٣٥٥
- ٩٥٢ - مسألة : (وولاؤه لسائر المسلمين)
 ٩٥٣ - مسألة : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، منع من
 السفر به)
 ٣٦٧ - ٣٦٠

- فصل : إذا التقط اللقيط من هو مستور
الحال ، ... أقر اللقيط في يديه . ٣٦٢
- فصل : إن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان
يقيم به ، نظرنا ؛ ... ٣٦٣ ، ٣٦٢
- فصل : ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ ، إذا
وجد من يلتقطه سواه . ٣٦٣
- فصل : ليس لكافر التقاط مسلم . ٣٦٤ ، ٣٦٣
- فصل : إن التقطه اثنان ، وتناولاه تناولا
واحدا ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٣٦٥ ، ٣٦٤
- فصل : إن رأياه جميعا ، فسبق أحدهما
فأخذه ، ... فهو أحق به . ٣٦٦ ، ٣٦٥
- فصل : إن اختلفا ، ... ولا بينة لأحدهما ،
وكان في يد أحدهما ، فالقول قوله مع
يمينه أنه التقطه . ٣٦٧ ، ٣٦٦
- ٩٥٤ - مسألة : (وإن ادعاه مسلم وكافر ، أرى القافة ،
فبأيهما ألحقوه لحقه)
٣٦٧ - ٣٩٥
- فصول:
- أحدهما : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر ، أو حر
وعبد ، فهما سواء . ٣٧٠ ، ٣٧١
- الفصل الثاني : أنه إذا ادعاه اثنان ، فكان
لأحدهما بينة ، فهو ابنه . ٣٧١
- الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به بينة ، ...
فإننا نزيه القافة معهما ، ... فلحقه
بمن ألحقته به منهما . ٣٧٤ - ٣٧١
- فصل : القافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه . ٣٧٥ ، ٣٧٦
- فصل : إن ألحقته القافة بكافر أو رقيق ،

- لم يحكم بكفره ولا رقه . ٣٧٦
فصل : لو ادعى نسب اللقيط لإنسان ، فألحق
نسبه به ... ثم جاء آخر فادعاه ، لم
يزل نسبه عن الأول . ٣٧٧ ، ٣٧٦
فصل : إذا ادعاه اثنان ، فألحقته القافة بهما ،
ألحق بهما . ٣٧٨ ، ٣٧٧
فصل : إن ادعاه أكثر من اثنين ، فألحقته بهم
القافة ، ... يلحق بثلاثة . ٣٧٩ ، ٣٧٨
فصل : إذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر
عليها ... الابن يخير أيهما أحب . ٣٨١ - ٣٧٩
فصل : إن ادعت امرأتان نسب ولد ، فذلك
مبنى على قبول دعواهما . ٣٨٢ ، ٣٨١
فصل : إن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا
تنافى بينهما . ٣٨٢
فصل : إن ولدت امرأتان ابنا وبتا ، فادعت
كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون
البت ، احتمل وجهين ؛ ... ٣٨٣ ، ٣٨٢
فصل : لو ادعى اللقيط رجلا ، ...
نظرنا ، ... ٣٨٣
فصل : إذا وطئ رجلا امرأة في طهر
واحد ، ... فأنت بولد يمكن أن
يكون منهما ... يرى القافة معهما ،
فبأيهما ألحقوه لحق . ٣٨٣
فصل : إذا ادعى رق اللقيط مدع ، سمعت
دعواه . ٣٨٤ ، ٣٨٣
فصل : إن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع ،

٣٨٥ ، ٣٨٤

كلف إجابته ، ...

فصل : إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم
يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ، فإن

٣٨٧ ، ٣٨٦

كان ذكرا ، ...

فصل : إن كان قد تصرف ببيع أو شراء ،
فصرفه صحيح .

٣٨٧

فصل : إن كان قد جنى جناية موجبة
للقصاص ، فعليه له القود .

٣٨٨ ، ٣٨٧

كتاب الوصايا

فصل : لا تجب الوصية إلا على من عليه
دين ، ...

٣٩١ ، ٣٩٠

فصل : تستحب الوصية بجزء من المال لمن
ترك خيرا ؛ ...

٣٩٣ - ٣٩١

فصل : الأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية
وإن كان غنيا ؛ ...

٣٩٤ ، ٣٩٣

فصل : الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين
لا يرثون ، إذا كانوا فقراء .

٣٩٥ ، ٣٩٤

٩٥٥ - مسألة : (ولا وصية لوارث ، إلا أن يميز الورثة
ذلك)

٤٠٤ - ٣٩٦

فصل : إن أسقط عن وارثه دينا ، ... فهو
كالوصية .

٣٩٧

فصل : إن وصى لكل وارث بمعين من ماله
بقدر نصيبه ، ... احتمل أن تصح

٣٩٨ ، ٣٩٧

الوصية .
فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير

- ٤٠٠ - ٣٩٨ . عوض ، عتق وورث .
- فصل : إن ملك من ورثته من لا يعتق عليه ، ... فأعتقهم في مرضه ،
٤٠٠ فعتقهم وصية .
- فصل : مريض اشترى أباه بألف ، لا مال له
سواه ، فعلى رواية ... يعتق كله ... ٤٠٠ ، ٤٠١
- فصل : إذا وهب لإنسان أبوه ، أو وصى له
به ، استحبه له أن يقبله ، ولم يجب . ٤٠١
- فصل : إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته ، فأجاز
سائر الورثة وصية الوارث ، فالثلث
بينهما . ٤٠١ ، ٤٠٢
- فصل : إن وصى بثلته لوارث وأجنبي ،
وقال : ... ٤٠٣
- فصل : إن وصى لوارث ، فأجاز بعض باقى
الورثة الوصية دون البعض ، نفذ في
نصيب من أجاز ، دون من لم يجز . ٤٠٣ ، ٤٠٤
- ٩٥٦ - مسألة : (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث ،
فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصى ،
جاز ، وإن لم يجزوا ، رد إلى الثلث) ٤٠٤ - ٤٠٧
- فصل : لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت
الموصى . ٤٠٥ ، ٤٠٦
- فصل : إذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز
الوارث الوصية ، وقال : ... ٤٠٦
- فصل : لا تصح الإجازة إلا من جائز
التصرف . ٤٠٧
- ٩٥٧ - مسألة : (ومن أوصى له ، وهو فى الظاهر وارث ،

- فلم يمت الموصى حتى صار الموصى له غير وارث ، فالوصية له ثابتة ؛ لأن اعتبار الوصية بالموت)
 ٤٠٧ - ٤١٣
- فصل : لو أوصى لامرأة أجنبية ، أو أوصت له ، ثم تزوجها ، لم تجز وصيتهما إلا بالإجازة من الورثة .
 ٤٠٧ ، ٤٠٨
- فصل : إن أعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صح .
 ٤٠٨
- فصل : إن أعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر .
 ٤٠٨ - ٤١٠
- فصل : لو أن امرأة مريضة أعتقت عبدا قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة . اقتضى ... أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة .
 ٤١٠
- فصل : لو تزوج المريض امرأة صدق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثته ، بطلت المحاباة .
 ٤١٠ ، ٤١١
- فصل : إذا أوصى بجارية لزوجها الحر ، فقبلها ، انفسخ النكاح .
 ٤١١ - ٤١٣
- ٩٥٨ - مسألة : (فإن مات الموصى له قبل موت الموصى ، بطلت الوصية)
 ٤١٣ - ٤١٥
- فصل : لا تصح الوصية لميت .
 ٤١٣ - ٤١٥
- ٩٥٩ - مسألة : (وإن رد الموصى له الوصية ، بعد موت

٤١٦، ٤١٥

الموصى ، بطلت الوصية)

فصل : كل موضع صح الرد فيه ، فإن

الوصية تبطل بالرد ، وترجع إلى

التركة ، فتكون للوراث جميعهم . ٤١٦

فصل : يحصل الرد بقوله : رددت الوصية .

٤١٦ وقوله : لا أقبلها .

٩٦٠ - مسألة : (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثه

في ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت

٤١٦ - ٤٢٣

الموصى)

فصل : لا يملك الموصى له الوصية إلا

٤١٨ - ٤٢٠

بالقبول .

فصل : فيما يختلف من الفروع باختلاف

٤٢٠ - ٤٢٢

المذهبين ، ...

فصل : تصح الوصية مطلقة ومقيدة .

٤٢٢ ، ٤٢٣

٩٦١ - مسألة : (وإذا أوصى له بسهم من ماله ، أعطى

السدس ، ... رواية أخرى ، يعطى سهما مما

٤٢٣ - ٤٢٦

تصح منه الفريضة)

فصل : إن أوصى بجزء ... أعطاه الورثة ما

٤٢٦

شاعوا .

٩٦٢ - مسألة : (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، ولم

يسمه ، كان له مثل ما لأقلهم نصيبا ، كأنه

٤٢٦ - ٤٣١

أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ...)

فصل : إن أوصى بنصيب وارث ، ففيها

٤٢٨

وجهان ؛ ...

فصل : إن قال : أوصيت لك بضعف نصيب

٤٢٨ ، ٤٢٩

ابنى . فله مثلاً نصيبه .

فصل : إن قال : أوصيت لك بضعفى

٤٢٩ ، ٤٣٠

نصيب ابنى . فله مثلاً نصيبه ...

- فصل : إن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، ... فلا شيء للموصى له . ٤٣٠
- فصل : إن أوصى لرجل بثلث ، ولآخر... ٤٣٠ ، ٤٣١
- فصل : لو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان ، فقدر الوارث موجودا ، وانظر ما للموصى له مع وجوده ، فهو له مع عدمه . ٤٣١
- ٩٦٣ - مسألة : (وإذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم ، كان للموصى له الربع) ٤٣١ - ٤٤٤
- فصل : إن خلف بنتا ، وأوصى بمثل نصيبها ، فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا عند من يرى الرد . ٤٣١ ، ٤٣٢
- فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لثلاثة بمثل أنصبتهم ، فالمال بينهم على ستة إن أجازوا ، ... ٤٣٢ ، ٤٣٣
- فصل : إذا وصى لرجل بجزء مقدر ، ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ، ففيها وجهان ؟ ... ٤٣٣ - ٤٣٥
- فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ، ولآخر بجزء مما بقى من المال ففيها أيضا ثلاثة أوجه ؟ ... ٤٣٥ ، ٤٣٦
- فصل : إن كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث ، أخذت مخرج النصف والثلث . ٤٣٦
- فصل : إن أوصى لثالث بربع المال ، فخذ المخرج ، وهي ... ٤٣٦ ، ٤٣٧

- فصل : إن كانت الوصية الثالثة بربع ما بقى
من المال بعد الوصيتين الأوليين ،
فاعملها بطريق النصيب . ٤٣٧ ، ٤٣٨
- فصل : إن خلف أما وأختا وعمما ، وأوصى
لرجل ... ، ولآخر ... ، فاعملها
بالمكوس . ٤٣٨
- فصل : في الاستثناء ، إذا خلف ثلاثة بنين ،
وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع
المال ، ... ٤٣٨ ، ٤٣٩
- فصل : إن قال : أوصيت لك بمثل نصيب أحد
بنى إلا ثلث ما يبقى من الثلث ... ٤٣٩ ، ٤٤٠
- فصل : إن قال : إلا خمس ما يبقى من المال
بعد النصيب ، ولآخر بثلث ما يبقى
من المال بعد وصية الأول ، ... ٤٤٠ - ٤٤٢
- فصل : إن خلف أربعة بنين ، وأوصى لرجل
بثلث ماله إلا نصيب أحدهم ، ... ٤٤٢ ، ٤٤٣
- فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد
بنيه ، وهم ثلاثة ، ولآخر ... ٤٤٣
- فصل : إن ترك ستائة ، ووصى لأجنبي
بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، فلكل
واحد منهما مائة . ٤٤٣
- فصل : إن أوصى لرجل بثلث ماله ،
ولآخر ... ٤٤٣ ، ٤٤٤
- ٩٦٤ - مسألة : (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو
بربع ماله ، ولم يُجز ذلك الورثة ، فالثلث
بينهما على ثلاثة أسهم ؛ لعمرو سهم ،

- ٤٤٤ - ٤٤٨ (ولزید سہمان)
- فصل: إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم
المال بينهم على قدر وصاياهم ، مثل
٤٤٦ ، ٤٤٧ . العول .
- فصل: إذا خلف ابنين ، وأوصى لرجل بماله
كله ، وللآخر بنصفه ، فللمال بين
٤٤٧ ، ٤٤٨ . الوصيين على ثلاثة إن أجازا .
- ٩٦٥ - مسألة: (وإذا أوصى لولد فلان ، فهو للذكر
والأنثى بالسوية . وإن قال : لبنيه . فهو
للذكور دون الإناث)
- ٤٤٨ - ٤٥٥
- فصل: إن أوصى لبنات فلان ، دخل فيه
٤٥٠ . الإناث دون غيرهن .
- فصل: إن أوصى لولد فلان ، أو لبني فلان .
٤٥٠ . ولم يكونوا قبيلة ، فهو لولده لصلبه .
- فصل: إن وصى لولد فلان ، أو بنى فلان ،
وهم قبيلة ، ... دخل فيهم الذكر
٤٥٠ ، ٤٥١ . والأنثى والختنى .
- فصل: إن أوصى لأخواته ، فهو للإناث
خاصة ، وإن أوصى لإخوته ، دخل
٤٥١ . فيه الذكر والأنثى .
- فصل: ألفاظ الجموع على أربعة أضرب ؛ ...
٤٥١ ، ٤٥٢
- فصل: إن وصى للأرامل ، فهو للنساء
اللاتى فارقهن أزواجهن بموت أو
٤٥٢ ، ٤٥٣ . غيره .
- فصل: أما لفظ الأيامى ، فهو كالأرامل ، إلا
٤٥٣ ، ٤٥٤ . أنه لكل امرأة لا زوج لها .

- فصل : العزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء .
٤٥٥ ، ٤٥٤
- فصل : إذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم ، ... صح .
٤٥٥
- ٩٦٦ - مسألة : (والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية)
٤٥٥ - ٤٦٥
- فصل : إن وصى بالحمل الموجود ، اعتبر وجوده .
٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لما تحمل هذه المرأة ، لم يصح .
٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لحمل امرأة ، فولدت ذكراً وأنثى ، فالوصية لهما بالسوية .
٤٥٨ ، ٤٥٩
- فصل : إن أوصى بثمره شجرة ، ... صح .
٤٥٩ ، ٤٦٠
- فصل : إن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بنفعها ، جاز .
٤٦٠
- فصل : إذا أوصى له بثمره شجرة مدة ، أو بما يثمر أبداً ، لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجباراً الآخر على سقيها .
٤٦٠
- فصل : أما نفقة العبد الموصى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة .
٤٦٠ ، ٤٦١
- فصل : إذا أعتق الورثة العبد ، عتق .
٤٦١ ، ٤٦٢
- فصل : إذا أوصى لرجل بمنفعة أمته ، فأنت بولد من زوج أو زنى ، فهو مملوك ،

٤٦٣ ، ٤٦٢

حكمه حكم أمه .

٤٦٣

فصل : ليس لواحد منهما تزويجها .

فصل : إن قتل العبد الموصى بنفعه ، وجبت

قيمته ، يشتري بها ما يقوم مقام

٤٦٤ ، ٤٦٣

الموصى به .

فصل : إذا أوصى لرجل بحب زرعه ، ولآخر

٤٦٤

بنبته ، صح ، والنفقة بينهما .

فصل : إن أوصى لرجل بخاتم ، ولآخر

٤٦٤

بفصه ، صح .

فصل : إن أوصى لرجل بدينار من غلة

٤٦٥

داره ، وغلتها ديناران ، صح .

فصل : تصح الوصية بما لا يقدر على

٤٦٥

تسليمه .

٩٦٧ - مسألة : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها

٤٦٧ - ٤٦٥

لبكر ، فهي بينهما)

فصل : إن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى

٤٦٦ ، ٤٦٥

لآخر بثلته ، فهو بينهما أرباعا .

فصل : إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث

لبشر ، وأقام آخر شاهدين أنه وصى

له بالثلث ، فرد الوارث الوصيتين ،

وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا ،

وشهد بالوصية ، حلف معه الموصى

٤٦٧ ، ٤٦٦

له ، واشتركا في الثلث .

٩٦٨ - مسألة : (وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر .

٤٧٠ - ٤٦٧

كانت لبكر)

فصل : إن قال : ما أوصيت به لفلان ،

- فنصفه لفلان ، أو ثلثه . كان رجوعاً
في القدر الذي وصى به للثاني
خاصة ، وباقيه للأول . ٤٦٧
- فصل : أجمع أهل العلم على أن للموصى أن
يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي
بعضه ، إلا الوصية بالإعتاق . ٤٦٨
- فصل : يحصل الرجوع بقوله : رجعت في
وصيتي ، أو أبطلتها ، أو غيرتها ، ... ٤٦٨ ، ٤٦٩
- فصل : إن وصى بحب ثم طحنه ، ... كان
رجوعاً . ٤٦٩
- فصل : إن وصى بشيء معين ، ثم خلطه
بغيره على وجه لا يتميز منه ، كان
رجوعاً . ٤٦٩
- فصل : إذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه ،
من غير فعل الموصى ، ... بطلت
الوصية بها . ٤٦٩ ، ٤٧٠
- فصل : إن جحد الوصية ، لم يكن رجوعاً . ٤٧٠
- فصل : نقل الحسن بن ثواب ، عن أحمد ، في
رجل قال : هذا ثلثي لفلان ، ويعطى
فلان منه مائة في كل شهر إلى أن
يموت . فهو للآخر منهما . ٤٧٠
- ٩٦٩ - مسألة : (ومن كتب وصية ، ولم يشهد فيها ، حكم
بها ، ما لم يعلم رجوعه عنها) ٤٧٠ - ٤٧٣
- فصل : إن كتب وصيته ، وقال : اشهدوا
على بما في هذه الورقة ... لا يجوز
حتى يسمعوا منه ما فيه . ٤٧١ ، ٤٧٢

- فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ،
 ويشهد عليها .
 ٤٧٣ ، ٤٧٢
- ٩٧٠ - مسألة : (وما أعطى في مرضه الذي مات فيه ، فهو
 من الثلث)
 ٤٧٣ - ٤٩١
- فصل : وحكم العطايا في مرض الموت
 الخوف ، حكم الوصية في خمسة
 أشياء ؛ ...
 ٤٧٤ - ٤٧٧
- فصل : إذا قال المريض : إذا أعتقت سعدًا ،
 فسعيد حر . ثم أعتق سعدا ، عتق
 سعيد .
 ٤٧٧ ، ٤٧٨
- فصل : إن قال : إن تزوجت فعبدي حر .
 فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل ،
 فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث .
 ٤٧٨
- فصل : إذا أعتق المريض شقصا من عبد ، ثم
 أعتق شقصا من آخر ، ولم يخرج من
 الثلث إلا العبد الأول ، عتق وحده .
 ٤٧٩
- فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير
 عوض ، ... عتق .
 ٤٧٩ - ٤٨٢
- فصل : إن اشترى المريض أباه بألف ، لا مال
 له سواه ، ثم مات ، وخلف ابنا ، ...
 يعتق كله على المريض .
 ٤٨٢ - ٤٨٦
- فصل : إذا كان للمريض ثلاثة آلاف ، فتبرع
 بألف ، ثم اشترى أباه مما بقى ، وله
 ابن ، ... يعتق الأب وينفذ من التبرع
 قدر ثلث المال حال الموت .
 ٤٨٦ ، ٤٨٧
- فصل : إن ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق
 عليه ، ... فأعتقه في مرضه ، كان

- ٤٨٧ . إعتاقه وصية معتبرة من الثلث .
- فصل : ما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه ، ... فهو من رأس المال .
- ٤٨٨ ، ٤٨٧
- فصل : أما إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الديون ، صح قضاؤه .
- ٤٨٨
- فصل : إذا تبرع المريض ، أو أعتق ، ثم أقر بدين ، لم يبطل تبرعه .
- ٤٨٨
- فصل : يعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان ؛ ...
- ٤٨٩ - ٤٩١
- ٩٧١ - مسألة : (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر) ٤٩١ - ٥٠٨
- فصل : يحصل الخوف بغير ما ذكرناه ، في مواضع خمسة ، تقوم مقام المرض ؛ ...
- ٤٩٤ - ٤٩٢
- فصل : يعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت .
- ٤٩٤ - ٤٩٦
- فصل : إن أعتق ثلاثة أعبد ، قيمتهم سواء ، وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ، وكسب أحدهم مثل قيمته ، أقرعنا بينهم لإخراج الدين .
- ٤٩٧ ، ٤٩٦
- فصل : إن أعتق عبدين متساويي القيمة ، بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهما ، فمات أحدهما ، أقرع بين الحي والميت ...
- ٤٩٧
- فصل : رجل أعتق عبدا ، لا مال له سواه ، قيمته عشرة ، فمات قبل سيده ،

- وخلف عشرين ، فهي لسيدة بالولاء . ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : في المحاباة في المرض . ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : القسم الثاني ، المحاباة في التزويج . ٥٠٠ ، ٥٠١
- فصل : القسم الثالث ، أن يخالعه في مرضها بأكثر من مهرها ، فمذهب أحمد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها . ٥٠١ - ٥٠٣
- فصل : في الهبة ؛ ... ٥٠٣ ، ٥٠٤
- فصل : إن وهب مريض مريضاً مائة ، لا يملك سواها ، ... ٥٠٤
- فصل : إن وهب رجل رجلاً جارية ، فقبضها الموهوب له ووطنها ، ... فقد صحت الهبة في شيء ، ... ٥٠٤ ، ٥٠٥
- فصل : إن وهب مريض رجلاً عبداً ، لا يملك غيره ، فقتل العبد الواهب ، قيل للموهوب له : إما أن تفديه ، وإما أن تسلمه . ٥٠٥ ، ٥٠٦
- فصل : مريض أعتق عبداً ، لا مال له سواه ، قيمته مائة ، فقطع إصبع سيده خطأ ، فإنه يعتق نصفه ، وعليه نصف قيمته . ٥٠٦ ، ٥٠٧
- فصل : إن أعتق عبدين ، دفعة واحدة ، قيمة أحدهما مائة ، والآخر مائة وخمسون ، ... ٥٠٧ ، ٥٠٨
- ٩٧٢ - مسألة : (ومن جاوز العشر سنين ؛ فوصيته جائزة إذا وافق الحق)
- ٥٠٨ - ٥١٤
- فصل : أما الطفل ، ... والمجنون ، والمبرسم ،

- ٥١٠ . فلا وصية لهم .
- فصل : أما المحجور عليه لسفه ، فإن وصيته
- ٥١١ ، ٥١٠ . تصح .
- فصل : تصح وصية الأخرس إذا فهمت
- ٥١١ . إشارته .
- فصل : إن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو
- أم ولد وصية ، ثم ماتوا على الرق ،
- ٥١٢ ، ٥١١ . فلا وصية لهم .
- فصل : تصح وصية المسلم للذمي ، والذمي
- ٥١٢ . للمسلم ، والذمي للذمي .
- فصل : تصح الوصية للحرني في دار الحرب . ٥١٢ ، ٥١٣
- فصل : لا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا
- ٥١٣ . عبد مسلم .
- فصل : لا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم . ٥١٣ ، ٥١٤
- ٩٧٣ - مسألة : (ومن أوصى لأهل قرية ، لم يعط من فيها من
- ٥١٦ - ٥١٤) الكفار ، إلا أن يذكرهم)
- ٩٧٤ - مسألة : (ومن أوصى بكل ماله ، ولا عصبه له ، ولا
- مولى له ، فجائز . وقد روى عن أبي عبد
- الله ، رحمه الله ، رواية أخرى : لا يجوز إلا
- ٥١٦ - ٥١٨) (الثالث)
- فصل : إن خلف ذا فرض ، لا يرث المال
- كله ، ... لم يكن له الوصية بأكثر
- ٥١٧ . من الثالث .
- فصل : إن خلف ذا فرض لا يرث المال كله ،
- وقال : أوصيت لفلان بثلاثي ، على
- أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من

٥١٨، ٥١٧

فرضه ... صح .

٩٧٥ - مسألة : (ومن أوصى لعبده بثلث ماله ، فإن كان

العبد يخرج من الثلث عتق ، وما فضل من

الثلث بعد عتقه ، فهو له ، وإن لم يخرج من

الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، إلا أن يجيز

٥١٨ - ٥٢٢

(الورثة)

فصل : إن أوصى له بمعين من ماله ، ...

٥١٩

فالوصية باطلة .

فصل : إن أوصى له برقبته ، فهو تدبير ،

٥١٩

يعتق إن حمله الثلث .

فصل : إن أوصى لمكاتبه ، أو مكاتب

٥٢٠، ٥١٩

وارثه ، أو مكاتب أجنبي ، صح .

٥٢١، ٥٢٠

فصل : إن أوصى لعبد غيره ، صح .

فصل : إذا أوصى بعتق أمته ، على أن لا

تنزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج .

٥٢١

عتقت .

فصل : اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل

٥٢٢، ٥٢١

على ثلاثة أوجه ؛ ...

٩٧٦ - مسألة : (وإذا قال : أحد عبدي حر . أقرع بينهما ،

فمن تقع عليه القرعة ، فهو حر ، إذا خرج

٥٢٣، ٥٢٢

من الثلث)

فصل : نقل صالح عن أبيه ، في من له غلامان

اسمهما واحد ، فقال : فلان حر بعد

موتي . وله مائتا درهم . ولم يعينه ،

٥٢٣

يقرع بينهما .

٩٧٧ - مسألة : (وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسائة ،

فيعتق ، فلم يبعه سيده ، فالحسمائة
للورثة . وإن اشتروه بأقل ، فما فضل فهو
للورثة)

٥٢٣ - ٥٢٥

فصل : إن وصى أن يشتري عبد بألف ،
فيعتق عنه ، فلم يخرج من ثلثه ،

اشترى عبد بما يخرج من الثلث . ٥٢٤ ، ٥٢٥

فصل : إن وصى بشراء عبد وأطلق ، أو
وصى ببيع عبده وأطلق ، فالوصية

٥٢٥

باطلة .

٩٧٨ - مسألة : (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره ،

وقيمته مائة ، ولآخر بثلث ماله ، وملكه

غير العبد مائتا درهم ، فأجاز الورثة ذلك ،

فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع

العبد ، ... وإن لم يجز الورثة ذلك ، ...) ٥٢٥ - ٥٢٩

٩٧٩ - مسألة : (ومن أوصى لقرايته ، فهو للذكر والأنثى

بالسوية ، ولا يجاوز بها أربعة آباء ؛ لأن

النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي

٥٢٩ - ٥٣٣

القرن)

فصل : إن وصى لأقرب أقاربه ، لم يدفع إلى

٥٣١ - ٥٣٣

الأبعد مع وجود الأقرب .

٩٨٠ - مسألة : (وإن قال : لأهل بيتي . أعطى من قبل أبيه

٥٣٣ - ٥٤١

وأمه)

فصل : إن وصى لآله ، فهو مثل قرابته . ٥٣٤ ، ٥٣٥

فصل : إن وصى لمواليه ، وله موال من

فوق ، وهم معتقوه ، فالوصية لهم . ٥٣٥ ، ٥٣٦

فصل : إن وصى لجيرانه ، فهم أهل أربعين

- دارا من كل جانب . ٥٣٦ ، ٥٣٧
- فصل : إن وصى لأهل دربه أو سكته ، فهم أهل المحلة الذين طريقتهم في دربه . ٥٣٧
- فصل : إن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن ، فهم الذين يستحقون من الزكاة ، وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية . ٥٣٧ ، ٥٣٨
- فصل : إن أوصى بشيء لزيد وللمساكين ، فلزيد نصف الوصية . ٥٣٨
- فصل : إن قال : اشتروا بثلثي رقابا ، فأعتقوهم . لم يجوز صرفه إلى المكاتبين . ٥٣٨ - ٥٤٠
- فصل : نقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر ، يجوز ثلاثة أجزاء ؛ ... ٥٤٠ ، ٥٤١
- ٩٨١ - مسألة : (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة . فما فضل رد في الحج) ٥٤١ - ٥٤٥
- فصل : إذا أوصى بحج واجب ، أو غيره من الواجبات ، ... لم يخل من أربعة أحوال ؛ ... ٥٤٣ ، ٥٤٥
- ٩٨٢ - مسألة : (وإن قال : حجة بخمسمائة . فما فضل فهو لمن يحج) ٥٤٥ ، ٥٤٦
- فصل : إن عين رجلا للحج ، فأبى أن يحج ، بطل التعيين . ٥٤٦
- ٩٨٣ - مسألة : (وإن قال : حجوا عني حجة . فما فضل رد إلى الورثة) ٥٤٦ - ٥٤٨

- فصل : إذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة ،
 لم يكن للوصى الحج بنفسه . ٥٤٧
- فصل : إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ، ...
 فأجاز الورثة ، أمضيت على ما قال
 الموصى . ٥٤٧ ، ٥٤٨
- فصل : إن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو
 ببقية الثلث ، قوّم العبد يوم موت
 الموصى . ٥٤٨
- ٩٨٤ - مسألة : (ومن أوصى بثلث ماله لرجل ، فقتل عمدا
 أو خطأ ، وأخذت الدية ، فلمن أوصى له
 بالثلث ثلث الدية ، في إحدى الروايتين ،
 والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية
 شيء) ٥٤٧ ، ٥٤٩
- فصل : إن كانت الوصية بمعين ، ... يعتبر
 خروجه من ثلث ماله وديته ، ... ٥٤٩
- فصل : إن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل
 الموت ، ... الوصية تعتبر من جميع ما
 يخلفه من التلاد والمستفاد . ٥٤٩
- ٩٨٥ - مسألة : (وإذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى
 آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد
 أخرجت الأول)
 ٥٥٠ - ٥٥٥
- فصل : يجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون
 شيء . ٥٥١
- فصل : يجوز أن يوصى إلى رجلين معا في
 شيء واحد ، ويجعل لكل واحد منهما
 التصرف منفردا . ٥٥١ ، ٥٥٢

- فصل : في من تصح الوصية إليه ، ومن لا تصح . ٥٥٢ - ٥٥٤
- فصل : يعتبر وجود هذه الشروط في الوصى حال العقد والموت ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب ، كالوصية له . ٥٥٤
- فصل : إذا قال : أوصيت إلى زيد ، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو . صح . ٥٥٤ ، ٥٥٥
- ٩٨٦ - مسألة : (وإذا كان الوصى خائفاً ، جعل معه أمين) ٥٥٥ - ٥٥٨
- فصل : أما العدل الذي يعجز عن النظر ، لعدة أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه . ٥٥٦
- فصل : إذا تغيرت حال الوصى بجنون ، أو كفر ، أو سفه ، زالت ولايته . ٥٥٦ ، ٥٥٧
- فصل : يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصى . ٥٥٧
- فصل : يجوز أن يجعل للوصى جعلاً . ٥٥٧
- فصل : إذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، ... صح . ٥٥٨
- ٩٨٧ - مسألة : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت أمين) ٥٥٨ - ٥٦٣
- فصل : إذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً . ٥٦٠
- فصل : لا بأس بالدخول في الوصية . ٥٦٠ ، ٥٦١

- فصل : إن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم
في بلده ، ... يجوز لرجل من
المسلمين أن يتولى أمره . ٥٦١
- فصل : إذا أوصى إليه بتفريق مال ، لم يكن
له أخذ شيء منه . ٥٦١
- فصل : إن وصى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى
الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم ،
ففيه روايتان ؛ .. ٥٦٢
- فصل : إذا علم الوصى أن على الميت ديناً ،
إما بوصية الميت أو غيرها ... لا
يقضيه إلا ببينة . ٥٦٢ ، ٥٦٣
- ٩٨٨ - مسألة : (ومن أعتق في مرضه ، أو بعد موته ،
عبدين ، لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما
مائتان ، والآخر ثلاثمائة ، فلم يجز الورثة ،
أقرع بينهما ، ...) ٥٦٣ - ٥٦٥
- ٩٨٩ - مسألة : (وإذا أوصى بعد من عيده لرجل ، ولم
يسم العبد ، كان له أحدهم بالقرعة ، إذا
كان يخرج من الثلث ، وإلا ملك منه بقدر
الثلث) ٥٦٥ - ٥٧١
- فصل : إن وصى الرجل بعبد ، صحت
الوصية . ٥٦٦ ، ٥٦٧
- فصل : إن وصى له بشاة من غنمه ، فالحكم
فيها كالحكم في الوصية بعد من
عيده ، ويقع هذا الاسم على الضأن
والمعز . ٥٦٧
- فصل : إن وصى بجمل ، لم يكن إلا ذكراً .

- وإن وصى بناقة ، لم تكن إلا أنثى .
وإن قال عشرة من إبل ، وقع على
الذكر والأنثى جميعا .
٥٦٨ ، ٥٦٧
- فصل : إن وصى له بثور ، فهو ذكر . وإن
وصى له ببقرة ، فهي أنثى . وإن
وصى بدابة ، فهي واحدة من الخيل
والبغال والحمير ، يتناول الذكر
والأنثى .
٥٦٨
- فصل : إن أوصى بكلب يباح اقتناؤه ،
صحت الوصية .
٥٦٩ ، ٥٦٨
- فصل : إن وصى له بطبل حرب ، صحت
الوصية به .
٥٧٠ ، ٥٦٩
- فصل : لو أوصى له بقوس ، صحت
الوصية .
٥٧١ ، ٥٧٠
- فصل : إن وصى له بعود ، وله عود لهُو
وغيره ، لم تصح الوصية .
٥٧١
- ٩٩٠ - مسألة : (وإذا أوصى له بشيء بعينه ، فتلّف بعد
موت الموصى ، لم يكن للموصى له شيء .
وإن تلف المال كله إلا الموصى به ، فهو
للموصى له)
٥٧٢ ، ٥٧١
- فصل : إن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو
هلك ، فله ما بقى منه .
٥٧٢
- ٩٩١ - مسألة : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا ،
قوم وقت الموت ، لا وقت الأخذ)
٥٧٧ - ٥٧٢
- فصل : والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من
الثلث حين الموت .
٥٧٤ ، ٥٧٣

فصل : إن وصى بمعين حاضر ، وسائر ماله
دين أو غائب ، فليس للوصى أخذ
المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء
الدين .

٥٧٥ ، ٥٧٤

فصل : إن كان الدين مثل العين ، فوصى
لرجل بثلته ، فلا شيء له قبل
استيفائه .

٥٧٥

فصل : لو وصى لرجل بثلث ماله ، وله
مائتان دينا ، وعبد يساوى مائة ،
ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما
ثلث العبد نصفين .

٥٧٦ ، ٥٧٥

فصل : إن خلف ابنين ، وترك عشرة عينا ،
وعشرة دينا على أحد ابنيه ، وهو
معسر ، ووصى لأجنبي بثلث ماله ،
فإن الوصى والابن الذى لا دين عليه
يقتسمان العشرة العين نصفين ،

ويسقط عن المدين ثلثا دينه ، ...

٥٧٦

فصل : نماء العين الموصى بها إن كان

متصلا ... فهو تابع للعين .

٥٧٧

٩٩٢ - مسألة : (وإذا أوصى بوصايا فيها عتاقة ، فلم يف

الثلث بالكل ، تحاصوا فى الثلث ، وأدخل

النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى

الوصية)

٥٧٨ ، ٥٧٧

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، ... وصايا

حكمها حكم غيرها من الوصايا فى

التسوية بين مقدمها ومؤخرها .

٥٧٨

فصل : إذا أوصى بعقوب عبده ، لزم الوارث
إعتاقه .

٥٧٨

٩٩٣ - مسألة : (ومن أوصى بفرس في سبيل الله ، وألف
درهم تنفق عليه ، فمات الفرس ، كانت
الألف للورثة . وإن أنفق بعضها ، رد الباقي
إلى الورثة)

٥٧٨ - ٥٨٤

فصل : إذا قال : يخدم عبدى فلانا سنة ، ثم
هو حر ، صحت الوصية .

٥٧٩

فصل : إذا أوصى لعمه بثلث ماله ، ولخاله
بِعُشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصصا
في الثلث ، ...

٥٧٩ - ٥٨٤

آخر الجزء الثامن

ويليه الجزء التاسع ، وأوله :

كتاب الفرائض

والحمد لله حقَّ حمده