

بَوَاهِبِ الْجَلِيلِ

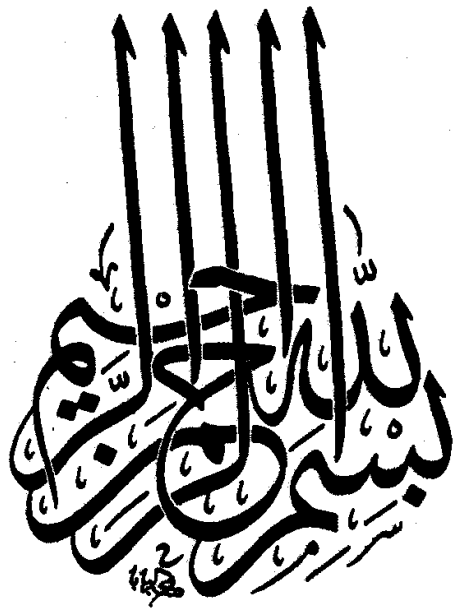
لِشَيْخِ مَخْصَرِ خَلِيلٍ

تأليف
أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي
المعروف بالطاب الرعيني
المتوفى سنة ٥٩٥٤ هـ

ضبطه ورتب آياته وأحاديثه
الشيخ زكريا عميرات

الجزء السابع

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع



وَإِنْ افْتَرَقَتْ أُمَّهَاتُهُمْ: فَوَاحِدٌ بِالْقُرْعَةِ،

أعني قوله «وإن أقر ميت بأن فلانة» الخ. واستظهره. قلت: وظاهر كلام ابن رشد أنه غير منصوص، وقد ذكره في النوادر وابن يونس عن ابن عبد الحكم. والرابع أنه لا يعتق منهما واحد.

فرع: قال في نوازل سحنون: ولا يثبت النسب لواحد منهم. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك.

فرع: قال فيها أيضاً: ولا ميراث لواحد منهم. قال ابن رشد: فيه نظر، والذي يوجبه النظر عندي أن يكون حظ واحد من الميراث بينهم على القول بأنهم يعتقون جميعاً على ما قاله في المسألة التي ذكرناها وهو الصحيح، إذ قد صح الميراث لواحد منهم ولا يدري من هو منهم، فإن ادعاه كل واحد منهم قسم بينهم بعد أيمانهم إن حلفوا جميعاً أو نكلوا، وإن حلف بعضهم اختص به دون الناكل. وإن قالوا لا علم عندنا كان الميراث بينهم بعد أن يحلف كل واحد منهم أنه لا يعلم من أراده الميت منهم على الخلاف في لحوق يمين التهمة، وإن عتق بعضهم يعني على القول به كان له حظه من الإرث ويوقف حظ من لم يعتق، فإن عتق أخذه، وإن مات قبل أن يعتق رد إلى الورثة. انتهى مختصراً والله أعلم. ص: (وإن افتترقت أمهاتهم فواحد بالقرعة) ش: قال ابن رشد: ولا يثبت نسب واحد منهم ويكون الحكم في الميراث

قال في ثلاثة أولاد من أمته أحدهم ولدي يريد ثم مات قال: فالصغير منهم حر على كل حال، لأنه إن كان المستلحق الكبير فالأوسط والصغير حران بحرية الأم، وإن كان المستلحق الأوسط فالصغير حر، وإن كان الصغير فالأوسط والكبير عبدان ففيهما الشك. وقال المغيرة: يعتق الأصغر وثلثا الأوسط وثلث الأكبر لأنه إن كان أراد الأكبر فكلهم أحرار، وإن أراد الأوسط فهو والأصغر حران، وإن أراد الأصغر فهو حر وحده، فالأصغر لا تجده في هذه الأحوال إلا حرأ، والأوسط ثابت العتق في حالين ويرق في حال فيعتق ثلثاه، والأكبر ثابت العتق في حال ويرق في حالين فيعتق ثلثه. وقال ابن عبد الحكم: يعتقون كلهم بالشك. اهـ. نقل ابن يونس. وكذا نقلها ابن عرفة عن النوادر ونقل سحنون في نوازه مثل قول المغيرة فراجع أنت. (وإن افتترقت أمهاتهم فواحد بالقرعة) هذا أحد ثلاثة أقوال. ابن القاسم: وخلاف قول مالك. قال سحنون: من له ثلاثة أعبد ليسوا بإخوة لأم فقال في مرضه أحدهم ابني ومات فقال الرواة: إنه كقوله أحد عبيدي حر. ابن رشد: فإذا مات قبل تعيينه ففي ذلك ثمانية أقوال: قول مالك أنه يعتق منهم الجزء المسمى بعددهم بالقرعة. وثلاثة أقوال لابن القاسم أحدها أن واحداً منهم يعتق بالقرعة وباقي الأقوال لغير مالك وابن القاسم. وانظر ذكر خليل حكم العتق وليس من هذا الباب وترك حكم النسب الذي هو من هذا الباب. فأما المسألة التي قبل هذه فقال ابن رشد: لا خلاف أنه لا يثبت لواحد منهم نسب ويبقى النظر في الإرث فقال سحنون: ولا ميراث لواحد منهم وقال ابن رشد: على القول بعقوبتهم جميعاً ينبغي أن يكون لهم حظ واحد من الميراث لصحة

وَإِذَا وَلَدَتْ زَوْجَةً رَجُلٍ وَأُمَّةً آخَرَ وَآخْتَلَطَا عَيْتَهُ الْقَافَةَ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ فَيَمَنُ وَجَدَتْ مَعَ آبَتَيْهَا أُخْرَى لَا تُلْحَقُ بِهِ وَاحِدَةً مِنْهُمَا،

على قياس ما تقدم انتهى والله أعلم. ص: (وإذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر) ش: هذه المسألة في أول نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق وفرضها كما فرضها المصنف في زوجة رجل وأمة آخر ولا خصوصية لذلك. وقال ابن رشد المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يدعي كل واحد منهما صبياً بعينه غير الذي ادعاه صاحبه ويلحقه بنفسه وينفي الآخر عن نفسه، والواجب أن يلحق بكل واحد منهما من ادعاه. والثاني أن يقول كل واحد منهما لا أدري أيهما ولدي، والحكم في ذلك أن تدعى القافة. ولو أرادا في هذا الوجه أن يصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما ولداً يكون ابنه مع كونه لا يدعي علم ذلك لم يكن لهما ذلك بل تدعى القافة. والوجه الثالث أن يدعي جميعاً صبياً واحداً منهما يقول كل واحد منهما هذا ابني ويتنازعان فيه وينفيان الآخر عنهما قال: والواجب في هذا عندي على أصولهم أن تدعى له القافة أيضاً إذ ليس لهما أن ينفيا الآخر عن أنفسهما وقد علم أنه ابن أحدهما والذي ادعياه جميعاً ليس أحدهما أولى به من صاحبه انتهى. ولا يعترض على هذا بأن القافة لا يحكم بها في أولاد الحرائر على المشهور كما ذكره ابن رشد في سماع أشهب من كتاب الاستلحاق وغيره، لأن العلة في ذلك هو قوة الفراش في النكاح فيلحق الولد بصاحب الفراش الصحيح دون الفاسد وذلك معدوم إذ لا مزية لأحد الفراشين على الآخر لصحتهما جميعاً والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل النكاح، والطلاق: إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد وإلى أيهما شاء بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه، وإن ماتا ورثهما معاً انتهى والله أعلم. ص: (وعن ابن القاسم فيمن وجدت مع ابنتها أخرى لا تلحق به واحدة) ش:

الميراث لواحد منهم لا بعينه يختص به من حلف منهم (وإذا ولدت زوجة رجل وأمة آخر واختلطتا عيته القافة) أشهب من نزل على رجل له أم ولد حامل فولدت هي وولدت امرأة الضيف في ليلة صبيين فلم تعرف كل واحدة منهما ولدها دعي لهما القافة. ابن رشد: فإن ادعى كل واحد منهما واحداً بعينه ونفى الآخر عن نفسه وجب أن يلحق بكل واحد منهما ما ادعاه، وإن ادعى معاً واحداً بعينه ونفى كل واحد منهما عن نفسه ما سواه فالواجب على أصولهم أن تدعى له القافة كالأمة بين الشريكين يطانها في طهر واحد فتلد ولداً يدعيانه معاً. القرافي: اعلم أن مالكا والشافعي قالا بالقافة في حقوق الأنساب، وخصصه مالك في مشهور مذهبه بالإمام دون الحرائر ما نقل غير هذا في أسرار الفروق (وعن ابن القاسم فيمن وجدت مع بنتها أخرى لا تلحق به واحدة) من كتاب ابن ميسر: من حلف لزوجته إن ولدت المرة جارية لأغيب عنك غيبة طويلة فولدت في سفره جارية فبعثت بها خادمها في جوف الليل لتطرحها على باب قوم ففعلت فقدم زوجها فوافى الخادم راجعة فأنكر خروجها حينئذ وحقق عليها فأخبرته فردها لتأتي بالصبية فوجدت صبيتين فأتت بهما فأشكل الأمر

وَأِنَّمَا تَعْتَمِدُ الْقَافَةَ عَلَى أَبِي لَمْ يُدْفَنَ وَإِنْ أَقْرَبُ عَدْلَانَ بِثَالِثٍ. ثَبَتَ النَّسَبُ، وَعَدْلٌ يَخْلِفُ مَعَهُ وَبِئْرٌ وَلَا نَسَبٌ وَإِلَّا فَحِصَّةُ الْمُقَرَّرِ. كَالْمَالِ.

كذا فعل ابن الحاجب لما ذكر المسألة الأولى أتى بعدها بهذه ونسبها لابن القاسم لكنه زاد بعد قول ابن القاسم: وقال سحنون: القافة فقال في التوضيح. كأنه أتى بهذا الفرع إثر الأول إشارة إلى التعارض بينهما فكأنه أشار إلى التخريج يعني تخريج الخلاف من الثانية في الأولى. كذا قال ابن عبد السلام. قال في التوضيح: وهو تخريج ظاهر، والظاهر أنه لا فرق بينهما انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه والله أعلم. ص: (وإنما تعتمد القافة على أبي لم يدفن) ش: تصويره ظاهر. واختلف أيضاً في قصر القافة على الولد الحي وعمومها فيه حياً أو ميتاً. قال ابن عرفة: وفي قصرها على الولد حياً وعمومها فيه حياً وميتاً سماع أصبغ. ابن القاسم: إن وضعته تماماً ميتاً لإقافة في الأموات. ونقل الصقلي عن سحنون: إن مات بعد وضعه حياً دعوي له القافة. قلت: ويحتمل ردهما إلى وفاق لأن السماع فيمن ولد ميتاً، وقول سحنون فيمن ولد حياً، ولم أقف لابن رشد على نقل خلاف فيها انتهى.

فرع: قال في التوضيح: والمشهور أنه يكتفى بالقائف الواحد. وقيل: لا بد من اثنين. ص: (والا فحصة المقر كالمال) ش: أي وإن لم يكن المقر عدلاً فإنما يرث هذا المقر به من حصة المقر فقط، ولم يبين ما يأخذ منها اعتماداً على ما سيقوله في باب الفرائض حيث يقول: وإن أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار. قال ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الاستلحاق: وهذا هو المعلوم من قول مالك المشهور من مذهبه أن الوارث إذا أقر بوارث لا يلزمه أن يدفع إليه إلا ما زاد نصيبه في الإنكار على نصيبه في الإقرار، وإن نقص نصيب المقر في الإنكار أو لم يزد على نصيبه في الإقرار مثل أن تفر الزوجة بأخ وما أشبه ذلك فلا شيء

على الأم أيتها هي منهما قال: قال ابن القاسم: لا تلحق به واحدة منهما. وقاله محمد. وقال سحنون: تدعى لهما القافة وبه أقول (وإنما تعتمد القافة على أبي لم يدفن) سحنون وعبد الملك: لا تلحق القافة الولد إلا باب حي، فإن مات فلا قول للقافة في ذلك من جهة قرابته إذ لا تعتمد على شبه غير الأب (وإن أقر عدلان بثالث ثبت النسب) ابن يونس: إذا هلك وترك ورثة فأقر بعضهم بوارث، فإن أقر بذلك رجلان عدلان ثبت نسب المقر به بشهادتهما وأخذ جميع موروثه من جميع المال، وإن كان المقر ممن لا تثبت شهادته لأنه واحد وإن كان عدلاً أو لأنهم جماعة غير عدول أو لأنهم نساء وليس الجميع بسفهاء فأجمع أهل العلم أن النسب لا يثبت بقولهم واختلفوا في الذي يفرمونه للمقر به، فذهب أهل المدينة ومن تابعهم إلى أن المقر يستوفي جميع ما يجب له في حال الإقرار، فإن بقي في يده شيء مما كان أخذه في مسألة الإنكار دفعه إلى المقر به، وإن لم يستفضل شيئاً فلا شيء للمقر به (وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب وإلا فحصة المقر كالمال) ابن الحاجب:

وهذا أخي، بل هذا، فللأول نصف إرث أبيه، وللثاني نصف ما بقي، وإن ترك أمًا وأخًا، فأقرت بأخ. فله منها السدس، وإن أقر ميتًا بأن فلانة جاريته ولدت

له، وفي ذلك خلاف في المذهب انتهى. وهذا الحكم على القول المعروف من المذهب أن إقرار العدل بالوارث كإقرار غير العدل لا يأخذ المقر به إلا من حصة المقر فقط، وهذا إذا كان المقر رشيداً، وأما إن كان سفيهاً فلا يؤخذ من حصته شيء والله أعلم. ص: (كالمال) ش: تشبيهه في أصل المسألة أي إن شهد عدلان من الورثة بمال في ذمة الميت ثبت، وإن شهد عدل حلف معه وثبت، وإن لم يكن عدلاً ففي صحة الشاهد قال في كتاب الشهادات من المدونة: وتجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت، وإن شهد لصاحب الدين بذلك واحد من الورثة حلف معه إن كان عدلاً واستحق حقه، فإن نكل أخذ من شاهده قدر ما يصيبه من الدين، وإن كان سفيهاً لم تجز شهادته ولم يرجع عليه في حصته بشيء انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: ظاهره اشتراط الرشد في العدالة وهو قول أشهب، وإن شهادة السفیه لا تجوز ولو كان عدلاً في نفسه. وأجازها مالك، وفي كتاب التفليس في باب الشهادة على الميت بدين قبول شهادته وإن كان سفيهاً. وتكررت هذه المسألة هنا. وفي باب الشركة وفي المديان وفي الوصايا

إن أقر ولدان عدلان بثالث ثبت النسب وعدل يحلف ويشاركهما، ولا يثبت النسب وغير عدل يؤخذ له منه ما زاد على تقدير دخوله معهم انتهى. وقد تقدم نقل ابن يونس أن العدل وغير العدل سواء. وقد تعقب ابن عرفة على ابن الحاجب ولكن يوشك أن يكون خليل قد اختار نقل ابن الحاجب لترشيحه ذلك بقوله كالمال كالمراة تقيم شاهداً عدلاً ببنكاح ميت فإنها تحلف وترث، ثم اطلعت على شرح ابن علاق فذكر قول ابن الحاجب معزواً للطرطوشي (وهذا أخي بل هذا فللأول نصف إرث أبيه وللثاني نصف ما بقي) سحنون: لو ترك ولداً واحداً فقال لأحد شخصين هذا أخي بل هذا الآخر، فللأول نصف ما ورث عن أبيه وللثاني نصف ما بقي في يده، وقيل له جميعه. ابن رشد: هذا أصح في النظر لأن كلاهما يقول أنت أتلفت على مورثي، وعليه يأتي قول ابن القاسم في سماع عيسى. ووجه قول سحنون أن المقر بالأخ ثانياً إنما أقر بما في يده حين شاركه غيره في الإرث فكان إقرار وارث معه وإرث بوارث. وانظر هذا مع قول السليمانية فإنه يعطيه ثلث النصف (وإن ترك أمًا وأخاف فأقرت بأخ فله منها السدس) ابن شاس: لو ترك أمًا وأخًا فأقرت بأخ آخر فإنها تخرج نصف ما في يديها وهو السدس فيأخذه الأخ المقر له وحده، وهو قول مالك في موطنه. قال محمد: وعليه الجماعة من أصحابه. ابن عرفة: هذا أحد الأقوال الأربعة في المسألة. قال ابن القاسم وأصبخ: هو يعني نصف ما في يد الأم بين المقر له والأخ الآخر. قال ابن عرفة: وظاهر نقل الشيخ أن المسألة منصوصة في الموطأ، وتبعه ابن شاس وليست موجودة في الموطأ. وعزا ابن رشد القول الأول للفراض وبالمالك وجماعة من أصحابه. قال: وهو أظهر الأقوال واختيار محمد (وإن أقر ميت بأن فلانة جاريته ولدت

مِنهُ فُلَانَةٌ وَلَهَا ابْنَتَانِ أَيْضًا وَنَسَبُهَا الْوَرِثَةُ، وَالْبَيْئَةُ، فَإِنْ أَقْرَ بِذَلِكَ الْوَرِثَةَ. فَهِنَّ أَحْرَارٌ، وَلَهُنَّ مِيرَاثُ بِنْتٍ، وَإِلَّا لَمْ يَغْتَقِ شَيْءٌ. وَإِنْ اسْتَلْحَقَ وَلِدًا ثُمَّ أَنْكَرَهُ. ثُمَّ مَاتَ الْوَلَدُ. فَلَا يَرِثُهُ! وَوَقَفَ مَالُهُ! فَإِنْ مَاتَ! فَلْيُورَثِيهِ! وَقَضِي دَيْنُهُ! وَإِنْ قَامَ غَرْمَاؤُهُ وَهُوَ حَيٌّ: أَخَذُوهُ.

الأول، وهذه المسألة لا تخلو من أربعة أوجه: عدل رشيد يؤخذ منه ويؤخذ بشهادته، عكسه سفيه مسخوط لا يؤخذ منه لأنه سفيه ولا يؤخذ به لأنه مسخوط، عدل سفيه لا يؤخذ منه وهل يؤخذ به قولان، رشيد غير عدل يؤخذ منه ولا يؤخذ به ولم أر فيه خلافاً انتهى كلام أبي الحسن. والذي مشى عليه المصنف في باب الشهادات أن شهادة السفيه لا تجوز. وقال أبو الحسن: قوله في المدونة «أخذ من شاهده قدر ما يصيبه من الدين». هذا مذهب ابن القاسم، وأشهب يقول: يأخذ جميع دينه من نصيب المقر إذ لا ميراث إلا بعد أداء الدين بخلاف الوصية على قول أشهب أنه يكون شريكاً مع الورثة إذا حلف وإن نكل كان شريكاً للمقر، وهذا في الوصية بالجزء وأما بالعدد فكالدين انتهى. وانظر كتاب الوصايا من النوادر وآخر كتاب الإقرار منها فإنه عقد في كل واحد منهما باباً لإقرار الوارث بأن صورته أوصى بكذا أو عليه دين ص: (فإن أقر بذلك الورثة فهن أحرار) ش: يتنزل منزلة إقرار الورثة أن تشهد البينة أنه قال إحدى هؤلاء الثلاثة ابنتي ولم يسمها فالشهادة جائزة باتفاق. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من كتاب الاستلحاق والله أعلم. ص: (وإن استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد فلا يرثه ووقف ماله) ش: هكذا قال في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الاستلحاق.

منه فلانة ولها ابنتان أيضاً ونسبتهما الورثة والبينة فإن أقر بذلك الورثة فهن أحرار لهن ميراث بنت والألم يعتق شيء) قوله: «ولها ابنتان» يريد غيرها ولعل هذا سقط لناسخه.

وعبارة سحنون: من أقر عند موته أن فلانة جاريتة ولدت منه فلانة وللأمة ابنتان أحراراً سوى فلانة المقر بها فمات وأنسيت البينة والورثة اسمها، فإن أقر الورثة بذلك فهن كلهن أحرار ولهن ميراث واحدة يقسم بينهن ولا نسب لواحدة منهن به، فإن لم يقر الورثة بذلك وأنسيت البينة اسمها فلا عتق لواحدة منهن. ابن رشد: إقرار الورثة بذلك كقيام البينة على قوله إحدى هذه الثلاث ابنتي ولم يسمها فلا شهادة جائزة اتفاقاً. وقوله «يعتق كلهن» خلاف قوله قبل هذا فيمن قال في مرضه في عبيد له ثلاثة أحدهما ابني وقوله إن جحر حجروا فلا عتق لواحدة منهن إن لم تعلم البينة أبتن هي هو المشهور (وإن استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد فلا يرثه ووقف ماله فإن مات فلورثته وقضي به دينه وإن قام غرماؤه وهو حي أخذوه) ابن شاس: إذا استلحق ولداً ثم أنكره ثم مات الولد عن مال فلا يأخذه المستلحق. قال ابن القاسم: ويوقف ذلك المال فإن مات هذا المستلحق صار هذا المال لورثته وقضي به دينه، وإن قام غرماؤه عليه وهو حي أخذوا ذلك المال في ديونهم. ابن شاس.

وقال ابن رشد: وفي قوله «ووقف» نظر، والواجب أن يكون جميع ميراثه لجماعة المسلمين لأنه مقر أن هذا المال لهم لاحق له معهم فيه وهم لا يكذبونه، فلا معنى لتوقيفه إذ لا يصح أن يقبل رجوعه فيه بعد موته برجوعه إلى استلحاق ابنه لأنه قد ثبت لجماعة المسلمين ثبوته على إنكاره إلى أن مات.

تنبيه: فإن مات الأب المستلحق قبل الابن ورثه الابن بالإقرار الأول والاستلحاق الذي سبق، ولا يسقط لشبهه بإنكاره بعد استلحاقه. ثم إن مات الابن بعد ذلك ورثه عصبته من قبل أبيه المستلحق له. قاله ابن رشد في الرسم المذكور وابن بطال في مقنعه. ونص ابن بطال: وإن مات المستلحق الأب قبل الابن ورثه بالإقرار الأول والاستلحاق الذي سبق ولا يلتفت إلى إنكاره بعد الاستلحاق انتهى. وقوله «المستلحق الأب» لو قدم «الأب» فقال «الأب المستلحق» لكان أوضح.

فرع: قال في المقنع: وإن استلحق الرجل رجلاً لحق به نسباً أولاد المستلحق، ومن نفى ولده ثم استلحقه ثبت نسبه منه انتهى.

فائدتان: الأولى: يجتمع لحوق الولد والحر في خمس مسائل: إحداها: الرجل تكون عنده الأمة فتلد منه فيقر بعد الولادة أنه غصبها فيلحق به الولد لأنه يتهم على قطع نسبه ويلزمه الحد. الثانية: من اشترى أمة فولدت ثم استحقت بحرية فذكر أنه علم أنها كانت حرة ووطئها بعد ذلك فيحد ويلحق به الولد. الثالثة: من اشترى جاريتين على أن له الخيار في إحداها فأقر أنه اختار واحدة ثم وطئ الأخرى فإنه يحد ويلحق به الولد. الرابعة: من اشترى جارية ووطئها فخاصمه ربها فقال ادفع ثمن جاريتي التي بعث منك، فيقول الواطئ إنما تركتها عندي أمانة ووديعة فإنه يحد ويلحق به الولد. الخامسة: الرجل يتزوج بأمراته عالماً بذلك فتلد منه فإنه يحد ويلحق به الولد. انتهى من معين الحكام وذكرها في التوضيح في كتاب الاستلحاق عند قول ابن الحاجب «ويحد الواطئ العالم والولد رقيق ولا نسب له». وقال بعدها: وليس ذكر هذه المسائل على سبيل الحصر بل الضابط أن كل حد يثبت بالإقرار ويسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت منه، وكل حد لازم بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت انتهى. وهذه الزيادة أصلها لابن رشد في نوازله ذكر هذه المسائل الخمس في المسائل المتعلقة بالنكاح، ثم ذكر بعدها ما تقدم. ونقل الشيخ أبو الحسن كلامه في الرجم وأشار إليه في كتاب القذف، وذكره أيضاً مختصراً في أمهات الأولاد وزاد بعده ما نصه الشيخ في محل الملك والنكاح وهو سياق كلامه انتهى. وزاد أيضاً هذا الكلام في كتاب الرجم وعدها في المسائل الملقوطة ثمانية ناقلاً لها عن ابن عبد السلام منها الخمس المذكورة، والسادسة: الرجل يشتري جارية فيولدها ثم يقر أنها ممن تعتق عليه وأنه عالم بذلك وقت الشراء ووقت الوطاء. السابعة:

باب الإيداع

الإيداع: توكيل بحفظ مالٍ

الرجل يتزوج المرأة فتلد منه ثم يقر أنه كان طلقها ثلاثاً وارتجعها قبل أن تتزوج وهو عالم بأن ذلك لا يحل. الثامنة: الرجل يتزوج المرأة فيولدها ثم يقر أن له أربع نسوة سواها وأنه تزوجها وهو يعلم أن نكاح الخامسة حرام انتهى. وقال في المسألة الخامسة: وهي الرجل يتزوج أم امرأته عالماً بذلك فتلد منه. قال ابن عبد السلام: وهذا إنما يصح عندي إذا لم يعلم منه أنه عالم بالتحريم إلا بعد تزويجها، وأما لو علم منه أنه عالم بالتحريم قبل نكاحه إياها فهو زناً محض لا يلحق معه الولد انتهى. وذكر في الذخيرة منها ست مسائل ناقلاً لها عن عبد الحق، عد الثانية والثالثة والخامسة والثامنة والسادسة التي ذكرها عكس الرابعة وهو أن يقول: اشتريتها والسيد منكر ولا بينة قال: فيحد هو والجارية إن أقام السيد على إنكاره. وعبر عن المسألة الخامسة بأن يتزوجها ويقراً أنه أولدها عالماً أنها ذات محرم ينسب أو رضاع أو صهر.

الفائدة الثانية: قال السهيلي في شرح السيرة في حديث الإسراء: ومروره على النساء اللاتي أدخلن على الرجال ما ليس منهم من الأولاد، فإن بلغ الصبي وتابت أمه فأعلمته أنه لغير رشدة ليستعفف عن ميراثهم ويكف عن الاطلاع على عوراتهم أو علم ذلك بقرينة حال، وجب عليه ذلك وإلا كان شر الثلاثة كما في الحديث في ابن الزنى أنه شر الثلاثة، وقد يؤول على وجوه هذا أقربها إلى الصواب انتهى. وقيل: في تأويله أي إذا عمل بعمل أبويه. وفي آخر باب الزنا من النوادر عن كتاب ابن حبيب قال الشعبي: ولد الزنا خير الثلاثة إذا اتقى الله. قيل له: فقد قيل إنه شر الثلاثة؟ قال: هذا شيء قاله كعب لو كان شر الثلاثة لم ينتظر بأمه ولادته، وكذلك قال ابن عباس. وقال ابن مسعود: إنما قيل شرهم في الدنيا لو كان شرهم عند الله ما انتظر بأمه أن تضع، وقال عمر بن الخطاب: أكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه. وقال ابن عباس: هو عبد من عبيد الله إن أحسن جوزي وإن أساء عوقب. وقال عمر: اعتقوا أولاد الزنا وأحسنوا إليهم واستوصوا بهم اهـ. وانظر حاشيتي على مناسك الشيخ خليل عند قوله: «ولا بأس أن يحج بثمان ولد الزنا».

باب

(الإيداع توكيل بحفظ مال) قال ابن عرفة: الوديعة بمعنى الإيداع، نقل مجرد حفظ

كتاب الوديعة

وحقيقتها استئابة في حفظ المال وهي عقد أمانة. ثم للوديعة عاقبتان: ضمان عند التلف ورد عند البقاء. فأما الضمان فلا يجب إلا عند التقصير وللتقصير سبعة أسباب (الإيداع توكيل بحفظ

تُضْمَنُ بِسُقُوطِ شَيْءٍ عَلَيْهَا؛ لَا إِنْ انْكَسَرَتْ فِي نَقْلِ مِثْلِهَا،

ملك ينقل، فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء الوكالة لأنهما لأزيد منهما وحفظ الربع، وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعين للغزالي استنابة في حفظ مال كخروجه ويبطل عكسه ما دخل، وطرده ما خرج، وبمعنى لفظها متملك نقل مطلق حفظه ينقل وهو المستعمل في عرف الفقهاء ولا يتناوله لفظ ابن شاس انتهى. وقوله: «ينقل» صفة لقوله «متملك» ولو قدم «إليه» لكان أبين. ويدخل في حده استئجار حارس لمتاع ونحوه، وإخراجه حفظ الربع من الوديعة غير ظاهر. قال في كتاب الهبة من المدونة: وإذا قلت قبضت وبعثت في الأرض الغائبة لم يكن حوزاً وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز إلا أن يكون له في يدك أرض أو دار أو رقيق بكراء أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فإن قولك «قبلت» حوز انتهى. وبهذا رد الوانوشي على ابن عرفة فقال: هذا ينقض قول ابن عرفة في مختصره رداً على ابن الحاجب أن حفظ الربع ونحوه مما لا ينتقل يبطل طرد حد ابن الحاجب. قال: ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيد اه. وقال المشدالي: وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة لأن ظاهر قوله «أو وديعة» راجع إلى الأرض وما ذكر معها فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه فبطل اشتراط كون المودع مما ينقل فيكون إذ ذاك مراد الدخول لا مراد الخروج. وأما قوله «ودعوى الرد» إلى آخره فهو استبعاد لدفع مقدر تقديره أن يقال: لا نسلم صحة النقض وقولكم «إن وديعة راجع للجميع» ممنوع بل الكلام فيه لف ونشر، فقوله «عارية» راجع إلى الأرض، وقوله «أو وديعة» راجع إلى الرقيق، وقال المشدالي: وهذا وإن كان ممكناً إلا أنه بعيد كما قال لكونه على خلاف الظاهر، ولا دليل يصرف عنه فوجب الوقوف عنده انتهى. ولم يذكر أحد إخراج العقار من حكم الوديعة والله أعلم. وحكمها قال ابن عرفة: هي من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة، وقد يعرض وجوبها كخائف فقدها لموجب هلاكه أو فقده إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها، وحرمتها كمودع شيء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها أو ردها لربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة، ولذا ذكر عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء. ابن شعبان: من سئل قبل وديعة ليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره.

قلت: ما لم يتعين عليه قبولها بهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقة فيها

(مال) ابن عرفة: الوديعة بمعنى الإيداع: نقل مجرد ملك ينقل فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق ويخرج حفظ الربع. وقول ابن شاس: «استنابة في حفظ المال» يبطل عكسه ما دخل وطرده ما خرج (وضمن بسقوط شيء عليها لا إن انكسرت في نقل مثلها) أشهب وعبد الملك: من أودع جراراً فيها إدام أو قوارير فيها دهن فنقلها من موضع في بيته إلى موضع فانكسرت في موضعها ذلك لم يضمنها، ولو سقط عليها من يده شيء فانكسرت أو رمى في بيته بشيء يريد غيرها فأصابها

من يحترمه من أغار عليها أو ذي حرمة بحاضرة تعرض ظالم لبعض أهلها. وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه. وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه انتهى. وانظر الذخيرة. وفي مسائل القابسي من البرزلي عن ابن الميسي أنه أتاه رجل من جيرانه يشاوره أن أحد هؤلاء القوم يعني الولاة أو الغصاب أراد أن يستودعه مائة دينار وذكر أنه لا يجد منه بدأ فقال له ابن الميسي: يا أخي إن كنت تقدر على غرمها فتأخذها منه وتتصدق بها على المساكين فإن سألك فيها غرمتها له، ثم ذكر له أن أصحاب سحنون سئلوا في كائنة تونس أن رجلاً ذهب له فيها شيء وذهب له فيها ذهب وثوب ديباج، فرآه يوماً في يد جندي فلم يشك أنه ثوبه فاشتراه منه بسبع دنانير ثم مضى بالثوب، فلما فتحه إذا هو غير ثوبه ثم قال: فرجع إلى الجندي فقال: يا هذا إنما ظننت أنه ثوبي فلذلك اشتريته. فقال له: لا عليك ورد الجندي يده إلى منطقته فصب منها دنانير فعد منها سبعة فأعطاهما له وانصرف. قال: فلم يختلف عليه أحد من أصحاب سحنون أن عليه أن يتصدق بالدنانير بقيمة الثوب أيضاً. قال الشيخ: لأنه رد الثوب إلى غير مالكة انتهى.

فرع: يجب حفظ الوديعة من التلف ولو أذن ربها في التلف ويضمن إن فعل. قال ابن سلمون: وفي كتاب الاستغناء: إذا قال رب الوديعة للمودع ألقها في البحر أو في النار ففعل فهو ضامن للنهي عن إضاعة المال كمن قال لرجل: اقتلني أو ولدي انتهى. ولا شك في الحرمة، وأما وجوب الضمان ففيه نظر، والظاهر دخول الخلاف فيه لإذن المالك في ذلك كمن أذن لرجل في قطع يده.

فرع: قال في كتاب الغصب من المدونة: ومن غصب شيئاً ثم أودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى انتهى.

تنبيه: قال في اللباب: أركانها ثلاثة: الصيغة والمودع والمودع. أما الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على الاستنابة في حفظ المال. انتهى من الذخيرة. قال الشافعي: تفتقر للإيجاب والقبول كالوكالة، وأصلنا يقتضي عدم الاشتراط فيهما كما تقرر في البيع انتهى قوله فيهما أي في الإيجاب والقبول. ونزلت مسألة وهي أن رجلاً كان جالساً فجاء إنسان فوضع أمامه متاعاً ثم ذهب، فقام الجالس وتركه فذهب المتاع. فالظاهر ضمانه لأن سكوته حين وضع المتاع يدل على قبوله للوديعة والله أعلم. وقال ابن عرفة: المودع من له التصرف في الوديعة بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون، والمودع من يظن حفظه، والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة الفاعل وظن صونها من القابل، فتجوز من الصبي الخائف عليها إن بقيت بيده، وكذا العبد المحجور عليه، ويجوز أن يودع ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونه بيد أحدهما لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول

وَيَخْلُطُهَا؛ إِلَّا كَقَمَحٍ بِمِثْلِهِ، أَوْ دَرَاهِمٍ بِدَنَانِيرٍ

بعض الظلمة ببعض البلاد ولقاء الأعراب القوافل، والأصل في هذه النصوص الرأفة على حفظ المال والنهي عن إضاعته. قال اللخمي في البخاري ومسلم: قال النبي ﷺ نهى عن إضاعة المال انتهى. ص: (إلا كقمح بمثله ودراهم بدنانير) ش: قوله «كقمح بمثله» شامل لحفظ كل جنس بجنسه المائل له حتى الدراهم والدنانير بمثلها، وهي الصورة الأولى من الصورتين المستثناتين من الضمان بخلط الوديعة، والثانية هي التي أشار إليها الشيخ بقوله: «ودراهم بدنانير» وهي إذا خلط الجنس بغير جنسه ولكن يمكن ميزه بسهولة. قال في الجواهر الثالث: من أسباب التقصير في الوديعة خلط الوديعة بما لا يتميز عنه مما هو غير مماثل له كخلط القمح بالشعير وشبهه. فأما خلطها بجنسها المائل لها جودة ورداءة كحنطة بمثلها أو ذهب بمثله أو بما يتميز عنه ولا يختلط به كذهب بورق فلا يضمن انتهى. وفي المدونة: من أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال لم يضمن. وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينكما لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه، ولو عرفت بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه ولا غيرها الخلط، وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة، فإن كانت مثلها وفعل ذلك بها على الإحراز والدفع فهلك الجميع لم يضمن، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك إن خلط حنطتك بشعير ثم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها انتهى. ص: (للإحراز) ش: قال ابن غازي: إنما ذكر هذا القيد في المدونة في الصورة الأولى، وأما الثانية فلم يذكره فيها أصلاً انتهى. قال بعض الناس: وهو خاص أيضاً ببعض أفراد الصورة الأولى وهو الحنطة ومشابهاتها، وأما الدنانير والدراهم فلا يشترط فيهما الإحراز وهذا ليس بصحيح، فقد قال أبو الحسن الصغير في قوله في المدونة المتقدم: ومن أودعته دراهم أو دنانير فخلطها يعني على وجه الإحراز والدفع لا على وجه التملك. قاله أبو عمران في الطعام بعده انتهى. ويعني والله أعلم بقوله «قاله أبو عمران في الطعام بعده» أن أبا عمران لما تكلم على قوله في المدونة في الطعام وفعل ذلك بها على وجه الإحراز قال: وكذلك الدنانير والدراهم، فإن القاضي كذلك فعل في التنبهات ونصه: قوله في خلط الحنطة إذا خلطها على وجه الدفع للإحراز فلا ضمان عليه.

تنبيه: إن خلطه بما يخلط إنما يضمنه إذا كان لهذا وشبهه من النظر، لأن جمعها أحرز

فانكسرت ضمنها انتهى. وليس في هذا النص أنه نقلها نقل مثلها، قال ابن عرفة: وزاد هذه الزيادة ابن الحاجب وهي زيادة حسنة موافقة للأصول كالراعي يضرب الشاة إن ضربها ضرب مثلها لم يضمن. قال شهاب الدين: وإن كان الله سبحانه أذن له في حمل عين الوديعة ولم يأذن له صاحبها فالإذن العام لا يسقط الضمان في الإذن الخاص، نظيره الاضطرار لأكل طعام الغير أوجب الشارع عليه تناوله وأذن له في ذلك بخلاف ربه فيغرم له القيمة على الصحيح من القول، ولهذا كان بين الميتة وطعام الغير بالنسبة للشيع فرق. انظر الفرق في ابن الحاجب (ويخلطها إلا كقمح بمثله ودراهم

للإحراز، ثم إن تلف بعضه: فبينكما؛ إلا أن يتميز،

لها من تفريقها وأرفق بها من شغل مخزنين بذلك وكرائهما حفظهما وهو المراد بالدفع، وأن الخلط إذا كان لغير هذا من تعد أو أخذها لنفسه أنه فيه ضامن، ولا فرق في هذا بين الطعام والدرهم. وقوله «لأن دراهم هذا تعرف من دراهم هذا» يدل على أنها مختلفة. وإن خلط الدراهم المختلفة لا يضمن فيها لأنها تتميز وكذلك يجب لو خلط دنانير عنده وديعة بدراهم في كيس لم يضمن فتأمله تجده يدل على أن الإحراز قيد في الصورتين معاً والله أعلم. ص: (ثم إن تلف بعضه فبينكما إلا أن يتميز) ش: يشير به إلى ما تقدم عن المدونة. قال اللخمي: وإذا خلط الدراهم أو الطعام بمثله ثم ضاع بعد ذلك كانا شريكين في الباقي على قدر ما لكل واحد منهما. ويتفق في هذا مالك وابن القاسم لأنهما كانا شريكين قبل الضياع بوجه جائز انتهى. ونقله ابن عرفة. وخلاف مالك وابن القاسم المشار له هو ما ذكره في المدونة في تضمين الصناع ونصه قال: ومن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره ثم ضاع من الجملة دينار فهما فيه شريكان، صاحب الدينار بجزء من مائة جزء وجزء وقال ابن القاسم وابن سلمة: لصاحب المائة تسعة وتسعون ويقتسمان الدينار الباقي. ابن يونس: ولو لم يبق إلا دينار واحد لقسم بينهما نصفين على قوليهما لأن كل واحد يدعيه لنفسه انتهى. وقال المشدالي في حاشيته على هذا المحل: قال ابن سهل ابن القاسم وابن أبي سلمة: وكذلك الشاة تختلط بغنم فتبهم، ثم ذكر مسألتين: إحداهما من سماع عيسى، والثانية من سماع يحيى من كتاب الوديعة، ثم ذكر مسألة من أغاز ابن فرحون فراجعه والله أعلم.

بدنانير للإحراز ثم إن تلف بعضه فبينكما إلا أن يتميز) ابن عرفة: خلط الوديعة بمثلها مكيلاً أو موزوناً أو بغير متيسر ميزه مغتفر، وبغيره يوجب ضمانه. ومن المدونة: من أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال كله لم يضمن، وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينهما لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه، ولو عرفت بعينها كانت مصيبة كل واحدة من ربهما ولا يغيرها الخلط. وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة مثلها وفعل ذلك على الأحراز والدفع فهلك الجميع لم يضمن لأن المودع على مثل ذلك دخل وقد يشق على المودع أن يجعل كل ما أودعه على حدة، ولأنه لو تعدى على الوديعة فأكلها ثم ردّ مثلها ثم ضاعت بعد ردّه لم يلزمه شيء، فخلطه بمثلها كردّ مثلها لم يضمن إذا ضاعت، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك إن خلطت حنطتك بشعيره ثم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها لأنها لا تتميز وليس كصنف واحد من عين أو طعام اه. وانظر قوله: «إنه يضمن بخلطها» ولم يذكر ما يجوز له حينئذ. والذي للخمي: إن كان عند رجل وديعتان قمح وشعير فخلطهما ضمن لكل واحد منهما مثل ما خلط له، فإن اختارا رفع العداء عنه وأن يأخذه مخلوطاً ويكونان شريكين فيه جاز ذلك عند ابن القاسم وأشهب خلافاً لسحنون. وقال ابن القاسم: وتكون شركتهما على القيمة يريد قيمة القمح معيماً والشعير غير معيب، ولا يجوز أن

وَبِائْتِفَاعِهِ بِهَا أَوْ سَفَرِهِ؛ إِنْ قَدَرَ عَلَى آمِينٍ؛ إِلَّا أَنْ تُرَدَّ سَالِمَةً.

فرع: إذا خلط الوديعة بما لا يجوز خلطها به وقلنا يضمن فليس معناه أنه لا يضمن إلا إذا تلفت، بل يضمنها بمجرد الخلط يتبين ذلك بما قال اللخمي ونصه: إذا كان عند رجل وديعتان . قمح وشعير . فخلطهما ضمن لكل واحد مثل ما خلط له انتهى . ص: (وبائتفاعه بها) ش: انظر إذا انتفع بها وردها سالمة هل يلزمه كراء مثلها أم لا، وسيأتي في أول الغصب

يقتسامه على ذلك وإنما يقتسمان الثمن. اه من اللخمي. والذي لابن رشد: سواء خلطهما عداء أو غير عداء. قال: والذي يوجبه الحكم أن يقتسام بينهما مخلوطاً على قيمة القمح والشعير يوم الخلط ويقوم القمح غير معيب خلاف قول سحنون أن القمح يقوم معيباً والشعير غير معيب. وقوله: «يباع ويقتسمان الثمن» استحسان إذ لا مانع يمنع من اقتسام الطعام بعينه على القيم، ولو لم يجز اقتسامه بعينه على القيم لما جاز اقتسام ثمنه على ذلك لأنه إنما يباع على ملكهما وإنما هو يأخذ ثمن ما كان أخذه له، ولا يجوز لهما أن يقتسامه على الكيل. راجع نوازل ابن رشد، وثاني ترجمة من الوديعة من اللخمي، وأول ترجمة من الوديعة من ابن يونس. وانظر إجازتهم ببيع القمح المخلوط مع الشعير إنما جاز ذلك لأنه بغير فعلهما. وانظر اختلاط الزرع عند الحصاد أول ترجمة المزارعة من ابن سلمون، وذكر عن ابن حبيب أنهم يقتسمونه على حسب الزريعة. ومن رسم حلف من سماع عيسى: يحلف كل واحد على ما بذروا ويقتسمون الطعام على عدد ذلك قال ابن رشد: وهذا كما قال. ومعنى هذا عندي بعد أن يتراجعوا بما لبعضهم على بعض من فضل في العمل. وقال ابن أبي زيد في قسمة الشعير والزيتون عند الخلط أن يتقارر أرباب ذلك بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الاصطلاح، قال البرزلي: كثيراً ما يقع عندنا يتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية، وتحكي هكذا. وكذلك ما اختلط على يد اللصوص من الزرع والأطعمة وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام. وفي طرر ابن عات: إذا اختلط الكتان في الوادي لسيل أو غيره ولم يعرف كل واحد ماله تحلل أصحابه في ذلك. وانظر ما تقدم في الطعام المستهلك أنه إن أخذ ما لا يشك أنه أقل من طعامه جاز مع ما تقدم لابن حبيب من قسمة الزرع المخلوط على حسب الزريعة مع ما تقدم لابن رشد من تخفيف اقتسام الطعام المخلوط بالقيمة. ولو خلط عداء هل يكون ذلك كله مسوغاً للذين يخلطون ألبانهم أن يأخذ الإنسان من اللبن القدر الذي لا يشك أنه يخرج له من لبن غنمه لو أفردها؟ وقد بسطت في سنن المهتدين أن إقدام المرء على شيء بتأويل ليس كمن أقدم عليه مجاهراً، ومن أكل حراماً يعتقد أنه حلال أثيب على قصده ولا يعاقب على فعله ولا يظلم به قلبه، ومن أقدم على حلال صرف يعتقد شبهته قسا قلبه به وأظلم، وإن كان معتقداً حرمة كان ذلك جرحه فيه وعليه درك المخالفة مع كون ذلك الشيء في نفسه حلالاً صرفاً. وانظر الخليطين جمعاً في الزكاة كمالك واحد، في الغالب لو كان الراعي يحلب غنم كل خليط على حدة (وبائتفاعه بها أو سفره إن قدر على أمين إلا أن ترد سالمة) من المدونة: من أودعته دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن فاستهلك بعضها ثم هلك بقيتها لم يضمن إلا ما استهلك أولاً، ولو كان رد ما استهلك لم يضمن

وَحَرْمَ سَلْفٍ: مُقَوِّمٌ وَمَعْدُومٌ، وَكُرِّهَ النَّقْدُ

عن التنبيهات ما يدل على أن عليه الكراء فراجعه. ص: (وحرّم سلف مقوم ومعدوم وكره النقد والمثلي) ش: قال اللخمي: وكالمقوم ما يكال أو يوزن إذا كان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله ثم قال بعد أن ذكر الاختلاف في القمح والشعير والدرهم: وأرى أن ينظر إلى المودع فإن كان يعلم منه أنه لا يكره ذلك فيما بينه وبين المودع أو معه كرم طبع جاز، وإن كان يعلم منه الكراهية لم يجز لأنه لو حجر ذلك عليه من حين الدفع أو قال لا حرج عليك إن تسلفتها لم يختلف في أنه ممنوع من الانتفاع بها، وإن أشكل أمره كره ذلك انتهى.

فرع: قال في الرسالة: وإن باع الوديعة وهي عرض فربها مخير في الثمن أو القيمة يوم التعدي. قال الجزولي وغيره: وإن كان مكياً أو موزوناً فربه مخير في الثمن أو المثل، وقال ابن يونس في كتاب الوديعة: ولو كانت الوديعة طعاماً أو سلعة فرب الوديعة مخير إن شاء أغرمه مثل طعامه وقيمة سلعته إن فات ذلك، فإن لم يفت أخذه بعينه، وإن شاء أخذ ما أخذ

شياً إن ضاعت وهو مصدق أنه ردّ فيها ما أخذ منها كما يصدّق في ردّها إليك وفي تلفها. وكذلك لو تسلف جميعها ثم ردّ مثلها مكانها البريء كان أخذها على السلف أو على غيره، ولا شيء عليه إن هلك بعد أن ردّها. ولو كانت ثياباً فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم ردّ مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمته قيمة. ومن كتاب ابن المواز: من استودع دابة أو ثوباً فأقر المستودع بركوب الدابة ولباس الثوب وقال هلك بعد أن رددته وهو مصدق. وفي كتاب ابن سحنون: هو ضامن لأنه لما ركبها ضمن بالتعدي إلا إن أقام بينة أنه نزل عنها سالمة ثم تلفت. وقال بعض أصحابنا: هو ضامن حتى يردّها لحالها. ابن يونس: وهذه الأقوال في مسألة الثوب والدابة جارية على الخلاف في قول مالك في ردّه لما تسلف من الوديعة. ومن المدونة: إن أراد سفراً وخاف عورة منزله فيودعها ثقة. ابن عرفة: ظاهره ولو كان دونه في ثقته. ابن شاس: إن سافر بها مع القدرة على إيداعها عند أمين ضمن، فإن سافر بها عند العجز عن ذلك كما لو كان في قرية مثلاً لم يضمن. ابن شاس وإن أودعها عند غيره لغير عذر ثم استردها لم يضمن بعد ذلك كرده لما تسلف منها. وانظر حكم البضاعة قال مالك: ليس السفر كالخضر. قال ابن شاس: وإنما دفع له المال في السفر ليكون معه فيضمن البضاعة إن دفعها لغيره. وانظر إذا عرض له إقامة أثناء طريقه، هل يضمن إن لم يعيشها لربها أو العكس. انظر رسم شك من سماع ابن القاسم من البضائع والوكالات (وحرّم سلف مقوم ومعدوم) اللخمي: ليس للمودع أن يتسلف الوديعة إذا كان فقيراً، فإن كان موسراً، فإن كانت الوديعة عروضاً أو مما يقضى فيه بالقيمة أو مما يكال أو يوزن وكان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله كالكتان فليس للموسر أيضاً أن يتسلفها (وكره النقد) الباجي: اختلف في جواز التسلف من الوديعة بغير إذن ربها؛ ففي المعونة أنه مكروه، وفي العتبية عن مالك تركه أحب إليّ، وقد أجازته بعض الناس فروجع في ذلك فقال: إن كان له مال فيه وفاء وأشهد فأرجو أن لا بأس به. الباجي: وهذا في الدنانير والدرهم. ووجه الجواز إذا قلنا إن

والمثلِّي: كالتجارة، والرَّيْح له،

فيها من ثمن أو جارية أو غيره انتهى والله أعلم. ص: (كالتجارة والريح له) ش: قال الشارح في الوسط: أي وكذا تحرم التجارة بالوديعة بغير إذن ربها فإن تجر فريح كان لربح له. وقاله في المدونة ونحوه في الشرح الصغير. والذي في المدونة إنما هو الكراهة كما هو ظاهر كلام المصنف وعلى ذلك حملة في الكبير ويوجد ذلك في بعض نسخ الوسط وهو الصواب. ونص المدونة: ومن أودعته مالا فتجر به فالربح له وليس عليه أن يتصدق بالربح ويكره التجارة بالوديعة. قال أبو الحسن الصغير: وكذلك الوصي يتجر بمال الأيتام أن الربح له بخلاف المبضع معه والمقارض. قال عبد الحق: الفرق بينهما أن المبضع معه والمقارض إنما دفع المال إليهما على طلب الفضل فيه فليس لهما أن يجعل ذلك لأنفسهما دون رب المال، والمودع لم يدخل على طلب الفضل، وإنما أراد حفظها له فله أصل المال دون الربح، صح من النكت الشيخ: والوصي أيضاً إنما عليه حفظ مال اليتيم انتهى. وفي المدونة: ومن أبضع معه ببضاعة يشتري بها شيئاً فتجر فيها، فإن تلفت ضمن، وأن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة لأن المبضع طلب الربح فليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، فإن تلف المال ضمن بتعديه والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم يكن له من الربح شيء انتهى. وفي أول كتاب القراض من المنتقى ما نصه: ولم

الدنانير والدرهم لا تتعين كأنه لا مضرة على المودع في انتفاع المودع بها إذا رد مثلها وقد كان له أن يرد مثلها ويتمسك بها مع بقاء أعيانها، ولأن المودع قد ترك الانتفاع بها مع القدرة فجاز للمودع الانتفاع به، ويجري في ذلك مجرى الانتفاع بظل حائطه وضوء سراجيه، وهذا بخلاف تسلف الوصي مال اليتيم فإنه آثم (والمثلِّي) تقدم اللخمي أن مثل الكتان لا يجوز تسلفه قال: وأما القمح والشعير ونحوه، فهل يجوز سلفه كالدرهم؟ ظاهر المدونة أنه مثلها. وقال الباجي: الأظهر عندي المنع، ويجيء على قول القاضي أبي محمد أنه يبرأ برد مثله بإباحة ذلك لهم انتهى. انظر عز وهذا للقاضي وهو نص المدونة. (كالتجارة) من المدونة: لا يتجر باللقطة في السنة ولا بعد السنة كما في الوديعة (والربح له) من الموطأ قال مالك: إذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فإن ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه. أبو عمران: وهذا قول مالك والليث وأبي سفيان، لأنه إذا رد المال طاب لربح له غاصباً كان للمال أو مستودعاً عنده وتعدي فيه الباجي. قوله: «فإن ذلك الربح له» يريد إن كانت الوديعة عيناً وهذا عندي مبني على أن الدنانير والدرهم لا تتعين ولذلك قال: إن كانت الوديعة طعاماً فباعه بثمن فإن صاحبه مخير بين إمضاء البيع وأخذ الثمن أو يضمه مثل طعامه. ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة. ويتعلق بذلك معنى آخر وهو أن المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدرهم لأنه إنما أمره بحفظها. ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه، فإن صاحب البضاعة مخير بين أن يضمه مثل بضاعته أو يأخذ مثل ما اشترى بها. ووجه ذلك أنه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستأثر بربحها فلم يكن له

وَبَرِيءٍ إِنْ رَدَّ غَيْرَ الْمُحْرَمِ إِلَّا بِإِذْنٍ، أَوْ يَقُولَ: إِنْ ائْتَجَتِ فَخُذْ فَلَا يَبْرَأُ

يختلف أصحابنا أن المبضع معه المال يبتاع به لنفسه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمه رأس المال لأنه إنما دفع إليه المال على النيابة عنه في عرضه وابتياح ما أمره به فكان أحق بما ابتاعه. وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به فإن ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه انتهى. ص: (وبريء إن رد غير المحرم) ش: هو كقول ابن الحاجب: «وإذا تسلف مالا يحرم تسلفه، ثم رد مكانها مثلها فتلف المثل بريء على المشهور». ابن عبد السلام: قيد المسألة بما لا يحرم تسلفه ليدخل فيه المكروه ويخرج منه العرض وتسلف المعدم للعين، وفي خروج المعدم من ذلك نظر لأنها ربها إنما يكره تسلفها للمعدم خشية أن لا يردها أو يعسر فإن ردها فقد انتفت العلة التي لأجلها منع من تسلفها انتهى. ونحوه في التوضيح. وقال في المدونة: ولو كانت أي الوديعة ثياباً فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمه قيمة ذلك انتهى. أبو الحسن: مفهومه لو رد القيمة لبريء وليس كذلك، فإن ذمته لا تبرأ سواء أوقف القيمة أو المثل انتهى. والمشهور أنه يبرأ، وقيل لا يبرأ، ثالثها يبرأ إن ردها بأشهاد، ورابعها يبرأ إن كانت منثورة ولو كانت مصرورة ضمنها ولو ردها.

فرع: قال في التوضيح: وعلى المشهور فلا يصدق إلا يمين. قاله أشهب وكذلك هو في الموازية انتهى. وقال ابن عرفة: وعلى براءته في تصديقه في ردها دون يمين أو بها ثالثها إن تسلفها بغير بينة صدق دون يمين وإلا لم يصدق لقول الشيخ لم يذكر في المدونة يميناً مع قول الباجي ظاهرها نفيها والشيخ عن محمد مع ابن الماجشون في المنثورة والموازية، وذكر اللخمي

ذلك انتهى. وانظر أيضاً بين الربح والخسارة فرقاً، وفي هذه المسألة كلام طويل. راجع أول رسم من كتاب البضائع من سماع عيسى عن ابن القاسم. وانظر أيضاً في الكتاب المذكور من سماع سحنون أن المبضع معه إذا لم يجد السلعة التي أبضع معه فيها فاشترى غيرها أنه بمنزلة المتعدي في الوديعة. انظر أيضاً سماع أصبغ من الكتاب المذكور (وبريء إن رد غير المحرم) تقدم نص المدونة: من أودعته دراهم أو ما يكال أو يوزن فاستهلكه ثم رده لم يضمن شيئاً، سواء أخذ ذلك على وجه السلف أو على غيره انتهى. وهذه المسألة إحدى ثمان مسائل في خروج الدين من الذمة للأمانة، وإذا عزل عشر زرعه فضاع وكيل طعام سلمه في غراره وأنفق على مرمة الدار من الكراء وإذا قال المستأجر بلغت الكتاب، وإذا بعته سلعة على أن يتجر بضمنها، وإذا قلت اشتر لي بالدين الذي لي عليك عبداً فقال أبق بخلاف اعمل به قراضاً فقال تلف (إلا بإذن أو يقول إن احتجت فخذ فلا يبرأ) لما ذكر الباجي ما تقدم قال: وهذا إذا تسلف من الوديعة بغير إذن صاحبها، وأما من أودع وديعة وقيل له تسلف منها إن شئت فتسلف منها وقال رددتها فقد قال ابن شعبان: لا يبرأ برده إياها إلا إلى ربها. ووجه ذلك أنه إذا قال ذلك رب المال صار هو المسلف فلا يبرأ المتسلف إلا برد ذلك إليه. وعندني أنه يبرأ إن ردها

وَضَمِنَ الْمَأْخُوذَ فَقَطُّ أَوْ بِقَفْلٍ بِنَهْيٍ، أَوْ بَوْضِعٍ بِشَحَاسٍ فِي أَمْرِهِ بِفَخَّارٍ، لَا إِنْ زَادَ قَفْلًا، أَوْ عَكْسَ فِي الْفَخَّارِ، أَوْ أَمْرَ بِرَبْطٍ بِكُمْ فَأَخَذَهَا بِالْيَدِ: كَجَبِيهِ عَلَى الْمُخْتَارِ، وَبِنَسْيَانِهَا فِي مَوْضِعٍ إِيدَاعِهَا.

الثالث اختياراً له ولم أقف على من نص على إخراج المعدم من البراءة إذا تلف النقد والمثلي ورده إلا ما يفهم من كلام ابن الحاجب ولم ينبه على ذلك ابن عرفة ولا غيره. ص: (إلا إن زاد قفلاً) ش: قال ابن الحاجب: واقفل واحداً فقفل اثنين قولان. قال في التوضيح: القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم وهو الذي اقتصر عليه في الجواهر وزاد: إلا أن يكون في حاله إغراء للصر فيضمن. والقول بالضمان مال إليه ابن يونس ولا أعلمه منصوصاً انتهى. وقال في الشامل: وبقفل نهاه عنه واختير سقوطه لا إن لم ينهه أو زاد قفلاً، إلا في حال إغراء للصر. ص: (وبنسيانها في موضع إيداعها إلى قوله لا إن نسيها في كفه فوقعت) ش: هو كقول

إلى الوديعة لأنها على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها، فإذا ردها إلى ما كانت عليه برىء من الضمان (وضمن المأخوذ فقط) تقدم نص المدونة: إن استهلك بعضها ثم استهلك بقيتها لم يضمن إلا ما استهلكه أولاً (وبقفل بنهي) ابن عبد الحكم: من قال لمن أودعه وديعة اجعلها في تابوتك ولم يقل غير ذلك لم يضمن إن قفل عليها، ولو قال لا تقفل عليها ضمنها لأن السارق برؤية القفل أطمع (أو بوضع بنحاس في أمره بفخار) ابن عبد الحكم: لو قال له اجعلها في سطل فخار فجعلها في سطل نحاس ضمن وفي العكس العكس. (لا إن زاد قفلاً) ابن عبد الحكم: لو قال له اقفل عليها قفلاً واحداً فقفل قفلين لم يضمن. ابن يونس: السارق أطمع إذا كانت بقفلين لأنه خلاف العادة فوجب الضمان (أو عكس في الفخار) تقدم نص هذا (أو أمر بربط بكم فأخذها بيده كجبيه) ابن شاس: لو أسلم إليه دراهم وقال له اربطها في كحك فأخذها في يده فأخذها غاصب من يده لم يضمن لأن اليد أحرزها هنا، ولو جعلها في جيب قميصه فضاعت فقال الشيخ أبو إسحاق: يضمن وقيل لا يضمن، والأول أحوط (على المختار) اللخمي: لو لقيه في غير بيته وقال اجعلها في وسطك فجعلها في جيبه ضمن، ولو لم يشترط جيب فجعلها في كفه لم يضمن، وفي جعلها في الجيب نظر. انتهى ما وجدته للرخمي. وأفتى ابن رشد بالضمان قيل للحديث: «فانجابت عن المدينة انجياب الثوب» أي خرجت عنها كما خرج الجيب عن الثوب، وما خرج عن الثوب فليس منه (وبنسيانها في موضع إيداعها) أصبغ عن ابن وهب: من استودع وديعة في المسجد أو في المجلس فجعلها على نعليه فذهبت فلا ضمان عليه. قلت: ألم يضيع إذا لم يربطها؟ قال: يقول لا خيط معي. قلت: يربطها في طرف رداءه؟ قال: يقول ليس علي رداء. قلت: فإن كان عليه رداء؟ قال: لا يضمن، كان عليه رداء أو لم يكن. قال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: وإن نسيها في موضع دفعت إليه وقام ضمنها، لأن ذلك جنابة وليس ذلك كسقوطها من كفه أو يده في غير نسيان لأخذها، هذا لا ضمان عليه. ابن يونس: نسيانه حتى سقطت من كفه أو يده كنسيان لأخذها، ويجب أن لا يضمن. قال: وأما لو أودعها وكانت في بيته فأخذها يوماً فأدخلها في كفه وخرج بها يظنها دراهمه فسقطت فإنه يضمن. ابن يونس: أما هذه فصواب لأنه غير مأذون له في التصرف فنسيانه في ذلك كعمده لأن

وَبِدْخُولِهِ الْحَمَّامَ بِهَا، وَبِخُرُوجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا لَهُ فَتَلَفَتْ؛ لَا إِنْ نَسِيَهَا فِي كُمَّهِ فَوَقَعَتْ وَلَا إِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ، وَبِإِيدَاعِهَا وَإِنْ بِسَفَرٍ

ابن الحاجب: ولو نسيها في موضع إيداعها فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب: عليه الضمان بخلاف ما إذا نسيها في كمه فلا ضمان عليه، وقيل سواء. قال في التوضيح: يحتمل في نفي الضمان ولم أر ذلك في الأولى منصوصاً نعم خرج جماعه من الثانية، وخرجه اللخمي وابن رشد من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه، ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلطوا ولم يدر لمن الجيد منهما، فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا شيء عليه. اللخمي: والعذر بالنسيان أبين لأنه لا يعد بالنسيان مفرطاً ويحتمل أن يريد بقوله سواء أي في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان والله أعلم. انتهى. كلام التوضيح: ونقل ابن عرفة كلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون المتقدم، ونقل قبله عن ابن شعبان ما نصه: ولو أودعه بالطريق فمضى لحاجة قبل إحرازها فضاعت ضمن، ولو جعلها في كمه ملقاة لم يكن حوزاً انتهى. ثم قال ابن عرفة لما نقل كلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون: قوله في سقوطها من كمه خلاف ما تقدم في الزاهي وبه يفسر كلام ابن الحاجب انتهى. وقال في الشامل: ولو نسيها في محل إيداعها ضمن على المنصوص ثم قال: لا إن نسيها في كمه فسقطت على الأصح انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح الرسالة لما عدا الأشياء التي توجب الضمان: السابع النسيان، فلو نسيها في موضعه الذي أخذها فيه ضمن عند ابن حبيب، وكذلك لو نسيها فجعلها في كمه وهو يظن أنها له فتلفت فهو ضامن. وقال ابن عبد الحكم: إذا نسيها في مجلسه فضاعت لم يضمن قال: وهذا الأصل مختلف فيه بين أصحابنا منهم من يجعل نسيانه جنائية، ومنهم من لا يرى ذلك انظر الجواهر انتهى كلامه ونظرت الجواهر فلم أر فيها شيئاً مما ذكره والله أعلم. ص: (وبإيداعها وإن بسفر) ش: يريد وإن لم يجد لها محملاً معه إلا أن يعلم صاحبها أنه لا يجد لها محملاً على مذهب المدونة خلافاً لابن القاسم في أنه لا ضمان عليه إذا لم يجد لها محملاً معه. قاله ابن رشد في رسم شك من سماع ابن

الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وأما في وضعها على نعليه أو حملها من موضع أودعها إلى داره في يده أو كمه فهو غير متعد في ذلك، فنسيانه إياها في مرضع أو نسيانه إياها في كمه حتى سقطت أمر يعذر به كالإكراه على أخذها منه (وبدخوله الحمام بها) سحنون: من أودع وديعة فصيرها في كمه مع نفقته ثم دخل الحمام فضاعت ثيابه بما فيها فإنه ضامن. ابن يونس: لعله إنما ضمنه لدخوله الحمام بها (وبخروجه بها يظنها له فتلفت لا إن نسيها في كمه) تقدم عند قوله «ونسيانها» (وبإيداعها وإن بسفر) ابن عرفة: موجب ضمانه الوديعة تصرفه فيها بغير إذن عادي أو حجرها فما فوقها فيها مع غيرها إيداعها إياها لا لعذر في غيبة ربها يوجب ضمانه إياها. ومن المدونة أيضاً: وإن

لِغَيْرِ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ اِغْتِيْدًا بِذَلِكَ

القاسم من البضائع والوكالات، وفيه مسألة من أودع معه وديعة لبلد فعرضت له إقامة في الطريق قصيرة كالأيام، أو طويلة كالسنة، أو متوسطة كالشهرين، فإن بعثها في القصيرة ضمنها، وإن حبسها في الطويلة ضمنها، وهو في المتوسطة مخير، هذا الذي ارتضاه ابن رشد وجمع فيه بين أقوال مالك وأصحابه، وفي نوازل أصبغ من الكتاب المذكور مسألة تتعلق بهذا المعنى فراجعها، وانظر الشيخ أبا الحسن وابن يونس في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: وإن قال الرسول لم أجد الرجل فرددت إليك المال صدق قال: هذا إذا كان في البلد معه، وإن كان في غير البلد فهو متعد في الرد لأن الواجب إذا لم يجده إيداعها، انظر بقية المسألة. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: من أبضع معه ببضاعة فليس له أن يودعها غيره ولا أن يبعث بها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة في بلد ولا يجد صاحبها ويجد من يخرج إلى حيث أمر صاحبها فله توجيهها. ثم قال: قال مطرف: ولو قال الأمر قد أمرتك أن لا تخرج من يدك ولا تدفعها إلى غيرك وأنكر ذلك المأمور، فالمأمور مصدق وإن لم تقم بينة. وقال ابن الماجشون وأصبغ. وقال: قال مطرف فيه: ولو اجتهد في أنه أمين فإذا هو غير أمين فالضمان عليه انتهى. ونص على هذا الأخير ابن رشد في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون، وتقدم كلامه. وأما قوله «أن المأمور مصدق» فليس بمخالف لما قاله المصنف في باب الوكالة. والقول لك إن ادعى الإذن أو صفة له، وقد نص في سماع أصبغ من كتاب الوديعة على أن القول قول رب الوديعة، ونقل المسألة في الذخيرة ولم يحكيها خلافاً والله أعلم. ص: (لغير زوجة وأمة اعتيذاً بذلك) ش: يعني فلا ضمان عليه وعكس المسألة نص عليه المشذالي في حاشيته ونصه قوله فدفعه لزوجته. انظر العكس. قال الوانوغوي قال عياض: كان أبو جعفر يفتي بعدم ضمانها إذا ضاعت عنده كما لا يضمن هو ما ضاع عندها. وقال غيره: تضمن هي ولا يضمن هو وهو ظاهر المدونة: المشذالي: ما حكاه الوانوغوي عن عياض ذكره في المدارك. وأبو جعفر المشار إليه هو أحمد بن داود الصواف من علماء أفريقية انتهى. وأشار ابن ناجي في شرح الرسالة إلى هذا.

أودعت لمسافر مالا فأودعه في سفره فضاع ضمن (لغير زوجة وأمة اعتيذاً بذلك) من المدونة: من أودعته مالا فدفعه إلى زوجته أو خادمه لترفعه له في بيته ومن شأنه أن يرفع له فيه لم يضمن ما هلك من ذلك وهذا ما لا بد منه، وكذلك إن دفعه إلى عبده أو أجيره الذي في عياله أو دفعه في صندوقه أو بيته ونحوه لم يضمن. قال: ويصدق أنه دفعه إلى أهله أو أنه أودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها وإن لم تقم له بينة. ابن يونس: وكان المودع على ذلك أودعه فصار كالآذن له في ذلك ولو لم يكن من شأنه أن ترفع له زوجته أو أمته، وإن كان لا يثق بماله إليهم فدفع الوديعة إليهم فإنه يضمن. ابن يونس: وظاهر الكتاب يؤيده. هذا وقد قال محمد: إن لم يكن شيء من هذا ورفعها

إِلَّا لِعَوْرَةٍ حَدَّثَتْ، أَوْ لِسَفَرٍ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ، وَإِنْ أُوْدِعَ بِسَفَرٍ، وَوَجِبَ الْإِشْهَادُ بِالْعَذْرِ، وَبُرِيءَ، إِنْ رَجَعَتْ سَالِمَةً، وَعَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهَا إِنْ نَوَى الْإِيَابَ وَبَيْعَهُ بِهَا،

فرع: رجل طلع إلى سقف فقال لصاحب الخانوت احبس لي هذا الفرو حتى أهبط، فاحتاج صاحب الخانوت إلى القيام فقال لرجل آخر انظر الخانوت والفرو حتى آتي فضاء الفرو. فأجاب الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد: على صاحب الخانوت الضمان. وهذا يأتي على الوديعة إذا أودعها غيره أنه ضامن إلا أن يكون عند إرادة سفر. قاله في مسائل ابن الحاج ونقله ابن سلمون عنها.

فرع: منها: رجل حمل بضاعة لرجل فجاء إلى موضع خوف في الطريق فحبسها بيده

عند غير من يكون عنده ماله والقيام له به ضمن (إلا لعورة حدثت) اللخمي: إذا خاف المودع عورة منزله أو جار سوء وكان ذلك أمراً حدث بعد الإيداع جاز له أن يودعها ولا ضمان عليه، وإن كان ذلك الخوف متقدماً قبل الإيداع والمودع عالم لم يكن له أن يودعها، فإن فعل ضمن (أو لسفر عند عجز الرد) ابن عرفة: سفره وخوف عورة منزله عذر. أبو محمد: ولا يضمنها ولو دفعها بغير بينة. ابن يونس: كدفعه لزوجته وخادمه وينبغي على أصولهم إن لم تقم به بينة أن يضمن لأنه دفع إلى غير من دفع إليه لكنهم لم يضمنوه للعذر. ومن المدونة: إن أراد سفيراً أو خاف عورة منزله وربها غائب فليودعها إلى ثقة. ابن عرفة: ظاهره ولو كان دونه في ثقته (وإن أودع بسفر ووجب الإشهاد بالعذر) اللخمي: إذا ثبت الإيداع والوجه الذي أوجب ذلك وهو خوف موضعه أو السفر برئ المودع. ومن المدونة: لا يصدق في إرادة السفر أو خوف عورة المنزل إلا ببينة (وبرئ إن رجعت سالمة) من المدونة: من أودع وديعة عند غيره ثم استردّها منه فضاعت لم يضمن كقول مالك إن أنفق منها ثم ردّ ما أنفق لم يضمن (وعليه استرجاعها إن نوى الإياب) اللخمي: إن أودعها عند حدوث السفر ثم عاد من سفره؛ فإن كان سفره ليعود كان عليه أن يأخذها ويحفظها لأنه التزم حفظها حتى يأتي صاحبها فلا يسقط عنه إلا القدر الذي سافره، وإن كان سفره على وجه الانتقال ثم عاد كان له أن يأخذها وليس ذلك بواجب. انظر هذا في ابن عرفة من بعث من رجل بضاعة بمصر فعرضت له حاجة إلى المدينة فبعث بها مع من يثق به، ومن بعث مع رجل بنفقة يشتري له بها متاعاً فدفعها المرسل إليه لمن يشتري له. ومن نوازل البرزلي: إن الذي وقعت به الفتوى إذا خبأ القراض أو غيره خوف مغرم السلطان فاطلع عليه وأخذ كله أنه ضامن بخلاف ما في الرواية إذا رأى العدو فألقى الوديعة في شجرة فضاعت أنه لا يضمن، لأن المسألة الأولى أمر مدخول عليه وإخباره يؤدي إلى جائحته. انظر رسم شك من كتاب البضائع والوكالات. ومثل ذلك دفعها لفارس ينجو بها أو يبعث بالبضاعة مع غيره لإقامته بذلك الموضع أو لسفره لموضع آخر (وبيعته بها) من المدونة: لو قال في الوديعة والقراض قد رددت ذلك مع رسولي إلى ربه ضمن إلا أن يكون ربه أمره بذلك. قال أشهب: وسواء أودعته ببينة أو بغير بينة. قال ابن القاسم في المودع يأتيه رجل يزعم أن ربه أمره بأخذها فصدقه ودفعها إليه فضاعت منه: إن الدافع ضامن لها ثم له أن يرجع على الذي قبضها فيأخذها منه.

وإِنزَائِهِ عَلَيْهَا فَمَتْنٌ، وَإِنْ مِنَ الْوِلَادَةِ كَأَمَةِ زَوْجِهَا فَمَاتَتْ مِنَ الْوِلَادَةِ، وَبِجَحْدِهَا، ثُمَّ فِي قَبُولِ بَيِّنَةٍ الرَّدِّ خِلَافٌ وَبِمَوْتِهِ وَلَمْ يُوصِ، وَلَمْ تُوجَدْ؛ إِلَّا لِكَعْشِرٍ

ثم نزل يبول فوضعها في الأرض، ثم قام ونسي ثم تذكر فرجع إلى الموضع فلم يجدها أو لا يدري أين وضعها. فقال ابن الحاج: أفيتت أنا وابن رشد بأنه ضامن، وذكر لي عن الباجي أنه أفتي بأنه لا يضم. انتهى والله أعلم. ص: (وإِنزائِهِ عَلَيْهَا) ش: تصوره واضح، قال ابن ناجي في شرح الرسالة: ولو ختن المودع علجاً أسلم عنده وهو يطيقه فمات من ذلك فإنه ليس بتعدي اتفاقاً، وسواء قلنا الختان سنة أو واجب. قاله شيخنا أبو مهدي. انتهى والله أعلم. ص: (وبموته ولم يوص بها ولم توجد إلا لكعشر سنين) ش: هذا فيما إذا لم تكن الوديعة بإشهاد مقصود به التوثق، وإما إن كانت كذلك فلا يسقط الضمان بطول الزمان كما نبه عليه ابن عرفة،

ومن كتاب ابن المواز: من أبضع معه بضاعة فليس له أن يودعها ولا أن يبعث بها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة ولا يجد صاحبها ويجد من يخرج إلى حيث هو صاحبها فله توجيهها (وإِنزائِهِ عَلَيْهَا) فمتن وإن من الولادة كأمة زوجها فماتت من الولادة) من المدونة: من أودعته بقرأ أو أتناً أو نوقاً فأنزى عليها فحملت فمتن من الولادة، أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة، فهو ضامن وكذلك لو عطبت تحت الفحل (وبجحدها إن قامت بينة ثم في قبول بينة خلاف) اللخمي: اختلف إذا أنكر الإيداع فلما شهدت البينة عليه أقام بينة أنه ردّها، فقيل لا تقبل بينته لأنه كذبها بقوله ما أودعنتي وكذلك إذا قال ما اشتريت منك فلما أقام عليه البينة بالشرء أقام هو عليه البينة بالدفع وقيل يقبل قوله في الموضعين جميعاً وهو أحسن لأنه يقول أردت أن لا أتكلف بينة. وقال ابن يونس: قال ابن حبيب: قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ: من استودع وديعة ببينة فجحدها ثم أقر أنه ردّها وأقام البينة بردّها فإنه ضامن لأنه أكذب بينته إذ قال لم أجدها يريد أو قال ما أودعنتي شيئاً. وأما لو قال مالك عندي شيء فالبينة بالبراءة تنفعه، وكذلك في القراض والبضاعة. ابن رشد: ومن هذا الأصل من ملك امرأته بكلام يقتضي التملك فقضت بالثلاث فأنكر أن يكون أراد بذلك الطلاق، ثم قال: أردت واحدة. ثم قال فيمن أنكر دعوى، فلما أقامت عليه البينة جاء بالخارج منها مما لو جاء بذلك قبل الإنكار لقبلت منه؛ فقيل: إن ذلك لا يقبل منه، وقيل يقبل منه، وقيل إلا في اللعان، وقيل إلا في الحدود والأموال. انظر قبل رسم أخذ يشرب خمراً من كتاب البضائع. وقال ابن زرقون: يتحصل فيمن أنكر أمانة ثم ادعى ضياعها أو ردّها ثلاثة أقوال.. المشهور أنه إن أقام بينة على ضياعها أو ردّها فإن تلك البينة تنفعه بعد إنكاره (وبموته ولم يوص بها ولم توجد) من المدونة: من هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بها فذلك في ماله ويخاص بذلك غرامؤه، ومثله سماع ابن القاسم ابن رشد وهذا صحيح لا أعلم فيه خلافاً (إلا لكعشر سنين) ابن الحاجب: ومتى مات ولم يوص بها ولم توجد ضمن. قال مالك: ما لم تتقدم كعشر سنين. ابن عرفة: قبل هذا شارحاه على إطلاقه، وسمع ابن القاسم الوديعة يقر بها الذي هي عنده دون بينة عليه.

سِنِينَ، وَأَخَذَهَا إِنْ؛ ثَبِتَ بِكِتَابَةِ عَلَيَّهَا أَنَّهَا لَهُ: أَنْ ذَلِكَ خَطُّهُ، أَوْ خَطُّ الْمَيِّتِ، وَبَسْغِيهِ بِهَا لِمُصَادِرٍ، وَبِمَوْتِ الْمُرْسَلِ مَعَهُ لِيَلْدِي؛ إِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ، وَبِكُلْبَسِ الثُّوبِ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ،

واعترض على إطلاق ابن الحاجب وعلى سكوت شارحيه عليه والله أعلم. ص: (وأخذها إن ثبت بكتابة عليها أنها له أن ذلك خطه أو خط الميت) ش: فاعل «ثبت» قوله: «إن ذلك خطه» و«بكتابة» متعلق ب«أخذها» ولو أخره لكان أبين، وتقديره: وأخذها بكتابة عليها أنها له

قال مالك: لهذه الأمور وجوه. أرأيت لو مر عليها عشرون سنة ثم مات ربها فقام يطلبها ما رأيت له شيئاً، وكأنني رأيت يري إن كان قريباً أن ذلك له وهو رأي، وإن كان إنما لذلك السنة وشبهها ثم مات ثم طلب الذي أقر له لرأيت في ماله. ابن رشد: هذا كما قال إنه من أقر بوديعة دون أن يشهد عليه بها ثم مات ولم يوجد أن لا شيء عليه إن طالت المدّة، لأنه لو كان حياً وادعى ردّها كان القول قوله مع يمينه. وقال: الطول عشرون سنة وكذا عشر سنين على ما قال في موضع آخر. ابن عرفة: فيقول ابن الحاجب قول مالك ما لم يتقدم دون ثبوت تقييد الوديعة بإقراره المودع غفلة أو غلط، والتعقب على شارحيه أشد. وأخذ ابن سهل من قولها في الوديعة أن من تصدق على ابنه الصغير بثياب وأراها الشهود ثم مات ولم توجد في تركته أنه يقضي لابنه بقيمتها في تركته. راجع ابن عرفة (وأخذها إن ثبت بكتابة عليها أنها له إن ذلك خطه أو خط الميت) سمع أبو زيد ابن القاسم: من هلك وترك ودائع ولم يوص فتوجد صرر فيها وديعة فلان وفيها كذا وكذا ديناراً ولا بينة أنه استودعها إياه إلا بقوله ووجدوها عند الهالك كما ادعى، لا شيء له فيها. ابن رشد: لا يقضى لمن وجد عليها اسمه إن لم تكن بخطه ولا بخط المودع، فإن كانت بخط المتوفى الذي وجدت عنده فهي لمن وجد اسمه عليها اتفاقاً إلا على من لا يرى الشهادة على الخط. وإن كان بخط مدعي الوديعة فقال أصبغ: إنه يقضى له بها مع كونها في حوز المستودع. قال ابن دحون: لا يقضى له بها لاحتمال أن يكون بعض الورثة أخرجها له فكتب عليها اسمه وأخذ منه على ذلك جعلاً. انظر في ابن عرفة هنا المبعوث معه بما يقول دفعته له والآخر ينكر (وبسغيه بها لمصادر) ابن عرفة: قول ابن شاس «لو سعى بها لمصادر ضمنها» واضح لتسببه في تلفها ولا أعلم نص المسألة إلا للغزالي اهـ. وقد تقدم أنه يضمن إذا أخفاها من ظالم خوف المغموم (وبموت المرسل معه يبطل إن لم يصل إليه) من المدونة قال مالك: إن بعث بمال إلى رجل يبطل فقدها الرسول ثم مات بها وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئاً، فلا شيء لك في تركة الرسول ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه ما يعلم لك شيئاً. ولو مات الرسول قبل أن يبلغ البلد فلم يوجد للمال أثر فإنه يضمنه ويؤخذ من تركته. اللخمي: وجه هذا أنه في الطريق مودع وهو يقول في الوديعة إذا مات المودع ولم توجد الوديعة أنها في ماله وبعد الوصول وكيل على الدفع، ومحصوله أنه امتثل وما وكل عليه وقد يخفى على ورثته من كان أشهد على دفعها فلا يضمن بالشك. ابن عرفة: الأقوال في هذا خمسة (وبكلبس الثوب وركوب الدابة) ابن عرفة: لو هلك ما لبسه المودع من ثوب أو ركة من دابة ففي تصديقه مع يمينه أنه هلك بعد ردّه إن ثبت، وإن أنكر وقامت به بينة وتضمنه مطلقاً إلا بينة أنه نزل عنها وهي سالمة ثالثها يضمن حتى بردها لمحمد قائلًا:

وَالْقَوْلُ لَهُ أَنَّهُ رَدَّهَا سَالِمَةً؛ إِنْ أَقْرَ بِالْفِعْلِ، وَإِنْ أَكْرَاهَا لِمَكَّةَ وَرَجَعْتَ بِحَالِهَا؛ إِلَّا أَنَّهُ حَبَسَهَا عَنْ
 أَسْوَاقِهَا: فَلَكَ قِيَمَتُهَا يَوْمَ كِرَائِهِ وَلَا كِرَاءَ أَوْ أَخْذَهُ وَأَخْذَهَا، وَبِدْفَعِهَا مُدْعِيًا إِنَّكَ أَمَرْتَهُ بِهِ، وَحَلَفْتَ
 وَإِلَّا حَلَفَ، وَبَرَىءَ؛ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى الْآمِرِ، وَرَجَعَ عَلَى الْقَابِضِ،

إن ثبت أن ذلك خطه أو خط الميت. ص: (وبدفعها مدعياً إنك أمرته به وحلفت وإلا
 حلف وبرىء إلا ببينة على الأمر) ش: قال في كتاب الوديعة من المدونة: ومن أودعته وديعة
 فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل وأنكرت أنت أن تكون أمرته فهو ضامن إلا أن تقوم
 لك بينة أنك أمرته بذلك. قال أبو الحسن: قال سحنون: ويحلف ربها، فإن نكل حلف المودع
 وبرىء. قال أشهب: سواء أودعته ببينة أو بغير بينة صح من عياض. وفي المبسوط عن مالك:
 إن لم يشهد ربها عليها بها صدق الرسول أنه أمره بذلك ويحلف. وفي كتاب ابن حبيب لعبد
 الملك: إن الرسول مصدق بكل حال، كان ديناً أو صلة أنكره القابض أو أقر به إلا أن يقول له
 اقض عني فلاناً دينه علي فيضمن إن لم يشهد انتهى.

فرع: فلو مات المودع وادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان فإنه يضمن ويحلف الورثة
 على العلم. قال في المدونة في كتاب الصدقة: ولو دفعت في الصحة مالاً لمن يفرقه في سبيل
 الله أو في الفقراء ثم مت أنت قبل إنفاذه، فإن أشهدت فإنه ينفذ ما فات وما بقي فهو من
 رأس المال، فإن لم يشهد فالباقي لورثتك، ولو فرق باقيه بعد موتك ضمن البقية لوارثك. قال
 أبو الحسن: قال عياض: معناه أن الورثة مقرون بذلك ولو نازعوه لضمن ما فرق وما بقي إن
 كان لم يشهد بعد أن يحلف منهم من يدعي علمه ممن يظن به ذلك. الشيخ: أي نازعوه أن
 الميت لم يأمره بذلك انتهى.

هو قول أصحابنا وكتاب ابن سحنون وبعض أصحاب ابن يونس. انظر نص ابن يونس عند قوله
 «وبانتفاعهما» (والقول له أنه ردها سالمة إن أقر بالفعل) تقدم نص ابن المواز: إن أقر المستودع
 بركوب الدابة ولباس الثوب وقال هلك بعد أن رددته هون مصدق (وإن أكرها لمكة ورجعت
 بحالها إلا أنه حبسها عن أسواقها فلك قيمتها يوم كرائه ولا كراء أو أخذه وأخذها) من المدونة
 قال ابن القاسم: من أودعته إبلاً فأكرها إلى مكة ورجعت بحالها إلا أنه حبسها عن أسواقها
 ومنافعك بها، فأنت مخير في تضمينه قيمتها يوم تعديه ولا كراء لك، أو تأخذها وتأخذ كراءها،
 وكذلك المستعير يزيد في المسافة أو المكتري (وبدفعها مدعياً إنك أمرته به وحلفت وإلا حلف
 وبرىء) من المدونة قال ابن القاسم: من أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل
 وأنكرت أنت أن تكون أمرته، فهو ضامن إلا أن تقوم بينة إنك أمرته بذلك. قال أشهب: وسواء
 أودعته ببينة أو بغير بينة. قال سحنون: ويحلف ربها فإن نكل حلف المودع وبرىء (إلا ببينة على
 الأمر) تقدم نص فهو ضامن إلا أن تقوم بينة إنك أمرته بذلك (ورجع على القابض) تقدم نصها:
 إن الدافع ضامن لها ثم له أن يرجع على الذي قبضها فيأخذها منه. انظره عند قوله: «وبيعته بها».

فرع: قال في المسائل الملقوطة: لا يجوز دفع الوديعة بأمانة أو بكتابة، فإن فعل وجاء المودع فأنكر حلف ما أمره ولا كتب بذلك إليه وأنه لا حق له عليه وضمنها مثلها أو قيمتها، ثم يرجع المودع على القابض منه ولا يمنعه من ذلك تصديقه فيما أتى به ولا معرفته بصحة ما جاء به وشهادته بذلك. قال ابن سهل في كتاب الإقرار انتهى. وذكر المسألة في موضع ثانٍ ثم قال: وكذلك المحال عليهم والوكيل حكمهم كذلك ولا يجبروا بالدفع إلا بيينة على المرسل انتهى. وذكر المسألة اللخمي في كتاب الوديعة بآتم من هذا ونصه: وليس على المودع أن يسلم الوديعة بأمانة المودع ولا بكتابتته وإن اعترف المودع أنه خطه إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خط المودع. قال في كتاب محمد: لأن صاحب الحق لو كان حاضراً لم يجب له أخذها حتى يشهد له بما يبرأ به، يريد أن من حقه الإبراء وإشهاده على القبض لأنه لا يبرأ إذا جحد المودع إلا أن يعترف المودع أنه رضي لصاحبها بتسليمها بذلك أو رضي الآن بتسليمها فيلزم ما رضي به، وإن رضي أن يدفعها إلى الرسول بغير أمانة ولا كتاب والوديعة عين والمودع موسر جاز رضاه وألزم ما ألزم نفسه من ذلك، فإن أنكر المودع أن يكون أرسله قام المودع بالمثل ولم يكن على صاحبها في ذلك ضرر، وإن كانت عرضاً أو غير ذلك مما لا يقضى على متلفه بالمثل أو عيناً والمودع معسر لم يجز وردّ رضاه، لأن في ذلك ضرراً على صاحبها إن قال لم أبعث إلا أن يكون الرسول ثقة مأموناً ممن يغلب على الظن صدقه فيمكن من قبضها ويلزم الآخر ما رضي به. وإن أوقع الدفع بأمانة أو بكتاب من غير ثبوت أو بقول الرسول خاصة ثم قدم المودع فأنكر أن يكون بعثه كان القول قوله مع يمينه أنه لم يبعثه ولا كتب، ثم يكون بالخيار بين أن يغرم الرسول أو المودع، فإن غرم الرسول لم يرجع بها على المودع. واختلف إذا أغرمها المودع هل يرجع بها على الرسول فقال ابن القاسم في المدونة: إذا صدق الرسول ودفع إليه ثم قدم الغائب وأنكر وغرم المودع كان له أن يرجع بها على الرسول. وقال أشهب في مدونته: لا يرجع بها. وقال محمد بن المواز: إذا دفع بالكتاب أو بأمانة ثم أنكر المودع كان له أن يرجع على القابض، وعلى قول أشهب أنه لا يرجع. وإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وصدقه عليه وأنكر صاحبها ذلك وأن يكون أذن له في خروجها عن يده، كان القول قوله مع يمينه ثم يغرمها أيهما أحب، فإن رجع صاحبها على متلفها لم يرجع به الغارم على الرسول. واختلف إذا رجع صاحبها على الرسول، هل يرجع الرسول على من قبضها، منه؛ فعلى قول أشهب لا يرجع عليه. وقال عبد الملك: يرجع. وأرى الرجوع في هذه الأسئلة الأربعة مفرعاً فيسقط رجوعه في كل موضع يعترف المودع أن القابض قبض بوجه صحيح وأن المودع ظالم في إغرامه، ويرجع في كل موضع يكون من القابض على شك هل قبض بوجه صحيح أم لا. فإذا كان دفعه بخط المودع أو بأمانة أو بقوله «ادفعها صدقة عليه» لم يرجع، وإن كان دفعه بقول القابض «أرسلني إليك» رجع لأنه يقول حملت قولك على أنه مصدق

وَأَنْ بَعَثَ إِلَيْهِ بِمَالٍ، فَقَالَ: تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَيَّ وَأَنْكَرْتَ: فَالرَّسُولُ شَاهِدٌ وَهَلْ مُطْلَقًا؟ أَوْ إِنْ كَانَ الْمَالُ بِيَدِهِ؟ تَأْوِيلَانِ.

لك ولو علمت أن المودع يخالفك لم أدفع إليك شيئاً انتهى. ص: (وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به عليّ وأنكرت فالرسول شاهد وهل مطلقاً أو إن كان المال بيده تأويلان) ش: قال في كتاب الوديعة من المدونة: وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به عليّ وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة، فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه. قال: كيف يحلف ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده في دين أبيه انتهى. قال أبو الحسن: قوله «كيف يحلف» نقله ابن يونس. قيل للمالك: كيف يحلف؟ وانظر جعله يحلف هنا، وهل هي يمين غموس أو إنما يحلف إذا تحقق ذلك عنده أو غلب على ظنه. واختلف هل يحلف على غلبة الظن على قولين ذكرهما اللخمي في كتاب الشهادات انتهى.

فرع: قال في الشهادة من المدونة: ومن أودعك وديعة فشهدت عليه أنه تصدق بها علي فلان أو أقر له بها حلف فلان مع شهادتك واستحقها إن كان حاضراً، وإن غاب لم تجز شهادتك إن كانت غيبته تنتفع أنت في مثلها. قال أبو الحسن: فإن كانت غيبة لا تنتفع في مثلها جاز الشهادة لارتفاع التهمة انتهى. قال في النكت: سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا فقلت: رأيت إن قال للسلطان خذها من يدي لا أريد إمساكها. فقال: إن كان ذلك حين أتى يشهد قال للحاكم: إن فلاناً أودعني كذا وكذا وقد تصدق به علي فلان الغائب فخذه فشهادته جائزة، وإن شهد ولم يذكر ذلك ثم أتى يقول هذا فيتهم أن يقول هذا لينفي الظنة عنه التي قد أبطلت شهادته انتهى. قال أبو الحسن: ولو قدم الغائب فأراد أن يقوم بشهادته قال

(وإن بعثت إليه بمال فقال: تصدقت به عليّ وأنكرت حلف والرسول شاهد وهل مطلقاً أو إن كان المال بيده تأويلان) من المدونة قال مالك: وإن بعثت إلى رجل بمال فقال تصدقت به عليّ وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة وتقول بل هو إيداع، فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه. قيل للمالك: كيف يحلف ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي مع شاهده في دين أبيه. وقال أشهب: لا تجوز شهادة الرسول لأنه يدفع عن نفسه الضمان. قال أبو محمد: يريد أشهب أن المتصدق عليه عديم قد أتلف المال ولا بينة للرسول على الدفع، فأما وهو مليء حاضر فشهادة الرسول جائزة مع يمين المشهود له، وكذلك إن قامت للرسول بينة بالدفع في عدم المشهود له. ابن يونس: وعلى هذا التأويل يكون قول أشهب وفاقاً لقول ابن القاسم، وكذلك علل محمد قول ابن القاسم، وعلل غيره قول أشهب أنه إنما لم تجز شهادته لأنه دفع دفعاً لم يؤمر به، وذلك أن الأمر إنما أمره أن يدفع على جهة الإيداع فدفع هو على جهة التملك فلا تجوز شهادته ولا يؤخذ الأمر بغير ما أقر به من الدفع، وابن القاسم إنما أجاز شهادته لأنه أذن له في الدفع فدفعه والمأمور حاضر فلم

وَيَدْعُو الرَّدَّ عَلَى وَارِثِكَ. أَوْ الْمُرْسَلِ إِلَيْهِ الْمُتَنَكِّرِ:

ابن شعبان: لا تقبل لأنها قد ردت. انظر اللخمي انتهى. ص: (وبدعوى الرد على وارثك) ش: قال ابن الحاجب: ولو ادعى الرد على الوارث لم يقبل وكذلك دعوى وارث المودع لأنها لم يأتناه كالتيمم. ابن عبد السلام: وإذا كان الحكم كذلك في صورتين فأحرى أن يكون كذلك لو مات المودع ورب الوديعة معاً وادعى وارث المودع ردّ الوديعة إلى وارث ربها انتهى. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: إن قال المودع أو العامل رددنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدق إلا بيينة أو إقرار الوصي ولو كان قبضهما بغير بيينة لأنهما دفعا لغير من قبضا منه انتهى. وفي الجواهر: أما دعوى الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك أو وكيله فلا تقبل إلا بيينة، وكذلك دعوى وارث المودع على المالك تفتقر إلى البيينة، وسواء قبض في جميع هذه الصور الثلاث بيينة أو بغير بيينة انتهى. ص: (أو المرسل إليه المنكر) ش: قال في الوديعة من المدونة: وإن دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل فقال دفعته له وأنكر ذلك الرجل، فإن لم يأت الدافع بيينة ضمن ذلك، قبض ذلك منه بيينة أو بغير بيينة. ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بيينة لم يضمن، وإن لم تقم له بيينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط. قال أبو الحسن الصغير في شرحه الكبير: مفهومه لو أقر برىء الدافع انتهى. قال في المدونة بعد ذلك بيسير: ومن بعث معه بمال ليدفعه إلى فلان صدقة أو صلة أو سلفاً أو من ثمن مبيع أو لبيتاع لك بها سلعة، فقال دفعته وكذبه الرجل لم يبرأ الرسول إلا بيينة. قال أبو الحسن الصغير: ومفهوم قوله: «فأكذبه» أنه لو صدقه لبرىء وظاهره يعم جميع الصور وذكر فيها السلف وفيه من أمانة إلى ذمة. أما إن كان قائم الذمة فلا إشكال أنه يبرأ، أو إن كان

يستهلك بدفعه على باب التملك. راجع ابن يونس (وبدعوى الرد على وارثك) ابن شاس: أما دعواه الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك أو وكيله فلا يقبل إلا بيينة. وكذلك دعوى وارث المودع على المالك يفتقر إلى البيينة أيضاً، وسواء كان القبض في جميع الصور بيينة أو بغير بيينة. وفي الموازية: إن قال المودع أو العامل رددنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدق إلا بيينة أو إقرار الوصي ولو كان قبضها بغير بيينة لأنهما دفعاها إلى غير من قبضها منهما (أو المرسل إليه المنكر) من المدونة: من دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل فقال دفعته إليه وأنكر ذلك الرجل، فإن لم يأت الدافع إليه بيينة ضمن قبض ذلك منه بيينة أو بغير بيينة كالوصي يدعي الدفع إلى الأيتام. ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بيينة لم يضمن، وإن لم تقم بيينة بالدفع إذا ثبت هذا الشرط لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(١). عبد الحق: وهذا بخلاف لو شرط أن لا يمين عليه، وسيأتي هذا عند قوله: «ولم يفده شرط نفيها» وعند قوله: «إلا إن شرط الدفع» فالفرعان معاً من

(١) رواه البخاري في كتاب الإجارة باب ١٤. أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٢. بلفظ «المؤمنون».

خرب الذمة فعلى ما تقدم، وعلى العملة أو ثمن السلعة فلا إشكال أنه يبرأ بتصديقه انتهى. وقوله «على ما تقدم» يشير إلى كلام ابن رشد وسيأتي إن شاء الله ملخصاً. وقال في المدونة بعد هذا: وإن بعث من رجل ثوباً وبعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقال قبضته وضاع مني، فإن لم تقم للمشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن بخلاف من دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال دفعته إليه بغير بينة وصدقه الرجل هذا لا يضمن. قال أبو الحسن: ظاهره قبض ذلك إلى أمانة أو اقتضى من حقه. عياض: اختلف في تأويلها فقال ابن لبابة وغيره: إن معنى المسألة أنه إذا صدقه المبعوث فهو مصدق والرسول بريء، سواء كان القابض لها قبضها من حق أو ودیعة، وهو ظاهر الكتاب وعليه اختصر أكثرهم وهو بين في كتاب ابن حبيب. وقال حمديس: إنما يجب على أصله فيما أقر به المبعوث إليه من حقوقه أو على ودیعة هي قائمة في يده، وأما التي أقر بقبضها وادعى تلفها أو جحد القبض فلا يبرأ الرسول إلا ببينة على الدفع. وقاله جماعة من نظار الأندلس، ولفظه في الكتاب محتمل أن يكون «من حق أو ودیعة» انتهى. ونقل ابن عرفة هذين التأويلين عن عياض أيضاً والله أعلم. وقال في المقدمات: من دفع الودیعة إلى غير اليد التي دفعتها إليه فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد، فإن لم يشهد فلا يصدق في الدفع إذا أنكر القابض، ولا أحفظ في هذا الوجه نص خلاف إلا ما قاله ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة إلى رجل مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها إليه وهو مصدق، وإن أنكر القابض كانت ديناً أو صلة، ويمكن أن يكون قول ابن القاسم مثله بالمعنى في مسألة اللؤلؤ الواقعة في كتاب الوكالات، فإن أقر بالقبض وادعى التلف فلا يخلو إما أن يكون قبض إلى أمانة أو إلى ذمة؛ فإن كان قبض إلى أمانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال فيها مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الأمر وهو قوله في الكتاب، وقال مرة لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال وهو قوله في كتاب ابن المواز. وأما إن قبض إلى ذمة مثل أن يقول له ادفع الودیعة التي لي عندك إلى فلان سلفاً أو تسليفاً في سلعة أو إلى صانع يعمل فيها عملاً، فإن كانت الذمة قائمة فإن الدافع يبرأ بتصديق القابض بلا خلاف، وأما إن كانت الذمة خربة فاختلف في ذلك؛ قيل: إن الدافع يبرأ بتصديق القابض وهي رواية عيسى عن ابن القاسم. وقيل: إنه لا يبرأ من تصديقه إياه الخراب ذمته.

فصل

وهذا التقسيم كله في دفع الأمانة، وأما ما يثبت في الذمة فإن دفع ذلك إلى أمانة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف، ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع أو يأتي قابض المال به. هذا نص ما في المدونة ولا أعرف في هذا خلافاً إلا أن يدخله الخلاف بالقياس على الأمانة. وإن دفع إلى ذمة فإن كانت قائمة فإنه يبرأ بتصديق القابض باتفاق، وإن كانت

خربة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف إلا أن يقيم بينة على الدفع. هذا الذي يصح عندي على مذاهبهم ولا أعرف فيها نص خلاف إلا أن يدخلها الخلاف بالقياس على الأمانة فهي أربعة وجوه: دافع من ذمة إلى ذمة، ومن أمانة إلى أمانة، ومن ذمة إلى أمانة، ومن أمانة إلى ذمة. انتهى مختصراً لكنه بلفظه والله أعلم. وقول ابن رشد «إذا دفع من ذمة إلى أمانة لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف» يريد والله أعلم في غير الوكيل المفوض. قال ابن الحاجب: أما لو لم يمت وأكذبه لم يصدق إلا ببينة ولو صدقه المرسل إليه في قبضها منه. ابن عبد السلام: يريد فلو لم يمت الرسول أو دفع الوديعة إلى من أمره يدفعها إليه وضاعت وأنكر ربها فإنه لا يصدق في دفعها إليه حتى يقيم البينة على معاينة الدفع، فإن لم يقمها ضمن، سواء صدقه المرسل إليه في قبضها منه أو لم يصدق في ذلك انتهى. فقول المصنف «المنكر» مفهومه أنه لو لم يكن منكراً لا يضمن وكأنه اعتمد ما تقدم عن المدونة وما نسبه ابن رشد لابن القاسم فيها، وترك ما مشى عليه ابن الحاجب لقوة الأول، ولا منافاة على هذا بين ما قال هنا وبين ما قاله في باب الوكالة، ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة لأن ما قاله في الوكالة محمول على القسم الثالث في كلام ابن رشد وهو الدفع من ذمة إلى أمانة الذي صرح بنفي الخلاف فيه بدليل قول المصنف «الغريم» ولذا قال الشارح هناك: يريد إذا قال الوكيل المخصوص قبضت ثمن ما بعث الخ. فتأمل ذلك والله أعلم.

تنبيه: في إطلاق المصنف على هذه المسألة دعوى الرد مسامحة وإنما فيها دعوى إيصال الأمانة.

تنبيه: ثان: قال في النكت: اعلم أن الرسول إذا شرط عليه أن لا يشهد على من يدفع إليه ينفعه، وإذا شرط عليه أن لا يمين عليه لم ينفعه ذلك لأن اليمين إنما ينظر إليها حين وجوب متعلقها فكأنه شرط سقوط أمر لم يجب بعد بخلاف شرطه ترك الإشهاد. وذكره ابن حبيب فيما أراه انتهى. وقد ذكر ابن رشد من هذا في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون مسألة المرتهن يأخذ الرهن على أن يضعه على يدي عدل ويدعي أنه وضعه ويصدق على ذلك العدل أنه لا ضمان عليه، ويصدق على مذهب المدونة. وقال ابن عرفة: قلت: انظر هذا مع القول بالوفاء بشرط دعوى التصديق في دعوى عدم القضاء انتهى وسيقوله المصنف.

تنبيه: إطلاق المصنف هنا في الضمان مع عدم الإشهاد هو المشهور، ومقابله أنه إذا كان العرف عدم الإشهاد صدق المودع كما تقدم في باب الوكالة، وتقدم فيه أيضاً أن تصديق رب المال لا يسقط الضمان مع عدم الإشهاد وكما هو ظاهر قراض المدونة ولفظ ابن الحاجب هنا إلا أن يدفع ذلك بحضرة رب المال فتأمله وراجعه والله أعلم.

فرع: قال في المدونة إثر المسألة الثالثة وهي قوله من بعثت معه بمال ما نصه: وكذلك إن

كَعْلَيْكَ؛ إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ مَقْصُودَةٌ

أمرته بصدقة على قوم معينين، فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصه من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه وإن لم يأت ببينة انتهى. ابن يونس: يريد وإنما يحلف إذا كان متهماً. ونقله أبو الحسن والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في كتاب الوديعة: وإن بعثت بمال إلى رجل يبذل فقدمها الرسول ثم مات بها وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئاً، فلا شيء لك في تركة الرسول ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه لا يعلم لذلك سبباً. ولو مات الرسول قبل أن يصل إلى البلد فلم يوجد للمال أثر، فإنه يضمن ويؤخذ من تركته. انتهى. زاد في مختصر الوقار: فإن نكلوا غرموا. وقال فيه: فإن مات المبعوث بها إليه بعد وصول المبعوث بها معه إلى البلد وادعى دفعها إلى الرجل لم يقبل قوله إلا أن يأتي على دفعها ببينة، وإن وصل المبعوث بها معه إلى البلد ولم يوصلها إلى المبعوث بها إليه ولم يذكر لها ذكراً حتى يرجع إلى ربها وادعى تلفها فهو ضامن لها. انتهى من كتاب البضاعة منه ونحوه في النوادر في كتاب الوكالات ونصه: قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك، ومن أبضع مع رجل بضاعة وأمره أن يدفعها إلى آخر وأشهد الأمر عليه أو لم يشهد والبضاعة دين على الأمر أو على وجه الصلة، فعلى المأمور أن يشهد على الدافع وإلا ضمن إذا أنكر القابض أنه ما قبض منه شيئاً أو كان ميتاً أو ما أشبه ذلك من غاية الأمور انتهى. ص: (كعليك إن كانت لك بينة) ش: قال في معين الحكام: إذا كانت الوديعة ببينة فادعى المودع رد الوديعة فعليه البينة وإلا ضمن بعد يمين ربها ولربها رد اليمين انتهى. وفي وثائق المجموعة: فإن زعم المستودع عنده المشهود عليه بالوديعة أنه رد الوديعة إلى ربها فعليه البينة بما زعمه ولا يبرئه قوله، وله اليمين على ربها فإن حلف ربها أنه لم

تمام هذه المسألة. (كعليك إن كانت لك بينة) من المدونة: من بيده وديعة أو قراض لرجل فقال له رددت ذلك إليك، فهو مصدق إلا أن يكون قبض ذلك ببينة فلا يبرأ إلا ببينة. ولو قبضه ببينة فقال ضاع مني أو سرق صدق. وقال ابن رشد: الأمانات التي بين المخلوقين أمرهم الله فيها بالتقوى والأداء ولم يأمرهم بالإشهاد كما فعل في مال اليتيم، فدل ذلك على أنهم مؤتمنون في الرد إلى من اتتمنهم دون إشهاد، فوجب أن يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع كما تصدق المرأة فيما اتتمنها الله عليه مما خلق في رحمها من الحيضة والحمل إلا أن يكون دفعها إليه بإشهاد فيتين أنه إنما اتتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في الضياع الذي اتتمنه عليه ولا يصدق في الرد الذي استوثق منه ولم يأتمنه عليه. هذا قول مالك وجميع أصحابه (مقصودة) ابن عرفة: قيد اللخمي وعبد الحق والصقلي البينة بأنه قصد بها التوثق منه. قال عبد الحق: من أخذ وديعة بحضرة قوم لم يقصد إشهادهم عليه فهو مصدق في الرد وليس كمن أخذها ببينة، وكذا إن أقر المودع عند بينة أنه قبض من فلان وديعة (لا بدعوى التلف) من المدونة قال مالك: إذا قبض قراضاً أو وديعة ببينة

لَا يَدْعُو التَّلْفِ، أَوْ عَدَمِ التَّلْفِ أَوْ الضِّيَاعِ، وَحَلَفَ الْمُتَّهَمُ. وَلَمْ يُفِذْهُ شَرْطُ نَفْيِهَا؛

يقبضها غرمها المودع عنده، وإن نكل ربها عن اليمين ردّت اليمين على المودع، فإن حلف برىء وإن نكل غرم انتهى.

تنبيه: يشترط أن يعلم المودع أنه قصد المودع بالبيينة التوثق، قال أبو الحسن: وقوله يعني في المدونة: «إلا أن يكون قبض ذلك بيينة» ظاهره وإن كانت بيينة الاسترعاء وليس كذلك، وأبو محمد هو الذي حرر هذا اللفظ في رسالته في قوله إلا أن يكون قبضها بإشهاد. ابن يونس: من أخذ الوديعة بمحضر قوم ولم يقصد لإشهادهم عليه فهو كقبضه بلا بيينة حتى يقصد الإشهاد على نفسه. اللخمي: إن كان القبض بيينة ليكون الرد بيينة لم يقبل قوله إلا بيينة إن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته، أو قال المودع أخاف أن يقول هي سلف فأشهدني أنها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض، فيكون القول قوله في ردها بغير بيينة، ولو تبرع المودع بالإشهاد على نفسه فقال أبو بكر بن زرب: لا يبرأ إلا بالإشهاد لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد. وقال ابن عبد الحكم: هو مصدق انتهى. ص: (وعدم العلم بالتلف أو الضياع) ش: كذا في أكثر النسخ، والصواب «عدم العلم بالرد». قال في التوضيح: قال في البيان: يريد بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد ردها إليه أو تلفت. وقال في آخر كتاب الوديعة من الذخيرة: قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال لا أدري أضاعت أو رددتها والقبض بيينة يضمن لأن يده يد ضمان، وإنما أمن على الحفظ ولم يتحقق المبريء. قال ابن عبد الحكم: ولو قال لك إن أودعتني شيئاً فقد ضاع وقبضه بيينة ليس عليه إلا يمينه لجزمه بانحصار الطارىء في الضياع. انتهى والمسألة في نوازل أصبغ من كتاب الوديعة والله أعلم. ص: (وحلف المتهم) ش: هذا فيما إذا ادعى التلف ولم يحقق ربها عليه الدعوى أنها باقية

لا يبرأ بقوله رددت ويصدق إذا قال ضاع مني (أو عدم العلم بالرد أو الضياع) انظر هذا مع ما يتقرر في نوازل أصبغ لو قال لمودعها ما أدري أودعتها إليك أم تلفت، لم يضمنها إلا أن يكون إنما أودعه إياها بيينة فلا يبرأ إلا بها. ابن رشد: ويحلف ما هي عنده ولقد دفعتها إليك أو تلفت (وحلف المتهم) ابن يونس: قال مالك: لو أقبضه الوديعة أو القراض بيينة فقال ضاع مني صدق، يريد ولا يمين عليه إلا أن يتهم فيحلف. قال ابن عبد الحكم: وإن نكل المتهم عن اليمين ضمن ولا ترد اليمين هنا. ابن يونس: الفرق بين دعوى الرد ودعوى الضياع أن رب الوديعة في دعواه الرد يدعي يقيناً أنه كاذب فيحلف، كان متهماً أو غير متهم. وفي دعوى الضياع لا علم له بحقيقة دعواه وإنما هو معلوم من جهة المودع، فلا يحلف إلا أن يكون متهماً وهذا هو الصواب (ولم يفده شرط نفيها) ليس هذا من تمام الفرع قبله. قال في المدونة: من دفعت له مالا ليدفعه إلى رجل لم يبرأ إلا بيينة. عبد الحق: فلو شرط أن لا يمين عليه لم ينفعه لأن اليمين إنما ينظر فيها حين تعلقها فكأنه شرط إسقاط أمر لم يكن

فَإِنْ نَكَلَ: حَلَفْتُ وَلَا إِنْ شَرَطَ الدَّفْعَ لِلْمُرْسَلِ إِلَيْهِ بِلَا بَيِّنَةٍ، وَيَقُولُهُ: تَلَفْتُ قَبْلَ أَنْ تَلْفَانِي بَعْدَ مَنَعِهِ دَفْعَهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهُ بِلَا عُدْرٍ؛ لَا إِنْ قَالَ: لَا أُدْرِي مَتَى تَلْفْتُ، وَبِمَنَعِهَا حَتَّى يَأْتِيَ الْحَاكِمَ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً؛

انتهى. انظر كتاب ابن حارث في باب الأمانة، وابن جزري في باب الضمان بالتعدي والغصب، فإن نكل غرم ولا يرد اليمين. انظر ابن عرفة. وأما في دعوى الرد فإن القول قوله إلا أن يكون قبضه بيينة. وإذا قبل قوله فقال في التوضيح: الذي حكاه صاحب البيان وغيره أنه يحلف في دعوى الرد باتفاق انتهى. وقال ابن عرفة: وحيث يقبل قوله في الرد فلا خلاف أنه ييمين، واعترض علي ابن الحاجب في حكايته الخلاف في ذلك وقال: وباشتمال كتابه على مثل هذا كان محققو شيوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي والله أعلم. ص: (وبمنعها حتى يأتي الحاكم إن لم تكن بيينة) ش: تصوره ظاهر.

فرعان: الأول: قال في النوادر في آخر كتاب الوديعة: ومن كتاب ابن المواز ومحمد بن عبد الحكم قالوا: ومن أودعته وديعة ثم أقررت أنها لزيد الغائب ثم طلبت قبضها، فلك ذلك بالحكم

بعد بخلاف لو شرط دفعه بغير بيينة فإنه لا يضمن ولو لم تقم له بيينة. انظر تصور هذا في الخارج (فإن نكل حلفت) ما نقل ابن يونس في المتهم إذا نكل إلا عدم رد اليمين. وقال ابن رشد: الأظهر أن تلحق اليمين إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت وأن لا ترجع إذا لحقت، فيبقى النظر هل يكون قوله: «فإن نكل حلفت» راجع إلى مسألة «ولم يفده شرط نفيها» أو هو بالنسبة إلى دعوى الرد فانظره أنت (ولا إن شرط الدفع للمرسل إليه بلا بيينة) تقدم قول مالك: لو شرط الرسول أن يدفع المال بغير بيينة لم يضمن لقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(١) (ويقوله تلفت قبل أن تلقاني بعد منعه دفعها) روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن له عند رجل مال وديعة فطلبه منه فاعتذر بشغل وأنه يركب إلى موضع كذا فلم يقبل عذره فصايحا فحلف أن لا يعطيه تلك الليلة، فلما كان في غد قال ذهبت قبل أن تلقاني، ضمن لأنه أقر بها. وإن قال لا أدري متى ذهبت حلف ولا ضمان عليه، قال أصبغ: ويحلف ما علم بذهابها حين منعه (كقوله بعده بلا عذر) قال ابن القاسم: إن قال ذهبت بعد ما حلفت وفارقتك ضمنها لأنه منعها إياه إلا أن يكون كان على أمر لا يستطيع فيه أن يرجع ويكون عليه فيه ضرر فلا يضمن. قال ابن عبد الحكم: إذا قال أنا مشغول إلى غد فرجع إليه فقال تلفت قبل مجيئك الأول أو بعده، فلا ضمان عليه. وكذلك لو قال لا أدفعها إليك إلا بالسلطان فترافعا إليه فضاعت بين سؤاله إياه وبين إتيانه السلطان، فلا ضمان عليه لأن له في ذلك عذراً يقول خفت شغبه وأذاه (لا إن قال لا أدري متى تلفت) انظره قبل قوله: «بعده» (وبمنعها حتى يأتي الحاكم إن لم تكن بيينة) ابن رشد: لو أوى من دفعها إلا بالسلطان فهلكت في ترافعها ففي ضمانه

(١) المصدر السابق.

لَا إِنْ قَالَ ضَاعَتْ مِنْذُ سِنِينَ، وَكُنْتُ أَرْجُوهَا وَلَوْ حَضَرَ صَاحِبُهَا كَالْقِرَاضِ، وَلَيْسَ لَهُ الْأَخْذُ مِنْهَا لِمَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا.

وليس إقرارك أنها لزيد يمنعك من قبضها في غيبة زيد لأنك الذي أودعتها، وكذلك ما أودعته عند سفرك من وديعة أو مال أنت فيه وكيل وأنت مقر أن ذلك لفلان، فلك أخذها، وكذلك ما أنت وكيل على بيعه فبعته فلك قبض الثمن. فلو قدم مالك الوديعة فطلب أخذها منك وأنت مقر أن من أودعها عندك ذكر أنها لهذا الطالب فلك منعها من ربتها إلا بشاهدين على إقرار مودعها بذلك لأنك لا تبرأ منه إن جحدتها إلا بهذا أو يقوم شاهد معك فيقضي له السلطان بها أو بشاهد ذلك مع يمين طالبها، فإن لم يقض له بشيء ثم قدم من أودعها وقد غاب ربتها فعليك دفعها إليه. وإن علمت أنها لغيره. وكذلك لو كانت داراً فدفعها إليه فهدمها وأتلف نقضها فلا ضمان عليك إن جاء ربتها لأنك غير متعدي فيما

فيها وفي الرهن وإن كان قبضها بيينة ونفيه وإن كان بغيرها ثالثها إن كان بغير بيينة لابن دحون وابن عبد الحكم وابن القاسم انتهى. وما ذكر ابن يونس إلا قول ابن عبد الحكم خاصة حسبما نقلته قبل قوله «لا إن قال لا أدري». وأما نص ابن القاسم فهو سماع أبي زيد في رب الوديعة يطلبها والراهن يطلب فكأه فيأبى الذي ذلك في يديه أن يدفعه حتى يأتي السلطان فيقضي عليه بالدفع فهلك ذلك قبل القضية وبعد طلب أربابه قال: إن كان دفع إليه ذلك بلا بيينة فهو ضامن (لا إن قال ضاعت منذ سنين وكنت أرجوها ولو حضر صاحبها كالقراض). ابن يونس: قال أصبغ عن ابن القاسم: من طلبت منه وديعة فقال ضاعت منذ سنين إلا أنني كنت أرجو أن أجدها وأطلبها ولم يكن يذكر هذا قبل ذلك وصاحبها حاضر قال: هو مصدق ولا يمين عليه انتهى. وعزا ابن عرفة هذا لسماع ابن القاسم. قال: والقراض مثله (وليس له الأخذ منها لمن ظلمه بمثلها) هذه مسألة مذكورة في هذا الباب وفي فصل الدعوى. ولابن عرفة هنا: من ظفر بمال لمن جحدته مثله فيه اضطراب. وقال في فصل الدعوى: فيه أربعة أقوال: المنع والكراهة والإباحة والاستحباب. وقد قال خليل بعد هذا: وإن قدر على شيعته فله أخذه إن لم يكن غير عقوبة وأمن فتنة ورضيلة. وقال المازري: من غصب منه شيء وقدر على استرداده مع الأمن من تحريك فتنة أو سوء عاقبة بأن يعد سارقاً ونحو ذلك، جاز له أخذه ولم يلزمه الرفع إلى الحاكم. وأما العقوبة فلا بد من الحاكم. ابن الحاجب: وأما إن قدر على غير شيعته فثالثها إن كان من جنسه جاز. ابن عرفة: هذه طريقة ابن شاس: وقال المازري: ظاهر المذهب أن لا فرق بين جنس ماله وغيره. وقال ابن رشد: من أودع رجلاً وديعة فجحده إياها ثم استودعه وديعة أو اتتمنه على شيء ففي المدونة لا يجحدته. وروى ابن وهب له أخذه إن لم يكن عليه دين، فإن كان فيقدر حصاصه منه. المازري: وهذا هو المشهور. وقال ابن عبد الحكم: له أن يأخذ وإن كان عليه دين. وقال اللخمي: إن كان عليه دين وغرماؤه عالمون بفلسه أو شاكون وتركوه يبيع ويشترى جاز له حبس جميعها، وإن كان ظاهره عندهم اليسر ولو علموا ضربوا على يديه جاز له أخذ ما لا يشك أنه

فعلت، وكلك لو أقررت أنه أمرك بدفعها إليه أو بدفع حق له عليك. ومر هذا في كتاب

يصير له في المحاصة، وإن كانت الوديعة عرضاً جاز أن يبيعها ويحسب الثمن بماله عليه. قال المازري: ولا يأخذ العرض يملكه عوض حقه لأن ذلك إلزام للمانع المستحق عليه أن يعرض عنه بغير اختياره، وسامح بعضهم في هذا للضرورة قال: وإذا قلنا بالمشهور إنه لا يملك، فهل له أن يبيعه لنفسه لأنه إن رفعه إلى القاضي كلفه إثبات دينه؟ اختار بعض أشياخي هذا ويبيع ذلك بنفسه لهذه الضرورة التي نبهنا عليها. ابن يونس: وإنما جاز له أخذ قدر ما ينوبه وإن كان للغرماء الدخول معه فيه للضرورة التي تلحقه لو أظهر ذلك، فمتى لم يضر بالغماء بأخذ ما ينوبه جاز له ذلك. قال بعض فقهاءنا: فإن حلف فحلف ما ضره ذلك كالمكره على اليمين في أخذ ماله فيحلف ولا يضره ذلك. وقال اللخمي: قال مالك: إنما يجوز له أن يجحده إذا أمر أن يحلفه كاذباً يريد أن المودع يقول له احلف لي أنني ما أودعتك.

وقيل: يحلف ما أودعتني شيئاً ينوي يلزمني رده. وقيل ينوي مثله أن يحرك به لسانه وكل ذلك واسع. والصواب أن له أن يجحد ما أودعه مكان حقه عليه لقوله تعالى ﴿وإن عاقبتكم﴾ [النحل: 1٢٦] الآية. ولحديث هند «خذي من ماله». وقيل: معنى: «ولا تخن من خانك» أن تأخذ فوق حقلك انتهى. وقد نقلت من كلام كل إمام ما لا بد منه من أحكام هذا الفرع. وحاصل كلام اللخمي وابن يونس وابن رشد والمازري ترجيح الأخذ، وقد تقدم أول الحجر من حبس وديعة الظالم وقد نصوا في الوصي إذا علم بالدين دون غيره أنه إن خفي له دفعه دون مغلب فعل وإلا كان شاهداً. ومن ابن يونس قال مالك في ميت أوصى لصغير بدنائير ولم يشهد على ذلك إلا الوصي، فإن خفي له دفع ذلك حتى لا يتبع به فله دفع ذلك دون السلطان. وكذلك لو دفعه فلم يقبل شهادته السلطان ثم خفي له دفع ذلك فله ذلك. وقد كنت أفتيت زمن القائد أبي القاسم ابن السراج رحمه الله أن يأخذ المجاهد من الغنيمة قدر حقه لقلة الاهتبال بجميع الغنائم وقسمها، وما كان أحد وقفني على ذلك إلى أن وجدت النص بما أفتيت به في نوازل البرزلي وكان من جملة مستندي مع ما تقدم ما نقله عياض أن هارون الرشيد أجاز مالكاً بثلاثة آلاف، فقيل للمالك: يا أبا عبد الله ثلاثة آلاف تأخذها من هذا كأنه يستكثرها؟ فقال: إذا كان مقدار ما لو كان إمام عدل فأنصف أهل الروة أصابه سيئه بذلك لم أر به بأساً. وسأله غير واحد عن جائزة للسلطان فقال له: لا تأخذها. فقال له: لا بل قبلها. فقال مالك: أتريد أن تبوء يائمي وإثمك انتهى. وانظر قول مالك هذا إنما هو لأن التصريح بالفقه لمثل هذا السائل موحش كما قال ابن القاسم حين منع من قبالة مصر وقيل له أشهب يقبلها فقال للرجل: قم أنت ببعض ما يقوم أشهب وحينئذ خذ ما يأخذ أشهب أو كما قال له. وكما حكى عن زيادة الله عامل إفريقية أنه أجاز العلماء، فمنهم من قبل الجائزة ومنهم من ردها، فاستنقص زيادة الله كل من قبل فبلغ ذلك أسد بن الفرات وكان ممن قبل فقال: لا عليه إنما أوصلنا إلى بعض حقنا والله حسيبه فيما يمسكه عنا. وقد نصوا أنه إن لم يكن بيت مال أن يجمع الناس مالا ليرتبوا منه الجند وحملة العلم أعني علم فرض الكفاية الذي مثل مالك عنه أهو فرض؟ فقال: إما على كل الناس فلا. قالوا: والذي

وَلَا أَجْرَةَ حِفْظِهَا، بِخِلَافِ مَحَلِّهَا، وَلِكُلِّ تَرَكُّهَا، وَإِنْ أُوْدِعَ صَبِيًّا، أَوْ سَفِيهًا أَوْ أَقْرَضَهُ، بَاعَهُ فَاتَّلَفَ، لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ يَأْذِنِ أَهْلُهُ،

الوكالات وكتاب الإقرار الأول في باب من إقرار الدين الذي له على فلان لفلان وفيه قول آخر انتهى.

الثاني: قال في المسائل الملقوطة: إذا دعا الزوج زوجته لحاجة ودعاها من له عندها وديعة فالزوج مقدم انتهى. ص: (وإن أودع صبياً الخ) ش: قال المشدالي في حاشيته في كتاب المديان: وقعت مسألة في وصي دفع مركباً له لمولى عليه في حجره وصرفه إلى الإسكندرية فمضى به المولى عليه فعطب في رجوعه، فقال الوصي إنما أمرتك أن تسيّر به وتبقيه فغررت

يتعين عليه هذا العلم هو من جاد حفظه وحس إدراكه وطابت سجيته وسريته، فمثل هذا هو الذي يجوز له أخذ هذه الجائزة، ومن لم تكن فيه هذه الأوصاف فلا يجوز له الأخذ، وربما كان طلبه العلم من باب العبث بالنسبة للمصلحة المجتلبة ومن تكليف ما لا يطاق في حقه وكلاهما باطل شرعاً، فكيف يحل له أن يأخذ على ذلك مرتباً أو جراً؟ (ولا أجره حفظها بخلاف محلها). ابن رشد: لا أجر للمودع على حفظ الوديعة وإن كانت مما يشغل منزله فطلب أجر الموضع الذي كانت فيه فذلك له، وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فذلك على ربها. وقيد ابن عبد السلام وجوب أجره المحل يكون طالبها ممن يقتضي حاله ذلك وعدم أجره حفظها بنقيضه، واحتج بقولها: من ركب دابة رجل إلى بلد وقال إنما أعاره إياها وقال ربها بل بكراء قبل قوله إلا أن يكون ليس مثله يكرى الدواب لشرفه وقدره (ولكل تركها). ابن شاس: الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقائل مباحة، وقد يعرض وجوبها كخائف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها. ابن عرفة: وتعرض حرمتها كإيداع مغمصوب لا يقدر القابل على جرده ليرده على ربه كتنقل عياض: من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمن للفقراء قيمتها. من البرزلي قلت: لبعض القرويين وأظنه الصائغ: إن خفي له أخذ شيء منها فعل وإلا فلا شيء عليه. وقال ابن شعبان: من سأل قبول وديعة ليس عليه قبولها ولم يوجد غيره. ابن عرفة: ما لم يتعين عليه قبولها لهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقة فيها من يحترمه من أغار عليها أو ذي حرمة بحاضرة يعرض ظالم لبعض أهلها انتهى. ونحو هذا لابن رشد قال: يلزمه القبول فيه قياساً على من دعي إلى أن يشهد على شهادة أنه يلزمه ذلك إن لم يكن في البلد من يشهد غيره. (وإن أودع صبياً أو سفياً أو أقرضه أو باعه فأتلف لم يضمن وإن ياذن أهله) من المدونة قال ابن القاسم: من أودع صبياً صغيراً وديعة ياذن أهله أو بغير إذنه فضاغت لم يضمن، يريد وكذلك السفية لأن أصحاب ذلك سلطوا يديه على إتلافه. قال مالك: ومن باع منه سلعة فأتلفها فليس له اتباعه بثمن ولا قيمة، ولا ابتاع من الصبي سلعة ودفع إليه الثمن فأتلفه فالمبتاع ضامن للسلعة ولا شيء له قبل الصبي من الثمن. ابن عرفة: الجواب في إتلافه صواب والسؤال في ضياعها مشكل لأنه في ذلك كالرشيد. اللخمي: ولا تباعة على الصبي ولا على

وَتَعَلَّقَتْ بِذِمَّةِ الْمَأْذُونِ عَاجِلاً، وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إِذَا عَتَقَ؛ إِنْ لَمْ يُسْقِطْهُ السَّيِّدُ. وَإِنْ قَالَ: هِيَ لِأَحَدِكُمَا وَنَسِيئَتُهُ؛ تَحَالَفًا. وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا وَإِنْ أُوْدِعَ اثْنَيْنِ: جُعِلَتْ بِيَدِ الْأَعْدَلِ.

ورجعت فعليك الضمان. قال أبو عمران: لا ضمان عليه لأن من أطلق يد سفيه على ماله أو رباعه أو أودعه وديعة فتعدى السفيه فلا شيء عليه. فقيل: جناية الصبي لازمة له إلا فيما أطلق يده عليه والوصي يقول إنما أطلقت يده في الوصول فقط فبنفس الوصول انقطع تسليطي عليه فهو متعد. قال أبو عمران: هذا وإن كان كما قلت فهو قد بقي بيده كأن أودعه إياه حتى يبيعه، وقد قال مالك فيمن جعل للسفيه جعلاً في آبق فباعه إلى آخر ما في المدونة وذكر مسائل على هذا المعنى انتهى. ص: (وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل) ش: قال في المدونة: ومن أودع رجلين وديعة أو استبضعها فليكن ذلك بيد أعدلهما كالمال بين الوصيين، وإن لم يكن في الوصيين عدل خلعهما السلطان ووضع المال بيد غيرهما. قال ابن القاسم: ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئاً وأراه مثله انتهى. قال في الذخيرة: قال في

السفيه إلا أن يثبتا أنهما أنفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه فيتبعا في المال الذي صرفاه، فإن أذهبا ذلك المال وأفادا غيره لم يتبعا فيه. وقال ابن شاس: من أودع عند صبي شيئاً بإذن أهله أو بغير إذنه فأتلفه الصبي أو ضيعه لم يضمن لأنه مسلط عليه كما لو أقرضه أو باعه، وكذلك السفيه. ومن نوازل البرزلي: أفتى الشيخ أبو محمد بن أبي زيد بضمان رجل أعطاه صبي مالاً وديعة ثم رده عليه لأنه رده لمن لا يجوز له أن يعطاه (وتعلقت بذمة المأذون عاجلاً) من المدونة: ما أتلف المأذون له في التجارة من وديعة في يده فذلك في ذمته لا في رقبته لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع وليس للسيد أن يفسخ ذلك منه (وبذمة غيره إن عتق إلا أن يسقطه السيد) من المدونة قال مالك: إن أودعت عبداً محجوراً عليه وديعة فأتلفها فهي في ذمته إن عتق يوماً إلا أن يفسخه عنه السيد والعبد في الرق فذلك له لأن ذلك يعيبه فيسقط ذلك عن العبد في رقه وبعد عتقه (وإن قال هي لأحدكما ونسيته تحالفا وقسمت بينهما) قال ابن القاسم في العتبية: فيمن بيده وديعة مائتا دينار فأتى رجلان كل واحد يدعيها ولا يدري لمن هي منهما قال: تكون بينهما بعد أيمانهما، فمن نكل منهما فلا شيء له وهي كلها لمن حلف، وأما في الدين فيغرم لكل واحد منهما مائة (وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل) من المدونة قلت: فالرجل يستودع الرجلين أو يبضعهما عند من يكون ذلك منهما؟ فقال مالك في الوصيين: إن المال يجعل عند أعدلهما. قال مالك: فإن لم يكونا عدلين وضعه السلطان عند غيرهما وتبطل وصيتهما إذا لم يكونا عدلين. قال ابن القاسم: ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئاً وأراه مثله. قال سحنون: وإن اقتسم المودعان أو العاملان المال في القراض لم يضمنا. قال يحيى: ولا يضمن الوصيان إذا اقتسماه. وقاله أشهب خلافاً لابن حبيب أن كل واحد يضمن ما سلم وما صار بيده لأنه يضمن ما سلم بالتسليم وما صار بيده برضاه برفع يد الآخر عنه. انظر إيداع المحرم. قال اللخمي: لا يجوز لغير ذي محرم إلا أن يكون مأموماً لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يخلون رجل

باب العارية

صَحَّ وَنَدِبَ: إِعَارَةُ مَالِكٍ مَنفَعَةً

التنبيهات: لو اقتسمها لم يضمناها في ظاهر قول ابن القاسم، والخلع عند عدم العدالة مختص بالوصيين لأن الإيداع مشروع عند البر والفاجر ولا يوصي الفاجر. وقال القاضي إسماعيل: هما بخلاف الوصيين لا يكون عند أحدهما ولا ينزع منهما ولا يقتسمان ويجعلان حيث يثقان به وأيديهما فيه واحد انتهى.

باب العارية

ص: (صح وندب إعارة مالك منفعة) ش: قال ابن عرفة: الجوهرية: العارية بالتشديد

بامرأة ليس بينه وبينها محرم^(١) وقد أجاز مالك لمن ادعى أمة وأقامة شاهداً وضع قيمتها ويسافر بها إن كان مأموناً، ومنعه أصبغ. وانظر مسألة نزلت في كافر حمل أمانة فادعى ضياعها. وفي الزاهي: لا يؤتمن الكافر. وقال ابن عرفة: الأظهر جوازه إن كان مأموناً. ومن الاستغناء: المسلم يستحمل النصراني مالاً ليدفعه إلى من يأمره بمنزلة المسلمين قال مالك: ولا أحب لمسلم أن يضع مع كافر ولا يأمنه على شيء من بيع ولا شراء. ومن الاستغناء أيضاً: إن ادعى تلف الوديعة لا يمين عليه إلا إن كان غير مأمون أي متهماً بالخيانة فإنه يحلف ما فرط ولا ضيع، وليس عنده من سببها شيء وبريء. وأما إن كان شريباً أو زانياً أو غير ذلك من وجوه الفسق غير الخيانة فلا يمين عليه، وإن ادعى رب الوديعة أنه غير مأمون لم يقبل قوله لأنه رضي أمانته. ابن شاس.

كتاب العارية

والنظر في أركانها وأحكامها وفصل الخصومة فيها. أما الأركان فالعير والمستعير والمستعار والصيغة. وأما أحكامها فأربعة وهي: الضمان والتسلط على الانتفاع واللزوم والحكم الدافع لزوم الخصومة. وقال الجوهرية: العرية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار. ابن عبد السلام: أنكر هذا عليه ابن عرفة. قيل: إنها من التعاور الذي هو التداول وزنها فعلية، ويحتمل أن يكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها «فاعولة» أو «فعلية» على القلب وهي مصدراً تملك منفعة مؤقتة لا بعوض فيدخل العمري والإخدام لا الحبس. واسماً مال ذو منفعة مؤقتة ملكت لا بعوض (وصح وندب إعارة) سيأتي لابن الحاجب أن العارية تصح من مالك المنفعة بلا حجر. وقال ابن يونس:

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ١١١، ١١٢. مسلم في كتاب الحج حديث ٤٢٤. الترمذي في كتاب الرضاع باب ١٦. أحمد في مسنده (٢٢٢/١) (٣٣٩/٣، ٤٤٦) بلفظ «لا يخلون رجل بامرأة: إلا ذي محرم».

بِلاَ حَجْرٍ: وَإِنْ مُشْتَعِرًا؛

كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار والعاراة مثل العارية، يقال هم يتعورون للعواري بينهم. وقيل: مستعار بمعنى متعاور أي متداول. وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول وزنها فعلية. ويحتمل أن تكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها فاعولة أو فعلية على القلب. ولما ذكر ابن عبد السلام وكلام الجوهرى قال: أنكر عليه كونها منسوبة إلى العار لأنه لو كان كذلك لقالوا يتغيرون لأن العار عينه ياء. قلت في المخصص لابن سيده ما نصه: وتعورنا العواري وتعاورنا الشيء تداولناه. وقيل: العارية من الياء لأنها عار على صاحبها وقد تعيروها بينهم.

قلت: وهذا نص بأنها من ذوات الياء يرد إنكار ابن عبد السلام يتعيرون، ولكن قال ابن سيده في المحكم: والعارية المنحة. قال بعضهم: إنها من العار وهو قول ضعيف غره قولهم يتعيرون العواري وليس على وضعه إنما هي معاقبة من الواو إلى الياء.

قلت: وقد يرد بأن الأصل عدم المعاقبة انتهى. وفي رده على ابن سيده بمثل هذا انظر فتأمله. وفي القاموس: والعارية مشددة وقد تخفف، والعارية ما تداولوه بينهم والجمع عواري مشددة ومخففة انتهى. قال ابن عرفة: وهي مصدر: تملك منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمرى والإخدام لا الحبس. واسماً: مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض. ويقال طرداهما يارث ملك منفعة وارثها ممن حصل له بعوض لحصولهما للوارث بغير عوض منه. ويجب أن عموم نفي العوض لأنه نكرة في سياق النفي يخرجهما لأنهما بعوض للمالك العين من الميت. وقول ابن شاس وابن الحاجب تملك منافع العين بغير عوض يطل طرده بالحبس وعكسه بأنه لا يتناولها إلا مصدرًا والعرف إنما هو استعمالها اسماً وهي الشيء المعار وهي من حيث ذاتها مندوب إليها لأنها إحسان والله يحب المحسنين. ويعرض وجوبها نفي عينها لمن يخشى بعدمها هلاكه، وحرمتها ككونها معينة على معصية، وكراهتها ككونها معينة على مكروه، وتباح لنفي عنها وفيه نظر لاحتمال كراهتها في حقه انتهى. ونقل كلامه ابن ناجي.

فائدة: قال القرطبي في تفسير سورة آل عمران: من الغلول منع الكتب عن أهلها وكذا غيرها. انتهى بالمعنى. ص: (بلا حجر) ش: مراده هنا بالحجر أعم من الحجر المتقدم في بابه ليشمل ما إذا منع المعير المستعير من الإعارة فإنه ليس له الإعارة. قال ابن سلمون: العارية مندوب إليها وتصح من كل مالك للمنفعة وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية ما لم يحجر

العارية مندوب إليها لقوله عليه السلام: «كل معروف صدقة». ابن عرفة: ويعرض وجوبها كفني عنها لمن يخشى بعدمها هلاكاً، وحرمتها ككونها على معصية، وكراهتها وإباحتها (مالك منفعة بلا حجر وإن مستعيراً) ابن عرفة: ما منع في الإجارة فأحرى في العارية. وفي المدونة: إن استأجرت ثوباً لا تعطه

لَا مَالِكٍ انْتِفَاعٍ مِنْ أَهْلِ التَّبْرِيعِ عَلَيْهِ عَيْنًا لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ؛ لَا كَذِمِّي مُسْلِمًا وَجَارِيَةً لَوْطِي، أَوْ خِدْمَةً لِغَيْرِ مُحْرَمٍ، أَوْ لِمَنْ لَا تَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَهِيَ لَهَا، وَالْأَطْعِمَةَ وَالنُّقُودَ: قَرَضَ بِمَا يَدُلُّ،

عليه ذلك، ومن استعار شيئاً لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة أو يكرهه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك. ص: (لا مالك انتفاع) ش: انظر ما نقله ابن غازي. وانظر كلام القرافي الفرق الثلاثين وآخر كتاب العارية من الذخيرة وما نقله عن النوادر، وانظر اللخمي في الوقف. ص: (لمنفعة مباحة) ش: انظر ما يستعار ليتجمل به في الأعراس هل هو من باب المتشبع بما ليس له. انظر الأبي في كتاب الأيمان في حديث: «من ادعى دعوى كاذبة» وانظر

غيرك وإن اكرت دابة لا تكرها غيرك. وفي الزاهي: من استعار دابة فلا يركبها غيره وإن كان مثله في الخفة. وقول ابن شاس وابن الحاجب «المعير مالك المنفعة غير محجور عليه فتصح من المستعير والمستأجر» يؤيده قولها للرجل أن يؤاجر ما أوصى له به من سكنى دار أو خدمة عبد إلا أن يراد بالعبد ناحية الكفالة والحضانة. (لا مالك انتفاع) انظر في الشركة عند قوله «وبدىء في بناء بطريق» أن أصحاب حبس المدارس لا تجوز لهم عارية (من أهل التبريع عليه) ابن عرفة: المستعير قابل ملك المنفعة فلا يعار كافر عبداً مسلماً ولا ولداً والده. وقول ابن الحاجب «المستعير أهل للتبريع عليه» قاصر لأن الكافر والولد أهل للتبريع عليه (عيناً لمنفعة) اللخمي: العارية هبة المنافع دون الرقاب. ابن شاس: فلا تعار المكيلات ولا الموزونات وإنما يكون قرضاً لأنها لا تراد إلا لاستهلاك أعيانها، وكذلك الدنانير والدرهم إذا أخذت ليتصرف فيها. اللخمي: ولو استعيرت لتبقى أعيانها كالصيرفي يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع أو المشتري، فهذه تضمن إذا لم تقم البينة على تلفها ولا تضمن مع الشهادة على تلفها (مباحة) ابن شاس: من شرط المستعار أن يكون الانتفاع به مباحاً فلا يستعار الجوارى للاستمتاع، ويكره استخدام الإماء إلا من المحرم والنسوان أو لمن لم يبلغ الإصابة من الصبيان (لا كذمي مسلماً) تقدم نص ابن عرفة: لا يعار كافر عبداً مسلماً (وجارية لوطي) تقدم نص ابن شاس: لا يستعار الجوارى للاستمتاع (أو خدمة لغير محرم) واللخمي شرط عارية خدمة الإماء كونه لمن لا تخشى متعته بهن فتجوز للنساء ولغير بالغ ولذي محرم منهن كالابن والأب والأخ وابن الأخ والجد والعم، هؤلاء بالانتفاع بالخدمة على ضربين: فمن كان منهم يصح منه مالك رقبة المخدوم جاز أن يستخدمه، ومن لم يجز له ملك الرقبة لم يجز له أن يستخدمه تلك المدة، وتكون منافع ذلك لعبد أو الأمة لهما دون من وهبت له. وقال قبل ذلك: إجارة الرجل المرأة على خمسة أوجه: فإن كان عزباً لم يجز مأموناً كان أو غير مأمون، وإن كان له أهل وهو مأمون جاز، وإن كان غير مأمون في هذا الوجه لم يجز، وإن كان له أهل وإن كان متجالاً لا أرب للرجال فيها جاز، وكذلك إن كانت شابة وهو شيخ فإن (أو لمن يعتق عليه وهي لهما) تقدم نص اللخمي: من لم يجز له ملك الرقبة لم يجز له أن يستخدمه ويكون منافع ذلك العبد أو الأمة لهما دون من وهبت له (والأطعمة والنقود قرض) هذا نص المدونة وتقدم نص اللخمي عند قوله: «عيناً» (بما يدل) ابن شاس: الصيغة ما دل على معنى العارية. ابن عرفة: بحسب اللفظ والقرينة. من المدونة: لو قال اسرج لي دابتك لأركبها في حاجة

وَجَازَ: أَعْنِي بِغَلَامِكَ لِأَعْيُنِكَ إِجَارَةً وَضَمِنَ الْمَغِيبَ عَلَيْهِ؛ إِلَّا لِبَيْتَةٍ. وَهَلْ، وَإِنْ شَرَطَ نَفْيَهُ؟ تَرَدَّدَ
لَا غَيْرُهُ وَلَوْ بِشَرْطٍ، وَحَلَفَ فِيمَا عَلِمَ أَنَّهُ بِلا سَبَبِهِ. كَشُوسٍ: أَنَّهُ مَا قَرَطَ وَبَرِيءٌ

المدخل. ص: (وضمن المغيب عليه) ش: قال في المقدمات: إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر على ردها انتهى. ص: (لا غيره) ش: يعني أنه لا يضمن ما لا يغاب عليه. قال الجزولي في شرح قول الرسالة: ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة وهو مصدق في هلاكه ويحلف متهماً كان أو غير متهم انتهى. وانظر كلام غيره في المسألة.

فرع: قال في التوضيح: ابن المواز: وإذا قلنا لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها. اللخمي: ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة لأن العبد جائز لما عليه انتهى. ص: (إن)

فيقول اركبها حيث أحببت، فهذا يعلم أنه لم يسرجها له إلى الشام (وجاز أعني بغلامك لأعينك بغلامي إجارة) ابن شاس: لو قال أعني بغلامك يوماً وأعينك بغلامي يوماً فليس بعارية بل ترجع إلى حكم الإجارة لكن أجازه ابن القاسم ورآه من الرفق. وسمع ابن القاسم: من قال لرجل أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يوماً أو يومين وأعينك بغلامي أو ثوري يوماً أو يومين لا بأس بذلك للرفق انتهى. وقد تقدم من هذا في الخيار عند قوله «وأجير تأخر شهراً» (وضمن المغيب عليه إلا بيئته) من المدونة قال ابن القاسم: العارية مضمونة فيما يغاب عليه من ثوب أو غيره من العروض، فإن ادعى المستعير أن ذلك هلك أو سرق أو تحرف أو انكسر فهو ضامن وعليه فيما أفسد فساداً يسيراً ما نقصه، وإن كان كثيراً ضمن قيمته كله إلا أن يقيم بيئته أن ذلك هلك بغير سببه فلا يضمن إلا أن يكون منه تضييع أو تفریط بين فيضمن (وهل وإن شرط نفيه تردد) ابن رشد: وإن شرط المستعير أن لا ضمان عليه فيما يغاب عليه فشرطه باطل وعليه الضمان. قال ابن القاسم وأشهب في العتبية وهو عن ابن القاسم أيضاً في بعض روايات المدونة. ابن عرفة: ونقله الجلاب عن المذهب وفي غير نسخة من اللخمي. قال ابن القاسم وأشهب: إن شرط أنه مصدق في تلف الثياب وشبهها له شرطه ولا شيء عليه (لا غيره) من المدونة قال ابن القاسم: كل ما علم بالبيئته أنه هلك أو نقص فيما استعير له فلا يضمنه، ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان أو غيره وهو مصدق في تلفه، ولا يضمن شيئاً مما أصابه عنده إلا أن يكون بتعديه (ولو بشرط) ابن رشد: إن اشترط المعير على المستعير الضمان فيما لا يغاب عليه أو مع قيام البيئته فيما يغاب عليه فقول مالك وجميع أصحابه أن الشرط باطل جملة من غير تفصيل حاشا مطرف (وحلف فيما علم أنه بلا سببه كسوس أنه ما قرط وبريء) ابن الحاجب: ما علم أنه بغير سببه كالسوس في الثوب يحلف ما أراد فساداً ويبرأ. راجع ابن عرفة هنا فإن في هذا كلاماً يطول. وانظر أول ترجمة من تضمين الصناعات من ابن يونس قال: وكل ما في الرهون وتضمين الصناعات يجري مثله في العارية (وبريء في

في كثير: كسيف؛ إن شهد له أنه معه في اللقاء، أو ضرب به ضرب مثله، وفعل المأذون، ومثله ودونه؛ لا أضرب وإن زاد ما تعطب به؛ فله قيمتها، أو كراؤه: كريدف، وأتبع إن أعدم ولم يعلم

شهد له أنه معه في اللقاء) ش: هذا هو مذهب المدونة. ص: (أو ضرب به ضرب مثله) ش: هذا قول آخر حكاه ابن رشد أنه لا يصدق إلا أن يكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له. قال: وهو أبعد الأقوال ولا يحتاج إليه على القول الأول الذي صدر به المصنف وهو مذهب المدونة.

فرع: قال في التوضيح: اللخمي: وأما الرحي تستعار للطحن عليها فيأتي بها وقد

كسر كسيف إن شهد له أنه معه في اللقاء أو ضرب به ضرب مثله) فضمنه وحلف فيما علم أنه بلا سببه وفي كسر كسيف الخ. وعبرة المدونة: من استعار سيفاً ليقاتل به فاضرب به فانكسر لم يضمن لأنه فعل ما أذن له فيه، وهذا إذا كانت له بينة أو عرف أنه كان معه في اللقاء وإلا ضمن. قال سحنون: ولعله ضرب به ضرباً أخرج فيه. وقال ابن القاسم في العتبية: إذا استعار ثوباً أو منشاراً أو فأساً أو غيره مما يغاب عليه فيأتي به مكسوراً يقول نابه ذلك فيما استعترته له إنه ضامن ولا يصدق. وقال عيسى: ولا يضمن إذا ذكر ما يشبه ويرى أنه يصيبه ذلك في ذلك العمل فذلك لا يخفى. وذكر ابن حبيب عن مطرف مثل قول عيسى. ومثل الفأس في ذلك السيف والصحفة وما يغاب عليه لا يضمن في شيء من ذلك إذا جاء بما يشبه. وابن القاسم يضمنه وبمثل قول مطرف. ابن يونس: وهو عندي آيين. ابن رشد: هو أصوب الأقوال ويحلف (وفعل المأذون ومثله ودونه لا أضرب) من المدونة: من استعار دابة ليحمل عليه حنطة فجعل عليها حجارة فكل ما حمل مما هو أضربها مما استعارها له فعطبت به فهو ضامن، وإن كان مثله في الضرر لم يضمن كحمله عدساً في مكان حنطة أو كتاناً أو قطناً في مكان بر. وكذلك من اكترها لحمل أو ركوب فأكراها من غيره في مثل ما اكترها له فعطبت لم يضمن، وإن اكترها لحمل حنطة فركبها فعطبت، فإن كان ذلك أضرباً وأثقل ضمن وإلا لم يضمن انتهى. انظر قبل هذا عند قوله: «مالك منفعة» (وإن زاد ما تعطب به فله قيمتها أو كراؤه) ابن يونس: وإذا استعارها لحمل شيء فحمل غيره أضرب، فإن كان الذي زاده مما تعطب في مثله فعطبت، خير رب الدابة في أن يضمنه قيمتها يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك، وإن أحب أن يأخذ كراء فضل الضرر أخذه ولا شيء له غير ذلك. ومعرفته أن يقال كم يساوي كراؤها فيما استعارها له؟ فإن قيل عشرة قيل له: كم يساوي كراؤها فيما حمل عليها؟ فإن قيل خمسة عشر دفع إليه الخمسة الزائدة على كراء ما استعارها له. وإن كان ما حملها به لا تعطب في مثله فليس له الإكراء الزيادة لأن عطبتها من أمر الله ليس لأجل الزيادة (كريدف) من المدونة: إن استعارها ليركب إلى موضع فركب وأردف رديفاً تعطب في مثله فعطبت، فربها مخير في أخذ كراء الرديف فقط أو تضمينه قيمة الدابة يوم أردفه (واتبع إن أعدم ولم يعلم بالإعارة) انظر هذه العبارة قال ابن يونس: إن علم الرديف أنها مستعارة فهو كالمستعير لربها أن يضمن من شاء منهما، وإن لم يعلم فعن أشهب لا يلزم الرديف شيء وإن كان المستعير

بِالإِعَارَةِ؛ وَإِلَّا فِكْرَاؤُهُ، وَلَزِمَتِ الْمُقَيَّدَةُ بِعَمَلٍ أَوْ أَجَلٍ لِانْقِضَائِهِ؛ وَإِلَّا فَالْمُعْتَادُ، وَلَهُ الْإِخْرَاجُ فِي: كَيْتَاءٍ؛ إِنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ، وَفِيهَا أَيْضاً قِيَمَتُهُ، وَهَلْ خِلَافٌ، أَوْ قِيَمَتُهُ إِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ، أَوْ إِنْ طَالَ أَوْ إِنْ اشْتَرَاهُ بِغَبْنٍ كَثِيرٍ؟ تَأْوِيلَاتٌ.

جففت فلا شيء عليه بالاتفاق. ص: (وإلا فالمعتاد وله الإخراج في كبتاء) ش: قال ابن غازي: قوله «وإلا فالمعتاد» هو خلاف ما في المدونة إلا أن ابن يونس صوبه. وقوله «وله الإخراج» وفاق لما في المدونة وكلامه متناقض، وقد عدها ابن الحاجب قولين وقبله ابن عبد السلام وابن عرفة والمصنف. ولو قال: فالمعتاد على الأرجح وفيها له الإخراج في كبتاء، الخ لأجاد انتهى. وما قاله ابن غازي صحيح لا غبار عليه، وعلى ما ذكره المصنف في البناء هنا مشى في كتاب الشركة في مسألة إعارة الجدار وما بعده، وهو أحد الأقوال الستة التي حصلها ابن زرقون على ما قاله في التوضيح كأنه والله أعلم أشار به إلى أخذها من كلام ابن رشد فإنه حصلها في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من الأفضية فراجع. وقال البساطي هنا: فإن قلت قوله: «وإلا فالمعتاد» يقتضي أن العارية لازمة إلى انتهاء المدة وقول: «وله الإخراج» ينافي ذلك ولهذا لما قال ابن الحاجب «وإلا فالمعتاد في مثلها» غير بعد ذلك بـ«قيل» فقال «وقيل

عديماً. وقال بعض شيوخنا: هذا خلاف لابن القاسم بل عليه الكراء في عدم المستعير كمن غصب سلعة فوهبها فهلكت أن الموهوب يضمن في عدم الغاصب (وإلا فِكْرَاؤُهُ) تقدم قبل قوله: «كرديف» أنه إن كان ما حملها به لا تعطب في مثله فليس له إلا كراء الزيادة (ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لا بقضائه) ابن عرفة: الوفاء بالعارية لازم. من المدونة: من ألزم نفسه معروفاً لزمه. ومن كتاب محمد: قال مالك في السائل يقف بالباب فيؤمر له بالكسرة فيوجد قد ذهب: فأرى أن يعطى لغيره وما هو بالواجب. ومن قال لمديان أو غيره أنا أعيرك أنا أهبك فلا يلزمه وقد رغب عن مكارم الأخلاق. ولا أدري كيف ذلك فيما بينه وبين الله. قال ابن القاسم: وأما ما أدخله بوعده في لازم فذلك الوعد يلزم. قال مالك: إلا أن يموت المعطي قبل القبض. ومن نوازل سحنون: من جامع البيوع في المشتري يخاف الوضيعة فيقول له البائع لا تأس قد حط الله عنك من ثمنه كذا، ثم إن المشتري باع بربح قال: لا تلزم الحطيطة. ابن رشد: صار السبب شرطاً لها فوجب بطلانها بارتفاع الشرط مثل ما في سماع يحيى في الذي أراد سفراً فينتظر صاحبه دينه فينظره ثم يبدو له عن السفر قال: تسقط النظرة. اللخمي: إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمته إليه (وإلا فالمعتاد) هذه عبارة ابن الحاجب: وعن ابن القاسم: إن كان العارية ليبيني ويسكن ولم يضرب أجلاً فليس له إخراجه حتى يبلغ ما يعار لمثله من الأمد. ابن يونس: وهذا صواب لأن العرف كالشرط. (وله الإخراج في كبتاء) إن دفع ما أنفق وفيها أيضاً قيمته وهل خلاف أو قيمته إن لم يشتره أو إن طال أو إن اشتراه بغبن كثير (تأويلات) تقدم النقل عند قوله «ونذب إعارة داره وله أن يرجع

وَإِنْ أَنْقَضْتَ مُدَّةَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ: فَكَالْغَضِبِ، وَإِنْ أَدْعَاهَا الْآخِذُ وَالْمَالِكُ: الْكِرَاءُ: فَالْقَوْلُ لَهُ؛ إِلَّا أَنْ يَأْتَفَ مِثْلَهُ؛

للمعار الإخراج» فجعلهما قولين. وقال الشارحان الذي عبر عنه بـ«قيل» هو مذهب المدونة والمصنف جمع بينهما.

قلت: هو تابع في ذلك للمدونة ويبين لك ذلك بنصها قال: ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يفرس فلما فعل أردت إخراجها، فإن كان بقرب ذلك مما يرى أنه لا يشبه أن يعير إلى تلك المدة فليس لك إخراجها إلا أن تعطيه ما أنفق، فأنت ترى أنه جعلها لازمة إلى المدة ولكنه جعل للمعير الإخراج بشرط أن يعطيه ما أنفق فليس بين الكلامين خلاف. فإن قلت: فابن الحاجب جعله خلافاً وقال الشارحان: القول الأول لمطرف وغيره. قلت: هذا أيضاً صحيح، واتفق مطرف والمدونة على أنها لازمة ولكن مطرف يقول: ليس له الإخراج ولو أعطى بخلاف المدونة فكانا قولين بهذا الاعتبار انتهى كلامه. وما قاله رحمه الله ليس بظاهر فإنه إنما فرق في المدونة بين أن يطلبه بالقرب بعد ما يرى أنه أعار إلى مثله لأجل أنه ورطه حتى بنى، أما لو لم يبن أم كان المستعار مما لا يبني فيه ولا يفرس كالشوب والداية والعبد لأخذه صاحبه قرب الأمد أو بعد. قال في المدونة إثر الكلام المتقدم في كلام البساطي: وقال في باب بعد هذا: قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد. وإن أردت إخراجها بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والفرس مقلوعاً وإلا أمرته بقلعه إلا يكون مما لا قيمة له إذا قلع ولا نفع فيه من حص ونحوه فلا شيء للباني فيه، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً قبله وليس لك إخراجها هنا قبل الأجل، وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً. وكذلك لو لم يبن ولم يفرس حتى أردت إخراجها فليس لك ذلك قبل الأجل، ولو لم تضرب أجلاً كان ذلك لك انتهى. وقال ابن عرفة اللخمي: إن أجلت العارية بزمان أو انقضاء عمل لزمته إليه، وإن لم تؤجل كقولك أعرتك هذه الأرض أو الدابة أو الدار أو هذا العبد أو الثوب في صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار له، ثالثها إن أعاره ليسكن ويبنى فالثاني وإلا فالأول لابن القاسم فيها مع أشهب وغيرهما وابن القاسم في الدمياطية. انتهى والله أعلم. ص: (إلا أن يأنف مثله عنه) ش: قال ابن الحاجب: إلا أن

إن دفع ما أنفق أو قيمته انظر هناك (وإن انقضت مدة البناء والفرس فكالغضب) من المدونة قال ابن القاسم: وإن أردت إخراجها بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله، فلك أن تعطيه قيمة البناء أو الفرس مقلوعاً. قال محمد: بعد طرح أجره القلع وإلا أمرته بقلعه إلا أن يكون مما لا قيمة له ولا نفع فيه إذا قلع مثل الحص ونحوه فلا شيء للباني فيه، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلاً يبلغه فليس لك ما هنا إخراجها قبل الأجل وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً (وإن ادعاها الآخذ والمالك الكراء فالقول له بيمين إلا أن يأنف مثله عنه) من المدونة قال ابن القاسم: من ركب دابة رجل إلى بلد

كَزَائِدِ الْمَسَافَةِ إِنْ لَمْ يَزِدْ، وَإِلَّا فَلِلْمُسْتَعِيرِ فِي نَفْيِ الضَّمَانِ وَالْكَرَاءِ، وَإِنْ بَرَسُولٍ مُخَالِفٍ كَدَعْوَاهُ
رَدُّ مَا لَمْ يَضْمَنْ،

يكذبه العرف. ابن عبد السلام: واعلم أن المراد بقوله «ما لم يكذبه العرف» ليس هو إلا أن تكون عادة المالك أن يكره ما جرى بينهما النزاع فيه، بل مرادهم مع ذلك أن يكون شرفه يأبى الكراء من غيره ويأنف عن مثل هذا، ونحوه في التوضيح. ص: (كدعواه رد ما لم يضمن) ش: قال ابن رشد في أول سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواب: الأشياء المقبوضة من أربابها على غير وجه المالك إن قبضت لمنفعة القابض خاصة كالعوارى والرهون، فالقابض ضامن لما يغاب عليه إلا أن يقيم البينة على التلف ومصدق فيما لا يغاب عليه أنه قد تلف مع يمينه إلا أن يتبين كذبه وإن قبضت لمنفعة أربابها خاصة كالبضائع والودائع فالقابض لها مصدق في دعوى التلف دون يمين إلا أن يتهم فيحلف، عيناً كان أو عرضاً أو حيواناً، وإن قبضت لمنفعتيها جميعاً كالقراض والشيء المستأجر فكذلك لأنه يعقب منفعة أربابها من جهة

وادعى أنه أعاره إياها وقال ربها بل اكرهتها مني، فالقول قول ربها. ابن يونس: لأنه ادعى عليه معروفاً. قال ابن القاسم: إلا أن يكون مثله ليس يكره الدواب لشرفه وقدره (كزائد المسافة إن لم يزد) من المدونة قال ابن القاسم: وجدت في مسائل عبد الرحيم أن مالكا قال فيمن استعار دابة فركبها إلى موضعه فلما رجع زعم ربها أنه أعارها إياه إلى دون ما ركبها إليه أو إلى بلد آخر: فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبه مع يمينه. وكذلك في سماع ابن القاسم نصاً سواء قال فيه ابن القاسم: وذلك إذا ركب ورجع وإن لم يركب بعد فالمعير مصدق مع يمينه. وكمن أسكنته داراً أو أخدمته عبداً فبعد سنة قال: هو المدة سنة، وقلت أنت ستة أشهر، فهو مصدق عليك مع يمينه إلا أن يدعي عليك ما لا يشبه، ولو لم يقبض المسكن ولا العبد فأنت مصدق مع يمينك. ابن يونس: وهذا من قوله يريد أن القول قوله في رفع الضمان والكراء لأن مستعير الدار لو ثبت عداؤه بمجاوزة المدة التي استعارها إليها فانهدمت الدار بأمر من الله في تلك المدة لم يضمنها لأنه إنما تعدى على السكنى فلا يكون أسوأ حالاً من غاصب السكنى، فكيف بمن لم يثبت عداؤه؟ فإذا ثبت أنه لا يضمنها لم يبق إلا أن يكون القول قوله في السكنى ودفع الكراء (وإلا فللمستعير في نفي الضمان والكراء) تقدم قول ابن القاسم: إذا رد المستعير الدابة فالقول قوله. قال ابن يونس: والقول قوله في رفع الضمان والكراء (وإن برسول مخالف) لأشهب: من بعث رسولا إلى رجل يعيره دابة إلى برقة فأعاره فركبها المستعير إلى برقة فعطبت فقال المعير إنما أعرته إلى فلسطين وقال الرسول بل إلى برقة، فشهادة الرسول ها هنا لا تجوز للمستعير ولا عليه لأنه إنما يشهد على فعل نفسه، ويحلف المستعير أنه ما استعارها منه إلا إلى برقة ويسقط عنه الضمان (كدعواه رد ما لم يضمن) مطرف: يصدق المستعير مع يمينه إذا ادعى رد ما لا يغاب عليه إلا إن كان قبضه بيينة فلا يصدق انتهى. وانظر إذا ادعى رد ما يغاب عليه فإنه لا يصدق ويكون القول قول المعير مع يمينه

وَأَنَّ زَعَمَ أَنَّهُ مُرْسَلٌ لِاسْتِعَارَةِ حُلِيِّ وَتَلْفِ ضَمِينَتِهِ مُرْسَلُهُ؛ إِنَّ صَدَقَتَهُ، وَإِلَّا حَلَفَ وَبَرِيءٌ، ثُمَّ حَلَفَ الرَّسُولُ وَبَرِيءٌ وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْعَدَاءِ: ضَمِنَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي ذِمَّتِهِ؛ إِنْ عَتَقَ،

أنها ملك لمتاعه ولو شاء لم يدفعه، وما يصدق فيه في دعوى التلف من الوديعة والبضاعة والقراض والشيء المستأجر وما لا يغاب عليه من الرهون والعواري فالقول قوله في دعوى الرد مع يمينه إلا أن يكون قبضه بيينة. وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في أول سماعه أن القول قول المستأجر في رد ما استأجره وإن قبضه بيينة، وكذلك يلزم في القراض والوديعة وما لا يصدق فيه في دعوى التلف مما يغاب عليه من العواري والرهن، فلا يكون القول فيه قوله في دعوى الرد وعليه إقامة البيينة في ذلك إلا ما يدل عليه ما وقع في آخر رسم من سماع أبي زيد من الوديعة من أنه يصدق في رد الرهن إذا قبضه بغير بيينة انتهى. وقال في سماع أبي زيد المذكور، في هذه المسألة دليل على أن القول قول المرتهن في رد الرهن إذا قبضه بغير بيينة كالوديعة وذلك بعيد. ثم قال: ولعله إنما تكلم في هذه الرواية على الرهن الذي لا يغاب عليه يصدق المرتهن في رده إذا قبضه بغير بيينة كما يصدق في تلفه كالوديعة انتهى. وقال في آخر رسم الرهن الثاني من المدونة من سماع عيسى من كتاب الرهن في شرح مسألة فيه: وهذا كما قال لأن ما لا يصدق في دعوى الضياع فيه من العواري والرهن التي يغاب عليها فلا يصدق في دعوى الرد فيه، سواء قبض ذلك بيينة أو بغير بيينة. وهذا مما لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب إلا ما وقع في آخر سماع أبي زيد من الوديعة فإن فيه دليلاً على أنه يصدق في دعوى الرهن إذا قبضه بغير بيينة وهو بعيد، ولعله إنما تكلم على الرهن الذي لا يغاب عليه انتهى. وعلى هذا ففي كلام المصنف إشكال انظر المقدمات في كتاب الوديعة والتوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: «وإن ادعى الرهن قبل مطلقاً».

عند ابن القاسم، قال في كتاب محمد: وسواء أخذ ذلك بيينة أو بغير بيينة. قال ابن رشد: من حق المستعير أن يشهد على المعير في رد العارية وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد بخلاف الوديعة لأن العارية مضمونة بخلاف الوديعة (وإن زعم أنه مرسل لاستعارة حلي وتلف ضمنه مرسله إن صدقه) سمع يحيى ابن القاسم في الأمة والحرة تأتي قوماً لتستعير منهم حلياً لأهلها وتقول هم بعثوني فتلف، فإن صدقها أهلها فهم ضامنون وبريء الرسول، وإن جحدوا حلفوا وبرئوا ويحلف الرسول لقد بعثوني وبيراً، لأن هؤلاء قد صدقوه أنه مرسل. وإن أقر الرسول أنه تعدى وهو حر ضمن، وإن كان عبداً كان في ذمته إن عتق يوماً ما. ولا يلزم رقبته بإقراره. ولو قال الرسول أوصلت ذلك إلى من بعثني لم يكن عليه وعليهم إلا اليمين (وإلا حلف وبريء ثم حلف الرسول وبريء) تقدم قول ابن القاسم: إن جحد المرسل حلف وبريء ويحلف الرسول لقد بعثني وبيراً (وإن اعترف بالعداء ضمن الحر والعبد في ذمته إن أعتق) تقدم قول ابن القاسم: إن أقر الرسول

وَإِنْ قَالَ أَوْصَلْتُهُ لَهُمْ: فَعَلَيْهِ وَعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ. وَمُؤْنَةٌ أَخَذَهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ: كَرَدَّهَا عَلَى الْأَظْهَرِ، وَفِي عَلْفِ الدَّابَّةِ: قَوْلَانِ.

مسألة: من استعار دابة ليحمل عليها شيئاً فوكل من يحمله عليها أو حمله عليها شريكه، لم يضمن هو ولا شريكه بخلاف لو تعدى أجنبي وحمل عليها ما استعيرت له، فإن الأجنبي يضمن، قاله في كتاب الشركة من المدونة وقال أبو الحسن: قال ابن حبيب: ومن استعار دابة لركوب أو حمل ثم ردها مع عبده أو غلامه فعطبت أو ضلت فلا يضمن لأن شأن الناس على هذا وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول وهو مأمون أو غير مأمون ذلك سواء فلا يضمن. ص: (فعلية وعليهم اليمين) ش: قال في رسم البراءة من سماع عيسى من العارية: ولو زعم الرسول أنه قد أوصله إلى الذين بعثوه وجحدوه لم يكن عليهم ولا عليه إلا اليمين ويبرؤون انتهى. وقوله: «وجحدوه» الظاهر أن مراده جحدوا الإرسال ولو أقروا به ضمنوا والله أعلم. ص: (ومؤنة أخذها على المستعير كردها على الأظهر) ش: تصوره ظاهر وتقدم في الإقالة الكلام على حمل السلعة المقال منها والله أعلم.

أنه تعدى وهو حر ضمن، وإن كان عبداً كان في ذمته إن عتق (وإن قال أوصلته لهم فعلية وعليهم اليمين) تقدم قول ابن القاسم: لو قال أوصلت ذلك إلى من بعثني لم يكن عليه وعليهم إلا اليمين (ومؤنة أخذها على المستعير كردها على الأظهر) ابن رشد: أجرة حمل العارية على المستعير واختلف في أجرة ردها، فقيل على المستعير وهو الأظهر (وفي علف الدابة قولان) جميع ما نقل في الاستغناء ما نصه قال بعض أصحابنا: من استعار دابة أو شيئاً له نفقة فذلك على صاحبها وليس على المستعير من ذلك شيء، لأنه لو كان على المستعير لكان كراء ويكون العلف في الغلاء أكثر من الكراء ويخرج من عارية إلى كراء. وبعض المفتين: إلا في الليلة والليلتين فذلك على المستعير. وقيل أيضاً في الليلة والليلتين على ربها، وأما في المدة الطويلة والسفر البعيد فعلى المستعير كنفقة العبد المخدم وكأنه أقيس والله أعلم اه. فانظر قوله «كنفقة العبد المخدم» ولم يذكر ابن عرفة علف الدابة وذكر نفقة المخدم. قال في المدونة: إنه على المخدم ورؤي بفتح الدال وبكسرهما. وفي المدونة: لا يؤدي الرجل زكاة الفطر إلا على من يحكم عليه بنفقته قال: وزكاة فطر المخدم على سيده. وانظر ذكر ابن يونس في هذا الباب العمري والرقبي والإخدام ومن بنى أو غرس بأرض قوم فلم ينكروا عليه. وانظر ابن عرفة إذا سقط ضمان الدابة والعبد هل يضمن كسوة العبد وسرج الدابة ولجامها لكون ذلك مما يغلب عليه؟ وأن من استعار بازاً للصيد صدق في دعواه أنه طار أو سرق. وانظر في ابن عرفة أيضاً هل ضمان ما يضمن من العارية يوم ضاعت أو يوم العارية؟ وكيف لو ضاعت قبل أن يستعملها فيما استعارها له وهي قد تنقص بسبب ما استعارها إليه كما لو أهلكها المعير قبل قبضها المستعير أو أولد أمة بعد أن أخدمها رجلاً سمح له في طريق ثم بدا له، أو غرس على مائه وهو ساكت ثم أراد قطعه استعار دابة فردها مع عبده أو غيره فضلت. ابن شاس.

باب الغصبباب الغصب

قال في الذخيرة: الغصب لغة قال الجوهري: أخذ الشيء ظلماً، غصبه منه وغلبه سواء، والاعتصاب مثله انتهى. ثم قال صاحب المقدمات: التعدي على رقاب الأموال سبعة أقسام لكل قسم منها حكم يخصه وهي كلها مجمع على تحريمها وهي: الحرابة والغصب والاختلاس والسرقة والخيانة والإدلال والمجد انتهى.

فوائد: قال عليه السلام في خطبة ثاني النحر «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» فورد سؤال وهو أن المشبه يجب أن يكون أخفض من المشبه به وهو هنا منحط عنه في نظر الشرع بكثير. وجوابه أن التشبيه وقع بحسب اعتقادهم فإنهم كانوا يعظمون البلد والشهر ويحتقرون الأمور المذكورة. انتهى بالمعنى من الذخيرة ومنها أيضاً في أدلة الغصب قوله عليه السلام: «من غصب شبراً من أرض طوقه من سبع أرضين»^(١) متفق عليه.

فائدة: قال العلماء: لم يرد في السمعيات ما يدل على تعدد الأرضين إلا قوله تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَمِنَ الْأَرْضِ مِثْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ١٢] وهذا الحديث وقيل: المثلية في العظم لا في العدد فلا دلالة.

فائدة: قال البغوي قبل طوفه أي كلف حمله يوم القيامة لا طوق التقليد. وقيل: تخسف الأرض به فتصير البقعة المغصوبة في حلقه كالطوق قال: وهذا أصح لما في البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أخذ من الأرض شبراً بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين»^(١) انتهى. وحديث البخاري هذا دليل أيضاً على تعدد الأرضين. وقوله: «وقيل المثلية في العظم» يظهر لي أنه ولو قيل به ففيه أيضاً دليل على التعدد والله أعلم. ومنها أيضاً قال

كتاب الغصب

وفيه بابان: الأول في الضمان وفيه ثلاثة أركان: الأول الموجب والموجب فيه والواجب. الباب الثاني في الطوارئ على المغصوب من نقصان أو زيادة أو تصرف والفرق بين الغاصب والمتعدي. وقال ابن رشد: التعدي على رقاب الأموال ينقسم سبعة أقسام، لكل قسم منها حكم يختص به. وذلك كله يحرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وهي أخذ الأموال على وجه الغصب من غير حرابة، أو على وجه الاختلاس، أو على وجه السرقة، أو على وجه الخيانة، أو على وجه الإدلال، أو على

(١) رواه مسلم في كتاب المساقاة حديث ١٣٧، ١٤١.

الغَضْبُ؛ أَخَذَ مَالَ، قَهَرًا، تَعْدِيًّا، بِلَا حِرَابَةٍ.

رسول الله ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»^(١) يروى بالتنوين في عرق على النعت، وبعده على الإضافة. وفي النكت: عرق الظالم ما يحدثه في المغصوب. قال ابن شعبان: العروق أربعة: ظاهران البناء والغرس، وباطنان في الأرض الآبار والعيون. انتهى. ص: (أخذ المال قهراً تعدياً حرابية) ش: هذا الرسم نحو رسم ابن الحاجب وهو متعقب من وجهين: الأول: أن فيه التركيب في قوله «بلا حرابية» لأنه يتوقف على معرفة حقيقة الحرابية، والتركيب هو توقف معرفة الحدود على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه. وقد اعترض به ابن عرفة على ابن الحاجب وأصله لابن عبد السلام ولم يعزه ابن عرفة له. الثاني: أنه غير مانع لأنه يدخل فيه أخذه المنافع كسكنى ربيع وحرثه وليس غصباً بل تعدياً، وهذا لابن عرفة أيضاً. وحده بقوله: الغضب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال، فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكة وحرابته انتهى. وفي التنبهات: الغضب في لسان العرب منطلق على أخذ كل ملك بغير رضا صاحبه من شخص أو مال أو منافع، وكذلك التعدي سراً أو جهراً أو اختلاساً أو سرقة أو جنابة أو قهراً، غير أن الغضب استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان الممتلكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة، واستعمل المتعدي عرفاً في التعدي على عينها أو منافعها، سواء كان للمتعدى في ذلك يد بيد أربابها أو لم يكن كالقراض والودائع والإجارة والصنائع والبضائع والعواري. وفرق الفقهاء بين الغضب والتعدي في وجوه منها: أن الغاصب ضامن للسلعة يوم الغضب لأنه يوم وضع يده عليها بالتعدي والمتعدي يوم التعدي والغاصب يضمن الفساد اليسير، والمتعدي لا يضمن إلا الكثير، وعلى المتعدي كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال

وجه الجحد والاختطاع (الغضب أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابية) ابن الحاجب: الغضب أخذ المال عدواناً قهراً من غير حرابية. ابن عرفة: يبطل طرده بأخذ المنافع. كذلك كسكنى ربيع وحرث وليس ذلك غصباً بل تعدياً، وإنما الغضب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا بخوف قتال، فخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكة وحرابته. وقال المازري: أحسن ما قيل إن من قصد إلى التعدي على منفعة الشيء كعبد يستخدمه وثوب يلبسه ولم يقصد إلى الاستيلاء على رقبة العين والثوب ولا الحيلولة بينها وبين ربها في التصرف في ملكه على حسب ما يتصرف به المالك في الرقاب، فإن هذا يسمى تعدياً، وكذلك إذا أتلف بعض أجزاء الشيء قاصداً ذلك البعض معرضاً عن الاستيلاء على

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٥. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٢٦، ٢٧. أحمد في مسنده (٣/٣٠٤، ٣١٣،

وَأَدَبٌ مُّمَيِّزٌ

عند مالك. وقال في الغاصب: لا كراء عليه. وفي كثير من هذه الأصول اختلاف من أصحابنا معلوم انتهى. ويؤخذ منه أن من تعدى على دابة وديعة وركبها فعليه أجرتها فتأمل. وقال في الذخيرة: قال بعضهم: الغصب رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهراً. وقيل: وضع اليد العادية قهراً. وينبغي على التعريفين أن الغاصب من الغاصب غاصب على الثاني دون الأول لكونه لم يرفع اليد المستحقة انتهى. وقال ابن عرفة: التعدي قال المازري: هو غير الغصب. وأحسن ما ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق دون قصد الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه. قلت: وحاصل مسائل التعدي الانتفاع بملك الغير دون حق فيه خطؤه كعمده أو التصرف فيه بغير إذنه أو إذن قاض أو من يقوم مقامه لفقدهما، فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء والأجانب. ص: (وأدب مميّز) ش: قال ابن الحاجب: ويؤخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويؤدب، انتهى. قال في التوضيح: ولا خلاف في تأديب البالغ. وأما غير البالغ فقال ابن عبد السلام: ما ذكره المؤلف هو ظاهر المذهب للمتقدمين. وفي المقدمات: لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه السلام «رفع القلم عن ثلاث»^(١) وقيل: يؤدب كما يؤدب في المكتب انتهى. وقال في المقدمات: ويجتمع في الغصب حق الله وحق المغصوب منه فيجب على الغاصب لحق الله تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى الناس عن حرّات الله، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه انتهى. ونقله في التوضيح. ونقله ابن ناجي في شرح الرسالة وقال عقيبه: وما ذكره خالفه فيه المتيطي فقال: لا يؤدب إن عفا عنه المغصوب منه. انتهى فتأمل والله أعلم.

تنبيه: قال ابن عرفة: والغصب بين الكافرين كالفصل بين المسلمين. ابن شعبان: وكذا بين الزوجين وبين الوالد وولده، وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف وبهذا أقول انتهى. ونحوه في المقدمات. ويستوي في حكمه الأحرار البالغون من أهل الذمة والمسلمين القرابة والأجنبيين إلا الوالد من ولده والجد للأب من حفيده، فقيل لا يحكم لهم بحكم الغاصب الأجنبي لقوله

ما سواه من أجزاء الشيء كرجل قطع يد عبد رجل أو قطع من ثوبه بعضه. وقال ابن يونس: القضاء أن المتعدي يفارق الغاصب في جنائته لأن المتعدي إنما جنى على بعض السلعة، والغاصب كان غاصباً لجميعها فضمنها يومئذ بالغصب (وأدب مميّز) ابن رشد: يجب على الغاصب لحق الله الأدب والسجن على قدر اجتهاد الإمام ليتناهى الناس عن حرّات الله إلا أن يكون صغيراً لم يبلغ الحلم فإن الأدب

(١) رواه البخاري في كتاب الحدود باب ٢٢. أبو داود في كتاب الحدود باب ١٧. الترمذي في كتاب

الحدود باب ١. ابن ماجه في كتاب الطلاق باب ١٥. الدارمي في كتاب الحدود باب ١. أحمد في

كَمُدَّعِيهِ عَلَى صَالِحٍ، وَفِي حَلْفِ الْمَجْهُولِ: قَوْلَانِ.

عليه السلام «أنت ومالك لأبيك»^(١) انتهى قال البرزلي إثر نقله قول ابن شعبان: وبهذا أقول قلت: هو الذي ارتضاه الباجي في سنن الصالحين وروى فيه حديثاً وإشعاراً لقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» وقوله عليه السلام «خير ما يملكه الإنسان من كسبه وولده من كسبه»^(٢) وظاهر قول مالك أنه لا يجوز له القدوم عليه ابتداءً إلا من ضرورة، فإن فعل فلا يطلب منه ما يطلب من الأجانب من القطع والأيمان عند الإنكار والقتل في باب التغليظ إلى غير ذلك، وحكم الجد جارٍ على إلحاقه بالأب، وفي المذهب مسائل تشهد للقولين. انتهى من أول مسائل الغصب والله أعلم. ص: (كمدعيه على صالح وفي حلف المجهول قولان) ش: قال في كتاب الغصب منها: ومن ادعى على رجل غصباً وهو ممن لا يتهم بهذا عوقب المدعي، وإن كان متهماً نظر فيه الإمام وأحلفه، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الناس في هذا على ثلاثة أوجه: فإن كان المدعي عليه الغصب ممن يليق به ذلك هدد وسجن، فإن لم يخرج شيئاً حلف، وفائدة تهديده لعله يخرج عين ما غصب إذا كان يعرف عينه، وأما ما لا يعرف فلا فائدة في تهديده إذ لو أخرج بالتهديد ما لا يعرف بعينه لم يؤخذ منه حتى يقر آمناً، وإن كان من وسط الناس لا يليق به سرقة لم يلزم يمين ولا يلزم راميته بذلك شيء. وإن كان من أهل الدين والخير لزم القائل بطلبك الأدب. وقال في آخر كتاب السرقة من النكت: قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا: المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه: فمبرز بالعدالة والفضل لا شيء عليه ويؤدّب له المدعي عليه، ومتهم معروف بهذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم فيه من الاجتهاد، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين انتهى. وقال اللخمي في تبصرته: ومن ادعى عليه الغصب كان الحكم في تعلق اليمين والعقوبة راجعاً إلى حال المدعي عليه، فإن كان معروفاً بالخير والصلاح عوقب المدعي، وإن لم يكن معروفاً بذلك وأشكل حاله لم يعاقب

يسقط عنه لحديث «رفع القلم عن ثلاث». وقيل: إن الإمام يؤدّبه كما يؤدّب الصبي في المكتب، وأخذ بحق المصوب منه وإن كان صبيّاً لا يعقل فليل: إن ما أصابه هدر كالبهيمة العجماء. انظر عند قوله (كمدعيه على صالح) من المدونة قال ابن القاسم: من ادعى على رجل غصباً وهو ممن لا يتهم بذلك عوقب المدعي، وإن كان متهماً بذلك نظر فيه الإمام وأحلفه، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق (وفي حلف المجهول قولان) الذي لابن يونس: المتهم يحلف والذي هو من أوساط الناس لا يحلف ولا يؤدّب راميته والخير يلزم راميته الأدب، وأشهب يقول: لا

(١) رواه ابن ماجة في كتاب التجارات باب ٦٤. أحمد في مسنده (١٧٩/٢، ٢٠٤، ٢١٤).

(٢) رواه النسائي في كتاب البيوع باب ١. ابن ماجة في كتاب التجارات باب ١. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦. أحمد في مسنده (٣١/٦، ٤٢، ١٢٧، ١٩٣، ٢٢٠).

المدعي ولم يحلف المدعى عليه، وإن كان ممن يشبه ذلك وليس معروفاً به حلف ولم يعاقب المدعي، وإن نكل حلف المدعي واستحق، وإن كان معروفاً بالتعدي والغصب حلف وضرب وسجن، فإن تمادى على الجحود ترك، واختلف إذا اعترف بعد التهديد على ثلاثة أقوال: فقيل لا يؤخذ بإقراره عين المدعى فيه أو لم يعينه لأنه مكره. وقيل: إن عين أخذ به وإن لم يعين لم يؤخذ بإقراره. وقال سحنون: يؤخذ بإقراره عين المدعى فيه أو لم يعينه. قال ولا يعرف ذلك إلا من ابتلي به يريد القضاة وما شابههم يقول إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز وإن كان من الحق عقوبته وسجنه لما عرف من حاله أخذ بإقراره، وإنما الإقرار الذي لا يؤخذ به ما كان ظلماً أن يهدد ويضرب من لا يجوز فعل ذلك به، وقد أجمع الناس على من أسلم بعد القتال والسيوف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه لأنه إكراه بحق. ولو أكره ذمي على الإسلام لم يكن إسلامه إسلاماً إن رجع عنه وإن ادعى أن ذلك كان للإكراه، لأن الذمة التي عقدت لهم تمنع من إكراههم، فإكراههم على ذلك ظلم. انتهى. وفي الفصل الثالث من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون في الدعاوى بالتهم والعدوان ما نصه: إذا كان المدعى عليه بذلك ليس من أهل تلك التهمة، فهذا النوع لا تجوز عقوبته اتفاقاً، واختلف في عقوبة المتهم على قولين، والصحيح منها أنه يعاقب. ثم قال في آخر الفصل: قال الباجي، وإذا كان المدعى عليه مجهول الحال فظاهر ما في المذهب يقتضي أن الأدب على المدعى عليه وعليه اليمين. وفي الواضحة ما يقتضي أنه يخلى سبيله دون يمين، وقد أطال رحمه الله في هذا الفصل الكلام. فقوله المؤلف: «وفي حلف المجهول قولان» يشير إلى كلام ابن يونس المتقدم وكلام الباجي الذي نقله ابن فرحون، وانظر ما ذكره البساطي رحمه الله والله أعلم.

فرع: قال في ثاني مسألة من سماع يحيى من كتاب الغصب فيمن عرف بالغصب لأموال الناس فسئل صاحب الحق البينة على أنه غصبه ما يدعيه فلا يجدها على حضور الغصب ومعاينته لكنهم إنما كانوا يعرفون الحق للمدعي إلى أن صار بيد الظالم لا يدرون كيف صار إليه إلا أن صاحب الحق كان يشكو إليهم أنه غصبه أو سمعوا ذلك من جيرانهم أو لا يذكرون شيئاً: إن ذلك يوجب للمدعي أخذ حقه إلا أن يأتي الظالم ببينة على اشتراء صحيح أو عطية ممن كان يأمن ظلمه أو يأتي بوجه حق ينظر فيه، فإن جاء بالبينة على أنه اشترى فزعم البائع أن ذلك البيع كان خوفاً من شره وهو ممن يقدر على العقوبة إن امتنع من مبايعته قال: أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت أن المشتري موصوف بما زعم البائع من استغلاله وظلمه وأنه قد عمل ذلك بغيره.

قلت: فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية ثم دس إليه من يأخذه منه سراً ولو لم يفعل ذلك لقي منه شراً قال: لا أرى أن يقبل قوله، وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم بالله لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرتجعه ولم يأخذه منه بعد دفعه إليه. قال ابن رشد: أما ما

وَضَمِنَ بِالِاسْتِيْلَاءِ؛ وَإِلَّا فَتَرَدُّدٌ: كَأَنَّ مَاتَ، أَوْ قُتِلَ عَبْدٌ قِصَاصاً، أَوْ رَكِبَ، أَوْ ذَبَحَ،

ذكره من أن الظالم المعروف بالغصب لا ينتفع بالحيازة وإن طالت فلا أعلم فيه خلافاً، وأما إن ثبت الشراء ودفع الثمن فادعى البائع أنه أخذه منه في السر فهو مدع فوجب أن يكون القول قول الغاصب. وقد روي عن يحيى أن المشتري إذا عرف بالعداء والظلم أن القول قول البائع مع يمينه. وقال ابن القاسم. وقع ذلك في بعض الروايات وهو إغراق إذا أقر أنه دفع إليه الثمن ثم ادعى أنه أخذه منه، وأما لو لم يقر بقبض الثمن، وقال إنما أشهدت له على نفسي بقبضه تقية على نفسي لأشبه أن يصدق في ذلك مع يمينه في المعروف بالغصب، وإنما يكون قول يحيى من تصديق البائع فيما ادعى من أنه دس إليه من أخذ منه الثمن في السر إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره وبالله التوفيق انتهى. ص: (وضمن بالاستيلاء) ش: تصوره واضح، سئلت عن رجل غصب بعبيراً أو سرقه ثم إنه ضل منه فجعل جعلاً لمن يأتيه به، فأتاه به شخص فأخذه وغاب، فهل لرب الجمل مطالبة الذي أتى بالجمل بعد هروبه أم لا؟ فأجبت بأنه إن كان عالماً بأنه غصبه أو سرقه فإنه ضامن وإن لم يعلم بذلك فلا ضمان عليه أخذاً من مسألة الوكيل يتعدى ويوكل غيره، فحيث لا يجوز له فقد ذكر ابن رشد في نوازل هذا التفصيل والله أعلم. ص: (أو ذبح شاة) ش: قال ابن الحاجب: وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها. وقال محمد: إذا لم يشوها فلربها أخذها مع أرشها. قال ابن عبد السلام: ظاهره أنه ليس له في القول الأول إلا قيمتها وبعد ذبحها أفاته مطلقاً، وهو ظاهر ما حكاه غيره. وقال بعضهم

أدب على مدع. (وضمن بالاستيلاء) ابن عرفة: مجرد الاستيلاء هو حقيقة الغصب يوجب الضمان. وقال أيضاً: مجرد حصول المصوب في حوز الغاصب يوجب ضمانه بسماوي أو بجناية غيره عليه. وقال ابن يونس: يضمنه يوم الغصب. وإن هلك من ساعته بأمر من الله أو بجنائته أو جناية غيره أو كانت داراً فانهدمت قال مالك: من غصب عبداً فمات من وقته بغير سببه ضمنه. وقال ابن القاسم فيمن غصب داراً فلم يسكنها حتى انهدمت: غرم قيمتها. ابن عبدوس: وقاله أشهب وذلك كله في العروض وغيرها (وإلا فتروء) ابن عرفة: حاصل كلام ابن الحاجب وشارحه أن غير العقار لا يتقرر فيه الضمان بمجرد الاستيلاء وليس المذهب كذلك. انظره أنت (كأن مات أو قتل عبد قصاصاً) من المدونة: ما مات من الحيوان أو انهدم من الربع بيد غاصبه بقرب الغصب أو بغير قربه بغير سبب الغاصب فإنه يضمن قيمته يوم الغصب. ابن عرفة: وموت المصوب بحق قصاص أو حرابة كموته (أو ركب) ابن شاس: من موجبات الضمان إثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة فيكفي فيها الركوب. ابن عرفة: مجرد الاستيلاء هو حقيقة الغصب. لو غصب أمة كانت ببقعة أو غيرها من التملكات فاستولى عليها بالتمكن من التصرف فيها دون ربها ضمنها. وقول ابن الحاجب «يكفي الركوب في الضمان» يقتضي نفيه إن لم يكن إلا وضع اليد وحده وليس كذلك. انظره فيه (أو ذبح الجلاب: من غصب شاة فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها. وسمع يحيى ابن القاسم: من ذبح

أَوْ جَحَدَ وَدَيْعَةً، أَوْ أَكَلَ بِلاَ عِلْمٍ،

عن ابن القاسم: إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة انتهى. وقال ابن عرفة: الجلاب: من غصب شاة فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها. وقال محمد بن مسلمة: لربها أخذها ويضمن الغاصب ما بين قيمتها مذبوحة وحية، ثم ذكر كلام ابن الحاجب وابن عبد السلام ثم قال: ما ذكره من أن ذبحها فوت يوجب قيمتها لا أعرفه في الذبح نصاً بل تخريباً مما حكاه المازري فيمن طحن القمح ثم ذكره ثم قال: وقوله: «قال بعضهم عن ابن القاسم إن ربها مخير» ظاهره أنه لم يقف عليه نصاً لابن القاسم. وفي رسم الصبرة وذكر فيه عن ابن القاسم أنه يخير ثم قال: قبله ابن رشد ولم يزد شيئاً ولا ذكر في أن لربها أخذها مذبوحة خلافاً انتهى، وما ذكره ابن عرفة صحيح فقد شرح التلمساني كلام الجلاب المتقدم بأن ربها مخير، وذكر ابن رشد في أجوبته في أوائل كتاب الجامع في المسألة التي تكلم فيها على معاملة من ماله حرام أو بعضه، أن رب الشاة مخير ولم يذكر في ذلك خلافاً، وذكر أنه لا يجوز شراؤها من الغاصب. وحصل هناك قاعدة وهي: إن ما فات عند الغاصب ولم يكن لربه أخذه بلا خلاف فهذا يكره له شراؤه، وما كان في فواته خلاف، والقول بعدم الفوات ضعيف فيكره وتشتد الكراهة. وما كان في فواته خلاف قوي فلا يجوز شراؤه، وكذا ما كان ربه مخيراً في أخذه لا يجوز شراؤه انتهى. ونقل ذلك البرزلي في

لرجل شاة فيلزمه غرم قيمتها لا يجوز لربها أن يأخذ فيها شيئاً من الحيوان الذي لا يجوز أن يباع بلحمها، لأن رب الشاة ما لم يفت لحمها مخير في أخذها مذبوحة وفي أخذ قيمتها حية، فيدخله بيع اللحم بالحيوان، فإن فات لحمها فلا بأس بذلك. ابن عرفة: وقبل ابن رشد هذا ولم يذكر خلافاً في أن لربها أخذها مذبوحة. انظر إن كان الغاصب مستغرق الذمة فقد تقدم أن للغريم أخذ عين ماله إلا إن طحنت الخنطة أو ذبح كبش، فغرماء الغاصب يكونون فيه أسوة. وانظر في البيوع قبل قوله: «فلا يجوز إن بطعام إلى أجل» (أو جحد ودیعة) ابن شاس: جحد الوديعة من مالکها بعد المطالبة والتمكن من الرد موجب لضمانيها بخلاف جحدها من غيره (أو أكل بلا علم) من المدونة قال مالك: من غصب طعاماً أو إداماً أو ثياباً ثم وهب ذلك لرجل فأكل الطعام والإدام ولبس الثياب حتى أبلاها ولم يعلم بالغصب ثم استحق ذلك رجل، فليرجع بذلك على الواهب إن كان ملياً، وإن كان عديماً أو لم يقدر عليه رجع بذلك على الموهوب ثم لا يرجع الموهوب على الواهب بشيء. ابن المواز: وقال أشهب: يتبع أيهما شاء كما قال مالك في المشتري يأكل الطعام أو يلبس الثياب إن للمستحق أن يتبع أيهما شاء ويتدىء بأيهما شاء. قال ابن القاسم في المجموعة: وإن كان الواهب غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب المنتفع. ابن يونس: وهذا خلاف ماله في مكري الأرض يحايي في كرائها ثم يطرأ له أخ يشركه وقد علم به أو لم يعلم، فإنما يرجع بالحباة على أخيه إن كان ملياً، فإن لم يكن له مال رجع على المكتري، فقد ساوى في هذا بين المتعدي وغيره، وهذا أصله في المدونة أنه يرجع

أَوْ أَكْرَهُ غَيْرُهُ عَلَى التَّلْفِ، أَوْ حَفَرَ بَثْرًا تَعْدِيًّا.

مسائل الغصب، وكلام ابن ناجي في شرح كتاب الاستحقاق من المدونة يقتضي أنه لم يقف على كلام ابن رشد، وكذلك ابن عرفة والله أعلم. ص: (أو أكره غيره على التلف) ش: انظر نوازل سحنون من كتاب الغصب، وسماع ابن القاسم في رسم حمل صبياً من كتاب الأيمان بالطلاق، وكتاب الإكراه في النوادر، وكلام القرافي في شرح المحصول، وكلام ابن يونس في أوائل الوديعه. وقال في المسائل الملقوطة. العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإلتلاف بين الصغير والكبير، والجاهل والعامد، ولا يلتفت للضرب والحبس وغير ذلك من أنواع التهديد والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه انتهى. وقال النووي: اتفق العلماء على

أولاً على الواهب إلا أن يعدم فيرجع على الموهوب إلا أن يكون عالماً بالغصب فهو كالغاصب في جميع أموره ويرجع على أيهما شاء. ابن يونس: وقول أشهب أقيس ولا يكون الموهوب أحسن حالاً من المشتري وبه أقول. انظر توجيهه قول ابن القاسم. وللمازري: إذا كان المبيع غير المصوب فمشتريه كغاصبه، وأما إن لم يكن غير المصوب ففيه خلاف لأن هذا لا يستحق منه ما اشترى، فإن أراد إبراء ذمته والاحتياط بنفسه فليفعل بقيمة ما اشترى ما يحب لأنه لو تمكن من ذلك إمام عادل لتصدق بقيمة ولم يفعل غيره، ويبقى النظر في لحم الشاة المصوبة هل تفوت بالذبح؟ قال ابن يونس: لا تفوت به. وحكى ابن عرفة الخلاف في ذلك عن ابن رشد. البرزلي: ويؤخذ ذلك من رد الشاة إذا وجد جوفها أخضر بعد ذبحها مع ما نقصها، هل هو من بيع اللحم بالحيوان المازري: وأما إذا طبخ فقد فات. البرزلي: هذا إن طبخ بأبزار (أو أكره غيره على التلف) سئل سحنون في نوازل عن رجل من العمال أكره رجلاً أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعاً يدفعه إليه فأخرجه له ودفعه إليه ثم عزل ذلك العامل الغاصب، فللمغصوب منه طلب ماله ممن شاء منهما، فإن أخذه من المباشر فله الرجوع به على من أكرهه، ولهذا المباشر أن يطلب العامل إذا كان المصوب منه غائباً لأنه يقول أنا المأخوذ به إذا جاء صاحبه. ابن رشد: في هذا انظر، ومقتضى النظر أنه يوقف لصاحبه ولا يمكن منه هذا المباشر. ابن عرفة: الأظهر تمكينه منه. ولسحنون أيضاً: من أكره على رمي مال رجل في مهلكة ففعل ذلك بإذن ربه من غير إكراه فلا شيء عليه ولا على من أكرهه، وإن أكره ربه على الإذن فالفاعل ضامن، فإن كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه ولا رجوع له على الفاعل إذا أيسر. ابن عرفة: مفهوم قوله إن كان عديماً أنه لا غرم على الأمر المكره وهو خلاف قوله في نوازل. ويفرق بينهما أن المال المكره على أخذه قبضه الأمر المكره في مسأله الأولى فناسب كونه أحد الغريمين على السوية. راجع ابن عرفة (أو حفر بثر تعدياً) ابن عرفة: فيها مع غيرها: من حفر بثراً أو غيرها حيث لا يجوز له أو حيث يجوز له لما لا يجوز له ضمن مالك بذلك ونصها: قال مالك: من حفر هلك بثراً في دار رجل بغير إذنه فعطب فيه إنسان ضمنه الحافر، وإذا حفر بثراً في داره أو جعل حباله ليعطب بها سارقاً فعطب بها السارق أو غيره فهو ضامن لذلك. قال أشهب: لأنه احتفره لما لا يجب. قال مالك: وإن جعل على

وَقُدِّمَ عَلَيْهِ الْمُرْدِيُّ؛ إِلَّا لِمُعَيَّنٍ فَيَسِيَانِ، أَوْ فَتَحَ قَيْدَ عَبْدٍ لِثَلَا يَأْتِيَ أَوْ عَلَى غَيْرِ عَاقِلٍ؛ إِلَّا بِمُصَاحَبَةٍ رَبِّهِ، أَوْ حِرْزاً لِمِثْلِي، وَلَوْ بِغَلَاءٍ بِمِثْلِهِ

أنه لو جاء ظالم يطلب إنساناً مختفياً ليقته أو يطلب وديعة لإنسان ليأخذها غصباً فسأل عن ذلك وجب على من علم ذلك إخفاؤه وإنكار العلم به انتهى وذكر ابن ناجي في باب جمل من الفرائض أن الكذب الواجب هو الذي لإنقاذ مسلم أو ماله انتهى. ص: (المثلي ولو بغلاء بمثله) ش: هذا إذا فات، أما إذا كان الشيء المغصوب موجوداً وأراد ربه أخذه وأراد الغاصب إعطاء مثله فلربه أخذه. قال ابن رشد في أول كتاب الجامع من نوازله: إذا كان الحرام عند

حائظه حفيراً للسباع أو حباله لم يضمن ما عطب بذلك من سارق أو غيره، وإن جعل بياب خبائه قصباً تدخل في رجل من يدخله، أو اتخذ تحت عتبه مسامير لمن يدخل، أو رش فناءه يريد به زلق من يسلكه من دابة أو إنسان، أو اتخذ فيه كلباً عقوراً فهو ضامن لما أصيب من ذلك، ولو رشه لغير ذلك لم يضمن ما عطب به (وقدم عليه المردي) ابن شاس: يجب الضمان على حفر بئراً في محل عدوان فتردت فيه بهيمة أو إنسان، فإن رده غير فعلى المردي تقديماً للمباشرة على التسبب. ابن عرفة: كذا نقل الطرطوشي في مسألة القفص الآتية، وعارضه ابن عبد السلام بتسوية سحنون بين المكره غيره على أن يخرج له مال رجل من بيته. راجع ابن عرفة (إلا المعين فسيان) هذا قول القاضي أبي الحسن. وقال ابن هارون: يقتل المردي دون الحافر تغليياً للمباشرة. وقال ابن عرفة: الأظهر على رواية ابن القاسم يقتل المردي إلا إن علم بقصد الحافر ويتقدم فعله فيقتلان معاً كهيئة الزور مع القاضي العالم بزورها انتهى. واستظهر على هذا النقل فإنني لم أصادفه حين راجعته. وانظر هذا الموضع من ابن عرفة أن الأخذ من الغاصب العالم بالغصب غاصب، ومن حل رباط زق مملوء زيتاً لرجل وأبقاه مستنداً كما وجده فأسقطه رجل (أو فتح قيد عبد لثلا يأتى) من المدونة: من حل عبداً من قيد قيد به لثلا يأتى فذهب العبد ضمن (أو على غير عاقل) من المدونة: من فتح باب قفص فيه طير فذهب الطير ضمن، ومن حل دواب من مرابطها فذهبت ضمنها كالسارق يدع باب الحانوت مفتوحاً وليس فيه ربه فيذهب ما في الحانوت فالسارق يضمنه (إلا بمصاحبة ربه) من المدونة: من فتح باب دار فيها دواب فذهبت، فإن كانت الدار مسكونة فيها أهلها لم يضمن، وإن لم يكن فيها أربابها ضمن، ولو كان فيها ربه نائماً لم يضمن. وكذلك السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نيام أو غير نيام، فلا يضمن ما ذهب بعد ذلك، وإنما يضمن إذا ترك البيت مفتوحاً وليس أرباب البيت فيه (أو حرزاً) انظر إن كان هذا معطوفاً على قوله: «غير عاقل» أن يضمن إن فتح على غير عاقل أو فتح حرزاً إلا بمصاحبة رب غير العاقل ورب الحرز (المثلي ولو بغلاء بمثله) ابن رشد: المثلي المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجزو والبيض، وقد تقدم في باب الوديعة قول اللخمي في الكتاب انظره هناك. ومن المدونة قال مالك: من غصب لرجل طعاماً أو إداماً فاستهلكه فعليه مثله بموضع غصبه منه، فإن لم يجده هناك مثلاً لزمه أن يأتي بمثله إلا أن يصطلحاً على أمر جائز. وإن لقيه ربه

أخذه لم يفت رد بعينه إلى ربه ومالكة، وسواء كان له مال حلال أو لم يكن يعني للغاصب ولا يحل لأحد أن يشتريه منه إن كان عرضاً، ولا يبايعه فيه إن كان عيناً، ولا يأكله إن كان طعاماً، ولا يقبل منه شيئاً هبة ولا يأخذه منه في حق كان له عليه، ومن فعل شيئاً من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أحواله. وكذا إن فات عند الغاصب ولم يذهب بأمر من السماء أو بجناية من غير الغاصب عليه لأن ذلك لا يقطع تخيير صاحبه أخذه، وكذلك أيضاً لو أفاته الغاصب إفاته لا تقطع تخيير صاحبه في أخذه مثل أن يكون شاة فيذبحها، أو بقعة فيبينها داراً، أو ثوباً فيخيظه أو يصبغه أو ما أشبه ذلك. ولو أفاته إفاته تلزمه بها القيمة أو المثل فيما له المثل ويسقط خيار ربها في أخذها عند بعض العلماء كالفضة يصوغها حلياً، والصفير يفعل منه قدحاً، والخشب يصنع منه. توابيت وأبواباً، والصفوف والحرير والكتان يعمل من ذلك ثياباً وما أشبه ذلك، لما جاز أيضاً لأحد أن يشتريه ولا أن يستوهبه بخلاف من يقول من العلماء أن لرب هذه الأشياء أن يأخذ الفضة مصوغة والصفير معمولاً والخشب مصنوعاً والثياب منسوجة دون شيء يكون عليه للغاصب لقوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق»^(١) انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال في التوضيح في كتاب الصرف عن ابن القاسم: إنهم اتفقوا على أن الدنانير والدرهم تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراماً أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودرهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو في ماله شبهة مكن من ذلك باتفاق. ثم قال: وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب: ومن غصب درهم فوجدها ربها بعينها وأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها وأراد رد مثلها فذلك للغاصب دون ربها. قاله ابن القاسم انتهى.

قلت: ذكر ابن عرفة عن ابن شاس أنه إذا أراد الغاصب إعطاء ربها غير عينها فإن افترقا في الحل والتحريم أو الشبهة فلربها أخذ عينها اتفاقاً وإلا فالمشهور كذلك انتهى. وما ذكره عن ابن الجلاب ذكره هو في باب الغصب وقال بعده: وقال بعض أصحابنا وهو الشيخ أبو بكر الأبهري: ذلك لربها دون غاصبها. وقال غيرها: لم يقل ذلك ابن القاسم في الغصب وإنما ذكره في البيوع لأن البيع بها واقع على صفة لأنها لا تراد لعينها ولا غرض في ذلك، وأما المغصوب فله غرض في أخذ عين ماله لأنه حلال ومال الغاصب حرام فكيف يمنع من ذلك ولم يقله ابن القاسم فيه، وإنما تأول عليه في هذا قوله في البيع ولا شبهة انتهى. وقال الشيخ سليمان البحيري بعد أن ذكر كلام التوضيح: وما نقله ابن الجلاب عن ابن القاسم هو خلاف

(١) رواه البخاري في كتاب المحرث باب ١٥، أبو داود في كتاب الإمارة باب ٣٧، الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأفضية حديث ٢٦. أحمد في مسنده (٣٢٧/٥).

وَصَبَرَ لِوُجُودِهِ، وَلَيْلِدِهِ وَلَوْ صَاحِبَهُ، وَمُنِعَ مِنْهُ لِلتَّوْتُقِ، وَلَا رَدُّ لَهُ: كَمَا جَازَتْهُ بَيْعُهُ مَعِيًّا زَالَ، وَقَالَ
أَجَزْتُ لظَنُّ بَقَائِهِ:

المشهور انتهى. وذكر التلمساني في شرح الجلاب والقرافي عن المدونة في كتاب الشفعة ما يدل على أن لربها أخذها، والذي لابن القاسم في البيع هو ما في كتاب السلم فيمن أسلم ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها فذلك له وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها انتهى. فعلم مما تقدم أنه ليس للغاصب أن يحبس المثلي حيث لم يجعل فيه مفوت ولم يدفع مثله والله أعلم. ص: (كإجازته بيعه معيًّا زال وقال أجزت لظن بقائه) ش: قال في المدونة: ومن غصب أمة بعينها بياض فباعها ثم ذهب البياض عند المتباع فأجاز ربها

بغير البلد الذي غصب فيه لم يقض عليه فيه هناك بمثله ولا قيمته، وإنما له عليه مثله بموضع عطبه فيه. اللخمي: ويختلف إن غصبه طعاماً في شدة ثم صار إلى رخاء، هل يغرم مثله أو قيمته على القول أنه يغرم أعلى القيم؟ المازري: والمشهور أن الحكم لا يتغير بذلك ويقضى بمثله (وصبر لوجوده) ابن عرفة: لو فقد المثل حين طلبه فقال ابن القاسم: ليس عليه إلا مثله. اللخمي: يريد أنه يصبر حتى يوجد. أشهب يخير الطالب في الصبر أو القيمة (ولبلده) تقدم نص المدونة: إن لقيه ربه بغير البلد لم يقض عليه هناك بمثله ولا قيمته. ولابن رشد في الوكيل على شراء طعام فاشتراه بالإسكندرية ثم باعه بزيت وقدم بالزيت لبلد الموكل، فللموكل أن يضمن الوكيل مثل طعامه بالإسكندرية، وبين أن يجيز البيع فيه بالزيت فيأخذه بمثله بالإسكندرية إذ قد فات بحمله لبلد الموكل. وليس له أخذ الزيت هناك إلا برضا الوكيل إلا على قول أشهب في كتاب الغصب أن له أخذ الزيت لأنه زيته بعينه. انظر رسم عبد القادر من سماع عيسى من البضائع (ولو صاحبه) روى ابن القاسم عن مالك في الطعام يسرق فيجده ربه بغير بلده، ليس له أخذه وإنما له أن يأخذ السارق والغاصب بمثله في موضع سرقة. قال ابن القاسم: ولو اتفقا أن يأخذه بعينه أو مثله بموضع نقله أو يأخذ فيه ثمناً جاز بمنزلة بيع الطعام القرض قبل قبضه انتهى. وانظر لو لم يكن الطعام معه فقال ابن القاسم: يصبر لقدمه بلد الغصب ليغرم مثله. ابن عرفة: وفي غير الطعام طريقان. ابن رشد: سمع ابن القاسم نقله من بلد لآخر فوت في العروض لا الحيوان (ومنع منه للتوثق) الذي لابن الحاجب فيمن لقي من غصبه بغير بلد غصبه والطعام معه أنه لا خلاف أن للغاصب يمنع منه حتى يتوثق منه (ولا رد له) ابن عرفة: معروف المذهب أنه ليس لربه جبر الغاصب على رده لبلد الغصب. وأجاب ابن رشد: من أكرى ملاحاً على حمل تين من أشبيلة إلى سبتة فحملة إلى سلاً فغرم الملاح مثل التين بأشبيلية ويحملة إلى سبتة فقبل له: أفتى غيرك بوجوب رد الملاح إلى سبتة وهو في ضمانه حتى يصل إليها. فقال: ما أجبت به هو قول ابن القاسم. ومن الذخيرة: نقل الغصوب تشعبت فيه المذاهب واضطربت الآراء وتباينت بناء على ملاحظة أصول وقواعد منها، أن الغاصب أن لا ينبغي أن يغرم كلفة النقل لأن ماله معصوم كمال الغصوب (كإجازته بيعه معيًّا زال وقال أجزت لظن بقائه) من المدونة: من غصب أمة بعينها بياض فباعها، ثم ذهب البياض عند المتباع وأجاز ربها البيع، ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهابه،

كثفرة صيغت، وطين لين، وقمح طحن، وبذر زرع، وبيض أفرخ؛

البيع ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهاب البياض وأما الآن فلا أجزه، فلا يلتفت إلى قوله ولزمه البيع. وقال أبو الحسن الصغير: لم يلتفت إلى قوله وإن كان صادقاً في قوله. وانظر قوله «ثم ذهب البياض عند المبتاع» فمفهومه لو ذهب عند الغاصب لكان الحكم خلاف هذا. ابن يونس: قال بعض الفقهاء: لو ذهب عند الغاصب وأجاز البيع لا ينبغي أن يكون له متكلم لأن البيع وقع على غير الصفة التي يعرفها فيقول إنما أجزت البيع على ما كنت أعرف. ابن يونس: لأنه يقول إنما أجزت بيع جارية عوراء بهذا الثمن، ولو علمت أن بياضها قد زال قبل البيع ما بعثها بمثل هذا الثمن. وأما التي بيعت عوراء فقد بيعت على ما كان يعرف فقد رضي بتسليمها على ذلك الحال فلا حجة له.. ابن يونس: ويحتمل أن يقال لا حجة له في الوجهين، لأنه لو شاء استثبت ولم يعجل وهي حجة مالك في الأولى. وقال عبد الحق: لا حجة له في الوجهين، وقول مالك «لو شاء لم يعجل» يعم الوجهين. انتهى كلام أبي الحسن.

وأما الآن فلا أجزه، لم يلتفت إلى قوله ولزمه البيع. وقد قال مالك في المكتري يتعدى المسافة فتضل الدابة فيغرم قيمتها ثم توجد: فهي للمكتري ولا شيء لربها فيها (كثفرة صيغت) ابن يونس: لو غصبه سويقاً فقلته فإنما عليه مثله، ولا يجوز أن يتراضيا أن يأخذه ويعطيه ماله به لأنه التفاضل بين الطعامين. وكذلك لو ضرب الفضة دراهم أو صاغها لم يجز له أخذها ويعطيه أجرته للتفاضل بينهما (وطين لبن وقمح طحن وبذر زرع) من المدونة قال مالك: إن عمل الغاصب من الخشبة باباً، أو غصب تراباً يعمل منه بلاطاً، أو غصب حنطة فزرعها وحصد منها حباً كثيراً، أو غصب سويقاً فقلته بسمن، أو غصب فضة فصاغها حلياً، أو ضربها دراهم فحلية في هذا كله مثل ما غصب في صفته ووزنه وكيه أو القيمة فيما لا يكال ولا يوزن، وكذلك في السرقة. المازري: قال ابن القاسم: من غصب قمحاً فطحنه ضمن مثله ولا يمكن رب القمح من أخذ الدقيق خلافاً فالأشهب. واتفق إن طحن القمح سويقاً ولته أن ليس لرب القمح أخذه (ويبيض أفرخ). أشهب: من غصب بيضة فحضرها تحت دجاجة له فخرج منها دجاجة فعليه بيضة مثلها كغاصب القمح يزرعه عليه مثل القمح والزرع له خلافاً لسحنون، لا ما باض أو حضن. أشهب: لو غصب دجاجة فباضت عنده فحضرها بيضها، فما خرج من الفراريج فربها أخذها معها كالولادة، وأما لو حضن تحتها بيضاً له من غيرها فالفراريج للغاصب والدجاجة لربها وله فيما حضنت كراء مثلها. ابن المواز: مع ما نقصها إلا أن يكون نقصاً بيناً فيكون لربها قيمتها يوم غصبها، ولا يكون له من بيضها ولا من فراريجها شيء. قال: ولو غصب حمامة فزوجها حماماً له فباضت وأفرخت، فالحمامة والفراخ للمستحق ولا شيء للغاصب فيما أعانها ذكره من حضنته، والمستحق الحمامة فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضنتها ولا شيء له فيما حضنته غيرها من بيضها وإنما له بيض مثل بيض حمامته إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلف حمام يحضرهم، فله أن يغرم الغاصب قيمة ذلك البيض اهـ.

إِلَّا مَا بَاضَ؛ إِنْ حَضَنَ، وَعَصِيرٌ تَخْمَرُ، وَإِنْ تَخَلَّلَ؛ خَيْرٌ: كَتَخَلَّلَهَا لِذِمِّي، وَتَعَيَّنَ لِغَيْرِهِ وَإِنْ صَنَعَ كَفْزَلٍ وَحَلِيٍّ وَغَيْرِ مِثْلِيٍّ: فَقِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ؛

ص: (وعصير تخمر) ش: قال اللخمي: وفي ثمانية أبي زيد: من تعدى على جرة عصير فكسرها، فإن دخله عرق خل ولم يتخلل غرم قيمته على الرجاء والخوف بمنزلة الثمرة، وإن ظهر أنه خمر ولم يدخله عرق خل فلا شيء عليه لأنه كسره في حين لو علم به لم يحل إمساكه انتهى. ص: (وإن صنع كفزل وحلي وغير مثلي) ش: قال بعضهم: إنه رأى خط المؤلف بالضاد المعجمة والياء التحتية مبنياً للنائب وهو ظاهر أشار به إلى أن الغاصب إذا غصب غزلاً ثم ضاع ذلك الغزل إما بسبب ذلك الغاصب أو بغير سببه، فإنه يلزم غرم قيمته. وهذا الذي صدر به ابن الحاجب، وكذلك الحلي إذا غصبه وتلف فإنه يلزمه غرم قيمته. ونبه بالغزل والحلي على مذهب ابن القاسم في المثلي إذا دخلته الصنعة أنه يصير من المقومات، وكذلك أيضاً المثلي الجزاف يعني به أن ما كان من المثليات إذا كان لا يباع بكيل ولا وزن ولا عدد وإنما يباع جزافاً فغصبه أحد وتلف كان عليه القيمة لأنه صار من المقومات حيث لم يحصر بما ذكر. ص: (فقيمته يوم غصبه) ش: يعني أن المغضوب المقوم أو ما في حكمه مما تجب فيه

انظر هذا كله مع ما تقدم في الشركة في اشتراك ذي طير وطيرة (وعصير تخمر) اللخمي: من غصب خمرأ فتخلل فلربه أخذه، وإن غصب عصيراً فتخمر كسرت عليه وغرم مثله. وقال المازري: إذا غصب مسلم من مسلم خمرأ فأراقها فلا ضمان عليه لأنه فعل الواجب من الإراقة التي كان مخاطباً بها من هي في يده، ولو أمسكها حتى تخللت لوجب عليه أن يردّها لمن غصبها منه. وقد خرج حذاق شيوخي في هذا خلافاً لأنه كمن وضع يده على طائر لا يحوزه أحد (وإن تخلل خير) اللخمي: من غصب عصيراً فتخلل خير ربه في أخذه مثله (كتخللها لذمي) أشهب: إن غصب مسلم خمرأ لذمي فحللها خير في أخذها خلافاً أو قيمتها يوم الغصب. ومن المدونة قال مالك: لو استهلك مسلم لذمي خمرأ غرم قيمتها (وتعين لغيره) تقدم نص المازري ونقله عن حذاق شيوخي قبل قوله: «وإن تخلل» (وإن صنع) ابن عرفة: من غصب خمرأ ففي كونها بتخليلها عند الغاصب له أو لربها، ثالثها إن تسبب لتخريج عبد المنعم والمعروف ومفهوم تعليل أبي محمد (كفزل وحلي وغير مثلي) فقيمته يوم غصبه لا شك أن الناسخ قدّم هنا وأخر. وإنما مرد المؤلف وضمن بالاستيلاء ككذا وكذا لمثلي ولو بغلاء وغير مثلي بقيمته يوم غصبه كفزل أو حلي. من المدونة قال مالك: العروض والرقيق والحيوان إذا استهلكها فله قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب يأخذه بتلك القيمة أينما لقيه من البلدان، نقصت القيمة في غير البلد أو زادت. وفي الموازية: من غصب غزلاً فنسجه فعليه قيمة الغزل. وفي المدونة: ومن غصب من رجل سوارين من ذهب فاستهلكهما فعليه قيمتهما مصوغين من الدراهم، وله أن يأخذه بتلك القيمة. ابن يونس: والذي رجع إليه ابن القاسم أنه كذلك إذا كسرها لزمته قيمتهما وكانا له. وفي الموازية: من غصب حلياً فكسره ثم أعاده لهيئته أن عليه قيمته وهذا هو

وَإِنْ جِلْدَ مَيْتَةٍ لَمْ يُدْبَعْ، أَوْ كَلْبًا وَلَوْ قَتَلَهُ تَعْدِيًا، وَخَيْرٌ فِي الْأَجْنَبِيِّ، فَإِنْ تَبِعَهُ تَبِعَ هُوَ الْجَانِي، فَإِنْ أَخَذَ رَبُّهُ أَقْلًا: فَلَهُ الزَّائِدُ مِنَ الْغَاصِبِ فَقَطْ، وَلَهُ هَدْمُ بِنَائِهِ عَلَيْهِ،

القيمة إنما تعتبر القيمة فيه يوم الغصب. هذا هو المذهب. وقال أشهب: تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من غصبه إلى يوم تلفه. ونقله ابن شعبان عن ابن وهب وعبد الملك. ص: (ولو قتله بعداء) ش: كذا في بعض النسخ «بعداء» بياء الجر الدخلة على عداء وهو بفتح العين المهملة والمد. قاله في الصحاح. وهو تجاوز الحد في الظلم. وفي بعض النسخ «ولو تعدياً» بالتاء المثناة من فوق ويعني أنه يضمن المقوم بقيمته يوم غصبه ولو كان الغاصب قتل المغصوب تعدياً منه، وهذا قول ابن القاسم وأشهب. وقال سحنون وابن القاسم في أحد قوليه: له أخذه بقيمته يوم

الصواب، لأن هذه الصياغة غير تلك فكانه أفات السوار فعليه قيمته يوم أفاته، وعلى مذهب أشهب يأخذهما (وإن جلد ميتة لم يدبغ أو كلباً) من المدونة قال ابن القاسم: من غصب جلد ميتة غير مدبوغ فعليه إن أتلفه قيمته ما بلغت كما لا يباع كلب ماشية أو زرع أو ضرع وعلى قاتله قيمته ما بلغت. اللخمي: وإن كان كلب دار لم يغرّم فيه شيئاً (ولو قتله تعدياً وخير في الأجنبي) كذا قال في المدونة: لو غصب أمة ثم قتلها. وعبارة ابن الحاجب: المقوم كالحیوان يتلف بأفة سماوية يضمن قيمته يوم الغصب ثم قال: فإن أتلفه أجنبي خير. ومن المدونة قال ابن القاسم: من غصب أمة فزادت قيمتها عنده أو نقصت ثم قتلها فإنما عليه قيمتها يوم الغصب، فقط، ولو قتلها عند الغاصب أجنبي وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب فربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل بخلاف الغاصب، فإن كانت القيمة يومئذ أقل من قيمتها يوم الغصب كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب. قال ابن المواز: ولو كان إنما أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب فكانت أقل من قيمتها يوم القتل فلا رجوع له على القاتل بشيء وللغاصب طلب القاتل بجميع قيمتها يوم القتل (فإن تبعه تبع هو الجاني) تقدم نص المدونة: لربها أخذ أخذ القاتل. وقول ابن القاسم: وللغاصب طلب القاتل (فإن أخذ ربه أقل فله طلب الزائد من الغاصب فقط) تقدم نص المدونة: إن كانت القيمة أقل كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب (وله هدم بناء عليه) من المدونة: من غصب خشبة أو حجراً فبنى عليها فربها أخذها وهدم البناء، وكذلك إن غصب ثوباً وجعله ظهارة لجة فربها أخذها أو يضمنه قيمته. قال أبو محمد: وله أخذ عين شئيه ويفتق له الجبة ويهدم له البناء، والهدم والفتق على الغاصب، وظاهر هذا أن له أيضاً أن يضمنه قيمة الخشبة وكان الغاصب لما أفاتها رضي منه بالتزام قيمتها. وانظر لو أنشأ سفينة على لوح مغصوب أو غصب خيطاً خاط به جرحاً، هل يتخرج على تهوين أخف الضررين؟ المازري: ومن هذا الأسلوب الكباش يدخل رأسه في قدر غيره ربه، والدينار يقع في إناء الغير لا يقدر على إخراجها إلا بكسر الإناء، ومن درة الغواص في ثور احتبس رأسه بين أغصان زيتونه أنه يحكم على صاحب الثور بقيمة ما يقطع من أغصان الزيتون حتى يتخلص رأسه منها. قاله الداودي. وانظر إذا استحقت خشبة قال مالك: ليس لربها قلعها إذا كان الباني غير غاصب (وغلة مستعمل) ابن عرفة: في غرم الغاصب غلة المغصوب خمسة أقوال. ومن المدونة قال ابن القاسم: كل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله أو

وَعَلَّةٌ مُسْتَعْمَلٌ، وَصَيْدٌ عَبْدٌ، وَجَارِحٌ،

القتل كالأجنبي. ص: (وغللة مستعمل) ش: هذا هو المشهور أنه يضمن غللة ما استعمل من رباع وحيوان وهو خلاف مذهب المدونة فإنه قال في كتاب الغصب: إنه لا يرد غللة العبيد والدواب. وقال في كتاب الاستحقاق: ولا يرد غللة الحيوان مطلقاً. وما مشى عليه المصنف قال في التوضيح: صرح المازري وصاحب المعين بتشهيره وشهره ابن الحاجب. وقال ابن عبد السلام: هو الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين.

أرضاً فزرعها، فعليه كراء ما سكن أو زرع بنفسه وغرم ما أكرهاها به من غيره ما لم يحاب، وإن لم يسكنها ولا انتفع بها ولا اغتلتها فلا شيء عليه. قال ابن القاسم: وما اغتصبه من دواب أو رقيق أو سرقة فاستعملها شهراً وطال مكثها بيده أو أكرهاها وقبض كراءها فلا شيء عليه، وله ما قبض من كرائها وإنما لربها عين شيعه. وليس له أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها لم تتغير في يدك، ولا ينظر إلى تغير سوق. قال ابن القاسم: وأما المكتري والمستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً أو يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها، فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة. وله في الوجهين على المكتري الكراء الأول والسارق والغاصب ليس عليه في مثل هذا قيمة ولا كراء إذا ردها بحالها. قال ابن القاسم: ولولا ما قاله مالك لجعلت على السارق والغاصب كراء ركوبه إياها وأضمنه قيمتها إذا حبسها عن أسواقها كالمكتري ولكني أخذ فيها بقول مالك. وقال الباجي: الفرق أن الغاصب غصب والرقة فلا يضمن المنافع لضمانه الرقة بخلاف غيره فهو متعدي على المنافع فضمنها انتهى. انظر هذا التعليل بالنسبة إلى الربع فقد تقدم أنه يغرم غللة ما استغل. وانظر قول خليل: «وغللة مستعمل» وقد تقدم أن الربع بخلاف الدواب والرقيق يبقى صوف الغنم ولبنها ونسل الحيوان وثمر الشجر سيأتي حكمه عند قوله: «كمركب نخرة». وانظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «لا ما باض» (وصيد عبد وجارح) ابن بشير: إن كان المغصوب عبداً وأمره بالصيد فلا خلاف أن الصيد لرب العبد، وإن كان آلة كالسيف والرمح فلا خلاف أن الصيد للغاصب وعليه أجره ما انتفع به، وإن كان فرساً فقد ألحقه بالآلات، وإن كان جارحاً كالباز والكلب فهو يلحق بالعبد؟ قولان. وقال ابن رشد: اختلف في الذي يتعدى على كلب رجل أو بازه فيصيد به، والأظهر قول ابن القاسم أن محمله محمل الذي يتعدى على العبد فيرسله فيصيد له لأن جل العمل إنما هو للباز والكلب لأنهما هما اتبعا الصيد وهما أخذه، فلهما سببان الاتباع والأخذ وليس للمتعدى فيه إلا التحريض على ذلك ما تؤول من مذهب ابن القاسم في المزارعة الفاسدة أن الزرع يكون فيها لمن أخرج شيعين انتهى. فانظر جعل ابن رشد موضوع مسألة إذا تعدى على عبد رجل أو كلبه أو بازه أن الصيد لرب العبد باتفاق ولرب الكلب والباز على الأظهر وهو قول ابن القاسم. وفرضها ابن بشير في غصب العبد والكلب والباز، وقد تقدم نص المدونة: ما اغتصب من دواب أو رقيق فاستعملها أو أكرهاها فلا شيء عليه، وله ما قبض من كرائها وإنما لربها عين شيعه. ومن المدونة أيضاً: لو أن الغاصب نفسه استغل العبد أو أخذ كراء الدار للزومه أن يرد الغللة والكراء للمستحق. وانظر هذا عند قوله «والا

وَكَرَاءِ أَرْضٍ بُنِيَتْ؛ كَمَرْكَبٍ نَخِرٍ، وَأَخَذَ مَا لَا عَيْنَ لَهُ قَائِمَةً،

فرع: من غصب منفعة دار واستأجر منه رجل تلك المنفعة فلربها أخذ المنفعة من الغاصب أو من المستأجر، عالماً كان أو جاهلاً، كما لو غصب طعاماً وباعه واستهلكه المشتري

بدىء بالغاصب (وكرأء أرض بنيت) اللخمي: لا أعلمهم اختلفوا فيمن غصب أرضاً فبناها ثم سكن أو استغل أنه لا يفرم سوى غلة القاعة. وقال ابن المواز: إذا غصب خراباً لا يسكن إلا بإصلاحه فأصلح وسقف ورم ثم استغل قال: للمستحق جميع الغلة وكرأء ما سكن وللغاصب قيمة ما لو نزع كان له ثمن (كمركب نخز) اللخمي: إن غصب مركباً نخراً ولا يقدر على استعماله إلا بإصلاحه فعمره ورجحه بجوانحه وأطرافه ثم اغتلت غلة، كان جميع الغلة لمستحقة ولا غرم عليه في شيء مما أنفق إلا مثل طير أو جمل. ثم ذكر قول أشهب ورجحه انظره فيه. ومن ابن يونس قال ابن القاسم فيما أثمر عند الغاصب من نخل أو شجر أو تناسل من الحيوان أو جز من الصوف أو حلب من اللبن، فإنه يرد ذلك كله مع ما اغتصبه لمستحقه، وما أكل رد المثل في ماله مثل، والقيمة فيما لا يقضى بمثله. وليس له اتباع المستحق بما أنفق في ذلك أو سقى أو عالج أو رعى، ولكن له المقاصة بذلك فيما بيده من غلة لأن عن عمله تكونت. ألا ترى أن الأجير أحق بها في الفلس، وإن عجزت الغلة عنه لم يرجع على المستحق بشيء. وقاله أشهب. وقال ابن القاسم أيضاً: لا شيء له فيما سقى أو عالج أو أنفق وإن كان ذلك سبباً للغلة. وقاله مالك وبه أخذ ابن المواز قال: إذ ليس بعين قائمة ولا يقدر على أخذه ولا مما له قيمة بعد القلع فيرد، وهو كما لو غصب مركباً خراباً فأنفق في قلفطته ومرمته وترجيحه وأطرافه وجوانحه ثم اغتلت فيه غلة كثيرة، فلربه أخذه مقلطاً مصلوحاً بجميع غلبته ولا غرم عليه فيما أنفق عليه إلا مثل الصاري والأرجل والحبال. وما يؤخذ له ثمن إذا أخذ للغاصب أخذه وإن كان بموضع لا غنى عنه إذ لا يجد صارياً ولا أرجلاً ولا أحبلاً إلا هذه، أو لا يجد ذلك بموضع لا ينال حملها إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة وهو ما لا بد له منه مما يجري به المركب حتى يرده إلى موضعه، فربه مخير بين أن يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيفما كان أو يسلم ذلك إليه. ابن يونس: وقد اختلف أيضاً فيما سقى أو عالج بوجه شبهة كالمشتري والموهوب له فقال ابن القاسم: لا يأخذه كالمستحق حتى يدفع قيمة السقي والعلاج وهذا هو الأصوب (وأخذ ما لا عين له قائمة) انظر إن كان يعني بهذا أن للمغصوب منه أن يأخذ أرضه ومركبه ويأخذ معها ما لا قيمة له إن قلع. وقد تقدم قبل قوله «كمركب» أن للغاصب قيمة ما لو نزع كان له ثمن. وقال في المدونة أيضاً: كل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد القلع كالجص والنقش فلا شيء له فيه، وكذلك ما حفر من بئر. وقال ابن رشد: إنما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك إن كان خرج مما له عين قائمة كالصبغ والنقض في البنيان، فإن كان ذلك الشيء يمكن إعادته على حاله كالبقعة بينهما وما أشبه ذلك فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها من نقض إن كان فيها نقض، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعاً مطروحاً بالأرض بعد أجر القلع. قاله ابن شعبان وابن المواز. وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك

وَصَيْدَ شَبَكَةٍ وَمَا أَنْفَقَ فِي الْغَلَّةِ، وَهَلْ إِنْ أَعْطَاهُ فِيهِ مُتَعَدِّدٌ عَطَاءً فِيهِ؟ أَوْ بِالْأَكْثَرِ مِنْهُ وَمِنْ الْقِيَمَةِ تَرَدُّدٌ

فلرب الطعام أن يضمن من شاء منهما بخلاف ما إذا غصب الرقبة وإكراهاً. قاله في نوازل عيسى من كتاب الغصب. ص: (وهل إن أعطاه فيه متعدد عطاء فيه أو بالأكثر منه ومن القيمة تردد) ش: يعني أن من كان له متاع أو سلعة أو شيء تسوق به فأعطاه فيه ناس متعددون ثمناً ثم تعدى عليه شخص فغصبه ذلك الشيء واستهلكه، فهل يضمن الغاصب لرب المتاع ذلك الثمن الذي أعطى فيه أو يضمن الأكثر منه ومن القيمة؟ تردد. هذا حل كلامه والمسألة في سماع ابن القاسم من كتاب الغصب ونصها: قال مالك في رجل تسوق فيعطيه غير واحد ثمناً ثم يعدو عليه رجل فيستهلكها قال: أرى أن يضمن ما كان يعطى بها ولا ينظر في قيمتها قال: وذلك إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس ولو شاء أن يبيع به باع.

فرع: ولا يضمن إلا قيمتها. قال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة والثمن انتهى. وظاهر كلام العتبي وابن يونس أيضاً أن المستهلك لا يضمن إلا ما أعطى فيها، سواء زاد على القيمة أو نقص، وكلام ابن رشد خلافه فأشار بالتردد لترددهم في فهم كلام مالك. فتأمله والله أعلم.

بنفسه ولا بعبيده وإنما يستأجر عليه. وقيل: إنه لا يحط من ذلك أجر القلع على مذهب ابن القاسم في المدونة، وإلى هذا ذهب ابن فرحون، واغتل في ذلك أن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد الهدم، وإن لم يكن في البنيان الذي بنى الغاصب ماله قيمة إذا قلعه لم يكن للغاصب على المغصوب منه شيء. ويؤيده قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) (لا صيد كشبكة) ابن بشير: وإن كان المغصوب آلة كالسيف فلا خلاف أن الصيد للغاصب، ومثل السيف الشباك والحالات (وما أنفق في الغلة) تقدم نقل ابن يونس: إن ما أنفق في الغلة من سقي وعلاج له المقاصة به فيما بيده من غلة. ثم ذكر قولاً آخر مشهوراً أن لا شيء له كما أنفق في المركب النخر من قلفطة. وانظر أيضاً على القول أن له ما أنفق إنما يرجع بذلك في الغلة إن كانت وإلا فلا شيء له على المستحق، والذي لابن عرفة: على غرم الغاصب الغلة في رجوعه بالنفقة طريقان، كمن تعدى على رجل فسقى له شجرة أو حرث أرضه أو حصد زرعته ثم سأله أجر ذلك. راجع اللخمي وابن عرفة (وهل إن أعطاه فيه متعدد عطاء فيه أو بالأكثر منه ومن القيمة تردد) قال ابن القاسم عن مالك فيمن تسوق سلعة فيعطيه غير واحد بها ثمناً ثم يستهلكها له رجل، فليضمن ما كان أعطى فيها ولا ينظر إلى قيمتها إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس، ولو شاء أن يبيع باع. وقال سحنون: لا يضمن إلا قيمتها. وقال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة أو الثمن اهـ. نقل ابن يونس. وقال ابن رشد: قول مالك «لا ينظر إلى قيمتها» معناه إلا أن تكون القيمة أكثر، فقول عيسى مفسر لقول مالك (وإن وجد

(١) المصدر السابق.

وَإِنْ وَجَدَ غَاصِبُهُ بِغَيْرِهِ وَغَيْرِ مَحَلِّهِ: فَلَهُ تَضْمِينُهُ، وَمَعَهُ أَخْذُهُ إِنْ لَمْ يَحْتَجَّ لِكَبِيرِ حَمَلٍ، لَا إِنْ هَزَلَتْ جَارِيَةٌ، أَوْ نَسِيَ عَبْدٌ صَنْعَةً ثُمَّ عَادَ أَوْ خَصَّاهُ فَلَمْ يَنْقُصْ،

ص: (وإن وجد غاصبه بغيره وغير محله فله تضمينه) ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال البرزلي: وقعت مسألة وهو أنه وجبت قناطر من كتان من عداء على رجل بتونس وكان تعديه عليها بالإسكندرية، فوقع الحكم عليه بدفع قيمته بالإسكندرية في تونس لتعذر الطريق إلى الإسكندرية عن قرب بر أو بحر، ولو لم يتعذر الطريق لم يقض إلا بمثلها. في الإسكندرية وهي مثل ما حكى ابن رشد فيمن سلف طعاماً لأسير في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام ثم أخذها العدو، أو تعذر الوصول إليها فقيل: يقضي بقيمتها في ذلك البلد يوم الحكم يأخذه ربه إن وجدته، وقيل: لا يقضي إلا بمثله في ذلك البلد إلا أن يتفقا على شيء يجوز. وكذلك لو دفعه نفي قرية الأسير وهي تجري على الخلاف هل هو استهلاك أو قرض، وأما لو كان الكتان جزافاً أو الطعام كذلك لم يقض إلا بقيمته يوم العداء وأنه يأخذها حيث وجدها. انتهى. ص: (أو خصاه فلم ينقص) ش: قد تكلم عليه ابن غازي بما يغني، ويؤخذ من هنا أن الخصاء ليس بمثلة ولو كان مثله لعتق على الغاصب وغرم لربه قيمته كما قال في كتاب الغصب من المدونة: وأما من تعدى على عبد رجل فقفاً عينه أو قطع له جارحة أو

غاصبه بغيره وغير محله فله تضمينه ومعه أخذه إن لم يحتج لكبير حمل) انظر إن كان معناه بغير الشيء المغصوب. وعبارة ابن الحاجب: لو وجد الغاصب خاصة يعني دون الشيء المغصوب، وقد تقدم عند قوله «ولو صاحبه» أنه ليس لرب الطعام المغصوب جبر الغاصب على رده لبلد الغصب. وقال ابن حارث: اتفقوا إذا غصبه عبداً أو جارية ثم لقيه بموضع آخر أنه ليس له إلا أخذ ذلك بعينه، ولا تجب له قيمته إلا أن يأخذه برده إلى موضعه. وروى الباجي: ويخير في البز والعروض في أخذ عينها أو قيمتها، وقد تقدم نقل ابن رشد سماع ابن القاسم أن النقل فوت في الرقيق والعروض لا في الحيوان. وقول ابن عرفة في نقل غير الطعام طريقان. ولخص ابن يونس سماع ابن القاسم فقال: الطعام ليس له في الحكم إلا مثله بموضع غصبه، والعبيد والإماء والحيوان ليس له أخذهم إلا حيث وجدهم إن لم يتغيروا، وأما البز والعروض فربها مخير بين أخذها أو أخذ قيمتها بموضع غصبها، ثم ذكر أن أشهب يخيّر أيضاً في الحيوان. ونقل ابن عرفة عن المغيرة أنه قال: إن نقل خشبة تعدياً بمال كثير جبر على ردها لمحلها اه. وبتلخيص ابن يونس قول مالك وابن القاسم كنت اكتفيت في النقل لولا لفظة خليل فانظره أنت مع ما تقرر (لا إن هزلت جارية أو نسي عبد صنعة ثم عاد) ابن شاس وابن الحاجب: لو هزلت الجارية ثم سمتت أو نسي العبد الصنعة ثم ذكرها حصل الجبر. ابن عرفة: لا أعرف هذا لغيرهما وهو مثل ما في المدونة فيمن اطلع على عيب قديم فيما ابتاعه فلم يرده حتى زال فلا رد له، ومقتضى قولهما أن الهزال في الجارية يوجب على الغاصب ضمانها. وفي المدونة: هزال الجارية لغو بخلاف الدابة (أو خصاه فلم ينقص) ابن شاس: إذا غصب عبداً فخصاه ضمن ما نقصه،

أَوْ جَلَسَ عَلَى ثَوْبٍ غَيْرِهِ فِي صَلَاةٍ، أَوْ دَلَّ لِصًّا، أَوْ أَعَادَ مَصُوغًا عَلَى حَالِهِ، وَعَلَى غَيْرِهَا فَقِيمَتُهُ:

جارحتين فما كان من ذلك فساداً فاحشاً حتى لم يبق فيه كبير منفعة فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه، وكذلك الأمة والله أعلم. ص: (أو دل لاصاً) ش: انظر كيف مشى هنا على أنه لا يضمن مع أن الذي جزم به ابن رشد في رسم حمل صبيّاً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق أنه يضمن ولو أكره على ذلك، وهو الذي اختاره أبو محمد كما سيأتي فتأمله، ولعل المصنف مشى على هذا القول لأنه يفهم من كلام ابن يونس في آخر كتاب الغصب أنه الجاري على مذهب ابن القاسم في مسألة دلالة المحرم على الصيد فتأمله. وأصل المسألة في النوادر ونقل فيها القولين بالتضمن وعدمه في آخر كتاب الغصب، ونقل القولين عنه ابن يونس في آخر كتاب الغصب ثم قال بعدهما. قال أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه لأن ذلك من وجه التفرير. وكذا نقل البرزلي عن ابن أبي زيد أنه أفتى بالضمآن، وذكر الشيخ أبو محمد مسائل جملة في أواخر كتاب الغصب من الغرور بالقول، وذكر منها مسألة الصير في يغر من نفسه أو يقول في الرديء إنه جيد، وذكرها أيضاً في آخر كتاب تضمين الصناعات، وذكرها في المدونة

فإن لم ينقصه ذلك أو زادت قيمته لم يضمن شيئاً وعوقب. ابن عرفة: سمع ابن القاسم في كتاب الجنایات: من خصى عبداً. انظره في رسم القبلة من السماع المذكور ففي ذلك تفصيل طويل (أو جلس على ثوب غيره في صلاة) ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبخ: من جلس على ثوب رجل في الصلاة فيقوم صاحب الثوب المجلوس عليه وهو تحت الجالس فينقطع فلا يضمن، وهذا مما لا يجد الناس منه بدأ في صلواتهم ومجالسهم (أو دل لاصاً) أبو محمد: من أخبر لصوصاً بمطمور رجل أو أخبر به الغاصب وقد بحث عن مطمره أو ماله فدل عليه رجل ولولا دلالة ما عرفوه، فضمنه بعض متأخري أصحابنا، ولم يضمنه بعضهم. قال أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه لأن ذلك من وجه التفرير الموجب للضمآن. قال أبو محمد: وأما الرجل يأتي السلطان بأسماء قوم وموضعهم وهو يعلم أن الذي يطلبهم به السلطان ظلم فينالهم بسبب تعريفه بهم غرم أو عقوبة، فأراه ضامناً لما غرمهم مع العقوبة الموجبة. ابن يونس: وقال أشهب: إذا دل محرم محرماً على صيد فقتله المدلول عليه فعليهما الجزاء جميعاً. وابن القاسم يقول: لا جزاء على الدال. فعلى هذا الخلاف تجري مسائل الدال فيما ذكرنا. المازري: في ضمان المتسبب بقول كصيرفي يقول فيما علمه زائفاً طيب، وكخبر من أراد صب زيت في إناء عمله مكسوراً صحيح، وكدال ظالماً على مال أخفاه ربه عنه عليه قولان. المازري كقولني ابن القاسم وأشهب في لزوم الجزاء على من دل محرماً على صيد فقتله بدلالته، وقد تقدم فتيا ابن رشد بأن المفتي لا يضمن إن أفتى بما لا غير مستحقه إذ هو غرور بالقول، والصحيح لا يضمن به (أو أعاد مصوغاً على حاله وعلى غيرها فقيمتها) تقدم عند قوله^(١) وحكى أن الصواب غرم القيمة وإن أعاده لهيئته لأن هذه الصياغة غير تلك. وقال أشهب: يأخذه بلا غرم عليه. قال ابن المواز: وإن صاغه على

(١) كذا في الأصل وفيه سقوط واضح.

ككسره، أو غصب منفعة فتلفت الذات أو أكله مالكة ضيافة، أو نقصت للسوق،

أيضاً في كتاب تضمين الصناعات. وانظر الغرور بالقول والفعل في ابن عرفة، وفي المسائل الملقوطة مسألة من أجوبة القرويين في القائل للرجل بع سلعتك من فلان فإنه ثقة مليء فيجده بخلاف ذلك فقال: لا يغرم إلا أن يغره وهو يعلم بحاله انتهى. ص: (ككسره) ش: هذا التشبيه راجع إلى ما لا يغرم فيه القيمة وإنما يأخذ فيه الشيء المغصوب لكن يؤخذ هنا أيضاً قيمة الصياغة. قال ابن الحاجب: ولو كسره أخذه وقيمة الصياغة، وسكت المؤلف هنا عنه لوضوحه والله أعلم. ص: (أو نقصت للسوق) ش: كذا في بعض النسخ بجر «السوق» بلام التعليل أي نقصت السلعة لأجل تغير سوقها لا لشيء في بدنها، وفي بعض النسخ «نقصت السوق» أي نقص سوقها. وعلى هاتين النسختين فيكون معطوفاً على ما لا ضمان فيه بما قبلها، وفي بعض النسخ «أو نقصت لا لسوق» بإدخال «لا» النافية على السوق المنكر المجرور باللام. والمعنى أن السلعة المغصوبة نقصت في بدنها لا لأجل سوقها، ويكون معطوفاً على ما يضمن

غير صياغته لم يأخذه ولم يكن له إلا قيمته يوم غصبه (ككسره) تقدم أن الذي رجع إليه ابن القاسم إذا كسر الحلبي لزمته قيمته (أو غصب منفعة فتلفت الذات) ابن المواز: قال ابن القاسم: من سكن داراً غاصباً للسكنى مثل ما سكن السدة حين دخلوا فانهدمت من غير فعله، فلا يضمن إلا قيمة السكنى إلا أن تنهدم من فعله. وأما لو غصبه رقبة الدار ضمن ما انهدم وكراء ما سكن. انتهى وانظر في ابن يونس هنا إذا اكترى داراً أو أرضاً فاغتصبها منه رجل فسكن أو زرع أن الكراء على المكتري إلا أن يكون سلطاناً. قال ابن يونس: وهذا صواب، لأن منع السلطان كمنع ما هو من أمر الله كهدم الدار وقحط الأرض. وقال ابن القاسم: إذا نزل سلطان على مكتري فأخرجه وسكن الدار أن المصيبة على صاحب الدار ويسقط عن المكتري ما سكنه السلطان (أو أكله مالكة ضيافة) ابن شاس: لو قدم الغاصب الطعام إلى المالك فأكله مع الجهل بحاله فإن الغاصب يبرأ من الضمان، بل لو أكرهه على أكله فأكله لبريء الغاصب. ابن عرفة: لا أدري من أين نقل هذين الفرعين. فأما ما أكله طوعاً فالجاري على المذهب أن لا يحاسب المغصوب من ذلك إلا بما يقضى عليه أو طعمه من ماله مما ليس بسرف في حق الآكل، وأما ما أكله مكرهاً فهو كمن أكره رجلاً على إتلاف مال وقد تقدم (أو نقصت للسوق) من المدونة: ما اغتصبه غاصب فأدركه ربه بعينه لم يتغير في بدنه فليس له غيره ولا ينظر إلى نقص قيمته باختلاف سوقه، طال زمان ذلك سنين أو كان ساعة واحدة إنما ينظر إلى تغير بدنه. قال مالك: وهو بخلاف المتعدي في حبس الدابة من مكتر أو مستعير يأتي بها أحسن حالاً، فربها مخير في أخذ الكراء أو يضمنه القيمة يوم التعدي لأنه حبسها عن أسواقها إلا في الحبس اليسير لا تتغير في مثله في سوق أو بدن. قال ابن القاسم: كل ما أصله أمانة فتعدى فيه يأكراه أو ركبه من ودیعة أو عارية أو كراء، فهذا سبيله وهو بخلاف الغاصب. ابن يونس: القياس أن لا فرق بينهما في هذا الوجه ولا يكون الغاصب أحسن حالاً من المتعدي، وكما كان يضمن في النقص اليسير فكذلك يجب أن يضمن في نقص السوق. وقد نحا ابن ابن القاسم إلى المساواة بينهما لولا خوف مخالفة

أَوْ رَجَعَ بِهَا مِنْ سَفَرٍ وَلَوْ بَعْدَ: كَسَارِقٍ؛ وَلَهُ فِي تَعْدِي كَمُسْتَأْجِرٍ: كِرَاءُ الزَّائِدِ؛ إِنْ سَلِمْتَ، وَإِلَّا خَيْرٌ فِيهِ، وَفِي قِيَمَتِهَا وَقْتُهُ

فيه القيمة وهو قوله: «وعلى غيرها فقيمته ككسره» والله أعلم. ص: (أو رجع بها من سفر ولو بعد كسارق) ش: هذا مما دخل تحت قوله «وغلة مستعمل» وإنما ذكرها هنا ليبين أن هذا الفعل من الغاصب ليس بفوت يوجب تخيير ربها فيها وفي قيمتها، وليبين أنه يوجب ذلك من التعدي كالمستأجر ونحوه، وليس مقصوده أنه لا كراء على الغاصب فليس معارضاً لما تقدم. ومن يحمله على نفي الكراء على الغاصب كما هو مذهب المدونة فيحتاج أن يقيد ما تقدم بذلك. قال ابن الحاجب لما أن عد بعض ما يكون فوتاً يوجب تخيير رب السلعة فيها وفي قيمتها ما نصه: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها لم يلزم سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير وفي الجميع قولان. قال ابن عبد السلام: ستأتي مسألة المدونة التي ذكرها المؤلف بعد هذا انتهى. ويشير إلى قوله فإن استغل واستعمل. ثم قال ابن عبد السلام ما نصه: ثم هذا الحصر الذي أعطاه كلام المؤلف حيث قال «لم يلزم سواها»، يحتمل أن يبقى على ظاهره فلا يكون على الغاصب كراء في سفره على الدابة، ويحتمل أن يريد نفي قيمة الدابة التي يكون رب المال مخيراً فيها في التعدي لا كراء الدابة انتهى. ولما أن كان ابن الحاجب يذكر الأقوال في الغلة قال في كلامه هنا: يحتمل ويحتمل، فأما المصنف فلم يذكر أولاً إلا المشهور وهو ضمان غلة المغصوب المستعمل مطلقاً فيحمل كلامه هنا على نفي الضمان إلا أن يجعل كلامه الأول على مذهب المدونة ويقيد فيصح والله أعلم. ص: (وله في تعدي كمستأجر كراء الزائد إن سلمت وإلا خير فيه وفي قيمتها وقته) ش: فسر الشارح مثل المستأجر المستعير، ومعنى كلامه أن الدابة إذا سلمت في تعدي المستأجر وشبهه كالمستعير

الإمام مالك (أو رجع بها من سفر ولو بعد كسارق) تقدم قول ابن القاسم: ما اغتصب من دواب أو رقيق أو سرقة وطل مكثها بيده، فليس لربها أن يلزمه قيمتها إذا كانت على حالها. ولا ينظر إلى تغير سوق بخلاف المكتري والمستعير يتعدى المسافة تعدياً بعيداً فربه مخير. انظر عند قوله «وغلة مستعمل». وذكر ابن رشد مثل هذا عن ابن القاسم ثم قال: وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: إن سافر غاصب الدابة سافراً بعيداً ثم ردها بحالها خير ربها وأمر المكتري والغاصب واحد.

(وله في تعدي كمستأجر كراء الزائد إن سلمت) انظر هذا الإطلاق وقد تقدم عند قوله «وغلة مستعمل» قول ابن القاسم في المكتري والمستعير يتعدى ثم يردّها بحالها أن ربها مخير إن شاء أخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة بخلاف السارق والغاصب. انظره هناك (وإلا خيسر فيه وفي قيمتها وقته) من المدونة: قال ابن القاسم: وإذا زاد مكتري الدابة أو مستعيرها في المسافة ميلاً أو أكثر فعطبت، ضمن وخير ربها. فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة، أو أخذ منه كراء الزيادة ولا قيمة عليه، وله على المكتري الكراء الأول بكل حال، ولوردها بحالها والزيادة يسيرة مثل

وَإِنْ تَعَيَّبَ، وَإِنْ قَلَّ كَكَسْرٍ نِهْدَيْهَا،

فليس لربها إلا كراء الزائد فقط ولا تخيير له، وإنما يخير مع عدم السلامة. وظاهره أن ذلك يتعين. سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة، ولا يخير وهذا مخالف لما قدمه في فصل العارية وفي فصل كراء الدواب وفصل الوديعه، وخلاف لما في المدونة ولما قاله ابن الحاجب وقوله في التوضيح. قال في المدونة: وأما المكتري أو المستعير يتعدى المسافة تعدياً يحبسها أياماً كثيرة ولم يركبها ثم يردها بحالها، فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد على حالها لم يلزمه سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير وفي الجميع قولان. قال ابن عبد السلام: بخلاف المكتري والمستعير يزيدان في المسافة زيادة بعيدة ثم يردان الدابة على حالها، فلب الدابة أخذها وله تركها وأخذ القيمة. وقال في التوضيح: بخلاف تعدي المكتري والمستعير إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار، فإن أحب أخذها وكراءها من موضع التعدي إلى غايته، وإن أراد أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدي عليه وله الكراء الأول في الكراء. ثم قال: وفهم من قوله يعني ابن الحاجب «سفر بعيد» أنه لو تعدي المستعير والمكتري موضعاً قريباً أو زمناً قريباً أنه لا يكون له تضمين الدابة. وفي الباجي: إذا أمسكها أياماً يسيرة زائدة على أيام الكراء لا ضمان عليه، وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول. قاله مالك وأصحابه انتهى. وما ذكره عن الباجي نحوه في المدونة كما سيأتي إن شاء الله. فلو زاد المؤلف مع قوله «إن سلمت» لفظ «وقربت» يعني مسافة التعدي لكان أحسن، لأن قوله: «إن سلمت» لا يوافق المنصوص إذ لا فرق بين سلامتها وعدم سلامتها إلا مع قرب المسافة. قال في المدونة بعد الكلام المتقدم بأسطر: قال ابن القاسم: وإذا زاد المكتري للدابة أو المستعير في المسافة ميلاً أو أكثر فعطبت ضمن وخير ربها، فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة، وإما ضمنه كراء الزيادة فقط ولا شيء له من قيمتها وعلى المكتري الكراء الأول بكل حال، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل البريد أو اليوم وشبهه لم تلزم قيمتها ولا يضمن إلا كراء الزيادة فقط. انتهى والله أعلم. ص: (خير فيه) ش: يعني أنه يخير المصوب منه في الشيء المصوب، يريد وفي قيمته في ثلاث مسائل: الأولى إذا تعيبت بسماوي. الثانية إذا تعيبت بجناية. الثالثة إذا تعيبت بجناية الغاصب. أما الأول فليس له إلا أخذه بغير أرش أو أخذ القيمة. قال في المدونة: وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر من الله، فربها مخير في أخذها معيبة أو تضمينه قيمتها يوم الغصب، وإن كانت جارية فأصابها عنده عور أو عمى أو ذهاب يد بأمر من الله فليس لربها أن يأخذها، وما نقصها عند الغاصب إنما له أخذها

البريد واليوم وشبهه لم يلزم قيمتها وإنما له كراء الزيادة انتهى (وإن تعيب وإن قل ككسر نهديها أو

أَوْ جَنَى هُوَ أَوْ أَجْنَبِيٌّ. خَيْرٌ فِيهِ: كَصَبْغِهِ فِي قِيَمَتِهِ وَأَخَذِ ثَوْبِهِ، وَدَفْعِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ،

ناقصة أو قيمتها يوم الغصب، وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها ويعطيه ما نقصها. إذا اختار ربها أخذ قيمتها انتهى. وذكر هذه الصورة ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافاً، وأما الثانية فيخير بين أخذه وأخذ أرش الجناية من الجاني أو تضمين الغاصب القيمة ويتبع الغاصب الجاني قال في المدونة إثر الكلام المتقدم بسطرين: ولو قطع يدها أي الجارية أجنبي ثم ذهب فلم يقدر عليه فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها وله أن يضمه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها، وإن شاء ربها أخذها واتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب انتهى. وذكرها أيضاً ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافاً. وأما الثالثة فيخير أيضاً بين أخذها مع أرش الجناية من الغاصب وبين أخذ القيمة منه. هذا مذهب المدونة قال فيها: ولو كان الغاصب هو الذي قطع يد الجارية فلربها أن يأخذها وما نقصها أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب. ابن يونس: قوله: «وما نقصها» يريد يوم الجناية انتهى. وذكر ابن الحاجب فيها قولين وعزا هذا لابن القاسم، ومقابله لأشهب وهو أنه ليس له إلا أخذها بغير أرش أو أخذ القيمة. وجعل البيساطي هذا الثاني هو المذهب ونصه: والمنصوص أنه في جناية الأجنبي له أن يأخذ ناقصاً ويتبع الأجنبي بأرش الجناية وليس له ذلك على المذهب في السماوي وفي جناية الغاصب انتهى. وفيه نظر لأن الأول مذهب المدونة كما علمنا ولم أر من رجح الثاني ولا من شهره والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: أشهب: إن غصب أشياء مختلفة فنقصت في يده فلربها تضمينه قيمتها يوم الغصب أو أخذها ناقصة ولا شيء له وله أخذ بعضها بنقصه وقيمة باقيها انتهى.

ص: (كصبغه في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ) ش: قال ابن الحاجب: وإذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة والثوب ويدفع قيمة الصبغ. وقال أشهب: لا شيء عليه في الصبغ، أما لو نقصت القيمة فلا شيء عليه ولا له أن يأخذ. قال في التوضيح: يعني إذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص، فمذهب المدونة أنه يخير المالك فيما ذكر

جنى هو أو أجنبي خير فيه كصبغه في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ). ابن رشد: يفيت المغصوب النقصان والعيوب وإن لم تكن مفسدة، كانت بأمر سماوي أو بجناية الغاصب أو جناية غيره غير أنها إن كانت بأمر من السماء لم يكن للمغصوب منه إلا أن يضمه قيمته يوم الغصب أو يأخذ ناقصاً عند ابن القاسم، وإن كانت بجناية الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يسقط عنه حكم الغصب، فيأخذها وما نقصته جنايته يوم الجناية عند ابن القاسم أيضاً، وإن كانت بجناية غير الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضم الغاصب يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني، وبين أن يسقط عن الغاصب طلبه ويتبع الجاني بحكم الجناية. وقال أشهب: من غصب شابة فصارت إلى تغيير يسير كان كسار النهدين ونحوه له تضمينه قيمتها إن شاء انتهى. فقد تحصل من هذا أنه مخير في العيب السماوي بين أخذه بنقصه وبين أخذه قيمتها بخلاف العيب من

وَفِي بِنَائِهِ فِي أَخْذِهِ، وَدَفَعَ قِيَمَةَ نَقْضِهِ بَعْدَ سُقُوطِ كُلْفَةِ لَمْ يَتَوَلَّهَا، وَمَنْفَعَةَ الْبَيْضِ، وَالْحَرِّ

ثم قال: ويدلك على ما قيدنا به كلام المؤلف يعني ابن الحاجب أن الثوب زادت قيمته أو لم تنقص قوله في قسيم المسألة أما لو نقصت إلى آخره وهو ظاهر لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب انتهى.

تنبيهان: الأول: قول التوضيح «لأن ذلك عيب الخ» نحوه لابن عبد السلام وإذا كان عيباً فكان الظاهر أن يغرم الغاصب الأرض إذا اختار في الثوب أخذه لأن هذا العيب منه حدث، وقد تقدم أن مذهب المدونة تغريمه الأرض مع أخذ السلعة إذا كان من الغاصب فتأمل، على أنه أطلق المسألة أعني مسألة الصبغ في المدونة ولم يقيدتها بزيادة الصبغ ولا بنقصه والله أعلم.

الثاني: قال البساطي: فإن قلت: أطلق المصنف وقيدت المسألة بما إذا زادت قيمته، فهل له وجه؟ قلت: المسألة متأولة كما ذكرت وإطلاق المؤلف لا يضر لأنه إن نقصت لا يتأتى فيه ذلك، وإن كانت سواء فكذلك انتهى. فتأمل قوله «وإن كانت سواء» فإنه مخالف للتوضيح والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: وفي تضمين الصناعات منها: ولك أخذ ما خاطه الغاصب بلا غرم أجر الخياطة لتعديده. قلت: الفرق بينهما أن الصبغ بإدخال صنعة في المغصوب فأشبه البناء والخياطة مجرد عمل فأشبهه التزويق. انتهى. ص: (كحجر باعه وتعذر رجوعه) ش: قال في

الغاصب فإنه مخير بين أخذه مع ما نقصه وبين أخذ قيمته، وكذا إن كان العيب بجناية من غير الغاصب لكن إن أخذه اتبع الجاني بما نقصه انتهى. وانظر قوله «وإن قل» لو قال «ولو قل» لكان مناسباً لأنه في كتاب محمد فرق بين القليل والكثير وعليه عول في التفريع. قال اللخمي: وهو أيين يعني أنه لا يضمن من العيب اليسير. وأما مسألة الصبغ فمن المدونة قال ابن القاسم: ومن غصب ثوباً فصغه، خير ربه في أن يأخذ من الغاصب قيمته يوم غصبه أو يعطيه قيمة صبغه ويأخذ ثوبه، ولا يكونان شريكين في الغصب. انظر لو سقط ثوب في قدر صباغ فانصبغ الثوب قالوا: يكونان شريكين فيه، هذا بقيمة ثوبه وهذا بقيمة صبغه. (وفي بناء في أخذه ودفع قيمة نقضه بعد سقوط كلفة لم يتولها) من المدونة قال مالك: من غصب أرضاً فغرس فيها غرساً أو بنى فيها بناء ثم استحقها ربه قيل للغاصب: اقلع الأصول والبناء إن كان لك منفعة إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يعطيه قيمة البناء والأصول مقلوعاً. ابن المواز: بعد طرح أجرة القلع فذلك له انتهى. وقد تقدم عند قوله «وأخذ ما لا عين له قائمة» قول ابن رشد هذا إن كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه (ومنفعة الحر والبضع بالتفويت). ابن شاس: أما منفعة البضع فلا تضمن إلا بالتفويت، فعليه في الحر صدق المثل بكرة كانت أو ثيباً، وأما الأمة فعليه ما نقصها، وكذلك منفعة بدن الحر لا تضمن إلا بالتفويت. ابن عرفة: هذا مقتضى قول المدونة إن رجع شاهد الطلاق بعد البناء فلا غرم عليها، وكذا في متعمدة إرضاع من يوجب رضاعها فسخ نكاحها (كحجر باعه وتعذر رجوعه).

بالتقويت. كحُرِّ بَاعَهُ وَتَعَذَّرَ رُجُوعُهُ، وَمَنْفَعَةٌ غَيْرُهُمَا بِالْفَوَاتِ، وَهَلْ يَضْمَنُ شَاكِيَهُ لِمُغْرَمٍ زَائِداً عَلَى قَدْرِ الرَّسُولِ إِنْ ظَلَمَ، أَوْ الْجَمِيعِ، أَوْ لَا؟ أَقْوَالٌ

مسألة أبي عمران القابسي من كتاب الاستيعاب وكتاب الفضول فيمن باع حراً ماذا يجب عليه قال: يحد ألف جلدة ويسجن سنة، فإذا أيس منه ودي ديته إلى أهله. انتهى ص: (وهل يضمن شاكيه لمغرم زائداً على قدر الرسول إن ظلم أو الجميع أو لا أقوال) ش: القول الآخر أنه لا غرم عليه وإنما عليه الأدب هو قول أكثر الأصحاب. قاله الشيخ ابن أبي زيد وابن يونس، وانظر إذا شكنا شخص رجلاً لحاكم جائر لا يتوقف في قتل النفس فضرب المشكو حتى

سحون: وإذا غصب أم ولد فماتت عنده لا ضمان عليه فيها كالحرة يفتصبها فتموت عنده. ابن رشد قول ابن القاسم وروايته عن مالك إن أم الولد أحكامها أحكام أمة حتى يموت سيدها أصح فلا تشبه الحرة. ألا ترى أن الحرة لا يضمنها بالنقل بخلاف الأمة ومن فيها بقية رق. وقد روي عن مالك فيمن غصب حراً فباعه أنه يكلف طلبه، فإن يئس منه أدى ديته إلى أهله. وقد نزلت بطليطلة فكتب قاضيها إلى ابن بشير بقرطبة فجمع ابن بشير أهل العلم فأفتوا بذلك، فكتب إليه أن أغرمه دية كاملة ف قضى عليه بذلك (وغيرهما بالفوات) انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «وضمن بالاستيلاء وإن تغيب وإن قل كنفرة صيغت وقمع طحن» (وهل يضمن شاكيه لمغرم زائداً على قدر الرسول إن ظلم أو الجميع أو لا أقوال) انظر مقتضى ابن القاسم وفتوى ابن رشد أن لا غرم كما تقدم عند قوله «أو دل لصاً» وقول ابن يونس اختلف في تضمين من اعتدى على رجل فقدمه إلى السلطان والمتعدي يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز في ظلمه وأغرمه ما لا يجب عليه فقال كثير منهم: عليه الأدب وقد أثم. وكان بعض شيوخنا يفتي في مثل هذا إن كان هذا الساعي إلى السلطان الصالح أو العالم وهو ظالم له في شكواه فإنه ضامن لما أغرمه الوالي بغير حق، وإن كان الساعي مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف ممن ظلمه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه السلطان وعدا عليه ظلماً فلا شيء على الشاكي، لأن الناس يلجؤون من الظلمة إلى السلطان، ويلزم السلطان متى قدر عليه رد ما أغرم الشاكي ظلماً وكذلك ما أغرمت الرسول إلى المشكي وهو مثل ما أغرمه السلطان أو الوالي يفرق فيه بين ظلم الشاكي وبين ظلم غيره. وكان بعض أصحابنا يفتي أن ينظر القدر الذي لو استأجر الشاكي رجلاً في المسير في إحضار المشكي فذلك على الشاكي على كل حال، وما زاد على ذلك مما أغرمه الرسول فيفرق فيه بين الصالح والمظلوم حسبما قدمناه انتهى. وفتيا الأسيخ عندنا أن الشاكي لجائر يغرم للمشكو به ما غرم. انظر نوازل شيخ الشيوخ ابن لب. ومن نوازل البرزلي: جرت العادة فيمن رفع شكايته لقاقد الفحص ونحوه أن القاضي يؤديه لأنه عرضه لظلمه عند هذا الجائر لا سيما إذا ادعاه خصمه إلى القاضي فيدعوه هو إلى هؤلاء الحكام، وكان بعض من يقتدى به يأمر من ثبت له حق أن يدفع إلى هؤلاء ويقول: هم أهيب من القاضي وأجهز في القضية، لكن إذا علم أن خصمه لا يظلمه هذا الوالي وإنما يوصله بسطوته، إلى حقه. وارتضى

وَمَلَكَهُ إِنْ اشْتَرَاهُ، وَلَوْ غَابَ أَوْ غَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يُمَوِّهَ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِفَضْلَةِ أَخْفَاهَا، وَالْقَوْلُ لَهُ فِي تَلْفِهِ وَنَعْتِهِ وَقَدْرِهِ، وَحَلْفَ:

مات، هل يلزم الشاكي شيء أم لا؟ ص: (ولو غاب) ش: قال ابن الحاجب: وفيها: لو نقل الجارية لبلد ثم اشتراها من ربها في بلد آخر جاز. وقال أشهب: بشرط أن تعرف القيمة ويبدل ما يجوز فيها بناء على أصل السلامة ووجوب القيمة. ابن عرفة: إجراء القولين على الأصلين المذكورين واضح إذا اعتبر القولان من حيث ذاتهما لا من حيث قائلهما، وإجراؤهما على ذلك من حيث قائلهما مشكل لأن الأول عزاه ابن عبد السلام لابن القاسم وهو يقول الواجب فيه القيمة ووجوب القيمة لا يتأتى أن يجري عليه اعتبار أصل السلامة، وإنما يتأتى اعتبار أصل السلامة على القول في النقل أن الواجب فيه في المغصوب أخذ شيعته، وهذا إنما هو قول سحنون والثاني عزاه المؤلف لأشهب، وقوله في نقل المغصوب إن ربه مخير في أخذه أو قيمته ولم يقل بوجوب القيمة إلا ابن القاسم حسبما تقدم اللخمي انتهى. ص: (ورجع عليه بفضل أخفاها) ش: قال أشهب: ومن قال إن له أخذها فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين وحلفت على صفتك ثم ظهرت خلاف ذلك كنت قد أظلمته في القيمة، فيرجع عليك بما زدت عليه ولا يكون له رد الجارية. انتهى من التوضيح. وانظر لو وصفها الغاصب ثم ظهرت أنقص مما وصفها، فهل له رجوع أم لا؟ وكذلك لو وصفها المغصوب منه ثم ظهرت أزيد فتأمل. ص: (والقول له في تلفه ونعته وقدره) ش: لأنه غارم فهو مدعى عليه فيسأل المغصوب منه عما يدعيه ثم يوقف له الغاصب لأن المدعى عليه كما نبه على ذلك الباجي في كتاب الأفضية في قضية المزني لما نحر حاطب ناقته، وتقدم نحو هذا في آخر الرهون والله أعلم. ص: (وحلف) ش: قال في الوسط: أي الغاصب في دعوى التلف والقدر والوصف. وقاله في المدونة انتهى. وهذا يوهم أنه نص في المدونة على اليمين فيما إذا ادعى التلف وليس

هذا شيخنا الإمام وربما فعله في بعض حقوقه انتهى (وملكه إن اشتراه ولو غاب) انظر في البيوع عند قوله: «ومغصوب إلا من غاصبه» (وغرم قيمته إن لم يمويه) من المدونة قال ابن القاسم: لو قضيت على الغاصب بالقيمة ثم ظهرت الأمة بعد الحكم، فإن علم أنه أحق بها فلربها أخذها ورد ما أخذ، وإن لم يعلم ذلك لم يأخذها ربها إلا أن تظهر أفضل من الصفة بأمر بين فله الرجوع بتمام القيمة. وقاله أشهب. ومن قال إن له أخذها فقد أخطأ (ورجع عليه بفضل أخفاها) تقدم نص المدونة: إن ظهرت أفضل من الصفة فله الرجوع بتمام القيمة قال: وكان الغاصب لزمته القيمة بجحد بعضها.

(والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف) انظر هذا الإطلاق من المدونة: من غصب أمة وادعى هلاكها واختلفا في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبهه، فإن أتى بما لا يشبهه صدق المغصوب منه في الصفة مع يمينه. ومن انتهب صرة بيينة ثم قال كان فيها كذا والمغصوب

كَمُشْتَرٍ مِنْهُ، ثُمَّ غَرِمَ لِأَخِي رُوَيْبِيهِ،

كذلك. قال في التوضيح: ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف لكن نص فيها في الشيء المستحق إذا كان مما لا يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما لا يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما، وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف انتهى. وما ذكره في التوضيح نحوه للشيخ أبي الحسن الصغير. قال في المدونة: وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة فاختلفا في صفتها صدق الغاصب مع يمينه، الشيخ: ظاهره أنه يصدق في الهلاك من غير يمين، وقد ذكر الأمة والسلعة، وقد تقدم في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما يغاب عليه وكيف يكون الغاصب أحسن حالاً من هؤلاء إلا إن قال: إن معنى ما قال هنا إن المصوب منه صدقه أو أقام بينة على ما ادعى. انتهى والله أعلم. ص: (كمشتر منه) ش: ظاهره أن القول قوله في التلف وفي النعت والقدر ويحلف والمنقول أنه يصدق في هلاك ما لا يغاب عليه ولم يذكر واحلفه لكنهم شبهوه بالرهون ومن العواري، فيقتضي أنه يحلف. وإن كان مما يغاب عليه فيحلف على التلف ويغرم القيمة، وقيل لا يمين عليه وقالوا: إذا باعه يلزمه ثمنه. وقوله «مقبول في قدره» هذا ما رأيته في المسألة في التوضيح والبيان. قال في رسم استأذن من سماع عيسى من الغصب: وسئل ابن القاسم عن الرجل يشتري السلعة في سوق المسلمين فيدعيها رجل قبله ويقيم البينة أنها اغتصبت منه، فيزعم مشتريها أنها قد هلكت. قال: إن كان حيواناً فهو مصدق، وإن كانت مما يغاب عليه لم يقبل قوله وأحلف ويكون عليه قيمتها إلا أن يأتي بالبينة على هلاك من الله أتاه من اللصوص والغرق والنار ونحو ذلك، فلا يكون عليه شيء. قيل له: فإن باعها؟ قال: لا يكون عليه إلا ثمنها. قيل له: فإن قال بعثها بكذا وكذا ولم تكن له على ذلك بينة إلا قوله،

منه يدعي أكثر. فالقول قول الغاصب مع يمينه. وسمع ابن القاسم: إن انتهبها وطرحها في متلف فالقول قول المنتهب. ابن يونس: أما إذا طرحها ولم يفتحها ولم يدر ما فيها فالقول قول المنتهب منه مع يمينه فيما يشبه لأنه يدعي حقيقة، وأما إن غاب عليها وقال الذي كان فيها كذا وكذا فالقول قول المنتهب مع يمينه (كمشتر منه ثم غرم لأخر رؤية) سئل ابن القاسم عن الرجل يشتري سلعة فيقيم رجل بينة أنها اغتصبت منه فيزعم المشتري أنها قد هلكت قال: إن كان حيواناً فهو مصدق، وإن كان مما يغاب عليه لم يقبل قوله وحلف أنه قد هلك ويكون عليه القيمة. قيل له: فإن باعها؟ قال: لا يكون عليه إلا ثمنها. وقوله مقبول في الثمن. ابن رشد: هذه مسألة صحيحة جيدة. وقوله «يحلف إذا ادعى تلف السلعة مخافة أن يكون غيبها» ومثل هذا يجب في المرتهن والمستعير والصانع يدعون تلف ما يغاب عليه. انتهى من رسم استأذن. ولما نقل ابن يونس هذا قال: فإن ريء الثوب عنده بعد شهر من يوم اشتراه وادعى ضياعه لما استحق، فالأشبه أن يضمن قيمته يوم ريء الثوب عنده بعد الشهر بخلاف

وَلِرَبِّهِ: إِمْضَاءُ بَيْعِهِ،

أيصدق على ذلك؟ قوله مقبول في ذلك لأنه قد يعرف الشيء في يديه ثم يتغير عنده قبل أن يبيعه بكسر أو عور أو شيء يصيبه. ابن رشد: إنما قال إنه يحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشترى ويفرم قيمتها مخافة أن يكون غيبها انتهى. وقال في التوضيح: قيل: وإذا صدق فيما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعارية. وقال أصبغ: يصدق في الضياع فيما لا يغاب عليه مع يمينه. ابن عبد السلام: وإذا بنينا على المشهور وضمنناه فخرَج بعضهم قولاً بعدم اليمين. انتهى فتأمله والله أعلم. ص: (ولربه إمضاء بيعه) ش: قال في المدونة: ومن غصب عبداً أو أمة ثم باعها ثم استحقتها رجل وهي بحالها فليس له تضمين الغاصب القيمة وإن حالت الأسواق، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب كما لو وجدها بيد الغاصب وقد حالت أسواقها، فإن أجاز ربه البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب فإن الغاصب يفرمه وليس الرضا ببيعه يوجب حكم الأمانة في الثمن انتهى. وقال اللخمي: إذا باع الغاصب العبد ثم أتى صاحبه ولم يتغير سوقه ولا بدنه، كان بالخيار بين أن يجيز البيع أو يأخذه ويرجع المشتري بالثمن. ثم قال: وإن كان العبد قائم العين وأجاز المصوب منه البيع لزم المشتري إلا أن يكون المصوب منه فاسد الذمة بحرام أو غيره. واختلف إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى الغاصب والغاصب فقير وقد أجاز المستحق البيع، فقيل: لا شيء له على المشتري. وقيل: يأخذ منه الثمن. وهذا على القول بأن العقد بيع فيكون قد أجاز البيع دون

الصانع والمرتهن يدعي ضياعه بعد أن ريء عنده بعد شهر فهؤلاء لا يضمنون قيمته يوم قبضوه. والفرق أن هؤلاء قبضوه على الضمان فلما غيبوه بعد شهر أمكن أن يكون إنما قبضوه ليستهلكوه فأشبهوا المتعدي، والمشتري إنما قبضه لأنه ملكه لكن قد قيل: إنه إذا لبسه أنه يضمن قيمته يوم لبسه وهو غير متعدي في لبسه. والجواب عن هذا انظره في ثالث ترجمة من الغصب. وانظر رجوع المشتري في هذه على البائع نقل ابن سلمون أنه إن كان عند القيام عليه ادعى مدفعاً لم يكن له بعد ذلك رجوع على البائع. وانظر هذا مع ما يأتي عند قوله (لا إن قال داره). وانظر من هذا المعنى في رسم الصلاة من سماع يحيى في البضائع قال ابن القاسم فيمن استحققت من يده دابة وهو مقر أنها أنتجت عند بائعها: إنه لا رجوع له عليه لأنه يعلم أنه مظلوم. ونقل ابن رشد رأي أشهب في أحد قوليه أنه يرجع لأنه يقول له بسببك وصل إلى الغرم. (ولربه إمضاء بيعه) من المدونة: من غصب عبداً أو دابة فباعها ثم استحقتها رجل وهي بحالها، فليس له تضمين الغاصب قيمتها وإن حالت الأسواق، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب. قال مالك: من ابتاع ثوباً من غاصب ولم يعلم فلبسه حتى أبلاه ثم استحق، غرم المبتاع القيمة لربه يوم لبسه وإن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب، أو أجاز بيعه وأخذ الثمن. ولو تلف الثوب عند المبتاع بأمر من الله لم يضمنه، ولو تلف عند الغاصب بأمر من

وَنَقْضُ عِتْقِ الْمُشْتَرَى، وَإِجَازَتُهُ وَضَمِنَ مُشْتَرٍ لَمْ يَعْلَمْ فِي عَمْدٍ؛ لَا سَمَاوِيٍّ، وَغَلَّةٍ، وَهَلِ الْخَطَأُ كَالْعَمْدِ؟ تَأْوِيلَانِ،

القبض، وعلى القول أن المبيع التقابض لا يكون له على المشتري شيء انتهى. ونقل في النوادر القولين وضعف الثاني وأنكره. انظره في كتاب الاستحقاق.

تنبيه: قال اللخمي: وإن علم المشتري أن البائع منه غاصب وأحب المبتاع رد البيع قبل قدوم المغصوب منه، لم يكن له ذلك إذا كان قريب الغيبة، وله ذلك إذا كانت الغيبة بعيدة لأن عليه في وقفه في ضمانه حتى يقدم ضرراً. انتهى. فيكون بمنزلة بيع الفضولي.

مسألة: إذا كان طعام أو غيره مشتركاً بين شخصين فغصب منه ظالم حصة أحدهما، فهل ذلك بين الشريكين أو خاص بمن أخذ باسمه قال ابن أبي زيد: الذي عندي أن المأخوذ بينهما والباقي بينهما، وكذلك أفتى السيوري. ذكره عنه البرزلي في مسائل الغصب وبحث في ذلك فانظره. ص: (لا سماوي) ش: قال في المدونة: ولو مات عند المبتاع لا شيء عليه. قال أبو الحسن عن ابن يونس: قال ابن المواز: قال أشهب: وإن استحققت بحرية يعني وقد ماتت رجع المشتري على بائعها بالثمن، وكذا إذا استحققت بأنها أم ولد أو معتقة إلى أجل وقد ماتت، وإن كانت مدبرة لم يرجع بشيء، ابن المواز: ومثله عندنا المكاتبه. انتهى ونحوه في كتاب الاستحقاق من النوادر.

الله ضمنه (ونقض عتق المشتري وإجازته) من المدونة قال: من غصب أمة فباعها فقام ربها وقد أعتقها المبتاع فله أخذها ونقض العتق، نقصت أم زادت. وله أن يجيز البيع فإن أجازته ثم العتق بالعقد الأول (وضمن مشتر لم يعلم في عمد لا سماوي) انظر قبل الفرع قبل هذا (ولا غلة) من المدونة قال ابن القاسم: من ابتاع داراً أو عبداً من غاصب ولم يعلم فاستغلمهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه، وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلمهم ثم استحقوا فالغلة للوارث. ولو وهب ذلك لأبيه رجل، فإن علم أن الواهب لأبيه هو الذي غصب هذه الأشياء من المستحق أو من رجل هذا المستحق وارثه فغلة ما مضى للمستحق، فإن جهل أمر الواهب أغاصب أم لا فهو على الشراء حتى يعلم أنه غاصب انتهى. وانظر هنا مسألة من ورث مالا فاستحق حيساً فيها في نوازل ابن سهل على قول ابن القاسم لإخراج عليه، ونزلت بقرطبة فقصي فيها بهذا. قال ابن سهل: قول ابن القاسم المشار إليه هو قوله في المدونة: من اشترى بكرراً فوطئها ثم استحققت بحرية لا شيء عليه لا صداق ولا ما نقصها (وهل الخطأ كالعمد تأويلان) من المدونة قال ابن القاسم: لو قتل الجارية مبتاعها من غاصب لم يعلم بغصبه فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل ثم يرجع هو على الغاصب بالثمن، لأن مالكا قال: ما ابتاعه أي من طعام فأكله أو ثياب فلبسها حتى أبلها فلمستحق ذلك أخذه بمثل الطعام وقيمة الثوب، وإنما يسقط عن المبتاع كل ما عرف هلاكه من أمر الله، وأما ما كان هلاكه من سببه فإنه يضمنه. قال عيسى عن ابن القاسم: وذلك إذا كان عمداً، وأما في الخطأ فهو كما لو ذهب ذلك

وَوَارِثُهُ، وَمُؤَهَّبُهُ إِنْ عَلِمَا: كَهَوٍّ؛ وَإِلَّا بُدِيَءَ بِالْغَاصِبِ،

مسألة: من استحق بعد أن تداولته الأملاك بحرية تراجع بائعوه كل واحد على صاحبه، وكذلك إذا استحق برق وأخذه مستحقه وأجاز البيع الأخير، وهو صريح في كتاب الاستحقاق من النوادر. ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك من الاستحقاق وهي أيضاً في نوازل ابن رشد في الاستحقاق، وفي أحكام ابن سهل في الاستحقاق، وفي جامع القول في العمدة في الدرك من النوادر، وفي سماع أصبغ ويحيى من كتاب البيوع. وانظر أبا الحسن في كتاب الشفعة في مسألة الشقص إذا تكرر بيعه، وانظر رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العيوب، وانظر أول سماع عيسى من كتاب العارية. وقال في كتاب الرهون من المدونة: وقال

بأمر من الله. وقال أشهب: الخطأ كالعمد لأنه جنابة. ابن رشد: تفرقة ابن القاسم في سماع عيسى تفسير قوله في المدونة إذا لم يفرق فيها بين عمد وخطأ. وابن عرفة: ظاهر كلام الشيخ أن قول أشهب وفاق لابن القاسم وعليه حمل بعضهم المدونة. انظر ثالث ترجمة من ابن يونس (ووارثه وموهوبه إن علما كهو). ابن عرفة فيها مع غيرها: من ابتاع شيئاً من غاصب أو قبله وهو عالم أنه غاصب فهو كالغاصب في الغلة والضمان (وإلا بدىء بالغاصب) أما بالنسبة إلى المشتري يأكل الطعام ويلبس الثياب فقال مالك: للمستحق أن يتدىء بأيهما شاء، وأما بالنسبة للموهوب فلا يتبعه المستحق إلا إن كان الغاصب عديماً أو لم يوجد أو وجد ولم يقدر عليه. ووجه هذا أن المشتري إذا غرم اتبع الغاصب بخلاف الموهوب إذا أغرم لم يرجع عليه إذ لا عهدة له على الغاصب وهو يقول لم ألبس على معاوضة، فلا يجب علي إذا كان ثم من يرجع عليه. وقال أشهب: يتدىء بأيهما شاء. قال ابن يونس: بهذا أقول ولا يكون الموهوب أحسن حالاً من المشتري، وأما بالنسبة إلى الوارث من المدونة قال ابن القاسم: من غصب داراً أو عبداً فوهبهم لرجل فاغتلهم وأخذ كراءهم ثم قام مستحق، فإن كان الموهوب له عالماً بالغصب فللمستحق الرجوع بالغلة على أيهما شاء، وإن لم يعلم بالغصب فللمستحق أن يرجع أولاً بالغلة على الغاصب، فإن كان عديماً رجع بها على الموهوب. وكذلك من غصب ثوباً أو طعاماً فوهبه لرجل فأكله، أو لبس الثوب حتى أبلاه، أو كانت دابة فباعها وأكل ثمنها، ثم استحققت هذه الأشياء بعد فواتها بيد الموهوب، فعلى ما ذكرنا. ولو أن الغاصب نفسه اغتال العبد وأخذ كراء الدار لزمه أن يرد الغلة، والكراء ولو مات الغاصب وترك هذه الأشياء فاستغلها ولده كانت هذه الأشياء وغلتها للمستحق قال ابن القاسم: والموهوب لا يكون في عدم الواهب أحسن حالاً من الوارث. ألا ترى أن من ابتاع قمحاً فأكله أو ثياباً فلبسها حتى أبلها أو شاة فذبحها وأكل لحمها ثم استحق ذلك رجل أن له على المبتاع غرم ذلك كله، ولا يوضع ذلك عنه لأنه اشتراه. وإن هلك ذلك بيد المبتاع بأمر من الله بغير سببه وانتفاعه، فإن لم يعلم بالغصب وقامت بهلاك ما يغاب عليه من ذلك بينة فلا شيء عليه، ولا يضمن ما هلك من الحيوان والربيع لو انهدم بغير سببه، فكما كان المشتري حين أكل ولبس لم يضع عنه الاشتراء الضمان كان من وهبه الغاصب فاستغل أخرى أن يرد ما استغل في عدم الواهب لأنه أخذ هذه الأشياء بغير ثمن. قال أبو محمد: وقال أشهب: إن من وهب

وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِغَلَّةٍ مَوْهُوبَةٍ؛ فَإِنْ أَعْسَرَ: فَعَلَى الْمَوْهُوبِ، وَلَفَّقَ شَاهِدٌ بِالْغَضَبِ لآخَرَ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالْغَضَبِ: كَشَاهِدٍ بِمِلْكِكَ: لِثَانٍ بِغَضَبِكَ. وَجُعِلَتْ ذَا يَدَيْهِ لَا مَالِكَا؛ إِلَّا أَنْ تَخْلِفَ مَعَ شَاهِدٍ

مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها وقد دارت في أيدي رجال: إنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. ص: (ولفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب الخ) ش: ظاهر كلامه أنه يحتاج إلى يمينين وهو كذلك. قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العارية: وسئل عن امرأة أعارت لأخرى حجلة لها ولم يشهد على ذلك إلا امرأتان فتزوجت المستعيرة ودخلت المعيرة إلى الريف فأقامت عشر سنين ماتت المستعيرة، فأنت المعيرة تطلب الحجلة وأنكر ورثة المستعيرة فشهد المرأتان بالعرية وقد هابت الحجلة. قال ابن القاسم: تحلف المرأة مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلا هو ما قضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت وتستحق ذلك في مال المتوفاة. قال محمد بن رشد: قوله «إن المرأة تحلف مع شهادة المرأتين» إلى آخره معناه بعد يمينها مع شهادتهما لقد أعارتها إياها وهذا ما لا خفاء به، وإنما سكت عنه للعلم به

الغاصب له الغلة إذا لم يعلم بالغصب كالمشتري قال: ولم يختلف ابن القاسم وأشهب أن ما استغل المشتري من قليل أو كثير أو سكن أو زرع ولا شيء عليه من غلة أو كراء، ولا على الغاصب الذي باع منه، ويرجع المبتاع بجميع الثمن على الغاصب لا يحاسبه بشيء من غلة أو كراء إلا أن يعلم المشتري بغصبه قبل الشراء فيكون كالغاصب (ورجع عليه بغلة موهوبة فإن أعسر فعلى الموهوب) من المدونة: ومن ابتاع من غاصب ولم يعلم دوراً أو أرضين أو حيواناً أو ثياباً أو ماله غلة أو نخلاً فأثمرت عنده، فالثمرة والغلة للمبتاع بضمائه إلى يوم يستحقها ربها، ولو كان الغاصب إنما وهبه ذلك لرجع المستحق بالغلة على الموهوب في عدم الغاصب، ويكون للموهوب من الغلة قيمة عمله وعلاجه (ولفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب) من المدونة قال ابن القاسم: وإن أقيمت شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة وشاهداً آخر على إقرار الغاصب أنه غصبك تمت الشهادة (كشاهد بملكك لثان بغصبك) من المدونة قال ابن القاسم: وإن أقيمت شاهداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة وشاهداً آخر أنها لك فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها، فيقضي لك بها بعد أن تحلف أنك ما بعته ولا وهبته كمن استحق شيئاً ببينة، وذلك إذا ادعاهما الغاصب لنفسه لأنهما لم يجتمعا على إيجاب الغصب. ابن يونس: وقال بعض الفقهاء شهادتهما مختلفة فإذا لم تفت حلف مع أي الشاهدين شاء، فإن حلف مع شاهد الملك حلف إن شاهده شهد بحق وأنه ما باع ولا وهب، وإن حلف مع شاهد الغصب حلف لقد شهد شاهد بحق فقط وردت إلى يده بالحيازة فقط، لأن شاهد الغصب لم يثبت له ملكاً وشاهد الملك لم يثبت له غصباً. ويمكن أن يكون خرجت من يده ببيع إلى الذي هي بيده، فلما لم يجتمعا على ملك ولا غصب حلف كما قدمنا. قال ابن القاسم: ولو دخل الجارية نقص كان لك أن تحلف مع الشاهد بالغصب وتضمن الغاصب بالقيمة (وجعلت ذابداً لا مالكا) لم يذكر هذا في المدونة فانظر إتيان ابن يونس به هل هو تفسير للمدونة، وانظر قوله «وجعلت حائزاً» إنما قال هذا بعض الفقهاء إذا حلف مع شاهد الغصب ولم يذكر خليل أنه يحلف (إلا أن تحلف مع شاهد

الملك، وَيَمِينِ الْقَضَاءِ وَإِنْ أَدْعَتِ اسْتِكْرَاهاً عَلَى غَيْرِ لَائِقٍ بِلَا تَعَلُّقٍ، حُدِّثَ لَهُ، وَالْمُتَعَدِّي: جَانٍ عَلَى بَعْضِ غَالِباً؛ فَإِنَّ أَفَاتَ الْمَقْصُودِ: كَقَطْعِ ذَنْبِ دَابَّةٍ ذِي هَيْبَةٍ، أَوْ أُذُنِهَا، أَوْ طِيلَسَانِيهِ، أَوْ لَبَنِ شَاةٍ هُوَ الْمَقْصُودُ، وَقَلْعُ عَيْنِي عَبْدٍ أَوْ يَدَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ وَنَقْضُهُ، أَوْ قِيَمَتُهُ،

إذ لا يخفى أنها لا تستحق العارية بشهادة المرأتين دون يمين فأراد أنها تكتفي بحلفها مع شهادة المرأتين أنها أعارتها دون أن تحلف ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت، ولا بد أيضاً أن تحلف على صفتها فيكون في مال المتوفاة ما قومت به الصفة التي حلفت عليها وبالله التوفيق. انتهى. ص: (وإن ادعت استكراهاً على غير لائق بلا تعلق حدث له) ش: لم يشرح الشيخ بهرام هذه المسألة، ويوجد في كثير من شروحه بياض لشرحها. ومفهوم قوله إنها

الملك ويمين القضاء) تقدم قول بعض الفقهاء إن حلف مع شاهد الملك حلف أنه ما باع ولا وهب (وإن ادعت استكراهاً على غير لائق بلا تعلق حدث له) نقل ابن عرفة هذا في النكاح في فصل الطلاق، وذكره ابن رشد في الغصب قال: من استكره أمة أو حرة فوطئها فعليه في الحرة صداق مثلها، وفي الأمة ما نقصها، بكرة كانت أو ثيباً. وهذا إذا ثبت الوطاء بينة أو بإقراره وادعت هي ذلك مع قيام البينة على غيبته عليها، وأما إن ادعت أنه استكرهها ولا بينة لها فإن كان رجلاً صالحاً لا يليق به ذلك ولم تأت متعلقة به فلا خلاف أنه لا شيء على الرجل وأنها تحد له حد القذف وحد الزنا إن ظهر بها حمل، وإن لم يظهر بها حمل فتحد أيضاً على قول ابن القاسم إلا أن ترجع عن قولها. وإن أتت متعلقة بهذا الرجل الصالح فهذا يسقط عنها حد الزنا لما بلغت من فضيحة نفسها وتحده حد القذف عند ابن القاسم، وإن ادعت ذلك على فاسق ولا تأتي متعلقة به فهذا لا تحده حد القذف ولا تحده أيضاً حد الزنا إلا أن يظهر بها حمل ولا صداق لها، وينظر الإمام في أمره. وإن أتت متعلقة بهذا الفاسق فيسقط عنها حد القذف وحد الزنا وإن ظهر حمل. راجع المقدمات ففیه طول (والمتعدي جان على بعض غالباً) تقدم قول ابن يونس: المتعدي إنما جنى على بعض السلعة والغاصب غصب جميعها. ابن عبد السلام: الفرق بين المتعدي والغاصب مشكل. فقول ابن الحاجب المتعدي جان على بعض لا يعم جميع صور التعدي لأن المكثري إذا زاد في المسافة حكم له بالتعدي. ابن عرفة: التعدي التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه (فإن أفات المصوب كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو أذنها أو طيلسانه أو لبن شاة هو المقصود وقلع عيني عبد أو يديه فله أخذه ونقصه أو قيمته) اللخمي: التعدي على أربعة أوجه: يسير لم يبطل الغرض المقصود منه، ويسير يبطل الغرض المقصود منه، وكثير لم يبطل الغرض منه، وكثير بطل ذلك منه. فاليسير الذي يبطل الغرض المقصود منه فيه خلاف. قال ابن القصار: يضمن جميعه. قال: فإن قطع ذنب دابة القاضي أو أذنها ضمنها، وكذا مركوب كل من يعلم أن مثله لا يركب مثل ذلك فذلك سواء، وسواء كانت الدابة حماراً أو بغلاً أو غيره، ولا فرق بين المركوب والملبوس كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته، وكذا من يعلم أنه لا يلبس مثل لذلك الجني عليه ولا يستعمله فيها قصد إليه، وهذه هي الرواية المشهورة عن مالك. وقال ابن

وَأَنَّ لَمْ يُفْتَهُ فَتَقْصُهُ: كَلْبَيْنِ بَقْرَةٍ. وَيَدُ عَبْدٍ أَوْ عَيْنِيهِ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ، إِنَّ قَوْمًا، وَلَا مَنَعَ لِصَاحِبِهِ فِي
الْفَاحِشِ عَلَى الْأَرْجَحِ،

لو تعلقت به لم تحم له وأنه لو كان لائقاً به لم تحم ولو لم تتعلق به. وقال في الإكمال في حديث جرير في كتاب البر والصلة: ولو ادّعت امرأة مثل هذا عندنا على أحد من المسلمين، حدث له للذف وكذبناها ولا يقبل منها دعواها، ولم يلحقه تبعة بقولها إلا أن تأتي به متعلقة تدمي مستغيثة لأول حالها وكان ممن لم يشتهر بخير ولا عرف بزنا. وأما إن جاءت متعلقة بمن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه، واختلف عندنا في حدها لذفه، فقليل تحم، وقيل لا تحم لما بلغت في فضيحة نفسها ولا حد عليها للزنا، وبعض أصحابنا في المشتهرة بذلك مثل صاحبة جريح أنها تحم للزنا على كل حال ولا تصدق بتعلقها وفضيحتها نفسها لأنها لم تزل مفتضحة بحالها، وهذا صحيح في النظر. انتهى. ص: (وإن لم يفته فنقصه) ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من استهلك فرد خف لرجل أنه لا يلزمه قيمته على انفراده وإنما يلزمه ما نقص

يونس: قال مطرف وابن الماجشون: لو تعدى على شاة بأمر قل لبنها به، فإن كان عظم ما تراد له اللبن ضمن قيمتها إن شاء ربها، وإن لم تكن غزيرة اللبن فإنما يضمن ما نقصها. وأما الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما وإن كانت غزيرة اللبن لأن فيها منافع غير ذلك باقية. ومن المدونة: من فقا عيني عبد رجل أو قطع يديه جميعاً فقد أبطله ويضمن الجراح قيمته ويعتق عليه، وإن لم يبطله مثل أن يفقا عيناً واحدة أو جدع أنفه وشبهه فعليه ما نقصه ولا يعتق عليه. ابن رشد: إن قطع اليد الواحدة من صانع ضمن اتفاقاً قيمته (وإن لم يفته قبضه).

اللخمي: إن كان التعدي يسيراً ولم يبطل الغرض منه لم يضمن بذلك. قال مالك: فإن كان ثوباً رفاه أو قصعة أصلحها وغرم ما نقصها بعد الإصلاح، وإنما لزمه إصلاحه لأن صاحبه لا يقدر على استعماله إلا بعد إصلاحه وقد كان في مندوحة عن ذلك، وليس هذا من القضاء بالمثل فيما قل قدره ولو كان ذلك ما غرم النقص بعد الإصلاح، لأن من غرم مثل ما تعدى عليه لم يكن عليه غرم آخر. وقد تكون قيمة الثوب سالماً مائة ومعيباً تسعين ويغرم في رفوه عشرة، ثم تكون قيمته خمسة وتسعين فيخسر المتعدي خمسة. وقد لا يريد الإصلاح. واختلف في هذا الأصل هل يغرم الجراح أجر الطبيب؟ فقل: ذلك عليه فإن برى على شين غرمه أيضاً، وهذا قول موافق للرفو أنه على المتعدي. وقيل: إن ذلك على المجروح فإن برى على غير شين لم يكن على الجراح شيء وفي هذا ظلم على المجروح، والأول أحسن أن على الجاني الرفو وأجرة الطبيب. قال: وأما إن كان التعدي كثيراً ولم يبطل الغرض المقصود منه فإن حكمه حكم اليسير (كلين بقرة) تقدم نقل ابن يونس أن الناقة والبقرة فإنما فيهما ما نقصهما (ويد عبداً وعينه) تقدم النص لهذا وقول ابن رشد إلا يد الصانع (وعتق عليه إن قوم) تقدم نص المدونة: إن غرم قيمة العبد عتق عليه (ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح). ابن يونس عن بعض الفقهاء: معنى قول ابن القاسم أن الجاني على العبد جنابة مفسدة يغرم القيمة ويعتق عليه إنما هذا إذا طلب ذلك سيده، وأما إن أراد أخذ عبده وما نقصه فله ذلك. ابن يونس: هذا

وَرَفَا الثُّوبَ مُطْلَقًا، وَفِي أُجْرَةِ الطَّيِّبِ: قَوْلَانِ.

من قيمتهما جميعاً. انتهى من شرح المسألة الثالثة من كتاب السداد والأنهار من البيان. وفي المسائل الملقوطة: الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين أو أحد الأشياء التي لا يستغني بعضها عن بعض أنه يغرّم قيمة المستهلك مع قيمة عيب الباقي منهما. وقيل: بوجود قيمتهما. واختلف فيمن استهلك سراً من ديوان في سفرين بعضهم يرد السالم وما نقصه من ذهاب أخيه ويغرّم قيمة الهالك. وفي شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب أنه يغرّم قيمة الجميع اهـ. من تسهيل المهمات في قوله في بيع الخيار «وإذا تعدد المبيع». انتهى كلام المسائل الملقوطة ونحو ذلك في التوضيح.

مسألة: قال ابن كنانة: أكره أن يأخذ الرجل من شجرة غيره غرساً إلا بإذنه. قال محمد بن رشد: أما إذا أخذ من شجرة غيره ملوخاً يغرّسها في أرضه وكان ما امتلخ منها لا قيمة له ولا ضرر فيه على الشجرة التي امتلخت منها، فهذا الذي ذكره ابن كنانة والله أعلم. وأما إن كان لما امتلخ منها قيمة أو كان ذلك يضر بالشجرة التي امتلخت منها، فلا يجوز لأحد أن يفعله إلا بإذن صاحب الشجرة، قال رسول الله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا

خلاف ظاهر قول ابن القاسم، والصواب والذي اختاره أنه إذا أفسده هكذا أن يغرّم الجاني قيمته ويعتق عليه على ما أحب أو كره لأن قيمته عوضه فهو مضار في ترك قيمته صحيحاً وأخذ ما لا ينتفع به وإحرام العبد العتق، وإن لم يفسده مثل أن يفقأ عينه الواحدة أو يقطع يده الواحدة ولم تذهب بها أكثر منافعه، فالسيد مخير بين أخذه وما نقصه لأنه ينتفع به أو يغرّم الجاني قيمته ويعتق عليه أدياً له لتعديده وظلمه كما قال مالك وأشهب. وأما إن كانت الجنابة يسيرة مثل أن يجده أنفه أو يقطع أذنه أو يقطع أصبعه ولم يفسده ذلك فليس عليه إلا غرم ما نقصه (ورفا الثوب) من المدونة قال ابن القاسم: من تعدى على صحيفة أو عصا لرجل فكسرهما أو خرق له ثوباً فإن أفسد ذلك فساداً كثيراً خير ربه في أخذ قيمته جميعه أو أخذه بعينه أو أخذ ما نقصه من المتعدي، وإن كان الفساد يسيراً فلا خيار لربه وإنما له ما نقصه بعد رفو الثوب. ابن يونس: قال بعض أصحابنا: إذا أفسد الثوب فساداً كثيراً واختار ربه أخذه وما نقصه فإنما يعني بعد أن يرفأ الثوب أو يخاط وتشعب له القصة ونحو ذلك كما قال في الفساد اليسير إنه يأخذ الثوب وما نقصه بعد الرفو، لا فرق بين اليسير والكثير بخلاف الجنابة على الحيوان هذا ليس على الجاني أن يغرّم ما نقص بعد أن يداوي له الدابة. والفرق بينهما أن ما ينفق على المداواة غير معلوم ولا يعلم هل ترجع إلى ما كانت عليه أم لا، والرفو والحياطة معلوم ما ينفق عليهما ويرجعان إلى ما كانا. ابن يونس: وهذا الذي ذكر في الفساد الكثير في الثوب أنه يأخذه وما نقصه بعد الرفو خلاف ظاهر وجه فساده أنه قد يغرّم في رفو الثوب أكثر من قيمته صحيحاً وذلك لا يلزمه (مطلقاً) تقدم نقل ابن يونس: لا فرق بين اليسير والكثير وهو الذي اقتصر عليه في النكت لا أن ابن يونس قال إن ظاهر قولهم خلافه (وفي أجرة الطيب قولان) تقدم قول ابن

فصل في الاستحقاق

عن طيب نفس منه» فإن فعل ذلك بغير إذنه دلالة عليه لسبب بينه وبينه يقتضي الإدلال عليه، فعليه أن يتحلله من ذلك، فإن حلله وإلا غرم له ذلك عوداً مكسوراً يوم امتلخه وليس له أن يقلعه ويأخذه، وعليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة التي امتلخ منها. وإن فعل ذلك غصباً أو تعدياً بلا إذن صاحبه ولا دلالة عليه ممن يستوجب الدلالة، فله أن يقلعه ويأخذه وإن كان قد علق إلا أن يكون بعد طول مدة زمان وبعد نماء أو زيادة بينة فلا يكون له أن يأخذه بعينه، وتكون له قيمته يوم امتلخه من شجرة عوداً ميتاً مكسوراً، وإن كان أضر بالشجرة كان عليه ما نقص مع قيمة ما نقص من الشجرة. هذا قول أصبغ في الواضحة. وقال سحنون: إنما يكون أولى بغرسه إذا كان إن قلعه وغرسه ينبت، وإن كان لا ينبت فله قيمته ولا سبيل له إلى قلعه، وكان ربيعة يقول في مثل هذا: وإن نبت فإتاما له قيمته أو غرس مثله، وأما إن قلع من بستانه غرساً فغرسه في أرضه دلالة على صاحب البستان، فله أن يقلعه ويأخذه وإن كان قد نبت وعلق إلا أن يتناول أمره ونما نماء بيناً فلا يكون له قلعه وتكون له قيمته يوم اقتلعه نابتاً لأن دلالته عليه إذا كان من أهل الدلالة شبيهة تمنع، ولو كان اقتلعه غصباً غير مدل لكان صاحب الغرس أحق بغرسه وإن كان قد نبت في أرضه وطال زمانه وثبتت زيادته لأنه شبيهة بعينه أخذها حياً فنما وزاد ونبت فهو كالغاصب يغصب أو يسرق ثم يجده صاحبه وقد كبر ونبت ونما وزاد فهو أبداً أحق به، وسواء كان مما ينبت إن غرس بعد قلعه من أرض الغاصب أو مما لا ينبت، هو أحق به إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته نابتاً يوم قلعه فيكون ذلك له، ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ وبالله التوفيق. انتهى من أواخر كتاب الجامع من البيان. ومنه أيضاً: وسئل ابن كنانة عن الكرم يقطف والزيتون يجنى والزرع يحصد، هل يجوز لأحد أن يأخذ بقيته؟ قال: إن كان أهله تركوه لمن أخذوه فلا بأس بأكله، وإن كانوا يريدون الرجعة له فلا يجوز لأحد أخذه، قال ابن رشد: هذا كما قال، والمعنى فيه بين إن علم صاحبه تركه لمن أخذه من فقير أو غني، وأما إن خشى أنه إنما تركه لمن أخذه من المساكين فلا ينبغي لغني أن يأكل منه شيئاً وبالله التوفيق. انتهى والله أعلم.

باب الاستحقاق

لم يبين المصنف حقيقته وحكمه وسببه وشروطه وموانعه ولا يتصور إلا بمعرفة ذلك.

يونس: ليس على الجاني أن يداوي وما نقل غير هذا. وقد تقدم أن اللخمي حكى الخلاف قال: إن الأحسن أن على الجاني أجر الطبيب والرفو.

فصل

ابن عرفة: الاستحقاق ترجمة من تراجم كتب المدونة وهي رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو

وَإِنْ زَرَعَ فَاسْتَحِقَّتْ فَإِنْ لَمْ يُنْتَفَعْ بِالزَّرْعِ: أُخِذَ بِلَا شَيْءٍ،

قال ابن عرفة: وهو من تراجم كتبها. أما حقيقته فقال ابن عرفة: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. فيخرج العتق ومطلق رفع الملك بملك بعده وما وجد في المقاسم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بثمن انتهى. وقال في اللباب: هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع. وأما حكمة فقال ابن عرفة: حكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في الرفع على عدم يمين مستحقه وعلى يمينه مباح كغير الربع لأن الحلف مشقة انتهى. وأما سببه فهو قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن والشهادة في أنها لم تخرج عن ملكه إنما يكون على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به. قاله في اللباب. وأما شروطه فثلاث، الأول: الشهادة على عينه إن أمكن وإلا فحيازته وهي أن يبعث القاضي عدلين، وقيل أو عدلاً مع الشهود الذين شهدوا بالملكية فإن كانت داراً مثلاً قالوا لهما مثلاً هذه الدار هي التي شهدنا عند القاضي فيها الشهادة المقيدة أعلاه. الثاني: الإعذار في ذلك إلى الحائز فإن ادعى مدفعاً أجله فيه بحسب ما يراه. الثالث: يمين الاستبراء واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال: الأول: أنه لا بد منها في جميع الأشياء. قاله ابن القاسم وابن وهب وابن سحنون. والثاني: لا يمين في الجميع أيضاً. قاله ابن كنانة. الثالث: أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره وهو المعمول به عند الأندلسيين، وفي سجلات الباجي: لو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف. قال ابن سلمون: ولا يمين على مستحق الأصل إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها. وقيل: لا بد من اليمين كالعروض والحيوان انتهى. ثم قال: وأما غير الأصول من الدواب والرقيق والعروض وغيرهما فيكتب في استحقاقها يعرف شهوده فلاناً

حرية كذلك بغير عوض (وإن زرع فاستحققت فإن لم ينتفع بالزرع أخذ بلا شيء) انظر آخر صفحة من كتاب الشركة من ابن يونس. قال ابن القاسم: من تعدى على أرض رجل فزرعها فقام ربها وقد نبت الزرع، فإن قام في إبان يدركه فيه الحرث فله قلعه تريد في قلعه المتعدي، وإن فات الإبان فله كراء أرضه. أشهب: وكذلك غاصب الأرض. قال ابن القاسم وأشهب: وإن كان الزرع صغيراً إذا قلع لا منفعة فيه للغاصب قضى به لرب الأرض بلا ثمن ولا زريعة ولا شيء. قال ابن المواز: ولو كان صغيراً جداً في الإبان فأراد رب الأرض تركه ويأخذ الكراء لم يجز ذلك لأنه يحكم به لرب الأرض فكأنه يبيع زرعاً لم يبد صلاحه مع كراء الأرض. قال ابن القاسم: وإذا كان في الإبان وهو إذا قلع انتفع به فلرب الأرض أن يأخذ منه الكراء أو يأمره بقلعه إلا أن يتراضيا على أمر يجوز، وإن رضي الزارع أن يتركه لرب الأرض جاز إذا رضي رب الأرض وإن لم يكن في قلعه نفع ترك لرب الأرض إلا أن يأباه فيأمره بقلعه. قال عبد الوهاب: وإنما كان له قلعه لقوله عليه السلام «ليس

وَالْأَقْلَهُ قَلْعُهُ؛ إِنْ لَمْ يَفْتُ وَقْتُ مَا تُرَادُ لَهُ، وَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ؛

ويعلمون له مالاً وملكاً جارية صفتها كذا أو فرساً أو ثوباً صفتها كذا، لا يعلمون له في ذلك يبعاً ولا تفويتاً ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن، وقيدوا بذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية في كذا، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين ونصه: حلف ياذن القاضي بعريه كذا فلان المذكور في رسم الاسترعاء بكذا بحيث يجب وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذي لا إله إلا هو ما بعث الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لي به فيه ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوت حتى الآن. ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحلف وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا وكانت يمينه على عين الجارية والفرس وهو يشير إليهما في يمينه بيان اليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون. وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعي الخصم ما يوجبهما وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب. وكان محمد بن الفرغ يحلفه أنه ماله ومالكة وأنه ما باع ولا وهب. قال ابن سهل: وما تقدم هو نص المدونة، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج. وفي المجموعة: إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت جوارى كثيرة على تلك الصفة يحلف الحاكم المستحق وأثبتا عنده أنها واحدة منهن، وإن لم يوجد سواها لم يكلفه من ذلك شيئاً. أو في مسائل ابن الحاج: سئل في الشهادة على الصفة فقال: وقفت على الكتاتين في المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذي يظهر لي أن الشهادة على الصفة فيها عاملة فالحكم له بها واجب بعد أن ينظر ويسأل هل في البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد قضيت لربها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف. وسئل في رجل ابتاع كتاباً من كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادّعه وأتى بكتاب بذلك وقد فات الكتاب فقال: لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء

لعرق ظالم حق» وهذا عرق ظالم، ولأن منافعها غير مملوكة له ولا شبهة له فيها فليس له أشغالها على ربها قال: فإن قام عليه وقد فات إبان الزراعة ولا ينتفع المالك بأرضه إن قلع الزرع فقيل له أن يقلعه، وقيل ليس له قلعه وإنما له كراء أرضه، والقول الأول أصح لقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» وقال مالك: إن الزرع إذا أسبل لا يقلع لأن قلعه من الفساد العام للناس كما يمنع من ذبح الفتى من الإبل لما فيه من الحمولة وذبح ذوات الدر من الغنم. قال غيره: قال مالك: وكما نهى عن تلقي الركبان واحتكار الطعام لمصلحة العامة فمنع الخاص من بعض منافعه لما فيه من الضرر بالعامه انتهى. قال ربيعة: العرق أربعة: عرقان فوق الأرض الغرس والبناء، وعرقان في جوفها المياه والمعدن (وإلا فله قلعه إن لم يفت وقت ما تراد له) تقدم قول ابن القاسم إن قام وقد نبت الزرع وهو في إبان يدرك فيه الحرث فله قلعه (وله أخذه بقيمته على المختار). اللخمي: إن كان الغاصب هو الزارع كان للمستحق أن يأخذ الأرض قبل الحرث وبعده ولا عوض عليه عن الحرث بانفراده ولا عن الزرع إذا لم

وَالْأَفْكَرَاءُ السَّنَةِ: كَذِي شُبْهَةٍ، أَوْ مُجْهَلٍ حَالُهُ

إلا بعد شهادة العدول على يمينه والإعذار إلى الذي هو في يده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند الحكم. انتهى كلام ابن سلمون. وأما المانع من الاستحقاق ففعل وسكوت بالفعل أن يشتري ما ادّعاه من عند حائزه فقال، إنما اشتريته خوف أن يغيب عليه، فإذا أثبتته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال. وقال أصبغ: إلا أن تكون بينة بعيدة جداً أو يشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه، ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام أو أخذ الثمن منه. قال أصبغ: والقول قوله: وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمد الحيازة. قاله في اللباب.

فرع: قال ابن سلمون: فإن ثبت ذلك لمن باعه ممن باعه من مستحقه فلا بد أن يحلف الذي ثبت له ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحيثئذ يحكم به لمستحقه انتهى. ص: (كذي شبهة) ش: ظاهر التشبيه أن حكم من كانت الأرض بيده بشبهة حكم الغاصب في جميع الوجوه وليس كذلك وإنما مراده بتشبيهه به فيما إذا استحققت من يده بعد أن زرعتها وقبل فوات إبان الزراعة فإن كراء تلك السنة للمستحق، وأما إن استحققت من يده قبل أن يزرعها فسيأتي حكمه في قوله «وللمستحق أخذها». وأما إذا استحققت بعد إبان الزراعة فإن كراءها للذي أكرها. قاله في المدونة: ودخل في ذي الشبهة المشتري والوارث والمكتري منهما إذا لم يعلموا بالغصب أو التعدي، وكذلك المكتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب كما صرح به الرجراجي ويؤخذ من كلام المصنف في التوضيح والله أعلم. ص: (أو جهل حاله) ش: أي حال الزارع هل هو غاصب أو ذو شبهة وهذا أولى من حمله على أن المراد جهل حال مكتري الأرض هل هو غاصب أو مبتاع، قد تقدم أن المكتري من الغاصب ذو شبهة إن

يبرز أو برز ولم يبلغ أن ينتفع به إن قلع، وإن كان فيه منفعة كان للغاصب. واختلف إذا أحب المغصوب أن يدفع قيمته مقلوعاً ويقره، هل له ذلك وأن يكون له أصوب؟ انتهى. لأن النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح على البقاء فيزيد للبقاء ثمناً ولا يدري هل يسلم وهذا يدفع قيمته مطروحاً (وإلا فكرياء السنة) تقدم قول ابن القاسم: وإن فات الإبان فله كراء أرضه (كذي شبهة) من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى أرضاً سنين للبناء أو الزرع أو الغرس فبنى فيها أو غرس أو زرع وكانت تزرع السنة كلها ثم قام مستحق قبل تمام الأمد، فإن كان الذي أكرها مبتاعاً فالغلة له بالضممان إلى يوم الاستحقاق وللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ، وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة فاستحقها وهي مزروعة قبل فوات إبان الزرع فكرياء تلك السنة للمستحق، وليس له قلع الزرع لأن المكتري زرع فيه بوجه شبهة. وانظر أول مسألة من الاستحقاق في الأرض يخرسها أو يبنيها أحد الشريكين هل هو كالغاصب وآخر مسألة من الشركة من ابن يونس. (أو جهل حاله) من المدونة: وإن استحقها بعد إبان الزراعة وقد زرعتها مشتريها أو مكتريها منه فلا كراء للمستحق في تلك السنة،

وَفَاتَتْ بِحَرْثِهَا فِيمَا بَيْنَ مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ، وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذَهَا، وَدَفْعُ كِرَاءِ الْحَرْثِ فَإِنْ أَبِي قَيْلٍ لَهُ أُعْطِيَ كِرَاءَ سَنَةٍ، وَإِلَّا أُسْلِمَهَا بِلَا شَيْءٍ،

لم يعلم بالتعدي فتأمله والله أعلم. ص: (وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكتر) ش: يشير بهذا إلى قوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: ومن اكرتري أرضاً بثوب أو بعبد فاستحق أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنه ثم استحق ذلك، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرق انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما زرع أو أحدث فيها عملاً فعليه قيمة كراء الأرض، وقال في كراء الأرضين: ومن اكرتري أرضاً بعبد أو بثوب بعينه فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلها، وكذلك إن اكرتها بحديد أو برصاص أو نحاس بعينه وقد عرفا وزنه فإن الكراء ينتقض إلا أن يكون قد زرعا أو حرثها أو أحدث فيها عملاً فعليه كراء المثل انتهى. قال عياض: وهو بين إذ نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت، وللمكتر كراء المثل كما لو زرعت، ولا يختلف أن ذلك فوت بين المكري والمكتر انتهى. فهذا مراد المصنف، ولا يصح أن يحمل كلامه على استحقاق الأرض المكترة لأنه إذا استحققت الأرض لم يبق للمكري كلام حرث أو لم تحرق والله أعلم. ص: (وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبي قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا شيء) ش: يصح أن يكون مراده مستحق الأرض أو مستحق الثوب أو العبد المكترى به لأن الحكم فيهما واحد أو هما معاً. قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس في شرح كلام المدونة المذكور في كتاب كراء الأرضين: قال بعض فقهاءنا القرويين: وإن أراد مستحق العبد أن يجيز بيع عبده بكراء الأرض ويأخذ الأرض إن لم يحرق لكان له ذلك، وإن حرث كان له أن يدفع إلى المكترى حق حرثه ويأخذ الأرض لأنه كمستحق لمنفعة هذه الأرض وجد منفعتها باقية كمن استحق أرضاً بعد أن حرثها المكترى أنه يدفع إليه حق حرثه

وكراؤها للذي أكرها إن لم يكن غاصباً وكانت في يديه بشراء أو ميراث. وكذلك إن سكن الدار مشتريها أو أكرها أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد، فلا كراء له وكراؤها للمبتاع، وإذا كان مكري الأرض لا يعلم أغاصب هو أو مبتاع فزرعها المكترى منه ثم استحقها رجل بعد إبان الحرث فمكترىها كالمشترى يعني في الغلة حتى يعلم أنه غاصب (وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكتر) من المدونة: من اكرتري أرضاً بشيء بعينه فاستحق قبل أن يزرع أو يحرق انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما أحدث فيها عملاً فعليه قيمة كراء الأرض. ابن يونس: فإن قال مستحق ذلك أنا أجيز بيعه وأخذ الأرض محروثة فذلك له بعد أن يؤدي إلى الحارث قيمة حرثه ويصير كأنه استحق الأرض. وقد قالوا فيمن استحق أرضاً بعد أن حرثت أنه يدفع قيمة الحرث ويأخذها، فإن أبي قيل للآخر أعطه كراء سنة، فإن أبي أسلمها بحرثها. انظر بعد هذا عند قوله «وأجرة دلال في الشفعة» وانظر على ما يتخرج التمتع.

(وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبي قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا شيء) قال يحيى: سألت ابن القاسم عن رجل استحق أرضاً وقد قلعها الذي كانت في يده يعني

وَفِي سِنِينَ يَفْسُخُ أَوْ يَمْضِي، إِنْ عَرَفَ النُّسْبَةَ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي لِلْعَهْدَةِ، وَأَنْتَقَدَ إِنْ أَنْتَقَدَ الْأَوَّلُ، وَأَمِنْ هُوَ

ويأخذ أرضه، فإن امتنع دفع إليه المكتري كراء سنة، فإن امتنع سلمها بحرثها فحكم مستحق العبد في ثمنه كحكم مستحق الأرض. انتهى ونحوه في كتاب الاستحقاق، ونحوه في كلام عياض. وما ذكره المؤلف هو قول ابن القاسم وصححه ابن رشد واعترض قوله «وإلا أسلمها بلا شيء» بأنه كان ينبغي أن يجعلهما شريكين في كراء الأرض ذلك العام محروثة المستحق بقيمة كرائها غير محروثة، والمستحق منه بقيمة حرثه وعمله. وقال: هذا على أصله من الرجوع على المستحق بقيمة السقي والعلاج. انظر بقية الكلام في أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق. ص: (إن عرف النسبة) ش: يشير إلى كلام ابن يونس: ولا يجيز الكراء

بوجه شبهة وأنعم حرثها ليزرعها قال: المستحق بالخيار إن شاء أعطاه قيمة عمله وأخذها، فإن أبي قيل للذي استحققت في يده إن شئت فاغرم كراءها، وإن شئت أسلمها بما فيها من العمل ولا شيء لك. وقال سحنون: لا شيء له وإن زبلها لأن ذلك مستهلك فيها. ابن رشد: وقول ابن القاسم أصح إذ ليس بمتعد وإنما عمل على وجه شبهة فلا يظلم عمله انتهى. وقد تقدم هذا الفقه بعينه لابن يونس بالنسبة إلى مستحق الشيء المكتري به إذا أجاز الكراء، ويمكن أن يكون خليل قصده وتدخل له مسألة يحيى. وقال ابن رشد: قول ابن القاسم «وإن شئت فأسلمها ولا شيء لك» على غير أصل قوله بل ينبغي إذا أبي أن يكونا شريكين في كرائها ذلك العام، رب الأرض بقيمة كرائها غير محروثة ورب الحرث بقيمته. وقد قال مالك في المدونة فيمن أحميا أرضاً وهو يظنها مواتاً ثم استحقها رجل: إنه يقال له ادفع قيمة العمارة وخذها، فإن أبي قيل أعطه قيمة الأرض، فإن أبي كانا شريكين في الأرض والعمارة، هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة عمارته. ابن يونس: والصواب أن يقوم لكل واحد شئيه على حدته، وأما بما زادت العمارة فقد لا تزيد العمارة في مثل هذا (وفي سنين يفسخ أو يمضي إن عرف النسبة) قال ابن القاسم: من اكرت أرضاً سنين للبناء أو الزرع أو الغرس فبنى فيها أو زرع أو غرس وكانت تزرع السنة كلها ثم قام مستحق قبل تمام الأمد، فإن كان الذي أكرها مبتاعاً فالغلة له بالضمان إلى يوم الاستحقاق، وللمستحق أن يجيز بقية كراء المدة أو يفسخ. ابن يونس: ولا يجيز الكراء فيما بقي على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع حتى يعلم ما ينوب ما بقي ليحيز بضمن معلوم قال: فإن أجازته فله حصة الكراء من يومئذ. انظر بعد هذا عند قوله «وإن بنى» (ولا خيار للمكتري للعهد) وانتقد إن انتقد الأول وأمن هو) من المدونة: ومن اكرت داراً سنة من غير غاصب فلم ينقده الكراء حتى استحققت الدار في نصف السنة، فكراء ما مضى للأول وللمستحق فسخ ما بقي أو الرضا به فيكون له كراء بقية السنة، فإن أجاز الكراء فليس للمكتري أن يفسخ الكراء فراراً من عهده إذ لا ضرر عليه فإنه يسكن، فإن عطبت الدار أدى بحساب ما سكن. ولو انتقد الأول كراء السنة كلها لدفع إلى المستحق كراء باقي المدة إن كان مأموناً ولم يخف من دين أحاط به

وَالْغَلَّةُ لِذِي الشُّبْهَةِ أَوْ الْمَجْهُولِ لِلْحَكْمِ:

فيما بقي حتى يعلم ما ينوب ذلك ليجيز بثمن معلوم على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع انتهى. وانظر بقية المسألة في أول كتاب الاستحقاق في المدونة. ص: (أو المجهول للحكم) ش: في بعض نسخ الشارح «أو المجهول الحكم» بإضافة المجهول للحكم، والذي في أكثر النسخ «للحكم» بلام الجر وهو الصواب لإفادته حكماً، وقوله «للحكم» هو أحد الأقوال الثلاثة. قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون الغلة له ويجب التوفيق به على ثلاثة أقوال: أحدها حتى يقضي له به وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة أن الغلة للذي هي في يده حتى يقضي بها للطالب، وعلى هذا القول لا يجب توفيق الأصل المستحق توفيقاً يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الرباع التي لا تحول ولا نزول ولا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفاً يمنع من الإحداث فيها. والقول الثاني أنه يدخل في ضمانه إذا ثبت بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين والثالث إذا شهد له شاهد واحد. انتهى القولان الأخيران باختصار والأول باللفظ.

فرع: قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي تكون به الثمرة في استحقاق الأصل غلة فيستوجبها المستحق منه ببلوغها إليه، إما بالحكم والقضاء وإما بثبوت الحق بشهادة شاهد، وأما بأن يشهد للمستحق شاهد واحد على الاختلاف المذكور في ذلك، فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق ما لم تجرد وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس ويرجع عليه بالسقي والعلاج، وعلى ما قال في المدونة في الرد بالعيب ما لم تطب إذا لم يفرق بين المسلمين. وهذا إذا كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إبار الثمرة، وأما إن كان بعد الإبار

ونحوه لا يرد باقي الكراء على المكتري. قال أبو محمد وغيره: فإن كان المستحق غير مأمون قيل للمكتري إن شئت أن تدفع إلى المستحق كراء بقية السنة وتسكن، فإن أبقى قيل للمستحق إن شئت أن تجيز الكراء على أنك لا تأخذ منه إلا كراء ما سكن كلما سكن شيئاً أخذت بحسابه وإلا فلك أن تفسخ كراء بقية المدة. ابن يونس: لعله يريد في دار يخاف عليها الهدم، وأما إن كانت صحيحة البناء فله أن ينتقد ولا حجة للمكتري من خوف الدين لأنه أحق بالدار من جميع الغرماء. (والغلة لذي الشبهة أو المجهول للحكم) في الحديث الخراج بالضممان معناه أن المشتري الذي اغتله لو هلك في يديه كان منه وذهب الثمن الذي نقد فيه فالغلة له بضمانه اه. وانظر الغاصب هو في الرباع ضامن ويضمن الخراج. ومن المدونة قال ابن القاسم: ومن ابتاع داراً أو عبيداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للمبتاع بضمانه، وكذلك إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم زماناً ثم استحقوا فالغلة للوارث. ولو وهب ذلك لأبيه رجل، فإن علم أن الواهب لأبيه هو غصب هذه الأشياء من المستحق أو من رجل هذا المستحق وارثه فغلة ما مضى للمستحق، فإن

كوارث

فالثمرة للمستحق على مذهب ابن القاسم. وإن جدت ويرجع عليه بالسقي والعلاج كالرد بالعيب. وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق ما لم تجذ. فإن جدت كانت للمشتري. وأما إن كان اشترى الأول والثمرة مزهية فاشترطها في كتاب ابن المواز: أن الثمرة تكون للمستحق كيف كانت يبست أو جدت أو باعها أو أكلها، ويغرم المكيلة إن عرفها وإلا فالقيمة. وفي البيع يغرم الثمن الذي باعها إلى إن فاتت أو كانت بيد مبتاعها فهو مخير في أخذها أو إنفاذ بيعه أو أخذ الثمن، وإن تلفت عند المبتاع فليس إلا الثمن، وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد، وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطيب فلا حق له فيها إذا أزهدت عند البائع لأنها قد صارت له غلة بطيبتها ويأخذ المستحق النخل وحدها ويرجع المستحق منها على البائع بما ينوبها من الثمن ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشتري اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم فهي ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون المستحق منه اشتراها قبل الإبار. والثاني أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإبار. والثالث أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإزهاء والطيب انتهى.

تنبيه: قال في البيان في شرح المسألة الرابعة من كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر الخلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان البائع ما نصه: وكذلك أيضاً النفقة القياس فيها أن تجري على هذا الاختلاف، فعلى الأول لا يجب للمقضى عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضى له، لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه فغلت له. وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه. بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حيثئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حيثئذ، وقد فرق في رسم حمل صبياً من رواية عيسى من كتاب الصلح بين النفقة والغلة فقال: إن النفقة ممن تصير له والغلة للذي هو في يديه لأن الضمان منه وسأوى بين ذلك عيسى من روايته وهو القياس، وكذلك ظاهر المدونة أنه لا فرق بين الغلة والنفقة، والصواب أن لا فرق بينهما في أن يكونا جميعاً للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وإما من يوم وجوبه بشهادة شاهدين، وإما من يوم القضاء والحكم انتهى. وعلى ما في المدونة مشى المصنف في باب القضاء فقال: والغلة له للقضاء والنفقة على المقضى له به. ص: (كوارث) ش: ظاهره أن الغلة للوارث، سواء كان وارثاً من غاصب أو مشتري وليس كذلك، فإن وارث الغاصب لا غلة له، قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: فإن بيع المغصوب أو ورث بأن علم فكالغاصب وإن لم يعلم فلا شيء

جهل أمر الواهب أغاصب هو أم لا، فهو على الشراء حتى يعلم أنه غاصب. (كوارث وموهوب

وَمَوْهُوبٌ، وَمُشْتَرٍ مِنْهُ؛ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا

عليه في السماوي ولا في الغلة سكن أو زرع. وقوله: «لا في الغلة» ظاهره لأن الغلة تكون للمشتري وللوارث إذا لم يعلم وهو صحيح في المشتري. وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق، سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره ونحوه لابن عبد السلام وصرح بذلك اللخمي. ويفهم ذلك من قوله في باب الغصب: «أو وارثه أو موهوبه إلى آخره»، وقال في الاستحقاق منها: ومن ابتاع داراً أو عبداً من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زماناً فالغلة للمبتاع بضمانه. وكذلك إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث انتهى. فهذا في المورث والمجهول الذي لم يعلم أنه غاصب أو غير غاصب، ولذا قال اللخمي عقيبها: وهذا وارث لا يدري بما كانت لأبيه انتهى. ص: (وموهوب) ش: يريد إذا كان الغاصب موسراً، وأما إذا كان الغاصب معسراً فإنه يرجع بالغلة على الموهوب. وقال اللخمي: فإذا وهب ما غصبه فاعتله الموهوب له فقال أشهب: الموهوب بمنزلة المشتري. وقال ابن القاسم: ليس بمنزلته ويرجع على الغاصب فإن عدم أو غاب فعلى الموهوب وهو أبين، ولا فرق بين الموهوب له ووارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب ولم يختلفوا في الوارث أنه يلزمه ما يلزم الغاصب فكذلك الموهوب له. انتهى بالمعنى إلى قوله «وهو أبين ومنه الخ» باللفظ فالوارث هنا إما وارث المشتري أو وارث الموهوب أو وارث ذي الشبهة. ولا بن رشد كذلك وسيأتي والله أعلم. ص: (ومشتر) ش: يعني أن الغلة للمشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب يريد ولا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من يوم باع على المشهور كما صرح به ابن الحاجب وغيره. ص: (إن لم يعلموا) ش: قال البساطي: وهذا إذا تحقق عدم علمهم وكذلك من جهلنا هل هو عالم أم لا، فحمله على عدم العلم استصحاباً بالحال المسلم انتهى. وهو كلام صحيح جار على المذهب والله أعلم.

فائدة: سئلت عن جماعة ورثوا داراً كبيرة، بعضها عامر وبعضها خراب، وبعض الورثة حاضر وبعضهم غائب، فاستولى الحاضر على الدار وسكن العامر وعمر الخراب وسكنه، فهل للغائبين الرجوع عليه بالأجرة في هذه المدة؟ وهل لهم نقض ما عمره من الخراب لكونه بغير إذنهم؟ أفتوناً مأجورين. فأجبت: الحمد لله إن كان الوارث الحاضر الذي سكن لم يعلم بالغائب فلا رجوع له عليه فيما سكن، وله الرجوع عليه بحصته فيما أكره أو اغتله. هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك. قاله في أول كتاب الصدقات من البيان. وهو الذي مشى عليه المصنف بعد هذا حيث قال: كوارث طراً عليه مثله إلا أن ينتفع. وأما إن علم به فإنه يرجع عليه بأجرة ما سكن وبحصته من الغلة وما عمره مما ليس بضروري، فإن أراد أحد منهم القسمة قسمت الدار، فإن وقع ما بناه في حصته كان له وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من

ومشتر لم يعلموا) تقدم نص المدونة: إذا ورثهم عن أبيه ولم يدر فالغلة له، ولو وهب ذلك لأبيه رجل وجهل أمر الواهب فهو على الشراء. وتقدم نص المدونة أيضاً: من ابتاع من غاصب ولم يعلم فالغلة

بِخِلَافِ ذِي دَيْنٍ عَلَى وَارِثٍ: كَوَارِثٍ طَرَأَ عَلَى مِثْلِهِ،

نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع في نصيب غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمته منقوضاً أو يسلم إليه نقضه، وعلى الباني من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة وإن أرادوا شركته ولم يرد واحد منهم القسمة فلهم ذلك بعد أن يدفعوا حصصهم من قيمة ما عمله. قيل قائماً. وقيل منقوضاً. هذا محصل كلام ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق في البيان. والقول بأنه يأخذ قيمته منقوضاً هو الظاهر لقول ابن يونس في كتاب العارية في ترجمة من أعار أرضه: كل من بنى في أرض غيره من زوجة أو شريك أو غيره بغير إذن ربها أو علمه فله قيمة علمه منقوضاً والله أعلم. ص: (بخلاف ذي دين على وارث) ش: يشير إلى ما في أول سماع يحيى من القسمة في الورثة يقتسمون التركة فتنمو في أيديهم ثم يطرأ دين يستغرق التركة بنمائها أنهم يردون ما أخذوا ولا ضمان عليهم فيما نقص إلا أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه، وكذلك الموصى لهم بأشياء بأعيانها، وأما ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم واشتراه الموصى لهم فحوسبوا به في وصاياهم فلهم نماؤه وعليهم ضمانه. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك لأنه لا فرق بين أن يشتريه الورثة فيحاسبوا به في ميراثهم وفي وصاياهم، وبين أن يباع من غيرهم ويدفع إليهم الثمن. ونحوه في رسم الأفضية من سماع يحيى من الوصايا، وفي كتاب القسمة من المدونة ما يدل على ذلك. وأما قول الشارح في شروحه الثلاثة والبساطي إن معنى كلام المصنف إذا كان لرجل دين على شخص فدفع له فيه ملكاً ورثه فاغتله. ثم استحق من يده فإنه يرد الغلة فغير صحيح ولا وجه له، لأنه قد نص المتيطي وابن سلمون وغيرهما من الموثقين على أن التصيير بيع من البيوع، وتقدم أن ما اشترى الورثة أو الموصى لهم وحبسوا بثمنه فيما أوصى لهم به أو في ميراثهم لهم نماؤه وعليهم ضمانه والله أعلم. ويوجد في بعض نسخ الأوسط زيادة على ما تقدم

للمبتاع. وانظر قوله «وموهوب» مع ما تقدم عند قوله: «ورجع بغلة موهوبه». (بخلاف ذي دين على وارث كوارث طراً على مثله) ابن رشد: إن طراً على الوارث من هو أحق منه بالوراثة فلا خلاف أنه يرد ما اغتلت وسكن لانتفاء وجوه الضمان عنه، فإن طراً عليه من هو شريكه في الميراث فاختلف قول مالك إذا سكن ولم يكر، والأصح وجوب الكراء عليه في حصة الوارث الطارئ عليه. ولا خلاف أنه إذا طراً ذو دين على ورثة أن الورثة لا يضمنون التلف بأمر من السماء، ولا خلاف أنهم يضمنون ما أكلوه واستهلكوه واستنفقوه والذي في المدونة: إن استحق الأرض بعد إبان الزراعة وقد زرعها مشتريها أو مكتر من فلا كراء للمستحق في تلك السنة وكراؤها للذي أكرها له إن لم يكن غاصباً، وكانت في يديه بشراء أو ميراث. وكذلك إن سكن الدار مشتريها أو أكرهاً أمداً ثم استحقها رجل بعد الأمد فلا كراء له وكراؤها للمبتاع، وإذا كان مكري الأرض وارثاً ثم طراً له أخ لم يعلم به أو علم به فإنه يرجع على أخيه بحصته من الكراء، وأما إن سكنها هذا الوارث أو زرع فيها لنفسه ثم طراً

إِلَّا أَنْ يَنْتَفِعَ. وَإِنْ غَرَسَ، أَوْ بَنَى: قِيلَ لِلْمَالِكِ أَعْطِهِ قِيَمَتَهُ قَائِماً، فَإِنْ أُنْبِيَ: فَلَهُ دَفْعُ قِيَمَةِ الْأَرْضِ، فَإِنْ أُنْبِيَ: فَشَرِيكَانِ بِالْقِيَمَةِ

ونصها، لأنه من باب جر النفع لانتفاعه مع بقاء الدين على صاحبه. وهذا أيضاً غير صحيح لأنه يلزم مثله في جميع صور الاستحقاق والله أعلم. ص: (وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائماً فإن أبي فله دفع قيمة الأرض) ش: تصوره ظاهر.

فرع: فلو قال رب الأرض ما عندي ما أعطيه الآن وما أريد إخراجه ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقني الله ما أؤدي منه لم يجز ذلك، ولو رضي الذي عمر الأرض لأنه سلف جر منفعة. قاله في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق ونصه: إن كره المستحق أن يدفع ما عليه من القيمة أو كان معدماً، قيل للعامل: ادفع إليه قيمة أرضه ثم يكون لك، فإن أبي أو كان معدماً كانا شريكين على قدر قيمة الأرض وقيمة العمارة، ولو رضي الذي عمر الأرض أن يؤخر المستحق على أن ينتفع بها ما حل لأنه سلف جر منفعة. قال ابن رشد: ولو أكره المستحق بما وجب عليه من قيمة البناء لم يجز عند ابن القاسم للدين بالدين، ويجوز على مذهب أشهب لأن قبض أوائل الكراء عنده كقبض جميعه والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فيما يكون قيمة بنائه منقوضاً وما له قيمة قائماً والله أعلم. وسئلت عن مسألة محصلها شريك غرس أو بنى في بعض أرض مشتركة بينه وبين جماعة بغير إذنه، فهل للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه؟ فأجبت: إذا غرس الشريك أو بنى الأرض المشتركة بغير إذن شركائه فليس للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه، بل لو أراد هو أو أحدهم القسمة قسمت الأرض فإن وقع غرسه وبنائه فيما خصه كان له وعليه الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع الغرس أو البناء في حصة غيره خير من وقع في حصته

أخ لم يعلم به فلا كراء له عليه. وقد قال مالك فيمن ورث داراً فسكنها ثم قدم له أخ لم يعلم به فلا شيء له في السكنى. قال ابن القاسم: والكراء في هذا بخلاف السكنى اهـ. وانظر إذا كان عالماً به وسكن أو زرع قدر حظه من الأرض أو سافر بالمركب. انظره عند قوله في آخر فصل المزارعة (إلا أن ينتفع) تقدم نص المدونة: الكراء خلاف السكنى والزراعة. وتقدم قول ابن رشد: الأصح خلافه (وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائماً فإن أبي فله دفع قيمة الأرض فإن أبي فشريكان بالقيمة) ابن الحاجب: إن استحققت وقد غرس أو بنى قيل للمالك ادفع قيمته قائماً، فإن أبي قيل للمشتري أو المكتري أعطه قيمة أرضه، فإن أبي فشريكان. ومن المدونة: من اكترى أرضاً سنين للبناء أو الغرس فبنى أو غرس ثم قام مستحق قبل تمام الأمد فللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ، فإن أجاز فله حصة الكراء من يومئذ ثم له بعد تمام المدة أن يدفع إلى المكتري قيمة البناء والغرس مقلوعاً. قال ابن المواز: بعد طرح أجر القلع إذ على ذلك دخل المكتري. وإن فسخ الكراء قبل تمام المدة لم يكن له قلع ذلك ولا أخذه بقيمته مقلوعاً ولكن يقال له ادفع قيمة البناء والغرس قائماً، يريد

يَوْمَ الْحُكْمِ، إِلَّا الْمُحْبِسَةَ: فَالْتَّقِضْ، وَضَمِّنَ قِيَمَةَ الْمُسْتَحِقَّةِ، وَوَلَدَهَا

بين أن يعطيه قيمة ذلك منقوضاً أو يسلم له نقضه، وعليه أيضاً من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة. وإن لم يرد أحد منهم القسمة بل أرادوا بقاء الأرض مشتركة فلهم أن يدخلوا معه ويشاركوه بقدر حصصهم من الأرض بعد أن يسلموا إليه قدر حصصهم من قيمة عمله، قيل: قائماً، وقيل: منقوضاً، وهو الراجح الجاري على مذهب المدونة. وانظر المسألة في أول كتاب الاستحقاق من البيان وتكررت بعد ذلك في سماع عيسى منه، وفي رسم القطعان من سماع عيسى من الشركة وابن يونس في كتاب العارية وغير ذلك والله أعلم. ص: (إلا المحبسة فالنقض) ش: يعني أن الأرض المحبسة تحبس فليس للبانى إلا حمل أنقاضه، قال في التوضيح بعد ذكره مسألة الاستحقاق: والخلاف فيها وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس فليس للبانى إلا حمل أنقاضه إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائماً، وليس له أن يعطي قيمة النفقة ولا يكونان شريكين لأنه من بيع الحبس انتهى. وهذا إن لم يوجد من يعطيه قيمة النقص، وأما إن وجد من يعطيه ذلك فيدفع، ولا امتناع له من ذلك كما صرح بذلك في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس. ونصه عن ابن حبيب عن مطرف فيمن بنى مسجداً وصلى فيه نحو الستين ثم باعه ممن نقضه أو بناه بيتاً أو تصدق به قال: يفسخ ما فعل ويرد إلى ما كان عليه مسجداً وهو كالحبس لله لا يجوز بيعه ولا تحويله، وللبانى نقض بنائه وإن شاء فليحتسب في تركه، وإن أراد نقضه فأعطاه محتسب قيمته مقلوعاً ليقره للمسجد أجبر البانى على ذلك إلا ما لا حاجة للمسجد بد منه ولا بد من نقضه فيتركه كذلك. قلت: فنقض المسجد الأول أوجب على من نقضه أن يعيده كما كان؟ قال: عليه قيمته قائماً لأنه متعد في نقضه وهدمه ثم يبني بتلك القيمة. قال ابن حبيب: وقال لي أصبغ مثله وكما يفهم ذلك أيضاً من نوازل ابن رشد في مسائل الأكرية. وذكر ابن عبد الرفيغ في مختصر النوازل في مسائل الحبس ونصها مسألة: من أكرى الأرض المحبسة عليه لمن يبني فيها لمدة فله أن يأخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة، وليس عليه أن يلحقها بالحبس، ولو كان الحبس على رجلين فأكرى أحدهما حصته بشيء فليس لصاحبه الدخول عليه انتهى. ص: (وضمن قيمة المستحقة وولدها

على أن يقلع إلى وقته، فإن أبى قيل للمكتري أعطه قيمة أرضه فإن أبى كانا شريكين (يوم الحكم) المازري: في كون قيمة البناء يوم بناه أو يوم المحاكمة قولان، ولم يشهر ابن عرفة منهما قولاً. انظر المازري في السؤال الرابع من الاستحقاق (إلا المحبسة فالنقض) قال سحنون: من اشترى قاعة فبناها ثم ثبت أنها حبس فإنه بخلاف من بنى بشبهة هذا يقلع نقضه إذ ليس ثم من يعطيه قيمة بنائه. ومن المدونة: من بنى داره مسجداً ثم استحقتها رجل فله هدمه. قال سحنون: كأنه نحا إلى أن النقص لما كان له لا يأخذ قيمته ولكن يأخذه ويجعله في مسجد آخر (وضمن قيمة المستحقة وولدها يوم

يَوْمَ الْحُكْمِ، وَالْأَقْلُ؛ إِنْ أَخَذَ دِيَّةً

يوم الحكم) ش: يعني أن من اشترى أمة فأولدها ثم استحقها إنسان فإن سيدها الذي أولدها يضمن قيمتها وقيمة ولدها الذي أولدها إياه، واحداً كان أو أكثر. ولا يضمن من مات وهو القول الذي رجع إليه مالك، وكان أولاً يقول لمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة الولد. قيل: ثم رجع عنها إلى أنه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها، وبه أفتى لما استحققت أم ولده إبراهيم. وقيل: أم ولده. محمد: وعبر عنه ابن ربيد بقوله: وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده، فإن أعدم الوالد اتبعه بقيمة الولد وقيمتها، فإن كان الولد موسراً أخذ منه قيمته فقط ولا يرجع عليه الأب. انظر استحقاق المدونة. وقال ابن يونس: انظر قول ابن القاسم إذا كان الأب عديماً والابن ملياً فليأخذ الأب قيمة نفسه وهو إنما يأخذ منه قيمته يوم الحكم، وكان يجب إنما يستحق قيمته يومئذ بماله وقيمته بماله أكثر مما في يده، فكيف يصح أخذ قيمته منه؟ وأظن أن ابن القاسم إنما يقول: قيمته بغير مال وبه يصح قوله. قال في المجموعة: فإن كان للولد مال كسبه لم يقوم بماله لكن بغير ماله كقيمة عبد ويؤدي ذلك الأب ولا يؤخذ من أموال الولد شيء انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: اللخمي: لو استحققت حاملاً فعلى أن له أخذها يؤخر لوضعها فيأخذها وقيمة ولدها، فإن أسقطته أو ماتت فلا شيء على الأب وعلى أخذ قيمتها يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها، وعلى القول الآخر: ليس له إلا أخذ قيمتها يوم

الحكم) من المدونة قال مالك: من ابتاع أمة فأولدها فلمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة ولدها يوم الحكم عبيداً، وعلى هذا جماعة الناس وأخذ به ابن القاسم، وهو قول علي رضي الله عنه. ثم رجع مالك فقال: يأخذ قيمتها وقيمة ولدها يوم يستحقها. قال ابن يونس: لأن في أخذها ضرراً على المبتاع إذا أخذت سنة كان عاراً عليه وعلى ولده. وقال ابن حبيب: ثم رجع مالك فقال: ليس على المبتاع إلا قيمتها يوم وطئها ولا قيمة عليه في ولدها، وبه أخذ ابن الماجشون وغيره وبه أقول. وقال ابن يونس: قال ابن القاسم: القضاء إن كان وطء بشبهة فالولد فيه لا حق، ولا يلحق في الوطاء بغير شبهة وإن الولد بخلاف الغلة في الاستحقاق. قال أشهب في ولد المغرور بالشراء أو بالنيكاح: إنما يلزم الأب قيمتهم إذ ليسوا بغلة فيكون لهم حكم الغلة ولا يرقون فيأخذهم سيد الأمة، وجعلت قيمتهم يوم الحكم لأنهم أحرار في الرحم ولا قيمة لهم يومئذ، وهذا قول مالك وابن القاسم اهـ. من ابن يونس. وقال ابن عرفة في تعلق حق مستحقها بقيمتها أو عينها اضطراب (والأقل إن أخذ دية) ابن يونس: لو قتل الولد خطأ فديته لأبيه منجمة، وللمستحق منها قيمته يأخذ فيها أو نجم، فإن لم يتم أخذ تمامه من الثاني ثم مما يليه حتى يتم ثم يورث عن الابن ما فضل. قال ابن القاسم: ولو قتل الولد عمداً فصالح الأب فيه على أقل من الدية فعليه الأقل من ذلك أو قيمته يوم القتل، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة رجع على القاتل بالأقل من القيمة أو

لَا صَدَاقَ حُرَّةً أَوْ غَلَّتْهَا،

حملت انتهى. ص: (لا صداق حرة أو غلتها) ش: انظر كتاب الاستحقاق من المدونة وشراحها والمشذالي، وانظر رسم يدبر من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وابن عرفة وما ذكره هو المذهب من أن العبد إذا استحق بحرية لا يرجع على سيده بما اغتله منه من خراجه وأجرة عمله، ولا بأجرة ما استخدمه فيه، وكذا لو كاتبه ثم استحق بحرية بعد أن قبض السيد الكتابة لم يرجع عليه بها بخلاف ما لو جرح فأخذ السيد لذلك أرشاً فله الرجوع على سيده بما أخذه من أرش جراحه، وكذا لو كان له مال اشتراه معه أو أفاده عبد من فضل خراجه أو عمله أو تصدق به عليه أو وهب له فانتزعه السيد، فله الرجوع على سيده بما انتزعه من ذلك. أما لو وهب له السيد مالاً أو استخبره بمال فاستفاد فيه وقال: إنما دفعته إليه لأنه عبدي وكنت أرى أن لي أن أنتزعه منه متى شئت، فللسيد أن يرجع في ذلك كله، وأما إذا قال: اتجر بهذا المال لنفسك فليس له إلا رأس ماله. واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه ثم أعتقه أو أعطاه بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه ثم استحق بحرية أو ملك، فقبل له: الرجوع عليه بذلك، وقيل: لا رجوع له عليه. قاله جميعه في رسم يدبر من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق. وكذلك الأرض المستحقة بحبس لا يرجع بغلتها على القول المفتى به كما صرح بذلك ابن رشد في مسائل الحبس من نوازله. قال في التوضيح: وهو الذي جرى به العمل انتهى. وهذا والله أعلم إذا لم يعلم المستحقة من يده بالحبس، وأما إذا علم بالحبس واستغله فيرجع عليه بالغلة إذا كان البائع للحبس هو الحبس عليه وكان كبيراً عالماً بالحبس فإنه لا رجوع له بالغلة ولو كان المشتري عالماً كما يأتي ذلك في كلام ابن سهل في مسائل الحبس ونصه: قال ابن العطار: وإذا فسخ بيع الحبس فالغلة فيما سلف قبل ثبوت تحبسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا لم يعلم بالحبس بعد أن يحلف أنه لم يعلم، وما كان في رؤوس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو للذي ثبت لهم أصل التحبيس في حين بنائه. وإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض، وإن كان بائع الحبس هو الحبس عليه رجوع عليه بالثمن، فإن لم يكن له مال وثبت عدمه حلف للمبتاع وأخذ من غلة الحبس عاماً بعام، فإن مات الحبس عليه قبل استيفاء الثمن رجع الحبس إلى من يستحقه ولم يكن للمبتاع منه شيء، فإن كان بائع الحبس كبيراً عالماً بالتحبيس عوقب بالأدب والسجن على بيعه إن لم يكن له عذر. قال القاضي ابن سهل: ينبغي إن كان مالكاً لنفسه مع ذلك إلا أن يكون له طلب المبتاع بشيء من الغلة، وإن علم حين ابتاعه أنه حبس. وقد نزلت بقرطبة في مسألة القرشية وأفتيت فيها

باقي الدية (لا صداق حرة أو غلتها) من المدونة قال مالك: من ابتاع أمة فوطئها وهي ثيب أو بكر فافتضاها ثم استحققت بملك أو حرية فلا شيء عليه للوطء، لا صداق ولا ما نقصها. ابن يونس: كأنه رأى لما وطئت على الملك لم يكن لها صداق، وكذلك يقول لو اغتلتها أن الغلة للمشتري، والأشبه أن

وَإِنْ هَدَمَ مُكْتَرٍ تَعْدِيًّا: فَلِلْمُسْتَحِقِّ النِّقْضُ وَقِيَمَةُ الْهَدْمِ؛ وَإِنْ أَتْرَأَهُ مُكْرِبٌ بِهِ كَسَارِقٍ عَبْدٌ، ثُمَّ

بذلك، وكان غيري خالفني فيها وخلافه خطأ انتهى. وظاهره أنه إذا علم البائع بالحبس وكان هو المحبس عليه أن لا رجوع عليه بالغلة ولو علم المشتري أيضاً بالحبس كما يفهم، وقد صرح بذلك المشدالي في أواخر كتاب الاستحقاق ونصه: وسئل اللؤلؤي عن حبس عليه حبس فباعه والمشتري عالم بأنه حبس أم لا، فاستغله مدة ثم نقض البيع فقال: لا يرد الغلة لأن البائع عالم فهو واهب للغلة إلا أن يكون له شريك أو يكون المحبس معقباً فليس لشريكه نصيبه من الغلة. وانظر المتيطي والطرر وانظر ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي وأنها نزلت بقرطبة وأن غيره خالفه. انتهى كلامه والله أعلم. سئلت عن مسألة وهي شخص باع وفقاً عليه يعلم بوقفته لشخص يجهل الوقفية، ثم باعه المشتري لشخص يعلم الوقفية، ثم إن المشتري الثاني باعه مع جهة أخرى موقوفة على البائع الأول تعدى هذا المشتري عليها، فهل للبائع الأول مطالبته بالغلة في ذلك أم لا؟ فأجبت: الحمد لله وحده إذا ثبت وقفية هذه الجهات بشروطه نقض البيع في جميعها وأعيدت على ما كانت عليه ولا رجوع للبائع الأول بغلة ما باعه وهو عالم بوقفته، وأما الجهة التي تعدى عليها المشتري الثاني وباعها فللبائع الأول الرجوع عليه بغلتها، ولا رجوع له على المشتري الثالث لجهل المشتري الوقفية والله أعلم. وانظر أحكام ابن سهل فيما إذا باع القاضي الحبس، وانظر ابن سلمون في مسائل الحبس. ص: (وإن هدم مكترٍ تعدياً فللمستحق النقض وقيمة الهدم) ش: هذا كقوله في المدونة: ومن اكترى داراً فهدها تعدياً ثم قام مستحق، فله أخذ النقض إن وجدته وقيمة الهدم من الهادم. قال في التنبهات: قوله: «بقيمة الهدم» قيل: بما بينها بقعة وما بينها من القيمة بذلك البناء فيغرمه. وقيل: قيمة ما أفسد من البناء. وعند ابن حبيب يضمن له ما أنفق في البناء. وقيل: يأخذ النقض من مستحقها ثم يغرم له ما أفسد من الهدم. قال الشيخ أبو الحسن: قول عياض: «بما بينها بقعة» يعني مع الأنقاض انتهى. ثم نقل بقية كلام التنبهات وقال عقبه: كذا في التنبهات. ورأيت يعني القول الأخير في كلام التنبهات في موضع آخر يأخذ النقض مستحقه، فعلى ما في التنبهات يغرم قيمة البناء قائماً ويكون له النقض كمن تعدى على سلعة فأفسدها إفساداً كبيراً فإنه إذا ضمن قيمتها تكون له، وعلى ما في الموضع الآخر يكون هو التأويل الثاني انتهى. والله أعلم.

لا غلة له إذ لا ضمان عليه فيها ولأنها لو ماتت لرجل بضمنها. (وإن هدم مكترٍ تعدياً فللمستحق النقض وقيمة الهدم وإن أبراه مكر به كسارق عبد ثم استحق) من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى داراً فهدها متعدياً ثم قام مستحق الدار فله أخذ النقض إن وجدته قائماً وقيمة الهدم من الهادم. ولو كان المكري قد ترك للمكترى قيمة الهدم قبل الاستحقاق لرجع بها المستحق على الهادم كان ملياً أو معدماً، لأن ذلك لزم ذمته بالتعدي ولا يرجع على المكترى إذ لم يتعد وفعل

أَسْتَحِقُّ؛ بِخِلَافِ مُسْتَحِقِّ مُدْعِي حُرِّيَّةٍ؛ إِلَّا الْقَلِيلَ، وَلَهُ هَدْمُ مَسْجِدٍ،

تنبيه: قال القرطبي في شرح حديث جريج عن مسلم في قوله: «ولكن أعيدوها من طين كما كانت» يدل على أن من تعدى على جدار أو دار وجب عليه أن يعيده على حالته إذا انضبطت صفته وتمكنت مماثلته، ولا تلزم قيمة ما تعدى عليه. وقد يوب البخاري عليه «من هدم حائطاً بنى مثله» وهو تصريح بما ذكرنا، فإن تعذرت المماثلة فالمرجع إلى القيمة وهو مذهب الكوفيين والشافعي وأبي ثور. وفي العتبية عن مالك مثله، ومشهور مذهب مالك وأصحابه وجماعة من العلماء أن فيه وفي سائر المتلفات المضمنات القيمة إلا ما يرجع إلى الكيل والوزن بناء منهم على أنه لا تتحقق المماثلة إلا فيهما. انتهى ونحوه في الإكمال قال: ولا حجة لأولئك بهذا الحديث لأنه في شرع غيرنا، وليس فيه أن نبينا أمر بذلك ولعله بتراضيهما. ألا ترى إلى أن قولهم: «بنيها لك بالذهب» وهذا كان من طيب نفوسهم فكذلك بناؤها بالطين انتهى. ص: (وله هدم مسجد) ش: هذه مسألة ذكرها في كتاب الاستحقاق من المدونة. وتكلم الشيخ أبو الحسن على حكم النقض هل لا يؤخذ إلا عين النقض أو إن كان بشبهة أخذت قيمته قائماً وإلا أخذ النقض، وأطال وجلب كلام الأشياخ ومحصله اختصره ابن عرفة فقال: وفي جعل نقض المسجد في حبس مطلقاً أو إن كان بانيه غاصباً وإن كان ذا شبهة جعلت قيمته في حبس قولان، الظاهر قول ابن القاسم فيها والصفلي عن سحنون وصوبه اللخمي وقال لي: لا بد من هدمه لمخالفته بناء المسجد؛ جعل نقضه في حبس مثله وما شاكلها أخذه المستحق بقيمته، وإن بنى بشبهة وأبى المستحق من دفع قيمة البناء والآخر من قيمة الأرض وكانا شريكين، فإن حمل القسم وفي حظ الحبس ما يصح مسجداً قسم وإلا بيع وجعل منابه في مثله. انتهى. ومعنى القولين على ما ذكرناه أول الكلام. وقوله: وقال: ذكره اللخمي تفریباً على قول ابن سحنون. وقوله: «لمخالفته بناء المسجد» لعله بناء الدور لأنه الذي يصح به الكلام وهو كذلك في التبصرة والله أعلم.

فرع: قال أبو محمد: وعلى قول ابن القاسم بجعل النقض في مسجد آخر، فإن لم يكن في موضعه مسجداً نقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه ويكون الكراء على نقلانه منه

ما يجوز له، وهو كمن ابتاع عبداً فسرقه منه رجل فترك له قيمته ثم قام ربه فإتما يتبع السارق خاصة (بخلاف مستحق مدعي حرية إلا القليل) من المدونة: لو نزل عبد ببلد فادعى الحرية فاستعانه رجل فعمل له عملاً له بال من بناء أو غرس أو غيره بغير أجر أو وهبه ما لا يلزمه إذا استحقه، أخذ قيمة عمله ممن استعمله: إلا أن يكون عملاً لا بال له كسقي الدابة ونحوه (وله هدم مسجد) انظر هذا مع قوله «إلا المحبسة فالنقض». قال في المدونة: وذلك كمن ابتاع عبداً فأعتقه ثم استحق فلربه رد البيع والعتق، وانظر إذا استحققت البقعة المحبسة ورجع محبسها بالثمن على من باع منه ما يفعل بالثمن. انظره في أواخر نوازل ابن سهل قبل ترجمة بيع نقض الحبس إذا انهدم (وإن

وَإِنْ أَسْتَحِقُّ بَعْضُ: فَكَالْمَبِيعِ،

ويجوز لمن أخذه في كرائه ملكه انتهى. ص: (وإن استحق بعض فكالبيع) ش: كذا في بعض النسخ «فكالبيع»، شبه مسألة الاستحقاق للبعض بمسألة استحقاق بعض المبيع في البيع ولا معنى لهذا التشبيه، لأن فرض المسألة استحقاق بعض المبيع ففيه تشبيه الشيء بنفسه. وفي بعضها «فكالعيب» يعني أنه إذا اشترى الشخص شيئاً واستحق بعضه فحكمه حكم ما إذا ظهر عيب ببعض المبيع فهذه النسخة أنسب، ولكن على كل حال فقد قدم المؤلف حكم استحقاق البعض في فصل الخيار وإنما نبه عليه هنا لأنه بابه والله أعلم. ولا بأس بذكر حكم استحقاق البعض على سبيل الاختصار وذكر كلام المؤلف بعده فنقول: إذا استحق بعض المبيع فلا يخلو إما أن يكون شائعاً فإنه يخير المشتري في التمسك ويرجع بحصة الجزء المستحق من الثمن وفي رده لضرر الشركة، وسواء استحق الأقل أو الأكثر. وإن استحق جزء معين فلا يخلو إما أن يكون مقوماً أو مثلياً. فإن كان مقوماً كالعروض والرقيق والحيوان فإن استحق البعض رجع بحصته بالقيمة لا بالتسمية، وإن استحق وجه الصفقة تعين رد الباقي ولا يجوز التماسك بالأقل، وإن كان مثلياً، فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن. وفي الرد قال في المدونة: ومن ابتاع ثياباً كثيرة أو صالح بها عن دعواه فاستحق بعضها أو وجد بها عيب قبل قبضها أو بعده، فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن، وإن رضي البائع إذ لا يعرف ثمنه حتى يقوم وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتلفاً بثمن مجهول انتهى. وهذا أيضاً يخالف فيه أشهب وابن حبيب ويجيزان التمسك بالأقل. قاله أبو الحسن. وقال: قوله: «فإن كان ذلك أقلها إلى آخره» لأن هذا ليس بيعاً مؤتلفاً بثمن مجهول لأن البيع لم يزل جائزاً بالعقد الأول انتهى. ويقال: لأي شيء ينتقض البيع إذا استحق الأكثر ولا ينتقض في الأقل والله أعلم. ثم قال في المدونة

استحق بعض فالكعيب) لا شك أن هذا تصحيف وإنما هو «فكالبيع» لأن باب البيع وباب الاستحقاق في هذا واحد. وقد تقدم في العيوب قوله «ورد بعض المبيع بحصته» ثم قال: ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره، وتقدم أن صواب هذا أيضاً أن يقول عيباً أكثره لأنه في هذا الباب أحال عليه. ونص المدونة قال مالك: من اشترى ثياباً كثيرة فاستحق بعضها أو وجد به عيب قبل قبضها أو بعد، فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن فقط، وإن كان وجه الصفقة. محمد: مثل أن يقع له أكثر من نصف الثمن انتقض ذلك كله ورد ما بقي، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن وإن رضي البائع إذ لا يعرف حتى يقوم، وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتلفاً بثمن مجهول. وأجازه ابن حبيب. ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً، فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده. وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به. انتهى

وَرُجِعَ لِلتَّقْوِيمِ وَلَهُ رَدُّ أَحَدِ عَبْدَيْنِ اسْتَحَقَّ أَفْضَلُهُمَا بِحَرِيَّةٍ. كَأَنَّ صَالِحًا عَنْ عَيْبٍ بَأَخْرٍ، وَهَلْ يَقُومُ
الْأَوَّلُ يَوْمَ الصُّلْحِ أَوْ يَوْمَ الْبَيْعِ؟ تَأْوِيلَانِ،

إثر الكلام المتقدم: ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به انتهى. ص: (وله رد أحد عبيدين استحق أفضلهما بحرية) ش: كذا قول أبي سعيد في تهذيبه: ومن ابتاع عبيدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل فإن كان وجد الصفقة فله رد الباقي. قال الشيخ أبو الحسن: ليس في الأمهات «فله رد الباقي» وإنما فيه «رد الباقي» وهذه متعقبة لأن ظاهره له الرد وله التمسك فيكون كقول ابن حبيب وأشهب انتهى. وما ورد على أبي سعيد يرد على المصنف. وقوله: «بحرية» وكذلك يرق وقد دخل في قوله: «وإن استحق بعض فكالعيب» وإنما نبه عليه لأنه قد يتوهم في هذه أنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً فترد كلاهما لأنهما في هذه لم يدخل على ذلك والله أعلم. ص: (كأن صالح عن عيب بأخر)

وقد تقدم هذا. ومختار ابن يونس عند قوله في العيوب ولا يجوز التمسك بأقل (ورجع للتقويم) من المدونة قال مالك: من ابتاع سلماً كثيرة صفقة واحدة وإنما يقع لكل سلعة منها حصتها من الثمن يوم وقعت الصفقة، ومن ابتاع صبرة قمح وصبرة شعير جزافاً في صفقة واحدة بمائة دينار على أن لكل صبرة خمسين ديناراً، أو ثياباً أو رقيقاً على أن لكل عبد أو ثوب من الثمن كذا وكذا، فاستحق أحد الصبرتين أو أحد العبيد أو أحد الثياب، فإن الثمن يقسم على جميع الصفقة ولا ينظر إلى ما سمي من الثمن لأنه لم يبيع هذه بكذا إلا على أن الأخرى بكذا فبعضها يحمل بعضاً. محمد: وإن كان الثمن مما لا ينقسم رجع بقيمة الحصة التي قابلت منه المستحق، يريد مثل أن يكون الثمن عبداً وقد استحق ربع الصفقة فإنه يرجع بربع قيمة العبد ولا يرجع في عينه إن كان قائماً لضرر الشركة. وقاله ابن القاسم فيمن وجد ببعض الصفقة عيباً. وانظر إذا استحق جزء مشاع بين أن يكون يسيراً أو كثيراً فرق. (وله رد أحد عبيدين استحق أفضلهما بحرية) من المدونة: من اشترى عبيدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل، فإن كان وجه الصفقة فله رد الباقي، وإن لم يكن وجهها لزمه الباقي بحصته من الثمن، وإنما يغرم المستحق أن لو كان عبداً، وكذلك لو كان المستحق مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد انتهى. انظر هذا النص هنا فإنه يقتضي أن له التمسك بالباقي وإن لم يكن وجه الصفقة بخلاف الفرع بعد هذا وبخلاف ما تقدم قبل قوله «ورجع للتقويم» (كأن صالح عن عيب بأخر وهل يقوم الأول يوم الصلح أو يوم البيع تأويلان) من المدونة قال مالك: من اشترى عبداً فأصاب به عيباً فصالحه البائع من العيب على عبد آخر دفعه له جاز، وكأنهما في صفقة، فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر، هل هو وجه الصفقة أم لا كما وصفنا فيمن ابتاع عبيدين في صفقة فاستحق أحدهما. انتهى نص ابن

وَإِنْ صَالِحٌ فَاسْتَحِقُّ مَا بِيَدِ مُدْعِيهِ: رَجَعَ فِي مُقَرَّرٍ بِهِ لَمْ يَثُتْ، وَإِلَّا فَفِي عَوَضِهِ: كِإِنْكَارٍ عَلَى الْأَرْجَحِ، لَا إِلَى الْخُصُومَةِ، وَمَا بِيَدِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَفِي الْإِنْكَارِ يَرْجِعُ بِمَا دَفَعَ، وَإِلَّا فَبِقِيَمَتِهِ،

ش: الذي في أكثر النسخ «كان» وهو الصواب ويعني أن حكم ما إذا اشترى عبداً ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالح عنه بعد آخر ثم استحق أحدهما كحكم اشترائهما في صفقة واحدة. قال في المدونة: ومن اشترى عبداً فأصاب به عيباً فصالحه البائع عن العيب على عبد آخر دفعه إليه جاز، وكأنهما في صفقة واحدة. فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر، هل هو وجه الصفقة أم لا على ما ذكرنا. أبو الحسن: يعني فيمن باع عبدين في صفقة واحدة انتهى. وشبه المؤلف هذه للمسألة بتلك كما في تهذيب أبي سعيد إلا أن الحكم الذي يؤخذ من كلامهما في المسألة الأولى ليس كذلك كما تقدم فيكون في هذه أيضاً كذا، ولذلك قال اللخمي: قال ابن القاسم فيمن اشترى عبداً ثم وجد به عيباً فصالح عنه على عبد آخر ثم استحق أحدهما: فسبيلهما سبيل ما اشترى صفقة واحدة يريد إن كانا متكافئين أو استحق الأدنى رجوع بما ينوب المستحق ولزم الآخر، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر، وإن كان المستحق الأجود رد الآخر انتهى. والله أعلم. ص: (وإلا ففي عوضه كإنكار على الأرجح) ش: أي وإن فاتت. قال في المدونة: بتغير بدن أو سوق فيرجع في عوضه أي عوض الشيء المقر به وهو مثل المثلي وقيمة المقوم كما يرجع في الإنكار بعوض الشيء المصالح فيه، فات أو لم يفت، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم وهذا يفرقه ذهن الطالب لأن في الإقرار ثبت الشيء له، وأما في الإنكار فلم يثبت فكيف يتوهم أن يأخذه، فيتعين أن يكون المراد عوض الشيء المصالح

يونس. ومن النكت: يفض الثمن على قيمة العبد الأول يوم العقد وقيمة العبد الآخر يوم أخذه ينظر إلى قيمة كل عبد منهما يوم وجب. انظر التأويل الآخر في التنبيهات (وإن صالح فاستحق ما بيد مدعيه رجوع في مقر به لم يفت وإلا ففي عوضه) من المدونة قال ابن القاسم: من ادعى شيئاً بيد رجل ثم اصطالحا على الإقرار على عوض فاستحق ما أخذ المدعي فليرجع على صاحب فليأخذ منه ما أقر له به إن لم يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان رجوع بقيمته وحكمه حكم البيع. ابن يونس: تحصيله أنه لا خلاف وقال: إنه إذا استحق ما بيد المدعي والصلح على الإقرار أنه يرجع في شبيهه أو قيمته أو مثله إن فات كالبيع انتهى. فانظر هذا مع قول خليل: (وإلا ففي عوضه) (كإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة). سحنون: إن استحق ما قبض المدعي في الصلح على الإنكار فليرجع بقية ما قبض، ومثله إن كان يوجد له مثل. ابن يونس: هذا هو الصواب لا الرجوع إلى الخصومة، ويكون كمن صالح من دم عمد وجب له على عبد فاستحق فإنه يرجع بقيمة العبد إذ لا ثمن معلوم لعوضه فكذلك هذا (وما بيد المدعي عليه ففي الإنكار يرجع بما دفع إن لم يفت وإلا فبقيمته) من المدونة قال ابن القاسم: إن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما بيد المدعي عليه فليرجع بما دفع إن لم

وفي الإقرار لا يرجع:

به والله أعلم. ص: (وفي الإقرار لا يرجع) ش: قال أبو الحسن الصغير في صلح الإقرار على عوض بعد أن تكلم على ما إذا استحق العوض: ولو استحق ما بيد المدعى عليه فقال أشهب في المجموعة: إن استحق بالبينة والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه. وقال الطحاوي في كتابه: لا يرجع بشيء لأنه أقر أنه للمدعي وأن ما أخذ منه ظلم. وذكر أن هذا قول لأهل المدينة وابن أبي ليلى ومن قال بقولهم ثم قال الشيخ: والعمل عندنا اليوم على ما في كتاب الطحاوي والمدنيين أنه لا يرجع ويقال للمستحق من يده تأخذ النسخة وترجع على بائعك بالثمن أو تخصص ثم لا رجوع لك انتهى. وانظر ما معنى قوله: «ويقال للمستحق إلى آخره» والله أعلم. وفي معين الحكم: فإذا أعذر للذي ألفى في يده العبد أو الدابة فالصواب أن يقال: لا حجة لي إلا أن أرجع على من باع مني، فإن ادعى الذي ألفى في يده العبد أو الدابة مطعناً في الشهود أجل، فإن عجز بعد ذلك حكم عليه، ثم لا يكون له رجوع على البائع لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي أعذر فيها فإذا طعن فيها لم يكن له قيام انتهى. وصرح ابن سلمون بأن من استحق شيئاً وادعى فيه دافعاً وعجز عنه لم يبق له رجوع على بائعه والله أعلم.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الأفضية الأول في ترجمة من قيم عليه في شيء، هل يقوم على من باع منه قبل الحكم وهو في أثناء ترجمة كبيرة. وفي كتاب ابن سحنون: سأل حبيب سحنوناً فيمن اعترف من يده شيء وثبت عليه بشاهد واحد فيريد المشهود أن يأخذ حميلاً على من باع ذلك لثلاً يحكم عليه في وقت يغيب هذا فيه قال: لا حميل له عليه ولا يعرض له حتى يحكم عليه انتهى.

تنبيهات: الأول: من ادعى الحرية وذكر أنه من بلد كثر فيه بيع الأحرار ووافقه المبتاع على أنه اشتراه من تلك البلد فقال ابن سهل: قال محمد بن الوليد ويحيى بن عبد العزيز: إنه يكلف المشتري إثبات رقه. وقاله سحنون. وقال ابن لبابة: البينة على مدعي الحرية. وكان عبد الأعلى يفتي بما قال: قال أصحابنا: الفساد الزمان ولست أراه. وقال ابن زرب: على السيد الإثبات على صحة ابتياعه ممن كان ملكاً له وبذلك أفتوا في فتنة ابن حفصون. انتهى من مسائل العتق وهي قبل مسائل النكاح.

الثاني: إذا ادعت الحرية ثم أقرت بالرق فقال ابن سهل في المحل المذكور: قالت طائفة: لا يقبل رجوعها لأنها قد استحققت بدعواها، فليس لها أن ترق نفسها وقالت طائفة يقبل

يفت، فإن فات بتغير سوق أو بدن وهو عرض أو حيوان رجع بقيمته (وفي الإقرار لا يرجع). أشهب: إن اصطلاحاً على الإقرار فاستحق ما بيد المدعى عليه بالبينة والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه الطحاوي: لا يرجع بشيء لأنه أقر أنه للمدعي وإنما أخذ منه ظلماً وذكر أن هذا قول أهل

كَعْلِمِهِ صِحَّةَ مَلِكٍ بَائِعِهِ،

رجوعها وتبقى مملوكة لسيدها قال ابن عتاب: وبه أفتيت واختاره القاضي. ابن بشير: ولم يذكر لنا ابن عتاب إذ ذكرها في سماع ابن القاسم قال مالك: يسمع نزوعها إلا أن يخاف أنها إنما نزع من خوف وأرادت ذكره واستحيت منه انتهى.

الثالث: إذا اعترف المملوك بالرق ثم ادعى الحرية، هل يقبل منه؟ انظر ابن سلمون في بيع الرقيق فإنه ذكر فيه قولين. وعلى أنه يقبل منه فإذا ثبت ذلك وكان البائع عديماً، فهل يرجع عليه بالثمن؟ فيه خلاف ذكره ابن رشد في آخر سماع عيسى من كتاب الجهاد ورسم لم يدرك من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق.

الرابع: إذا شهد الشهود على الحرية في العلم هل يفيد ذلك أم لا؟ انظر الباب الثالث والأربعين من التبصرة لابن فرحون، وانظر ابن سهل في المحل المذكور أولاً فإنه ذكر في ذلك خلافاً وفيه مسائل من هذا الباب، وانظر الباب الثاني والعشرين من التبصرة فإن فيه أن الأصل الحرية وفي أول الكتاب في الفرق بين المدعي والمدعى عليه.

الخامس: إذا أراد وضع قيمة العبد المستحق والذهاب إلى البلد التي فيها بائعه فله ذلك في المستحق برق لا بحرية كما قاله في وثائق الجزيري، وفي سماع عيسى المذكور، وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق والله أعلم. ص: (كعلمه صحة ملك بائعه) ش: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في شرح مسألة الصلح المتقدمة: وقد اختلف إذا كان في عقد الشراء وعلم المبتاع صحة ملك البائع المذكور حين انبرام البيع وانعقاده، فقال ابن القاسم وأشهب: لا يرجع إذا استحق ذلك من يده. وقال غيرهما: يرجع. انتهى. وفي أول البيوع من معين الحكام مسألة: إذا صرح المبتاع بصحة ملك البائع لما باع ثم طرأ استحقاق. فهل له رجوع على البائع أو لا؟ في ذلك روايتان: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء. رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء قالوا: وهو دليل المدونة لأنه قال في كتاب الاستحقاق منها فيمن له

المدينة. (كعلمه صحة ملك بائعه) المتيطي: من ابتاع ملكاً على صحة تملك البائع له وأقر بذلك، فلا يلزم تحويزه ولا إنزاله فيه، فإن دفعه عنه دافع كانت المصيبة من المبتاع. قاله سحنون. وقال ابن سلمون: غير الأصول من الرقيق والدواب والعروض يكتب في استحقاقه يعرف شهوده أنه ما خرج عن ملكه حتى الآن، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين أنه ما خرج ذلك عن ملكه، فإذا ثبت الاستدعاء واليمين أعذر إلى الذي ألقى ذلك بيده، فإن ادعى مدافعاً أجله ثم لا رجوع له بعد ذلك على من باع إن لم يقدر على حل ذلك منه لأنه قد أكذب ما ثبت، وإن لم يدع مدافعاً رجوع على من باع منه وتكتب أعذر إلى فلان فيما ثبت فقال إنه لا مقال له في ذلك ولا مدفع إلا الرجوع على من باع منه

لَا إِنْ قَالَ دَارَهُ،

على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة درهم على أن أخذ منه عبده ميموناً بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقوله: «عبده ميموناً» تصريح بإضافة العبد إليه. ص: (لا إن قال داره) ش: قال في المتيطية في أوائل البيوع: وقولنا: ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع، فيقال: جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملك أو سلعة لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد ذكر بعض الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من يد المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء لأن في إضافة ذلك إليه إقراراً من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع منه، فإذا استحق من يده فقد علم أنه لم يستحق بحق فلم يكن له الرجوع، وكان يرى أن يعقد الموثق ابتاع منه جميع الدار الذي ذكر البائع أنها له أو ابتاع منه جميع الدار التي بموضع كذا، ولا يرى أن يقول جميع الدار التي له. وقال غيره من الموثقين: إن قولك: «جميع الدار» أو «جميع داره» بإضافة أو بغير إضافة سواء إن استحق ذلك من يد المبتاع رجع به على البائع، وقد أشار إلى ذلك أشهب في المجموعة فقال: إنه يرجع بالثمن على البائع، والظلم إنما وقع عليه دون المبتاع لأن بينة المستحق تقول: إنه باع ما ليس له. قال ابن الهندي: والذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق: «جميع الدار التي له» ليس بمنع للمبتاع من الرجوع على البائع بالثمن عند الاستحقاق إذ قد أحكمت السنة الرجوع عليه حتى لو لم يقل في الوثيقة ومرجع دركهم، والدليل على ذلك ما نص عليه أهل العلم في نص الوثائق في بيع جميع الأملاك فإنهم استفتحوا ذلك: اشترى فلان من فلان جميع ما جرته أملاكه وضمته فوائده وجمعتة مكاسبه. وقولهم هذا كقول الموثق جميع الدار التي لا فرق في ذلك، فلو كان هذا عندهم لرجوع المبتاع عند الاستحقاق على البائع ما كتبوه. وقد دارت غير مرة فقضي فيها بالرجوع بالدرك، وقد أوقفت على ذلك جماعة من أهل العلم الماضين فلم نجد عند أحد منهم

انتهى. انظر هذا هل هو على الرواية التي ليس بها القضاء وستأتي الروايتان. (لا إن قال داره). المتيطي: وقولنا ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع فيقول جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملكه أو سلعه لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد قيل: إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء إلا في إضافة ذلك إقراراً من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع منه. وقال ابن الهندي: الذي يدل عليه الأصول أن له الرجوع على البائع وإن أضاف المبيع إليه، والدليل على ذلك ما مضى عليه أهل العلم في عقد الوثائق يفتحونها فاشترى من فلان ما حوت أملاكه. قال غير واحد: وهذا هو الصواب. لو أن المبتاع صرح بتملك البائع للمبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين، والذي به القضاء أنه يرجع. هذا في صحيح الإقرار فكيف في هذا! ابن رشد: شراء الرجل داراً لا يخلو من أربعة أوجه: أن يقر للبائع باليد، والملك أو بالملك لا باليد أو باليد لا بالملك، أو لا يقر له بيد ولا ملك. من نوازل سحنون (وفي

وَفِي عَرْضٍ يَعْزِضُ بِمَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ أَوْ قِيَمَتِهِ،

أن ذلك يمنع الرجوع. قال غير واحد من الموثقين: وهذا هو الصواب لأنه ليس في إضافة ذلك إلى البائع إقرار من المبتاع بتملك البائع له وإنما معنى قوله: «ابتاع منه جميع داره» أي جميع الدار التي ذكر البائع أنها له. وأيضاً فلو أن المبتاع صرح بتملك البائع للتبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. هذا في صريح الإقرار فكيف بلفظ لا يحتمل إلا على بعد. والذي وقع لابن القاسم في العتبية من سماع عيسى وحكاها أيضاً فضل ابن مسلمة عن ابن القاسم أنه إذا أقر المبتاع أن جميع المبيع للبائع منه ثم استحق من يده أنه لا يرجع على البائع بشيء. وقال أشهب وعبد الملك وابن وهب وسحنون وغيرهم: لا يمنع ذلك من الرجوع عليه، وهذا اختيار الشيوخ بالأندلس وهو دليل ما في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة على أن يأخذ منه عبده ميموناً بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقوله: «على أن يأخذ منه عبده ميموناً» كقول الموثق: ابتاع منه داره. وقال عباس في وثائقه: سألت عن ذلك محمد بن إدريس الفقيه، فذكر أن ابن القاسم لا يبطل رجوع المبتاع بذلك على البائع إلا أن يقر أنها من خطة آبائه وأجداده فيبطل دركه حيثئذ عنده، وكذلك في العبيد والدواب لا يبطل دركه إلا أن يقر أن ذلك من تలాذة البائع فيبطل دركه. انتهى ونحوه في الوثائق المجموعة. وقوله: «من خطة آبائه» أي من بناء آبائه، وقوله: «من تలాذة» أي ولد عنده والله أعلم. وفي حاشية المشذلي في آخر كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر قول ابن العطار: «وبالرواية الأولى القضاء» ابن عبد السلام: والأصح من القولين عدم الرجوع انتهى. وفي أبي الحسن الصغير إثر الكلام المتقدم وذكر الباجي أنه اختلف أيضاً إذا كان في عقد الشراء داره أو الدار التي له قال: ينبغي أن يتحرز الموثق من الخلاف فيسقطه ويكتب داراً أو الدار التي ذكر أنها له. وذكر ابن العطار في وثائقه القولين قال: والقضاء بأنه يرجع. قال ابن الهندي: إذا قال في آخر الوثيقة على سنة المسلمين ومرجع دركهم فإنه يسقط الخلاف ويكون له الرجوع قولاً واحداً انتهى. والظاهر أن قوله: «وذكر ابن العطار الخ» راجع إلى كلامه الأول في المسألة الأولى. وذكر ابن رشد القولين في سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فقف عليه إن أحببته فقد ظهر معنى قول المصنف: «لا إن قال داره» أي لا إن قال الموثق في الوثيقة داره أو الدار التي له، وقد علمت أن هذا هو الصحيح. وأما المسألة الأولى فلو أشار المؤلف فيها إلى القول الثاني ولو بصحح أو عمل به لكان حسناً والله أعلم. ص: (أو قيمته) ش: والقيمة يوم البيع.

عرض بعرض بما خرج منه أو قيمته) من المدونة قال مالك: من باع عبداً بعبد فاستحق أحدهما من

إِلَّا نِكَاحًا وَخُلْعًا، وَضُلْحَ عَمْدٍ، وَمَقَاطِعًا بِهِ عَنِ عَبْدٍ أَوْ مَكَاتِبٍ

قاله في كتاب الاستحقاق من المدونة أبو الحسن، لأن البيع صحيح وإنما يراعى يوم القبض في البيع الفاسد أو الهبة على أحد القولين انتهى. والفوات بتغير السوق والبدن والعتق والاستيلاء وتزويج الأمة. قاله في المدونة والله أعلم. ص: (إلا نكاحاً) ش: ذكر ست نظائر والسابعة مسألة الصلح على الإنكار إذا استحق الشيء المصالح به. وانظر لو مات العبد في يدها ثم استحققت في أبي الحسن الصغير في كتاب الاستحقاق. ص: (أو مقاطعاً به) ش: قال في كتاب البيوع من المدونة: وإذا بعث عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم استحققت أو وجدت بها عيباً لم يكن لك ردّها عليه وكأنك انتزعتها منه وأعتقته، ولو بعث بها نفسه وليست له يومئذ رجعت عليه بقيمتها لا بقيمتها كما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يده فقبضتها وأعتقته وتمت حرته ثم استحققت أو وجدت بها عيباً فإنك ترجع عليه بقيمتها ديناً، وهذا كالنكاح بها بخلاف البيوع انتهى. قوله: «ولو بعته بها نفسه وليست له يومئذ» قال ابن يونس: قال يحيى: وهو يعينها في ملك غيره. وقوله: «كما لو قاطعت مكاتبك إلى آخره» يريد ويجوز أن يقاطع المكاتب على عبد في يديه، فإن استحق أو وجد بها عيب رجع بقيمته بلا خلاف في هذا لأن سيده كان غير قادر على أخذ ماله فهو بخلاف العبد، وإن أعتق عبده على عبد موصوف فاستحق أو وجد به عيب رجع عليه بمثله في صفقة. ابن يونس: فصار ذلك على ثلاث رتب: في المعين لا يرجع عليه بشيء، وفي الموصوف يرجع عليه بمثله، وإذا كان المعين لغيره رجع بقيمته انتهى من ابن يونس ونقله أبو الحسن ونقل بقية

يد مبتاعه أو رده بعيب فإنه يرجع في عبده الذي أعطاه فيأخذه إن وجدته، وإن مات بتغير سوق أو بدن لم يكن إلا قيمته يوم الصفقة ولا يجمع لأحد في هذا خيار في أخذ السلعة أو تضمينها (إلا نكاحاً وخلعاً) من المدونة قال مالك: وإن تزوجت المرأة بشقص من دار فأراد الشفيع أخذه فليأخذه بقيمة الشقص لا بصداق مثلها. ومن نكح بعبد فاستحق أو وجدت به المرأة عيباً فإنها تردّه وترجع على الزوجة بقيمة العبد لا بمهر مثلها وتبقى له زوجة والخلع بهذه المنزلة. قال أشهب: وسواء استحق بملك أو حرية فإنما ترجع بقيمته (وصلح عمد) من المدونة قال مالك: من صالح من دم عمد على عبد جاز ذلك، فإن استحق العبد رجع بقيمته إذ لا ثمن معلوم لعوضه ولا سبيل إلى القتل (أو مقاطعاً به عن عبد) من المدونة: إن أعتق عبده على شيء بعينه ثم استحق ذلك الشيء فاعتق ماض لا يرد، وهذا بين لا شك فيه لأنه كأنه مال انتزعه منه ثم أعتقه انتهى. فإن كان خليل عنى هذا فانظر ما القدر المشترك بين هذا الفرع والفرعين قبله فإن حكم هذا الفرع غير حكم النكاح والخلع (أو مكاتب) من المدونة قال مالك: من كاتب عبده على عرض موصوف أو حيوان أو طعام فقبضه وأعتق العبد ثم استحق ما دفع العبد من ذلك، فأحب إليّ أن لا يرد العتق ولكن يرجع عليه بمثل ذلك. قال في كتاب المكاتب: فإن قاطعه على عبد فاعترف مسروقاً فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد

أَوْ عُمَرَى، وَإِنْ أَنْفَذْتَ وَصِيَّتَهُ مُسْتَحِقِّي بَرَقٍ: لَمْ يَضْمَنْ وَصِيِّي وَحَاجٍ: إِنْ عُرِفَ بِالْحُرِّيَّةِ، وَأَخَذَ السَّيِّدُ مَا يَبِيعُ، وَلَمْ يَفْتِ بِالثَّمَنِ: كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ، إِنْ عُدِرَتْ بَيْتَتُهُ، وَإِلَّا فَكَالْغَاصِبِ، وَمَا فَاتَ، فَالْثَّمَنُ: كَمَا لَوْ دَبَّرَ، أَوْ كَبَّرَ صَغِيرًا.

النظائر والله سبحانه أعلم. ص: (أو عمري) ش: يريد أن من أعمار رجلاً حياته داراً ثم أعطى المعمر داراً ثم أعطى المعمر. بكسر الميم. المعمر. بفتحها. عبداً عوضاً عما جعله له من العمري، ولا يجوز أن يعطي رجل عبد الرجل ليعمره داراً فليس مراداً هنا والله أعلم. ص: (إن عرف بالحرية) ش: هذا كقوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: فإن كان معروفاً بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحاج. قال أبو الحسن: ظاهره أن مع الجهل يحمل على الرق. وفي آخر كتاب الرجم أن الناس محمولون على الحرية. فمعنى قوله هنا: إن كان معروفاً بالحرية فيمن ظهرت فيه مخايل الرق أو صفة تؤذن بالرق، وأما مع الجهل بحاله فمحمول على الحرية كما قال بعض في كتاب الرجم فيفسر هذا الموضع بما قلناه ثم قال: ومفهوم قوله: «إن كان معروفاً» أنه لو كان غير معروف لضمن لأنه تعدى على مال الغير انتهى. ويعني تغيير المعروف من ظهرت عليه مخايل الرق أو من فيه ريبة كما تقدم. ص: (وأخذ السيد ما يبيع ولم يفت بالثمن) ش: قال في المدونة: ويأخذ السيد ما كان قائماً من التركة لم يبيع، وما يبيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن ويرجع بذلك الثمن على البائع. قال أبو الحسن: قوله: «يرجع على البائع» وقال أولاً: «لم يضمن الوصي» قالوا: معنى ما تقدم أن الثمن فات وصرفه في مصارفه. ومعنى قوله: «يرجع على البائع» أن الثمن قائم بيده انتهى. يريد أو صرفه في غير ما لم يوص به الميت. ص: (وإلا فكالغاصب) ش: قال في المدونة: فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم فذلك كتعمدهم الزور فيأخذ متاعه حيث وجده. قال الرجراجي: وسواء كانت شهادتهم عند الورثة أو عند القاضي. وتأول القاضي إسماعيل المدونة على أنهم شهدوا عند الورثة، وأما إن شهدوا عند القاضي فلا سبيل إلى متاعه إلا بالثمن. قال الرجراجي: وهذا الذي قاله مخالف لنص المدونة والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن: وحملهم على الكذب حتى يأتوا بالشبهة والله أعلم. ص: (وما فات فالثمن) ش: هذا قسم قوله: ما يبيع ولم يفت يعني وأما ما فات فإنما له الرجوع بالثمن على الذي باع ذلك. وقاله في المدونة.

(أو عمري وإن أنفذت وصية مستحق براق لم يضمن وصي وحاج إن عرف بالحرية وأخذ السيد ما يبيع ولم يفت بالثمن كمشهود بموته إن عذرت بيته وإلا فكالغاصب وما فات فالثمن كما لو دبر أو كبر صغير) من المدونة قال ابن القاسم: من أوصى بحج أو غيره ثم مات فبيعت تركته

فرع: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإذا باع السلطان الرهن ودفع ثمنه إلى المرتهن ثم استحق الرهن وقد فات عند المبتاع أو غاب عليه المبتاع فلم يوجد، فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن ويرجع المرتهن بحقه على الراهن. وقاله مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها. وقد دارت في أيدي رجال أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. انتهى من أبي الحسن وفوات الشيء المستحق إنما هو بزوال عينه أو ما يقوم مقام زوال عينه. وقوله: «أو غاب» به المبتاع في الأمهات «وغياب»، واختصار أبي سعيد أحسن لأنه معنيان، ومفهومه أنه لو لم يفت لكان الحكم غير هذا وهو أنه يأخذه المستحق من غير ثمن. ولا يرد هذه مسألة محمد في الذي يباع عليه ماله وهو غائب ثم قدم فأثبت البراءة من الدين أنه قال: يأخذ ذلك بالثمن. والفرق بينهما أن مسألة محمد بيع على ملك الغائب، وهذا بيع على غير ملك المستحق. وانظر مسألة محمد في كتاب الأفضية لابن يونس انتهى. وانظر ابن سلمون في باب من أحاط الدين بماله. وقال أبو الحسن: قوله: «فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن». عياض: الذي يقطع به أن مذهب المدونة أن رجوعه على المرتهن. والذي قال ابن حبيب وأصبح عن ابن القاسم أنه إنما يرجع على الراهن إلا أن يكون عديماً فيرجع على المرتهن. الشيخ: وسبب الخلاف هل هذا الراهن إنما يبيع على الراهن وفيما عليه أو إنما يبيع لحق المرتهن وأنه بحكم الحاكم. بالبيع زال ملك الراهن؟ وبعضهم حمل المدونة على أن الراهن عديم ثم قال: قوله: «يأخذ الثمن من أيهم شاء إلا الأخير» فإنه لا يرجع على أحد، فإن أخذه من الأول صحت جميع الصفقات بخلاف الشفعة إن أخذه من الأول بطلت جميع الصفقات. والفرق بينهما أنه إنما يرجع بالثمن والشفعة إنما يرجع في الدار انتهى. وتقدم في آخر باب الغصب شيء من هذا. وقال البرزلي في أثناء كتاب الأفضية: قال اللخمي في كتاب التخيير: من أثبت

وأفدت وصيته ثم استحققت رقبته، فإن كان معروفاً بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحج شيئاً ويأخذ السيد ما كان قائماً من التركة لم يبيع، وما يبيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن ويرجع بذلك الثمن على البائع. وكذلك قال مالك فيمن شهدت بينة بموته فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حياً، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به في دفع تعدد الكذب مثل أن يروه في معركة القتلى فيظنوا أنه ميت أو طعن فلم يتبين أنه به حياة بأن شهدوا على شهادة غيرهم فهذا ترد إليه زوجته، وليس له من متاعه إلا ما وجدته لم يبيع، وما يبيع فهو أحق به بالثمن إن وجدته قائماً. وأما إن فاتت عينه بيد مبتاعه أو تغير عن حاله في بدنه أو فاتت بعثت أو تدبير أو كتابة أو أمة بحمل من السيد أو صغير يكبر فإنما له الرجوع بالثمن على من باع ذلك كله، فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم بذلك كتعمدهم الزور فليأخذ متاعه حيث وجدته، وإن شاء الثمن الذي يبيع به وترد إليه زوجته، وله أخذ ما أعتق من عبد أو كوتب أو دبر أو صغير كبر

باب في الشفعة

الشُّفْعَةُ أَخْذُ شَرِيكِ

ديناً على غائب وباع فيه داره ثم قدم الغائب وأثبت أنه قضاه دينه بعد البيع إذا فات لأنه لم يتعد على الذمة. ابن عات: هو مخالف لما قاله أبو الوليد أنه يجوز بيع الرهن دون الحكم، سواء كان في وثيقة الدين تصديق المرتهن في الاقتضاء أم لا. فإن ادعى بعد ذلك دفع الدين، فإن لم يشترط التصديق في الاقتضاء وأقام البينة على الدفع انتقض البيع، وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع، وإن نكل. حلف الراهن لقد أداه وسقط الدين ونفذ البيع. ذكره ابن فتحون.

قلت: لعل مسألة اللخمي باع بحكم حاكم، ومسألة ابن فتحون بغير حاكم. انتهى من مسائل الأفضية.

باب الشفعة

قال ابن رشد في المقدمات: والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزل، أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه، فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفيعاً والمأخوذ منه مشفوعاً عليه انتهى. والشفعة بسكون الفاء قاله عياض. ص: (أخذ شريك) ش: تمام الرسم قوله ممن تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة عقاراً بمثل الثمن أو قيمته

أو أمة اتخذت أم ولد فليأخذها وقيمة ولدها من المتاع يوم الحكم كالمفصولة بجدتها بيد مشتر. ابن يونس: وشبه هذه المسائل مسألة الذي باع عليه الحاكم متاعه في دين ثبت عليه في غيبته فيأتي فتثبت البينة أنه قد كان قضاه فلا يأخذ شيئاً مما بيع عليه حتى يدفع الثمن للمشتري. ابن يونس: أعرف أن كل ما باعه يظنه لرجل فإذا هو لغيره فربه أحق به بالثمن أصله ما بيع في المغام انتهى. انظر مسألة كثيرة الوقوع من يشتري السلعة بدراهم فيدفع فيها دنانير أو عرضاً من العروض ثم تستحق السلعة ثم يرجع، هل بما عقد أو بما دفع؟ بين الوجهين فرق. وقد ترجح على هذا ابن يونس في هذا الكتاب فقال فيمن ابتاع بشيء فنقد خلافه فاستحق الثمن أو المثلون في ذلك راجعه فيه. ابن شاس.

كتاب الشفعة

وفيه ثلاثة أبواب: الأول: في أركانها وهو: المأخوذ والآخذ والمأخوذ منه. الباب الثاني في كيفية الآخذ. الباب الثالث فيما يسقط فيه حق الشفعة (الشفعة أخذ شريك) ابن عرفة: الشفعة استحقاق

وَلَوْ ذَمِيًّا بَاعَ الْمُسْلِمُ لِذَمِيٍّ: كَذَمِيَّيْنِ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا،

أو قيمة الشقص. وهو قريب من قول ابن الحاجب. واعترضه ابن عرفة بأنه رسم الأخذ لا رسم ماهية الشفعة، ورسمها هو استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بضمنه انتهى.

قلت: قد يقال إنه غير جامع لخروج ما يكون فيه الشفعة بقيمة الشقص فتأمله، واعتراض ابن عرفة المذكور هو في مختصره. ونقل عنه تلميذه البرزلي أنه نقض رسم ابن الحاجب أيضاً بأخذ الشريك الثوب إذا وقف على ثمن وبما إذا وقع ثوب مسلم في الغنائم وأخذه رجلان فأخذه من أحدهما ثم أراد الأخذ من الآخر. انتهى. وقوله: «أخذ شريك» أي بجزء مشاع. وأما لو كان شريكاً بأذرع وهي غير معينة ففيها خلاف. قال مالك: لا شفعه، وأثبتها أشهب ورجح ابن رشد الأول وأفتى به وحكم به بأمره. قاله في آخر كتاب الشفعة من المقدمات. ص: (ولو ذمياً باع المسلم لذمي كذميين تحاكموا إلينا) ش: قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة وإذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي أن يشفع كما لو كان مسلماً انتهى. وفي التبصرة للحمي. وإن باع النصراني نصيبه من مسلم أو نصراني كانت للمسلم الشفعة انتهى ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا انتهى. وفي أول سماع يحيى من الشفعة: وسألت ابن القاسم عن النصرانيين الشريكين في الأصل يبيع أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه، أيقضي له بها؟ قال: أما على المسلم فيقضي بها للنصراني لأنني قد كنت أقضي بها للمسلم على النصراني وأما إذا كان الشفيع نصرانياً وكان شريكه مسلماً أو نصرانياً فاشترى نصراني، فلا أرى أن يقضى بينهما بشيء لأن الطالب والمطلوب نصرانيان فهما يردان إلى أهل دينهما لأن المطلوب يقول: ليس في ديننا الحكم بالشفعة فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك. ابن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أنه إن كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مسلماً قضى بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق المذهب لأنه حكم بين مسلم ونصراني. واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك البائع مسلماً فقال في هذه الرواية: إنه لا يقضى في ذلك بالشفعة ويردان إلى أهل دينهما لأن الشافع والمشفوع نصرانيان. وقال في أصل الأودية: وهو في بعض روايات المدونة أنه يقضى في ذلك بالشفعة من أجل أن

شريك أخذ مبيع شريكه بضمنه (ولو ذمياً باع المسلم لذمي كذميين تحاكموا إلينا) من المدونة قال مالك: إذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي الشفعة كما لو كان مسلماً. ابن يونس: لأنه حق موضوع لإزالة الضرر على المال فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب. قال ابن القاسم في المجموعة: إذا باع المسلم شقصه من نصراني والشفيع نصراني فلا شفعة له لأن الخصمين نصرانيان، ولو باع نصراني نصيبه من نصراني فللمسلم الشفعة يريد بلا

أَوْ مُحْبِسًا لِيَحْبِسَ: كَسُلْطَانٍ

الشريك البائع مسلم. وهو قول أشهب في المجموعة انتهى. فالقول الثاني هو الذي مشى عليه المؤلف فقال: ولو كان الشريك الآخذ بالشفعة ذمياً والحالة أن شريكه مسلم باع لذمي وأشار بـ«لو» إلى القول الأول في كلام ابن رشد ودخل في كلامه بالأحرورية ما إذا باع الشريك المسلم لمسلم فيكون لشريكه الذمي الشفعة أو باع النصراني حصته لمسلم أو ذمي فلشريكه المسلم الشفعة أو كانت بين ذميين فباع أحدهما حصته من مسلم لأن هذه متفق على وجوب الشفعة فيها كما تقدم. وقول الشارح قوله: الذمي لو باع المسلم لا شفعة له وليس كذلك. لا يرد على المصنف لأن هذه الصورة داخلية في كلامه بالأحرورية فليتأمل. وقول البساطي واعترضوا عليه بأنه مخالف للمدونة.

قلت: ولعله رجح ما لابن القاسم في المجموعة أن المسلم إذا باع لنصراني وشريكه نصراني فلا شفعة للنصراني فيه سهو ظاهر والله أعلم. قوله: «كذميين تحاكموا إلينا» هذه الصورة السادسة فإن للمسألة سبع صور، لأن الدار تارة تكون شركة بين ذمي ومسلم، فتارة يبيع المسلم حصته من مسلم أو ذمي، وتارة يبيع الذمي حصته من مسلم أو ذمي، فإن كانت الدار بين ذميين، فتارة يبيع أحدهما حصته من مسلم أو ذمي فهذه ست. والسابعة إذا كانت الدار بين مسلمين فباع أحدهما حصته من ذمي، فواحدة صريحة في كلام المؤلف وهي ما إذا باع المسلم حصته لذمي وكان شريكه ذمياً وهو على الخلاف والخامسة الأخرى داخلية في كلام المؤلف بالأحرورية لأنها متفق عليها، وبقيت واحدة وهي ما إذا كانت بين ذميين فباع أحدهما لذمي فأشار إليها بقوله: «كذميين تحاكموا». وهكذا قال في المدونة: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما نصيبه لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا. وقال أشهب: إذا كان المبتاع مثلهما فلا شفعه وإن تحاكموا إلينا انتهى. فقول المؤلف: «كذميين تحاكموا إلينا» يعني كما إذا كانت لذميين والحالة أنه باع أحدهما لذمي ويدل على أن أحدهما باع لذمي قوله: «باع المسلم لذمي» وقوله: «ذميين بالجمع» لا بالثنية كما تقدم وحذف الجار والمجرور في قوله: «إلينا» للعلم به والله أعلم. ص: (ليحبس) ش: يريد وأما لو أخذها لنفسه فليس له ذلك.

خلاف، ولو كانت بين ذميين لم أقض بالشفعة إلا أن يتحاكما إلينا (أو محبساً ليحبس) من المدونة قال مالك: إن حبس أحد الشريكين حظه في دار على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه في حظه، فليس للذي حبس ولا للمحبس عليه أخذه بالشفعة إلا أن يأخذ المحبس فيجعله فيما جعل نصيبه الأول (كسلطان) قال سحنون في المرتد يقتل وقد وجبت له الشفعة أن السلطان يأخذها إن شاء لبيت المال. وحكى ابن زرب عن بعضهم أن للناظر في بيت المال إذا وقعت حصة في بيت المال من ملك في الموارث أن يأخذ بالشفعة قال: وهو خطأ. قال: ولا تجب له شفعة لأنه ليس يتجر للمسلمين

لَا مُحْبَسٍ عَلَيْهِ، أَوْ لِيُحْبَسَ وَجَارٍ وَإِنْ مَلَكَ تَطْرُقًا، وَنَاطِرٍ وَقَفٍ، وَكَرَاءٍ، وَفِي نَاطِرِ الْمِيرَاثِ.

تنبيه: لو أعمار إنسان إنساناً جزءاً مشاعاً من دار وله فيها شريك فباع شريكه، فللمعمر - بكسر الميم - أن يأخذه بالشفعة لأن الحصاة ترجع إليه بعد موت المعمر - بفتح الميم - قاله ابن الحاجب. ص: (وجار وإن ملك تطرُقاً) ش: قال في كتاب الشفعة من المدونة: ولا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها ولا بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها انتهى. قال ابن يونس: لأنه إنما له حق في الجوار لا في نفس الملك انتهى. ص: (وناظر وقف) ش: لا إشكال في عدم أخذه بالشفعة على القول الذي مشى عليه المصنف من أن المحبس عليه ليس له أن يأخذ بالشفعة ولو ليحبس. وقد يؤخذ ذلك من قول أبي الحسن في آخر كتاب الشفعة لما ذكر قوله في المدونة أن المحبس عليهم ليس لهم أن يأخذوا بالشفعة. قال ابن سهل: به يستدل على أن صاحب الميراث لا يشفع لبيت المال والمساجد انتهى. والله أعلم. ص: (وكراء) ش: أي وكذا لا شفعة في الكراء. وما ذكره المصنف هو أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه. وإنما اقتصر عليه لأنه مذهب المدونة في أول كراء الدور والأرضين حسبما أشار إلى ذلك في توضيحه. وصرح ابن ناجي في شرح المدونة بمشهوريته وسيأتي لفظهما. قال في المدونة في كراء الدور: وإذا اكترى رجلان داراً بينهما فلا أحدهما أن يكرى حصته قال مالك: ولا شفعه فيه لشريكه بخلاف البيع انتهى. قال ابن ناجي: ما ذكره من عدم الشفعة هو المشهور. وقال أشهب وابن المواز: له الشفعة. وقال

إنما هو يجمع لهم ما يجب لهم. ابن رشد: وليس هذا خلافاً لقول سحنون في المرتد لأن سحنوناً قال: ذلك بالنسبة إلى السلطان. وقول ابن زرب هو بالنسبة إلى صاحب الميراث لأن السلطان لم يجعل له ذلك، فلو جعل له السلطان ذلك كان له. ابن عرفة: ظاهر مسألة ابن زرب أن الموروث إنما هو الشقص الذي يجب الشفعة به، وظاهر مسألة سحنون أن الموروث فيها الشفعة نفسها (للمحبس عليه ولو ليحبس) ساوى ابن رشد بين المحبس والمحبس عليه أن أحدهما إذا أراد الأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن له ذلك، وإن أراد إلحاقها بالمحبس فله ذلك، وبهذا ينبغي الفتوى (وجار وإن ملك تطرُقاً) من المدونة قال مالك: لا شفعة بالجواز والملاصقة في سكة لا تنفذ أو غيرها، ولا شفعة بالشركة في الطريق ومن له طريق في دار رجل فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. ابن يونس: لأنه إنما له حق جوار لا حق في نفس الملك (وناظر وقف) الذي قال ابن رشد أنه على قياس قولهم إن أراد المحبس أو المحبس عليهم الأخذ بالشفعة ليلحقوها بالمحبس فذلك لهم، وإن أراد أجنبي الأخذ بالشفعة للمحبس كان له (وكراء) من المدونة قال ابن القاسم: وإن أكرى رجلان داراً بينهما فلا أحدهما أن يكرى حصته منها. قال مالك: ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع (وفي ناظر الميراث قولان) تقدم قول ابن رشد إن جعل له السلطان ذلك جاز. وابن عرفة معه بحث انظره فيه. وانظر هنا فرعاً غريباً أن المرء قد يبيع شقصه ثم يشفع فيه وذلك إذا ورث شقص شريكه قبل سقوط شفيعته، وهذه إحدى ست المسائل التي

في التوضيح في كتاب الشفعة في شرح قول ابن الحاجب: «وفي الثمار والكتابة وإجارة الأرض للزرع قولان» قوله: «إجارة الأرض للزرع» لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء، والقولان لمالك ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها وهو قول عبد الملك والمغيرة، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبغ، واختلف أيضاً في المساقاة كالكراء والأقرب سقوطها في هذه الفروع لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وردت الشفعة فيه انتهى. وأصله لابن عبد السلام ونصه: وليس في قول المؤلف: «إجارة للزرع» دليل على خصوصية هذه الصورة بالخلاف في ثبوت الشفعة فيها، بل ذلك عام في كراء العقار، لكن مذهب ابن القاسم سقوط الشفعة في الكراء وهو قول المغيرة وعبد الملك. وقال أشهب ومطرف وأصبغ: فيه الشفعة وهو قول ابن القاسم أيضاً، والقولان مرويان عن مالك. واختلف أيضاً في المساقاة كما اختلف في الكراء، والأقرب في هذه المسائل على أصل المذهب سقوط الشفعة فإن الضرر اللاحق بسبب المشاركة فيها قاصر عن الضرر اللاحق في المسائل المتفق على ثبوت الشفعة فيها انتهى.

تنبيهات: الأول: اعترض الشارح على المصنف في اقتصاره على القول بعدم الشفعة وعدم تعرضه للقول بوجوبها قال في الوسط بعد نقله القولين عن الموازية: فانظر كيف اقتصر الشيخ على عدم الشفعة ولم يحك القول الآخر وهو أولى بالذكر هنا لأنه أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وبه أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب، أو كان يذكر القولين معاً انتهى. ونحوه في الكبير. وقال بدل قوله وهو أولى بالذكر هنا فكان هذا القول أولى بالاعتصار عليه أو يذكر القولين معاً، وعلى هذا فلو قال: «وفي الكراء وناظر الميراث قولان» لكان أحسن والله أعلم. وعلى التسوية بين القولين من غير ترجيح مشى في شامله فقال: وفي الكراء روايتان. وتبع البساطي الشارح في الاعتراض على المؤلف فقال: وكان الأحسن أن يذكر المصنف في الكراء القولين كما في ناظر الميراث لأنهما لمالك. ورجح جماعة الثاني ولم يتعرض ابن غازي لما ذكره الشارح من الاعتراض على المصنف بنفي ولا إثبات، وتعرض له الشريف الفاسي ونظر في اعتراضه، وأجاب عن الشيخ في اقتصاره على القول بعدم الشفعة بما قدمناه ونص إثر قول ابن الحاجب المتقدم قوله: «إجارة الأرض للزرع» لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء كذلك، والقولان لمالك ومذهب ابن القاسم في المدونة في كراء الدور وسقوطها، وعليه اقتصر الشيخ خليل واعترضه شارحه الشيخ تاج الدين بأن القولين لمالك ورواية ابن القاسم، وبثبوت الشفعة أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب، فكان ذكره لهذا القول أولى أو كان يذكرهما، ولهذا حكى في شامله القولين من غير ترجيح وفيه نظر لقوله في التوضيح مذهب المدونة السقوط، ولعله لما لم ير المسألتين في كتاب الشفعة من المدونة لم يعتبر كلامه والله أعلم انتهى. فظهر من هذه النصوص صحة ما قاله المصنف وسقط عنه اعتراض الشارح والبساطي والله أعلم.

الثاني: سيأتي كلام المصنف في الثمار إذا لم تيبس أن فيها الشفعة. وقال في حاشية المشدالي في كتاب الشفعة: فإن قيل: ما الفرق بين الشفعة في الثمار وعدمها في السكنى وكل منهما غلة ما فيه الشفعة؟ قيل: الفرق أن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار صارت كالجزة منها. وإليه أشار ابن العربي فأعطيت حكم الأصول ولا كذلك السكنى فلذلك صرح في المدونة بعدم الشفعة فيها. المشدالي: قال الشيخ أبو الحسن في ترجمة اكرى حمامين أو حانوتين من كراء الدور، أن الفرق أن الثمرة أعيان وهي مشتبهة بالأصول ولا كذلك المنافع ألا ترى إذا اشترى الثمرة بعد يبسها في رؤوس الأشجار أنه لا شفعة فيها انتهى. وتأمل الفرق بين الزرع والثمار والله أعلم.

الثالث: على القول بوجوب الشفعة في الكراء فقال اللخمي بشرطين: أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن. قال المشدالي قال الشيخ أبو الحسن في الترجمة المذكورة: قال ابن يونس: قال محمد: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول، اللخمي: وبه العمل بشرط أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن انتهى. ونقله الباجي عن أبي الحسن أيضاً وزاد إثره: قلت: وليس العمل عليهما عندنا بإفريقية انتهى. أي ليس العمل عندهم بإفريقية على اشتراط الشرطين المذكورين، والشرطان المذكوران ذكرهما اللخمي وعنه نقلهما الشيخ أبو الحسن فإنه بعد أن ذكر الشرطين المذكورين أتى بكلام اللخمي عقب ذلك كالمستدل بذلك، ولنذكر كلامه برمته ونصه ابن المواز: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول. الشيخ: وعليه العمل وذلك بشرطين: أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن. اللخمي: اختلف إذا كان الكراء في نصف شائع فقال مالك مرة: لا شفعة فيه، ومرة قال: فيه الشفعة. وهذا إذا كانت الدار تحتل القسمة، فإن أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن كان ذلك له، وإن أراد ذلك ليكري لم يكن له ذلك وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة بالبيع. وكذلك الحانوت يكون بين الشركاء فيكري أحدهم نصيبه شائعاً فلا شفعة في الآخر إذا كان لا يحمل القسم أو كانوا يأخذون بالشفعة ليكرون، وإن كان يحمل القسم وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع كان ذلك له، وإن كان يكره لمن يجلس فيه لم يكن له ذلك. انتهى.

الرابع: قال المشدالي في حاشيته في كراء الدور إثر كلام المدونة المتقدم: وقوله: «فلا أحدهما أن يكري حصته» ظاهره ولو من غير شريكه وأنه لا يكون شريكه أحق به من الغير، وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبساً عليهما، ثم أراد أحدهما بيع حصته من ذلك بعد الطيب فشريكه أولى بها انتهى. وهذه المسألة في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كراء الدور والأرضين زاد بعد قوله أولى بها ممن أراد شراءها بالذي بذل فيها. قال سحنون: وقال مالك: لا شفعة في الأكرية، وقاله ابن القاسم. قال محمد بن رشد: قول مالك: «أراد شريكه أولى بها في مسألة الكراء ومسألة

الثمرة» يريد أولى بها من المشتري بالثمن الذي بذل فيها لأنه يأخذ الثمرة من المشتري بالشفعة يوم تمام الشراء، والكراء من المكتري بالشفعة بعد تمام الكراء. فليس ما قاله مالك في مسألة الثمرة والكراء خلافاً لما حكاه سحنون عن مالك وابن القاسم من أنه لا شفعة في الأكرية لأنهما مسألتان، فالمسألة الأولى وهي أن الشريك أولى بالثمرة وبالكراء بما بذل المشتري والمكتري فيها من الثمن والكراء لا خلاف فيها، وكذلك يجب في كل مشترك لا شفعة فيه، ومثله قول مالك في الذي تكون تحته الأمة لقوم فتلد منه فيبيعونها وولدها أنه أحق بها بما يعطى فيها، وقد مضى القول في ذلك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح، والمسألة الثانية وهي هل تكون الشفعة في الكراء بعد تمامه وفي الثمرة بعد الشراء أم لا؟ فيها اختلاف، اختلف في ذلك قول مالك وقع اختلاف في قوله في المدونة في الثمرة وفي الكراء في الواضحة، وأخذ بوجوب الشفعة في ذلك ابن الماجشون وابن عبد الحكم وبأن لا شفعة في ذلك ابن القاسم ومطرف وأصبع وبه أخذ ابن حبيب. وكذلك اختلف قول مالك أيضاً في الشفعة في الكتابة والدين يباعان هل يكون للمكاتب والذي عليه الدين الشفعة في ذلك أم لا؟ فقال مرة: لهما الشفعة في ذلك وأخذ به مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبع وابن عبد الحكم وإليه ذهب ابن حبيب وحكى في ذلك حديثاً من مراسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في الكتابة والدين». وحكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه أنه استحسّن الشفعة في ذلك ولم ير القضاء بها انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح عمدة الأحكام: إنه لم يقف على نص في مسألة الأمة ومسألة بيع الدين. وقد تقدمت مسألة الأمة في النكاح عند قول المصنف: «وفسخ إن طراً بلا طلاق» والله أعلم. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين والله أعلم.

الخامس: ما عزاه ابن رشد لابن الماجشون وابن عبد الحكم من الأخذ بوجوب الشفعة في الكراء وبأن لا شفعة لابن القاسم ومطرف وأصبع وابن حبيب عكس ما نقل صاحب النوادر فإنه عزاه لابن الماجشون وابن عبد الحكم عدم الأخذ بالشفعة، ولابن القاسم ومن ذكر معه الأخذ بالشفعة ونصه: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فأخذ ابن القاسم وابن عبد الحكم بقوله: أن لا شفعة، وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبع بقوله: أن فيه الشفعة وبه يأخذ وذلك في كراء الدور والمزارع سواء انتهى. وعلى نقل النوادر مشى ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والشارح كما تقدم في كلامهم، وعلى نقل ابن رشد مشى ابن عرفة ونصه: ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الشفعة في الكراء في الواضحة وبقوله: بالشفعة فيه. قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وبنفيها فيه. قال ابن القاسم ومطرف وأصبع وابن حبيب انتهى. ولم يتعرض ابن عرفة لما بين النقلين من المخالفة مع أنه نقل عن النوادر بعض فروع الترجمة التي فيها كلام النوادر المذكور، ولعل لكل من مطرف وأصبع وابن حبيب قولين

قَوْلَانِ مِمَّنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللَّازِمُ اِخْتِيَارًا بِمُعَاوَضَةٍ،

في المسألة أيضاً مثل ما لملك وابن القاسم فتأمل ذلك أيضاً والله الموفق للصواب.

السادس: قول ابن رشد: «وقع اختلاف قول مالك في الثمرة في المدونة وفي الكراء في الواضحة» ظاهره قول مالك لم يختلف في الكراء في المدونة واستقرأ الخلاف منها الشيخ أبو الحسن الصغير من قوله في المدونة في كتاب الشفعة: «ومن أعمر عمرى على عوض لم تجز وردت ولا شفعة فيه لأنه كراء فاسد. ظاهر هذا التعليل أن الشفعة في الكراء الصحيح وهو خلاف ما في كراء الدور وهو قول أشهب، وقاله ابن القاسم أيضاً ورجحه ابن المواز وبه مضى عمل القضاة. أبو محمد صالح: قوله: «لأنه كراء فاسد» راجع للرد خاصة تقديره لم يجز ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه، وعلى هذا لا يلزم الاستقراء. انتهى ونحوه لابن ناجي ونصه: ظاهر تعليقه يقتضي أن الشفعة في الكراء الصحيح وهو مخالف لقولها في كتاب كراء الدور والأرضين بنفي الشفعة. ورد أبو محمد صالح هذا الأخذ بأن التعليل راجع لقوله: «لم يجز ورد لعدم الشفعة» وتقديره لم يجز ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه انتهى.

السابع: انظر ما حكاه ابن رشد من الخلاف في الشفعة في الدين مع قول ابن ناجي في شرح الرسالة ولا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا، ولعل الذي نفى ابن الحاجب الخلاف فيه إذا باع أحد الشركاء في الدين حصته منه فتأمل. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين والله أعلم.

فرع: وهل لأحد الشريكين أن يلزم صاحبه أن يقاومه؟ سيأتي عن النوادر أنه ليس له ذلك في البيع والكراء مثله. وانظر في الإجارة الكلام على أنهما يؤجران أو يسكن أحدهما بما يقف عليه الكراء. ص: (من تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة) ش: يدخل في قوله: «بمعاوضة» البيع وهبة الثواب والمهر والخلع وجميع المعاوضات والصلح ولو كان على إنكار. وقد قال في الجواهر في آخر كتاب الصلح: إذا ادعى رجل على رجلين داراً فكذب أحدهما وصدقه الآخر فصالحه المصدق على مال فأراد المكذب الأخذ بالشفعة فله ذلك انتهى. وخرج

تترتب على الميراث. (من تجدد ملكه اللازم اختياراً) ابن شاس: من أركان الشفعة المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم اختياراً احترزنا بالمتجدد من رجلين اشتريا داراً معاً فلا شفعة لأحدهما على الآخر، واحترزنا باللازم عن الشراء في زمن الخيار. قال في المدونة: لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بثه. وانظر بعد هذا عند قوله: «وارث وهبة» (بمعاوضة) ابن عرفة: المعروف لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا ثواب فيها ولا في صدقة، ونقل غير واحد الاتفاق على نفي الشفعة في الميراث. ابن شاس: وثبتت الشفعة فيما وراء ذلك من وجوه المعاوضات بأي نوع كان من التمليكات من مهر وخلع وبيع وإجارة وصلح من أرش جنابة أو قيمة متلف أو دم عمد أو خطأ أو غير ذلك من المعاوضات. ومن المدونة قال

وَلَوْ مُوصَى بِبَيْعِهِ لِلْمَسَاكِينِ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْمُخْتَارِ، لَا مُوصَى لَهُ بِبَيْعِ جِزْءِ عَقَارًا، وَلَوْ مُنَاقَلًا بِهِ،
إِنْ انْقَسَمَ، وَفِيهَا الْإِطْلَاقُ، وَغَمِيلٌ بِهِ يُمَثِّلُ الثَّمَنَ

به الهبة لغير ثواب والصدقة والله أعلم. ص: (لا موصى له ببيع جزء) ش: أي فليس للورثة عليه شفعة، وأما لو كان شريكه أجنبياً لكانت له الشفعة، وصرح به الشارح في الكبير فأحرى أن الشفعة للأجنبي في المسألة التي قبلها. ونص عليه اللخمي في الأولى. ص: (ومثل الثمن) ش: تصوره واضح.

مالك: لا شفعة في هبة الثواب إلا بعد العرض. قيل: فلم أجاز مالك الهبة بغير ثواب مسمى؟ قال: لأنه على وجه التفويض في النكاح. وفي القياس لا ينبغي أن يجوز ولكن قد أجازته الناس (ولو موصى ببيعه للمساكين على الأصح) الباجي: لو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة إذا كان الميت باع. قاله سحنون، والأظهر عندي في هذه المسألة ثبوت الشفعة لأن الموصى لهم وإن كانوا غير معينين فهم أشراك بائعون بعد ملك الورثة بقية الدار، وقد بلغني ذلك عن ابن المواز (والمختار لا موصى له ببيع) اللخمي: إذا أوصى الميت أن يباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث يحمله لم يكن للورثة فيه شفعة، لأن قصد الميت أن يملكه إياه فالشفعة رد لوصيته. وحمل سحنون إذا أوصى ببيع نصيبه ليصرف ثمنه في المساكين كذلك أن لا شفعة فيه للورثة إذا كان الميت باعه، والقياس أن يشفع لأن الميت آخر البيع لبعده الموت ولوقت لم يقع البيع إلا بعد الشفعة (عقاراً). ابن عرفة: تتعلق الشفعة ببيع الشريك مشاعاً من ربع ينقسم اتفاقاً، ولا تتعلق بعرض. ومن المدونة قال مالك: ومن كان بينه وبين رجل عرض مما لا ينقسم فأراد بيع حصته قيل لشريكه بع معه أو خذ بما يعطي، فإن رضي وباع حصته مشاعة فلا شفعة لشريكه. وقال ابن سهل: مذهب مالك أن ما كان لا ينقسم من عروض وغيرها إلا بضرر بيع واقتسم الشركاء ثمنه، ومن أراد منهم أخذه فما بلغه من الثمن فذلك له، فإن تشاحوا فيه تزايدوا حتى يقف على أخذ الزائد فيأخذه ويؤدي إليهم أنصبتهم (ولو مناقلاً به). ابن عرفة: المناقلة ببيع الشقص بعقار. ابن رشد: إن باع الرجل شقصه من شريكه أو من أجنبي بأصل أو بشقص من أصل له فيه شرك أو لا شريك له فيه، فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن في ذلك كله الشفعة (إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به) قال ابن رشد: الشفعة إنما تكون فيما ينقسم من الأصول دون ما لا ينقسم، وهذا أمر اختلف فيه أصحاب مالك في المدونة قال مالك: إذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها، وفي المدونة أيضاً قال مالك في الحمام الشفعة وهو أحق في أن تكون فيه الشفعة من الأرض لما في قسم ذلك من الضرر. وقاله مالك وأصحابه أجمع. ابن حارث: أخبرني من أثق به أن العمل عند أهل الشورى بقرطبة على الشفعة في الحمام. وانظر من هذا المعنى إذا أراد بعض الشركاء البيع قال ابن رشد: لا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعا إلى ذلك أحد الأشراك إلا فيما التشارك فيه ضرر بين كالدار والحائط، وأما مثل الحمام والرحا وشبه ذلك مما هو للغلة فلا، وبالله تعالى التوفيق (بمثل الثمن) انظره

وَلَوْ دَيْنًا،

فرع: قال في المدونة: إذا قال الشفيع بعد الشراء: اشهدوا أنني أخذت بشفعتي ثم رجع فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم كان له أن يرجع انتهى. فعلم من هذا أنه يصح الأخذ بالشفعة قبل علم الثمن، وقال اللخمي: تسليمه الشفعة قبل معرفة الثمن جائز. واختلف في الأخذ قبل المعرفة بالثمن، فقيل جائز: وهو ظاهر الكتاب لأنه قال: إذا أشهد أنه أخذ قبل المعرفة بالثمن ثم قال: بدا لي فإن له أن يترك إن أحب فجعله بالخيار في التمسك، ولو كان عنده فاسداً لم يكن له أن يمسك. وفي كتاب محمد: إن ذلك فاسد ومجبور على رده انتهى. ونص ما في كتاب محمد على ما في النواذر: إذا تشاهد المتبايعان على البيع وكتما الثمن لم تجب الشفعة حتى يظهر الثمن انتهى. وقال ابن رشد في اللباب: الشرط الثالث معرفة الثمن فلو لم يعرفه فلا شفعة. وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهم في أرض عوضاً عما ذكر أنه أصابه من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه انتهى. والمسألة في كتاب الشفعة من البيان في رسم شهد في سماع عيسى من ابن القاسم وفي المسألة المذكورة أن الجهل بالثمن إن كان لطول المدة فإن الشفعة تسقط بذلك، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى عند قوله: إلا إن غاب أولاً.

فرع: قال في شرح أول مسألة من سماع يحيى من كتاب الشفعة: واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصاً بخمر أو خنزير والشفيع مسلم، فقيل: إنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص وهو قول أشهب فكأنه لم ير للخمر قيمة. وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني: إنه لا قيمة عليه فإذا دفعها بطوعه فأحرى أن لا تكون لها قيمة. وقيل: يأخذ قيمة الخمر والخنزير وهو قول ابن عبد الحكم وهو أشبه على مذهب ابن القاسم، لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبهه شراء الشقص بعرض. انتهى ونقله ابن عرفة وغيره.

فرع: وما يبيع بعين فدفع عنه عرض وعكسه في الشفعة فيه بما دفع أو بما عقد به ثالثها هذا أحب. الشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سحنون ونقل محمد: وقوله:

بعد هذا عند قوله: «أو بقيته» (ولو ديناً) من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل فللشفيع أن يأخذه بالثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً أو أتى بضامن ثقة ملي، قال ابن القاسم: وإن قال البائع للمبتاع أنا أرضى أن يكون مالي على الشفيع إلى الأجل لم يجز لأنه فسخ ما لم يحل من دينه في دين على رجل آخر. وانظر إن لم يقم الشفيع حتى حال أجل الدين وأدى الثمن. نقل ابن يونس أن للشفيع من الأجل مستأنفاً مثل أجل المشتري الأول. قال عبد الملك: وإن كان إنما اشترى الشقص بدين له على البائع إلى سنة فلا يأخذ الشفيع إلا بقيمة الدين عرضاً يدفعه الآن، لأن الدين عرض من العروض، وكذلك إن لم يقم الشفيع حتى حل الأجل انتهى. يبقى النظر إن أخذ الشقص عن دين قد حل قال ابن المواز: فإن اشتراها منه بعد حلول الأجل لم يأخذها الشفيع إلا بالعدد بعينه

أَوْ قِيمَتِهِ بِرَهْنِهِ وَضَامِنِهِ، وَأُجْرَةَ دَلَالٍ، وَعَقْدٍ شِرَاءٍ. وَفِي الْمَكْسِ: تَرُدُّدٌ،

ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه إلا أن يدفع ذهباً عن ورق وعكسه فيما دفع كالمرابحة، وخامسها لابن عبدوس عن سحنون بالأقل منهما. قلت: هو نحو قولها في المrabحة. انتهى من ابن عرفة.

فرع: قال في المدونة: ومن ابتاع شقصاً من دار بعرض فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته وقد فات بيد المبتاع أو لم يفت، فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم، فإن كان مستهلكاً صدق المبتاع مع يمينه في قيمته، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه وصفه المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفة يوم الصفقة أو ترك، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو وأخذه بقيمة صفته. انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: «بمثل الثمن» قال في التوضيح: فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته. قاله مالك في المجموعة فيمن اشترى بعبد فلم يجده الشفيع انتهى. وانظر كتاب الشفعة من النوادر. ص: (أو قيمته) ش: أي قيمة الثمن إذا كان من المقومات.

فرع: وإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا يوم القيام في ذلك. قاله في المدونة في كتاب الشفعة. ص: (وأجرة دلال وعقد شراء وفي المكس تردد) ش:.

تنبيه: قال في اللباب: إذا زاد المبتاع للبائع شيئاً بعد البيع ففي لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وأشهب. فإذا قلنا: لا يلزم فقال المبتاع: إنما زدته فراراً من الشفعة فإنه يحلف ويرجع. انتهى ومذهب المدونة عدم اللزوم.

(أو قيمته) من المدونة: ما اشترى بعين أو مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه، وما اشترى بمقوم فبقيته. ومن المدونة أيضاً: ما اشترى بعبد شفع فيه بقيته وما اشترى بعوض فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة (برهنه وضامنه) أشهب: إذا اشترى بثمن مؤجل بحميل أو رهن فقام الشفيع وهو أملاً منه، فإن لم يجد حميلاً أو رهنأ مثله فلا شفعة له، ولو جاء برهن لا شك أن فيه وفاء لم يقبل منه إلا مثل الأول، ولو كان برهن أو حميل فجاء برهن ولم يقدر على حميل فلا شفعة له (وأجرة دلال وعقد شراء) المتيطي: وعلى الشفيع أجرة الدلال وأجرة كاتب الوثيقة وثمن ما كتب به يدفع ذلك كله للمبتاع لأن بذلك وصل المبتاع إلى الابتاع، فإن كان المبتاع أدى من الأجرة أكثر من المعهود بين الناس لم يلزم الشفيع سوى المعهود. قال ابن سهل: ولا مخالف في هذا، وليس ذلك مثل ما عمر المشتري فإن الشفيع لا يغرم له في العمارة شيئاً بمنزلة أجرة السمسار في المrabحة لا تحسب ولا يحسب عليها ربح، وانظر في نوازل ابن سهل بعد ذكره هذا إذا قام الشفيع بعد أن أكرى المشتري الأرض وقبض من الكراء كما لو استحق نصف الأرض وهي مزروعة وأخذ النصف الآخر بالشفعة فإنه يغرم نصف الكراء (وفي المكس تردد) ابن يونس: انظر لو غرم على الشقص غراماً هل يغرمه له الشفيع؟ وقد اختلف فيمن اشترى شيئاً من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه بغرم أو بغير غرم. انتهى نقله. انظر هذه

أَوْ قِيَمَةِ الشَّقْصِ فِي: كَخُلْعٍ، وَصُلْحِ عَمْدٍ، وَجِزَافِ نَقْدٍ، وَبِمَا يَخُصُّهُ: إِنْ صَاحَبَ غَيْرَهُ، وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي الْبَاقِي، وَإِلَى أَجَلِهِ إِنْ أَيْسَرَ

فرع: من اشترى شقصاً فصالح أحد الشفعاء على تسليم شفعة في مغيب إشراكه ثم قدموا وأخذوا شفعتهم فلا رجوع على المصالح بشيء. قاله ابن رشد في نوازله والله أعلم. ص: (أو قيمة الشقص في كخلع) ش: قال في المدونة: ومن نكح أو صالح أو خالع على دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته إذ لا ثمن معلوم بعوضه انتهى. قال ابن الحاجب: فقيمة الشقص يوم العقد انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: أبو عمران: من نكح على تفويض فدفع لزوجته شقصاً قبل بنائه شفع فيه بقيمته اتفاقاً، فإن دفعه بعد بنائه شفع فيه بمهر المثل اتفاقاً فيهما انتهى. والشقص بكسر الشين المعجمة هو النصيب. نقله في التوضيح عن عياض وغيره ص: (وصلح عمد) ش: احترز بالعمد من الخطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذت بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب وورق أخذت بذهب وورق ينجم على الشفيع كالتنجم على العاقلة. قاله في المدونة. ص: (وإلى أجله إن أيسر) ش: تصوره واضح.

المسألة في الجهاد (أو قيمة الشقص في كخلع وصلح عمد) من المدونة قال ابن القاسم: من نكح أو خالع أو صالح من دم عمد على شقص فبه الشفعة بقيمته يوم العقد إذ لا ثمن معلوم لعوضه، يريد ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد المعرفة بقيمته. قال ابن القاسم: وإن أخذ الشقص عن دم خطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذت بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب أخذت بذهب، ينجم ذلك على الشفيع كالتنجم على العاقلة (وجزاف نقد) ابن الحاجب: المأخوذ به مثل الثمن أو قيمته في المقوم، فإن لم يقوم كالمهر وصلح العمدة ودراهم جزافاً بقيمة الشقص يوم العقد. ابن عبد السلام: في صحة فرض هذه المسألة على المذهب نظر، لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً انتهى. ومقتضى هذا لو جازت لكانت الشفعة بقيمة الشقص كما قال ابن الحاجب. وانظر أيضاً قد نصوا أن من اشترى بحلي جزاف أنه يشفع بقيمته، وكذا السبائك والطعام المصبر، وقد تقدم أنه إذا أخذ شقصاً في دين عليه إلى أجل أن الشفعة فيه بقيمة الدين (وبما يخصه أن صاحب غيره) من المدونة: من ابتاع شقصاً من دار وعرضاً في صفقة واحدة بثمن، فالشفعة بالشقص خاصة فحسته من الثمن بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة، تغيرت الدار بسكناه أو لم تتغير. (ولزم المشتري الباقي) من المدونة قال مالك: ليس للشفيع أخذ العرض ولا ذلك عليه إن أباه. ابن يونس: على قول من يرى الشفعة كالاستحقاق فإن كان قيمة الشقص الجل فللمبتاع رد العرض على البائع لأنه استحق جل صفقته، وعلى قولهم أنه كبيع مبتدأ فلا رد له بحال (وإلى أجله إن أيسر أو ضمنه مليء) تقدم نص المدونة: إن كان الثمن لأجل للشفيع أخذه بالثمن إلى ذلك الأجل، كان ملياً أو أتى بضامن ثقة مليء (وإلا عجل) من المدونة: إن عجل الشفيع الثمن فللمبتاع قبضه ثم ليس عليه أن يعجل البائع

أَوْ ضَمِينَةٌ مِلِّيَّةٌ، وَإِلَّا عَجَلَ الثَّمَنُ، إِلَّا أَنْ يَتَسَاوَيَا عُدْمًا عَلَى الْمُخْتَارِ، وَلَا يَجُوزُ إِحَالَةُ الْبَائِعِ بِهِ، كَأَنْ أَخَذَ مِنْ أجنبيٍّ مَالًا لِيَأْخُذَ وَيُزَيِّجَ، ثُمَّ لَا يَأْخُذَ لَهُ، أَوْ بَاعَ قَبْلَ أَخْذِهِ، بِخِلَافِ أَخْذِ مَالٍ بَعْدَهُ لِيَسْقُطَ كَشَجَرٍ وَبِنَاءٍ بِأَرْضِ حُبْسٍ، أَوْ مُعِيرٍ، وَقَدَّمَ الْمُعِيرُ بِنَقْضِهِ، أَوْ ثَمَنِيٍّ،

فرع: فلو لم يرقم الشفيع إلا بعد حلول الأجل فهل يضرب له أجل مثل الأجل الذي مضى ويأخذ بالنقد؟ قولان لأصحابنا رجح ابن رشد وغيره الأول. قاله في التوضيح. ص: (أو باع قبل أخذه) ش: يعني أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع الشقص الذي يأخذه بالشفعة قبل أخذه وقاله في المدونة. ص: (كشجر وبناء بأرض حبس أو معير) ش: يعني أن الشفعة كما تكون في العقار تكون في الشجر والبناء الكائنين بأرض حبس أو بأرض عارية. ص: (وقدم المعير بنقضه أو ثمنه) ش: أي بالأقل من قيمة نقضه أو الثمن الذي باعه كما قال في المدونة.

(إلا أن يتساويا عدماً على المختار) اللخمي: اختلف إذا كانا فقيرين. المشتري والشفيع. وهو مثل الأول في الفقر وأن له الشفعة أحسن لأنه موسر بجميع ذلك النصف الذي يستشفع به والنصف الذي استشفعه (ولا تجوز إحالة البائع به) تقدم قول ابن القاسم: إن قال البائع أنا أرضي أن يبقى مالي على الشفيع إلى الأجل لم يجز (كان أخذ من أجنبي مالا ليأخذه ويربح) من المدونة قال مالك: من وجبت له شفعة فأتاه أجنبي فقال خذ بشفعتك ولك مائة دينار أربحك فيها لم يجز ويرد ذلك إن وقع، ولا يجوز أن يأخذ بشفيعته لغيره (ثم لا يأخذ له) قال مالك في العتبية: من باع حظه وشريكه مفلس فقال له الرجل اشفع وأربحك فأخذ وأربحه إن علم ذلك بيينة لا بإقرار الشفيع رد الشقص لمبتاعه. ابن سهل: فإن أراد الأخذ لنفسه بعد فسخ أخذه لغيره لم يكن له ذلك.

(أو باع قبل أخذه) من ابن يونس: الشفيع إذا باع شقصه قبل أن يشفع لا شفعة له إن كان قد علم ببيع شريكه وإلا فله الشفعة. انظره في ترجمة الشفعة في بيع الخيار. ومن المدونة قال مالك: لا يجوز بيع الشفيع للشقص قبل أخذه إياه بشفيعته لأنه من يبيع ما ليس عندك، وهذا بخلاف تسليمها للمشتري على مال يأخذه منه فذلك له جائز لأنه لم يبيع منه شقصاً إنما باع حقاً ووجب له (بخلاف أخذ مال بعده ليسقط) قال مالك: إذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفيعته (كشجر) من المدونة قال مالك: الشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور والأرضين والنخل والشجر وما يتصل بذلك من بناء أو ثمره (وبناء بأرض حبس) من المدونة قال مالك: وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من البناء فلاخوته فيه الشفعة. استحسنته مالك قائلاً: ما سمعت فيه بشيء. بهرام: وهذه المسألة إحدى مسائل الاستحقاق الأربع. والشفعة في الثمار والقصاص بالشاهد واليمين، وفي الأتملة من الإبهام خمس من الإبل. قال مالك: في جميع ذلك لشيء استحسنته وما علمت إن أحداً قاله قبلي (أو معير وقدم المعير بنقضه أو ثمنه) من المدونة قال مالك: من بنى في عرصه رجل بإذنه ثم أراد الخروج منها فلب الأرض أن يعطيه قيمة النقص، يريد مقلوعاً أو يأمره بقلعه. وإذا بنى رجلان في

إِنْ مَضَى مَا يُعَارُ لَهُ، وَإِلَّا فَقَائِمًا، وَكَثْمَرَةً، وَمَقْتَاةً، وَبَادَنْجَانٍ، وَلَوْ مُفْرَدَةً، إِلَّا أَنْ تَيِّسَ، وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ أَزْهَتْ، أَوْ أُبْرَتْ، وَفِيهَا: أَخْذُهَا: مَا لَمْ تَيِّسَ أَوْ تُجْذُ. وَهَلْ هُوَ خِلَافٌ؟ تَأْوِيلَانِ.

وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذ ذلك النقض بالأقل من قيمته أو من الثمن الذي باعه انتهى. وهذا في العارية المطلقة، وأما

عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته، يريد مقلوعاً أو بالثمن الذي باعه به. فإن أبى فلشريكه الشفعة بالضرر إذ الضرر أصل الشفعة يريد بالثمن (إن مضى ما يعار له وإلا فقائماً) من المدونة: من أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرر فلما فعل أردت إخراجَه بقرب ذلك مما لا يشبه أن تعيره إلى مثله، فليس لك إخراجَه إلا أن تعطيه ما أنفق. وقال في باب بعد هذا: قيمة ما أنفق وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمر. انظر تمام هذا قبل عند قوله: «وله الإخراج في كبناءه (وكثمرة) من المدونة: إذا كان بين قوم ثمر في شجر قد أزمى فباع أحدهم حصته منه قبل قسمته والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس، فاستحسن مالك لشركائه فيه الشفعة ما لم يبيس قبل قيام الشفيع، أو تباع وهي يابسة وقال: ما علمت أن أحداً قاله قبلي. ورواه عبد الملك ولم يأخذ به. قال ابن يونس: وجه قول عبد الملك الحديث (ومقائىء وباذنجان) الباجي: إذا قلنا بثبوت الشفعة في ثمرة النخل فقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية: الشفعة في العنب. قال ابن القاسم: والمقائىء عندي فيها الشفعة لأنها ثمرة ولا شفعة في البقول. وجه ذلك ما كان له أصل ثابت تجني ثمرته مع بقاءه فالشفعة فيه كالشجر، وما لم يكن على ذلك وإنما هو نبت لا تجني ثمرته مع بقاءه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت، أصل ذلك ما ينقل ويحول. وقد روى ابن القاسم في العتبية وغيرها. لا شفعة في الزرع لأنه لا يحل بيعه حتى يبيس (ولو مفردة) انظر هذه العبارة. قال أشهب: لو باعا حائطهما وبقيت لهما الثمرة فباع أحدهما مصابته من الثمرة فلا شفعة لشريكه فيها لأنه لا شركة بينهما في الأصل. ابن المواز: ولو لم يبيعا الأصل وباعا الثمرة من رجلين فباع أحدهما نصيبه من الثمرة ففيها الشفعة. قال ابن القاسم وأشهب: لأنهما يقومان مقام صاحبي الأصل، وكذلك لو أن الأصل لرجل فباع الثمرة من رجلين لكانت الشفعة بين المشتريين دون صاحب الأصل (إلا أن تيس) من المدونة قال مالك: أما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد ييسه فلا شفعة فيه ولا يباع حتى يبيس، وكل ما يبيع من سائر الثمار مما فيه الشفعة مثل الثمر والعنب وما يبيس في شجره يباع بعد اليبس في شجره فلا شفعة فيه كالزرع كما لا جائحة فيه حيثنذ (وخط حصتها إن أزهت أو أبرت) من المدونة قال ابن القاسم: إذا باع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية فاشترطها المتاع ثم استحق رجل نصفها، فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه إن شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي فذلك له، ويكون له أخذ الثمرة بالشفعة مع الأصل ما لم تجذ أو تيس ويغرم قيمة العلاج. وإن قام بعد اليبس أو الجداد فلا شفعة له في الثمرة كما لو بيعت حيثنذ ويأخذ الأصل بشفعته بحصته من الثمن بقيته من قيمة الثمرة يوم الصفقة، لأن الثمرة وقع لها حصة من الثمن (وفيها أخذها ما لم تيس أو تجذ وهل هو خلاف تأويلان) تقدم نص المدونة. وقال

وَأَنْ أَسْتَرَى أَصْلَهَا فَقَطُّ: أُخِذَتْ، وَإِنْ أُبْرِتَ وَرَجِعَ بِالْمُؤَنَةِ، وَكَبِيرٍ لَمْ تُقْسَمَ أَرْضُهَا، وَإِلَّا فَلَا، وَأُولَتْ أَيْضًا بِالْمُتَّحِدَةِ، لَا عَرْضٍ، أَوْ كِتَابَةً وَدَيْنٍ،

المقيدة بمدة فقال ابن راشد: إذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك الشفعة ولا كلام لرب الأرض، وإن باعه على النقص قدم رب الأرض. نقله في التوضيح قال: وينبغي أن يتفق في الأحكام التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها لأن العادة عندنا أن رب الأرض

ابن يونس ما نصه: ومن المدونة قال ابن القاسم: إذا باع النخل والثمرة مأبورة أو مزهية فاشترطها المبتاع ثم استحق رجل نصفها واستشفع فله نصف النخل ونصف الثمرة باستحقاقه. قال ابن المواز: جذت أو لم تجد، يبيست أو لم تيبس اه. نصه راجع أنت التنبهات. (وإن اشترى أصلها فقط أخذت وإن أبرت ورجع بالمؤنة) من المدونة: من ابتاع نخلاً لا ثمر فيها أو فيها لم يؤبر ثم استحق رجل نصفها واستشفع، فإن قام يوم البيع أخذ النصف بملكه والنصف بشفعته بنصف الثمر ويرجع المبتاع على بائعه بنصف الثمن، وإن لم يقم حتى عمل وأبرت وفيها الآن بلح أو فيها ثمرة قد أزهرت ولم تيبس فكما ذكرنا ويأخذ الأصل بثمره. وعليه للمبتاع قيمة ما سقى وعالج فيما استحق واستشفع. فإن قام بعد ييبس الثمرة أو جدادها لم يكن له في الثمرة شفعة كما لو بيعت الثمرة حينئذ ويأخذ نصف الأصول بالشفعة بنصف الثمن ولا يحط عنه للثمر شيء إذ لم يقع لها يوم البيع من الثمن حصة (وكبتر لم تقسم أرضها وإلا فلا وأولت بالمتحدة) من المدونة: وإن كان بينهما أرض ونخل ولها عين فاقسما النخل والأرض خاصة ثم باع أحدهما نصيبه من العين فلا شفعة فيه، وهو الذي جاء فيه ما جاء لا شفعة في بئر، قال: وإن لم يقتسموا ولكن باع أحدهم حصته من العين أو البئر خاصة أو باع حصته من الأرض والعين جميعاً، ففي ذلك الشفعة قال: ويقسم شرب العين بالقلد وهي القدر. وقال ابن القاسم عن مالك في العتبية: إن الشفعة في الماء الذي يقسمه الورثة بينهم بالأقلاد وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تسقى بتلك العيون والحوائط. قال مالك: وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون إشراكهم اه. جميع ما نقل ابن يونس. وقال ابن رشد: إن بيع شقص من البئر مع الأصل أو دونه ولم تقسم الأرض ففيه الشفعة إتفاقاً، وإن بيع قد قسم الأرض ففي المدونة لا شفعة. وقال يحيى: فيه الشفعة. قال سحنون: ليس هذا باختلاف، ومعنى المدونة أنها بئر واحدة فلا شفعة فيها لأنها لا تقسم، ومعنى سماع يحيى أنها آبار كثيرة تقسم (لا عرض) ابن حارث: اتفقوا في إسقاط الشفعة في العروض والأمتعة وما يشبه ذلك (وكتابة). ابن عرفة: مقتضى ابن شاس إن كاتباً عبداً فباع أحدهما حظه من الكتابة أن ثم قولاً إن لشريكه أن يشفع ولا أعرفه وإنما وقع في المذهب كون المكاتب أحق بما يبيع من كتابته. قال في الموطأ: المكاتب أحق بكتابته ممن اشتراها. قال ابن رشد: أي بما يعطى فيها ما لم ينفذ البيع فيها على رواية ابن القاسم، وأما على رواية أشهر فظاهره أنه أحق بها وإن نفذ بيعها ومثله روى مطرف وغيره (ودين) من المدونة: لا شفعة في دين. ابن رشد: اختلف قول مالك في الشفعة في الكتابة أو الدين يباعان هل يكون للمكاتب والمدين شفعة في ذلك. أبو عمر: جاء الأثر عن السلف أن المديان أحق من مشتري الدين، واختلف في هذا أصحاب مالك

وَعَلُو عَلَى سُفْلٍ وَعَكْسِيهِ، وَزَّرِعَ، وَلَوْ بِأَرْضِيهِ، وَبَقِلَ، وَعَرَصَةَ، وَمَمَرَّ قِسِمَ مَثْبُوعُهُ، وَحَيَوَانَ إِلَّا فِي:

لا يخرج صاحب البناء أصلاً فكان كمالك الأرض. وقاله شيخنا انتهى. ص: (وعرصة وممر) ش: قال اللخمي: إذا كانت دار بين أشراك اقتسموا بيوتها دون مالها من حق في ساحة وبئر وماجل وطريق، ثم باع أحدهم ما صار له من البيوت بجميع حقوقه مما لم يقسم، لم يستشفع ما قسم بالشرك فيما لم يقسم ولا يستشفع الساحة والبئر والماجل والطريق لأجل بقاء الشركة فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصالحته. وإن باع نصيبه من البئر والماجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن في ذلك زيادة مضرة، وإن كان قد أسقط حقه في تصرفه من عندهم وجمع بيوتهم إلى حق آخر وفتح لها من دار أخرى فإن كان بيعه من أهل الدار جاز وكان لبقية الورثة الشركاء الشفعة على أحد القولين في وجوب الشفعة فيما لم يقسم، وإن كان بيعه من غير أهل تلك الدار كان لهم أن يردوا بيعه لأن ضرر الساكن أخف من ضرر من ليس بساكن ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا. قال أبو الحسن بن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم مثل الحمام والبئر والطريق والأرحية، ولم يبين كيف كان صفة البيع، وموضع الفقه فيه ما تقدم ذكره. انتهى بلفظه ونقله ابن عرفة وقبله والجزولي والشيخ يوسف بن عمر وزاد بعد قوله ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا على القول بأن الشفعة فيما لا ينقسم.

وإطلاق الشفعة في هذا مجاز (وعلو على سفلى وعكسه) من المدونة قال ابن القاسم: من له علو دار ولآخر سفلى فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر منها (وزرع) من المدونة قال مالك: وأما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد بيعه فلا شفعة فيه وإنما لا يباع حتى يبيس (ولو بأرضه) من المدونة: من ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر ثم قام شفيح بعد طيبه فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن بقيمتها من قيمة الزرع على عروشه يوم الصفقة، لأن الزرع وقع له حصة من الثمن في الصفقة (وبقل) تقدم نص المدونة: «لا شفعة في البقول» (وعرصة وممر قد قسم متبوعه) الرسالة: لا شفعة في عرصة قد قسمت بيوتها. اللخمي إن قسمت بيوت الدار دون مرافقها من ساحة وطريق وماجل ثم باع أحدهم حظه من بيوتها بمرافقها التي لم تقسم، لم يستشفع فيما قسم بالشرك فيما لم يقسم ولا يستشفع في الساحة والطريق والبئر والماجل لأجل بقاء الشرك فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصالحته. فإن باع نصيبه من الساحة والبئر والماجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن ذلك ضرر بهم، وإن كان قد أسقط تصرفه فيها وصرف بيوتها إلى مرافق أخذ، فإن باعها من أهل الدار جاز لبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في الشفعة فيما لا ينقسم، وإن باعها من غير أهل تلك الدار كان لهم رد بيعه لأن ضرر الساكن أحق من ضرر من ليس بساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا (وحیوان) من المدونة: لا شفعة في حيوان (إلا في كحائط)

كَحَائِطٍ وَإِزْبٍ، وَهَبَةٌ بِلَا ثَوَابٍ، وَإِلَّا فِيهِ بَعْدُهُ، وَخِيَارٌ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّهِ؛ وَوَجِبَتْ لِمُشْتَرِيهِ، إِنْ بَاعَ نِصْفَيْنِ خِيَاراً ثُمَّ بَتَلَاً

فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: وقال في النوادر: ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم قال مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة بها ولا فيها. قال أشهب: وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة إلا نصيبه من البيوت وإن كانت العرصة واسعة إلا أن يجتمع ملوهم على بيعها فيجوز، فإن أباه أحدهم فهو مردود لأنها بقيت مرفقاً بينهم انتهى، وكذلك لا شفعة في النهر ولا في سبيل الماء. قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة الواحدة. ص: (وهبة بلا ثواب) ش: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ومن وهب شقصاً لغير ثواب فعرض فيه فقبل، فإن رأى أنه لصدقة أو لصلة رحم فلا شفعة فيه، ومن عوض من صدقة وقال: ظننت أنه يلزمني فليرجع في العوض إن كان قائماً، وإن فات فلا شيء له. ومن وهب شقصاً من دار لابنه الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير ويرد ذلك إلا أن يكون الأب موسراً انتهى. أبو الحسن: قوله: «ومن وهب شقصاً من داره لابنه الصغير» تقدير الكلام ومن وهب شقصاً من دار ابنه. انتهى.

فرع: وهل تلزمه اليمين أنه بغير ثواب؟ قال في الكبير: لم يحلف إلا أن يكون متهماً. وقال مطرف وابن الماجشون: يحلف مطلقاً. المتطي: والقضاء بالأولى انتهى. ص: (وخيار إلا بعد مضيه) ش: قال ابن سهل في أحكامه: إن سلمها في أيام الخيار في شقص بيع بالخيار بعرض أو غيره لم يلزمه وهو على شفيعته ويرد العرض، وإن رضيا بامضاء ذلك العرض بعد تمام

سمع عيسى ابن القاسم: من اشترى شقصاً من حائط به رقيق يعملون فيه لم يكن للشفيع فيه الشفعة إلا في الشقص ورقيقه لا في أحدهما فقط (ويارث). ابن عرفة: نقل غير واحد الاتفاق على لفي الشفعة في الميراث (وهبة بلا ثواب) تقدم نقل ابن عرفة: لا شفعة فيما حدث ملكه بهبة لا ثواب فيها ولا في صدقة (وإلا فيه بعده). اللخمي: من وهب شقصاً للثواب كانت فيه الشفعة لأنها بيع، ولا شفعة إلا بعد الثواب فاتت الهبة أو لم تفت، ولا تجب قبل الثواب وقبل الفوت لأن الموهوب له بالخيار بين التمسك والرد. واختلف في الشفعة بعد الفوت وقبل الثواب فقال ابن القاسم: لا شفعة له حتى يدفع الثواب أو يقضى عليه به ويعرف. وانظر قد نصوا أن له أن يسلم الشفعة قبل أن يعلم بالثمن، وليس له أن يأخذ الشفعة بما لا يعلم من الثمن. انظر نوازل الشعبي، وكذلك أيضاً إذا ابتاع شقصاً وعروضاً صفقة لا يأخذ بالشفعة إلا بعد معرفة ما يخص الشقص من الثمن. وانظر الجدار بين الجارين إذا باع أحدهما داره فللآخر أن يشفع في الحائط بما يخصه من الثمن (وخيار إلا بعد مضيه) تقدم نصها: لا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بثه (ووجب لمشتريه إن باع نصفين خياراً ثم بتلاً ما

فَأَمْضَى، وَبَيْعَ قَاسِدٍ، إِلَّا أَنْ يَفُوتَ؛ فَبِالْقِيَمَةِ، إِلَّا يَبِيعُ صَحَّحَ، فَبِالْثَمَنِ فِيهِ، وَتَنَازُعٌ فِي سَبْقِ مَلِكٍ؛ إِلَّا أَنْ يَتَّكِلَ أَحَدُهُمَا، وَسَقَطَتْ إِنْ قَاسَمَ أَوْ اشْتَرَى، أَوْ سَاوَمَ، أَوْ سَاقَى، أَوْ اشْتَأَجَرَ؛ أَوْ بَاعَ حِصَّتَهُ

البيع لم يجز حتى يفسخه ثم يستأنفا ما أحبا. انتهى. ص: (وسقطت إن قاسم الخ) ش: قال الجزيري في وثائقه وتبطل الشفعة مساومة الشفيع للمبتاع وطلبه المقاومة أو الكراء أو القسمة انتهى فظايره أنه بإرادة ذلك تسقط الشفعة وإنما تسقط هذه الأشياء إذا فعلها الشفيع من المشتري كما صرح به في النواذر وذكره المصنف، وانظر أبا الحسن الصغير. ص: (أو باع حصته) ش: يعني أن الشفيع إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه لأنه لم يبق له حصة في العقار المشترك ويصير للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني. هذا إذا باع جميع حصته وهذا هو الجاري على مذهب المدونة إذ قال فيها: ومن ابتاع شقصاً بالخيار وله شفيع

مضى). اللخمي: إذا كانت دار لرجل فباع نصفها من رجل بالخيار ثم باع النصف الآخر من آخر بتلاً ثم قبل المشتري الخيار كانت الشفعة عند ابن القاسم لمشتري الخيار على مشتري ألبت (وبيع فاسد) من المدونة: قال مالك: يفسخ الفاسد إذا لم يفوت ولا شفعة فيه، ولو علم به بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول لأن الشفيع دخل مدخل المشتري (إلا أن يفوت فبالقيمة) من المدونة: إذا لم يفسخ البيع الأول حتى فات ولزمت المبتاع قيمته يوم قبضه ففيه الشفعة بتلك القيمة. ابن المواز: وليس للشفيع الأخذ إلا بعد معرفته بالقيمة التي لزمت المشتري (إلا يبيع صح فالثمن فيه) من المدونة: وإن باعها المشتري في شراء فاسداً من غيره يبيعاً صحيحاً فذلك فوت، وللشفيع الأخذ بثمن البيع والصحيح ويتراد الأولان القيمة وليس للشفيع الأخذ بالبيع الأول الفاسد (وتنازع في سبق ملك إلا أن ينكل أحدهما) ابن شاس: إذا تساوق الشريكان لحاكم وادعى كل واحد أن شراء الآخر متأخر وله الشفعة عليه، فالقول قول كل واحد في عصمة ملكه عن الشفعة إن حلفا أو نكلا، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى بالشفعة لمن حلف. ابن عرفة: لا أعرف هذا إلا للغزالي وأصول مذهبنا توافقه (وسقطت إن قاسم). اللخمي: الشفعة تسقط بسبعة: أحدها إسقاط الشفيع حقه بالقول فيقول تركت. الثاني أن يقاسم بما فيه الشفعة. الثالث أن يمضي من طول الأمد ما يرى أنه تارك لها. الرابع ما يحدثه المشتري من هدم أو بناء أو غرس. الخامس خروجه عن اليد بالبيع أو الهبة أو الصدقة أو الرهن. السادس ما يكون من الشفعة من مساومة أو مساقاة أو كراء. السابع إذا باع الشفيع النصيب الذي يستشفع به انتهى. انظر وجهاً ثامناً أيضاً تسقط به الشفعة وهو إذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع فليس للشفيع أن يقول للبائع أنت معترف بالبيع فأشفع أنا إذ لا تكون عهدة شفيع إلا على مشتري، واختار اللخمي القول الآخر أن له الأخذ (أو اشترى أو ساوم أو ساقى) ابن شاس: إن اشترى الشفيع الشقص من المبتاع أو ساومه فيه قال في المدونة: أو ساقاه منه سقطت شفيعته (أو باع حصته) تقدم هذا في الوجه السابع. وسمع عيسى: قيل لابن القاسم: من غاب شريكه في أرض فباع حظه منها ثم باع الغائب غير عالم ببيع شريكه أيشفعه؟ قال: نعم. ابن رشد: هذا يدل أنه لو علم ببيع شريكه لم تكن له شفعة وإن كان فيه ضعف لأنه في السؤال لا في الجواب. وفي هذه المسألة خمسة

أَوْ سَكَتَ يَهْدُمُ أَوْ يَبْنِئُ، أَوْ شَهْرَيْنِ، إِنْ حَضَرَ الْعَقْدَ، وَإِلَّا سَنَةً: كَأَنَّ عِلْمَ فَعَابٍ؛ إِلَّا أَنْ يَظُنَّ الْأَوْتَى قَبْلَهَا، فَعِيقٌ.

فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل، فإن تم بيع الخيار فالشفعة للمبتاع، وإن رد فهو لبائعه انتهى. وهذه المسألة الأخيرة تقدمت في كلام المصنف وظاهر كلام المصنف إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه، سواء كان عالماً بالبيع أم لا، وفي المسألة خلاف. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وفي بيع الحصص المستشفع بها قولان. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن القاسم التفرقة بين أن يبيعه غير عالم بالشفعة، وبين أن يبيعه عالماً فلا شفعة له. وفي البيان: ظاهر ما في المدونة أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه وإن باع غير عالم لأنه قال: فيمن باع شقصاً بالخيار ثم باع صاحبه بيع بتل أو الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل، وليست التفرقة بين أن يعلم أم لا. لابن القاسم في سماع عيسى قال: وقال أشهب: وأحب إلي أن لا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه لأنه إنما باع راغباً في البيع، وإنما الشفعة للضرر فلم تكن له شفعة، فهو قول رابع. ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن يبقى له بقية. قال في البيان: وقوله: «إلا أن يبقى له بقية» يحتمل وله الشفعة بقدرها كأحد قولي مالك وظاهر المدونة، ويحتمل فله أخذ الجميع فيكون قولاً خامساً. قال: وأظهر هذه الأقوال الفرق بين أن يبيع عالماً وغير عالم. وقال اللخمي: اختلف بعد القول إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع، والذي أرى أن يستشفع الجميع لأن الشفعة تجب الجزء اليسير في الكثير البيع انتهى. ص: (وإلا سنة) ش: تصوره ظاهر.

مسألة: من ابتاع شقصاً وله شفعاء فيهم أقرب وأبعد فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب، فإذا أخذ أو ترك. فإذا قال: أنا أخذ ولم يحضر نقده أجل اليومين والثلاثة، فإن لم يأت بالمال لم يكن له شفعة ووجب لمن بعده، وإن لم يقم واحد من الشفعاء

أقوال وأظهرها ما تقدم (أو سكت بهدم أو بناء) تقدم هذا في الوجه الرابع، وراجع فيه أيضاً الفقه، وكيف لو غاب المبتاع وترك وكيله يبني في الشقص والشفيع حاضر؟ (أو شهرين إن حضر العقد وإلا سنة) انظر هذه العبارة مع ما يتقرر من المدونة قال مالك: الشفيع على شفيعته حتى يترك أو يأتي من طول الزمان ما يعلم أنه تارك لشفيعته، وإذا علم الشراء فلم يطلب شفيعته سنة فلا يقطع ذلك شفيعته، وإن كان قد كتب شهادته في الشراء، ولم ير مالك التسعة أشهر ولا السنة بكثير إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً لشفيعته قال ابن المواز عن مالك: يحلف في خمسة أشهر فأكثر، ولا يحلف في شهرين. وأما إذا حضر الشراء وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام فأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركاً لشفيعته ويأخذها. قال مالك: إذا جاوز السنة بما يعد تاركاً فلا شفعة له. انتهى نص ابن يونس (كأن علم فغاب إلا أن يظن الأوتة قبلها فعيق وحلف إن بعد) من المدونة قال مالك: من اشترى داراً وشفيعها حاضر ثم فر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين كثيرة ثم قدم فطلب

وَحَلَفَ إِنْ بَعْدَ وَصَدَّقَ إِنْ أَنْكَرَ عِلْمَهُ: لَا إِنْ غَابَ أَوْلَاهُ،

لا الأقرب ولا الأبعد حتى مضى أمد انقطاعها على الاختلاف في ذلك بطلت شفعتهم جميعاً، القريب والبعيد، ولا حجة للبعيد في أن يقول: إنما سكت لأنه كان أمامي من هو أحق بالشفعة مني فلما رأيت الأمد قد تم له حينئذ طلبتها أنا، لأن سكوته على أن يقوم بشفعته فبأخذها إن كان الأقرب غائباً أو يوقف على الأخذ والترك إن كان حاضراً سقط لحقه فيها. انتهى مختصراً من نوازل ابن رشد والله أعلم. ص: (وحلف إن بعد) ش: هذا راجع لقوله: «ولا سنة». والمعنى إذا قلنا: إن الشفعة للحاضر في السنة فإنه يحلف إذا كان قيامه بعيداً من العقد، وحد البعد في ذلك السبعة الأشهر وما بعدها. قال في التوضيح: وهل يحلف إذا لم تسقط شفعته في السنة؟ نقل في الكافي عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف، وزوي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة. وفي المدونة: ولم ير مالك السبعة الأشهر ولا السنة كثيراً أي قاطعاً لحقه في الشفعة إلا أنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة. وفي الموازية عن مالك: يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين. ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين: وظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة الأشهر. وحمل ابن رشد المدونة على أنه يحلف في السبعة انتهى. وإذا قلنا: إن الحاضر إذا قام بعد البعد في السنة يحلف، فمن باب أولى إذا علم وغاب وكان يظن الأوبة قبل السنة فعيق وقلنا إن له الشفعة بعد السنة أنه يحلف أنه لم يكن مسقطاً للشفعة، ولا يصح أن يكون قوله: «وحلف راجعاً» إلى قوله: «إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق» لأنه يصير قوله بعده: «إن بعد» لا معنى له فتأمله والله أعلم. ص: (وصدق إن أنكر علمه) ش: يعني أن الشفيع الحاضر إذا أنكر علمه فإنه يصدق ولا تسقط شفعته. وهل تلزمه اليمين؟ قال في الواضحة: لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فنقل أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب أنه يصدق وإن طال لأن الأصل عدم العلم. المتيطي: وهو ظاهر المذهب وقاله غير واحد من الموثقين ويحلف على ذلك. وقال محمد بن عبد الحكم وابن المواز: يصدق ولو بعد أربعة أعوام. ابن المواز: وإن الأربعة كثيرة ولا يصدق في أكثر منها.

فرع: قال أبو الحسن: ولو علم بالشراء وادعى جهل الشفعة قال: لا يصدق. قال ابن كوثر: وإن كانت امرأة فلا تعذر بالجهل. انتهى ونقله ابن رشد ص: (لا إن غاب أولاً) ش:

الشفعة، فإن كان سفره يعلم أنه لا يؤب منه إلا بعد أمد تقطع في مثله شفعة الحاضر فجاوزه فلا شفعة له، وإن كان سفره يؤب منه قبل ذلك فعاقه أمر يعذر فتخلف له فهو على شفعته ويحلف بالله ما كان تاركاً لشفعته، أشهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا (وصدق إن أنكر علمه). المتيطي: وأما الحاضر الذي لا يعلم بالابتياح فلا تنقطع شفعته إلا بعد عام من علمه، فإن قام بعد مدة طويلة يطلب شفعته وقال لم أعلم بالبيع فإن قوله يقبل مع يمينه إلا أن يثبت عليه أنه علم بذلك (لا إن غاب أولاً)

أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبِ فِي الثَّمَنِ، وَخَلَفَ أَوْ فِي الْمُشْتَرَى، أَوْ الْمُشْتَرَى، أَوْ آفِرَادِهِ،

قال في المدونة: قال مالك: والغائب في شفخته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء فإن لم يعلم فذلك أحرى ولو كان حاضراً. قال ابن يونس: قال ابن المواز: وقاله مالك وأصحابه وقد روى أشهب أن النبي ﷺ قال: ينتظر إن كان غائباً. قال أشهب: وقضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة للغائب بعد أربع سنين. قال مالك: إلا أن يقوم بعد طول الزمان مما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فأرى الشفعة منقطعة، فأما في قرب الأمد مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتقوم الأرض على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذها بها انتهى. وقال الرجراجي في قول المدونة: وإن طالت غيبته إلا أن يطول الزمان جداً فيما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فإن ذلك يقطع شفخته وهو قول مالك في كتاب محمد انتهى. وانظر سماع ابن القاسم من كتاب الشفعة. وقال في النوادر من كتاب محمد وهو في العتبية من سماع ابن القاسم: وإذا قال المبتاع: نسيت الثمن، فإن مضى طول من السنين ما يندرس فيه العلم وتموت البينة وترتفع فيها التهمة فالشفعة ساقطة، وكذلك إن كان صغيراً أو غائباً. وأما إن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص. قال ابن عبدوس: قال ابن الماجشون: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فيحلف ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة، وكذلك لو كان المبتاع حياً قال: لا أدري بكم اشترت فيحلف، فإن نكل أخذه الشفيع إن شاء وقيل للمبتاع: متى أحببت حقل فخذ، وإن حلفت فلك قيمته يوم أسلمته إلى الشفيع. وإن قال الشفيع: لا أقبضه لعل ثمنه كثير فلا بد أن يحلف المبتاع ما يعلمه أو يسجن. وقال غيره: إذا اختلفوا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه أو جهلوا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه انتهى. وقال اللخمي: اختلف إذا قال المشتري: نسيت الثمن وطال السنون مما ينسى فيه الثمن أو مات المشتري وقال الورثة: لا علم عندنا وكان

من المدونة قال مالك: والغائب على شفخته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء وإن لم يعلم فذلك أحرى (أو أسقط لكذب في الثمن وحلف) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم فظهر أن الثمن دون ذلك فله الأخذ بالشفعة ويحلف أنه ما سلم إلا لكثرة الثمن (أو في المشتري) من المدونة قال ابن القاسم: إن قيل له قد ابتاع فلان نصف نصيب شريكك فسلم ثم تبين له أنه ابتاع جميع النصيب فله القيام أيضاً بشفخته، ولا يلزمه تسليم النصف الذي إن أراد المبتاع. ابن يونس: لأنه يقول لم يكن لي غرض في أخذ النصف لأن الشركة بعد قائمة، فلما علمت أنه ابتاع الكل أخذت لارتفاع الشركة وزوال الضرر. ابن المواز: قلت: فإن سمي لي المشتري فسلمت فإذا هو غيره من سمي لي فبدا لي فرجعت في أخذ شفعتي قال: ذلك لك كائناً من كان الرجل (أو أفراده) من المدونة قال ابن القاسم: إن قيل له ابتاعه فلان فسلم فظهر أنه ابتاعه مع آخر، فله القيام وأخذ حصتيهما ولا يلزمه التسليم للواحد. ابن المواز: لأنه يقول إني إن أخذت مصاب من لم أسلم له فقط

الشفيع غائباً أو صغيراً فقال ابن القاسم في كتاب محمد ونقل كلام النوادر المتقدم برمته ولفظه وزاد بعده فأسقط ابن القاسم الشفعة إن طال السنون، وأثبتها عبد الملك بالقيمة ولم يبين هل القيمة يوم البيع أو اليوم، والقول: «أن لا شفعة أحسن» لأن الشفعة كانت لتغليب أحد الضررين أن يعود إلى هذا ثمناه ويشفع الآخر بدفع مضرة الشريك، وإذا جهل الثمن وأمكن أن يؤخذ بأقل مما كان به وذلك ظم على المشتري لم يؤخذ منه انتهى. قال في المسائل الملقوطة: ومما يسقط الشفعة أن ينسيا الثمن أو يجهلاه وأن يموت الشهود قال: وفي ذلك خلاف. انتهى بالمعنى. وقال الجزيري في وثائقه: وبجهله الثمن مع طول الزمان وموت الشهود يسقط الشفعة، وإن قرب واتهم البائع بإخفاء الثمن شفع بقيمة الشقص انتهى.

تنبيه: علم من كلام ابن يونس والنوادر أنه إذا تجاهل المشتري الثمن في الأمد القريب أنه يؤخذ الشقص بقيمته إلا أن في النوادر لم يقل يوم البيع، وصرح بذلك ابن يونس وصرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: يأخذه بقيمته يوم ابتاعه المبتاع والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع فيه الشفعة، ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال ابن المواز: وكذلك لو كانا حاضرين بموضع الشقص ثم سافرا جميعاً في موضع أو في مدينة والشفيع عالم بوجود الشفعة فهو كالحاضر، وإنما ينظر إلى حضور الشفيع مع المشتري ولا ينظر إلى غيبة الدار انتهى.

فرع: قال فيها أيضاً: ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة المبتاع كالقضاء عليه ويكون على حجته انتهى. قال أبو الحسن: هذا إذا رفع الشفيع إلى القاضي. وهل تسقط إذا لم يرفع أو لا تسقط؟ ابن يونس: لو أراد الشفيع أن يأخذ شفيعته والمبتاع غائب ولا وكيل له حاضر فذلك له، ويوكل السلطان من يقبض الثمن للغائب. قيل: وإن كان ذلك له ويقضي له به فكيف لا يقطع عنه الشفعة إذا طال زمان ذلك قبل أخذه لموضع العذر في استئصال اختلاف الناس إلى القضاة وربما ترك المرء حقه إلا بالسلطان انتهى. وذكر ابن سهل مسألة القضاء على الغائب في الشفعة وإن طال فيها في مسائل الأفضية وقال فيها: إن كان للغائب وكيل يقبض ما يجب قبضه أسلم إليه الثمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ومن اشترى شقصاً من دار لرجل غائب كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة. قال أبو الحسن: تقديره ومن اشترى لرجل غائب شقصاً.

فرع: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وهذا في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع فهو فيه كالحاضر ونص عليه أشهب انتهى. واختلف في المريض فقيل: إنه كالغائب ولو علم بالشفعة، وقيل: كالحاضر، نقلهما ابن ناجي وغيره. ص: (أو

أَوْ أَسْقَطَ وَصِيَّ أَوْ أَبٌ بِلَا نَظَرٍ، وَشَفَعَ لِنَفْسِهِ، أَوْ لِتَيْمٍ آخَرَ.

أسقط أب أو وصي بلا نظر) ش: ظاهر المدونة أن الشفعة تسقط ولو كان غير نظر قال فيها: ولو أسلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر انتهى. قال أبو الحسن: قال في الوثائق المجموعة: إلا أن يكون الأخذ نظراً فيكون له الأخذ، وظاهر الكتاب سواء كان الأخذ نظراً أم لا، وبه قال أبو عمران، وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق أو بمنزلة الشراء. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولو كان له أب فلم يأخذ له شفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. قال أبو الحسن: قال أبو محمد: وقد قيل غير هذا وهذا. وحكى ابن أبي زمنين في سكوت الوصي قولين. الشيخ: ومقدم القاضي أخرى أن يدخله الخلاف. وقال ابن المواز: سكوت القاضي ومقدم القاضي سنة يسقط شفعة الصبي. انظر بقية كلام أبي الحسن.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل والله أعلم. ص: (وشفع لنفسه أو لتييم آخر) ش: يعني أن الوصي أو الأب إذا باع شقصاً من ولايته فإن له أن يأخذ بالشفعة لنفسه إن كان شريكه، أو يأخذ لتييم آخر في حجره يشاركه فيه. قال في المدونة: ومن وكل رجلاً يبيع له شقصاً أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفيعته انتهى. أبو الحسن: فعلى ما في الكتاب إذا باع الأب شقص ابنه من دار بينهما أن له الشفعة، وكذلك الوصي. ونص عليه اللخمي فقال: إذا كانت دار بين رجل وولده فباع الأب نصيب نفسه كان له أن يستشفع نصيبه لولده، وإن باع نصيب ولده كان له أن يستشفع لنفسه، وكذلك الوصي يكون شريكاً لمن يلي عليه إن باع نصيب نفسه كان له أن

تبعض الشقص عليّ ولعل بعضه يضيق لقلته. (أو أسقط وصي أو أب بلا نظر) من المدونة قال مالك: وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيه، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له، وإن لم يكن له أب ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه فهو على شفيعته إذا بلغ، ولو سلم من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر، ولو كان له أب فلم يأخذ له بالشفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. ابن عات: واختلف قول أشهب في سكوت الوصي مدة تنقطع في مثلها الشفعة. اللخمي: فإذا وجبت الشفعة للصغير كان الأمر فيها لوليه من أب أو وصي أو حاكم من أخذ وترك، فإن رشد الصبي بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك ولا ترك ما أخذ إلا أن يتبين أن الأخذ لم يكن من حسن النظر لغلائه، أو لأنه قصد المحاباة لمن كان اشترى فللصبي إذا رشد نقض ذلك (وشفع لنفسه أو لتييم آخر). عبد الملك: إن باع الوصي شقصاً لأحد أيتامه فله الأخذ بالشفعة لباقيهم لا يدخل فيهم من يبيع عليهم، ولا حجة على

أَوْ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ وَحَلَفَ وَأَقْرَبَ بِهِ بَائِعُهُ، وَهِيَ عَلَى الْأَنْصِبَاءِ،

يستشفع لنفسه إلا أن ذلك بعد أن يرفع إلى السلطان لما يتعلق بذلك من التهمة أن يبيع نصيب الصغير ببخس ليستشفع أو يواطىء على بيع نصيبه بغلاء ليأخذه له، فإن فعل وأخذ من غير مطالعة السلطان رفع إليه، فإن رآه سداداً أمضاه، وإن وجد تهمة رده، والأب والوصي في ذلك سواء. صح من اللخمي. وقال ابن زرب: أربعة بيعهم إسقاط لشفعتهم: الأب يبيع حصة ابنه الصغير من دار شركة بينهما، والوصي يبيع حصة محجوره، وأحد المتفاوضين، والوكيل على بيع شقص هو شفيعه، فهؤلاء لا شفعة لهم لأن البيع تسليم بخلاف الشراء. وقيل في الوكيل: له الشفعة انظر الحصال. وما حكاه ابن زرب خلاف للكتاب إلا في أحد المتفاوضين لأنه قال فيما سيأتي: ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة انتهى. وقال في التوضيح: للوصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر أو لنفسه وإن كان شريكاً لكن يدخل معه نظر القاضي إن أخذه لنفسه إذ يتهم أن يبيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إن باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلا بد من نظر القاضي، وقد تقدم في أي موضع يباع عقار اليتيم فلا بد من مراعاة ذلك هنا، ولا بد أن يكون الشقص المباع لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفرداً عما لو بيع الجميع، وأما لو كان وهو الغالب إذا بيع الجميع كان ذلك أوفر لنصيب اليتيم يباع الجميع انتهى.

تنبيه: استفيد من كلام المدونة إن وكل رجلاً يبيع له شقصاً أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفيعته والله أعلم. ص: (أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بائه) ش: هذه مسألة المدونة. قال في كتاب الشفعة: وإذا أنكر المشتري الشراء وادّعاه البائع فتحالفا وتفاسخا، فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهده على المشتري، فإذا لم يثبت المشتري على الشراء فلا شفعة للشفيع انتهى.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب فقام الشفيع، فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى يقيم بينة على الشراء لأن الغائب إذا قدم وأنكر البيع أن يأخذ داره ويرجع على مدعي الشراء بكراء ما سكن، فإذا قضى بهذا قاض للشفيع بإقرار هذا لم يرجع عليه الغائب بذلك ولا على مدعي الشراء فيبطل من الغائب من الغلة بلا بينة. انتهى وانظر أبا الحسن. ص: (وهي على الأنصباء) ش: هذه مسألة المدونة أول كتاب الشفعة.

الوصي بأنه بائع لأنه باع على غيره. محمد: ولو كان له معهم شقص لدخل في تلك الشفعة أحب إليّ وينظر، فإن كان خيراً لليتيم أمضى (أو أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بائه) قد تقدم أن هذا وجه ثامن من تسقط به الشفعة ونص المدونة قال ابن القاسم، إذا أنكر المشتري الشراء وادّعاه البائع فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهده على المشتري وإذا لم يثبت للمشتري شراء فلا شفعة للشفيع (وهي على الأنصباء) من المدونة قال مالك: القضاء إذا وجبت

وَتُرِكَ لِلشَّرِيكِ حِصَّتُهُ، وَطُولِبَ بِالْأَخْذِ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ لَا قَبْلَهُ،

فرع: قال في الجواهر: إذا باع بعض حصته لم يأخذ مع الشريك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده. قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه يبيع ثانٍ فلعله يرضى بالمشتري الأول دون الثاني. انتهى من الذخيرة والله أعلم. وتقدم كلام التوضيح فيما إذا باع بعض حصته عند قوله: «أو باع حصته» ص: (وترك للشفيع حصته) ش: انظر المدونة في كتاب الشفعة وابن عرفة. ص: (وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله) ش: يعني أن الشفيع يطالب بالأخذ بالشفعة أو ترك الأخذ بها بعد اشتراء المشتري للشقص لا قبله والمطالب له بذلك المشتري لما يلحقه من الضرر في تأخير عدم الأخذ.

تنبيه: علم من هذا أنه لا يمنع المشتري أن يشتري دون إعلام الشفيع، ولا للبائع أن يبيع دون علمه وهو كذلك لكنه مكروه. قال القرطبي في شرح مسلم في شرح قوله ﷺ: «من كان له شريك في ربيع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك» وفي رواية: «لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه» هو محمول على الإرشاد إلى الأول بدليل قوله: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به» ولو كان في ذلك على التحريم لزم البائع ويفسخ البيع لكنه أجازة وصححه ولم يذم الفاعل فدل على ما قلناه. وقد قال بعض شيوخنا: إن ذلك يجب عليه انتهى. وكذلك قال النووي: هو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بتحريم، ويتأولون الحديث على هذا. ويصدق على المكروه أنه ليس بحلال ويكون الحلال بمعنى المباح وهو المستوي الطرفين، والمكروه ليس بمستوى الطرفين بل هو راجح الترك انتهى. وقال سند في باب إحرام من يولى عليه: للعبد أن يحرم، وللسيد أن يرضى أو يمنع، وللشريك أن يبيع، وللشفيع أن يطرد المبتاع. انتهى.

الشفعة للشركاء قسمت بينهم على قدر أنصبتهم لا على عددهم. قال أشهب: لأن الشفعة إنما وجبت لشركتهم لا بعددهم فيجب تفاضلهم فيها بتفاضل أصل الشركة (وترك للشفيع حصته) من المدونة قال مالك: إن كان للشفيع منهم سهم متقدّم حاصهم به فقط (وطولب بالأخذ بعد اشترائه). اللخمي: للمشتري وقف الشفيع على الأخذ أو الترك فإن أبي جبره الحاكم على ذلك. ومن المدونة قلت: فله من أراد الأخذ بالشفعة ولم يحضره الثمن أيتلوم له؟ قال: قال مالك: رأيت القضاة عندنا يؤخرون الأخذ بالشفعة في النقد اليومين والثلاثة واستحسنه مالك وأخذ به. قال ابن المواز: إنما يؤخر هكذا إذا أخذ شفعتة فأما إذا أوقفه الإمام ليأخذ شفعتة فقال أخرونى اليومين والثلاثة لأنظر في ذلك، فليس ذلك له ويقال له بل خذ شفعتك الآن في مقامك وإلا فلا شفعة لك. وقاله أشهب ومطرف. وقال مالك في رواية ابن عبد الحكم: يؤخره السلطان اليومين والثلاثة ليستشير وينظر (لا قبله ولم يلزم إسقاط) من المدونة قال مالك: إذا قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء اشترى فقد سلمت لك الشفعة وأشهد

وَلَمْ يَلْزَمَهُ إِسْقَاطُهُ، وَلَهُ نَقْضٌ وَقَفِي: كَهَبِيَّةٌ، وَصَدَقَةٌ وَالثَّمَنُ لِمُعْطَاةٍ؛ إِنْ عَلِمَ شَفِيعَهُ،

تنبيه: وأما بعد الشراء فقال القرطبي: هي حق للشريك على المشتري فيجب عليه أن يشفعه ولا يحل له الامتناع من ذلك انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الجهاد فيمن وقع في سهمه أمة من المغنم أو ابتاعها أو علم أنها لمسلم فلا يطؤها حتى يعرضها عليه. أقام ابن محرز من هذه المسألة من اشترى شقصاً فيه الشفعة وهو يعلم أن فيه شفعاء فلا يتصرف فيه حتى يعلم الشفيع، وهذا إذا لم يعلم الشفيع، وأما إن علم فلا معنى لتوقيفه انتهى. وذكر ابن عرفة في كتاب الجهاد كلام ابن محرز ونقل عن ابن بشير في المسألة قولين، ونقل عن ابن عبد السلام كلامه في ذلك فراجع، وانظر كلام ابن سهل وعياض في التنبهات وكلام ابن عبد السلام في باب الجهاد عند قول ابن الحاجب: «ومن صارت إليه جارية أو غيرها» في آخر الباب. ص: (ولم يلزمه إسقاطه) ش: قال في المدونة: ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء: اشتر فقد أسلمت لك الشفعة وأشهد بذلك، فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفيعته. انتهى. ص: (والثمن لمعطاه إن علم شفيعه) ش: يعني إن علم أن له شفيعاً، ومفهومه إن لم يعلم فالثمن له. قال ابن رشد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق، ومثله لو اشترى رجل جارية وتصدق بها على رجل ثم توفي المتصدق واعترفت الجارية أنها حرة فأخذ الثمن من البائع، فإنه لورثة المتصدق لا للمتصدق عليه، وشبههما بمسألة الشفعة فقال: وقد اختلف هل هو محمول على العلم أو على عدم

بذلك فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له بعد. ابن يونس: لأن من وهب ما لا يملكه لم تصح هبته انتهى. انظر هذه المسألة لها نظائر إسقاط الجائحة واليمين في دعوى القضاء وإذن الزوجة في التزويج عليها وحظها في المبيت وهبة دمه وقوله لا أقبل وصية من أوصى لي والقذف قبل أن يقذف والرد بالعيب قبل وجوبه (وله نقض وقف كهبة وصدقة) من المدونة قال مالك: من اشترى شقصاً من دار وله شفيع غائب فقاسم الشريك ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه، ولو بنى فيه المشتري بعد القسم مسجداً فللشفيع أخذه وهدم المسجد، ولو وهب المبتاع ما اشترى من الدار أو تصدق به كان للشفيع إذا قدم نقض ذلك والثمن للموهوب أو المتصدق عليه لأن الواهب علم أن له شفيعاً فكأنه وهب الثمن بخلاف الاستحقاق. ابن المواز: وقال أشهب: الثمن للواهب أو المتصدق عليه كالاستحقاق. ابن المواز: وهذا أحب إلينا لأنه بالبيع يأخذ فهو يفسخ ما بعده. وقاله سحنون. ومن اشترى داراً فوهبها لرجل ثم استحق رجل نصفها وأخذ باقية بالشفعة فثمن النصف المستشفع للواهب بخلاف من وهب شقصاً ابتاعه وهو يعلم أن له شفيعاً هذا وهب ثمنه للموهوب إذا أخذه الشفيع (والثمن لمعطاه إن علم شفيعه) انظر هذا الشرط والمسألة إنما هي مفروضة في شقص وتقدم نصها: «الثمن للموهوب أو المتصدق عليه» لأن الواهب علم أن له شفيعاً خلافاً لأشهب وسحنون

لَا إِنْ وَهَبَ دَاراً فَاسْتَحِقُّ نِصْفُهَا، وَمِلْكٌ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنِ، أَوْ إِشْهَادٍ، وَاسْتَعْجِلَ؛ إِنْ قَصَدَ

العلم، وفي الشفعة من المدونة دليل القولين جميعاً. انتهى والله أعلم. ص: (وملك بحكم أو دفع ثمن أو إلهاد) ش: انظر كلام ابن غازي الذي أتى به هنا فإنه جيد. وقال ابن راشد في اللباب: ثم الآخذ إنما يتوجه له الآخذ عند وجود المقتضي وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع والسبب نفس البيع. ويشترط في كونه سبباً خمسة شروط: أن يكون الشفيع مالكاً للرقبة، وأن يخرج البائع عن ملكه بمعاوضة من بيع ونحوه، وأن يكون البيع صحيحاً إذ لا يشفع في الفاسد إلا بعد الفوات، وأن يكون لازماً فلا شفعة في الخيار إلا بعد لزومه، وأن يكون الملك سابقاً على البيع، فلو اشترى رجلان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر. وأما الشروط فأربعة: الأول: أن يشفع ليملك لا ليبيع، الثاني: بقاء الحصة التي يستشفع بها، الثالث: معرفة الثمن فلو لم يعلمه فلا شفعة. وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهمه في أرض عوضاً عما ذكره أنه أصاب من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. الرابع: أن يكون البيع ثابتاً، إما بالبينة أو بإقرار المتبايعين، ولو أنكر المتبايع وأقر البائع والشقص بيده لم يكن له الشقص على المشهور وأوجب ذلك أشهب، وأما المانع فهو التصريح بالإسقاط أو ما يقوم مقامه. انتهى باختصار. وفي المدونة: من ابتاع شقصاً بعبد بعينه فمات بيده فمصيبته من البائع وللشفيع الشفعة بقيمة العبد، وعهدته على المتبايع لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع. انتهى.

فرع: قال ابن سهل: تنازع بنو حفص في العرصة التي بينهم ودعت أميرة إلى القسم بعد أن أثبتت موت حفص ووراثته وملكه للعرصة وأنه أورثها ورثته، وادعت أن آمنة اشترت حصة أخيها عبد الحميد فطلبت الشفعة وأنكر عبد الحميد وآمنة التبايع. قال ابن لبابة: على عبد الحميد اليمين أنه ما باع حصته من أخته آمنة، فإذا حلف وجب القسم وسقطت دعوى الشفعة، وإن نكل لم تجب الشفعة حتى تحلف آمنة أنها لم تشتري، فإذا حلفت سقطت أيضاً الشفعة بينهما، وإن نكلت مع نكول عبد الحميد حلفت أميرة أنهما تبايعا بثمن كذا، فإذا حلفت وجبت لها الشفعة. وقال أيوب: لا يمين على عبد الحميد ولا على آمنة، لأن المدعي البيع قال لعبد الحميد: إنك قد بعث من آمنة، فقال عبد الحميد: لم أبع ولكن وهبت لله تعالى، وقالت آمنة: لم أبتع ولم أهب، فلا يمين على واحد منهما حتى يأتي بسبب بيع أو هبة فتجب اليمين، ولأن المدعي عليهما التبايع قد تنافيا وتناكرا ما ادّعى عليهما، فهذا أبعد في

ومختار ابن المواز (لا إن وهب دار فاستحق نصفها) تقدم نصها: إذا استحق نصفها وشفع بثمن النصف المستشفع للواهب (وملك بحكم أو دفع ثمن أو إلهاد) ابن شاس: يملك الآخذ بتسليم الثمن وإن لم يرض المشتري وبقضاء القاضي له بالشفعة عند الطلب وبمجرد الإلهاد. ابن عرفة: تبع في هذا الغزالي لظنه موافقته للمذهب وهذا دون بيان لا ينبغي. راجع ابن عرفة (واستعجل إن قصد

أَرْتِيَاءَ أَوْ نَظْرًا لِلْمُشْتَرِي إِلَّا كَسَاعَةً. وَلَزِمَ إِنْ أَخَذَ وَعَرَفَ الثَّمَنَ فَبِيعَ لِلثَّمَنِ، وَالْمُشْتَرِي إِنْ سَلَّمَ؛ فَإِنْ سَكَتَ: فَلَهُ نَقْضُهُ،

إيجاب اليمين. وقاله محمد بن الوليد ومحمد بن عمر بن لبابة وأحمد بن يحيى وعبد الله بن يحيى. قال القاضي: كذا وقع في الأصل بتكرار ابن لبابة فإن كان صحيحاً فهو رجوع عن جوابه الأول خطأ، والصواب ما قاله أبو محمد صالح لأن المستشفع منه إذا أنكر الابتياح والهبة وانتفى من ملك الشقص المستشفع فيه سقط بطلب الشفيع انتهى. وجواب ابن لبابة الأول واضح إذ قد يكون لهما غرض في إنكار البيع كجعلهما حيلة تسقط بها الشفعة في رأي بعض القضاة فأنكر البيع ليستحكما حاكماً يرى سقوط الشفعة بتلك الحيلة، وطلب الشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل ذلك عند حاكم لا يرى تلك الحيلة مسقطاً، ولو خطر هذا ابن سهل لم يتوقف في لزوم اليمين. وإنما أنكر ذلك لعدم الاختلاف في بلادهم ووقتهم بدليل ما حكى بعدها ونصه: يلزم وكيل ابن مالك وزوجته أن يأتي بشاهد ثان على توكيلهما إياه ويضرب له في ذلك أجل يومين، فإن جاء بالشاهد الثاني ضرب له أجل في إثبات الابتياح الذي طلب به الشفعة، فإن ثبت ذلك وجبت الشفعة بعد الإعذار إلى البائع منهم، وإن لم يثبت البيع لزمه قيمة الدار على عدد ورثة حفص بعد أن يحلف البائع والمشتري لما تبايعا ولهما رد اليمين على زوجة ابن مالك. قاله ابن لبابة وأيوب بن سليمان ومحمد بن وليد. قال القاضي: ظاهر هذه المسألة أن جوابهم فيها خلاف جوابهم في التي قبلها إلا إن كان عندهم فيها معنى لم يظهر في حكايتها أوجب هذا الجواب انتهى. وقد حصل في هذه الأزمان هذا المعنى ولا شك أنه موجب اليمين فتأمل والله أعلم. ص: (إلا كساعة) ش: ينبغي أن يعود الاستثناء إلى قوله: «أو

أرتياء أو نظر للمشتري إلا كساعة) سمع القرينان: من باع شقصاً في حائط فقال الشفيع حتى أذهب فأنظر أين شفعتي فقال ليس له ذلك فراجعه السائل فقال: إن كان الحائط على ساعة من نهار فذلك له وإلا فلا. ابن رشد: نحو هذا في المدونة. ابن عرفة: ذكر القول بالتأخير ثلاثة أيام اللخمي والصقلي والباجي رواية لابن عبد الحكم انتهى. انظر نص الرواية عند قوله «وطولب بالأخذ» (ولزم إن أخذ وعرف الثمن) ابن عرفة: شرط لزوم أخذ الشفيع إياه علمه بالثمن. ومن المدونة: إن قال بعد الشراء اشهدوا أنني أخذت بشفعتي ثم رجعت، فإن علم الثمن قبل أخذه لزمه، وإن لم يعلم به فله أن يرجع. اللخمي: قوله «له أن يرجع» ظاهره أن له الأخذ قبل معرفته بالثمن. وفي الموازية: إنه فاسد ويجبره على رده (فبيع عليه للثمن والمشتري إن سلم بأن سكت فله نقضه) ابن رشد: إن وقفه الحاكم فقال أخذت وقال المشتري سلمت فعجز عن الثمن بيع عليه بمثل ماله والثمن ولا رد لواحد منهما في الأخذ والتسليم إلا بتراضيهما، وإن سكت المشتري ولم يقبل سلمت فأجله الحاكم في الثمن فلم يأت به إلى الأجل فللمشتري بيع مال الشفيع أو أخذ شقصه

وإن قال أنا أخذ: أجل ثلاثاً للتقدي؛ وإلا سقطت، وإن اتحدت الصفقة وتعدت الحصص والبائع: لم تبعض: كتعد المشتري، على الأصح،

نظر المشتري فقط لا لقوله: «إن قصد أرتياء». ص: (وإن اتحدت الصفقة الخ) ش: مفهوم قوله: «اتحدت الصفقة» أنها لو تعددت لكان خلاف ذلك وهو كذلك. وقال في المدونة: ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ ذلك أو يأخذ أي صفقة شاء، فإن أخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية انتهى. وقال ابن عرفة: وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفيع فقط فقال في المدونة: ومن ابتاع شقصاً من دارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة فأسلم أحدهما فلآخر أن يأخذ شفيعته في التي هو شفيعها دون الأخرى. أبو الحسن: تعدد هنا الشفيع والصفقة واحدة والبائع واحد والمبتاع واحد. وانظر لم لم يجعل للمبتاع حجة بتبعيض صفقته؟ وظاهره وإن كان الشقص المأخوذ بالشفعة جل الصفقة، ولعله إنما جرى على القول بأن الشفعة ابتداءً يبع انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفعاء مع تعدد البائع ففي النوادر قال ابن القاسم وأشهب: من ابتاع حظاً من دار من رجل وحظاً من حائط من آخر وشفيعهما واحد، فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك الجميع. ابن عبدوس: وقاله عبد الملك. محمد: وأنا أنكر أن يجمع الرجلان سلعتيهما في صفقة واحدة وليرد ذلك إن علم به المشتري ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع، أو يأخذ بالشفعة فينفذ ويقسم الثمن على القيمة. قال أشهب متصلاً بكلام عبد الملك: وكذا إن كان الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها، فإما أخذوا الجميع أو تركوا، فإن

(وإن قال أخذ أجل ثلاثاً للتقدي وإلا سقطت) انظر هذا مع قوله قبل هذا: «وطولب بالأخذ بعد اشتراؤه» (وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح) من المدونة قال ابن القاسم: لو اشترى رجل ثلاثة أشقاص من دار أو دور في بلد أو بلدان من رجل أو رجال وذلك كله واحد، فليس له أن يأخذ إلا الجميع أو يسلم. وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في قرية ومن آخر حصته في دار في صفقة واحدة أو كان بائع ذلك كله واحداً وشفيع ذلك كله واحد، فإما أخذ الجميع أو سلم. ولو ابتاع ثلاثة ما ذكرنا من واحد أو من ثلاثة صفقة والشفيع واحد، فليس له أن يأخذ من أحدهم دون الآخر وليأخذ الجميع أو يدع. وقال أشهب وسحنون في غير المدونة: له أن يأخذ من أحدهم. وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه. ابن يونس: وقال بعض الفقهاء: الصحيح كلام أشهب انتهى. فانظر قول خليل على الأصح إنما كان ينبغي أن يقول لو لم يختصر على نص المدونة وحينئذ كان يشير بالأصح لقول بعض الفقهاء هو الصحيح. وانظر قول ابن القاسم: إن اشترى من أحدهم حصته في نخل ومن آخر حصته في قرية الخ. مع قوله:

وَكَأَنَّ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ، أَوْ غَابَ أَوْ أَرَادَ الْمُشْتَرِي، وَلَمَنْ حَضَرَ حِصَّتُهُ،

أخذوا الجميع على أن النخل لأحدهم وللآخر الدور فليس للمشتري أن يأبى ذلك ولا حجة له وليس بقياس وهو استحسان. انتهى ونقله ابن عرفة أيضاً. ولا منافاة بين هذا وبين ما في المدونة فإن في هذا تعدد الشفعاء واشتركوا في كل حصة والله أعلم. ص: (وكان أسقط بعضهم أو غاب) ش: قال ابن الحاجب: وإذا اتحدت الصفقة وأسقط بعضهم أو غاب فليس إلا أخذ الجميع. ابن عبد السلام: وأما غيبة بعض الشفعاء فلا أعلم فيه خلافاً وأن الحكم ما قاله المؤلف يعني ابن الحاجب انتهى. وأما في الإسقاط فما قال الشيخ هو المشهور. وقال أصبغ وابن حبيب: وإن كان تسليم أخذ الشفعاء على وجه الهبة أو الصدقة فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه وللمبتاع سهم من سلم، وإن كان على وجه الترك وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها. وفي مختصر الوقار: ليس لمن لم يحز إلا مصابه. اللخمي: وهو أقيس الأقوال. قاله في التوضيح وهذا لفظه. وقال ابن عرفة بعد كلام الوقار: وحاصله أن نصيب التارك للمشتري مطلقاً. وابن حبيب خصص ذلك بكون الترك لوجه المشتري. وظاهر المدونة والعقوبة أنه لمن بقي مطلقاً فالأقوال ثلاثة. ص: (ولمن حضر حصته) ش: قال الشارح: أي فإن أخذ الشفيع الحاضر جميع الحصة ثم قدم الغائب فله أن يدخل معه إن أحب فيأخذ بقدر ما كان له من شفيعته انتهى. قال ابن غازي: أي ولمن صار حاضراً بعد الغيبة ولو قال: «ولمن قدم» كان أبين انتهى. وقال البساطي: يعني إن حضر واحد من الغيب بعد أن أخذ الحاضر الجميع فلمن حضر حصته إن أراد فيأخذ بقدر حصته انتهى. وظاهر كلامهم وكلام المصنف إن كان الشفعاء الغيب

«لا يجوز أن يجمع الرجلان سلعتيهما في البيع» (وكان أسقط بعضهم) من المدونة قال مالك: ومن ابتاع شقصاً له شفيعان فسلم أحدهما، فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع. فإذا أخذ الجميع أو ترك، وإن شاء هذا القائم أخذ الجميع فليس للمبتاع أن يقول لا تأخذ إلا بقدر حصتك (أو غاب) من المدونة: من ابتاع شقصاً من دار له شفعاء غيب إلا واحد حاضر فأراد أخذ الجميع ومنعه المبتاع، أخذ حظوظ الغيب أو قال له المبتاع خذ الجميع وقال الشفيع لا أخذ إلا حصتي وإنما للشفيع في الوجهين أن يأخذ الجميع أو يترك. وإن قال الشفيع أنا أخذ حصتي فإذا قدم أصحابي فإن أخذوا شفيعتهم وإلا أخذت، لم يكن له ذلك. أما إن يأخذ الجميع أو يدع فإن سلم فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا، فإن سلموا إلا واحداً قيل له خذ الجميع أو دع، ولو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يدخلوا كلهم معه إن أحبوا، والصغير إذا لم يكن له من يأخذ له بالشفعة كالغائب وبلوغه كقدوم الغائب (أو أراده المشتري) انظر أنت ما معنى هذا. وفي المدونة: إن قال له المبتاع خذ الجميع وقال الشفيع لا أخذ إلا حصتي وإنما له أن يأخذ الجميع أو يترك، فيبقى النظر إن وافق المبتاع الشفيع على أخذ حصته خاصة هل يمنع أحد هذا (ولمن حضر حصته) من المدونة: لو أخذ الحاضر الجميع ثم قدموا فلهم أن يدخلوا كلهم معه إن أحبوا فيأخذوا بقدر ما كان

وَهَلِ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي، أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَقَطْ: كَغَيْرِهِ، وَلَوْ أَقَالَه الْبَائِعُ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ

جماعة وقدم واحد منهم فله أن يأخذ بقدر حصة إشراكه الغيب حتى يقدموا وليس كذلك، إنما له أن يأخذ نصف ما أخذه الحاضر إن ساوت حصته حصة الحاضر وإلا فعلى قدر حصصهما كأنه ليس لهما شريك غائب. قال في المنتقى: وإن كان إشراكه غيباً لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة إشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك، فإن ترك فلا حق له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا بالشفعة، فإذا قدم واحد ممن غاب قيل له: خذ الجميع أو اترك الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصصهما كما لو لم يكن شريك غيرهما. قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها انتهى. وفي النوادر قال ابن القاسم وأشهب: فإن قدم الغائب وقد أخذ الحاضر الجميع دخلوا معه بقدر سهامهم، وإن أباي بعضهم الأخذ فلآخرين من الشفعة بقدر حصصهم من حصص من أخذ لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء. قالوا: فإن أبوا إلا واحداً ومصابه مثل مصابك فجميع ما أخذته بينكما شطرين، فلو لم يقدم لا واحد فليس له بقدر حصصه من حصص أصحابه ولكن يأخذ نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك انتهى. وصرح بذلك ابن رشد في نوازله وقد تكلم في ذلك وأطال. وبهذا يتضح ما نقله ابن رشد عن أشهب وذكره ابن غازي عنه في العمدة وهو قوله: «وإن جاء ثالث كان مخيراً إن شاء كتب عهده على المشتري، وإن شاء على الشفيع الأول، وإن شاء عليه وعلى الثاني». انتهى فتأمله والله أعلم. ص: (وهل العهدة عليه أو على المشتري) ش: هذا قول أشهب الذي اختار ابن رشد أنه مفسر لقول ابن القاسم. قال في النوادر بعد أن نقله: وليس لهم أي الشفعاء الغيب أن يكتبوا ذلك عليهما جميعاً انتهى. أي على الشفيع الأول والمشتري. ص: (وهل العهدة عليه أو على المشتري كغيره) ش: يعني أنه إذا أخذ من حضر من الشفعاء جميع الشفعة ثم قدم أحد

لهم من شفعتهم (وهل العهدة عليه أو على المشتري أو على المشتري فقط كغيره ولو أقاله وأن يسلم قبلها تأويلان) أما مسألة الحاضر إذا أخذ الجميع بالشفعة ثم قدم الغائب فقال ابن رشد: قال أشهب: إذا غاب الشفعاء إلا واحداً فأخذ جميع الشفعة ثم جاء أحد الغيب كان مخيراً في كتب عهده إن شاء على المشتري وإن شاء على الشفيع الأول، لأنه كان مخيراً في الأخذ فهو كمشتري من المشتري. فقيل: إن قول أشهب هذا هو خلاف مذهب ابن القاسم وإنه لا يكتب عهدة على مذهب ابن القاسم إلا على المشتري وليس هذا عندي بصحيح، والصواب أن قول أشهب مفسر لمذهب ابن القاسم. وأما مسألة غيره أن عهده على المشتري قولاً واحداً، فعبارة ابن رشد عهدة الشفيع على المشتري لا على البائع سواء أخذها من يد البائع قبل القبض أو من يد المشتري بعد القبض. هذا ما ذهب إليه مالك وأصحابه. وإذا باع المبتاع الشقص أخذ الشفيع ممن شاء منهما وكتب عهده عليه. وأما مسألة الخلاف إذا أقاله هل تكون عهده على البائع؟ ففي المدونة قال مالك: من اشترى شقصاً

قَبَلَهَا؟ تَأْوِيلَانِ، وَقُدِّمَ مُشَارِكُهُ فِي السَّهْمِ، وَإِنْ كَانَتْ لِأَبٍ أَخَذَتْ سُدْسًا،

الشفعاء الغيب وأخذ بالشفعة، هل تكون العهدة على الشفيع الأول أو على المشتري المأخوذ منه بالشفعة كما تكون العهدة عليه في غير مسألة الغائب إذا قدم على شريكه؟ قال في النوادر: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري. قال أشهب: وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع دفعه إلى البائع وعلى المشتري قبض الشقص ودفعه إلى الشفيع، فإن كان المشتري حاضراً ولم يدفع الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع وعهده في ذلك كله على المبتاع. ومن كتاب ابن المواز: فإن غاب المبتاع ولم يكن ثقة فأبى البائع من دفع الشقص. قال ابن القاسم: ينظر فيه السلطان. وقال أشهب في الكتاين: إن قربت غيبته كتب حتى يقدم فيكتب عليه العهدة، وإن

ثم استقال منه فللشفيع الشفعة بعهدة البيع وتبطل الإقالة، وليس له الأخذ بعهدة الإقالة والإقالة عند مالك بيع حادث إلا في هذا. ابن المواز: وجعله كأن المشتري هرب من العهدة. وقال أشهب: والقياس عندي أن يأخذ من أيهما شاء، ولو قاله قائل لم أعبه ولكن الاستحسان أن لا تكون له شفعة إلا على المشتري لفراره من العهدة. قال في المدونة: وإن أسلم الشفيع شفيعته صحت الإقالة.

أما المسألة المسلم قبل الإقالة فقل ابن المواز: وأما إن سلم الشفيع شفيعته قبل الإقالة ثم تقابل المتبايعان فللشفيع الشفعة بعهدة الإقالة من البائع ويصير بيعاً حادثاً لزوال التهمة (وقدم مشاركته في السهم) ابن شاس: إن كان في الشركاء من له شرك أخص من غيره من الإشارك فهو أشفع وأولى من غيره ممن له شرك أعم، وذلك كأهل المورث الواحد يتشافعون بينهم دون الشركاء الأجانب، ثم أهل السهم الواحد أولى من بقية أهل الميراث. وبالجملة فكل صاحب شرك أخص فهو أشفع إلا أن يسلم فيشفع صاحب الشرك الذي يليه أعني الذي هو أعم منه، فإن سلم الآخر شفيع من هو أبعد منه. وانظر لو باع الشفيع شفيعته من المبتاع أو وهبها له على مذهب المدونة أنه لا فرق بين ذلك وبين التسليم في كل الأوجه الشفعة ثابتة للأبعد. البرزلي: ولهذه المسألة نظراء منها من خالته على إسقاط الحضانة ولها أم، مفهوم، إرخاء الستور من المدونة أن حق الأم لا يسقط. ومنها إذا زوجها أجنبي وتعذر الأقرب هل ينتقل الخيار للأبعد أو للسلطان؟ وهذا مذهب المدونة. ومنها إذا جعل الخيار للأم في ابنتها فردته للبت هل يمضي على الزوج؟ ومنها العدل في الرهن هل يوصى به لغيره؟ وكذا وكيل الطلاق (وإن كانت لأب أخذت سدساً) من المدونة قال مالك: لو ترك داراً بينه وبين رجل ورثته عصابة فباع أحدهم حصته قبل القسمة فبقيتهم أحق بالشفعة من الشريك الأجنبي لأنهم أهل مورث، فإن سلموا فللشريك الأخذ، وإن ترك أختاً شقيقة وأختين لأب فأخذت الشقيقة النصف وأخذت الأختان للأب السدس تكملة الثلثين فباعه إحدى الأخوات للأب، فالشفعة بين الأخت الأخرى للأب وبين الشقيقة إذ هم أهل سهم، وإن باعت الشقيقة فاللواتي للأب أحق من العصابة، وإن باع العصابة فهن كلهن في الشفعة سواء. قال في المجموعة: وإن باع جميع الأخوات للأب فالشقيقة أحق من العصابة. ومن المدونة قال مالك: وإذا ورث الجدتان السدس فباعت إحداهما بالشفعة لصاحبتهما دون

وَدَخَلَ عَلَى غَيْرِهِ: كَذِي سَهْمٍ عَلَى وَارِثٍ، وَوَارِثٌ عَلَى مُوصِي لَهُمْ، ثُمَّ الْوَارِثُ، ثُمَّ الْأَجْنَبِيُّ،

بعدت غيبته قضى للشفيع بشفعته وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قبضه أخذه الإمام من الشفيع فأوقفه للمبتاع وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه. محمد: وإن مات فالعهدة على ورثته يريد في تركته. قال ابن حبيب: وإذا حكم على المبتاع بشفعته فأبى من أخذ الثمن قال: يحكم بها ويكتب له العهدة على المبتاع ويأخذ الثمن فيوقف له من أمواله والشفيع منه بريء انتهى. ونقل ابن عرفة هذا الكلام والله أعلم. ص: (كذي سهم على وارث) ش:

تنبيه: أما العصبة فكلهم سواء ولو كان بعضهم شقيقاً لبعض. قال في أول الشفعة: ومن هلك وترك ثلاث بنين اثنان منهم شقيقان والآخر لأب وترك بينهم داراً فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسمة، فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب سواء إذ بالبنوة ورثوا، ولا ينظر إلى الأعدد بالبائع ولو ولد ولد لأحدهم ثم مات فباع بعض ولده حصته فبقية ولده أشفع من أعمامهم لأنهم أهل مورث ثانٍ، فإذا سلموا فالشفعة لأعمامهم. وإن باع أحد الأعمام فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أيهم. وإن ترك ابنتين وعصبة فباع إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة لأنها أهل سهم، فإذا سلمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك، ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصبة لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى انتهى. ص: (وأخذ بأي بيع

ورثة الميت لأنها أهل سهم واحد (ودخل على غيره كذي سهم على وارث) انظر إن كان يعني بهذا أن ذا السهم يدخل على العصب، وكذلك أيضاً إذا باع ذو سهم ولا شريك له في ذلك السهم أو سلم شريكه، فإن العصبة وبقية ذوي السهام يدخلون في الشفعة. ونص المدونة قال مالك: إن ترك ابنتين وعصبة فباع إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة لأنها أهل سهم، فإن سلمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك لأنهم أهل مورث. ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة وللبنات لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى. وفي كتاب محمد وغيره: لو ترك الميت زوجات وجدات وإخوة أم وعصبة فباع إحدى الجدات أو بعض أهل السهام المفروضة نصيبه، فالشفعة لبقية أشراكه في ذلك السهم دون غيرهم. فإن سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء في تحاصصهم في هذا الحق المبيع، لأنهم إنما ينتسبون إليه بالميت فلا فضل لأهل السهام على العصبة، فإن سلم جميع الورثة فالشركاء بعدهم (ووارث على موصي لهم) روى أشهب: من أوصى لقوم بثلث حائظه أو سهم معلوم فيبيع بعضهم، أن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع من بقية الورثة. وقال ابن القاسم: للورثة الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام (ثم الوارث) انظر أنت ما معنى هذا (ثم الأجنبي) تقدّم ما في كتاب محمد وغيره إن سلم بقية أهل السهم كان بقية الورثة من أهل السهام والعصبة سواء فإن سلموا فالشركاء بعدهم (وأخذ

وَأَخَذَ بِأَيِّ بَيْعٍ، وَعَهْدَتُهُ عَلَيْهِ، وَتَقِضَ مَا بَعْدَهُ، وَلَهُ غَلَّتُهُ، وَفِي فَسْخِ عَقْدِ كِرَائِهِ: تَرُدُّدًا، وَلَا يَضْمَنُ نَقْضَهُ؛ فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيَمَتُهُ قَائِمًا، وَلِلشَّفِيعِ: التَّقْضُ

ش: هذا إذا كان غير عالم أو غائباً، وأما إن كان حاضراً عالماً فإنه يسقط شفيعته من البائع الأول. قال اللخمي: فصل: فإذا باع المشتري نصيبه والشفيع حاضر عالم ولم يتم برد البيع سقطت شفيعته في البيع الأول وكانت له الشفعة في البيع الثاني، وكذلك إن بيع بيعات وهو حاضر سقطت إلا من بيع آخر، وإن كان غير عالم كان بالخيار يأخذ بأيهما أحب انتهى. ص: (وعهده عليه) ش: أي على من أخذ منه. قال في المدونة: وعهدة الشفيع على المبتاع خاصة وإليه يدفع الثمن كان بائعه قد قبض الثمن أم لا، ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد الثمن ولم يقبض الدار. انظر الإمام في ذلك. والبائع له منع الشقص حتى يقبض الثمن فإن شاء الشفيع أن ينقده فذلك له ويقبض الشقص وعهده على المبتاع لأنه أدى عنه. ص: (وفي فسح عقد كرائه تردد) ش: حاصله أن له الأخذ بالشفعة من الآن.

بأي بيع) من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً ثم باعه فتداولته الأملاك فللشفيع أخذه بأي صفة شاء وينقض ما بعدها، وإن شاء أخذه بالبيع الأخير وثبتت البيوع كلها (وعهده عليه). أشهب: إن تبايعه ثلاثة فأخذها من الأول كتبت عهده عليه ودفع من ثمن الشقص إلى الثالث ما اشتراه به لأنه يقول لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت ويدفع فضلاً إن كان للأول، وإن فضل للثالث شيء مما اشتراه به رجع به على الثاني، وليس للثالث حبه حتى يدفع إليه بقية ثمنه ثم يرجع الثاني على الأول بتمام ما اشترى به الشقص منه. وإن أخذها من الثاني بعهده عليه ويثبت بيع الأول ويدفع إلى الثالث من ثمن الشقص ما اشتراه به، لأنه يقول لا أدفع الشقص حتى أقبض ما دفعت ويدفع فضلاً إن كان للثاني، وإن فضل للثالث مما اشترى به الشقص شيء رجع به على تقدم نص المدونة للشفيع أخذه بأي صفة شاء وينقض ما بعدها (وله غلته) من المدونة قال مالك: من اشترى شقصاً من أرض فزرعها فللشفيع أخذها بالشفعة ولا كراء له والزرع للزارع، ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها فاغتلها سنين فلا شيء للشفيع من الغلة (وفي فسح عقد كرائه تردد). ابن سهل: إن أكرى الشقص مشتره ثم قام الشفيع فأخذه، هل له أن يفسخ ذلك الكراء؟ أفتى ابن مغيث وغيره بعدم الفسخ، وأفتى ابن عتاب وغيره بالفسخ (ولا يضمن نقضه) من المدونة مع غيرها: لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنده في الشقص من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من عين أو بحر ولا يحط للشفيع لذلك شيء إما أخذه وإما تركه (وإن هدم وبني فله قيمته قائماً وللشفيع النقض) من المدونة: لو هدم المشتري ثم بنى قيل للشفيع خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمر فيها. قال أشهب: يوم القيام وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء يحسب كم قيمة العرصه بلا بناء وكم قيمة النقض مهدوماً، ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه للنقض نصفه أو ثلثه فهو الذي يحسب للشفيع على المشتري ويحط عنه من الثمن ويقوم ما بقي مع قيمة البناء قائماً. ابن المواز: وهو قول

أَمَّا لِعَيْبَةِ شَفِيْعِهِ فَقَاسَمَ وَكَيْلَهُ، أَوْ قَاضٍ عَنْهُ. أَوْ أَشَقَطَ لِكَذِبِ فِي الثَّمَنِ، أَوْ أَشْحَقَّ نِصْفُهَا، وَحَطَّ مَا حُطَّ لِعَيْبٍ، أَوْ لِهَيْبَةٍ، إِنْ حُطَّ عَادَةً أَوْ أَشْبَهَ الثَّمَنَ بَعْدَهُ. وَإِنْ أَشْحَقَّ الثَّمَنُ، أَوْ رُدَّ بَعِيْبٍ بَعْدَهَا: رَجَعَ الْبَائِعُ بِقِيْمَةِ شَقْصِهِ، وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا

واختلف الطليليون والقرطبيون في فسخ الكراء وعلى القول بعدم الفسخ فالكراء للمشتري

مالك وأصحابه. قال مالك: فإن لم يفعل فلا شفعة له (أما لعيبه شفعه فقاسم وكيله أو قاض عنه أو ترك لكذب في الثمن أو استحق نصفها) أما الغيبة والاستحقاق فليل لابن المواز: كيف يمكن أن يحدث بناء في مشاع؟ قال: يكون قد اشترى الجميع فأنفق وبنى وغرس ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعاً أو يكون شريك البائع غائباً فيرجع المشتري إلى السلطان يطلب القسم، والقسم على الغائب جائز، ثم لا يبطل ذلك شفعة الغائب. وأما الكذب في الثمن فقال ابن شاس: من الصور التي يتصور في بناء المشتري في الشقص قبل قيام الشفع أن يكون المشتري كذب في الثمن فترك الشفع الأخذ لكثرة الثمن ثم قاسمه. ابن عرفة: هذا باطل لأن كذب المشتري في دعوى الثمن يصيره متعدياً في بنائه فحكمه حكم بناء الغاصب (أو حط ما حط لعيب). ابن شاس: لو وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذه الشفع لم يكن له طلب أرش، فإن رد الشفع عليه ردهو حيثذ على البائع. ولو اطلع على عيب قبل أخذ الشفع، إلا أنه حدث عنده عيب منه من الرد فأخذ أرشه، فذلك الأرش محطوب عن الشفع قولاً واحداً (أو هبة إن حط عادة أو أشبه الثمن عادة) من المدونة: من اشترى شقصاً بألف درهم ثم وضع عنه البائع تسعمائة درهم بعد أخذ الشفع أو قبل نظر، فإن أشبه أن يكون ثمن الشقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم أو اشترى بغير تغابن وضع ذلك عن الشفع، لأن ما أظهر من الثمن الأول إنما كان سبباً لقطع الشفعة، وإن لم يشبه أن يكون ثمنه مائة. ابن يونس: يريد مثل أن يكون ثمنه ثلاثمائة أو أربعمائة لم يحط الشفع شيئاً وكانت الوضعية هبة للمبتاع. ابن يونس: وقال في موضع آخر: إن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع وضع ذلك عن الشفع، وإن كان لا يحط مثله فهي هبة ولا يحط عن الشفع شيئاً. ابن يونس: وهذا والأول سواء (وإن استحق الثمن أو رد بعيب بعدها رجع البائع بقيمة شقصه) من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً من دار بعبد بعينه فمات بيده فمصيبتة من بائع الشقص وللشفيع الأخذ بقيمة العبد وعهدته على المبتاع لأن الشفعة وجبت له بعد البيع. قال: فإن أخذ الشفع بقيمة العبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيباً فله رده ويأخذ من المبتاع قيمة الشقص وقد مضى الشقص للشفيع بشفعته بخلاف البيع الفاسد الذي تبطل به الشفعة، لأن البيع فسد لعينه والعيب لو رضيه البائع لتم. وإن استحق العبد قبل قيام الشفع بطل البيع ولا شفعة في ذلك، وإن استحق بعد أخذ الشفع فقد مضت الدار للشفيع ورجع بائع الشقص على مبتاعه بقيمة الشقص كاملاً، كان أكثر مما أخذ فيه من الشفع أو أقل، ثم لا تراجع بينه وبين الشفع إذ الشفعة كبيع ثانٍ (ولو كان الثمن مثلياً) من المدونة قال مالك: من ابتاع شقصاً بحنطة بعينه فاستحقت الحنطة قبل أخذ الشفع فسوخ البيع ولا شفعة في ذلك، وكذلك من ابتاع الحنطة

إِلَّا التَّقْدَ؛ فَمِثْلُهُ، وَلَمْ يَنْتَقِضْ مَا بَيْنَ الشُّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي. وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا بَطَلَتْ. وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ: فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي بِيَمِينٍ فِيمَا يُشْبِهُ: كَكَبِيرٍ يُرْغَبُ فِي مُجَاوِرِهِ وَإِلَّا فَلِلشُّفِيعِ

كما نقله في التوضيح ونقله أبو الحسن. ص: (وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري بيمين فيما يشبه) ش: قال في المدونة: وإن اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس عن مثله فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللصيقة بداره فيشمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه انتهى. وقول المصنف: «بيمين» ظاهره سواء حقق الشفيع عليه الدعوى أم لا وليس كذلك. قال في الشامل: بيمين إن حقق الشفيع لا إن اتهمه وإلا فبدون يمين على الأشهر. انتهى ونقله في التوضيح وأصله لابن رشد. ص: (ككبير يرغب في مجاورته) ش: هذا مثال لما أشبه فيه قول المشتري قال ابن غازي: «يرغب» مبنياً للفاعل ومجاورته بكسر الواو اسم فاعل وهو كقوله في المدونة إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار الملاصقة به انتهى.

قلت: ما ذكره هو الظاهر، ويحتمل أن يقرأ «يرغب» بالبناء للمفعول ومجاورته بفتح الواو مصدر جاور يجاور. وقد جوّز أبو الحسن في كلام المدونة المتقدم أن يكون المراد به ما تقدم قال: وإنه أراد يرغب أحد المشتريين في الدار التي تلاصق الملك إذا كان عادلاً. قال في

بشمن فاستحقت بطل البيع ورجع بالثمن وليس على البائع أن يأتي بمثلها. قال في رواية الدباغ: وإن كان الاستحقاق بعد أخذ الشفيع مضى ذلك ورجع بائع الشقص على المبتاع بمثل الخنطة. قال ابن المواز: وهذا غلط، بل يرجع بائع الشقص على المبتاع بقيمة الشقص. وقاله سحنون (إلا النقد بمثله) من المدونة قال ابن القاسم: إن غصب دراهم فاشتري بها شقصاً كانت الشفعة فيه للشفيع لأنها إذا استحقت غرم مثلها ولم ينقض البيع (ولم ينتقض ما بين الشفيع والمشتري) تقدم نص المدونة: إذا وجد البائع عيباً رده وأخذ قيمة الشقص للشفيع. وتقدم نصها: مضت الدار للشفيع ولا تراجع بينه وبين المشتري (وإن وقع قبلها بطلت) تقدم نصها: وإن استحق العبد قبل قيام الشفيع بطل البيع ولا شفعة في ذلك (وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار اللاصقة بداره فيشمنه، فالقول قوله إذا أتى بما يشبه. ابن يونس: لم يذكر هنا في اختلاف الشفيع والمبتاع يميناً. وقال ابن المواز: إن ادعى الشفيع أنه حضر المبايعه فعلم أن الثمن أقل مما ادعى المشتري حلف المشتري، وإن كان لا حقيقة عنده لم يلزم المشتري يمين. ابن يونس: وهذا صواب لأن إحلافه من غير تحقيق ضرب من التهم لا يلزم اليمين فيها إلا لمن تليق به. قال ابن القاسم: وهذا إذا أتى بما يشبه (بيمين فيما يشبه) انظره مع كلام ابن يونس المتقدم (وإلا فالشفيع). ابن رشد: إن ادعى

وإن لم يشبهها حلفاً ورُدَّ إلى الوسيط، وإن نكلَ مُشْتَرٍ، ففي الأخذِ بما ادَّعى أو أدى: قولان. وإن ابتاع أرضاً بزروعها الأخضر: فاستحقَّ نصفها فقط: واستشفع: بطلَ البيعُ في نصفِ الزرعِ لبقائه بلا أرض: بلا أرض:

الوثائق المجموعة: وكذلك الشريكان والجار اللصيق انتهى. وقال أبو الحسن: وقوله في المدونة «إذا أتى بما يشبهه يريد ما يمكن أن يزيده فيها انتهى. ص: (فإن لم يشبهها حلفاً ورد إلى الوسيط) ش: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: اختلفا إذا أتيا بما لا يشبه فأعدل الأقوال أن يحلفا جميعاً ويأخذ الشفيع بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف. ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه. الشيخ وغيره: أعدل الأقوال أن تسقط الشفعة كنسيان الثمن انتهى.

فرع: وإن أقاما بينة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بينة لهما ويصدق المتاع لأن الدار في يديه. قال أبو الحسن: قال هنا: لأن الدار في يديه، وقال فيما تقدم لأنه مدعى عليه ومعناها واحد لأنه يريد أخذها من يديه بأقل مما ادَّعاه انتهى. ص: (وإن ابتاع أرضاً بزروعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض) ش:.

تتمة: هذه المسألة قوله ورد البائع نصف الثمن وله نصف الزرع، وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أو لا فيخير المتاع في رد ما بقي ويشير إلى قوله في المدونة: ومن ابتاع أرضاً بزروعها الأخضر فاستحق رجل نصف الزرع الأخضر خاصة واستشفع، فالبيع في النصف المستحق باطل ويبطل في نصف الزرع لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف الثمن ويصير له نصف الزرع، وللمستحق نصف الأرض، ثم يبدأ الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي. فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة، وإن لم يستشفع خير المتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه استحق من صفقته ما له بال، وعليه فيه الضرر، وبين أن يتماسك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن انتهى. قوله في المدونة:

المشتري ما لا يشبه وأتى الشفيع بما يشبه ففي المدونة أن القول قول الشفيع (وإن لم يشبهها حلف ورد إلى الوسيط) اللخمي: إن أتيا معاً بما لا يشبه حلفاً ورد إلى الوسيط فيأخذ به أو يدع. وعبارة ابن يونس وابن رشد: حلف ويأخذ الشفيع بالقيمة (وإن نكل مشتر ففي الأخذ بما ادَّعى أو أتى قولان) الذي لابن رشد: إن أتيا بما لا يشبه وحلف أحدهما فقط كان القول قول الحالف، وإن لم يشبه قوله لأن صاحبه أمكنه من دعواه بنكوله فاستظهر أنت على هذين القولين (وإن ابتاع أرضاً بزروعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض) من المدونة قال مالك: من ابتاع أرضاً بزروعها الأخضر فاستحق رجل نصف الأرض خاصة واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل ويبطل في نصف الزرع لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف

كَمُشْتَرِي قِطْعَةٍ مِنْ جِنَانٍ يَأْزَاءِ جِنَانِهِ لِيَتَوَصَّلَ لَهُ مِنْ جِنَانٍ مُشْتَرِيهِ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ جِنَانُ الْمُشْتَرِي، وَرَدَّ الْبَائِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ وَلَهُ نِصْفُ الزَّرْعِ، وَخَيْرُ الشَّفِيعِ أَوْلَى بَيْنَ أَنْ يَشْفَعَ أَوْ لَا فَيُخَيَّرُ الْمُبْتَاعُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ.

«واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل» وهو نحو قول المصنف: «واستشفع» وهو يوهم أن الاستشفاع شرط في بطلان البيع في نصف الأرض لأنه علل بطلان البيع فيه لبقائه بلا أرض. ويفهم من قوله: «ورد البائع نصف الثمن» لأنه يقتضي أنه يرد نصف جميع ثمن الأرض والزرع وذلك مقتضى لبطلان البيع فيهما. وقوله: «وله نصف الزرع» أي للبائع نصف الزرع الذي في النصف المستحق. ونقل الشارح في الكبير عن النوادر أن البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض.

قلت: وينبغي أن يجري على ما تقدم في فصل الاستحقاق وقول المصنف: «وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أم لا» لم يبين ما يترتب على أخذه بالشفعة وقد بين ذلك في المدونة وقال: إنه إن أخذ النصف الباقي من الأرض بالشفعة لم يكن له في نصف الزرع شفعة وذلك

الثمن ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض، ثم بدى الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي، فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة فذلك له، فإذا أخذ رجع الزرع كله إلى بائعه. ابن المواز: ويأخذ نصف الأرض بما قابله من الثمن بقيمتها من قيمة نصف الزرع على غرره يوم الصفقة، فإن أخذ نصف الأرض بالشفعة كما وصفنا رجع الزرع كله للبائع الذي زرعه لأنه صغير لا يحل بيعه بلا أرض ويرد البائع الثمن كله للمشتري إلا ما أخذ المشتري من الشفيع في نصف الأرض، وعلى البائع للمستحق كراء نصف الأرض المستحق دون ما أخذ بالشفعة إذا استحق في إبان الزراعة. ابن يونس: وأنكر بعض القرويين قوله: «ورجع الزرع كله للبائع» وقال للمشتري أن يتمسك بنصف الزرع الذي قابل النصف المأخوذ بالشفعة لأنه لم ينتقض فيه البيع، لأن الأخذ بالشفعة كبيع مبتدأ. ابن يونس: وهذا أصوب (كمشتري قطعة من جنان بإزاء جنانه ليتوصل له من جنان مشتريه ثم استحق جنان المشتري) قال ابن العطار: سألتني ابن أبي زيد عن رجل ابتاع قطعاً من جنة رجل على أن يصرفه إلى داره ولا يكون له مدخل على جنان البائع ثم استحق جنان المبتاع فجأوبته فيها أنه ينتقض البيع. قال ابن أبي زيد: ونزلت هذه المسألة عندنا بالقيروان فأفتيت فيها بهذا. وقال الأبياني: البيع نافذ وهي مصيبة نزلت بالمبتاع (ورد البائع نصف الثمن وله نصف الزرع ويخير الشفيع أولاً بين أن يشفع) تقدم نص المدونة: ويرد البائع نصف الثمن ويصير له نصف الزرع ثم بدى الشفيع بالخيار في نصف الأرض، فإن أحب أخذها بالشفعة فذلك له (أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي) من المدونة قال ابن القاسم: وإن لم يستشفع خير المبتاع بين أن يرد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه قد استحق من صفقته ماله بال، وعليه قيمة الضرر بين أن يتمالك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن انتهى.

على المشهور من أن الزرع لا شفعة فيه لكنه لم يبين في المدونة لمن يكون هذا النصف من الزرع، وذكر في النكت والتنبهات فيه قولين: أحدهما: أنه للبائع مع النصف الأول فيصير جميع الزرع له، والثاني: أنه للمشتري وصوبوا هذا القول الثاني وجعلوا الأول خطأ لأن الشفعة بيع والأخذ إنما هو من الشفيع، وعليه العهدة، وفي التنبهات أنه إذا أخذ بالشفعة فض الثمن على نصف الأرض ونصف الزرع فانظره ولا كراء على الشفيع في نصف هذا الزرع لأنه بمنزلة من اشترى أرضاً فزرعها ثم أخذها الشفيع فلا أجره له. انظر التوضيح. وأما إن لم يأخذ الشفيع بالشفعة فقد بين ما يترتب على ذلك في المدونة. ويفهم من كلام المصنف. وأما قول المصنف: «كمشتري قطعه من جنان» إلى قوله: «ثم استحق جنان البائع» فهي مسألة أخرى شبهها بمسألة بطلان البيع في نصف الزرع لبطلان البيع فيها لكون المشتري لا طريق له إلى الانتفاع بما اشتراه، لكن البطلان في مسألة الزرع إنما هو لأن الزرع الأخضر لا يجوز بيعه إلا تبعاً للأرض، ولا يجوز بيعه بانفراده، لأنه لم يبد صلاحه وصلاحه يسه. وليس المعنى أنه ليس لك أرض يبقى فيها وأنه يحكم بقلعه. ألا ترى أنه للبائع بخلاف مسألة الجنان فإن موجب الفساد أنه لم يبق للمشتري طريق إلى الانتفاع بما اشتراه، فالتشبيه بينهما إنما هو في فقد شرط من شروط صحة البيع، ففي مسألة الزرع من شروط صحة بيعه كونه منتفعاً به وقد صار غير منتفع به فتأمله والله أعلم.

مسألة: قال اللخمي في تبصرته في آخر كتاب الشفعة: إذا باع أحد الشريكين لنفسه طائفة بعينها كان شريكه بالخيار بين خمسة أوجه: بين أن يمضيها الشريكة وللمشتري ويبقى له ما لم يبيع، أو يكون ما لم يبيع شركة بينهما وما يبيع بينهما والثمن بينهما، أو يرد البيع في نصيبه من المبيع ولا يستشفع، أو يستشفع أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة للبائع مضى البيع، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع ورده، وإن صار بعضها عند من لم يبيع فإن أجاز البيع فيه مضى البيع، وإن رد البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي في يده إلا أن يكون الذي رده للشريك أيسر الطائفة المبيعة فلا يكون له رد الباقي. واختلف إذا قال البائع: ليس لك أن تبقى ما لم يبيع شركة بيني وبينك وتشاركني فيما بعته ولكن نتقاسم فيصير ذلك لي أو لك؛ فقيل: لا مقال له في ذلك والمبدأ الشريك الذي لم يبيع.

وانظر مما له تعلق بهذا الباب، الأمة المتزوجة لحر له منها أولاد فأراد السيد بيع الأم وأولادها قال ابن القاسم: زوجها أحق بما أعطى فيهم من غيره. وانظر في ابن عرفة في هذا الباب من باع عقاراً له فيه شريك بحضرته ولم ينكر أن له ثمن حظه ولا شفعة له، وإن تكلم بعد سنين لا ثمن له، وإن من باع نصف شيء هو بينه وبين آخر ومع البيع على حظه وحظ شريك. وانظر أيضاً ما يبيع بعين فدفع عنه عرض وعكسه هل يشفع بما دفع أو بما عقد كأن دفع ذهباً عن ورق. ابن شاس.

باب في القسمة

القِسْمَةُ: تَهَائِيؤُ فِي زَمَنِ: كَخِدْمَةِ عَبْدٍ شَهْرًا، وَسُكْنَى دَارٍ

وقيل: له ذلك وهو أحسن، لأن كون ما لم يبيع شركة ضرر عليه وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة، فإذا رضي مضى ذلك على وجه المقاسمة أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة انتهى. والمسألة في آخر كتاب الشفعة من المدونة، وانظرها في أول رسم أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة، وانظر ابن سلمون في أواخر الشفعة وفيه مسألة من له حصة فباع جزءاً دون حصته. وسئلت عن هذه المسألة فأجبت بما ذكره اللخمي. وفي السؤال: وحكم في البيع المذكور حاكم بثبوت البيع أو بموجبه، فهل الحكم بذلك مقتض للحكم بالقسمة إذا ادّعاها البائع أو المشتري؟ فأجبت بأن حكم الحاكم بثبوت البيع أو بموجبه لا يقتضي الحكم بالقسمة والله أعلم.

باب القسمة

قال ابن عرفة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو قراض. فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائباً، نقله الشيخ عن ابن حبيب: ورواه ابن سهل في طعام سلم. ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما، وتعيين مشتر أحد ثوبين أحدهما، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل تعيينه بالقسمة. انتهى. ص: (تهايؤ) ش: قال الرجراجي: وقسمة المهايأة تقال بالنون لأن كل واحد منهما هنى صاحبه بما أراده، ويقال بالياء أيضاً لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة، ويقال بالياء تحتية ثنتان لأن كل واحد منهما هياً لصاحبه ما طلب منه انتهى. ابن عرفة: وهي أي المهايأة اختصاص شريك بمشترك فيه عن شريكه فيها زمناً معيناً من متحد أو متعدد، ويجوز في نفس منفعة لا في غلته. ص: (في زمن كخدمة عبد شهراً أو سكنى دار

كتاب القسمة

وفيه ثلاثة فصول: الأول في القسام. الثاني في كيفية القسمة. الثالث في إيجاب من أبقى القسمة وتميز ما يجمع في القسم (القسمة تهايؤ في زمن). ابن عرفة: قسمة المهانة بالنون والياء هي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زماناً معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعة لا في غلته. وقال ابن شاس: ثلاثة أوجه: قسمة يبيع وقسمة قيمة وتعديل وقسمة مهايأة وهذه ضربان: مهايأة في الأعيان ومهايأة في الأزمان (كخدمة عبد). ابن رشد: وقسمة المنافع لا تجوز بالصفقة على مذهب ابن القاسم، ولا يجبر عليها من أباه ولا تكون إلا على المراضاة. والمهايأة وهي على وجهين: بالأزمان مثل أن يتفقا أن يستغل أحدهما العبد، أو الدابة أو يستخدمها، أو يسكن الدار، أو يحرق

سِنَّينَ: كَالِإِجَارَةِ؛ لَا فِي غَلَّةٍ، وَلَوْ يَوْمًا،

سنين كالإجارة) ش: نبه بهذا على أن قسمة التهايو في زمن معين تكون كالإجارة لازمة. وشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحداً أو يأخذه كل واحد مدة معينة ولا يشترط تساوي المدة فيهما. ومفهوم قوله: «في زمن كالإجارة» أنها لو كانت من غير تعيين زمن لم تكن كالإجارة وهو يشير إلى قول ابن الحاجب: فالأولى يعني المهايأة إجارة لازمة يأخذها كل واحد منهما أو أحدهما مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار انتهى. قال في التوضيح: وهذا القسم أي المهايأة على قسمين: مقاسمة زمان ومقاسمة أعيان. أشار المصنف إليهما بقوله: «فالأولى» إلى قوله: «مدة معينة». وقوله: «أو أحدهما» راجع إلى الدارين، وقوله: «مدة معلومة» يحتمل الصورتين ويحتمل عوده إلى الثانية ويضمرب بعد الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها قسمة زمان بخلاف الدارين فإنها مقاسمة أعيان. وقوله: «وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار» من غير تعيين مدة انتهى. وقال ابن عبد السلام: وقوله: «غير لازمة» هذا نوع من أنواع الإجارة على الخيار ولا يشترط فيها ضرب الأجل لأن كل واحد منهما له أن ينحل متى شاء، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي الملازمة إلا أن يأخذ أحدهما بيتاً من الدار مثلاً ويأخذ الآخر كذلك انتهى. ص:

الأرض مدة من الزمان والآخر مثلها أو أقل أو أكثر، وهذا يفترق فيه الاستغلال والاستخدام. الوجه الآخر أن يكون التهايو في الأعيان بأن يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً أو يزرع هذا أرضاً وهذا أرضاً أو يسكن هذا داراً وهذا داراً (شهوراً وسكنى دار سنين). ابن رشد: أما التهايو في الاستخدام فروى ابن القاسم: يجوز في الشهر، قال ابن القاسم: وأكثر من الشهر قليلاً. وأما التهايو في الدور والأرضين فيجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككراء لهما. قاله ابن القاسم. ووجه ذلك أنها مأمونة إلا أن التهايو إذا كان في أرض الزراعة فلا يجوز إلا أن تكون مأمونة مما يجوز فيها النقد (كالإجارة) انظر إن كان عنى بهذا أن التهايو في الأرض يكون ككرائها وقد قال ابن رشد: إن التهايو فيها لا يكون إلا فيما يجوز النقد في كرائه فانظر أنت ما أراد بقوله: «كالإجارة»، وانظر أيضاً قولهم: «إنه يجوز التهايو في الاستخدام شهراً» وقالوا: إن استأجر عبد معين يعمل له بعد شهر لا يجوز النقد فيه. وقال ابن المواز: يجوز أن يقول خذ حماري اعمل عليه خمسة أيام وتعمل لي عليه خمسة أيام. قال ابن رشد: فلو قال اعمل عليه شهراً لنفسك وشهراً لي لوجب أن لا يجوز إن بدا بالشهر الذي لصاحب الدابة لأنه بمنزلة من نقد كراء دابة يركبها إلى شهر، فإن بدا بالشهر الذي لنفسه جاز. انظر سماع أبي زيد في الأكرية (لا في غلة ولو يوماً). ابن المواز: لو كانت الدابة بينكما لم يجز أن تقول له ما كسبت اليوم فلي وما كسبت غداً فلك وكذلك العبد بينكما. قال مالك: وإن قال استخدمه أنت اليوم وأنا غداً فهو جائز، وكذلك شهراً وأنا شهراً. قال محمد: لا يجوز في الكسب ولا يوم واحد، وقد سهله مالك في اليوم وكرهه في أكثر منه انتهى. انظر الشريكين في الرحا بملك أو كراء عادتهم أن يخدم

ومراضاة فكالبيع، وقرة،

(ومراضاة فكالبيع) ش: هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة وهي قسمة المراضاة، وبعضهم يسميها قسمة بيع. قال ابن عرفة: وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكاً للجميع انتهى. وهو على قسمين بعد تقويم وتعديل. قال في معين الحكام وغيره واللفظ للمعين: فهذه لا يقضى بها على من أباهما ويجمع فيها بين حظين في القسم وبين الأجناس والأصناف والمكيل والموزون خشى ما يدخر من الطعام مما لا يجوز فيه التفاضل ويقام فيها بالغبن إذا ظهر، والأظهر أنها بيع من البيوع. وقسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم حكمها حكم التي بعد التعديل والتقويم إلا في القيام بالغبن وهي بيع من البيوع بلا خلاف انتهى. وفي التوضيح نحوه وقاله في التنبهات. ص: (وقرة) ش: قال ابن عرفة: وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يمتنع علمه حين فعله من القسمة. ثم قال ابن عرفة: والصواب أن يبيع القرعة يبيع لا تميز انتهى.

تنبيه: قال في الباب: المقسوم لهم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة، ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهياة في الأزمان في الدور والأرضين دون الشجر انتهى. وفي مسائل القسمة من البرزلي مسألة في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال؛ فكرهه قوم وأجازه آخرون، ويحتمل أن يريد الأرض لا الشجر لنصهم على منع قسمة الشجر.

قلت: هذه قسمة المهياة وذكر كلام ابن عرفة المتقدم في حد قسمة المهائة والخلاف في قدرها، ثم قال في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس على التعديل والاتساع فكرهه قوم وأجازه آخرون، فهذا يحتمل أن يريد الأرض والشجر وغيرهما انتهى. ولما ذكر ابن عرفة قسمة المهياة قال: قال ابن رشد: منها قسمة الحبس للاغتلال في جبر الحبس عليهم ما لم يزد عددهم بولادة أو نقص بموت ومنعه، ثالثها تجوز برضاهم لبعضهم محتجاً بقولهم فيمن حبس في مرضه على ولده وولد ولده يقسم الحبس على عددهم وغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم، وبعضهم محتجاً بقول مالك فيها لا يقسم الحبس وغيرهم.

هذا يوماً وهذا يوماً ويستبدل كل واحد بما استغل في يومه (ومراضاة فكالبيع). ابن رشد: قسمة الرقاب على ثلاثة أوجه: قسمة مراضاة بغير تعديل ولا تقويم لا خلاف أنها بيع من البيوع، وقسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم الأظهر أنها بيع من البيوع، وقسمة قرعة الأظهر أنها تميز حق. أما الوجهان الأولان فيصحان في الجنس الواحد وفي الأجناس المختلفة المتباينة وفي المكيل والموزون إلا فيما كان منه صنفاً واحداً مدخراً لا يجوز فيه التفاضل، لا فرق بين الوجهين إلا في القيام بالغبن. ابن سهل: قسمة المراضاة والمهياة دون تقويم لا يقام فيها بالغبن، وأما إذا قيل في القسمة كتاب قسمة ومراضاة قسمة ومهياة واتفاق بعد تقويم وتعديل فلمن وجد غبناً أن يقوم به لأن الغبن وقع في التقويم (وقرة)

وَهِيَ تَمْيِيزُ حَقٍّ، وَكَفَى قَاسِمٌ؛ لَا مُقَوِّمٌ،

قلت: عن ابن سهل الأول لعبيد الله بن يحيى ولمحمد بن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان وابن أيمن، والثاني لابن الأعين قال: ويفسخ إن نزل. وعزا أحد القولين من المدونة لابن عات فقال عن محمد بن يحيى بن لبابة: حملها على الخلاف غلط إنما حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه انتهى. وسئلت عن مال موقوف على وصي وأيتام فافتضى رأي الوصي ورأي جماعة من المسلمين قسم المال الموقوف، فهل يقسم أم لا؟ فأجبت: إن كان المراد بالقسمة الاستبداد والاختصاص بحيث يصير كل واحد يفعل فيما بيده ما شاء فهذا لا يجوز، وإن أريد قسمته قسمة مهاياة بمعنى أن كل واحد من المحبس عليهم يسكن ناحية منه أو يستغله مدة وكلما تغير عدد الموقوف عليهم بزيادة أو نقص تغيرت القسمة، فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقيل: إن ذلك لا يجوز، وقيل: يجوز إذا رضي الموقوف عليهم أجمعون، وقيل: يجبرون على ذلك، والقول الثاني هو الظاهر والله أعلم. ص: (وكفى قاسم لا مقوم) ش: قال القرافي في الفرق الأول من قواعده في الصور المركبة من الشهادة والرواية: رابعها المقوم للسلع وأرش الجنائيات والمساقاة والغصوبات وغيرها. قال مالك: يكفي الواحد بالتقويم إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، ورؤي لا بد من اثنين في كل موضع. ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشياء شبه الشهادة لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كالمترجم والقائف وهو ضعيف لأن الشهادة كذلك، وشبه الحاكم لأن حكمه ينفذ في القيمة والحاكم ينفذه وهو أظهر من شبه الرواية، فإن تعلق بأخباره حد تعين مراعاة الشهادة لوجهين: أحدهما قوة ما يفضي إليه هذا الإخبار وينبني عليه من إباحة عضو آدمي معصوم. وثانيهما أن الخلاف في كونه رواية أو شهادة شبهة يدرأ بها الحد ثم قال: وخامسها القاسم. قال مالك: يكفي واحد والأحسن اثنان. وقال أبو إسحاق: لا بد من اثنين، وللشافعية في ذلك قولان. ومنشأ الخلاف شبه الحكم والرواية أو الشهادة والأظهر شبه الحكم لأن الحاكم استنابه في ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضاً انتهى. وفي الكتاب الرابع

وهي تمييز حق). ابن رشد: وأما القسمة بالقرعة فهي التي يوجبها الحكم ويجبر عليها من أباه جعلت تطبيقاً لأنفس المتقاسمين، ولا تصح إلا فيما تماثل أو تجانس من الأصول والحيوان والعروض لا فيما اختلف وتباين من ذلك، ولا في شيء من المكيل والموزون ولا يجمع فيها حظ اثنين في القسم.

(وكفى قاسم لا مقوم) انظر هذا وللقرافي ما نصه: لخبر ثلاثة: رواية محضه، وشهادة محضه. ومركب منهما، ولهذا الأخير صور رابعها المقوم للسلع في أرش الجنائيات والسرقات والغصوب. قال مالك: يكفي الواحد في المقوم إلا أن يتعلق بالقيمة حكم السرقة فلا بد من اثنين، ورؤي لا بد من اثنين في كل موضع انتهى. ولم يعز هذا القول لأحد ثم قال: وخامسها القاسم قال مالك: يكفي الواحد والأحسن اثنان. وقال أبو إسحاق التونسي: لا بد من اثنين انتهى. ابن حبيب: لا يأمر القاضي

وَأَجْرُهُ بِالْعَدَدِ وَكُرَّةً، وَقُسِمَ الْعَقَّارُ، وَغَيْرُهُ بِالْقِيَمَةِ،

عشر من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون: قال ابن القصار: ويقبل قول التاجر في قيم المتلفات إلا أن يتعلق بالقيمة حد فلا بد من اثنين. وزوي عن مالك أنه لا بد من اثنين عند مثل القيمة التي يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق، وهل بلغت قيمته إلى النصاب أم لا؟ فهنا لا بد من اثنين انتهى. ثم قال: قال ابن القصار: يجوز تقليد القاسم على ما رواه ابن نافع عن مالك كما يقلد المقوم لأرش الجنائيات لمعرفته بذلك. وقال الأبهري: يجب أن يكون اثنين ثم رجع عن ذلك انتهى. فلعل المصنف ترجح عنده الرواية الثانية في المقوم، والفرق بين القاسم والمقوم أن القاسم نائب عن الحاكم انتهى. فاكتفي فيه بالواحد والمقوم كالشاهد على القيمة فيترجح فيه جانب الشهادة.

بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كان اثنين فهو أفضل وإن لم يجد إلا واحداً كفى (وأجرة بالعدد) من المدونة: ولا بأس أن يستأجر أهل مورث أو مغنم قاسماً برضاهم وأجر القاسم على جميعهم ممن طلب القسم أو أباه، وكذلك أجر كاتب الوثيقة. ابن حبيب: ويكون الأجر في ذلك على عددهم لا على أنصبتهم. الباجي: ووجهه أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم، بل ربما أثر قليل الأنصباء زيادة في العمل، وذلك أنه لو كان لثلاثة أشراك أرض لأحدهم نصفها وللآخر ثلاثة أثمانها وللثالث ثمنها لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل ولاحتياج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثماناً. ولو انقسمت على النصف بأن يكون لاثنين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمة فيها أقل، فإن كان قليل الجزء يؤثر من العمل ما لا يؤثر كثيره بطل، أن يجب على صاحب الجزء الكبير، ولم يؤثر إلا عمل يسير أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملاً كثيراً فوجب إطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤوس ونظير أجرة القاسم أنها على عدد الرؤوس أجرة كاتب الوثيقة، وكذلك الدية وكنس المراحيض المشتركة والزبول والبير والسواقي بخلاف التقويم في العبيد فإنها تكون في الأموال، وكذلك الفطرة والشفعة ونفقة العامل في قراض مالين وما طرح خوف الغرق والصيد يقسم على رؤوس الصيادين لا على رؤوس الكلاب، والمشهور في تعدد الساعي (وكره) من المدونة: كره مالك لقاسم القاضي أن يأخذ على القسم أجراً. قال ابن القاسم: وكذلك قسام المغنم عندي ولو كانت أرزاق القسام من بيت المال جاز. ابن رشد: وكذا إن استأجر القوم قاسماً لا كراهة فيه، ومن هذا المعنى جعل الشرط. قال مالك: إنما رزق الشرط على السلطان. ابن رشد: هذا كما قال، فإن لم يفعل كان على الطالب في إحضار خصمه إلا أن يلد المطلوب ويختفي فيكون الجعل في إحضاره عليه (وقسم العقار وغيره بالقيمة). ابن رشد: يجوز أن تقسم الرباع والأصول بالسهم إذا عدلت بالقيمة. اللخمي: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسيراً مثل أن تكون قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة أعطى صاحبه خمسة دنانير لأن هذا مما لا بد منه، ولا يتفق في الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء، انظر ابن عرفة فله هنا كلام.

وَأَفْرَدَ كُلُّ نَوْعٍ، وَجَمِيعَ دُورٍ وَأَقْرَحَةً

تنبيهات: الأول: الذي يظهر أن مراد المصنف بالمقوم المقوم للسلع المتلفات ولأروش الجنايات ونحوهما كما تقدم في كلام القرافي، وليس المراد به المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هو الذي يقوم المقسوم ويعدله.

الثاني: قال القرافي في الذخيرة: قال في النوادر: قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلا من هو عنده مأمون بصير. وقال الشافعية: يشترط في منصوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية لأنه وكيل، ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا. انتهى والله أعلم.

الثالث: فهم من قول المصنف: «كفى قاسم» أن الأولى خلاف ذلك وهو كذلك، قال ابن الحاجب: الاثنان أولى من الواحد، وقال ابن عرفة: الشيخ عن ابن حبيب: لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كانا اثنين فهو أفضل وإن لم يجد إلا واحداً كفى انتهى. ص: (وأفرد كل نوع) ش: يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة. قال في المدونة: ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظاً والرقيق حظاً ويستهمون وإن اتفق قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، البقر على حدة، والغنم على حدة، والعروض على حدة، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم. وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنائير ناحية وما قيمته ما مائلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان أو يقرعوا وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز وإما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة، أو دار بعضها رث وبقاياها جديد فذلك يجمع في القسم لأنه نوع واحد منه جديد ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوتها. وكل صنف لا بد فيه من ذلك، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع عليهم الجميع إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز. انتهى. ص: (وجمع دور وأقرحة) ش: كذا في بعض النسخ بالواو، وفي بعضها بـ«أو»، وعلى النسخة الأولى فالواو بمعنى «أو» والمراد أن الدور تجمع على حدة والأقرحة على حدة ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة. قال ابن الحاجب: وتجمع الدور المتقاربة المكان

(وأفرد كل نوع). ابن رشد: لا يجمع في القسمة بالسهم الدور مع الحوائط ولا مع الأرضين ولا الحوائط مع الأرضين، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدته (وجمع دور) من المدونة قال مالك: إن كانت مواضع الدور مختلفة مما يتشاح الناس فيها لعمران أو غيره قسمت كل دار على حدتها إلا أن يتفق منها داران أو ثلاثة في الصفة والنفاق في مواضعها فتجمع المتفقة في القسم ويقسم باقيها كل دار على حدة (وأقرحة) من المدونة قال ابن القاسم: الأقرحة وهي الفدادين إذا كانت بين قوم فطلب بعضهم أن يجمع له نصيبه في القسم منها في موضع واحد، فإن كانت بعضها

وَلَوْ بَوَّضِفْ؛ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَةٌ وَرَغْبَةٌ، وَتَقَارَبَتْ كَالْمِيلِ؛ إِنْ دَعَا إِلَيْهِ أَحَدُهُمْ، وَلَوْ بَعْلًا وَسَيِّحًا؛ إِلَّا مَعْرُوفَةً كَالشُّكْنِيِّ؛ فَالْقَوْلُ لِمُفْرِدِهَا، وَتَوَوَّلَتْ أَيْضًا بِخِلَافِهِ،

المستوية نفاقاً ورغبة مهما دعا إليه أحدهم ثم قال: وكذلك بالقرى والحوايط والأقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه، وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم. قال ابن عبد السلام: لا يريد المؤلف هذه الأنوع التي ذكرها من قرى وحوايط وأقرحة تجمع في القسم، ولكن كل نوع من هذه يجمع انتهى. وقال الرجراجي: اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوايط، ولا الحوايط مع الأرضين، ولا الدور مع الأرضين وإنما يقسم كل شيء من ذلك

قريباً من بعض وكانت في الكرم سواء جمعت في القسم وجعل نصيب محل واحد في موضع واحد، ولم يحد لنا مالك في قرب الأرض بعضها من بعض حداً، وأرى الميل وشبهه قريباً في الحوايط والأرضين. وإن كانت الأقرحة مختلفة وهي متقاربة أو كانت في الكرم سواء وبينها تباعد كاليوم واليومين قسم كل قريح على حدته (ولو بوصف) من المدونة: لا بأس أن يقسما داراً غائبة على ما يوصف لهما من بيوتها وساحتها ويميزا حصتيهما منها بالصفة كما يجوز بيعها بالصفة (إن تساوت قيمة ورغبة) تقدّم أن الدور لا تجمع في القسم إلا إذا اتفقت في الصفة والنفاق، وتقدم في الفدادين أن تكون في الكرم سواء ولم تبعد مسافة بعضها من بعض. وفي الموطأ: لا يقسم ما يسقي بالنضح والسواقي مع ما يسقى بالعيون، ولا يقسم البعل مع السقي إلا أن يتراضوا أن يجمعوه في القسم فذلك لهم. قال سحنون: وذلك بغير قرعة ولا يصلح بالقرعة لأن ذلك مختلف ويصير كمن جمع حماراً أو فرساً في القسم (وتقاربت كالميل) تقدّم نص المدونة: أرى الميل وشبهه قريباً في الحوايط والأرضين (وإن دعا إليه أحدهم) من المدونة قال ابن القاسم: إذا دعا أحد الإشارك إلى قسم ما يقسم من ربع أو حيوان أو رقيق أو عروض أو غيرها وشركتهم يارث أو شراء أو غيره جبر على القسم من أباه. انظر ما اشترى للتجارة. قال اللخمي: لا يقسم، وكذلك لو اشترى أحدهما جزءاً والآخر كذلك أو بعضهم بعد بعض لم يجبر أحد منهم بالبيع مع صاحبه. وقد ذهب ابن رشد لهذا في رباح الغلات أن الشريك فيها لا يجبر على مقاوات ولا على بيع (ولا بعلاً وسيحاً) جوز في الموطأ قسم البعل مع ما يسقى بالعيون سيحاً دون نضح. الباجي: هذا مشهور المذهب لأنهما يزكيان بالعشر بخلاف النضح المزكى بنصف العشر (إلا معروفة بالسكني فالقول لمفردتها وتووّلت بخلافه) من المدونة قال ابن القاسم: أخبرني أهل العلم وأراه من قول مالك أن الرجل إذا مات وترك دوراً وكان ورثته يسكنون في دار من دوره ودوره كلها سواء في مواضعها وتشاح الناس فيها فتشاح الورثة في الدار التي يسكنونها، أن تلك الدار تقسم بينهم فيأخذ كل واحد نصيبه فيها إذا كانت الدور التي ترك الميت في غير موضع هذه الدار التي يسكنونها، ثم تجمع في القسم بقية الدور فيجعل نصيب كل واحد في موضع كل واحد إذا كانت متفقة متقاربة وهو رأي. قال ابن أبي زمنين: ظاهر المدونة إذا كانت الدور التي ترك في غير موضع هذه الدار التي يسكنونها ليس معها غيرها في ربح كل واحد، ولو كان معها غيرها

وَفِي الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ: تَأْوِيلَانِ وَأُفْرِدَ كُلُّ صِنْفٍ كَتْفَاحَ، إِنْ آخْتَمَلَ، إِلَّا كَحَائِطٍ فِيهِ شَجَرٌ مُخْتَلِفَةٌ،

على حدته، ويضم بعضه إلى بعض على شروط يذكرها انتهى. والأقرحة جمع قراح بفتح القاف. قال في المدونة: هي الفدادين. وقال ابن عبد السلام: الأقرحة هي المزارع التي ليس فيها بناء ولا شجر. قاله الجوهري والله أعلم. ص: (وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل) ش: يعني أن كل صنف من أصناف الفواكه كالتفاح والرمان إذا كان يحمل القسمة بين الشركاء فإنه يفرد، يريد إذا كان كل واحد في حائط بدليل قوله إلا في كحائط فيه شجر مختلفة فإنه يعني أن الحائط إذا كان فيه أشجار الفواكه فإنه يقسم بالقيمة. قاله في المدونة. وإن كانت قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر فليقسموا الأرض والدور على ما وصفنا، وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وأترج وغيرها وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة كالحائط يكون فيه البرني والصيحاني والعجوة والجعرور وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع، فإن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدته بالقيمة إن انقسم انتهى.

مسألة: قال في الطراز في كتاب السلم لما تكلم على القطنية وأنها أصناف إنها لا تجمع في القسم، وتقدم كلامه عند قول المصنف: «قطنية ومنها كرسنة». ص: (أو أرض

لجمعت في القسم ولا كلام للوارث. ابن يونس: هذا خلاف ما لابن حبيب (وفي العلو والسفل تأويلان) من المدونة قال ابن القاسم: إذا اقتسم رجلان داراً بينهما على أن يأخذ أحدهما العلو والآخر السفل جاز ذلك. ابن عرفة: ظاهرها قسم العلو مع السفل بالقرعة. وحملها أبو عمران مرة على التراضي. وهو نص ابن الماجشون. ومرة على القرعة (وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل) من المدونة قال ابن القاسم: إن كان التفاح جناناً على حدة والرمان جناناً على حدة، وكل واحد يحمل القسم، فليقسم بينهم كل جنان بالقيمة (إلا كحائط فيه شجر مختلفة) من المدونة قال ابن القاسم: أما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وخوخ وغيره من أنواع الفاكهة وكلها في جنان واحد مختلطة، فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة كقول مالك في النخل تكون في حائط منه البرني والصيحاني والجعرور وأنواع التمر، أنه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد منهم حظه في موضع واحد من الحائط، ولا يلتفت إلى ما يصير في حظ أحدهم من ألوان التمر. قال ابن عبدوس: والعمل في هذا أن يبدأ القاسم فيقوم النخل كله بقيمة عدل، أو يسأل أهل المعرفة بذلك النخل عما عرف من حمل كل نخلة، ثم يجمع القيم ويقسمها على السهام ويعرف ما ينوب كل سهم، ثم يضرب بالسهم على أي الطرفين يبدأ، فإذا عرف ذلك كتب اسم كل واحد من الأشراك في رقعة وخللها في داخل كفه ثم يخرج أول سهم ثم الثاني ثم الثالث حتى يفرغ منهم، ثم يبدأ بالأول فيعطيه من تلك الناحية التي وقع عليها السهم شجرة شجرة حتى يكمل له قيمة ما صار له، فإن وقع بقية حقه في بعض شجرة كان شريكاً فيها بقدر ما بقي له مع الذي يليه، ثم يصنع في الثاني والثالث كذلك،

أَوْ أَرْضٍ بِشَجَرٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَجَازَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ، إِنْ جُزَّ، وَإِنْ لِكَيْصِفِ شَهْرٍ، وَأَخَذُ وَارِثٍ عَرْضاً،
وَأَخَرَ دَيْناً، إِنْ جَازَ بَيْنَهُ، وَأَخَذُ أَحَدَهُمَا قَطْنِيَّةً، وَالْآخَرَ قَمْحاً وَخِيَاراً أَحَدِهِمَا: كَالْبَيْعِ، وَغَرَسَ
أُخْرَى، إِنْ انْقَلَعَتْ شَجَرَتُكَ مِنْ أَرْضِ غَيْرِكَ، إِنْ لَمْ تَكُنْ أَضْرَهُ

بشجر مفترقة) ش: يعني أن الأرض إذا كان فيها شجر مفترقة فإنه يقسم الأرض مع الشجر جميعاً، ولو أفردنا قسمة الأصول وقعت أصول الرجل في أرض غيره انتهى. ص: (وخيار أحدهما كالبيع) ش: قال في المدونة: ولو اقتسما على أن لأحدهما الخيار أياماً يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز، وليس لمن لا خيار له منها رد وذلك لمشرطه، وإذا بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم الجميع فذلك رضا كالبيع. انتهى. ص: (وغرس أخرى إن انقلعت) ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأفضية: إن سقطت

وكذلك يصنع في الأرض. (أو أرض بشجر مفترقة) من المدونة قال ابن القاسم: إن ورث قوم أرضاً فيها شجر مفترقة ها هنا شجرة فأرادوا قسمتها فليقتسما الأرض والشجر جميعاً إذ لو قسموا الأرض على حدة والشجر على حدة صار لكل واحد شجرة في أرض صاحبه (وجاز صوف على ظهر إن جز وإن لكنصف شهر) من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم إن جزه الآن أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها، ولا يجوز فيما بعد انتهى نص المدونة. وفيها: لا بأس أن تشتري زرعاً قد استحصد كل قفيز بكذا وإن كان يتأخر حصاده وذروه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً وهذا قريب وانظر (وأخذ وارث عرضاً وآخر ديناً إن جاز بيعه) من المدونة قال ابن القاسم: ومن هلك وترك عروضاً حاضرة، وديوناً على رجال شتى فاققسم الورثة فأخذ أحدهم العروض وأخذ الآخر الديون على أن يتبع الغرماء، فإن كان الغرماء حضوراً مقرين وجمع بينه وبينهم جاز، وإن كانوا غيباً لم يجز لأن مالكا قال: لا يشتري دين على غريم غائب. وقال مالك: وإن ترك ديوناً على رجال لم يجز للورثة أن يقتسما الرجال فتصير ذمة بذمة، وليقتسما ما كان على كل رجل، قال مالك: وسمعت بعض أهل العلم يقول: الذمة بالذمة من وجه الدين بالدين (وأخذ أحدهما قطنية والآخر قمحاً) من المدونة: لو اقتسما قمحاً وقطنية فأخذ هذا الخنطة وأخذ هذا القطنية بدأ بيد جاز، ولو كان هذا القمح وهذه القطنية زرعاً قد بلغ وطاب للحصاد فلا خير فيه إلا أن يحصدها مكانهما. قال ابن حبيب: فإن وقع في حصاده تأخير دخله بيع طعام بطعام غير يد بيد (وخيار أحدهما) من المدونة قال مالك: لو اقتسما داراً أو رقيقاً أو عروضاً على أن لأحدهما الخيار أياماً يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز (كالبيع) تقدم في أخذ أحدهما عرضاً وآخر ديناً أنه كبيع دين بدين على الغريم لا بد من حضوره وإقراره، وتقدم في أخذ أحدهما قطنية والآخر قمحاً أن لا يكون فيه تأخير كالبيع، وتقدم في الخيار لأحدهما أنه مثله في البيع (وغرس أخرى إن انقلعت شجرتك من أرض غيرك إن لم تكن أرض) من المدونة قال مالك: إذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من الريح أو قلعها أنت، فلك أن تغرس مكانها أخرى. قال ابن القاسم: ولك أن تغرس مكانها شجرة من سائر الشجر يعلم أنها لا تكون أكثر انتشاراً ولا أكثر ضرراً بالأرض من النخلة ولا يغرس مكانها نخلتين. وسأل ابن غانم مالكا

كَفَرَسِيهِ بِجَانِبِ نَهْرِكَ الْجَارِي فِي أَرْضِهِ وَحَمَلْتِ فِي طَرِحِ كُنَاسَتِيهِ عَلَى الْعُرْفِ، وَلَمْ تُطْرَحْ عَلَى حَافَتِيهِ، إِنْ وَجَدَتْ سَعَةً،

الشجرة ونبتت فيها خلوف فالخلوف لصاحب الشجرة، ابن رشد: معناه إذا نبتت في مواضع الشجرة لأن من كانت له شجرة في أرض رجل فله موضعها من الأرض، وليس لقدر ذلك حد معلوم عند مالك وهو بقدر ما تحتاج إليه الشجرة في شربها، وأما إن نبتت الخلوف خارجة عن قدر حق صاحب الشجرة فإن كان له فيها منفعة بغيرها في حقه كان له قلعها وإلا فهي لرب الأرض بقيمتها حطباً إن كان لها قيمة وإلا فبغير شيء، وإن كان بقاؤها مضراً بأصل الشجرة كان لصاحب الشجرة قطعها بكل حال إلا أن يقطع الذي ظهرت في أرضه العروق المتصلة حتى لا تضر بها فله ذلك، ويعطيه قيمتها إن كان لها قيمة. انتهى باختصار.

فرع: وعلى رب الشجرة سقيها، فإن امتنع من ذلك وكانت تشرب مع شجر صاحب البستان فالظاهر أنه يلزمه أجره سقيها كما قال صاحب البيان في رسم الشجرة من سماع عيسى من جامع البيوع فيمن اشترى زيتونة على أن يقطعها فتوانى في قطعها حتى أثمرت. قال ابن القاسم: الثمرة لمشتري الشجرة. قال صاحب البيان: ويكون عليه أجره قيامه عليها إن كان يسقيها ولم يكن المطر يسقيها. قاله ابن القاسم في رواية ابن جعفر عنه. ويكون عليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائباً باتفاق، وإن كان حاضراً على اختلاف انتهى. وقال في كتاب العرايا من المدونة: ولو وهب ثمن حائط أو جزءاً منه أو تمر نخلة معينة سنين قبل الزهو أو أعمار ذلك لم يجز له شراء ثمرة ذلك أو بعضه بخرصه ولكن بعين أو بعرض، والسقي في ذلك على الموهوب أو على المعري، وعليه الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة، وإن لم يبلغ فلا زكاة على واحد منهما. قاله ابن القاسم. وقال أكابر أصحابنا: العرية مثل الهبة، وفرق بينهما مالك في الزكاة والسقي انتهى. وعلى قول مالك مشى المؤلف في باب العرايا، والقصد

عن حريم النخلة فقال: قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ويترك ما أضر بها. قال: وسئل عن ذلك أهل العلم به وقد قالوا من اثني عشر ذراعاً من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع وذلك حسن. وسئل عن الكرم أيضاً وعن كل شجرة أهل العلم به فيكون لكل شجرة بقدر مصلحتها. وسئل سيدي ابن سراج رحمه الله عن شجرة في ملك الغير مالت فقال رحمه الله: ليس له أن يدعمها إلا في حريمها (كفرسه بجانب نهرك الجاري في أرضه وحملت في طرح كناسته على العرف ولم تطرح على حافته أو وجدت سعة) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا كان لك نهر يمر في أرض قوم، فليس لك منعهم أن يفرسوا بحافته شجراً، فإذا كنست نهرك حملت على سنة البلد في طرح الكناسة، فإن كان الطرح بضيفته لم تطرح ذلك على أشجارهم، وإن أصبت دونها من ضفتيه متسعاً فإن لم يكن فيبين الشجر، فإن ضاق عن ذلك طرحت فوق شجرهم إذا كانت سنة بلدهم طرح طين النهر على حافته (وجاز

وَجَازَ آرْتِزَاقُهُ مِنْ بَيْتِ الْعَالِ، لَا شَهَادَتُهُ.

منه أن من له نخلة معينة في بستان رجل فعليه سقي ذلك كما دلت عليه نصوص المذهب والله أعلم.

فرع: قال في وثائق ابن سلمون: قال في مسائل ابن الحاج: إذا اتفق الجيران على أن يحرس لهم جناتهم أو كرومهم فأبى بعضهم من ذلك فإنه يجبر معهم. وكذلك أفتى ابن عتاب في الدور يتفق الجيران ويأبى بعضهم من ذلك. قال القاضي: إلا أن يقول صاحب الكرم: أنا أحرسه بنفسي أو يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك وبذلك أفتيت. وسئلت عن قوم لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى بعضهم من ذلك وقال: معي من يحرس زرعِي، وزرع كل واحد منهم على حدته واستأجروا من يحرسه وأبى هو من الدخول معهم فلم يحرس له أحد حتى كمل الزرع. فأفتيت أنهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة. قال: وأما الأجرة على الصلاة للإمام فمن أباه من الجيران لم يجبر عليها ولا يحكم عليه بها، لأن الإجارة عليها مكروهة في أصلها، ولأن شهودها في الجماعة سنة لا فريضة، وينبغي في أجرة الجمعة أن تلزم من أباه لأن شهودها فرض. انتهى. ص: (لا شهادة) ش: قال في المدونة في كتاب الأفضية: ولا تجوز شهادة القسام على ما قسموا انتهى. يريد بعد عزل القاضي الذي بعثه. قال ابن الحاجب: ولا يقبل قولهما بعد العزل. قال في التوضيح: لا يقبل قولهما بعد عزل القاضي الذي بعثهما انتهى. وحاصل المسألة أن شهادة القسام فيما قسموه بأمر القاضي جائزة عنده ولو كان ذلك بعد إنفاذ الحكم بالقسمة عند اختلاف الورثة وضياع المستند الذي فيه القسمة، ولا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم. قاله ابن عرفة ناقلاً عن ابن رشد وعن النوادر. قال: وكذلك العاقد والمخاطب والمخلف والكاتب والناظر للغيب والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عن الأندار إذا جمعتهم السيول في موضع واحد بعد الخلل، فقيل: يقبل قول الحرائين إذا قالوا هذا أندر فلان وقالوا: رأينا وقد قلع الماء إياه، وكيف قسمة الشعير والزيتون عند الخلط، وهل يصدق وكل واحد منهم عما كان في أندرته ويحلف أو لا؟ فأجاب: إن كان إنما اختلط بشهادة الحرائين وهم عدول فهي جائزة، وأما غير العدول فشهادتهم غير جائزة. وأرباب الزيتون والعصر إن تقارروا بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الإصلاح.

ارتزاقه من بيت المال) تقدّم نص المدونة بهذا (لا شهادته) انظر هذا الإطلاق سمع القرينان: إذا قدم القاضي عدلاً للقسم بين قوم فأخبره بما صار لكل منهم قضى به وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله. ابن رشد: وكذا كل ما لا يباشره القاضي من أمور نفسه قول مأموره فيه مقبول عنده. ولو اختلف الورثة بعد أن نفذ بينهم ما أخبره به القاسم ولم يوجد رسم أصل القسمة التي قضى بها، فقول القاسم وحده في ذلك مقبول عند القاضي الذي قدمه لا عند غيره كما لا تجوز شهادة القاضي بعد عزله على

وَفِي قَفِيزٍ أَخَذَ أَحَدُهُمَا ثُلُثَيْهِ، وَالْآخَرَ ثُلُثَهُ، لَا إِنْ زَادَ عَيْنًا، أَوْ كَيْلًا لِدَنَاءَةٍ،

قلت: كثيراً ما يقع عندنا بتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية وحكمه هكذا، وكذا ما اختلط على أيدي اللصوص من الزرع والزيتون على هذا المنوال، وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون فإنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبهه، وهذا كله يجري على أصل واحد انتهى. وانظر مسائل اللقطة فيه. ص: (وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه الخ) ش: قال في المدونة: ولا يجوز في قسم تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه، ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي أخذ الجيد ثمناً لصاحبه، ولا يجوز بيع حنطة ودرهم بمثلها. ولو اقتسما ثلاثين قفيزاً قمحاً وثلاثين درهماً على أن أخذ أحدهما الدراهم وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزاً، فإن كان القمح مختلفاً سمراء ومحمولة أو نقياً ومغلوثاً لم يجز، وإن تساوى القمح في النقاء والجودة والجنس أو كان من

ما مضى من حكمه، وهذا معنى قولها: «لا تجوز شهادة القسام فيما قسموا». ابن عرفة: فيما قاله ابن رشد وفسر به المدونة مثله عن ابن الماجشون. وقال ابن حبيب: وكذلك العاقد والمخلف والكتاب والناظر للعيب لا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم كما لا تجوز شهادة المعزول فيما يذكر أنه حكم به وهو تفسير قول مالك. (وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه). ابن رشد: الصبرة الواحدة من المكييل والموزون لا خلاف في قسمها على الاعتدال في الكيل والوزن وعلى التفضيل البين، كان ذلك مما يجوز فيه التفاضل أو من الطعام المدخر الذي لا يجوز فيه التفاضل. ويجوز ذلك كله بالكيل المعلوم والمجهول وبالصنجة المعلومة والمجهولة، ولا خلاف أيضاً إن قسمه جزافاً بغير كيل ولا وزن ولا تمر، لا يجوز لأن ذلك غرر ومخاطرة، وإن كان من الطعام المدخر دخله أيضاً عدم المماثلة. وأما قسمه تحريماً فلا يجوز في المكييل، ويجوز في الموزون. انتهى. انظر قول ابن رشد: «يدخله عدم المماثلة» إن كان يعني المزابنة إذ قال إنه يجوز القسم على التفضيل البين وقد نص اللخمي على هذا أيضاً فقال: إن التفاضل يجوز في المقاسمة بخلاف البيع، فلو كانا شريكين في قفيز طعام فاقتسماه الثلث والثلثين جاز. قال: والتراخي أيضاً جائز. فعلى هذا يجوز ما يقع اليوم بين المتزارعين أن يحمل أحدهما ما تصفى من الزرع إلى منزله حتى ليوم آخر يحمل شريكه مما يتصفى بعد ذلك إلى داره. وسيأتي في الكتابة أيضاً أن لأحد الشريكين فيها أن يأخذ النجم الأول برضا شريكه حتى يأخذ الشريك النجم الآخر (لا إن زاد كيلاً أو عيناً لدناءة) انظر هذه المسألة فإنها تعم بها البلوى بالنسبة إلى توزيع اللحم وبالنسبة إلى قسمة كرم المساقاة. ومن المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز في قسمة تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي أخذ الجيد ثمناً لصاحبه. اللخمي: ويجوز أن يأخذ أحدهما العفنة ويأخذ الآخر الصحيحة يعني بشرط أن تكون العفنة دون الصحيحة من كل وجه، فإن دار فضل من الجانبين منع. ويبقى النظر إن كان الأفضل الأكثر فممنع في كتاب محمد إذا كانت بينهما صبرة قمح وصبرة شعير والقمح أكثر بأمرين أن يأخذ أحدهما القمح والآخر الشعير. قال ابن القاسم: وإن ترك أحدهما نصيبه من صبرة القمح

وَفِي كَثَلَيْنِ قَفِيزًا، أَوْ وَثَلَيْنِ دِرْهَمًا: أَخَذَ أَحَدُهُمَا عَشْرَةَ دِرَاهِمٍ، وَعِشْرِينَ قَفِيزًا إِنْ اتَّفَقَ الْقَمْحُ صِفَةً، وَوَجِبَ غَرْبَلَةٌ قَمْحٍ لِيَبْعَ، إِنْ زَادَتْ غَلَّتُهُ عَلَى الثَّلْثِ وَإِلَّا نُدِبَتْ، وَجَمْعُ بَرٍّ، وَلَوْ: كَصُوفٍ، وَحَرِيرٍ، لَا كَبْعَلٍ، وَذَاتِ بَثْرٍ أَوْ غَرْبٍ، وَثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ، إِنْ لَمْ يَجْدَاهُ:

صبرة يتفق أعلاها وأسفلها فذلك جائز بخلاف المتبايعين، لأن هنا لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم فيكون فاسداً. ولو قسما مائة قفيز قمحاً ومائة شعيراً فأخذ ستين قمحاً وأربعين شعيراً، وأخذ الآخر ستين شعيراً وأربعين قمحاً فذلك جائز. قال الشيخ أبو الحسن: جعل

واقسما صبرة الشعير سوية بينهما بالكيل جاز ذلك، ولا يجوز جزافاً وكأنه في الجزاف خاطره فيه بما ترك له من القمح (وفي ثلاثين قفيزاً وثلاثين درهماً أخذ أحدهما عشرة دراهم وعشرين قفيزاً إن اتفق القمح صفة) قال ابن القاسم في أخوين ورثا ثلاثين أردب قمح وثلاثين درهماً فأخذ أحدهما عشرة أردب وعشرين درهماً وأخذ الآخر عشرة دراهم وعشرين أردباً: فلا بأس إذا كان القمح صبرة واحدة. ومن المدونة: لو قاسما ثلاثين قفيزاً من قمح وثلاثين درهماً فأخذ واحد الدراهم وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزاً جاز إن تساوى القمح في النفاق والجودة والجنس، لأن هذا لم يأت أحدهما بطعام وأتى الآخر بطعام ودراهم فيكون فاسداً. ولو اقتسما مائة قفيز قمح ومائة شعيراً فأخذ هذا ستين قمحاً وأربعين شعيراً وأخذ الآخر ستين شعيراً وأربعين قمحاً فذلك جائز. اللخمي: ولا يجوز مثل هذا في البيع. وانظر إن اقتسما شيئاً بعد شيء قال سحنون: قلت له: فلو أن امرأة هلكت وتركت أختها وزوجها وتركت حلياً كثيراً ومتاعاً فكيف يقسمه؟ قال: أما الحلبي فلا يقسم إلا وزناً. وقد سألتنا مالكا عن القوم يرثون حلياً فيه الذهب فتقول أختهم اتركوا لي هذا الحلبي وأنا أعطيكم وزن حاكم ذهباً فقال: إذا وزنت ذلك لهم يداً بيد فلا بأس به (ووجبت غربلة قمح) الذي في المدونة: لو كان بينهما طعام مغلوث وهو صبرة واحدة جاز أن يقتسماه. وانظر الكتاب هل يقسم قبل نفضه؟ المنصوص أنه جائز. قالوا: وكذلك أيضاً يجوز قسمه قبل الدباغ. وانظر لوز الحرير المنقول عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد أنه لا يجوز قسمها إلا بالوزن (كبيع إن زاد غلته على الثلث وإلا ندبت) من المدونة: يغربل القمح للبيع وهو الحق الذي لا شك فيه. ونقل المتيطي ما نصه: أما غربلة القمح من التبن والغلت فذلك عند البيع واجب إن كان التبن والغلت فيه كثيراً يقع في أكثر من الثلث، ويستحب إن كان التبن والغلت فيه يسيراً (وجمع بزر ولو كان كصوف وحرير) من المدونة قال ابن القاسم: رأيت من مات وترك ثياب خز وحرير وقطن وكتان وجباباً وأكسية، أيقسم كل نوع على حدة أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد؟ قال: أرى أن يجمع البز كله في القسم فيجعل نوعاً واحداً فيقسم على القيمة مثل الرقيق عند مالك نوع واحد وفيهم الصغير والكبير والهرمة والجارية الفارهة وثمانهم متفاوت بمنزلة البز أو أشد، فالبز عندي بهذه المنزلة. وكذلك تقسم الإبل وفيها أصناف والبقر وفيها أصناف فتجمع كلها في القسم على القيمة (لا كبعل وذات بثر أو غوب) تقدم عند قوله: (ولو بعلاً). وقال ابن زرقون: لا يجمع البعل مع النضح ولا مع السيح اتفاقاً إلا على رواية النخلة مع الزيتون (وثمر وزرع إن لم يجده) من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بقسمة الزرع قبل

كَقَسَمِهِ بِأَصْلِهِ، أَوْ قَتَا أَوْ زَرَعًا أَوْ فِيهِ فَسَادٌ: كَيَاقُوتَةَ، أَوْ كَجَفِيرٍ، أَوْ فِي أَصْلِهِ بِالْخَرَصِ: كَبَقْلِ إِلَّا
الْعَمْرَ أَوْ الْعِنَبَ إِذَا اخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِ،

القسمة هنا تمييزاً فلذلك أجازها يدل عليه قوله لأن أحدهما لم يأت بطعام الخ. ولو جعلها بيعاً
لمنع كما قال في السلم فيما إذا أخرج أحدهما مد قمح ومد شعير والآخر مثله أنه لا يجوز.
ص: (أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير) ش: كذا في كثير من النسخ «أو كجفير» بالجيم والفاء
وبعدها ياء ثم راء، وفي بعضها «كخفين» تثنية خف. فعلى النسخة الأولى يكون المعنى ظاهراً
وهو أن ما يفسد بالقسمة لا يجوز قسمه، لا بالقسمة ولا بالمرضاة، وذلك اللؤلؤة والفص
والخاتم وجفير السيف. وأما على النسخة الثانية فلا يخلو الكلام عن إشكال لأنه لا يخلو إما

بدو صلاحه بالتحري على أن يجدها مكانهما إن كان استطاع أن يعدل بينهم في قسمته تحريماً
(كقسمة بأصله أو قتاً أو زرعاً) من المدونة قال مالك: إذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر فلا
يقسموا الثمار مع الأصل. قال ابن القاسم: وإن كان الثمر طلعاً أو بلحاً إلا أن يجدهم مكانه. قال
مالك: وكذلك لا يقسم مع الأرض ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمر والزرع حتى يبدو
صلاحه ويحل بيعه فيقسموا حينئذ كَيْلاً أَوْ يبيعوه ويقسموا ثمنه، ولا يقسم الزرع فدادين ولا مزارعة
ولا قتاً ولكن كَيْلاً انتهى. الباجي: منع قسمتها مع الطلع لأنه مأكول يجري فيه الربا، ولا يجوز
قسمتها دون الطلع لأنها ثمرة لم تؤبر، فإن كان الثمر لم يبلغ أن يكون طلعاً أو بلحاً حلواً فيجوز
قسمته مع النخل. والذي للمتيطي: لا تجوز قسمة الأرض إذا كان فيها زرع مستكن ولا وهو غير
مستكن وكذا الثمرة المأبورة (أو فيه فساد كياقوتة أو كخفين) من المدونة قال مالك: في الجذع بين
الرجلين أراد أحدهما قسمته وأبى ذلك صاحبه: لا يقسم. قال أشهب: إنما القسم في غير الرباع
والأرضين فيما لا يحال عن حاله ولا يحدث بالقسم فيه قطع ولا زيادة دراهم قال مالك: والثوب لا
يقسم بينهما إلا أن يجتمعا على ذلك. قال ابن القاسم: وكذلك الخفان والمصراعان والنعل والحبل
والخرج لا يقسم إذا أبى ذلك أحدهم. قال ابن القاسم: والفص والياقوتة واللؤلؤة والخاتم هذا كله لا
يقسم عند مالك (أو في أصله بالخرص كالبقل إلا الثمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله) من
المدونة قال مالك: أم ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب وحل بيعه واحتاج أهله إلى قسمه، فإن كان
حاجتهم إليه واحدة مثل أن يريدوا كلهم أكله أو يبيعه رطباً فلا يقسم بالخرص. قال ابن القاسم: لأنه
إذا كانت حاجتهم إليه واحدة كان بمنزلة الطعام الموضوع بينهم فلا يقسم إلا كَيْلاً. قال: وإذا ورث
قوم شجراً غير النخل فلا يقسموا ما في رؤوسها إذا طاب بالخرص قال: والفواكه من الرمان والخوخ
والفرسك وما أشبهه فلا يقسم بالخرص، وإن احتاج إليه أهله، وإنما يقسم بالخرص النخل والعنب إن
اختلفت حاجة أهله إليه. قال ابن القاسم: وإذا ورث قوم بقللاً قائماً لم يعجبني أن يقسموه بالخرص
وليبيعوه ويقسموا ثمنه، لأن مالكا كره قسم ما فيه التفاضل من الثمار بالخرص فكذلك البقل (إلا
التمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله) من المدونة قال مالك: أما ثمر النخل والعنب فإنه إذا طاب

وإن بكثرة أكل، وقُلَّ وحلُّ بيعه واتَّحدَ مِنْ بُسرٍ أو رُطبٍ: لا تُعمر. وقُسمَ بالقرعة بالتَّحري. كالبَلحِ الكَبيرِ، وسُقِيَ ذُو الأَصْلِ: كَبائِعِهِ المُسْتَشْتَبِي ثَمَرَتَهُ، حَتَّى يُسَلَّمَ،

أن يكون المنفي قسمة القرعة فيفهم منه أن قسمة المراضاة جائز في الياقوتة والخفين جميعاً وليس كذلك، لأن قسم اللؤلؤة والفص والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمراضاة ولا بالقرعة. وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقاً فيفهم منه أن الخفين لا ينقسمان بالمراضاة وليس كذلك، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب الملقق من قطعتين والرجاء بالمراضاة. قاله في المدونة. وقال أبو الحسن في قسم الرحا بأن يأخذ هذا حجراً وهذا حجراً قلت: ومثله الكتاب من سفرين أو أسفار والله أعلم. ومثله السواران والقرطان كما قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف فيما إذا ظهر العيب بأحد المزدوجين فإنه كظهوره فيهما جميعاً. وقال ابن راشد في اللباب في باب القسمة: وما له أخ لا يقسم إلا بالتراضي انتهى.

وحل بيعه، واختلفت حاجة أهله إليه فأراد بعضهم أن يبيع وآخر يريد أن يثمر وآخر يريد أن يأكل رطباً، فإنه يقسم بينهم بالخرص إذا وجدوا عالماً بالخرص. قال ابن القاسم: وإذا لم يطب ثمر النخل والعنب فلا يقسم بالخرص ولكن يجدونه إن أرادوا ثم يقسمونه كيلاً (وإن بكثرة أكل). اللخمي: إن لم يبيع واحد منهما واختلفت حاجتهما الفضل عيال أحدهما على الآخر جاز أن يقسما بالخرص القدر الذي يحتاج إليه أكثرهما عيالاً (وقل). ابن عرفة: في كراهة الخرص في الكثير روايتا الباجي وظاهر المدونة (وحل بيعه) تقدّم نصها: لا يقسم إلا إذا طاب وحل بيعه (واتحد من بسر أو رطب). أشهب: إن كان بينهما بسر ورطب لم يجز أخذ أحدهما البسر والآخر الرطب بالخرص وليقتسما كلاً منهما به (لا ثمر) اللخمي: نحو هذا. وهو مقتضى قولهم إذا كانت حاجتهم إليه واحدة لا يقسم بالخرص (وقسم بالقرعة بالتحري) انظر قبل هذا عند قوله «وقرعة». وقال الباجي: عندي أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة، وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها تمييز حق لأن المراضاة يبيع محض لا تجوز في المطعوم إلا بقبض ناجز، وشرط هذا القسم تساوي الكيل وإن كان بعض ذلك أفضل كالعنب الأحمر والأسود يجمع على التساوي. انتهى نص الباجي. وقد تقدّم أن التفاضل جائز ما لم يدر الفضل.

يبقى النظر في هذا هل يكون ممنوعاً من أجل عدم تناجز القبض أو يكون مثل لبن في ضرع؟ (كالبالح الكبير) من المدونة: يجوز قسم البلح الكبير إذا اختلفت حاجة أهله وهو كالبسر في حرمة التفاضل ومن عرف حظه فهو قبض له وإن لم يجده، فإن جده بعد ثلاثة أيام أو أكثر جاز ما لم يتركه حتى يزهي فإن أزهى بطل قسمه (وسقى ذو الأصل كبايعه المستشني ثمرته حتى يسلم) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا اقتسما الثمرة كما وصفنا بعد قسمة الأصول كان على كل واحد منهم سقي نخلة وإن كان ثمرها لغيره لأن على صاحب الأصل سقيه إذا باع ثمرته. وقال سحنون: السقي ها هنا على صاحب الثمرة لأن القسم تمييز حق. ابن يونس: ما قال سحنون هو الصواب، وأما من باع أصل حائظه دون ثمرته فالسقي على البائع لأن المتباع لا يسلم له الأصل حتى يجد البائع ثمرته. وقاله

أَوْ فِيهِ تَرَاجُعٌ، إِلَّا أَنْ يَقْلُ، أَوْ لَبَنٌ فِي ضُرُوعٍ، إِلَّا لِفَضْلٍ بَيْنَ، أَوْ قَسَمُوا بِلَا مَخْرَجٍ مُطْلَقًا، وَصَحَّتْ، إِنْ سَكَّتَا عَنْهُ، وَلِشْرِيكِهِ الْإِنْتِفَاعُ

وقال الرجراجي: وما له زوج لا يستغني أحد عن صاحبه كالحفين والباين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا بالتراضي. انتهى والله أعلم. ص: (أو فيه تراجع إلا أن يقل) ش: يعني أنه لا يجوز قسم القرعة إذا كان فيها تراجع إلا أن يكون ذلك قليلاً. قال في الرسالة: وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد ولا يؤدي أحد الشريكين ثمنًا، وإن كان في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض انتهى. وقال في المدونة: ولا يجوز أن يجعلوا دنائيرنا حية وما قيمة مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقرعوا، وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز. قال الشيخ أبو الحسن: تقدم ما للخمي ويشير إلى ما قدمه عنه في أول كتاب القسمة ونصه: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن يكون قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين، فلا بأس أن يقترعا على من صارت له التي قيمتها مائة أعطى صاحبها خمسة دنائير لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء. الشيخ: انظر هذا الذي قاله اللخمي مع ما في الرسالة وما تقدم لعياض أن يقال معنى ما قال أبو محمد تراجع كثير انتهى. وما قدمه عن عياض هو ما ذكره في أول كتاب القسمة لما تكلم على قسمة القرعة فقال: ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنائير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام اللخمي: قلت: ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين انتهى. وجزم المصنف في التوضيح بما قاله اللخمي ونصه: فرعان: الأول: اختلف في قسم العلو والسفل بالقرعة. الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير كما لو كانت قيمة أحدهما مائة والأخرى تسعين إلى آخر كلام اللخمي والله أعلم. ص:

مالك (أو فيه تراجع إلا أن يقل) تقدم هذا عند قوله: «وقسم العقار» (أو لبن في ضروع إلا لفضل بين) من المدونة قال ابن القاسم: ولا تجوز قسمة اللبن في الضروع لأن هذا مخاطرة، وأما إن فضل أحدهما الآخر بأمر بين على المعروف وكان إن هلك ما بيد هذا من الغنم ورجع رجوع فيما بيد صاحبه، فذلك جائز لأن أحدهما ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم (أو قسموا بلا مخرج مطلقاً) من المدونة: إن اقتسما داراً يريد بتراض فأخذ أحدهما دبر الدار وأعطى الآخر مقدمها على أن لا طريق لصاحب المؤخر على الخارج، جاز ذلك على ما شرطاً ورضياً إن كان له موضع يصرف إليه بابه وإلا لم يجز. وكذلك إذا اقتسما على أن أخذ أحدهما الغرف على أن لا طريق له في السفل فعلى ما ذكرنا، وإن اقتسما أرضاً على أن لا طريق لأحدهما على الآخر وهو لا يجد طريقاً إلا عليه لم يجز، وليس هذا من قسم المسلمين (وصحت إن سكت عنه ولشريكه الانتفاع به) من المدونة: إن اقتسما الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوق باب الدار في حظ أحدهم ورضي بذلك صاحبه، فإن لم يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل حصّة ومدخلها فيها خاصة فإن الطريق بينهما على حالها،

وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ مَجْرَى الْمَاءِ، وَقَسْمٌ بِالْقَلْدِ: كَسْتَرَةٌ بَيْنَهُمَا،

(ولا يجبر على قسم مجرى الماء) ش: قال في كتاب القسمة من المدونة: فإن ورثوا قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشربها وشجرها، قسمت الأرض بينهم على قدر مواريتهم منها ولا يقسم مجرى الماء ويكون لهم من الماء على قدر مواريتهم منه انتهى. أبو الحسن: أطلق المجرى هنا على الماء الجاري ولم يرد موضعه الذي يجري فيه، ومثله في كتاب الفرر لا يجوز أن يشتري مسيل ميزاب أي الماء الذي يسيل منه انتهى. ثم قال في آخر كتاب القسمة من المدونة: ولا يقسم أصل العيون والآبار ولكن يقسم شربها بالقلد انتهى. ونقله عياض بلفظ «ولم تقسم الآبار» ولم أسمع واحداً يقول إن العيون والآبار تقسم، ولا أرى

وملك باب الدار لمن وقع في حظه ولباقيهم فيه المر (ولا يجبر على قسم مجرى الماء وقسم بالقلد) من المدونة: ولا يقسم أصل العين والآبار ولكن يقسم شربها بالقلد، ولا يقسم مجرى الماء وما علمت أن أحداً أجازه. ابن حبيب: تفسير قسمة الماء بالقلد إن تحاكموا فيه وأجمعوا على قسمه أن يأمر الإمام رجلين مأمونين أو يجتمع الورثة على الرضا بهما فيأخذان قدرًا من فخار وشبهها فيثقبان في أسفلها بمثقب يمساكنه عندهما ثم يعلقانها ويجعلان تحتها قصرية ويعدان الماء في جرار، ثم إذا انصدع الفجر صبا الماء في القدر فسال الماء من الثقب فكلما هم الماء أن يفرغ صبا حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر، فينحيانها ويقسمان ما اجتمع من الماء على أقلهم سهماً كيلاً أو وزناً، ثم يجعلان لكل وارث قدرًا يحمل سهمه من الماء ويثقبان كل قدر منها بالثقب الذي ثقبا به القدر الأولى، فإذا أراد أحدهم السقي على قدره بمائه وصرف الماء كله إلى أرضه فسقى ما سال الماء من قدره، ثم كذلك بقيتهم، ثم إن تشاحوا في التبدئة استهموا. ابن يونس: قوله: «ثم يجعل لكل واحد قدرًا يحمل سهمه» فإتما يصح ذلك إن تساوت أنصباؤهم لأن القدر كلما كبرت ثقل الماء فيها وقوي جريه من الثقب حتى يكون مثلي ما يجري من الصغيرة أو أكثر. والذي أرى أن يقسم الماء بقدر أقلهم سهماً فيأخذ صاحب السهم قدرًا ويأخذ صاحب العشرة الأسهم عشر قدور وهذا بين. وفي نوازل الشعبي: ليس للذي تبعد أرضه عن القلد أن يقول: لا تحسبوا علي الماء حتى يدخل أرضي، لأن أرضه قد قومت في القسم بدون ما قومت به الأرض القريبة من الماء (كستره بينهما) من المجموعة قال مالك في الجدار بين الرجلين يسقط: فإن كان لأحدهم لم يجبر على بنائه ويقال للآخر استر على نفسك إن شئت، وإن كان بينهما أمر الآبي أن يبني مع صاحبه إن طلب ذلك. قال في العتبية: إن كان لأحدهما فهدمه أو انهدم بغير فعله وهو قادر على رده فيتترك ذلك ضرراً جبر على رده، وإن كان يضعف عن إعادته عذر وقيل للآخر: استر على نفسك إن شئت. وقال ابن القاسم: إن انهدم بأمر من الله لم يجبر على إعادته، وكذلك إن هدمه هو لوجه منفعة ثم عجز عن ذلك أو استغنى عنه فإنه لا يجبر على رده، ولو هدمه للضرر جبر على أن يعيده. ابن رشد: يتحصل في بنائه إن انهدم أربعة أقوال، راجع ابن عرفة في الشركة وابن يونس في ترجمة جامع في الأبنية في كتاب القسمة. وانظر ذلك مع لفظ خليل، وانظر منتخب الأحكام في انتفاع كليهما من

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ عَاصِبَيْنِ، إِلَّا بِرِضَاهُمَا، إِلَّا مَعَ، كَزَوْجَةٍ، فَيُجْمَعُونَ أَوْلًا: كَذِي سَهْمٍ، وَوَرَثَةٍ، وَكَتَبَ الشَّرَكَاءَ، ثُمَّ رَمَى، أَوْ كَتَبَ الْمَقْسُومَ، وَأَعْطَى كُلًّا لِكُلِّ،

أن يقسم إلا على الشرب انتهى. ثم قال: ظاهر المذهب أنه أراد قسم الواحد منها، فإن الواحد منها إذا اعتدل في القسم قسم وهو قول سحنون وتأويله على الكتاب، وهو قول ابن نافع وابن حبيب. وحمل ابن لبابة منع القسم فيها على العموم واستدل بمخالفته في الآبار والعيون لا أرى أن يقسم إلا على الشرب ولم يقل فيهما بل قال في المآجل: ولم يفرق بين قليلها وكثيرها. قال عياض: ولا حجة لبينته في هذا لأنه إنما تكلم على ما جل واحد وهو يمكن إذا قسم وكان كثيراً أن يصير منه مآجل، ولا يمكن أن يصير العين عيوناً ولا البئر آباراً فظاهر كلامه أنه إنما أراد العين الواحدة والبئر الواحدة وأنه لا يمنع قسم الكثير كما قال سحنون ومن معه انتهى.

جهته مما لا يمنع أن ينتفع الآخر. كذلك انظر قبل هذا عند قوله: «وعرصة» (ولا يجمع بين عاصبين إلا برضاهم) سمع ابن القاسم: لا يجمع حظ اثنين في القسم. ابن رشد: هو قوله في المدونة، ومعناه إن لم يكونوا أهل سهم واحد. اللخمي: يجوز أن يجمع نصيبان في القسم بالتراضي، ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة. وسمع القرينان: الإخوة للأُم يرثون الثلث يقول أحدهم اقسما حصتي على حدة ليس ذلك له ويقسم له وإخوته جميعاً الثلث ثم يقاسمهم بعد إن شاء. ابن رشد: لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات أو الزوجات ونحوهم، وأما العصبية فثالث الأقوال قول ابن القاسم في المدونة لهم أن يجمعوا نصيبهم إن أرادوا (إلا مع كزوجة فيجمعوا أولاً) من المدونة: لا يجمع حظ رجلين في القسم إلا أن ترك زوجة وولداً عدداً أو عصبية كذلك عدداً فيقسم للزوجة على أحد الطرفين وكان الباقي للولد أو العصبية (كذي سهم وورثة) قد أدخل الكاف على زوجة فانظر أنت ما معنى هذا (وكتب الشركاء ثم رمى). ابن عرفة: صفة القسمة بالقرعة أن يحد المقسوم بالقيمة على عدد مقام أقلهم جزءاً. الباجي: صفتها أن تقسم العرصة على أقل سهام الفريضة ما هو مقتسماً وقسم بالذراع وما اختلف قسم بالقيمة. القاضي: رب جريب يعدل أجر يبين من ناحية أخرى. ابن شاس: ربما كان مقدار من المساحة من موضع بإزاء ثلاثة أمثاله من موضع آخر على حسب قيم الأرض ومواقعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه تمام حقه. ووجه ذلك أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر، فإن تراضوا على أن يحصل لأحدهم من طرف والباقي من الطرف الآخر جاز، وإن تشاجروا ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له سهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأي الجهات يبدأ في الإسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتها خرج سهمها أسهم عليه، ثم كان الحكم فيه على ما بينا وصفة القرعة أن يكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقة في جهة، فمن حصل له اسمه في جهة أخذ حقه متصلاً في تلك الجهة (أو كتب المقسوم وأعطى كلاً لكل). ابن شاس: وقيل: تكتب الأسماء والجهات ثم تخرج أول بندقة من الأسماء ثم أول بندقة من الجهات، فيعطى من

وَمُنِعَ اشْتِرَاءِ الْخَارِجِ، وَلَزِمَ، وَنُظِرَ فِي دَعْوَى جَوْرِ أَوْ غَلَطٍ، وَخَلَفَ الْمُتَكِرُّ؛ فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ تَبَّأَ:

ويشهد لقول سحنون ومن معه قوله في أوائل القسمة: فإن ورث قوم أراضي وعيوناً كثيرة، فإن أراد أحدهم قسم كل عين وأرض وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك، فإن استوت الأرض في الكرم والعيون في الغرر قسمت كل أرض وعيونها على حدة انتهى. ص: (ومنع اشتراء الخارج) ش: قال الشارح: يعني أنه لا يجوز لأجنبي أن يشتري ما يخرج لأحدهم بالسهم وهو مراده بالخارج، وهكذا قال في المدونة وزاد: لأنه لا شرك له في ذلك، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع انتهى. وظاهر كلامه رحمه الله يوهم أنه يجوز للشريك اشتراء بالخارج، وكذلك لفظ المدونة وليس كذلك، وإنما أراد التفرقة بين جواز القسمة في تمييز حظ كل واحد وعدم جواز البيع. قال أبو الحسن في شرح كلام المدونة: هذا جواب سؤال مقدر كأنه قيل: لم أجزت ما أخرج السهم بالقسم لأحد الشريكين ولم تجزه لأجنبي وكلاهما مبيع، لأن كل واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخر وذلك مثل قسمة المجهول إذ لا يدري أيهما يصير له وما قدره كالأجنبي؟ فقال: وإن كانت القسمة عند مالك بيعاً فإن القسمة تفارق البيع في بعض الحالات. وقوله: «إذ لا شركة له» إنما ذكر هذا التفريق بين الشريك والأجنبي، وكذلك لا يجوز للشريك شراء ما يخرج بالسهم لشريكه. انتهى والله أعلم. ص: (فإن تفاحش أو ثبت نقضت) ش: أي ثبت الجور والغلط. قال أبو الحسن الصغير في أول كتاب القسمة: قال الباجي في وثائقه: إنما يرجع بالغبن في القرب انتهى. وقال في معين الحكام: قال بعض الأندلسيين: وأما ما يقام بالغبن فيما قرب، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن انتهى. وقال ابن سهل عن أبي إبراهيم: وحد ذلك العام ويفيته أيضاً البناء والغرس انتهى. وقال

خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة. (ومنع اشتراء الخارج) من المدونة: لا يجوز لأجنبي أن يشتري من أحدهم ما يخرج له بالسهم من هذه الثياب إذ لا شركة له فيها، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القيمة عند مالك بالقرعة ليس من البيوع (ولزم) من المدونة: إذا قسم القاضي بين قوم دوراً أو رقيقاً أو عروضاً فلم يرض أحدهم ما أخرج السهم له أو لغيره أو قال لم أظن أن هذا يخرج لي، فقد لزمه وقسم القاسم ماضٍ كان في ربيع أو حيوان أو غيره (ونظر في دعوى جور أو غلط) من المدونة: إذا قالوا للقاسم غلطت أو لم تعدل أتم قسمه ونظر الإمام في ذلك، فإن كان قد عدل أمضاه وإلا رده. ولم ير مالك قسم القاسم بمنزلة حكم القاضي. وانظر إذا قسموا داراً أو أرضاً بقرعة أو بتراض فوجد أحدهم في نصيبه البئر العادية أو الصخر أو العدد، نقل ابن سهل في القسمة في نوازله أن ذلك له وحده كما لو وجد ذلك المشتري على ما في الواضحة، ثم نقل عن العتبية خلاف ذلك (وحال المنكر فإن تفاحش أو ثبت نقض) ابن عرفة: دعوى الغلط في القسم دون

نُقِضَتْ: كَالْمَرَاضَاةِ إِنْ أَدْخَلَ مَقْوَمًا،

في معين الحكام أيضاً: وإذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة يقتسمونها، وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات انتهى. ص: (كالمراضاة إن أدخلها مقوماً) ش: نحو هذه العبارة نقلها أبو الحسن عن أبي عمران ونصها: قال ابن حبيب: وإذا ادعى أحدهما الغلط بعد القسم، فإن قسموا بالتراضي بلا سهم وهم حائز والأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط ببينة أو بغير ذلك من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيه التغابن، وإن قسم بالسهم على تعديل القسم فلا يقبل قوله إلا ببينة أو يتفاحش الغلط فترد فيه القسمة كبيع المرابحة. قال أبو عمران: إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم، وأما إن أدخلوا بينهم من يقوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فسخت القسمة بينهم لأننا وإن سمينا تراضياً فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي انتهى. وظاهرها أن الشركاء إذا لم يدخلوا مقوماً وإنما قوموا لأنفسهم أنه لا يقام في ذلك بالغبن، والظاهر أن ذلك ليس بمراد وإنما المراد أن قسمة المراضاة إذا كانت بتعديل وتقويم فإنما يقام فيها بالغبن. قال اللخمي: دعوى الغلط بعد القسم على أربعة أوجه: أحدها: أن يعدل ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذ ذلك بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطاً، فهذا ينظر إليه أهل المعرفة، فإن كان سواء أو قريباً من السواء وإلا نقض القسم وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط. والثاني: أن يقولوا: هذه الدار تكافىء هذه، وهذا العبد يكافىء هذا من غير ذكر القيمة، ثم يقترعان أو يأخذان ذلك بغير قرعة، والجواب فيه كالأول، لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم، وكذلك إذا قالوا: هذه الدار تكافىء هذا المتاع، أو هذه العبيد ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة ثم تبين أن القيمة غير مختلفة. والثالث: أن يقول أحدهما: خذ هذه الدار وهذا العبد من غير تقويم ولا ذكر مكافأة، فإن كانت القسمة بالتراضي مضت المغابنة على ما كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها في البيع، وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بتغابنهما كانت فاسدة تفسخ بالجبر وإن لم يدع واحد منهما إليه لأن القرعة على ذلك غرر، وإن كانا يظنان إنها متساوية كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب. والرابع: أن يختلفا في الصفة التي وقع القسم عليها مثل أن يقتسما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة وقال: هي نصيبي على هذا اقتسمنا، وقال الآخر: الواحد منها لي وأنا سلمته غلطاً، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال. وقال ابن القاسم: القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه. وقال أشهب: القول قول الحائز مع يمينه. وقال محمد بن

بينة ولا تفاحش يوجب حلف المنكر، وبأحدهما يوجب نقضه (كالمراضاة إن أدخلها مقوماً) تقدم هذا

وَأَجْبِرْ لَهَا كُلَّ، إِنْ انْتَفَعَ كُلُّ

عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده، ثم ذكر كلاماً لابن حبيب في هذا القسم الرابع. قال الرجراجي: إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين: أحدهما: أن يلوا القسم بأنفسهم، والثاني: أن يقدموا من يقسم بينهم فإن ولوا القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي ثم قال: وأما إذا قدموا من يقسم بينهم فادعى أحدهم أن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم في المدونة: لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم قسمته، فإذا فرغ منها نظر السلطان فيها، فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد، فإن رضي جميعهم برده ونقضه ليستأنفا القرعة أو التراضي بقسمته مرة أخرى لم يجز لأنهم ينتقلون من معلوم إلى مجهول وهو ما يخرج لهم في المستقبل ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئاً معلوماً معيناً جاز. وإن وجد السلطان غيباً فاحشاً نقضه قولاً واحداً، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم في المدونة: إنه يرد. وقال أشهب: لا يرد انتهى. وقال في التنبيهات: القسمة على أربعة أضرب: قسمة حكم وإجبار وهي قسمة القرعة، وقسمة مراضاة وتقويم، وقسمة مراضاة على تعديل، وحكم هذه حكم البيوع في كل وجه، ولا يرجع فيها بغبن على القول أنه لا يرجع في البيوع، ويرجع بالغبن في الوجهين في الأولين ويعفى عن اليسير في ذلك في قسمة المراضاة. واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير، فذهب ابن أبي زيد وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبى ذلك آخرون وقالوا: تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه ولا يفرق فيه بين القليل والكثير انتهى. ونحو لابن ناجي كما نقله ابن عرفة والله أعلم. ص:

(وأجبر لها كل إن انتفع كل) ش: فلا يقسم الفرن والرحى والمعصرة، فلو خربت أرضه حتى صارت براحاً لا بناء فيها، فهل تقسم؟ انظر البرزلي في أوائل القسمة فإنه حكى في ذلك خلافاً، وتقدم بعض كلامه في باب الشركة. وسئلت عن له سهمان وخمسة أسهم في أرض متعددة بعضها مشتمل على نخل وهي كلها بوادي نخلة وسقيتها ثلاث وجبات وثلاث، فطلب من شركائه القسمة بأن يقوموا الأرض ويعطوه من ذلك قطعة بقدر ما يخصه، فإن فضل له شيء أخذه، وإن فضل عليه شيء سلمه وقال له شركاؤه: ما نعطيك إلا قدر حصتك من كل أرض ونخل. فأجبت بجمع الأراضي التي فيها النخل على حدة إذا كانت متقاربة بحيث يكون بينهما كالميل ونحوه وكانت متساوية في النفاق والرغبة فيها، وكذلك تجمع الأراضي التي لا نخل فيها إذا كانت متقاربة كذلك وكانت متساوية في النفاق والرغبة،

عند قوله: «قرعة ومراضاة فكالبيع». (وأجبر لها كل) تقدم عند قوله: «قرعة وهي تمييز حق» (إن انتفع كل) ابن رشد: الذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه. انظر عند قوله: «أو فيه فساد».

وَالْبَيْعُ إِنْ نَقَصَتْ حِصَّةُ شَرِيكِهِ مُفْرَدَةً لَأَنَّ كَرْبِعَ غَلَّةٍ أَوْ اشْتَرَى بَعْضًا،

ويقسم كل صنف على حدته إذا كان يحصل لأقل الشركاء حصة بشيء ينتفع به، فإن لم يحصل له شيء ينتفع به لم يجبر على القسم، فإن دعا أحد الشركاء إلى البيع جبر له بقية الشركاء إذا كانت حصته تنقص إذا بيعت مفردة، وليس لشركائه أن يقولوا له: نعطيك من كل قطعة في الأرض بقدر حصتك إذا كان لا ينتفع بذلك، إما تراضوا على أن يقوموا بالأراضي ويعطوه قطعة منها، إما بقدر حقه أو بأقل أو بأكثر وإلا يبيع عليهم والله أعلم. ص: (وللبيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشترى بعضاً) ش: يعني وأجبر الشركاء لبيع الشيء المشترك من عقار وحيوان وعروض إذا لم يمكن قسمه وكانت حصة أحدهم إذا بيعت مفردة نقص ثمنها. قال ابن عرفة: إذا دعا أحدهم لقسم ثوب بينهما لم يقسم وقيل لهما: تقاوماه بينكما أو يبعاه، فإن استقر على ثمن فلمن أبيع أخذه وإلا يبيع. وفيها أيضاً: وإن لم ينقسم ما بينهم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بميراث أو غيره فمن دعا إلى بيعه جبر عليه من أباه ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطي فيه انتهى. وانظر كلام ابن غازي فإنه جامع حسن. وقال في آخر كتاب البيوع من النوادر: قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون وأصبغ في شيء لا ينقسم بين الرجلين فيريد أحدهما المقاومة فيه قال: لا يلزم صاحبه المقاومة فيه، وعليه أن يبيع معه، وإن رضيا بالمقاواة تقاوياه بينهما بالمزايدة وبما أحبا بلا قيمة، ولا يقوم بقيمته ثم يتزايدان عليها. وإذا أمر بالبيع معه فإذا بلغ فمن شاء أخذه منها بذلك، ومن شاء تركه. ولو باع أحدهما نصيبه وحده مضى ذلك ولم يكن له أخذه بالثمن ليعمل مع من دار له إن شاء كما كان يعمل مع الشريك الأول، يريد إن لم يقم بالشفعة فيما فيه شفعة ولم يكن بائعاً معه انتهى. وقد تقدم في كلام ابن رشد أن أحد الشريكين أحق بالشيء المشترك بالثمن الذي يأخذه الغير بلا خلاف قبل البيع، فإن وقع البيع مضى وإن لم يكن أحق به إلا فيما فيه الشفعة وكذلك الكراء. وانظر المدونة في كتاب القسمة أيضاً.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الأقضية في القضاء على الغائب: وكتب شجرة إلى سحنون في عبد بين رجلين غاب أحدهما وقام شريكه يطلب بيع نصيبه قال: إن قربت غيبته استؤني حتى يحضر فيقاويه أو يجتمعا على البيع، وإن بعدت غيبته فليبع

(وللمبيع إن نقصت حصة شريكه مفرداً). ابن عرفة: المعروف بالحكم ببيع ما لا ينقسم بدعوى شريك فيه لم يدخل على الشركة، وقيده غير واحد بنقض ثمن حظه مفرداً من ثمنه في بيع كله. ونص المدونة: إذا دعا أحد الأشرار إلى بيع ما لا ينقسم جبر عليه من أباه ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه، وسواء كانت شركتهم يارث أو شراء أو غيره (لا كربع غلة) الذي أفتى به ابن رشد أن رباع الغلات لا يحكم ببيع حظ من أبي البيع. انظر نوازل ابن رشد في حمام بين أيتام وانظر التنبهات (أو اشترى بعضاً). عياض: يجب أن يكون الحكم بالبيع فيما ورث أو اشتراه الأشرار جملة

وَإِنْ وَجَدَ عَيْبًا بِالْأَكْثَرِ فَلَهُ رَدُّهَا، فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ بِكَهْدَمٍ: رَدُّ نِصْفِ قِيَمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ، مَا

للدخائر العبد وتوقف حصّة الغائب من الثمن انتهى. ونقله أيضاً ابن بطال في المنع في باب القضاء على الغائب. وذكر البرزلي في مسائل القسمة عن المازري أن القاضي يبيع ما لم ينقسم من العقار إذا كان الشريك غائباً ويوقف ثمنه له.

فرع: إذا طلب أحد الشركاء إخلاء الدار قبل القسمة أو قبل البيع، وقال الآخر: تقسم وأنا فيها أو ينادى عليها وأنا فيها. انظر ذلك في مسائل القسمة من البرزلي، وانظرها في مسائل الدعوى والحيازات عن ابن سهل والتوضيح وبهرام في هذا المحل، وتقدم الكلام على ذلك في باب الشركة والله أعلم. ص: (وإن وجد عيباً بالأكثر فله ردها) ش: يريد ونصيب صاحبه السالم لم يفت يدل عليه قوله: «فإن فات» وقوله: «بالأكثر» يريد وكذلك وجه الصفقة ولو لم يكن الأكثر. قال ابن الحاجب: فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الباقي فله رد الجميع انتهى. قاله ابن عبد السلام. وكما له الرد بإطلاعه على العيب في وجه ما أخذ فكذلك يكون له الرد بإطلاعه على العيب في أكثره انتهى. وفي المدونة ما نصه باختصار ابن عرفة وفيها: إن وجد أحد الشريكين بعد القسم في حظه عيباً، فإن كان المبيع وجهه أو أكثر رد الجميع وابتدأ القسم، فإن فات ما بيد صاحبه رد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود، وإن كان الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت، فإن كان المبيع سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمناً ثم يقتسمان المبيع كان قسم قرعة أو تراض انتهى. وقول المؤلف: «فله ردها» وابن الحاجب: «فله رد الجميع» الظاهر أن اللام فيه للإباحة. وانظر ما يقابل قولهما: «فله رد الجميع» هل وله المبيع ويرجع بنصف ما يخصه ثمنه كما في عيب الأقل أم لا، أو له التمسك بما حصل له فقط من غير رد وهو الذي يظهر من لفظ المدونة فتأمل والله أعلم. ص: (فإن فات ما بيد صاحبه بكهدم رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما) ش: لا يدخل في قوله: «كهدم البيع» وإن كان قد ذكره أبو سعيد في تهذيبه لأن القاضي عياضاً تعقبه. ونقله عنه في التوضيح وكذلك حوالة الأسواق. قال في المدونة: وليس حوالة الأسواق في الدور فواتاً انتهى. وقال ابن عرفة: ولو اقتسما قمحاً. فظهر عيب بحظ أحدهما بعد طحنه ففي رد قيمته أو مثله ثالثها يكون شريكاً بقيمة الطحن في الدقيق وما بقي، وحصّة الآخر بينهما، لها ولابن عبدوس عن أشهب. سحنون: ليس الطحن بفوت فكذا في الخشب. انتهى والله أعلم. وقوله: «يوم قبضه» قال ابن عبد السلام: إن كان معناه أن يوم القبض هو يوم البيع فصحيح وإلا فانظر هل يقال القيمة في البيع الصحيح يوم البيع وهذا بيع صحيح، أو يقال لما انتقضت القسمة انتقض البيع فلا يضمن إلا يوم القبض انتهى. قال ابن

في صفقة، ومن دخل على الشركة فلا جبر له. انظر أول البيوع عند قوله: «وتولاه المشتري» وانظر قبل هذا عند قوله: «ولو بعلاً» (وإن وجد عيباً بالأكثر فله ردها فإن فات ما بيد صاحبه كهدم رد

سَلِمَ بَيْنَهُمَا، وَمَا بِيَدِهِ رَدُّ نِصْفِ قِيَمَتِهِ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا، وَإِلَّا رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِمَّا بِيَدِهِ ثَمَنًا، وَالْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا.

عرفة: هذا هو الصحيح وعليه حملة الأشياخ، ونحوه قول الغير في النكاح الثاني: إذا وهبت المرأة صداقها ثم طلقها قبل البناء أنه يرجع عليه بقيمة ذلك يوم قبضه، ولا بن القاسم يوم وهبته، لأنها لا تضمن هلاكه بأمر من الله وهنا يضمنه بذلك من هو في يده انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن حبيب: إن فات بعضه رد قيمة ما فات، وإن فات نصف المعيب رد نصفه.

فرع: فإن فات النصيبان معاً فإنه يرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادت قيمته على قيمة المعيب. قاله ابن عبد السلام وهو ظاهر. ص: (وما بيده رد نصف قيمته) ش: قال ابن عبد السلام: يوم القبض على ما تقدم انتهى. فإن فات بعضه فقد تقدم فرق هذا عن ابن عرفة والله أعلم. ص: (وما رد بينهما) ش: كذا في بعض النسخ ويعني به ما رد بسبب العيب الذي اطلع عليه. وفي بعض النسخ: «وما سلم بينهما» ويعني به أيضاً المعيب الذي اطلع عليه وعبر عنه بقوله: «وما سلم» أي ما سلم من الفوات في مقابلة نصيب صاحبه الذي فات فتأمله والله أعلم. ص: (وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمناً والمعيب بينهما) ش: يشير إلى قوله في المدونة: إن كان المعيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت إذا لم ينقض القسم ولكن ينظر، فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمناً ثم يقتسمان هذا المعيب انتهى. فقوله: «بنصف المعيب» فيه حذف مضافين والتقدير بنصف قيمة مثل المعيب. وقوله: «مما في يده» من السالم الذي في يد شريكه كما قال في المدونة، وهذا أبين من قول المصنف: «فيه حذف مضافين» أي بمثل قيمة نصف المعيب من الصحيح والله أعلم.

تنبيه: هذا ظاهر إذا كان المعيب متميزاً عن السالم، وأما إذا كان المعيب يعم جميع

نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما وما بيده رد نصف قيمته وما سلم بينهما) من المدونة قال ابن القاسم: إذا اقتسم شريكان دوراً أو أرضين أو رقيقاً أو عروضاً فوجد أحدهم ببعض ما أخذ عيباً، فإن كان وجه ما نابه أو أكثره رد الجميع وابتدأ بالقسم، فإن فات ما بيد صاحب بهدم أو بيع أو هبة أو حبس أو صدقة أو بناء الرد قيمته يوم قبضه فيقتسمان تلك القيمة مع الحاضر المردود. ابن حبيب: وإن فات بعضه رد قيمة ما فات فكان ذلك مع ما لم يفت بينهما، وكذلك بعض النصيب الذي وجد فيه العيب. ومن المدونة أيضاً: لو بنى أحدهما في حظه أو هدم بعد القسم ثم وجد عيباً فذلك فوت يرجع بنصف قيمة المعيب ثمناً على ما فسرنا (وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمناً والمعيب بينهما) من المدونة قال ابن القاسم: وإن كان المعيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت إذ لم ينتقض القسم ولكن ينظر، فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده ربع على صاحبه بقيمة

وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفَ أَوْ ثُلُثًا خَيْرٌ لَّا رُبْعٌ، وَفَسِخَتْ فِي الْأَكْثَرِ:

ما أخذه أحدهما لكنه ينقص ثمنه يسيراً فلا يتأتى شيء منه على من أخذ السالم لكن يرجع بنصف قيمة ما زاده السالم على المعيب. قاله ابن عبد السلام. ولم يتعرض المؤلف في هذا الشق لتفريق الفوات من غيره. أما فوات النصيب السالم نصيبه من المعيب فهو مساوٍ لعدم فواته كما قاله في المدونة ونقله عنه غير واحد، وأما فوات نصيب المعيب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان العيب يعم جميع النصيب لكنه ينقص من ثمنه يسيراً، وهو والله أعلم المشار إليه بقوله في المدونة: ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة ثم وجد عيباً فذلك فوت ويرجع بنصف قيمة العيب ثمناً على ما فسرنا. انتهى والله أعلم. ص: (وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر) ش: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون المستحق شائعاً من جميع المقسوم أو من حصة أحدهم أو معيناً وليس كذلك، وإنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفصل فيه على ما ذكر، وفيه ما نبه عليه ابن غازي وغيره. وأما إذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحد الشريكين على صاحبه لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر وهذا ظاهر، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: وإن استحق بعض معين. واعلم أن مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصبة بعد القسمة قال عياض في التنبهات: جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة، واضطرب بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم في تحقيق مذهبه في ذلك انتهى. وقد لخص في الباب من ذلك كلاماً ونصه: وإذا وقع الاستحقاق في شائع ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع المليون على المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه، فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كان الميت لم يترك

نصف سبع ما أخذ ثمناً ثم يقتسمان هذا المعيب. (وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر) من المدونة: إن اقتسما عبيدين فأخذ هذا عبداً وهذا عبداً فاستحق نصف عبد أحدهما فللذي استحق ذلك من يده أن يرجع على صاحبه بربع العبد الذي في يديه إن كان قائماً، وإن فات رجع على صاحبه بربع قيمته يوم قبضه ولا خيار له في غير هذا. قال أبو محمد: لما استحق نصف ما صار إليك لم يكن لك رد باقيه بخلاف مبتاع عبد يرده باستحقاق يسيره لضرر الشركة. ومن المدونة أيضاً: لا ينتقض القسم إلا باستحقاق جل نصيبه، فإن استحق نصيب أحدهما لم ينتقض القسم ورجع على صاحبه بربع قيمة ما بيده ولا ينتقض القسم في مثل هذا. ابن يونس: وبلغني عن بعض فقهاءنا القرويين أن الذي يتحصل في وجود العيب أو الاستحقاق يطرأ بعد القسم أن ينظر، فإن كان ذلك كالربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان نحو النصف أو الثلث فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم، وإن كان فوق النصف انتقض القسم. ابن يونس: وهذا

كَطُرُوْ غَرِيْمٍ، أَوْ مُوصَى لَهُ بَعْدَ عَلَى وَرَثَةٍ، أَوْ عَلَى وَارِثٍ، وَمُوصَى لَهُ بِالثَّلْثِ، وَالْمَقْسُوْمُ: كَدَارٍ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، أَوْ مِثْلِيًّا، رَجَعَ عَلَى كُلِّ، وَمَنْ

غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة لابن القاسم، قال: مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً، وإن كان يسيراً رجع بقيمته. وقال: مرة يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيراً أو قليلاً. وقال: مرة ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكاً.

تنبيه: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة في المدونة وأجوبة مختلفة اضطربت فيها مسائل الشيوخ في تحقيق مذهبه، وقد نبه عليها القاضي عياض في تنبيهاته. قال بعض الشيوخ: والذي يظهر من مذهبه المعلوم في البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع، وأن القسمة تستوي مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وهو الربع فما دونه، وفي الجمل الذي يرد فيه البيع ويفسخ معه القسمة، ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك، ولا تقسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكاً فيما بيد صاحبه وكذلك العيب. ابن يونس: وهذا تحصيل حسن وليس في مسائل الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما فإنه قال: يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه، ولو قال: «يرجع فيما بيد صاحبه» لاستوت المسائل وحسن التأويل ولم يكن في الكلام تناقض. انتهى كلام اللباب بلفظه. ص: (كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة أو وارث وموصى له بالثلث والمقسوم كدار وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل ومن

التحصيل حسن ليس في هذا الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها. انظره فيه (كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة) مقتضى ما يتقرر أن هذا ليس بحق لله. وقد قال اللخمي: القول بفساد القسمة لطرو الدين خارج عن الأصول، إنما يذكر للمذاكرة والأصل المعروف صحة القسم لكن يتعلق به حق لا دين وهو الغريم. ألا ترى أنه لو رضي الغريم كونه في ذمتهم ويقتسمون لجاز ذلك، فلو كان النهي حقاً لله تعالى لم يجز برضا الغريم، وكل موضع يجوز التراضي ممن له حق فلا يقال فيه فاسد، والفاسد ما تعلق به حق الله تعالى. فالربا حق لله لا يجوز التراضي عليه، والتدليس بالعيب منهي عنه. ولو رضي المشتري لجاز ولا يقال: إنه فاسد انتهى. من المدونة: إذا قسم القاضي بين الورثة لم يأخذ منهم كفيلاً بالحق من دين، فإن طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال. اللخمي: والموصى له بتسمية من العين مثل أن يوصى له بمائة دينار والثلث يحملها إذا طرأ على الورثة صار بمنزلة غريم طرأ على ورثة. قال في المدونة: لو قدم موصى له بدنائير أو دراهم يحملها الثلث كان كلحوق الدين، أما وحده أو نقض القسم ولا يجبروا على أدائه من أموالهم ومال الميت قائم، وما هلك بأيديهم مما أخذوه من مال الميت بغير سبهم لم يضمه (أو على وارث أو موصى له بالثلث والمقسوم كدار) من المدونة: إن كانت التركة دوراً وليس فيها عين فاقسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم انتهى. ما أظن أن

أَعْسَرَ: فَعَلِيهِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا، وَإِنْ دَفَعَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ مَضَتْ: كَبَيْعِهِمْ بِلَا عَيْنٍ، وَأَسْتَوْفَى مِمَّا وَجَدَ
ثُمَّ تَرَاجَعُوا. وَمَنْ أَعْسَرَ: فَعَلِيهِ، إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا،

أعسر فعليه إن لم يعلموا وإن دفع جميع الورثة مضت كبيعهم بلا عين واستوفى مما وجد
ثم تراجعوا ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا) ش: ذكر رحمه الله أربع مسائل: الأولى: أن يطرأ
غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة. الثانية: أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة بعد
القسمة أيضاً. الثالثة: أن يطرأ غريم على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة. الرابعة: أن
يطرأ موصى له بعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضاً. وذكر أن الحكم في
الصور الأربع نقض القسمة لأنه شبهها بمسألة استحقاق الأكثر حيث قال: وفسخت في
الأكثر كطرو غريم الخ. إلا إن شرط في نقض القسمة أن يكون المقسوم داراً أو ما يشبه الدار،

المؤلف عنى إلا هذا فلو قال: «أو وارث أو موصى له بالثلث على وارث والمقسوم كداره لتنزل على
المدونة (وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل ومن أعسر فعليه) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا طرأ
وارث أو موصى له بثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من
حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يتبع الملىء بما على المعدم. وليس كغريم طرأ على ورثة
ولكن كغريم طرأ على غرماء، وقد قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع الملىء إلا بما عنده
من حصة في الحصص (إن لم يعلموا) نحو هذا قال ابن عرفة واللخمي. ومن المدونة: إن جهل
الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقسموا فالقسمة ترد إن كان ما اقتسموه قائماً، وإن
أتلف أحدهم حظه يريد وأعدم فرب الدين اتباع الذي بقي حظه بيده، فإن أخذ منه دينه وبقي بيده
زيادة ردت إلى ما أتلفه الوارث الآخر وكان هو التركة ويضمن كل وارث ما استهلك، ولا يضمن
ما هلك بأمر من الله وضمانه من جميعهم. راجع ابن يونس (وإذا دفع جميع الورثة مضت) من
المدونة: لكل واحد من الورثة أن يفتك ما يباع عليه في الدين بأداء ما ينوبه. وإن قال واحد أنا أوذي
جميع الدين أو الوصية عيناً كانت أو طعاماً ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد
قسموا ربعاً أو حيواناً فذلك له (كبيعهم بلا عين) في المقدمات: طرو الغريم أو الموصى له أو الوارث
على التركة بعد اقتسامها فيه إحدى عشرة مسألة ثم قال في أثناء كلامه: ولا خلاف أن الورثة لا
يضمنون بالقسمة التلف بأمر من السماء، وأما ما أكلوه واستهلكوه فإنهم يضمنونه. واختلفوا هل
يضمنون بالأحداث كالبيع والهبة والعتق؟ فذهب ابن حبيب إلى أنهم يضمنون فيلزمهم أن يردوا ولا
يرجع على الموهوب له بشيء. وذهب أشهب وسحنون إلى أنهم لا يضمنون ويرجع صاحب الدين
على الموهوب له ولا يكون له في البيع على المشتري شيء إلا أن يكون فيه محاباة فيكون حكمها
حكم الهبة. وفي المدونة دليل على القولين جميعاً. وأما المكيل والموزون فاختلف إن قامت بينة بتلفه،
راجع المقدمات. وانظر إن كان خليل أشار إلى هذا (واستوفى مما وجد ثم تراجعوا وإن أعسر فعليه
إن لم يعلموا) المناسب أن أنقل هنا ما نقلته قبل هذا عند قوله: «إن لم يعلموا» فانظر أنت ذلك مع

يريد المقومات كالعبيد والشياب ونحوها. واحترز بذلك مما لو كان المقسوم عيناً أو مثلياً فإن القسمة لا تنقض كما صرح به في قوله: «وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل من الورثة بحصته». ويشترط في نقض القسمة إذا كان المقسوم كدار أن لا يدفع الورثة يريد أو أحدهم جميع الدين، فإن دفعوا الدين من أموالهم أو دفع بعضهم لم تنتقض، وكذلك إذا دفعوا العدد الموصى به لم تنتقض القسمة، وهذا الشرط يفهم من قول المصنف: «وإن دفع جميع الورثة مضت». وأما قول المؤلف في مسألة ما إذا كان المقسوم عيناً أو مثلياً إن من أعسر فعليه إن لم يعلموا فمشكل لأنه يقتضي أن الورثة إذا اقتسموا التركة وكانت عيناً أو مثلياً ثم طرأ عليهم غريم فوجد بعضهم موسراً وبعضهم معسراً فإنه إنما يرجع على الموسر بحصته ويتبع المعسر بحصته إذا لم يكونوا عالمين بالدين وليس كذلك، وإنما يكون هذا فيما إذا طرأ غريم على غرماء أو وارث على ورثة أو موصى له على موصى لهم، وأما إذا طرأ الغريم على الورثة فإنه يرجع على الملىء منهم بجميع الدين حتى يستوفي جمع ما أخذه الوارث، ثم يتبع الوارث بقيمة الورثة، سواء علموا بالدين أو لم يعلموا، ومثله في الإشكال قوله بعد: «ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا» قال في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دوراً ورقيقاً وصاحب الدين غائب، فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاققسموا ميراثه ثم علموا بالدين، فالقسمة ترد حتى يستوفى الدين. وإن كان ما اقتسموا قائماً فإن أتلف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلرب الدين أخذ دينه مما بيده، فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه وضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلف بقية الورثة، فإن كان هو التركة وما بقي بيد الغارم كان له ويتبع جميع الورثة بتمام موروثه من مال الميت بعد الدين إن بقي له شيء، ويضمن كل وارث ما أكل وما استهلك مما أخذ وما باع فعليه ثمنه إن لم يحاب. قال مالك: وما فات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله من عرض وغيره فلا ضمان على من هلك ذلك بيده وضمانه من جميعهم. قال ابن القاسم: لأن القسمة كانت بينهم باطلة للدين الذي على الميت ثم قال: وإن قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاضٍ وهم رجال. ثم قال بعد هذا: وإذا طرأ على الورثة وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل واحد بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يكون لهذا الوارث الذي طرأ على ورثة الميت أن يتبع الملىء بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على وارث ولكن كغريم طرأ على غرماء. ولو قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع الملىء إلا بما عنده من حصته بالخصاص، وإن كانت التركة دوراً وليس فيها عين فاقسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة. ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم والثلث يحملها كان كلحقوق دين أو دون أو نقض القسم، ولا يجبر الورثة على أدائه من مالهم ومال الميت

قائم. ثم قال: ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية والدين وأبى أحدهم وقال: انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقي فذلك له، ثم قال: ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحداً قتل: أنا أودي جميع الدين أو الوصية، عيناً كانت أو طعاماً، ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد قسموا ربعاً وحيواناً فذلك له انتهى. وعلم أن التفريق بين كون المقسوم عيناً أو مثلياً وكونه كدار إنما ذكره ابن الحاجب فيما إذا طراً وارث على مثله، ولكنه يفهم من كلام غيره وصرح به في اللباب قال: وإذا طراً دين على القسمة يغترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يغترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد، أخذ من كل واحد ما ينوبه، وإن كان بعضهم غائباً أو معسراً أو ملداً أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه. وإن كانت التركة عقاراً أو رقيقاً فسخت حتى يوفى الدين، علموا به أو لم يعلموا. قاله في المدونة. وقال أشهب وسحنون: لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم في الحصص. وإذا طراً غريم آخر رجع على الغرماء ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارئ ولا كان موصوفاً بالدين، ولو فضل بأيديهم شيء رجع عليهم به ويرجع بما بقي على الغرماء، وإذا طراً وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبه، فإذا كان معسراً أخذ فيها من الموسر ما نابه فقط، قاله ابن القاسم. وقيل: بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معاً. ولو ترك داراً فاقتسماها ثم طراً وارث خير في نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه اهـ. ومسألة بيع الورثة تقدمت في التفليس في شرح قول المصنف في باب التفليس واستؤني به إن عرف بالدين في الموت فقط وتقدم الكلام عليها. وقال هنا في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك داراً يبيع منها بقدر الدين ثم اقتسم الورثة باقيةا إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم فبقى لهم الدار يقتسمونها. قال أبو الحسن: إذ لا حجة للطالب إلا في دينه كما لو آداه أجنبي لم يكن له مقال. وظاهره إن كانت أموال الورثة غير طيبة. الشيخ: أما إن كانت أموالهم غير طيبة فله مقال إذا كان مال الميت أطيب منها. انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال ابن غازي: اشتمل كلامه يعني المصنف على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعاً التي في المقدمات، وكأنه أسقط الثلاثة لرجوعها للثمانية كما أشار إليه في المقدمات انتهى. قلت: والثلاثة الباقية هي طرو الغريم على الغرماء والورثة فإن كان فيما أخذه الورثة كفاف دين الغرماء رجع عليهم كما تقدم في طرو الغريم على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجع على الغرماء بقيمة دينه كالعامل في رجوع الغريم على الغرماء. والثانية: طرو الموصى له بجزء على الموصى له بجزء وعلى الورثة. والحكم فيها أن كان ما أخذه الورثة زائداً على الثلث كفاف الجزء الطارئ كان كطرو الموصى له بجزء على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف رجع بالباقي على الموصى لهم. والثالثة: طرو الغريم على الورثة والموصى لهم بأقل من الثلث.

وَإِنْ طَرَأَ: غَرِيمٌ، أَوْ وَارِثٌ، أَوْ مُوصَى لَهُ عَلَى مِثْلِهِ، أَوْ مُوصَى لَهُ بِجُزْءٍ عَلَى وَارِثٍ اتَّبَعَ كُلًّا بِحِصَّتِهِ،

والحكم فيها أن ينظر، فإن كان ما قبضه الموصى له بجزء من الثلث بعد أداء الدين فلا رجوع للغريم عليه إلا في عدم الورثة، وإن كان لا يخرج من الثلث بعد ذلك فيرجع بالزائد على الثلث على من وجد من الموصى لهم مليئاً، وأما قدر الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا في عدم الورثة والله أعلم. ص: (وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلاً بحصته) ش: هذا إذا كان المقسوم عيناً، وأما إن كان داراً فإن للوارث نقض القسمة. قاله في المدونة وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: ولو طرأ وارث والمقسوم كدار فله الفسخ، وإن كان المقسوم عيناً رجع عليهم، ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا به. وقال أشهب: من أعسر فعلى الجميع. قال في التوضيح: قوله: «فله الفسخ» أي وله أن يكون شريكاً لكل واحد بما ينوبه انتهى. وقد تقدم لفظ المدونة ولفظ الباب لابن راشد فتأمله والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الشهادات: سئل المازري عن قسم موروثه من ربع أو غيره بمعاينة أو غيرها ثم أخرج ولد الميت كتاباً بخط الميت أنه صار له ربع من التركة بمباينة وطلب القيام، فهل يحلف أنه لم يرد هذا الكتاب إلا الآن وأنه لم يسقط حقه بعد عشوره؟ فأجاب: يحلف بعد القسمة أنه لم يعلم بالكتاب إلا الآن، لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المقتسمة إلا أن يثبت المطالب أنه من أهل العدالة والدين بحيث لا يتهم. وأما حلفه أنه لم يسقط حقه بعد عشوره على الكتاب فيلزم إلا أن يظهر من طول زمانه بعد عشوره وقرائن الأحوال ما يستراب به حاله في إسقاط حقه فينظر في هذا انتهى. وقال في النوادر: ومن

هذا وراجع الفقه. (وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له على مثله أو موصى له بجزء له على وارث اتبع كلاً بحصته) أما مسألة طرو الغريم أو الوارث أو الموصى له على مثله فقال ابن رشد: المسألة الأولى: من الإحدى عشرة مسألة طرو الغريم على الغرماء. الثانية: طرو الوارث على الورثة. الثالثة: طرو الموصى له على الموصى له. حكم هذه المسائل الثلاث سواء، وهو أن يتبع الطارئ كل واحد منهم بما ينوبه ولا يأخذ الملىء منهم بالمعدم، فإن وجد بأيديهم ما قبضوا قائماً لم يفت أخذ من كل واحد منهم ما يجب ولم تنتقض القسمة إن كان ذلك مكيفاً أو موزوناً، وإن كان ذلك عروضاً أو حيواناً انتقضت القسمة لما يدخل عليه من الضرر في تبييض حقه. واختلف هل يضمن كل واحد منهم للطارئ ما ينوبه مما قبض إن قامت له بينة على هلاكه من غير سببه؟ راجع المقدمات مع ما تقدم عند قوله: «أو ثلث بخير لا ربع». وأما مسألة طرو الموصى له بجزء على وارث فقال ابن رشد: المسألة التاسعة طرو الموصى له بجزء على الورثة، ذهب ابن القاسم إلى أن ذلك بمنزلة طرو الوارث

وَأُخْرَتْ، لَا دَيْنَ لِحَمْلٍ، وَفِي الْوَصِيَّةِ: قَوْلَانِ،

كتاب ابن سحنون سئل عن ادعى داراً بيد امرأة أبيه أنها لأبيه تركها لورثته وسماهم، ثم جاء بيينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيرها إليه في حق له قبله من قبل ميراثه من أمه وذلك عند خروجه إلى الحج ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم: قد ادعيتها أولاً ميراثاً والآن لنفسك، فقال: لم أعلم بهذه البينة الأخيرة. فقال سحنون: لا يقبل منه لأنه كذب بيته بدعواه الأولى. انتهى فتأمل ذلك مع ما تقدم والله أعلم. ص: (وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان) ش: يعني أن القسمة تؤخر إذا كان في الورثة حمل، ولا تقسم التركة حتى يوضع الحمل وإن قال له الورثة: نحن نجعل الحمل ذكراً ونعزل له ميراثه، قال ابن رشد: باتفاق. وأما قضاء الدين فلا يؤخر ويؤدى باتفاق، وفي إنفاذ الوصية قولان. هكذا حصل ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب من كتاب القسمة، وذكر فيه عن ابن أيمن أن الدين يؤخر أيضاً واعترضه وقال: إنه من الغلط الذي لا يعد خلافاً ولا حجة له. قال ابن عرفة في تغليظه ابن أيمن: وقوله: «لا حجة فيه له» نظر بل هو الأظهر وبه العمل عندنا ودليله من وجهين: الأول: أن الدين لا يجوز قضاؤه إلا بحكم قاض وحكمه يتوقف على ثبوت موت المديان وعدد ورثته، ولا يتصور عدد ورثته إلا بوضع الحمل، فالحكم متوقف عليه، وقضاء الدين متوقف على الحكم، والمتوقف على متوقف على أمر متوقف على ذلك الأمر. الثاني: أن حكم الحاكم متوقف على الإعذار لكل الورثة والحمل من جملتهم، ولا يتقرر الإعذار في جهته إلا بوصي ومقدم وكلاهما يستحيل قبل وضعه فتأمل. انتهى من آخر كتاب الفرائض من مختصره وذكرها هناك تبعاً لابن الحاجب.

قلت: ما استدل به لابن أيمن مبني على أنه لا يكفي في الحكم بالحمل ثبوت عدد الورثة الموجودين والحمل وأنه لا يكون للحمل وصي ولا ولي. وابن رشد: لا يسلم ذلك وهو الظاهر، وقد صرح في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح بأن للناظر للحمل أن يصلح الزوجة على ميراثها إذا لم يكن فيه غرر كأن يترك زوجة حاملاً وبين

على الورثة (وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان) أما مسألة الإرث فقال ابن رشد: من مات وترك امرأة وجب أن لا يعجل إرثه حتى تسأل، فإن قالت: إنها حامل وقفت التركة حتى تضع أو يظهر عدم حملها بانقضاء عدة الوفاة وليس بها حمل ظاهر، وإن قالت: لا أدري آخر الإرث حتى يتبين أن لا حمل فيها بأن تحيض حيضة أو يمضي أمد العدة ولا ربية حمل بها. وكذا إن كان ولد فقالت زوجته: عجلوا لي ثمني لتحققه لي لم يكن لها ذلك انتهى. وأما مسألة الدين فقال الباجي: الصحيح أن الدين يؤدى ولا ينتظر به الوضع خلافاً لابن أيمن. وأما مسألة الوصية فسمع ابن القاسم أنها لا تنفذ حتى تلد، ورواه ابن أبي أويس أيضاً وقاله ابن مسلمة. قال: لأن ما يهلك من رأس المال وما يزيد فهو منه يريد فيكون الموصى له قد استوفى وصيته على غير ما ورث الورثة. وروى ابن نافع:

ونصه: ولا خلاف عندي في أن للناظر للحمل أن يجيز الصلح عليه ويمضيه إذا رآه نظراً له ولم يكن فيه غرر ولا فساد لعلم الزوجة بنصيبها، ولا في أن للناظر للحمل أن يصالح الزوجة عنه قبل أن يوضع إذا كان نصيبها معلوماً انتهى. وذكر في رسم العتق الثاني من سماع أشهب أن الورثة إذا عزلوا للحمل ميراثه على أنه ذكر وقسموا بقية الميراث لم يكن لهم رجوع على ما عزلوه للحمل إن نقص ما بأيديهم أو هلك، وإن تلف ما وقفوه له رجوع عليهم إن وجدهم أُملياء وإن أعدم بعضهم رجوع على الأُملياء فقاسمهم فيما بأيديهم ثم رجع هو وهم على العدماء، فإن نما ما بأيديهم كان له الرجوع في ذلك لأن قسّمهم لا يجوز عليه، ولو نما ما وقفوه له لم يكن لهم في ذلك قول لأنهم قد رضوا بما أخذوا، فالقسمة تجوز عليهم ولا تجوز عليه. ولو كان للحمل ناظر قسم عليه لجازت القسمة لهم وعليهم. وقال بعد فيمن ترك زوجة حاملاً وأبوين: الواجب أن يوقف الميراث حتى تضع، فإن ترك الميت ولداً وجعلوا الحمل ذكراً وعزلوا له ميراثه واقتسموا ما بقي كانت مقاسمتها، والحكم فيها على ما تقدم في المسألة التي قبلها. انتهى يعني ما تقدم. وقال في رسم الأقضية قبله: قال مالك في المبسوط: فإن جهل الورثة فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك، لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها. قال ابن القاسم مفسراً لقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، وأما الحمل فله أن يرجع على من كان من الورثة ملياً فليقاسمهم ما في أيديهم ويتبع هو وهم المعدمين لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم، ولو أعطوا الورثة والناظر لليتيم ثمنها أو صالحوها عنه لجاز ذلك، ولم يكن للورثة وللحمل رجوع عليها بما تلف من المال أو هلك أو نقص انتهى. وقال في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر نحو ما ذكره في سماع أشهب من كتاب القسمة ما نصه: ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها: أن من أثبت حقاً على صغير قضى له به عليه ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك. فإذا قضى على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لتأدية دين الميت، وهذا كله بين لا ارتياب فيه انتهى. وقال فيه: ولو كانت الوصية إنما هي بعدد من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل تنفيذ الوصية وتؤخر قسمة بقية المال حتى يوضع الحمل قولاً واحداً، إذ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة. انتهى.

فرع: فلو خلف الميت عقاراً وأراد بعض الورثة أن يبيع ما خصه منه مما هو له على كل حال كما لو أرادت الزوجة بيع الثمن ونحو ذلك، فلم أر الآن فيه نصاً صريحاً، والظاهر أنه جارٍ على القسمة. فعلى المشهور لا يجوز وإن وقع جاز عليها وعلى من معها من الكبار، ولا يجوز على الحمل إلا أن يجيزه الناظر على الحمل والله أعلم. وتقدم كلام الشامل في بيع الورثة قبل قضاء الدين في باب التفليس وكلام المدونة وأبي الحسن، وانظر البرزلي في مسائل القسمة.

وَقَسَمَ عَنْ صَغِيرٍ: أَبٌ، أَوْ وَصِيٍّ وَمُلْتَقِطٌ: كَقَاضٍ عَنْ غَائِبٍ، لَا ذِي شُرْطَةٍ أَوْ كَنَفَ أَخًا، أَوْ أَبٍ عَنْ كَبِيرٍ، وَإِنْ غَابَ، وَفِيهَا: قَسَمَ نَخْلَةً، وَزَيْتُونَةً إِنْ آغْتَدَلْتَا، وَهَلْ هِيَ قُرْعَةٌ وَجَارَتْ لِلْقِلَّةِ، أَوْ مُرَاضَاةٌ؟ تَأْوِيلَانِ.

ص: (وقسم عن صغير أب أو وصيه) ش: اعلم أنه إذا كان الصغير متحداً وشريكه كبيراً أو أجنبياً فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف، وأما إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيراً، فإن كان حظ الصغار مشتركاً جاز القسم أيضاً بلا خلاف، وإن كان حظ كل

تنفذ الوصية ويؤخر قسم الإرث حتى تلد. وقاله أشهب. (وقسم عن صغير أب أو وصيه) من المدونة قال ابن القاسم: يجوز أن يقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه الدور والعقار أو غيرها، ملك ذلك يارث عن أمه أو بغير ذلك. وقاله مالك. ولا يقسم الوصي على الأصغر حتى يرفع ذلك إلى الإمام فيقسم بينهم إذا رآه نظراً. وإذا قاسم للصغير أبوه فحاي لم تجز محاباته في ذلك ولا هبته ولا صدقته في مال ابنه الصغير، ويرد ذلك إن وجد ولم تفت عينه. وإن كان الأب موسراً فإن فات ذلك ضمنه الأب. وفي نوازل ابن الحاج: القسمة بالتعديل بين الأيتام جائزة إذا ثبت السداد ولو كانت بالقرعة كانت أحسن. (وملتقط) من المدونة: يجوز قسم ملتقط اللقيط عليه (كقاض عن غائب) من المدونة قال ابن القاسم: إذا ورث قوم داراً والشريك غائب فأحبوا القسم فالقاضي يلي ذلك على الغائب ويعزل حظه، وكذلك هذا في الرقيق وجميع الأشياء. وانظر قد نصوا أنه جائز أن يقسم القاضي داراً هي بيد اثنين من غير ثبوت ملكها لهما، وبشهاد القاضي في القضية أنه قسمها بينهما على أقدارهما (لا ذي شرطة أو كفل أخاً) تقدم في الحجر قول ابن سهل: كثير من جهال المفتين يتوهم أن لا يبيع على المحجور إلا القاضي ثم رشح أن من ولي يتيماً لقراءة أو لحسبة هو كالوصي يقسم له ويبيع. وقاله ابن القاسم في مولى اللقيط. وزوي عن مالك أن صاحب الشرطة العدل في أحكامه يقسم على الصغار كالقاضي. راجع ابن سهل في الثلث الأخير في ترجمة القسم بين الصغار. ومن المدونة: إن رفعوا لصاحب الشرط فقسم بينهم لم يجز ذلك إلا بأمر قاض. ومن تكفل أخاً له صغيراً أو ابن أخ احتساباً فأوصى له أحد بمال فقام فيه لم يجز بيعه له ولا قسمه (أو أب عن كبير وإن غاب) من المدونة: لا يجوز قسم الأب على ابنه الكبير وإن غاب ولا الأم على ابنها الصغير إلا أن تكون وصية (وفيهما قسم نخلة وزيتونة إن اعتدلا وهل هي قرعة للغلة أو مرضاة تأويلان) من المدونة قلت: فإن كانت نخلة وزيتونة بين رجلين فهل يقتسمانها؟ قال: إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قسمتهما بينهما وإن كرها لم يجبرا. ابن يونس: قوله: «تراضيا» أي تراضيا بينهما فلهذا شرط الاعتدال. قال سحنون: ترك ابن القاسم قوله: «ولا يجمع بين صنفين مختلفين في القسم» انتهى ما لابن يونس. وقال عياض: وحمل بعضهم مسألة النخلة والزيتونة على قسمة القرعة. وقال سحنون: المراد بها قسمة المراضاة انتهى. وانظر هذا كله مع قول خليل: «وهل هي قرعة للغلة» مع ما تقدم عند قوله: «ولا كحائط فيه شجر مختلفة». ومن نوازل الشعبي: سئل أبو إبراهيم عن توتة بين رجلين اقتسماها وحبس

باب القراض

القِرَاضُ:

واحد متميزاً فاختلف فيه على قولين بالجواز والكراهة. وأما إذا كان القسم إنما هو بين الصغار فقط ففي ذلك ثلاثة أقوال: مذهب المدونة عدم الجواز، وقيل: بالكراهة، وقيل: بالجواز والله أعلم. وأما إن كان القسم بين الأب وبنيه أو بين الوصي ومحاجيره فقال ابن ناجي في شرح قول المدونة: ويقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه. أبو إبراهيم الأعرج: أي مع الأجانب، وأما مع الأب أو الوصي فليرفع إلى القاضي انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع القرينان: قوله: «لامرأة وصية على ولدها خذي ثمن المتروك واقسمي ما بقي بأمر العدول لا السلطان» ابن رشد: ظاهره جواز قسمها لنفسها على أولادها بأمر العدول دون السلطان، والمشهور المعلوم أنه لا يجوز إلا بأمر السلطان، فإذا فعلت نقض قسمها إلا أن يجيزه السلطان. وقيل: يجوز إن علم السداد والنظر فيه لهم وهو قوله في هذا السماع، لأنه إنما شرط العدول ليشهدوا بالسداد انتهى. والمسألة في سماع أشهب وابن نافع في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: قسم الوصي على يتيمه بالسهم جائز، وفي جواز قسمه عليه مرضاة بالتعديل قولاً ابن أبي زمنين مع ابن القطان والباجي محتجاً بمسألة الرهون وابن الهندي انتهى. ومقتضى كلامه أن القول بعدم الجواز لابن الهندي فقط، وقال قبله المتيطي: إن شركهم الوصي مع غيرهم ففي جواز مقاسمتهم له ومعهم الأجنبي مرضاة قول ابن أبي زمنين وغيره والله تعالى أعلم.

باب القراض

قال في المقدمات: القراض مأخوذ من القرض وهو ما يفعله الرجل ليجازي عليه من خير أو شر، فلما كان صاحب المال والعامل فيه متفقين جميعاً يقصد كل واحد منهما إلى منفعة صاحبه لينفعه هو، اشتق له من معناه اسماً وهو القراض، والمقارضة لأنه مفاعلة من اثنين، هذا اسمه عند أهل الحجاز، وأهل العراق لا يقولون قراضاً ألبتة ولا عندهم كتاب القراض، وإنما

أحدهما حصته على مسجد فاندق غصن واحد فأجاب: هذه قسمة غير جائزة، وما اندق بينهما مشترك أيضاً بين المسجد، وبين الذي له فيها النصف. ابن شاس.

كتاب القراض

وفيه ثلاثة أبواب: الأول: في أركان صحته وهي خمسة: رأس المال والعمل والربح والعاقدان. الباب الثاني: في حكم القراض وشروطه. الباب الثالث: في التفاسخ والتنازع (القراض

تَوْكِيلٌ عَلَى تَجْرِ، فِي نَقْدِ

يقولون مضاربة وكتاب المضاربة أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠] وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها فيبتاع المتاع على هذا الشرط. وفي قول الصحابة لعمر رضي الله عنه في قصة عبد الله وعبيد الله: «لو جعلته قراضاً» دليل على صحة هذه التسمية في اللغة لأنهم هم أهل اللسان وأرباب البيان، وإذا كان يحتج في اللغة بقول امرئ القيس والنابغة فالحجة بقول هؤلاء أقوى وأولى اهـ. وفي الذخيرة: له اسمان: القراض والمضاربة، أما لفظ القراض فقال صاحب العين: أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك، فالمقارض يعطي الربح كما يعطي المقترض مثل المأخوذ. قال غيره: هو من المقارضة وهي المساواة ومنه تقارض الشاعران إذا تساويا في الإنشاد لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح، وقيل: من القرض الذي هو القطع لأنك قطعت له من مالك قطعة وهو قطع له مما تحت يده أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب لك جزء من الربح الحاصل بسعيه. وسمي مقارضاً مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين، إما لأن كلاً منهما يساوي صاحبه في الربح أو يقطع له مما تحت يده، أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب التعبير بالمتعلق عن المتعلق، أو هو من الصيغ التي لا تقتضي المشاركة نحو «سافر» و«عافاه» الله و«طارقت النعل» إذا جعلته طاقاً على طاق وأما المضاربة فهو إما أن كليهما يضرب في الربح بنصيب، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر. قال ابن عطية في تفسيره: فرق بين ضرب في الأرض وضرب الأرض أن الأول للتجارة، والثاني للحج والغزو والقربات، كأنه للتجارة منغمس في الأرض ومتاعها فقيل: ضرب فيها، والمتقرب إلى الله تعالى بريء من الدنيا فلم يجعل فيها. وسمي مفاعلة على أحد التأويلات المتقدمة في المقارض، والمقارض بالكسر رب المال، وبالفتح العامل. والمضارب بالكسر العامل عكس الأول لأنه هو الذي يضرب بالمال. قال بعض اللغويين: ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض اهـ. وفي اصطلاح الفقهاء ما قال المؤلف: «توكيل» الخ وعدل عن أن تكون إجارة كما قال ابن الحاجب لسلامة ما قال المؤلف من بعض ما ورد عليه. قال في التوضيح: أورد على حده أنه غير مانع وغير جامع. أما عدم منعة فلائنه لا ينعقد بلفظ الإجارة، فلو قال: أجزتكم على هذا التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق عليه الحد وليس بقراض. وأيضاً فلو أجره على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قراضاً صحيحاً. وأما عدم جمعه فلائنه يجوز القراض على أن يكون الربح لغيرهما أو لأحدهما. وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره وكونه

توكيل على تجر). ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة (في نقد

لا ينعقد بلفظ الإجارة شرط في الصيغة، وكذا كونه لا يكون إلى أجل شرط في العمل، وكذا كونه لا يكون بعرض شرط في المال والشرط لا يتوقف تصور الماهية عليه. وأجيب عن عدم جمعه بأن الصورة المقترض بها إنما هي من باب التبرعات وإطلاق القراض عليها مجاز انتهى. وقال ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة، فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين والوديعة، ويخرج عنه قولها قال مالك: من أعطى رجلاً مالاً يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به. عياض: قال سحنون: هو ضامن كالسلف. فضل هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه. محمد: إن قال خذه قراضاً فهو ضامن. الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك، وإن أريد إدخاله على أنه قراض قيل عقد على التجر بمال العوض ليس من غير ربحه انتهى. ويخرج من الأخير ما إذا شرط الربح لرب المال فتأمله والله أعلم. وحكمه قال في التوضيح: لا خلاف بين المسلمين في جوازه وهو مستثنى من الإجارة المجهولة ومن السلف بمنفعة، وهو معنى قول بعض شيوخنا إنه سنة أي أباحت السنة، والرخصة فيه جائزة بالسنة لا بمعنى السنة التي يحض على أمثالها، ولهذا قال ابن عبد الحكم: لا أقول هي سنة انتهى. قال ابن عرفة: وقول عياض: «هي مستثناة من السلف بمنفعة» يرد بأنه ليس بمضمون وكل سلف مضمون انتهى. وحكمة مشروعيتها قال في المقدمات: والقراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فاضطر فيه إلى استئابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة لما جرت عادة الناس فيه في ذلك على القراض فرخص فيه لهذه الضرورة، واستخرج بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخص فيه في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه انتهى.

فائدة: قال في المقدمات: أول قراض كان في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان رضي الله عنه، وذلك أن عمر رضي الله عنه بعث من يقيم من السوق من ليس بفقير فأقيم يعقوب فيمن أقيم فجاء إلى عثمان فأخبره فأعطاه مزودتين قراضاً على النصف وقال: إن جاءك من يعرض لك فقل: له المال لعثمان، فقال ذلك فلم يقم فجاء بمزودين، مزود رأس المال ومزود ربح. ويقال: إن أول قراض كان في الإسلام قراض عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم، خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: بل ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح فقالا: وددنا ففعل وكتب إلى عمر رضي الله عنه أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعاً فربحاً، فلما دفعا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أكل الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالوا: لا، فقال عمر:

ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمنناه فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله وراجع عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً؟ فقال عمر: قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الربح انتهى. قال في الذخيرة: ويقال: إن الرجل عبد الرحمن بن عوف ثم قال: سؤال أبو موسى حاكم عدل وقد تصرف بوجه المصلحة لأن المال يصير مضموناً في الذمة فهو أولى من بعثه على وجه الأمانة مضافاً إلى الحرام من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه وعدم الاعتراض عليه. جوابه: أن عدم التعرض إنما هو بين النظراء من الأمراء، أما الخليفة فله النظر في أمر نوابه وإن كان سداداً أو نقول: كان في هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر بسبب أنه إكرام لبيته فأراد إبطالها والذب عن عرض الإمامة بحسب الإمكان انتهى. وقوله: «قد تصرف فيه بوجه المصلحة لأن المال يصير مضموناً في الذمة» فيه نظر، لأنه لو كان الدفع لهذا القصد أو له ولغيره كان هذا هو السفاتح والمشهور من مذهب مالك أنه غير جائز، ولهذا قال الباجي في شرح هذا الأثر من الموطأ: لم يرد رضي الله إحرار المال في ذمتها وإنما أراد منفعتها بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة التسلف. ثم قال: وسواء كان السلف صاحب المال أو غيره ضمن له النظر عليه من إمام أو قاضٍ أو وصي أو أب، فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئاً من مال المسلمين ليحرزه في ذمة التسلف، وكذلك القاضي والوصي ثم قال: وفعل أبي موسى هذا يحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون فعل هذا مجرد منفعة عبد الله وعبيد الله وجزاه له ذلك وإن لم يكن الإمام فوض له لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه بأسلافهما إياه، فلو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى. والوجه الثاني: أن يكون لأبي موسى النظر في المال بالثمير والإصلاح، وإذا أسلفه كان لعمر الذي هو الإمام تعقب فعله فتعقبه ورده إلى القراض انتهى.

نكتة: قال في المنتقى أيضاً: وقول عمر: «أكل الجيش أسلفه الخ» تعقب منه لفعل أبي موسى ونظر في تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحذور منه لأنه لا يخفى على عمر أنه لم يسلف كل أحد من الجيش وإنما أراد أن يبين لاتبنييه موضع المحاباة لموضعها من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع عنه أن يخص أحد من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال المسلمين لمكانه منه. وقوله: «أديا المال وربحه» نقض منه لفعل أبي موسى وتغيير لسلفه. قال ابن دينار: وإنما كره تفضيل أبي موسى لولديه ولو لم يكن يلزمهما وهذا على قولنا: إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتها وأن المال كان بيده على وجه الوديعة، وأما إذا قلنا: إنه بيده على وجه الثمير والإصلاح فإن لعمر تعقبه والتكلم فيه والنظر في ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، وقوله لولديه بعد اجتماع عبيد الله وعبد الله: «أديا المال وربحه» إعراض عن حجة

مضروب، مُسَلَّم

عبيد الله لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره ومع ذلك فإن ربحها لرب المال. انتهى باختصار.

تنبيه: قال في الذخيرة: سؤال: كيف يمكن جعله قراضاً بعد ما كان قرضاً وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع وأكل المال بالباطل لأن الربح ملك للمقترض إجماعاً فأخذه غصب؟ جوابه: قال الطرطوشي في سراج الملوك: جعل عمر رضي الله عنه انتفاعهم بجاه العمل للمسلمين له نصف الربح كأن المسلمين ساعدوهما في ذلك وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض انتهى. وإيراد السؤال على هذا الوجه إذا تؤمل لا يخلو من نظر، لأنه قد قرر أن لعمر رضي الله عنه نقض فعل أبي موسى فله أخذه جميع الربح، وينبغي أن يقال: كيف يمكن أن يكون قراضاً وهما إنما دخلا على أنه قرض، وغاية ما هناك أنه كان لعمر رد فعل أبي موسى وإمضاؤه فيما أن يرد الجميع أو يمضي الأمر على ما هو عليه؟ فالجواب عنه ما قال الباجي ونصه: والقراض الذي أشار إليه الرجل من جلساء عمر أحد نوعي الشركة يكون فيها المال من أحد الشريكين والعمل من الثاني، والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل. انتهى والله الموفق. ص: (مضروب) ش: ظاهره أن المضروب يجوز القراض به كان التعامل به أو في التبر، كما لو فرض أن السكة المضروبة لا يتعامل بها في بلد أصلاً كما في غالب بلاد السودان على ما قيل. وقد نقل الشيخ زروق في شرح الرسالة عن التنبهات أنه لا يجوز القراض به حيثئذ ولعله فهمه من كلامه فإني لم أر من صرح به، لا في التنبهات ولا في غيرها، لأن القاضي قال: ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدرهم غير جائز بالعروض ما كانت. واختلفوا في الشروط التي بها يصح فعندنا أن شروطه عشرة: نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوماً وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل بلد من العين مسكوكاً كان أو غير مسكوك، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه، وكونه مشاعاً لا مقدراً بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين سواء إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر، واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل، وأن لا يضرب له أجل انتهى. فقلوه: «وكونه مما يتبايع به الخ» ربما يفهم منه ما قاله الشيخ زروق.

تنبيه: قال أبو الحسن الصغير في قوله: «ولا تقدير» ذكر بعضهم أن ابن شاس فسره بأنه مثل ما قارض به فلان انتهى فتأمل. ثم قال بعد أن ذكر هذه الشروط: فإذا توفرت هذه الشروط جاز القراض، وإن اختل منها شرط فسد القراض انتهى. ص: (مسلم) ش: أي للعامل

(مضروب). ابن شاس: القراض جائز بالدنانير والدرهم وكذلك النقر والإتبار أعني تبر الذهب والفضة

بِجُزْءٍ مِّن رَّبِيحِهِ، إِنَّ عُلِمَ قَدْرُهُمَا، وَلَوْ مَغْشُوشًا،

واحترز به مما إذا شرط بقاء يده معه أو أميناً عليه ومما لو قارضه بدين في ذمته. وقد زاد ابن الحاجب لإخراج ذلك قيداً آخر فقال: المال شرطه نقد معين معلوم مسلم ثم قال: ولا يجوز بدين ولو أحضره. قال في التوضيح: هذا يتعلق بقوله: «معين» لأن الدين ليس بمعين فلا يجوز لرب الدين أن يقول لمدينه: اعمل بالدين الذي في ذمتك قراضاً. مالك في المدونة: ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه. ابن القاسم: مخافة أن يكون أخره به ليزيده فيه. اللخمي: ولأنهما قد يظهران القراض ويظنان أن يأتيه ربح من دينه فيكون فسخ دين في دين. اللخمي والمازري: وينزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد. انتهى وسيذكر ذلك المصنف. ص: (إن علم قدرهما) ش: تصوره واضح وسيصرح المؤلف ببعض مفهومه ومنه ما قال ابن عرفة: وشرط ابن شاس كون المال معلوماً قال: احترازاً من دفع صرة عيناً قراضاً لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح واضح من مقتضى الروايات انتهى. وفي الشامل: ولا يجوز بمجهول وزن. انتهى. ص: (ولو مغشوشاً) ش: أشار بهذا لقول ابن الحاجب: ويجوز بالمغشوش على الأصح انتهى. وظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب أن الأصح يجوز به مطلقاً، ومقابلته لا يجوز مطلقاً، وكذا فهمه في التوضيح وقبله وعزا مقابل الأصح لعبد الوهاب وأن الباجي قيده بيلد لا يتعامل بالمغشوش مطلقاً. قال الباجي في المنتقى مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد أنه لا يجوز القراض به مضروباً كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز، واستدل القاضي بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها، أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف. والذي عندي أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل فإنه يجوز القراض بها لأنها قد صارت عيناً وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة. ولا خلاف بين

في البلد الذي يجري ذلك فيه ولا يتعامل عندهم بالمسكوك. اللخمي: يجوز القراض بالنقد في البلد الذي يتبايعون به فيه ولا خلاف في ذلك. (مسلم بجزء من ربحه). ابن رشد: سنة القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل المال على أن يعمل فيه على جزء من الربح يتفقان عليه (إن علم قدرهما). ابن عرفة: شرط المال كونه معلوماً محوزاً ويجب أن يكون حظ العامل جزءاً من الربح معلوم النسبة منه (ولو مغشوشاً). الباجي: المغشوش من الذهب والفضة حكى عبد الوهاب: لا يجوز القراض به مضروباً كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز. قال الباجي: وهذا إذا لم تكن من السكة التي يتعامل بها، فأما إن كانت سكة التعامل فيجوز القراض بها لأنها صارت أصول الأثمار وقيم المتلفات، وقد جوز القراض بالفلوس فكيف بهذه؟ ولا خلاف عندنا في تعلق الزكاة بها ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة

لَا يَدِينُ عَلَيْهِ، وَاسْتَمَرَ، مَا لَمْ يُقْبَضْ، أَوْ يُحْضَرَهُ، وَيُشْهَدُ،

أصحابنا في تعلق الزكاة بأعيانها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بأعيانها وإن اعترض في ذلك أنه يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها انتهى. ولم ينقل ابن عرفة غيره ونصه: ومنعه القاضي بالعين مغشوشة، الباجي: إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالتطية والاتفاق على تعلق الزكاة بها. ومقابل ابن الحاجب تجوز بالمغشوش على الأصح، فقول ابن عبد السلام: «إطلاق» يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به انتهى. وقوله: «مقابل» لعله، وقول ابن الحاجب وهو الذي يظهر من معنى الكلام ويدل عليه نقل الباجي كلام ابن عرفة في شرح الرسالة، ولم يذكر في الجواهر ولا في الذخيرة غير كلام القاضي والباجي. فتأمل. وقال في الجواهر إثر كلام الباجي: والضابط لهذا الحكم أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس المال لأنه إذا رد بالأجرة إليه لم يتميز الربح إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحاً. انتهى والله أعلم. ص: (ما لم يقبض أو يحضره ويشهد) ش: يحتل أن يكون راجعاً لقوله: «لا يدين» ويحتمل أن يرجع إلى قوله «واستمر» وهو الظاهر من كلام ابن عبد السلام. قال في شرحه: لا يجوز أن يكون رأس المال ديناً على العامل ثم قال: فإن وقع ذلك وأحضر الدين قبل التجربة وأشهد على وزنه وزال عنه ضمانه وقبضه منه كان الربح بينهما والخسارة على رب المال انتهى. وقوله: «ما لم يقبض» نحوه في المدونة. ومقتضاه أنه بمجرد القبض ويصح القراض وإن أعاده بالقرب وهو كذلك. وانظر التوضيح وأبا الحسن والله أعلم.

فرع: فإن عمل به قبل الإشهاد عليه قال في التوضيح: ففي الموازية: الربح للعامل والخسارة عليه. وقال أشهب: الربح بينهما واختلف في التأويل عليه. فقال اللخمي: وعلى قوله تكون الخسارة من صاحب المال. وقال التونسي: لا يصدق وإن ادعى الخسران إلا ببينة. وحكى ابن يونس وابن رشد وغيرهما عن أشهب أنه قال: هو مكروه، فإن نزل مضى وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه لأن قوله: «يستمر ديناً» خلافاً لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر

بأعيانها، ولا يعترض بأنها يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يفرض في الدراهم الخالصة (لا يدين عليه) من المدونة قال مالك: وإن كان لك عند رجل دين فقلت: اعمل به قراضاً لم يجز، وكذلك لو أحضره فقال له خذه قراضاً لم يجز إلا أن يقبضه منه ثم يعيده إليه. قال ابن القاسم: خوف أن يكون إنما اعترى أن يؤخره بالدين ويزيده والوديعة مثله لأنني أخاف أن يكون أنفق الوديعة فصارت عليه ديناً (واستمر). ابن عرفة فيها: منعه يدين على العامل فإن نزل فالربح والوضيعة للعامل. (ما لم يقبض) تقدم نص المدونة: إلا أن يقبضه منه ثم يعيده (أو يحضره ويشهد). اللخمي: القراض بالدين إن كان على العامل لم يجز ابتداءً، فإن نزل ذلك وأحضر العامل المال وأشهد على وزنه وزال

وَلَا يَرْهَنُ، أَوْ وَدِيعةً، وَلَوْ بِيَدِهِ، وَلَا يَبْتَرُ لَمْ يَتَّعَمَلْ بِهِ بِتَلْدِهِ: كَفُلُوسٍ،

ديناً بل يبقى قراضاً. وحكى ابن عبد البر عن أشهب أن ما اشترى وباع فلرب المال وللعامل أجر مثله. وحكى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض. وهذا مثل قول أشهب بالكراهة انتهى. ص: (ولا برهن أو وديعة) ش: ظاهر كلام ابن رشد في سماع سحنون أن حكم القراض بالوديعة إذا وقع قبل قبضها حكم القراض بالدين على مذهب المدونة. ص: (ولا تبر لم يتعامل به ببلده) ش: أما إذا كان يتعامل به فالإتفاق على جواز القراض به، وإن لم يتعامل به فالذي رجع إليه مالك منع القراض به وهو المشهور. قال في التوضيح.

فرع: فإن وقع على المشهور ففي الموازية عن ابن القاسم يمضي بالعمل. وقال أصبغ: لا يفسخ عمل به أم لا لقوة الخلاف فيه. ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس المال ما باعه به أو ما خرج في الضرب انتهى. وقال في الشامل: فإن نزل مضى بالعمل، وقيل: وقبله ورد مثله عند المفاصلة إن عرف وزنه وإلا فما بيع به أو خرج في الضرب إلا أن يقول: بعها واشترها فليرد ثمنها أو ما صرفها به فإن شرط صرفها أو ضربها على العامل فله أجره في ذلك إن كان له مؤنة وقراض مثله انتهى. والفرق بين اشتراط ربحها صرفها أو بيعها وعدم اشتراطه ذلك مع علمه أن مآل أمرها لذلك أنه مع الاشتراط إنما أراد أن يكون القراض بعد نضوض المال، ومن لم يشترط جعلها قراضاً من يوم دفعت أشار إلى هذا الفرق في التوضيح عن بعض القرويين. ص: (كفلوس) ش: يريد ولو كان التعامل بها كما يفهم من أول كتاب القراض من المدونة. وقال في الشامل: ولا تجوز بالفلوس على الأصح، وثالثها إن كثرت ورابعها الكراهة، وعلى المنع فله أجره في بيعه وقراض مثله فيما نض ويرد فلوساً انتهى. وفي هذا الكلام سقوط وصوابه، وقيل: يمضي ويرد فلوساً. قال في التوضيح: الباجي: وإذا قلنا بالمنع فقال محمد: القراض بالنقار أخف والفلوس

عن ضمانه كان الربح بينهما على ما دخلا عليه والخسارة من رب المال (ولا برهن). ابن المواز: من أعرتة دنانير فلا تدفعها إليه قراضاً حتى تقبضها ولو كان عرضاً لم يجز. ومن لك عنده دنانير رهناً فقارضته بها لم يجز حتى يردّها، وإن كانت بيد أمين فلا ينبغي أن تعطيهما للأمين قراضاً حتى تؤدّي الحق إلى ربه (أو بوديعة وإن بيده) هذه العبارة تضمنت صورتين: أما الواحدة فقد تقدم نص المدونة: «الوديعة مثل الدين خوف أن يكون أنفقها» فانظر أنت الصورة الأخرى إن كان الرهن بيد أمين فلا تعطه للأمين قراضاً حتى يؤدي الحق لربه (ولا تبر لم يتعامل به ببلده) تقدم نص ابن رشد: تجوز بالنقد والإتبار في البلد الذي لا يتعامل فيه بالمسكوك (كفلوس) من المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز القراض بالفلوس لأنها تحول إلى الفساد والكساد. ابن حبيب: فإن نزل مضى ورد فلوساً مثلها

وَعَرَضٍ، إِنْ تَوَلَّى بَيْعَهُ: كَأَنْ وَكَّلَهُ عَلَى ذَيْنِ، أَوْ لِيَصْرِفَ، ثُمَّ يَعْمَلُ، فَأَجْرٌ مِثْلِهِ فِي تَوَلِّيهِ، ثُمَّ قَرَضٌ مِثْلِهِ فِي رِبْحِهِ: كَلِّكَ شِرْكَ، وَلَا عَادَةَ، أَوْ مُبْتَهَمٌ، أَوْ أَجَلٌ، أَوْ ضَمَّنٌ؛

كالعروض، وهذا يقتضي الفساد ويكون له في بيع الفلوس أجرة مثله وفيما نض من ثمنها قراض مثله، وقال أصبغ: هي كالنقار، وقال ابن حبيب مثله ويرد فلوساً زاد غيره في قول ابن حبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعمل بها فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد والله أعلم. ص: (وعرض إن تولى بيعه) ش: يعني أنه لا يجوز أن يكون رأس المال القراض عرضاً على أنه رأس المال، ويرد مثله عند المفاصلة لاحتمال أن يغلي غلواً يستغرق رأس المال والربح فيؤدي إلى بطلان عمل العامل ويرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال، ولا على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة وكأنه والله أعلم للفر، ولا على أن يبيعه ويكون ثمنه رأس المال. قال في المدونة: ويفسخ ذلك وإن بيع ما لم يلعم بالثمن. وقيد اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة ولذلك أجرة لها خطب قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها أو كان يعلم أنه يتكلف ذلك ولو لم يعطه إياه قراضاً أو يقول: كلف من يبيع ويأتيك بالثمن ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافاً. وقال المازري: لو قال: آخذ هذا العرض وأمضي به إلى البلد الفلاني وأدفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه فخذ منه واعمل به قراضاً بيني وبينك، فإن ذلك جائز بلا خلاف ولا يدخله القراض بالعروض لأن المدفوع إليه العروض ولا يتولى البيع بنفسه، انتهى من التوضيح. واعتمده المصنف لقول المازري بلا خلاف فقال: إن تولى بيعه والله أعلم. ص: (أو أجل أو ضمن) ش: قال في المدونة: وما لم يشترط زيادة لأحدهما من

(وعرض) من المدونة قال ابن القاسم: لا خير في القراض بطعام أو عرض كان مما يكال أو يوزن أولاً للفر بتغير الأسواق عند المفاصلة ويفسخ ذلك. وإن بيع ما لم يعمل بالثمن، فإن عمل فله أجر مثله في بيعه وقراض مثله في الثمن ولا ينظر إلى ما شرط له من الربح (إن تولى بيعه) انظر هذا مع ما تقدم ومع ما يتقرر. قال ابن عرفة: المذهب منع القراض بعرض ولو مثلياً. اللخمي: إن كان لا خطب لبيع العرض أو علم أن يبيعه له ولو لم يأخذه قراضاً أو قال له كلف من يبيعه ويأتيك بالثمن اجعله قراضاً جاز، فإن دخلاً على رد مثل العرض الذي أعطاه أو قيمته لم يجز (كأن وكله على دين أو ليصرف ثم يعمل بأجر مثله في تولية ثم قراض مثله في ربحه) من المدونة: لا يجوز أن يقارضه بدين على غيره يقتضيه، وكذلك إن دفعت إليه دنائير ليصرفها ثم يعمل بها وله أجر التقاضي وأجر الصرف وقراض مثله إن عمل. اللخمي: إن كان الدين على حاضر موسر غير معسر جاز (ككل شرك) من المدونة قال ابن القاسم: من دفع إلى رجل مالاً قراضاً ولم يسم ماله من الربح وتصادقاً على ذلك فله قراض المثل إن عمل، وكذلك إن قال: له شرك في المال ولم يسم كان على قراض مثله إن عمل (ولإعادة). ابن شاس: إن كان لهم عادة أن يكون على النصف أو على الثلث فهو على ما اعتادوه (أو مبهم) تقدم نص المدونة: ولم يسم ماله من الربح (أو أجل) من المدونة قال مالك: إن

أَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَلَانَ، ثُمَّ أَتَجَرَ فِي ثَمَنِهَا؛ أَوْ بَدَيْنَ، أَوْ مَا يَقِلُّ وَجُودُهُ: كَاخْتِلَافِهِمَا فِي الرِّبْحِ، وَادَّعِيَا مَا لَا يُشْبِهُ وَفِيمَا فَسَدَ غَيْرُهُ: أَجْرَةٌ مِثْلُهُ فِي الذِّمَّةِ:

القراض الفاسد ففيه إن نزل قراض مثله كالقراض على ضمان أو إلى أجل فإنه فيه يرد إلى قراض مثله ولا ضمان عليه انتهى. وفي أول كتاب القراض من حاشية المشذالي: المتيطي: لو تطوع العامل بضمن المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرف. ابن بشير: وقال غيرهما لا يجوز ومال إليه ابن سهل وفي العتبية ما يدل على القولين، انظر الوصايا من ابن سهل، انتهى كلام المشذالي. ص: (أو ما يقل) ش: قال في المدونة ثم قال: فإن اشترى غير ما أمر به فقد تعدى، فإن ربح فله

أخذ قراضاً إلى أجل رد إلى قراض مثله. الأبهري: إنما قال ذلك لأن حكم القراض أن يكون إلى غير أجل لأنه ليس بعقد لازم ولكل واحد تركه لو شاء، فإذا شرط الأجل فكأنه قد منع نفسه من تركه وذلك غير جائز فوجب رده لقراض مثله لما ذكرنا من وجوب رد كل أصل فاسد إلى حكم صحيح ذلك الأصل (أو ضمن). اللخمي: إذا شرط العامل ضمان القراض إن هلك أو أنه غير مصدق إن ادعى هلاكه أو ضياعه كان الشرط باطلاً ولا ضمان عليه إن قال هلك أو خسرت. قال ابن القاسم: ويكون فيه على قراض مثله (أو اشترى سلعة فلان ثم اتجر في ثمنها) من المدونة: إن دفعت إليه مالا قراضاً على النصف على أن يشتري به عبد فلان ثم يشتري بعد ما يبيعه ما شاء، فهو أجير في شرائه ويبيعه فيما بعد ذلك له قراض مثله (أو بدين). عياض: مذهبنا رده لقراض مثله في تسع مسائل منها القراض بدين يقتضيه انتهى. إلا أن هذا قد نص عليه خليل، وهو الفرع الذي عطف عليه هذه الفروع فيبقى النظر هل أراد بهذا، إذا دفع له القراض على أن لا يشتري إلا بالدين، وسيأتي أنه لا يجوز أن يشتري بدين وإن أذن له رب المال. ومن المدونة قال ابن القاسم: لو دفعت إلى رجل قراضاً على أن لا يبيع إلا بالنسيئة فباع بالنقد لم يجز هذا القراض. ابن المواز: فإن نزل كان أجيراً. ابن يونس: قيل: لم يجب. ابن القاسم: ماذا يكون عليه إن نزل ومن مذهبه في التحجير أن يرد إلى إجارة مثله. انتهى فانظر أنت هذا (أو ما يقل) عد عياض من تسع المسائل التي يرد فيها لقراض مثله هذه المسألة. ونص المدونة قال مالك: لا ينبغي أن يقارض فلاناً على أن لا يشتري إلا البز إلا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف فيجوز ثم لا يعاوده إلى غيره. الباجي: فإن كان يتعذر لقلته لم يجز وإن نزل فسخ (كاختلافهما في الربح وادعاء ما لا يشبه) من المدونة قال مالك: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل فقال رب المال: دفعته على أن الثلث للعامل: وقال العامل بل على أن لي الثلثين، فيرد المال إلا أن يرضى العامل بقول رب المال. وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبه وإلا رد إلى قراض مثله، وكذا المساقاة (وفيما فسد غيره أجره مثله في الذمة) عبد الوهاب: النظر يقتضي أن يرد القراض الفاسد إلى أجره المثل وإلى قراض المثل جملة من غير تفصيل، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس قال: والفصل بين إجارة المثل أو قراض المثل أن أجره

كَاشْتَرَا يَدِهِ أَوْ مُرَاجَعْتِهِ أَوْ أَمِيناً عَلَيْهِ، بِخِلَافِ غُلَامٍ غَيْرِ عَيْنٍ بِنَصِيبٍ لَهُ، وَكَأَنَّ يَخِيضَ، أَوْ يَخْرِزَ،

فيما ربح قراض مثله، وإن خسر ضمن ولا أجر له في الوضعية ولا أعطيه إن ربح إجارته إذ لعلها تفرق الربح وتزيد فيصل بتعديه إلى ما يريد انتهى. ص: (كاشتراط يده) ش: تصوره واضح.

مسألة: قال في رسم حلف أن لا يبيع رجلاً سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب القراض عن الرجل يدفع إلى الرجل المال فيقيم في يديه أياماً ويتجهز بذلك يريد سفرًا، فيلقى صاحب المال فيقول له: هل لك أن أخرج معك ذهباً آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك جميعاً. قال مالك: ما أرى أمراً بيناً وما يحضرني فيه مكروه وكأنه خففه من غير تحقيق. قال ابن القاسم: ولا أرى بذلك بأساً إذا صح ذلك على غير موعد، ولا رأي ولا عادة. قال أصبغ: لا خير فيه. قال سحنون: هو الربا بعينه. قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم

المثل تتعلق بذمة رب المال. سواء كان في المال ربح أم لا. وقراض المثل يتعلق بربح إن كان في المال ربح، فينظر كم ينبغي أن يكون حظ هذا العامل منه إذا نزع هذا الشرط دفع إليه من الربح، فإن لم يكن في المال ربح أو كان وضعية فلا شيء له (كاشتراط يده) من المدونة قال مالك: من أخذ قراضاً على أن يعمل معه رب المال في المال لم يجز، فإن نزل كان العامل أجيراً وإن عمل لرب المال بغير شرط كرهته إلا العمل اليسير. ابن حبيب: وكذا إن أسلف أحدهما صاحبه أو وهبه أو قعد العامل فالل مال أو عمل بعبده أو دابته أو كان صانعاً يعمل بيده أو صنع أحدهما بصاحبه شيئاً من الرفق مما لا يجوز ابتداء أن يشترط فإن ذلك كله لا يفسد القراض ولا يغير الربح غير أن الصانع إن عمل بيده بغير شرط فله أجر عمله. انتهى من ترجمة القراض الفاسد من ابن يونس. انظر قوله «بغير شرط» قال في الاستغناء: إن أعطى صانعاً بيده مالاً ليشتري به جلوداً ويعملها فما رزق الله بينهما لم يجز. قال أبو أيوب: فإن وقع من غير شرط جاز ولا إجارة له. وقال ابن ميسر: له إجارة عمله وهو على قراضه كما هو وقاله ابن حبيب انتهى. وفي مختصر الوقار: يجوز أن يعطيه مالاً يعمل حلياً أو يبيعه والفضل بينهما إذا أخذ الصانع أجره صناعته (أو مراجعته أو أميناً عليه) ابن الحاجب: لا يجوز أن يشترط يده أو مراجعته أو أميناً عليه. ومن المدونة قال مالك: لا يجوز أن تقارض رجلاً على أن يشتري هو وتنقد أنت وتقبض أنت ثمن ما باع أو تجعل معه غيرك لمثل ذلك أميناً عليه، وإنما القراض أن تسلم إليه المال. قال ابن حبيب: فإن نزل ذلك كان أجيراً (بخلاف غلام عين بنصيب له) روى عيسى عن ابن القاسم: إذا دفع إلى رجل وإلى عبده مالاً قراضاً ليكون عيناً عليه أو ليعلمه فلا خير فيه، وإن كانا أمينين تاجرين فلا بأس به. ابن يونس: صواب وليس بخلاف للأول انتهى. وكان نقل قبل هذا من المدونة قال مالك: يجوز أن يشترط على رب المال أن يعينه بعبده أو بدابته في المال خاصة لا في غيره. ابن يونس: لأن المنفعة لهما جميعاً فليست بزيادة انفرد بها. قال ابن المواز: اختلف قول مالك في اشتراط عون غلام رب المال، وأجازته الليث ومنعه عبد العزيز ولا بأس به عندي (وكان يخيض أو

أَوْ يُشَارِكْ؛ أَوْ يَخْلِطَ، أَوْ يُضِيعَ، أَوْ يَزْرَعَ؛

مفسراً لقول مالك لأن مالكا إنما خفف ذلك على السلامة من التواطؤ على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال إذ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال فقال ذلك له وفعله معه لما جاز لأنه يصير كأنه قد استأجره ليعمل معه في ماله على أن له نصيباً من ربحه. وكرهه أصبغ فقال: لا خير فيه مخافة أن يكون تواطأً معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال، فإن وقع ذلك مضى، ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يفت بالعمل، فلو فات مضى وكان العامل على شرطه من الربح. وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه: إنه الربا

يخون) تقدم من هذا المعنى قبل قوله أو مراجعته. ومن المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط عمل يد العامل لخفاف أو صياغة، فإن نزل كان أجيراً والربح والوضيعة لرب المال وعليه (أو يشارك) الباجي: منع ابن القاسم في المدونة أن يشترط في حال العقد أن يشاركه العامل بمال من عنده وأجازه في الواضحة. اللخمي: ولا بأس أن يخلط العامل القراض بماله أو بقراض في يده إذا لم يكن ذلك بشرط، فإن كان بشرط فقال في المدونة: لا خير فيه. وفي كتاب محمد: لا بأس به. اللخمي: وأن يجوز أحسن. وإذا قلنا بالمنع وفات بالعمل فليل: فيه قراض مثله، وقيل: أجر مثله. ابن حبيب: لا يصلح أن يقارض رجلاً ويشترط عليه أن يوضع المال أو يقارض به أو يشارك به أحداً أو يجلس به في حانوت وشبه ذلك، فأما إن قال: إن شئت فافعل وإن شئت فذع فهو إذن ولا بأس بالإذن في العقد ما لم يكن شرطاً (أو يخلط) انظر أنت من صرح أن لهذا إجارة مثله. ومن المدونة قال مالك: لو أخذ من رجل قراضاً فله أن يأخذ قراضاً من رجل آخر إن لم يكن الأول شغله الثاني عنه فلا يأخذ حيثئذ من غيره شيئاً. قال ابن القاسم: فإن أخذ وهو يحمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني. ومن المدونة: من دفعت إليه مائتين قراضاً على أن يعمل بكل مائة على حدة، وربح مائة لأحدكما وربح الأخرى بينكما أو ربح مائة بعينها لك وربح الأخرى للعامل لم يجز، ويكون العامل أجيراً في المالين. وكذلك على أن مائة على النصف ومائة على الثلث ويعمل بكل مائة على حدة فلا خير فيه إذا كان لا يخلطهما، وكذلك في مساقاة الحائطين حتى يكونا على جزء واحد (أو يبضع) انظر أنت من صرح أن لهذا إجارة مثله. وفي المدونة: إن أبضع العامل ضمن ولو أذن له رب المال فلا بأس به إن لم يأخذ المال على ذلك (أو يزرع) من المدونة قال مالك: لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يجلس بالمال ها هنا في حانوت من البزازين أو السقاطين يعمل فيه ولا يعمل في غيره، أو على أن يجلس في القيسارية أو على أن لا يشتري إلا من فلان أو على أن لا يتجر إلا في سلعة كذا وليس وجودها بمأمون، أو على أن يزرع فلا ينبغي ذلك كله، فإن نزل ذلك كله كان العامل أجيراً، وما كان من زرع أو فضل أو خسارة فرب المال وعليه. ولو علم رب المال أنه يجلس في حانوت فهو جائز ما لم يشترط عليه، ولو زرع العامل من غير شرط في أرض اشتراها من مال القراض أو اكتراها جاز ذلك إذا كان بموضع أمن وعدل ولا يضمن، وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر يرى أنه خطر فإنه ضامن، ولو أخذ العامل نخلاً

أَوْ لَا يَشْتَرِي إِلَى بَلَدٍ كَذَا أَوْ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ، إِنْ أَخْبِرَهُ فَقَرَضَ أَوْ عَيْنَ شَخْصًا؛ أَوْ زَمَنًا، أَوْ مَحَلًّا؛ كَأَنَّ أَخَذَ مَالًا لِيُخْرَجَ بِهِ لِبَلَدٍ فَيَشْتَرِي؛ وَعَلَيْهِ: كَالنَّشْرِ، وَالطِّيِّ: الْخَفِيفَيْنِ، وَالْأَجْرُ

بعينه فيفسخ متى ما عثر عليه ويكون الربح كله لرب المال ويكون للعامل أجرة مثله. وإنما قال: إنه هو الربا على سبيل التجوز في اللفظ في المنع منه إذ ليس ربا بعينه كما قال الله، وإنما هو على مذهبه استتجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال، وذلك ما لا يحل ولا يجوز على قول النبي ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعطه أجره» ولقوله: «من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل وليقه عن بيع الغرر» والإجارة بيع من البيوع لا يجوز فيها الغرر والجهل، فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه: إنه ربا انتهى. ص: (أو بعد اشتراؤه إن أخبره بقرض) ش: كذا في كثير من النسخ، وفي بعض النسخ: «وبعد اشتراؤه» بالواو وهو أحسن والله أعلم. ص: (أو عين شخصاً أو زمناً أو محلاً) ش: يعني ففيه أجرة المثل وقد صرح بذلك في المنتقى. وقال ابن غازي: تحرير عجيب في أن تعيين الزمان من قبيل ما يترجح فيه أجرة المثل كما أن القراض إلى أجل من قبيل ما يترجح فيه قراض المثل وتصور الفرق بينهما جلي انتهى. كأنه يشير إلى أن تعيين الزمان هو أن يشترط عليه أن يشغل جميع المدة بالبيع والشراء مثل أن يدفع له مال القراض ويبيع ويشترى فيه شهراً أو شهرين ونحو ذلك على أن يبيع ويشترى جميع الزمان، وأن القراض إلى أجل مثل أن يدفع له مال القراض إلى شهر

مساقاة فأنفق عليها من مال القراض كان كالزروع ولم يكن متعدياً (أو لا يشتري إلى بلد أو بعد اشتراؤه) انظر أنت من صرح بأن هذا يرجع لإجارة مثله. ومن المدونة قال مالك: من أخذ قراضاً على أن يخرج به إلى بلد آخر يشتري متاعاً فلا خير فيه. قال مالك: يعطيه المال ويقوده كما يقاد البعير. ابن القاسم: إنما كره مالك من ذلك أنه يحجر عليه أن لا يشتري إلى أن يبلغ ذلك الموضع. ومن العتبية قال ابن القاسم فيمن قارض رجلاً على أن يخرج إلى المكان البعيد مثل أفريقيا يشتري طعاماً أو غيره: إنه لا بأس بذلك. قال مالك: ومن اشترى سلعة وعجز عن بعض ثمنها فأتى إلى رجل فأخذ منه قراضاً وهو يريد أن يدفعه في بقية ثمنها ويكون قراضاً لم أحب ذلك، وأخاف أن يكون قد استغلى ولو صح ذلك لجاز. قال ابن المواز: إذا لم يخبر رب المال ولم يكن لغلاء جاز. ومن المدونة انظر نص هذا عند قوله: «فقد وجدت» (وإن أخبره فقرض) انظر بعد هذا عند قوله: «فقد وجدت رخيصاً» (أو عين شخصاً) من المدونة: لا يجوز أن يشترط عليه أن لا يشتري إلا من فلان فإن نزل ذلك كان أجيراً (أو زمناً) هذه عبارة ابن الحاجب. وقال الباجي: إن وقع القراض إلى أجل وعثر عليه بعد العمل فهو أجير. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «أو أجل» (أو محلاً) تقدم نص المدونة: لا يجوز أن يشترط عليه أن يجلس في القيسارية أو في حانوت فإن نزل كان أجيراً (كأن أخذ المال ليخرج إلى بلد فيشتري) قد تقدم قوله: «لا يشتري إلى بلد» فانظر أنت ما معنى هذا، فإن كان غيره فهو فرع غريب. قال ابن عرفة: ناقل الفرع الغريب يجب عليه عزوه لقاتله (وعليه كالنشر والطي الخفيفين والأجر إن

إِنْ آسْتَأْجَرَ وَجَازَ جُزْءَهُ: قَلَّ أَوْ كَثُرَ؛ وَرِضَاهُمَا بَعْدَ عَلَى ذَلِكَ، وَزَكَاتُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ لِلْمُشْتَرِطِ؛ وَإِنْ لَمْ تَجِبْ.

ونحوه ولا يشترط عليه أن يبيع في جميع الزمان والله أعلم. ص: (ورضاهما بعد على ذلك) ش: هذا هو المشهور وإن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها، وإن كانت لرب المال فقليل: تبطل لعدم الحوز. وخرج اللخمي قولاً بالصحة، قال في التلقين: ومال المتأخرون إلى النفوذ. انتهى من التوضيح.

تنبيه: أجاز في المدونة هنا التراضي على جزء قل أو كثر. وقال في باب الآجال: وإن قارضت رجلاً مالاً أو أسلفته إياه فلا تقبل منه هدية. قال أبو الحسن: والفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه متوهمة أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل انتهى بالمعنى ص: (وهي للمشترط وإن لم تجب) ش: قال في التوضيح: كما لو شرط أحدهما ثلث الربح مثلاً.

استأجر) ابن شاس: الركن الثاني العمل وهو عوض الربح. ابن الحاجب: ما جرت العادة به من نشر وطي ونقل خفيف وإن استأجر عليه فعليه. ابن فتوح: للعامل أن يستأجر من المال إذا كان كثيراً لا يقوى عليه من يكفيه بعض مؤنته. من الأعمال أعمال لا يعملها العامل وليس مثله يعملها (وجاز جزء قل أو كثر) من المدونة قال ابن القاسم: تجوز المقارضة عند مالك على النصف والخمس أو أكثر من ذلك أو أقل. قلت: فإن أعطيته مالاً قراضاً على أن الربح للعامل؟ قال: ذلك جائز. وقد قال مالك فيمن أعطى لرجل مالاً يعمل به على أن الربح للعامل ولا ضمان عليه: إنه لا بأس به. وكذلك إن أعطاه نخلاً مساقاة على أن جميع الشجرة للعامل فلا بأس به. (ورضاهما بعد على ذلك) من المدونة قال ابن القاسم: وإن أعطيته قراضاً على النصف ثم تراضيتما بعد العمل على أن تجعلاه على أن الثلثين له أو لك جاز.

قال ابن حبيب: إن كان المال حين تراضيا عيناً لا زيادة فيه ولا نقص حركه أو لم يحركه فلا بأس به، وإن كان فيه زيادة أو نقص أو كان في سلع لم يجز. ابن يونس: وقول ابن القاسم أولى لأن المال إن كان عيناً فكأنهما الآن ابتداء العقد لأن القراض لا يلزم بالعقد ولمن شاء حله ما لم يشغله في سلع أو يظعن به لسفر، وإن كان المال في سلع فهي هبة تطوع بها أحدهما لصاحبه وهبة المجهول جائزة. وانظر إن وقع موت قبل المفاصلة بين أن تكون الزيادة لرب المال أو للعامل فرق. راجع ابن عبد السلام (وزكاته على أحدهما) ابن رشد: لا يجوز اشتراط زكاة رأس المال على العامل، ويجوز أن يشترطها العامل على رب المال لأنها واجبة عليه. واختلف إذا اشترط أحد المتقارضين زكاة ربح المال على صاحبه على أربعة أقوال: أحدها أن ذلك جائز لكل واحد منهما على صاحبه وهو قول ابن القاسم في المدونة وروايته عن مالك، لأنه لا يرجع إلى جزء مسمى فإن اشترطت الزكاة على العامل صار عمله على أربعة أعشار الربح وثلاثة أرباع عشره، وإن اشترطت الزكاة على رب المال صار عمله على نصف الربح كاملاً (وهي للمشترط إن لم تجب) ابن عرفة: على جواز شرط زكاة الربح على

وَالرَّبْحَ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا وَضَمِنَهُ فِي الرِّبْحِ لَهُ؛ إِنْ لَمْ يَنْفِهِ، وَلَمْ يُسَمِّ قِرَاضاً؛ وَشَرْطُهُ: عَمَلُ غُلَامٍ رَبِّهِ، أَوْ دَابَّتِهِ فِي الْكَثِيرِ، وَخَلَطُهُ؛ وَإِنْ بِمَالِهِ، وَهُوَ الصَّوَابُ؛ إِنْ خَافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا: رِخْصاً، وَشَارَكَ؛ إِنْ زَادَ مُؤَجَّلاً بِقِيَمَتِهِ، وَسَفَرَهُ؛ إِنْ لَمْ يَخْجُرْ عَلَيْهِ قَبْلَ شَغْلِهِ، وَأَدْفَعَ لِي، فَقَدْ وَجَدْتُ رِخِصاً أَشْتَرِيهِ،

أحدهما لو تفاضلا قبل وجوبها ففي كون جزئها لمشترطها على غيره أوله أو بينهما إنصافاً، أو يكون الربح بينهما على تسعة أجزاء أقوال (والربح لأحدهما) الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك (أو لغيرهما) من المدونة قال ابن القاسم: إذا اشترط المتقارضان عند معاملتهما ثلث الربح للمساكين جاز ذلك، ولا أحب لهما أن يرجعا فيه ولا يقضى بذلك عليهما (وضمنه في الربح له إن لم ينفه ولم يسم قراضاً) قال ابن المواز: إن قال رب المال للعامل حين دفع له المال خذه قراضاً والربح لك جاز، وكان الربح للعامل، ولا يضمن المال أو خسره إن تلف والقول فيه قول العامل. وإن لم يكن قراضاً وإنما قال: خذه واعمل به والربح لك جاز أيضاً، وهو ضامن لما خسر يريد إلا أن يشترط أن لا ضمان عليه فلا يضمن (وشروطه عمل غلام ربه أو دابته في الكثير) انظر قبل قوله: «وكان يخيطة» (وخلطه وإن بماله وهو الصواب إن خاف بتقديم أحدهما رخصاً) من المدونة قال مالك: إذا خاف العامل إن قدم ماله على مال القراض أو أخره وقع الرخص في ماله، فالصواب أن يخلطهما ويكون ما اشترى بهما من السلع على القراض وعلى ما نقد فيها بحصة القراض رأس مال القراض وحصة العامل على ما نقد فيها، ولا يضمن العامل إن خلطهما بغير شرط. ابن يونس: ولا ينبغي شرط الخلط ولا على إن شاء خلطه، قال أصبغ: وليس بحرام ولكنه من الذرائع فإن فعل لم أفسخه اه. وانظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «أو يشارك» (وشارك إن زاد مؤجلاً بقيمته) من المدونة قال ابن القاسم: إذا أخذ العامل مائة قراضاً فاشترى سلعة بمائتين نقداً كان شريكاً فيها، لرب المال يكون نصفها على القراض ونصفها للعامل. وإن كانت المائة الثانية مؤجلة على العامل قومت المائة المؤجلة بالنقد، فإن ساوت خمسين كان شريكاً بالثلث. هكذا أصلها سحنون (وسفره إن لم يحجر قبل شغله) قال سحنون: ليس للمقارض أن يسافر بالمال القليل سفراً بعيداً إلا بإذن رب المال. ومن المدونة قال ابن القاسم: للعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر وحيث شاء إلا أن يقول له رب المال حين دفعه إليه بالفسطاط لا تخرج من أرض مصر أو من الفسطاط، فلا ينبغي له أن يخرج. قال مالك: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظن به لسفر. قال ابن القاسم: وكذلك لو تجهز واشترى متاعاً يريد به بعض البلدان فهلك رب المال، فللعامل النفوذ به وليس للورثة منعه وهم في هذا كموروثهم. وانظر إن فلس رب المال هل الغرماء كالورثة؟ راجع ابن عبد السلام (وادفع لي فقد وجدت رخصاً أشتريه) من المدونة قال مالك: لو ابتاع سلعة ثم سأل رجلاً أن يدفع إليه مالا ينتقده فيها ويكون قراضاً بينهما، فلا خير فيه، فإن نزل لزمه رد المال إلى ربه، وما كان فيها من ربح أو ضيعة فله وعليه، وهو كمن أسلفه رجل ثمن سلعة على أن له نصف ربحها. قال ابن المواز: لو كان

وَبَيْعُهُ بِعَرَضٍ، وَرَدُّهُ بِعَيْبٍ، وَلِلْمَالِكِ: قَبُولُهُ؛ إِنْ كَانَ الْجَمِيعَ وَالْثَمَنُ عَيْنٌ، وَمُقَارَضَةُ عَبْدِهِ وَأَجِيرِهِ،
وَدَفْعُ مَالَيْنِ، أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ قَبْلَ شُغْلِ الْأَوَّلِ؛ وَإِنْ بِمُخْتَلِفَيْنِ إِنْ شَرَطَا خَلْطًا،

لأجنبي وأبي من أخذه فإنه لمشرطه انتهى. ص: (والثمن عيناً) ش: كذا في بعض النسخ
«عيناً» بالنصب على أنه خير له «كان» المحذوفة، وفي بعض النسخ: «والثمن عين» على أنه مبتدأ

ذلك قيل: يستوجبها، وقيل: يجب عليه ضمانها لجاز ذلك إذا لم يسم السلعة ولا بائعها. وزوي عن
عثمان رضي الله عنه أن رجلاً قال له: وجدت سلعة مرجوة فأعطني قراضاً ابتاعها به، ففعل (وبيعه
بعرض) ابن عرفة: مقتضى قولها مع غيرها بجواز كون العامل مديراً، وقولها بجواز زراعتها حيث
الأمّن جواز بيعه العروض بخلاف الوكيل، ولا أذكره نصاً إلا لابن شاس (ورده بعيب) ابن شاس:
للعامل الرد بالعيب وإن أبي ذلك رب المال (وللمالك قبوله إن كان الجميع والثمن عين) من المدونة
قال مالك: إذا اشترى العامل بجميع المال عبداً ثم رده بعيب فرضيه رب المال فليس ذلك لرب المال
لأن العامل إن أخذه كذلك جبر ما خسر فيه بربحه إلا أن يقول له رب المال: إن آبيت فاترك القراض
واخرج لأنك إنما تريد رده وتأخذ الثمن فكان القراض عيناً بعد، فإما أن ترضى بذلك وإلا فاترك
القراض وأنا أقبله. قال: ولو رضي العامل بالعيب على وجه النظر جاز، وإن حابى فهو متعد.
(ومقارضة عبده وأجيريه) من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس أن يقارض الرجل عبده أو أجيره للخدمة
إن كان مثل العبد. وقال سحنون: ليس الأجير مثل العبد ويدخله في الأجير فسخ الدين في الدين.
ابن يونس: معنى قول ابن القاسم لا بأس إذا كان الأجير مثل العبد، يريد إذا ملك جميع خدمته
كالعبد ويكون ما استأجره فيه يشبه عمل القراض مثل أن يستأجره ليتجر له في السوق ويخدم في
التجارة بمثل هذا إذا قارضه لم ينقله من عمل إلى خلافه، ولو كان إنما استأجره لعمل بعينه مثل البناء
والقصاراة فنقله إلى التجارة لدخله فسخ الدين في الدين كما قال سحنون (ودفع مالين أو متعاقبين
قبل شغل الأول) سيأتي أن هذا جائز، وسواء شرطاً كل مال على حدة أو شرطاً خلطاً أم لا، أعني
إذا كانا على جزء واحد (وإن بمختلفين وإن شرطاً خلطاً) من المدونة قال ابن القاسم: وإن قارضت
رجلاً على النصف فلم يعمل به حتى زده ما لا آخر على النصف على أن يخلطهما فذلك جائز. وقال
مالك فيمن دفع إلى رجل مالين أحدهما على النصف والآخر على الثلث على أن يخلطهما لم يجز.
قال سحنون: ويجوز على أن يخلطهما لأنه يرجع إلى جزء واحد معلوم. وروى أبو زيد عن ابن
القاسم أنه لا يجوز على غير الخلط وإن كان على نصف ونصف. وقال ابن المواز: إن كانا على جزء
واحد جاز إن شرط أن يعمل بكل مال على حدة. ابن يونس: وهذا ظاهر المدونة. ابن يونس: وإذا
شرط أن يخلطهما جاز، كانا على جزء واحد أو جزأين مختلفين، لأنه يرجع إلى جزء واحد مسمى
مثال ذلك: لو دفع إليه مائتين مائة على الثلث للعامل ومائة على النصف على أن يخلطهما، فحسابه
أن تنظر أقل عدد له نصف وثلث صحيح تجد ذلك ستة، فقد علمت أن للعمال من ربح إحدى
المائتين نصفه ومن الأخرى ثلثه، فخذ نصف الستة وثلثها وذلك خمسة، ولرب المال نصف ربح المائة
الواحدة وثلثي ربح الأخرى فخذ له نصف الستة وثلثيها وذلك سبعة، فيجمع ذلك مع الخمسة التي

أَوْ شَغَلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ: كَنْتُضُوضُ الْأَوَّلِ، إِنْ سَاوَى؛ وَاتَّفَقَ جُزْؤُهُمَا، أَشْتَرَاءَ رَبِّهِ مِنْهُ إِنْ صَحَّ، وَأَشْتَرَاطُهُ: أَنْ لَا يَنْزِلَ وَاوْدِيَاءَ، أَوْ يَمْشِي بِلَيْلٍ، أَوْ يَبْحُرُ، أَوْ يَبْتَاعُ سِلْعَةً، وَضَمِنَ، إِنْ خَالَفَ: كَأَنْ زَرَعَ أَوْ سَاقَى بِمَوْضِعٍ يَجُوزُ لَهُ، أَوْ حَرَكَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ عَيْنًا،

وخبر. ص: (وضمن إن خالف) ش: انظر إذا شرط عليه أن لا ينزل وادياً أو لا يركب بحراً أو لا يمشي بليل ففعل ذلك وسلم، ثم إنه اشترى وخسر هل يضمن أم لا؟ وظاهر كلامه في المدونة أنه لا يضمن فإنه قال: وإن نهيته عن الخروج بالمال من مصر فخرج به إلى إفريقية عيناً قبل أن يتجر به ثم تجر به بمصر فخسر أو ضاع منه بمصر لم يضمن لأنه رده قبل أن يحركه. قال أبو الحسن: ليس التحريك بشرط فمتى رده إلى موضعه لم يضمن وإن حركه. الشيخ: وهو مصدق في الرد. وانظر هذا مع ما حكاه اللخمي في مسألة ما إذا زرع أو ساقى جوراً وظلم له أي للعامل يعني في الآتية في كلام التوضيح في القولة التي بعد هذه والله أعلم. ص: (كأن زرع أو ساقى في موضع جور له) ش: يعني أنه إذا زرع أو ساقى بموضع جور وظلم له أي للعامل يعني في موضع يرى أنه يظلم فيه فإنه يضمن. واحترز بقوله: «له» مما إذا كان الموضع فيه ظلم أو جور ولكنه كان يرى أنه هو لا يظلم لوجاهة ونحو ذلك، وأشار

صحت للعامل فيكون ذلك اثني عشر، فيقسمان الربح على اثني عشر جزءاً، للعامل خمسة أجزاء وذلك ربع الربح وسدسه، ولرب المال سبعة أجزاء وذلك ثلث الربح وربعه. ابن يونس: وينبغي أن يكون للعامل إذا لم يشترط الخلط في هذه المسألة قراض مثله (أو شغله إن لم يشترطه) من المدونة قال ابن القاسم: وإن أخذ الأول على النصف فابتاع به سلعة ثم أخذ الثاني على مثل جزء الأول أو أقل أو أكثر على أن يخلطه فجائز، فإن خسر في الأول وربح في الآخر فليس عليه أن يجبر هذا بهذا (كنضوض الأول إن ساوى واتفق جزؤهما) من المدونة: إن تجر في الأول فباع ونض في يديه ثم أخذ الثاني، فإن كان باع برأس المال سواء جاز أخذه للثاني مثل جزء الأول لا أقل ولا أكثر. ابن يونس: يريد على أن يخلطهما ولو كان على الخلط جاز على كل حال (واشترأ ربه منه إن صح) من الموطأ قال مالك: لا بأس أن يشتري رب المال ممن قارضه بعض ما يشتري من السلع إذا كان ذلك صحيحاً على غير شرط. الباجي: وسواء اشترأ بنقد أو بأجل ما لم يتوصل بذلك إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة (واشترأه أن لا ينزل وادياً أو يمشي بليل أو يبحر أو يبتاع سلعة وضمن إن خالف) من المدونة قال الفقهاء السبعة مع مشيخة سواهم من نظرائهم أهل فقه وفضل: يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا ينزل بيطن واد لا يسري به بليل ولا يحمله يبحر ولا يبتاع به سلعة كذا، فإن فعل به شيئاً من ذلك ضمن المال (كأن زرع أو ساقى بموضع جور) تقدم نصها إن خاطر بالزرع في موضع ظلم ضمن. انظر عند قوله: «أو يزرع» (أو حركه بعد موته عيناً) من المدونة قال مالك: وإذا علم العامل بموت رب المال والمال بيده عيناً. ابن يونس: يريد وهو في بلد رب المال لم يظمن منها لتجارة. قال مالك: لا يعمل به وإن لم يعلم بموته حتى ابتاع به سلعة مضى ذلك على

أَوْ شَارَكَ وَإِنْ عَامِلًا أَوْ بَدِينٍ، أَوْ قَارِضٌ بِلَا إِذْنٍ وَعَغْرِمٌ لِلْعَامِلِ الثَّانِي، إِنْ دَخَلَ عَلَى أَكْثَرٍ: كَخُسْرِهِ، وَإِنْ قَلَّ عَمَلِهِ وَالرَّبْحُ لَهُمَا: كَكُلِّ آخِذٍ مَالٍ لِلتَّمِيمَةِ فَتَعَدَى،

بذلك لما قاله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب: وله أن يزرع ويساقي ما لم يكن موضع ظلم فيضمن. ظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن. وفي المدونة: وإن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن، فزاد المخاطرة وقد يكون الموضع موضع ظلم ولا يعد الزارع مخاطراً لوجهته أو نحو ذلك، وكأن ابن غازي لم يقف على هذا الكلام فتحير في معناه فانظره والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وإذا ضمنه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم. قاله اللخمي للتعدي في أصل فعله والله أعلم. ص: (والربح لهما ككل آخذ مال للتمية فتعدى) ش: يعني أن العامل إذا تعدى في الصور المتقدمة وقلنا: إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر فلا يختص بالربح، ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستبد بالربح بل الربح لهما على ما شرطنا. قال في التوضيح: لأنه يتهم أن

القراض. ابن يونس: يريد وكذا إذا ظمن به لسفره فليمض على قرضه شغل المال أو لم يشغله (أو شارك وإن عاملاً) من المدونة قال مالك: لا يجوز أن يشارك بمال القراض أحداً وإن عملاً جميعاً، فإن فعل ضمن ولا يجوز أن يشارك عاملاً آخر لرب المال كما لا يستودع المودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة ولا عند غيره، فهذا إن شارك فكأنه أودع غيره (أو باع بديين) من المدونة قال مالك: لا يجوز للعامل أن يبيع بالنسيئة إلا بإذن رب المال، فإن فعل بغير إذنه ضمن وهذا ما لم يشترطه في أصل العقد (أو قارض) من المدونة: لا يوضع العامل من المال بضاعة، فإن فعل ضمن ولو أذن له رب المال في ذلك جاز ما لم يأخذه ولا يشارك بالمال أو يقارض به إلا بإذن رب المال، فإن قارض بغير إذن رب المال ضمن (وعغرم للعامل الثاني إن دخل على أكثر) من المدونة: إن أخذ قراضاً على النصف فتعدى بدفعه إلى غيره قراضاً على الثلثين ضمن عند مالك، فإن عمل به الثاني فربح كان لرب المال نصف الربح، وللعامل الثاني نصفه، ثم يرجع الثاني ببقية شرطه وهو السدس على العامل الأول وكذلك في المساقاة. قال بعض القرويين: الصواب أن يرجع في المساقاة بربع قيمة عمله لأنه باع عمله بشمرة واستحق ربعها (كخسره وإن قل عمله) من المدونة: وإذا أخذ المقارض المال على النصف فدفعه إلى آخر على الثلث فالسدس لرب المال ولا شيء للمقارض الأول، لأن القراض جعل فلا يصح إلا بالعمل. ولو كانت ثمانون ديناراً فخسر الأول أربعين ثم دفع أربعين إلى الثاني على النصف فصارت مائة ولم يكن الثاني علم ذلك. فرب المال أحق بأخذ الثمانين رأس ماله ونصف ما بقي وهو عشرة، ويأخذ الثاني عشرة ويرجع على الأول بعشرين ديناراً وهي تمام نصف ربحه على الأربعين (والربح لهما ككل آخذ مال للتمية فتعدى) قال أبو محمد: المقارض إنما أذن له في حركة المال إلى ما ينمي، فإذا حركه لغير ماله أخذه ضمن هلاكه ونقصه، وإن حركه بالتعدي إلى ما أتمه دخل ربه في نمائه

لَا إِنْ نَهَاةً عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أَوْ جَنَى كُلِّ، أَوْ أَخَذَ شَيْئاً فَكَأَجْنَبِيٍّ، وَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ مِنْ رَبِّهِ، أَوْ بِنَسِيئَةٍ، وَإِنْ أِذْنٌ، أَوْ بِأَكْثَرٍ، وَلَا أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِهِ، إِنْ

يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأنا لو قلنا: الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعدي ليستقل بالربح، ولهذا لو قلنا: إن كل من أخذ مالا لينمي به فيتعدى فيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على شرطهما وقد صرح المصنف يعني ابن الحاجب بإطراد هذا بقوله: وكذلك كل تعدي فيه وكل من أخذ مالا على الأمانة وتعدي فيه فالربح له فقط كالمودع. ابن عبد السلام: وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالكا للربح. انتهى. ص: (ولا أخذه من غيره إن

ولم يكن العامل أولى به بتعديه وفارق تعدي الغاصب والمودع إذا لم يؤذن لهما في حركة المال، فتعدي العامل يشبه تعدي الوكيل والمبضع معه (لا إن نهاه عن العمل قبله) ابن الحاجب: أما لو نهاه عن العمل قبل العمل فاشترى فكالوديعة له ربحها وعليه غرمها بخلاف ما لو نهاه عن سلعة فاشتراها. ومن المدونة: إذا لم يشغل العامل المال حتى نهاه ربه أن يتجر به فتعدي فاشترى به سلعة لم يكن فاراً وضمن المال والربح له كمن تعدي على وديعة عنده فاشترى بها سلعة فهو ضامن للوديعة والربح له بخلاف الذي نهاه رب المال عن شراء سلعة. وإن نهيته عن شراء سلعة في عقد القراض الصحيح أو بعد العقد قبل أن يعمل به ثم اشتراها فهو متعدي يضمن، ولك تركها على القراض أو تضمينه المال. ولو كان قد باعها كان الربح بينكما على شرطكما والوضعية عليه خاصة، لأنه فر بالمال من القراض حتى تعدي ليكون له ربحه، وكذلك إن تسلف من المال ما ابتاع به سلعة لنفسه ضمن ما خسر وما ربح كان بينكما (أو جنى كل أو أخذ شيئاً فكأجنبى) انظر قوله: «أو جنى كل» ولعله «ولو جنى كل». قال ابن الحاجب: ولو جنى العامل أو رب المال على المال جنائياً أو أخذ شيئاً كان عليهما كأجنبى والباقي على القراض حتى يتفصلا. انظر لو كان رأس المال مائة فأخذ العامل خمسين وتجر بخمسين وصارت مائة ثم فلس (ولا يجوز اشتراؤه من ربه) من المدونة: كره مالك أن يشتري العامل من رب المال سلعة وإن صح منهما لم يصح من غيرهما. قال ابن القاسم: وإنما كرهه خوف أن يكون رأس المال قد رجع إلى ربه فصار القراض بهذا العرض. ابن المواز: اختلف قول مالك في شراء العامل من رب المال؛ فروى عبد الرحيم أنه خففه إن صح، وكرهه في رواية ابن القاسم. وكذلك إن صرف منه، وأما إن اشترى منه سلعة لنفسه لا للتجارة فذلك جائز اه. فانظر هذا مع قوله: «لا يجوز» وانظر أول رسم من القراض (أو نسيئة وإن أذن) ابن المواز: شراؤه بالدين على القراض أو يتسلف عليه لا يجوز، أذن فيه رب المال أو لم يأذن، وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته (أو بأكثر) من المدونة قال مالك: في العامل يشتري سلعة بأكثر من رأس المال ليضمن ما زاد ديناً ويكون في القراض لا خير فيه (ولا أخذه من غيره إن كان الثاني يشغله عن الأول) من المدونة قال مالك: لو

كَانَ الثَّانِي يَشْغَلُهُ عَنِ الْأَوَّلِ، وَلَا يَبِيعُ رَبِّهِ سِلْعَةً بِلَا إِذْنٍ، وَجَبِرَ خُسْرَاهُ، وَمَا تَلَفَ وَإِنْ قَبْلَ عَمَلِهِ، إِلَّا أَنْ يُقْبَضَ. وَلَهُ الْخَلْفُ، فَإِنْ تَلَفَ جَمِيعُهُ: لَمْ يَلْزَمْ الْخَلْفُ وَلَزِمَتْهُ

كان الثاني يشغله عن الأول) ش: قال في المدونة في كتاب القراض: وللعامل أن يأخذ مالا قراضاً من رجل آخر، إن لم يكن الأول كثيراً يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حيثئذ من غيره شيئاً، فإن أخذهما وهو يحتمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني، انتهى. فإن كان الثاني يشغله عن الأول وأخذه فقال اللخمي في تبصرته في باب القراض: وللعامل أن يخلط القراض بماله إذا كان قادراً على التجر بهما، وإن كان لا يقدر على التجر بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له، فإن فعل وتجر في الثاني

أخذ من رجل قراضاً فله أن يأخذ قراضاً من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيراً يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حيثئذ من غيره شيئاً. قال ابن القاسم: فله أخذه وهو يحمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني (ولا يبيع ربه سلعة بلا إذن) من المدونة قال مالك: لا يبيع رب المال عبداً من القراض بغير إذن العامل وللعامل رده أو إجازته (وجبر خسره وما تلف وإن قبل عمله إلا أن يقبض) نقص هنا بالربح. قال ابن الحاجب: ويجبر الخسران ولو تلف بعضه قبل العمل بالربح ما لم يتفصلاً. ومن ابن يونس: القرضاء في القراض أن لا يقسم فيه ربح إلا بعد كمال رأس المال، وأن المقارض مؤتمن لا يضمن ما هلك إلا أن يتعدى فيه. قال مالك: وإذا ضاع بعض المال بيد العامل قبل العمل أو بعده أو خسره أو أخذه لص أو العاشر ظلماً لم يضمنه العامل إلا أنه إن عمل ببقية المال جبر بما ربح فيه أصل المال، فما بقي بعد تمام رأس المال كان بينهما على ما شرطاً. ولو كان العامل قد قال لرب المال لا أعمل حتى تجعل ما بقي رأس المال ففعل وأسقطا الخسارة فهو أبدأ على القراض الأول وإن حاسبه وأحضره ما لم يقبضه منه، ثم يرده منه على باب الصحة والبراءة. انظر قوله: «إن بين أن يقبض المال ثم يرده إليه» فرق. قال ابن رشد: وهو نحو أول مسألة من كتاب البضائع من تسلف ديناراً ثم رده لشيء وكرهه فقال: اذهب لفلان بيدك لك فتلف، بين أن يكون قبضه منه ثم رده فرق. قال ابن رشد: ومثله الذي سلم ثوباً في طعام فحرقه رجل في يديه قبل قبضه، وابن رشد هنا كلام راجعه في أول مسألة من الكتاب المذكور (وله الخلف وإن تلف جميعه لم يلزمه الخلف) نقص هنا شيء فانظره. والمعنى لو ضاع المال بعد الشراء به وقبل نقده فله الخلف ولا يلزمه، فإن أخلفه لم يجبر بربحه الأول، وإن أبقى فربح السلعة ونقصها للعامل، وعليه نحو هذا قال ابن عرفة: ومن المدونة قال ابن القاسم: لو أخذ مائة قراضاً فأخذ له اللصوص خمسين فأراه ما بقي فأنتم له المائة فتكون هي رأس المال في هذا خمسون ومائة حتى يقبض ما بقي على المفاصلة، وكذلك لو رضي أن يبقى ما بقي رأس المال لم ينفع. وأما لو أخذ اللصوص جملة رأس المال فأعطاه رب المال مالا آخر فلا جبر في ذلك، وهذا الثاني هو رأس المال وإنما يصح الجبر إذا بقي من الأول شيء (ولزمته) من المدونة: إذا اشترى العامل سلعة ثم ضاع المال جبر ربه في دفع ثمنها على القراض،

السَّلْعَةُ، وَإِنْ تَعَدَّدَ الْعَامِلُ: فَالرَّبِيحُ: كَالْعَمَلِ، وَأَنْفَقَ، إِنْ سَافَرَ

وعطل الأول لم يكن عليه في الأول سوى رأس المال على المشهور من المذهب، وعلى القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه من الربح، وكذلك إذا تجر في الأول ثم اشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه فيختلف، هل يضمن العامل ما حط السوق لأنه حرمه ذلك وإن فسد لأجل شغله عنه ضمن؟ وكذلك إذا أخذ قراضاً بعد قراض فلا يمنع من الثاني إذا كان يقدر على التجر فيهما، فإن كان لا يقدر إلا على التجر في أحدهما منع من التجر في الثاني، فإن فعل ضمن ما كان في الأول من ضيعة أو نزول أسواق أو فساد نحو ما تقدم، وإذا اشتغل بالأول وعطل الثاني ضمن قدر ما حرمه من ربحه على أحد القولين، وإن ضاع ضمنه لأنه متعد في أخذه. وهذا إذا لم يعلمه أن في يديه قراضاً لغيره أو أعلمه ولم يعلمه أنه عاجز عن القيام بالمالين انتهى. ونقله ابن عرفة واقتصر عليه. ونصه للرخمي: له خلطه بماله إن قدر على التجر بهما، وإن عجز عن التجر بالزائد عليه منع من خلطه، فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه على المشهور، وعلى القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح إن تجر بالأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أو كله إن فسد القولان. وأخذه قراضاً بعد قراض جائز إن قدر على التجر بهما وإلا منع من التجر بالثاني، فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول ونزول سوقه أو فساده ما تقدم، وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم هذا الثاني أن بيده قراضاً لغيره أو أعلمه ولم يعلم عجزه عن القيام بالمالين. انتهى والله أعلم. ص: (وإن تعدد فالربح كالعمل) ش: قال في المدونة: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز، كما لو اشترك

فإن أبا لزم العامل الثمن وكانت له خاصة (وإن تعدد فالربح كالعمل) انظر هذا الإجمال من المدونة. قال ابن القاسم: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز، كما لو اشتراه العاملان على مثل هذا لم يجز لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. قال أصبغ: ويفسخ، فإن فات بالعمل كان نصف الربح لرب المال والنصف بين العاملين على ما شرطاً ويرجع صاحب السدس على صاحبه بإجارة في فضل جزئه. وقاله ابن حبيب. قال ابن المواز: ولو شرط العمل على قدر أجزائهما من الربح لكان مكروهاً إلا أن ذلك إذا نزل مضى قال فضل: ظاهر المدونة أنه لو كان عملهما على قدر أجزائهما من الربح جاز. عياض: ونحو هذا لحمديس (وأنفق إن سافر). ابن يونس: والقضاء أن للعامل النفقة في مال القراض إذا شخص للسفر به لا قبل ذلك. ومن المدونة قال مالك: إذا كان العامل مقيماً في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة ولا ينفق منه في تجهيزه إلى سفره حتى يظعن، فإذا شخص به من بلده كانت نفقته في سفره من المال في طعامه فيما يصلحه بالمعروف في غير سرف ذاهباً وراجعاً إن كان المال يحمل ذلك ولا يحاسب في ربحه ولكن يلقى، وسواء قرب السفر أو بعد وإن لم يشتري شيئاً، وله أن يرد ما بقي بعد النفقة إلى

وَلَمْ يَبْنِ بِزَوْجَتِهِ، وَآخْتَمَلَ الْمَالَ لِغَيْرِ أَهْلِهِ، وَحَجَّ، وَغَزَوَ بِالْمَعْرُوفِ فِي الْمَالِ، وَاسْتَخْدَمَ، إِنْ تَأَهَّلَ، لَا دَوَاءَ،

العاملان على مثل هذا لم يجز، لأن أحدهما يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. انتهى. أبو الحسن: قوله: «على أن لك» ظاهره أن الشرط من رب المال على العاملين، وأما في الصورة الثانية فهو من العامل خاصة، وظاهر الكتاب أن الحكم فيهما سواء انتهى. ثم قال: زاد في الأمهات: وإنما يجوز من هذا إذا عملا على ما يجوز في الشركة بينهما. عياض قال بعضهم: عملهما على قدر إجزائهما من الربح جائز ونحوه لحمديس. وفي سماع أصبغ: لا خير فيه فإن عملا مضى. وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه انتهى. وبعض مشايخه المشار إليه هو ابن رشد، كذا نسبه في التوضيح له وهو له في رسم البيوع من سماع أصبغ من القراض، وهذا هو المشهور. وعليه فإذا فات قال في التوضيح: قال محمد وابن حبيب: يقسم الربح على ما سموا ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله. وقال أحمد بن خالد: بل على رب المال. وقال جماعة: بل يردان إلى حكم القراض الفاسد. ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي: يكونان أجيرين. وقال فضل: لهما قراض مثلتهما. ابن عبد السلام: وقول التونسي أظهر عندي وأجرى على قواعد المذهب انتهى. وهو الجاري على ما قدمه الشيخ في قوله: «وفيما فسد غيره أجرة مثله انتهى. ص: (لغير أهل) ش: فإن سافر من بلد له بها أهل إلى بلد له بها أهل أيضاً فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه، ولو أخذه من بلد ليس فيه أهله ثم خرج إلى بلد له فيها أهل فلا نفقة في ذهابه ولا في إقامته وله النفقة في رجوعه. قاله في المدونة. ص: (لا دواء) ش: قال أبو الحسن: قال الباجي: وله أن يحتجم ويحلق رأسه ويفصد

صاحبه، فإذا وصل إلى مصره لم يأكل منه (ولم يبن بزوجه) من المدونة: لو خرج بالمال إلى بلد فنكح بها فإذا دخل وطنها فمن يومئذ تكون نفقته على نفسه (واحتمل المال) تقدم نص المدونة إن كان المال يحمل ذلك (لغير أهل) من المدونة: لو أخذ مالا قراضاً بالفسطاط وله بها أهل فخرج به إلى بلد له فيها أهل، فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه لأنه ذهب إلى أهله ورجع إلى أهله (وحج وغزو) من المدونة: قيل لمالك: عندنا تجار يأخذون المال قراضاً يشتركون به متاعاً يشهدون به الموسم، لولا ذلك ما خرجوا، هل لهم في المال نفقة؟ فقال: لا نفقة لحاج ولا لغازي في مال القراض في ذهاب ولا رجوع (بالمعروف) تقدم نصها بالمعروف (في المال) تقدم نص المدونة: كانت نفقته في سفره من المال انتهى. وانظر إن بحث معه بضاعة قال ابن رشد: وافق ابن القاسم مالكا أنها إن كانت كثيرة لها بال أن للمبضع معه. أن يفض نفقته على البضاعة وعلى ماله قياساً على القراض. انظر ثالث مسألة من كتاب البضائع (واستخدام إن تأهل) من المدونة قال مالك: للعامل أن يؤجر من مال القراض من يخدمه في سفره إن كان المال كثيراً وكان مثله لا يخدم نفسه (لا دواء) سمع القرينان: أي شرب الدواء ويدخل الحمام من القراض؟ قال: ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض إن قلم ظفره أو أخذ

وَاكتسبى، إن بعدد، ووزع، إن خرج لحاجة، وإن بعد أن أكثرى. وتزود. وإن اشتري من يعتق على ربه عالماً: عتق عليه، إن أيسر، وإلا بيع بقدر ثمنه وربحه قبله، وعتق باقيه، وغير عالم، فعلى ربه، وللعامل: ربحه فيه ومن يعتق عليه وعلم عتق عليه بالأكثر من قيمته أو ثمنه، ولو لم يكن في المال فضل، وإلا فبقيته، إن أيسر فيهما، وإلا بيع بما وجب،

ويدخل الحمام إن احتاج إليه انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: «وللعامل نفقته

من شعره كان من القراض، وأما الحجامة والحمام فخفيف. ابن رشد: قوله: «ما كانت هذه الأشياء يوم كان القراض» يريد ما كان يؤخذ عليها في الزمان الأول أعواض، والواجب الرجوع في كل ذلك للعرف في كل زمان وفي كل بلد ما العادة أن لا يؤخذ عليه عوض لم يعط عليه من مال القراض، وما العادة أخذ العوض عليه وقدره يسير يتكرر جاز أن يعطى منه لدخول رب المال عليه لتكرره بخلاف الدواء (واكتسبى إن بعد) من المدونة قال مالك: للعامل أن يكتسب من القراض في بعيد السفر إن كان المال يحمل ذلك، ولا يكتسب في قريبه إلا أن يكون مقيماً بموضع إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة (ووزع إن خرج لحاجة وإن بعد أكثرى وتزود) من المدونة قال مالك: إن تجهز للسفر بمال أخذه قراضاً من رجل أكثرى وتزود ثم أخذ قراضاً ثانياً من غيره فليحسب نفقته وركوبه على المالين بالحصص، وكذلك إن أخذ مالا قراضاً فسافر به وبمال نفسه فالنفقة على المالين. قال مالك: وإن خرج في حاجة لنفسه فأعطاه رجل قراضاً، فله أن يفض النفقة على مبلغ قيمة نفقته في سفره ومبلغ القراض فيأخذ من القراض حصته ويكون باقي النفقة عليه. قال في العتبية: ينظر قدر نفقته فإن كانت مائة والقراض سبعمائة فعلى المال سبعة أثمان النفقة (وإن اشتري من يعتق على ربه عالماً عتق عليه إن أيسر وإلا بيع بقدر ثمنه وربحه قبله وعتق باقيه) من المدونة قال ابن القاسم: إذا اشتري العامل أبا رب المال وهو يعلم به، فإن كان العامل مليئاً عتق عليه لضمانه بالتمعد والولاء للابن ويغرم العامل ثمنه. قال ابن المواز: كان الثمن أكثر من القيمة أو أقل. ابن يونس: لأنه تعمد تلف ذلك المال عليه فوجب أن يغرمه له وهو حر بعقد الشراء، فإن لم يكن للعامل مال يبيع منه بقدر رأس مال الابن وحصته ربحه، وعتق على العامل ما بقي له منه. ومعنى حصته ربحه أي حصته ربحه في الثمن الذي اشتراه به لا ربحه في الأب، لأنه لا يربح في أبيه فكأنه ملكه تلك الحصته (وغير عالم فعلى ربه والعامل ربحه فيه) من المدونة: وإذا اشتري العامل أبا رب المال ولم يعلم عتق على الابن وكان له ولاؤه وعليه للعامل حصته ربحه إن كان فيه فضل (ومن يعتق عليه وعلم عتق بالأكثر من قيمته وثمره ولو لم يكن في المال فضل وإلا فبقيته إن أيسر فيهما وإلا بيع بما وجب). ابن رشد: إذا اشتري العامل من يعتق عليه وهو عالم موسر وفيه ربح فإنه يعتق عليه ويؤدي إلى رب المال رأس ماله، وحصته من الربح يوم الحكم إلا أن يكون ثمنه الذي اشتراه به أكثر من قيمته يوم الحكم فيؤدي إلى رب المال رأس ماله وحصته من الربح من الثمن الذي اشتراه به، لأنه إنما اشتراه وهو عالم أنه يعتق عليه فقد رضي أن يؤدي إلى رب المال ما يحب له من الثمن الذي اشتراه به في رأس ماله وحصته من الربح، فيكون لرب المال أخذه بالأكثر. ابن رشد: وكذا أيضاً إذا لم يكن فيه ربح فإنه أيضاً يعتق

وَإِنْ أَعْتَقَ مُشْتَرَى لِلْعِتْقِ: غَرِمَ ثَمَنَهُ وَرَبِحَهُ، وَلِلْقَرَضِ قِيمَتُهُ يَوْمَئِذٍ، إِلَّا رَبِحَهُ، فَإِنْ أَعْسَرَ: بِيَعٍ مِنْهُ بِمَا لِرَبِّهِ، وَإِنْ وَطِئَ أُمَّةً: قَوْمَ رَبِّهَا، أَوْ أَبْقَى، إِنْ لَمْ تَحْمِلْ، فَإِنْ أَعْسَرَ اتَّبَعَهُ بِهَا، وَبِحِصَّةِ الْوَلَدِ، أَوْ بَاعَ لَهُ بِقَدْرِ مَالِهِ،

في السفر وفي إقامته بغير وطنه بالمال بالمعروف» هكذا في المدونة أي من غير سرف من طعامه

عليه ويؤدي إلى رب المال الأكثر من قيمته يوم الحكم، أو من الثمن الذي اشتراه به لأن لما اشتراه وهو عالم بأنه يعتق عليه فقد رضي أنه يؤدي إليه الثمن الذي اشتراه به وهو لا يعلم أنه ممن يعتق عليه، وهو أيضاً موسر وفيه ربح فإنه يعتق عليه نصيبه ويقوم عليه سائره يوم الحكم كحكم العبد بين الشريكين يعتق أحدهما نصيبه منه وهو موسر. وأما إذا اشترى من يعتق عليه وهو غير عالم وكان أيضاً موسراً ولا ربح، فإنه يباع ويدفع إلى رب المال ماله انتهى. وهذه صور أربع وهي كلها في حال يسر العامل. صورة خامسة: اشترى العامل من يعتق عليه وهو عالم معسر وفيه ربح. قال ابن رشد: قال في الكتاب إنه يباع منه بقدر رأس المال وربح رب المال، يريد يوم الحكم فيدفع إلى رب المال ويعتق ما بقي. راجع المقدمات ففيها طول وتمثيل. صورة سادسة: اشتراه وهو عالم معسر وليس فيه ربح فلا يعتق عليه ويتبع بقيمته ديناً في ذمته. صورة سابعة: اشتراه وهو غير عالم وهو معسر وفيه فضل، قال ابن رشد: فإنه يباع بقدر رأس المال وحصّة رب المال يوم الحكم ويعتق الباقي. صورة ثامنة: اشتراه وهو لا يعلم أنه يعتق عليه وهو أيضاً معسر ولا فضل فيه. قال ابن رشد: حكم هذا حكم من اشترى من يعتق عليه وهو عالم موسر ولا ربح فيه فإنه يباع ويدفع إلى رب المال ماله، لا فرق في هذا الوجه بين الموسر والمعسر انتهى بتقديم وتأخير من المقدمات. رمت بذلك أن أساير خليلاً ومع ذلك لم يتجه لي ما رمت فانظر أنت في ذلك (وإن أعتق مشتري للعتق غرم للثمن وربحه وللقرض قيمته يومئذ وربحه فإن أعسر بيع منه بما لربه). ابن رشد: إذا أعتق العامل عبداً أو جارية من مال القراض، فإن كان موسراً اشتراه للعتق عتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله أو رأس ماله وربحه إن كان فيه فضل، وإن كان موسراً واشتراه للقرض ثم أعتقه عتق عليه وغرم لرب المال قيمته يوم العتق إلا قدر حظه منه إن كان فيه فضل، وأما إن كان معسراً فلا يعتق منه شيء إلا أن يكون فيه فضل فيباع منه لرب المال بقدر رأس المال وربحه ويعتق الباقي على العامل (وإن وطئ أمة قوم بها أو أبقي إن لم تحمل). ابن عرفة: لو وطئ العامل أمة من مال القراض ولم تحمل فللصقلي عن محمد يغرّم قيمتها، وإن كان عديماً بيعت فيها. ابن شاس: لرب المال تضمينه قيمتها أو ثمنها. راجع ابن عرفة (فإن أعسر اتبعه بها وبحصّة الولد أو باع له بقدر ماله) انظر هل نقص هنا شيء؟ قال ابن رشد: إن وطئ العامل أمة من مال القراض وحملت وله مال أخذ منه قيمتها يوم وطئها فيجبر به القراض وكانت أم ولد له، وإن لم يكن له مال ولا كان فيها فضل بيعت واتبع بقيمة الولد ديناً، واختلف إن كان فيها فضل فقيل: إنه يباع منها لرب المال بقدر رأس ماله وربحه ويكون ما بقي بحساب أم ولد، وقيل يكون حكمها حكم الأمة بين الشريكين يطؤها أحدهما فتحمل ولا مال له على الاختلاف المعلوم في ذلك، وأما إن كان اشتراها للوطء فوطئها فحملت، فإن علم أنه اشتراها لنفسه من مال القراض فلا تباع ويتبع بالثمن

وإن أحبلَ مُشْتَرَاهُ لِلوَطْءِ: فَالْتَمَنُ، وَاتَّبَعَ بِهِ، إِنْ أَعْسَرَ، وَلِكُلِّ: فَسَخُّهُ قَبْلَ عَمَلِهِ: كَرَّيْهِ، وَإِنْ تَزَوَّدَ لِسَفَرٍ وَلَمْ يَظْعَنْ، وَإِلَّا فَلِنُضُوضِهِ، وَإِنْ اسْتَنْصَهُ: فَالْحَاكِمُ، وَإِنْ مَاتَ فَلِوَارِثِهِ الْأَمِينِ أَنْ يُكَمِّلَهُ، وَإِلَّا أَتَى بِأَمِينٍ كَالأَوَّلِ، وَإِلَّا سَلَّمُوا هَدْرًا. وَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ فِي تَلْفِهِ وَخُسْرِهِ،

وشرايه وركوبه ومسكنه. أشهب عن مالك: وحجامة وحمامه قالوا: وليس له دواء. انتهى. ص: (ولكل فسخه قبل عمله) ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: أي رده والرجوع وإذا كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز. انتهى. ص: (كوبه وإن تزود لسفر ولم يظعن) ش: يعني وأما العامل فليس له حينئذ الفسخ. قال في التوضيح: اللهم إلا أن يدفع لرب المال رأسه ماله. وقوله: «ولم يظعن» مفهومة أنه إذا ظعن فليس له الفسخ. ولو قال له رب المال: أنا أنفق عليك حتى أردك وهو كذلك. قال في المدونة: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر، وليس له أن يقول بعد ظعنه: ارجع وأنا أنفق عليك. انتهى. ص: (والقول للعامل في تلفه وخسره ورده) ش: وهل يحلف؟ أما في دعوى الرد

الذي اشتراها به في ذمته قولاً واحداً انتهى. ومن ابن يونس: روى عيسى عن ابن القاسم: إذا تسلف العامل من مال القراض ما ابتاع به أمة فوطئها فحملت فقد عرفتك بقول مالك، وهو رأى أن يأخذ منه ما اشتراها به في ملكه ويتبع به في عدمه، وأما لو اشتراها للقراض يريد ويثبت ذلك ثم تعدى. فهذه تباع في عدمه، قال عيسى: ويتبع بقيمة الولد ديناً إلا أن يكون في القراض فضل فيكون كمن وطئ أمة بينه وبين شريكه (وإن أحبل مشتراه للوطء فالتمن واتبع به إن أعسر) تقدم نقل ابن يونس وقول ابن رشد قولاً واحداً فانظره (ولكل فسخه قبل عمله) تقدم قبل قوله: «وزكاته على أحدهما» إن القراض لا يلزم بالعقد ولن شاء حله (كوبه وإن تزود لسفر ولم يظعن) من المدونة قال مالك: لرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر. وإن ابتاع به سلماً وتجهز يريد بعض البلدان فنهاه ربه أن يسافر به، فليس له أن يمنعه بعد شرائه لأنه يبطل عليه عمله كما لو اشترى سلماً فأراد رب المال أن يبيع ذلك مكانه فليس له ذلك، ولكن ينظر السلطان فيؤخر منها ما يرجي له سوق لئلا يذهب عمل العامل باطلاً. محمد: لو اشترى مثل الزاد والسفرة. فإن رضي رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فذلك له (وإلا فلنضوضه وإن استنصه فالحاكم) من المدونة قال مالك: ليس لرب المال جبر العامل على بيع سلع قراضه لأخذ رأس ماله وينظر الإمام فيها، إن رأى وجه يبيعها عجله وإلا أخره إلى إبان سوقها كالحبوب تشتري في الحصاد ترفع لإبان نفاقها، والضأن تشتري قبل أيام النحر ترفع ليومه. اللخمي: وكذا العامل إن أراد تعجيل بيعها وأبى ربه (وإن مات فلوارثه الأمين أن يكمله وإلا أتى بأمين كالأول وإلا سلموا هدرًا) من المدونة قال مالك: من أخذ قراضاً فعمل به ثم مات العامل، فإن كان ورثته مأمومين قيل لهم: تقاضوا الديون وبيعوا السلع وأنتم على سهم وليكم، فإن لم يؤمنوا وأتوا بأمين ثقة كان ذلك لهم، وإن لم يأتوا بأمين ولم يكونوا مأمومين سلموا ذلك إلى ربه ولا ربح لهم (والقول للعامل في تلفه وخسره). ابن الحاجب: والعامل أمين فالقول قوله في ضياعه وخسرانه.

وَرَدَّهُ إِلَى رَبِّهِ إِنْ قُبِضَ بِلَا بَيِّنَةٍ، أَوْ قَالَ قِرَاضٌ، وَرَبُّهُ بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ، أَوْ عَكْسُهُ، أَوْ أَدْعَى عَلَيْهِ
الْعَضْبَ، أَوْ قَالَ أَنْفَقْتُ مِنْ غَيْرِهِ، وَفِي جُزْءٍ إِنْ ادَّعَى مُشَبِّهًا، وَالْمَالُ بِيَدِهِ وَدِيعةً، وَإِنْ لِرَبِّهِ، وَلِرَبِّهِ

فيحلف اتفاقاً. قاله ابن الحاجب. وأما في التلف فأجراه ابن الحاجب على الخلاف في أيمان التهم.

تنبيهات: الأول: حكم المبضع معه حكم المقارض في دعوى الرد والتلف كما تقدم في العارية.

الثاني: قولهم: إنه يقبل قوله في رد المال يعني إذا قبضه بغير بينة، وقد تقدم كلام القاضي عبد الوهاب في الوكالة وكلام ابن رشد في العارية. وهذا إن ادعى أنه رد جميعه أو

اللخمي: إن اختلفا في تلفه فقال العامل: ضاع أو سقط مني أو سرق أو غرق أو ما أشبه ذلك، كان القول قول العامل في جميع ذلك لأنه أمين والأمين مصدق في أمانته مأموناً كان أو غير مأمون، لأن رب المال رضيه أميناً واختلف في يمينه (ورده إن قبض بلا بينة). اللخمي: إن اختلفا في رده وكان أخذه بغير بينة كان القول قوله مع يمينه وإن كان ثقة لأن رب المال يدعي عليه التحقيق، وإن أخذه ببينة لم يقبل قوله في رده. هذا قوله في المدونة (أو قال قراض ورهه بضاعة بأجر) من المدونة: إن قال العامل قراض وقال ربه: بل أبضعتك لتعمل به، فالقول قول رب المال مع يمينه. قال بعض فقهاء القرويين: إن كان أمرهم أن للبضاعة أجراً فالأشبه أن يكون القول قول العامل. راجع المقدمات (وعكسه) اللخمي: إن قال العامل بضاعة بأجرة وقال صاحب المال قراضاً، كان القول قول العامل مع يمينه (أو ادعى عليه الغصب) ابن الحاجب: إن قال الصانع قراض وقال رب المال بل غصبتني لم يصدق، وقيل إلا أن يشبهه. ابن عرفة: لا أعرف نص هذا الفرع. ويقرب منه قولها إن قال الصانع استعملتني هذا المتاع وقال ربه سرقته مني، فالقول قول الصانع، فإن كان ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا لم يعاقب (أو قال أنفقت من غيره) انظر هذا الإطلاق. ومن المدونة: إن قال أنفقت في سفري من مالي مائة درهم لا رجع بها في مال القراض صدق ولو خسر ورجع بها في المال إن أشبه نفقة مثله، وإن ادعى ذلك بعد المقاسمة لم يصدق (وفي جزء الربح إن ادعى مشبهاً والمال بيده أو وديعة وإن لوربه) ابن الحاجب: القول قول العامل في جزء الربح إن أتى بما يشبه والمال بيده أو وديعة ولو عند ربه. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء فقال العامل: أخذته على النصف وقال الآخر على الثلث، فإن كان لم يعمل فالقول قول رب المال لأن له أن ينتزعه منه، وإن أحب الآخر أن يعمل على الثلث عمل أو رده، فإن اختلفا بعد العمل وفي المال ربح كان القول قول العامل إذا كان المال في يديه أو سلمه على وجه الإيداع حتى يتفاصلا فيه، لأنه تسليمه على هذه الصفة ليس بتسليم. وإن أسلمه ليتصرف فيه رب المال ويكون جزء العامل سلفاً عنده كان القول قول رب المال أنه على الثلث (ولربه إن ادعى الشبه) من المدونة: إن اختلفا في قدر الربح بعد العمل ولم يشبه قول العامل رد القراض إلى قراض المثل. ابن يونس: وقال ابن حبيب: القول قول ربه إن أشبه وإلا رد القراض إلى قراض المثل. ابن عرفة: ما ذكره ابن حبيب من أن القول قول ربه إن أشبه ولم يشبه قول

إِنْ ادَّعَى الشُّبَّةَ فَقَطْ، أَوْ قَالَ قَرَضَ فِي قِرَاضٍ، أَوْ وَدِيعَةً أَوْ فِي لُجْزِيٍّ قَبْلَ الْعَمَلِ مُطْلَقًا، وَإِنْ قَالَ وَدِيعَةً ضَمِنَهُ الْعَامِلُ، إِنْ عَمِلَ، وَلِلْمُدَّعِي الصُّحَّةِ وَمَنْ هَلَكَ وَقَبْلَهُ: كَقِرَاضٍ أُخِذَ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ وَحَاصٌّ غَرْمَاءَهُ، وَتَعَيَّنَ بَوْصِيَّتِهِ، وَقُدِّمَ صَاحِبُهُ فِي الصُّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَلَا يَنْبَغِي لِعَامِلٍ: هِبَةٌ، وَتَوَلِيَّةٌ، وَوَسْعٌ أَنْ يَأْتِيَ بِطَعَامٍ كَثِيرِهِ، إِنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّفْضُلَ، وَإِلَّا فَلْيَتَحَلَّلْهُ؛ فَإِنْ أَتَى: فَلْيُكَافَأْهُ.

رد بعضه وكان الباقي لا يفي برأس المال وإنما يفي بما رده، وأما لو كان الباقي يفي برأس المال لكان القول قول رب المال ما دام في الباقي ربح. قال في المدونة في كتاب القراض: وإن قال العامل: رددت إليك رأس مالك والذي بيدي ربح، وقال رب المال: لم تدفع إلي شيئا، صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البينة. قال ابن يونس: وحكي عن القابسي أنه قال: معنى ذلك إذا قال: ما في يدي هذا ربح بيني وبينك لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد، وأما إن قال: رددت إليك المال وحصنتك من الربح وما في يدي حصتي من الربح لكان القول قول العامل إذا كان قبضه بغير بيعة كما لو لم يكن في المال ربح فادعى أنه رده إلى صاحبه لكان القول قوله مع يمينه. انتهى. وقال اللخمي في تبصرته بعد كلام المدونة: وينبغي أن يقبل

العامل به فسر الباجي المذهب غير معزو لابن حبيب (فقط) انظر إن كان يشير بهذا إلى أنه إذا أشبه قولاهما رد لقراض المثل كما إذا لم يشبه قول واحد منهما (أو قال قراض في قراض أو وديعة) من المدونة قال ابن القاسم: إن أخذ رجل من رجل مالا وقال: هو بيدي وديعة أو قراض وقال ربه بل أسلفتك، فالقول قول رب المال مع يمينه لأن العامل قد أقر أن له قبله مالا ويدعي أن لا ضمان عليه فيه. ولو قال ربه أعطيته قراضاً وقال العامل: بل سلفاً صدق العامل لأن رب المال ما هنا مدع في الربح فلا يصدق (أو في جزء قبل العمل مطلقاً) هذا هو مقتضى ما تقدم للخي أن القول قول رب المال وإن لم يشبه لأن له أن ينتزعه (وإن قال وديعة ضمنه العامل إن عمل) ابن الحاجب: إن قال رب المال وديعة ضمنه العامل بعد العمل لا قبله (ولمدعي الصحة) من المدونة: إن ادعى أحدهما ما لا يجوز كدعوى أن له من الربح مائة درهم ونصف ما بقي، صدق مدعي الحلال منهما إن أتى بما يشبه (ومن هلك وقبله كقراض أخذ وإن لم يوجد وحصص غرماءه) من المدونة قال مالك: ومن هلك وقبله قراض وودائع لم توجد ولم يوص بشيء فذلك في ماله ويحصص به غرماءه. وانظر حكموا في مال الميت برأس مال القراض مع احتمال الضياع والخسارة. قال البرزلي: ولا يفيض على التركة بالربح إلا أن يحقق (وتعين بوصية وقدم في الصحة والمرض) من المدونة: من أقر بوديعة بعينها أو في قراض بعينه في مرضه وعليه دين ببينة في صحته أو بإقراره في مرضه هذا قبل إقراره بذلك أو بعد، فرب الربح والوديعة والقراض أخذ ذلك بعينه دون غرمائه، وإن لم يعينها وجب التحاصص بها مع غرمائه (ولا ينبغي لعامل هبة أو تولية ووسع أن يأتي بطعام كثيره إن لم يقصد التفضل وإلا فليتحلله وإن أبي فليكافئه) من المدونة قال مالك: ليس للعامل أن يهب من مال القراض شيئاً ولا يولي ولا يعطي عطية ولا يكافئ منه أحداً، فأما أن يأتي بطعام إلى قوم ويأتون بمثله فأرجو أن يكون ذلك له واسعاً إذا لم

قوله، وكذلك إذا قال: هذا ربحي وكما لو قال: رددت بعض رأس المال، ولا فرق بين قوله: «رددت بعض رأس المال» أو «جميعه دون الربح» أو «لم أربح شيئاً» أو «ربحت وسلمت إليك رأس المال ونصيبك من الربح». وقد قال مالك في كتاب محمد في المساقى يقول بعد جذاذ الثمرة لصاحب الحائط: قد دفعت إليك نصيبك، فالقول قول العامل وإن كان يقول: هذا الذي في يدي نصيبي فكذلك القراض. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره ما تقدم: ففي قبول دعوى العامل رد المال مقراً ببقاء ربح بيده، ثالثها إن ادعى رد حط رب المال منه. للرخمي ولها وللقابسي انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: ومن قال: رددت إليك ما وكلتني عليه أو على بيعه أو دفعت إليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك، فالقول قوله يريد إلا أن يقول له: رددت إليك رأس المال والذي بيدي ربح بيني وبينك، وقال رب المال: لم تدفع لي شيئاً، صدق رب المال ما دام في المال ربح وعلى العامل البيعة، وهذا نص ما في المدونة اهـ. وقال أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: ومن بيده وديعة أو قراض لرجل فقال: رددت إليك ذلك فهو مصدق، ظاهره كان قبل المفاصلة أو بعد المفاصلة. قال في كتاب القراض: وإذا قال: رددت إليك رأس مالك وما بيدي ربح الخ. فهي تقييد بهذا انتهى.

الثالث: لو ادعى العامل أنه لم يعمل بالمال، فهل يكون القول قوله؟ الظاهر أن القول قوله ويحلف على ذلك ولم أر الآن فيه نصاً والله أعلم.

يتعمد أن يتفضل عليهم، فإن تعمد ذلك بغير إذن صاحبه فليتحلل صاحبه، فإن حله فلا بأس به، وإن أبى فليكافئه بمثله إن كان شيئاً له مكافأة. ابن عرفة: مثل هذا في الموطأ وقرره الباجي بقوله: إن اجتمع مع رفقاته فجاؤوا بطعام على ما يتخارجه الرفقاء في السفر فذلك واسع، وإن كان بعضه أكثر من بعض ما لم يتعمد أن يتفضل عليهم بأمر مستكر. وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقاته فذلك جائز، وكذلك إذا أخرج كل واحد منهم بقدر ما يتساوى فيه ثم ينفقون منه في طعامهم وغيره مما مستهم الحاجة إليه، وذلك لأن انفراد كل إنسان بتولي طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر تجارته. ابن عرفة: وكذلك غير المسافرين. قاله بعض من لقيت وهو واضح اهـ. انظر هل يكون من هذا ما تعم به البلوى بين الأصهار والقربان يشترون الكرم عصيراً ويسكر الجميع، وكان سيدي ابن سراج رحمه الله يقرر هذه المسألة ويمثل بالطلبة بالمدرسة وكونهم يطحن أحدهم دقيقه، فإذا فني دقيقه طحن الآخر من قمحه وهكذا، ولكن لقلة الامتحان لا أدري على ما كان يخرج ذلك. ورأيت في نوازل البرزلي أن ابن عرفة أجاز أن يغدي أحدهم الحصادة ويعشبهم الآخر كما في المكاتب يأخذ أحدهما نجماً حتى يأخذ صاحبه النجم الآخر. وفي جامع الموطأ أن أبا عبيدة جمع أزواد الجيش. قال الباجي: يحتمل أن يكون ذلك بموافقة أهل الجيش ورضاهم وإن كان يجوز أن يكون بعضهم أكثر زاداً من بعض ويكون فيهم من فني زاده جملة

باب المساقاة

باب إنما تصح مساقاة شجر

قال ابن عرفة: المساقاة عقد على مؤنة نمو النبات بقدر، لا من غير غلته، لا بلفظ بيع أو

إلا أنهم أرادوا التواسي وقد قال عليه السلام: «إن الأشعرين إذا أرملوا جمعوا زادهم فتواسوا فيه فهم مني وأنا منهم»^(١) وانظر أيضاً من هذا المعنى إلغاء شريكي المفاوضة نفقتهما. وسمع ابن القاسم: لا بأس على عامل القراض في إعطاء السائل الكسرة وكذلك التمرات. ابن رشد: لأنه من اليسير الذي لا يتشاح في مثله. وكذا الوصي يعطي السائل من مال يتيمة وأصله قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النور: ٦١] الآية وانظر في ابن عرفة قول مالك إن دفع العامل لرب المال حظ ربحه من مال نفسه جاز. ابن رشد: هذا جائز إن كان على وجه السلف، ومنع سحنون ذلك إن كان أعطاه ذلك على وجه الشراء لأن ربحه ليس في ذمة العامل إنما هو في المال بعينه اهـ. انظر هذا مع ما في المنتقى أنه لا بأس أن يأخذ رب المال رأس ماله عيناً ويقسمان ما بقي من سلع أو غيرها، أو يأخذ رب المال رأس ماله سلعاً ويقسمان ما بقي من عين أو عرض بشرط أن يكون المأخوذ مما يجوز تسليم رأس المال فيه. وسمع ابن القاسم: إن سلف العامل في طعام ثم كره التقاضي فأسلم ذلك فرضي رب المال فلا بأس به، قال البرزلي: رأيت فتوى لابن عبد السلام أنه يجوز في القراض أن يأخذ عن الدنانير دراهم وعكسه بصرف وقته. وسئل عنها الغبريني فقال كذلك. قال البرزلي: بدليل أول مسألة من قراض العتبية مفهوم قوله قبل العمل أنه يجوز بعد العمل. ومن رسم العربية من سماع عيسى قارضة بعشرة تنقص خروبة. وانظر قبل هذا في الوكالة قبل قوله: «وحنث بفعله» نص ابن عرفة. وانظر فيه أيضاً ما يفضل عند المقارض إذا قدم من سفره كالحجة قال مالك: تترك له إلا أن يكون لها قدر ككسوة المرأة يموت أحد الزوجين قبل السنة لا تتبع المرأة بشيء من ذلك لها في السنة بخلاف النفقة. وانظر ما تقدم من قوله: «إن اشترى من يعتق عليه عالماء هل العلم المشروط في هذا الفصل علمه بالأبوة أو الأخوة لا علمه بوجود عتقه. قال ابن عرفة: هذا هو أصل المذهب لأن العلم بالحكم أو بالجهل به لا أثر له هنا إنما يعتبر العلم أو الجهل في أسباب الأحكام.

كتاب المساقاة

ابن شاس: في المساقاة بابان: الأول في أركانها وهي أربعة: متعلق العقد والمشروط للعامل والعمل وما به تنعقد. الباب الثاني في حكمها في حال الصحة والفساد. عياض: هي مشتقة من سقي الثمرة إذ هي معظم عملها وأصل منفعتها. وانظر قد قال مالك: إذا دخل الحائط سيل أقام فيه حتى استغنى عن الماء فلا يحاسبه رب الحائط بذلك. وانظر لو استأجره على سقيه قبل المطر فإنه يحط من الأجر. قال ابن شاس: المساقاة سنة على حيالها مستثنى من المخابرة وكراء الأرض بما يخرج منها

(١) رواه البخاري في كتاب الشركة باب ١. مسلم في كتاب فضائل الصحابة حديث ١٦٧.

إِنَّمَا تَصِيحُ مُسَاقَاةُ شَجَرٍ وَإِنْ بَقِلاً ذِي ثَمَرٍ

إجارة أو جعل،. فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل انتهى. ويطلب طرده على قول ابن القاسم بالعقد عليها بلفظ «عاملتك» لأنها ليست بمساقاة عند ابن القاسم. قال بعد ذلك الصيغة. ابن رشد: لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على قول ابن القاسم انتهى. ص: (وإن بعلًا) ش: قال في التوضيح: قال مالك في المدونة وغيرها: تجوز المساقاة على شجر البعل، وكذلك ما يشرب بالسيح لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء. قيل للمالك: فزرع البعل كزرع أفريقية ومصر وهو لا يسقى. قال: إن احتاج من المؤنة إلى ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك جازت مساقاته، وإن كان لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودراسته لم تجز وتصير إجارة فاسدة، وليس زرع البعل كشجر البعل وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة والخوف عليه انتهى.

قلت: وقوله: «قيل فزرع البعل الخ» هو من كلامه في المدونة. قال ابن ناجي: معناه لا يشترط في شجر البعل خوف الهلاك كما يشترط في زرعه بل مجرد الحاجة. انتهى والله أعلم. ص: (ذي ثمر) ش: قال ابن غازي: أخرج به الشجر الذي لم يبلغ حد الإطعام كالودي فإن مساقاته غير جائزة حسبما صرح به اللخمي، وسيقول في المنوعات: وشجر لم يبلغ خمس سنين وهو يبلغ أثناءها. انتهى.

تنبيه: فإن كان في الحائط ودي لم يبلغ حد الإطعام إلا أنه قليل، فهل تجوز المساقاة في الحائط جميعه ويكون تبعاً؟ الذي يفهم من كلام الباجي في المنتقى الجواز، فيكون قول المصنف «إلا تبعاً» راجع إلى المسائل الثلاث قبله. ونص الباجي عند قوله في الموطأ: ولا يشترط على العامل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو غرس يغرسه فيأتي به من عنده يعني أنه يشترط على العامل غرساً يأتي به من عنده فيغرسه في أرضه أو حائطه فإن ذلك لا يجوز. ورواه ابن المواز عن مالك. قال محمد: إن كان يسيراً أجزت المساقاة وأبطلت الشرط، وإن كان له قدر لم تجز. قال مالك: ولو شرط العمل في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب

وبالجزء ومن بيع الثمرة والإجارة قبل طيبها وقبل وجوبها ومن الإجارة بالمجهول والغرر (إنما تصح مساقاة شجر). ابن عرفة: المساقاة عقد على مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل. ابن رشد: تجوز المساقاة في كل أصل له ثمرة ما لم يحل بيع الثمرة، كان الأصل ثابتاً، أو غير ثابت إلا أن غير الثابت لا تجوز مساقاته إلا بعد أن ينبت ويستقل، ولا يجوز في شيء من البقول لأن بيعها يحل إذا نبتت واستقلت (وإن بعلًا) من المدونة: لا بأس بمساقاة النخل وفيها ما لا يحتاج إلى سقيه كمساقاة شجر البعل لأنها تحتاج إلى عمل المؤنة (ذي ثمر). عياض: من شروط المساقاة أنها لا تصح

لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ وَلَمْ يُخْلَفْ

الحائط، فإن كان يسيراً لا تعظم فيه المؤنة فجائز، وإن كان كثيراً لم يجز، فإن وقع ذلك على الوجه الذي يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجبر له أجر مثله، قال عيسى: إن كان العمل الكثير دون الأصل يرد إلى مساقاة مثله، وإن كان الودي من العامل رد إلى إجارة مثله وله قيمة غرسه مقلوعاً انتهى. وقوله: «على الوجه الذي يجوز» كذا في النسخة التي نقلت منها، والظاهر أنه سقط منه لا كما يدل عليه بقية كلامه فتأمل، فصواب العبارة أن يقول: «على الوجه الذي لا يجوز» ونقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والله أعلم. وقال في رسم كتب عليه حق: ولا بأس أن يشترط على العامل أن يسقي الجداول إذا كانت يسيرة. قال ابن رشد: هو من العمل اليسير الذي جَوَّز اشتراطه. ص: (ولم يحل بيعه) ش: احترازاً مما إذا حل بيعه كما إذا أزهى بعض الحائط فلا تجوز مساقاته، قال في المدونة: وإذا أزهى بعض الحائط لم تجز مساقاة جميعه لجواز بيعه. انتهى. قال ابن ناجي: تسامح في قوله: «لم تجز مساقاة جميعه» وإنما أراد لم تجز مساقاة شيء منه إذ لا ضرر على ربه في ذلك لجواز بيعه، وهذا هو المشهور. وقال سحنون: تجوز مساقاته. انتهى. قلت: وكذلك ينبغي أن لا تجوز المساقاة إذا أزهى ما يجاوره من الحوائط، على ما تقدم في بيع الثمار.

تنبيه: فإذا عمل رب الحائط في حائطه مدة ثم ساقاه قبل أن يثمر أو بعد أن أثمر ولم يحل بيع الثمرة جاز ذلك بشرط أن لا يرجع بأجرة ما سقى ولا بشيء منه. قاله في رسم مسائل البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة. قال ابن رشد: فإن ساقاه بعد أن أسقى أشهراً على أن يتبعه بما سقى فإنه يرد إلى أجرة مثله انتهى. ص: (ولم يخلف) ش: احتراز به مما يخلف كالبقول والقضب. بالضاد المعجمة. والموز والقرط. بالطاء المهملة. قاله في المدونة.

إلا في أصل يثمر أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها كالورد والياسمين (لم يحل بيعه) من المدونة قال مالك: المساقاة في كل ذي أصل من الشجر جائزة ما لم يحل بيع ثمرها على ما يشترط من ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر، ويجوز على أن للعامل جميع الثمرة كالريح في القراض انتهى. وانظر هذا فإن ما حل بيعه هو أيضاً جائز إعطاؤه بجزء لكن على وجه الإجارة. في الموطأ: مساقاة ما حل بيعه كالإجارة. قال سحنون: مساقاة ما حل بيعه هي إجارة جائزة. قال ابن يونس: كجواز بيع نصفه ولأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به (ولم يخلف). ابن شاس: للأصول التي تجوز مساقاتها شروط. الأول: أن يكون مما تجنى ثمرته ولا تخلف، واحترزنا بقولنا: «ولا تخلف» من الموز والقضب والقرط والبقل لأنه بطن بعد بطن وجزء بعد جزء. ابن رشد: كان ابن القطان يحمل المدونة على الجواز في القطن وإن لم يعجز عنه ربه بخلاف المقائىء والزرع وهو بعيد إذ لا فرق بين القطن والزرع والمقائىء، ولا يختلف في الورد والياسمين أنه لا يعتبر فيهما العجز. وفي المدونة: منعها في القرط والقضب والموز. ابن يونس: ومثل القضب البقل والكراث، واختلف في الريحان والقصب

إِلَّا تَبَعًا، بِجُزْءٍ قَلٍّ أَوْ كَثْرٍ،

قال اللخمي: والكراث وكل ما ليس بشجر، وإذا جزءاً خلف فلا تجوز مساقاته وإن عجز عنه ربه. قاله في المدونة. والفرق بين البصل والكراث أن البصل جرت العادة فيه أنه إنما يجذ بأصوله بخلاف الكراث فإنه يجز وتبقى أصوله في الأرض. ص: (إلا تبعاً) ش: هو راجع إلى المسائل الثلاث التي قبله كما ذكرنا عن الباجي قبل وليس خاصاً بالمسألتين قبله كما قال ابن غازي.

تنبيه: وإذا كان ما يخلف تبعاً فلا يجوز اشتراطه لرب المال ولا إلغاؤه للعامل. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. ص: (بجزء قل أو كثر) ش: لا مفهوم لقوله: «بجزء» وإنما نبه به على أنه لا تجوز المساقاة بكيل مسمى من الثمرة، ولم يرد أنه لا بد أن يكون المأخوذ جزءاً من الثمرة بل تجوز المساقاة على أن تكون الثمرة جميعها للعامل. قاله في المدونة وغيرها. قال ابن ناجي: وظاهرها أنها مساقاة حقيقة ويجبر العامل أو يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على أنه أراد الهبة لقلّة المؤنة وكثرة الخراج. قال اللخمي: وهو مقتضى ما رواه ابن حبيب. وقال التونسي: هي كالهبة وإن انتفع ربهما يسقي أصوله ولو مات قبل الحوز بطلت انتهى.

قلت: قال اللخمي متمماً للكلام الأول: ومتى أشكل الأمر حملاً على المعاوضة لقوله: «أساقيك ورب الحائط أعلم بمنافعه ومصلحه ماله» انتهى. ونقله أبو الحسن. وقال في المقدمات: وتجوز المساقاة على أن تكون الثمرة كلها للعامل بعمله، وقد قيل فيه: إنه منحة فيفتقر إلى الحيازة ويطل بالموت وهو بعيد انتهى.

قلت: وأما عكس هذا فظاهر جوازه وهو أن تكون الثمرة كلها لرب المال لأن العامل هنا متبرع بعمله.

تنبيه: يشترط في الجزء المأخوذ أن لا يكون مختلفاً، فلو كان في الحائط أصناف من الثمرة وشرط أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف منها الثالث لم يجز، وكذلك لو كان فيه أنواع من الثمار فساقاه في نوع من الثمار منها بالنصف وفي نوع بالثلث لم يجز. قال ابن عرفة: والحائط مختلف نوع شجرة مختلطاً كمتحد. اللخمي: واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها، وتعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقارب كواحد انتهى.

الحلو. ابن رشد: قصب السكر مثل الزرع والكمون (إلا تبعاً) من المدونة قال مالك: لا بأس أن يساقي الحائط وفيه من الموز ما هو تبع قدر الثلث فأقل ولا يكون لأحدهما، ويكون بينهما على سقاء واحد مثل الزرع الذي مع النخل وهو تبع لها كما قال ابن القاسم (بجزء). عياض: من الشروط أن تكون المساقاة بجزء مشاع مقدر (قل أو كثر) تقدم نص المدونة: تجوز على ما يشترط من ثلث أو ربع

شَاعَ وَعُلِّمَ بِسَاقِيَتِهِ،

فرع: وقع في الموطأ وغيره في حديث خبير أنه عليه السلام كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم ثم يقول لهم: إن شئتم فلکم وإن شئتم فلنا بخرصها ونؤدي إليكم نصفها، هكذا ذكره في المقدمات، وفي الموطأ نحوه. قال الباجي: قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل عبد الله، أيجوز ذلك للمساقين والشريكين؟ فقال: لا يعمل ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقتسمانه بالخرص. قال الباجي: وهذا الذي حمل عيسى الحديث عليه وأنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة ليضمنوا حصة المسلمين منها لا يجوز لأنه يبيع التمر بالتمر بالخرص في غير العرايا، فلذلك تأول الحديث على أن الخرص للقسمة خاصة. وإذا حمل الحديث على أنه إنما كان الخرص للزكاة سلم مما جاء به وأنكره وهو محتمل لذلك، ويكون قوله: «إن شئتم فلکم وإن شئتم فلنا» على سبيل التحقيق لصحة خرصه. انتهى بالمعنى. وخرص الحائط للقسمة إنما يجوز إذا كان للأكل بشروط تقدمت في باب القسمة. وقال في المقدمات: جاء في بعض الآثار تضمين اليهود نصيب المسلمين وفي بعضها تخييرهم من غير ذكر ضمان فأما تخييرهم في أخذهم الثمرة في رؤوس النخل بما فيه خرص عليهم من الثمرة يؤدونه عند الجداد من غير تضمين فليس بضيق، وقد أجازته جماعة من أهل العلم وهو على قياس ما قاله مالك في الخرص بسبب الزكاة، وأما تخييرهم في التزامهم ذلك مضموناً عليهم فهو من المزابنة ولا يكون إلا مفسوخاً، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازته وهو بعيد انتهى.

فرع: قال في المدونة: وليس للعامل أن يعري من الحائط إذ ليست له نخلة معينة إلا أن يعري حصة من نخلات معينة فيجوز. قال أبو الحسن: أو يعري جميع حظه من الحائط قال: فإن أعري شيئاً بعينه فإنه يمضي نصيبه للمعري ويرجع نصيب رب الحائط وليس للمعري أن يقول: اجمعوا حظي في هذه النخلات لأنه إنما أعراه شيئاً بعينه فاستحق فلا يلزم خلفه انتهى. وقاله اللخمي وزاد: وكذلك لو أعري رب الحائط جميع حظه أو بعضه أو شيئاً بعينه. ص: (بساقيت) ش: قال في المقدمات: والمساقاة أصل في نفسها فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال رجل: استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته لم يجز على مذهبه كما لا تجوز الإجارة عنده بلفظ المساقاة وذلك بين من قوله في الكتاب: إذا ساقاه في ثمرة قد طاب بعضها أن ذلك لا يجوز بخلاف قول سحنون فإنه يجزئها ويجعلها إجارة، ولمالك في كتاب ابن المواز مثله وكلام ابن القاسم أصح انتهى.

قلت: وعلى قول سحنون اقتصر ابن شاس وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: الصيغة

وأقل وأكثر (شاع وعلم) تقدم نص عياض: مشاع مقدر. (بساقيت). عياض: لا تنعقد إلا بلفظ

لَا نَقْصَ مَنْ فِي الْحَائِطِ

مثل ساقيتك أو عاملتك على كذا فيقول: قبلت وما في معناها من قول أو فعل انتهى. ص: (ولا نقص من في الحائط) ش: يعني أنه يشترط في صحة المساقاة أن لا يخرج رب الحائط ما كان في الحائط من عبيد ودواب وأجراء وآلة يوم عقد المساقاة، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة. قال في المدونة: وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق وداب لربه فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. ثم قال فيها: ولو شرط رب المال إخراج رقيقه ودوابه منه لم يجز، فإن نزل ذلك منه فللعامل أجره مثله والثمره لربها انتهى. قال أبو الحسن: قوله: «لا ينبغي» معناها المنع يدل عليه التعليل، وقوله: «إلا أن يكون قد نزعهم» استثناء منقطع انتهى. وقال ابن ناجي: قوله: «لا ينبغي» على التحريم للتعليل وصرح بذلك عبد الحق انتهى.

قلت: وآخر كلام المدونة صريح في أن ذلك على التحريم لأنه جعل ذلك مما تفسد المساقاة به. وقال ابن نافع ويحيى: وإذا كان في الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط ووجه الأول أنه عليه السلام لما ساقى أهل خيبر لم يخرج شيئاً مما في الحوائط. قاله في التوضيح.

تنبيه: في المدونة: إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. لفظه في الأم قلت: إن لم يشترطهم العامل وأراد المالك إخراجهم قال: قال مالك: أما عند معاملته واشترطه فلا ينبغي إخراجهم، وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس. هكذا نقله ابن عرفة وقال: انظر قولها: «وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس» هل هو مطلقاً لأجل أنه مختلف فيه أو ما لم يكن ذلك لقصد إخراجهم من المساقاة كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لكي تعتد. ومال أبو حفص العطار إن أراد أن يساقى حائطه فأخرجهم ثم أقبل يسوم به فلا بأس إنما الذي لا يجوز أن يخرجهم عند إرادة عقدها مع من تكلم معه فيه انتهى. قلت: ما قاله أبو حفص هو الذي يفهم من كلام المدونة.

فرع: وليس للعامل أن يعمل بعمال رب المال ودوابه في غير الحائط المساقى عليه، ولا يجوز له أن يشترط ذلك. قاله في الموطأ. قال الباجي: لا يجوز للعامل أن يعمل بهم في غير الحائط المساقى عليه، سواء كان يعمل بهم في حوائط يملكها أو حوائط ساقى عليها من أجنبي أو عمل فيها بأجر، وأما رقيقه وعماله فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء لأنه إنما عليه العمل في الحائط، فإن اشترط ذلك على رب الحائط فسدت المساقاة لأنها زيادة اشتراطها، فإن فاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى إجارة مثلهم، وإن عمل بهم من

المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال استأجرتك على عمل حائطي أو سقيه بنصف ثمرتها أو ربعها لم يجز حتى يسميها مساقاة. (ولا نقص من في الحائط ولا تجديد) من المدونة قال مالك: لا ينبغي لرب

وَلَا تَجْدِيدٍ، وَلَا زِيَادَةَ لِأَحَدِهِمَا، وَعَمِلَ الْعَامِلُ: جَمِيعَ مَا يُفْتَقَرُ إِلَيْهِ عُرْفًا:

غير شرط منع من ذلك ولا يفسد العقد بذلك. انتهى بالمعنى. قلت: إلا أن يكون ذلك بإذن رب المال فيجوز والله أعلم. ص: (ولا تجديد) ش: يعني أنه يشترط أيضاً في صحة المساقاة أن لا يشترط العامل على رب الحائط أن يجدد فيه دواب وأجراء لم يكن فيه حين العقد، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة يريد إلا أن يكون ذلك يسيراً كاشتراط دابة أو غلام في الحائط الكبير فإن ذلك جائز بلا خلاف كما سيذكره المصنف في الجائزات، بإطلاقه هنا مقيد بما سيأتي. قال في المدونة: وما لم يكن في الحائط يوم العقد فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة حائط كبير ولا يجوز ذلك في صغير، ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره فيصير هذا يشترط جميع العمل على ربه، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كثر، ولا يجوز للعامل أن يشترط على رب المال دواب أو رقيقاً ليسوا في الحائط. قال أبو الحسن: قوله: «لا ينبغي» معناه لا يجوز. وقال ابن ناجي: لا ينبغي على التحريم يدل عليه ما بعده وأخرج منه قوله «ولا يجوز» وهذا هو المشهور. وقال ابن نافع: لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه. قال اللخمي: وهو أقيس انتهى. ص: (وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاً) ش: كذا في أكثر النسخ «عمل» بصيغة الفعل الماضي من العمل والعامل فاعله و«جميع» مفعوله، وفي بعض النسخ بجر العامل بـ«على» الجارة ورفع «جمع» على أنه مبتدأ تقدم خبره. والمعنى واحد غير أن «على» أبين في الدلالة على اللزوم قال في المدونة: ووجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه انتهى. يريد جميع الذي تفتقر إليه الثمرة ويقطع بانقطاعها أو يبقى منه بعدها الشيء اليسير. قال في المقدمات: عمل الحائط إن لم يتعلق بإصلاح الثمرة لم يلزم العامل ولا يصح أن يشترط عليه منه إلا اليسير يعني كسد الحظيرة وإصلاح الضفيرة قال: وإن تعلق بإصلاح الثمرة وكان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهذا يلزم المساقى وذلك كالحفر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر والتسريب والتسديد وإصلاح مواضع السقي والتذكير والجداد وما أشبه ذلك.

الحائط أن يساقه على أن يترك ما كان فيه من غلمان أو دواب فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. قال: وما لم يكن في الحائط يوم عقد المساقاة فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة في حائط كبير ولا يجوز ذلك في حائط صغير (لا زيادة لأحدهما). عياض: لا يجوز أن يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً معيناً خاصاً لنفسه (وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه). عياض: من الشروط أن يكون العمل كله على العامل. قال مالك في المدونة: جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه. قال مالك: ويلزمه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط (عرفاً). ابن الحاجب: لا يشترط تفصيل العمل ويحمل على العرف. ابن عبد السلام: لعل مراده إن كان العرف منضبطاً وإلا فلا بد من

كِبَابَرٍ، وَتَنْقِيَةٍ، وَدَوَابِّ وَأَجْرَاءَ،

قال: وإن كان يتأبد ويبقى بعد الثمرة كإنشاء حفر بئر أو إنشاء ضفيرة أو إنشاء غراس أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين وما أشبه ذلك، فلا يلزم العامل ولا يجوز اشتراط ذلك عليه عند المساقاة انتهى. ص: (كِبَابَر) ش: قال في الصحاح: وتأبير النخل تلقيحه، يقال: نخلة مؤبرة مثل مأبورة، والاسم منه الإبار على وزن الإزار انتهى. ولم يذكر الفاكهاني في شرح الرسالة غير هذا والجاري على الألسنة الإبار بالتشديد وهو جائز، قال الزمخشري في قوله تعالى: ﴿وَكَذَبُوا بآيَاتِنَا كَذَابًا﴾ [النبأ: ٢٨] فعال في باب فعل فاش من كلام فصاح من العرب لا يقولون غيره، وسمعتهم أفسر آية فقال: لقد فسرتها فساراً ما سمع بمثله، وقال غير الزمخشري: هي لغة لبعض العرب يمانية والله أعلم. وقال أبو الحسن: التلقيح والتذكير والإبار ألفاظ مترادفة. قال في المدونة: ولا بأس باشتراط التلقيح على رب المال، فإن لم يشترط فهو على العامل. وقال بعده: وإنما يجوز لرب المال أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته وذكر أشياء منها إبار النخل وهو تذكيرها انتهى. قال اللخمي: اختلف قول مالك في الإبار فجعله مرة على رب الحائط، ومرة على العامل فتأول بعضهم ذلك على أن على رب الحائط الشيء الذي يلحق به وعلى العامل العمل، قال اللخمي: وليس بالبين انتهى. قال في التوضيح بعد أن ذكر القولين: حمله بعضهم على الخلاف. قلت: الذي يظهر من المدونة أنه على العامل إلا أن يشترطه على رب المال وكلامه الأخير لا يعارض الأول ولذلك والله أعلم أطلق المصنف فيه.

البيان. انظر ابن عرفة. (كِبَابَرٍ وَتَنْقِيَةٍ). عياض: الإبار والتنقية والتذكير بمعنى واحد. من المدونة: وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته مثل سر والشرب وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء، وضم العين وهو كنسها، وقطع الجريد وإبار النخل وسد الحظار واليسير من إصلاح الضفيرة ونحوه مما تقل مؤنته، فيجوز اشتراطه على العامل وإلا لم يجز. ابن حبيب: سد الحظار هو تحصين الجدر وتزريبها، والضفيرة هي محبس الماء ومجتمعها كالصهريج، فإن لم يشترط هذه الأشياء على العامل فهي على رب الحائط إلا الجداد والتذكير وسرو الشرب فهو على العامل وإن لم يشترط عليه. عياض: الشرب الحفرة حول النخلة يجتمع فيها الماء لسقيها ولشرب عروق النخلة منها، وسروها كنسها وتنقيتها مما يقع فيها وتوسعتها ليكثر فيها الماء، وضم العين كنسها مما لعله يسقط فيها أو ينهار من التراب، وسد الحظار - بالسين والشين - وقيل: ما حظر بزرب فبالشين، وما كان بجدار فبالمهمل. والضفيرة عيدان تنسج وتضفر وتطين فيجتمع فيها الماء كالصهريج. وقيل: هي مثل المنساة الطويلة في الأرض تجعل يجري الماء فيها بخشب وحجارة يضفر بعضها ببعض تمنع من انشقاق الماء على وجه الأرض حتى يصل إلى الحائط (ودواب وأجراء) من المدونة والواضحة: السنة في المساقاة أن على العامل جميع المؤنة والنفقة والأجراء والدواب والدلاء والحبال والأدوات من حديد وغيره إلا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم عقد المساقاة فإن للعامل أن يستعين به

وَأَنْفَقَ، وَكَسَا، لَا أَجْرَةَ مَنْ كَانَ فِيهِ، أَوْ خَلَفَ مَنْ مَاتَ، أَوْ مَرِضَ

ص: (وأنفق وكسا) ش: يعني أن العامل يلزمه أن ينفق على الدواب والأجراء وأن يكسوهم، سواء كان له أو لرب الحائط. وهذا مذهب المدونة. قال فيها: وعليه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط من رقيقه كانوا له أو لرب الحائط، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة العامل نفسه على رب الحائط. قال ربيعة: ولا تكون بينهما ولا شيء يكون من النفقة في ثمر الحائط، قال أبو الحسن: قول ربيعة تفسير، وقال اللخمي في مختصر ما ليس في المختصر: إن نفقة دواب رب الحائط عليه. ص: (لا أجره من كان فيه) ش: يعني أن حكم الأجرة مخالف لحكم النفقة والكسوة فإنه إنما يلزم العامل أجره من استأجره هو وأما من كان في الحائط عند عقد المساقاة فأجرته على ربه. قال في التوضيح هكذا. قال في الواضحة. وقيد اللخمي بما إذا كان الكراء وجيبة قال: وإن كان الكراء غير وجيبة فحكمه حكم ما لا أجره فيه وخالف في ذلك الباجي، ورأى أن ذلك على ربه ولو كان غير وجيبة قال: وهذا إذا كان مستأجراً لجميع العام، وإن كان مستأجراً لبعضه فلم أر الآن في ذلك نصاً، وعندي أن عليه أن يستأجر من يتم العمل لأنه لو مات يلزمه ذلك، فكذا إذا انقضت مدة إجارته. وما ذكره عن الواضحة هو ظاهر المدونة لقوله فيها: وأما ما كان في الحائط يوم التعاقد من دواب ورقيق فخلف من مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك عليهم إذ عليهم عمل العامل ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز انتهى. وليس في المدونة التصريح بأن الأجرة على رب الحائط كما قال الشارح، وأما كلام اللخمي فمخالف لظاهر المدونة لأنه إذا كان عليه خلف من مات من الأجراء فذلك يقتضي أن الأجرة عليه، سواء كانت وجيبة أو غير وجيبة، وكذلك إذا انقضت الأجرة في بعض العام فظاهر المدونة أنه يلزمه إتمام الأجرة في بقية السنة أو استئجار شخص آخر خلفه. قال ابن ناجي في شرح المدونة: ذكر الموت في الكتاب طردي لقول اللخمي الإباق والتلف في أول العمل كالموت انتهى. قلت: وقال اللخمي أيضاً: لو أراد رب الحائط أن يخرج

وإن لم يشترطه (وأنفق وكسا لا أجره من كان فيه) تقدم نص المدونة: تلزمه نفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط. وقال الباجي: ما استأنف العامل من استئجار الأجراء بأجرتهم على العامل، ومن كان فيهم يوم المساقاة فأجرتهم على رب الحائط، ولا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم ذلك على العامل (أو خلف من مات) من المدونة: لا يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط خلف ما أدخل العامل فيه من رقيق أو دواب إن هلك ذلك، وأما ما كان للحائط يوم التعاقد من دواب أو رقيق فخلف ما مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك إذ عليهم عمل العامل، ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز. قال ابن حبيب: فإن شرط العامل على رب الحائط خلف ما أدخل العامل فيه أو شرط رب الحائط على العامل خلف ما هلك مما كان لرب الحائط فيه رد العامل في الوجهين إلى إجارة مثله (أو مرض). الباجي:

كَمَا رَثَّ عَلَى الْأَصْح: كَزْرَع، أَوْ قَصَبٍ، وَبَصَلٍ، وَمَقْثَاةٍ؛ إِنَّ عَجَزَ رَبُّهُ، وَخِيفَ مَوْثُهُ، وَبَرَزَ، وَلَمْ يَيْدُ صَلَاحُهُ، وَهَلْ كَذَلِكَ الْوَزْدُ وَنَخْوُهُ وَالْقَطْنُ؟ أَوْ كَالأَوَّلِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ؟

من فيه ويأتي بمن يعمل عملهم لم يكن للعامل في ذلك مقال والله أعلم. ص: (كما رث على الأصح) ش: يعني أن ما كان في الحائط من حبال أو أدلية وآلات من حديد ونحو ذلك يوم عقد المساقاة فإنه يكون للعامل، ولا يجوز لرب الحائط إخراجه. كما تقدم. وما لم يكن في الحائط فعلى العامل الإتيان به، فإذا رث ما كان في الحائط من الآلات أي بلي، فهل يجب على رب المال خلفه أو لا يلزم ربه خلفه ويكون خلفه على العامل؟ ذكر الباجي في ذلك قولين. قال: وكونه على العامل أظهر لأنه إنما دخل على أن ينتفع به حتى تهلك عينه وأمد انتهائها معلوم بخلاف العبد والدابة فإنه لا يعلم أمد ذلك. وجزم اللخمي بأن خلف ذلك على العامل ولم يحك فيه خلافاً إذا علم ذلك فقول المصنف: «كما رث» إن كان بكاف. التشبيه كما هو في غالب النسخ فكان من حقه أن يذكر قبل قوله: «لا أجرة من كان فيه» كما قال ابن غازي، لأنه مشبه بما هو على العامل، وإن كان بـ«لا» النافية فهو مخرج من المنفي قوله أي ليس على العامل خلف من مات أو مرض ممن كان فيه وعليه خلف ما رث.

فرع: فلو سرق ما كان في الحائط من الأثاث كان على رب الحائط إخراجها اتفاقاً قاله في التوضيح. فإذا أخلفها ربه انتفع به العامل قدر ما كان ينتهي إليه المسروق ثم يختلف فيه حيثئذ، فمن قال إذا بلي يلزم ربه خلفه قال يستمر العامل على الانتفاع به، ومن قال الخلف على العامل قال لربه أن يأخذه والله أعلم. ص: (كزرع وقصب وبصل ومقثاة) ش: تقدم الكلام على مساقاة زرع البعل أول الباب، والمقثاة بالثاء المثناة قبل الألف والثناء الفوقية بعدها. ص: (أو كالأول وعليه الأكثر) ش: كلامه في المدونة كالصريح في هذا ونصه: ولا بأس

من مات من الرقيق والأجراء والدواب أو أبقوا أو مرضوا أو منهم مانع من العمل ممن هو لصاحب الحائط فعليه خلف ذلك، لأن العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط لكنه تعين بهؤلاء بالتسليم واليد (كما رث على الأصح) الباجي: لو استعمل ما في الحائط من الحبال والآلة حتى خلق، فعلى العامل خلفه. ولو سرق فعلى رب الحائط خلفه. قاله بعض شيوخنا. وقيل: على رب الحائط في الوجهين والأول أظهر (كزرع وقصب وبصل ومقثاة إن عجز ربه) ابن رشد: وما كان غير ثابت الأصل كالمقثاة والباذنجان والزرع والموز وقصب السكر فلا تجوز فيه المساقاة حتى يعجز عنه صاحبه. هذا على مذهب مالك. ابن يونس: رأى مالك أن السنة إنما وردت في الثمار ففعل الزرع وما أشبهه أخفض رتبة من الثمار فلم يجزه إلا عند شدة الضرورة التي هي سبب إجازة المساقاة، وهو أن يعجز عن القيام به وبعد خروجه من الأرض فيصير نباتاً كالشجر (وخفيف مؤنة برز ولم يبد صلاحه) من المدونة: إنما تجوز مساقاة الزرع إذا استقل من الأرض وإن أسبل إذا احتاج إلى الماء وإن ترك مات، فأما بعد جواز بيعه فلا يجوز سقاؤه (وهل كذلك الورد ونحوه والقطن

بمساقاة الورد والياسمين والقطن، وأما المقائىء والبصل وقصب السكر فكالزروع تساقى إن عجز ربه انتهى. قال في التوضيح: وقول من حمل المدونة على الجواز مطلقاً أظهر انتهى. وقال في المقدمات: لا ينبغي أن يختلف أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها انتهى. وأما القطن فاستبعد ابن رشد الخلاف فيه على الإطلاق. وذكر في التوضيح عن ابن يونس أنه أشار إلى أن الخلاف في القطن ينبغي أن يكون خلافاً في حال، ففي بعض البلاد يكون شجرة كالأصول الثابتة تجنى سنين وفي بعضها تكون كالزروع يساقى إن عجز ربه انتهى. قال في التوضيح: ليس له أصل ثابت وهذا ظاهر فليتأمل والله أعلم. ص: (وأقتت بالجداد) ش: يعني أن الشأن في المساقاة أن تؤقت بالجداد، ولم يبين رحمه الله هل التوقيت بذلك شرط في صحة المساقاة أو ليس بشرط، والذي يقتضيه كلامه في المدونة أن ذلك ليس بشرط قال فيها: والشأن في المساقاة إلى الجداد ولا يجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا لم يؤجلا انتهى. وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ويشترط تأقيتها وأقله إلى الجداد وإن أطلق حمل عليه اشتراط الأجل مع الحكم بصحة عقد المساقاة المطلقة بعد. فإن قلت: مراده أن وجود الجهالة في العقد يفسده وهو أمر زائد على إطلاق العقد. قلت: فعلى هذا تكون الجهالة مانعة من الصحة لأن التأقيت شرط في الصحة انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: «ولا تجوز شهراً ولا سنة محدودة» ظاهره كان الأجل ينقضي قبل الجداد أو بعده فهذا لا يجوز لأنه إن كان لا ينقضي إلا بعد الجداد فهي زائدة اشتراطها العامل على رب الحائط لأن رب الحائط يعمل في نصيبه فلماذا قال: لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة انتهى. وقال ابن رشد في سماع أشهب مسألة: وسألته عن الذي ساقى ثلاث سنين، ليس ذلك من جذاذ إلى جذاذ؟ قال: بلى. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجدة لا بالأهلة بخلاف القبالات التي إنما هي بالأهلة لا بالأجدة، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله انتهى. وقال اللخمي: المساقاة إلى السنين والثلاث على وجهين: إن أريد انقضاء السقي بانقضاء الثمرة التي تكون في تلك السنين جاز، وإن كان القصد التماذي بالعمل إلى انقضاء شهور تلك السنة وإن جدت الثمرة لم تجز وكان العامل في السنين الأولى على مساقاة مثله، وفي العام الأخير من حين تجد الثمرة إلى آخر ذلك العام على إجارة مثله انتهى. قلت: فتحصل من هذا أن المطلوب في المساقاة أن تؤقت بالجداد، سواء عقداها لعام واحد أو لسنين متعددة، فإن عقداها وأطلقا حملت على الجذاذ وعلى أنها لعام واحد، وإن

أو كالأول وعليه الأكثر (أويلان) تقدم نص ابن رشد أن الورد والياسمين لا يعتبر فيهما العجز باتفاق، وأنه لا فرق بين القطن والزروع خلافاً لمن تأول المدونة على أن القطن كالورد. وقول ابن

تَأْوِيلَانِ. وَأَقْتَّتْ بِالْجَدَاذِ، وَحِمِلَتْ عَلَى الْأَوَّلِ، إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ثَانٍ، وَكَبِيَاضِ نَخْلٍ، أَوْ زَرْعٍ؛ إِنْ وَافَقَ الْجُزْءُ وَبَذَرَهُ الْعَامِلُ، وَكَانَ ثَلَاثًا بِإِسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَّمَرَةِ: وَإِلَّا فَسَدَ:

عقداها لسنة أو لسنتين وأطلقا حملت أيضاً على الأجددة، وإن أراد التحديد بالسنة العربية أو السنين العربية لم يجز وتفسد المساقاة بذلك وسيأتي شيء من هذا عند قول المصنف: «وسنين». ص: (وحملت على أول لم يشترط ثان) ش: فإن اشترط الثاني جاز. قال في المدونة: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني. ثم قال في آخر الكتاب: ولا بأس بمساقاة نخل يطعم في السنة مرتين كما تجوز مساقاة عامين، وليس ذلك مثل ما ذكره هنا من مساقاة القضب لأن القضب يحل بيعه وبيع ما يأتي بعده والشجر لا يباع ثمارها قبل أن تزهي انتهى. يعني أن النخل والشجر وإن كان يطعم في السنة مرتين فليس هو كالقضب الذي يخلف لما ذكره، والقضب بالضاد المعجمة والله أعلم. ص: (وكيبياض نخل أو زرع) ش: قال في التوضيح: البياض عبارة عن الأرض الخالية عن الشجر، وسواء كان البياض بين أضعاف السواد أو منفرداً عن الشجر. قاله ابن المواز انتهى. ولو قال المصنف: «وكيبياض شجر» لكان أشمل ومراده أنه يجوز إدخال البياض الكائن مع الشجر أو مع الزرع في مساقاة الشجر وفي مساقاة الزرع بالشروط المذكورة والله أعلم. ص: (وبذره العامل) ش: فإن دخلا على أن البذر من عند رب الحائط أو منهما جميعاً لم يجز. قاله في المدونة. وبقي شرط رابع وهو أن يكون حرثه والعمل فيه على العامل. قال في المدونة: ولا يجوز أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط أو حرث البياض فقط وإن جعل الزرع بينهما، وإن كان على

يونس اختلف في الورد وقصب الحلو. انظره قبل قوله: «إلا تبعاً» (وأقتت بالجداد وحملت على أول إن لم يشترط ثان) من المدونة قال مالك: الشأن في المساقاة إلى الجداد لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا لم يؤجلاه. قال ابن القاسم: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني (وكيبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذره العامل وكان ثلاثاً) من المدونة قال مالك في البياض التابع مثل الثلث فأدنى لا بأس أن يشترط في المساقاة على مثل ما أخذ الأصول. قال مالك: وأحب إلي أن يلغى إلى العامل وهو أحله فإن شرط أنه بينهما فجائز إن كان البذر والمؤنة من عند العامل، ولا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه. قال ابن حبيب: فإن كان بعللاً أو كان لا يسقى بماء الحائط فجائز. ابن عرفة: وفيها بياض الزرع كيبياض النخل وعزاه اللخمي للموازية (بإسقاط كلف الثمرة) ابن عبدوس: صفة اعتبار التبعية أن ينظر إلى كراء الأرض كأنه خمسة وإلى غلة النخل على المعتاد منها بعد إسقاط قدر الإنفاق عليها، فإن بقي عشرة كان كراء الأرض الثلث فجائز لأنه تبع، ولو بقي من قيمة الثمرة ثمانية لم يجز لأن الخمسة أكثر من ثلث الجملة (وإلا فسد). الباجي: إن كان البياض أكثر من

كَاشْتَرَاهُ رَبُّهُ، وَالْغَنِيِّ لِلْعَامِلِ، إِنْ سَكَّنَا عَنْهُ، أَوْ اشْتَرَطَهُ، وَدَخَلَ شَجَرٌ تَبِعَ زَرْعاً، وَجَازَ زَرْعٌ وَشَجَرٌ
وَإِنْ غَيْرَ تَبِعَ، وَحَوَائِطُ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ بِجُزْءٍ،

أن يزرعه العامل من عنده ويعمله وما أنبت بينهما فجائز. انتهى. ص: (كاشتراط يرد به) ش: هذا إذا كان العامل يسقيه أو يبذره أو يعمل فيه. قال في المدونة: وكذلك إن كان يناله سقي العامل. قاله في الموطأ. قال ابن حبيب: وإن كان بعلاً وإن كان لا يسقى بماء الحائط فجائز. قال في التوضيح: وهذا ينبغي أن يكون تقييداً لما في الموطأ انتهى. قلت: وسياق كلام أبي الحسن يقضتي أنه تقييد ولا فرق في ذلك بين كون البياض كثيراً أو يسيراً والله أعلم. ص: (والغني للعامل إن سكتنا عنه) ش: يعني أن المتعاقدين إذا سكتنا عن البياض حين عقد المساقاة فلم يشترطه ولا اشترطه رب المال فإنه يكون للعامل، يريد إذا كان يسيراً لأن الكلام فيه. ص: (أو اشترطه) ش: يعني أن العامل إذا اشترط البياض لنفسه فإن ذلك جائز، يريد إذا كان يسيراً كما تقدم. وهذا لا خلاف فيه ونص في المدونة وغيرها على أن إلغاء البياض للعامل هو المطلوب. ولفظ المدونة قال مالك: وأحب إلي أن يلغى البياض فيكون للعامل وهذا أصله. قال عبد الحق: فإن اعترض معترض وقال: أليس قد ساقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما أخرجت من تمر أو حب، فلم استحب مالك إلغاء البياض ولم يستحب ما في الحديث من كونه بينهما؟ فالجواب أنه جاء في حديث آخر أنه ترك لهم بياض النخل فاستحب مالك هذا إذا كان في كون البياض بينهما كراء الأرض بما يخرج منها والله أعلم.

الثالث لم يجوز أن يساقى مع النخل قولاً واحداً (كاشتراط ربه) تقدم نص المدونة: لا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه (والغني للعامل إن سكتنا عنه أو اشترطه). ابن المواز: إن سكتنا عن البياض في العقد فما زرع فيه العامل فهو له خاصة، وكذلك لو سكتنا عنه ثم تشاحا فيه عند الزراعة فهو للعامل. وقاله ابن حبيب: ابن عبدوس: وإذا ألغى للعامل فإنما يراعى فيه أن يكون تبعاً لخصه العامل خاصة. ولم ينقل ابن يونس خلاف هذا. وقال الباجي: ظاهر قول أصحاب مالك أنه يراعى في البياض أن يكون تبعاً لثمرة جميع الحائط فيما يلغى للعامل وفيما يشترط أن يدخل في مساقاة النخل (ودخل شجر تبع زرعاً) من الموازية والمدونة: إذا ساقى زرعاً فيه شجر مفترقة هي تبع له جاز أن يشترط على ما شرط في الزرع، ولا ينبغي أن يشترطها العامل لنفسه وإن قلت بخلاف البياض. ولا يجوز على أن ثمرها لأحدهما دون الآخر، وإنما يكون على أن ثمرها بينهما على ما شرط في الزرع. قال ابن المواز: إذا ساقاه زرعاً وفيه شجر تبع له وكان الزرع تبعاً للشجر، فروى ابن القاسم أنه بخلاف البياض وكراء الأرض. وقال: لا يجوز أن يلغى للعامل ولا يجوز إلا على سقاء واحد كحائط فيه أصناف (وجاز زرع وشجر وإن غير تبع وحوائط وإن اختلفت بجزء) أما مسألة الزرع والشجر ففي المدونة: من ساقى رجلاً زرعاً على الثلثين ونخلًا على النصف لم يجوز حتى يكونا على جزء واحد جميعاً ويعجز عن الزرع ربه، وإن

إِلَّا فِي صَفَقَاتٍ وَغَائِبٍ إِنْ وُصِفَ، وَوَصَلَهُ قَبْلَ طَيِّبِهِ،

فرع: فلو اشترط العامل البياض اليسير وزرعه ثم أجيحت الثمرة قال مالك في سماع سحنون: عليه كراء البياض. قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن العامل لما أجيحت الثمرة أبي أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقائه، ولو تمادى على ذلك لم يكن عليه في البياض كراء. قال: ويبين ذلك قول مالك في كتاب ابن سحنون: وكذلك لو عجز العامل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله، فشبّه المسألة الأولى بعجز العامل عن العمل، انتهى بالمعنى والله أعلم. ص: (وغائب إن وصف ووصله قبل طيبه) ش: يعني أنه تجوز المساقاة على الحائط ولو كان غائباً، وظاهره سواء كان قريب الغيبة أو بعيدها وهو كذلك إذا حصل الشرطان المذكوران: الأول: أن يوصف للعامل، والمراد بالوصف أن يذكر جميع ما يحتاج إليه من العمل فيذكر ما فيه من الرقيق والدواب أو لا شيء فيه، وهل هو بعل أو سقي بالعين أو بالغرب، وتوصف أرضه وما هي عليه من الصلابة أو غيرها، ويذكر ما فيه من أجناس الأشجار وعددها والقدر المعتاد مما يوجد فيها. أشار إلى ذلك اللخمي ونقله أبو الحسن.

تنبيه: وانظر هل يكتفي بوصف رب الحائط أو لا بد أن يصفه غيره، والظاهر أنه يكتفي بوصف كما في البيع ولم أقف عليه منصوصاً، والظاهر أيضاً أن رؤية العامل للحائط قبل عقد المساقاة بمدة لا يتغير بعدها تقوم مقام الوصف، وانظر هل يجوز أن تعقد المساقاة معه من غير وصف على أنه بالخيار إذا رآه كما في البيع؟ والظاهر الجواز أيضاً كما في البيع. وقد يؤخذ ذلك من قوله في المدونة: ولا بأس بمساقاة الحائط الغائب ببلد بعيد إذا وصف كالبيع انتهى. الشرط الثاني: أن يعقد المساقاة في زمن يمكن وصول العامل فيه قبل طيب الحائط. وهذا معنى قول المصنف: «ووصله قبل طيبه». وأما إن كان لا يصل إليه إلا بعد طيبه فلا تجوز قاله الشيخ أبو محمد. قال عبد الحق: هذا على أصل ابن القاسم. وقال بعض شيوخنا: ويجوز ذلك على قول سحنون وإن كان لا يصل إلا بعد الطيب.

فرع: فإن عقد المساقاة في زمن يمكن وصوله قبل الطيب فتوانى في طريقه فلم يصل إلا بعد الطيب لم تفسد المساقاة بذلك. ذكره أبو الحسن عن بعض القرويين ونقله في الشامل.

كانا في ناحيتين، وأما مسألة الحوائط ففي المدونة: لا يجوز أن تدفع إلى رجل حائطين مساقاة أحدهما على النصف والآخر على الثلث في صفقة، ولا بأس أن يكونا على جزء واحد وإن كان أحدهما أفضل من الآخر مما لو أفرد لسوقي هذا على الثلث، وهذا على الثلثين، وقد كان في خير الجيد والرديء حين ساقاهما النبي ﷺ على الشطر كلها (إلا في صفقات). ابن الحاجب: وتجوز حوائط مختلفة في صفقة أو متفقة بشرط جزء واحد وأما في صفقات فلا شرط. (وغائب إن وصف ووصله قبل طيبه) من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد إذا وصف

وَأَشْتِرَاطُ مَجْزِءِ الزُّكَاةِ

فرع: ونفقة الحمل في خروجه عليه وليس كالقراض. قاله في المدونة ص: (واشترط جزء الزكاة) ش: يعني أنه يجوز أن يشترط أن الزكاة تخرج من حصة أحدهما. قال في المدونة: ولا بأس أن يشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقاه عليه، فإن لم يشترط شيئاً فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي انتهى. واعلم أن الحائط في المساقاة إنما يزكى على ملك ربه فتجب الزكاة فيه إذا كان ربه حراً مسلماً وكان في الحائط خمسة أوسق، وكذا إن كان أقل إذا كان لربه حائط آخر إذا ضم ثمره إلى ما خرج من هذا الحائط بلغ خمسة أوسق، وسواء كان العامل حراً مسلماً أم لا، وسواء حصل له نصاب أو دون النصاب، فتخرج الزكاة من جملة الحائط ثم يقسم ربه والعامل ما بقي على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه الزكاة بأن كان عبداً أو كافراً فلا تجب الزكاة في حصته ولا في حصة العامل، ولو كان حراً مسلماً وحصل له نصاب ولو حصل للعامل من حائط له غير الحائط المساقى عليه بعض النصاب لم يضم إلى ما حصل له في الحائط، سواء وجبت فيه الزكاة أم لم تجب. قاله ابن رشد في سماع أشهب من كتاب المساقاة. وفي نوازل أصبغ من كتاب القراض وقال: إنه لا خلاف في ذلك. قال ابن عرفة: وزكاة المساقاة. قال في البيان: الواجب إخراجها من جملة الثمرة إن بلغت نصاباً أو كان لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغت ثم يقتسمان ما بقي. اللخمي: قول مالك: إنها زكاة على ملك رب الحائط يجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ولو شرط رب المال الزكاة على العامل ونقص الحائط عن النصاب فقليل: يقتسمان الثمرة نصفين. وقال سحنون: لرب الحائط ستة أعشارها وللعامل أربعة أعشارها. وقال ابن عبد السلام: يقتسمان الثمرة أتساعاً لرب الحائط خمسة. وقيل: يقتسمانها من عشرين لرب الحائط أحد عشر جزءاً وللعامل تسعة أجزاء. وقال في الشامل: ولو شرطت على العامل فلم تجب فله نصف الغلة كان سكتاً عنها، وقيل: أربعة أعشارها، وقيل: تسعة

كالباع، يريد إذا كان يصل إليه قبل طيبه (واشترط جزء الزكاة). ابن رشد: إن بلغت ثمرة الحائط المساقى نصاباً أو كان لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغت فإن الزكاة من جملة ثمرة الحائط ثم يقتسمان ما بقي. ومن المدونة: لا بأس أن تشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه، فإن لم يشترط شيئاً فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي. اللخمي: وقول مالك أن المساقاة زكاة على ملك رب الحائط فيجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه. وانظر إن شرط أحدهما الزكاة ولم يكن في الحائط نصاب. ذكر ابن يونس في ذلك

عَلَى أَحَدِهِمَا وَسِنِينَ مَا لَمْ تَكْثُرْ جِدًّا بِلَا حَدٍّ، وَعَامِلٍ دَابَّةً أَوْ غُلَامًا فِي الْكَبِيرِ،

أجزاء من عشرين وزكى على ملك ربه انتهى. وهذا حيث دخلا على أن للعامل نصف الثمرة وإلا فله بحسب ما دخلا عليه. ص: (وسنين ما لم تكثر جداً بلا حد) ش: يعني أنه يجوز أن تعقد المساقاة على سنين متعددة ما لم تكثر جداً ولم يحد مالك في الكثرة حداً ويشير إلى قوله في المدونة: ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جداً. قيل: فعشرة؟ قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين انتهى. قال في التوضيح: وهذا يحتمل معنيين: أحدهما أنه لم يثبت عنده شيء من السنة، والثاني أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط إذا لجديد ليس كالقديم، فلو حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد، ثم ذكر عن صاحب المعين أنه قال: يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع قال: فإن طالت السنون جداً فسخت انتهى. قلت: وما ذكره عن صاحب المعين ذكره في المتيطة.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وتجوز إلى سنين والأخيرة بالجداد. قال في التوضيح: قال في البيان: لا خلاف في ذلك وسواء تقدم الجداد أو تأخر عنها. انتهى. قلت: ونقله في المتيطة بلفظ: «فإن انقضت المدة قبل الجداد فعلى العامل التمادي إلى الجداد» انتهى. ثم قال في التوضيح: ولما نقل أبو الحسن أنها تؤرخ بالسنة العجمية قال: هذا في السنين الكثيرة لأن السنين بالعربي تنتقل. انتهى قلت: فإن قصد التحديد بالعربي سواء تقدم على الجداد أو تأخر، فإن المساقاة تفسد بذلك كما تقدم عند قوله: «وأقتت بالجداد» والله أعلم. ص: (أو عمل دابة أو غلاماً في الكبير) ش: هذا معطوف على قوله: «سنين» لكن الأول من باب إضافة المصدر للمفعول، وهذا من إضافته للفاعل. وانظر هل يجوز ذلك في العربية؟ وقوله: «في الكبير» بالباء الموحدة والمعنى أنه يجوز أن يشترط العامل على رب المال أن يعينه بالدابة أو غلام إذا كان الحائط كبيراً وأما إن كان صغيراً فلا يجوز ذلك.

تنبيه: قوله: «دابة أو غلاماً» بـ«أو» ومثل لفظ المدونة. وقال أبو الحسن: ظاهره أحدهما على البديل لا مجموعهما والمقصود إنما هو اليسارة كما قال فيما يأتي. وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كبر انتهى. قلت: فظاهره أنه إذا كان الحائط كبيراً فتأمله.

فرع: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: إذا اشترط الغلام أو الدابة فحلف ما مات من ذلك على رب المال إذ عليهم عمل العامل فهو بمنزلة ما لو كانوا فيه. وقال اللخمي: إن شرط من ذلك غير معين كان على ربه خلفه، وإن كان معيناً فقال هذا العبد أو هذه الدابة لم يجز

ثلاثة أقوال لم يعزها ولم يشهر منها قولاً. (وسنين ما لم تكثر جداً بلا حد) من المدونة قال مالك: يجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جداً. قيل: فعشر سنين؟ فقال: لا أدري تحديد عشر سنين ولا ثلاثين ولا خمسين (وعامل دابة أو غلاماً في الكبير) تقدم نص المدونة: ما لم يكن في الحائط يوم

وَقَسَمَ الزَّيْتُونَ حَبًّا كَعَصْرِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَإِصْلَاحِ جِدَارِهِ، وَكَنْسِ عَيْنِهِ، وَسَدِّ حَظِيرَةٍ، وَإِصْلَاحِ ضَفِيرَةٍ أَوْ مَا قَلَّ،

إلا أن يشترط الخلف انتهى. وقال في التوضيح: إذا شرط غلاماً أو دابة فقال سحنون: لا يجوز ذلك إلا بشرط الخلف وقيل: يجوز وإن لم يشترط الخلف والحكم يوجهه. قال في البيان: وهو ظاهر ما في الواضحة. وما في البيان محتمل للوجهين، والذي أقول به وهو تفسير لجميع الروايات أنه إن عين الغلام أو الدابة بإشارة أو تسمية فلا تجوز المساقاة، إلا بشرط الخلف، وإن لم يكن معيناً فالحكم يوجهه وإن لم يشترط. انتهى. ص: (وقسم الزيتون حباً كعصره على أحدهما) ش: ظاهر كلامه أنه يجوز اشتراط قسم الزيتون حباً، ويجوز اشتراط عصره على أحدهما، فإن لم يشترط واحداً من الأمرين لزمهما أن يعصرهما ولا يقتسماه إلا بعد عصره وهو ظاهر لفظ المدونة لكنه خلاف ما ذكره أبو الحسن الصغير عن سحنون أن منتهى المساقاة في الزيتون جنيبه. قال في المدونة: قال مالك في الزيتون: إن شرط قسمه حباً جاز، وإن شرط عصره على العامل جاز ذلك. قال أبو الحسن: زاد ابن يونس في نقله ليسارته. قال أبو إسحاق: إن شرطاً عصره على رب الحائط جاز. قال ابن يونس: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما. وحكاها اللخمي عن ابن المواز وسحنون. قال سحنون: منتهى المساقاة جناة انتهى. ومقتضى كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب المساقاة أن كلام سحنون هو المذهب، ويمكن أن يحمل كلام المصنف على أن المراد أن قسم الزيتون حباً إن شرطه أحدهما عمل به ولو كان العرف أن عصره على أحدهما عمل به، وإن لم يشترط ذلك وكان عرف عمل به فإن لم يكن عرف ولا شرط فعصره عليهما، وإن أحب قسمه حباً جاز فتأمل. ص: (أو ما قل) ش: لو

العقد، ولا ينبغي أن يشترط إلا ما قل كغلام أو دابة في الحائط الكبير. (وقسم الزيتون حباً كعصره على أحدهما) من المدونة قال ابن القاسم: والجذاذ والحصاد والدراس على العامل. وقال في الزيتون: وإن شرطاً قسمه حباً جاز، وإن شرطاً عصره على العامل جاز ذلك ليسارته. ابن المواز: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما. انتهى نقل ابن يونس. اللخمي: عصر الزيتون على من شرطاه عليه منهما قاله في المدونة. انظر الخلاف فيه. ابن فتوح: لا ينعقد على أن يحمل الغلة إلى دار المساقى. البرزلي: لعل هذا على مذهب سحنون، وأما ابن القاسم فيجوز ذلك على أصله. قاله في سماع عيسى فيمن أعطى لرجل أرضه حين القليب، فإن كان أوان الزرع فالبذر عليهما والزرع بينهما والعمل على الداخل والحصاد والدراس ونقل نصيب رب الأرض جاز (وإصلاح جدران). ابن عرفة: سد الحظار هو تحصين الجدار وقد تقدم نص المدونة (وكنس عين) تقدم نص المدونة: وجم الغين (وسد حظيرة) تقدم أن سد الحظار هو تحصين الجدر وتزريبها (وإصلاح ضفيرة) تقدم نص المدونة: واليسير من إصلاح الضفيرة (أو ما قل) تقدم نص المدونة: يشترط على العامل ما تقل مؤنته. وقال عبد الوهاب: ما لا يتعلق بالثمرة لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه. وما يتعلق بالثمرة إن كان

وَتَقَايِلُهُمَا هَدْرًا،

قدمه على قوله: «وإصلاح جدار» وأدخل عليه الكاف فقال: «كإصلاح جدار» لكان أحسن لأن فيه تنبيهاً على أن العلة في جوازه اشتراطهما على العامل هو يسارتها كما قال في المدونة. وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته قبل سرو الشرب وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء وجم العين وهو كنسها وقطع الجريد وإبار النخل وهو تذكيره وسد الحظار واليسير من إصلاح الضفير ونحوه مما تقل مؤنته، فيجوز اشتراطه على العامل وإلا لم يجز وسرو الشرب بفتح السين المهملة وسكون الراء من السرو وبفتح الشين المعجمة والراء من الشرب. ص: (وتقاييلهما هدرًا) ش: يعني أن العامل إذا عقد المساقاة على حائط ثم أراد المقابلة من رب الحائط أو ممن صار إليه ببيع أو إرث فإن ذلك جائز إذا تقايلا هدرًا من غير أن يدفع أحدهما للآخر شيئاً، قال في المدونة: ومن ساقى رجلاً ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي لأن المساقاة تلزم بالعقد وإن لم يعمل، وليس لأحدهما الترك إلا أن يتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز، لأن هذا ليس ببيع ثم لم يبد صلاحه إذ للعامل أن يساقى غيره فرب الحائط كأجنبي إذا تركه انتهى. وقال بعده في المدونة: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا، لأنه غرر إن أثمر النخل فهو يبيع الثمرة قبل زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل انتهى.

فرع: فإن خرج من المساقاة قبل العمل أو بعده فرب الحائط أو للمبتاع على شيء يعطاه لم يجز باتفاق، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رد فيما عمل إلى إجارة مثله. وإن خرج على جزء مسمى فإن كان قبل العمل فلا خلاف في جواز ذلك، وإن كان بعد العمل فأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأفضية من سماع أصبغ، ومنعه في رسم البيوع من سماع أشهب خوف أن تكون المساقاة التي أظهر أولاً وأخيراً ذريعة لاستئجار العامل في المدة التي عمل فيها بالجزء الذي جعل له من الثمرة، فإن وقع ذلك رد إلى إجارة مثل. قال ابن رشد: فإن فعلاً ذلك لأمر بدا لهما دون دلسة فلا حرج عليهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة. انتهى مختصراً من رسم البيوع. وظاهر كلام ابن رشد أن هذا هو المذهب وحكاه في التوضيح وقبله وذكره في الشامل ب«قيل» وليس بظاهر.

ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهو جائز مثل التذكير والتلقيح والسقي وإصلاح مواضعه وجلب الماء والجداد وما يتصل بذلك، فهذا وشبهه لازم وعليه أخذ العوض، وإن كان يبقى بعد انقطاعها وينتفع به ربها مثل حفر بئر لها أو بناء بيت يجني فيه كالجرين أو إنشاء غرس، فهذا لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه لأنها زيادة ينفرد بها رب الحائط فهي كالوجه الأول الذي لا يتعلق بالثمرة (وتقاييلهما هدرًا) من المدونة قال مالك: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه، كان قد شرع في العمل أم لا، لأنه غرر إن أثمر النخل فإنه يبيع الثمر قبل

وَمُسَاقَاةُ الْعَامِلِ آخَرَ وَلَوْ أَقْلُ أَمَانَةٍ، وَحُمِلَ عَلَى ضِدِّهَا، وَضَمِنَ. فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ: أَسْلَمَهُ هَدْرًا،
وَلَمْ تَنْفَسِخْ بِفَلْسِ رَبِّهِ، وَبِيعَ: مُسَاقِي، وَمُسَاقَاةٌ وَصِيٌّ، وَمَدِينٍ بِلَا حَجَرٍ،

تنبيه: قال أبو الحسن قوله: «إذ للعامل أن يساقى غيره» فاستدل على متاركة رب الحائط بمساقاة الغير فجعلها مساقاة تنعقد بغير لفظ المساقاة وإنما أجازها بغير لفظها لأنها إقالة والإقالة معروف. ص: (ومساقاة العامل آخر) ش: أما إذا ساقى على مثل الجزء الذي سوقي عليه فذلك جائز قبل العمل وبعده على مذهب مالك أنها من العقود اللازمة، وعلى القول بأنها من العقود الجائزة فلا تجوز قبل الشروع في العمل إلا برضا ربه. وإن ساقاه على أن للعامل الثاني أقل من الجزء الذي جعله له رب الحائط فكذلك وإن كان على أن للعامل الثاني أكثر فقال ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة: فإن ساقاه على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه صاحب الحائط مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف، وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان، فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل أيضاً على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول، ولم يكن على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول انتهى. ص: (ولم تنفسخ بفلس ربه وبيع مساقى) ش: ظاهر قوله: «بيع» سواء كان مساقى سنة أو سنتين، ومنعه سحنون في السنتين. وصرح ابن عبد السلام والمصنف بأن قول سحنون خلاف قول ابن القاسم والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة عن اللخمي: ولو أحب المفلس تأخير بيع الثمرة لطيبها وطلب الغرماء تعجيله فالقول قولهم إن كانت الثمرة غير مأبورة انتهى.

فرع: منه وفي أكرية الدور منها لمن أخذ نخلاً مساقاة فغار ماؤها بعد أن سقى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك الأكثر في مثله، سمع ابن القاسم: ابن رشد:

زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل (ومساقاة العامل آخر ولو أقل أمانة وحمل على ضدها وضمن) من المدونة: فمن ساقى في أصل أو زرع مساقاة غيره في مثل أمانته، فإن ساقى غير أمين ضمن. اللخمي: يجوز دفعه لأمين وإن لم يكن مثله في الأمانة. راجع ابن عرفة (فإن عجز ولم يجد سلمه هدرًا) من المدونة: إن عجز عن السقي قيل له ساق من شئت أميناً، فإن لم يجد سلم الحائط لربه ولا شيء له ولا عليه (ولم ينفسخ بفلس ربه وبيع مساقى) من المدونة: إن فلس رب الحائط لم تنفسخ المساقاة كان قد عمل أم لا، ويقول للغرماء بيعوا الحائط على أن هذا فيه مساقى كما هو. قيل لابن القاسم: لم أجزته ولو أن رجلاً باع حائطه يريد قبل الإبار واستثنى ثمرته لم يجز؟ قال: هذا وجه الشأن فيه وليس هذا عندي استثناء ثمرة (ومساقاة وصي ومديان بلا حجر) من المدونة: للوصي دفع حائط الأيتام مساقاة لأن مالكا قال: يبعه وشراؤه لهم جائز، وللمأذون دفع المساقاة أو أخذها وللمديان دفع المساقاة ككرائه أرضه أو داره، ثم ليس لغرمائه فسح ذلك، ولو

وَدَفَعَهُ لِذِمِّي لَمْ يَعْصِرْ حِصَّتَهُ خَمْرًا، لَا مُشَارَكَةً رَبِّهِ، أَوْ إِعْطَاءً أَرْضٍ لِتَغْرَسَ، فَإِذَا بَلَغَتْ، كَانَتْ مَسَاقَاةً، أَوْ شَجَرٍ لَمْ يَبْلُغْ خَمْسَ سِنِينَ، وَهِيَ تَبْلُغُ أَثْنَاءَهَا،

ظاهره أن ما زادت النفقة على حظ رب الأرض لا يلزمه، ومثله في رهونها خلاف سماع سحنون لزوم الراهن إصلاحها ويلزم ذلك في المساقاة، وإن لم يكن لرب الحائط غيره يبيع منه بما يصلحها لئلا يذهب عمل العامل. انتهى. ص: (ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمرًا) ش: قال في المدونة: ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة، إن أمنت أن يعصره خمرًا. قال ابن ناجي: قال ابن العربي: كيف يقول هذا مالك وقد ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر ولم يشترط إلا من عصر الخمر إلا أن يقال الممنوع إذا كان يسقونه مسلماً ولا يقال كان ذلك قبل تحريم الخمر لأن فتح خيبر بعد تحريمها. قال ابن ناجي: قال بعض شيوخنا: وظاهر المدونة أنه محمول على عدم الأمن حتى يعلم الأمن انتهى.

فرع: قال في المدونة: وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضاً ولست أراه حراماً. قال أبو الحسن: لأن فيه بعض الإذلال. وقال ابن ناجي مثله اختصرها ابن يونس وفيه نظر لأنه على اختصاصهما يكون مالك نص على المسألتين وليس كذلك، وإنما نص على كراهة القراض، وقاس ابن القاسم عليه كراهة المساقاة، وكلام ابن القاسم يدل على أنه حمل كراهة مالك على التحريم ولم يرتضه فيكون كلامه يدل على قولين: التحريم للمالك، والكراهة لابن القاسم. ص: (لا مشاركة به) ش: يشير به والله أعلم إلى ما في رسم البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة ونصه: قال: وسئل عن رب الحائط يقول لرجل: تعال اسق أنا وأنت حائطي هذا ولك نصف الثمرة قال: لا يصلح هذا وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن ذلك لا يصلح، فإن وقع وفات بالعمل كان العامل فيه أجيراً لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه وإنما

ساقى أو أكرى بعد قيامهم فلهم فسخ ذلك (ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمرًا) من المدونة: كره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضاً ولست أراه حراماً، ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصر حصته خمرًا. (لا مشاركة به) سمع القرينان: من قال لرجل اسق أنت وأنا حائطي ولك نصف ثمره لم يصلح وإنما السقاء أن يسلم الحائط إليه. ابن رشد: إن وقع وفات فالعامل أجير لأن ربه شرط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه وإنما أعطاه جزءاً من الثمرة على أن يعمل معه بخلاف إن اشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط لنفسه فإن نزل ذلك فله مساقاة مثله (أو إعطاء أرض لتغرس فإذا بلغت كانت مساقاة أو شجر لم تبلغ خمس سنين وهي تبلغ أثناءها) من المدونة قال ابن القاسم: من أعطى لرجل أرضاً يفرسها شجر كذا ويقوم عليها حتى إذا بلغت الشجر كانت بيده مساقاة سنين سماها لم يجز لأنه مخاطرة. قال: ولا تجوز مساقاة نخل أو

وَفُسِّخَتْ فَاسِدَةٌ بِلَا عَمَلٍ، أَوْ فِي أَثْنَائِهِ، أَوْ بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ أَكْثَرٍ: إِنْ وَجِبَتْ أُجْرَةُ الْمِثْلِ، وَبَعْدَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ: إِنْ خَرَجَا عَنْهَا، كَمَا إِنْ زَادَ عَيْنًا، أَوْ عَرْضًا، وَإِلَّا فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ: كَمُسَاقَاتِهِ مَعَ ثَمَرِ أَطْعَمٍ، أَوْ مَعَ بَيْعٍ، أَوْ اشْتَرَطَ عَمَلَ رَبِّهِ،

أعطاه جزءاً من الثمرة على أن يعمل معه بخلاف إذا شرط العامل أن يعمل معه رب الحائط هذا. قال فيه ابن القاسم في المدونة وغيرها: إنه يرد إلى مساقاة مثله. وقال أشهب: إلى إجارة مثله. وقال سحنون: يجوز ولا يرد إلى أجرة مثله كما لو اشترط عليه غلاماً يعمل معه إذا كان الحائط كبيراً يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة انتهى. ص: (وفسخت فاسدة بلا عمل أو في أثناؤه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها كان ازداد عيناً أو عرضاً وإلا فمساقاة المثل كمساقاته مع ثمر أطعم أو مع بيع أو اشترط عمل

شجر لم تبلغ حداً لإطعام خمس سنين وهي تبلغه في عامين (وفسخت فاسدة بلا عمل). ابن رشد: إن وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشرع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل ورد الحائط إلى ربه (أو في أثناؤه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل). ابن رشد: ما يرد العامل فيه إلى أجرة مثله يفسخ متى عشر عليه قبل العمل وبعده. عياض: وله من الأجر بحساب عمله، وأما ما يرد فيه إلى مساقاة مثله إنما يفسخ متى عشر عليه قبل العمل وبعده ما لم يعمل، فإذا فات بابتداء العمل بما له بال لم تفسخ المساقاة إلى انقضاء أمدها وكان فيما بقي من الأعوام على مساقاة مثلها (وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها). عياض: الخلاف الجاري في القراض الفاسد كله جارٍ في المساقاة الفاسدة. ابن رشد: إذا فات بالعمل فاصل: ابن القاسم: إنهما إذا خرجا في المساقاة عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها فما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيد إياها خارجة عنها فإنه يرد فيها إلى إجارة المثل إذا لم يعثر عليها حتى فاتت بالعمل، وذلك مثل أن يساقيه في حائطه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض وما أشبه ذلك، لأنه إذا ساقاه على أن يزيد صاحبه الحائط دنانير أو عروضاً فقد استأجره على عمل حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، ولأنه إذا ساقاه على أن يزيد العامل دنانير أو دراهم أو عروضاً من العروض فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو العروض وبعمله من الحائط، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله أيضاً (والا فمساقاة المثل). ابن رشد: وأما إذا لم يخرج عن حكمها فإنه يرد في ذلك إلى مساقاة مثله. والذي يوجد لابن القاسم أنه رده فيه إلى مساقاة مثله في أربع مسائل، اثنان في المدونة واثنان في العتبية. الذي في المدونة: إذا ساقاه على حائط وفيه ثمر قد أطعم، وإذا اشترط المساقى على المساقى أن يعمل معه في الحائط. والذي في العتبية: البيع والمساقاة في السنة والمساقاة سنتين: إحداهما على الثلث والأخرى على النصف كل هذا فيه مساقاة المثل. عياض: وكذلك مسألة خامسة وهي مساقاة حائطه على أن يكفيه مؤنة آخر وكذلك يلزم في

أَوْ دَابَّةٍ، أَوْ غُلَامٍ، وَهُوَ صَغِيرٌ، أَوْ حَمَلُهُ لِمَنْزِلِهِ، أَوْ يَكْفِيهِ مَوْئِنَةٌ أُخْرَى، أَوْ اخْتَلَفَ الْجُزْءُ بِسِنِينَ أَوْ حَوَائِطَ: كَاخْتِلَافِهِمَا، وَلَمْ يُشْبِهَا.

ربه أو دابة أو غلام وهو صغير أو حملة لمنزله أو يكفيه مؤنة أخرى واختلف الجزء سنين أو حوائط كاختلافهما ولم يشبها) ش: لما ذكر أركان المساقاة الصحيحة وشروطها علم أن الفاسدة ما اختل منها ركن أو شرط، ثم ذكر أن لها ثلاثة أحوال: الأولى: أن يطلع على فسادها قبل الشروع في العمل، والحكم حينئذ فسخها وإليها أشار بقوله: «وفسخت فاسدة بلا عمل». الحالة الثانية: أن يطلع على فسادها في أثناء العمل ولو بعد سنة من سنين كما إذا كانت المساقاة وقعت على سنين كثيرة، والحكم في هذا الوجه أن ينظر إلى عقد المساقاة فإن كانت مما تجب فيه أجرة المثل وجب فسخ المساقاة حين يعثر على ذلك، وإن كان عقد المساقاة مما تجب فيه مساقاة المثل لم تفسخ المساقاة ويستمران إلى تمام العمل، وإلى هذه الحالة الثانية أشار المصنف بقوله: «أو في أثنايه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل». وقول المصنف: «أو بعد سنة» هو داخل في قوله: «أو في أثنايه» ولهذا لو قال: «أو في أثنايه وإن بعد سنة» لكان أوضح، بل لو أخره عن قوله: «إن وجبت أجرة المثل» فإنه قد يقال كان ينبغي إذا اطلع على فسادها عند كمال السنة أن تفسخ مساقاة المثل في باقي السنين، لأن العامل قد تم عمله في تلك السنة وأخذ مساقاة مثله فيها فلم يذهب عمله باطلاً فلم يتركونه يعمل في بقية السنين؟ والله أعلم. والجواب عن ذلك أن يقال: إن الحائط قد تقل ثمرته في عام وتكثر في آخر، فلو لم يتماد على العمل في جميع السنين لكان فيه غبن على أحدهما كما أشار إلى ذلك في المدونة في مسألة من ساقى حائطه وقد أطعم على تلك السنة التي أطعم فيها أو على سنين بعدها. وذكر ابن عبد السلام عن الموازية أنه إنما تفوت كل سنة بظهور الثمرة فيها، فلو قال المصنف: «أو في أثنايه إن وجبت أجرة المثل وإلا تمادى ولو بعد سنة» وكان مشيراً إلى ما

مساقاة حائطين على اختلاف الأجزاء، وكذلك إذا اشترط على العامل دابة أو غلاماً ليس في الحائط وهو صغير تكفيه الدابة، وكذلك إن شرط أحدهما على صاحبه حمل حظه لمنزله كل هذا يرد إلى مساقاة مثله انتهى. وانظر قد تقدم أنه يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر عصر نصيبه من الزيتون (كمساقاة مع ثمر أطعم) هذه المسألة الأولى في المدونة كما تقدم (أو مع بيع) هذه هي إحدى المسألتين اللتين في العتبية (أو اشترط عمل ربه) هذه هي المسألة الثانية في المدونة. (أو دابة أو غلام وهو صغير) هذه ألحقها عياض كما تقدم (أو حملة لمنزله) هذه ألحقها عياض كما تقدم أيضاً (أو يكفيه مؤنة أخرى) هذه هي المسألة الخامسة التي قال عياض كما تقدم (أو اختلف الجزء سنين) هذه إحدى مسألتى العتبية على ما قال ابن رشد (أو حوائط) هذه هي التي التزمها عياض كما تقدم (كاختلافهما ولم يشبها) تقدم عند قوله: «كاختلافهما في الربح» المدونة: وإلا رد

ذكره ابن عبد السلام عن الموازية لكان أبيين. فقوله: «إن وجبت أجره المثل» راجع إلى قوله: «أو في أثناء الخ». وقول البساطي: «إنه راجع إلى المسألة الأولى أيضاً» أعني قوله: «بلا عمل» خلاف ما يقضيه كلامهم. قال ابن الحاجب: وللفسادة ثلاثة أحوال قبل العمل فتفسخ. قال ابن عبد السلام: يعني إذا عثر على المساقاة الفاسدة قبل العمل وجب فسخها على أصل المذهب وإلا لما كانت فاسدة، وإذا فسخوا البياعات المكروهة قبل الفوات فالفساد أولى بالفسخ انتهى. وكذا أطلق ابن شاس الفسخ قبل الفوات بالعمل، وكذا ابن عرفة ناقلاً عن ابن رشد. ونص المقدمات: إذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوّزه الشارع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل ورد الحائط إلى ربه انتهى. ومفهوم قول المصنف: «إن وجبت أجره المثل» أنها لو لم تجب أجره المثل وما تجب فيه مساقاة المثل في الحالة الثالثة وهي ما عثر على فساد المساقاة بعد تمام العمل وكان ينبغي له رحمه الله تأخير الكلام على الحالة الثانية عن الحالة التي بعدها لأنها محتاجة إليها في بيانها كما فعل ابن الحاجب.

تنبيه: إنما قلنا: المساقاة تفسخ إذا عثر عليها في أثناء العمل إن كان الواجب فيها أجره المثل لأنه يكون للعامل حيثئذ بحساب ما عمل، وإذا كان الواجب فيها مساقاة المثل فلا تفسخ لأن الضرورة داعية إلى تمام العمل لأن العوض على هذا التقدير إنما يرجع للعامل من الثمرة، ولأنه لو فسختها لزم أن لا يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل لا شيء للعامل إلا بتمام العمل. قاله في التوضيح ثم قال: وعلى هذا فلا بد أن يكون شرع في العمل بماله بل أشار إليه عياض انتهى.

فرع: قال ابن عبد السلام في آخر كلامه على هذه المسألة: وقد انتهى هذا أن إجارة المثل تتعلق بذمة رب الحائط، وأن مساقاة المثل لا تتعلق بذمته بل تكون في الحائط، وقد تقدم هذا المعنى في القراض مختلفاً فيه انتهى. الحالة الثالثة: أن يطلع على فساد المساقاة بعد تمام العمل، والحكم فيها على مذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، وإليه أشار المصنف بقوله: «وبعده أجره المثل» إلى قوله: «ولم يشبها». والمعنى وإن اطلع على فساد المساقاة بعده أي بعد الفراغ من العمل فمذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل، وفي بعضها مساقاة المثل، فتجب أجره المثل إن خرجا عنها أي عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ومثل ذلك بقوله: «إن ازداد أحدهما على الجزء الذي اشترط في المساقاة عيناً أو عرضاً، لأنه إذا كانت الزيادة من رب الحائط فقد خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة فكأنه استأجره على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو بالعروض وبجزء من ثمرته وتلك إجارة فاسدة، فوجب أن يرد إلى أجره المثل ويحاسبه رب الحائط بما كان أعطاه من أجره المثل ولا شيء له في الثمرة، وإذا كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن المساقاة أيضاً إلى بيع الثمرة

قبل بدو صلاحها فكأنه اشترى منه الجزء المسمى في المساقاة بما دفع من الدنانير أو الدراهم أو العروض أو بأجرة عمله، فوجب أن يرد إلى أجرة مثله ويأخذ من رب الحائط ما زاده ولا شيء له من الثمرة وإلا - أي وإن لم يكونا خرجا عن المساقاة، وإنما جاءها الفساد من جهة أنهما عقداها على غرر أو نحو ذلك - فمساقاة المثل هي الواجبة في ذلك. ثم ذكر المسائل التي تجب فيها مساقاة المثل وعدها تسعاً فقال: «كمساقاته مع ثمر أطمع» يشير إلى قوله في المدونة: ومن طابت ثمرة نخله فساقاه هذه السنة وستين بعدها لم يجز وفسخ، وإن وجد العامل الثمرة كان له أجرة مثله وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جداد الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا أفسخهما بعد تمام العام الثاني إذ قد تقل ثمرة العام الثاني وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العرض قراضاً إن أدرك بعد بيعه وإن أدى وبعد أن يعمل فسخ وله أجر بيعه انتهى.

ففهم منه أنه إذا اطلع على ذلك في العام الأول فسخت وكان له أجر مثله فيما سقى، وإن لم يطلع عليه حتى شرع في الثاني كان له أجرة المثل في الأولى ومساقاة المثل فيما بعدها كما صرح به اللخمي وصاحب المقدمات، أو مع بيع يعني أنه إذا ساقاه حائطه بجزء وباعه سلعة مع المساقاة ففي ذلك مساقاة المثل. نص عليه ابن رشد في البيان في أول كتاب المساقاة قال: أو مع إجارة أو ما أشبه ذلك انتهى. وانظر الشرح الكبير لبهرام: «أو اشترط عمل ربه» يشير إلى قوله في المدونة: ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه فإن نزل فله مساقاة مثله انتهى. وهذا بخلاف المسألة السابقة عند قوله: «أو مشاركة ربه» إذا قال رب الحائط لرجل: تعال اسق أنا وأنت حائطي ولك نصف ثمره، فإن في ذلك أجرة المثل كما تقدم، وقوله: «أو حمله لمنزله» يشير إلى ما قال في رسم البيوع من سماع أصبغ في أثناء المسألة الثانية منه. قلت: رأيت إن اشترط عليه حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة أو اشترط ذلك المساقى على العامل؟ قال: لا خير فيه هذه زيادة تزادها. قلت: رأيت إن كان ذلك قريباً؟ قال: ما يعجبني إلا أن يكون شيء ليس عليه فيه مؤنة. قلت: رأيت إن كان قريب الميل وما أشبهه؟ قال: ما يعجبني. وقاله أصبغ. قال: وإن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه، وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط. ابن رشد: أما اشترطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم إلا أن يكون شيئاً ليس فيه مؤنة، وكراهيته بينة لأنها زيادة زادها رب الحائط على العامل إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم أن يرد إذا فات إلى إجارة مثله إلا في المكان القريب فيشبه أن يرد فيه إلى مساقاة مثله استحساناً. وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل انتهى. وقال ابن رشد أيضاً في

المقدمات إثر كلامه السابق: واختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق عمله على أربعة أقوال: أحدها: أن يرد إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل. والثاني: أنه يرد إلى أجرة مثله من غير تفصيل. والثالث: أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجارة مثله وفي بعضها إلى مساقاة المثل، وهو قول ابن القاسم وذلك استحسان وليس بقياس، والأصل عنده أن المساقاة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيدا إياه خارجة عنها، فإنه يرد إلى إجارة المثل، وذلك مثل أن يساقيه في حائط على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض وما أشبه ذلك لأنه إذا ساقاه على أن يزيد صاحب الحائط دنانير أو دراهم أو عرضاً من العروض فقد استأجر على عمل حائطه بما أعطاه بجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله. وإذا زاده العامل فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه وبعمله فيرد إلى إجارة مثله. وأما إذا لم يخرجها عن حكمها وإنما عقداها على غرر مثل أن يساقيه حائطاً على النصف وآخر على الثلث أو ما أشبه ذلك، أو اشترط أحدهما على صاحبه من عمل الحائط ما لا يلزم مما لا يبقى لرب الحائط منفعة مؤكدة، فإنه يرد في ذلك إلى مساقاة مثله، وهذه جملة يأتي عليها مسائل كثيرة. والرابع: أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقى أو أقل انتهى. والقول الثالث في كلام ابن رشد الذي هو قول ابن القاسم هو الذي ذكره المصنف ونقله عياض أيضاً، وأطلقه ولم يقيده بقرب المكان ولا بغيره، ونقله عنه في التوضيح وتبعه هنا. وقوله: «أو على أن يكفيه مؤنة آخر» يشير إلى ما في أول سماع عيسى قيل له: فحائط ساقاه صاحبه رجلاً على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ قال: هذا حرام. قيل له: فقد وقع. قال: يعطى في الذي اشترط عليه كفايته أجرة مثله ويرد إلى مساقاة مثله في الآخر. ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته، ويرد في الآخر إلى مساقاة مثله وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم انتهى. وقال أبو الحسن: فإن نزل فله مساقاة مثله في الذي يعمل فيه وله أجرة مثله في الآخر. قاله في سماع عيسى. وفي الموازية: هو أجير في الحائطين. وقوله: «كاختلافهما ولم يشبهها» قال في كتاب القراض من المدونة: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال إلا أن يرضى بقول ربه، وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبهه وإلا رد إلى قراض المثل وكذلك المساقاة انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: هذا التشبيه إنما يرجع للوجه الثاني إذا اختلفا بعد الفعل ولا يرجع للوجه الأول، لأن في المساقاة إذا اختلفا يتحالفان ويتفاسخان. وقال قبله في قوله: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال لأن القراض عقد جائز غير لازم بخلاف المساقاة أنهما يتحالفان وإن لم يعلم لأنها عقد لازم انتهى. وقال في المدونة في كتاب المساقاة: وإن اختلفا

وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ. فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقًا: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَلَيْتَحَفَظْ مِنْهُ: كَبَيْعِهِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِفَلْسِهِ،

في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبهه. قال أبو الحسن: يعني في قلة الجزء وكثرته، وقوله: «القول قول العامل» يريد بعد العمل فإن لم يعمل تحالفاً وتفاسخاً، ثم ذكر لفظها في القراض ثم قال: قوله: «وإلا رد إلى قراض مثله» يعني إذا أتى رب المال بما لا يشبهه، وكذلك المساقاة إذا أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة مثله. انتهى مختصراً. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء قبل العمل وأتيا بما لا يشبه تحالفاً وتفاسخاً ويختلف، وإن أتى أحدهما بما يشبه دون الآخر هل القول قوله مع يمينه أو يتحالفاً ويتفاسخاً؟ قال: وإن اختلفا بعد العمل فالقول للعامل مع يمينه إذا أتى بما يشبهه، فإن أتى بما لا يشبهه وأتى الآخر بما يشبهه حلف ولم يكن للعامل إلا ما حلف عليه صاحبه، فإن نكل عن اليمين أو أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة المثل. انتهى وعزا الشارح والمصنف في التوضيح هذه المسألة للقرافي.

تنبيهان: الأول: يفهم من كلامهم أنه إذا أتى كل واحد منهما بما يشبهه كان القول قول العامل فتأمله والله أعلم.

الثاني: قال ابن عرفة: عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية: ما فيه مساقاة المثل فالعامل فيه أحق من الغرماء بالثمرة في الموت والفلس، وكذا ما يرجع فيه لقراض المثل في القراض، يريد وما يرجع فيه لأجرة المثل لا يكون في القراض أحق في موت ولا فلس، وفي المساقاة يكون أحق في الفلس لا في الموت انتهى، وهذه آخر مسألة في كتاب المساقاة منه والله أعلم. ص: (وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقاً لم تنفسخ وليتحفظ منه) ش: قال في كتاب المساقاة من المدونة: ومن ساقيته حائطك أو أكريت منه دارك ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك سقي ولا كراء وليتحفظ منه، وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: في كل هذا نظر، وهذا عيب وليس يقدر أن يتحفظ من السارق ثم قال: قوله: «سارقاً» يخاف أن يذهب بالثمرة أو يقلع الجذوع وفي المكتري يخاف منه أن يبيع أبوابها. انتهى. وفي كتاب الجعل والإجارة من المدونة في آخر ترجمة الأجير يفسخ إجارته في غيرها: ومن استأجر عبداً للخدمة فألفاه سارقاً فهو عيب يرد به. فقيل: الفرق بينهما أن الأجير في الخدمة لا يقدر أن يتحفظ منه. قال الشيخ أبو

إلى قراض مثله وكذا المساقاة. (وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقاً لم يفسخ وليتحفظ منه كبيعه منه ولم يعلم بفلسه) من المدونة: من ساقيته حائطك أو اكرتت منه دارك ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك سقاء ولا كراء وليتحفظ منه، وكذلك قال مالك فمن ابتاع من رجل سلعة إلى أجل فإذا هو مفلس ولم يعلم البائع بذلك أن البيع قد لزمه. ابن يونس: لأن حقتك في السقاء والكراء في غير عين المساقى والمكتري فهو بخلاف ما لو اكرتت عبداً فوجدته سارقاً، هذا لك أن ترد، ولأن الكراء وقع على منافع معينة والمكتري والمفلس إنما وقع شراؤك على الذمة، فإن لم تقدر على

وَسَاقِطُ النَّخْلِ: كَلِيفُ: كَالثَّمَرَةِ، وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ، وَإِنْ قَصَرَ عَامِلٌ عَمَّا شُرِطَ: حُطُّ بِنِسْبَتِهِ.

الحسن: وقال عبد الحق وابن يونس: الفرق بينهما أن الكراء في العبد للخدمة ووقع في منافع معينة فهو كمن اشترى دابة فوجد بها عيباً بخلاف المكتري والمفلس والمساقى إنما وقع الكراء على الذمة، فإن لم يقدر على التحفظ منه أكرى عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد انتهى. فقول المصنف: «أو أكريته» أي أكريت منه بيتك أو متاعك، واحترز به مما لو أكرى نفسه للخدمة فإنه عيب يرد به كما تقدم عن المدونة. وقول المصنف: «وليتحفظ منه» يريد إذا أمكن التحفظ فإن لم يكن أكرى عليه الحاكم أو ساقى كما تقدم عن أبي الحسن. ص: (وساقط النخل كليف كالثمرة) ش: قال في الشامل: وساقط النخل من ليف وجريد ونحوهما كالثمرة انتهى. وقال في المدونة: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح وغيره والجريد والليف ومن الزرع بينهما على ما شرطنا من الأجزاء. انتهى. ص: (والقول لمُدَّعِي الصَّحَّةِ) ش: هكذا قال في المدونة. قال في الشامل: وصدق مدعي الصحة بعد العمل وإلا تحالفا وفسخت انتهى. وقال اللخمي: القول قول مدعي الحلال، سواء كان اختلافهما قبل العمل أو بعده، ويحلف على ذلك قبل العمل. وفصل في توجيه اليمين في اختلافهما بعد العمل، وكان ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى يدل على أن القول قول مدعي الصحة قبل العمل وبعده أيضاً فتأمل ذلك مع كلام الشامل والله أعلم. ص: (وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته) ش: وهذا بخلاف ما لو جاء مطر ودخل الحائط فلم يحتج إلى سقي في مدة من الزمان فلا رجوع عليه بشيء من أجرة السقي. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. قال ابن رشد: هذا لا خلاف فيه أنه لا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن زاد العمل على المهود أو نقص منه بخلاف ما لو استأجر لسقي حائط في زمن معلوم فجاء المطر فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط. انتهى بالمعنى والله الموفق

التحفظ منه اكتري عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد (وساقط النخل كليف كالثمرة) من المدونة قال ابن القاسم: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح أو غيره والجريد والليف وتبن الزرع فبينهما على ما شرطنا من الأجزاء (والقول لمُدَّعِي الصَّحَّةِ) من المدونة قال ابن القاسم: إن ادعى أحد المساقين فسأداً فالقول قول مدعي الصحة (وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته) قال سحنون: من أعطى كرمه أو زيتونه مساقاة على أن يسقي ويقطع ويجني وعلى أن يحرقه ثلاث حرثات فعمل ما شرط عليه إلا أنه لم يحرق إلا حرثتين. قال: ينظر عمل جميع الحائط المشترك عليه من سقاء وحرث وقطع وإجناء فليُنظر ما عمل مع ما ترك ما هو منه، فإن كان ما ترك يكون منه الثلث حط من النصف للذي هو له ثلثه إن ساقاه على الثلث، أو الربع حط من حصته الثلث على ما ذكرنا اهـ. وانظر بعض كتب أهل الأحكام يذكرون بعد هذا الباب كتاب المغارسة وهو ترجمة من تراجم العتبية وذكره في المدونة في أكرية الدور والأرضين.

باب الإجارةكتاب الإجارة

قال في القاموس: الأجر الجزاء على العمل كالإجارة مثلثة انتهى. وقال القرافي في الذخيرة: ويقال أجر بالمد والقصر وأنكر بعضهم المد وهو منقول قال: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال وهي منافع خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف في تخصيص كل نوع تحت جنس باسم ليحصل التعارف عند الخطاب. قال: وقد غلب وضع الفعالة بالكسر للصنائع نحو الصناعة والحياطة والتجارة والفعالة بالفتح لأخلاق النفوس نحو السماح والشجاعة والفصاحة. والفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة والفضالة والنخالة انتهى. وقال في اللباب: حقيقتها تمليك منفعة غير معلومة زمنياً معلوماً بعوض معلوم. انتهى. وقال ابن عرفة: حدها عرفاً ببيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضها، فيخرج كراء الدور والأرضين والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل. وقول القاضي: معاوضة على منافع الأعيان لا يخفى بطلان طرده. ونحوه قول عياض: ببيع منافع معلومة بعوض معلوم مع خروج فاسدها انتهى. وقال البرزلي: قال الفرناطي: الإجارة تطلق على منافع من يعقل والأكرية على منافع من لا يعقل. البرزلي: يريد اصطلاحاً، وقد يطلق أحدهما على الآخر ففي غررها إن استأجرت منه داراً بثوب إلى آخره، انتهى. وقال في اللباب: وقد خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع الممتلكات باسم الكراء انتهى. والموثقون المتقدمون يستفتحون عقود الأراضي والجنات بلفظ «تقبل» ومعنى الجميع واحد انتهى. وقال ابن عرفة: وقولها: «يجوز أن يستأجر طريقاً في

كتاب الإجارة

ابن شاس: في كتاب الإجارة ثلاثة أبواب: الأول في أركانها وهي: العاقدان والأجرة والمنفعة وهي كل منفعة يستباح تناولها. الباب الثاني في حكم الإجارة الصحيحة. الثالث في الطوارئ الموجبة للفسخ. عياض: يقال أجزت فلاناً وأجزته بالمد والقصر وكذلك أجره والله. وأنكر بعضهم المد في الإجارة وهو الصحيح. وأصلها الثواب وهي ببيع منافع معلومة بعوض معلوم وهي معاوضة صحيحة يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام. ابن عرفة: الإجارة ببيع منفعة ما أمكن نقله غير

صِحَّةُ الْإِجَارَةِ بِعَاقِدٍ، وَأَجْرٌ: كَالْبَيْعِ،

دار رجل ومسيل مصب مرحاض» لا يخفى أنه من باب المجاز لأنه أخف من الاشتراك اهـ. قال في اللباب: وحكمها الجواز ابتداءً واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن به ما يفسدها. وقال ابن عرفة: محمد: وهي جائزة إجماعاً. الصقلي: خلاف الأصم فيها لغو لأنه مبتدع وفيها مع غيرها عقدها لازم كالبيع انتهى. وقد عرض لها الوجوب إذا لم يجد الإنسان من يستأجره بل بنفسه ووجبت إعانتة. نقله الأبي عن ابن عرفة في حديث نزول السيد عيسى وحكمة مشروعاتها، قال في اللباب: التعاون ودفع الحاجات وقد نبه الله على ذلك بقوله: ﴿ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً﴾ [الزخرف: ٣٢] انتهى.

باب صحة الإجارة بعاقد واجر كالبيع

ذكر رحمه الله من أركانها: العاقد وهو شامل للمؤجر والمستأجر وذكر الأجر، وسيذكر المنفعة ولم يذكر الصيغة، وكذلك ابن شاس وابن الحاجب والقرافي وابن عرفة وذكرها صاحب اللباب فقال: هي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تملك المنفعة بعوض. انتهى.

تنبيه: لا يرد على المصنف مسألة الخياط المخالط يستخيطه الثوب فإذا فرغ أرضاه قال مالك: لا بأس بها لأنها نادرة وبهذا اعتذر عن ابن الحاجب. ومسألة الخياط هذه هي في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الجعل والإجارة ونصها: وسئل عن الخياط الذي يبني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني أستخيطه الثوب، فإذا فرغ منه وجاء به أرضيه على شيء أدفعه إليه؟ قال: لا بأس بذلك. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الناس استجازوه ومضوا عليه وهو نحو ما يعطى الحمام من غير أن يشارط على عمله قبل أن يعمل، وما يعطى في الحمام، والمنع من هذا وشبهه تضيق على الناس وخرج في الدين وغلو فيه. قال الله تعالى: ﴿وما جعل

سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضها (صحة الإجارة بعاقد وأجر كالبيع) ابن شاس: أركان الإجارة ثلاثة: الأول: العاقدان ولا يخفى. ابن الحاجب: هما كالمبتاعين. ابن عرفة: هذا ظاهر المذهب. الركن الثاني: الأجر وهو كالثمن يطلب كونه معروفاً قدرأ وصفة. قال أبو عمر: وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز المجهولات في الإجارة من البدل، وأجازوا أن يعطى حمامه لمن يسقي عليه أو يعمل بنصف ما يرزق بسعيه على ظهره، ويعطى الحمام لمن ينظر فيه بجزء منه مما يحصل منه كل يوم قياساً على القراض والمساقاة. قالوا: وأباح الله إجارة الموضع وما يأخذه الصبي من لبنها مع اختلاف أحوال الصبيان في الرضاع واختلاف ألبان النساء وورد القرآن بجوازه اهـ. من الاستنكار. انظر هل ينتظم في هذا السلك ما تعم به البلوى بالنسبة إلى أرباب البهائم يحسن إليهم أن يبيتوا بالبهائم في فدان إنسان. ومن هذا ما سئلت عنه في قرى الساحل لا بد لصاحب البهائم الذي يشتي بالساحل بهائمهم أن يدفع إلى بعض دور تلك القرى فينقى صاحب الدار عليه

عليكم في الدين من حرج ﴿ [الحج: ٧٨] وقال ﴿قل يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم﴾ [النساء: ١٧١] ومما يدل على جوازه من السنة ما ثبت من أن رسول الله ﷺ حجه أبو طيبة فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا من خراجه. وكره النخعي أن يستعمل الصانع حتى يقاطع بشيء مسمى. وكره ذلك ابن حبيب أيضاً قال: ولا يبلغ التحريم والأمر في ذلك واسع. انتهى ونقله ابن عرفة.

فرع: قال في الذخيرة عن ابن يونس: إذا قلت: خطه بدرهم وقال: بدرهمين فخاطه فليس له إلا درهم. قاله ابن القاسم. لأنك أعلمته بما ترضى به وكذلك قول ساكن الدار انتهى. وفي النوادر عن مالك من رواية ابن المواز: من دفع ثوباً الخياط فقال: لا أحيطه إلا بدرهمين، وقال ربه: لا أحيطه إلا بدرهم وجعله عنده فخاطه، ليس له إلا درهم. قال: ومن سكن منزلاً فقال له ربه: بدينارين في السنة، وقال الساكن: لا أعطي إلا ديناراً وإلا خرجت إن لم ترض، فسكن ولم يجبه بشيء حتى تمت السنة قال: لا يلزمه إلا دينار انتهى. ومسألة الخياط لا تشبه مسألة كراء المنزل، لأن رب الثوب لم يتول استيفاء المنفعة بنفسه فلذلك لم يفرقوا فيها بين تقدم قول الخياط وقول صاحب الثوب بخلاف المنزل فإن المستأجر تولى استيفاء

ويعطيه بهائم نفسه وكلاهما ينتفع بصاحبه، وهذا والله أعلم كله قريب. وقد ألفت القوم وقد شددوا عليهم في هذا وهم لا بد فاعلوه، وقد تقدم عند قوله: «ويخلطهما إلا كقمح بمثله» ما في مثل هذا التشديد من الحرج في الدين. وقد أجاز مالك أن يؤاجر الخياط على خياطة ما يحتاج إليه هو وأهله من الثياب في السنة، والفران على خبز ما يحتاج إليه من الخبز سنة أو أشهراً إذا عرف عيال الرجل وما يحتاجون إليه من ذلك. وقد أجاز ابن حبيب مثل هذا في الحمام إلا أن ابن يونس رجح قول مالك في الخبز والخياطة بأن أكل الناس معروف والخياطة قريب منه قال: بخلاف الحمام فإنه قد يدخل في الشهر مرة واحدة وقد يدخل كل يوم. قال: فالمنع في الحمام هو الصواب. وانظر أيضاً قد قال سحنون: لو حملت أكثر الإجازات على القياس لبطلت، وسئل ابن أبي زمنين عن الغنم المؤلفة للتزويل تنفتق الشبكة فترعى الغنم ما حولها قال: الضمان على صاحب الأرض لا على أصحاب الغنم، لأن رب الأرض استأجرها وبيتها في أرضه فما جنت في تلك الليلة فعليه الضمان. وانظر الأولى في هذا الباب الدخول على وجه المكارمة وما تقدم في الشفعة لم أجاز مالك الهبة لغير ثواب مسمى؟ قال: لأنه على وجه التفويض في النكاح. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ راضاه بشيء يعطيه. ابن رشد: لأن الناس استجازوا هذا كما يعطي الحمام وفي الحمام وفي المنع منه حرج وغلو في الدين اه. نص ابن رشد. وقد ترجم البخاري باب الإجارة وأخذ عطية بن قيس فرساً على النصف، وأجاز ذلك الأوزاعي وأحمد بن حنبل اه. ونقل أيضاً في صحيحه. قال ابن عباس: أن يقال بيع هذا الثوب فما زاد علي كذا وكذا فهو لك. وقال ابن سيرين: إذا قال بعه بكذا فما كان من ذلك فلك أو بيني وبينك فلا

المنفعة بنفسه مع علم رب المنزل بذلك، ففرقوا في ذلك بين تقدم قول الساكن وتأخر قوله عن قول صاحب المنزل. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من جامع البيوع. وذكر فيه أيضاً أن حكم ما أتلفه المشتري من السلع بحضرة ربه حكم ما ذكر من استيفاء المستأجر للمنفعة مع علم رب المنزل بذلك أنه يلزم من قوليهما الآخر. وقد تكلم على هذه المسألة بكلام جيد، وفرق فيه بين مسألة نوازل سحنون ومسألة سماع عيسى من كراء الدور وغيرهما من الروايات فانظره والله أعلم.

تنبيه ثان: علم من تشبيه الأجرة بالثمن أنه يشترط فيها أن تكون معلومة الجملة والتفصيل أو التفصيل دون الجملة لأن المذهب جواز ذلك في البيع. وقيل: لا يجوز. وقيل: بالكراهة على ما تقدم في البيع. ونقل القول بالمنع في التوضيح عن خارج المذهب، ونقله ابن عرفة عن ابن أبي مسلمة وسحنون. فعلى هذا لا تمتنع حراسة الأندر كل أردب مثلاً بقدر لأنه معلوم التفصيل مجهول الجملة ما لم يقترن بذلك ما يفسده من أعمال مجهولة ونحو ذلك. وقد ذكر البرزلي في أوائل مسائل الجعل والإجارة أن ابن أبي زيد سئل عن حراس الزرع والزيتون ليلاً ونهاراً بالضمان أو بغيره على أن كل قفيز عليه مدان أو ثلاثة، وهل يلزمهم تفرغ الشباك والأحمال أم لا؟ فقال: أما استئجارهم لكل قفيز مدان فجائر، فإن شرطوا تفرغ الشباك ونزول الأحمال فيلزم، وشرط الضمان عليهم لا يلزم وله أجرة مثله ممن لا ضمان عليه. البرزلي: يجري على شرط ضمان ما لا يضمن في الإجازات والعواري وفيه خلاف، والمشهور ما قاله. وقوله: «كل قفيز بمدين جائز» معناه إذا عرف صفتها كما قال. ويتوصل إلى معرفته بفرك سنبله ولا يراعى كثرة الأقفزة من قلتها لأنه مأخوذ من كل قفيز فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل، وهو جارٍ على المذهب أيضاً من جواز بيع الخنطة في سنبلها. وفي الذخيرة عن

بأس به اهـ. وكان سيدي ابن سراج رحمه الله فيما هو جارٍ على هذا لا يفتي بفعله ابتداء ولا يشنع على مرتكبه، قصارى أمر مرتكبه أنه تارك للورع وما الخلاف فيه شهير لا حسبة فيه ولا سيما إن دعت لذلك حاجة، ومن أصول مالك أن يراعى الحاجيات كما يراعى الضروريات. فأجاز الرد على الدرهم مع كونه يجعل مد عجوة من باب الربا، وأجاز تأخير النقد في الكراء المضمون ولا شك أن الأمر فيما ذكرناه أخف لأن بالتحلل تيراً ذمتهم بخلاف الدين بالدين وباب الربا، ويباح الغرر اليسير بخلاف باب الربا. ومن نوازل الشعبي: وسئل أصبغ بن محمد عن رجل يستأجر الأجير على أن يعمل له في كرم على النصف مما يخرج الكرم أو جزء. قال: لا بأس بذلك. قيل: وكذلك ما يضطر إليه مثل الرجل يستأجر الأجير يحرس له الزرع وله بعضه؟ قال: ينظر إلى أمر الناس إذا اضطروا إليه فيما لا بد لهم منه ولا يجدون العمل له إلا به فأرجو أن لا يكون به بأس إذا عم ما بين ذلك مما يرجع فيه إلى أعمال الناس ولا يجدون منه بدأً مثل كراء السفن في حمل الطعام. وسئل سيدي ابن سراج رحمه الله: هل تجوز المشاركة في المعلوفة أن يكون الورق على واحد وعلى الآخر الخدمة وتكون

الأبهري ما يقتضي المنع. قال الأبهري: يمتنع حمل الزرع على أن له في كل مائة أردب تخرج عشرة أرداب إذ لا يدري كم يخرج أردب وتجاوز بالقتة لأنها تحزر، ولعل هذا على القول بعدم جواز ذلك البيع وهذا هو الظاهر والله أعلم. وسئل أيضاً عن حراستهم الأندر كلها بأقفزة معلومة ومنهم من يصيب ألفاً ومائة قفيز أو أقل أو أكثر، هل هو على قدر الرؤوس أو الصابة؟ فأجاب: استئجارهم الأندر بأقفزة معلومة إن كان قبل حصوله في الأندر ورؤيته فلا يجوز، وبعد رؤيته وحصوله فجائز ويكون مفضوفاً على قدر الصابة. ووقع لسحنون أنه على الرؤوس والأول أحب إليّ. قال البرزلي: وهذه إحدى المسائل التي اختلف فيها هل هي على قدر الأنصباء أو على الرؤوس. انتهى والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في أكرية الدور: ولو سكن أجنبي طائفة من دارك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن. أبو الحسن: لاحتمال تركه له للأرفاق وكونه على جهة الإجارة، فلما احتمل الوجهان كان الأصل أن الأملاك على ملك مالکها ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه بالنص أنه أرفقه فيختلف في يمينه على الخلاف في دعوى المعروف، وأما إن لم يقم عليه إلا بسكوته فلا يمين انتهى.

فرع: قال البرزلي في أواخر الوكالات وفي نوازل ابن الحاج: إذا أخرج أحد الشريكين في دين لاقتضائه دون إذن صاحبه فاقتضاه أو بعضه وطلب الأجرة من صاحبه وجبت له بعد حلفه أنه ما خرج لذلك متطوعاً. قلت: إلا أن تشهد الغادة أن مثله لا يأخذ أجرة فيما ولي. أصله مسألة كتاب العارية وكراء الدور إذا سكن طائفة من داره بغير إذنه انتهى. وفي رسم طلق من سماع ابن القاسم من الرهون: وسئل مالك عن رجل يرهن الدار من رجل يضعها على يديه ويقتضي غلتها ويقوم في ذلك، ثم يطلب أن يعطى في ذلك أجراً فيما قام به. قال: من الناس من يكون له ذلك، ومنهم من لا يكون له ذلك. فأما الرجل الذي مثله يشبه أن يعمل بأجر ومثله يؤاجر نفسه في مثله، فإن طلبه فأرى ذلك له. وأما من مثله يعني فلا أرى له ذلك. ابن رشد: هذا نحو ما في رسم جامع من كتاب الجعل من سماع عيسى أنه يكون له إجارة مثله إن كان يشبه أن يكون مثله يعمل بالإجارة، وإنما له ذلك بعد يمينه ما أقام في ذلك وعنى به احتساباً، وإنما فعل ذلك ليرجع بحقه فيه على معنى ما قاله في أول سماع يحيى من الكتاب المذكور انتهى. وله أيضاً في سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات قريب من هذا، وفي سماع ابن القاسم منه مسألة طالب النفقة على البضاعة كالقراض. وفي التوضيح وابن عرفة: في كتاب القراض شيء من هذا المعنى. وقال في آخر كتاب الرهون من الذخيرة: إذا تهدمت دار فتقوم عليها فلك الأجرة إن كان مثلك يعمل ذلك بأجرة بعد أن تحلف ما تبرعت انتهى. والقاعدة المذهبية في إيصال النفع للغير ذكرها ابن الحاجب في أواخر الإجارة، وكذا ابن عرفة، وذكرها القرافي في الرهون وفي اللقطة. وقال في المسائل الملقوطة:

إذا عجز صاحب الدابة عن علقها وسيبها فأعلقها غيره ثم وجدها ربها قال مالك: هو أحق بها لأنه مكره على تركها بالإضرار لذلك، ويدفع ما أنفق عليها وقيل: هي لعاقفها لإعراض المالك عنها. ذكر ذلك القرافي في الفرق التاسع والثلاثين والمائة. وفي الذخيرة في الركن الثالث من الإجارة: ولا شيء عليه في قيامه عليها لأنه قام لنفسه انتهى. وعلم من تشبيهه العاقد هنا بعاقد البيع أن الصبي المميز إذا أجر نفسه بغير إذن وليه صح ووقف على رضاه، وقد نص على ذلك في المدونة. قال في المتبعية: وليس لذي الأب والوصي أن يؤاجر أنفسهما دون إذنهما، فإن فعلا نظرا في ذلك؛ فما رأياه من رد أو إمضاء فعلاه ما لم يعمل، فإن عملا كان لهما الأكثر من المسمى وأجرة المثل، فإن أصابهما من سبب العمل شيء فلهما قيمة ما نقصهما أو ديتهما إن هلكا، ولهما الأجرة إلى يوم أصابهما ذلك وليس لهما فيما أصابهما من غير سبب العمل شيء. انتهى.

فرع: قال في المتبعية: وإن أجر الرجل ابنه من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان الأب غنياً والابن عديماً لا مال له، فإن كان له مال أنفق عليه منه، وله أن يؤاجره فيما لا معرفة على الابن فيه. وإن كان الأب فقيراً أو مقللاً أو يريد تعليم الابن فيجوز له ذلك حيثئذ وينفق عليه من أجرته، فإن فضل شيء حبسه عليه، وليس له أن يأكل مما فضل من عمل الصبي، وإن كان فقيراً خوفاً من أن لا يتمكن الصبي من العمل فيما يستقبل أو يمرض فلا يجد ما يأكل. وقال ابن لبابة: لا بأس أن يكون بالمعروف انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: قال المتبسطي وابن فتوح: ويجوز عقد الحاضنة على محضونها أما كانت أو غيرها، ولا يفسخ إلا أن يزداد الصبي في أجرته فتقبل الزيادة ويفسخ عقد الأم وينظر له أحسن المواضع ولو كان بأقل من موضع آخر، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أن فيه غناً على اليتيم انتهى.

فرع: قال في المتبعية: ولا يجوز استئجار الأعزب المرأة لتخدمه في بيته مأموناً كان أو غيره، فإن كان له أهل جاز إن كان مأموناً وكانت المرأة متجالة لا أرب للرجال فيها، أو كانت شابة ومستأجرها شيخ كبير فإن ذلك جائز. انتهى ونحوه في اللخمي. ونقله ابن عرفة. وفي الجعل منها في ترجمة إجارة نزو الفحل: وأكره للأعزب أن يؤاجر حرة ليس بينه وبينها محرم، أو أمة لخدمة يخلو معها أو يعادلها في محمل. انتهى. أبو الحسن الكبير: انظر هل الكراهة على بابها أو على المنع؛ لأن فيه خلوة؟ وعلى هذا حمله اللخمي وقال: لم يجز. وكذا نقله المتبسطي وابن فتوح. وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى من النكاح: وسئل عن المرأة العزبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة، هل ترى له ذلك حسناً؟ قال: لا بأس به وليدخل معه غيره أحب إلي ولو تركها الناس لضاعت. ابن رشد: وهذا على ما قال: إنه جائز

وَعَجَّلَ، إِنْ عِينٌ أَوْ بِشْرُوطٍ، أَوْ عَادَةً، أَوْ فِي مَضْمُونَةٍ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا،

للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية في حوائجها ويناولها الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما لا يظهر من زينتها لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل فجائز للرجل أن ينظر إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة، فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء الظن عن نفسه، فقد روي أن رجلين من أصحاب النبي ﷺ لقيا النبي ﷺ ومعه زوجته صفية رضي الله عنها فقال لهما: إنها صفية فقالا: سبحان الله يا رسول الله: فقال: إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وإن خشيت أن يقذف في قلوبكما فتهلكا. انتهى. ص: (وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع إلا كروي حج فاليسير وإلا فمياومة) ش: اعلم أن

الزريعة بينهما على نسبة الحظ المتفق عليه؟ فأجاب: قد أجاز ما ذكر بعض العلماء، فمن عمل بذلك على الوجه المذكور للضرورة وتعذر الوجه الآخر فيرجى أن يجوز إن شاء الله. ورأيت له فتيا أخرى قال فيها: ويجري ذلك على مقتضى قول مالك في إجارة الأخر الكلي الحاجي. وسئل عن إعطاء الجباح لمن يخدمها بجزء من غلتها قال: هي إجارة مجهولة وكذلك في الأفران والأرحى. وإنما يجوز ذلك على من يستبيح القياس على المساقاة والقراض. وحكى هذا عن ابن سيرين وجماعة وعليه يخرج اليوم عمل الناس في أجرة الدلال لحاجة الناس إليه، وعليه الضمان لقلّة الأمانة وكثرة الخيانة كما اعتذر مالك بمثل هذا في إباحة تأخير الأجرة في الكراء المضمون في طريق الحج لأن الأكرياء ربما لا يوفون، فعند مالك هذا ضرورة إباحة الدين بالدين فالناس مضطرون لهذا والله المخلص. (وعجل إن عين). ابن عرفة: العوض المعين أجراً كشرائه يجب تعجيله. من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى دابة لركوب أو حمل أو اكترى داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه من عرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترطاً شيئاً، فإن كانت سنة الكراء بالبلد بالنقد جاز وقضى بنقدها، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء ولو عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترطاً النقد. في العقد كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن يقبض إلى شهر ويفسخ ذلك. ابن يونس: لأن العرف كالشرط وإن لم تكن له سنة راتبة وكانوا يكرون بالنقد وبالنسيئة وأبهموا الكراء، فأصل ابن القاسم أنه على التأخير لأن عقد الكراء لا يوجب نقد ثمنه إلا أن يكون عرفاً أو شرطاً وإلا لم يلزمه أن ينقد إلا بقدر ما ركب أو سكن بخلاف شراء السلع المعينة، هذه بتمام عقد شرائها يجب عليه نقد ثمنها لأنه ينتقدها فوجب عليه نقد ثمنها، والركوب والسكنى لم ينتقده فوجب أن لا ينقد إلا ثمن ما قبض منه، فلما كان عقد الكراء لا يوجب انتقاد ثمنه فكأنهما دخلا في الكراء بهذه المعينات على التأخير فوجب فساد الكراء. ابن القاسم: وإن اكترى ما ذكرنا بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد، فإن كان الكراء بالنقد قضى بنقدها وإلا لم يجز الكراء إلا أن يشترط تعجيلها في العقد (أو بشرط) قال مالك: من استأجر صانعاً على عمل عرف أنه يعمل به فبأنه يسأله تقديم الأجرة وهو يقول لا أعمله إلا إلى شهر لا يصلح تقديم أجره له حتى يبدأ في عمله، فإن بدأه قدمه له إن شاء. ابن رشد: وهذا يدل على أنه

إِلَّا كَرِيْحًا: فَالْتَيْسِيرَ وَإِلَّا فَمَيَاوَمَةً،

التعيين تارة يكون في الأجرة، وتارة يكون في المنفعة المستأجرة. واعلم أنه يقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً بعينه أو شيئاً مضموناً في الذمة. وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً معيناً أو شيئاً مضموناً، وسواء في ذلك الأجرة المعينة والمضمونة. وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم والتأخير. وقول المصنف: «إن عين» مستغنى عنه لأن الأجر إذا كان معيناً فإن شرط تعجيله أو كان العرف تعجيله صحت الإجارة وقضى بتعجيله للشرط والعرف، وهو مستفاد من قوله: «أو بشرط أو عادة» وإن لم يكن شرط ولا عرف فالإجارة فاسدة كما سيصرح به المؤلف فتأمل. ولا يرد هذا على ابن الحاجب لأنه لا يفسد عنده إلا إذا كان العرف التأخير، فيحمل قوله: «يعجل إن كان معيناً» على ما إذا لم يكن عرف ولا اشترط التعجيل، وهو خلاف قول ابن القاسم كما قاله في التوضيح. قال في أوائل كراء الرواحل منها: ومن اكترى دابة لركوب أو حمل أو داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه من عين أو عرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترط شيئاً، فإن كانت سنة الكراء في البلد بالنقد جاز وقضى بقبضها،

لا يجب عليه تقديم الأجرة إلا بشرط أو عرف (أو عادة) من المدونة قال مالك: إذا أراد الصانع والأجراء تقديم الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم إلا بعد فراغ أعمالهم، وأما الأكرية في دار أو راحلة أو إجارة بيع السلع ونحوها فيقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف الثوب أخذ نصف الأجر حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. ابن يونس: ولأنه لو خاطه كله ثم ضاع الثوب بينة لم يكن له أجر عند ابن القاسم فكذلك إذا خاط بعضه (أو في مضمونة لم يشرع فيها). ابن رشد: الإجارة على عمل معين كنسج الغزل إن كان مضموناً في الذمة لم يجز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع، وإن تأخر كان الدين بالدين فلا يجوز إلا بتعجيل الطرفين أو أحدهما (إلا كراء حج فاليسين). ابن المواز: قال مالك: من تكارى كراء مضموناً إلى أجل مثل الحج في غير إبانه فلا يجوز أن يتأخر النقد ولكن يعجل مثل الدينارين ونحوهما وقد كان يقول: لا ينبغي إلا أن ينتقد مثل ثلثي الكراء إلا في مثل هذا المضمون إلى أجل، ثم رجع وقال: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن يؤخروهم بالنقد ويعربنهم الدينار وشبهه. قال أبو محمد: يريد ولو كان مضموناً بغير أجل وشرع في الركوب جاز بغير نقد، لأن نقد أوائل الركوب كقبض جميعه إذ هو أكثر المقدور عليه في قبضه. ابن يونس: يريد أنه اكترى كراء مضموناً لا يركب فيه إلا إلى أجل فالنقد فيه جائز، بل لا يجوز تأخير النقد كله بشرط في هذا المضمون كتأخير رأس مال السلم، وإنما أجازته مالك إذا أخر بعض النقد لأن الأكرياء اقتطعوا أموال الناس فأجاز فيه تأخير بعض الثمن لهذه الضرورة بخلاف تأخير بعض رأس مال السلم (وإلا فمياومة) من المدونة:

وَفَسَدَتْ إِنْ انْتَفَى عُرْفُ تَعْجِيلِ الْمُعَيَّنِ:

وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء، وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن لا يقبض إلا إلى شهر ويفسخ. ابن القاسم: وإن اكرت ما ذكرناه بدنائير معينة ثم تشاحا في النقد، فإن كان الكراء بالبلد بالنقد قضى به وإلا لم يجز الكراء إلا أن يعجلها انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: قوله: «إلا أن يعجلها» أي يشترط ذلك في أصل العقد، بين ذلك ما تقدم واختصره ابن يونس إلا أن يشترط تعجيله في العقد. وقوله أولاً: «إلا أن يشترط النقد في العقد» الاستثناء منقطع كأنه يقول: لكن إن اشترط النقد في العقد جاز انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام السابق كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنائير له ببلد آخر عند قاض أو غيره، فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز وإلا لم يجز البيع، فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط عليه إن تلفت فعليه مثلها، ولا يجوز اشتراط هذا في طعام ولا عرض في بيع ولا كراء لأنه مما يبتاع لعينه فلا يدري أي الصفقتين ابتاع ولا يراد من المال عينه. وقال غيره: في الدنائير هو جائز وإن تلفت فعليه الضمان انتهى. أبو الحسن: قوله: «فأرى الكراء إن كان لا ينقد في مثله» معناه ليس من سنتهم النقد. وذكر بعضهم عن بعض الشيوخ أنه قال: يحتمل أن يريد بقوله إن كان لا ينقد في مثله كبيع الخيار قال: ولم أره لغيره انتهى. وهذا الذي أشار إليه المؤلف في فصل كراء الدابة بقوله: «وبدنائير عينت إلا بشرط الخلف» انتهى. وقوله: «أو في مضمونة لم يشرع فيها» يريد لم يشرع فيها إلا بعد طول، وأما إن قرب الشروع فيجوز تأخير الكراء ويجوز اشتراط ذلك. قال المتيطي: فإن كان المضمون في الكراء إنما هو على أن يأتيه بها تلك الليلة أو في الغد، فلا بأس باشتراط تأخير الكراء إلى أجل. وقوله: «إلا كرى حج فاليسير» لو أدخل الكاف لكان أشمل. قال المتيطي: روى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج ونصه: تعجيل النقد في الكراء المضمون إلى أجل هو الأصل. ولا يجوز تأخيره بشرط. واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط فقال مالك فيمن أكرى إلى الحج في غير إبان الحج ليخرج في إبانه لا بأس أن يقدم منه الدينار والدينارين ولا يجوز في غيره. وروى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج وقال: كم من كرى ذهب بالكراء. وروى ابن المواز عن مالك كراهة تأخير النقد إلا أن ينقد أكثره أو ثلثيه. وقال مثله أشهب ثم قال: قال مالك: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن ينقده الدينار والدينارين

أما في الأكرية في دار أو راحلة أو إجارة بيع السلع ونحوه فبقدر ما مضى ابن القصار كلما مضى يوم استحق أجره (وفسدت إن انتفى عرف تعجيل المعين). ابن يونس: أو لم تكن له سنة راتبه، فأصل ابن القاسم أنه على التأخير، وأما المعين فقد تقدم الكلام عليه قبل هذا قبل قوله: «أو بشرط». انظر آخر ترجمة ما يحل أو يحرم في الجعل وجعل من ذلك النكاح مع البيع والحزاف مع المكيل وحكى

يريد في غير الحج انتهى. وفي التوضيح عن الموازية: مثل الحج في غير إبانه واليسير الدينار والديناران على ما رجع إليه مالك والله أعلم. وقوله: «ولا فمياومة» أي وإن لم تكن الإجارة مضمونة بل كانت معينة أو كانت مضمونة إلا أنه شرع فيها ولم يكن شرط ولا عرف والأجر غير معين وإنما تستحق الأجرة مياومة، وهذا عند المشاحة وإلا فيجوز التقديم والتأخير. صرح بذلك في أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة من البيان ونقله ابن عرفة.

تنبيهات: الأول: يعترض على المصنف بما اعترض به على ابن الحاجب في قوله فإن لم يكن شرط. ولا عادة أخذ مياومة. قال: ظاهر كلامه يتناول الصنائع بل الإجارة في العرف مقصورة عليها، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل انتهى. ومثله يقال عليه. وما قال: إنه المذهب هو في كتاب الجعل والإجارة من المدونة قبل ترجمة الدعوى في الإجارة ونصها: وإذا أراد الصانع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم به إلا بعد فراغ أعمالهم. وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع سلعة ونحوه فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. انتهى.

الثاني: ما تقدم من أنه إذا كانت الإجارة غير مضمونة بل معينة يجوز التقديم والتأخير محله ما إذا شرع في العمل أو تأخر الشروع نحو العشرة الأيام، وإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة. قال ابن رشد في أول كتاب الجعل والإجارة من البيان: الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين: مضمونة في ذمة الأجير فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما، ومعينة في عينه فتجوز بتعجيل الأجر وتأخيره على أنه يشرع في العمل، فإن شرع إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع في العمل انتهى. وتأخير الشروع إلى يومين لا يضر. قاله في المدونة. أبو الحسن: وإلى عشرة أيام. وانظر كلامه عند قول المؤلف: «وكراء دابة إلى شهر»، ونقل كلام ابن رشد. فعلى هذا إذا كان العمل معيناً على أن لا يشرع في العمل إلا إلى أجل وكان الأجر شيئاً معيناً تفسد هذه الصورة، لأن كون الأجر معيناً يقتضي تقديمه، وكون العمل في عين الأجير إلى أجل يقتضي تأخيره والله أعلم.

الثالث: قال ابن رشد: إن صرح بكون العمل مضموناً كقوله: استأجرتك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك، أو معيناً كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك، فلكل منهما حكمه وإن لم يصرح. وظاهر اللفظ أنه مضمون كقوله: أعطيتك كذا على خياطة هذا الثوب، حمل على المضمون اتفاقاً إلا أن يعرف أنه يعمل بيده أو كان عمله مقصوداً لرفقه وأحكامه. وإن كان ظاهره التعيين كاستأجرتك على خياطة هذا الثوب أو على أن تخيطه ولا

كَمَعَ جُفَلَ، لَا يَبِيعُ

يقول أنت، ففي حمله على المضمون أو المعين قولان، المشهور أنه يحمل على المضمون أيضاً إلا أن يعلم أنه يعمل به أو يكون قصد عمله لرفقه وأحكامه. انتهى.

الرابع: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: إن قام من أجر عبده يطلب أجره بعد تمام عمله فأجرته تجري مجرى الحقوق في الفسحة وضرب الأجل، وإذا أجر العبد نفسه أو الحر وطلب ذلك بعد الخدمة قال ابن حبيب: لا ينبغي أن يحمل كالحقوق عند وجوبها ويجب تعجيل أجرهما لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه» إلا أن يؤخر الأجير من استأجره بأجرة سنة ثم يطلب فيحمل محمل الحقوق. انتهى.

الخامس: قال في الذخيرة عن ابن يونس: كره مالك نقد الكراء في السفن لأنها لا تجب إلا بالبلاغ، وجوز ابن نافع وقال: له من الكراء بحساب ما قطع. فإن عطب قبل البلاغ وادعت النقد صدق عليك لأن الأصل عدمه ولا يشهد بعضهم لبعض للتهمة. وقيل: يجوز كما في قطع الطريق. انتهى. ص: (كمع جعل) ش: أي وكذلك تفسد الإجارة إذا جمعها مع الجعل. وقاله في أول كتاب الجعل من المدونة.

فرع: لا يجوز اجتماع الإجارة مع السلف. قال في المدونة: وإن دفعت إلى حائك غزلاً ينسج لك ثوباً بعشرة دراهم على أن يسلفك فيه رطلاً من غزل لم يجز لأنه سلف وإجارة انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الإجارة بيع من البيوع يحرم فيها ما يحرم من البيع وقد ورد النهي عن بيع وسلف. انتهى. ص: (لا بيع) ش: يعني أن الإجارة مع البيع ليست بفاسدة بل يجوز اجتماعها معه، وأطلق رحمه الله في ذلك وفيه تفصيل؛ فإن كانت الإجارة في غير الشيء المبيع فذلك جائز، وإن كانت الإجارة في الشيء المبيع كما لو باع له جلوداً على أن يحذوها البائع نعالاً للمشتري فقال في التوضيح عن ابن عبد السلام: في ذلك قول مشهور بالمنع. خليل: هو قول سحنون. قال في النوادر: وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب. انتهى. وقول سحنون هذا هو الذي في العتبية في آخر سماع سحنون من باب البيع والإجارة ونصه: وسئل عن البيع والإجارة فقال: جائز في غير ذلك الشيء بعينه. قال ابن

الخلاف في الجميع. (كمع جعل). ابن عرفة: الجعل والبيع في عقد واحد اختلف فيه. ابن رشد: لا يجتمع الجعل والإجارة لأن الإجارة لا تنعقد إلا في معلوم والجعل يجوز فيه المجهول، فهما مختلفا الأحكام متى جمعا فسداً. وعن سحنون: إجارة المغارسة مع البيع وهو من هذا المعنى (لا بيع) من المدونة: لا بأس باجتماع بيع وإجارة. وقال سحنون: كذلك إلا في المبيع. ابن رشد: قول مالك وابن القاسم أن البيع والإجارة جائز في المبيع وغيره إلا أنه يشترط إذا كانت الإجارة في المبيع أن يكون مما يعرف وجه خروجه كالثوب على أن على البائع خياطته وفيها لا يعرف وجه خروجه إذا أمكنت

رشد: هذا معلوم مشهور من مذهب سحنون أن البيع والإجارة في الشيء المبيع عنده لا يجوز على حال، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وهو الصحيح إن كان ذلك فيما يعرف وجه خروجه كبيعه ثوباً على أن على البائع خياطته أو قمحاً على أن يطحنه أو فيما لا يعرف وجه خروجه ولكن يمكن إعادته للعمل كبيعه صيفراً على أن يعمل البائع منه قدحاً وما أشبه ذلك فذلك جائز، وأما ما لا يعرف وجه خروجه ولا يمكن إعادته للعمل كبيعه غزلاً على أن على البائع نسجه أو الزيتون على أن على البائع عصره أو الزرع على أن على البائع حصاده ودرسه وما أشبه ذلك فلا يجوز باتفاق انتهى. وقال ابن رشد أيضاً في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من جامع البيوع. وفي رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من تضمين الصناع: وفي كراء الرواحل من المدونة قريب من ذلك وصرح به في أواخر كتاب التجارة إلى أرض الحرب ونصه: وأما إن ابتعت ثوباً على أن يخيطه لك أو نعلين على أن يحدوهما فلا بأس به، وإن ابتعت منه قمحاً على أن يطحنه لك فاستخفه مالك بعد أن كرهه وكان وجه ذلك عنده معروفاً، وجل قوله فيه التخفيف على وجه لأنه القياس. قال أبو الحسن في شرحه الكبير: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة وكان ضمان الباقي منه، وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك كله، وأما إن كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمينه لأنه صانع انتهى.

تنبيهات: الأول: قال القباب في باب بيع الغرر: زاد اللخمي فيما لا يعرف وجه خروجه وتمكن إعادته إلا أن يكون اشترى جملة ما يعمل منه فلا يجوز، لأنه كلما أعيد نقص منه فلا يقدر أن يعمل منه إلا دون الأول كالفضة على أن على البائع صياغتها، والصفير على أن يعمل منه أقداحاً وما أشبه ذلك.

الثاني: من البيع والإجارة أن يدفع الإنسان ثوبه لمن يرقعه له أو نعله لمن يشركها فلا يجوز ذلك حتى يريه الجلد والرقعة لأن ذلك مبيع، فلا بد من رؤيته أو ما يقوم مقام الرؤية من الصفة في الشيء الغائب الذي يتعذر الوصول إليه حالة العقد. هذا إذا كان عند الصانع الجلود والرقاع، فإن لم يكن عنده انضاف إلى ذلك بيع ما ليس عنده من غير أجل السلم إلا أن يكون لا يعدم ذلك فلا يحتاج إلى طول الأجل، ويكفي الوصف التام كما في سائر السلم ولا يكتفى بالوصف إلا إذا كان ما يريد أن يعمل منه غير موجود عنده حين العقد ولا يتعذر عليه غالباً لكونه لا يعدمه ويكثر عنده. قاله القباب في الباب المذكور.

الثالث: صورة المسألة أن يشتري منه المبيع بكذا على أن يعمل له فيه كذا أو يعمل له في غيره، وأما لو اشترى المبيع بثمن على حدة ثم استأجره بأجرة أخرى فليس من هذا الباب، لأن المراد أن يجتمعا في عقد واحد وذلك واضح.

وَكَجِلْدٍ لِسَلَاخٍ،

الرابع: إذا اشترى جبناً أو لحماً بالوزن على أن على البائع أن يقلّي ذلك، فذكر سيدي أبو عبد الله بن الحاج في فصل خروج العالم إلى السوق من المدخل أن في ذلك وجوهاً من المنع منها: أنه اشترى منه الدهن الذي يقلّي به وهو مجهول، وأنه اشترى منه ما يوقد به تحته وهو مجهول كذلك، وأنه لا يعلم وزنه بعد القلي، وأنه لا يعلم أجرة قليه، وهذان الأخيران لا يضر جهلهما كما يظهر ذلك مما تقدم، وأما الأولان فالمنع بسببهما ظاهر.

الخامس: إذا هلك المبيع قبل أن يعمل العمل المستأجر عليه فيه فقال في الرسم المتقدم في تضمين الصناع: لا ضمان على البائع ويحط عن المشتري بقدر الخياطة والطحن من الثمن إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصناعات بنفسه فيسلك به مسلك الصناع في الضمان فيكون عليه قيمة الثوب يوم البيع وهو الصحيح. وقيل: يوم ذهب ويقوم غير معمول ويفض الثمن الذي وقع به البيع على الثوب والعمل فيكون للبائع منه ما ناب الثمن، فإن كان له فضل على القيمة أخذه، وإن كان عليه أدها، وإن قامت على الضياع بينة سقط عنه الضمان وفض الثمن أيضاً على الثوب والعمل فلا يكون للبائع منه إلا ما ناب الثوب. انتهى بالمعنى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرحه الكبير إثر كلام المدونة السابق: فإن هلك الثوب أر القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة وكان ضمان الباقي منه. وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك، وأما لو كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمنه لأنه صانع انتهى. وفهم من هذا أنه لو ضاع بعد العمل لم يحط عن المشتري شيء من الثمن، ويفضل فيه بين أن يكون البائع هو الصانع أو غيره على ما تقدم.

السادس: لو اختلفا في الضياع هل هو قبل العمل أو بعده، لم أر فيه نصاً، والظاهر أن القول قول المشتري فتأمله.

السابع: علم من هذا أن البيع والإجارة يجوز اجتماعهما ولو كان البائع لا يتولى العمل المستأجر عليه بنفسه والله أعلم. وهذه التفريعات كلها إنما هي على المشهور من جواز اجتماعهما، وقد حكى اللخمي عن القاضي قولاً بالمنع والله أعلم.

الثامن: البيع والكراء كالبيع والإجارة يجوز اجتماعهما في عقد واحد. صرح به في المدونة في أول كراء الرواحل وغيره. ص: (وكجولد لسلاخ) ش: هو كقول ابن الحاجب:

إعادته كالصقر على أن يعمله البائع قدحاً. (وكجولد لسلاخ ونخالة لطحان) من المدونة: لا تجوز الإجارة على سلخ شاة بشيء من لحمها. ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم يجز. ابن عرفة: الجلد جاز على ما تقدم بيعه والنخالة تجري على حكم الدقيق، وقد قال في المدونة: تجوز الإجارة على طحن أردب حنطة بدرهم وقفيز من دقيقه لأن مالكا قال: ما جاز بيعه جازت

أَوْ نَخَالَةَ لَطْحَانَ، وَجُزْءِ ثَوْبٍ لِنَسَاجٍ،

«ولو استأجر السلاخ بالجلد لم يجزء». قال ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن تكون الشاة حية أو مذبوحة وهو كذلك، ولعله إنما منع من ذلك لأنه لا يستحقه السلاخ عنده إلا بعد السلخ، ولا يدري كيف يخرج هل يخرج سليماً من القطع أم لا، وفي أي جهة يكون القطع. انتهى ونقله في التوضيح. وأتى المصنف بالكاف ليدخل اللحم. قال في أوائل كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز الاستئجار على سلخ شاة بشيء من لحمها انتهى. وانظر لو استأجره برأس الشاة أو بالأكارع هل يجوز أم لا؟ والظاهر أنه إن استؤجر على الذبح فقط أو عليه وعلى السلخ فلا يجوز لأنه لا يدري هل تصح ذكاتها أم لا، وأما إن استأجره على السلخ وحده بعد الذبح فذلك جائز لأنه لا غرر فيه فتأمله والله أعلم.

تنبيه: قال في التوضيح: خليل: قد تقدم في بيع الجلود على ظهور الخرفان في البيوع ستة أقوال، فينبغي أن تأتي هنا اهـ. وجزم به ابن عرفة كما سيأتي. ص: (ونخالة لطحان) ش: قال ابن عبد السلام: للجهل بقدرها لأنه كالجزاف غير المرئي، ولو استأجره بصياح من النخالة بأن يقول له: اطحنه ولك صاع من نخالته فيحتمل أن يتخرج على القولين في الإجارة على الطحن بصاع من الدقيق، ويحتمل الجواز على القولين لاختلاف صفة الدقيق دون النخالة غالباً والنفس أميل إلى المساواة بالدقيق لأن من الطحن ما تخرج نخالته كثيرة الأجزاء ومنه ما لا تخرج كذلك. انتهى ونقله الشيخ في التوضيح. وقال ابن عرفة: ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم تجز. قلت: الجدل جارٍ على ما تقدم في بيعه، والنخالة تجري على حكم الدقيق انتهى. ونقل ابن غازي كلام ابن عرفة بلفظ: النخالة تجري على الخلاف في الدقيق. وعبارته أصح وأحسن لإيهام العبارة الثانية أن الخلاف في كل من صورتني النخالة. أعني صورة الجزاف وصورة المكيل. فتأمله. والمشهور في مسألة الدقيق جواز الاستئجار بصاع منه كما سيأتي، فتجوز الإجارة بصاع من النخالة، وإذا علم هذا ففي قول صاحب الشامل: «وجاز طحن بجزء من دقيقه على الأصح لا بالنخالة أو صاع منها وجزء بدرهم وصاع منها» نظر من وجهين ظاهرين. أحدهما: أنه قد علم أن الاستئجار بصاع منها جائز، أما على القولين اللذين في الدقيق أو على المشهور منهما.

الثاني: قوله: «وجاز بدرهم وصاع منها» يناقض قوله الأول وهذا ظاهر والله أعلم. ص: (وجزء ثوب لنساج) ش: يعني أن الإجارة تفسد إذا جعل أجره النساج جزء الثوب الذي ينسجه للجهل، وكذلك جزء جلد أو جلود لدباغ. قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة:

الإجارة به. البرزلي: ونظير ذلك دخول المعصرة بالفيثور ولا يجوز إلا أن يكون قدرأ معلوماً. (وجزء ثوب لنساج) من المدونة: إن أجرته على ديبغ جلود أو عملها أو نسج ثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ لم يجز. قال ابن القاسم: لأنه لا يدري كيف يخرج ولأن مالكا قال: ما لا يجوز بيعه لا يجوز

ولا يجوز أن تؤاجره على دبغ جلود أو عملها أو ينسج ثوباً على أن له نصف ذلك إذا فرغ، لأنه لا يدري كيف يخرج ذلك، ولأن ما لا يجوز أن يؤاجر به انتهى. فهذا مجهول وقال عليه الصلاة والسلام: «من استأجر أجيراً فليعلمه بأجرة» وقال في حديث آخر: «فليؤاجره بشيء معلوم». وفهم من قول المؤلف: «جزء ثوب» أنه لو استأجره بجزء من الغزل أو بجزء الجلد أو الجلود قبل الدباغ أن ذلك جائز، وهو كذلك إذا شرط عليه تعجيل ذلك أو يكون العرف وإلا فسدت الإجارة. وكذلك لو دفع له نصف الجلود ونصف الغزل من الآن وشرط عليه نسج الجميع أو دبغ الجميع ثم يأخذ جزءه فلا يجوز للتحجير، فإن أعطاه الغزل على جزء ولم يبين هل من الثوب أو من الغزل فقال ابن حبيب: يجوز. قال المصنف في التوضيح: أصل ابن القاسم المنع وجزم به في الشامل فقال: فلو دخل على جزء غير معين منع خلافاً لابن حبيب.

تنبيهات: الأول: قال اللخمي في الجعل والإجارة وإن قال: ادبغ نصف هذه المائة بنصفها وشرطاً نقد النصف جاز إذا كانت تعتدل في القسم والعدد أو تتقارب، وإن تباين اختلافهما لم يجز من أجل الجهل بما يدبغ لأنه لا يدري هل يدبغ ستين أو أربعين، وليس يفسد من أجل الجهل بما يصير للعامل في أجرته لأنه شراء نصفها على الشياخ جائز وإن لم يعتدل في القسم انتهى.

الثاني: منه: فإن لم يفسخ قال في هذه الصورة: حتى قاسمه ودبغ جميعها كان له النصف الذي أخذه أجرة بقيمته يوم قبضه بعد المقاسمة وله إجارة المثل في النصف الآخر انتهى. وكذا لو فات النصف الذي أخذه أجرة بغير الدبغ للزومه قيمته يوم قبضه، ولو كان النصف قائماً لرده وكان له أجرة مثله وهذا بين والله أعلم.

أن يستأجر به. ثم نقل ابن يونس: ولو دفع إليه نصف الجلد قبل الدباغ على أن يدبغها مجتمعة فأفاتها بالدباغ فإن له نصفها بالقيمة يوم قبضها وله أجر عمله في نصفها من ترجمته في الإجارة والسلف. قال ابن المواز: قال مالك: إلا إن قال لك نصف الغزل على أن تنسج لي نصفه فإنه يجوز. قال مالك: ولا يشتري ثوباً بقي منه ذراع على أن يتمه لك. ابن المواز: وإن شرط على أن يأتي بمثل صفته لأنه بيع شيء بعينه بضمان، وإن دفع إليك نصف هذا الغزل على أن تنسج له النصف الآخر ثوباً وانعقد ذلك ثم تشاركك فيه فنسجه كله مشاعاً فذلك جائز. فإن لم يكن مع ذلك زيادة دراهم أو شيء فيصير شركة وإجارة، ولا يجوز مع الشركة بيع أو شرط زيادة أو منفعة. ابن عرفة: في الشركة بغزلين على نسجهما معها نظراً، لأنه بيع نصف غزله بشرط نسجه. وحكى الصقلي رواية محمد بإجازته ما لم يزد أحدهما صاحبه شيئاً. ومن ابن سلمون: أشهد فلان وفلان أنهما شريكان على السواء في كذا وكذا رأساً من الغنم، ما أفاد الله فيها من فائدة بينهما وهي على يد فلان منهما يرعاها وأجره في ذلك كذا. ابن حبيب: وإذا قال له: اطحن لي هذا القمح ولك نصفه أو حك لي هذا الغزل ولك

الثالث: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو استأجر السلاخ بالجلد والنساج بجزء من الثوب والطحان بالنخالة لم يجز، فإن وقعت المسألة على ما قاله المصنف فقال أصبغ: له أجره مثله والثوب والجلود لربها. ابن عبد السلام: يريد أصبغ لأنه لم يجعل له النصف إلا بعد الفراغ من العمل، فعلى هذا إن فاتت الجلود بيد الصانع بعد الدبغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدباغ ولربها النصف الآخر وعليه أجره المثل في دباغ الجميع، ولو دفع إليه نصف الجلود قبل الدبغ على أن يدبغها مجتمعة فأفاتها بالدباغ فله نصفها بقيمتها يوم قبضها، وله أجره عمله في نصفها للتحجير في نصف الدباغ وهذا بين. وأشار بعضهم إلى أنه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الأخير إذا شرع في دباغها، ويختلف في فواتها بالشروع لأن قبضه ليس قبضهاً حقيقياً لأنه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه.

الرابع: قال اللخمي: في الوجه الأول. أعني إذا قاله له: ادفع المائة على أن لك نصفها بعد الدفع إن شرع في العمل من التمادي حتى يفرغ، وكذلك النسج إن شرط أن ينسج له غزلاً بنصفه فأخذ في النسج مكن من التمادي لأن في نزعها عليه حينئذ مضرة. واعترضه ابن عرفة وقال: هذا خلاف قول أهل المذهب في المساقاة الفاسدة أن ما يرد منها لإجارة المثل يفسخ ولو بعد العمل بخلاف ما يرد لمساقاة المثل. وما قال ابن عرفة هو الظاهر فقد قال اللخمي في باب المساقاة بعد أن ذكر مسائل يرجع فيها إلى أجره المثل: وأخرى يرجع فيها إلى مساقاة المثل وهكذا الجواب في كل موضع يرجع فيه إلى أجره المثل فإنه يعطي العامل أجره عن الماضي ولا يمكن من التمادي، وكل موضع يرجع فيه إلى مساقاة المثل لا ينزع منه بعد العمل حتى يتم ما دخل فيه، وعلله بأنه مساقاة المثل العوض فيها من الثمرة، فلو فسخت ذهب عمله باطلاً، وفي الإجارة العوض في الذمة لا يذهب عمله باطلاً. وذكر ابن عرفة كلامه هذا في

نصفه، فإن قال بعد فراغه لم يجز، وإن قال: فلك نصفه قمحاً أو غزلاً فجائز، وإن وقع ذلك مبهماً فهو على الأمر الجائز حتى يصرح بقوله دقيقاً أو ثوباً. وكذلك في عصر الزيتون والسمسم وحصاد الزرع بنصفه فحملة على الجائز أن له ذلك قبل العصر والحصاد حتى يصرح فيقول بعد عصره أو حصاده فلا يجوز. انتهى نص ابن يونس. وقال في موضع آخر: لو قلت احمل طعامي إلى موضع كذا ولك نصفه لم يجز إلا أن تنقده الآن مكانك، وإن أخرته إلى الموضع الذي تحمله إليه لم يجز لأنه بيع شيء بعينه على أن يتأخر قبضه إلى أجل. ابن يونس: وإذا وقع الأمر مبهماً فهو فاسد على قول ابن القاسم، وجائز على مذهب ابن حبيب وأشهب انتهى. وانظر لو قال في مسألة الجلود ادبغ هذه الجلود بنصفها وشرطاً نقد النصف، نص ابن رشد أن ذلك مثل نسج الغزل بجزء منه قال: فلا يجوز ذلك لأنه لا يعرف وجه خروج الثوب من النسج ولا وجه خروج الجلد من الدباغ قال: وأصل هذا. أن كل ما كان من العمل اشتراطه في الشيء المبيع يجوز الاستئجار عليه بالجزء منه. انتهى من

أَوْ رَضِيعٍ، وَإِنْ مِنْ الْآنَ،

آخر المساقاة، وذكره أيضاً عن عبد الحق عن غير واحد من شيوخ صقلية، وزاد مع المساقاة القراض قال: وذكره ابن رشد غير معزوِّ وكأنه المذهب وكذا عياض، وقيد الفوات بعمل له بال فتأمله والله أعلم. ص: (أو رضيع وإن من الآن) ش: يعني أن الإجارة تفسد أيضاً فيما إذا استأجر من يرضع صبياً بجزء منه. وقوله: «وإن من الآن» مبالغة في هذه المسألة فقط دون ما قبلها ويعني به أن الإجارة فاسدة، سواء شرط أخذ الجزء المستأجر به بعد تمام مدة الرضاع أو شرط أخذه الآن. أما الأول فظاهر لأنه معين يتأخر قبضه وهو شامل لوجهين أيضاً: الأول: أن يشترط أخذه بعد المدة ويكون فيها على ملك ربه. الثاني: أن يشترط أخذه بعد المدة لكنه على ملك المستأجر كما تقدم في مسألة الجلود والغزل. وأما الوجه الثاني وهو ما إذا شرط أخذ الجزء المستأجر به من الآن فيتبادر جوازها كما في مسألة الجلود والغزل، وعلمه ابن عبد السلام بأن الصبي لما كان مما يتعين ولو تعذر تعليمه بموت أو غير ذلك لم يلزم ربه خلفه صار نقد الأجرة فيه كالنقد في الأمور المحتملة بشرط، وعلى هذا التقدير فسواء كانت الأجرة جزءاً منه أو غير ذلك انتهى. وتصور كلام المصنف من الشرح والحاشية ظاهر.

تنبيه: ذكر ابن أبي زيد رحمه الله في مسألة التعليم التي جعلها المصنف وابن عرفة مساوية لهذه أنه إذا وقع وشرط قبض نصفه بعد السنة فسخ، فإن فات وعلمه سنة ولم يفت العبد فله قيمة تعليمه والعبد لسيدته، وإن فات بعد السنة بيد المعلم فالعبد بينهما وعلى ربه قيمة تعليمه وعلى المعلم نصف قيمته يوم تمام السنة معلماً، وإن شرط قبضه الآن وفات بيد

رسم أسلم من سماع عيسى من الجعل والإجارة. اللخمي: إن ذلك يجوز بشرط أن تكون الجلود تعتدل في القسم والعدد أو تتقارب، وإن تبين اختلافها لم يجز انتهى. فانظر على هذا بالنسبة إذا قال له اعمل لي فحماً بنصف المعمول منه وشرطاً النقد ولا شك أن الفحماً يعتدل في القسم وبيع نصف ما يعمل منه الفحماً جائز، وما جاز يبيعه جازت الإجارة به. فانظر أنت في ذلك، وانظره مع ما يأتي قبل قوله وكيف خطته اليوم فمقتضاه إن لم يمكنه أن يجيز حصته قبل العمل أنه لا يجوز، هكذا هو في الفحماً لا يقدر على حصته قبل العمل. وانظر أيضاً قد أجاز في الموطأ مساقاة ما حل يبيعه. قال سحنون: فهي إجارة. ابن يونس: لأن ما جاز يبيعه جازت الإجارة به. انظر عند قوله: «لم يحل يبيعه» وعند قوله: «كاحصدوا درس» وقد قال في المدونة: من باع من رجل نصف ثوب أو نصف دابة أو غيرها على أن يبيع له النصف الآخر بالبلد جاز إن ضر بالبيع ذلك أجلاً ما خلا الطعام فإنه لا يجوز، فإن باع ذلك في نصف الأجل فله الأجل ولم يقدر على بيع ذلك فله الأجر كاملاً.

(أو رضيع وإن من الآن). ابن الحاجب: لو أرضعت بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام لم يجز. ابن عرفة: لا أعرف هذه المسألة بشخصها إلا للغزالي وهي مثل ما في المدونة: من استأجرته على تعليم عبدك الكتاب سنة وله نصفه لم يجز إذ لا يقدر على قبض ماله فيه قبل السنة وقد يموت العبد

وَبِمَا سَقَطَ، أَوْ خَرَجَ فِي نَفْضِ زَيْتُونٍ، أَوْ عَصْرِهِ،

المعلم بعد تمام السنة فله نصف قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه ويكون بينهما والله أعلم ص: (وبما سقط أو خرج من نفض زيتون أو عصره) ش: أي وكذا تفسد الإجارة إذا استأجره على نفض الزيتون بما يسقط منه أي بجزء مما يسقط. وعلى عصره بما خرج منه من الزيت أي بجزء مما يخرج منه للجهل بقدر ما يسقط وما يخرج من العصر ولو في شيء منه وكيف يخرج. قاله في المدونة. قال: ولأنه لا يقدر على الترك إذا شرع. ونص كلامه في آخر كتاب الجعل والإجارة: وإن قال له: انفض شجري أو حركها فما نفضت أو سقط فلك نصفه لم يجز، لأنه مجهول. وإن قال: اعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه لم يجز، لأنه لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج وإذا لا يقدر على الترك إذا شرع وليس هكذا الجعل والحصاد يدعه متى شاء إذا قال: فما حصدت من شيء فلك نصفه انتهى. فقد بين وجه عدم جواز عصر الزيتون بجزء مما يخرج منه، وأما وجه عدم جواز النفض والتحريك فقال الشيخ أبو الحسن عن القاضي إسماعيل: لأن الشجر يختلف، فمنه ما هو ناجح يقل ما يسقط منه، ومنه ما هو بخلافه انتهى. فلا يصح ذلك إجارة ولا جعلاً للجهل المذكور بخلاف مسألة الحصاد الآتية في قول المصنف: «فما حصدت فلك نصفه» فإنه يقدر على الترك متى شاء وما يحصده فله نصفه فهو معلوم، ومثل الحصاد اللقط. قال في المدونة: وإن قال له: فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز وله الترك متى شاء لأنه جعل، وكذلك الجداد إذا قال له: جد من نخلي ما شئت فما جدت فلك نصفه. صرح به ابن رشد في أوائل كتاب الجعل. والفرق بين الحصاد والجداد واللقط وبين النفض والعصر، أن الحصاد والجداد واللقط من مقدوره ولا مانع له إلا الكسل، وكلما أراد أن يقطع عرجوناً أو يحصد موضعاً أو يلقط شيئاً علم أن له نصف ذلك قبل عمله بخلاف النفض والتحريك فإنه غير منوط بمقدوره فهو يعمل العمل ولا يدري هل يسقط شيء أم لا، وهل يقدر أو يترك وكذلك العصر فتأمل.

فيها فيذهب عمله باطلاً. قال أبو محمد: وكذلك لو كان الشرط فيه أن يقبض المعلم نصفه الآن على أن يعلمه سنة لم يجز. ومن المدونة: لا يجوز تعليم العبد صنعة سنة بنصفه (وبما سقط أو خرج في نفض زيتون أو عصره) من المدونة: من قال لرجل احصد زرعني هذا ولك نصفه، أو جد نخلتني هذه ولك نصفها، جاز وليس له تركه لأنها إجارة. وكذلك لقط الزيتون وهو كبيع نصفه. وإن قال: فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله الترك متى شاء لأنها جعل. وإن قال: احصد اليوم والتقط اليوم فما اجتمع فلك نصفه فلا خير فيه إذ لا يجوز بيع ما يحصد اليوم فلا أجزئه ثمناً مع ضرب الأجل في الجعل إلا أن يكون اشترط أن يترك متى شاء فيجوز. ابن يونس: وإن قال: انفضه كله ولك نصفه لجاز، وإن قال له: انفض شجري أو حركها فما نفضت أو لقطت فلك نصفه لم يجز لأنه مجهول. ابن يونس: وهي إجارة فكأنه عمل بما لا يدري ما هو بخلاف اللقط لو قال فيما لقطت أو

وَكَاحْصُدْ. وَادْرُسْ، وَلَكَ نِصْفُهُ،

تنبيهات: الأول: قال أبو الحسن عن ابن القصار: ومعنى التحريك هنا النفض باليد، وأما بالقضيب فهو كالحصد قال: وهذا بعيد لأن النفض باليد غير معتاد انتهى. ونقله في التوضيح. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة النفض: ابن يونس: لو قال: انفضه كله ولك نصفه جاز انتهى. وكلامه يوهم أنه تقييد لقول ابن القاسم وكلام ابن عرفة يفهم أنه إنما نقله عن ابن حبيب وأن ابن القاسم يخالفه فتأمله والله أعلم.

الثاني: إذا وقع شيء من هذه الوجوه الفاسدة وأتم العمل على ما قالا فللعامل أجرة مثله وجميع الزرع لربه، فإن قسما على ما قالا فما أخذه العامل حرام، وما أخذه رب الزرع فلا يحرم عليه لأن الزرع جميعه له، ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن الصغير ويأتي ما يشبه ذلك في كراء الأرض بالطعام.

الثالث: ما يسقط من التمر بين الكرانيف والسعف يسمى الجلالة، لا يجوز الاستئجار عليه بجزء منه إذ لا يحاط بقدره لاختلافه بين الكرانيف. قاله في رسم قطع الشجرة من سماع ابن القاسم من الإجارة. ص: (كاحصد وادرس ولك نصفه) ش: قال في المدونة: وإن قال: احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، وكذلك لو بعته زرعه جزافاً وقد يبس على أن عليك حصاده

حصدت فلك نصفه لجاز وله الترك متى شاء. وإن قال: اعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه لم يجز إذ لا يدري كيف يخرج وإذا لا يقدر على الترك إذا شرع، وليس هكذا الجعل والحصاد يدعه متى شاء إذا قال فما حصدت من شيء فلك نصفه. وأما قوله: «احصده ولك نصفه» فتلك أجرة لازمة. وإن قال: احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب فهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، ولأنك بعته زرعا جزافاً قد يبس على أن عليك حصاده ودرسه وذريه لم يجز لأنه اشترى حبا جزافاً لم يعاين جملته. ولو قال على أن لكل قفيز بدرهم جاز، لأنه معلوم بالكيل وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله، وإن تأخر في درسه إلى نصف شهر فهو قريب وليس ذلك كحنطة في بيتك، تلك لا بد فيها من صفة أو عيان، وهذا معين. انظر قوله: «فما لقطت فرضها» ابن رشد قال: لكون أولها أسهل من آخرها بعد أن ذكر أن ما جاز بيعه جازت الإجارة به إلا ما جدت من نخلي فلك نصفه وما قبضت من ديني فلك نصفه وما حصدت من زرعني فلك نصفه، فذكر هذا مسلماً ثم ردّ النظر في مسألة اللقط ثالث مسألة من سماع ابن القاسم. (كاحصد وادرس ولك نصفه) تقدم نص المدونة أن قوله: «احصده ولك نصفه جائز». فإن قال: احصده وادرسه ولك نصفه فإنه لا يجوز. قال عياض: والآتي على أصولهم في: «احصده ولك نصفه» أنه وجب له بالعقد قال: ألا تراهم كيف جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعد حصاده من الأجير فهو يحصد النصف له والنصف الآخر لنفسه وسمع القرينان: إن قال من حل بيع زرعه لرجل احصده

وَكِرَاءِ أَرْضٍ بِطَعَامٍ أَوْ بِمَا يُثْبِتُهُ

ودرسه وذريه لم يجز لأنه اشترى حباً جزافاً لم يعاينه. ولو قال: على أن كل قفيز بدرهم جاز لأنه معلوم بالكيل وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله، وإن تأخر درسه إلى مثل عشرة أيام أو خمسة عشر يوماً فهو قريب. وقال قبله: ومن قال لرجل: احصد زرعي هذا ولك نصفه أو جد نخلتي هذه ولك نصفها جاز، وليس له تركها لأنها إجارة وكذلك لقط الزيتون. انتهى. أي إذا قال له: القط زيتوني ولك نصفه قال أبو الحسن عن الأمهات: فحين يحصده وجب له نصفه. عياض: ظاهر هذا أنه إنما يجب له بعد الحصاد، والذي يأتي على أصولهم أنه وجب له بالعقد. ألا تراهم جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعده من الأجير؟ قال الرجراجي: هذا هو المشهور. وقال في التوضيح: ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما. ابن يونس: يريد ولو شرط في الزرع قسمته حباً لم يجز وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز، وكذلك في كتاب ابن سحنون. عبد الحق: ولا يجوز قسمه قثاً ويدخله التفاضل وفي هذا خلاف في الربويات وغيرها. واعترض منع قسمته حباً بأنه شرط يوافق مقتضى العقد لأن الأجير لا يستحقه إلا بعد عمله وحينئذ لا يتمكن من أخذ نصيبه إلا مهذباً. وأجيب بمنع أنه لا يملكه إلا بعد الحصاد فقد قال ابن القاسم: إذا تلف قبل أن يحصده أو بعد أن حصده بعضه هو منهما وعليه أن يستعمله في مثله أو مثل ما بقي منه وخالف في ذلك سحنون. انتهى بالمعنى واللفظ. فقد ظهر الفرق بين هذه المسألة الممنوعة والمسألة الجائزة الآتية في قوله: «واحصد هذا ولك نصفه» بأن هنا لما استأجره على حصاده ودرسه فكأنه استأجره بالحب وذلك لا يجوز، وفي المسألة

وادرسه على النصف فلا بأس به. الصقلي: هذا نحو قول ابن حبيب. ابن رشد: وهذا خلاف المدونة، وجواز ذلك أظهر لأن نصف الزرع يجب له بالعقد كما لو استأجره على ذلك بعين. ومن ابن يونس قال ابن القاسم في الرجل له شجرة تين طابت فيعطيه لمن يحرسها ويجنيها وله جزء منها نصف أو ثلث: إنه لا بأس به إذ لا بأس أن يكري نفسه بما يحل بيعه. وفي الموطأ: مساقاة ما حل بيعه كالإجارة. سحنون: وهي جائزة. ابن يونس: كجواز بيع نصفه ولأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به (وكراء الأرض بطعام أو بما تثبته) من المدونة قال مالك: لا يجوز كراء الأرض بشيء مما تثبت قل أو كثر، ولا بطعام تثبت مثله أو لا تثبته ولا بما تثبته من غير الطعام من قطن أو كتان أو إصطبة إذ قد يزرع فيها ذلك فتصير محاقلة، ولا بقصب أو قرط أو تبن أو علف، ولا بلبن محلوب أو في ضروعه، ولا بجبن أو عسل أو سمن أو تمر أو خبز أو ملح، ولا بسائر الأشربة والأنبذة، وإذا خيف في اكتراثها ببعض ما تثبت من الطعام أن يدخله طعام بمثله إلى أجل خيف في اكتراثها بطعام لا تثبته أن يكون طعاماً بطعام خلافة إلى أجل، ولا تكري بالفلفل ولا بزيت زريعة الكتان ولا بزيت الجلجلان ولا بالسلك، ولا بطير الماء الذي هو للسكين، ولا بشاة لحم لأن هذا من الطعام، ولا بزعفران لأنه مما تثبت، ولا بطيب يشبه الزعفران يريد مما تثبت الأرض، ولا بعصفر، وعلى منعها بالكتان قال محمد:

إِلَّا كَخَشْبِ،

الأخرى إنما استأجره بنصف الزرع القائم الذي يحصده وذلك صحيح والله أعلم. ص: (إلا كخشب) ش: قال في المدونة: لا يجوز كراؤها بشيء مما تنبت ولو كان من غير الطعام من قطن أو كتاب أو إصطبة وهي المشاق أو قصب أو قرط أو تبن أو علف، ولا بزعفران ولا بطيب يشبهه ولا بعصفر ولا بطعام ولو لم تنبته، فلا يجوز بلبن مخلوب أو في ضروعه أو بجين أو عسل أو بسمن أو تمر أو صير وهي نوع من الحيتان تملح أو بشيء من الأنبذة والأشربة أو بفلفل أو بزيت الكتاب أو الجلجلان أو بسمك أو بطير الماء الذي هو للسكين أو بشاة اللحم. أبو الحسن: يعني العلف أو الشارف. وقوله: «الأشربة» يعني التي تشرب لا التي يتداوى بها إلا أن تكون طعاماً. ثم قال في المدونة: ولا بأس بكرائها بالعود والصندل والخطب والجدوع وبالعين انتهى. وقال ابن عرفة: ولا بأس بكرائها بالماء. قلت: ولا يتخرج منعها به على أنه طعام لأنه قول ابن نافع وهو يجيزه بالطعام غير الخنطة وجنسها. قال: وجعل ابن الحاجب وابن شاس القصب كالجدوع وقبله. ابن هارون: لا أعرفه بل قولها: لا يجوز كراؤها بالقصب انتهى. وقال في التوضيح: هو بفتح بالصاد المهملة. ونقل الجواز عن صاحب التلقين، وإذا كان كذلك فيرد إنكار ابن عرفة، وأما ما ذكره عن المدونة فإنما هو القضب بالضاد المعجمة كذا رأيت في نسخة مصححة، وبدليل ذكره له مع القرط والتبن والعلف ولعله ظن كلام ابن الحاج أنه كذلك.

تنبيهات: الأول: قال ابن ناجي: ابن عرفة: قول اللخمي يجوز كراؤها بالمصطكي نص في أنها غير طعام.

الثاني: شدد سحنون فقال: من أكرها بما يخرج منها فذلك جرحه، وتأوله أبو محمد على من كان عالماً أنه لا يجوز وهو مذهبه أو قلد من مذهبه المنع. سحنون: ولا يأكل طعامه ولا يشتري منه ذلك الطعام الذي أخذه في كرائها، وتأوله ابن رشد على أنه من الورع.

الثالث: إذا وقع ذلك فإنما له كراؤها بالدرهم. وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره من قضاة أصحابنا بإفريقية حكموا بأن يعطى له قيمة الجزء الذي يقع له من ثلث أو ربع دراهم، لأنه لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء بالعين، ولم يعتبروا قيمة كرائها يوم العقد لأنه لا كراء على المكتري في الأرض إذا لم يصب فيها شيئاً. ابن عرفة عن المتيطي: قال بعض الموثقين: أرض الأندلس عندي بخلاف ذلك الكراء فيها معروف فيجب أن يقضى فيها بكراء المثل. قلت: وكذا الأمر عندنا في أرض تونس وفي قولهم: «ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء ربع أو ثلث دراهم» نظراً، لأن ظاهر البناء على ما دخلا عليه من الجزء وهو عقد فاسد

قد تجوز بشيابه (إلا كخشب) من المدونة قال مالك: ولا بأس بكراء الأرض يريد بالعود يريد الهندي

وَحَمْلٍ طَعَامٍ لِيَلِدَ بِنِصْفِهِ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهُ الْآنَ،

فيجب لغو ما دخلا عليه، وينظر إلى قيمتها بالجزءان لو جاز فيها، ثم ينظر إلى قيمة ذلك الجزء انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه ولا يعدل عنه والله أعلم.

الرابع: قال في آخر الجامع من الجواهر لما تكلم على الزرع: كره مالك شراء طعام من مكثري الأرض بالحنطة، هذا ومذهبه أن الطعام كله له وإنما عليه كراء الأرض عيناً. انتهى. وهذا والله أعلم إذا لم يتب ويصلح ما وقع له على الوجه الشرعي، وأما لو فعل ذلك فلا يظهر للتوقف حيثذ وجه، وقد ذكر الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر الشفعة أنه يقوم من مسألة الأخذ بالشفعة ممن اشترى بدراهم مفضوبة جواز شراء ما يحصل بالمعاملة الفاسدة قبل أن يصلح شأنهما. قال: فعلى هذا يجوز شراء مكثري الأرض بالطعام قبل أن يصلح شأنه مع ربها، فالكلام الأول على التنزه وما هو الأولى والله أعلم.

الخامس: قال فيها: ومن أكرى أرضه بدنانير مؤجلة فحلت فلا يأخذ بها طعاماً ولا إداماً وليأخذ ما يجوز أن يبتدئ به كراءها والله أعلم.

السادس: يجوز كراء الأرض بشجر بأصولها يأخذها من المكثري إن لم يكن فيها ثمر، فإن كان فيها ثمر لم يجز. قاله في المدونة.

السابع: قال فيها: ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر كما تباع بطعام عاجل وأجل انتهى. وقال في النوادر بعد أن ذكر منع كراء الأرض بما يؤكل أو يشرب من الأشربة وبما يخرج من الأرض ما نصه: ولا بأس بشرائها بذلك كله ما لم يكن فيه يومئذ طعام انتهى. كذا في النسخة، وصوابه: «ما لم يكن فيه يومئذ طعام» ثم قال في النوادر: ولا بأس أن تكتري بئراً إلى جانب أرضك لتسقيها بمائها بما شئت من الطعام انتهى. وقد تقدم أن الماء غير ربوي وأنه يجوز بيعه بطعام إلى أجل كما صرح به في السلم الثالث من المدونة.

الثامن: قال اللخمي: يجوز كراؤها بشباب القطن والكتان لأن الصنعة غيرتها والله أعلم. ص: (وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن) ش: أي إلا أن يشترط أن يقبض نصفه الآن. قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يحمل لك طعاماً إلى بلد كذا

وبالسندل والحطب والخشب والجدوع قال سحنون: لأن هذه الأشياء يطول مكثها ووقتها فلذلك سهل فيها وإن كانت تنبت الأرض. اللخمي: ويجوز بالحلفاء والحشيش والمصطكي. (وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن) تقدم نص المدونة: لو قلت: احمل طعاماً إلى موضع كذا ولك نصفه لم يجز إلا أن تنقده الآن مكانك. انظره قبل قوله: «أو رضيع»، وانظر مسألة أخرى في المدونة قال ابن القاسم: إن أجرت فلاناً على حمل طعام بينكما إلى بلد يبيعه بها على أن عليك كراء حصتك وسميت ذلك، فإن شرطت أن لا تميز حصته منه قبل الوصول إلى البلد لم يجز، وإن كان على أنه

وَكَانَ خِطَّتَهُ الْيَوْمَ بِكَذَا، وَإِلَّا فَبِكَذَا،

بنصفه إلا أن تنقده نصفه مكانك لأنه شيء بعينه يبيع على أن يتأخر قبضه إلى أجل انتهى. قال أبو الحسن: هذا بالشرط، ولو اشترط أن ينقده فلا إشكال في المنع، وإن وقع الأمر مبهماً فعلى مذهب ابن القاسم هو على الفساد حتى يشترط قبض نصفه الآن، وعلى مذهب أشهب وابن حبيب وسحنون هو جائز حتى يشترط أن لا يقبضه إلا بعد البلاغ، ونحوه في ابن يونس.

تنبيهان: الأول: قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يقول له: احمل طعامي هذا إلى بلد كذا ولك نصفه إلا أن يعطي نصفه نقداً، ولا يجوز على تأخيره إلى البلد لو اكتال نصفه هاهنا ثم يحمل الجميع إلى البلد لم يجز أيضاً. قال ابن حبيب: ولو سلم له نصفه إن شاء حملة أو حبسه لجاز انتهى. فمعنى الأول أنه كان له نصفه وشرط عليه أن يحمل الجميع إلى البلد والله أعلم.

الثاني: إذا وقع ذلك وحملة للبلد فذكر ابن يونس عن ابن أخي هشام أن للحمال نصفه وعليه مثله في الموضع الذي حملة منه وله كراؤه في النصف الآخر ما بلغ. قال: وعاب هذا بعض شيوخنا. وقال: يلزم عليك إذا هلك الطعام أن تضمن نصفه لأنه على قوله بالقبض لزم ذمته وهذا بعيد، لأن فساد المعاملة منع المكاري من قبض حصته إلى أن يصل للبلد المحمول إليه، فكيف يضمن إذا هلك قبل البلد وهو إنما يصير له بعد الوصول إليها، وإنما يكون الطعام كله لربه وعليه إجارة حملة كله، وهذا هو الصواب كما في مسألة دبغ الجلود ونصها: ونسج الثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ فعل على ذلك فإن له أجر عمله والثوب والجلود لربها فكذلك هذا. انتهى. أبو الحسن: ويظهر لي أن قول ابن أخي هشام هو ظاهر الكتاب من قوله، لأنه لا شيء بعينه يبيع على أن يتأخر قبضه تأمله. وفي مسألة الجلود والثوب شرط أنه إنما يقبض بعد الفراغ انتهى. فإن أفات الحمل النصف بعد وصوله للبلد المحمول إليه فعليه مثله في ذلك الموضع وله جميع الكراء والله أعلم. ص: (وكان خطته اليوم بكذا وإلا فبكذا) ش: قال فيها: وإن آجرت رجلاً يخيط لك ثوباً إن خاطه اليوم فبدرهم، وإن خاطه غداً فنصف

متى شاء ميزها قبل أن يصل أو يخرج جاز إن ضرب للبيع أجلاً يريد ضرب أجلاً بعد الوصول إلى البلد ولا ينقده إجازة البيع. قال ابن القاسم: وكذلك إن آجرت على طحنه فإن كان إذا شاء أفردته وطحن حصته جاز، وإن كان على أن لا يطحنه إلا مجتمعاً لم يجز. وكذلك إن آجرت على رعاية غنم بينكما جاز ولزمته الإجارة إذ كان له أن يقاسمك حصته ويبيعها متى شاء وضربت للرعاية أجلاً وشرطت خلف ما هلك من حصتك، انظر المتيطي فيمن باع نصف غنمه بثمن معلوم إلى مدة على أن يرعى له المبتاع النصف الباقي على ملكه طول المدة أن ذلك يجوز إذا شرط خلف ما نقص من نصفه ولم يشترط ترك المقاسمة (وكان خطته اليوم بكذا وإلا فبكذا) من المدونة قال ابن القاسم: إن

وَاعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ: فَلَكَ نِصْفُهُ،

درهم أو قلت له إن خطت خياطة رومية فبدرهم، وإن خطته خياطة عربية فبنصف درهم، لم يجز وهو من وجه بيعتين في بيعة، فإن خاطه فله أجر مثله زاد على التسمية أو نقص. قال غيره في المسألة الأولى: إلا أن يزيد على الدرهم أو ينقص من نصف الدرهم فلا يزداد ولا ينقص. أبو الحسن: ويعتبر في التقويم التعجيل والتأخير أي يقال كم قيمة خياطة هذا الثوب اليوم؟ وكم قيمة خياطته إلى غد؟ ونحوه في ابن يونس سحنون وقول ابن القاسم أحسن.

فرعان: الأول: إذا استأجره على خياطة ثوب بدرهم ثم قال له عجله لي اليوم وأزيدك نصف درهم، فإن كان على يقين من أنه يمكنه تعجيله فذلك جائز، وإن كان لا يدري إذا أجهد نفسه هل يتم أم لا، فكرهه مالك، ومثله استئجار رسول على تبليغ كتاب لبلد بكذا ثم زيادته على أن يسرع في السير فيبلغه في يوم كذا يفصل فيه كما تقدم. هذا الذي ارتضاه ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الإجارة ونصه: سئل مالك عن الرجل يستخيط الثوب بدرهم ثم يقول له بعد ذلك عجله لي اليوم ولك نصف درهم قال مالك: لا أرى به بأساً، وأرجو أن يكون خفيفاً ولم يره كالرسول يزداد لسرعة السير. قال ابن رشد: أما الذي يستخيط الرجل الثوب بأجل مسمى ثم يزيده بعد ذلك على أن يعجله له فلا إشكال أن ذلك جائز، لأن تعجيله ممكن له، ولا ينبغي أن يتعمد تأخيره ومطله إضراراً به لغير سبب، وله أن يتسع في عمله ويؤخره لعمل غيره قبله أو للاشتغال بما يحتاج إليه من حوائجه على ما جرى من عرف الصناعات في التراخي في أعمالهم، فإذا زاده على أن يتفرغ له ويعجله جاز لأنه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه ولا يلزمه انتهى. ونقله ابن عرفة وبعض الكلام في التوضيح والله أعلم.

الثاني: من استأجر غلماناً يخيطنون الثوب كل شهر بشيء مسمى فلا يجوز أن يطرح على أحد منهم ثياباً على أنه إن فرغ منها في يوم فله بقيته، وإن لم يفرغ منها في يوم كان عليه يوم آخر لا يحبس له في شهر إن كان ذلك كثيراً لكثرة الفرغ في ذلك، وإن كان ذلك يسيراً فذلك خفيف. قاله في أول سماع ابن القاسم من الإجارة. ص: (واعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه) ش: قال ابن غازي: أي فما حصل من ثمن أو أجره بدلالة قوله بعد: «وجاز بنصف ما يحتطب عليها» انتهى. وقوله: «من أجره» لعله يريد في صورة العكس التي

أجرت رجلاً يخيطن لك ثوباً على أنه إن خاطه اليوم فبدرهم وإن خاطه غداً فبنصف درهم لم يجز عند مالك لأنه أجر نفسه بما لا يعرف. ابن المواز: قال مالك: من أجر من يبلغ له كتاباً إلى ذي المروة ثم قال بعد صحة الإجارة وإن بلغته في يومين فلك زيادة كذا، فكرهه واستخفه في الخياطة بعد العقد. قال ابن عبد الحكم: وإجازة ذلك أحب إلينا وبه أخذ سحنون. (أو اعمل على دابتي فما

وَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ أُجْرَتُهَا، عَكْسُ لِتَكْرِيبِهَا، وَكَتَبِيْعِهِ نِصْفًا: بِأَنْ يَبِيعَ نِصْفًا، إِلَّا فِي الْبَلَدِ، إِنْ أَجْلًا
وَلَمْ يَكُنِ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا.

في قوله عكس لتكريبها وإلا فليس في هذه الصورة أجرة إنما فيها ثمن، ولفظ المصنف نحو
لفظ المدونة وفسر الشارح بأن المراد الثمن.

تنبيهات: الأول: لا فرق في ذلك بين الدابة والسفينة والإبل قاله في المدونة. وكذلك
في عكس هذه المسألة لا فرق بينهما، وزاد في المدونة معها في هذه مسألة الدار والحمام أعني
فيما إذا دفع إليه هذه الأشياء ليكريبها، وسكت في المسألة الأولى أعني قوله: «اعمل على دابتي
عن الدار والحمام». فقال عياض: لأن ما لا يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيها
أجير والكسب لربها ويستوي فيها «اعمل» و«أجر»، ونقله أبو الحسن وقبله، وكذلك قال
اللخمي: قوله في السفينة أكرها واعمل عليها سواء إن كان فيها قومه ربها لأنه إنما يتولى العقد
فغلتها لربها وله أجر مثله، ولو كان سافر فيها بمتاعه فالربح له ولربها الإجارة، والحمام والقرن إن
لم يكن فيهما دواب ولا آلة الطحن كان ما يؤاجر به للعامل أجر المثل، وإن كانا بدوابهما
ويشتري الحطب من عند صاحبهما أو من غلتهما فما أصاب لربهما وللعامل وعليه أجرة المثل
وإنما هو قيم فيهما، وكذا الفندق ما أكرى به مساكنه لربه وللقيم إجارته. انتهى.

الثاني: لا فرق أيضاً فيما إذا قال: اعمل على دابتي أو في سفينتي أو إبلي، وبين أن
يقول لي أو لا يقولها على ظاهر رواية الأكثرين وصريح رواية الدباغ. وفي الجلاب: إذا قال:
اعمل لي كان الكسب كله لرب الدابة. قال عياض: والصواب الأول، ولا فرق بين أن يقول
لي أو لم يقلها إذ هو المقصود. نقله أبو الحسن.

الثالث: إذا أصيب ما عمل عليها قبل بيعه فهو من العامل. نقله أبو الحسن.

حصل فلك نصفه وهو للعامل وعليه أجرتها عكس لتكريبها) من المدونة: وإن دفعت إليه دابة أو إبلاً
أو داراً أو سفينة أو حماماً على أن يكرى ذلك وله نصف الكراء لم يجز، فإن نزل كان لك جميع
الكراء وله أجر مثله كما لو قلت له: بع سلعتي فبعتها به من شيء فهو بيني وبينك، أو قلت له فما
زاد على مائة فبيننا فذلك لا يجوز، والثمن لك وله أجر مثله. ابن يونس: ساوى بين الدواب والدور
والسفن إذا قال له: أكرها ولك نصف الكراء أن الكراء لربها وعليه إجارة المثل للرجل وهو أصوب.
ولو أعطيته الدابة أو السفينة أو الإبل ليعمل عليها فما أصاب بينكما لم يجز ذلك، فإن عمل عليها
فالكسب ها هنا للعامل وعليه كراء المثل في ذلك ما بلغ وكأنه اكترى لك كراء فاسداً والأول أجر
نفسه منك إجارة فاسدة فافترقا (وكبيعه نصفاً بأن يبيع نصفاً إلا بالبلد إن أجلا ولم يكن الثمن مثلياً)
من المدونة قال مالك: من باع من رجل نصف ثوب أو نصف دابة أو غيرها على أن يبيع له النصف
الآخر بالبلد جاز إن ضرب لبيع ذلك أجلاً ما خلا الطعام فإنه لا يجوز. قال سحنون: لأنه قبض

وَجَازَ بِنِصْفِ مَا يَحْتَطِبُ عَلَيْهَا،

الرابع: إذا قال: اعمل علي دابتي قال ابن عرفة الصقلي: لو عمل فلم يجد شيئاً فعليه الكراء لأنه في ذمته. ولا بن حبيب: إن عرف أنه عاقه عائق فلا شيء عليه إذا لم يكرها بشيء مضمون عليه. قلت: وهذا نحو اختلافهم في القرض على الأداء من شيء بعينه يتعذر وهو مذكور في القراض. وقال قبله اللخمي: إن قال: أكر دابتي ولك نصف ما تكرها به فمضى بها ثم ردها وتعسر عليه كراؤها لم يكن له شيء لأنه فاسد، والحكم أن يردها ولا يتم ذلك الفاسد.

الخامس: لو قال أكرها فعمل عليها كان الكسب للعامل ولربها كراء المثل لأنه تعدى على منافع الدابة على غير ما أذن له، وإن قال اعمل عليها فأكرها فقال ابن القاسم: ما أكرت به للأجير ولربها إجارة المثل. وقال في كتاب الشفعة: ما أكرت به لربها لأن ضمان منافعها منه. انتهى من ابن عرفة.

السادس: من هذا الباب لو قلت له: بع سلعتي والثلث بيني وبينك أو ما زاد على مائة بيني وبينك فقال في المدونة: ذلك لا يجوز والثلث له وللبايع أجر مثله. ابن يونس عن بعض القرويين: الفرق بين إن وقف وساوم ولم يأت أحد فالأشبه له أجر مثله إلا أن يتأول أنه جعل فاسد والأشبه الأول. أبو الحسن: وهذا على أن الجعل الفاسد يرد إلى صحيح أصله وعلى أنه يرد إلى صحيح غيره له أجر مثله. ص: (وجاز بنصف ما يحتطب عليها) ش: وكذا إن قال: لك نقلة ولي نقلة، أو ما تنقل اليوم لي وغداً لك، أو تعمل عليها اليوم لي وتبيعه وتعمل عليها غداً لك، فإن شئت بعته وإن شئت أخذته لنفسك. نقله ابن عرفة وغيره.

تنبيهات: الأول: إذا قال: بنصف ما تحتطب عليها لي جائز كما تقدم، وقد يعرض له

إجارته وهي طعام لا يعرف بعينه وقد يبيع في نصف الأجل فيرد حصة ذلك فتصير إجارة وسلفاً، يريد وكذلك ما لا يعرف بعينه، وأجاز ذلك في كتاب محمد. قال ابن المواز: وإن لم يضرب لبيعه أجلاً لم يجز شرط يبيعه في البلد أو في غيره، وقد ذكر عن مالك أنه إذا باعه نصف الثوب على أن يبيع له النصف الآخر أنه لا خير فيه. ووجه قول المدونة أنه إنما باعه على أن يبيع له النصف الآخر لأجل معلوم، فإن باعه قبل الأجل فهو كأمر طراً. ابن يونس: وعلى هذا التعليل فيجوز في المثلي والصواب المنع مطلقاً، وقد تقدم إذا اشترت ثوباً بقي منه ذراع على أن يتم له إنما منعه لأنه معين تأخر قبضه، وقد تقدم تخريج المجهول على هذا. (وجاز بنصف ما يحتطب بهما) ابن المواز: قال مالك: لا خير في أن يدفع الرجل دابته لمن يحتطب عليها على النصف. قال محمد: يريد نصف ثمن الحطب ولو جعل له نصف النقلة كان جائزاً. وكذلك على نقلات معروفات أو قال: لي نقلة ولك نقلة فذلك جائز كله. قال يحيى بن سعيد: إذا قال ما حطبت عليها من الحطب فلي نصفه ولك نصفه فلا بأس به. قال ابن القاسم: ولا بأس أن تعطيه دابتك أن يعمل عليها اليوم لنفسه على أن يعمل غداً لربها. قال

وَصَاعٍ دَقِيقٍ مِنْهُ، أَوْ مِنْ زَيْتٍ لَمْ يَخْتَلَفْ،

ما يفسده كقوله: «ولا تأخذ نصفك إلا بعد بيعه مجتمعاً أو نقله لموضع كذا مجتمعاً. قاله ابن عرفة.

الثاني: إذا وقع على الوجه الفاسد فالكسب بينهما نصفان، ويرجع العامل على ربها بنصف إجارة مثله ويفرم لربها نصف كراء الدابة في ذلك العمل. قاله ابن عرفة أيضاً.

الثالث: إذا قال: اعمل عليها اليوم لي وغداً لك فقد تقدم أنه جائز أيضاً. اللخمي: فإن عمل اليوم ثم تلفت الدابة فللعامل على ربها أجر مثله وليس له أن يكلفه أن يأتي بأخرى، فلو عمل ما للعامل وتلفت قبل أن يعمل ما لربها فهل لربها كراؤها أو يأتيه بدابة أخرى يعمل عليها لأن المعمول عليه لا يتعين؟ والأول أبين لأن خلف ذلك يتعذر. ابن عرفة: القول الأول قول ابن القاسم في العتبية. ولما ذكره الصقلي قال الشيخ: أعرف فيها أن على رب الدابة أن يأتيه بأخرى يعمل عليها وهو على أصلهم. قال في الطرر فيمن أعطى دابته وفأسه على أن الحطب مناصفة فضاء الفأس، فضمامه من ربه ويحلف الأجير إن كان متهماً ونقله الوانوعي

ابن المواز: ولو قال خذ دابتي فاعمل عليها شهراً لنفسك وتعمل عليها شهراً لنفسي لم يجز إلا في مثل الخمسة الأيام وشبهها. وقال مالك وابن القاسم: لا يصلح أن يستأجر الرجل العبد وينقده الإجارة على أن يأخذه إلى عشرة أيام قال: وجائز النقد فيه إذا كان يقبضه إلى خمسة أيام. قال محمد: فمسألتك إنما استأجره ليعمل له بعد شهر وينقده كراءه الآن لأن دفعه دابته هذا الشهر هو أجرته، وأما في الخمسة أيام ونحوها فهو مثل الذي أجازته ابن القاسم ولا يدخله الدين بالدين، لأن مالكاً أجاز أن يكتري الرجل داراً يسكنها سنة بسكنى دار له السنة المقبلة ولم يجز ذلك في الحيوان. ابن يونس: لقلة أمن الحيوان فصار النقد فيه إذا لم يقبض عمداً ولا غرر فيما قرب اه. من ابن يونس. ولابن رشد في سماع أبي زيد من الأكرية: إذا قال: خذ حماري اعمل عليه شهراً لنفسك وشهراً لي لوجب أن يجوز ذلك إن بدا بالشهر الذي لنفسه، وأن لا يجوز إن بدا بالشهر الذي لصاحب الدابة لأنه بمنزلة من اكتري دابة بكراء نقده على أن يركبها بعد شهر، وكذلك لا يجوز عند جميعهم. وقال قبل ذلك: لا اختلاف بينهم في أن من استأجر أجيراً ليعمل له على دابة بعينها أو ليرعى له غنماً بأعيانها لا تنتقض الإجارة بموت الدابة أو الغنم. راجعه فيه (وصاع دقيق منه أو من زيت لم يختلف) من المدونة: لا بأس أن تؤاجر على طحن أردب بدرهم وقفيز من دقيقه إذ ما جاز بيعه جازت الإجارة به. ولو أجرته يطحنه لك بدرهم ويقسط من زيت زيتون قبل أن يعصرها جاز ذلك، ولو بعث منه دقيق هذه الحنطة كل قفيز بدرهم قبل أن يطحنها جاز لأن الدقيق لا يختلف، فإن تلفت هذه الحنطة كان ضمانها من البائع. وإن كان الزيت والدقيق مختلفاً خروجاً إذا عصر وطحن لم يجز ذلك فيه حتى يطحن أو يعصر. وقد خفف مالك أن يتناع الرجل حنطة على أن على البائع طحنها إذ لا يكاد الدقيق يختلف، ولو كان خروجاً مختلفاً ما جاز

وَاسْتِجَارُ الْمَالِكِ مِنْهُ، وَتَعْلِيمُهُ بِعَمَلِهِ سَنَةً مِنْ أَخْذِهِ، وَاحْصُدْ هَذَا وَلَكَ نِصْفُهُ، وَمَا حَصَدْتَ: فَلَكَ نِصْفُهُ، وَكَرَاءُ دَابَّةٍ لِكَذَا عَلَيَّ إِنْ اسْتَغْنَى فِيهَا: حَاسِبٌ،

هنا. ص: (واستئجار المالك منه) ش: يريد ما لم يؤد إلى دفع قليل في كثير كما في بيوع الآجال. ص: (وتعليمه بعمله سنة من أخذه) ش: قال أبو الحسن في الكبير بعد أن نقل عن عبد الحق والتونسي كلاماً طويلاً، تحقيق هذا الذي قالوه في مسألة الغلام أو معلم الصناعة باع منافعه بمنافع الغلام سنة، فإذا مات الغلام عند تمام المدة فلا كلام، وإن مات قبل الشروع في المدة فلا كلام أيضاً في فسخ الإجارة بينهما، وإن مات قبل تمام المدة فلا بدّ من المحاسبة، فإن وفي الصانع ثلثي الصنعة ووفى الغلام ثلث العمل فقط وجب المردود للصانع وهو ثلث إجارته يرجع به على سيد الغلام إذ هي بقية قيمة منافعه التي وفي. ولو كان الحال بالعكس بأن يوفى العامل ثلثي العمل ولم يحد له المعلم إلا ثلث الصنعة لوجب المردود للسيد يرجع بثلث أجرة الغلام، ولو استويا فيما وفي كل واحد لصاحبه لسقطت المراجعة بينهما انتهى. ابن عرفة: بعض شيوخ عبد الحق ما حاصله إن مات في نصف السنة فإن كان قيمة تعليمه في النصف الأول مثلي قيمة تعليمه في النصف الثاني، وقيمة عمله في النصف الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني، رجع ربه بثلث قيمة تعليمه. قلت: الأظهر منع إجارته بعمله لأنه يختلف بحسب سرعة تعلمه وبعده انتهى. ص: (وإجارة دابة لكذا على إن استغنى فيها حاسب) ش: لو قال: «على إن استغنى عنها» لكان أئين ويريد بشرط لا أن ينقد لأنه إن نقد يكون تارة ثمناً وتارة سلفاً. قاله في التوضيح وعزاه لمالك في العتبية والموازية، والمسألة في أول كتاب الرواحل من البيان، ولا مفهوم لقوله: «دابة» بل وكذلك غيرها إذ يجوز أن يستأجر الرجل الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً على أن المستأجر متى شاء أن يترك ترك إذا لم ينقد. ثم نقله في التوضيح عن المدونة ثم قال: ومنعهما سحنون قال في البيان: والجواز ووافق أظهر سحنون

(واستئجار المالك منه) ابن الحاجب: ويجوز استئجار المالك من المستأجر ويقوم الوارثون مقام المستأجرين (وتعليمه بعمله سنة من أخذه) من المدونة: لو دفعت غلامك إلى خياط أو قصار ليعلمه ذلك العمل بعمله سنة جاز، قال عيسى: والسنة من يوم أخذه (واحصد هذا ولك نصفه) من المدونة قال مالك: من قال لرجل احصد زرعني هذا ولك نصفه أو جد نخلي هذه ولك نصفها جاز، وليس له تركه لأنها إجارة وكذلك لقطه الزيتون هو كبيع نصفه. ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما يريد ولو شرط في الزرع قسمه حياً لم يجز، وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز (وما حصدت فلك نصفه) من المدونة: إن قال فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله الترك متى شاء لأن هذا جعل (وإجارة دابة لكذا على إن استغنى فيها حاسب) من العتبية والموازية قال مالك: من تكارى دابته بدينار إلى بلد كذا على أنه إن تقدم منها فبحساب ما تكارى منه فذلك جائز إذا سمي موضع التقدم أو عرف نحوه وقدره، وإن لم يسمه مثل أن يقول عبدي الآبق بذي

وَاسْتِجَارُ مُؤَجَّرٍ،

على الجواز في كراء الدار سنة على أنه إن خرج قبلها حاسبه. انتهى كلام التوضيح. ومسألة كراء الدار هذه في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الدور والأرضين.

فرع: فإن اكرت دابة لبلد معين على أنه إن لم يجد حاجته فيها تقدم إلى موضع آخر فقال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كراء الدور: في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك لا يجوز إلا أن يسمى الموضع الذي شرط أنه بالخيار في أن يتقدم إليه ويكون تبعاً للكراء الأول وبحسابه، فإن لم يكن تبعاً للكراء الأول أو كان بخلافه أرخص أو أغلا أو مبهماً لا يدري إن كان بحسابه أم لا إلا بعد النظر لم يجز، وهو مذهب ابن الماجشون. والثاني: أن ذلك جائز إذا سمي الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفاً، فإن لم يسمه كان بحساب الكراء الأول وإن لم يكن تبعاً وهو ظاهر قول مالك في أول رسم من سماع أشهب بعد هذا وما في رسم أوصى من سماع عيسى بعد هذا. والثالث: أن ذلك جائز إذا سمي الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفاً وإن كان بخلاف الكراء الأول أو غير تبع له، وهذا قول ابن القاسم. انتهى. وانظر توجيهها فيه، والمراد بكونه تبعاً يعني أقل من الأول والله أعلم. ص: (واستجار مؤجر) ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في كتاب الجعل والإجارة من معين الحكام: إذا اكرت داراً عشر سنين بعدد

المروة فاكرت منك إليها بدينار، فإن تقدمت فبحساب ذلك فهذا لا بأس به لأنه أمر قد عرف وجهه فهو كتسمية الموضع الذي يتقدم إليه، فأما أن تكارى منه إلى موضع بدينار على أنه أينما بلغ من الأرض كلها فبحسابه فلا خير فيه، مرة يذهب إلى العراق ومرة إلى الغرب، فلا يجوز حتى يكون موضع التقدم معلوماً مسمى أو أمد له وجه يعرف قدره وإن لم يسمه. قال ابن المواز: ثم لا ينقده إلا كراء الغاية الأولى فإن نقده الكراءين دخله بيع وسلف. قال مالك: ومن اكرت دابة في طلب ضالة أو أبق فلا يجوز حتى يسمى موضعاً، فإن سماه وقال: إن وجدت حاجتي دون ذلك رجعت وكان علي من الكراء بحسابه فذلك جائز إن لم ينقد. اه نص ابن يونس. وقال ابن رشد: قوله: «لا بأس به إن لم ينقده» هو نحو سماع ابن القاسم في اكرت الدار سنة على أنه خرج منها قبلها حاسبه بما سكن. ومثل قوله في المدونة في إجارة الرجل شهراً على أن يبيع له ثوباً على أن المستأجر متى شاء ترك أنه جائز إن لم ينقد لأنها إجارة بخيار. قال فضل: منع ذلك سحنون لأنه خيار إلى أمد بعيد. ابن رشد: وليس كما قال إنما هو بالخيار في الجميع الآن وكلما مضى من الشهر شيء كان بالخيار فيما بقي.

(واستجار مؤجر) من المدونة: لمكترت الدابة للحمولة والدار والسفينة كراؤها من مثله في مثل ما اكرتها له، وكذلك الفسطاط له كراؤه من مثله في حاله وأمانته وصنعتة، ومن استأجر ثوباً فلبسه يوماً إلى الليل لم يعطه غيره لاختلاف اللبس والأمانة، فإن دفعه لغيره ضمن إن تلف، ومن المدونة قال ابن

أَوْ مُسْتَثْنَى مَنَفَعَتُهُ،

معلوم دفعه إليه وسكن الدار شهراً أو سنة ثم أراد اشتراءها من ربها فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: شراء المكتري لها عندي جائز وهو فسخ لما تقدم من الكراء، وعلى هذا لو انهدمت الدار قبل انقضاء أمد الكراء كانت المصيبة من المشتري إذ الكراء قد انفسخ. وقال الشيخ أبو عمران: شراء المكتري لها جائز ويكون ذلك فسخاً للكراء ويكون بقية الكراء مضافاً إلى ثمن الدار فيجعل ذلك كله ثمناً للدار انتهى. ونقل الوانوغى في الثمن قولين: الأول: أنه ما وقع به البيع دون الأجرة، والثاني: ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء ونصه: ما نقل ابن الربيع عن أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي نقله ابن سهل وابن عات، وقد اتفقا على أن ذلك فسخ لما بقي من المدة. فقال أبو بكر: الثمن ما وقع به البيع دونه. وصوبه ابن سهل. وقال أبو عمران: الثمن ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء انتهى. ومنه قبل هذا بنحو الورقتين: ومن أجر أمته لم يمنع من وطئها، فإن حملت انفسخت الإجارة إذا كان الحمل منه، ومن أجر عبده ثم باعه فالإجارة أولى به، فإن كانت الإجارة كاليوم واليومين جاز البيع، وإن بعدت مدة الإجارة فسخ البيع. ونحو هذا في المدونة. قال أبو الحسن في الكبير: قال عبد الحق: وهذا إذا رضي المبتاع وإلا فله القيام بهذا العيب إذا لم يعلم أنه في إجارة انتهى. وقال في معين الحكام أيضاً مسألة: لو أجره شهراً ثم باعه فلم يعلم المشتري حتى انقضى الشهر قال بعض المتأخرين: البيع ماضٍ وهو كعيب ذهب وللمشتري أجرة الشهر أحب البائع أم كره، ولا يدخله بيع عبد وذهب بذهب لأن هذا أمر جرت إليه الأحكام. قال بعضهم: الإجارة للبائع ويخير المشتري في أن يأخذه بغير إجارة أو يرده، ولا يجوز أن يتراضيا على أخذ العبد وإجارته، انتهى منه.

قال أبو الحسن عن ابن يونس: وقيل: بل يقوم العبد على أن يقبض يوم عقد البيع ثم يقوم على أن يقبض بعد شهر، فما نقص رجع بحصة ذلك من الثمن وهذا أحسنها صح منه وهو لأبي إسحاق ومنه: وإن كان إنما علم بها بعد انقضاء الإجارة وكانت قريبة كاليوم واليومين جاز. ويختلف هل له متكلم في إجارة هذين اليومين على ما سيأتي انتهى. ويشير إلى الاختلاف المتقدم في الأمد البعيد والله أعلم. وفي الإجارة من المعونة فصل: يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة مالا يكون غرراً يخاف

القاسم: ومن اكرى داراً فله أن يكرهها من مثله بأكثر من الكراء أو أقل. وقال ابن القاسم: من استأجر أجير العمل من الأعمال فله أن يرسله يعمل للناس ويأتيه بما عمل أو يكرهه في مثله. ابن رشد: لا يلزم الأجير أن يكون هو الذي يؤجر نفسه له ويأتيه بالأجرة إلا أن يرضى بذلك، وهذا إذا استأجره في عمل غير معين فإن كان معيناً كالقصار فينقله لقصاره (أو مستثنى منفعة) ابن الحاجب: تصح إجارة الرقبة وهي مستأجرة أو مستثنى منفعتها مدة تبقى فيها غالباً والنقد فيها يختلف باختلافها. ابن عبد السلام:

تغيرها في مثله خلافاً لأبي حنيفة ولأحد قولي الشافعي لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر، لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصله إذا باع أمة قد زوجها. وقال فيها أيضاً: ويجوز بيع العين المستأجرة من مستأجرها وغيره والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة وللمؤجر جميع الأجرة، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار انتهى. وقال ابن جزى في القوانين: ويجوز بيع الأرض والرباع المكترة خلافاً للشافعية، ولا يفسخ الكراء ويكون واجب الكراء في بقية أمد الكراء للبائع، ولا يجوز أن يشترطه المشتري لأنه يؤل إلى الربا إلا إن كان البيع بعروض، وإن لم يعلم المشتري أن الأرض مكترة فذلك عيب وله القيام به انتهى.

وفي كتاب الإجارة من الجلاب: ومن اكرى داراً أو أرضاً مدة معلومة فلا بأس أن يبيعها من مكترها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعها من غيره لأنه إذا أعلمه بالإجارة فإن باعها منه ولم يعلم المشتري بالإجارة فهو عيب إن شاء المشتري رضي به، وإن شاء رد، ولا سبيل له إلى فسخ الإجارة قبل مضي المدة، والأجرة على كل حال للبائع دون المبتاع. قال التلمساني: لأنه ليس في ذلك أكثر من أنه باع داراً أو أرضاً يتأخر قبضها مدة من الزمان لا تتغير في مثلها، ولا يجوز أن يشترط الأجرة المشتري لنفسه لأنه يدخله الذهب بالذهب متفاضلاً. ثم قال: قال مالك: ومن ساقى حائطاً ثم باعه فالبيع ماضٍ والمساقاة ثابتة لا ينقضه البيع. الأبهري: لأن عقد المساقاة لازم كعقد الإجارة. انتهى ونحوه للقرافي. وفي أواخر مسائل الإجارة من البرزلي ما نصه: مسألة ابن عات: من أكرى داره ثم باعها فإما أن يبيعها من المكترى أو من غيره، فإن باعها من غيره فإن لم يعلم بالكراء فهو عيب إن شاء رد وإن شاء تماسك، وإن علم به فلا رد له ولا كراء إلا أن يشترطه، وإن اشترطه فإن وجب الكراء للبائع أو بعضه بمضي المدة فلا خلاف في المنع إذا بيعت الدار بذهب وهو ذهب ولا بالورق على قول ابن القاسم إلا أن يكون الثمن نقداً أو يكون أقل من صرف دينار وإن لم يجب شيء من الكراء على المكترى للبائع لكونه لم يمض من المدة شيء، وإن اشترطه في العقد ففي جوازه قولان، فابن رزق يجيزه ووافقه غيره، ومنهم من منعه ونسب لابن القاسم في الدمياطية، ومنهم من قال: هو للمبتاع اشترطه أم لا، وأما إن باعها من المكترى فقال ابن عبد الرحمن وأبو عمران: هو جائز وهو فسخ لما تقدم من الكراء في قول أبي بكر بن عبد الرحمن ولما بقي من المدة في قول أبي عمران. ابن سهل: وجواب أبي عمران أميل إلى الصواب. وسئل الشارقي وابن دحون وابن الشقاق عن المكترى إذا ابتاعها بشرط أن الكراء عنه محطوط، فأجابوا أن ذلك لا يجوز. ابن دحون: هذا إن كان إسقاطه مشروطاً في العقد وإن وضعه البائع بعد البيع جاز. قال الشارقي: وأجازه ابن حزم وهو خطأ. يريد أنه ابتاع الدار والكراء عليه بالثمن الذي دفع فصار ذهباً

وَالنَّقْضُ فِيهِ إِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ غَالِبًا، وَعَدَمُ التَّسْمِيَةِ لِكُلِّ سَنَةٍ، وَكَرَاءُ أَرْضٍ لِتُتَّخَذَ مَسْجِدًا مُدَّةً. وَالنَّقْضُ لِرَبِّهِ إِذَا انْقَضَتْ.

وعرضاً بذهب وهو بين الفساد. ابن سهل: وجوابها ولاء لا يدل على أن الكراء لا يفسخه الشرط انظر تمامه. انتهى. وانظر الجواهر وكلام الرانوفي في جوابه والله أعلم. ص: (وعدم التسمية لكل سنة) ش: قال في التوضيح: يجوز ذلك كما يجوز أن يستأجر سنة بكذا وإن لم يعين لكل شهر شيئاً وكان المقصود من شهور السنة بعضها كما أشار إليه في المدونة في دور مكة ويرجع إلى التقويم عند حصول مانع.

تفريع: فإن شرط الرجوع إن حصل مانع إلى القيمة دون التسمية جاز اتفاقاً، وإن شرط الرجوع للتسمية دون القيمة امتنع اتفاقاً، وإن دخلا على السكة فمذهب ابن القاسم وروايته في المدونة أن التسمية لغو ويقضي بالقيمة، وهو قول أصبغ وسحنون. ولمالك في العتبية أن الكراء فاسد. ذكر ذلك في البيان، وانظر ابن عرفة في ابتداء مدة السكنى والله أعلم. ص: (والنقض لربه) ش: انظر على من تكون أجرة نقضه، والظاهر أنها على البائع. قال اللخمي: وإن أكرى أرضه لمن يتخذها مسجداً وضرباً لذلك أجلاً جاز، فإن انقضى الأجل كان له أن ينقض ذلك ما لا يصح بقاؤه للسكنى ولا يوافق بناء الدور، وما يصح بقاؤه إن لم يجعله حبساً كان لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته منقوضاً وإن حبسه فاختلف هل له أخذه وأن ذلك له أحسن انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام اللخمي هذا: قلت: قوله: «له نقض ما لا يصح للسكنى» تبع فيه التونسي قال: لأن رب الأرض لا يقدر أن ينتفع بها على صورة مسجد داراً الصقلي

قوله: «الرقبة» يشمل الحيوان وغيره (والنقد فيه إن لم يتغير غالباً أو عدم التسمية لكل سنة) ابن شاس: له أن يكرى الدار إلى حد لا تتغير فيه غالباً وينتقد، فأما ما لا يؤمن تغيرها فيه لطول المدة أو لضعف البناء وشبه ذلك فيجوز العقد دون النقد ما لم يغلب على الظن أنها لا تبقى إلى المدة المعينة فلا يجوز كراؤها إليها. ولو أجر سنين ولم يقدر حصة كل سنة من الأجرة صح كما في الأشهر من سنة واحدة. ومن المدونة قال مالك: لا بأس بإجارة العبد عشر سنين وخمس عشرة سنة ولا أرى به بأساً، والدوران بين ذلك فيها جائز ويجوز تقديم الإجارة فيه بشرط. ابن يونس: تجوز إجارة الدور ثلاثين سنة بالنقد والمؤجل لأنها مأمونة. ومن المدونة: إن اكرت أرضاً ثلاث سنين بثلاثين ديناراً لكل سنة عشرة؟ قال: لا، بل تحسب على قدر نفاقها كل سنة (وكراء أرض تتخذ مسجداً مدة والنقض لربه إذا انقضت) من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس أن يكرى أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ربه وكان النقض لمن بناه. قال سحنون: ويجعله في غيره. قال أبو محمد: قول ابن القاسم آيين وليس مثل الأرض تستحق وقد بنيت مسجداً يريد فهذا يجعله في غيره لأنه أخرجه من يده لله على التأيد، والآخر إنما جعله لله على المدة فيرجع إليه بعد تمامها. ابن يونس: كمن دفع فرسه لمن يغزو به غزوة ثم يرجع إليه

وَعَلَى طَرْحِ مَيْتَةٍ: وَالْقِصَاصِ. وَالْأَدَبِ. وَعَبْدَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَاماً

عن بعض القرويين: إلا أن يلتزم إبقاءه مسجداً فيأخذه بقيمته منقوضاً ويلزمه إبقاؤه مسجداً. انتهى. ص: (وعلى طرح ميتة) ش: قال في المدونة: ولا بأس بالاستئجار على طرح الميتة والدم والعدرة. انتهى. ونبه على هذا لئلا يتوهم أن هذه الأشياء لما كانت محرمة كان الأجر على ذلك محرماً كالاستئجار على حمل الخمر، لأن المحرم الاستئجار على حمل الخمر للانتفاع بها، ولو استؤجر على طرحها وإراقتها جاز. قال أبو الحسن في الكبير: والفرق بينهما أنه في مسألة الخمر آجر نفسه على حمل الخمر للانتفاع بها وذلك حرام، وفي مسألة الميتة الإجارة على طرحها لا للانتفاع بها، ولو كانت الإجارة على الميتة للانتفاع بها لم يجز كالخمر، انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولا يؤاجر على طرح الميتة بجلدها إذ لا يجوز بيعه وإن دبغ. انتهى ص: (والقصاص والأدب) ش: قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: الإجارة على القتل والجراح جائزة وإذا كان عن قصاص أو لحق الله تعالى، ولا يستأجر في ذلك إلا من يرى أنه يأتي الأمر على وجهه ولا يعيب في القتل ولا يجاوز في الجرح انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس بالإجارة على قتل قصاص أو على ضرب عبدك وللدك للأدب، وأما لغير ما ينبغي من الأدب فلا يعجبني، وإن آجره على قتل رجل ظلماً فلا أجر له. انتهى. أبو الحسن: قوله: «أو على ضرب ولدك أو عبدك» قالوا: ويصدق أنه فعل ما يوجب ذلك. فلو أقر في العبد أنه لم يفعل ما يوجب عليه الأدب فهل يمكن من الضرب اليسير دون سبب أو لا؟ في ذلك اختلاف ويصدق في الزوجة أنها فعلت ما يستوجب الضرب. انتهى. وانظر تمامها فيه والله أعلم. ص: (وعبد خمسة عشر عاماً) ش: نحوه في المدونة. وفي سماع أشهب من الإجارة: سئل مالك عن استأجر أجيراً خمسة عشر عاماً قال: هذا كثير لا يصلح ولكن لا بأس أن يستأجر عاماً وينقده إجارته. ابن رشد: قوله: «وينقده إجارته» دليل على أنه إنما كره

(وعلى طرح كميتة) من المدونة قال ابن القاسم: ولا بأس بالإجارة على طرح الميتة والدم والعدرة (والقصاص) من المدونة: من قتل رجلاً ظلماً بأجر فلا أجر له، ومن وجب لهم الدم قبل رجل فقتلوه قبل أن ينتهوا به إلى الإمام فلا شيء عليهم غير الأدب لئلا يجترأ على الدماء، ولا يمكن الذي له القود في الجراح أن يقتص لنفسه ولكن يقتص له من يعرف القصاص بأرفق ما يقدر عليه، وأجرة ذلك على من يقتص له. وأما في القتل فإنه يدفع إلى ولي المقتول فيقتله وينهى عن العبث فيه. ومن المدونة أيضاً: لا بأس بالإجارة على قتل قصاص يريد وقد ثبت ذلك بحكم قاض عدل والأدب. ومن المدونة أيضاً: لا بأس بالإجارة على ضرب عبدك أو ولدك للأدب، وأما على غير ما لا ينبغي من الأدب فلا ينبغي (وعبد خمسة عشر عاماً) تقدم النص بهذا. ويبقى النظر في حكم النقد، والذي لابن الحاجب استخف النقد في العقار سنين واستكثر في الحيوان عشرة أيام اهـ.

وَيَوْمٍ. أَوْ خِيَاطَةَ ثَوْبٍ مِثْلًا. وَهَلْ تَفْسُدُ إِنْ جَمَعَهُمَا وَتَسَاوَيَا، أَوْ مُطْلَقًا؟ خِلَافٌ،

الخمس عشرة عاماً مع النقد. وظاهر ما في الجعل والإجارة إجازة النقد في الخمسة عشر عاماً خلاف قول غيره فيها. انتهى. اللخمي: الأمد في المستأجر يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة. فأوسعها في الأجل الأرضون ثم الدور ثم العبيد ثم الدواب ثم الثياب، فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين بغير نقد إلا أن تكون مأمونة الشرب، فيجوز مع النقد، ويجوز مثل ذلك في الدور إذا كانت جديدة مأمونة البناء وإن كانت قديمة فدون ذلك قدر ما يرى أنه يؤمن سلامتها في الغالب، واختلف في العبيد فأجاز في كتاب محمد العشرين سنة بالنقد، وفي المدونة خمسة عشر سنة، ومنعه غير ابن القاسم في العشرين، وأرى أن ينظر في ذلك إلى سن العبد، وكذلك الحيوان يختلف في إجارتها باختلاف العادة في أعمارها، فالبغال أوسعها أجلاً لأنها أطول أعماراً، والحمير دون ذلك، والإبل دون ذلك والملابس في الأجل مثل ذلك، ويفترق الأجل في الحرير والكتان والصوف والجديد فيضرب من الأجل لكل واحد بقدره انتهى.

فرع: قال في المدونة: والموصى له بخدمة عبد عشر سنين لا بأس أن يكثره عشر سنين. أبو الحسن: معناه ويجوز النقد فيه بشرط، وأما الموصى له بخدمة عبد حياته فلا يجوز أن يكرهه عشر سنين. ابن يونس: يريد بالنقد وأما إذا لم ينقد فجائز لأنه كلما عمل أخذ بحسابه والله أعلم. ص: (ويوم أو خياطة ثوب مثلاً وهل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقاً خلاف) ش: يعني أن المنفعة التي هي أحد أركان الإجارة إذا كانت صنعة يجوز أن تقيد بالزمن كخياطة يوم مثلاً أو بمحل تلك الصنعة كخياطة ثوب مثلاً، فإن جمع بينهما أي بين التقييد بالمحل والزمن فقال في البيان في شرح أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة فإن كان الأمر في ذلك مشكلاً فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، وإن كان الإشكال في أن العمل يمكن تمامه قبل انقضاء الأجل فقد قيل: إن ذلك جائز، والمشهور أن ذلك لا يجوز. انتهى ونقله في

وانظر هذا مع ما تقدم في الزكاة أو لكمؤجر نفسه (ويوماً أو خياطة ثوب مثلاً وهل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقاً خلاف) ابن شاس: استصناع الآدمي يعرف إما بالزمان أو بمحل العمل كما لو استأجر الخياط مثلاً يوماً أو بخياطة ثوب معين فلو جمع بينهما وقال أستأجرك لتخيط هذا الثوب في هذا اليوم لم يصح اه. وقال ابن رشد: الإجارة على شيء بعينه كخياطة ثوب أو نسج غزل أو طحن قمح وشبهه مما الفراغ منه معلوم ولا يجوز تأجيله بوقت يشك في سعته له، وإن كان لا إشكال في سعته فقيل: إن ذلك جائز وهو ظاهر سماع ابن القاسم. وقوله وهو دليل قوله في المدونة في الذي استأجر ثوراً على أن يطحن له كل يوم أردبين فوجده لا يطحن إلا أردباً، أن له أن يرده ولم يفسخ الإجارة وهو قول ابن حبيب، أجاز أن يشارط المعلم في تعليم الغلام القرآن على الحدق نظراً أو ظاهراً سيما إن جعلاً في ذلك أجلاً ولم يسمياه، وعزاه لملك والمشهور أن

وَيَبِيعُ دَارَ لِقَبْضِ بَعْدَ عَامٍ، وَأَرْضِ لِعَشْرِ، وَأَسْتِزْضَاعٍ،

التوضيح وكذا قال اللخمي، إلا أنه اختار القول بامضاء هذه العقدة نقله عنه ابن عرفة. وقال ابن عبد السلام: الذي قاله من يرتضي من الشيوخ أن الزمن الذي قيدت به الإجارة إن كان أوسع من العمل بكثير فلا يختلف في الجواز، وإن كان أضيق بكثير فلا يختلف في المنع، وإن كان الزمن مساوياً لمقدار العمل ففيه قولان، اختلف الشيوخ في تعيين المشهور منها. انتهى باختصار. فالضيق لا يجوز، والمساوي لا يجوز أيضاً عند ابن رشد باتفاق، وعند ابن عبد السلام على أحد المشهورين فجزم المصنف بالفساد فيه لقوة القول بالفساد لحكاية ابن رشد الاتفاق. والواسع يجوز عند ابن عبد السلام باتفاق، ويمنع عند ابن رشد على المشهور وإلى اتفاق ابن عبد السلام هذا ومشهور ابن رشد أشار بالخلاف والضيق لم يتعرض له لأنه واضح الفساد ولأنه لما لم يحك مع التساوي قولاً بالجواز علم أن الضيق أحرى منه. فقوله: «وتساويا» مفهومه إن لم يتساويا يريد بأن كان أوسع فلا تفسد على القول الأول ثم قال: «أو مطلقاً» أي تفسد مطلقاً، سواء كان مساوياً أم واسعاً خلاف والله أعلم.

فرع: قال في شرح مسألة من أول رسم سماع أشهب: فعلى القول بأن ذلك لا يجوز يكون للأجير إن فاتت الإجارة بالعمل أجرة مثله بالغة ما بلغت على تعجيلها أو تأخيرها، فأما على القول بأن ذلك جائز، فإن فرغ منه في اليوم الذي سمي كانت له الإجارة المسماة، وإن لم يفرغ منه إلا بعد ذلك كانت له إجارته على غير التعجيل لأن المستأجر إنما رضي به من

ذلك لا يجوز. اللخمي: أرى أن يمضي إن وقع (وبيع دار لقبض بعد عام) من المدونة وغيرها: يجوز بيع الدار واستثناء سكنها مدة لا تتغير فيها غالباً، وفي حدها بسنة أولاً ستة أقوال، الأول وهو مذهب المدونة مع سماع يحيى ابن القاسم قائلًا: ولو كان الثمن مؤجلاً (أو أرض لعشر) ابن رشد: بيع الأرض واستثناءها أعواماً أخف. قال ابن القاسم: يجوز فيها عشرة أعوام. انظر في السلم من ابن يونس قال: من الفرر شراء شيء بعينه على أن لا يقبضه المبتاع إلا لأجل إلا ما له وجه كبيع دار واستثناء سكنها شهراً، أو دابة يستثنى ركوبها يومين، أو زرع يبس على كيل يتأخر حصاده خمسة عشر يوماً أو ثمراً كذلك قال مالك. ومن اشترى طعاماً بعينه على شرط أن يكتبه إلى يومين أو ثلاثة لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: وكذلك السلع كلها عندي هو فيها أبين (واسترضاع) من المدونة قال مالك: لا بأس بإجارة الظئر على رضاع الصبي حولاً أو حولين بكذا، وكذلك إن شرطت عليهم طعاماً وكسوتها فهو جائز. ابن حبيب: وذلك معروف على قدرها وقدر هيئتها وقدر أبي الصبي في غناه وفقره. ابن يونس: ولا يدخل ذلك طعام بطعام إلى أجل لأن النهي إنما ورد في الأطعمة التي جرت عادة الناس أن يقتاتوها ويأتمموها، وأما الرضاع فقد جرى العمل على جوازه في مثل هذا، ولا خلاف فيه، ولأن اللبن الذي يرضعه الصبي لا قدر له من الثمن وإنما أكثر الإجارة لقيامها بالصبي وتكلفتها جميع مؤنه فكان اللبن في جميع ذلك لا قدر له.

وَالْعُرْفُ فِي: كَغَسَلِ خِرْقَةٍ، وَلِزَوْجِهَا فَسَخُّهُ، إِنْ لَمْ يَأْذَنْ، كَأَهْلِ الطُّفْلِ إِذَا حَمَلَتْ، وَمَوْتِ إِحْدَى

الأجرة على التعجيل، فإذا أعطاه ذلك لم ينبغ أن يأخذ ماله باطلاً انتهى. ص: (والعرف في كغسل خرقه) ش: قال ابن غازي: أي وجاز اعتبار العرف أو واعتبر العرف انتهى. قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب: ويحمل في الدهان وغسل الخرق وغيره على العرف، وقيل على الظئر: قوله: «وغيره» أي كحميمه ودق ريحانه ونحو ذلك على العرف. فإن اقتضى أنه على الظئر فعليها، وإن اقتضى أنه على الأب فعليه، وهذا مذهب المدونة. ولم يصرح فيها بالحكم إذا لم يكن عرف نعم نص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب. وقوله: «وقيل على الظئر» أي مع عدم العرف لأن العرف محل اتفاق، وهذا القول لابن عبد الحكم وكلامه يوهم أن هذا القول يخالف مع ثبوت العرف. انتهى. ص: (ولزوجها فسخه إن لم يأذن) ش: تصوره واضح ونحوه في المدونة قال فيها: وترضعه حيث اشترطوا فإن لم يشترطوا موضعاً فشأن الناس الرضاع عند الأبوين إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس أو يكون الأب وضيعاً لا يرضع مثلها عنده فذلك لها. وقال أبو الحسن: اللخمي: ورضاع الولد في بيتها إلا أن تكون العادة رضاعه عند أبويه لأن من باع سلعة معينة لم يكن عليه نقلها إلى دار المشتري. ص: (كأهل الطفل إذا حملت) ش: ولهم فسخ الإجارة إلا أن يخاف على الصبي الموت فيكون عليهم فسخ الإجارة، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فيكون لهم تركه ولكن على الكراهة هذا. قاله أبو الحسن. وهذا والله أعلم إذا لم يتحقق الضرر.

فرع: قال في المدونة: ولا يلزمها أن تأتي بغيرها. أبو الحسن: ولا يلزم الأب ذلك إذا طلبته هي وإن تراضيا على ذلك، فإن كان نقدها الأجرة فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم، وإن لم ينقد جاز. انتهى. وكرر المصنف المسألة في آخر الباب في قوله: «وحمل ظئر أو مرض» ص: (وموت إحدى الظئرين) ش: الظئر بالطاء المعجمة والهمزة الموضع، ويريد المصنف إذا استأجرهما جميعاً أو استأجر الثانية بعد الأولى وعلمت بها. قال في المدونة: ومن أجر ظئرين فماتت واحدة فللباقية أن لا ترضع وحدها، ومن أجر واحدة ثم أجر

(والعرف في كغسل خرقه) من المدونة: ويحملون فيما يحتاج إليه الصبي من المؤنة في كغسل خرقه وحميمه ودهنه ودق ريحانه وطيبه على ما تعارفه الناس (ولزوجها فسخه إن لم يأذن) من المدونة قال مالك: وليس لزوجها وطؤها إن آجرت نفسها بإذنه، وإن كان بغير إذنه فله أن يفسخ إيجارتها (كأهل الطفل إذا حملت) نحو هذا للخمي من المدونة: وإذا حملت الظئر فخيف على الصبي فلهم فسخ الإجارة ولا يلزمها أن تأتي بغيرها ترضعه لأنها إنما اكرتت على رضاعه بعينها، وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعوا إلى الظئر جميع الأجرة (وموت أحد الظئرين) من المدونة: من أجر ظئرين فماتت واحدة فللباقية أن لا ترضع وحدها. قال سحنون: تنفسخ الإجارة. وانظر إذا قال الأب أرضعني النوبة التي كنت ترضعني أو قالت هي ذلك بينهما فرق.

الظئرَيْنِ وَمَوْتِ أَبِيهِ، وَلَمْ تَقْبِضْ أُجْرَةَ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا مُتَطَوِّعٌ،

أخرى فماتت الثانية فالرضاع للأولى لازم كما كانت، وإن ماتت الأولى فعليه أن يأتي بمن ترضع مع الثانية. قال أبو الحسن: عبد الحق: هذا إن علمت حين الإجارة أن معها غيرها، وإن لم تعلم فلا كلام لها لأنها دخلت على أن ترضع وحدها وكذلك ذكر حمديس.

فرع: قال في المدونة: وإذا مرضت الظئر مرضاً لا تقدر معه على الرضاع فسخت الإجارة، ولو صحت في بقية منها أجبرت على الرضاع بقيتها ولها من الأجر بقدر ما أرضعت، وليس أن ترضع ما مرضت قال غيره: إلا أن يكون الكراء انفسخ بينهما فلا تعود قال ابن القاسم: وإن تمادى بها مرضها حتى مضى وقت الإجارة فلا تعود إلى رضاع. أبو الحسن: مفهوم كلامه ولو كان مرضاً تقدر معه على الرضاع لم ينفسخ وإن كان يضر به وليس كذلك. قال اللخمي: تفسخ الإجارة بمرضها إن لم يرج برؤها عن قرب، فإن كان يرى أنه لا يذهب عن قرب ثم تبين خلاف ذلك وذهب قريباً لم تنقض الإجارة إن لم يكونا تفساخاً، ويختلف إن كانا تفساخاً هل ذلك حكم مضى أو يرد لأنهما أخطأ فيما ظنا. أبو الحسن: وإن كان يذهب عن قرب فلا تفسخ الإجارة، وظاهر قوله فيها ولو صحت في بقية المدة أجبرت سواء فسخت الإجارة أو لم تفسخ فيكون قول الغير خلافاً. وقد اختلف الشيوخ في ذلك هل هو خلاف أو تفسير، ويكون معنى قول ابن القاسم أجبرت ما لم يتفاسخا انتهى. قلت: وهذا هو الظاهر وسيذكر المصنف مسألة مرض المرضعة في آخر الباب.

فرع: قال أبو الحسن: اللخمي: إن تكفلت قبل الإجارة ووجب سجنها سجنت. ثم ينظر في فسخ الإجارة حسبما تقدم في موضعها. وإن تكفلت بعد الإجارة لم تسجن لأن ذلك تطوع يمنع من قبض ما باعته انتهى. وقد تقدم في باب الضمان نحو هذا وأوسع منه فانظره. ص: (وموت أبيه ولم تقبض أجرة إلا أن يتطوع بها متطوع) ش: قال في المدونة: وإن مات الأب ولم يدع مالاً ولم تأخذ الظئر من إجارتها شيئاً فلها فسخ الإجارة، ولم تطوع رجل بأدائها لم تفسخ وما وجب للظئر فيما مضى ففي مال الأب وذمته ولا طلب فيه على الصبي انتهى. قال ابن يونس: ولو قبضت إجارتها ولم يدع الأب شيئاً لم يكن للورثة أن

(وموت أبيه ولم تقبض أجرة وإلا أن يتطوع بها متطوع) من المدونة: وإن هلك الأب فحصة باقي المدة في مال الولد، قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة إن قدمه الأب ميراثاً لأن ذلك نفقة الصبي قدمها الأب لم تكن تلزمه إلا ما دام حياً، فإذا مات انقطع عنه ما كان يلزمه من أجر الرضاع وليس ذلك بعطية وجبت إذ لو مات الصبي لم يورث عنه وكان ذلك للأب خاصة دون أمه، ففارق الضمان في الذي يقول لرجل: اعمل لفلان عملاً أو بعه سلعتك والضمن لك علي فالضمن في ذمة الضامن إن مات، فلا طلب على المتابع ولا على الذي عمل له. ابن يونس: والفرق بينهما إن

وَكَظْهُورٍ مُسْتَأْجِرٍ أَوْ جَرَ بِأَكْلِهِ أَكُولاً، وَمُنْعَ زَوْجٍ رَضِيَ مِنْ وَطْءٍ وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ

يفسخوا الإجارة، ويأخذوا منها حصة باقي المدة ولكن يتبعون الصبي بما ينوبهم من أجرة باقية، وهذا استحسان وتوسط بين القولين انتهى. وقال في المدونة قبل ذلك: وإن هلك الأب فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد. قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة من الأجرة إن قدمه الأب ميراثاً، وليس ذلك عطية وجبت إذ لو مات الصبي لم تورث عنه وكانت للأب خاصة دون أمه ففارق معنى الضمان انتهى. قاله في النكت. وهذا بخلاف ما إذا قدم الأب أجرة تعليم ولده ثم مات فإنها لا تكون ميراثاً، والفرق بينهما أن التعليم لا يلزم الأب فلما أوجبه على نفسه لزمه حياً وميتاً، وأما أجرة الرضاع فهي واجبة على الأب فإتما قدم ما يلزمه فإذا مات سقط ذلك إلا أن يعلم أن الأب قدم ذلك للولد خوف الموت فيكون عطية أوجبها في صحته. فلا سبيل إلى أن تكون ميراثاً وتستوي إجارة الظئر وإجارة التعليم، وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز. انتهى ص: (وكظهور مستأجر استؤجر كله أكولاً) ش: يعني أن الإجارة تنفسخ بذلك، ويريد إلا أن يرضى الأجير بطعام مثله، وليس للأجير أن يجبره على ذلك لئلا يضر به بعض الأصحاب، ويحتمل أن يعطيه طعاماً وسطاً كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأتى بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط وفيه نظر، لأن المحمول لا يتعين فلذلك لزم فيه الوسط. قاله في كتاب النفقات من التوضيح والله أعلم. ص: (ومنع زوج رضي من وطء ولو لم يضر) ش: فإن تعدى ووطئ فلأب الرضيع فسوخ الإجارة لما يتقى من الضرر. قاله مالك وابن القاسم وخالفهما ابن الماجشون ولم يفسخه من الوثائق. انتهى

أجر الرضاع لم يلزم الأب فإذا قدمه وهو يظن أن الصبي يحيا وأن ذلك لازم له، فلما مات الصبي بان أن ذلك لم يكن يلزمه فوجب أن يرجع فيه. والذي قال: بع من فلان سلعتك والثلث لك علي هو متطوع بذلك ولم يكن يلزمه، فلما تطوع به وضمن للبائع ثمن سلعته لزمه ما تطوع به ولم تكن له حجة. قال في المدونة: وإن مات الأب ولم يدع مالا ولم تأخذ الظئر من إيجارتها شيئاً فلها فسوخ الإجارة، ولو تطوع رجل بأدائها لم تفسخ يريد ولو قبضت أجرتها ثم مات الأب ولم يدع شيئاً لم يكن للورثة أن يفسخوا الإجارة ويأخذ منها حصة باقي المدة، ولكن يتبع الصبي بما ينوبهم من أجرة باقي المدة. ابن يونس: وهذا أيضاً استحسان وتوسط بين القولين، ثم نقل ابن يونس بعد هذا أن من استأجر لابنه معلماً فمات الأب فإن ذلك للابن بخلاف أجر الرضاع. وانظر إذا مات الصبي هل تفسخ الإجارة من ابن عرفة (وكظهور مؤجر أو جر بأكله أكولاً) ابن يونس: إن وجد الأجير الذي استأجره بطعام أكولاً خارجاً عن عادة الناس في الأكل فقال في المبسوط: له أن يفسخ إيجارته: ابن يونس: لأنه كعيب وجده به إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط، وأما إن تزوج امرأة فوجدتها أكولة خارجة عن الناس فليس له فسوخ نكاحها، فإما أشبعها أو طلق لأن المرأة لا ترد إلا من العيوب الأربعة فهو كما لو وجدها عوراء أو سوداء ولو شاء لاستثبت (ومنع زوج رضي من وطء) تقدم نص المدونة

وَسَفَرٍ كَأَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ، وَلَا يَنْشِئُ حَضَانَةً: كَعَكْسِهِ، وَيَبِيعُهُ سِلْعَةً عَلَى أَنْ يَتَّجِرَ بِشَمْنِهَا سَنَةً، إِنْ شَرَطَ الْخُلْفَ:

من المسائل الملقوطة، وأظن أن مراده وثائق الجزيري أو الوثائق المجموعة والله أعلم. ص: (وسفر) ش: قال أبو الحسن: قال ابن عبد الحكم: إذا أراد الزوج السفر بها فإن أجرت بإذنه لم يكن له ذلك، وإن كان بغير إذنه كان له فسخ الإجارة.

فرع: قال في المدونة: وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعوا إلى الظئر جميع الأجرة أبو الحسن عن ابن يونس: كلما صنعت الظئر أو والد الصبي مما تنفسخ به الإجارة فليس له ذلك إلا بالطوع من الآخر، وكل ما نزل بهما من أمر من الله مما لا صنع لهما فيه فهذا يفسخ الإجارة وإن كره الآخر.

فرع: قال المشذالي: نزلت هذه المسألة أجرت نفسها بغير إذن زوجها ولم يعلم إلا بعد مدة فتنازعت معه لمن يكون ما أخذت في أجرة رضاعها، فوقع الحكم بأن ما مضى من المدة لها بحسابه وله فسخ الإجارة فيما يستقبل ولا حجة للزوج بأنه ملك منافعها فباعتها بغير إذنه، لأنه ليس له عليها إلا منافع الأشياء الباطنة انتهى. ص: (وبيعه سلعة على أن يتجر بشمنها سنة) ش: قال الشارح: أي وهكذا يجوز أن يبيع له سلعة على أن يبيع تلك السلعة ويتجر بشمنها سنة. انتهى. قلت: قوله: «على أن يبيع تلك السلعة» ليس هو من تمام صورة المسألة بل هو مفسد للعقد إن وقع كذلك، وصورة المسألة التي أشار إليها المصنف هي أن يبيع له سلعة

أنه ليس لزوجها وطؤها إن أجرت نفسها بإذنه، أخذ الشيوخ من هذا أن من اختلعت لزوجها على رضاع ولده لا تتزوج حتى تتم رضاعه (ولو لم يضر) أصبغ: إن لم يشترطوا عليه ترك الوطء لم يمنع إلا أن يتبين ضرر ذلك على الصبي لأن رسول الله ﷺ هم أن ينهى عن الغيلة فلم ينه عنها. ابن حبيب: وقول ابن القاسم أحب إلي، اشترط ذلك أو لم يشترطه. ألا ترى أن الزوج لا يكون مولياً باليمين لتركه (وسفر) ابن عبد الحكم: وكذا إن أراد الزوج أن يسافر بها فإن أجرت نفسها بإذنه لم يكن لها ذلك، وإن كان بغير إذنه فله ذلك وتنفسخ الإجارة (كأن ترضع معه) من المدونة قال ابن القاسم: ولو أجرها على رضاع صبي لم يكن لها أن ترضع مع غيره. راجع ابن عرفة. وكراؤه هذا من نحو أجير على مائة من الغنم إن عد غيرها معها إن لم يضر بالأولى إلا أن يشترط عليه أن لا يرعى معها غيرها فإنه يلزمه الوفاء (ولا يستتبع حضانة كعكسه) ابن شاس: الأجرة على الاسترضاع لا توجب الحضانة والعكس. ابن عرفة: لعدم استلزام الدلالة على الآخر كالخياطة والطرز (وبيعه سلعة على أن يتجر بشمنها سنة إن شرط الخلف) من المدونة قال مالك: من باع لرجل سلعة على أن يتجر له بشمنها سنة، فإن شرط في العقد إن تلف المال أخلفه له البائع حتى يتم عمله بها سنة جاز ذلك وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فضاعت الدنانير فللبائع أن يخلفها حتى تتم السنة، فإن أبي قيل للأجير: اذهب بسلام. وكذلك لو استأجرت رجلاً يعمل لك بهذه المائة دينار سنة جاز ذلك إذا شرطت عليه

كَفَنِم لَمْ تُعَيِّنْ، وَإِلَّا فَلَهُ الْخُلْفُ عَلَى آجِرِهِ:

بشمن على أن يتجر له بشمنها سنة كما ستقف عليه في كلام المدونة في القولة التي بعد هذه والله أعلم. ص: (كفتم لم تعين وإلا فله الخلف على آجره) ش: كذا في كثير من النسخ بهلم قبل الفعل المضارع المبني للمفعول وهي مشكلة لاقتضائه أن الغنم إذا لم تعين لا تجوز الإجارة عليها إلا بشرط الخلف وليس كذلك، ويصير قوله: «وإلا فله الخلف» لا معنى له لأنه إن حمل على أن المعنى وإن عينت فله الخلف ويريد مع عدم الشرط فليس بصحيح لأن العقد فاسد إذا لم يشترط الخلف في المعينة، وإن أريد مع الشرط فيكون مستغنى عنه. وقد تكلف البساطي رحمه الله في توجيه ذلك فقال: التشبيه وقع بين الغنم إذا لم تعين، وبين التجر بشمن السلعة سنة مع شرط الخلف في أن على المالك الخلف لا في صحة الإجارة بالشرط وعدم صحتها مع عدمه، يعني أن الغنم إذا لم تعين صحت الإجارة عليها وإن لم يشترط الخلف والحكم أنه يقضى عليه بالخلف بخلاف المعينة فإنها لا تصح إلا بشرط الخلف فافهمه فإنه كاللغز. ويحتمل أن يكون التشبيه في الجواز أي يجوز كذا كما يجوز الاستئجار على رعي

إن ضاعت أخلفتها له، فإن ضاعت كان لك أن تخلفها أو ندع وقد لزمته الأجرة، وإن لم يشترط ذلك في أصل الإجارة لم يجز. قال مالك: وكذلك إن آجره يرعى له غنماً بعينها سنة وإن شرط عليه في العقد أن ما هلك منها أو باعه أو ضاع ذلك أخلفه جاز ذلك وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فضاع منها شيء قيل للأجير أوف الإجارة وخير رب الغنم في خلف ما ضاع أو تركه. قال ابن القاسم: ولو آجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز، وإن لم يشترط خلف ما مات منها وله خلف ما مات بالقضاء، وإن كانت معينة فلا بد من الشرط فيها. وقال سحنون: يجوز في المعينة من غنم أو دنانير وإن لم يشترط خلف ما هلك والحكم يوجب خلف ما هلك. ابن حبيب: وقاله ابن الماجشون وأصبغ وبه أقول. ابن يونس: وهو عندي أصوب لأن الأشياء المستأجر عليها لا تعين لو استأجر على حمل طعام أو شراب ما يحتاج إلى شرط خلفه إن هلك والحكم يوجب خلفه، وكذلك في المدونة وكتاب محمد. الباجي: لو استأجره على حصد زرع معين فهلك فقال أشهب: تنفسخ الإجارة. وقال ابن القاسم: لا تنفسخ. ابن عرفة: هذا من ابن القاسم خلاف لقوله إن تعذر الحرث بنزول المطر سقط الأجر. قال ابن القاسم: وإن تعذر الحرث بكسر المحراث أو بموت الدابة لم يسقط أجره. وقال سحنون: إن منع أجير البناء أو الحصاد أو عمل ما مطر لم يكن له إلا بحساب ما عمل من النهار. وقال غيره: له كل الأجر. ابن عرفة: لا يدخل هذا الخلاف في نوازل تونس لأن العرف تقدر عندهم بنفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف اه. انظر قول ابن عرفة أنه يحكم بالعرف هل يكون؟ ومن هذا المعنى ما صدرت به فتوى شيخني ابن سراج رحمه الله أن المكتري إذا شرط أن لا يغرّم كراءه إن أفسدت النصارى الغلة أن له شرطه. ومن ابن يونس: من بعث معه بخادم يبلغها موضعها بأجر فماتت فله الإجارة كلها ويستعملها في مثل هذا (كفتم عينت) تقدم نص المدونة عن مالك: وكذلك من آجره يرعى له غنماً بعينها (وإلا فله الخلف على آجره) تقدم قول ابن القاسم: لو آجره على رعاية مائة

كَرَاكِبٍ، وَحَافَتِي نَهْرَكَ لِيَبْنِي بَيْتًا، وَطَرِيقَ فِي دَارِ

غنم لم تعين، وذكر لفظ المدونة الآتي قال: وقوله: «وإلا فله الخلف» معناه على الأول أنه يقضى عليه بالخلف في غير المعينة، وإن عينت مع الشرط فله أن يأتي بالخلف أو يدفع جميع الأجرة ومعناه على الثاني أن الاستئجار على الغنم المعينة لا يجوز يعني إلا بشرط الخلف وهو على أجره الأول انتهى. وهو في غاية التكلف بعيد الملازمة لكلام المصنف. وفي بعض النسخ المصححة: «كغنم عينت» بالفعل الماضي المبني للمفعول «وإلا فله الخلف على أجره» وهذه لا إشكال فيها ومعناها أن الغنم إذا كانت معينة فإنه تجوز الإجارة على رعيها إذا شرط الخلف، وإن لم تكن معينة فلا يحتاج إلى شرط وله الخلف على أجره، يريد أو يدفع له الأجرة كاملة، قال في كتاب أوائل الإجارة من المدونة: ومن باع من رجل سلعة بثمان على أن يتجر له بثمان سنة كان كمن أجره على أن يتجر له بهذه المائة سنة أو يرعى له غنماً بعينها سنة، فإن شرط في العقد خلف ما هلك أو تلف جاز وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فهلك من ذلك شيء فأبى ربه من خلفه قيل له: أد الإجارة واذهب بسلام وتكون له أجرته تامة، ولو أجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز وإن لم يشترط خلف ما مات منها، وله خلف ما مات منها بالقضاء فإن كانت معينة فلا بد من الشرط انتهى. وكلام المصنف كما ترى مطابق لهذا على النسخة الثانية. وقوله: «على أجره» أتى به لزيادة البيان وإلا فمعلوم أن الذي له الخلف إنما هو الآجر أعني رب الغنم والله أعلم، وبقية الكلام على شروط المسألة وتفريعاتها مبسوط في شرح المدونة. وذكرنا من جملة شروط المسألة أن لا يشترط عليه أن يتجر بالربح بخلاف أولاد الغنم يجوز أن يشترط عليه أن يرعى أولادها قالوا: لأن الربح مجهول وما تلده الغنم معروف. والذي يظهر أنه غير معروف لاحتمال ولادتها واحداً أو أكثر إلا أنه أقل غرراً من الثمن فتأمله. ص: (كراكب) ش: يعني أن الراكب إذا تعذر ركوبه فإنه لا يفسخ الكراء ويلزمه أو ورثته إن مات أن يأتوا بالخلف أو يدفعوا جميع الأجرة فإنه لا يتعين بالتعيين والله أعلم. ص: (وطريق في دار) ش: إذا كان

غير معينة جاز وإن لم يشترط الخلف، وله خلف ما مات بالقضاء (كراكب) من المدونة قال مالك: إذا تكارى قوم دابة ليزفوا عليها عروساً ليلتهم فلم يزفوها تلك الليلة فعليهم الكراء، وإن أكرى دابة ليشيع عليها رجلاً إلى موضع سماه معلوم أو ليركبها إلى موضعه سماه فبداله أو للرجل لزمه الكراء، وليكر الدابة إلى موضع في مثل ما اكرى. وإن اكرها ليركب يومه بدرهم فأمكن منها فتركها حتى مضى اليوم لزمه الكراء، وإن اكرها إلى الحج أو إلى بيت المقدس أو إلى مسجد النبي ﷺ فعاقه مرض أو سقط أو مات أو عرض له غريم حبسه في بعض الطريق فالكراء له لازم، وله أو لورثته كراء الدابة في مثل ما اكرى من مثله ويكون صاحب الإبل أولى بما على إبله من الغرماء (وحافتي نهرك ليني بيتاً وطريق في دار أو مسيل مصب مرحاض لا ميزاب إلا لمنزلك في أرضه) لو قال: «وطريق

وَمَسِيلٍ مَّصَبٌ مِرْحَاضٌ، لَا مِيزَابَ، إِلَّا لِمِثْرَلِكَ فِي أَرْضِهِ، وَكِرَاءٌ رَحَى مَاءِ بَطْعَامٍ، أَوْ غَيْرِهِ، وَعَلَى تَعْلِيمِ قُرْآنٍ مُشَاهِرَةً، أَوْ عَلَى الْحِذَاقِ، وَأَخْذَهَا، وَإِنْ لَمْ تُشْتَرَطْ. وَإِجَارَةُ مَاعُونٍ: كَصَخْفَةٍ، وَقَدْرٍ،

يصل بذلك إلى منفعة. أبو الحسن عن أشهب: وإلا فهو أكل المال بالباطل. ص: (أو مسيل مصب مرحاض) ش: قال في المحكم: المرحاض المغتسل ومنه قيل لموضع الخلاء مرحاض. ص: (وكراء رحا ماء بطعام) ش: نحوه في الإجارة من المدونة. قالوا: نبه عليه لكون الطحن بالماء فربما يتوهم في الماء أنه لا يباع بطعام أو أن الرحا لما كانت متشبهة بالأرض فيكون من كراء الأرض بالطعام. المشدالي: ونحوه كراء المعصرة بالزيت والملاحة بالملح والله أعلم. ص: (أو على الحذاق) ش: بالذال المعجمة كذا في الصحاح وغيره.

في دار رجل أو مسيل مصب ماء ميزاب لا ماء ميزاب في أرضه، لناسب ما يتقرر فانظره أنت. من المدونة. قال ابن القاسم: ولا بأس أن تؤاجر حافتي نهرك لمن يبني عليه بيتاً أو ينصب عليه رحاً قال: ويجوز أن يستأجر طريقاً في دار رجل. قال: وجائز أن تستأجر مصب مرحاض من دار رجل، وأما مسيل ماء ميزاب المطر من دار رجل فلا يعجبني لأن المطر يقل ويكثر ويكون ولا يكون. ابن يونس: وحكى عن بعض شيوخنا أنه قال: إنما افترق جوابه في مسألة مسيل المرحاض ومسيل الميازيب لافتراق السؤال، وأما إذا اتفق فلا فرق بينهما وذلك لأن الذي استأجر مسيل المرحاض إنما استأجر مسيل المرحاض من دارك على دار صاحبه فذلك كطريق استأجرها، وأما مسيل ماء الميزاب فإتما اکتري الماء الذي يسيل منها، وأما لو استأجر جواز الماء عليه فهي كمسألة جواز مصب مرحاض. (وكراء رحى ماء بطعام وغيره) من المدونة قال مالك: ولا بأس بإجارة رحى الماء بطعام وغيره. قال ابن القاسم: فإن انقطع عنها الماء فهو غرر تفسخ به الإجارة، وإن رجع الماء في بقية المدة لزمه باقيها كقول مالك في العبد المستأجر يمرض ثم يصح (وعلى تعليم قرآن مشاهرة أو على الحذاق) من المدونة قال ابن القاسم: ولا بأس بالإجارة على تعليم قرآن كل سنة أو كل شهر بكذا، أو على الحذاق للقرآن بكذا، أو على أن يعلمه القرآن كله أو سدسه بكذا. وروى ابن وهب: ولا بأس أن يشترط مع أجره شيئاً معلوماً كل فطر وأضحى (وأخذها وإن لم تشترط) سئل سحنون عن المعلم يعلم الصبيان بغير شرط فيجري لهم الدرهم والدرهمين كل شهر ثم يحذقه المعلم فيطلب الحذقة ويأبى الأب ويقول حقت فيما قبضت فقال: ينظر إلى سنة البلد فيحملون عليها، وليس في الحذقة حدّ معروف إلا على قدر الرجل وحاله. قال: وإذا بلغ الصبي عند المعلم ثلاثة أرباع القرآن فقد وجبت له الحذقة بمنزلة المدير وأم الولد للسيد انتزاع أموالهما ما لم يتقارب عنقهما بمرض السيد فلا ينتزع منهما شيئاً اهـ. انظر إذا شرط الإمام أضحية فعزل قبل يوم العيد. ابن حبيب: نحن نوجب حق الحذقة ونقضي بها للمعلم (وإجارة ماعون كقصعة وقدر) من المدونة: تجوز إجارة الآنية والقدر والصحاف. ابن العطار: ولا يجوز كراء ما لا يعرف بعينه مثل قدر الفخار. ابن عرفة هذا قصور ثم قال: ومن قرأ يسيراً من الفقه تيقن أن لا مناقضة بين قولها القدر والصحاف تعرف بعينها وبين مقتضى قولها بعض ما لا يعرف

وَعَلَى حَفْرِ بئرِ إِجَارَةٍ، وَجَعَالَةٍ، وَيُكْرَهُ: حَلِي

وقال الشيخ زروق: الحِداق بكسر الحاء والبدال المهملتين، انتهى وفيه نظر فإنني لم أراه لغيره. ص: (وعلى حفر بئر إجارة وجعالة) ش: ويجوز الجعل سواء كانت في ملك الجاعل أم لا عند ابن القاسم خلافاً لابن المواز. ذكره الشيخ خليل في باب الجعل في شرح قول ابن الحاجب. وفي جوازه في الشيء الكثير قولان. وانظر الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: ولا يضرب في الجعل أجل في رد آبق، فإنه اقتصر على قول ابن المواز. ونقل ابن عرفة في آخر كتاب الجعل عن المتيطي أن الجم الغفير على هذا القول أعني قول ابن المواز. وقال قبله بنحو الورقتين: إن الجعل على الحفر لا يكون فيما يملكه الجاعل على المشهور. ذكره إثر الكلام الآتي ذكره فراجعه والله أعلم. وذكر شرطين آخرين: أحدهما اختبار الأرض في لينها وقساوتها، والثاني استواء الجاعل والمجمل له في العلم بها والجهل وهذان الشرطان متدافعان كما يظهر لأن الأول يقتضي أن من شرط الجعل العلم بحال الأرض، والثاني يقتضي أن شرط الجعل استواء الجاعل والمجمل له في العلم بها أو الجهل، ويفهم من كلام ابن عبد السلام أن الأول اشترطه في المدونة، والثاني اشترطه في العتبية فهما قولان، قال ابن عرفة في باب الجعل: ابن الحاجب: العمل كعمل الإجارة إلا أنه لا يشترط كونه معلوماً فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة. ابن عبد السلام: كلامه يوهم العموم في كل أنواع الجعالة وليس كذلك مذهب المدونة لا يجوز الجعل في حفر البئر إلا بعد خبرتهما الأرض معاً. وشرط في العتبية استواء حال الجاعل والمجمل له في العلم بحال الأرض.

قلت: عزوه للمدونة شرط الخبرة لا أعرفه في الجعل نصاً ولا ظاهراً، بل بلزوم يأتي محله إنما ذكره في الإجارة ولعله اعتمد في ذلك على ظاهر لفظ الصقلي قال ما نصه: قال

بعينه. راجعه فيه (وعلى حفر بئر إجارة وجعالة) من المدونة قال ابن القاسم: لو أجرته على حفر بئر من صفتها كذا ثم انهدمت فله بحساب ما عمل، ولو انهدمت بعد فراغها فله جميع الأجر، حفرها في ملكك أو في غير ملكك. ابن يونس: لأنها إجارة والإجارة تجوز في ملكك أو في غير ملكك من الفلوات إلا أن تكون بمعنى الجعل تجعل له دراهم معلومة على أن يحفر لك بئراً من صفتها كذا وكذا فحفر نصفها ثم انهدمت قبل فراغه فلا شيء له، وإن انهدم بعد فراغه فله الأجر. قال ابن القاسم: وهذه الأجرة فيما لا يملك من الأرضين. ابن يونس: يريد أنه جعل. قال ابن المواز: لا يكون الجعل في شيء إذا أراد المجمل له ترك العمل بعد أن يشرع يبقى من عمله شيء يتبع به الجاعل. قال أبو محمد: وهذا أبين فرق بين الجعل والإجارة. قال ابن المواز: فأما البناء والحفر فيما يملك من الأرضين فلا يجوز فيها إلا الإجارة (ويكره حلي) من المدونة قال ابن القاسم: لا بأس بإجارة حلي الذهب بذهب أو فضة واستثقله مالك مرة وخففه مرة أخرى. ابن يونس: قال مالك: ليس كراء الحلي من أخلاق الناس معناه أنهم كانوا يرون زكاة الحلي أن يعار فلذلك كرهوا

كَيْجَارٍ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةً، أَوْ ثَوْبٍ لِمِثْلِهِ،

مالك: لا بأس بالإجارة على حفر بئر بموضع كذا وقد خبيرا الأرض وإن لم يخبرها لم يجز. قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن عرفنا الأرض بدين أو شدة أو جهلاها معاً جاز، وإن علم ذلك أحدهما وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه. انتهى. وهذا كالنص في حمل مسألة المدونة على الجعل لذكره عليها نقل يحيى عن ابن القاسم في الجعل.

قلت: لفظها في الأم قلت: إن استأجرت من يحفر لي بئراً بموضع من المواضع: قال: إن خبروا الأرض فلا بأس، وإن لم يخبروها فلا خير فيه. كذا سمعت مالكا وسمعته في الإجارة على حفر فقر النخل يحفرها إلى أن يبلغ الماء إن عرفنا الأرض فلا بأس وإن لم يعرفها فلا أحبه. قلت: فلفظ الإجارة مع ذكر فقر النخل كالنص في عدم الجعل لأن حفر فقر النخل إنما يكون في الأرض المملوكة دائماً أو غالباً، والجعل على الحفر على المشهور لا يكون فيما يملكه الجاعل، وتقدم نقل الشيخ عن محمد عن ابن القاسم إن كانت الأرض لمستأجر لم يجز فيها جعل على بئر، أه حفر، وما نسبه لابن الحاجب من إيهام العموم مثله لفظ المقدمات والتلقين. اه كلام ابن عرفة بلفظه. ص: (كَيْجَارٍ بَعْضٍ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةً أَوْ ثَوْباً لِمِثْلِهِ) ش: كذا في بعض النسخ وهي بينة موافقة لما في الإجارة من المدونة. وفي بعض النسخ «كَيْجَارٍ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةً أَوْ لَفْظٍ لِمِثْلِهِ» بدأوه العاطفة، ولفظ بلام الجر ولفظ من الفظاظه وهي عبارة غلقة، ولعله وقع فيها تقديم أو على لفظ غلطاً من الناسخ، ويكون أصلها «لفظ أو لمثله» ويكون المعنى أنه يكره أن يؤجرها لفظ أو لمثله ويكون المؤلف في عهده أن إيجارها لفظ مكروه فإن الذي ذكره في كتاب الإجارة من المدونة أنه كره إيجارها لمثله أو أخف منه، وأما من هو أفظ منه أو ليس مثله في الأمانة فقد صرح اللخمي بأنه يكون متعدياً وظاهره المنع. ونص على المنع أبو الحسن الصغير وصرح به في العتبية عن أصبغ في سماع عيسى من كتاب الإجارة، فلو قال المصنف: «لمثله أو أخف» كان جارياً على

أن يكرى. (كَيْجَارٍ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةً أَوْ ثَوْباً لِمِثْلِهِ) من المدونة قال ابن القاسم: وإن استأجرت ثوباً تلبسه يوماً إلى الليل فلا تعطه لغيرك يلبسه لاختلاف اللبس والأمانة، فإن هلك بيدك لم تضمنه، وإن دفعته إلى غيرك ضمنته إن تلف. وقد كره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها من غيره كان أخف منه أو مثله، فإن أكرها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إذا كان أكرها فيما اكتراها فيه من مثله في حالته وأمانته وخفته. ولو بدا له عن السفر أو مات أكرت من مثله، وكذلك الثياب في الحياة والممات وليس ذلك ككراء الحمولة والسفينة والدار. هذا له أن يكرها من مثله في مثل ما اكتراها له. ابن يونس: يريد في هذا أن ذلك له بغير كراهية وفي الثوب والدابة للركوب يكره له ذلك لاختلاف اللبس والركوب، فإن أكرى ذلك من مثله لم يفسخ ولم يضمن اه. وانظر في سماع عيسى أن من استأجر أجييراً يعمل له أن يؤجره من غيره لأنه قد استحق منفعه.

لفظ المدونة ولمالك في كراء الرواحل إجازة كراء الدابة لمثله أو أخف.

تنبيه: ما ذكره من الكراهة إنما هو إذا اكتراها للركوب. قال في الإجارة منها. وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراؤها من غيره كان مثله أو أخف منه، فإن أكرها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إن كان أكرها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وأمانته وخفته، ولو بداله عن السفر أو مات أكرت من مثله. وكذلك الثياب في الحياة والممات وليس ككراء الحمولة والسفينة والدار هذا له أن يكرى ذلك من مثله في مثل ما اكتراها له. أبو الحسن عن ابن يونس: يعني من غير كراهة انتهى. وقيد اللخمي جواز كرائها إذا كانت مكترة للحمل بأن يصحبها ربها في السفر، وأما إن كان المكتري هو الذي يسافر بها فهي بمنزلة التي للركوب، وكذلك ذكر ابن يونس عن ابن حبيب وقبله. وزاد ابن حبيب: إلا أن يكون ربها يعلم أن المكتري لا يسوقها بنفسه فلا حجة له وذكر اللخمي أنه إذا أراد كراءها من غيره وكان اكتراها للركوب أو للحمل لم يكن له ذلك حتى يعلم صاحبها، فإن أعلمه وسلم أن الثاني كالأول أكرها وإن كره. وإن خالف في ذلك رفع للحاكم فإن كان الأمر على ما قال صاحب الدابة منعه، وإن كان لا مضرة عليه أمضى كراءه ومكن الثاني، فإن لم يعلم صاحبها حتى سافر الثاني أو علم وغلبه نظر في ذلك؛ فإن كان الأمر لو رفع للحاكم مكنه من السفر لم يكن عليه شيء، وإن كان يمنعه من السفر كان على حكم المتعدي. فإن سلمت أخذه بفضل كراء الثاني عن الأول، وإن حدث عيب ضمنه إن كان العيب لأجل ركوبه، وإذا كان متعدياً في كرائها من الثاني فإن كان غير مأمون فادعى ضياعها ضمن الأول لأنه متعدي ولم يرجع على الثاني لأنه أذن له ولو كان الأول عديماً إلا أن يكون الثاني عالماً بتعديه ضمن لأنه متعد.

واختلف إن حدث عيب من غير سبب الركوب هل يضمنه الأول أو لا يضمنه، وكذلك إذا علم الضياع ببينة أو أكرها من مثله في الأمانة وأضر منه في الركوب وادعى الضياع. هل يضمن أم لا، لأنه غير الوجه الذي تعدى به. ولا أرى أن يضمن الأول إلا أن يؤتى من سبب الوجه الذي تعدى به. انتهى من كراء الرواحل وعلم منه أنه إذا أعلم صاحبها عند كرائها من غيره لم يكره، وإن كراءه إياها لمن ليس مثله ممنوع لأنه جعله متعدياً والله تعالى أعلم. وقال في العمدة: ويجب تعيين الركوب لا الراكب، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بمثله خفة وحدقاً بالمسير. ثم قال: ومن اكترى داراً فله أن يسكنها أو يسكنها أو يؤجرها من مؤجرها أو أجني مثل الأجر أو أقل أو أكثر انتهى. وله نحوه في الإرشاد. قال الشيخ سليمان في شرح الإرشاد: قال في العمدة: ثم إن محل استيفاء المنفعة لا يتعين وإن عين، بل للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره، وله أن يؤجر مؤجره وبغيره وبالأقل والأكثر. قال في شرحه: معناه إذا استأجر الرجل داراً ليسكنها أو دابة ليركبها ونحو ذلك لم يتعين عليه أن

يسكنها أو يركبها هو بنفسه، ولو عين نفسه للسكنى أو للركوب، بل له أن يسكنها أو يكرها لمن شاء ممن هو في رفقه في السكنى وفي خفته في الركوب وحذقه في المسير، وذلك لأنه قد ملك المنفعة بالعقد فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه، ولهذا يكون له إجارة ما استأجره ممن شاء بما شاء. هذا وقد قال في المدونة: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها لغيره وإن كان أخف منه أو مثله وإن أكرها لم أفسخه، وعلى هذا اقتصر خليل في مختصره انتهى. وقال ابن الحاجب: ولا يتعين الراكب ولو عين لم يلزم تعيينه وجعل مثله فأدنى. واستثقله مالك في الدابة خاصة إلا أن يموت أو يبدو له. انتهى.

فرع: لو شرط رب الدابة على المكتري أنه لا يكرها لغيره فكنت كتبت أولاً بأنني لم أر الآن فيه نصاً صريحاً، والظاهر أنه يجوز له أن يكرها لمثله أو أخف ويبطل الشرط لما تقدم في كلام ابن الحاجب وصاحب العمدة أن ما يستوفى به لا يتعين ولو عين. وقال في كتاب الدور من المدونة: ومن اكرى داراً فله أن يكرها من مثله بأكثر من الكراء أو بأقل، ومن اكرى حانوتاً للقصابة فله كراؤه من حداد أو طحان أو غيره إلا أن يكون ذلك أكثر ضرراً بالبنيان فيمنع، وله ذلك في المساوي ثم قال: ومن اكرى بيتاً وشرط أن لا يسكن معه أحداً فتزوج أو ابتاع رقيقاً، فإن لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت لم يكن له أن يمنعه، وإن كان في سكناهم ضرر فله منعه، وقد تكون غرفة ضعيفة الخشب ونحوه فينظر في ذلك. انتهى. وقال في الوثائق المجموعة: وإن اكرى غرفة فشرط عليه ربه أن لا يسكن معه غيره فيها لضعف خشب الغرفة وما أشبهه فله شرطه انتهى. فإن كان إذا شرط أن لا يسكن معه غيره لا يوفي له بذلك إذا لم يكن فيه ضرر فمن باب أولى أن لا يوفي له إذا أراد أن يسكن من هو مثله فتأمل. ثم رأيت النص فيه نقله الشارح عن ابن يونس في شرح قوله: وشهر على أن يسكن يوماً لزم إن ملك البقية، في أول فصل جاز كراء حمام ونصه ابن يونس عن بعض القرويين: ظاهره أن العقد جائز وأنه بالخيار ما لم يسكن فإذا سكن انعقد الكراء في الشهر، فإن أراد إن سكنت فالكراء لي لازم وليس لي أن أكرى من غيري كان هذا من بيع الشروط التي يبيع منه على أن لا يبيع ولا يهب، فهذا لو أسقطوا الشرط على أحد القولين تم الكراء، وأما إن شرط إن خرجت عاد المسكن للمكري وعليه جملة الكراء فهذا فاسد لا بد من فسحه لأنه غرر. انتهى.

فرع: قال في المدونة في مسألة كراء الثوب: فإن هلك بيدك لم تضمنه وإن دفعته إلى غيرك كنت ضامناً إن تلف، أبو الحسن: ظاهره ولو كان مثله. وقال سحنون: لا يضمن إذا كان مثله، ومسألة من اكرى فسطاطاً إلى مكة فأكره من مثله في مثل حاجته إليه هي الأصل. وقال ابن القاسم فيها: ذلك جائز. قال في التوضيح: وفي استدلال سحنون نظر لأن

وَتَعْلِيمِ فِقْهِهِ، وَفَرَائِضَ: كَبَيْعِ كُتُبِهِ، وَقِرَاءَةَ بِلَحْنٍ، وَكِرَاءَ دُفٍّ، وَمِعْزَفَ لِعُرْسٍ

الاختلاف في اللبس أكثر من الاختلاف في الفسطاط. ص: (وتعليم فقه وفرائض) ش: أي وتكره الإجارة على تعليم فقه وفرائض، ونحوه في المدونة. اللخمي: ويجوز للمفتي أن يكون له أجر من بيت المال ولا يأخذ أجراً ممن يفتيه، وقد تقدم ذلك ونقله ابن عرفة وقال: قلت: في الأجر على الشهادة خلاف. وكذلك في الرواية وكذلك من يشغله ذلك عن جل تكسبه فأخذه الأجرة من غير بيت المال لتعذرها منه عندي خفيف، وهو مجمل ما سمعته من غير واحد عن بعض شيوخ شيوخنا وهو الشيخ أبو علي بن علوان أنه كان يأخذ الأجر الخفيف في بعض فتاويه انتهى. وفي باب الأقضية شيء منه. ص: (وقراءة بلحن) ش: حمله الشيخ بهرام على أن مراده ذكر كراهية القرآن بالألحان لأنه الذي ذكره هنا في المدونة إلا أنه يصير تكراراً مع قوله في فصل سجود وقراءة تلحين. وحمله البساطي على أن مراده ذكر كراهية الإجارة على تعليم القرآن بالألحان قال: لأنه الآن ليس في عد المكروهات من غير هذا الباب، وهذا الثاني هو الأنسب بسياق كلام المؤلف. وكان الحامل للشارح على حمله على الأول أنه لم يصرح في المدونة بكراهية الإجارة عليها، وهو إن كان كذلك قد يؤخذ من كونه مكروهاً أن تكون الإجارة عليه مكروهة والكلام في كون الكراهية في كلام مالك على بابها أو على المنع تقدم في سجود التلاوة. واللحن بسكون الحاء ذكره البساطي وغيره.

فرع: قال في المدونة: وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح أو على كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك أو بيعها. عياض: معناه نوح المتصوفة وأناشيدهم المسمى بالتغني على طريق النوح والبكاء، ورواه بعضهم نحواً وهو غلط وخطأ انتهى.

فرع: قال القرطبي في شرح أوائل مسلم: واعلم أن أخذ الأجرة والجعل على ادعاء علم الغيب أو ظنه لا يجوز للإجماع على ما حكاه أبو عمر بن عبد البر. انتهى ص: (ومعزف)

(وتعليم فقه وفرائض كبيع كتبه وقراءة بلحن) من المدونة قال ابن القاسم: أكره الإجارة على تعليم الفقه والفرائض لأن مالكا كره بيع كتب الفقه والشرط على تعليمها أشد. ابن يونس: وقد أجاز غيره بيع كتب الفقه فكذلك الإجارة على تعليمها جائز على هذا. ابن يونس: الصواب جواز الإجارة على تعليم ذلك. قال ابن القاسم: وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح. ابن يونس: يعني التغني. قال في المدونة: وقد كره مالك القراءة بالألحان فكيف بالغناء! وكره مالك بيع الأمة بشرط أنها مغنية. قال ابن القاسم: فإن وقع فسخ البيع. قال سحنون: وينبغي أن تباع ولا يذكر غناؤها فإذا تم البيع ذكر ذلك فيما رضىها المبتاع أو ردّها. وفي كتاب ابن المواز: لا تردّ إلا أن يشترط ذلك في البيع فيفسخ (وكراء دف ومعزف لعرس) من المدونة قال ابن القاسم: لا ينبغي إجارة الدف والمعارف كلها في العرس، وكره ذلك مالك وضعفه. قال ابن يونس: يريد ضعف قول من يجيز ذلك. ابن يونس: وأما الدف الذي أبيع ضربه في العرس ونحوه فينبغي أن تجوز إجارته. وقال

وَكِرَاءٌ: كَعْبِدٌ كَافِرٌ،

ش: بكسر الميم. عياض: المعازف عيدان الغناء. ص: (وكرء عبد لكافر) ش: كذا في بعض النسخ بإضافة «كرء» لعبد واحد العبيد وجر «كافر» باللام وفي بعضها «وكرء لعبد كافر» بإدخال اللام على «عيد» واحد الأعياد، وإضافته لكافر وكلاهما واضح. وفي بعضها «وكرء كعبد كافر» بإدخال كاف التشبيه على «عبد» واحد العبيد وتجريد «كافر» من اللام والظاهر أنها ترجع للنسخة الأولى ويكون «كرء» مضافاً إلى «عبد» على أنه فاعله، وفصل بينهما بكعبد فيكون «كافر» مجروراً أو يكون «كرء» مضافاً إلى «كعبد» على عادة المصنف في الإضافة إلى المجرور بكاف التشبيه و«كافر» مرفوع على أنه فاعل «كرء». وما ذكره الشيخ رحمه الله من أن إجارة العبد المسلم للكافر مكروهة فإنما ذلك إذا لم يغيب عليه، وأما إن كان يغيب عليه في بيته فلا يجوز لما في ذلك من المفسد منها: استيلاء الكافر على المسلمين وإهانتهم والتمكن من إذابتهم وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ومنها ما يخشى أنهم يفتنونهم عن دينهم والعياذ بالله لتمكنهم منهم، ومنها ربما أطمعهم شيئاً من المحرمات كالخمر والخنزير، ومنها أنهم يمنعونهم من الواجبات، ومنها ما يخشى من وطء الإماء فإن وقعت الإجارة على الصفة المذكورة فسخت. وقد ذكر ابن رشد في البيان أن إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة وحرام، فالجائزة لأن يعمل له المسلم عملاً في بيت نفسه كالصانع الذي يعمل للناس، والمكروهة أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده مثل أن يكون مقارضاً أو مساقياً، والمحظورة أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده كأجير الخدمة في بيته وإجارة المرأة لترضع له ابنته في بيته وما أشبه ذلك، فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت وكانت لها الأجرة. والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير، فهذا يفسخ قبل العمل، فإن فات تصدق بالأجرة على الساكنين، فإذا كان هذا في إجارة الحر نفسه فكيف في إجارة العبد، فلا شك أن إجارة العبد المسلم للكافر إذا كان يغيب عليه في بيته لا يجوز ويفسخ ويؤدب

عياض: قوله: «أكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح» كذا هو ومعناه نوح المتصوفة وأناشيدهم على طريق النوح والبكاء المسمى بالتغفير. والمعازف عيدان الغناء لا يجوز ضربها ولا استئجارها وهي من أنواع البرابط والعيدان (وكرء لعبد كافر) من المدونة قال مالك: لا يكره مسلم دابته من أهل الذمة وهو يعلم أنهم لا يركبونها إلا لأعيادهم أو لكنائسهم، أو يبيع منهم شاة يعلم منهم أنهم إنما يذبحونها لذلك. وروى ابن القاسم أن مالكا سئل عن أعياد الكنائس فيجتمع المسلمون يحملون إليها الشباب والأمتعة وغير ذلك يبيعون يتغنون الفضل فيها. قال: لا بأس بذلك. ابن رشد: وقد كره مالك أن تباع منهم الجزرة لأعيادهم وهو خلاف ما هنا إذ لا فرق، واختلاف قول مالك في هذا جارٍ على الاختلاف في أنهم متعبدون بالشريعة، فعلى القول في ذلك يكره معاونتهم على

وَبِنَاءُ مَسْجِدِ الْكِرَاءِ،

المستأجر والمؤجر أدباً يليق بحالهما والله أعلم. ص: (وبناء مسجد للكرء) ش: قال في التهذيب: ولا يصلح أن يبني مسجداً ليكرهه ممن يصلي فيه أو يكره بيته ممن يصلي فيه، وأجاز ذلك في غيره في البيت انتهى. وقال ابن يونس: ولا يجوز لأحد أن يبني مسجداً ليكرهه ممن يصلي فيه ثم قال: قال ابن القاسم: ومن أجر بيته لقوم ليصلوا فيه رمضان لم يعجبني ذلك كمن أكرى المسجد، وقال غيره: لا بأس بذلك في كراء البيت انتهى. ونقل ابن عرفة لفظ التهذيب مع زيادة ونصه وفيها: ولا يصلح أن يبني مسجداً ليكرهه ممن يصلي فيه ولا بيته، وإجارتها لذلك غير جائزة، وأجازه غيره في البيت. عياض: لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق. اللخمي: من بنى مسجداً ليكرهه جاز.

قلت: اقتصره على هذا دون ذكر قولها أنه لا يجوز غير صواب وإن وافق مفهوم نقل الصقلي عن سحنون إنما لم يجز كراء المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى، والبيت ليس مثله وكرأؤه جائز. اللخمي: إن أكرى بيته أو داره ممن يصلي فيهما في أوقات الصلوات فقط كره لأنه ليس من مكارم الأخلاق، فإن نزل مضى وإن أخلى البيت وسلمه جاز. قال ابن عرفة قلت: هذا يخالف قوله: «من بنى مسجداً ليكرهه جاز» إلا أن يريد ليكرهه في غير الصلاة وهو بعيد انتهى. قال في التنبهات: قوله في الرجل يبني مسجداً ليكرهه ممن يصلي فيه جاز وكرهيته له في رواية ابن القاسم. وكذلك الذي أجر بيته من قوم ليصلوا فيه فلا يعجبني وهو كمن أكرى المسجد. وقول غيره في البيت لا بأس باستجاره يصلي فيه وإجازته كراء الدار على أن تتخذ مسجداً بين هذه المسائل فرق، وأما الذي بنى مسجداً فأكرهه، فلو أباحه للمسلمين لكان حسباً لا حكم فيه له ولا لأحد فيه، وإن كان لم يبحه وإنما فعل ذلك ليكرهه فليس من مكارم الأخلاق وهو معنى قوله والله أعلم في كراء المسجد: «لا يصلح» وفي كراء البيت: «لا يعجبني» وأنه يجوز له فعله كما أجاز إجارة المصحف لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأفعال أهل الدين، وهذا معنى منع محمد عندي لإجارة المصحف انتهى. وقال أبو

العصيان ولا يكره ذلك على القول بأنه ليس بعاصٍ في ذلك إلا بعد الإيمان، وعلى هذا أجاز في سماع زونان أن يسير بأمه إلى الكنيسة (وبناء مسجد للكرء وسكنى فوقه) من المدونة: لا يصلح لأحد أن يبني مسجداً ليكرهه ممن يصلي فيه، وقد كره مالك أن يبني الرجل مسجداً ثم يبني فوقه بيتاً يسكنه بأهله، يريد لأنها إذا كانت معه صار يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه. قال ابن القاسم: ومن أجر بيته من قوم يصلون فيه رمضان لم يعجبني ذلك. وقال غيره: لا بأس بذلك. ابن يونس: هذا صواب. وقال بعض العلماء: إنما أراد ابن القاسم أن يدفع إليهم البيت وقت الصلاة فقط، وإن كان إنما أسلمه إليهم فذلك جائز كالذي أجر أرضه عشر سنين على أن يبنيها مكرهها مسجداً أجازته ابن القاسم.

وَسُكْنَى فَوْقَهُ

الحسن في الكبير: وانظر قوله: «لا يصلح» هل هو على الكراهة أو على المنع؟ فعلى ما نقل ابن يونس عن سحنون هو على المنع لأنه قال: إنما لم يجز في المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى وعلى ما تقدم لعياض هو على الكراهة لأنه قال: ليس هو من مكارم الأخلاق انتهى. يشير إلى ما تقدم عن التنبهات ولم يثبت عنده زيادة. ابن عرفة: وثبت عند ابن ناجي فقال: قوله: «لا يصلح» على التحريم لزيادته فيها وإجارتها لذلك غير جائزة انتهى. وعلى كل حال فأكثر عبارات أهل المذهب عدم الجواز لا الكراهة كما قال المصنف. وقال أبو الحسن في التقييد الصغير إثر قوله في التهذيب: وأجاز ذلك غيره في البيت. الشيخ: وأجاز هو وغيره أن يكرى الأرض ممن يتخذها مسجداً عشر سنين، فالمسجد في طرف والأرض لتتخذ مسجداً في طرف والبيت بينهما واسطة انتهى. وحكى الأصحاب في التوفيق بين ابن القاسم والغير في البيت وجهين: أحدهما: أن الغير تكلم بعد الوقوع وابن القاسم قبل الوقوع. الثاني: أن قول ابن القاسم فيما إذا كان يكرهه منهم في أوقات الصلاة فقط ويرجع إليه في غيرها، وقول الغير فيما إذا كان يكرهه منهم لينتفعوا به مدة كراهة للصلاة وغيرها وفيما شاؤا مما هو من جنس الصلاة. انظر أبا الحسن والرخمي والله أعلم. ص: (وسكنى فوقه) ش: هذا الكلام موافق لظاهر ما في الجعل والإجارة من المدونة، ولظاهر كلام ابن يونس، ومخالف لظاهر ما يأتي للمصنف في إحياء الموات، ولظاهر كلام ابن شاس هناك أيضاً ولتابعيه القرافي وابن الحاجب، أما المدونة ففي التهذيب في ترجمة الإجارة على القصاص: وكره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد. قال أبو الحسن في الكبير: ونقلها ابن يونس. وقد كره مالك أن يبني الرجل مسجداً ثم يبني فوقه بيتاً يسكنه بأهله. ابن يونس: يريد لأنها إذا كانت معه صار يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه، وذكر مالك أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كان يبيت على ظهر المسجد بالمدينة في الصيف فكان لا يقرب فيه امرأة. انتهى. وقال ابن الحاجب في إحياء الموات: ويجوز للرجل جعل علو مسكنه مسجداً ولا يجوز جعل علو سفله مسجداً ويسكن العلو لأن له حرمة المسجد، ونحوه في الذخيرة وفي الجواهر. قال في التوضيح: نحوه في المدونة في باب الصلاة والواضحة. وفي كتاب الجعل من المدونة: وكره مالك السكنى إلى آخره. قال: فإن قلت: فقد صرح بالكراهة هنا خلاف ما في الواضحة؟ قيل: الظاهر حملها على المنع توفيقاً بين النقلين. انتهى كلامه في التوضيح. وما نسبه للواضحة هو في أوائل الصلاة منها. قال في مختصرها: وأجاز مالك للرجل يكون له سفلى وعلو أن يجعل العلو مسجداً ويسكن السفلى، أو لم يجز له أن يجعل السفلى مسجداً ويسكن العلو. وفرق بين ذلك، أنه إذا جعل السفلى مسجداً وقد صار لما فوقه حرمة المسجد انتهى. وأما ما نسبه للمدونة في كتاب الصلاة فليس بصريح فيما قاله. قال في آخر الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبني فوق

المسجد بيتاً ليسكن فيه انتهى. قال أبو الحسن في الأمهات: لا يعجبني، انتهى. على أن ظاهر كلام ابن عرفة أن كلام المدونة محمول عنده على الكراهة ونصه في أواخر صلاة الجماعة وفيها: المسجد حبس لا يورث إذا كان صاحبه أباحه للناس، وأكره بيتاً للسكنى فوقه لا تحته انتهى. نعم حملة ابن ناجي على التحريم كالمصنف وسيأتي كلامه. وتحقيق المسألة أن المسجد لله إذا بناه الشخص له وحيز عنه فلا ينبغي أن يختلف في أنه لا يجوز له البناء فوقه فقد قال القرافي في الفرق الثاني عشر بعد المائتين: اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء الملك ملك، وهواء المسجد له حكم المسجد لا يقربه الجنب، ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن أراد غرز خشب حولها وبني على رؤوس الخشب سقفاً عليه بنيان، ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا فرع وهو إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان ثم أخذ يبين وجه خروجه إلى آخر الفرق. انتهى باللفظ ونحوه في الذخيرة ومثله في قواعد المقرئ.

قاعدة: حكم الأهوية حكم ما تحتها فهواء الوقف وقف فلا يباع هواء المسجد لمن أراد غرس الخشب حولها وبناء الهواء سقفاً وبنياناً انتهى. وقال اللخمي في كتاب الإجارة في ترجمة إجارة المسجد أو الدار: ومن بنى مسجداً لله أحيز عنه وأحب أن يبني فوقه لم يكن له ذلك. انتهى بالمعنى. وأما إن كانت له دار لها علو وسفل، فأراد أن يحبس السفل مسجداً ويبقى العلو على ملكه، فظاهر ما تقدم للواضحة وما تقدم لابن الحاجب وتابعيه وما يأتي للمصنف في إحياء الموات، أن هذا لا يجوز. وصرح اللخمي بجوازه. قال إثر ما تقدم عنه: وإن قال: أنا أبنيه لله وأبني فوقه مسكناً وعلى هذا أبني جاز، وكذلك لو كانت الدار علواً وسفلاً فأراد أن يحبس السفل مسجداً ويبقى العلو على ملكه جاز انتهى. وينبغي أن يوفق بين هذه النقول ويجعل معنى قوله في المدونة في كتاب الصلاة: «لا يعجبني» أو «لا يبني» لا يجوز، ويحمل هو وما في الواضحة وما لابن شاس وتابعيه القرافي وابن الحاجب وما يأتي للمصنف على الشق الأول الذي تقدم أنه لا ينبغي أن يختلف فيه، ويحمل ما في الجمل منها وكلام اللخمي الأخير وما للمصنف هنا على الشق الثاني وإن كان لفظ اللخمي الجواز لأنه لا ينافي الكراهة ويساعد هذا التوفيق كلام ابن ناجي. ونصه على قوله في الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبني إلى آخره. قال في الأم: لا يعجبني ذلك لأنه يصير مسكناً يجمع فيها، وذلك كالنص على التحريم ولا أعلم فيه خلافاً. وذكر أبو عمران النظائر المعلومة التي تدل على الخلاف. هل ظاهر المسجد كباطنه أم لا. وذلك يوهم جواز البناء عليه على قول وليس كذلك، لما ذكره في الأم مع أن اللفظ يقتضي أن المسجد سبق فهو تغيير الحبس، بل ظاهرها أن من عنده علو وسفل فحبس العلو مسجداً فإنه جائز. ونص عليه اللخمي في الجمل انتهى. وقال على قولها في الجمل والإجارة وكره المتقدم، يريد يكون تحبيس المسجد متأخراً عنه. انتهى

بِمَنْفَعَةٍ تَتَّقُونَ،

والله أعلم. ولهذا لما أن حمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب والذي في الصلاة الأول من المدونة على ظاهره قال ما نصه: ذكر في المدونة مثل ما قاله المؤلف من التفرقة بين السكنى على ظهر المسجد أو تحته ولم يقل لأن له حرمة المسجد أي لا على المسجد حرمة فإن ذلك ليس بالبين ولا سيما والكلام فيما إذا حبس على هذه الصورة. نعم ليس من الأدب لاغتلاء على رؤوس المصلين الفضلاء وأهل الخير، وقد فعل ذلك أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنه لما أن نزل عليه رسول الله ﷺ وسكن بيتاً عنده وسكن أبو أيوب غرفة عليها وانهرقت جرة في الغرفة فخشي أن ينزل منها شيء على رسول الله ﷺ فسد الكوة التي هناك بقطيفة عنده، ونقل رسول الله ﷺ إلى الغرفة ونزل هو وأهله إلى البيت. واحتج في المدونة لما ذكره بأن عمر بن عبد العزيز كان يبيت بالمدينة فوق ظهر المسجد إذا كان أميراً فلا تقربه امرأة. وليس في هذا دليل لأن مسجد المدينة سبق تحييسه على أيام عمر بن عبد العزيز، والسكنى بالأهل أو البيت بهم على ظهره مخالف لمقتضى ما بني له ذلك المسجد، وإنما الكلام فيمن أراد إنشاء تحييس مسجد على هذه الصورة انتهى. ورأيت لبعض علماء الأندلس كلاماً أجاب به حين سئل عن كلام المصنف هنا وفي إحياء الموات، وذكر في الجواب نحو ما ذكرناه إلا أنه جعل قول المصنف هنا وبناء مسجد للكراء وسكنى فوقه مسألة واحدة وهي أن يبني مسجداً ليكرهه ويتخذ فوقه بيتاً. قال: وكلامه في إحياء الموات في اتخاذ منزل فوق مسجد محبس مباح لعموم الناس انتهى. وفي جعله الفرعين فرعاً واحداً نظراً، والصواب ما قدمناه. وبعض علماء الأندلس المشار إليه هو الشيخ العلامة مفتي غرناطة أبو عبد الله محمد بن أحمد الجعدالي الغرناطي والله أعلم. ص: (بمنفعة) ش: يتعلق بقوله: «صحت الإجارة». قال الشيخ بهرام: الباء سببية. وقال البساطي: للاستعانة. والظاهر الأول. قال ابن عرفة: المنفعة ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إقامة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه. انتهى.

فرع: قال للخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان: اختلف فيمن استأجر أجيراً ليأتيه بالغلة فأجيز ومنع انتهى. ومذهب المدونة المنع نص على ذلك في كتاب الجعل والإجارة منهما. ص: (تقوم) ش: في كثير من النسخ بضم التاء الأولى وفتح الثانية، والظاهر فتحهما معاً، والمعنى أن لها قيمة. واحترز به من التافه الحقيير الذي لا يجوز مقابله بالمال في نظر الشرع. البساطي: كاستئجار نار ليوقد منها سراجاً. وقد اختلف في جواز الإجارة ومنعها في فروع نظراً إلى أن المنفعة فيها متقومة أم لا. منها إجارة المصحف للقراءة فيه، وإجارة الأشجار

(بمنفعة تقوم). ابن شاس: الركن الثالث من أركان الإجارة المنفعة. ومن شروطها أن تكون متقومة، فما لا تقوم منفعته لا يصح استئجاره. ابن عرفة: فسروا المتقومة بما لها قيمة وهو قول الغزالي، لا يصح استئجار تفاعلة للششم والطعام لتزيين الحانوت فإنه لا قيمة له انتهى. وقد نص ابن

قُدِرَ عَلَى تَسْلِيمِهَا بِلَا اسْتِيفَاءٍ عَيْنٍ قَصْدًا، وَلَا حَظْرًا،

لتجفيف الثياب عليها على ما ذكره ابن الحاجب وابن شاس ومشى المصنف فيهما على الجواز، فقول الشارحين هنا احترز به من إجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها غير ظاهر والله أعلم. ص: (قدر على تسليمها) ش: قال القرافي: احترز من استتجار الأخرى للكلام والأعمى للإبصار وأرض الزراعة لا ماء لها قطعاً ولا غالباً وقاله الأئمة، ومن فروع ذلك استتجار أرض الزراعة وماؤها غامر أي كثير وانكشافه نادر. ومذهب المدونة الجواز إذا لم ينقد وعليه مشى المصنف كما سيأتي فهو راجع لهذا القيد.

تنبيهان: الأول: من فروع هذا القيد كراء المشاع. قال في المدونة: يجوز كراء المشاع كنصف عبد أو دابة. قال اللخمي: وإذا أكرى رجل من رجل نصف عبده أو دابته أو داره جاز ذلك، ثم هما في العبد والدابة بالخيار بين أن يقتصما المنافع يوماً بيوم أو يومين بيومين فيستعمله المستأجر في الأيام التي تصير إليه فيستخدم العبد ويركب الدابة، وإن شاء أجره من غيره، وإن شاء أن يؤجر ذلك من أجنبي ويقتصما الأجرة، وإن لم يكن العبد من عبيد الخدمة وكانت له صنعة لا يمكن تبعضها ترك لصنعتة واقتسما خراجه. وأما الدار فإن كانت تنقسم قسمت منافعها وسكن المكثري فيما يصير إليه أو أكراه، وإن كانت لا تحمل القسم أكرت واقتسما كراءها إلا أن يحب أحدهما أن يأخذها بما يقف عليه كراءها، وإن كان العبد أو

يونس أن من قال: ارق هذا الجبل ولك كذا أنه لا شيء له (قدر على تسليمها). ابن شاس: من شروط المنفعة أن تكون مقدوراً على تسليمها حساً وشرعاً، فيمنع استتجار الأخرس للتعليم والأعمى للخط ونحوه، والاستتجار على قطع عضو محترم أو حائض على كنس مسجد (بلا استيفاء عين قصداً) هكذا عبر ابن شاس قائلاً: لا يصح استتجار الأشجار لثمارها، والشاة لتتاجها ولبنها وصوفها لأنه يبيع عين قبل الوجود. قال ابن عرفة: هذا واضح حكمه من البياعات، وتبع فيه ابن شاس الغزالي. ولو رسم المنفعة بأن شرطها إمكان استيفائها دون إذهاب عين ما احتاج إلى ذكر هذا. ابن رشد: ويجوز شراء لبن غنم معينة شهراً أو شهرين إذا عرف وجه حلابها بخلاف ثمرة المقتاة، ويكره بيع شاة أو شاتين والأظهر أنه لا يعارض هذا بإجازته في المدونة أن يكتري البقرة ويشترط حلابها لأن العذر خف بما انضاف إليها من الكراء كما خف في الغنم إذا كثرت (ولا حظر). ابن عرفة: تبع ابن شاس الغزالي في قوله الفرر الشرعي كالحس في الإبطال لو استأجر على قلع سن صحيحة أو قطع يد صحيحة لم يجز، ولو كانت اليد متأكلة والسن متوجعة جازت. وقال ابن وهب وأشهب: من ذهب بعض كفه فخاف على باقي يده لا بأس أن تقطع يده من المفصل إن لم يخف عليه الموت. ابن رشد: إن كان خوف الموت من بقاء يده كذلك أشد من خوف الموت بقطعه فله القطع. ومن الإكمال يأتي على ما ذكره الطبراني أن من خلق بأصبع زائدة أو عضو زائدة أنه لا يجوز له قطعه ولا نزع عنه، لأنه من تغيير خلق الله إلا أن يكون هذا الزائد مما يؤذيه من أصبع أو ضرس ويؤلمه، فلا بأس على كل

الدابة أو الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بإذن شريكه جاز وعاد الجواب في قسمة منافعهم إلى ما تقدم إذا كان جميعه لواحد، فإن أكرى ذلك بغير إذن شريكه فلم يجز ودعا إلى البيع كان له ذلك في العبد والدابة والدار إذا لم تنقسم، وإن لم يدع إلى البيع ورضي ببقاء الشركة لم يكن له رد الكراء. وإن كانت الدار تنقسم ودعا الشريك إلى قسمة المنافع كان ذلك له وقسمت بالقرعة، فما صار للمكري أخذه المكتري، وإن أراد المكري أن يقسم بالتراضي كان للمكثري منعه من ذلك. وإن دعا الشريك إلى قسم الرقاب كان له ذلك. ومن حق المكتري أن يقسم بالقرعة، فما صار للمكري كان حق المكتري فيه، وإن اعتدلت قسمة المنافع مع قسمة الرقاب كان ذلك للمكثري، فإن كان الذي صار للمكري أقل من النصف بما لا ضرر على المكتري فيه حطه من الكراء بقدره، وإن صار له أكثر وأمكن أن يميز ذلك القدر الزائد فعل وانتفع به المكري، وإن كان لا يتميز ولا يصاب فيه مسكن بانفراده بقي للمكثري ولا شيء عليه فيه، لأنه يقول: كنت في مندوحة عنه ولا حاجة لي فيه. انتهى.

الثاني: لم يذكر المؤلف من شروط المنفعة أن تكون مملوكة، وكذا ابن شاس وابن الحاجب وذكره القرافي وقال احترازاً من الأوقاف والربط ومواضع الجلوس من المساجد والطرقات والمدارس وغير ذلك لأن المملوك في هذه الأمور كلها الانتفاع دون المنفعة.

فرع: يتفرع على هذا الشرط كراء دور مكة. ونقل في المقدمات عن مالك فيها أربع روايات: الجواز والمنع والكراهة في أيام الموسم، ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوة. وانظر الكلام على هذه المسألة مشبعاً في حاشيتي على المناسك. قال القرافي: تنبيه: مقتضى هذه المباحث أن يحرم كراء دور مصر وأرضها لأن مالكا صرح في المدونة وغيرها أنها فتحت عنوة، ويلزم على ذلك تخطئة القضاة في إثبات الأملاك وعقود الإجازات، والقاعدة المتفق عليها أن مسائل الخلاف إذا اتصل ببعضها قضاء حاكم تعين ذلك القول وارتفع الخلاف، فإذا قضى حاكم بثبوت ملك أرض العنوة ثبت الملك وارتفع الخلاف وتعين ما حكم

حال بنزعه عند هذا وغيره وتعين. ابن يونس: لا جعل لمن وجد ضالة وأتى بها إذ لا جعل في أداء الأمانات إلى ربها. وقال ابن رشد: الجعل لا يجوز فيما يلزم الرجل أن يفعله إنما يجوز فيما لا يلزمه فعله. قال مالك: لو قال دلمي على امرأة أتزوجها ولك كذا فلا شيء له. ابن رشد: معناه أشر علي وانصح لي في ذلك، وهذا لو سأله إياه دون جعل للزومه أن يفعل لقوله ﷺ: «الدين النصيحة»^(١). وقال ابن القاسم: وذلك بخلاف ما إذا قال: دلمي على من ابتاع منه أو يبتاع مني ولك كذا وكذا فذلك جائز لازم لهما. قال أصبغ: لأن النكاح لا يبيع فيه. ومن سماع عيسى من ابن يونس: وقال ابن

(١) رواه مسلم في كتاب الإيمان حديث ٩٥. الترمذي في كتاب البر باب ١٧. النسائي في كتاب البيعة باب ٣١. الدارمي في كتاب الرقاق باب ٤١. أحمد في مسنده (١/ ٣٥١) (٢/ ٢٩٧) (٤/ ١٠٢).

وَتَعِينُ، وَلَوْ مُصْحَفًا، وَأَرْضًا غَمَرَ مَأْوَاهَا، وَنَدَرَ أَنْكِشَافَهُ وَشَجَرًا لِتَجْفِيفِ عَلَيْهَا عَلَى الْأَحْسَنِ، لَا لِأَخْذِ ثَمَرَتِهِ، أَوْ شَاةٍ لِلْبَيْتِهَا،

به الحاكم، وهذا التقرير يطرد في مكة ومصر وغيرهما انتهى. ص: (ولو مصحفاً) ش: قال في المدونة: وتجوز إجارة المصحف لجواز بيعه، وأجاز بيعه كثير من التابعين. قال ابن عباس: ما لم يجعله متجرراً، أما ما عملته بيدك فجائز، وتجوز الإجارة على كتابته انتهى. أبو الحسن: انظر قول ابن عباس: «ما لم يجعله متجرراً» هل فلا يجوز أو يكره. انتهى والله أعلم. ص: (وأرضاً غمر مأواها وندر انكشافه) ش: هذه المسألة في كراء الدور والأرضين من المدونة ونصها: ومن اكتريت منه أرضه الفرقة بكذا إن انكشف عنها الماء وإلا فلا كراء بينكما جاز إذا لم تنقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافها. قال غيره: إن خيف أن لا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد. أبو الحسن: انظره قال في التوضيح: قال صاحب المقدمات: تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت الأرض أرض مطر أو نيل أو غيرهما، مأمونة أو غير مأمونة. وأما بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فما كان من الأرض مأموناً كأرض النيل والمطر المأمونة وأرض السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى ويتمكن من الحرث، كانت من أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون أو الآبار، وأما وجوب النقد فيجب عنده في أرض النيل إذا رويت إذ لا يحتاج إلى غير ذلك، وأما غيرها فلا يجب فيها النقد حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء انتهى. ص: (وشجر لتجفيف الملابس عليها على الأحسن) ش: الأحسن هو اختيار ابن عبد السلام من القولين اللذين ذكر ابن الحاجب. وقال ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في حكاية القولين وقبله شارحوه، ولا أعرف القول بالمنع، ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب. انتهى. ص: (لا لأخذ

شاس: من شرط المنفعة أن تكون حاصلة للمستأجر فلا يصح الاستئجار على العبادات التي لا تجزى النيابة فيها كالصلاة والصيام ونحوهما (ولو مصحفاً) من المدونة قال ابن القاسم: تجوز إجارة المصحف لمن يقرأ فيه لجواز بيعه وأجازه مالك، ومنع ابن حبيب إجارته (وأرضاً غمر مأواها وندر انكشافه). ابن الحاجب: لا يجوز استئجار الأرض للزراعة ومأواها غامر وانكشافه نادر. ابن عرفة: ظاهر المدونة والموازية جوازه وإنما منعه الغير. وعبارة المدونة: من أكرى أرضه الفرقة بكذا إن انكشف مأواها وإلا فلا كراء بينهما وهو يخاف أن لا ينكشف عنها جاز إن لم ينقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافه. وقال غيره: إن خيف أن لا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد (وشجر لتجفيف الثياب عليها على الأحسن). ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله في إجارة الأشجار لتجفيف الثياب قولان، ولا أعرف المنع ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب (لا لأخذ ثمرته أو شاة للبيتها) تقدم هذا كله عند قوله: «بلا استيفاء عين»

وَأَغْتَفِرَ مَا فِي الْأَرْضِ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثَّلْثِ بِالتَّقْوِيمِ، وَلَا تَغْلِيمِ غِنَاءِ،

ثمرته) ش: أي الشجر وهذا راجع إلى قوله: «بلا استيفاء عين قصداً». ص: (أو شاة للبنها) ش: يصح أن يقرأ بالجر عطفاً على مقدر في قوله: «لا لأخذ ثمرته» أي لا شجر لأخذ ثمرته ولا شاة لأخذ لبنها فيكون من المنوع، ويصح أن يقرأ بالنصب عطفاً على قوله: «وشجراً» ويكون من الجائز. وعلى كل تقدير فلا بد من عناية في كلامه لأننا إن جعلناه ممنوعاً نقول: إلا بشروط يأتي ذكرها، يريد وكذا إذا جعلناه جائزاً فتأمله والله أعلم. والشروط أن تكون الغنم كثيرة كالعشرة ونحوها، وأن يكون في الإبان، وأن يعرفا وجه حلابها، وأن يكون إلى أجل لا ينقضي اللبن قبله، وأن يشرع في أخذ ذلك يومه أو إلى أيام يسيرة، وأن يسلم إلى ربها لا إلى غيره. هذا إذا كان جزافاً، فإن كان على الكيل أسقطت الشرط الأول فقط. قاله في التوضيح. والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب. وكلام أبي الحسن فيها مبسوط. ولا يقال قوله شاة بالإفراد ينافي الأول لأن المراد جنس الشاة والله أعلم. ص: (ولا تعليم غناء) ش: هو وما بعده إلى قوله: «ولا متعين» راجع لقوله: «ولا حظر» والحظر المنع. قال الأبي في شرح مسلم في كتاب البيع في حديث «مهر البغي وحلوان الكاهن». ولا خلاف في حرمة مهر البغي ولا خلاف في حرمة أجرة المغنية والنائحة، ولا خلاف في حرمة ما يأخذه الكاهن. قال الأبي، وكذلك لا يحل ما يأخذه الذي يكتب البراءات لرد التليفة لأنه من السحر. وسئل شيخنا يعني ابن عرفة عن ذهبت له حوائج فقراً في دقيق وأخذ يطعمه أناساً اتهمهم وكانت فيهم امرأة حامل فقالت: إن أطعمتموني فأنا أموت فأطعموها منه فماتت. فأجاب بأنه ليس عليه إلا الأدب، وأما ما يؤخذ على حل المعقود فإن كان يرقيه بالرقى العربية جاز، وإن كان بالرقى العجمية لم يجز وفيه

(واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث بالتقويم) من المدونة قال ابن القاسم: ومن اكرى داراً أو أرضاً فيها سدر أو دالية أو كان في الأرض نبت من نخل أو شجر ولا ثمرة فيها حينئذ أو فيها ثمرة لم تزه، فالثمرة للمكري إلا أنه إن اشترط المكترى ثمرة ذلك، فإن كانت تبعاً مثل الثلث فأقل فذلك جائز. ومعرفة ذلك أن يقوم كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة؛ فإن قيل عشرة قيل: ما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة والعمل؟ فيعلم الوسط من ذلك. فإن قيل خمسة فأقل جاز. قال أصبغ: وهذا إذا علم أن الثمرة تطيب قبل مدة الكراء وإلا لم يجز أن يعقدها. ابن يونس: إنما أجاز للضرر الذي يدخل على المكترى في دخول رب الدار لإصلاح الثمرة وجدادها كما أجاز شراء العربية بخرصها تمراً انتهى. انظر قول ابن يونس للضرر بالدخول على المكترى، هل يجوز أن يستثنى بعض الشجر؟ أجاز ابن أبي زمنين ومنعه ابن العطار. وقال الميتطي: أجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم. وإذا كان الكراء سنين واشترطت الثمرة وانقضت المدة وبالشجر ثمر لم يزه فهو للمكترى (ولا تعليم غناء) تقدم نص المدونة: أكره الإجارة على تعليم

أَوْ دُخُولِ حَائِضٍ لِمَسْجِدٍ، أَوْ دَارٍ: لِتُتَّخَذَ كَنِيسَةً: كَبَيْعِهَا لِذَلِكَ، وَتُصَدَّقَ بِالْكَرَاءِ، وَبِفَضْلِهِ الثَّمَنِ عَلَى الْأَرْجَحِ، وَلَا مُتَعَيْنٌ: كَرَكْعَتِي الْفَجْرِ، بِخِلَافِ الْكِفَايَةِ. وَعَيْنٌ: مُتَعَلِّمٌ، وَرَضِيعٌ،

خلاف. وكان الشيخ يقول: إن تكرر منه النفع بذلك جاز. انتهى ص: (ودخول حائض لمسجد) ش: فرضها ابن الحاجب في استئجار على كنس المسجد، وذكر المصنف ما هو أعم من الكنس وغيره، ويريد إذا كانت هي التي تكنس، وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها لجاز. وعكس هذه المسألة أن يؤاجر المسلم نفسه لكنس كنيسة أو نحو ذلك أو ليرعى الخنازير أو ليعصر له خمراً فإنه لا يجوز، ويؤدب المسلم إلا أن يتعذر بجهالة، واختلف هل الأجرة من الكافر ويتصدق بها أم لا. ابن القاسم: التصديق بها أحب إلينا. قاله في التوضيح. ص: (ودار لتتخذ كنيسة) ش: تصوره واضح.

فرع: إذا غصب النصراني سفينة مسلم لمسلم وحمل فيها الخمر. قال في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الغصب: له أن يأخذ كراءها ويتصدق به. قال ابن رشد: معناه كراء مثلها على أن يحمل فيها خمراً أن لو أكرها نصراني من نصراني لذلك، وأما قوله: «يتصدق به» فهو بعيد أن يجب ذلك عليه إلا أن يعلم بتعديه فلا يمنعه من ذلك وهو قادر على منعه، وأما إن لم يعلم بذلك أو علم ولم يقدر على منعه فلا يجب أن يتصدق إلا بالزائد على

النوح وأنه نوح الصوفية (أو دخول حائض لمسجد) تقدم نص ابن شاس: يمنع استئجار حائض لكنس مسجد (أو دار لتتخذ كنيسة كبيعها لذلك وتصدق بالكراء وبفضلة الثمن على الأرجح) من المدونة قال مالك: لا يعجبني أن يبيع الرجل داره أو يكرها ممن يتخذها كنيسة. ابن يونس: فإن نزل ذلك فقال بعض شيوخنا: يتصدق بالثمن وبالكراء. وقال بعضهم: يتصدق بفضلة الثمن وبفضلة الكراء؛ تقوم الداران لو بيعت أو أكرت على أن تتخذ كنيسة، وتقوم أن لو بيعت أو أكرت على غير ذلك الوجه فيعلم الزائد، فإن كانت مثل الكراء أو ربه تصدق بمثل ذلك الجزء من المسمى لأن الفضل هو ثمن ما لا يحل. وقال بعضهم: أما في البيع فيتصدق بالفضل كما ذكرنا، وأما في الكراء فيتصدق بالجميع لأنه أجر داره لما لا يحل كمن أكرى داره لبيع الخمر أو دابته لحمل الخمر. ابن يونس: وبهذا أقول (ولا متعين كركعتي الفجر) قد تقدم من هذا عند قوله: «ولا تتعين». وقال ابن الحاجب: لا يجوز استئجاره على عبادة معينة عليه كالصلاة وتقدم الحج بخلاف غسل الميت وحمل الجنازة وحفر القبر وفي الإمامة ثلاثة (وعين متعلم ورضيع). ابن الحاجب: يجب تعيين الرضيع والمتعلم بخلاف غنم ونحوها، وقال اللخمي: تجوز إجارة الظئر إذا كان الصبي حاضراً يرى، فلو كان غائباً لم يجز إلا أن يذكر سنه. وإن جرب رضاعه ليعلم قوة رضاعه من ضعفه كان أحسن، فإن لم يفعل جاز لأن الرضاع متقارب، ولا يجوز على قول سحنون إلا بعد معرفة رضاعه لأنه يقول في الظئر تستأجر لرضاع صبيين فمات أحدهما فتفسخ الإجارة لاختلاف الرضاع لأنها إن آجرت نفسها لترضع آخر مكان الميت لم يدر هل رضاعه مثل

وَدَارًا؛ وَحَانُوتٌ وَبِنَاءٌ عَلَى جِدَارٍ، وَمُحْمَلٌ، إِنْ لَمْ تُوصَفْ، وَدَابَّةٌ لِرُكُوبٍ، وَإِنْ ضُمِنَتْ فَجِنْسٌ، وَنَوْعٌ وَذُكُورَةٌ،

قيمة كرائها على أن يحمل عليها غير الخمر فحمل عليها خمراً. قاله ابن حبيب. انتهى. ص: (وبناء على جدار) ش: تصويره واضح. وأما إذا اكرت أرضاً ليبنى فيها لم يلزمه أن يذكر قدر البناء لأن الأرض لا ضرر عليها في ثقل البناء بخلاف الجدار إذا أكره ليبنى عليه. انتهى من التوضيح. ص: (ومحمل) ش: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية. ص: (ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة) ش: يعني أن الدابة إذا اكرت للركوب فيلزم تعيينها إذا كانت معينة، وإن كانت مضمونة فيلزم أن يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة، وظاهر كلامه أنه يكتفى في التعيين بالوجه الأول ابن عبد السلام، وينبغي أن يختبرها الراكب لينظر سيرها في سرعته وبطئه قرب دابة. كما قال مالك. المشي خير من ركوبها.

تنبيه: قال في التوضيح: محمد: وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل على التعيين. قال: ولو اكرت منه أن يحمله إلى بلد كذا على دابة أو سفينة وقد أحضرها ولا يعلم له غيرها ولم يقل له تحملني على دابته هذه أو سفينتك هذه، فهلكت

الميت أم لا (ودار وحانوت وبناء على جدار). ابن الحاجب: تعين الحانوت والدار والحمام وشبهه ولا يلزم تعريف قدر البناء وصفته بخلاف البناء على الجدار (ومحمل) من المدونة: من أكرى محملاً لمكة ولم يذكر وطأه أو زاملته أو لم يذكر ما يحمل من أرتال جاز وحمل على فعل الناس فيهما لأن الزوامل عرفت عندهم. وقال ابن الحاجب: يعين المحمل أو يوصف (إن لم يوصف) تقدم قول اللخمي في الرضيع إلا أن يذكر سنه. وقول المدونة: له أن يكرى داراً يافريقية وهو بمصر كالبيع، وقول ابن الحاجب يعين المحمل أو يوصف (ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة) من المدونة: كراء الدواب على وجهين: دابة بعينها أو مضمونة، وفي المعونة المركوب المعين لا بد أن يعرف بتعيين بإشارة إليه كهذه الدابة أو الناقة. ابن عرفة: ليحيط بها المكتري كالمشتري. قال: والمضمونة يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة. وتبعه ابن شاس والمتيطي. زاد ابن الحاجب: لا بتعيين الراكب وإن عين لم يلزم تعيينه. قال ابن رشد: كراء الرواحل والدواب على وجهين: معيناً ومضموناً، فأما المعين فيجوز في النقد والأجل إذا شرع في الركوب أو كان إنما يركب الأيام القلائل العشرة ونحوها قاله مالك. قال ابن القاسم: لا يعجبني إلا عشرة أيام يريد إذا نقد. وهذا إذا كانت الدابة أو الراحلة حاضرة، وأما إن كانت غائبة فلا يجوز تعجيل النقد لأن النقد لا يصلح في شراء الغائب، وأما إن اكرت الراحلة بعينها على أن لا يركبها إلا ثلاثين يوماً ونحوها فلا يجوز الكراء بالنقد ويجوز بغير النقد. قاله في المدونة. وهذا الكراء المعين يفسخ فيه الكراء بموت الراحلة أو الدابة، فإن ماتت في بعض الطريق فأراد أن يعطيه دابة أخرى بعينها يبلغ عليها إلى منتهى غايته، فإن كان لم ينقد جاز لأنه كراء مبتدأ، وإن كان قد نقده لم يجز لأنه

وَلَيْسَ لِزَاعٍ رَغِيٌّ أُخْرَى، إِنْ لَمْ يَقْوْ، إِلَّا بِمُشَارِكِ، أَوْ تَقْلٍ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ خِلَافَهُ، وَإِلَّا فَأَجْرُهُ
لِمُسْتَأْجِرِهِ: كَأَجِيرٍ لِيخْدَمَةَ: آجَرَ نَفْسَهُ،

بعد أن ركب فعلى الكري أن يأتيه بدابة أو سفينة غيرها، وهو مضمون حتى يشترط أنه إنما يكري هذه الدابة بعينها. محمد: أو يكره نصف السفينة أو ربعها فيكون كشرط التعيين انتهى. ص: (كأجير لخدمة آجر نفسه) ش: ظاهره فتكون الإجارة لمن استأجره أولاً وليس له غير ذلك. وخيره في المدونة بين ذلك وبين أن يسقط حصة ذلك اليوم من الأجرة. ونصه بعد مسألة الرعاية: وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر نفسه من غيرك يوماً أو أكثر فلك أخذ الأجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك. قال عبد الحق: خيره ابن القاسم في أجير الخدمة ولم يخيره في الراعي إذا شرط أن لا يرعى مع غنمه غنماً أخرى وخالف والأمر في ذلك سواء. وينبغي أن يقال كم تستوي إجارته على أن لا يرعى مع الغنم غيرها وتقوم على أن يرعى معها غيرها فيعرف ما بين ذلك، ثم يخير بين أن ينظر ما يخصه من الكراء الذي سمي فيسقطه من إجارته أو يأخذ ما أجر به نفسه والله أعلم انتهى. ونقله أبو الحسن وقال: صورته أن يعين إجارته وحدها مثلاً عشرة ومع غيرها ثمانية فيسقط من نصيبه من المسمى الخمس أو يأخذ ما أجر به نفسه انتهى. ونقل عن أبي محمد صالح أنه قال: يتوهم أن الأجير بخلاف الراعي لأن الأجير عطل ذلك اليوم والراعي لم يعطل. ثم ذكر كلام عبد الحق، وكلام عبد الحق ظاهر لا شك فيه قبله أبو الحسن وفسره.

تبيه: قال ابن يونس: قوله: «لك أخذ الأجر الخ» هذا فيما يشابه ما أجرته فيه أو يقاربه، وأما أن يؤجره للرعاية شهراً بدينار فيؤاجر نفسه في الحصاد أو في مخوف كل يوم بدينار أو

فسخ دين في دين إلا أن يكون في مفازة فيجوز للضرورة إلا على مذهب أشهب فيجوز مطلقاً لأن قبض الأوائل عنده كقبض الأواخر. عياض: الراحلة هي الناقة المعدة للركوب المذلة له وتستعمل في ذكور الإبل وإناثها، وأصلها من الرحل الموضوع عليها وهي الراحلة أيضاً وهو مركب يشد للبالغ، ويسمى السرج أيضاً رحلاً تشبيهاً به. ابن رشد: وأما كراء الدابة المضمونة أو الراحلة المضمونة فهو أن يقول: أكرى منك دابة أو راحلة فإنه يجوز أيضاً بالنقد وإلى أجل إذا شرع في الركوب، وأما إن لم يشرع في الركوب وإنما تكارى كراء مضموناً إلى أجل كالمكتري إلى الحج في غير إبانته فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال لأنه كالسلم إلا أن مالكاً خفف أن يغرم الدليل لأن الأكرياء أقطعوا بالناس وقد تقدم هذا. قال ابن رشد: ولا يفسخ الكراء بموت الدابة في الكراء المضمون إلا أن الكرى إذا قدم للمكتري دابة فركبها فليس له أن يزيلها من تحته إلا برضاه (وليس لزاع رعي الأخرى إن لم يقولا بمشارك أو نقد ولم يشترط خلافه وإلا فأجره لمستأجر كأجير للخدمة آجر نفسه) انظر هذا الإطلاق من المدونة. قال ابن القاسم: من استؤجر على رعاية غنم كثيرة لا يقوى على أكثر منها فليس له أن يرعى معها غيرها إلا أن يدخل معه راع يقوى به، وإن

وَلَا يَلْزِمُهُ رَعْيُ الْوَلَدِ، إِلَّا لِعَرَفٍ، وَعُمِلَ بِهِ فِي الْحَيْطِ وَنَقَشِ الرَّحَى، وَآلَةَ بِنَاءٍ، وَإِلَّا فَعَلَى رَبِّهِ:
عَكْسُ إِكَافٍ، وَشِبْهُهُ وَفِي السَّيْرِ وَالْمَنَازِلِ، وَالْمَعَالِيْقِ،

تؤاجره لخدمتك في الغزو فيذهب يقاتل فيقع في سهمانه عشرة دنانير، فهذا وشبهه لا يكون له إلا إسقاط ما عطل لك من عملك من الأجر. وقاله غير واحد من أصحابنا انتهى. وذكر أبو الحسن عن عبد الحق قريباً من ذلك ثم قال: قال أبو محمد صالح: انظر على هذا إذا أصاب بيض الحجل فهي للأجير انتهى. ص: (إلا لعرف) ش: فإذا لم يكن عرف لم يلزمه رعايتها. ابن يونس: قال أبو بكر بن اللباد: ولربها أن يأتي براع يراعي معه للتفرقة. أبو الحسن: راعي التفرقة في الحيوان البهيمي ومثله في سماع عيسى انتهى ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن اللباد. قلت: معناه أن التفرقة تعذيب لها فهي من النهي عن تعذيب الحيوان انتهى. وتقدم الكلام على ذلك بآتم من هذا عند قول المصنف في فصل طعام الربا «وتفريق أم فقط من ولدها». ص: (عكس إكاف) ش: كلام ابن غازي في شرح هذه المسألة كاف وهو ظاهر والله أعلم. ص:

كانت غنماً يسيرة فذلك له إلا أن يشترط عليه ربها أن لا يرعى معها غيرها، فإن رعى الراعي معها غيرها بعد هذا الشرط فالأجر لرب الأولي. وكذلك أجيرك لخدمة يؤاجر نفسه لغيرك يوماً أو أكثر فلك أخذ الأجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك. ابن يونس: وهذا فيما يشابه بما أجرته به أو يقاربه، وأما إن تؤاجره في الرعاية شهراً بدينار فيذهب يؤاجر نفسه في الحصاد، أو تؤاجره يخدمك في الغزو فيذهب يقاتل فيقع في سهمانه عشرة دنانير، فهذا وشبهه لا يكون لك إلا إسقاط حصة ما عطل من عملك من الأجر (ولم يلزمه رعي الولد إلا لعرف) من المدونة قال ابن القاسم: إذا استؤجر على رعاية غنم بأعيانها وشرط ربها أن ما مات منها أخلفه فتوالدت الغنم حملاً في رعاية الولد على عرف الناس فإن لم تكن له سنة لم يلزمه رعايتها (وعمل به في الخيط). ابن شاس: من استأجر الخياط لا يوجب عليه الخيط، إلا أن يكون العرف خلافه. ابن عرفة: كقوله في آلة البناء وعرفنا في الأجير أن لا خيط عليه وفي الصانع الخيط عليه (ونقش الرحا) ابن عرفة: حفي الرحا يوجب نقشها. ابن العطار: وهو على من هو عليه عرفاً فإن عدم العرف فعلى ربها. ابن حبيب وابن أبي زمنين: عرفنا على المكتري (وآلة بناء) من المدونة قال ابن القاسم: من أجرته على بناء دار فالأداة والفؤس والقفاف والماء والدلاء على ما تعارف الناس أنها عليه، وكذلك حثيان التراب على حافة القبر ونقش الرحا وشبهه، فإن لم تكن لهم سنة فآلة البناء على رب الدار ونقش الرحا على ربه (وإلا فعلى ربه) تقدم نص ابن بشير في الخيط ونص المدونة في آلة البناء ونقش الرحا (عكس إكاف وشبهه) ابن بشير: على رب الدابة تسليم ما العادة تسليمه معها من إكاف وبرذعة وحزام وسرج في الفرس وغير ذلك من معتاد لأن العرف كالشرط، وكذلك الحكم في إعانة الراكب في النزول والركوب في المهمات المكررة وكذا رفع الحمل (وفي السير والمنازل) ابن شاس: كيفية السير وتفصيله وقدر المنازل ومحل النزول في معمر أو صحراء معتبر بالعرف (والمعاليق) ابن شاس: يصف الحمل بالسعة والضيق ويعرف تفاصيل المعاليق، فإن

وَالزَّامِلَةَ، وَوَطَائِهِ بِمَحْمِلٍ، وَبَدَلَ الطَّعَامِ الْحَمُولِ، وَتَوْفِيرِهِ : كَتَرَعَ الطَّيْلَسَانَ قَائِلَةً، وَهُوَ أَمِينٌ، فَلَا

(وبدل الطعام المحمول) ش: يعني إذا نقص الطعام المحمول ببيع أو أكل فأراد به أن يوفيه، فإن كان فيه عرف عمل به، وإن لم يكن لهم عرف فعليه حمل الوزن الأول. نقله في التوضيح عن المدونة قال: وعكسه إذا استأجره على حمل مائة رطل فأصابه مطر حتى زاد فلا يلزمه إلا حمل الوزن الأول. قاله سحنون وانظره في ابن يونس. ص: (وتوفيره) ش: بالفاء كذا فسره الشارح. ص: (وهو أمين) ش: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: ومن اكرى ماعوناً أو غيره فلا ضمان عليه في هلاكه بيده وهو مصدق إلا أن يتبين كذبه. قول الشيخ: «مصدق» يريد ويحلف إن كان متهماً لقد ضاع ولا فرطت ولا يمين عليه إن كان غير متهم. قاله ابن القاسم. وقيل: يحلف مطلقاً، وقيل: يحلف غير المتهم ما فرط. انتهى.

فرع: والقول قول المستأجر في رد الشيء المستأجر إلا أن يكون قبضه بيينة. نص عليه ابن رشد وغيره وتقدم في العارية كلام ابن رشد فانظره، وانظر المقدمات، وانظر التوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: «وإن ادعى الرد الخ».

تنبيه: قال ابن الحاجب: والمستأجر أمين على الأصح. قال ابن عبد السلام: يعني أن من ملك منفعة بعوض فالقول قوله في تلف الذات التي قبضها لاستيفاء تلك المنفعة، سواء كانت تلك الذات من نوع ما لا يغاب عليه كالحيوان أو مما يغاب عليه كالجفنة أو لا. هذا هو

أطلق في شيء من ذلك وكان معلوماً في العادة صح العقد (والزاملة ووطائه بمحمل) من المدونة: إن أكرى محملاً لمكة ولم يذكر وطاء أو زاملة إن لم يذكر ما يحمل عليها من أرطال جاز، وحمل على فعل الناس فيهما لأن الزوامل عرفت عندهم وعليه أن يحمل له المعاليق وكلما عرفه الناس من الكراء لازم للمكري. عياض: الزاملة ما عمل في مثل الإخراج وشبهها وتشد على الدواب ونحو منها الراحلة (وبدل الطعام المحمول) من المدونة: إن انتقصت زاملة الحاج أو نفدت فأراد تمامها وأبى الحمال حملاً على عرف الناس (أو توفيره) سحنون: من اكرى دابة على حمل فيه خمسمائة رطل فأصابه في بعض الطريق مطر فزاد وزنه فامتنع الحمال من حمل الزيادة وقال ربه هو المتاع بعينه لم يكن على الحمال حمل الزيادة. ابن عرفة: مقتضى قولها بلزوم حمل ولد المرأة معها حمل زيادة البلل، وظاهر قول سحنون سواء كان عرف أم لا، ومقتضى قولها في زاملة الحاج اعتبار العرف (كتزع الطيلسان قائلة) من المدونة: إن استأجر ثوباً للبس نزع في الأوقات التي العادة نزع فيها كالليل والقائلة. ابن عرفة: هذا هو الصواب كقولها من استأجر أجيراً للخدمة استعمله على عرف الناس من خدمة الليل والنهار (وهو أمين فلا ضمان) ابن يونس: القضاء أن الأكرى والأجراء فيما أسلم إليهم كالأمناء عليه لا يضمنونه إلا الصناعات والأكرى على حمل الطعام والشراب والإدام خاصة إذ لا غنى عنه، فضمننا لصلاح العاملة كالصناعات إلا أن تقوم بينة بهلاكه بغير سببهم أو يكون معهم أربابه لم يسلموه إليهم فلا يضمنوا، وسواء حملوه على سفينة أو دابة أو

صَمَانٌ وَلَوْ شُرْطَ إِثْبَاتُهُ، إِنْ لَمْ يَأْتِ بِسِمَةِ الْمَيْتِ؛ أَوْ عَثَرَ بِدُهْنٍ؛ أَوْ طَعَامٍ بِآيِيَةٍ فَاثْبَتَتْ؛ وَلَمْ يَتَّعَدْ. أَوْ انْقَطَعَ الْحَبْلُ. وَلَمْ يَغْرُ بِفِعْلٍ:

المعروف في المدونة وغيرها، وأنكر بعضهم وجود الخلاف فيه في المذهب، ومن أثبتته لم يشبته عموماً كما يقتضيه ظاهر كلام المؤلف يعني ابن الحاجب: بل هو مقصور عندهم على ما يغاب عليه. انتهى ونحوه في التوضيح. قال في إجارة الحلبي والثياب من كتاب الإجارة من المدونة: ومن استأجر فسطاطاً أو بساطاً أو غرائر أو آنية إلى مكة ذاهباً وجائياً جاز ذلك، فإن ادعى حين رجوع ضياع هذه الأشياء في البداءة صدق في الضياع ولزمه لكراء كله إلا أن يأتي بينة على وقت الضياع، فإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضهم حلف وسقط عنه من يومئذ حصة باقي المدة. انتهى. وقال ابن رشد في شرح المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب تضمين الصناع: وحكم اكتراء العروض بشرط الضمان على قول مالك في هذه الرواية حكم بيع الثنيا يفسخ الكراء إلا أن يرضى المكتري بإسقاط الشرط، فإن فات الكراء كان على المكتري الأكثر من الكراء المسمى أو كراء المثل على غير شرط الضمان، ثم قال: وأما قوله في الدميائية فيمن اكترى دابة بالضمان أنه لا خير

رحل. قال الفقهاء السبعة من فقهاء التابعين: وإن اشترط عليهم ضمان العروض لم يلزم إلا أن يخالفوا في شرط يجوز. ومن الاستغناء: المكتري مصدق فيما ادعى إباقه من العبيد وتلفه من الدواب. ومن المدونة: من استعار دابة إلى موضع فضيع فذهبت ضمنها فإن وجدها وقد زادت أو نقصت أو كانت على حالها فهي له بما غرم فيها، ولو لم يضيعها فذهبت لم يضمن (ولو شرط إثباته). ابن المواز: إذا شرط الحاملون لا ضمان عليهم في الطعام أو أن عليهم ضمان العروض، وما لا يضمن فالشرط باطل والعقد فاسد (إن لم يأت بسمة الميت) لو قال «ولو لم يأت». لكان أولى. من المدونة قال مالك: ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعاوا من الغنم والدواب ولأناس شتى أو لرجل واحد، وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا ضمان عليه فيما هلك. قال ابن القاسم: وكذلك إن اشترطوا على أنه إن لم يأت بسمة ما مات منها ضمن فلا يضمن وإن لم يأت بها (أو عثر بدهن أو طعام أو آنية فانكسرت ولم يتعد أو انقطع الحبل ولم يغرم) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا قال المكري في كل عرض إنه هلك أو سرق أو عثرت الدابة فانكسرت القوارير فذهب الدهن صدق إلا أن يستدل على كذبه ولا يصدق في الطعام. قال مالك: ومن استأجرته يحمل لك على دوابه دهنًا أو طعاماً إلى موضع كذا فعثرت الدابة فسقطت فانكسرت القوارير فذهب الدهن أو هلك الطعام أو انقطعت الحبال فسقط المتاع ففسد، لم يضمن المكري قليلاً ولا كثيراً إلا أن يغرم من عثار أو ضعف الأحيال عن حمل ذلك فيضمن حيثئذ. اللخمي: إن تبين كذبه أو ذكر أن ذهابه كان على صفة أتى فيها بما لا يشبه ضمن (بفعل). ابن عرفة: ما تلف بسبب عيب دلسه المكري ضمن. من المدونة: من

كَحَارِسٍ وَلَوْ حَمَامِيًّا.

فيه ويرد إلى كراء مثله مما لا ضمان عليه، فظاهره كان أكثر من المسمى أو أقل، ومعناه إن فات الكراء وأنه يفسخ قبل فوته وإن ترك المكري الشرط وهو القياس خلاف رواية أشهب اهـ. فقول المصنف: «وهو أمين» يمكن أن يكون الضمير عائداً على المستأجر بكسر الجيم فيكون أشار إلى هذا، ويمكن أن يعود الضمير على المستأجر بالفتح وهو الذي يظهر من قوله: «ولو شرط إثباته إن لم يأت بسمة الميت»، ويكون مشيراً بذلك إلى قوله في المدونة: «ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد. ثم قال ابن القاسم: وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا شيء عليه وله أجر مثله بغير ضمان ناف على التسمية أو نقص. قال غيره: وإن كان ذلك أكثر من التسمية لم يزد عليها قال: ومحال أن يكون أكثر. قال ابن القاسم: وكذا إن شرطوا على الراعي أنه إن لم يأت بسمة ما مات منها ضمن فلا يضمن. وإن لم يأت بها، وله أجر مثله ممن لا ضمان عليه انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: ولا ضمان على الراعي فيما تلف أو ضل وعليه اليمين إن اتهم أنه ما فرط ولا تعدى ولا دلس، ويضمن إن فرط ولا ضمان عليه إن نام مغلوباً في إبان النوم إلا أن يأتي من ذلك ما ينكر، وإن شرط عليه الضمان فسخت الإجارة وله أجره المثل فيما رعى انتهى. وعلى هذا فقول المصنف: «ولو شرط إلى آخره» صحيح في نفي الضمان إلا أنه يوهم أن ذلك مع صحة العقد، وقد صرح في المدونة بفساده فتأمله والله أعلم.

مسألة: قال في الإرشاد في باب الإجارة: وتلزم بالفسادة أجره المثل. قال الشيخ زروق عند الفوات بما تفوت به من انقضاء العمل ونحوه: نعم وكل ما يفيت البيع الفاسد يفيت الإجارة الفاسدة لأنه كالبيع فيما يحل ويحرم، وقد يكون له الأقل من المسمى وأجره المثل في بعض الصور الفاسدة وقد يكون له الأكثر، وقد يحكم بالمسمى فقط لشبه الصحيحة وقد تسقط لانتفاء الموجب، فانظر ذلك كله انتهى.

اكثرى دابة أو ثوراً للطحن فربطه في المطحنة فكسرها أو أفسد آلتها لم يضمن ذلك مكربها إلا أن يغر وهو يعلم ذلك منها لقول مالك: من أكرى دابته عالماً أنها عشور ولم يعلمه ذلك فعثرت فانكسر ما عليها فهو ضامن. ابن عرفة: أخذ بعضهم من مسألة كسر الثور التضمين بالغرور بالقول لأن عقد الكراء إنما هو باللفظ يرد بأن إيجابه لزوم العقد يصيره كالفعل، فالقول إن تضمن عقداً كان غروراً بالفعل لا بالقول (كحارس ولو حمامياً). ابن الحاجب: أجبر الحراسة لا يضمن شيئاً. من المدونة قال مالك: من جلس يحفظ ثياب من دخل الحمام فضاع منها شيء لم يضمن لأنه بمنزلة الأجير. ابن المواز: قال مالك: من استؤجر يحرس بيتاً فنام فسرق ما فيه لم يضمن وإن غاب عليه وجميع الأجر له، وكذلك حارس النخل. قال ابن المواز: لا يضمن جميع الحراس إلا أن يتعدوا إن كان ما يحرسونه مما يغاب عليه أم لا، طعاماً أو غيره. وكذلك من يعطى متاعاً لبيعه

وَأَجِيرِ لِصَانِعٍ: كَسِمَسَارٍ. إِنْ ظَهَرَ خَيْرُهُ عَلَى الْأَظْهَرِ. وَنُوتِي غَرَقْتُ سَفِينَتَهُ يَفْعَلُ سَائِغٌ.

مسألة: قال في الطرر: وإذا ادعى الراعي أن بعض الغنم لم يصدق إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف، ونقله عن نوازل ابن رشد.

مسألة: إذا قال الصانع: هذا متاع فلان وقال فلان: ليس هو لي، فالظاهر أن القول قول الصانع. قال البرزلي مسألة: قال ابن الحاج: إذا احترق الخبز في الفرن فقال الفران: هو لفلان. وقال صاحبه: ليس هو لي، فالقول قول الفران. قاله ابن زرب ثم ذكر عن اللخمي ما مضمونه: إن كان ما يعمل للناس فإنه يصدق، وإن كان يعمل بنفسه لم يصدق. فانظره وأظنه في تضمين الصانع والله أعلم.

فرع: قال في الطرر في ترجمة وثيقة باستئجار جماعة لرعاية غنم: لا يجبر أهل الأفران وأهل الأزحاء وأهل الحمامات على طبخ ولا طحن ولا غيره وكذلك الصانع كلهم، ثم ذكر أن القضاء بطليطلة على جبر الفران على طبخ خبز جاره إذا امتنع بمثل ما يطبخ به خبز مثله. انتهى. ص: (وأجير لصانع) ش: يعني أن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه والضمان على الصانع. قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصانع: ويضمن القصار ما أفسد أجيره ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط. انتهى. ص: (وسمسار ظهر خيره على الأظهر) ش: هذا إذا ادعى ضياع المتاع، وأما لو ادعى أنه باعه من رجل والرجل ينكر فإنه يضمن لتفريطه بعدم الإشهاد. نص على ذلك ابن رشد في نوازله في آخر كتاب البيوع ونصه: وأما السمسار يدعي بيع السلعة من رجل عينه وهو ينكره فلا اختلاف في أنه ضامن لتركه الإشهاد لأنه أتلف السلعة على ربها إذا دفعها إلى المبتاع ولم يتوثق عليه بالإشهاد، ولا يراعى

فيضيع أو يضيع ثمنه إلا أن هذا الأجر له ولا ضمان عليه. (وأجير لصانع) من المدونة: يضمن القصار ما أفسده أجيره ولا شيء على الأجير. وفي سماع أصبغ من تضمين الصانع في الغسال يكثر عليه المتاع فيستأجر الأجراء يبعثهم إلى البحر بالثياب إنهم ضامنون. قال ابن رشد: ليس هذا بخلاف لما في المدونة لا ضمان على أجير القصار، لأنهم لما انقلبوا بها يعملون وغابوا عليها فهم كالصانع، سواء أخذ ذلك من التجار أو من الصانع مثلهم (وسمسار إن ظهر خيره على الأظهر) تقدم أن من يعطي متاعاً يبيعه لا ضمان عليه. قال ابن عرفة: وهذا واضح إن كان لم ينصب نفسه لذلك، وإن نصب نفسه فالأظهر أنه كالصانع، وأظن أني وقفت على ذلك لبعضهم في المجلس وهو من نصب نفسه في حانوته لشراء الأمتعة قال عياض: كثير من البلاد ينتصبون لذلك. وأما مسمى السمسار ففي ضمانه ما دفع له ليبيعه وما طلبه ربه لمشتري أمره بشرائه ثالثها ما لم يكن مأموناً. الأول لسحنون، والثاني للعتيبة، والثالث هو الذي أفتى به ابن رشد (ونوتي غرقت سفينته بفعل سائغ) من المدونة: إذا غرقت السفينة من أمر النواتية، فإن صنعوا ما يجوز لهم من المد والعمل فيها لم يضمنوا، وإن تعدوا فأغرقوا في مد أو علاج ضمنوا ما هلك فيه من الناس والحمولة. ابن

لَا إِنْ خَالَفَ مَرْعَى شُرْطَ أَوْ أَنْزَى بِلَا إِذْنٍ. أَوْ غَرَّ بِفِعْلٍ. فَقِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلْفِ. أَوْ صَانِعٍ فِي مَصْنُوعِهِ.

في هذا العرف بترك الإشهاد إذ ليس من المسائل التي يراعى فيها ذلك لافتراق معانيها. انتهى منه بلفظه. وانظر أول الإجارة من مسائل البرزلي، وانظر كلام القاضي عياض في آخر التدليس بالعيوب فقد أطل في ذلك. ص: (أو أنزى بلا إذن) ش:.

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم، سئل بعضهم عما كسر الراعي من الغنم. قال: أما ما كسره بالعصا حين يذودها بها فلا ضمان عليه، وأما ما كسره بالحجارة فعليه الضمان لأنه من التعدي انتهى.

فرع: قال في الترجمة المذكورة: قال في المؤلف لابن لبابة: إذا عقر الراعي من الغنم مرة وثانية وثالثة ولم يضمه صاحب الغنم وأمضاه على فعله ولم ينكر عليه ورضي لم يضمه بعد ذلك انتهى. ص: (أو صانع في مصنوعه) ش: قال ابن الحاجب: تلف بصنعه أو بغير صنعه. قال في التوضيح: كما لو ادعى أن سارقاً سرقه.

يونس: يريد في أموالهم. وقيل إن الديات على عواقبهم (لا إن خالف مرعى شرط) من المدونة: من شرط رعيه في موضع فرعى في غيره ضمن يوم التعدي وله أجره إلى يومه (أو أنزى بلا إذن) من المدونة: إن أنزى الراعي على الغنم بغير إذن أهلها ضمن (أو غر بفعل) ابن رشد: لا خلاف أن ما فيه تغرير من الأعمال كثقب اللؤلؤ واحتراق الخبز لا ضمان عليهم في شيء منه إلا أن يفرط أو يتعدى أو يأخذه من غير مأخذه بعمد أو جهل أو خطأ. ومن المدونة: إن سألت خياطاً قيس ثوب فزعم أنه يقطع قميصاً فابتعته بقوله فلم يقطعه، فلا شيء عليه ولا على بائعه. وكذلك الصيرفي يقول في درهم تربه إياه إنه جيد فيلغى رديئاً، فإن غرا من أنفسهما عوقبا ولا أجر لهما. قاله ابن القاسم في العتبية. ابن رشد: ولو قال للخياط إن جاء من هذا الثوب قميص فاقطعه لي ولك كذا فقطعه فلم يجيء منه قميص فإنه يضمه، وأما ما فيه تغرير كثقب اللؤلؤ واحتراق الخبز في الفرن فلا ضمان عليه اتفاقاً إن لم يخطأ في فعله، فإن أخطأ كأن تزل يد الخائن أو يقلع غير الضرس التي أمر بها فهي من جنابة الخطأ إن كان من أهل المعرفة، وإن غر من نفسه عوقب ويختلف على من الدية. وفي رسم طلق من تضمين الصناع إنما يسقط الضمان عن الفرن إذا بقي من الخبز ما يعرف به أنه خبز صاحبه، وأما إن ادعى أنه احترق ولم يأت منه بشيء يعرف أنه الخبز بعينه لضمن، ومثل هذا سواء الغزل يحترق في الفرن. وانظر في الكتاب المذكور في نوازل أصبغ منه في ثقب اللؤلؤ بين أن يتخذ في موضع الثقب أم لا فرق. ويقبل قوله في ذلك دون بينة لأن ما كان يجوز له أن يعمله يقوم له مقام شاهد. ومثل احتراق الخبز الثوب في قدر الصباغ والحجام يقلع ضرس الرجل فيموت بخلاف إذا قلع غير الضرس التي أمر بها فإنها من جنابة الخطأ (فقيمته يوم التلف) من المدونة: من أكرى دابة وهي عثور أو ربوض ولم يعلم المكتري بذلك فحمل عليها دهنًا من مصر إلى فلسطين فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش. وقال غيره: بمصر لأنه منها تعدى. (أو صانع في مصنوعه). ابن رشد: والأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون

لَا غَيْرِهِ وَلَوْ مُخْتِجاً لَهُ عَمِلَ.

فرع: قال في المسائل الملقوطة. قال في الكافي في الصانع: تضيع عنده السلعة فيغرم قيمتها ثم توجد أنها للصانع، وكذا لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكر فصاحله على شيء ثم وجد العبد قال ابن رشد في سماع يحيى: هو للمدعى عليه ولا ينقض الصلح، صحيحاً كان أو معيباً إلا أن يجده عنده قد أخفاه فيكون لربه. وفي التهذيب في المكتري يتعدى على الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد هي للمكتري انتهى.

تنبيه: قال في التوضيح: ابن رشد: والضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغرير، وأما إن كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقوم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب عند الصباغ فلا ضمان عليه فيها إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها، ونحوه لابن المواز انتهى.

تنبيه: تضمين الصانع من المصلحة العامة. قال في التوضيح: وذكر أبو المعالي أن مالكا كثيراً ما بيني مذهبه على المصالح وقد قال: إنه يقتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين. المازري: وهذا الذي حكاه أبو المعالي عن مالك صحيح انتهى. وفي بعض نسخ التوضيح ولكنه في تضمين الصانع، وانظر كلام القرافي في آخر شرح المحصول فإنه تكلم في مسألة المصالح المرسلة بكلام حسن، وأنكر ما ذكره إمام الحرمين عن مالك وقال: إنه لا يوجد في كتب المالكية فتأمله والله أعلم.

لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي ﷺ الضمان عن الأجير. وخصص العلماء من ذلك الصانع وضمنوه نظراً واجتهاداً لضرورة الناس. وكان هذا من الأمور الغائبة الغالبة التي تجب مراعاتها. وقول مالك إنهم ضامنون لما غابوا عليه وادعى تلفه ولم يعلم ذلك إلا بقولهم ولا ضمان عليهم فيما ثبت ضياعه بالبينة من غير تضييع، وتابعه على ذلك جميع أصحابه إلا أشهب فإنه ضمنهم وإن قامت البينة على التلف. ولقوله حظ من النظر لأنه كما وجب أن يضمنوا لمصلحة العامة لم يسقط الضمان عنهم بالبينة حسماً للذريعة، لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع. أصل ذلك شهادة الابن لأبيه ولأن من ضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة. أصله الغاصب، ولأن من قبض لمنفعة نفسه فضمن بلا بينة ضمن وإن قامت البينة. أصله القرض وقول مالك أصح (لا غيره ولو محتاجاً له). ابن شاس: قال محمد: يضمن الصانع ما لا صنعة له فيه إذا كان مما لا يستغنى عن حضوره عند الصانع مثل الكتاب المتسخ منه والمثال الذي يعمل عليه وجفير السيف الذي يصاغ على نصله إذا كان بحيث لو سلم للصانع بغير جفير فسد، ومثله ظرف القمح والعجين. وقال سحنون: لا ضمان عليه في ذلك كله. اللخمي: قول محمد أحسن. وقال ابن رشد: أما إذا كان الثوب غليظاً لا يحتاج لوقاية فلا خلاف أن الصانع لا يضمن المنديل وإلا ففي طرح ضمانه ثلاثة أقوال: الأول لسحنون، والثاني لابن حبيب، والثالث لابن المواز عن مذهب مالك. انظر آخر مسألة من سماع أشهب من تضمين الصانع ففيه كلام طويل، وذكر أنه لا ضمان

وَأَنْ يَبَيِّنَةَ. أَوْ بِلَا أَجْرٍ. إِنْ نَصَبَ نَفْسَهُ وَغَابَ عَلَيْهَا.

فرع: قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان فيما إذا مرض أحد الشريكين: ولو أجر رجلان أنفسهما بعمل شيء بعينه أو كانت الإجارة في الذمة لم يكن على أحدهما أن يوفي عمل الآخر وليس كالأول يعني شريكي الصنعة أولئك متفاوضان فلزم أحدهما ما لزم الآخر انتهى. يعني متفاوضين في العمل كالمفاوضين في المال.

فرع: قال: وقبله إذا كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه رجل آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب اهـ. وقال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: وإن أجزت رجلين على حفر بئر كذا فحفرها بعضهما ثم مرض أحدهما فأتمها الآخر فالأجرة بينهما، ويقال للمريض: أرض الحافر من حقلك، فإن أبي لم يقض عليه والحافر متطوع له. انتهى. ص: (إن نصب نفسه) ش: ابن عرفة: اللخمي: المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها كان بسوقها أو داره، وغير المنتصب لها من لم يقم نفسه مقاولاً منها معاشه. قلت: ظاهره ولو كان انتصابه لجماعة خاصة، ونص عياض على أن الخاص بجماعة دون غيرهم لا ضمان عليه. ونحوه لابن رشد في المقدمات. ونحو لفظ اللخمي سماع عيسى: لا ضمان على الصانع حتى ينصب نفسه للعمل. الصقلي إثر سماع عيسى قال بعض شيوخنا: معناه أنه عمله بغير أجر ولو أخذ عليه أجراً صار صانعاً فيضمن وحكى أنه منصوص للمتقدمين. قلت: ففي ضمانه بمجرد نصب نفسه أو بقيد عمومته للناس قولان، الظاهر سماع عيسى مع بعض شيوخه. الصقلي: وطريق عياض مع ابن رشد ص: (وغاب عليها) ش: يريد

عليه فيما لا يحتاج إليه في عمله كالاتي للخراز بزوجي خف ليعمل له في أحدهما وأنه مقبول قوله في تلف أحدهما، لكن الشيوخ اختلفوا في صفة تقويم الذي يجب عليه ضمانه منهما، هل يقوم وحده على أنه لا صاحب له أو يقوم معاً ثم يقوم الباقي وحده؟ (وإن عمل بيئته) سمع عيسى: لا ضمان على الصانع حتى يكون نصب نفسه للعمل. اللخمي: وسواء كان بسوقها أو داره (أو بلا أجر). ابن رشد: وسواء على مذهب مالك استعمل الصانع بأجر أو بغير أجر. قال في المدونة: ما قبضوه بغير بينة أو عملوه بغير أجر كغيره (أو نصب نفسه). ابن رشد: وهذا في الصانع المشترك الذي نصب نفسه للناس، وأما الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل للناس ولا ضمان عليه فيما استعمل إياه أو سلم إليه أو عمله في منزل رب المتاع (وغاب عليها) ابن رشد: يضمن الصانع كلما أتى على أيديهم من خرق أو كسر أو قطع إذا عملوه في حوائثهم وإن كان صاحبه قاعداً معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب اللؤلؤ ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفرن والثوب في قدر الصباغ وما أشبه ذلك، فإنه لا ضمان عليهم فيما أتى على أيديهم فيه إلا أن يعلم أنه تعدى فيها أو أخذها على غير وجه مأخذها فيضمن حيثئذ. ومثل ذلك البيطار يطرح الدابة فتموت من ذلك، أو الخاتن يختن الصبي فيموت من ختانه،

فَبِقِيَمَتِهِ يَوْمَ دَفْعِهِ. وَلَوْ شَرَطَ نَفْسَهُ. أَوْ دَعَا لِأَخْذِهِ. إِلَّا أَنْ تَقَوْمَ بَيْتَهُ: فَتَسْقُطُ الْأَجْرَةُ،

في بيته فشمّل شرطين: الأول: أن لا يكون عمله في بيت رب السلعة وإن كان. في بيته فلا

أو الطبيب يسقي المريض فيموت من سقيه، أو يكويه فيموت من كيه، أو يقطع منه شيئاً فيموت من قطعه، أو الحجام يقلع ضرس الرجل فيموت المقلوعة ضرسه، فلا ضمان على واحد من هؤلاء في ماله ولا على عاقلته في جميع هذا لأنه مما فيه التفرير على ذلك الشيء فكان صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه. وهذا إذا لم يخطيء في فعله، وأما إذا أخطأ مثل أن يسقي الطبيب المريض ما لا يوافق مرضه، أو تزل يد الخاتن أو القاطع فيتجاوز في القطع، أو الكاوي فيتجاوز في الكي، أو يد الحجام فيقطع غير الضرس التي أمر بها، فإن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك خطأ يكون على العاقلة إلا أن يكون أقل من الثلث فيكون في ماله، وإن كان مما لا يحسن وغر من نفسه فعليه العقوبة. واختلف على من تكون الدية فقال ابن القاسم: على العاقلة، وظاهر قول مالك أنها عليه. وانظر ابن رشد إذا عملوه في حوانيتهم، فإن كان صاحبه قاعداً معه. وله في رسم جعل من تضمين الصناع قال ابن القاسم: إن الصناع ضامن لما أفسد من الأعمال التي يعملها في داره أو في حنوته من غر نفسه أو لم يغر صحيح لا اختلاف فيه إلا أن يكون فيه الفساد من أمر غريب كالنار أن يثبت عليه تفريط. قال: وأما إذا أتى الرجل بالصانع إلى داره فعمل عنده فلا بأس عليه فيما أفسد في عمله إلا أن يغر من نفسه أو يثبت عليه أنه تعدى في عمله لأنه أجير ومؤتمن. وله في سماع ابن خالد: وما علم أنه ليس من فعلهم من قرض فأر أو نخس سوس قال ابن القاسم: وفي المدونة: لا ضمان عليهم فيه أن يضيعوا. ومثل قرض الفأر اختلف إذا ثبت أنه ليس لهم في الفأر سبب. قال مالك في رواية ابن وهب: وكذلك الرهن بين أن يتلف بسيل أو صاعقة أو يكون له في ذلك سبب فرق. وهذا بخلاف ما إذا احترق بيته أو سرق أو ذهب به سيل فادعى أن المطر تلف في جملة متاع بيته اهـ. انظر هذا عند قوله في الرهن: «بكحرقة» (فبقيمته يوم دفعه) ابن رشد: إذا ادعى الصناع ضياع المتاع الذي استعمل إياه فإنه يضمن قيمته يوم دفع إليه على ما يعرف من صفته حينئذ إلا أن يقر أن قيمته يوم ضاع كان أكثر من قيمته يوم دفعه إليه، فيكون عليه قيمته يوم أقر أنه تلف عنده أو يظهر عند الصناع بعد دفعه إليه بمدة فيكون عليه قيمته يوم ظهر عنده على ما شهد به من قيمته يومئذ، وإن كانت قيمته يومئذ أقل من قيمته يوم دفعه إليه وكذلك الرهن والعارية (ولو شرط نفيه) ابن رشد: إن اشترط الصناع أن لا ضمان عليه لم ينفعه شرطه وكان عليه الضمان. هذا قول مالك في المدونة. وينبغي على هذا أن يكون له أجر مثله لأنه إنما رضي بالأجر المسمى لإسقاط الضمان عليه (أو دعا لأخذه) من المدونة: إذا دعاك الصناع لأخذ الثوب وقد فرغ منه ولم تأخذه فهو له ضامن حتى يصل إلى يدك. ابن عرفة: هذا إن لم يقبض أجره (إلا أن تقوم بينة) من المدونة: ما قامت بينة أنه ضاع أو سرق أو احترق بمعاينة بينة بغير سبب الصناع لم يضمنه (فتسقط الأجرة) من المدونة قال ابن القاسم: لكل صانع أو حمال على ظهر أو سفينة منع ما حمل أو عمل حتى يأخذ أجره، فإن هلك ذلك بأيديهم في منعهم فالصانع ضامنون ولا

وَالْأَنْ يُخْضِرَهُ بِشَرْطِهِ وَصَدَّقَ إِنْ ادَّعَى خَوْفَ مَوْتٍ: فَتَحَرَ أَوْ سَرَقَهُ مَنَحُورَهُ، أَوْ قَلَعَ ضِرْسٍ أَوْ صَبَّغًا: فَتَوَزَّعَ. وَفُسِّخَتْ بِتَلْفٍ مَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ، لَا بِهِ إِلَّا صَبِيَّ تَعْلِيمٍ وَرَضْعٍ، وَفَرَسٍ نَزْوٍ، وَرَوْضٍ،

ضمان عليه جلس معه ربها أم لا، عمل بأجر أم لا. الثاني: أن لا يكون ربه ملازمه وإلا فلا ضمان عليه. قاله في التوضيح. ص: (وصدق إن ادعى خوف موت فنحر) ش: قاله في المدونة: وهذا إذا جاءه بالشاة منحورة أو بثمانها أو ادعى أنها سرقت منه بعد الذبح، وأما لو أكلها فلا يصدق. قاله أبو عمران في الكافي ونقله أبو الحسن الصغير. وقال في المسائل الملقوطة: وإن أتى بشاة مذبوحة قال: خشيت عليها الموت، صدق في قول ابن القاسم. وكذلك إذا قال: سرقت بعد الذبح وضمنه غيره انتهى. وانظر هل يصدق في هذه المسائل بيمين أم لا. ص: (لا به إلا صبي تعليم ورضع وفرس نزو وروض) ش: قال الشارح في الوسط: الحق بهذه الأربع مسائل وهي أن من استأجر على أن يحصد أرضه وليس له غيرها، أو يبني له حائطاً ثم حصل مانع من ذلك، والخياط والحائك يدفع إليه ثوب ليعمله للباس لا للتجارة وليس عنده غيره، والطبيب يوافق على معافاة العليل مدة فيموت قبلها. وألحق بعضهم ما إذا استأجر على الجواهر النفيسة ليضع فيها شيئاً فهلكت والعلة في ذلك تعذر الخلف غالباً انتهى. ونقلها صاحب المسائل الملقوطة.

أجر لهم إلا أن تقوم بينة على الضياع فلا ضمان عليهم ولا أجر لهم، لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلى أربابه. من المدونة: إن احترق الثوب عند القصار أو أفسده أو ضاع عنده بعد القسارة ضمن قيمته يوم قبضه أبيض، وليس لربه أن يغرمه قيمته مصنوعاً أو يعطيه أجره (إلا أن يحضره لربه بشرطه) اللخمي: لو أحضر الصانع الثوب ورآه صاحبه مصبوغاً على صفة ما شارطه عليه وكان قد دفع الأجرة ثم تركه عنده فادعى ضياعه لصدق ولأنه أمين، وقد خرج عن حكم الإجارة وصار إلى الإيداع (وصدق إن ادعى خوف موت فنحر أو سرقة منحوره) من المدونة قال ابن القاسم: والراعي مصدق فيما هلك أو سرق، ولو قال: ذبحتها ثم سرقت صدق، ولو خاف موت الشاة فأتى بها مذبوحة صدق ولم يضمن (أو قلع ضرس) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا قلع الحجام ضرس رجل بأجر فقال له: لم أمرك إلا بقلع الذي يليه فلا شيء عليه لأنه علم به حين قلعه فتركه وله أجره إلا أن يصدقه الحجام فلا يكون له أجر، يريد ويكون عليه العقل في الخطأ والقصاص في العمد (أو صبغ) من المدونة: إن صبغه أحمر أو أسود وقال بذلك أمرني ربه وقال ربه أخضر، صدق الصانع إلا أن يصبغه صبغاً لا يشبه مثله (فتوزع فيه) انظر هذا الضمير هل يعود على ما ذكر (وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به إلا صبي تعليم ورضاع وفرس نزو وروض) لو قال: «لا له» لتنزل على كلام ابن رشد. وعبارته أعني ابن رشد: إن استأجره على عمل في شيء بعينه لا غاية له إلا بضرب الأجل وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنماً بأعيانها أو يتجر له في مال شهراً أو سنة، فمذهب المدونة أن هذه الإجارة لا تجوز إلا بشرط الخلف إلا في أربع مسائل،

وَمِنْ لِقْلَعٍ فَسَكَنْتَ كَعَفْوِ الْقِصَاصِ،

فرع: قال في مسائل الإجارة من البرزلي: سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم قال: فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم. ومثله لسحنون، ولغيره يكون له جميع الأجر لأن المنع لم يأت من قبله انتهى. وقال ابن عرفة: قال سحنون في وثائقه: إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل ما مطر لم يكن له بحساب ما عمل من النهار وأجيره له كل الأجر لأن المنع لم يكن منه. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف. انتهى. ذكره في الكلام على ما تفسخ به الإجارة. ص: (وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص) ش: قال ابن عرفة: ابن شاس: وتفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون ألم السن المستأجر على قلعهما، أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة: قلت: هذا إذا كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب

فإن الإجارة تنفسخ فيها بموت المستأجر له، وموت الصبي المستأجر على تعليمه، وموت الصبي المستأجر على رضاعه، وموت الدابة المستأجر على رياضتها، وعقوق الرمكة قبل تمام الأكوام المشترطة اهـ. وانظر أيضاً قول الشيوخ الحق المتعلق بمعين يسقط بسقوطه. وعبارة ابن الحاجب: تنفسخ الإجارة بتلف العين المستأجرة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار، وأما محل المنفعة فإن كان مما يلزم تعيينه كالرضيع والمتعلم فكذلك وإلا لم تنفسخ على الأصح كثوب الخياطة. ومن ابن يونس: الأشياء المستأجر عليها لا تتعين لو استأجره على حمل متاع أو طعام ما احتاج إلى شرط خلفه إن هلك والحكم يوجب خلفه ثم أخبر عن نفسه أنه يقول بقول الغير إنه جائز أن يستأجره على رعاية غنم بأعيانها من غير اشتراط خلف، لأن الحكم يوجب الخلف، ومن الموازية: من استؤجر فيه على عمله أو حمله أو رعايته فلا يصلح أن يشترط أنه ذلك بعينه لا غيره، فيصير رب تلك الأشياء لا يقدر أن يبيعها ويأتي بغيرها قبل تمام المدة، وإن هلكت لم يقدر أن يأتي بغيرها. ولو أراه حين العقد ما يعمل أو يحمله أو يرعاه فإن ذلك كالصفة بما يعمل أو يحمل أو يرعى، فإن شرط أنه بعينه لا يعدوه لم يجز. وقد تقدم قول ابن الحاجب عند قوله: «ودابة لركوبها» أن الراكب إن عين لم يلزم. وقد تقدم عند قوله: «وإلا فله الخلف على أجر كراكب» قول مالك في المدونة إنهم لم يزفوا عروساً في تلك الليلة أن عليهم الكراء. وسيأتي أيضاً إذا عين اليوم فتأخر انفسخ الكراء ولذهاب اليوم المعين. ويرد الكراء ولا يستعمله به في يوم آخر لأنه فسخ دين في دين. وقال المتيطي: إن اكترى دابة ليزف عليها عروساً ليلة معينة فتأخر الزفاف لمرض أو عذر لم يكن عليه كراؤها، وإن كان التأخير اختيارياً لزمه الكراء وله أن يكريها في مثله اهـ. فانظر أنت هذا كله ومن ابن يونس: اختلف فيمن استأجر على حصاد زرع فهلك الزرع قبل الحصاد فقال: يحصد له زرعاً آخر، وقيل: تنفسخ الإجارة ويغرم الأجير ثمن الجزء الذي له إن كان استأجره بجزء منه. (وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص) ابن شاس: تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً كسكون

وَبَغْضَبِ الدَّارِ، وَعَضْبٍ مَنْفَعَتِهَا، وَأَمْرَ السُّلْطَانِ بِإِغْلَاقِ الْحَوَانِيَتِ، وَحَمْلِ ظَفِيرٍ، أَوْ مَرَضٍ لَا تَقْدِرُ
مَعَهُ عَلَى رِضَاعٍ وَمَرَضٍ عَبْدٍ وَهَرَبِهِ لِكَعْدُوٍّ، إِلَّا أَنْ يَزْجَعَ فِي بَقِيَّتِهِ

أله؟ والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل وفي يمينه مع ذلك نظر، والأظهر أنها
كأيمان التهم. انتهى. ص: (وحمل ظفر) ش: أي وتنفسخ الإجارة بحمل الظفر أي المرضعة
لأنه يخاف على الولد من لبنها. قال في المدونة في كتاب الجعل والإجارة: وإذا حملت الظفر

ألم السن المستأجر على قلعها والعفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. ابن عرفة: هذا إن كان
العفو من غير المستأجر وانظر هل يقبل قول المستأجر في سكون ألمه والأظهر أنه لا يصدق
(وبغضب الدار) في الواضحة: من اكرت داراً سنة أو شهراً فقبضها ثم غصبها إياه السلطان
فمصبية ذلك على ربها ولا كراء له فيما بقي. وقاله مالك في المسودة حين أخرجوا المتكاريين
وسكنوا، وكذا في سماع ابن القاسم (وغضب منفعتها) ابن حبيب: وسواء غصبوا الدور من أصلها
وأخرجوا منها أهلها وسكنوها لا يريدون إلا السكنى حتى يرتحلوا (وأمر السلطان بإغلاق
الحوانيت) ابن حبيب: وكذلك الحوانيت يأمر السلطان بغلقها الأكرء على مكترها من ربها. وقال
سحنون: الجائحة من المكترى. ولابن حبيب في ذلك تفريق. ابن يونس: ليس هذا كله بشيء لأن
كل ما منع المكترى من السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب، فهو بمنزلة
ما لو منعه أمر من الله كأنهدام الدار أو امتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض، فلا كراء عليه
في ذلك كله لأنه لم يصل إلى ما اكرت، وقال أصبغ: من اكرت رحاً سنة فأصاب أهل ذلك
المكان فتنة جلوا بها من منازلهم وجلا معهم المكترى أو بقي آمناً إلا أنه لا يأتيه الطعام لجلاء
الناس، فهو كبطلان الرحا بنقص الماء أو كثرته، ويوضع عنه قدر المدة التي جلوا فيها. وكذلك
الفنادق التي تكرى لأيام الموسم إذا أخطأها ذلك لفتنة نزلت أو غيرها بخلاف الدار تكرى ثم
تنجلي الفتنة وأقام المكترى آمناً أو رحل للوحشة وهو آمن، فإن هذا لا يلزمه الكراء كله، ولو انجلى
للخوف سقط عنه كراء مدة الجلاء. اه قول ابن يونس (وحمل ظفر) من المدونة: إن حملت
المرضعة فخافوا على الصبي ألهم فسوخ الإجارة؟ قال: نعم ولا أحفظه عن مالك. ونقل اللخمي
فسوخه بمجرد الحمل لا بقيد الخوف على الولد قائلاً: لأن رضاع الحامل يضر الولد (أو مرض لا
تقدر معه على رضاع) من المدونة: إن مرضت الظئر بحيث لا تقدر على رضاع الصبي فسوخ
الإجارة، فإن صحت في بقية منها جرت على رضاعه بقيتها ولها من الأجر بقدر ما أرضعت ولا
عليها إرضاع ما مرضت. قال غيره: إلا أن يكونا تفاسخا (ومرض عبد وهربه لكالعدو إلا أن
يرجع في بقيته) من المدونة قال ابن القاسم: من آجر عبده ثم هرب السيد إلى بلد الحرب فالإجارة
بحالها لا تنتقض، وأما إن هرب العبد لبلد الحرب أو أبق فإن الإجارة تنفسخ بينهما إلا أن يرجع
العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها. قال مالك: وكذلك لو مرض العبد المستأجر مرضاً بيناً انفسخت
الإجارة بينهما إلا أن يصح العبد قبل تمام المدة فيلزمه تمامها. قال غيره: إلا أن يكونا تفاسخا أو

بِخِلَافٍ مَرَضٍ دَابَّةٍ يَسْفَرُ ثُمَّ تَصْحُحُ، وَخَيْرٌ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ سَارِقٌ، وَبِرُشْدٍ صَغِيرٍ عَقَدَ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى

فخيف على الولد فلهم فسخ الإجارة انتهى. قال البساطي: فإن قلت: كلام المدونة يخالف كلام المؤلف من وجهين: أحدهما أنه قال فيها: «إذا خيف» والمؤلف أطلق. والثاني أنه قال فيها «فلهم الفسخ» والمصنف جزم. قلت: قد يجاب عن الأول بأن الغيلة مضمونة بالحمل فأحال في المدونة على الخوف إشارة إلى العلة، وأطلق المصنف إشارة إلى المظنة مع أنك إذا تأملت وجدت الخوف على الولد مقطوعاً به عند الحمل والذي قد يكون وقد لا يكون إنما هو حصول الضرر، وأما الثاني فالظاهر وروده على كلام المصنف انتهى. قلت: قد قدم المصنف هذه المسألة على ما في المدونة فقال: ولزوجها فسخه إن لم يأذن كأهل الطفل إذا حملت. وتقدم هناك عن الشيخ أبي الحسن أنه إن خيف على الصبي الموت وجب عليهم الفسخ، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فلهم تركه على الكراهة، وقد تقدم أن هذا الذي قاله أبو الحسن إنما يكون والله أعلم مع عدم تحقق الضرر، وأما لو تحقق الضرر لوجب عليهم الفسخ فجزم المصنف هنا بالفسخ اعتماداً على ما قدمه على أنه لا دليل في كلامه على تحتم الفسخ بل أكثر المسائل التي ذكرها لا يتحتم فيها الفسخ. نعم يعترض على المصنف في تكرارها إلا أن يقال: أراد جمع النظائر التي تفسخ فيها الإجارة وفيه نظر، إذ ليس في كلامه استيفاء لها فتأمله والله أعلم. ص: (وبرشد صغير عقد عليه) ش: عبارة المدونة «فاحتلم» لكن قيده الشراح بأن يكون

فسخ ذلك بينهما قبل ذلك فلا يلزمه تمامها. ابن يونس: وكذلك الدار ينهدم بعضها ثم يصلحها ربها قبل الفسخ وقد بقي بعض المدة فيلزمه تمامها، وأما لو انهدم جميعها ثم بناها فلا يلزم المكتري سكنى بقية المدة. ومن العتبية وإن تراوغ العبد المستأجر حتى تمت المدة انفسخت الإجارة، وإن عمل شيئاً فله بحسابه وهذا في شهر أو سنة معينة. وإنما الذي يلزمه عمله بعد ذلك مثل أن يقول: اطحن لي في هذا الشهر في كل يوم وبيبة فهذا لا يضر ذكر الوقت، ويلزمه العمل بعد ذلك وليس بواقع على وقت ولكن على عمل مسمى، وكمن قال للسقاء: اسكب لي في هذا الشهر ثلاثين قلة فتراوغ فيه فذلك باقٍ عليه (بخلاف مرض دابة بسفر ثم تصح) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا اعتلت الدابة المكتراة في الطريق، يريد وهو بعينها فسخ الكراء، وإن صححت بعد ذلك لم يلزمه كراؤها بقية الطريق بخلاف العبد للضرورة في صبر المسافر عليها وهي إن صححت بعده لم تلحقه وإن لحقته فلعله قد اكترى غيرها. ابن يونس: يريد وكذلك لو كان كراؤه للعبد في السفر لأنه يلحقه فيه من الضرورة ما يلحقه في الدابة، وإنما اختلفا. لأن مسألة العبد في الحضر. قاله بعض فقهاءنا (وخير إن تبين أنه سارق) من المدونة: من استأجر عبداً للخدمة فألفاه سارقاً فهو عيب يرد به كالبيع، ولأنه لا يستطيع التحفظ منه بخلاف ما إذا ألفت المساقى سارقاً. ابن يونس: لأن أجير الخدمة قد ملكت جميع منافعه فهو كالشراء، والمساقى إنما هو أجير في شيء بعينه فأنت تقدر على التحفظ منه (وبرشد صغير عقد عليه أو

سَلْعِهِ وَلِيٍّ. إِلَّا لِظَنِّ عَدَمِ بُلُوغِهِ، وَبَقِيَ كَالشَّهْرِ: كَسَفِيهِ، ثَلَاثَ سِنِينَ، وَيَمُوتُ مُسْتَحِقُّ وَقْفِ
آجَرٍ، وَمَاتَ قَبْلَ تَقْضِيهَا عَلَى الْأَصْحَحِ، لَا بِإِقْرَارِ الْمَالِكِ،

رشيداً إذ لا يكفي مجرد الاحتلام في المحجور. انظر ابن عرفة. ص: (وبموت مستحق وقف
آجر ومات قبل تقضيها على الأصح) ش: قال في الجواهر: إذا مات البطن الأول من أرباب
الوقف بعد الإجارة قبل تقضي مدتها انفسخت الإجارة في باقي مدة الإجارة لأنه تناول
بالإجارة ما لا حق له فيه. وقيل: إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزم باقيها انتهى. ونقل ابن
الحاجب القولين من غير ترجيح، قال ابن عرفة: ولا أعرف الثاني لغير ابن شاس، ولم يعزه ابن
هارون ولا ابن عبد السلام، وظاهر أقوال الشيوخ نفيه ثم ذكر عن ابن رشد والمتيطي وابن
فتوح أنه ينقض بموت المستحق.

تنبيه: قال في الإرشاد في باب الوقف: وتنفسخ بموت الآيل إليه الوقف لا المستأجر.
قال الشيخ سليمان البحيري في شرحه ناقلاً عن شرح مؤلفه المعتمد: معنى قولنا أنها تنفسخ
بموت مستحق الأجرة أنه إن كان الوقف على بطن بعد بطن فأجر البطن الأعلى ثم مات قبل
انقضائها انفسخت فيما بقي، لأن ملك المنفعة انتقل بالموت للبطن الآخر ممن يرجع إليه الوقف،
فقد تبين أنه آجر ملكه وملك غيره بخلاف موت الناظر إذا لم يكن من أهل الوقف وموت

على سلعه ولي إلا لظن عدم بلوغه وبقي كالشهر كسفينه ثلاث سنين) من المدونة قال ابن القاسم:
من آجر يتيماً في حجره ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة ولم يظن ذلك به فلا يلزمه باقي المدة إلا أن يبقى
كالشهر ويسير الأيام، ولا يؤاجر وصي يتيمه ولا أب ولده بعد احتلامه. قال يحيى: ورشده وإن
أكرى الوصي ربع يتيمه ودوابه ورقيقه سنين واحتلم الصبي بعد مضي سنة، فإن كان يظن بمثله أنه لا
يحتلم في مثل تلك المدة فعجل عليه الاحتلام وأونس منه الرشد فلا فسخ له ويلزمه باقيها لأن الوصي
صنع ما يجوز له، وأما إن عقد عليه أمداً يعلم أنه يبلغ فيه لم يلزمه في نفسه ولا فيما يملك من ربع
وغيره، وكذلك الأب. وأما سفیه بالغ وآجر عليه ولي أو سلطان ربه ورقيقه سنتين أو ثلاثاً ثم انتقل
إلى حال الرشد فذلك يلزمه لأن الولي عقد يومئذ ما يجوز له (وبموت مستحق وقف آجر ومات قبل
تقضيها على الأصح). ابن رشد: إن مات البطن الأول من ذوي الوقف بعد الإجارة قبل تمام مدتها
انفسخت الإجارة في باقي المدة لتناولها ما لا حق للمستأجر فيه. وقيل: إن أكرى مدة يجوز الكراء
إليها لزم باقيها. ابن عرفة: لا أعرف هذا القول الثاني لغير ابن شاس. من المدونة: إن أعمرك رجل
حياتك خدمة عبد لم تؤاجره إلا لمدة قليلة كسنة أو سنتين أو أمداً مأموناً، ولو أوصى لك بخدمة عشر
سنين وأكريمته فيها جاز. وهذا خلاف المخدم حياته لأنه إن مات المخدم سقطت الخدمة والمؤجل يلزم
باقيها لورثة الميت (لا بإقرار المالك). ابن عرفة: قول ابن الحاجب: لا تنفسخ الإجارة بإقرار المكري
بغصب المكري واضح كقول المدونة في لغو إقرار الراهن بجناية العبد الرهن بعد رهنه لا يقبل على

أَوْ خُلْفِ رَبِّ ذَابَّةٍ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ. أَوْ حَجَّ وَإِنْ فَاتَ مَقْصِدُهُ أَوْ فُسِقَ مُسْتَأْجِرٌ، وَأَجَرَ الْحَاكِمُ، إِنْ لَمْ

المستأجر فإنه لا يفسخ انتهى. ص: (أو خلف رب دابة في غير معين وحج) ش: وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم فينظر في ذلك، فإن رأى أن في الصبر ضرراً فسخ الكراء، وإن لم يضر لم يفسخ. نقله ابن عرفة عن اللخمي ثم قال ابن عرفة: ولو غاب كرى مضمون ووجد له مثله لم يستحقه مكترهه إلا بالحكم وإن لم يوجد وله ما يكرى به عليه أكرى عليه الحاكم منه، وإن لم يكن له شيء وضاع المكتري بسلفه جاز إن علم له مال، وإن لم يعلم ففي صحة سلفه لذلك قولاً ابن القاسم ومحمد. ورجح اللخمي الأول بالقياس الأحروي على منع غرماء مفلس طاع برد ما ابتاعه لبائعه لعجزه عن ثمنه بسلفهم إياه الثمن لربح فيه انتهى. ص: (أو فسق مستأجر) ش: قال في المدونة: وإذا ظهر من مكترى الدار دعارة وخلاعة وفسق وشرب خمر لم ينقض الكراء، ولكن الإمام يمنعه ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراها عليه. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: من اكترى داراً وله جيران سوء فله ردها لأن ذلك عيب، ولهذا قال مالك فيمن اشترى داراً ولها جيران سوء: إنه عيب ترد به قال الشارع:

يقولون لي بعت الديار رخيصة ولا أنت مديون ولا أنت مفلس
فقلت لهم كفوا الملامة واقصروا بجيرانها تغلو الديار وترخص
انتهى.

المرتهن (أو بتخلف رب الدابة في غير معين وحج وإن فات مقصده) من المدونة قال مالك: وإن اكترت من رجل إبله إلى بلد فهرب بها والكراء إلى مكة وغيرها، تكارى عليك الإمام ورجعت عليه بما اكترت به. ابن المواز: إنما يكرى عليه إذا كان له مال معروف. ومن المدونة: وإذا تغيب الجمال يوم خروجك فليس لك عليه إن لقيته بعد ذلك إلا الركوب أو الحمل وله كراؤه، وهذا في كل سفر في كراء مضمون إلا الحاج فإنه يفسخ وإن قبض الكراء ورده لزوالم إبانته. ابن المواز: لأن أيام الحج معينة فإذا فاتت انفسخ الكراء، وكذلك كل ما اكترى أياماً بعينها ولا يتمادى وإن رضيا. ابن يونس: وهذا إذا نقده الكراء لأن بذهاب الأيام معينة يجب فسخ الكراء ورد ما انتقد فلا يجوز أن يأخذ في ذلك ركوباً لأنه فسخ دين في دين. ومن المدونة قال مالك في الدابة بعينها يكتريها ليركبها إلى غد فيغيب ربهما ثم يأتي بعد اليومين والثلاثة فليس له إلا ركوبها. ابن يونس: يريد لأنه لم يقصد تعيين اليوم وإنما قصد الركوب، قال غيره: ولو رفع إلى الإمام النظر وفسخ ما آل إلى الضرر قال ابن القاسم: وإن أكرها أياماً معينة انتقض الكراء فيما غاب منها كالعبد يستأجره شهراً بعينه يمرض أو يابق فإنه تنتقض الإجارة، وكذلك شهراً بعينه في الراحلة بعينها لركوب أو طحن أو غير ذلك بخلاف المضمون. وقال ابن القاسم: إذا اكترى على الحج فلم يأت الكري حتى فات الإبان فإن المكتري بخير، فإن شاء بقي لقابل بخلاف الأيام معينة إذا فاتت لا بد من الفسخ. انظر بعد هذا عند قوله: «وعدم بيان الابتداء» (أو فسق مستأجر وأجر الحاكم إن لم يكف) من المدونة: وإذا ظهرت من مكترى الدار خلاعة

يُكْفُ، أَوْ يَعْتَقُ عَبْدٌ وَحُكْمُهُ عَلَى الرَّقِّ. وَأَجْرَتُهُ لِسَيِّدِهِ، إِنْ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَهَا.

وقال ابن عرفة: وروى ابن حبيب في فساق ذي دار بين الناس يعاقبه السلطان ويمنعه فإن لم ينته بيعت عليه، اللخمي: وأرى أن يبدأ بعقوبته فإن لم ينته أكرت عليه، فإن لم ينته عن أذايته لإتيانه إليها بيعت عليه، وسمع أبو زيد ابن القاسم آخر مسألة من كتاب السلطان قال مالك في فاسق يأوي إليه أهل الفسق يخرج من منزله وتخرج عليه الدار والبيوت ولا تباع عليه لعله يتوب. ابن القاسم: يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثاً فإن لم ينته أخرج وأكرى عليه. ابن رشد: رواية ابن حبيب يباع عليه خلاف هذا السماع، وقوله فيها أصح لما ذكره من رجاء توبته ولو لم تكن الدار له إلا بكراء أكرت عليه ولم يفسخ كراؤه. ابن عرفة: لأن فسخ الكراء مضر على رب الدار، ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على من لا ترتفع مضره فسقه إلا برفع ملكه. وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع مضرته بمجرد كرائها عليه. ابن رشد: وروى يحيى بن يحيى أنه قال: أرى أن يحرق بيت الخمار. قال: وأخبرني بعض أصحابنا أن مالكا كان يستحب حرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر. قيل له: فالنصراني يبيعها بين المسلمين؟ قال: إن تقدم إليه فإن لم ينته أحرقت بيته. قال: وحدثني الليث أن عمر بن الخطاب أحرق بيت رويشد الثقفي لأنه كان يبيع الخمر وقال: أنت فويسق لا رويشد انتهى والله أعلم.

وفسق وشرب خمر لم ينتقض الكراء ولكن الإمام يمنعه من ذلك ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجهم أخرجهم وأكراها عليه. ابن حبيب: وكذلك إذا ظهر فيها الدعارة والطنابير والزمر وشرب الخمر وبيعها فليمنعه الإمام وليعاقبه، فإن لم ينته أخرجهم عن جيرانه وأكراها عليه ولا يفسخ الكراء. وقال مالك في الفاسق يعلن مثل ذلك في دار نفسه إنه يعاقبه على ذلك، فإن لم ينته باع الدار عليه (أو يعتق عبداً) من المدونة: من أجر عبده سنة أو أخدمه ثم أعتقه قبل السنة لم يعتق حتى تتم، ولو مات السيد قبل السنة لم تنتقض الإجارة ولا الخدمة، ويعتق العبد لتتمام السنة من رأس ماله إلا أن يترك المستأجر أو المخدم. قال في سماع عيسى: والكراء للسيد وإن لم يستثن ماله وإن كانت أمة لم يطأها. ابن حبيب: الإجارة أملك به وأحكامه أحكام عبد فاختلف في إجارته فقال مالك: يسأل السيد إن أراد أنه حر بتمام الأجرة صدق والأجرة له ولم يقبضها، وإن أراد تعجيل عتقه فهل للعبد قبضها أم لا؟ (وحكمه على الرق) تقدم قول ابن حبيب: أحكامه أحكام العبد (وأجرتة لسيدته إن أراد أنه حر بعدها) تقدم قول مالك: يسأل السيد. وتقدم ما في سماع عيسى فانظره أنت.

فصل في الكراء

وَكَرَاءِ الدَّابَّةِ كَذَلِكَ، وَجَازَ عَلَيَّ أَنْ عَلَيْنِكَ عَلْفَهَا، أَوْ طَعَامَ رَبِّهَا، أَوْ عَلَيَّ طَعَامَكَ، أَوْ لِيَرْكَبَهَا فِي حَوَائِجِهِ، أَوْ لِيَطْحَنَ بِهَا شَهْرًا، أَوْ لِيَحْمِلَ عَلَيَّ دَوَابَّهُ مِائَةً، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ مَا لِكُلِّ، وَعَلَى حَمَلِ آدَمِيِّ لَمْ يَرَهُ، وَلَمْ يَلْزَمُهُ الْفَادِحُ، بِخِلَافِ وَلَدٍ وَلَدَتُهُ،

فصل كراء الدواب

ص: (أو ليركبها في حوائجه أو ليطحن بها شهراً) ش: «شهرًا» قيد في المسألتين.
ص: (ولم يلزم الفادح) ش: قال عياض: الفادح من الرجال والأحمال العظام الثقال التي

فصل

ابن شاس: القسم الثالث في استئجار الدواب وهي تستأجر لأربع جهات: للركوب وللحمل وللإستقاء وللحراثة (وكراء الدابة كذلك). ابن شاس: أقسام الإجارة في الآدمي والأراضي والدواب، وجعل أركان الأقسام الثلاثة واحدة (وجاز على أن عليك علفها أو طعام ربها أو عليه طعامك) من المدونة: لا بأس أن تكتري إبلاً من رجل على أن عليك رحلتها، أو تكتري دابة بعلفها أو أجيراً بطعامه أو إبلاً على أن عليك علفها، أو طعام ربها أو على أن عليه هو طعامك ذاهباً وراجعاً، فذلك كله جائز، وإن لم توصف النفقة لأنها معروف. وقد قال مالك: لا بأس أن يؤاجر الحر العبد أجلاً معلوماً بطعام في الأجل أو بكسوته وكذلك إن كان مع الكسوة أو الطعام دنائير أو دارهم أو عروض بعينها معجلة فلا بأس به، وإن كانت عروضاً مضمونة بغير عينها جاز تأخيرها إن ضربا لذلك أجلاً كأجل السلم (أو ليركبها في حوائجه أو ليطحن بها شهراً) من المدونة: من اكتري دابة ليركبها في حوائجه شهراً متى شاء من ليل أو نهار، فإن كان على ما يركب الناس الدواب جاز. وكذلك إن اكتراها لطحين قمح شهراً بعينه ولم يذكر كم يطحن كل يوم لأن طحين الناس معروف (أو ليحمل على دوابه مائة ولم يسم ما لكل) من المدونة: ومن استأجر دواب لرجل واحد في صفقة ليحمل عليها مائة أردب قمح ولم يسم ما يحمل على كل دابة جاز. وليحمل على كل دابة بقدر قوتها، وإن كانت الدواب لرجال شتى وحملها مختلف لم يجز إذ لا يدري كل واحد بما اكتري كالبيوع (وعلى حمل آدمي لم يره ولم يلزمه الفادح بخلاف ولد ولدته) من المدونة: من أكرى من رجل على حمل رجلين أو امرأتين لم يرها جاز لتساوي الأجسام إلا الخاص، فإن أتاه بفادحين لم يلزمه ذلك يريد لا يلزمه حملهما والكراء قائم بينهما ويأتي بالوسط من ذلك أو يكرى الإبل في مثل ذلك. وأجاز مالك للمكتري أن يحمل في غيبته ثوباً أو ثوبين لغيره ولا يخبر بذلك الجمال وهو من شأن الناس، ولو بين هذه الأشياء ووزنها كان أحسن. وإذا ولدت المكترية في الطريق أجبر الحمال على حمل الولد وإن لم يشترط ذلك. ابن

وَبَيْعِهَا، وَاسْتِثْنَاءُ رُكُوبِهَا الثَّلَاثَ، لَا جُمُعَةَ. وَكِرَاءُ الْمُتَوَسِّطِ، وَكِرَاءُ دَابَّةٍ شَهْرًا، إِنْ لَمْ يَنْقُدْ، وَالرِّضَا بِغَيْرِ الْمَعِينَةِ الْهَالِكَةِ، إِنْ لَمْ يَنْقُدْ، أَوْ نَقَدَ، وَأَضْطُرَّ، وَفَعَلَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ، وَدُونَهُ، وَحَمَلَ بِرُؤْيِيهِ، أَوْ كَيْلِهِ، أَوْ وَزْنِهِ، أَوْ عَدَّهُ، إِنْ لَمْ تَتَّفَاوَتْ، وَإِقَالَةٌ قَبْلَ النَّقْدِ وَبَعْدَهُ، إِنْ لَمْ يَعْصِ عَلَيْهِ،

تهلك الدواب انتهى. ص: (وبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة) ش: تصوره ظاهر والمسألة في المدونة وغيرها. قال القرطبي في شرح مسلم وغيره: يجوز بيع البعير واستثناء ركوبه لحديث جابر في الصحيحين، لكن قال مالك: إذا كانت المسافة معلومة قريبة وحمل الحديث عليه انتهى. ص: (وكراء دابة شهراً إن لم ينقد) ش: قوله: «دابة» يريد معينة، وقوله: «شهراً» يعني يكتريها ولا يركبها إلا بعد مضي شهر وهذا لا يجوز النقد فيه لأن الإجارة المعينة إذا لم يشرع فيها لم يجز النقد لأنه يصير تارة ثمناً وتارة سلفاً. قال في المدونة: ومن اكرتري دابة بعينها على أن يركبها إلى يوم أو يومين، وما قرب جاز وجاز النقد فيه، وإن كان إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقد اه. ص: (واقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يرغب عليه) ش:

يونس: يريد لأنه العرف (وبيعها واستثناء ركوبها) من المدونة قال مالك: من باع دابة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين أو يسافر عليها اليوم أو إلى المكان القريب جاز ذلك، ولا ينبغي فيما بعد وضمانها من المتباع فيما يجوز استثناءه، ومن البائع فيما لا يجوز استثناءه (الثلاثة لا جمعة وكراه المتوسط). اللخمي: من باع راحلة واستثنى ركوبها يوماً أو يومين وهي في الحضرة أو في السفر جاز، ويكره ما زاد على ذلك ويمنع ما كثر كالجمعة (وكراء دابة شهراً إن لم ينقد) لعله إلى شهر. من المدونة قال ابن القاسم: إن اكرتري راحلة بعينها على أن يركب عليها إلى اليومين وما قرب جاز ذلك، وجاز النقد، وإن كان الركوب إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقد. ابن يونس: لأن ضمانها من ربهما ففارقت بيع المعين بتأخر قبضه (والرضا بغير المعينة الهالكة إن لم ينقد أو نقد واضطر) من المدونة قال مالك: ولو هلكت الدابة المعينة ببعض الطريق يريد وقد نقده، فلا ينبغي أن يعطيه دابة أخرى يركبها بقية سفره إلا أن يصيبه ذلك بفلاة وموضع لا يوجد فيه كراء، فلا بأس به في الضرورة إلى موضع مستعجب فقط، وسواء تحول في كراء مضمون أو معين إذا كان الكراء الأول معيناً. وقد تقدم قول ابن رشد: إن لم ينقد جاز له كراء مبتدأ. انظر عند قوله: «ودابة لركوب» (وفعل المستأجر عليه ودونه) من المدونة: من اكرتري دابة لحمل محمل فحمل زاملة فعطبت، فإن كان ذلك أقل ضرراً من المحمل أو مساوياً له لم يضمن، وله أن يحمل غير ما سمي إن لم يكن ذلك أضر ولا أثقل، ورب زاملة أثقل من محمل (وحمل برؤيته أو كيله أو وزنه أو عدده إن لم يتفاوت). ابن شاس: الجهة الثانية استئجار الدابة للحمل ويعرف قدر المحمول بالرؤية إن كان حاضراً، فإن كان غائباً فيذكر الكيل أو الوزن أو العدد فيما لا كبير تفاوت بين أحاده. (واقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يرغب عليه) من المدونة قال مالك: من أكرى إلى الحج أو غيره ثم تقايلا برأس المال أو بزيادة وقد نقده أو لم ينقده، فإن كان قبل الركوب وقبل النقد أو بعد النقد

وَالْأَفْلَا، إِلَّا مِنَ الْمُكْتَرِي فَقَطْ، إِنْ أَقْتَصَا، أَوْ بَعْدَ سَيْرٍ كَثِيرٍ، وَأَشْتَرَاطُ هَدِيَّةٍ مَكَّةَ، إِنْ عُرِفَ، وَعَقْبَةُ الْأَجِيرِ، لَا حَمْلٍ مِنْ مَرِيضٍ، وَلَا أَشْتَرَاطُ إِنْ مَاتَتْ مُعَيَّنَةً أَتَاهُ بِغَيْرِهَا: كَدَوَابِّ لِرِجَالٍ، أَوْ لِأَمْكِنَةٍ، أَوْ لَمْ يَكُنِ الْعُرْفُ نَقْدًا مُعَيَّنًا. وَإِنْ نَقَدَ، أَوْ بِدَنَانِيرٍ عُنَيْتَ، إِلَّا بِشَرْطِ الْخَلْفِ،

يعني أنه لا يجوز الإقالة برأس المال وتجوز بزيادة قبل النقد وبعده وقبل الغيبة عليه من المكتري والمكري، ويريد إذا كانت الزيادة معجلة، وقد استوفى أقسامها في المقدمات. ص: (واشترط هدية مكة إن عرف) ش: نحوه في المدونة.

فائدة: قال بعده في المدونة: وأجاز للمكتري أن يحمل في غيبته ثوباً أو ثوبين لغيره ولا يخبر بذلك الحمال وهو من شأن الناس ولو بين هذه الأشياء ووزنها كان أحسن. انتهى والله أعلم. ص: (ولا اشترط إن ماتت معينة أتاه بغيرها) ش: قال في المدونة: وإن اشترط في

وقبل غيبته عليه فلا بأس بالزيادة ممن كانت (وإلا فلا إلا الزيادة من المكتري فقط إن اقتصا أو بعد سير كثير) لو قال: «أو من المكري بعد سير كثير» لكان واضحاً أو يكون «بعد سير» معطوف على «من المكتري» كقوله سبحانه: ﴿وَأْتَبِعُوا فِي هَذِهِ لَعْنَةً وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ [هود: ٦٠] قال مالك: وإن نقده وتفرقا جازت الزيادة من المكتري قصاصاً لأن يأخذ أقل مما دفع فلا تهمة في ذلك، ولم تجز من المكتري لأنه رد أكثر مما أخذ فهو سلف جر منفعة، وصار الكراء محللاً. وكذلك بعد سيرهما يسيراً من المسافة للتهمة أن يكون ذلك محللاً. قال مالك: وأما بعد السير الكثير من الطريق مما لا يتهمان فيه فجاز أن يزيده الكراء إذا عجل الزيادة، وهذا بخلاف البيوع وأكرية الدور (واشترط هدية مكة إن عرف وعقبه الأجير) من المدونة: لو شرط عليه حمل هدايا مكة فإن كان أمراً عرف وجهه جاز وإلا لم تجز. قال مالك: ولا بأس أن يكتري محملاً ويشترط عقبه الأجير. ابن يونس: لأنه أمر معروف (لا حمل من مرض) من المدونة قال ابن القاسم: من تكارى من رجل إلى مكة بمثل ما يتكارى الناس لم يجز قال: وإن أكرى مشاة على أزوادهم على أن لهم حمل من مرض منهم لم يجز (ولا اشترط إن ماتت معينة أتاه بغيرها) قال ابن القاسم وعبد الملك: من اكرى دابة بعينها إلى بلد ثم أراد أن يتحول إلى دابة أوطأ منها لم يجز، لا بزيادة ولا غيرها. قال في الواضحة: ولو شرط في أول كرائه أنه إن ماتت فدابته الأخرى بعينها مكانها إلى غاية سفره، أو شرط إن بقي كراؤه مضموناً عليه فلا خير فيه (كدواب لرجال) تقدم نص المدونة: إن كانت الدواب لرجال لم يجز (أو لأمكنة) من المدونة قال ابن القاسم: من اكرى دابتين واحدة إلى برقة وأخرى إلى إفريقية وهما لرجل واحد لم يجز حتى يعين التي إلى برقة والتي إلى إفريقية (أو لم يكن العرف نقد معين وإن نقد) تقدم نص المدونة: من اكرى دابة أو داراً أو استأجر أجيراً بشيء بعينه فإن كانت سنة الكراء بالبلد بالنقد جاز، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد (أو بدنانير عينت إلا أن يشترط الخلف) من المدونة قال ابن القاسم: وإن اكرى ما ذكرنا بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد قضى بنقدها وإلا لم يجز الكراء إلا أن يشترط تعجيلها في العقد كقول مالك فيمن ابتاع سلعة

أَوْ لِيُحْمَلَ عَلَيْهَا مَا شَاءَ. أَوْ لِمَكَانَ شَاءَ. أَوْ لِيُشَبِّعَ رَجُلًا. أَوْ بِمِثْلِ كِرَاءِ النَّاسِ. أَوْ إِنْ وَصَلَتْ فِي كَذَا فَبِكَذَا. أَوْ لِيُثَقِّلَ لِبَلَدٍ وَإِنْ سَاوَتْ إِلَّا بِإِذْنِ كَارِدَائِهِ خَلْفَكَ. أَوْ حَمَلٍ مَعَكَ، وَالْكِرَاءُ لَكَ، إِنْ لَمْ تَحْمِلْ زِنَةً: كَالسَّفِينَةِ، وَضَمِنَ إِنْ أَكْرَى لِغَيْرِ أَمِينٍ، أَوْ عَطِبَتْ بِزِيَادَةِ مَسَافَةِ

المعينة إن ماتت أثناءه بغيرها لم يجز. انتهى. ص: (أو عطبت بزيادة المسافة أو حمل تعطب به) ش: يعني أن الدابة إذا عطبت بزيادة المسافة فإنه يضمنها، وسواء كانت الزيادة مما تعطب الدابة في مثلها أم لا، وكذا يضمن الدابة إذا عطبت بسبب زيادة في الحمل إذا كانت الزيادة مما تعطب الدابة بمثلها.

بدنانير في بلد آخر عند قاضٍ أو غيره: فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز وإلا لم يجز البيع. فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط في الدنانير إن تلفت فعليه مثلها (أو ليحمل عليها ما شاء أو لمكان شاء) من المدونة قال ابن القاسم: وإن اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم قد عرف حملهم فذلك لازم على ما عرفوا به من الحمل. ولو قال: احمل عليها مما شئت لم يجز لاختلاف ضرر الأشياء في الحمل، وكذلك ليركبها إلى أي بلد شاء لم يجز لاختلاف الطرق بالسهولة والوعورة، وكذلك الحوانيت والدور وكل ما تباعد لا اختلاف فيه لأن في ذلك ما هو أضر بالمجدرات (أو ليشيع رجلاً) من المدونة: لا يجوز كراء دابة ليشيع عليها رجلاً حتى يسمي منتهى التشيع. قال غيره: إلا أن يكون مبلغ التشيع بالبلد قد عرف فلا بأس به (أو بمثل كراء الناس) من المدونة قال ابن القاسم: من تكارى من رجل إلى مكة بمثل ما يتكارى به الناس لم يجز (أو إن وصلت في كذا فبكذا) من المدونة قال ابن القاسم: ومن اكترى من رجل دابة على أنه إن بلغ موضع كذا يوم كذا وإلا فلا كراء له لم يجز، وكذلك على أنه إن بلغه إلى مكة في عشرة أيام فله عشرة دنانير، وإن أدخله في أكثر فله خمسة دنانير لم يجز ويفسخ (أو ينقل إلى بلد وإن ساوت إلا بإذنه) من المدونة: ومن اكترى من رجل على حمولة إلى بلد فليس له صرفها إلى غير البلد الذي اكترى إليه وإن ساواه في المسافة والصعوبة والسهولة إلا بإذن الكري، ولم يجزه غيره وإن رضياً لأنه فسخ دين في دين (كاردائه خلفك أو حمل معك والكراء لك إن لم تحمل زنة كالسفينة) من المدونة قال مالك: وإن اكترت دابة بعينها فليس لربها أن يحمل تحتك متاعاً ولا يردف رديفاً وكأنك ملكت ظهرها، وكذلك السفينة. وإن حمل في متاعك على الدابة متاعاً بكراء أو بغير كراء فلك كراؤه إلا أن تكون اكترت منه على حمل إن طال مسماة فالزيادة له. قال أشهب: إن أكراه ليحمل وحده أو مع متاعه فكراء الزيادة للمكترى. ابن يونس: قال غير واحد من أصحابنا: قول أشهب وفاق لابن القاسم (وضمن إن اكترى لغير أمين) من المدونة قال مالك: وإن اكترى دابة ليركبها فحمل مكانه مثله في الخفة والأمانة لم يضمن، وإن أكرى ممن هو أثقل منه أو من غير مأمون ضمن (أو عطبت بزيادة مسافة) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا بلغ المكترى الغاية الذي اكترى إليها ثم زاد ميلاً أو نحوه فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمة كراء الزيادة بالغاً ما بلغ، أو قيمة

أو حمل تَعَطُّبٍ بِهِ،

تنبيهات: الأول: قوله: «أو عطبت» بزيادة مسافة ظاهره أنه إذا زاد على المسافة التي اكرتري إليها يضمن ولو كان اكرتري ذاهباً وراجعاً. ولا يعتبر قدر الرجوع مما زاد على المسافة كما تقول الشافعية إنه لا يضمن حتى يزيد على المسافة المشترطة قدر الرجوع الذي يستحقه وهو كذلك. قال في كتاب الرواحل من المدونة: قال مالك: وإن اكرتريها إلى بلد ذاهباً وراجعاً فعطبت الدابة يوم وصوله إلى البلد لم يضمن المكرتري ولربها نصف الكراء فقط، وإن جاوزها فلربها أخذ قيمته يوم تعديه مع كرائها إلى ذلك الموضع وإن شاء أخذ دابته وكراء ما تعدى فيه. قال ابن يونس: يريد مع كراء الأول. ويفهم ذلك من مسألة المدونة الآتية في شرح قول المصنف إلا أن يحبسها كثيراً.

الثاني: قول المصنف: «ضمن في هذه المسائل» معناه أن رب الدابة مخير في أن يأخذ قيمتها أو يأخذ الكراء الأول وكراء الزيادة.

الثالث: ظاهر كلامه أن التعدي في زيادة المسافة من التعدي في زيادة الحمل وليس كذلك، فإنه إذا تعدى بزيادة المسافة يخير رب الدابة في أن يأخذ قيمتها يوم التعدي مع كرائه الأول، أو يأخذ كراءه الأول مع كراء مثل ما تعدى، وأما إذا تعدى بزيادة الحمل فإن ربها يخير بين أن يأخذ كراء مثل ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال في المدونة في المسألة الثانية: وإذا زاد المكرتري على الدابة في الحمل الذي شرط فعطبت فإن زاد ما تعطب في مثله خير ربها في أخذ المكرتري بقيمة كراء ما زاد على الدابة في الحمل بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال ابن يونس: يريد إذا زاد على ذلك في أول المسافة، وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار ربها أخذ قيمة الدابة فله قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو رבעه ثلث الكراء أو رבעه مع قيمة الدابة انتهى. وقال في المسألة الأولى: وإذا بلغ المكرتري الغاية التي اكرتري إليها ثم زاد ميلاً فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمة كراء الميل الزائد ما بلغ أو قيمة الدابة يوم التعدي

الدابة يوم التعدي. قال ابن القاسم عن مالك: يضمن في زيادة الميل ونحوه، وأما مثل ما يعدل الناس إليه في المرحلة فلا يضمن (أو حمل تعطب به) من المدونة قال مالك: وإذا زاد المكرتري على الدابة في الحمل الذي شرط فعطبت، فإن زاد ما تعطب بمثله خير ربها بين أخذ المكرتري بقيمة كراء ما زاد على الدابة بالغاً ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. ابن يونس: يريد إذا زاد ذلك في أول الحمل، وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار قيمة الدابة فله أخذ قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو رבעها له ثلث الكراء أو رבעه مع قيمة

وَالْإِلاَ فَالْكَرَاءِ: كَأَنَّ لَمْ تَعْطَبْتَ، إِلاَّ أَنْ يَحْبِسَهَا كَثِيراً فَلَهُ كِرَاءُ الزَّائِدِ، أَوْ قِيمَتُهَا. وَلَكَ فَسْخُ عَضُوضٍ، أَوْ جُمُوحٍ، أَوْ أَعْشَى أَوْ دَبْرَةٌ فَاحِشاً:

انتهى. ص: (وَالْإِلاَ فَالْكَرَاءِ) ش: أي وإن لم تكن الزيادة التي في الحمل مما تعطب الدابة بمثلها فلا يلزم المكثري إلا كراء الزيادة ولو عطبت الدابة وهذا هو المشهور، أعني أنه يفرق بين الزيادة في المسافة وبين الزيادة في الحمل. ففي زيادة المسافة يضمن إذا عطبت مطلقاً، سواء كانت الزيادة مما تعطب بمثلها أم لا، وفي زيادة الحمل لا يضمنها إذا عطبت إلا إذا زاد زيادة تعطب بمثلها. قال أبو الحسن الصغير: والفرق بينهما أن التعدي بزيادة الحمل اليسير الذي لم تعطب بمثله مستنداً إلى إذنٍ وتعدٍ، فالإذن في الحمل المعتاد والزيادة في اليسير إنما هو تعدٍ فقط والله أعلم.

فرع: الشعبي عن أحمد بن عبد الله: إذا حمل على الدابة المكثرة إلى موضع أقل من الشرط غلطاً منه حتى وصل فعليه الكراء كاملاً إذ لو شاء لتثبت في حمل الجميع انتهى. ص: (كَأَنَّ لَمْ تَعْطَبْتَ) ش: يعني أن الدابة إذا لم تعطب فلا يلزم المكثري إلا كراء ما زاد من الحمل أو المسافة وإن كانت الدابة تعطب بمثل ذلك ثم استثنى من زيادة المسافة. ص: (إِلاَّ أَنْ يَحْبِسَهَا كَثِيراً فَلَهُ كِرَاءُ الزَّيَادَةِ وَقِيمَتُهَا) ش: ويشير به إلى قوله في المدونة: ومن اكثرت دابة من مصر إلى برقة ذاهباً وراجعاً إلى مصر فتماذى إلى إفريقية وعاد إلى مصر، فرب الدابة مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهباً وراجعاً إلى برقة ما بلغ مع كرائه الأول أو نصف الكراء الأول مع قيمتها ببرقة يوم التعدي ردها بحالها أو بغير حالها؟ لأن سوقها قد تغير وقد حبسها المكثري عن نفعه بها وعن أسواقها. انتهى. ص: (وَلَكَ فَسْخُ عَضُوضٍ أَوْ

الدابة (وَالْإِلاَ فَالْكَرَاءِ) قال مالك: وإن زاد ما لا تعطب بمثله فعطبت فله كراء الزيادة فقط مع الكراء الأول. ابن يونس: لأن عطبها ليس من أجل الزيادة وذلك بخلاف مجاوزة المسافة، لأن مجاوزة المسافة تعد كلاً فيضمن إذا هلكت في قليله وكثيره، والزيادة على الحمل المشترط اجتمع فيه إذن وتعدٍ، فإن كانت الزيادة لا تعطب في مثلها علم أن هلاكها فيما أذن له فيه. ابن يونس: وصفة كراء الزيادة في الحمل الذي وجب لربها واختاره فيما تعطب فيه أن يقال؛ كم يساوي كراء هذه الزيادة على هذه الدابة المحملة حسبما تعدى عليه المكثري؟ فيكون ذلك لربها مع كرائه الأول (كَأَنَّ لَمْ تَعْطَبْتَ) من المدونة: لو ردها بحالها بعد أن زادها الميل والأميال أو بعد أن حبسها اليوم ونحوه قال ابن حبيب عن مالك: أو أياماً يسيرة لم يضمن إلا كراء الزيادة (إِلاَّ أَنْ يَحْبِسَهَا كَثِيراً فَلَهُ كِرَاءُ الزَّائِدِ أَوْ قِيمَتُهَا) قال ابن القاسم: وأما إن كثرت الزيادة أو حبسها أياماً أو شهراً وردها بحالها فلربها كراؤه الأول والخيار في أخذ قيمتها يوم التعدي، أو كراؤها فيما حبسه فيها من عمل أو حبسه إياها بغير عمل ما بلغ ذلك وإن لم تتغير. وانظر مسألة نزلت: اكثرت ما يدرس به حباً ليوم واحد بدرهم فحبسه سنين وهو لا يساوي ثلاثة دراهم (وَلَكَ فَسْخُ عَضُوضٍ أَوْ جُمُوحٍ أَوْ عَشْرُ أَوْ دَبْرَةٌ فَاحِشاً) من

كَأَنَّ يَطْحَن لَكَ كُلَّ يَوْمٍ أَرْدَبَيْنِ بِدَرَاهِمَ، فَوُجِدَ لَا يَطْحَن إِلَّا أَرْدَبًا. وَإِنْ زَادَ أَوْ نَقَصَ مَا يُشْبِهُ الْكَيْلَ فَلَا لَكَ وَلَا عَلَيْكَ.

فصل

جَازَ كِرَاءَ حَمَامٍ، وَدَارَ غَائِبَةً: كَبَيْعَهَا،

جموح أو أعشى أو دبرة فاحشاً) ش: قال في الشامل: ولك فسخ كراء عضوض وأعشى وعثور وجموح وذي دبرة فاحشة وقيد إن كان بمستعتب وإلا تمادى وخط عنه قيمة العيب كما لو لم يعلم به حتى وصل انتهى. والأعشى هو الذي لا يبصر بالليل، والجموح القوي الرأس الذي لا يقاد إلا بعسر والعضوض الذي يعض من يقرب منه، والدبر العقر الذي يحصل في ظهور الإبل. قاله بهرام. ص: (كان يطحن لك كل يوم أردبين بدرهم فوجد لا يطحن إلا أردباً) ش: هكذا قال في كتاب الرواحل من المدونة ونصها: وإن اكرتت ثور التطحن عليه كل يوم أردبين بدرهم فوجدته لا يطحن إلا أردباً فلك رده عليك في الأردب نصف درهم انتهى. وظاهر كلام المدونة أن عقد الكراء صحيح وليس بفساد وهو جارٍ على أحد القولين المشهورين اللذين تقدما فيما إذا قيد العمل بالزمان وتحمل العمل كما أشار إلى ذلك القاضي عياض في التنبهات في كتاب كراء الرواحل، وأشار إلى ذلك اللخمي، وتقدم أن الخلاف إنما هو فيما يمكن أن يعمل وأن يتمه في ذلك الزمان والله أعلم. ص: (وإن زاد أو نقص ما يشبه الكيل فلا لك ولا عليك) ش: لو جعل من تمام المسألة التي قبله ما بعد والله أعلم.

فصل

ص: (جاز كراء حمام ودار غائبة كبيعها) ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض أو

المدونة: وإن اكرتت دابة أو بعيراً بعينه فإذا هو عضوض أو جموح أو لا يبصر بالليل أو دبرت تحتك دبرة فاحشة يؤذيك ربحها، فما أضر من ذلك براكبها فلك فيها الفسخ لأنها عيوب والكراء غير مضمون (كأن يطحن لك كل يوم أردبين بدرهم فوجد لا يطحن إلا أردباً) تقد نص المدونة بهذا بحسب الانجرار عند قوله: «وهل تفسد إن جمعهما» (وإن زاد أو نقص ما يشبه الكيل فلا لك ولا عليك) من المدونة قال ابن القاسم: وإذا حمل لك رجل طعاماً فزاد أو نقص ما يشبه زيادة الكيل ونقصه فلا شيء له ولا عليه من ضمان ولا حصة كراء.

فصل

(جاز كراء حمام) من المدونة: لا بأس بكراء الحمامات. اللخمي: إن كانوا يدخلون مستترين. انظر في الإمامة عند قوله: «أو فاسقاً بجارحة» (ودار غائبة كبيعها) من المدونة قال ابن القاسم: من

أَوْ نِصْفِهَا، أَوْ نِصْفِ عَبْدٍ وَشَهْرًا عَلَىٰ إِنْ سَكَنَ يَوْمًا: لَزِمَ، إِنْ مَلَكَ الْبَقِيَّةَ،

دار غائبة ببلد قريب أو بعيد على صفة أو رؤية متقدمة وينقده كالبيع، ثم لا رد له إن وجدها على الصفة وإنما يجوز ذلك على رؤية متقدمة منذ أمد لا تتغير في مثله. انتهى. أبو الحسن: قوله: «وينقده كالبيع» قال أحمد: قال محمد بن إبراهيم: ولا ينقده على صفة ربها وإنما ينقده على صفة غيره أو يرسل المكتري رسولا يبصرها انتهى. ص: (أو نصفها أو نصف عبد) ش: قال في كراء الدور منها: وتجوز إجارة نصف دابة أو نصف عبد يكون للمستأجر يوماً وللذي له النصف الآخر يوماً كالبيع ثم قال: ولا بأس بكراء نصف دار أو سدسها أو جزء شائع قل أو كثر كالشراء، قال أبو الحسن في شرح الكلام الأول: قال اللخمي: فيستعمله المستأجر، وذكر كلام اللخمي المتقدم ذكره في التنبيه الأول عند قول المصنف: «قدر على تسليمها» ص: (إن ملك البقية) ش: يعني إن كان المكتري يملك منفعة البيت في بقية الشهر إن شاء سكن وإن شاء أسكن غيره، قال في المدونة: ومن استأجر بيتاً شهراً بعشرة دراهم على أنه إن سكن فيه يوماً واحداً فالكراء له لازم جاز إن كان له أن يسكن بقية الشهر أو يكريه إذا خرج وإلا لم يجز على حال انتهى.

تنبيهان: الأول: زاد ابن عرفة عن المدونة ما لم يشترط عليه إن خرجت فليس لك أن تكري البيت ثم قال: ونقلها اللخمي بزيادة لا خير فيها والكراء لازم والشرط باطل. وإن كان على أنه إن خرج رجع البيت لربه ولا يحط من الكراء شيئاً فهو فاسد وعليه قيمة ما سكن وفسخ متى أدرك وفيه نظر، لأن ظاهر قولها: «لا خير فيه» أنه فاسد وهو مقتضى أصل المذهب في الشرط المنافي لمقتضى العقد.

اكتري داراً بإفريقية وهو بمصر جاز ذلك كالشراء، ولا بأس بالنقد فيها لأنها مأمونة، فإن قدم فلم يرضها حين رآها، وقال: هي بعيدة من المسجد فالكراء لا يصلح إلا أن يكون قد رأى الدار وعرف موضعها أو على صفة وإلا لم يجز. (أو نصفها) من المدونة: لا بأس بكراء نصف دار أو سدسها أو جزء شائع قل أو كثر منها كالشراء. وانظر على هذا الفران يكتري من رب الفرن نصف فرن شهراً بدينار بما يمنع رب الفرن أو يكري بذلك الدينار وقافاً يخدم عنه بالفرن ذلك الشهر وما يمنع المكتري أن يولي الفرن لهذا الوقاف (أو نصف عبد) من المدونة: تجوز إجارة نصف دابة أو نصف عبد يكون للمستأجر يوماً وللذي له النصف الآخر يوماً كالبيع، وما جاز لك بيعه من ثمرك جاز لك الإجارة به (وشهراً على أن يسكن يوماً لزم إن ملك البقية) من المدونة: من استأجر بيتاً شهراً بعشرة على أنه إن سكن منه يوماً واحداً فالكراء له لازم، جاز ذلك إذا كان له أن يسكن بقية الشهر أو يكريه إذا خرج وإلا لم يجز. ابن يونس: قال بعض فقهاءنا القرويين: ظاهر هذا العقد أنه جائز وأنه بالخيار ما لم يسكن، فإذا سكن انعقد الكراء في شهر، فإن أراد إن سكنت فالكراء لي لازم فليس لي أن أكري من غيري كان هذا من بيع الشروط التي يبيع منه على أن لا يبيع ولا يهب، فهذا إذا أسقطوا الشرط على

وَعَدَمَ بَيَانِ الْإِبْتِدَاءِ وَحَمْلَ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ، وَمُشَاهَرَةً، وَلَمْ يَلْزَمْ لِهَمَا، إِلَّا بِتَقْدِيرِ قَدْرُهُ: كَوَجِيئَةِ بِشَهْرِ كَذَا، أَوْ هَذَا الشَّهْرِ، أَوْ أَشْهُرًا، أَوْ إِلَى كَذَا وَفِي سَنَةِ بِكَذَا: تَأْوِيلَانِ. وَأَرْضٍ مَطَرٍ عَشْرًا، إِنْ

الثاني: قال في المدونة: وللكري أن يأخذ كراء كل يوم يمضي إلا أن يكون بينهما شرط فيحملان عليه. ابن يونس: وإن لم يكن شرط وكانت سنة البلد النقد قضى به. انتهى ص:

أحد القولين تم الكراء، وأما إن شرط فإن خرجت عاد المسكن إلى المكري وعليه جملة الكراء فهذا فاسد لا بد من فسحه لأنه غرر (وعدم بيان الابتداء وحمل من حين العقد) من المدونة قال ابن القاسم: من اكترى داراً سنة أو سنتين ولم يسم متى يسكن جاز، ويسكن أو يسكن غيره متى شاء ما لم يأت من ذلك ضرر بين على الدار، يريد ضرراً في السكنى. قال مالك في المختصر الكبير: وإن أغلقها المكترى وخرج فذلك له ليس لصاحب الدار أن يقول: يخربها علي. قال ابن القاسم: والسنة محسوبة من يوم التعاقد كما لو قال هذه السنة بعينها (أو مشاهرة ولم يلزم لهما إلا بتقد فبقدره) من المدونة قال مالك: من قال لرجل أكرى منك دارك أو حانوتك أو أرضك أو غلامك أو دابتك في كل شهر أو في كل سنة بكذا أو كل سنة بكذا أو قال في الشهر أو في السنة أو الشهر أو السنة، فلا يقع الكراء على تعيين وليس بعقد لازم، ولرب الدار أن يخرجها متى شاء، وللمكترى أن يخرج متى شاء ويلزمه فيما سكن حصته من الكراء. ابن يونس: وكأنه في ذلك كله قال له: أكرىك من حساب الشهر أو من حساب السنة بكذا. هذا هو موضوع هذه الألفاظ إلا أن ينقده في ذلك كراء شهر أو سنة فيلزمه تمام ذلك (كوجيئة بشهر كذا وهذا الشهر أو شهراً أو إلى كذا) عياض: كراء الدور مشاهرة ومساناة لا خلاف إذا نص على تعيين السنة أو الشهر أو جاء بما يقوم مقام التعيين أنه لازم لهما وذلك في خمس صور: إذا قال شهر كذا وهذا الشهر، أو سمى العدد فيما زاد على الواحد فقال شهرين أو ثلاثة، أو ذكر الأجل فقال أكرىك إلى شهر كذا، أو أنقذ كراء كذا شهراً أو أكثر إن هذا كله لازم لهما المدة التي ذكراها لا خيار لواحد منهما اهـ. فانظر قول عياض: «وسمى العدد فيما زاد على الواحد» فلعل لفظ خليل كان «أو أشهر» فأسقط الناسخ الألف. وانظر قولهم: «شهر كذا» قال الميتطي: لا يضاف شهر إلا إلى رمضان والربيعين قال: والشهور كلها تذكر إلا جمادي. والذي لابن يونس: وإن اكترى منه سنة بعينها أو شهراً بعينه فلا يكون لأحدهما فسحه إلا أن يتراضياً على ذلك جميعاً. قال ابن حبيب: وكذا لو قال: ستة أشهر أو هذه السنة أو إلى سنة كذا، فهذا كله وجيئة لازمة إلا أن يشترط الخروج لمن شاء فيلزمهما ذلك، ولا يجوز فيه حيثئذ النقد، ويجوز في الأول النقد والتأخير، ولم يختلف في هذا مالك وأصحابه انتهى. انظر قوله: «إلا أن يشترط الخروج إن شاء» هل يؤخذ منه كراء الأحباس على قبول الزيادة وأظن سيدي ابن سراج رحمه الله تعالى كان يأخذه من هذا (وفي سنة بكذا تأويلان). عياض: وإذا قال أكرى منك سنة بدرهم أو شهراً بدرهم فحمل أكثرهم ظاهر المدونة أنه مثل قوله هذه السنة تلزمهما السنة أو الشهر. ابن عرفة: في كون كراء الدار مشاهرة منحللاً مطلقاً فيما لم يسكن ولزومه في أول شهر فقط ثالثها لزوم الشهر بسكنى بعضه أولاً كان أو غيره. لابن

لَمْ يَنْقُدْ، وَإِنْ سَنَةً إِلَّا الْمَأْمُونَةَ: كَالنَّيْلِ، وَالْمَعِينَةَ، فَيَجُوزُ وَيَجِبُ فِي مَأْمُونَةِ النَّيْلِ إِذَا رُوِيَ؛ وَقَدِرَ مِنْ أَرْضِكَ، إِنْ عَيْنٌ، أَوْ تَسَاوَتْ،

(كوجبية) ش: الوجبية المدة المعينة. ص: (وأرض مطر عشراً) ش: مراده سواء كانت مأمونة أو غير مأمونة، وكذلك سائر الأرضين. وقوله: «عشراً» ذكر العشر لأنه في المدونة كذلك وإلا فهو يجوز كراؤها أكثر من عشر. قال في المقدمات: السنين الكثيرة والله أعلم. ص: (إن لم ينقد) ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد. أبو الحسن: قوله: «إن لم ينقد» معناه إن لم يشترط النقد يدل عليه قوله: «فإن شرط». انتهى. وقد قال المؤلف في فصل الخيار: المواضع التي يمتنع النقد فيها مع الشرط وعدمه وعد هذا فيما يمتنع النقد فيه مع الشرط فقط إلا أن الشيخ بهراماً قال هنالك: ظاهره أن التطوع بالنقد جائز. ونص الفاكهاني في شرح الرسالة على خلافه انتهى. وفي المدونة ما يوافق ظاهر كلام المؤلف ونصها في أكرية الدور: وإن أكرت من رجل أرضه قابلاً وفيها زرع له أو لمكتري عامه جاز، فإن كانت مأمونة كأرض النيل جاز النقد فيها وإلا لم يجز بشرط انتهى. ص: (إلا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز) ش: أي الأرض المأمونة من أرض المطر فيجوز اشتراط النقد فيها كما يجوز ذلك في أرض النيل المأمونة الري وفي الأرض المعينة الماء المأمونة. هذا معنى كلامه، وقد صرح في التوضيح هنا بأنه يجوز اشتراط النقد في الأرض الغالب ريبها على قول ابن القاسم خلافاً لابن الماجشون، وكلام البساطي فيه شيء فتأمله وللرجاجي كلام في

القاسم وابن الماجشون ورواية ابن أبي أويس (وأرض مطر عشراً إن لم ينقد) من المدونة قال ابن القاسم: ولا بأس بكراء أرض المكري عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد الكراء، وإن اكترها سنين وقد أمكنت للحرث جاز نقد حصة عامه هذا (وإن سنة) من المدونة قال مالك: وإن اكترى أرض المطر سنة قرب الحرث أو حين توقع الغيث لم يجز النقد حتى تروى وتمكن من الحرث (إلا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز). ابن رشد: عقد الكراء جائز في الأرضين كلها من غير تفصيل بين السنين الكثيرة، وسواء على مذهب ابن القاسم كانت مأمونة أو غير مأمونة. وتنقسم في جواز النقد فيها على قسمين، فما كان منها مأموناً كأرض النيل وأرض المطر المأمونة وأرض السقي بالأنهار والعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيها إلا بعد أن يروى ويمكن من الحرث كانت من أرض النيل أو من أرض المطر أو السقي بالعيون والآبار (ويجب في مأمونة النيل إذا رويت) ابن رشد: وتنقسم في وجوب النقد على قسمين: أرض النيل وأرض السقي والمطر. فأما أرض النيل فيجب النقد فيها إذا رويت لأنها لا تحتاج إلى السقي فيما يستقبل فبالري يكون المكتري قابضاً لما اكترى، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء (وقدر من أرضك إن عين أو تساوت) من المدونة: من اكترى مائة ذراع من أرض معينة جاز إن تساوت وإلا لم يجز حتى

وَعَلَى أَنْ يَحْرَثَهَا ثَلَاثًا، أَوْ يُزِيلَهَا، إِنْ عُرِفَ وَأَرْضِ سِنِينَ لِذِي شَجَرٍ بِهَا سِنِينَ مُسْتَقْبَلَةً وَإِنْ لَيْغِيرِكَ،

ذلك فانظره فيه والله أعلم. ص: (وعلى أن يحرثها ثلاثاً أو يزيلها) ش: ابن عرفة: وشرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها، فيها: من اکتري أرضاً على أن يکر بها ثلاث مرات ويزرعها في الكراب الرابع جاز، وكذا على أن يزيلها بشيء معروف. الصقلي وغيره: يريد إن كانت مأمونة لأن زيادة الكراب والتزليل منفعة تبقى في الأرض إن لم يتم زرعه، فإن

يعين موضعها (وعلى أن يحرثها ثلاثاً أو يزيلها إن عرف). ابن عرفة: شرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها. من المدونة: من اکتري أرضاً على أن يحركها ثلاث مرات ويزرعها في التحريك الرابع جاز ذلك، وكذلك على أن يزيلها إن كان الذي يزيلها به شيئاً معروفاً. ابن يونس: يريد إذا كانت مأمونة لأن زيادة الحراثات والتزليل منفعة تبقى في الأرض وإن لم يتم زرعه فيصير كالنقد اشترطه في غير المأمونة (وأرض سنين) تقدم نص ابن رشد أن عقد الكراء في الأرضين للسنين الكثيرة جائز مأمونة كانت أو غير مأمونة (لذي شجر بها سنين مستقبلية) من المدونة قال مالك: وإن اکتريت أرضاً سنين مسماة فغرست فيها شجراً فانقضت المدة وفيها شجر فلا بأس أن تکتريها من ربه سنين مستقبلية (وإن لغيرك). اللخمي: ويجوز لرب الأرض أن يکريها من غير المکتري الأول ويقال للمکتري أرض المکتري الآخر أو اقلع شجرک. ومن ابن يونس قال ابن القاسم: ولو اکتريت ثم اکریتها من غيرک فغرسها ثم انقضت مدة الكراء وفيها غرسه فلك أن تکتريها من ربه سنين مستقبلية، فإن أرضاک الغارس وإلا قلع غرسه. ابن يونس: وإنما جاز کراؤها عند ابن القاسم لأن لرب الأرض أن يجبر الغارس على قلع غرسه بعد تمام كرائه فكان المکتري إنما دخل على أن يقلع عنه الغارس غرسه لأنه ملك من الأرض ما كان ربه يملكه، ولا يستطيع الغارس مخالفته فقد دخل على أمر معروف (لا زرع). اللخمي: إن انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يكن للمکتري الأول ولا لغيره أن يکتري إلا ما بعد هذا الزرع بخلاف الغرس، وثالث الأقوال الزرع قول ابن القاسم يغم فيه كراء المثل. قال ابن القاسم: ولو كان موضع الشجر زرعاً أخضر لم يكن لرب الأرض أن يکريها ما دام زرع هذا فيها، لأن الزرع إذا انقضت الإجارة لم يكن لرب الأرض قلعه وإنما له كراء أرضه وله أن يقلع الشجر فافتراقاً إلا أن يکريها منك إلى تمام الزرع فلا بأس بذلك. قال سحنون: وإن كانت الأرض مأمونة يريد في جواز النقد. قال ابن القاسم: فإذا انقضت السنون وللمکتري في الأرض زرع لم يبد صلاحه لم يجز لرب الأرض شراؤه، وإنما يجوز بيع زرع أخضر يشترط مع الأرض في صفقة، وكذلك الأصول بثمرها وإن لم يشترطه المبتاع كان ما أبر من الثمرة أو ما ظهر من الأرض من الزرع للبائع، وإذا لم تؤبر الثمرة ولم يظهر الزرع من الأرض فذلك للمبتاع. ابن يونس: قال بعض القرويين: الأشبه أن يجوز لرب الأرض شراء ما فيها من زرع لأن الأرض ملك له فصار مقبوضاً بالعقد، وما يحدث فيه من نماء إنما هو في ضمان مشتريه لكونه في أرضه وإنما منع عليه الصلاة والسلام من بيع الثمار قبل بدو صلاحها لكون ضمانها من البائع لأنها من أصوله لقوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال

لَا زَرْعَ، وَشَرْطَ كَنْسِ مِرْحَاضٍ، أَوْ مَرْمِيَّةٍ، أَوْ تَطْيِينٍ مِنْ كِرَاءٍ وَجِبَ، لَا إِنْ لَمْ يَجِبْ، أَوْ مِنْ عِنْدِ الْمُكْتَرِي، أَوْ حَمِيمِ أَهْلِ ذِي الْحَمَامِ، أَوْ نُورَتِهِمْ مُطْلَقًا، أَوْ لَمْ يُعَيَّنْ بِنَاءٌ وَغَرْسٌ، وَبَعْضُهُ أَضْرٌ وَلَا

نزل في غير المأمونة ولم يتم زرعه نظركم يزيد كراؤها لزيادة ما اشترط على معتاد حرثها وهو عندنا حرثه على كرائها دون ما اشترطت زيادته على المعتاد فيرجع بالزائد لأنه كنفد اشترطه

أخيه». وعلى هذا التعليل أجاز عبد الملك شراء جنان فيه ثمرة بقمح أو بجنان فيه ثمرة تخالفها لأن كل ثمرة مقبوضة فكانا متناجزين (وشروط كنس مرحاض) من المدونة قال ابن القاسم: من اكرت داراً أو حماماً واشترط كنس المراحيض والتراب وغسالة الحمام على المكتري جاز لأنه معروف. ابن يونس: قيل: معنى ذلك في كنس ما يكون بعد عقد الكراء، وأما ما كان يوم العقد في المراحيض فهو على المكتري شرط ذلك عليه أم لا كما لو كان في أحد البيوت المكترة شيء فإن عليه إزالته وتفريغ البيت للمكتري لذلك المرحاض قال ابن القاسم: ومن اكرت داراً فعلى ربها مرمتها وكنس مراحيضها وإصلاح ما وهي من الجدارات والبيوت. ابن يونس: لعله يريد في المرمة والإصلاح الخفيف أو يريد أنه عليه ولا يجبر عليه لأنه قال بعد هذا: إذا تعطل البيت لم يجبر رب الدار على الطرو وللمكتري الخروج في الضرر البين إلا أن يطرها ربها فكذا ذلك هذا. وقوله ها هنا: «وعلى ربها كنس المرحاض» لعله يريد ما كان فيه قديماً لأن ظاهر كلامه في المسألة الأولى أن الكنس على المكتري إلا أن يشترطه على رب الدار، وهذا كله ما لم يكن عرف أو شرط فيحملان عليه (ومرته وتطيين من كراء) من المدونة: من اكرت داراً أو حماماً على أن ما احتاج إليه من مرمة رمها المكتري، فإن شرط على أن ذلك من الكراء جاز، ولو شرط أن ما عجز عن الكراء أنفقه الساكن من عنده لم يجز (وجب) لا إن لم يجب (أو من عند المكتري) من المدونة: من اكرت داراً على أن ما احتاجت إليه من مرمة رمها المكتري لم يجز إلا أن يكون ذلك من كرائها (أو حميم أهل ذي الحمام أو نورتهم مطلقاً) من المدونة قال ابن القاسم: من اكرت حماماً على أن عليه لربه ما احتاج أهله من نورة أو حميم لم يجز حتى يشترط شيئاً معروفاً. قال ابن حبيب: ذلك جائز إذا عرف ناحية عيال الرجل من قلة وكثرة وعلم عدتهم، وقد أجازها مالك وأجاز استئجار الخياط على خياطة ما يحتاج إليه هو وأهله من الثياب في السنة، أو الفران على خبز ما يحتاج له من الخبز سنة أو شهراً إذا عرف عيال الرجل وما يحتاجون إليه من ذلك. ابن يونس: وهذا معروف لأن الأكل لا بد منه ومقدار أكل الناس معروف والخياطة قريب منه، وأما دخول الحمام فيمكن أن يدخل كل يوم أو في الشهر مرة، والنورة يمكن أن تعمل في الشهر مرة أو في الشهر مرتين، فلا يجوز ذلك إلا على أمر معروف كما قاله ابن القاسم وهو الصواب إن شاء الله تعالى. (أو لم يعين في الأرض بناء أو غرساً وبعضه أضر ولا عرف) ابن الحاجب: لو لم يعين في الأرض بناء ولا غرساً ولا زراعة ولا غيره وبعضه أضر فله ما يشبهه، فإن أشبه الجميع فسد ولو سمي صنفاً يزرعه جاز مثله ودونه. من المدونة قال ابن القاسم: من استأجر أرضاً عشر سنين فزرعها فأراد أن يغرس فيها شجراً فذلك له إذا لم يضر الأرض. اللخمي: وكذلك إن استأجرها ليزرعها

عُزْفَ، وَكَرَاءٌ وَكَيْلٌ: بِمُحَابَاةٍ، أَوْ عَرْضٍ، أَوْ أَرْضٍ مُدَّةً لِيُغْرَسَ فَإِذَا انْقَضَتْ: فَهُوَ لِرَبِّ الْأَرْضِ، أَوْ يَنْصَفُهُ، وَالسَّنَةُ فِي الْمَطَرِ بِالْحَصَادِ وَفِي السَّقْيِ بِالشُّهُورِ، فَإِنْ تَمَّتْ وَلَهُ زَرْعٌ أَخْضَرَ فَبِكِرَاءٍ مِثْلِ الزَّائِدِ، وَإِذَا انْتَثَرَ لِلْمُكْتَرِي حَبٌّ فَتَبَّتْ قَابِلًا فَهُوَ لِرَبِّ الْأَرْضِ كَمَنْ جَرَّهُ السَّيْلُ

فيها، ولو تم زرعها كان عليه كراء مثلها بشرط تلك الزيادة لأنه كراء فاسد. قاله التونسي انتهى. وقوله: «نظر كم يزيد كراؤها الخ» يريد في السنة الثانية صرح به أبو الحسن الصغير وغيره. أبو الحسن: أجاز هنا بيع الزبل فهو يناقض ما في البيوع الفاسدة إن كان للملك، وإن كان لابن القاسم فهو موافق انتهى. ص: (وفي السقي بالشهور إلى آخره) ش: قال في

شعيراً وأحب أن يزرعها حنطة لم يمنع إذا لم يضر (وكراء وكيل بمحابة أو بعرض) من المدونة قال ابن القاسم: من وكل رجلاً يكرى داره فأكرها بغير العين أو حابي في الكراء فهو كالبيع لا يجوز. ابن يونس: وله فسخ الكراء أو إجازته إن لم يفت، فإن فات رجع على الوكيل بالمحابة قال: ولو أعارها أو وهبها أو تصدق بها أو أسكنها أو حابي في كرائها رجع بها على الوكيل بالكراء في ماله، ثم لا رجوع على الوكيل للساكن، وإن كان الوكيل عديماً رجع ربها على الساكن بالكراء ثم لا رجوع للساكن على الوكيل (أو أرض مدة لغرس فإذا انقضت فهو لرب الأرض وله نصفه) من المدونة قال مالك: من أكرى أرضاً عشر سنين على أن يغرسها المكتري شجراً سماها على أن الثمرة للغارس فإذا انقضت المدة فالشجر لرب الأرض لم يجز لأنه أكرها بشجر لا يدري أيسلم الشجر إليه أم لا. اللخمي: وكذلك إن قال: أكرىك عشر سنين على أن نصف الشجر لي ونصفه لك بعد العشر سنين، فإن قال: على أن لك نصفها من الآن جاز عند ابن القاسم. وقال غيره: لا يجوز وهو فسخ دين في دين اه. انظر قوله: «وقال غيره» وهذه المسألة من كتاب المغارسة ولم يعقد لها خليل فصلاً، وعقد المتيطي عليها كتاباً فقال كتاب المغارسة. ثم قال: فإن كانت الغروس من عند رب الأرض فلا إشكال في جوازه، سمي له عدد ما يغرس في الأرض أو لم يسم، لأن ذلك معروف عند الناس. أما إن كانت الغروس من عند الغارس فيدخل في ذلك كما دخل مسألة الذي استأجر الأجير على أن يبني له داراً على أن الآجر والجص من عند البناء. راجعه فيه (والسنة في المطر بالحصاد) ومن المدونة قال ابن القاسم: من اكرى أرضاً فحصد زرعها قبل تمام السنة، فأما أرض المطر فمجملة السنة فيها الحصاد ويقضى بذلك فيها (وفي السقي بالشهور) قال ابن القاسم: وأما ذات السقي التي تكرر على أمد الشهور والسنين فللمكتري العمل إلى تمام سنة، فإن تمت وله فيها زرع أخضر أو بقل فليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه وله فيما بقي كراء مثلها على حساب ما اكرها منه. وطرح سحنون على حسب ما أكرى وأبقى كراء المثل. ونقلها أبو محمد في مختصره وله فيما بقي كراء مثله لا على ما أكرها. ابن يونس: وكلام ابن القاسم جيد. انظر توجيهه في ترجمة من اكرى أرضاً ليزرعها (وفي السقي بالشهور) فإن تمت وله زرع أخضر فكراء مثل الزائد وإن انتثر للمكتري حب فثبت قابلاً فهو لرب الأرض كمن جرّه السيل إليه) من المدونة قال مالك: وإذا انتثر للمكتري حب في الأرض في حصاده في

إِلَيْهِ وَلَزِمَ الْكِرَاءُ بِالْتَّمَكْنِ، وَإِنْ فَسَدَ لِجَائِحَةٍ أَوْ غَرَقٍ بَعْدَ وَقْتِ الْحَرْثِ أَوْ عَدَمِهِ بَذْراً، أَوْ سَجْنِهِ؛

الشامل: وفي السقي بتمامها، فإن تمت والزرع باقي وكان ربه يظن تمامه فزاد الشهر ونحوه لزم رب الأرض تركه لتمامه بكرء المثل فيما زاد. وقيل: نسب المسمى ولو بعد الأمد وعلم ربه ذلك فلربها قلعه أو تركه بالأكثر من المسمى وكراء المثل، وليس له شراؤه على الأصح انتهى. ص: (أو عدمه بذراً أو سجنه) ش: قال في المدونة: ومن اكرى أرضاً فلم يجد بذراً أو سجنه سلطان باقي المدة فالكراء يلزمه ولا يعذر بهذا، ولكن ليكرئها إن لم يقدر هو على أن يزرعها. أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: محمل قوله في البذر على أن المكتري وحده عجز عنه لأنه قادر على أن يكرئها، ولو كانت شدة فلم يجد أهل الموضع نذر أسقط عنه الكراء. وكذلك إذا قصد السلطان أن يحبسه ليحول بينه وبين زراعتها وكرائها فلا شيء عليه وإن لم يقصد ذلك وإنما طلبه السلطان بأمر فكان ذلك السبب في امتناع حرثها كان عليه كراؤها انتهى. ص:

الأرض فنبت قابلاً فهو لرب الأرض، وكذلك من زرع زرعاً فحمل السيل زرعه قبل أن يثبت إلى أرض غيره فنبت فيها قال مالك: والزرع لمن جره السيل إلى أرضه ولا شيء للزارع اه. وانظر الأشجار هي بخلاف هذا قال سحنون: لو قلع السيل من أرض شجرات فصيرها إلى أرض رجل فنبت فيها فليظنر، فإن كان إن قلمت وردت إلى أرضه نبتت فله قلعها، وإن كان إنما يقلعها للحطب لا ليغرسها في أرضه فهذا مضار وله القيمة، وإن كانت الشجر لو قلمت لم تنبت في أرض ربها وإنما تصير حطباً فهذا الذي جرت في أرضه مخير بين أن يأذن لربها في قلعها أو يعطيه قيمتها مقلوعة. ولو نقل السيل تراب أرض إلى أخرى فإن أراد ربه نقله إلى أرضه وكان معروفاً فله ذلك، وإن أبقى ينقله فطلبه من صار في أرضه بتنحيته عنه لم يلزمه لأنه لم يجز شيئاً (ولزم الكراء بالتمكن) ابن شاس: لا يستحق تقديم جزء من الإجارة إلا بالتمكن من استيفاء ما يقابله من المنفعة اه. وانظر هذا مع ما تقدم لابن يونس أنه لا يلزمه إلا أن يتقد إلا بقدر ما ركب أو سكن. وقال ابن الحاحب: لو حبس الدابة أو الثوب المدة المعينة تثبت الأجرة إذ التمكن كالاستيفاء فإن زاد على المدة راجعه فيه (وإن فسدت بجائحة) من المدونة: لو هلك الزرع ببرد أو جليد أو جائحة فالكراء عليه (أو غرق بعد وقت الحرث) من المدونة: إن أتى مطر ففرق زرعه في إبان لو انكشف الماء عن الأرض أدرك زرعه ثانية فلم ينكشف حتى فات الإبان فذلك كفرقها في الإبان قبل أن تزرع حتى فات الحرث فلا كراء عليه، ولو انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث لزمه الكراء وإن لم يحدث. ومن المدونة أيضاً: إن أتى مطر بعد الزرع وفات إبان الزراعة ففرق زرعه حتى هلك بذلك فهي جائحة على الزارع وعليه جميع الكراء بخلاف هلاكه من القحط (أو عدمه بذراً أو سجنه) من المدونة قال ابن القاسم: ولا ينقض الكراء بموت المتكاريين أو أحدهما، وكذلك من اكرى داراً أو أرضاً فلم يجد بذراً أو سجنه السلطان باقي المدة فالكراء يلزمه ولا يعذر بهذا ولكن يكرئها هو إن لم يقدر أن يزرعها أو يسكن الدار. (أو انهدمت شرفات البيت) من المدونة قال ابن القاسم: إذا لم

أَوْ أَنهَدَمَتْ شُرْفَاتِ الْبَيْتِ، أَوْ سَكَنَ أَجْنَبِيٌّ بَعْضَهُ، لَا إِنْ نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ الْكِرَاءِ، وَإِنْ قَلَّ، أَوْ أَنهَدَمَ بَيْتٌ فِيهَا، أَوْ سَكَنَهُ مُكْرِيهِ، أَوْ لَمْ يَأْتِ بِسَلْمٍ لِلأَعْلَى. أَوْ عَطِشَ بَعْضُ الأَرْضِ، أَوْ غَرِقَ،

(أو انهدمت شرفات البيت) ش: يريد ولم ينقص ذلك من قيمة كرائها، قاله في المدونة ص: (لا إن نقص من قيمة الكراء وإن قل) ش: يريد إذا قام بذلك، فإن سكت وسكن ولم يقم به فلا شيء له. قاله في المدونة ونقله في التوضيح وابن عرفة وغيرهما. والظاهر من كلامهم أن حكم انهدام البيت منها كذلك لا شيء له إن سكت، وإنما يخالف حكم بيت غيره في أنه يجوز له السكنى ولا يلزمه الخروج. وتحصيل مذهب المدونة في ذلك أنه إذا انهدم شيء من الدار، قليلاً كان أو كثيراً، لم يجبر ربها على إصلاحه مطلقاً كما قال في التوضيح ثم ينظر فيه، فإن كان فيه مضرة على الساكن فله الخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن خرج ثم عمرها ربه لم يلزمه الرجوع إليها، وإن عمرها وهو فيها لزمه بقية الكراء، وإن سكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء، وإن كان لا ضرر على المكتري في السكنى فالكراء له لازم وينظر إلى المتهدم، فإن نقص من قيمة الكراء حط ذلك النقص إذا قام به المكتري ولم يصلحه رب الدار، فإن سكت وسكن فلا شيء له، وإن لم ينقص من قيمة الكراء شيئاً فلا كراء له والله أعلم. ص: (أو عطش بعض الأرض أو غرق فبحصته) ش: قال في معين الحكام تنبيه: وصفة الحكم في ذلك أن يشهد أهل المعرفة بما عهد من حال هذه الأرض في الأعوام

يكن فيما انهدم ضرر على المكتري ولم يبينه رب الدار، لزم المكتري السكنى بجميع الكراء ولا يوضع عنه من الكراء شيء لذلك، وانهدام الشرفات لا يضر بسكنى المكتري. وإن اتفق فيها كان متطوعاً ولا شيء له يريد إلا أخذ النقص فله أخذه إن كان ينتفع به (أو سكن أجنبي بعضه) الذي في المدونة: إن اكترت من رجل داراً هو فيها فبقي في طائفة منها لم يخرج وسكنت أنت طائفة لم يجب عليك إلا حصة ما سكنت، وكذلك لو سكن أجنبي طائفة من ذلك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن (لا إن نقص من قيمة الكراء وإن قل أو انهدم بيت منها أو سكنه مكريه أو لم يأت بسلم الأعلى أو عطش بعض الأرض أو غرق فبحصته) أما مسألة الرجوع بالحصة إذا نقص من قيمة الكراء وإن قل أو انهدم بيت منها فقال ابن رشد: الهدم في الدار المكترة إن كان يسيراً فهو على ثلاثة: الأول: ما لا مضرة فيه على الساكن ولا ينقص من قيمة كراء الدار شيئاً كالشرفات ونحوها، فلا خلاف أن الكراء للمكتري لازم ولا يحط عنه منه شيء. الثاني: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار، فهذا يلزمه السكنى ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء إن لم يصلحه رب الدار ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء. الثالث: أن تكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئاً كالهطل وشبهه فقال ابن القاسم: إن رب الدار لا يلزمه الإصلاح إلا أن يشاء، فإن أوى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء.

فِيحِصَّتِيهِ، وَخَيْرٌ فِي مَضَرَ، كَهَظَلٍ، فَإِنْ بَقِيَ. فَالْكَرَاءُ؛ كَعَطَشِ أَرْضٍ صَلَحَ وَهَلْ مُطْلَقًا؟ أَوْ إِلَّا أَنْ يُصَالِحُوا عَلَى الْأَرْضِ؟ تَأْوِيلَانِ

المتوسطة. فإن قيل للقفيز خمسة أو ثمانية نظر ما رفع الآن منها وأعطى من الكراء بحساب ذلك انتهى. ص: (وخير في مضر) ش: انظر اللخمي والرجراجي والجزولي في شرح الرسالة والله أعلم. ص: (أو عطش) ش: قال ابن عرفة: اللخمي: وإن غرقت الأرض بعد الإبان ثم ذهب عن قرب بعد ما أفسد الزرع ثم لم تمطر بقية السنة وعلم أنه لو لم تفسد لم يتم الزرع سقط كراؤها. واختلف إن أذهب السيل فروى محمد: عليه الكراء وقال: يريد إن أذهب بعد

وأما إن كان الهدم كثيراً فلا يلزم رب الدار الإصلاح بإجماع وهو أيضاً على ثلاثة أوجه: الأول أن يعيب السكنى وينقص من قيمة الكراء ولا يبطل شيئاً من المنافع مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة فيذهب تليطها وتجصيصها، فهذا يكون المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج إلا أن يصلح ذلك رب الدار، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء على مذهب ابن القاسم في المدونة. الثاني أن يبطل اليسير من منافع الدار كالبيت ينهدم منها وهي ذات بيوت فهذا يلزمه السكنى يحط ما ناب البيت المنهدم من الكراء. الثالث أن يبطل أكثر منافع الدار أو منفعة البيت الذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك، فهذا يكون المكتري فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن أراد أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب ما انهدم من الكراء لم يكن ذلك منه إلا أن يرضى بذلك رب الدار فيجري جوازه على جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع انتهى. وأما مسألة الرجوع بالحصة إذا سكنه مكريه فقال ابن القاسم: إذا سكن صاحب طائفة منها فقال المكتري: إنما أعطيك حصة أن ذلك له. وأما مسألة الرجوع بالحصة إذا لم يأت بسلم للأعلى سكنه مكريه. وقال ابن القاسم: إذا سكن صاحب الدار طائفة منها فقال المكتري إنما أعطيك حصة أن ذلك له. وأما مسألة الرجوع بالحصة لعطش بعض الأرض أو غرق ففي المدونة: من استأجر أرضاً ليزرعها ففرق بعضها قبل الزراعة أو عطش، فإن كان اكتراها رد جميعها، وإن كان تافهاً حط عنه بقدر حصته من الكراء.

(وخير في مضر كهطل فإن بقي فالكراء) تقدم قول ابن رشد في الوجه الثالث كالهطل أن المشتري بالخيار، فإن سكن لزمه جميع الكراء (كعطش أرض صلح وهل مطلقاً أو إلا أن يصالحوا على الأرض تأويلان) من المدونة: من زرع في أرض الخراج بكراء مثل أرض مصر ففرقت أو عطشت قبل الحرث فلا كراء عليه، وكذلك إذا لم يتم زرعها من العطش. وأما أرض الصلح التي صالحوا عليها إذا زرعوها فعطش زرعوها فعليهم خراج أرضهم. قال غيره: هذا إن كان الصلح وظيفه عليهم، وأما إن صالحوا على أن الأرض خراجاً معروفاً فلا شيء عليهم. ابن يونس: وأما أرض مصر إذا عطشت وضع الكراء عن المكتري لأنها أرض عنوة أكرهاها السلطان للمسلمين، وأما أرض الصلح فإن كان إنما صالحهم على أن على أرضهم خراجاً فالأمر كما لو قال الغير ولا يمكن أن يخالفه ابن القاسم في هذا، وإن كان إنما صالحهم كان على المصالحين خراجاً للملكهم الأرض كما يوصف بقدر إكسابهم

عَكْسُ تَلْفِ الزَّرْعِ لِكثَرَةِ دُودِهَا، أَوْ فَاَرَهَا، أَوْ عَطَشَ، أَوْ بَقِيَ القَلِيلُ، وَلَمْ يُجْبَرْ آجِرٌ عَلَى إِصْلَاحِ مُطْلَقًا، بِخِلَافِ سَاكِنٍ أَصْلَحَ لَهُ بَقِيَّةُ المُدَّةِ قَبْلَ خُرُوجِهِ، وَإِنْ اكْتَرَى حَانُوتًا، فَأَزَادَ كُلُّ مُقَدَّمَةٍ قِسْمًا، إِنْ أَمَكَّنَ، وَإِلَّا أَكْرِي عَلَيْهِمَا، وَإِنْ غَارَتْ عَيْنٌ مُكْرَى سِنِينَ بَعْدَ زَرْعِهِ. نَفَقَتْ حِصَّةُ سَنَةٍ

الإبان وأرى إن أذهب السيل وجه الأرض قبل الإبان أو بعده أن لا كراء عليه لأن منفعة الأرض في وجهها وهو المكتري وهو المقصود. قلت: قوله: «اختلف» يدل على قولين ولا ثاني لما ذكر إلا اختياره. انتهى. ص: (وإن غارت عين مكري سنين بعد زرعه أنفقت حصة سنة فقط) ش: ابن عرفة: وفيها لمن اكتري أرضاً ثلاث سنين فزرعها ثم غارت عينها أو انهدمت برها وأبى ربها إصلاحها أن ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء وما زاد عليه فهو به متطوع. الصقلي عن محمد: إن كان قبضها ربها غرمه فإن كان عديماً فللمكتري إنفاق قدره ويتبعه به، وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها ولا ينفق عليها شيئاً من حصة

وأملأهم صح ما قاله ابن القاسم. قاله بعض القرويين (عكس تلف الزرع لكثرة دودها أو فأرها أو عطش) اللخمي: هلاك الزرع إن كان لقحط المطر أو تعذر ماء البئر أو العين أو لكثرة نبوع الماء الأرض أو الدود أو فأر سقط كراء الأرض، كان هلاكه في الإبان أو بعده. وإن هلك لطير أو جراد أو جليد أو برد أو جيش أو لأن الزريعة لم تنبت لزم الكراء هلك في الإبان أو بعده. المتيطي: ومثل قحط المطر توالي الأمطار، وكذلك إذا منعه من الأزديع فتنة. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «أو غرق» انظر إن أذهب السيل وجه الأرض. الرواية: لزوم الكراء. وقال اللخمي: لا كراء وعدّ قوله قولاً (أو بقي القليل) من المدونة: إن جاءه من الماء ما كفى بعضه وهلك بعضه فإن حصل ما له بال وله فيه نفع فعليه من الكراء بقدره، ولا شيء عليه إن حصده ما لا بال له ولا نفع له فيه. قال في كتاب محمد: مثل الخمسة فدادين أو الستة من المائة (ولم يجبر آجر على إصلاح مطلقاً بخلاف ساكن أصلح له بقية المدّة قبل خروجه) من المدونة قال ابن القاسم: من اكتري بيتاً فهطل عليه لم يجبر رب الدار على الطرو ولا للمكتري أن يطر من كرائها ويسكن، وله الخروج في الضرر البين من ذلك إلا أن يطرها ربها فلا خروج له. قال ابن القاسم: ومن اكتري داراً فانهدمت كلها أو بيت منها أو حائط لم يجبر ربها على البنيان إلا أن يشاء، فإن انهدم منها ما فيه ضرر على المكتري قيل له: إن شئت فاسكن يريد بجميع الكراء إن لم يكن نقد، أو فاخرج وناقضه الكراء. وليس للمكتري أن يصلح من كرائه ويسكن إلا أن يأذن له بذلك ربها، فإن بناها ربها في بقية من وقت الكراء لزم المكتري أن يسكن ولم يكن له أن ينقض الكراء هذا إن بناها ربها قبل خروج المكتري (وإن اكتريا حانوتاً فأراد كل مقدمه قسم إن أمكن وإلا أكري عليهما) وضع اللخمي في هذه المسألة باباً. وقال ابن القاسم في قصار واحد إذا اكتريا حانوتاً ثم تنازعا فقال كل واحد منهما أنا أكون في المقدم ولم يكن بينهما شرط: فإن حمل القسم وإلا أكري عليهما. قال: وإن اختلفا في الجانبين لأن أحدهما أفضل لعدلا في القيمة واقترعا عليها. انظر أنت مختاره في هذا الباب، وانظر هذا مع ما تقدم في جمع السلعتين في البيع من أن الشراء كذلك (وإن غارت عين مكتر سنين بعد زرعه أنفقت حصة سنة فقط) من المدونة قال

فَقَطُّ، وَإِنْ تَزَوَّجَ ذَاتَ بَيْتٍ وَإِنْ بِكَرَاءٍ. فَلَا كِرَاءَ، إِلَّا أَنْ تُبَيَّنَّ، وَالْقَوْلُ لِلْأَجِيرِ. أَنَّهُ وَصَلَ كِتَابًا،

الأولى، فإن كان ذلك قبل أن يزرعها فقال أشهب: لا شيء على ربها وللمكتري أن يفسخ، فإن أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه كاملاً ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه يعطيه قيمته منقوضاً أو يأمره بقلعه. قلت: يجري الحكم بأن له ذلك ولو كره رب الأرض أو يأمره على ما تقدم في ذهاب الرحي بسيل أو قيمة النقض على ما تقدم في بناء المكتري بإذن رب الدار أو بغير إذنه انتهى. ص: (وإن تزوج ذات بيت ولو بكراء فلا كراء إلا أن يتبين) ش: قال في كتاب كراء الدور والأرضين من المدونة: ومن نكح امرأة وهي في بيت أكثرته سنة فدخل بها فيه وسكنها باقي المدة فلا كراء لها عليه ولا لربها، وهي كدار تملكها هي إلا أن تبين له أنني بالكراء فإما أدبت أو خرجت. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وإن كان يسكن بها في مسكن لأبيها أو أمها كان كمسكنها لا شيء لهما عن مدة ما كانت في العصمة، وأما الأخ والعم فالأمر فيهما مشكل فيحلف ويستحق إلا أن تطول المدونة والسنون وهو لا يتكلم، ومثله إذا سكن عند أبويه ثم طلبا الكراء فلا شيء لهما وذلك لأخيه وعمه إن لم يقد دليل لهما على المكارمة. انتهى والله أعلم. ص: (والقول للأجير أنه وصل كتاباً) ش: قال في كراء الدواب من

مالك: من اكترى أرضاً ثلاث سنين فزرعها سنة أو سنتين ثم تهور بمرها أو انقطعت عينها فأراد أن يحاسب صاحبها، فلا يقسم الكراء على السنين سواء، ولكن يقسم على قدر نفاقها وتشاح الناس فيها، وليس كراء الأرض في الصيف والشتاء واحداً، وما لا ينقد فيه كالذي يستأجر نقده، وكذلك يحسب كراء الدور في الهدم ولا يحسب على عدد الشهور والأعوام، وقد تكترى سنة لا شهر فيها كدور بمصر وبمكة تكثر عمارتها في الموسم، وقد تقدم أن من اكترى أرضاً ثلاث سنين فزرعها ثم غارت عينها أو انهدم بمرها وأبى رب الأرض أن ينفق عليها أن للمكتري أن ينفق عليها حصة تلك السنة خاصة من الكراء ويلزم ذلك ربها، وإن زاد على كراء سنة فهو متطوع. ابن يونس: وإنما كان ذلك لأن المكتري متى ترك ذلك فسد زرعه ولم يكن لرب الأرض كلام، إذ لو بطل زرع هذا لم يكن له كراء فلا يمتنع من أمر ينتفع به غيره ولا ضرر عليه هو فيه (وإن تزوج ذات بيت وإن بكراء فلا كراء، إلا أن تبين) من المدونة قال ابن القاسم: ومن نكح امرأة وهي في بيت أكثرته سنة فدخل بها فيه وسكن باقي السنة فلا كراء عليه لها ولا لرب البيت، وهي كدار تملكها هي إلا إن تبين له أنني بالكراء فإما أدبت أو خرجت. قال بعض القرويين: ينبغي لو كانت الدار لها فطلقها الزوج فقامت عليه بكراء العدة أن ذلك لها. اللخمي: قال ابن القاسم فيمن بنى بزوجه في دارها ثم طلبته بالكراء على سكنها لا شيء لها، يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، واختلف إذا كانت فيه بكراء. ثم قال: وكل هذا مما كانت العصمة باقية، فإن طلقها زال موضع المكارمة وكان لها طلبه بكراء العدة ثم قال: وسكنها بها في مسكن أبيها أو أمها كسكنها بمسكنها. وأما الأخ والعم انظره في التبصرة، وانظر الاضطراب في نوازل ابن رشد ونوازل ابن الحاج إذا كانت محجورة (والقول للأجير أنه وصل كتاباً)

أَوْ أَنَّهُ اسْتَصْنَعَ، وَقَالَ: وَدَيْعَةٌ، أَوْ خُولَفَ فِي الصَّفَةِ وَفِي الْأَجْرَةِ، إِنَّ أَشْبَهَ وَجَازًا،

المدونة: وإن أجرت رجلاً على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك: أوصلته وأكذبتة، فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه، وكذلك الحمولة كلها. وقال غيره: على المكري البينة أنه أوفاه حقه وبلغه غايته. انتهى. وقوله في المدونة: «في أمد يبلغ في مثله» يستفاد من قول المؤلف بعد أن أشبه فإنه عائد إلى الفروع الأربعة والله أعلم. قال الشيخ أبو الحسن الصغير: جعل القول قوله وإن كانت ذمته عامرة بما دفع فصدقه في أدائها. ابن يونس: كوكيل البيع يقول: بعث ويقول الموكل: لم تبع، فالقول قول الوكيل. قال أبو إسحاق: ولعل ابن القاسم إنما أراد أن مثل هذا لا يحتاج إلى إثبات لأنه عرف عندهم أو لتعذر ذلك فصار كالمشترط أن يصدق في قوله أوصلته وإلا فهو إدخال في ذمة الذي أرسل إليه. وانظر مثل هذا ما قال في كراء الدور في مسألة الدم وفي كتاب الوكالات في مسألة اللؤلؤ، وانظر خلافها مسألة الصبرة في البيوع الفاسدة ومسألة الغرائر في السلم الثاني، وانظر ما هو أعم من هذا الرسول يقول: دفعت البضاعة من كتاب الشهادات، وفي تضمين الصناع، وفي كتاب الوكالات وفي غير ما موضع من الكتاب، وانظر وكيل البيع في المساقاة وفي الأيمان بالطلاق، وانظرها في النكاح في المرأة توكل من يزوجها، وانظر لو مات الرسول في الطريق فإنه يكون له من الإجارة بحسب ما سار قال في العتبية فيمن استأجر رجلاً على تبليغ غلام إلى موضع فيأبى في بعض الطريق: إنه له بحساب ما سار إلا أن يكون ذلك بمعنى الجعل. قال بعض الشيوخ: وكذلك مسألة الكتاب. الشيخ: وقول الغير بين لا إشكال فيه لأنه جارٍ على الأصل. انتهى ص: (وفي الأجرة إن أشبه وجزان) ش: تصوره من كلام الشارح وابن غازي واضح. فإن اختلف الصانع والمصنوع له فطلب أحدهما نقد يوم التعاقد والآخر يوم الفراغ فقال في النوادر في كتاب تضمين الصناع: إنه يقضى بنقد يوم

من المدونة وقال ابن القاسم: وإن أجرت رجلاً على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك أوصلته وأكذبتة أنت، فالقول قوله مع يمينه في أمد يبلغ في مثله لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه إليه. وكذلك الحمولة كلها يكثره على توصيله إلى بلد كذا فيدعي بعد ذلك أنه أوصلها، فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله (وأنه استصنع وقال ربه ودبيعة) من المدونة قال ابن القاسم: من ادعى على صباغ أو صانع ما قد عمله أنه أودعه إياه وقال الصانع بل استعملتني فيه، فالصانع مصدق ولأنهم لا يشهدون في هذا ولو جاز هذا لذهبت أعمالهم (أو خولف في الصفة وفي الأجرة إن أشبه وجزان) من المدونة: إن قال: ألسنت أمرتني أن ألتة بعشرة ففعلت وقال ربه: بل أمرتك بخمسة، فاللات مصدق مع يمينه إن أشبه أن يكون فيه سمن بعشرة لأنه مدع عليه الضمان كقول مالك في الصباغ إذا صبغ الثوب بعشرة دراهم عصفراً وقال لربه بذلك أمرتني وقال ربه: ما أمرتك تجعل فيه إلا بخمسة دراهم عصفراً أن الصباغ مصدق مع يمينه إن أشبه أن يكون فيه بعشرة، وإن أتى بما لا يشبه

لَا كِبْنَاءَ، وَلَا فِي رَدِّهِ، فَلِرَبِّهِ. وَإِنْ بَلَ بَيِّنَةٌ. وَإِنْ ادَّعَاهُ، وَقَالَ: سُرِقَ مِنِّي، وَأَرَادَ أَخْذَهُ، دَفَعَ قِيمَةَ الصَّبْغِ يَمِينًا، إِنْ زَادَتْ دَعْوَى الصَّانِعِ عَلَيْهَا، وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَهُ، فَإِنْ دَفَعَ الصَّانِعُ قِيمَتَهُ أَيْضًا: فَلَا يَمِينًا، وَإِلَّا: حَلْفًا، وَأَشْتَرَكَا،

التعاقد. ونصه في آخر ترجمة تغليس الصناع. وإذا طلب الصناع بعد فراغ المتاع نقد يومئذ لم يكن له إلا النقد الذي كان جارياً يوم دفع إليه، وكذلك المكري له نقد البلد الذي حمله منه لا نقد البلد الذي حمله إليه، وإن لم يجز عنه ببلد حمل إليه. انتهى ص: (ولا في رده فلربه) ش: قال في كتاب الإجارة من المدونة: وإذا أقر الصانع بقبض متاع وقال: عملته ورددته ضمن إلا أن يقيم بينة على الرد. أبو الحسن: زاد في تضمين الصناع قبضه بينة أو بغير بينة. ابن يونس: فإن لم تقم بينة على الرد حلف ربه وأخذ قيمته بغير صنعة انتهى. ثم قال في المدونة: وإن ادعى على أحدهم فأنكر لم يأخذ إلا بينة أن المتاع قد دفع إليه وإلا حلف. انتهى ونقله ابن يونس.

فرع: قال ابن عرفة في آخر الإجارة: وإن اختلف الأجير من أجره في مرضه أو عطلته في مدة الإجارة ففي قبول قول من أجره إن أواه إليه ليله أو نهاره وإلا فالأجير وعكسه ثالثها الأول في العبد وفي الحر قول الأجير مطلقاً، ورابعها القول قوله مطلقاً، وخامسها عكسه لابن عات عن ابن مغيث عن ابن القاسم وأصبغ، وفتوى الشيوخ وعن اللخمي مع محمد مع أشهب، وعن ابن حبيب مع ابن الماجشون وعن التونسي عن أصل ابن القاسم وغيره. انتهى. ص: (وإن ادعاه وقال سرق مني إلى قوله حلفاً واشتركا) ش: مشى رحمه الله على ما قيد به صاحب النكت والتونسي واللخمي قول ابن القاسم، فجعل رب الثوب تارة يريد أخذه،

صدق رب الثوب مع يمينه، فإن أتيا بما لا يشبه فله أجر مثله. قال ابن القاسم: واللوات مثله سواء. ولو قال رب الثوب كان لي فيه صبغ متقدم أو في السوق لتات متقدم لم يصدق. وهذا في جميع ما ذكرنا إذا أسلم إليه السوق والثوب، فأما إن لم يسلم إليه ولم يغب عليه فرب السوق مصدق إذا لم يأتينه (لا كبناء ولا في رده فلربه وإن بلا بينة) أما أن القول قول رب البناء فقال ابن شاس: واختلف الصناع ورب الثوب في قدر الأجر فالقول قول الصناع بخلاف البناء يقول: بنيت هذا البناء بدينار ويقول ربه بأقل فالقول قول ربه مع يمينه لأنه جائز لذلك إلا أن يدعي ما لا يشبه. انظر بحث ابن عرفة في هذا. وأما أن القول قول رب المتاع في أنه لم يأخذه ففي المدونة. وإذا أقر الصانع بقبض متاع وقال عملته ورددته ضمن إلا أن يقيم بينة برده. وقال ابن الماجشون: إن الصناع مصدقون في رد المتاع إلى أهله مع أيمانهم إلا أن يأخذه بيمينه فلا يبرؤوا إلا بيمينه (وإن ادعاه وقال سرق مني وأراد أخذه دفع قيمة الصبغ يمين إن زادت دعوى الصناع عليها وإن اختار تضمينه فإن دفع الصناع قيمته أبيض فلا يمين وإلا حلفاً واشتركا) من المدونة قال ابن القاسم: إذا قال الصانع: استعملتني هذا المتاع وقال ربه: بل سرقته مني تحالفا وقيل لربه: ادفع إليه أجر عمله وخذه، فإن أبا كانا شريكين هذا

لَا إِنْ تَخَالَفَا فِي لُتِّ السُّوَيْقِ وَأَتَى مَنْ دَفَعَ مَا قَالَ، اللَّاتُ: فَمِثْلُ سَوَيْقِهِ،

وتارة يريد تضمين الصانع قيمته فقال: إن أراد أخذه دفع قيمة الصبغ ثم نظر، فإن زادت دعوى الصانع على قيمة الصبغ حلف رب الثوب ليسقط عنه الزائد على قيمة الصبغ من التسمية التي ادعى الصانع، وهذا معنى قول المؤلف: «بيمين» إلى آخره، وقوله: «بيمين» متعلق بمحذوف أي أخذه بيمين، ومفهوم الشرط وهو قوله: «إن زادت دعوى الصانع عليها» أنها لو كانت دعواه مساوية لها أو أقل أخذه بغير يمين وهو كذلك. وأما إن اختار رب الثوب تضمين الصانع فإنه يقال للصانع: ادفع له قيمة الثوب أبيض، فإن فعل فلا يمين على واحد منهما، وإن امتنع حلفا واشتركا. وكيفية حلفهما أن يبدأ برب الثوب فيقال: احلف له أنك لم تستعمله فإذا حلف قيل للصانع: احلف أنه استعملك وإلا ادفع قيمة الثوب أبيض، فإن حلف قيل لربه: ادفع قيمة عمله وخذه، فإن أبي قيل للصانع: ادفع إليه قيمة ثوبه غير معمول، فإن أبي كانا شريكين هذا بقيمة ثوبه غير معمول وهذا بقيمة عمله. قال في المدونة: لأن كل واحد منهما مدّع على صاحبه. قال جميع ذلك في التوضيح.

تنبيه: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وكذلك إن ادعى أن الصانع سرقه منه إلا أنه إن كان الصانع ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب وإلا لم يعاقب انتهى. ص: (لا إن تخالفا في لت السوق وأبي من دفع ما قاله اللات فمثل سويقه) ش: قال أبو الحسن الصغير

بقيمة ثوبه غير معمول وهذا بقيمة عمله لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه. قال بعض فقهاء القرويين: إذا قال رب الثوب: سرق مني وقال الصانع: وقد صبغه بل استعملتني، لا يتحالفان حتى يقال لصاحب الثوب ما تريد، فإن قال أريد أخذ ثوبي نظر إلى قيمة الصبغ، فإن كانت مثل دعوى الصانع فأكثر فلا أيمان بينهما لأنه يقال لرب الثوب هبك أن الأمر كما قلت إنه سرق لك وإن أردت أخذه لم تقدر على أخذه إلا بدفع الإجارة التي قال الصانع إذا كانت مثل قيمة الإجارة أو أقل ولا يمين هاهنا. وإن كان ما ادعاه الصانع أكثر، حلف المستحق وحده ليحط عن نفسه الزائد على قيمة الإجارة من التسمية التي ادعاه الصانع. وإن قال صاحب الثوب أولاً أريد تضمين الصانع قيل له: احلف أنك ما استعملته، فإن حلف قيل للآخر: احلف لقد استعملتك لتبرأ من الضمان، ثم قيل لرب الثوب: ادفع إليه قيمة الصبغ لأنه بريء من المسمى بيمينه أولاً، فإن أبي قيل للآخر: ادفع إليه قيمة ثوبه، فإن أبي كانا شريكين فعلى هذا يصح الجواب في قوله: «سرق مني». وأما قوله: «سرت أنت» فهو مدع عليه أنه يضمن الثوب بتعديه فاليمين عليهما جميعاً بين فيوجب أحدهما الضمان ويبرأ منه الآخر. (لا إن تخالفا في لت السوق وأبي من دفع ما قاله اللات فمثل سويقه) من المدونة: ومن لت سويقاً بسمن وقال لربه: أمرتني أن ألتك لك بعشرة وقال لربه: لم أمرك أن تلتك بشيء، قيل لصاحب السوق: إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السوق ملتوتاً، فإن أبي قيل للآخر: اغرم له مثل سويقه غير ملتوت وإلا فأسلمه إليه بثلثاته ولا شيء لك ويكونان شريكين في الطعام لوجود مثله (وله

وَلَهُ وَلِلْجَمَالِ بِيَمِينٍ: فِي عَدَمِ قَبْضِ الْأُجْرَةِ وَإِنْ بَلَغَا الْغَايَةَ، إِلَّا لِطُولٍ: فَلِمُكْتَرِيهِ، بِيَمِينٍ،

عن عياض: لت السوق بالتاء باثنتين من فوق هو بله بالسمن ونحوه انتهى. ويشير المؤلف إلى قوله في كتاب الإجارة من المدونة: ومن لت سوقاً بسمن وقال لربه: أمرتني أن ألتك لك بعشرة دراهم، وقال له: لم أمرك أن تلتك قيل لصاحب السوق: إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السوق ملتوتاً، فإن أبت قيل للات اغرم له مثل سوقه غير ملتوت وإلا فأسلمه إليه بثلثاته ولا شيء لك، ولا يكونان شريكين في الطعام لوجود مثله، وقال غيره: إذا امتنع رب السوق أن يعطيه ما لته به قضى له على اللات بمثل سوقه غير ملتوت انتهى. أبو الحسن: مسألة السوق هذه دائرة بين أن يقول ربه: أودعتك إياه أو يقول: سرق مني. فقوله في الكتاب: «وقال ربه لم أمرك بثلثه» أعم من ذلك. وكذا لفظه في الأمهات ونقلها عبد الحق بلفظ: وقال ربه ما دفعت إليك شيئاً. عبد الحق: فهذا مثل قوله في الثوب سرق مني. ثم ذكر قول ابن القاسم وقول الغير. وهل هو وفاق أو خلاف، والظاهر أن المؤلف حمله على الخلاف وترك قول ابن القاسم لترجيح غيره عنده. انظر أبا الحسن وابن يونس والنكت والله أعلم. ص: (وله وللجمال بيمين إلى قوله فلمكتريه بيمين) ش: قال في كتاب كراء الرواحل: قال ابن القاسم: وإن قال المكترى دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغ الغاية فالقول قول الجمال إن كانت الحمولة بيده أو بعد أن سلمها بيوم أو يومين وما قرب وعلى المكترى البينة، وكذلك الحاج إن قام الكري بعد بلوغهم ما لم يعد صدق مع يمينه، فإن تطاول ذلك فالمكترى مصدق مع يمينه إلا أن يقيم الجمال بينة، وكذلك قيام الصانع بحدثان رد المتاع، فإن قبض المتاع ربه وتطاول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين انتهى. فقول المؤلف: «وله» أي للأجير يشير إلى قوله في المدونة: وكذلك قيام الصانع إلى آخره. وقول المؤلف: «إلا لطول فلمكتريه» استثناء من مسألة الأجير والجمال، وإطلاق المكترى على المستأجر وعلى المكري سائغ والله أعلم. قال أبو الحسن: قوله: «فإن تطاول ذلك فالمكترى مصدق مع يمينه إلا أن يقيم الجمال البينة» ظاهره أن الجمال يقيم البينة أن المكترى لم يقبضه وليس الأمر كذلك. ابن يونس: يريد على إقرار المكترى أنه لم يدفع إليه شيئاً فيقضي بها. انتهى. ويحمل أن يكون الضمير في قوله: «له» راجعاً لرب الأرض والدار المفهومة من السياق لأنه في فصل أكرية الدور والأرضين والحكم في المسألة كذلك قاله في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب أكرية الدور والأرضين، وهي مسألة طويلة فراجعها.

وللجمال بيمين في عدم قبض الأجرة وإن بلغ الغاية إلا لطول فلمكتريه بيمين) من المدونة قال مالك: وإذا قال المكترى دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغ الغاية فالقول قول الجمال مع يمينه إن كانت الحمولة بيده أو بعده إن أسلمها بيوم أو يومين وما قرب وعلى المكترى البينة، فإن تطاول ذلك كله فالمكترى مصدق مع يمينه. قال مالك: وكذلك قيام الصانع بالأجر بحدثان رد المتاع وإن قبض

وَأَنَّ قَالَ: بِمِائَةِ لَبْرَقَةٍ، وَقَالَ: بَلْ لِإِفْرِيقِيَّةٍ: حَلْفًا. وَفُسِّخَ، إِنْ عُدِمَ السَّيْرُ، أَوْ قُلْ: وَإِنْ نَقَدَ، وَإِلَّا فَكَفَوْتَ الْمَبِيعِ وَالْمُكْرِي فِي الْمَسَافَةِ فَقَطْ، إِنْ أَشْبَهَ قَوْلُهُ فَقَطْ، أَوْ أَشْبَهَهَا، وَأَنْتَقَدَ. وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِدْ: حَلَفَ الْمُكْتَرِي، وَلَزِمَ الْجَمَالَ مَا قَالَ، إِلَّا أَنْ يَخْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى. فَلَهُ حِصَّةُ الْمَسَافَةِ عَلَى دَعْوَى الْمُكْتَرِي، وَفُسِّخَ الْبَاقِي، وَإِنْ لَمْ يُشْبَهْهَا: حَلْفًا، وَفُسِّخَ بِكِرَاءِ الْمِثْلِ فِيمَا مَشَى،

ص: (وإن قال بمائة لبرقة وقال بل لإفريقية حلفا وفسخ إن علم السير) ش: قال في الكبير عن ابن المواز: ويبدأ صاحب الظهر باليمين انتهى. قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب

المتاع ربه وتناول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين. (وإن قال بمائة لبرقة وقال بل لإفريقية حلفا وفسخ إن عدم السير أو قل وإن نقد) من المدونة قال مالك: إذا اختلف المتكاريان قبل الركوب أو بعد سير لا ضرر في رجوعه فقال المكري: اكرتيت إلى برقة بمائة، وقال المكترى بل لإفريقية بمائة، تحالفا وتفاسخا، نقد الكراء أو لم ينقده. وإن اختلفا بعد أن بلغا برقة فقال المكترى: إنما اكرتيتك إلى برقة بمائة درهم، وقال المكترى إلى إفريقية بمائة درهم، فإن انتقد الكري فهو مصدق إن أشبه أن يكون كراء الناس إلى برقة بمائة درهم ويحلف. قال ابن القاسم: وإن لم يشبه إلا قول المكترى كان للجمال حصة مسافة برقة على دعوى المكترى بعد أن يتحالفا، ولا يلزمه التماضي ولو لم ينتقد وأشبه ما قالا لأن ذلك مما يتغابن الناس فيه تحالفاً وفض الكراء بأخذ الجمال حصة مسافة برقة، وإن لم يتمادوا، وأيهما نكل قضى لمن حلف. وإن أقام بينة قبل الركوب أو بعد أن بلغا برقة قضى بأعدل البيتين، فإن ركب تكافأ وإن لم يركب فسخ الكراء كله. ابن يونس: تلخيص هذه المسألة وبيانها على أصول ابن القاسم أن تنظر؛ فإن أشبه قول الكري خاصة فالقول قوله، انتقد أو لم ينتقد. وإن أشبه قول المكترى خاصة فالقول قوله، نقد الكراء أو لم ينقد. وإن أشبهها ما قالا جميعاً نظرت؛ فإن انتقد الكراء فالقول قول الكري، وإن لم ينقد فالقول قول المكترى، وإن كان القول قول المكترى فيحلف ويكون له جميع الكراء، وإذا كان القول قول المكترى حلف ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعى فيكون له حصة مسافة برقة على دعوى المكترى ويفسخ عنه الباقي، وإن لم يشبه قول واحد منهما تحالفاً وتفاسخاً وكان له كراء المثل فيما مشى دائماً وأيهما نكل قضى لمن حلف (وإلا كفوت المبيع). ابن المواز: إن اختلفا بعد طول السفر فالقول قول المكري في المسافة وقول المكري في الثمن إن لم ينقد وكأنهما في القرب سلعتهما بأيديهما لم تفت، وإذا فات ذلك لبعد السفر فهو كقبض المشتري وفوت ما بيده وفات رد البيع وصار يطلب بالثمن فهو مدعى عليه (وللمكري في المسافة فقط إن أشبه قوله فقط). ابن يونس: إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله. انظر قبل هذا (أو أشبهها وانتقد) تقدم قول ابن يونس إن أشبه ما قالا جميعاً نظرت فإذا انتقد الكراء فالقول قول المكري (وإن لم ينتقد حلف المكترى ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعاه فله حصة المسافة على دعوى المكترى وفسخ الباقي وإن لم يشبهها حلف وفسخ بكراء المثل فيما مشى) تقدم قول ابن يونس إن أشبه ما قالا جميعاً نظرت. فإن لم ينتقد فالقول قول المكترى وحلف ولزم الجمال ما قال إلا أن يحلف على ما ادعاه فتكون له حصة مسافة برقة على دعوى المكترى ويفسخ عنه الباقي، وإن لم يشبه قول

وَأَنَّ قَالَ: أَكْرَيْتَكَ لِلْمَدِينَةِ بِمِائَةِ وَبَلْغَاهَا، وَقَالَ بَلْ لِمَكَّةَ بِأَقْلٍ، فَإِنْ نَقَدَهُ فَالْقَوْلُ لِلْجَمَالِ فِيمَا يُشْبِهُ وَحَلْفًا وَفُسْخَ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِذْ. فَلِلْجَمَالِ فِي الْمَسَافَةِ، وَلِلْمَكْتَرِي فِي حَصْتِهَا مِمَّا ذُكِرَ بَعْدَ يَمِينِهَا وَإِنْ أَشْبَهَ قَوْلُ الْمُكْرِي قَطُّ. فَالْقَوْلُ لَهُ بَيِّنِينَ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً. قُضِيَ بِأَعْدِلِهِمَا، وَإِلَّا

السلم: سمعت شيخنا ينقل عن التونسي أن المراد بإفريقية حيث ما وقعت في المدونة القيروان. ص: (وإن قال أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها وقال بل لمكة بأقل فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا وفسخ وإن لم ينقد فالجمال في المسافة وللمكري في حصتها مما ذكر بعد يمينها وإن أقاما بيتين قضى بأعدلتهما) ش: اعلم إن اختلافهما في المسألة الأولى إنما كان في المسافة فقط، والخلاف بينهما في هذه المسألة في المسافة وفي قدر الكراء معاً. وقد اختصر المصنف الكلام فيها تبعاً للمدونة فلم يذكر حكم ما إذا كان اختلافهما قبل الركوب أو بعد الركوب بيسير أو بعد ركوب كثير اعتماداً على ما تقدم في المسألة التي قبلها فإن الحكم فيها إذا تخالفاً قبل الركوب أو بعد الركوب اليسير التحالف والتفاسخ كما تقدم. وأما بعد الركوب الكثيرة فالحكم في ذلك حكم ما إذا بلغا المدينة كما سيأتي في كلام الرجراجي والله أعلم. وقوله: «فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا فسخ» يعني أنه إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة يريد أو بعد السير الكثير فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل النقد أو بعده، فإن كان بعد أن انتقد الجمال الكراء فالقول قول الجمال فيما يشبه، ويشير بذلك لقوله في كتاب كراء الرواحل من المدونة ونصه: قال ابن القاسم: ولو قال الكري: أكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها وقال المكثري: بل إلى مكة بمائة، فإن نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه لأنه أئتمنه ويحلف له المكثري في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة

واحد منهما تحالفاً وتفاسخاً وكان له كراء المثل فيما مشى (وإن قال أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها وقال بل لمكة بأقل فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه) من المدونة قال ابن القاسم: ولو قال للمكثري أكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها وقال المكثري بل إلى مكة بمائة، فإن نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه. ابن يونس: معناه إذا أشبه ما قالاً جميعاً. قال ابن القاسم: ويحلف له المكثري في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة ويتفاسخان. قال ابن القاسم: وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكثري في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانها ويفض الكراء على ما يدعي المكثري، فإن أقاما بيتين قضى بأعدلتهما، وإن تكافأتا سقطتا (وحلفا وفسخ) تقدم قول ابن القاسم: يحلف له المكثري ويحلف الجمال ويتفاسخان (وإن لم ينقده فالجمال في المسافة وللمكثري في حصتها مما ذكر بعد يمينهما) تقدم قول ابن القاسم: إن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكثري في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانها (وإن أشبه قول المكري فقط فالقول له بيمين). ابن يونس: قال ابن القاسم وغيره: أما إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله ويحلف على دعوى المكثري ويأخذ المائتين (وإن أقاما بيتين قضى بأعدلتهما وإلا سقطتا) تقدم قول

ويتفاسخان. وقال الرجراجي: فإن أشبه قولهما أو قول الجمال فالقول قوله فيما انتقد مع يمينه، كان ما انتقد كل الذي ادعى أو بعضه. ويحلف له المكتري فيما لم ينقده. وهذا الذي قاله الرجراجي خلاف ما قاله أبو الحسن الصغير وهو ظاهر كلام ابن يونس فإنه نقل عن ابن يونس أنه قال في كلام المدونة: هذا إذا أشبه ما قالاه جميعاً، وأما إن أشبه قول المكتري خاصة فإنه يحلف على دعوى المكتري ويكون له المائة. قاله فيما يأتي إذا لم ينقد فأحرى إذا انتقد انتهى. وهو ظاهر. ويمكن أن يقال: إن قول المصنف بعد هذا وإن أشبه قول المكري فقد عائد إلى المسألتين جميعاً أعني مسألة الانتقاد وعدم الانتقاد، ولم يتكلم المصنف على ما إذا أشبه قول المكتري فقط. وقال الرجراجي: القول قوله مع يمينه وتفض المائة على المسافتين، فما ناب المسافة المتفق عليها كان للكري، وما ناب المسافة المختلف فيها رده الكري على المكتري، يريد بعد حلف الجمال على أن الكراء إنما كان للمدينة والله أعلم. ثم قال: فإن نكل المكتري عن اليمين كان القول قول المكري ويأخذ ما ادعاه لأن المكتري مكنه بنكوله، وإن لم يشبه قول واحد منهما فإنهما يتحالفان ويتفاسخان ويكون للكري في المسافة المتفق عليها كراء المثل. وقوله: «إن لم ينقد» هذا هو الشق الثاني من شقي المسألة، وهو ما إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة، يريد أو بعد السير الكثير ولكن لم ينتقد الكراء فقال المصنف: القول للجمال في المسافة وللمكتري في حصتها مما ذكرا بعد يمينهما، وهذا الحكم إذا أشبه قول المكتري وحده أو أشبه قولهما معاً يبين ذلك قوله: «وإن أشبه قول المكري فقط فالقول له بيمين». قال في المدونة إثر كلامه السابق: وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة وصدق المكتري في حصتها من الكراء الذي يذكر بعد أيمانهما، ويفض الكراء على ما يدعي المكتري. وقال هو وغيره: وذلك إذا أشبه ما قالاً أو ما قال المكتري، وأما إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله ويحلف على دعوى المكتري انتهى. وقال الرجراجي: فإن أشبه قول كل منهما أو انفرد المكتري بالشبه فالقول قوله مع يمينه ويفض ما أقر به من الكراء على المسافتين، فما ناب مسافة المدينة كان للكري، وما ناب مسافة مكة سقط عن المكتري، ويكون له الركوب إلى المدينة إن اختلفا قبل بلوغها. وإن أشبه قول المكري فقط فالقول قوله مع يمينه ويكون له جميع ما ادعاه. وبقي وجه لم يتكلم عليه المصنف وهو ما إذا لم يشبه قول واحد منهما، والحكم في ذلك. كما قال الرجراجي. أن يتحالفوا ويكون للكري كراء المثل في المسافة المتفق عليها بالغاً ما بلغ، ومن نكل منهما قبل عليه قول صاحبه والله أعلم.

فرع: وإذا اختلفا فيمن يبدأ باليمن فإنهما يقترعان. نقله أبو الحسن الصغير. وقوله: «وإن أقاما بيئتين قضي بأعدلتهما وإلا سقطتا» إنما نبه على هذه المسألة وإن كان الحكم في تعارض البيئتين كذلك لينبه على غير قول ابن القاسم في المدونة فإنه قال: أقبل بينة كل منهما إذا

سَقَطَتْ. وَإِنْ قَالَ: أَكْتَرَيْتُ عَشْرًا بِخَمْسِينَ، وَقَالَ: خَمْسًا بِمِائَةٍ. حَلَفًا، وَفُسِّخَ، وَإِنْ زَرَعَ بَعْضًا وَلَمْ يَتَّقَدْ فَلِرَبِّهَا مَا أَقْرَبُ بِهِ الْمَكْتَرِي إِنْ أَشْبَهَ وَحَلَفَ وَإِلَّا فَقَوْلُ رَبِّهَا إِنْ أَشْبَهَ

كانت عادلة لأن كل واحد منهما ادعى فضلة أقام عليها بينة فأقضي بأبعد المسافتين وبأكثر الثمنين، وليس هذا من التهاتر وسواء انتقد أو لم ينتقد والله أعلم.

مسألة: قال في كراء الرواحل: وإن طلب الجمال نقد الكراء قبل الركوب أو بعد السير القريب فامتنع المكتري حلاً على سنة الناس في نقد الكراء أو تأخيره وإن لم يكن لهم سنة كان كالسكنى لا يعطيه إلا بمقدار ما سكن، وإن عجل الكراء من غير شرط فلا رجوع له فيه، فإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه وطلب الآخر نقد بلد التعاقد قضى البلد الذي عقدا فيه الكراء انتهى. انظر المشدالي في هذا المحل فإنه ذكر اختلافهما في كراء الدور، وانظر أبا الحسن.

فائدة: قال أبو الحسن: يقال: الكرى والمكاري والمكري لبائع المنافع، ويقال: المكتري والمتكاري لمشتريها حيث دخلت التاء فهو مشتري المنافع، وجمع المكري مكرون. وجمع الكري أكرياء، وجمع المكتري مكترون، انتهى ص: (وإن قال اكتريت عشراً بخمسين وقال بل خمساً بمائة حلفاً وفسخ) ش: يريد إذا كان ذلك بحضرة الكراء ولم يزرع شيئاً يبينه مقابلته له بقوله: «وإن زرع» إلى آخره وهو كقوله في المدونة: فإن كان بحضرة الكراء تحالفاً وتفاسخاً. أبو الحسن: ولا يراعى الأشبه وظاهره انتقد أم لا، وهذا مذهب ابن القاسم لأنه لم يجعل النقد فوتاً. انتهى ص: (وإن أشبه وحلف) ش: أي إن أشبه قوله ويحلف وهو كقوله في المدونة: فلربها فيما مضى ما أقر به المكتري إن أشبه تغابن الناس. أبو الحسن: ظاهره وإن أشبه مع ذلك قول الآخر فهذان وجهان انتهى. الأول: إذا أشبه قول المكتري فقط. الثاني: إذا أشبهها. قال ابن يونس: قوله: «فلربها ما أقر به المكتري لأنه غارم وهو خمسة في كل سنة انتهى. ص: (وإلا فقول ربها إن أشبه) ش: يريد مع يمينه. قال في المدونة: وإن لم يشبه أي قول المكتري قبل قول ربها مع يمينه. أبو الحسن: قوله: «وإن لم

ابن القاسم: إن أقاما بينة قضى بأعدلها وإن تكافأتا سقطتا. (وإن قال اكتريت عشراً بخمسين وقال قابل خمساً بمائة حلفاً وفسخ) من المدونة قال ابن القاسم: إذا قال المكتري اكتريت الأرض عشر سنين بخمسين ديناراً وقال ربها: بل خمس سنين بمائة دينار، فإن كان بحضرة الكراء تحالفاً وتفاسخاً (وإن زرع بعضاً ولم ينقد فلربها ما أقر به المكتري إن أشبه وحلف). ابن القاسم: فإن كان قد زرع سنة أو سنتين ولم ينقده فالقول قوله في ذلك لأنه غارم ولربها ما أقر به المكتري. ابن يونس: وهو خمسة في كل سنة إن أشبه أن يتغابن الناس بمثله ويحلف (وإلا فقول ربها إن أشبه). ابن يونس: إن لم يشبه قول الزارع قبل قول ربها مع يمينه إن أشبه وهو عشرون في كل سنة إذا

فَإِنْ لَمْ يُشْبِهَا حَلْفًا. وَوَجِبَ كِرَاءُ الْمِثْلِ فِيمَا مَضَى، وَفُسِّخَ الْبَاقِي مُطْلَقًا وَإِنْ نَقَدَ فِتْرَدُّ.

يشبهه يريد أو نكل فالقول قول ربها وهذا وجه ثالث انتهى. والرابع إذا أتيا معاً بما لا يشبه والله أعلم ص: (وفسخ الباقي مطلقاً) ش: هو كقوله في المدونة: ويفسخ باقي المدة على كل حال. أبو الحسن: يعني في الوجوه الأربعة ص: (وإن نقد فتردد) ش: أجمل رحمة الله في ذكر هذا التردد ولم يبين ذلك شراحه، وإنما يتبين ذلك بذكر كلام المدونة وشراحها قال فيها في كراء الدور بعد أن ذكر الأوجه الأربعة المتقدمة: وهذا إذا لم ينقد. قال أبو الحسن: مفهومه لو نقد لكان القول قول ربها ولا يفسخ بقية الخمس سنين فيكون كقول الغير ومخالفاً لقوله. ويفسخ باقي المدة على كل حال. فقييل معنى قوله: «وهذا إذا لم ينقد» أي هذا الذي سمعت من مالك ولم أسمع منه إذا انتقد والحكم عنده سواء فيهما. لكن يعترض هذا بقوله: ومن قول مالك أن رب الأرض والدار مصدق في الغاية فيما يشبه وإن لم ينتقد، إذ هذا الكلام يظهر منه أنه مصدق إذا انتقد إذ هو من باب أولى، وهذا يعطي سماعه للوجهين، وقيل: إنه يعود على أول المسألة وهذا إذا زرع سنة أو سنتين إلا أن فيه تكراراً انتهى. ونص قول الغير فيها قال غيره: إذا انتقد فالقول قول ربها مع يمينه فيما يشبه من المدة، فإن لم يأت بما يشبه وأتى المكثري بما يشبه صدق فيما سكن على ما أقر به ويرجع ببقية المال على ربها بعد يمينه على ما ادعى عليه ويمين المكثري فيما ادعى عليه من طول المدة، وإن لم يشبه واحد منهما تحالفاً وفسخ الكراء، وعلى المكثري قيمة كراء ما سكن، وإن أتيا بما يشبه صدق رب الأرض لأنه انتقد مع يمينه انتهى. فجعله إذا أتى رب الأرض بما يشبه لا يفسخ، وكذا إذا أتيا معاً بما يشبه فيكون في هذين الوجهين مخالفاً لما تقدم فيما إذا لم ينتقد. فمن الشيوخ من حمل قول ابن القاسم: «وهذا إذا لم ينتقد» على معنى أنه إن انتقد فلا يفسخ يريد في هذين الوجهين، ويكون قول ابن القاسم موافقاً لقول الغير، ومنهم من يرى أن مذهب ابن القاسم أنه يفسخ مطلقاً ويكون قول الغير خلافاً وهو تأويل ابن يونس فإنه قال: هذا الذي ذكر الغير غير موافق لقول ابن القاسم إلا قوله: «إذا أشبه قول ربها أو أشبه ما قالوا إن المكثري يلزمه أن يسكن على ما أقر به المكثري» فهذا يخالف فيه ابن القاسم ويرى أنهما يتحالفاً ويتفاسخان في بقية المدة لأنها كسلعة قائمة لم تقبض والله أعلم.

تساوت الشهور (وإن لم يشبهها حلفاً ووجب كراء المثل فيما مضى وفسخ الباقي مطلقاً وإن نقد فتردد). ابن يونس: فإن لم يشبه قول واحد فله كراء المثل فيما مضى وفسخ باقي المدة على كل حال، وإنما فسخت بقية الخمس سنين وإن أقر بها رب الأرض لدعواه في كرائها أكثر من دعوى المكثري، وهذا إذا لم ينقد. ومن قول مالك إن رب الأرض والدار مصدق في الغاية فيما يشبه وإن لم ينتقد قال غيره: وإن انتقد فالقول قول ربها مع يمينه. ابن يونس: هذا الذي ذكر الغير موافق لابن القاسم. انظره فيه. ابن شاس.

باب الجمالة

صِحَّةُ الْجَعْلِ بِالْتِزَامِ أَهْلِ الْإِجَارَةِ جُفْلًا عُلِمَ،

باب

ص: (صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً علم) ش: قال ابن عرفة: الجعل على عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض. فيخرج كراء السفن والمساقاة والقراض. وقولنا: «به» خوف نقض عكسه بقوله: إن أتيتني بعبدى الآبق فلك عمله كذا أو خدمته شهراً لأنه جعل فاسد لجهل عوضه، والمعروف حقيقته المعروضة للصحة والفساد أو جزاء منه معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه، فتخرج المساقاة والإجازات لاستحقاق بعضه ببعض فيهما، والقراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح. وقول ابن رشد: «هو جعل الرجل جعلاً على عمل رجل لو لم يكمله لم يكن له شيء» ينتقض بالقراض انتهى. والضمير في قوله: «به» يعود للعمل أي بعوض غير ناشيء عن محل العمل بسبب ذلك العمل، فتخرج المغارسة والقراض لأنه بعوض ناشيء عن محل العمل لكن ليس ذلك العوض ناشئاً بسبب العمل فتأمل. وقال في التوضيح: الأصل في الجمالة قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حَمَلٌ بِعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] وحديث الرقية انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكر الحديث قلت: تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل وفيه نظر، لجواز كون إقراره عليه السلام على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية رخصة اتفاقاً انتهى. وقد بحث ابن ناجي مع ابن عرفة في رد الاستدلال المذكور

كتاب الجمالة

والنظر في أحكامها وأركانها. أما الأركان فالتعاقدان والعمل والجعل. وأما الأحكام فأربعة (صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة). ابن شاس: ولا يشترط في متعاقدي الجعل إلا أهلية الاستئجار والعمل (جعلاً علم). ابن شاس: شرط الجعل أن يكون معلوماً مقدراً كالإجارة. ومن المدونة: ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمناً لإجارة أو جعل. وذكر ابن لبابة هذا فقال: قال ابن القاسم: كل ما جاز بيعه جاز الاستئجار به وأن يجعل جعلاً. وما لم يجز بيعه لم يجز الاستئجار به ولا جعله جعلاً إلا خصلتان في الذي يجعل لرجل على أن يفرس له أصولاً حتى تبلغ حد كذا ثم هي والأصل بينهما فإن نصف هذا لا يجوز بيعه. وفي الذي يقول: القط زيتوني فما لقطت من شيء فلك نصفه فإن هذا يجوز. ابن رشد: يريد وبيعه لا يجوز. قال ابن لبابة: وقد روي عن مالك أنه لا يجوز، ولم يختلف قول مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار فيقول: ما اقتضيت من شيء من ديني فلك نصفه أنه لا يجوز وهما سواء. ابن رشد: ما هما سواء والأظهر من القولين أنه لا يجوز الجمالة على لقط الزيتون بالجزء منه لأن أوله أهون من آخره والجمالة على اقتضاء الدين بالجزء مما يقتضي، فأشهب

يَسْتَحِقُّهُ السَّامِعُ بِالتَّمَامِ كِكِرَاءِ السَّفِينِ

والصواب مع ابن ناجي فتأمله والله أعلم. ص: (ككراء السفن) ش: تصوره واضح.

فرع: قال في أوائل رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل: قال مالك في النفر يتكاردن السفينة فيحملون فيها طعاماً لهم فإذا بلغوا قال أول من يمر بمنزله منهم: أنا أخذ طعامي فأخذ طعامه، ثم إن السفينة غرقت. قال: ليس عليه تبعة لأصحابه، أذنوا في ذلك أم لم يأذنوا، وليس عليه أن يبلغ معهم بطعامه ثم يرجع إلا أن يكتالوا فينقص الكيل فيكون عليه بقدر طعامه. ابن رشد: المعنى في هذه المسألة أنهم اكترو السفينة على أن يحمل فيها الطعام إلى منازلهم فوجب كل ما مر أحد منهم بمنزله أن يأخذ طعامه لأنه على ذلك حملة، فإن نقص الطعام بعد ذلك كان عليه من النقصان بحسب طعامه يرجع به عليه لأنه حملة معهم على سبيل الشركة، وكذا لو وجد أسفل القمح قد اسود لموج ركبه إلا أن يعلم أن فساده إنما كان بعد أخذ طعامه فلا يكون عليه في ذلك تبعة، كما لو غرق المركب بعد أخذه طعامه فذهب بما فيه. وأما لو حملوا الطعام في سفينة إلى بلد واحد لتجارة أو لغير تجارة فخلطوه أو اختلط لم يكن لأحد منهم أن يأخذ طعامه بالطريق إلا أن يرضي أصحابه مخافة أن يكون أسفل طعامه فاسداً أو يفسد بعد ذلك أو ينقص في الكيل، فإن أخذ طعامه من الطريق برضا أصحابه لم يكن لهم عليه تباعة إن ألفوه فاسداً أو نقص كيله على ما قاله في رسم الأفضية

لا يجيزه والأظهر أنه جائز إذ لا فرق بين أوله وآخره في العناء في اقتضائه. وأما الحصاد والجداد فلا خلاف بينهم في جواز الجماعلة فيه على الجزء منه بأن يقول له جد من نخلي ما شئت أو احصد من زرعي ما شئت على أن لك من كل ما تحصد أو تجد جزء كذا الجزء يسميه، ووجهه أنه لا يلزم واحداً منهما (يستحقه السامع) سمع عيسى ابن القاسم: من جعل في عبد له عشرة دنائير لمن جاء به فجاء به من لم يسمع بالجعل، فإن كان يأتي بالآبق فله جعل مثله وإلا فليس له إلا نفقته. وإن جاء به من سمعه فله العشرة وإن كان مما لا يأخذ الآبق. وقال ابن الماجشون وأصبغ: إن له الجعل المسمى وإن لم يعلم به وحكاه ابن حبيب عن مالك. ابن رشد: وقول ابن القاسم أظهر لأن الجماعل إنما أراد بقوله تحريض من سمع قوله على طلبه فوجب أن لا يجب ما سمي من الجعل إلا لمن سمعه فطلبه بعد ذلك. ابن عرفة: جعل ابن شاس وابن الحاجب قول ابن الماجشون هو المذهب وليس كذلك. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله: «ولا تعين» أنه لا جعل في أداء الأمانات فمن وجد ضالة لا جعل له (بالتمام) ابن المواز: قال مالك: من قال لرجل بع ثمر حائطي ولك كذا ثم جاء صاحب الحائط قوم فسأموه حتى باع منهم فطلب الرجل حقه فلا شيء له، إنما جعل له على أن يبيع ويماكس فهذا بايعهم وماكسهم ليس هو (ككراء السفن). ابن عرفة: في حكم كراء السفن اضطراب. قال ابن رشد: قول ابن القاسم وروايته أنه على البلاغ كالجعل الذي لا يتم إلا بتمام العمل كان على قطع الوسطة أو الريف. ومن المدونة قال مالك: من اكرى سفينة ففرقت في ثلثي الطريق وغرق ما فيها من

إِلَّا أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى التَّمَامِ فَيَنْشِبَةَ الثَّانِي. وَإِنْ اسْتَحَقَّ وَلَوْ بِحُرِّيَّةٍ،

الثاني عن أشهب من كتاب الشركة، وما يأتي له بعد هذا في رسم حلف وفي رسم أخذ يشرب خمراً. ومن الناس من ذهب إلى أن رواية أشهب معارضة لهذه الرواية، والصحيح أن لا تعارض بينهما ولا اختلاف على ما بيناه انتهى. وقال في رسم حلف من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور: وسئل عن رجل حمل طعاماً من الريف في سفينة فمر بأخ له في قرية أخرى. فقال: أفي سفينتك فضل تحمل لي مائة أردب؟ قال: نعم وقد كان الأول حمل فيها خمسمائة أردب فألقى طعامه من فوق طعام صاحبه فانخرق المركب فدخل الماء في أسفله فأصاب منه نحو خمسين أردباً وهو يعلم أنه لم يصل إلى طعام الرجل الذي كان حمله فوق طعامه الأول قال: أراهما في ذلك شريكين. قلت: إنه لم يصل إلى الأول. قال: قد حملاه على وجه الشركة وخلط. ابن رشد: مضى القول في معنى هذه المسألة. وقال في رسم أخذ يشرب خمراً من السماع المذكور: قال مالك في الطعام الذي في السفينة الذي فسد بعضه ولم يفسد بعضه: إن كان كل واحد طعامه محجوزاً على حدته قد حازه بشيء جعله حاجزاً فيما بين القمح فأرى أن من سلم منهم فله ما سلم، ومن أصيب منه بما أصابه أو اسود لموج ركبه فمصيبته من صاحبه، وإن كانت تلك التي حجزوها قد انخرق بعضها إلى بعض حتى اختلط

طعام وغيره فلا كراء لربها، وأرى أن ذلك على البلاغ. وقال يحيى بن عمران: كان كراؤهم على قطع البحر مثل السفر من صقلية إلى إفريقية إلى الأندلس فلا شيء لهم من الكراء، وإن كان كراؤهم من الريف مثل الكراء من مصر إلى إفريقية وشبهه فلهم بحساب ما ساروا، وبهذا كان أصبغ يقول. وترجم اللخمي على كراء السفن فقال: إنه جعل وإجارة. انظره فيه ويسقط بتركه (إلا أن يستأجر على التمام فنسبته الثاني) من المدونة قال مالك: والجعل يدعيه العامل متى شاء ولا شيء له يريد إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل له المجمعول له مثل أن يجعل جعلاً على حمل خشبة إلى موضع كذا فيتركها في بعض الطريق فيستأجر ربها من يأتيه بها، أو يعجز عن حفر البئر بعد أن ابتداء فيها ثم جعل صاحبه الآخر فأتىها، فهذا يكون للثاني جميع إجارته التي عاقده عليها ويكون للأول بقدر ما انتفع به الجاعل مما حط عليه من جعل الثاني أو إجارته. وقد وقع في المستخرجة لو كان جعل الأول خمسة وجعل الثاني عشرة بعد أن أبلغها الأول نصف الطريق أو نصف الحفر في البئر لأن الأول يأخذ عشرة لأنه الذي ينوب، فعلى الأول في الإجارة من إجارة الثاني لما استؤجر نصف الطريق بعشرة على أن قيمة إجارته يوم استؤجر عشرون، فيسقط عن الجاعل عشرة هي التي يفرمها للأول. ابن يونس: انظر في الأول قد رضي أن يحملها جميع الطريق بخمسة فكان يجب أن يعطي له نصفها لأنه حملها نصف الطريق، ولأن المغابنة جائزة في الجعل وغيره (وإن استحق ولو بحرية). ابن المواز: ومن جعل لرجل في عبد أبق له جعلاً فقطعت يده أو فقمت عينه قبل أن يصل به إلى ربه فصار لا يسوى الجعل أو نزل به ذلك قبل أن يجده ثم وجده، فله جعله كاملاً ولا ينظر أزيد العبد أو نقص، وقاله مالك. قال:

الطعام كانوا شركاء جميعاً فيما فسد لهم وضاع، يأخذ كل واحد منهم بحصة طعامه. ابن رشد: قوله: «إن الطعام إذا انخرق ما حجز به بين طعام كل واحد فاختلف أنه يحكم بينهم فيما فسد منه بحكم الشركة» فهو صحيح إذ لا فرق بين أن يحملوه على الشركة أو يختلف بغير اختيارهم فيما يجب من أن يكونوا شركاء فيه بحسب ما لكل واحد منهم انتهى. وفي رسم الأفضية الثاني من سماع أشهب من الشركة: وسئل عن القوم يحملون الطعام من القمح في السفينة الواحدة يختلط بعضه ببعض، ثم يريد بعضهم البيع بالطريق. فقال: لا أرى له ذلك إلا أن يرضي أصحابه أن يعطوه لأنني أخاف أن يكون أسفل الطعام فاسداً أو يمتطروا بعد ذلك فيفسد القمح، فلا أرى لواحد منهم أن يأخذ حتى ييلغوا جدة فيقتسمونه الفاسد والجيد إلا أن يرضي أصحابه أن يسلموا له حقه، فأرى ذلك ولا أرى له عليهم تباعة إذا نزلوا فوجدوا القمح فاسداً.

قلت: المعنى في هذه المسألة أنهم حملوا الطعام في السفينة على أن يبروا لبلد واحد لتجارة أو لغير تجارة، فلذلك لم ير لواحد منهم أن يأخذ طعامه إذا كان قد اختلط بمنزلة أن لو كانوا خلطوه وحملوه على الشركة لأن اختلاطه يوجب اشتراكهم فيه، وذلك بخلاف ما لو حملوه على أن يبروا به على منازلهم كان من حق من يبر منهم بمنزله أولاً أن يأخذ طعامه فيه، ولا يكون لأصحابه عليه تبعة إلا أن ينقص الطعام أو يكون قد أصابته آفة على ما قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كراء الرواحل حسبما بيناه في ذلك، فليس هذا بمخالف لها. ومن الناس من حملها على الخلاف وليس ذلك عندي بصحيح والله أعلم انتهى. وتقدم في باب القسمة عند قول المصنف: «لا شهادته» عن البرزلي أن السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون أنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبهه. وقال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عن الرجل يبعث معه قوم يبيضون لهم في قمح فيجمع ذهبهم فيشتري لهم دفعة واحدة ثم يصاب ذلك الطعام قال: لا يشبه هذا الذي ذكرت من الدقيق وليس بهذا بأس ولا ضمان عليه.

قلت: هذا كما قال ومثله لابن القاسم من كتاب ابن المواز قال: وكذلك كل ما ينقسم بكيل أو وزن يشتره لهم مشاعاً ثم يقسمه، وأما ما لا يقسم إلا بالقيمة فهذا يضمن. قال محمد: بخلاف العامل في القراض يخلط أموال المقارضين فيما يقسم بالقيمة لأنه إليه البيع

وإن لم يصل به إلى ربه حتى استحقه مستحق فالجعل على الجاعل ليس على مستحقه من ذلك شيء، وكذلك لو استحق بالحرية فالجعل على الجاعل ولا يرجع عليه. قال أصبغ: ولا على أحد وهو قول ابن القاسم. قال ابن المواز: أحب إلي أن يرجع الجاعل على المستحق بالأقل من ذلك أو من جعل مثله.

بخلاف موته بلا تقدير زمنٍ إلا بشرط ترك متى شاء ولا نقدي

وليس ذلك للأول. انتهى ص: (بخلاف موته) ش:.

فرع: ولو أعتقه سيده فقال في النوادر في كتاب الجعل والإجارة: قال عبد الملك: ومن جعل في آبق جعلاً ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعد ذلك وإن لم يعلم بالعتق، ولو أعتقه بعد أن وجده كان له جعله، فإن كان عديماً فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب له الجعل. قال أحمد: إن كان العتق بعد القدوم فكما قال، وإن أعتقه بعد علمه أنه وجده لزمه جعله، وإن لم يجد عنده لم يصح عتق العبد حتى يقبض هذا جعله مبدأ على الغرماء. أحمد: كالمترهن. انتهى ص: (في كل ما جاز فيه الإجارة) ش: قال في الذخيرة: الركن الثالث العمل. وفي الجواهر: هو كل عمل يجوز الاستئجار عليه لكن لا يشترط كونه معلوماً تحصيلاً لمصلحة العقد احترازاً ممن وجد آبقاً أو ضالاً بغير عمل فلا جعل له، وممن عرف مكانه فدل عليه لأن ذلك واجب عليه انتهى. وقال قبله في مسألة طلب الآبق: فإن طلب من يعلم موضعه فلا شيء له لأن ذلك واجب عليه انتهى. قال في الكتاب في شروط المعقود عليه: الأول أن يكون مما لا يلزم المجهول له عمله، فإن كان مما يلزمه لم يجز له أخذ الجعل عليه مثل أن يجد آبقاً من غير عمل لأن رده واجب عليه انتهى. وقال ابن سلمون: ومن رد آبقاً أو ضالاً من غير عمل فلا جعل له على رده ولا على دلالة لوجوب ذلك عليه انتهى. وقال في النوادر في كتاب الجعل والإجارة: وإنما يجوز الجعل على طلب عبد يجهل مكانه. فأما من وجد آبقاً أو ضالاً أو ثياباً فلا يجوز له أخذ الجعل على رده ولا على أن يدلّه على مكانه بل ذلك واجب عليه، فأما من وجد ذلك بعد أن جعل ربه فيه جعلاً فله الجعل، علم بما جعل فيه أو لم يعلم، تكلف طلب هذه الأشياء أم لم يتكلف. وإن وجده قبل أن يجعل ربه فيه شيئاً فانظر، فإن كان ممن يطلب الإباق وقد عرف بذلك فله جعل مثله، وإن لم يكن ممن نصب لذلك نفسه فليس له إلا نفقته، وكذلك لو جاء به بدأ ولم يبدل ربه فيه جعلاً، وكذلك قال ابن الماجشون وأصبغ وكله قول مالك. وقال ابن الماجشون في كتابه: إذا كان ليس من شأنه طلب الإباق فلا جعل له ولا نفقة قولاً مجملاً انتهى.

(بخلاف موته). ابن عرفة: موت الآبق قبل إحصائه يسقط جعله لعدم تمام عمله. قال عبد الملك: من جعل على آبق جعلاً ثم أعتق فلا شيء لمن وجده بعد ذلك وإن لم يعلم بعتقه، ولو أعتقه بعد أن وجده فله جعله، فإن كان عديماً فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب له الجعل (بلا تقدير زمنٍ إلا بشرط ترك متى شاء) من المدونة قال مالك: الإجارة تلزم بالعقد ولا تجوز إلا بأجل وليس لأحدهما الترك حتى يتم الأجل بخلاف ذلك يدعه العامل متى شاء ولا يكون مؤجلاً. ومن المدونة قال مالك: لو قال: بع هذا الثوب ولك درهم فذلك جائز، وقت له في الثوب ثمناً أم لا، وهو جعل. فإن قال: اليوم لم يصلح إلا أن يشترط أن يترك متى شاء (ولا نقد) ابن المواز: قال مالك: ولا يصلح الأجل في

مُشْتَرِطٍ فِي كُلِّ مَا جاز فِيهِ الإِجَارَةُ بِلاَ عَكْسٍ وَلَوْ فِي الكَثِيرِ إِلاَّ كَبِيعَ سِلْعٌ كَثِيرَةٌ لاَ يَأْخُذُ شَيْئاً إِلاَّ بِالْجَمِيعِ وَفِي شَرْطِ مَنَفَعَةِ الجاعِلِ قولان. وَلَمَنْ لَمْ يَسْمَعْ جُعِلَ مِثْلَهُ إِنْ اِعْتَادَهُ كَحَلْفَيْهِمَا بَعْدَ تَخَالَفَيْهِمَا. وَلِرَبِّهِ تَرْكُهُ وَإِلاَّ فَالْنَّفَقَةُ. وَإِنْ أَفْلَتَ فِجاءَ بِهِ آخِرُ فَلِكُلِّ نِسْبَتُهُ.

مسألة: إذا كان الأبق في موضع بعيد ونفقته تستغرق الجعل الذي جعل عليه فليرفع

الجعل ولا النقد فيه (مشرط) قال ابن الحاجب: ونقده كالحيار (في كل ما جاز فيه الإجارة بلا عكس) من المدونة وكتاب ابن المواز: كلما جاز فيه الجعل جازت فيه الإجارة، وليس كلما جازت فيه الإجارة يجوز فيه الجعل. انظر بسط هذه عند قوله: «جعلاً علم» (ولو في الكثير إلا كبيع سلع) سيأتي معنى الكاف عند النص بعد هذا. ابن المواز: يجوز عند مالك وأصحابه الجعل على الشراء فيما قل أو كثر. وقال في المدونة: يجوز الجعل في شراء كثير الثياب بخلاف بيعها (لا يأخذ شيئاً إلا بالجميع). ابن يونس: حكى لنا عن بعض القرويين في منع الجعل على بيع كثير السلع معناه أنه لا يأخذ شيئاً إلا أن يبيع الجميع هكذا العرف عندهم. وأما إن كان على أن ما باع فله قدره من الإجارة فذلك جائز. ابن يونس: وعلى أنه إن شاء ترك بقية الثياب وإن لم يسلم الثياب إليه فيجوز. قال: وقوله في الجعل على شراء كثير السلع أنه يجوز لأن كل ما اشترى أخذ بحسابه هكذا العرف عندهم أيضاً. وأما إن كان لا يأخذ شيئاً إلا بشراء الجميع فلا يجوز ذلك، والجعل على الشراء والبيع لا فرق بينهما (وفي شرط منفعة للجاعل قولان). ابن رشد: اختلف هل من شرط صحة الجعل أن يكون فيه منفعة للجاعل أم لا على قولين انتهى. ولم ينقل ابن يونس إلا ما نصه: قال عبد الملك: من جعل لرجل جعلاً على أن يرقى إلى موضع من الجبل سماه له أنه لا يجوز، ولا يجوز الجعل إلا فيما ينتفع به الجاعل، يريد لأنه من أكل أموال الناس بالباطل. ومن ابن عات: لا يجوز الجعل على إخراج الجان من الرجل لأنه لا يعرف حقيقته ولا يوقف عليه، ولا ينبغي لأهل الورع الدخول فيه، وكذلك الجعل على حل المربوط والمسحور. انظر الإكمال عند قوله عليه السلام: «من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل»^(١). وانظر ابن العربي عند تكلمه على (ولمن يسمع جعل مثله إن اعتاده) تقدم أن هذا هو مذهب ابن القاسم خلافاً للمالك وابن الماجشون وأصبغ (كحلفها بعد تخالفهما). ابن الحاجب: إن تنازعا في قدر الجعل تحالفاً ووجب جعل المثل. ابن عرفة: تبع في هذا ابن شاس والأظهر تخريج المسألة على قولها في القراض، والقول قول العامل إن أتى بما يشبه (ولربه تركه وإلا فالنفقة) لو قال: «ولمن يسمع جعل مثله إن اعتاده وإلا فالنفقة ولربه تركه» لتنزل على ما يتقرر من المدونة. ومن وجد أبقاً فطلب جعلاً على أخذه فقال مالك: إن لم يكن شأنه يطلب الضوال فلا جعل له وله نفقته. قال ابن عرفة: إلا أن يتركه ربه فلا يلزمه أن يعطي نفقته (فإن أفلت فجاء به آخر فللكل نسبته) سمع عيسى ابن القاسم: من جعل جعلاً لرجل على أبق فانقلب به فأفلت فآخذه آخر فأتى به: إن أفلت

(١) رواه مسلم في كتاب السلام حديث ٦٠، ٦٢، ٦٣. أحمد في مسنده (٣/٣٠٢، ٣٣٤/٣٨٢،

وَإِنْ جَاءَ بِهِ ذُو دِرْهَمٍ وَذُو أَقْلٍ اشْتَرَكَ فِيهِ وَلِكِلَيْهِمَا الْفَسْخُ. وَلَزِمَتِ الْجَاعِلَ بِالشُّرُوعِ وَفِي الْفَاسِدِ جُعِلَ الْمِثْلُ إِلَّا بِجُعْلٍ مُطْلَقاً فَأُجْرَتُهُ.

باب إحياء الموات

مَوَاتُ الْأَرْضِ. مَا سَلِمَ مِنَ الْاِخْتِصَاصِ

المجمول له الأمر للقاضي لبيعه ويحكم بجعله، فإن جاء به فليس له غير الجعل الذي جعل له. انتهى من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة.

باب

ص: (موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست) ش: هذا باب

بعيداً من مكان سيده فكل الجعل للثاني ولا شيء فيه للأول، وإن أفلت قريباً منه فالجعل بينهما على قدر شخص كل منهما. ابن رشد: هذا أبين لأن المجمول له الثاني هو المنتفع بعمل الأول إذا أفلت بالقرب بخلاف المجاعة على حفر الآبار. وانظر قبل قوله: «وإن استحق» (وإن جاء به ذو درهم وذو أقل اشتركا فيه) من المدونة قال مالك: من جعل لرجلين في عبد أبق منه جعلين مختلفين لواحد إن أتى به عشرة، وللآخر إن أتى به خمسة، فأتيا جميعاً به فالعشرة بينهما على الثلث والثلثين. ابن يونس: لأن جعل أحدهما مثل جعل الآخر. وقال ابن نافع وابن عبد الحكم: لكل واحد منهما نصف ما جعل له (ولكليهما الفسخ ولزمت الجاعل بالشروع) ابن يونس: للجاعل أن يفسخ الجعالة إذا لم يشرع المجمول له في العمل. وأما بعد الشروع فليس له ذلك. وأما العامل فقد قال مالك: له أن يدع الجعالة متى شاء ولا شيء له (وفي الفاسد جعل المثل إلا أن يجعل مطلقاً فأجرته) ابن رشد: في رد فاسد الجعل لحكم نفسه فيجب جعل مثله، إن تم عمله وإلا فلا شيء له أو للإجارة فيجب أجر مثله فيما عمل ثالثها للأول في بعض المسائل، وللثاني في بعض الأقوال الثلاثة في القراض.

كتاب إحياء الموات

ابن شاس: وفيه ثلاثة أبواب: الأول في ملك الأرض بالإحياء وفيه فصلان: ما يملك من الأرضين وكيفية الإحياء. الباب الثاني: في المنافع المشتركة في البقاع كالشوارع والمساجد. الباب الثالث: في الأعيان المستفاد من الأرض كالمعدن والمياه (موات الأرض ما سلم من الاختصاص) روى ابن غانم: موات الأرض هي التي لا نبات بها لقوله تعالى ﴿فأحيينا به الأرض بعد موتها﴾ [فاطر: ٩] فلا يصح الإحياء إلا في البور. وقال ابن الحاجب: الموات الأرض المنفكة عن الاختصاص اه وانظر جرية الوادي إذا انصرف الوادي عنها إلى ناحية أخرى أو جف الوادي أو انقطع، هل يكون موضع جريته بمنزلة الموات؟ وكيف لو كانت في عدوتي النهر أرض لقوم. انظره في آخر الوثائق

بِعِمَارَةٍ، وَلَوْ اَنْدَرَسَتْ. إِلَّا لِإِحْيَاءِ. وَبِحَرِيمِهَا. كَمُحْتَطَبٍ. وَمَزْعَى. يُلْحَقُ غُدُوًّا، وَرَوَاحًا لِيَلْدَ.

إحياء الموات والموات بفتح الميم ويقال موتان بفتح الميم والواو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها إلا أن يجري إليها ماء أو تستنبط فيها عين أو يحفر فيها بئر، ويقال لها ميتة، والموات - بضم الميم ويقال الموتان بضم الميم أيضاً - الموت الذريع. وبدأ المؤلف رحمه الله بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعاً قدمه وضعاً، وإما لأن حقيقة الموات متحدة والإحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولاً ليذكر أضداده. والتعريف المذكور تبع المصنف فيه ابن الحاجب وهو تبع ابن شاس وهو تبع الغزالي وهو قريب مما قال أهل اللغة في معناه. وقال ابن عرفة: إحياء الموات لقب لتعمير دائر الأرض بما يقتضي عدم انصراف العمر عن انتفاعه بها. وموات الأرض قال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب السداد والأنهار: روى ابن غانم: موات الأرض هي التي لا نبات بها لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا﴾ [النحل: ٦٥] فلا يصح الإحياء إلا في البوار. ثم قال بعد ذكره كلام ابن الحاجب: فتبع مع ابن شاس الغزالي وتركوا رواية ابن غانم وهي أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه انتهى. وقال في اللباب: حقيقة الإحياء العمارة، والموات ما لم يعمر من الأفنية، وحكمة الجواز وهي سبب في الملك، وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة انتهى. ص: (إلا لإحياء) ش: قال في التوضيح عن ابن رشد: وإنما يكون الثاني أحق إذا طالت المدة بعد عودته إلى حالته الأولى، وأما إن أحياء الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى، فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة، وإن كان عن معرفة فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول إن تركه إياه لم يكن إسلاماً له وإنه على نية إعادته انتهى.

المجموعة. والذي أفتى به ابن الحاجب في نوازله أنه للذين يلونه من جهته ولا يكون مواتاً. وانظر سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار (بعمارة) ابن شاس: الاختصاص أنواع الأول العمارة فلا يملك بلا إحياء المعمور (ولو اندرست) الباجي: من اشترى أرضاً لم يرتفع ملكه باندراسها اتفاقاً (إلا لإحياء) من المدونة: من أحيأ أرضاً ميتة ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت أشجارها وتهدمت آبارها وعادت كأول مرة ثم أحيأها غيره فهي لمحيتها آخرأ. ابن يونس: قياساً على الصيد إذا أفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثاني. قال مالك: وهذا إذا أحيأ في غير أصل كان له، فأما من ملك أرضاً بهبة أو شراء ثم أسلمها فهي له، وليس لأحد أن يحييها، وفي كتاب ابن المواز: من اشترى صيداً ثم ند واستوحش ولحق بالوحش أنه لمن صاده، ولم يفرق بين من اشتراه لمن صاده لما وجد فيه من التوحش (وبحريمها) ابن شاس: النوع الثاني من الاختصاص أن يكون حريم عمارة فيختص به صاحب العمارة ولا يملك بالإحياء (كمحتطب ومرعى يلحق غدوًّا ورواحاً لبلد) ابن شاس: حريم البلدة ما كان قريباً منها تلحقه مواشيتها في الرعي في غدوها ورواحها وهولهم مسرح ومحتطب فهو

وَمَا لَا يُضَيِّقُ عَلَى وَارِدٍ. وَلَا يَضُرُّ بِمَا لِغَيْرِهِ. وَمَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِتَخْلَةٍ. وَمَطْرَحُ تُرَابٍ. وَمَصَّبٌ مِيزَابٍ لِدَارٍ. وَلَا تَخْتَصُّ مَحْفُوفَةٌ بِأَمْلَاكٍ. وَلِكُلِّ. الْاِنْتِفَاعُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْآخِرِ. وَيَاقِطَاعِ الْإِمَامِ وَلَا يَقْطِيعُ مَعْمُورَ الْعَنُودِ مِلْكَاً وَيَحْمِي إِمَامٌ مُحْتَاجاً إِلَيْهِ. قَلٌّ مِنْ بَلَدٍ عَفَا. لِكَفْرُو،

تنبيه: وينبغي أن يقيد بأن لا يكون الأول علم بعمارة الثاني وسكت عنه وإلا كان سكوته دليلاً على تسليمه إياه فتأمله والله أعلم. ص: (وما لا يضيق على وارد ولا يضر بماء بش) ش: قال الشارح: وقال ابن نافع: حريم البئر العادية خمسون والتي ابتدئ عملها خمسة وعشرون انتهى. والعادية بالتشديد قال في النهاية لابن الأثير: شجرة عادية أي قديمة كأنها تنسب إلى عاد وهم قوم هود عليه السلام، وكل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدركهم انتهى. ففهم من كلامه أن العادية بتشديد الياء. وفي الصحاح: وشيء عادي أي قديم كأنه منسوب إلى عاد. ص: (ولا يقطع معمور العنوة) ش: قال في كتاب التجارة لأرض الحرب من التنبيهات: وأرض العنوة بفتح العين التي غلب عليها قهراً انتهى. ص: (ويحرم إمام محتاج إليه قل من بلد عفا لكفرو) ش: يعني أن الوجه الرابع من أوجه الاختصاص التي تمنع إحياء

حريمها وليس لأحد إحياءه. (وما لا يضيق على وارد ولا يضر بماء بش) ابن شاس: أما البئر فليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها وهو مقدار ما لا يضر بمائها ولا يضيق مناخ إبلها ولا مرايض مواشيتها عند الورود، ولأهل البئر منع من أراد أن يحفر أن يبني بئراً في ذلك الحريم (وما فيه مصلحة لكنخلة) سأل ابن غانم مالكا عن حريم النخلة فقال: قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ويترك ما أضر بها ويسأل عن ذلك أهل العلم به، وقد قالوا من اثني عشر ذراعاً من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع وذلك حسن، ويسأل عن الكرم أيضاً وعن كل شجرة أهل العلم به فيكون لكل شجرة بقدر مصلحتها (ومطرح تراب ومصب ميزاب لدار) ابن شاس: حريم الدار المحفوفة بالموات ما يرتفق به من مطرح تراب أو مصب ميزاب. ابن عرفة: مسائل المذهب تدل على صحة ما قال ابن شاس ولا تختص محفوفة بأملاك ولكل الانتفاع ما لم يضر. ابن شاس: المحفوفة بأملاك لا تختص ولكل الانتفاع بملكه وحريمه (ويأقطع) ابن شاس: النوع الآخر من أنواع الاختصاص إذا أقطع الإمام رجلاً أرضاً كانت ملكاً وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئاً يبيع ويهب ويتصرف وتورث عنه، وليس هو من الإحياء بسبيل وإنما هو تمليك مجرد. قال ابن القاسم: وسواء كانت في المهامة أو الفيافي أو قرية من العمران (ولا يقطع معمور العنوة ملكاً) سحنون: ما كان في أرض العنوة من موات وشعاري لم يعمل ولا جرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحيائها. الباجي: لا فرق بين موات أرض العنوة وغيرها هي لمن أحيائها. ومن المدونة: لا يجوز شراء أرض مصر ولا تقطع لأحد. قال غير واحد: لأنها فتحت عنوة. ابن رشد: الإقطاع يكون في البراري والمعمور إلا معمور أرض العنوة التي حكمها أن تكون موقوفة. ابن عرفة: يريد إقطاع تمليك، وأما إقطاعها للانتفاع بها مدة فبجائز. قاله الطرطوشي وغيره (ويحرم إمام محتاجاً إليه قل من بلد عفا لكفرو) ابن شاس:

الموات الحمى يحمى للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي. والحمى بكسر الحاء المهملة وفتح الميم والقصر هو المكان الذي يمنع رعيه ليتوفر فيه الكلاً فترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها من رعيه. والكلاً بالهمز من غير مد، هو المرعى رطباً كان أو يابساً. والخلا بالقصر من غير همز النبات الرطب. قال في المشارق: وضبطه السمرقندي والعذري بالمد وهو خطأ. وقال الحافظ ابن حجر: ومن مده فقد أخطأ. والحشيش هو العشب اليابس. وظاهر كلام صاحب القاموس أن الحمى يجوز فيه المد ولم يحك في المشارق فيه إلا القصر وسيأتي لفظه. فالحمى بمعنى المحمي فهو مصدر بمعنى المفعول وهو خلاف المباح وتثنيته حميان. وحكى الكسائي أنه سمع في تثنيته حموان بالواو والصواب الأول لأنه يأتي. وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان إذا انزل منزلاً مخصباً استعوى كلباً على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه. وأما الحمى الشرعي فهو أن يحمي الإمام موضعاً لا يقع به التضيق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك، إما للخيل التي يحمل عليها الناس للغزو أو لماشية الصدقة. قاله الباجي ونقله عنه ابن عرفة، وهو قريب من كلام المصنف الذي ذكره هنا فإنه ذكر للحمى شروطاً أربعة:

الأول أن يكون الحامي هو الإمام، يريد أو نائبه كما سيأتي التنبيه على ذلك وإليه أشار بقوله: «حمى إمام» فليس لأحد الناس أن يحمي.

والشرط الثاني أن يكون ذلك الحمى محتاجاً إليه أي لمصلحة المسلمين، إما لخيل المجاهدين والإبل التي يحمل عليها للغزو أو لماشية الصدقة. قال الشافعية: ويجوز للإمام أن يحمي للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي للمسلمين ويمنع منه أهل الذمة ولا يجوز العكس في المسألتين.

قلت: والظاهر أن هذا جار على مذهبنا كما يؤخذ من حديث الموطأ الآتي. وقوله أدخل رب الصريمة والغنيمة وإلى هذا أشار بقوله: «محتاجاً إليه لكغزو» فقوله: «لكغزو» متعلق بقوله: «محتاجاً إليه» فهو من تنمة الشرط الثاني، وأتى بالكاف في قوله: «لكغزو» ليدخل ماشية الصدقة. وما ذكرناه بعد هذا فلا يجوز للإمام أن يحمي لنفسه لأن ذلك من خصائصه ﷺ أعني أن يحمي لنفسه كما تقدم في الخصائص. قالوا: ولم يقع ذلك منه ﷺ. قال الشيخ زكرياء: ولو وقع لكان في ذلك مصلحة للمسلمين لأن ما كان مصلحة له ﷺ فهو مصلحة لهم وهو كلام صحيح.

الشرط الثالث أن يكون ذلك قليلاً لا يضيق على الناس بل يكون فاضلاً عن منافع أهل ذلك الموضع وإليه أشار بقوله: «قل». وصرح بذلك ابن الحاجب على ما في نسخة المصنف في

التوضيح، ويؤخذ من كلام سحنون الآتي، فلا يجوز أن يكون الحمى كثيراً يضر بالناس ويضيق عليهم.

الشرط الرابع: أن يكون في المواضع التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء وإلى ذلك أشار بقوله: «من بلد عفا» أي ليس لأحد فيه أثر بناء ولا غرس. والمراد بالبلد الأرض وأعاد الضمير عليها مذكراً اعتباراً بلفظ البلد، فلا يجوز أن يكون الحمى في المواضع المعمورة بالبناء والغرس. وأشار المصنف رحمه الله بما ذكره في هذين الشرطين إلى ما قاله سحنون ونقله عنه في النوادر وغيرها. قال في التوضيح: قال سحنون: الأحمية إنما تكون في بلاد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء، وإنما تكون الأحمية فيها في الأطراف حتى لا تضيق على ساكن، وكذلك الأودية العفاء التي لا مساكن بها إلا ما فضل عن منافع أهلها من المسارح والمرعى انتهى. وجعل الشارح قول المصنف: «قل من بلد عفا» شرطاً واحداً، وجعل قوله: «لكغزو» شرطاً مستقلاً وهو نحو كلام المصنف في التوضيح، والظاهر ما ذكرناه، نعم يمكن أن يكون الشرط الثالث والرابع شرطاً واحداً كما قال الشارح فتكون الشروط ثلاثة.

تنبيهات: الأول: الأصل في الحمى ما رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشرب - بكسر الشين المعجمة - والمراد بالشرب الحكم في قسمة الماء الماء وضبطه الأصيلي بالضم. قال الحافظ ابن حجر: والأول أولى. قال البخاري: حدثنا يحيى بن بكير. قال: حدثنا الليث عن يونس عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة رضي الله عنه، قال: إن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»^(١). قال: وبلغنا أن رسول الله ﷺ حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربرة. وأخرج منه أيضاً في كتاب الجهاد في باب أهل الدار يبيتون الموصول منه، عن الصعب بن جثامة أيضاً أعني قوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله». وقوله: «وبلغنا أن رسول الله ﷺ حمى النقيع» هكذا وقع لجميع رواة البخاري غير أبي ذر فإنه وقع عنده «قال أبو عبد الله بلغنا فاغتر بذلك بعض الشراح فظن أنه من كلام البخاري وأنه من تعليقاته وليس كذلك، وإنما القائل بلغنا هو ابن شهاب فهو موصول بالإسناد المذكور إليه لكنه مرسل من مراسيل ابن شهاب. وهكذا وقع في رواية لأبي داود فقال عن الصعب بن جثامة أن رسول الله ﷺ حمى وقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله» قال ابن شهاب: وبلغني أن رسول الله ﷺ حمى النقيع ثم ذكر أبو داود رواية أخرى بعدها عن الصعب بن جثامة أيضاً أن رسول الله ﷺ حمى النقيع وقال: «لا حمى إلا لله» ولم يقل «ولرسوله» وذكر الروایتين في آخر كتاب الجراح من سننه. واقتصر الحافظ ابن حجر في

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ١٤٦. كتاب المساقاة باب ١١ أحمد في مسنده (٤/٣٨، ٧١،

فتح الباري على ذكر الرواية الأولى من روايتي أبي داود ولم يذكر الثانية، وذكرها في تخريجه لأحاديث الرافعي وعزاها للإمام أحمد وأبي داود والحاكم وقال: إنها مدرجة يعني حمى النقيع، وذكر أن البخاري وهم من أدرجها. وقال أيضاً في تخريجه لأحاديث الرافعي: أغرب عبد الحق في الجمع فجعل قوله: «وبلغنا» من تعليقات البخاري وتبعه على ذلك ابن الرفعة قال: ويكفي في الرد عليهما أن أبا داود صرح بأنه من مراسيل الزهري يعني في الرواية الأولى، ثم ذكر أن الإمام أحمد وابن حبان أخرجوا من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ حمى النقيع لخييل المسلمين، والصعب ضد السهل وعلى وزنه. وجثامة بجيم مفتوحة وثناء مثلثة مشددة ذكره النووي في أول كتاب الحج من شرح مسلم.

الثاني: اقتصر عبد الحق في الأحكام على عزو الحديث لأبي داود واقتصر على الرواية الثانية من روايتيه وزاد فيها لفظ «ولرسوله» فقال: روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع وقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله». وقال علي بن عبد العزيز في المنتخب: حمى النقيع لخييل المسلمين ترعى فيه، ثم ذكر حديثين آخرين ثم قال: وأصح هذه الأحاديث حديث الصعب بن جثامة وهو الذي يعول عليه. انتهى. تبعه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وابن عرفة. وقد علمت أن الحديث في صحيح البخاري. وأخرج النسائي في سننه في كتاب الحمى وفي كتاب السير من حديث مالك عن ابن شهاب الموصول منه أعني قوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله» وعزا جماعة من الشافعية حديث أنه ﷺ حمى النقيع لابن حبان، وقد علمت أنه في صحيح البخاري فعزوه له أولى وإن كان مرسلًا لأن مراسيل البخاري كلها صحيحة ولا سيما وقد اعتضد بحديث ابن عمر المذكور والله أعلم.

الثالث: وقع للحاكم أن البخاري ومسلماً اتفقا على إخراج حديث «لا حمى إلا لله ولرسوله» وتبعه على ذلك أبو الفتح القشيري في الإمام وابن الرفعة في المطلب. قال الحافظ ابن حجر في تخريجه لأحاديث الرافعي: وقد وهم الحاكم في ذلك فإن الحديث من أفراد البخاري.

الرابع: اقتصر ابن الأثير في جامع الأصول على عزو الحديث للبخاري وأبي داود ولم يذكر النسائي وقد علمت أنه رواه في موضعين من سننه.

الخامس: قال في النهاية في معنى الحديث أعني قوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ولرسوله» إنه ﷺ نهى عما كانت تفعله الجاهلية، وأضاف الحمى لله ولرسوله أي إلا ما يحمى للخييل التي ترصد للجهاد والإبل التي يحمل عليها في سبيل الله انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح ابن الحاجب لما ذكر الحديث: تأوله الجمهور على معنى أنه لا ينبغي أن يحمى إلا كما حماه رسول الله ﷺ لخييل المجاهدين وشبه ذلك مثل ما فعله الخلفاء بعده حمو الإبل الغزاة

انتهى. وقال الجلال السيوطي في حاشية البخاري: قوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله» قال الشافعي: يحتمل معنيين: أحدهما لا حمى إلا ما حماه ﷺ. والثاني لا حمى إلا مثل ما حماه. فعلى الأول ليس لأحد من الولاة أن يحمي بعده، وعلى الثاني يختص بمن قام مقامه فهو الخليفة دون سائر نوابه انتهى. ومقتضى كلامه أنه يتفق على أنه ليس لنواب الإمام أن يحموا. وقال في فتح الباري: والأرجح عند الشافعية أن الحمى يختص بالخليفة، ومنهم من ألحق به ولاة الأقاليم، ومحل الجواز أن لا يضر بكافة المسلمين انتهى. والذي اقتصر عليه صاحب الإرشاد من الشافعية أن الحمى لا يختص بالإمام بل لولاته أن يحموا. وقال ابن أبي شريف في شرحه: إنه الأصح، والذي رأيته في كلام كثير من أصحابنا المالكية أنه يجوز للإمام أن يحمي بالشروط التي تقدم ذكرها، ولم يتكلموا على نوابه، ولكن مقتضى كلام أهل المذهب أن ذلك بحسب عموم الولاية وخصوصها، فإذا عم الإمام الولاية على بلد لأمير جاز له أن يحمي، وأحرى إذا فوض إليه النظر في أمر الحمى والله أعلم.

السادس: قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام عبد الحق المتقدم: لفظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة من الباجي ومن أحكام عبد الحق بالنون قبل القاف. وذكره البكري بالباء قبل القاف، وكذا وجدته في نسخة صحيحة من النوادر وهو مقتضى قول اللغويين. قال الجوهري في حرف الباء: والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شتى وبه سمي بقيع الغرقد وهو مقبرة المدينة، ونحوه في مختصر العين، ومثله لابن سيده وزاد: والغرقد شجر له شوك كان ينبت هناك فذهب وبقي الاسم لازماً للموضع. ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف أنه اسم موضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده في المحكم. وقال الباجي في آخر الموطأ في ترجمة ما يتقى من دعوة المظلوم وفيه ذكر الحمى فقال الباجي: وهذا الحمى هو النقيع بالنون ولم يتكلم عياض في مشاركة على هذه الكلمة لعدم وقوعها في الموطأ والصحيحين انتهى.

قلت: وكأنه رحمه الله لم يقف على ما ذكره القاضي عياض في المشارق في آخر حرف الباء الموحدة لما ذكر أسماء المواضع ونصه: بقيع الغرقد الذي فيه مقبرة المدينة بباء بغير خلاف. وسمي بذلك لشجرات غرقد هو العوسج كانت فيه، وكذلك بقيع بطحان جاء في الحديث وهو بالباء أيضاً. قال الخليل: البقيع كل موضع من الأرض فيه شجر شتى، وأما الحمى الذي حماه النبي ﷺ ثم عمر بعده وهو الذي يضاف إليه في الحديث «غرز النقيع» وفي الآخر «بقدهح لبن من النقيع». وحمى النقيع وهو على عشرين فرسخاً من المدينة وهو صدر وادي العقيق وهو أخصب موضع هنالك، وهو ميل في بريد وفيه شجر ويستجم حتى يغيب فيه الراكب. فاختلف الرواة وأهل المعرفة في ضبطه فوقع عند أكثر رواة البخاري بالنون وكذا قيده النسفي وأبو ذر والقاسبي وسمعناه في مسلم من أبي بحر بالباء، وكذا روى عن ابن

ماهان وسمعناه من القاضي الشهيد وغيره بالنون. وبالنون ذكره الهروي والخطابي وغير واحد. قال الخطابي: وقد صحفه أصحاب الحديث فيروونه بالباء، وإنما الذي بالباء بقيع المدينة موضع قبورها. وأما أبو عبيد الله البكري فقال: إنما هو بالباء مثل بقيع الغرقد قال: ومتى ذكر البقيع بالباء دون إضافة فهو هذا. ووقع فيه في كتاب الأصيلي في موضع بالنون والباء وهو تصحيف بقيع. والأشهر في هذا النون والقاف.

والنقيع بالنون كل موضع يستنقع الماء فيه وبه سمي هذا انتهى. وقوله: «بقيع بطحان» هو بضم الموحدة وسكون الطاء المهملة بعدها حاء مهملة. قال في المشارق: هكذا يرويه المحققون وكذا سمعناه من المشايخ وهو الذي يحكي أهل اللغة فيه فتح الموحدة وكسر الطاء، وكذا قيده اللقاني في البارح وأبو حاتم والبكري في المعجم. وقال البكري: لا يجوز غيره وهو واد في المدينة انتهى. وقوله: «غرز النقيع» بفتح الغين المعجمة والراء وبعدها زاي. قال في المشارق: هكذا ضبطناه على أبي الحسن. وحكى فيه صاحب العين السكون قال: وواحد غرزة مثل تمره وتمر، وبالوجهين وجدته في أصل الجياني في كتاب الخطابي. قال أبو حنيفة: هو نبات ذو أغصان رقاق حديد الأطراف يسمى الأسل وتسمى به الرماح وتشبه به، وقال صاحب العين: هو نوع من الثمار اه. ومقتضى كلام ابن عباس أنه لم يقف على كلام صاحب المشارق أيضاً فإنه قال بعد أن ذكر كلام عبد الحق: هكذا رأيت في نسخة من الأحكام منسوبة إلى الصحبة بالنون والقاف. وذكره البكري بالباء والقاف قال: وهو صدر وادي العقيق وقال: وهو منتدى للناس ومنتصيد. وروي أن النبي ﷺ صلى الصبح في المسجد بأعلى عسيب وهو جبل بأعلى قاع العقيق، ثم أمر رجلاً صيتاً فصاع بأعلى صوته فكان مدى صوته يريداً وهو أربعة فراسخ، فجعل ذلك حمى طوله وعرضه ميل وفي بعضه أقل من ميل انتهى. وقوله: «منتدى» بمعنى النادي وهو المجلس الذي يتحدث فيه، وذكر المصنف في التوضيح بعض كلام المشارق ولكن كلامه يقتضي أن أبا عبيد غير البكري، وكلام القاضي عياض في المشارق يقتضي أن أبا عبيد هو البكري، وكذا رأيت في كلام غير واحد من العلماء منهم ابن حجر في مقدمة فتح الباري إلا أنه ذكر عن البكري أنه حكى فيه وجهين، والذي حكان القاضي في المشارق عن البكري إنما هو وجه واحد كما تقدم.

قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: النقيع بفتح النون وكسر القاف هو صدر وادي العقيق على نحو عشرين ميلاً من المدينة. وقال الشافعي في مختصر المزني: وهو بلد ليس بالواسع الذي يضيق على من حوله إذا حمى ويعني بالبلد الأرض. قال صاحب مطالع الأنوار: مساحته ميل في بريد وذكر ما تقدم عن المشارق إلا أن قوله: «على عشرين ميلاً من المدينة» خلاف ما قال في المشارق، والذي حكاه الحافظ ابن حجر وغيره أنه على عشرين فرسخاً كما قال في المشارق. وذكر في النوادر عن كتاب ابن سحنون أن ابن وهب روى عن مالك أن قدر النقيع ميل

في ثمانية أميال. قال: ثم زاد فيه الولاية بعد. وهكذا ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري عن موطأ ابن وهب أنه ميل في ثمانية أميال، وهو خلاف ما ذكره هو في مقدمة فتح الباري وما ذكره في المشارق وما حكاه النووي في تهذيب الأسماء واللغات من أنه ميل في بريد فإن البريد اثنا عشر ميلاً.

السابع: تقدم في صحيح البخاري أن عمر رضي الله عنه حمى الشرف والربذة. قال في فتح الباري: وهو من بلاغ الزهري. والشرف بفتح المعجمة والراء بعدها فاء في المشهور. وذكر عياض أنه عند البخاري بفتح المهملة وكسر الراء. قال وفي الموطأ ابن وهب بفتح المعجمة والراء قال: وكذا رواه بعض رواة البخاري أو أصلحه وهو الصواب. وأما سرف فهو موضع بقرب مكة ولا يدخله الألف واللام انتهى. وقال في مقدمته: قال أبو عبيد البكري: هو ماء لبني باهلة أو لبني كلاب انتهى. وقال الزركشي: هو من عمل المدينة، وأما سرف فمن عمل على ستة أميال وقيل سبعة، وقيل تسعة، وقيل اثنا عشر انتهى. وأما الربذة فهي بفتح الراء وفتح الموحدة وبعدها ذال معجمة قال في فتح الباري: موضع معروف بين مكة والمدينة انتهى. وقال الزركشي في كتاب العلم من حاشية البخاري: موضع على ثلاث مراحل من المدينة انتهى. وقال ابن عبد السلام المالكي: قال البكري: الربذة هي التي جعلها عمر حمى لإبل الصدقة وكان حماه الذي حماه بربداً في بريد. قال: ثم تزايدت الولاية في الحمى أضعافاً ثم أبيضت إلا حمية في أيام المهدي فلم يحمها أحد. وحمى عمر رضي الله عنه صرفة وزاد فيه عثمان انتهى. وقال في النوادر: وحمى أبو بكر رضي الله عنه الربذة لما يحمل عليه في سبيل الله نحو خمسة أميال في مثلها، وحمى ذلك عمر لإبل الصدقة التي يحمل عليها في سبيل الله وحمى أيضاً الشرف انتهى.

الثامن: ذكر الرافعي في الشرح الكبير الحديث السابق بلفظ: «إنه ﷺ حمى النقيع لإبل الصدقة ونعم الجزية» قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديثه بعد أن ذكر روايات الحديث: تبين بهذا أن قوله: «لإبل الصدقة ونعم الجزية» مدرج ليس في أصل الخبر انتهى والله أعلم.

التاسع: قال المصنف في التوضيح: انظر ما في الحديث من قوله: «حمى النقيع» كما ذكر المصنف يعني ابن الحاجب وذكره الجوهري رباعياً فقال: أحميت المكان جعلته حمى انتهى.

قلت: ليس في كلامه ما يقتضي أنه لا يستعمل منه إلا الرباعي، ونصه حميته أي دفعت عنه وهذا شيء حمى على فعل أي محظور لا يقرب، وأحميت المكان جعلته حمى انتهى. وقال في القاموس: حمى الشيء يحميه حمياً وحماية بالكسر ومحمية منعه وكلاً حمى كرضاً محمى. ثم قال: وأحمى المكان جعله حمى لا يقرب انتهى. وقال في المشارق: الحمى بكسر الحاء مقصور المنوع من الرعي. تقول حميت الحمى فإذا امتنع منه قلت أحميته، ومنه قولهم: «حميت الماء القوم» أي منعتهم انتهى. فعلم من كلامه في المشارق أنه يقال حميته

بالفعل الثلاثي وأنه لا يقال أحميته بالرباعي إلا بعد امتناع الناس منه والله أعلم.

العاشر: قوله: «لا حمى» بلا تنوين وفي بعض الروايات بالتنوين. قال الكرمانى: فتكون حيثئذ «لا» بمعنى «ليس» أي فتكون للاستغراق على الأول بخلاف الثاني.

الحادي عشر: قال الشافعية: وينبغي للوالي إذا حمى أن يجعل للحمى حافظاً يمنع أهل القوة من الرعي فيه ويأذن للضعيف والعاجز، فإن دخله أحد من أهل القوة ورعى منع ولا غرم عليه ولا تعزير انتهى.

قلت: وهو ظاهر وكلام أهل المذهب يقتضيه فقد قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح: وقد صح أن عمر رضي الله عنه قال لهُنَيٍّ حين ولاه على الحمى: ادخل رب الصريمة والغنيمة وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان اهـ. إلا أن قولهم: «لا تعزير عليه» فيه نظر والظاهر أن من بلغه النهي وتعدى بعد ذلك ورعى في الحمى فللإمام أن يعزره بالزجر أو التهديد، فإن تكررت المخالفة فيعزره بالضرب. وقولهم «لا غرم عليه» ظاهر لا شك فيه والله أعلم. وما ذكره ابن عبد السلام عن عمر رضي الله عنه هو ما رواه مالك رضي الله عنه في آخر جامع الموطأ في باب ما يتقى من دعوة المظلوم عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هُنَيًّا على الحمى فقال: يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان فإنهما إن تهلك مواشيهما يرجعان إلى المدينة إلى زرع ونخيل، وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته يأتي بيينة فيقول يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبا لك فالماء والكلاء أيسر علي من الذهب والورق. وأيم الله إنهم لا يرون أنني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياهم قاتلوا في الجاهلية وأسلموا عليه في الإسلام. والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً انتهى.

الثاني عشر: هذا الحديث رواه البخاري في كتاب الجهاد عن إسماعيل يعني ابن أبي أويس عن مالك. وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وهذا الحديث ليس في الموطأ. قال الدارقطني في غرائب مالك: هو حديث غريب صحيح انتهى.

قلت: وهذا من الأمر العجيب فإن الحديث موجود في جميع نسخ الموطأ وشروحه والله أعلم.

الثالث عشر: قوله: «مولى له يدعى هُنَيًّا» هو بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء. قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: هكذا ضبطه ابن ماكولا وغيره من أهل الإتيقان وكذا ضبطناه في صحيح البخاري والمهذب وغيرهما. قال: ورأيت بخط من لا تحقيق له أنه يقال أيضاً بالهمز وهذا خطأ ظاهر نبهت عليه لئلا يغتر به. روى هُنَيٌّ عن أبي بكر وعمر ومعاوية

وعمر بن العاص رضي الله عنهم انتهى. وقال في فتح الباري: قوله: «يدعى هنيأ» بالنون مصغراً من غير همز وقد يهمز. وهذا المولى لم أر من ذكره في الصحابة مع إدراكه. وقوله: «على الحمى» قال في فتح الباري: بين ابن سعد أنه كان على حمى الربذة. وقوله: «اضمم جناحك عن الناس» أي اكفف يدك عن ظلمهم في المال والبدن والجناح اليد قال الله تعالى: ﴿واضمم إليك جناحك﴾ [القصص: ٣٢] وفي رواية البخاري: «اضمم جناحك عن المسلمين». قال في فتح الباري: وفي رواية معن عن مالك عن الدارقطني في الغرائب «اضمم جناحك للناس». وعلى هذا استرهم بجناحك وهو كناية عن الرحمة والشفقة. وقوله في هذه الرواية: «اضمم جناحك للناس» لعله على الناس فإنني رأيت كذلك. وقال ابن عرفة: قال أبو عمر: قوله: «اضمم جناحك» يقول لا تستطل على أحد لمكانك مني. وقوله: «واتق دعوة المظلوم» كناية لطيفة عن النهي عن الظلم وهكذا رأيت في نسخ البخاري. وذكره في فتح الباري بلفظ «واتق دعوة المسلمين» ثم قال: وفي رواية الإسماعيلي والدارقطني وأبي نعيم «دعوة المظلوم». وقوله: «فإن دعوة المظلوم مجابة» هكذا في نسخ الموطأ. ولفظ البخاري: «فإن دعوة المظلوم مستجابة». وقوله: «وأدخل رب الصريمة والغنيمة» أدخل بهمزة قطع مفتوحة وكسر الخاء المعجمة ومتعلق الإدخال محذوف والمراد المرعى. والصريمة بضم الصاد المهملة مصغر الصرمة بكسر الصاد وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. قاله في الصحاح. وقال الأسنوي في المهمات في كتاب إحياء الموات: ما بين العشرة إلى الثلاثين من الإبل خاصة. وقال في القاموس: ما بين العشرة إلى الثلاثين أو إلى الخمسين أو الأربعين أو ما بين العشرة إلى الأربعين أو ما بين عشرة إلى بضع عشرة والغنيمة على وزن الصريمة مصغر أيضاً هي ما بين الأربعين إلى المائتين. قاله الأسنوي أيضاً. وقوله: «وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان» فيه تحذير المتكلم نفسه وهو شاذ لا يقاس عليه عند جمهور النحويين. قال الأسنوي: وقد وقع للرافعي وغيره بالكاف، والوارد في رواية الشافعي وغيره إنما هو بالياء. وابن عوف هو عبد الرحمن، وابن عفان هو عثمان رضي الله عنهما، وخصهما بالذكر على طريق المثال لكثرة نعمهما لأنهما من مياسير الصحابة. قال في فتح الباري: ولم يرد منهما ألبتة وأنه أراد أنه إذا لم يسع المرعى إلا نعم أحد الفريقين فنعم المقلين أولى، فنهاه عن إثارهما على غيرهما أو تقديمهما قبل غيرهما وقد بين حكمة ذلك انتهى.

قلت: ظاهر الخبر أنه أراد منع نعمهما ليتوفر المرعى لإبل الصدقة فتأمل. وقوله: «يأتني بنيه» كذا في أكثر نسخ الموطأ «يأتني» بحذف الياء للجزم في جواب الشرط وهو الراجح، وفي بعض النسخ «يأتيني» بإثبات الياء وهو ضعيف. وقوله: «بينته» كذا في نسخ الموطأ بالنون قبل المثناة تحت جمع ابن وهي رواية الكشميهني في البخاري. ووقع عند أكثر رواة البخاري «بينته» بالتاء التحتية ثم الفوقية بلفظ البيت والمعنى متقارب. وقوله: «فيقول يا أمير المؤمنين»

مقول القول محذوف لدلالة السياق عليه ولأنه لا يتعين في لفظ مخصوص نحو يا أمير المؤمنين أنا فقير أنا محتاج إلى كذا. وقوله: «أفتاركهم أنا» استفهام إنكاري أي لا أتركهم محتاجين. وقوله: «لا أبا لك» بفتح الموحدة من غير تنوين ثم اختلف فيه؛ فعند سيبويه والجمهور أنه مضاف واللازم زائدة مؤكدة لمعنى الإضافة وهي معتد بها من حيث إن اسم لا لا يضاف لمعرفة فاللام لصورة الإضافة، وغير معتد بها من حيث إن ما قبلها منصوب بالألف واللام وإنما ينصب بها إذا كان مضافاً، ويشكل عليهم لا أبالي بالألف واللام فإنه لا ينصب بالألف إذا أضيف للياء. وقال ابن الحاجب وابن مالك: إنه شبيه بالمضاف، ويشكل على قولهما حذف التنوين. وسمع من قولهم: «لا أباك» بدون لام وهو مشكل. وظاهر كلامهم أنه لم يسمع «لا أبا لك» ولو سمع لأمكن توجيهه بأنه شبيه بالمضاف. والخبر على هذه الأوجه محذوف. وسمع من كلامهم «لا أبا لك» بالبناء على الفتح وهو القياس. وقوله: «لك» هو الخبر على هذا الوجه، ولو قال: «لا أب لك» بالرفع والتنوين صح، وهذا اللفظ ظاهره الدعاء عليه. قال في فتح الباري: وهو على المجاز لا على الحقيقة. وقوله: «إنهم ليرون» قال في فتح الباري: بضم التحتية أوله بمعنى الظن، وفتحها بمعنى الاعتقاد قوله: «إني قد ظلمتهم».

فرع: قال ابن حجر: قال ابن التين: يريد أرباب المواشي الكثيرة، والذي يظهر لي أنه أراد أرباب المواشي القليلة لأنهم الأكثر وهم أهل تلك البلاد من نواحي المدينة، ويدل على ذلك قوله: «إنها لبلادهم». وقد أخرج ابن سعد في الطبقات أن عمر رضي الله عنه أتاه رجل من أهل البادية فقال: يا أمير المؤمنين. بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام ثم تحمي علينا، فجعل عمر ينفخ ويفتل شاربه. وأخرج الدارقطني في غرائب مالك نحوه وزاد: فلما رأى الرجل ذلك ألح عليه فلما أكثر عليه قال رضي الله عنه: المال مال الله والعباد عباد الله والأرض أرض الله ما أنا بفاعل انتهى.

قلت: والظاهر أن الضمير في «يرون» يعود إلى أصحاب المواشي الممنوعين، سواء كانت مواشيهم كثيرة أو قليلة. ثم قال في فتح الباري: وقال ابن المنير: لم يدخل ابن عفان ولا ابن عوف في قوله: «قاتلوا عليها في الجاهلية» فالكلام عائد على عموم أهل المدينة لا عليها انتهى. قال الشيخ ابن أبي زيد في النوادر: وقال عمر رضي الله عنه لرجل من العرب عاتبه في الحمى: بلاد الله حميت لمال الله انتهى. وقوله: «لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله» قال في فتح الباري: أي من الإبل التي كان يحمل عليها من لا يجد مركباً. وجاء عن مالك أن عدة ما كان في الحمى في عهد عمر بلغ أربعين ألفاً من إبل وخيل بينها انتهى. وقال الأسنوي: قوله: «لولا المال الذي أحمل عليه» أي الخيل التي أعدتها لأحمل عليها من لا مركوب له. قال مالك رضي الله عنه: وكانت عدتها أربعين ألفاً انتهى. وهو مخالف لما ذكره في فتح الباري.

وَأَفْتَقَرَ لِإِذْنٍ، وَإِنْ مُسْلِمًا، إِنْ قَرَّبَ،

الرابع عشر: قال ابن عرفة: قال أبو عمر: فيه ما كان عليه عمر من التقى وأنه لا يخاف في الله لومة لائم لأنه لم يداهن عثمان ولا عبد الرحمن، وأثر المساكين والضعفاء، وبين وجه ذلك، وامثل قوله عليه السلام: «لا حمى إلا لله ولرسوله» يعني إبل الصدقة اهـ. قال ابن عرفة لما ذكر عن الباجي أنه يحمي لماشية الصدقة قلت: يقوم منه طول تأخير صرف الزكاة إذا كان لتأخير مصرفها انتهى.

الخامس عشر: قال الشافعية: إن ما حماه الرسول عليه السلام لا ينقض فلا ينقض حمى النقيع، وأما ما حماه غيره من الولاة فيجوز نقضه لمصلحة، وسواء كان الناقض هو الذي حماه أو غيره.

قلت: هذا ظاهر إن ثبت أنه عليه السلام لما حمى النقيع أمر أن يجعل ذلك حمى للمسلمين دائماً، وأما إذا حماه في سنة من السنين ولم يفهم أن ذلك حكم مستمر فالظاهر أنه لا يلزم استمراره ولو ثبت ذلك لاستمر عمل الخلفاء بعده على حمى ذلك الموضع، وقد تقدم أن الصديق رضي الله عنه حمى الربذة وكذلك عمر رضي الله عنه فتأمله والله أعلم. ص: (وإن مسلماً إن قرب) ش: ظاهره أن الذمي يحمي في القريب بإذن الإمام وهذا ليس بمنصوص للمتقدمين. قال ابن عبد السلام: لكن ركن إليه الباجي. وفي المسألة قول ثان لابن القصار. قال: للإمام أن يأذن لأهل الذمة في الموات. قال في التوضيح: ولم يفرق بين قريب ولا بعيد. وفيها قول ثالث قال ابن عبد السلام: وهو المنصوص للمتقدمين. ابن عرفة: وهو المشهور أن حكمهم في البعيد حكم المسلمين، والقريب ليس لهم أن يحموه ولو أذن الإمام، والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدواً ورواحاً. قاله في التوضيح. وقاله في الجواهر ونصه: وأما البعيد فلا يفتقر إلى إذن الإمام فيه وهو ما كان خارجاً عما يحتاجه أهل العمران من محتطب ومرعى مما العادة أن الرعاء يصلون إليه ثم يعودون إلى منازلهم فيبيتون بها ويحتطب المحتطب ثم يعود إلى منزله انتهى. وقال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى في كتاب السداد والأنهار: وحد البعيد من العمران الذي يكون لمن أحياه دون إذن الإمام ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم من العمران انتهى.

تنبيه: يعترض على المؤلف بما اعترض به على ابن الحاجب، لأن المؤلف قد قدم أن القرب من وجوه الاختصاص فلا يكون القريب مواتاً. إذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور في القريب إحياء، لأن الإحياء إنما يكون في الموات. والظاهر أن مراد المؤلف أن حريم

النوع الآخر من أنواع الاختصاص الحمى. الباجي: هو أن يحمي موضعاً لا يقع فيه التضيق على الناس للحاجة العامة لذلك لماشية الصدقة والخيل التي يحمل عليها. ابن عرفة: يقوم من هذا طول تأخير صرف الزكاة لمصلحة (وافتقر لإذن وإن مسلماً إن قرب) ابن رشد: المشهور في القرب الذي

العمارة مانع من الإحياء بغير إذن الإمام ثم ينظر فيه أي في حريم العمارة، فإن كان فيه ضرر فلا يجوز إحياءه ولا يبيحه الإمام، وما لم يكن فيه ضرر فإنه يجوز إحياءه بإذن الإمام، ويكون الموات على ثلاثة أقسام كما قال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى من كتاب السداد والأنهار ونصه: الموات الذي يستحقه الناس بالإحياء لقول النبي ﷺ «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»^(١) هي الأرض التي لا نبات فيها. قال ذلك مالك رحمه الله في رواية ابن غانم عنه بدليل قوله تعالى ﴿والله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها﴾ [النحل: ٦٥] فلا يصح الإحياء إلا في البوار. ثم قال: وحكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه وهي على ثلاثة أوجه: بعيد من العمران، وقريب منه لا ضرر على أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر على من يختص بالانتفاع به. فأما البعيد من العمران فلا يحتاج في إحيائه إلى استئذان الإمام إلا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون. وأما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه على أحد فلا يجوز إحياءه إلا بإذن الإمام على المشهور في المذهب. وقيل: إن استئذان الإمام في ذلك مستحب وليس بواجب. واختلف إن وقع بإذنه على القول بأنه لا يجوز إلا بإذنه؛ قيل يمضي مراعاة للخلاف وهو قول المغيرة وأصبغ وأشهب، وقيل إنه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضاً وهو القياس، ولو قيل إنه يكون له قيمته قائماً للشبهة في ذلك لكان له وجه. وأما القريب منه الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضرراً بالطريق وشبه ذلك، فلا يجوز إحياءه بحال ولا يبيحه الإمام انتهى. وقد تقدم عنه. وقال في الرسم الذي قبله مانصه على ما اختصره ابن عرفة قال ابن حبيب: الشعارى المجاورة للقرى والمتوسطة بينها لا يقطع الإمام منها شيئاً لأنها ليست كالعفاء من الأرض التي لعامة المسلمين، إنما هي حق من حقوقهم كالساحة للدور، وإنما العفاء ما بعد. وتعقب الفضل قوله فقال: وأين يقطع الإمام إلا فيما قرب من العمران وهو لا يلزم لأنه إنما أراد الشعارى القريبة من القرى جداً لأن إقطاعها ضرر بهم في قطع مرافقهم منها التي كانوا يختصون بها لقربهم على ما سنذكره في رسم الدور انتهى. والذي في رسم الدور وهو ما تقدم. والشعارى هي الشجر المختلط أو الأرض ذات الشجر، كذا فسرهما أهل اللغة. فعلى هذا إنما يمتنع من إحياء القريب الذي في إحيائه ضرر، وأما ما لا ضرر في إحيائه فلا يمنع من ذلك ولو كان قريباً إلا أنه لا يجوز إحياءه إلا بإذن الإمام على المشهور والله أعلم.

(١) رواه البخاري في كتاب الحرث باب ١٥. أبو داود في كتاب الإجارة باب ٣٧. الترمذي في كتاب الأحكام باب ٣٨. الموطأ في كتاب الأفضية حديث ٢٦، ٢٧. الدارمي في كتاب البيوع باب ٦٥. أحمد في مسنده (٣/٣٠٢، ٣٠٤، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٥٦، ٣٦٣، ٣٨١).

وَالْأَقْلَامِ إِمْرًا، أَوْ جَعَلَهُ مُتَعَدِّيًا، بِخِلَافِ الْبَعِيدِ، وَلَوْ ذِمِّيًّا بِغَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وَالْإِحْيَاءُ بِتَفْجِيرِ مَاءٍ وَبِإِخْرَاجِهِ، وَبِنَاءٍ، وَبَغْرَسٍ، وَبَحْرَثٍ، وَتَحْرِيكِ أَرْضٍ، وَبِقَطْعِ شَجَرٍ، وَبِكَسْرِ حَجَرِهَا

فرع: قال في المدخل: لا يجوز لأحد البناء على شاطئ النهر للسكنى ولا لغيرها إلا القناطر المحتاج إليها انتهى. ص: (وافترق لإذن) ش: أي وافترق إحياء الموات لإذن الإمام.

فرع: قال ابن رشد في كتاب السداد والأنهار في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب: وليس للعامل أن يقطع شيئاً من الموات إلا بإذن الإمام انتهى. ص: (أو جعله متعدياً) ش: قال ابن عبد السلام: فإذا فرعنا على القول الأول وهو المشهور من أن القريب الذي لا ضرر فيه يفتقر إلى إذن الإمام فإذا أحياه أحد من غير استئذان تعقب الإمام ما فعله هذا، فإن رأى إمضاءه أمضاه، وإن لم ير ذلك أخذه منه وأعطاه قيمة ما صنعه منقوضاً إن رده لبيت المال، وإن شاء كلفه بهدمه، وإن شاء أقطعه لغيره فكان لذلك الذي أقطعه إياه الإمام أن يأمر هذا بما كان الإمام يأمره به، وهذا هو الذي أجمله المؤلف يعني ابن الحاجب بقوله «أو جعله متعدياً». انتهى كلام ابن عبد السلام. ومثله يقال على كلام المؤلف. وقال في التوضيح: المشهور ما قاله المؤلف يعني ابن الحاجب وهو قول مالك وابن القاسم أن للإمام إمضاءه أو جعله متعدياً فيعطى قيمة بنائه مقلوعاً. ورأى اللخمي أنه يعطى قيمته قائماً للشبهة. اللخمي: قال مطرف وابن الماجشون: الإمام مخير بين أربعة أوجه: إن رأى أن يقره له أو للمسلمين أو يعطيه قيمته منقوضاً أو يأمره بقلعه أو يقطعه لغيره ويكون للأول قيمته منقوضاً. ابن رشد: وهو القياس. وقال في موضع آخر: وهو معنى ما في المدونة انتهى. وظاهر كلام التوضيح أن كلام مطرف وابن الماجشون خلاف المشهور، والظاهر أنه تفسير لقول مالك كما قال ابن عبد السلام وكما يظهر من قول ابن رشد والله أعلم.

لا ضرر في إحيائه على أحد لا يجوز إلا بإذن الإمام. انظر حكم الذمي عند قوله: «ولو ذمياً» (والأقلام إمام إمضاءه أو جعله متعدياً) الباجي: إذا قلنا لا يحى ما قرب من العمران إلا بإذن الإمام فأحياه بغير إذنه فقال مالك ومطرف وابن الماجشون: ينظر فيه الإمام، فإن رأى إنفاذه فعل وإلا أزاله وأعطاه غيره أو باعه للمسلمين، وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك (بخلاف البعيد) ابن عرفة: الإحياء في بعيد الموات في افتقاره لإذن الإمام طريقان. اللخمي وابن رشد: لا يفتقر (ولو ذمياً بغير جزيرة العرب) الباجي: إن أحيى ذمي فقال ابن القاسم: هي له إلا أن يكون ذلك في جزيرة العرب وإنما يحى الذمي ذلك فيما بعد، وأما ما قرب من العمران فيخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لأن ما قرب بمنزلة الفيء ولا حق للذمي في الفيء، وكذلك في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن. قاله مطرف وابن الماجشون وفيه نظر. ولو قيل إن حكمهم في ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما كان لهم ذلك فيما بعد. راجع المنتقى (والإحياء بتفجير ماء وبإخراجه وبنائه وبغرس وبحرث وتحريك أرض وبقطع شجر وبكسر حجرها وتسويتها) الباجي: أما صفة الإحياء فقال

وَتَسْوِيَتِهَا، لَا يَتَّخِوِيَطُ وَرَعِي كَلَابٍ، وَحَفَرٍ بِفِرِّ مَاشِيَةٍ، وَجَازَ بِمَسْجِدِ سُكْنَى لِرَجُلٍ تَجَرَّدَ لِلْعِبَادَةِ، وَعَقْدُ نِكَاحٍ، وَقَضَاءُ دَيْنٍ، وَقَتْلُ عَقْرَبٍ، وَنَوْمٌ بِقَائِلَةٍ، وَتَضْيِيفٌ بِمَسْجِدٍ بَادِيَةٍ،

تنبيه: لا ينبغي أن يفهم من قول المصنف وابن الحاجب «أو جعله متعدياً» إنه يرجع عليه بالغلة بل ظاهر نصوصهم أنه لا يرجع عليه بالغلة بل تقدم في كلام التوضيح أن اللخمي رأى أن تكون له قيمة البناء قائماً للشبهة، ونقل ابن عرفة عن ابن رشد أنه قال: له قيمته منقوضاً قال: ولو قيل قائماً للشبهة لكان له وجه انتهى. ص: (وقضاء دين) ش: يعني أنه يجوز قضاء الدين في المسجد لأنه معروف بخلاف البيع والصرف. قال الطرطوشي في كتاب البدع: أراد بالقضاء المعتاد الذي فيه يسير العمل وقليل العين، وأما لو كان قضاء بمال جسيم يحتاج المؤنة والوزن والانتقاد ويكثر فيه العمل فإنه مكروه.

فرع: قال في أواخر كتاب الجامع من الذخيرة: قال مالك: وينهى السؤال عن السؤال في المسجد والصدقة في المسجد غير محرمة انتهى. وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: ويكره العمل في المساجد إلى آخره، ينبغي أن تنزه المساجد عن البيع والشراء. واستخف في البيان قضاء الدين وكتب الحق فيه ما لم يطل وإنشاد الضالة وعمل الصناعة والسؤال. قال ابن عبد الحكم في النوادر: من سأل فلا يعطى وأمر بحرمانهم وردهم خائبين. قال التادلي: كان

مالك: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئراً أو يجري عيناً أو يفرس شجراً أو يبنّي أو يحرق ما فعل من ذلك فهو إحياء. وقال ابن القاسم وأشهب. عياض: اتفق على سبعة: تفجير الماء وإخراجه عن غامر هابه والبناء والغرس والحرق ومثله تحريك الأرض بالحفر وقطع شجرها وسابحها كسر حجرها وتسوية حفرها وتعديل أرضها (لا بتحويط) قال ابن القاسم: ليس التحجير إحياء. قال أشهب: فمن حجر أرضاً مواتاً بعيدة فلا يكون أولى بها حتى يعلم أنه حجرها ليعمل فيها إلى أيام يسيرة لا يمكنه العمل ليس الأرض وإخلاء الأجراء ونحوه، فأما من حجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمر (ورعي كلاب) قال ابن القاسم وأشهب: لا يكون الرعي إحياء. الباجي: وجهه أنه ليس له أثر باقي في الأرض. (وحفر بئر ماشية) الباجي: ليس حفر بئر الماشية إحياء. قاله ابن القاسم (وجاز بمسجد سكنى لرجل تجرد للعبادة) ابن شاس: لا ينبغي أن يتخذ المسجد مسكناً إلا رجل تجرد للعبادة فيه بقيام الليل وإحيائه فلا بأس أن يكون ذلك منه فيه دائماً دهره إن قوي على ذلك (وعقد نكاح) تقدم في الاعتكاف للمعتكف أن ينكح بمجلسه (وقضاء دين) سمع ابن القاسم خفة كتب ذكر الحق بالمسجد ما لم يطل وجواز قضاء الحق على غير وجه التجرد والصرف (وقتل عقرب) سمع ابن القاسم كراهة قتل القملة أو دفنها في المسجد. ابن رشد: وقتل البرغوت أخف عنده. اللخمي: البرغوت من دواب الأرض لا بأس بطرحه به وتقتل بالمسجد العقرب والفارة (ونوم بقائلة) ابن شاس: خفف في القائلة النوم في المسجد نهائراً للمقيم والمسافر (وتضييف بمسجد بادية) سمع ابن القاسم: يجوز تعليق الأقتاب بكل مسجد لضيافة من أتى يريد الإسلام، قال ابن القاسم: ولم ير مالك بأساً

وَأَنَاءٌ لِيُبُولِ: إِنْ خَافَ سَبْعَاءُ: كَمَنْزِلٍ تَحْتَهُ، وَمُنِعَ عَكْسُهُ:

الشيخ أبو عبد الله محمد بن عمران يغلظ عليهم في النهي وربما أمر بإخراجهم إلى السجن. وكان بعض الشيوخ على العكس منه فيرفق بهم ويسأل عن أحوالهم ويتصدق عليهم. فالأول تصرف بالشرع، والثاني بعين الحقيقة انتهى. وقال في الإكمال: لما تكلم على قوله ﷺ «إنما بنيت المساجد لما بنيت له»^(١) قال بعض شيوخنا: إنما يمنع في المساجد من عمل الصناعات ما يختص بمنفعة آحاد الناس مما يتكسب به فلا يتخذ المسجد متجراً، فأما إن كانت لما يشمل المسلمين في دينهم مثل المثاقفة وإصلاح آلات الجهاد مما لا مهنة في عمله للمسجد فلا بأس به انتهى.

فرع: قال في الذخيرة: ويجعل الماء العذب في المساجد وكان في مسجد رسول الله ﷺ انتهى. ص: (وإناء لبول إن خاف سبعا) ش: قال ابن العربي: وكذلك الغريب إذا لم يجد أين يدخل دابته فإنه يدخلها في المسجد إذا خاف عليها من اللصوص انتهى. ص: (ومنع عكسه) ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الإجارة عند قول المصنف «وسكني فوقه» بما فيه كفاية.

فرع: قال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: لا خلاف أن لظاهر المسجد من الحرم ما للمسجد ولا يورث المسجد ولا البنيان الذي فوقه

بأكل الرطب التي تجعل في المساجد. ابن رشد: في هذا ما يدل على أن الغرباء الذين لا يجدون مأوى يجوز لهم أن يأووا إلى المساجد ويبيتوا فيها ويأكلوا فيها ما أشبه التمر من الطعام الجاف، وقد خفف مالك أيضاً للضيغان المبيت والأكل في مساجد القرى بمعنى أن الباني لها للصلاة فيها يعلم أن الضيغان يبيتون فيها لضرورتهم إلى ذلك فصار كأنه قد بناها لذلك وإن كان أصل بنائه لها إنما هو للصلاة فيها لا لما سوى ذلك من مبيت الضيغان، وكذلك يجوز لمن لم يكن له منزل أن يبيت في المسجد (وإناء لبول إن خاف سبعا) ابن عرفة: فتوى ابن رشد بسعة إدخال من لا غنى له عن مبيته بالمسجد من سدناتها لحراستها ومن اضطر للمبيت بها من شيخ ضعيف وزمن ومريض ورجل لا يستطيع الخروج ليلاً للمطر والريح والظلمة ظروفاً بها للبول نظر، لأن ما يحرس بها اتخاذها بها غير واجب وصونها عن ظروف البول واجب، ولا يدخل في نفل بمعصية. روى الخطابي جواز دخول الجنب المسجد عابراً وأجازه ابن مسلمة فألزمه اللخمي الحائض. عياض: بينهما فرق للدم. ابن عرفة: لعل ابن مسلمة يجيزه مستوراً دمه بعضه. ذكر اللخمي عن أحد نقلي ما ليس في المختصر (كمنزل تحته ومنع عكسه) من المدونة قال مالك: من بنى مسجداً وبنى فوقها بيتاً فلا يعجبني ذلك لأنه يصير مسكناً يجامع فيه ويأكل. قال مالك: وجائز أن يكون البيت تحت المسجد ويورث البنيان التي تحت

(١) رواه ابن ماجه في كتاب المساجد باب ١١. مسلم في كتاب المساجد حديث ٧٩-٨١. أحمد

كإخراج ریح، ومكث بنجس،

ويورث البنيان الذي تحته، وإنما اختلف في صلاة الجمعة عليه هل تكره ابتداء وتصح إن فعلت أو لا تصح ويعيد أبداً والله أعلم. ص: (كإخراج ریح) ش: عده المصنف في المحرمات. وقال ابن العربي في عارضته في باب تطيب المساجد في شرح قول عائشة أمر عليه الصلاة والسلام ببناء المساجد وأن تنظف وتطيب: ونظافتها أن لا تبقى فيها قمامة من الخرق والقذى والعيدان، وليس من ذلك الحدث يكون فيه من ریح أو صوت، ولا يناقض تنظيفه تعليق قنوفيه من ثمر يأكله المساكين، ولا أكل ما فيه إذا وضع لقاطة أو سقاطة ما يأكل في حجره أو كمه انتهى. وقال في باب المشي إلى المسجد وانتظار الصلاة فيه في شرح قوله ﷺ: «لا تزال الملائكة تصلي على أحدكم ما دام في المسجد اللهم اغفر له اللهم ارحمه ما لم يحدث»^(١) قال رجل من حضرموت لأبي هريرة: ما الحدث؟ قال: فساء أو ضراط. فيه دليل على جواز إرسالهما في المسجد كما يرسله في بيته إذا احتاج إلى ذلك وأن المسجد إنما ينزه عن نجاسة عينية انتهى. ص: (ومكث بنجس) ش: هذا الذي صدر به ابن شعبان. قال في التوضيح: قال في مختصر ما ليس في المختصر: ويجب على من رأى في ثوبه دماً كثيراً في الصلاة أن يخرج من المسجد ولا يخلعه فيه. قال: وقد قيل يخلعه ويتركه بين يديه ويغطي الدم انتهى. وقال القلشاني في شرح الرسالة: من رأى بثوبه كثير دم فقال ابن شعبان: يخرج من المسجد ولو كان في صلاة. وقال غيره: ينزعه ويتركه بين يديه ساتراً نجاسته ببعضه. وقال القلشاني: قلت: وعليهما الخلاف في إدخال النعل الذي لحقته نجاسة في محفظة أو ملفوفة في خرقة كثيفة انتهى. وقال الأقفهسي: قال الجزولي: ودخول المسجد بالثوب النجس مكروه، وكذلك نعليه إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المسجد حتى يحكما ولا يفسلهما فإن ذلك يفسدهما انتهى. فما ذكره من الكراهة مخالف لما مشى عليه المصنف، وأما ما ذكره فظاهر ولا ينبغي أن يكون خلافاً والله

المسجد ولا يورث المسجد إذا كان صاحبه قد أباحه للناس (كإخراج ریح) ابن رشد: لا يجوز بالمسجد إحداث الریح (ومكث بنجس) ابن عرفة: في خروج من رأى بثوبه كثير دم ساتر نجاسته ببعضه نقلاً للبخمي عن ابن شعبان وغيره. ابن القاسم: لا بأس بوضوء طاهر بصحن المسجد. ابن رشد: قول سحنون لا يجوز أحسن لما يسقط من غسالة الأعضاء، وقد كره مالك الوضوء بالمسجد وإن جعله في طست. عياض: قرأ لقمان بن يوسف على أصحاب سحنون وكان حافظاً لمذهب مالك مفتياً ثقة صالحاً غسل رجله في يوم مطر بجامع تونس فأنكر إنسان عليه فقال لقمان: عطاء بن أبي رباح يتوضأ في المسجد الحرام وهذا يمنعني أن أغسل رجلي في جامع تونس. وروى الشيخ: يكره السواك في المسجد. وقال في المدونة: ولا يأخذ المعتكف بالمسجد من شعره وأظفاره وإن جمعه

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ٨٧. كتاب البيوع باب ٤٩.

وَكُرِّهَ أَنْ يَبْصُقَ بِأَرْضِهِ وَحَكَّهُ، وَتَعْلِيمُ صَبِيٍّ، وَبَيْعٌ وَشِرَاءٌ، وَسَلُّ سَيْفٍ،

أعلم. ص: (وبيع) ش: أي يكره البيع في المسجد. وفي جامع الذخيرة: وجوز مالك أن يساوم رجلاً ثوباً عليه أو سلعة تقدمت رؤيتها انتهى. وقال الجزولي في شرح الرسالة: ولا يجوز البيع في المسجد ولا الشراء، واختلف إذا رأى سلعة خارج المسجد هل يجوز أن يعقد البيع في المسجد أم لا قولان من غير سمسار، وأما البيع بالسمسار فيه فممنوع باتفاق. فإن وقع البيع في المسجد فقال ابن بطال: الإجماع على أنه لا يفسخ وأنه ماض. انتهى. من باب السلام والاستئذان، وانظره في الاعتكاف، وقال الشيخ يوسف بن عمر: وإن حضرت السلعة والسواوم

وألقاه (وكره أن يصف بأرضه ويحكه) من المدونة قال مالك: لا يبصق أحد بحصير المسجد أو في الصلاة ويدلك برجله، ولا بأس أن يبصق تحت الحصير، قال ابن القاسم: وكذلك إن كان المسجد غير محصب فلا يبصق تحت قدمه ويحكه برجله المنزلة الحصير. قال مالك: وإن كان المسجد محصباً فلا بأس أن يبصق بين يديه وعن يساره وتحت قدمه ويدفنه، ويكره أن يبصق أمامه في حائط القبلة. قال: وإن كان عن يمينه رجل وعن يساره رجل في الصلاة بصق أمامه ودفنه، وإن كان لا يقدر على دفنه فلا يبصق في المسجد بحال كان مع الناس أو وحده لقوله ﷺ «إذا صلى أحدكم فلا يبصق في القبلة بين يديه ولا عن يمينه ولكن عن شماله، فإن لم يجد فليبصق في ثوبه» وقال ﷺ: «إن أحدكم إذا قام يصلي فإنما يناجي ربه وإن ربه بينه وبين قبلته فليبصق إذا بصق عن يساره أو تحت قدمه» (١) أبو عمر: في هذا الحديث دليل على أن للمصلي أن يبصق وهو في الصلاة إذا لم يبصق قبل وجهه ولا عن يمينه (وتعليم صبي) ابن عرفة: أما تعليم الصبيان في المسجد فروى ابن القاسم: إن بلغ الصبي مبلغ الأدب فلا بأس أن يؤتى به المسجد، وإن كان صغيراً لا يقر فيه ويعبث فلا أحب ذلك. وروى سحنون: لا يجوز تعليمهم فيه لأنهم لا يتحفظون من النجاسة (وبيع وشراء) أبو عمر: قال ﷺ: «إذا رأيتم الرجل يبيع ويشترى في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك، وإذا رأيتم الرجل ينشد ضالة في المسجد فقولوا لا ردها الله عليك» (٢) وقال ابن القاسم عن مالك: لا بأس أن يقضي الرجل الرجل في المسجد ذهباً. الباجي: لعله يريد قضاء اليسير. وفي المبسوط قال مالك: لا أحب لأحد أن يظهر سلعته بالمسجد للبيع، فأما أن يساوم رجلاً بثوب عليه أو سلعة تقدمت رؤيته لها فيراجيه البيع فيها فلا بأس به. قال مالك: وينهي المساكين عن السؤال في المسجد. قال ابن عبد الحكم: وإذا سألوا فلا يعطوا شيئاً (وسل سيف) ابن رشد: ولا تسل بالمسجد سيوف. روى ابن حبيب: لا تمر بالمسجد بلحم ولا تنفذ فيه النبل ولا تمنع فيه القائلة ابن حبيب: يريد تنفيذ النبل إذا ردتها على الظفر فيعلم

(١) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ٣٤-٣٦، ٣٨. مسلم في كتاب الزهد حديث ٧٤. النسائي في كتاب المساجد باب ٣٢. الدارمي في كتاب الصلاة باب ١١٦. أحمد في مسنده (٦/٣)، ٢٤، ٥٨، ٦٥، ٨٨، ٩٣، ٢٠٠، ٣٢٤، ٣٣٧، ٣٩٦ (٥/٣٠٠، ٣٠٥، ٣١٠).

(٢) رواه الترمذي في كتاب البيوع باب ٧٦. الدارمي في كتاب الصلاة باب ١١٨.

وَأِنْشَادُ ضَالَّةٍ، وَهَيْفٌ بِمَيْتٍ، وَرَفْعٌ صَوْتٍ. كَرَفِعِهِ بِعِلْمٍ، وَوَقِيدُ نَارٍ، وَدُخُولٌ كَخَيْلٍ لِتَقْلٍ،

فذلك حرام. انتهى أوله بالمعنى. ص: (وإنشاد ضالة) ش: قال الطرطوشي في كتاب البدع: ولو لم يرفع بذلك صوته ولكن يسأل عن ذلك جلساءه غير رافع صوته فلا بأس بذلك لأنه من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع انتهى. يريد غير مكروه كما يفهم من كلامه.

فرع: قال القرطبي في شرح مسلم في قوله إن عمر مر بحسان ينشد الشعر في المسجد فلحظ إليه قال - أي أوما - إليه بعينه أن اسكت. وهذا يدل على أن عمر كان يكره إنشاد الشعر في المسجد، وكان قد بنى رحبة في خارج المسجد وقال: ومن أراد أن يلغظ أو ينشد شعراً فليخرج إلى هذه الرحبة. وقد اختلف في ذلك فمن مانع مطلقاً ومن مجيز مطلقاً والأولى التفصيل؛ فما كان يقتضي الثناء على الله تعالى أو على رسوله أو الذب عنهما كما كان شعر حسان أو يتضمن الحث على الخير فهو حسن في المساجد وغيرها، وما لم يكن كذلك لم يجز لأن الشعر لا يخلو في الغالب عن الكذب والفواحش والتزيين بالباطل، ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر والمساجد منزهة عن ذلك لقوله تعالى ﴿ففي بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه﴾ [النور: ٣٦] ولقوله عليه السلام ﴿إن هذه المساجد لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هي للذكر والصلاة وقراءة القرآن﴾ انتهى.

فرع: قال الطرطوشي في الكتاب المذكور: ولم أر لمالك شيئاً في كتابة المصاحف في المساجد. قال: وأما الرجل المتقي الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف فظاهره الجواز انتهى.

فرع: وأما الوضوء في المسجد فقال الفاكهاني في شرح الرسالة في قوله ﴿ويكره العمل في المساجد من خياطة ونحوها﴾. حكى الباجي في الوضوء في صحن المسجد قولين والقولان في الواضحة أيضاً. قال ابن بشير: رأيت بعض أشياخي توضأ في المسجد وأظنه بلغ المضمضة

مستقيمها من معوجها. ابن حبيب: وأنا لنكره الفوارة التي اتخذت في مسجدنا بقرطبة كراهة شديدة (وإنشاد ضالة وهتف بميت) انظر في الجنائز عند قوله ﴿ونداء به بمسجد﴾ (ورفع صوت) قال ابن مسلمة: رفع الصوت ممنوع في المساجد إلا ما لا بد منه كالجهر بالقراءة في الصلاة والخطبة والخصومة تكون من الجماعة عند السلطان فلا بأس به، ولا بد له من مثل هذا، وهذا إما يكون في القراءة على وجه كالإمام يجهر بالقراءة أو التنفل بالليل وحده، وأما جهر بعضهم على بعض بالقراءة فممنوع (كرفعه بعلم) قال ابن القاسم: رأيت مالكا يعيب على أصحابه رفع أصواتهم في المسجد ابن حبيب: يكره رفع الصوت بالمسجد والهتف بالجنائز به وكل ما يرفع فيه الصوت حتى بالعلم، فقد كنت أرى بالمدينة رسول أميرها يقف بابن الماجشون في مجلسه إذا استعلى كلامه وكلام أهل المجلس في العلم فيقول: أبا مروان اخفض من صوتك وأمر جلسائك يخفضون أصواتهم (ووقيد نار) ابن وهب: لا توقد نار بمسجد (ودخول كخيل لنقل) ابن عرفة: روى الشيخ: أكره إدخال المسجد الخيل والبغال لنقل ما يحتاج إلى مصالحه ولينقل على الإبل والبقر. وفي سماع أشهب أن مالكا وسع في دخول

وَفَرَشَ أَوْ مُتَكِّئًا،

والاستنشاق أو كلاماً هذا معناه انتهى. وقال في آخر سماع موسى من كتاب الطهارة: سئل ابن القاسم في الذي يتوضأ في صحن المسجد وضوءاً طاهراً فقال: لا بأس بذلك وتركه أحب إليّ. وسأل عنها سحنون فقال: لا يجوز. قال ابن رشد: لا وجه للتخفيف في ذلك. وقول سحنون «لا يجوز» أحسن لقوله تعالى ﴿فِي بُيُوتِ أَذُنِ اللَّهِ أَنْ تَرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦] فواجب أن ترفع وتنزه عن أن يتوضأ فيها لما يسقط فيها من غسل الأعضاء من أوساخ ولتضمنه فيه أيضاً، وقد يحتاج إلى الصلاة في ذلك الموضع فيتأذى المصلي بالماء المهرق فيه، وقد روي أن رسول الله ﷺ قال «اجعلوا مطهركم على أبواب مساجدكم». (١) ولقد كره مالك أن يتوضأ رجل في المسجد وأن يسقط وضوءه في طست، وذكر أن هشاماً فعله فأنكر الناس ذلك عليه، ونقله ابن عرفة في كتاب الصلاة. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في هذا المحل: قال الباجي: واختلف أصحابنا في الوضوء فأجازته ابن القاسم في صحن في رواية موسى بن معاوية، وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد. قال الباجي: ورحاب المسجد كالمسجد في التنزيه انتهى. قال في المدخل في الكلام على الإمام والبدع المحدث في المسجد لما تكلم على الخلاوي المبنية على سطح المسجد: وقد منع علماؤنا الوضوء في المسجد ومن كان ساكناً في سطوحه فإنه يتوضأ فيه وذلك ممنوع كما لو توضأ داخل المسجد لأن حرمة سطحه كحرمة، واختلف في الخطيب إذا أحدث أثناء خطبته أو بعد فراغه هل يجوز له أن يتوضأ في المسجد؟ فروى ابن القاسم أنه لا بأس أن يتوضأ في المسجد في صحنه وضوءاً طاهراً، وكرهه مالك وإن كان في طست. ومن يتوضأ في سطحه أو في البيوت التي فيه إنما يتوضأ في داخل المسجد وذلك ممنوع انتهى. وظاهره أنه حرام لا يجوز وأن الخلاف إنما هو في الخطيب فانظره مع ما تقدم. قال الزركشي من الشافعية في أحكام المساجد الثامن: قال ابن المنذر: أباح كل من يحفظ عنه العلم الوضوء في المسجد أن لا يتوضأ في مكان يتأذى الناس به فإنه مكروه. ويشترط أن لا يحصل تمخط بالاستنشاق ولا بصاق بالمضمضة ونحو ذلك من التنخم وإلا فينتهي إلى التحريم. وحكى المازري عن بعضهم الجواز مع ذلك لأن البصاق إذا خالطه الماء صار في حكم المستهلك فكان كما تقدم، وهو يقتضي أنه مع بقاء العين يحرم ولا شك فيه. قال: وينبغي أن ييلع الماء الذي يتضمض به للخلاص من ذلك وتحصل به سنة المضمضة. ثم

النصارى المسجد ليبنوا به قال: وليدخلوا من الجهة التي تلي عملهم (وفرش أو متكأ) روى ابن حبيب عن مالك: لا بأس أن يتوقى برد الأرض والحصب بالحصر والمصليات في المساجد، وكره أن يجلس فيها على فراش أو يتكىء على وساد. الباجي: يريد لأن ذلك ينافي التواضع المشروع في

(١) رواه ابن ماجه في كتاب المساجد باب ٥. بلفظ: ..واتخذوا على أبوابها المظاهر.

وَلِذِي مَاجِلٍ، وَبَثْرِ، وَمِرْسَالٍ مَطَرٍ. كَمَا يَمْلِكُهُ مَنَعُهُ وَبَيْعُهُ، إِلَّا مَنْ خِيفَ عَلَيْهِ وَلَا ثَمَنَ مَعَهُ،
وَالْأَرْجَحُ بِالثَّمَنِ، كَفَضْلِ بَثْرِ زَرْعِ خِيفَ عَلَى زَرْعِ جَارِهِ بِهِدْمِ بَثْرِهِ، وَأَخَذَ يُضْلِحُ، وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ:
كَفَضْلِ بَثْرِ مَاشِيَةٍ بِصَحْرَاءَ هَذَا إِنْ لَمْ يُبَيِّنِ الْمِلْكِيَّةَ،

قال: وحكى عن مالك كراهته تنزيهاً للمسجد. انظر بقية كلامه. ص: (ولذي ماجل وبثر)
ش: نبه بقوله «ماجل وبثر» على أنه لا فرق بين ما ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالماجل
أو يخلفه غيره كالبثر. ص: (بهدم بثر) ش: هو متعلق بقوله «خيف» فيفهم منه أنه زرع على
ماء وأنه لو زرع على غير أصل لم يجب على جاره دفع فضل مائه له وهو كذلك. قال في

المساجد (ولذي ماجل وبثر ومرسال مطر كماء يملكه منعه وبيعه إلا من خيف عليه ولا ثمن معه)
ابن رشد: ما كان من الماء بأرض مملكة وسواء كانت مستنبطة مثل بثر يحفرها أو عين يستخرجها
أو مواجل يتخذها أو غير مستنبطة مثل عين في أرضه لم يستخرجها أو غدير و ما أشبه ذلك، هو
أحق به ويحل له بيعه ومنع الناس منه إلا بثمانٍ إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم
الهلاك إن منعهم، ويحق عليه أن لا يمنهم، فإن منعهم كان عليهم مجاهدته، هذا قوله في المدونة.
لأنه لم يحمل نهيه عليه السلام عن منع نفع البئر على عمومها، بل تأوله على ما تقدم لأنه يستحب له
أن لا يمنع الشرب من العين أو الغدير يكون في أرضه من أحد من الناس من غير حكم يحكم به
عليه، وله في واجب الحكم أن يمنع ماءه إذا شاء ويبيحه إذا شاء. ابن عرفة: والماء في آنية لربه يختص
به ويتعلق به حكم المؤاساة (والأرجح بالثمن كفضل بثر زرع خيف على زرع جاره بهدم بثره) من
المدونة: إذا حرث جارك على غير أصل ماء فلك منعه أن يسقي أرضه بفضل ماء بترك الذي في
أرضه إلا بثمانٍ إن شئت، وأما إن حرث ولأرضه بثر فانهارت فخاف على زرعه فإنه يقضي له عليك
بفضل ماء بترك بغير ثمن، وإن لم يكن في مائه فضل فلا شيء له. ورؤي عن مالك أنه يرجع عليه
بالثمن. ابن يونس: واجب على كل من خاف على مسلم الموت أن يحييه بما قدر عليه، فيجب على
أصحاب الماء بيعه من المسافر بما يسوي ولا يشتطوا عليهم في ثمنه، ولم ير في المدونة أن يأخذوه
بغير ثمن، وقال في الذي انهارت بثره أنه يسقى بماء جاره بغير ثمن، وإحياء نفسه أعظم من إحياء
زرعه، والأولى في كلا الأمرين أن يأخذ ذلك بالثمن كما لو مات جملة في الصحراء لكان على بقية
الرفقة أن يكرؤوا منه، وإن كان المسافرون لا ثمن معهم وجب مواساتهم للخوف عليهم ولا يتبعوا
بالثمن وإن كان لهم أموال ببلدهم لأنهم اليوم أبناء سبيل يجوز لهم أخذ الزكاة لوجوب مواساتهم
(وأخذ يصلح) عبد الوهاب: إن ترك التشاغل بإصلاح بثره اتكالا على بثر جاره لم يلزم جاره بذل
الماء له لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء (وأجبر عليه) تقدم نص ابن رشد: إن منعهم كان عليهم
مجاهدته، وتقدم نص المدونة فإنه يقضي عليك بفضل ماء بترك (كفضل بثر ماشية) من المدونة قال
ابن القاسم: من حفر في غير ملكه بئراً ماشية أو شبهها فلا يمنع فضلها من أحد، وإن منعها حل قتاله
وغرم دية من منعه ومات عطشاً (بصحراء هدرأً إن لم يبين الملكية) سمع القرينان: لا تباع مياه

وَيُدِيءُ بِمُسَافِرٍ وَوَلَهُ عَارِيَةٌ آلَةٌ، ثُمَّ حَاضِرٍ؛ ثُمَّ دَابَّةٌ رَبَّهَا بِجَمِيعِ الرَّيِّ، وَإِلَّا يَنْفَسُ الْمَجْهُودُ وَإِنْ سَأَلَ مَطَرٌ بِمُبَاحِ سَقِيِ الْأَعْلَى، إِنْ تَقَدَّمَ لِلْكَعْبِ،

المدونة في كتاب حریم الآبار: ولو حرث جار لك على غير أصل ماء له فلك منعه أن يسقي بفضل ماء بئرک التي في أرضك إلا بثمن إن شئت. أبو الحسن: قالوا: هذا إذا كان له ثمن. ابن يونس: أما إذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضلها فما الذي يمنع الجار أن يبتدىء الزرع عليه وذكره أبو إسحاق انتهى. وقال ابن رشد في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار: من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمناً باتفاق، وإن وجد فعلى اختلاف انتهى. ص: (وإن سال مطر بمباح سقي الأعلى) ش: تصوره ظاهر. وسئلت عن أرض كانت تشرب بالسييل من قديم الزمان بغير

المواشي ولا تمنع من أحد ولا يصلح فيها إعطاء. ابن رشد: مياه المواشي هي الآبار والمواجل والجباب يصنعها الرجل في البراري للماشية هو أحق بما يحتاج لماشيته ويدع الفضل للناس، والبئر والماجل والجيب عند مالك سواء، فلو أشهد عند حفرها أنه يحفرها لنفسه لم يمنع من بيع مائها واستخفها مالك بالإحياء. (ويديء بمسافر) ابن رشد: وجه التبدئة بالشرب في ماء بئر الماشية إذا كان الماء يقوم بالجميع أن يبدأ أولاً أهل الماء فيأخذوا لأنفسهم حتى يرووا، ثم دواب المارة حتى يرووا، ثم مواشي أهل الماء حتى يرووا، ثم الفضل لسائر مواشي الناس (وله عارية آلة). ابن عرفة: لابن السبيل عارية الدلو والرشا والحوض وإن لم تكن أداة تعينه، ويخلى بينه وبين الركبة فيسقي. ابن عبد السلام: ظاهر إطلاقات أهل المذهب وجوب عارية هذه الآلة للمليء والفقير، ولعل هذا لأن مالكها لم يتخذها لكراء. ابن عرفة: مقتضاه لو اتخذها مالكها للكراء لم تجب عليه عاريتها للمسافر ومقتضى الروايات خلافه (ثم حاضر ثم دابة ربها بجميع الري) تقدم نص ابن رشد بهذا (وإلا فنفس المجهود) ابن رشد: وإن لم يكن الماء يقوم بالجميع وتبدئة أحدهم تجهد الآخرين بديء بمن الجهد عليه أكثر من تبدئة صاحبه. فإن استروا في الجهد فقيل يتساوون، وقيل يبدأ أهل الماء بأنفسهم ودوابهم. راجع المقدمات (وإن سال مطر بمباح سقي الأعلى إن تقدم للكعب) روى مالك أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهروز ومذنيب: يمسك الأعلى إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل. أبو عمر: هما واديان بالمدينة يسيلان بالمطر يتنافس أهل المدينة في سيلهما. ابن رشد: وهذا الحكم في كل ماء غير متملك يجري على قوم إلى قوم دونهم أن من دخل الماء أرضه أولاً فهو أحق بالسقي به حتى يبلغ الماء في أرضه إلى الكعبين، واختلف إذا بلغ الماء إلى الكعبين، هل يرسل جميع الماء إلى الأسفل أو لا يرسل عليه إلا ما زاد على الكعبين؟

فقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب: يرسل على الأسفل ما زاد على الكعبين، وقال ابن القاسم: بل يرسل جميع الماء ولا يحبس منه شيء والأول أظهر. وقال الباجي: ما لا يملك كالسيول والأمطار إن كان طريقه في أرض لا تملك كشعاب الجبال وبطون الأودية مثل مهروز ومذنيب يأتي حتى يحاذي مجرى الماء في جانبه أو أحدهما مزارع وحدائق يسقون بها،

وَأَمْرٌ بِالتَّسْوِيَةِ، وَإِلَّا: فَكَحَائِطَيْنِ، وَقُسْمٍ لِلْمُتَقَابِلَيْنِ. كَالنَّيْلِ، وَإِنْ مَلَكَ أَوْلاً قُسِمَ بِقَلْدِهِ، أَوْ غَيْرِهِ، وَأَقْرَعٌ لِلشَّخِخِ فِي السَّبْقِ، وَلَا يُمْتَنَعُ صَيْدَ سَمَكٍ، وَإِنْ مِنْ مِلْكِهِ

تسبب للماء ثم يمر بعد شربها إلى أرض أسفل منها، ثم إن السيول تكاثرت وعظمت فأخرجت مشربها وأحالت الماء من ممره القديم إلى ممر آخر فصار يسقي السفلي وتعطلت العليا واندرس مشربها مدة سنين، فأراد أهل العليا أن يعمروا مشربهم ويتسببوا للماء فمنعهم أهل السفلي، فهل لهم ذلك أم لا؟ فأجبت: أولاً لأهل الأرض العليا أن يعمروا مشربهم المندرس

فحكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلا. وهذا إذا كان إحيائهم معاً أو إحياء الأعلى قبل وهو قول مالك وأصحابه، وهذا حكم النيل فإن أحيا رجل بماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه وأراد أن ينفرد بالماء ويسقي قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف زرعه فقال سحنون: القديم أولى بالماء، وأما إن كان بدأ الماء في أرض رجل معين فله أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه. ولا بن رشد في نوازله: انظر الماء الخارج من جبل شلير، نص الأشياخ أن حكمه حكم مهرور ومذنيب، ووقع لابن لب في بعض فتاويه أن اتفاق من اتفق ممن درج على ما يخالف هذا الأصل لا يلزم من بعدهم. ووقع له أيضاً: السواقي القديمة تتعلق بها حقوق المنتفعين بمائها وتصير الحقوق مملكة لهم بطول الحيازة، فلا يسمح لقوم أن يرفعوا ساقيته فوق هذه الساقية اهـ. وانظر إن كان هذا هو مقتضى قول سحنون القديم أولاً (وأمر بالتسوية) الباجي: فإن كان بعض الحائط أعلا من بعض فقال سحنون: يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها إلى الكعبين (وإلا فكحائطين) الباجي: فإن تعذرت عليه التسوية سقى كل ما كان على حدته (وقسم للمتقابلين) سحنون: فإن كان الجنانان متقابلين فيما حكمه أن يكون للأعلى فالأعلى قسم الماء بينهما، وإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان متقابلاً بحكم المتقابل (كالنيل) تقدّم نص ابن نافع بهذا (وإن ملك أولاً قسم بقلده أو غيره) الباجي: أما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقال سحنون: يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد (وأقرع للتشاح في السبق) الباجي: ولا يقدم أحد على أحد ويأخذ كل أحد ماءه يصنع به ما شاء، فإن تشاحوا في التبدئة استهموا على ذلك (ولا يمنع صيد سمك وإن من مالك) من المدونة: وإذا كان غدِير أو بركة أو بحيرة في أرضك وفيها سمك، فلا يمنع من يصيد فيها ممن ليس له فيها حق. وقال سحنون: له منع من يصيد فيها. ابن يونس: وهذا كاختلافهم في المعدن يخرج في أرضه. فقال سحنون: هو لرب الأرض. وقال ابن القاسم: أمره للإمام كالذي يوجد في الفيافي فهذا على ذلك. وقال أشهب: إن طرحها هو فولدت فله منعها وإن كان الغيث أجراها لم يمنع منها اهـ. جميع ما نقل ابن يونس. وعزا قول اللخمي وقول سحنون لمطرف وابن الماجشون وأخذ به اهـ.

وَهَلْ فِي أَرْضِ الْعَنُوتَةِ قَطُّ؟ أَوْ إِلَّا أَنْ يَصِيدَ الْمَالِكُ؟ تَأْوِيلَانِ وَكَلِمَةٌ بِفَحْصٍ، وَعَفَى لَمْ يَكْتَفِهِ زَرْعُهُ بِخِلَافِ مَرْجِهِ وَحِمَاهُ.

وليس لأهل السفلى منعهم من ذلك، وليس لأهل الأرض العليا أن يسدوا المشرب الذي أحدثته السيول للماء قبل بلوغه إلى أرضهم لأن الماء غيث يسوقه الله إلى من يشاء. قال الله تعالى ﴿وَلَقَدْ صَرَفْنَاهُ بَيْنَهُمْ لِيَذْكُرُوا﴾ [الفرقان: ٥٠] يريد المطر. فإذا صرفه إلى قوم فلا ينبغي لأحد أن يقطعه عنه. ثم حصل عندي توقف في ذلك لكون الأرض التي تسقى أسفل من الأرض الأخرى، أما إذا كان المشرب الذي انفتح تشرب به أرض أعلا من أرض هؤلاء الذين يريدون سد المشرب المنفتح فليس لهم ذلك بلا توقف، وقطعت السؤال الذي كتبت عليه الجواب أولاً والله أعلم. والمسألة في سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار ونقله في النوادر ونقله ابن عرفة والله سبحانه أعلم.

(وهل في أرض العنوة فقط أو إلا أن يصيد المالك تأويلان) لم ينقل ابن عرفة وابن يونس إلا ما تقدم (والكلأ بفحص) عياض: الكلأ مقصور مهموز العشب وما تنبتة الأرض مما تأكل المواشي. قال ابن رشد: الكلأ بأرض غير مملوكة الناس فيه سواء اتفاقاً ليس لأحد منعه ولا بيعه، فإن جاء رجلان لكلأ موضع كانا فيه أسوة (وعفا لم يكتفه زرعه) ابن رشد: ما بالأرض المملوكة أقسام المحظرة بالحيطان كالحوائط والجنات، ربحا أحق بما بها من الكلأ، وله بيعه ومنعه ممن يرعى ويحتش وإن لم يحتج إليه. وأما العفاء والمسرح من أرض قريبة فليس له منع ما بها من كلأ ولا يمنع أحداً من فضل حاجته اتفاقاً إلا أن يضره بدابة أو ماشية في زرع يكون له حد إليه، وأما الأرض التي بورها للرعي وترك زراعتها لذلك، فقول ابن القاسم صحة منعه غيره إن احتاج إليه أو وجد من يشتريه وإلا أجبر على تركه للناس. وأما فحوص أرضه وفداده التي يبورها للرعي ففيها ثلاثة أقوال. ابن يونس: اختلف في الأرض التي لم يوقفها للكلأ فروى ابن القاسم وأشهب أنه لا يمنع ذلك وهو أحق به إن احتاج إليه، وإن لم يحتج إليه خلي بين الناس وبينه لأنه شيء لم يزرعه وإنما الله أنبت، وأما إذا أوقف الأرض للكلأ فله منعه عند ابن القاسم ومطرف لأنه قد منع منافعه من الأرض وأوقفها لهذا (بخلاف مرجه وحماه) من المدونة: لا بأس أن تباع خصباً في أرضك ممن يرعاه عامة، وإنما جوز مالك بيعه بعد ما ينبت، قال عيسى عن ابن القاسم: الخصب الذي يبيعه ويمنع الناس منه وإن لم يحتج إليه ما في مروجه وحماه.

باب الوقف

صَحَّ وَقْفُ مَمْلُوكٍ،

باب وقف المملوك

قال ابن عرفة: الوقف مصدرأ إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً. فتخرج عطية الذوات والعارية والعمري والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه لعدم لزوم بقائه في ملك معطيه لجواز بيعه برضاه مع معطاه. وقول ابن عبد السلام «إعطاء منافع على سبيل التأييد» يبطل طرده بالمخدم حياته. ولا يرد بأن جواز بيعه ممنوع اندراجه تحت التأييد لأن التأييد إنما هو في الإعطاء وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه. وهو اسماً ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره. وصرح الباجي ببقاء ملك المحبس على محبسه وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبستها. وقول اللخمي آخر الشفعة الحبس يسقط ملك المحبس غلط انتهى. ويخرج من حد ابن عرفة الحبس غير المؤبد، وقد صرح بجوازه ابن الحاجب والمصنف ثم قال ابن عرفة: وهو مندوب إليه لأنه من الصدقة ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة انتهى. وقال في المقدمات: والأحباس سنة قائمة عمل بها رسول الله ﷺ والمسلمون من بعده انتهى. وقال في اللباب: حكمه الجواز خلافاً لأبي حنيفة وحقيقته لغة الحبس، وشرعاً حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأييد انتهى. قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون. قال الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً بحبسها وإنما حبس أهل الإسلام انتهى. وقوله «مملوك» تصوره واضح. واحترز به من وقف الإنسان نفسه على نوع ما من العبادات. كذا ذكر ابن عبد السلام عن الغزالي. ولما كان كلامه شاملاً لكل مملوك بين ما هو داخل وما فيه تردد بقوله «وإن بأجرة» إلى قوله «تردد». وظاهر كلامه سواء كان مشاعاً أو غير مشاع. قال ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر من الأراضي والديار والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق شائعاً وغيره. قال في التوضيح: قوله «شائعاً أو غيره» يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعاً كما لو وقف نصف دار أو غير شائع. ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن شريكه فإن ذلك لا يجوز ابتداء أعني فيما لا يقبل القسمة. واختلف إن

كتاب الوقف

ابن شاس: وفيه بابان: الأول في أركانه وهي الوقف والموقوف عليه والصيغة وشرطه. الباب الثاني في حكم الوقف الصحيح (صح وقف مملوك) ابن عرفة: الوقف مصدرأ: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، وهو اسماً: ما أعطيت منفعته مدة وجوده. وقال شريح: لا حبس على فرائض الله ابن يونس: يريد أنه يورث. قال مالك: إنما تكلم شريح بيلده ولم يرد المدينة فيرى أحباس الصحابة وينبغي

فعل هل ينفذ تحبيسه أم لا، وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة. قال: لأن الشريك لا يقدر على بيع جميعها وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلحه معه، واختار ابن زرب الأول. اللخمي: وإن كانت مما تنقسم جاز له الحبس إذ لا ضرر عليه في ذلك. وسأل ابن حبيب ابن الماجشون عن له شرك في دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على أولاده أو غيرهم صدقة محبسة ومنها ما ينقسم ومنها ما لا ينقسم ومن الشركاء من يريد القسم قال: ينقسم بينهم ما انقسم، فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبيس، وما لا ينقسم يبيع، فما أصاب المتصدق من الثمن في حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبلها فيه المتصدق، واختلف هل يقضى عليه بذلك انتهى. وبعضه في ابن عبد السلام. وقال ابن عرفة: وإطلاق ابن شاس وابن الحاجب إجازته في الشائع كقولها في آخر الشفعة. قال مالك: إن حبس أحد الشريكين في دار حظه منها على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه حظه منها فليس له ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه بالحبس فيجعله في مثل ما جعل حظه فيه. اللخمي: إن كانت الدار تحمل القسم جاز الحبس إذ لا ضرر على شريكه بذلك إن كره البقاء على الشركة قاسم.

قلت: هذا على أن القسم تمييز حق، وعلى أنه يبيع يؤدي إلى بيع الحبس، إلا أن يقال المنوع يبعه ما كان معيناً لا المعروض للقسم لأنه كالمأذون في يبعه من محبسه قال: وإن كان مما لا ينقسم فللشريك رد الحبس.

قلت: ومثله في نوازل الشعبي. قال: وإن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه ولرب السفل رد تحبيس ذي العلو للضرر متى وهي منه ما يفسد سفله والحائظ كالدار فيما ينقسم وما لا ينقسم.

قلت: ومثل إطلاقها في تحبيس الشريك في الدار وقع في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من الشفعة، فتكلم فيه ابن رشد بحكم الشفعة وأعرض عن حكم الحبس المشاع. ولابن سهل عن ابن زرب: اختلف أهل العلم فيمن له حصة في دار لا تنقسم فحبسها فقال بعضهم تحبيسه لا ينفذ، وأجازه بعضهم وإجازته أقول. ثم ذكر كلام ابن الماجشون ثم قال: قلت في جواز تحبيس مشاع ربع ورثته مشترك فيه مطلقاً ووقفه على إذن شريكه فيما لا ينقسم وإلا بطل ثالثها يجوز مطلقاً ويجعل ثمن الحظ المحبس مما لا ينقسم مثل ما حبسه فيه لظاها مع ظاهر سماع ابن القاسم ونص ابن زرب عن اللخمي والمذهب وابن حبيب مع ابن الماجشون، ويتخرج القول بالجواز في العلو والسفل انتهى. وأقوى الأقوال الثاني لجعله اللخمي المذهب. ابن عرفة المتيطي: إن أقر بعض الورثة بتحبيس ربع نفذ إقراره في حظه فقط.

قلت: مثله في النوادر لعبد الملك، وظاهره نفوذه مطلقاً ولو كان فيما لا ينقسم. وهذا

على القول بجوازه مطلقاً في تحبيس المشاع واضح، وعلى وقفه على إذن شريكه فيه نظر. قال: وأشد ما على المنكر الحلف على أنه لا يعرف أن المحبس حبس عليهم.

قلت: يريد إن كان ممن يظن به العلم. قال: وليس له رد اليمين لأن الحبس لا يملك ملك المبيع لأن مصيره للأعقاب والمرجع ولا يحلف أحد عن أحد، ولو نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس عليه بنكوله، فهذه وجوه تمنع رد اليمين في الحبس. والباقي: اختلف هل على المنكر يمين؟ فقال بعضهم: عليه اليمين. وبعضهم: لا يمين عليه. ابن زرب: نزلت في رجل حبس مالا وثبت حوزة فادعى بعض ورثته أن الحبس رجع إليه وسكن فيه حتى مات وأراد تحليف المحبس عليهم فقلت: لا يمين عليهم. وقال بعض فقهاء عصرنا: عليهم اليمين، وهو عندي خطأ انتهى. وقول ابن الحاجب «والمقابر» نقله ابن عرفة عن اللخمي ثم قال: يريد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها. سمع ابن القاسم ثم ذكر كلام السماع مختصراً. ولنأت بالسماع من أصله ونصه: وسئل عن فناء قوم كانوا يرمون فيه وفيه عرض لهم ثم إنهم غابوا عن ذلك فاتخذ مقبرة ثم جاؤوا فقالوا نريد أن نسوي هذه المقابر ونرمي على حال ما كنا نرمي فقال مالك: أما ما قدم منها فأرى ذلك لهم، وأما كل شيء جديد فلا أحب لهم درس ذلك. ابن رشد: أفنية الدور المتصلة بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملك المحوزة التي لأربابها تحجيرها على الناس لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرمي وغيره، فمن حقهم إذا اتخذت مقبرة في مغيبهم أن يعودوا إلى الانتفاع بالرمي فيها إذا قدموا إلا أنه كره لهم درسها إذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت لما في درس القبور، ورؤي أن رسول الله ﷺ قال «لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه». وقال «إن الميت يؤذيه في قبره ما يؤذيه في بيته». وقال ابن أبي زيد: إنما يكره درسها لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملاك المحوزة لم يكره ذلك وكان لهم الانتفاع بظاهرها. ورؤي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: واروا في باطنها وانتفعوا بظاهرها. قال ابن رشد: ولو كانت من الأملاك المحوزة قد دفن فيها بغير إذنه لكان من حقهم نبشهم منها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية إجراء العين التي إلى جانب أحد، أمر منادياً فنادى في المدينة: من كان له قتيل فليخرج إليه وينبشه وليحوّله. قال جابر: فأتيناهم فأخرجناهم من قبورهم رطاباً لينين انتهى. ابن عرفة: في استدلاله بفعل معاوية نظر، لأن قتلى أحد ما أقبروا إلا حيث جاز إقبارهم. واستدلاله بإخراجهم يوهم كون القبر غير حبس والأقرب أنه فعله لتحصيل منفعة عامة حاجية حسبما يأتي في بيع الحبس لتوسعة جامع الخطبة. ولا بن عات: سأل بعضهم: أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء؟ قال: الحبس لا يجوز أن يملك انتهى. ولم يظهر لي في تعقيب ابن عرفة وجلبه لهذا الكلام كبير

وَأَنَّ بِأَجْرَةٍ، وَلَوْ حَيَوَانًا، وَرَقِيقًا:

فائدة فتأمله والله أعلم. ص: (وإن بأجرة) ش: هذا خلاف قول ابن الحاجب المتقدم «لا المستأجر». قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب «المملوك». ويمكن أن يريد المؤلف بهذا القيد اشتراط ملك الرقبة وإن ملك المنفعة وحدها لا يكفي في التحبيس، ويدل على ذلك قوله «إلا المستأجر» فيكون مراده المملوك رقبته لا منفعته بخصوصيتها، والأحسن أن يظهر فاعل اسم المفعول فيقول «المملوك رقبته» ويقول لا منفعة ويبقى مطلق المنفعة المقابل للرقبة ولا يختص ذلك بمنفعة الاستئجار انتهى. وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب «ويصح في العقار المملوك لا المستأجر» انتصاراً لقول ابن شاس «لا يجوز وقف الدار المستأجرة». وفي كون مراد ابن شاس إن وقف مالك منفعتها أو بائعها نظر، وفسره ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب بالأول وهو بعيد لخروجه بالمملوك والأظهر الثاني. وفي نقله الحكم بإبطاله نظر، لأن الحبس إعطاء منفعة دائماً، وأمد الإجارة خاص بالزائد عليه يتعلق به الحبس لسلامته من المعارض، ثم في لغو حوز المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الإجارة وصحته له فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب في لغو حوز المستأجر ما في إجارته لمن وهب له بعد إجارته وصحته له انتهى. والذي استظهره في كلام ابن شاس فهمه القرافي عليه ونصه.

فرع: قال في الجواهر: يمنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للإجارة فكأنه وقف ما لا ينتفع به، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح انتهى. وهذا التوجيه ليس بظاهر، بل الظاهر قول ابن عرفة بصحة الحبس فتأمله والله أعلم. واستبعاد ابن عرفة حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب على المعنى الأول ليس بظاهر لقوله في ترجمة الإجارة في الصناعات من كتاب الإجارة من المدونة: ولا بأس أن يكرى أرضه على أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضت كان النقص له انتهى. ونقله المصنف في الإجارة، ولأن الوقف لا يشترط فيه التأييد إلا أن كلام ابن عرفة جارٍ على ما قدمه في حد الوقف، وتقدم أنه يخرج من حده الحبس غير المؤبد. قال الرصاع في شرح حدود ابن عرفة: فإن قلت إذا اكرى أرضاً عشر سنين ليصيرها حبساً مسجداً في تلك المدة فكيف يصدق عليها حد الشيخ يعني ابن عرفة؟ قلت: هذه الصورة ذكروها في الحبس وقالوا لا يشترط كون الحبس مالك الرقبة بل ما هو أعم كالمنفعة، وإلى ذلك أشار خليل بقوله «وإن بأجرة» فيحتاج هذا إلى تأمل في دخولها. انتهى كلام الرصاع والله أعلم. ص: (ولو حيواناً) ش: تصوره واضح.

للمرء أن لا يتكلم فيما لم يحط به خيراً (وإن بأجرة) ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر. ابن عرفة: هذا اختصار لقول ابن شاس «لا يجوز وقف الدار المستأجرة» وفي كون مراد ابن شاس نفي وقف مالك منفعتها أو بيعها نظر. راجع ابن عرفة. (ولو حيواناً أو رقيقاً) من المدونة: من حبس رقيقاً أو دواب في سبيل الله استعملوا في ذلك ولم يباعوا، ولا بأس أن يحبس الرجل الثياب

فرع: وأما الثياب فقال ابن عرفة: وفي الثياب طريقان اللخمي: في جوازها ومنعه قولان، لها ولنقل ابن العطار مع القاضي. الباجي: لابن القاسم في العتبية: لم أسمع من مالك في الثياب شيئاً ولا بأس به وأجازه أشهب. فعلى جوازه يلزم لموافقته الشرع وكونه من العقود اللازمة، وعلى كراهته ففي جوازه ولزومه روايتان.

قلت: يريد بالجواز عدم اللزوم لا أحد أحكام الأقسام الخمسة وإلا لزام كون قسيم الشيء قسماً منه وهو محال انتهى. ثم قال: وقول اللخمي والمتيطي الأصل في تحبيس ما سوى الأرض قوله ﷺ: «من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه في ميزانه»^(١). أخرجه البخاري. وهو شنيع في فهمه إن ضبط باء «حبس» بالتخفيف وفي روايته إن ضبطها بالتشديد وفي مثل هذا كان بعض من لا قيناه يحكي عن بعض شيوخه أنه كان يقول: استدالات بعض شيوخ مذهبنا لا ينبغي ذكرها خوف اعتقاد سامعها ولا سيما من هو من غير أهل المذهب إن حال أهل المذهب أو جلهم مثل هذا المستدل. قال: ولقد رأيت لبعض متكلمي المتقدمين رداً على المنجمين وددت أنه لم يقله لسخافته ورأيت للآمدي رداً عليهم ليس منصفاً وقف عليه انتهى.

قلت: كلامه رحمه الله يقتضي أن لفظ الرواية في البخاري «حبس» بتخفيف الباء على وزن «نصر» والذي في البخاري في كتاب الجهاد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً وتصديقاً بوعده فكان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»^(١) انتهى. فلفظ البخاري «احتبس» على وزن «افتعل» وكذلك نقله المنذري في الترغيب والترهيب عن البخاري. ومقتضى كلام ابن عرفة رحمه الله أن «حبس» بالتخفيف ليس معناه «أوقف» وهو مخالف لما قاله القاضي عياض في المشارق ونصه في باب الجامع في قوله: وأما خالد فإنه احتبس أذراعه أي أوقفها في سبيل الله، واللغة الفصيحة «أحبس». قاله الخطابي. ويقال: «حبس» مخففاً و«حبس» مشدداً انتهى. فدل كلام القاضي على أن «حبس» بالتخفيف بمعنى «حبس» بالتشديد وهو الوقف فصح ما قاله اللخمي والمتيطي.

والسروج والدواب. قال مالك: وما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله حتى لا تكون فيه قوة على الغزو بيعت واشترى بثمنها ما ينتفع به من الخيل فتجعل في السبيل. قال ابن القاسم: فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك في ثمن فرس. قال ابن وهب عن مالك: وكذلك الغرس يكلب ويخبث. قال ابن القاسم: وما بلي من الثياب المحبسة ولم يبق فيه منفعة بيعت واشترى بثمنها

(١) رواه البخاري في كتاب الجهاد باب ٤٥. النسائي في كتاب الخيل باب ١١. أحمد في مسنده (٣/

كَعْبِدَ عَلَى مَرَضَى لَمْ يَقْصِدْ ضَرَرَهُ، وَفِي وَقْفٍ: كَطَعَامٍ: تَرَدَّدَ عَلَى أَهْلِ لِتَمَلِّكَ:

هذا إذا كانا نقلا الحديث بلفظ «حبس». وإن كانا نقلاه بلفظ «احتبس» كما هو في صحيح البخاري فحرفه النساخ فمعنى احتبس أوقف كما تقدم. كذا قال النووي وغيره، فصح ما قاله إن الحديث المذكور أصل في تحبیس ما سوى الأرض، وكذا حديث خالد كما قاله القاضي عياض في شرح مسلم، وبقي النظر فيما اقتضاه كلامه من أن الرواية حبس فإنه خلاف ما في صحيح البخاري والله أعلم. ص: (كعبد على مرضى) ش: انظر المتيطي ص: (وفي وقف كطعام تردد) ش: أتى بالكاف لتدخل المثليات. ويشير بالتردد لما ذكره في الجواهر من منع وقف الطعام إن حمل كلامه على ظاهره. وما ذكره في البيان أن وقف الدنانير والدراهم، وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مكروه.

تنبيه: قال في الشرح الكبير: في هذا التردد نظر، لأنك إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه فليس إلا المنع لأنه تحجير من غير منفعة تعود على أحد، وذلك مما يؤدي إلى فساد الطعام المؤدي إلى إضاعة المال. وإن كان على معنى أنه أوقفه للسلف إن احتاج إليه محتاج ثم يرد عوضه، فقد علمت أن مذهب المدونة وغيرها الجواز، والقول بالكراهة ضعيف. وأضعف منه قول ابن شاس إن حمل على ظاهره والله أعلم انتهى. قال في التوضيح: ولعل مراد المصنف يعني ابن الحاجب وابن شاس أنه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه انتهى. وقال في الشامل: وفيها جواز وقف الدنانير والدراهم وحمل عليه الطعام، وقيل يكره انتهى ص: (على أهل للتملك) ش: هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه،

ثياب ينتفع بها فإن لم يبلغ تصدق به في السبيل (كعبد على مرضى لم يقصد ضرره) المتيطي: يجوز أن يحبس الرجل مملوكه على المرضي إذا كان ذلك من السيد على غير الضرر بمملوكه. وقال ابن رشد: يكره تحبیس الرقيق لرجاء العتق فيه، فإن وقع وفات مضي، وما لم يفت يستحب لحبسه صرفه لما هو أفضل. ابن عرفة: يريد بفوته بالحوز لا بالموت (وفي وقف كطعام تردد) ابن الحاجب: لا يصح وقف ذوات الأمثال ابن شاس: لأن منفعتها باستهلاكه. ومن المدونة: من حبس على رجل مائة دينار يتجر بها أمدأ معلوماً ضمن نقصها وهي كسلف. ابن رشد: وأما الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه فتحبسه مكروه، وإن وقع كان لآخر العقب ملكاً إن كان معقياً، وإن لم يكن معقياً وكان على معينين رجع إليه بعد انقراض الحبس عليهم. ابن عرفة: رجوعه ملكاً إن كان معقياً وإن لم يكن معقياً ظاهر في جواز بيعه اختياراً بعد رجوعه، وذلك يمنع كونه حبساً حقيقة لأن خاصية الحبس منع بيعه اختياراً. قال في المدونة: من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه وعلى ولده ولم يجعل لها مرجعاً، فهي موقوفة لا تباع ولا توهب وترجع بعد انقراضهم حبساً على أولى الناس بالحبس يوم المرجع وإن كان الحبس حياً اه. وقد تقدم الكلام على قوله «وزكيت عين وفتت للسلف» (على أهل للتملك) الذي لابن الحاجب أن من أركان الوقف الموقوف عليه قال: ولا يشترط قبوله إلا

كَمَنْ سَيُولَدُ،

والصواب ما قاله ابن عرفة المحبس عليه ما جاز صرفه منفعة الحبس له أو فيه وإن كان معيناً يصح رده اعتبر قبوله ابن شاس: لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا أن يكون معيناً أهلاً للرد والقبول، وفي كون قبوله شرطاً في اختصاصه به أو في أصل الوقف خلاف انتهى. ص: (كمن سيولد له) ش: تصوره واضح. ولا معارضة بينه وبين قوله بعد هذا: «كعلى ولدي ولا ولد له» في كونه جعل له يبعه لأنه هنا تكلم على صحة الوقف وهناك على لزومه وهما متغايران. قال ابن عرفة المتيطي: المشهور المعمول عليه صحته على الحمل. ابن الهندي: زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل والروايات واضحة بصحته على ما سيولد له وبها احتج الجمهور على الحمل. وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولاً ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ: روى محمد بن المواز وابن عبدوس لمن حبس على ولده ولا ولد له يبع ما حبسه ما لم يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلًا: لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته.

قلت: يرد بأنه لما لزم بوجوده استمر ثبوته لوجود متعلقه وقبله لا وجود لمتعلقه حكماً. والأولى احتجاج غيره بأنه حبس قد صار على مجهول من يأتي فصار موقوفاً أبداً ومرجعه لأولى الناس بالمحبس ولهم فيه متكلم انتهى. وهو قريب من قول ابن الماجشون. قال ابن الحاحب: ولو قال: «على أولادي ولا ولد له» ففي جواز يبعه قبل إياسه قولان. ابن الماجشون: يحكم بحبسه ويخرج إلى يد ثقة ليصح الحوز وتوقف ثمرته، فإن ولد له فلهم وإلا فلا قرب الناس إليه. قال في التوضيح: قول ابن الماجشون ثالث يرى أن الحبس قد تم وإن لم يولد له رجع إلى أقرب الناس بالمحبس. وقوله: «فإن ولد له فلهم» أي الحبس والثمرة وإذا بقي وقفاً عليهم رد إليه لأنه يصح حوزة لولده. قاله الباجي انتهى. ومن التوضيح عن ابن القاسم قال: وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثاً انتهى.

مسألة: سئلت عنها وهي رجل قال في كتاب وقفه أوقف كاتبه الدار الفلانية على ولده فلان ثم بعده على أولاده الثلاثة فلان وفلان وفلان وعلى من يحدثه الله له من الأولاد، هل الضمير في قوله: «له» يرجع إلى الواقف أو إلى الولد؟

فأجبت: إن الظاهر عوده على الولد لأنه الأقرب وهو الذي يدل عليه السياق. فقال السائل: إن الواقف قال في وصيته إنني أوقف الدار على ولدي فلان وعلى من يحدثه الله لي

إن كان معيناً وأهلاً، وقال ابن عرفة: المحبس عليه ما جاز صرف منفعة الحبس له أو فيه (كمن سيولد له) المتيطي: المشهور المعمول عليه صحة الوقف على الحمل ابن الهندي: والروايات واضحة بصحته على من سيولد له، وبه استدل الجمهور على الحمل وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولاً ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ: روى محمد فيمن حبس على ولده ولا ولد له يبع ما حبسه ما لم

وَدْمِي

من الأولاد فبين مرجع الضمير. فأجبت بأنه يقبل قوله فإن ابن رشد قال في أجوبته: يجب أن يتبع قول المحبس في وجوه تحبيسه، فما كان من نص جلي لو كان حياً فقال إنه أراد ما يخالفه لم يلتفت إلى قوله ووجب أن يحكم به ولا يخالف حده فيه إلا أن يمنع منه مانع من جهة الشرع، وما كان من كلام محتمل لوجهين فأكثر حمل على أظهر احتمالاته إلا أن يعارض أظهرهما أصل فيحمل على الأظهر من باقيها إذا كان المحبس قد مات فقات أن يسأل عما أراد بقوله من احتمالاته، فيصدق فيه إذ هو أعرف بما أراد وأحق ببيانه من غيره انتهى. فعلم منه إذا كان حياً وفسر اللفظ بأحد احتمالاته قبل تفسيره ولو كان خلاف الظاهر ولا يقبل قوله في الصريح إذا ادعى أنه أراد خلاف معناه والله أعلم. ثم رأيت في مسائل المحبس من البرزلي: إذا قال حبس علي فلان وكل ولد يحدثه الله له فقط، فالضمير عائد على الابن المحبس عليه لدلالة اللفظ عليه لأن الضمير يعود على الأقرب انتهى.

فرع: قريب من هذا المعنى: قال القرافي في الذخيرة في باب المحبس من كتاب الدعوى: فرع: وقع فيه النزاع بين فقهاء العصر وهو بعيد ينبغي الوقوف عليه وهو: إذا قال الواقف فمن مات منهم فنصيبه لأهل طبقته وقد تقدم قبل هذا الشرط ذكر الواقف فبقي الضمير دائراً بين طبقة الواقف والموقوف عليه، فينبغي تعيين المقصود في الكتابة. وإذا نص على طبقة الموقوف عليه فيميز بين الأخ وابن العم مع ابن عمه الجميع أولاد عم وهو مع أخيه الكل إخوة فكلا الجهتين طبقة واحدة، فينبغي أن يبين ذلك فيقول من إخوته أو يقول الأقرب فالأقرب فيتعين الأخ، فإنه وإن كان في الطبقة وابن العم كذلك إلا أن الأخ أقرب. فإن قال الأقرب فالأقرب فأفتوا بالتسوية في الشقيق والأخ للأب، فإن حجب الشقيق له ليس بالقرب بل بالقرعة، فإن قال طبقته وسكت فأفتى بعضهم بالأخ دون ابن العم قال: لأنه حمل اللفظ على أتم مراده. وبعض الفقهاء يتوهم أنه إذا قيل في طبقته فلا احتمال فيه وليس كما قال لما بينت لك انتهى. وقوله: «فلا احتمال فيه» أنه إذا قيل في طبقته فإنما يدخل الإخوة فقط دون بني عم العم من غير احتمال. فحاصله أنه إذا قيل رجع نصيبه لمن في طبقته ولم يزد على ذلك إنما ينتزل منزلته إخوته فقط دون بني عم، إما أصالة كما قال بعضهم، أو يحمل اللفظ على أتم

يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلاً: لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته، راجع ابن عرفة (ودمي) ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله «يجوز الوقف على الذمي» وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصاً، والأظهر جريها على حكم الوصية، وفي نوازل ابن الحاج: من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ﴾ إلى قوله تعالى ﴿وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: ٨] ولا يكون الأسير إلا مشركاً، وإن حبس على كنائسهم رد ذلك وفسخ. ومن العتبية: إن أوصى نصراني بماله للكنيسة ولا وارث له دفع الثلث إلى الأسقف يجعله حيث ذكره والثلاثان للمسلمين

وَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ قُرْبَةً أَوْ يَشْتَرِطَ تَسْلِيمَ غَلَّتِهِ مِنْ نَاطِرِهِ لِيَصْرِفَهَا، أَوْ كَكِتَابٍ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ صَرْفِهِ فِي مَصْرِفِهِ. وَبَطَلَ عَلَى مَعْصِيَةٍ، وَحَرْبِيٍّ.

مراده كما قاله القرافي والله أعلم وهو فرع حسن. ص: (وذمي) ش: ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله: «يجوز الوقف على الذمي» وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصاً للمتقدمين، والأظهر جريها على حكم الوصية انتهى. وقال المواق في نوازل ابن الحاج: من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز لقوله تعالى: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ﴾ [الإنسان: ٨] ونقله ابن غازي في قول المصنف: «وأقاربه أقارب جهتيه وإن نصارى» ص: (وبطل على معصية) ش: وانظر الوقف على المكروه، والظاهر أنه إن كان مختلفاً فيه فإنه يمضي، وإن اتفق على كراهته فلا يصرف في تلك الجهة ويتوقف في بطلانه أو صرفه إلى جهة قرينة. وكذا قال الشيخ أبو عبد الله ابن الحاج في المدخل في فصل الأذان جماعة بعد أن قرر أن الأذان جماعة على صوت واحد مكروه قال: وفعلهم ذلك لا يخلو إما أن يكون لأجل الثواب فالثواب لا

(وإن لم تظهر قرينة) ابن الحاجب: لا يشترط ظهور القرينة (أو يشترط تسليم غلته من ناظره ليصرفها) من المدونة قال مالك: من حبس في صحته أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار أو شيء وله غلة فكان يكره ويفرق غلته كل عام على المساكين ولم يخرج من يده حتى مات لم يجز، لأن هذا غير وصية إلا أن يخرج ذلك من يده قبل موته أو يوصي بإنفاذه في مرضه لغير وارث فينفذ من ثلثه قال في المجموعة وكتاب محمد: وليس تفرقة الغلة كالسلاح وشبهه الذي يخرج من يده في وجهه ويرجع إليه، يريد أن هذه الأشياء انتقلت من يده وأخرج جميعها، وفي الغلة لم يخرج الأصل من يده فذلك مفترق. وقال ابن عبد الحكم عن مالك: وإن جعلها بيد غيره وسلمها إليه يحوزها ويجمع غلتها ويدفعها للذي حبسها يلي تفرقتها وعلى ذلك حبس إن ذلك جائز، وأبى ذلك ابن القاسم وأشهب (أو ككتاب عاد إليه بعد صرفه في مصرفه) نص اللخمي أن حكم الكتب تحبس ليقراً فيها كحكم الخيل تحبس ليفزى عليها والسلاح يقاتل بها. ونص المدونة: إن حبس في صحته ما لا غلة له مثل السلاح والخيل والرقيق وشبه ذلك ولم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات فهي ميراث، وإن كان يخرج في وجهه ويرجع إليه فهو نافذ من رأس ماله لأنه خرج في وجهه، وإن أخرج بعضه وبقي بعضه فما أخرج فهو نافذ، وما لم يخرج فهو ميراث اه. انظر إذا وجد كتاب وفي ظهره مكتوب أنه حبس قال البرزلي: رأيت مدونة من رق وعليها مكتوب حبس وبيعت ولم يعمل ذلك الكتب شيئاً قال: والخلاف مذكور إذا وجد في فخذ فرس حبس (وبطل على معصية) الباجي: لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي رده لأنه معصية كما لو صرفها إلى أهل الفسق. ابن عرفة: عادة الشيوخ أنهم لا يقولون والأظهر عندي إلا فيما فيه نظر ما لا في الأمر الضروري، ورد هذا الحبس ضروري في القواعد الأصولية. قال ابن القاسم: من أوصى أن يقام له ملهى في عرس أو مناحة ميت لا تنفذ وصيته وقوله باطل. ابن رشد: لا خلاف في ردها بنياحة الميت لأنها محرمة (وحربي) أصبغ: لا تجوز الوصية للحربي لأن ذلك

وَكَافِرٍ لِكَمْسَجِدٍ، أَوْ عَلَى بَنِيهِ دُونَ بَنَاتِهِ

يكون إلا بالاتباع، أو لأهل الجامكية والجامكية لا تصرف في بدعة كما أنه يكره الوقف عليها ابتداء انتهى. ص: (وكافر لكمسجد) ش: قال في الإكمال في كتاب الصلاة لما تكلم على بناء مسجده عليه السلام قال المازري: أما نبش القبور وإزالة الموتى فيمكن أن يقال لعله أن أصحاب الحائط لم يملكوهم تلك البقعة على التأيد أو لعله تحبب وقع منهم في حال الكفر والكافر لا تلزمه القرية كما قالوا إذا أعتق عبداً وهما كافران أن له أن يرده في الرق قبل إسلامهما ما لم يخرج من بلده ولم يقر أن أيدي أصحاب الحوائط زالت عن القبور لأجل من دفن فيها. قال عياض: لا يشترط في تحبب أهل الكفر بقاء أيديهم أو زوالها إذ القرية لا تصح منهم وعقودهم فيها غير لازمة، فلهم عند أشياخنا - بلا خلاف - الرجوع في أحباسهم ومنعها والتصرف فيها كيف شاؤا، ويفترق من العتق الذي شرط في إمضائه شيوخنا خروجه من يده إذ صار ذلك حقاً للمعتق يرفع يده عنه وتسريحه إياه وتمليكه نفسه فأشبهه عقود هباتهم وأعطيتهم اللازمة انتهى. ص: (وعلى بنيه دون بناته) ش: أما إذا لم يجعل لهم نصيباً فظاهر. وإذا شرط لإخراجهن إذا تزوجن فصرح في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس بأن ذلك من إخراج البنات من الحبس وأنه يبطل. وانظر لو حبس على البنات دون البنين، وظاهر كلام المتيطي أنه صحيح فإنه لما ذكر صفة ما يكتب في اشتراط الحبس أن يكون الحبس لبنية دون بناته عقبه بالخلاف في صحة ذلك، ثم ذكر بعده صفة ما يكتب في اشتراط الحبس أن يكون الحبس لبناته دون بنيه ولم يذكر فيه خلافاً فدل كلامه على أنه جائز والله أعلم. وهو أيضاً ظاهر كلام مالك في العتبية وكلام ابن رشد عليها ونص كلام مالك في آخر الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وهي آخر مسألة منه: سئل مالك عن رجل تصدق على بناته حبساً فإذا انقرض بناته فهي لذكور ولده وهو صحيح مبتل ذلك لهذا فيكون للإناث حتى يهلكن جميعهن وللرجل يوم هلكن كلهن ولد وولد ولد ذكور، فقال ولد الولد نحن من ولده ندخل في صدقة جدنا، وقال ولده لصلبه نحن آثر وأولى. فقال مالك: أرى أن يدخل معهم ولد الولد. قال ابن رشد: قوله: «أنه يدخل ولد الولد» بقوله: «فهي لذكور ولده» صحيح على المشهور في المذهب لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد إذا لم يكن ولد في الميراث،

قوة على حربهم والوقف كالوصية (وكافر لكمسجد) سمع ابن القاسم: إن حبس ذمي داراً على مسجد ردت. رواه معن في نصرانية بعثت بدينار إلى الكعبة رد عليها. ابن عرفة: لا يصح الحبس من كافر في قرية دينية، ولو كانت في منفعة عامة دنيوية كبناء القناطر ففي رده نظر، والأظهر إن لم يحتج إليه ردت (وعلى بنيه دون بناته) سمع ابن القاسم: إذا حبس على ولده وأخرج البنات منه إن تزوجن فالشأن أن يبطل ذلك. ورأى ابن القاسم إذا فات ذلك أن يمضي على ما حبس، وإن كان حياً ولم يحز عنه الحبس فليرده ويدخل فيه البنات، وإن حيز عنه أو مات مضي على

أَوْ عَادَ لِسُكْنِي مَسْكِنِهِ قَبْلَ عَامٍ، أَوْ جُهْلَ سَبْقُهُ لِدَيْنٍ: إِنْ كَانَ عَلَى مَحْجُورِهِ، أَوْ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَوْ بِشْرِيكَ،

فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس. وكذلك يدخل مع بناته لصلبه إذا تصدق على بناته بصدقة حبس بنات بنيه الذكور لأن بنت الابن بمنزلة الابن في الميراث إذا لم يكن ابن ولا ابنة، فلا شيء لذكور ولد الحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بناته وبنات بنيه الذكور انتهى. فقول ابن رشد: «فلا شيء لذكور ولد الحبس إلى آخره» مع جواب مالك عما سئل عنه من دخول ولد الولد مع الأولاد وعدم تعرضه للحكم في تخصيص البنات دون البنين، يدل على جواز ذلك ولو لم يكن ذلك جائزاً لما سكت عنه فتأمله والله أعلم ص: (أو عاد لسكني منزله قبل عام) ش: وأما إن عاد إلى السكني بعد عام فلا يبطل، وهذا في حق من يحوز لنفسه، وأما من يحوز له الواقف فإنه إن عاد إلى السكني يبطل الحبس والهبة.

شرطه ولم يفسخه القاضي (أو عاد لسكني مسكنه قبل عام) من ابن يونس قال مالك: من حبس حبساً فسكنه زماناً ثم خرج منه بعد ذلك فلا أراه إلا وقد أفسد حبسه وهو ميراث. قال ابن القاسم: إن حيز عنه بعد ذلك في صحته حتى مات فهو نافذ فإن رجع وسكن فيه بكراء بعد ما حيز عنه، فإن جاء من ذلك أمر بين من الحيازة فذلك نافذ. قاله مالك. قال محمد: هذا إذا حاز ذلك الحبس عليه نفسه أو وكيله ولم يكن فيهم صغير ولا من لم يولد بعد، فأما من جعل ذلك بيد من يحوزه على المتصدق عليه حتى يقدم أو يكبر أو يولد أو كان بيده هو يحوزه لمن يجوز له حوزة عليه ثم سكن ذلك قبل أن يلي الصغير نفسه وقبل أن يحوزه من ذكرنا ممن حبسه عليه، فذلك يبطله. قلت: وكم حد تلك الحيازة؟ قال: السنة أقل ذلك. قاله ابن عبد الحكم عن مالك. وقال ابن رشد: إنما يصح القول بحيازة العام في المالكين أمورهم. فقول مالك والمعلوم من قول ابن القاسم أنه إن رجع بعمري أو كراء أو إرفاق أو غير ذلك بعد أن حازها الموقوف عليه سنة أن الوقف نافذ. قال ابن رشد: وأما الصغار فمتى سكن أو عمر ولو بعد عام يبطل. انتهى ما لابن رشد. ولم ينقل ابن عات ولا ابن سلمون إلا هذا خاصة. ورأيت فتياً لابن لب: إن أخلى ما حبسه على صغار ولده عاماً كاملاً فلا يضر رجوعه إليه انتهى. وفي نوازل ابن الحاج أن بهذا جرى العمل يعني إذا أخلاها منه إنما حيازته في الصغير والكبير، وعلى هذا عول المتيطي. وانظر بعد ورقة من باب الأقضية والشهادات من ابن سهل فيه نحو فتيا ابن لب. وانظر أول الفصل الخامس من المفيد، وانظر بعد هذا عند قوله «ولا إن رجعت إليه بعده بقرب» (أو جهل سبقه لدين وإن كان على محجوره) من المدونة قال مالك: من حبس حبساً على ولد له صغار فمات وعليه دين لا يدري الدين كان قبل أم الحبس وقام الغرماء، فعلى الولد إقامة البينة أن الحبس كان قبل الدين وإلا يبطل الحبس. ونحوه في رسم الجواب. قال مالك في الرسم المذكور: ولو كان ذلك على ابن مالك لأمره أو أجنبي فحاز وقبض كانت الصدقة أولى (أو على نفسه ولو بشريك) ابن عرفة: الحبس على نفس الحبس وحده باطل اتفاقاً، وكذلك مع غيره على المعروف. وظاهر المذهب بطلان كل

أَوْ عَلَى أَنْ النَّظَرَ لَهُ، أَوْ لَمْ يَحْزُهُ كَبِيرٌ وَقِفَ عَلَيْهِ، وَلَوْ سَفِيهَاً،

انظر التوضيح وابن عرفة في كتاب الهبة، وانظر كلام الشيخ زروق في شرح الرسالة فإن لم يدع سكناه حتى مات بطلت. ص: (أو على أن النظر له) ش: هذا إذا لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، وأما من كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم كما صرح به في المدونة وغيرها والله أعلم.

مسألة: سئلت عن رجل أوقف وقفاً وشرط النظر لنفسه مدة حياته وحكم بصحة الوقف قاض مالكي، فانتقل القاضي المذكور والواقف بالوفاة بعد مدة فدعت زوجة الواقف أولاده إلى قاض مالكي آخر في ميراثها من الأرض الموقوفة فأظهروا كتاب الوقف فأبطله وحكم لها بإرثها، فهل يصح نقض الثاني أم لا؟ فأجبت: حكم القاضي الأول بصحة الواقف مخالف لمذهب إمامه وقد أخطأ في ذلك، ولكن لا يجوز لغيره أن ينقضه إذا كان ذلك القاضي الأول ممن تنفذ أحكامه بأن يكون غير معروف بالجور وأنه يتعمد الأمور الباطنة أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء، فإن كان كذلك فحكمه باطل على كل حال، وكذلك الثاني إن كان معروفاً بالجور أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء فأحكامه أيضاً باطلة والله سبحانه أعلم. ص: (أو لم يحزه كبير ولو سفيهاً) ش: أشار بقوله: «سفيهاً» إلى أن حيازة السفيه لما أوقف عليه جائزة على القول الراجح. وفي وثائق الباجي: إنها لا تصح. وظاهر كلام المصنف أن حيازة السفيه لما وقف عليه مطلوبة ابتداء وليس كذلك، بل الحائز له ابتداءً وليه أو وصيه أو من يقدمه القاضي له، وإنما الخلاف إذا حاز لنفسه هل يصح حوزة أم لا. فالقول الراجح وهو الذي مشى عليه المصنف أن حيازته لما وقف عليه جائزة والذي في وثائق الباجي أنها لا تصح. قال ابن رشد ونقله في التوضيح ونقله الشارح. والخلاف في صحة حيازة السفيه وعدم صحتها إنما هو إذا كان له ولي. قال في الشامل: فإن لم يكن له ولي جازت حيازته اتفاقاً انتهى. وقال ابن راشد ونقله في التوضيح. وأما حيازة وليه له فجائزة بلا خلاف بل هو المطلوب ابتداءً. ولا يقال ظاهر كلام المؤلف أن الموقوف عليه إذا كان كبيراً سفيهاً فلا تكفي حيازة المولى له ولا بد من حوزة لما تقدم من أن الحائز له ابتداءً إنما هو وليه، ويفهم ذلك من قول المصنف بعد «إلا لمجوره» ص: (أو ولي صغير) ش: أشار به إلى أن الحكم ابتداءً في الصغير أن الحائز له وليه ولو حاز لنفسه لصح حوزة كالسفيه فحكم

حبس من حبس على نفسه وغيره إن لم يحز عنه، فإن حبس على غيره فقط (أو على أن النظر له) ابن شاس: قال في المختصر الكبير: لا يجوز للرجل أن يحبس ويكون هو ولي الحبس. وقال في كتاب محمد فيمن حبس غلة داره في صحته على المساكين فكان يلي عليها حتى مات وهي يده أنها ميراث قال: وكذلك إن شرط في حبسه أنه يلي ذلك لم يجز. ابن القاسم وأشهب: انظر قبل قوله «أو ككتاب» (أو لم يحزه قبل فلسه وموته ومرضه) أما إذا لم يحز الكبير حتى

أَوْ وَلِيِّ صَغِيرٍ، أَوْ لَمْ يُخَلِّ بَيْنَ النَّاسِ، وَبَيَّنَّ كَمْ سَجِدَ قَبْلَ فَلْسِيهِ، وَمَوْتِهِ وَمَرَضِيهِ، إِلَّا لِمَخْجُورِهِ إِذَا

الصغير كالسفيه. قال في كتاب الطرز: ومن تصدق على صغير من أب أو غيره ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صحة المتصدق بها فإنها حيازة تامة وإن كان الحائز صغيراً وتنفذ الصدقة إلا أنه يكره ابتداء أن يحوز الصغير فإن وقع نفذ.

تنبيهان: الأول: حكم الهبة حكم الوقف. نقله ابن عرفة في كتاب الهبة وحكى القولين والله أعلم.

الثاني: قال في الشامل: وصح أي الحوز بوكالة من المحبس عليه وإن بحضوره، وإن قدم الواقف من يحوز له جاز، وفي الهبة والصدقة يجوز للغائب فقط ص: (قبل فلسه وموته ومرضه) ش: دخل في المرض الجنون. قال في المتيضية: قال ابن القاسم في العتبية: وكذلك إن فقد عقله قبل أن تحاز عنه الصدقة بطلت، يريد إلا أن يرجع إليه عقله قبل أن تحاز الصدقة عنه أو يصح من مرضه قبل أن يفوت فتتخذ الصدقة وتؤخذ منه انتهى ص: (إلا لمخجوره) ش: قال

مات المحبس أو مرض أو فلس فلا بن القاسم في المدونة: كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس ويمرض قبل حوز ذلك فهو باطل إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى للمعطي بالقبض إن منعه انتهى. وانظر ما فعله من ذلك في مرضه قال ابن يونس: أما ما بتل في المرض فلا تراد فيه الحيازة وهو نافذ من الثلث إن مات، وإن صح نفذ البتل كله إن كان لرجل بعينه، وإن كان للمساكين أو في السبيل أمر بإنفاذ ذلك، راجع أول ترجمة من كتاب الصدقة من ابن يونس. وأما حوز السفيه فقال ابن عرفة في بطلان قبض السفيه ما حبس عليه لنفسه وصحته: نقل المتيضي البطلان عن وثائق الباجي، ونقل صحته عن سحنون مع الأخوين قال: ونزلت أيام القاضي منذر بن سعيد البلوطي فشاور فيها فأجمع له الجميع من فقهاء بلده بصحته إلا إسحاق بن إبراهيم أفتى ببطلانه فحكم بقول الجميع. وأما حوز ولي الصغير فقد نقل ابن يونس من وهب لصغير هبة وجعل من يحوزها له إلى أن يبلغ وترضى حاله فتدفع إليه ويشهد له بذلك، فذلك حوز كان له أب أو وصي حاضر أو لم يكن، بخلاف غير الصغير. قيل: فما الفرق؟ قال: إنما جازت للصغير خوفاً أن يأكلها الأب ويفسدها. ومن المدونة أيضاً: من وهب عبداً لابنه الصغير ولأجنبي فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب فذلك كله باطل لقول مالك فيمن حبس على أولاده الصغار والكبار فلم يقبض الكبار الحبس حتى مات الأب أنه يبطل كله لأن الكبار لم يقبضوا الحبس. قال مالك: ولا يعرف إنفاذ الحبس للصغار ها هنا إلا بحيازة الكبار بخلاف ما حبس على ولده وهم صغار كلهم، هذا إن مات كان الحبس لهم جائزاً. وأما حوز كمسجد فقال اللخمي: الحبس أصناف: صنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ولا يحتاج إلى حائز مخصوص وهي المساجد والقناطر والمآجل والآبار وإذا خلى بين الناس وبينها صح حبسه (إلا لمخجوره إذا شهد) من المدونة قال مالك: لا تكون الأم حائزة لما تصدقت أو وهبت لصغار

أشهد، وصرف الغلة له، ولم تكن دار سكناه، أو على وارث بمرض موته إلا معقباً خرج من ثلثه؛ فكثيرات للوارث: كثلاث أولاد، وأربعة أولاد أولاد وعقبه. وترك أمًا وزوجة، فتدخلان فيما للأولاد، وأربعة أسباعه لولد الولد: وقف،

في الشامل: وفي حوز الحاضن ثالثها إن كان أمًا أو جدة صح، ورابعها إن كان غير جدة وأخ وإلا فلا. والمنصوص ليس بحوز مطلقاً، فلو شهدت بينة أن الأب صرف الغلة في مصالح نفسه فالمشهور البطلان والله أعلم ص: (أو على وارث بمرض موت) ش: قال ابن الحاجب: وإن شرك فما خص الوارث فميراث ويرجع بعد موت الوارث إلى مرجعه. قال في التوضيح: يعني فإن شرك المريض الوارث في الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقاً، وإنما يصح منه ما للأجنبي وما خص الوارث ميراث على جهة الملكية إن لم يكن معقباً، وإن كان معقباً رجع النصيب الموقوف بين جميع الورثة ولا يبطل الوقف بسبب ما فيه من التعقيب

بنيها وإن أشهدت بخلاف الأب إلا أن تكون وصية الولد أو وصية الوالد فيتم حوزها لهم. ومن المدونة أيضاً: الأب يحوز لصغار ولده ومن بلغ من أبكار بناته ما وهبهم وأشهد عليه ولا يحول حتى يؤنس رشدهم (وصرف الغلة له) المتيطي: إن أعمر المحبس على ابنه الصغير الحبس لنفسه وأدخل غلته في مصالحه فإن بموته يبطل الحبس. هذا هو المشهور المعمول به. وفي نوازل ابن الحاج ما نصه: العمرى نافذة للابنة لا يوهنها ما ثبت من استغلال المعمر لها لنفسه وإدخاله الغلة في مصالحه، ولها أن تأخذ من تركة المعمر ما اغتله من ذلك انتهى. وانظر في طرر ابن عات. قال: فرق أبو زيد بين نفس الغلة وثلثها قال: إن أكل ثمن الغلة بعد بيعها فالصدقة ماضية للابن (ولم تكن دار سكناه) من المدونة قال مالك: من حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق عليهم فإن حوزة لهم حوز إلا أن يكون ساكناً فيها، كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها. وأما الدار الكبيرة يسكن أقلها ويكري لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن (أو على وارث بمرض موته) ابن عرفة: الحبس على وارث وحده في المرض مردود كهبته فيه (إلا معقباً خرج من ثلثه فكثيرات للوارث كثلاثة أولاد وأربعة أولاد أولاد وعقبه وترك أمًا وزوجة فتدخلان في مال الأولاد وأربعة أسباعه لولد الولد وقف) ابن عرفة: لو حبس على وارث وغيره معه في مرض موت فهي المشهورة بمسألة ولد الأعيان وهي دار حبسها في مرض موته على ولده وولد ولده وحملها ثلثه وترك معهم أمًا وزوجة. وصورها ابن يونس على أن الولد ثلاثة وكذلك ولد الولد، وصورها ابن شاس ولد الولد أربعة. قال أبو محمد: اعلم أن هذه المسألة من المسائل التي يتسع فيها المقال ويتفرع فيها السؤال ويدق فيها الفقه، وقال سحنون: من حسان المسائل وقل من يعرفها وهي في أكثر الكتب خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها. فاعلم أنه لو حبس على ولده وولد ولده والثلث يحمل ذلك كان في ذلك حبس على غير وارث وهم ولد الولد وعلى وارث وهم الولد، فنحن لا نقدر أن نبطل ما كان للولد من ذلك لأن فيه شركاء لغير وارث من ولد

وَأَنْتَقِضَ الْقِسْمُ بِحُدُوثِ وَلَدٍ لَهُمَا: كَمَوْتِهِ عَلَى الْأَصْحِ، لَا الزَّوْجَةَ وَالْأُمَّ، فَيَدْخُلَانِ، وَدَخَلَ فِيمَا زَيْدٌ لِلْوَلَدِ بِحَبْسَتِهِ وَوَقَفْتُ، وَتَصَدَّقْتُ، إِنْ قَارَنَهُ قَيْدٌ، أَوْ جِهَةٌ لَا تَنْقَطِعُ، أَوْ لِمَجْهُولٍ وَإِنْ حَصِرَ،

ويبقى بيد جميع الورثة على حكم الإرث ما دام المحبس عليه موجوداً، فإذا انقرض المحبس عليه رجع إلى مرجعه انتهى. وانظر ابن عرفة في آخر كلامه على مسألة ولد الأعيان ص: (بحبست ووقفت أو تصدقت إن قارنه قيد أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وإن حصر) ش: هذا هو الركن

الولد وما تناسل من الأعقاب، فلم يكن بد من إيقاف ذلك على معاني الأعباس إلا أن ما صار من ذلك بيد ولد الأعيان قام فيها بقية الورثة من أم وزوجة وغيرهم إن لم يجوروا فيدخلون في تلك المنافع إذ ليس لوارث أن ينتفع دون وارث معه إذ لا وصية لوارث، وما صار لولد الولد تنفذ لهم بالمحبس. قال سحنون وابن المواز: إذا كانت حالتهم واحدة وإلا فعلى قدر الحاجة. قال ابن القاسم: والذكور والإناث فيه سواء. قال عبد الملك: إذا قال حبس على ولده ثم على عقبه فلا شيء للعقب حتى يموت الولد بخلاف لو قال على ولدي وعقبه قال الباجي: لأن «ثم» للترتيب. وأما الواو فهي للجمع فانتقضت التشريك (وانتقض القسم بحدوث ولدهما كموته على الأصح) ابن يونس: اختلف إن مات واحد من ولد الأعيان فقال ابن القاسم وابن المواز وسحنون: ينتقض القسم كما ينتقض بحدوث ولد ولد الأعيان أو ولد الولد، ويقسم جميع الحبس على عدد بقية الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد نفذ لهم بالمحبس. وما صار لولد الأعيان أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه وقسم ما بقي على ثلاثة عدد أهل لولد الأعيان، فيأخذ الخيار سهمين وورثة الميت منهم سهماً تدخل فيه أمه وزوجته إن كان له زوجة وولده وهو أحد ولد الولد، فيصير فيه ولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده في القسم الأول، والثاني من نصيب بمعنى الميراث، وروى عيسى: لا ينتقض القسم. (لا الزوجة والأم) من المدونة: لو ماتت الزوجة أو الأم كان ما بيدها لورثتها موقوفاً، وكذلك يوقف نفع ذلك عن وارثهما أبداً ما بقي واحد من ولد الأعيان (فيتداخلان ودخلت فيما زيد للولد) انظر أنت هذه العبارة، وقد تقدم أن ما صار لولد الأعيان تأخذ منه الأم سدسه والزوجة ثمنه (بحبست ووقفت وتصدقت إن قارنه قيد) قال ابن الحاجب: لفظ «تصدقت» إن اقترب به ما يدل من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد وإلا فروايتان. وقال ابن رشد: التحبيس ثلاثة ألفاظ: حبس ووقف وصدقة. فأما الحبس والوقف فمعناها واحد لا يفترقان في وجه من الوجوه، وأما الصدقة فإن قال داري أو عقاري صدقة أو في السبيل أو على بني زهرة فإنها تباع ويتصدق بها على المساكين على قدر الاجتهاد إلا إن قال صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبساً على المساكين للسكنى والاستغلال ولا تباع (أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وإن حصر) من المدونة قال مالك: من تصدق بدار له على رجل وولده ما عاشوا ولم يذكر لها مرجعاً إلا صدقة هكذا لا شرط فيها، فهلك الرجل وولده فإنها ترجع حبساً على فقراء أقارب الذي حبس ولا تورث. قال عياض: إن قال مالك هو حبس أو وقف هو صدقة فإن عينها لمجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه كقوله على ولد فلان أو فلان وولده، فاختلف فيه قال مالك: وقاله في الكتاب هي

الرابع وهو الصيغة. قال ابن الحاجب: أو ما يقوم مقامها. ثم بين ما يقوم مقامها بقوله: ولو أذن في الصلاة مطلقاً ولم يخص شخصاً ولا زماناً فكالصريح انتهى. وقوله: «فلو أذن في الصلاة مطلقاً» أي أذاناً مطلقاً أو في الصلاة مطلقاً ولم يخص به فرضاً ولا نفلاً. وقال في المسائل الملقطة: ولو بنى مسجداً وأذن في الصلاة فيه فذلك كالصريح لأنه وقف وإن لم يخص زماناً ولا شخصاً ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ويحكم بوقفه انتهى. وذكره والده في الباب السبعين من تبصرته ثم ذكر اللفظ ثم قال: ولفظ «وقفت» يفيد التأييد. وقال ابن عبد السلام: يعني أنها أصرح ألفاظ الفصل ولأنها دالة على التأييد بغير ضمنية. وعزاه في التوضيح لعبد الوهاب وغيره من العراقيين قال: وقال صاحب المقدمات وابن زرقون: لفظ الوقف والحبس سواء ويدخل في لفظ وقفت من الخلاف ما يدخل في حبست انتهى. وهذا الثاني هو الذي مشى عليه المصنف خلافاً لابن الحاجب لأنه قدم لفظ الحبس على لفظ الوقف، ولا بد أن يكون الشرط راجعاً إلى الألفاظ الثلاثة. ثم قال ابن الحاجب: وحبست وتصدقت إن اقترن به ما يدل على التأييد من قيد أو جهة لا تنقطع تأييد وإلا فروايتان. قال ابن عبد السلام: يعني أن لفظتي «حبست» و«تصدقت» لا يدلان على التأييد بمجردهما بل لا بد مع ذلك من ضمنية قيد في الكلام كقوله «حبس لا يباع ولا يوهب» وشبه ذلك من الألفاظ، أو الجمع بين اللفظتين معاً كما وقع في بعض الروايات إذا قال حبساً صدقة أو ذكر لفظ التأييد أو ضمنية جهة في الحبس لا تنقطع، ومراده عدم انحصار من يصرف إليه الحبس بأشخاص معينين كقوله: «حبس على المساكين أو على المجاهدين أو طلبة العلم» فإن انعدمت هذه القيود والجهات وشبهها ففي التأييد حينئذ روايتان، وظاهر كلام المؤلف أنه لا يختلف في التأييد إذا وجدت هذه القيود أو الجهات وذلك قريب مما قال في المدونة إذا قال حبس صدقة أو حبس لا يباع ولا يوهب. أن قول مالك لم يختلف في هذا أنه صدقة محرمة ترجع بمراجع الأحياس ولا ترجع إلى الحبس ملكاً. ومع ذلك فابن عبد الحكم حكى عن مالك أنها ترجع إليه ملكاً بعد موت الحبس عليه وإن قال حبس صدقة. وكذا قال ابن وهب إنها ترجع ملكاً إذا حبس على معينين، ولو قال لا يباع ولا يوهب. نعم يعز وجود الخلاف بل ينتفي إذا اقترن به شيء من الجهات غير المحصورة، والمرجع في ذلك كله إلى مدلول العرف انتهى. والذي يتحصل من كلامه في التوضيح أن المرجع من المذهب إن «وقفت» و«حبست» يفيدان التأييد سواء أطلقا أو قيدا بجهة لا تنحصر أو على معينين أو غير ذلك إلا في الصورة الآتية وهي ما إذا قال وقف أو حبس على فلان المعين حياته أو على جماعة معينين حياتهم وقيد ذلك بقوله: «حياتهم» فإنه يرجع بعد موتهم ملكاً للواقف إن كان حياً أو لورثته إن كان ميتاً. وكذلك إذا ضرب لذلك أجلاً فقال حبس عشر سنين أو خمساً أو نحو ذلك كما نص عليه اللخمي والمتيطي قالا: ولا خلاف في هذين الوجهين أي إذا ضرب للوقف أجلاً أو قيده بحياة شخص. وأما لفظ الصدقة

فلا يفيد التأيد إلا إذا قارنه قيد كقوله: «لا يباع ولا يوهب» أو «جهة لا تنقطع» كصدقة على الفقراء والمساكين وطلبة العلم والمجاهدين يسكنونها أو يستغلونها أو على مجهول ولو كان محصوراً كعلى فلان وعقبه، وغير المحصور كعلى أهل المدرسة الفلانية أو الرباط الفلاني، فإن تجرد عن ذلك فلا يفيد الوقف، فإن كان على معين كقوله صدقة على فلان فهي له ملك، وإن كان لغير معين كالفقراء فالناظر يصرف ثمنها باجتهاده على المساكين يوم الحكم ولا يلزم التعميم. قال في المقدمات: وللتحبيس ثلاثة ألقاب: حبس ووقف وصدقة. ثم قال: وأما الصدقة فإن تصدق بذلك على معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على فلان فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملك يبيعها ويهبها وتورث عنه. وإن تصدق بها على غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم، فإنها تباع ويتصدق على المساكين على قدر الاجتهاد إلا أن يقول صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبساً على المساكين للسكنى والاعتلال ولا تباع، وإن تصدق بذلك على غير معينين إلا أنهم محصورون مثل أن يقول داري صدقة على فلان وعقبه، هل ترجع بعد انقراض العقب مرجع الأعباس على أقرب الناس بالحبس أو تكون لآخر العقب ملكاً مطلقاً على قولين. روى أشهب عن مالك أنها تكون لآخر العقب ملكاً مطلقاً، وحكى ابن عبدوس أنها ترجع مرجع الأعباس وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة. وقد قيل في المسألة قول ثالث: إن ذلك إعمار وترجع بعد انقراض العقب إلى المصدق ملكاً انتهى.

فائدة: قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قولهم: «لو اختلط عدد محصور بعدد محصور أو بغير محصور» هذا اللفظ مما يتكرر في كتب الفقه وقل من يبين حقيقة الفرق بينهما، وقد نقلت في الروضة في آخر كتاب الصيد كلام الغزالي فيه. قال الإمام الغزالي: إن قلت كل عدد فهو محصور في علم الله، ولو أراد إنسان حصر أهل البلد لقدر عليه إن تمكن منهم. فاعلم أن تحرير أمثال هذه الأمور غير ممكن وإنما يضبط بالتقريب فنقول: كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عدده بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن، وما وقع الشك فيه استفتي فيه القلب. هذا كلام الغزالي انتهى كلام النووي.

فرع: قال في التمهيد: قال مالك: إذا أعطي فرساً في سبيل الله فقيل له هو لك في سبيل الله فله أن يبيعه، وإن قيل هو في سبيل الله ركبه ورده. وذكر ابن القاسم عن مالك: قال: قال مالك: من حمل على فرس في سبيل الله فلا أرى له أن ينتفع من ثمنه في غير سبيل الله إلا أن يقول له شأنك به فافعل به ما أردت، فإن قيل له ذلك فأراه مالاً من ماله يعمل به في غزوه إذا هو بلغه ما يعمل به في ماله. قال: وكذلك لو أعطي ذهباً أو ورقاً في سبيل الله. ومذهب مالك فيمن أعطي مالاً ينفقه في سبيل الله أنه ينفقه في الغزو، فإن فضلت منه فضلة بعد ما مر غزوه لم

وَرَجَعَ، إِنْ انْقَطَعَ لِأَقْرَبِ فَقَرَاءِ الْمُحْبِسِ، وَامْرَأَةً لَوْ رُجِلَتْ عَصَبٌ،

يأخذها لنفسه وأعطائها في سبيل الله أوردتها إلى صاحبها. انتهى من شرح الحديث السادس عشر لنافع عن ابن عمر. وقال ابن يونس: وما جعل في سبيل الله من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة، وما جعل في المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد لأن القصد منه عموم الناس ولا مهانة فيه انتهى. قال في المسائل الملقوطة: مسألة: فإن قيل: ما تقولون في كتب العلم توجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف. هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً بذلك؟ قيل: هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال فإن رأينا كتباً مودوعة في خزانة في مدرسة وعليها كتابة الوقف وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك وقد اشتهرت بذلك لم يشك في كونها وقفاً وحكمها حكم المدرسة في الوقفية، فإن انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت وعليها تلك الوقفية وشهرة كتب المدرسة في الوقفية معلومة فيكفي في ذلك الاستفاضة ويثبت مصرفه بالاستفاضة. وأما إذا رأينا كتباً لا نعلم مقرها ولا نعلم من كتب عليها الوقفية فهذه يجب التوقف في أمرها حتى يتبين حالها، وهو عيب يثبت للمشتري به الرد، فإذا تقرر هذا فينبغي الاعتماد على ما يوجد على أبواب الربط والمدارس والأحجار المكتوبة عليها الوقفية وتخليص شروطها إذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك، ويقبل قول المتولي لذلك الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف. انتهى من التبصرة. انتهى كلام المسائل الملقوطة. وقال البرزلي وابن فرحون في تبصرته والله أعلم. ص: (ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصابة المحبس) ش: فإن كان أهل المرجع أغنياء فقيل يرجع إلى أولى الناس بهم، وقيل يرجع إلى الفقراء والمساكين. انتهى من وثائق الجزيري. وقال في التوضيح: ما يقتضي أن المشهور أنه

حبس مؤبد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس، سواء قال ما عاشوا أو لا. قال: وإن جعلها لجهولين غير محصورين كالمساكين فهي ملك لهم تقسم عليهم إن كانت مما ينقسم، أو بيعت وقسمت وأنفقت فيما يحتاج إليه ذلك الوجه المجهول. وتعيين المجهول ليس هنا باجتهاد الناظر في موضع الحكم ووقته، ولا يلزم عمومهم إذ لا يقدر عليه ولا هو مقصد المحبس، وإنما أراد الجنس انتهى.

وقد تبين بهذا أنه لا «أوه» قبل «إن» في قوله «إن حصر» (ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصابة المحبس) ابن الحاجب: إذا لم يتأبد رجوع بعد انقطاع جهته ملكاً للملكه أو وارثه، وإذا تأبد رجوع إلى عصابة المحبس من الفقراء ثم للفقراء (وامرأة لو رجلت عصب) ابن عرفة في الهبات منها: لو قال حبس عليك وعلى عقبك قال مع ذلك صدقة أو لا، فإنها ترجع بعد انقراضهم لأولى الناس بالمحبس يوم المرجع من ولد أو عصابة ذكورهم وإناتهم سواء يدخلون في ذلك حبساً. ولو لم تكن إلا ابنة واحدة كانت لها حبساً لا يرجع إلى المحبس. ولو كان حياً وهي لذوي الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء، فإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس بهم من الفقراء، ونصها عند ابن يونس قال

فَإِنْ ضَاقَ: قُدِّمَ الْبَنَاتُ، وَعَلَى اثْنَيْنِ، وَبَعْدَهُمَا عَلَى الْفُقَرَاءِ نَصِيبٌ مِّنْ مَّاتَ لَهُمْ،

يرجع إلى الفقراء والله أعلم. ص: (وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم) ش: انظر القاضي عبد الوهاب والفاكهاني في شرح قول الرسالة: ومن مات من أهل الحبس رجع نصيبه على من بقي. انظر كلام ابن بطال في مقنعه وأظنه في النوادر، وقد نقلت بعضه في الهبة في الكلام على العمري، ومن هذا الباب مسألتان سئلت عنهما.

إحداهما في أمرة أوقفت داراً لها على ولدها عمر وعلى ذريته من بعده ثم على

مالك: من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه وعلى ولده وولد ولده أو قال حبس على ولدي ولم يجعل لها مرجعاً، فهي موقوفة لا تباع ولا توهب وترجع بعد انقراضهم حبساً على أولى الناس بالتحبیس يوم الرجوع وإن كان المحبس، فقيل لابن المواز: من أقرب الناس بالمحبس الذي يرجع إليهم الحبس بعد انقراض من حبس عليهم؟ فقال: قال مالك: على الأقرب من العصبية من النساء من لو كانت رجلاً كانت عصبية للمحبس فيكون ذلك عليهم حبساً. قال مالك: ولا يدخل في ذلك ولد البنات ذكراً أو أنثى، ولا بنو الأخوات ولا زوج ولا زوجة، قال ابن القاسم: وإنما يدخل من النساء مثل العمات والجدات وبنات الأخ والأخوات أنفسهن، شقائق كن أم لأب، ولا يدخل في ذلك الإخوة والأخوات لأم. محمد: واختلف في الأم فقال ابن القاسم: تدخل في مرجع الحبس. قلت: فإن كان ثم من سميت من النساء وثم عصبية معهن والنساء أقرب؟ قال ابن القاسم: قال مالك: يدخلون كلهم إلا أن يكون سعة فليبدأ بإناث ذكور ولده على العصبية ثم الأقرب فالأقرب ممن سميت، وكذلك العصبية الرجال يبدأ بالأقرب فالأقرب، وإذا لم يكن إلا النساء كان لهنّ على قدر الحاجة إلا أن يفضل عنهنّ. محمد: أحسن ما سمعت أن ينظر إلى حبسه أول ما حبس، فإن كان إنما أراد المسكنة وأهل الحاجة جعل مرجعه كذلك على من يرجع، فإن كانوا أغنياء لم يعطوا منها، وإن كان إنما أراد مع ذلك القرابة واثرتهم رجع عليهم وأوثر أهل الحاجة إن كان فيهم أغنياء، قاله مالك. وإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس. فهؤلاء الأغنياء إذا كانوا فقراء. محمد: فإن لم يكن فيهم فقير ردت إليهم إذا استووا في الغناء وكان أولاهم فيها الأقرب فالأقرب، والذكر والأنثى فيه سواء في المرجع. فإن اشترط أن للذكر مثل حظ الأنثى فلا شرط له لأنه لم يتصدق عليهم. ألا ترى أنه لو لم يكن أقعد به يوم المرجع إلا أخت أو بنت الابن ذلك لها وحدها، وكذلك إذا كان معها ذكر كان بينهما شرطين (فإن ضاق قدم البنات) تقدم قول مالك إلا أن يكون سعة فليبدأ بإناث ذكور ولده على العصبية (وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم) ابن الحاجب: لو حبس على زيد وعمرو ثم على الفقراء فمات أحدهما فحصته للفقراء وإن كانت غلة وإن كانت كركوب دابة وشبهة فروايتان. ابن عرفة: يؤخذان من قول مالك فيها: من حبس حائطاً على قوم معينين فكانوا يملونه ويسقونه فمات أحدهم قبل طيب الثمرة، فجميعها لبقية أصحابهم وإن لم يملوا عملها. وإنما تقسم عليهم الغلة فنصيب الميت لرب النخل. ثم رجع مالك إلى رد ذلك لمن بقي، وبهذا أخذ ابن القاسم. ابن عرفة: ففي نقل حظ معين من طبقة بموته لمن بقي فيها أو لم بعدها قولان، بالأول أفنتى

إِلَّا كَعَلَى عَشْرَةِ حَيَاتِهِمْ، فَيَمْلِكُ بَعْدَهُمْ.

أولاد أولاده أبدأ ما تناسلوا، والطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى. فتوفيت الواقفة وتسلم الوقف ولدها عمر المذكور، ثم مات عن ذكر وثلاث بنات، ثم توفي من البنات اثنتان كل واحدة عن أولاد فهل لأولادهم حصة مع وجود خالهم وخالتهم أم لا؟ فأجبت: لأولاد كل ميتة حصة والدتهم وليس لخالهم ولا لخالتهم في ذلك شيء، ولا يمنع من ذلك قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى حسبما ذكر ابن رشد في أثناء شرح المسألة السادسة من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس في مسألة من حبس على أولاده ثم على أولادهم من بعدهم أن من مات منهم فحظه لولده دون إخوته وأطال في ذلك، وذكر أن غيره من أهل زمانه خالفه في ذلك، ثم رد عليه وقال في آخر الرد خطأ صراح. وذكر ابن عرفة كلامه في ذلك قبل الكلام على تحقيق لفظ الحبس عليه في مسألة الوقف على زيد وعمرو ثم على الفقراء. وذكر ابن رشد المسألة أيضاً في نوازله ونقلها عنه البرزلي أيضاً في مسائل الحبس. وهذا الذي يؤخذ من قول الشيخ خليل: وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات منهم. وأفتى بذلك الشيخ شمس الدين اللقاني وغيره في هذه اللفظة أعني قوله: «الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى» وأن معناها أن الفروع لا تدخل مع أصولهم ولا يشاركونهم، وأن الولد يستحق ما كان لأبيه معتمدين على ما تقدم لابن رشد من مسألة الشيخ خليل هذه والله أعلم. وأما إذا قال: «وأولادهم» فيدخل أولاد الأولاد مع الأولاد كما صرح به في مسائل الحبس من أحكام ابن سهل في مسألة قطيع حبس من جنة وفي غيره والله أعلم.

والمسألة الثانية: شخص أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره من الأولاد ذكراً كان أو أنثى، وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده، أبدأ ما تناسلوا وتعاقبوا بطناً بعد بطن وعقباً بعد عقب، يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء عدا أولاد البنات من بنيه وبنات بنيه ومن

ابن الحاج، وبالثاني أفتى ابن رشد، وألف كل منهما على صاحبه، ومن الكافي: من حبس سيفاً أو دابة أو عبداً أو ثوباً على رجلين حياتهما ثم جعلهما في وجه آخر بعد وفاتهما فمات أحد الرجلين رجع نصيبه على الآخر، فإذا مات الآخر رجع في الوجه الذي جعله فيه بعدهما. وقد قيل: يرجع نصيب الميت الأول إلى الوجه الذي جعل فيه بعدهما ولا يرجع نصيبه على الآخر. ولو كان الشيء ينقسم وله غلة أو ثمرة فمات أحدهما لم يرجع نصيبه على صاحبه ورجع في الوجه الآخر، وإن حبس عليهما مسكناً فذلك على وجهين إن حبسه عليهما للسكنى كما ذكرنا في العبد والدابة والسيد، وإن كان حبسه عليهما ليستغلاه كان كما ذكرنا فيما يتجزأ وينقسم (إلا كَعَلَى عَشْرَةِ حَيَاتِهِمْ فَيَمْلِكُهُ بَعْدَهُمْ) اللخمي: إن قال حبس على هؤلاء النفر وضرب أجلاً أو قال حياتهم رجع ملكاً اتفاقاً. واختلف إن لم يسم أجلاً ولا حياة. وقال أبو عمر: من حبس على رجل بعينه ولم يقل على ولده ولا جعل له مرجعاً فاختلف فيه قول مالك. قال أصحابه المدنيون: يصرف لربه. وقال

أسفل منهم فليس لهم دخول في ذلك وفقاً صحيحاً على من سيولد من ظهره وعلى من ذكر بعدهم يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء، فهل قوله «بطناً بعد بطن» يمنع الطبقة السفلى من الدخول مع الطبقة العليا أم لا؟ فإن قلت يمنع، فما معنى قوله «يدخل الأبناء مع الآباء»؟ وإن قلت لا يمنع، فهل يقيد دخول الأبناء بوجود الآباء بحيث إن من مات أبوه لا يدخل لأن دخوله كان مقيداً بوجود أبيه؟ فأجبت: لا أعلم هذه المسألة بخصوصها منصوصة أعني إذا قال الواقف بطناً بعد بطن ثم قال ويدخل الأبناء مع الآباء. والذي يظهر أن ذلك لا يمنع من دخول الأبناء مع الآباء، وكلام الواقف يدل على دخولهم مع آبائهم في موضعين: الأول منهما أنه عطف الأبناء على الآباء بالوارث وهي مقتضية لدخولهم معهم كما جزم بذلك علماؤنا. والثاني: وهو أقواهما تصريحهم بدخولهم مع الآباء مرتين. وأما قوله «بطناً بعد بطن وعقباً بعد عقب» فالظاهر أنه إنما أراد به التنصيص على تأكيد استمرار الوقف وتأييده على الوجه الذي ذكره على جميع البطون والأعقاب. وإذا ظهر دخولهم في الوقف مع آبائهم فدخول من مات أبوه في الوقف بعد موت أبيه أخرى وأولى، ولا يمنع من ذلك قول الواقف «يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء» لأن ذلك من باب مفهوم الموافقة الذي يكون فيه المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق وهو المسمى بفحوى الخطاب، لأن من المعلوم أن الناس يقصدون أن يكون ما كان لكل واحد من أولادهم لأولاده بعد موته، فإذا صرح الواقف بدخولهم مع أبيهم في حياته فدخولهم بعد موته أولى وأحرى. وأيضاً فقد صرح علماؤنا فيما إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم ثم أولاد أولادهم بأن الأبناء لا يدخلون مع آبائهم قالوا: فإذا مات ولد من أولاده وله أولاد فإن أولاده ويستحقون ما كان لأبيهم ويدخلون في الوقف مع وجود أعمامهم، ولا يقال إن أولاد الأولاد لا يدخلون في الوقف إلا بعد انقراض جميع الأولاد. هذا هو الصحيح المعمول به. وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدر كنههم من أهل مصر وغيرهم بأن قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى إنما يمنع من دخول الولد مع أبيه لا من دخوله مع أعمامه ومن في طبقة أبيه، فإذا صرح الواقف بدخول الأولاد مع آبائهم فلا يشك في دخولهم بعد موته والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة راسلني بها شيخنا العلامة أحمد بن عبد الغفار من المدينة ونصه: وقعت لنا مسألة بالمدينة وهي شخص وقف على أولاده وأولادهم وشرط أن الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى ثم قال: على أن من مات وله ولد انتقل نصيبه لولده، فإن لم يكن له ولد فنصيبه لمن هو في طبقته من أهل الوقف. فمات شخص من طبقته عن غير ولد وثم شخص في طبقته إلا أن أبا هذا الشخص موجود وهو محجوب به ليس له في الوقف استحقاق، فهل يكون نصيب هذا الميت لهذا المحجوب بأبيه عملاً بقول الواقف لمن هو في طبقته من أهل الوقف لأنه من أهل الطبقة ومن أهل الوقف في الجملة لأنه من أولاد الواقف ولا يعارضه قول الواقف «تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى» لأن معناه أن كل واحد من

وَفِي كَقَنْطَرَةٍ، وَلَمْ يُوجَّعْ عَوْدُهَا فِي مِثْلِهَا، وَإِلَّا وَقَفَ لَهَا وَصَدَقَةٌ لِفُلَانٍ فَلَهُ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ فُرْقٌ
ثُمَّهَا بِالْاجْتِهَادِ.

الطبقة يحجب فروعه لا فروع غيره، أو لا يستحق شيئاً لأنه ليس من أهل الوقف الآن إلا بالقوة لا بالفعل، والظاهر من قول الواقف «من أهل الوقف» إنما هو من كان مستحقاً بالفعل الاحتمال الأول هو الذي ظهر لي ولم أجزم في المسألة بشيء فاكتب لي ما عندك فيها نقلاً أو بحثاً. انتهى كلامه والله أعلم. ص: (وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها) ش: قال البرزلي في أوائل مسائل الحبس: وإن جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل أو في وقيد مسجد أو إصلاح قنطرة كذا، فحكمه حكم المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأيد، فإن

المصريون: يرجع لأقرب الناس حبساً (وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها) ابن عرفة: شبه المصرف مثله إن تعذر. قال ابن المكوي: من حبس أرضاً على مسجد فخرّب وأهله يجتهد القاضي في حبسه بما يراه الباجي: لو كانت أرض محبسة له من الموتى فضاقت بأهلها فلا بأس أن يدفنوا في المسجد بجانبها وذلك حبس كله. قاله ابن الماجشون. ولأصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت: لا بأس ببنائها مسجداً وكلما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض. ومن نوازل البرزلي: بل الفتيلة من قنديل المسجد وأخذ زيتته لا يجوز ولو كان ذلك لمسجد آخر لجرى على الخلاف بين الأندلسيين والقرويين في صرف الأحياس بعضها في بعض، وعلى الجواز العمل اليوم مثل صرف أحياس جامع الزيتونة لجامع الموحدين وأخذ حصره السنة بعد السنة وزيتته كذلك. وسئل ابن علاق عن حبس على طلاب العلم للغرباء أنه إن لم يوجد غرباء دفع لغير الغرباء قال: ويشهد لهذا فتيا سحنون في فضل الزيت على المسجد أنه يؤخذ منه في مسجد آخر، وفتيا ابن دحون في حبس على حصن تغلب عليه يدفع في حصن آخر. قال: وما كان لله واستغنى عنه فجائز أن يستعمل في غير ذلك الوجه ما هو لله. ومنها فتيا ابن رشد في فضل غلات مسجد زائدة على حاجة أن يبني بها مسجد تهدم. وقال عياض: إن جعل حبسه على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل أو في وقيد مسجد كذا أو إصلاح قنطرة كذا. فحكمه حكم الحبس المبهم يوقف على التأيد ولا يرجع ملكاً فإن تعذر ذلك الوجه بجلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم أنه لا يمكن أن تبني وقف إن طمع بعوده إلى حاله أو صرف في مثله. انظر الباب السابع من العمرى من المنتقى (ولا وقف لها وصدقة لفلان فله) عياض: إن قال مكان هو حبس أو وقف هي صدقة، فإن عينها لشخص معين فهي ملك له. وإن قال داري حبس على فلان وعين شخصاً فاختلف فيه قول مالك، هل يكون مؤبداً لا يرجع ملكاً فإن مات فلان رجعت حبساً لأقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الأحياس، فإن لم يكن له قرابة رجعت للفقراء والمساكين والقول الآخر أنها ترجع بعد موت المحبس عليه ملكاً للمحبس أو ورثته إن مات كالعمرى (أو للمساكين فرق ثمنها بالاجتهاد) تقدم نص عياض: إن قال صدقة وجعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فهي ملك لهم ويجتهد الناظر إذ لا يقدر على تعميمهم

وَلَا يُشْتَرَطُ التَّنْجِيزُ وَحِمْلَ فِي الإِطْلَاقِ عَلَيْهِ: كَتَسْوِيَةِ أَثْنَى بِذَكَرٍ. وَلَا التَّأْيِيدُ وَلَا تَعْيِينَ مَضْرِفِهِ
وَصُرْفٍ فِي غَالِبٍ وَإِلَّا فَالْفُقَرَاءُ، وَلَا قُبُولُ مُسْتَحَقِّهِ، إِلَّا الْمُعَيَّنَ الْأَهْلَ

تعذر ذلك الوجه لخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى لا يمكن بناؤها وقف إن طمع بصرفه إليه أو صرفه في مثله. قلت: وقعت بتونس حبس الأمير أبو الحسن كتباً لمدرسة ابتدائها بالقيروان وأخرى بتونس وجعل مقرها بيتاً بجامع الزيتونة، فلما أيس من تمامها قسمت الكتب على مدارس تونس انتهى. ص: (ولا يشترط التنجيز) ش: ويصير كالمعتق إلى أجل لأن المعتق إلى أجل لا يضره استحداث سيده ديناً قبل الأجل وذلك يضر عند التحبیس. قال ابن عبد السلام. قال ابن عرفة: ما قاله ابن عبد السلام ظاهر إن لم يحز عنه، وإن حيز عنه فإن له منفعة في الأجل لغيره لم يضره حدوث الدين، وإن أبقاها لنفسه بطل بحدوث الدين على

(ولا يشترط التنجيز) ابن شاس: لا يشترط التنجيز كما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فهو وقف، انظر بعد هذا قبل قوله «ولأب اعتصارها» (وحمل في الإطلاق عليه) ابن الحاجب: حكم مطلقه التنجيز ما لم يقيد باستقبال. ابن رشد: لا خلاف أن من حبس أو وهب أو تصدق أنه لا رجوع له في ذلك ويقضى عليه بذلك إن كان لمعين اتفاقاً ولغير معين باختلاف انتهى. انظر مذهب المدونة إذا اشترط المتقارضان ثلث الربح للمساكين أنه لا يقضى عليهما به، وسيأتي هذا عند قوله «وإن قال داري صدقة» (كتسوية أثنى بذكر) ابن عرفة: صور الشيخ وأصبح مسألة ولد الأعيان على أن الولد ثلاثة وكذلك ولد الولد فتقسم غلتها على عدد المحبس عليهم والذكر كالأنثى، وتقسم بالسوية إن استوت حالتهم. وقال ابن رشد في مسألة ولد الأعيان: إنه لا يفضل الولد على ولد الولد قال: هو خلاف قوله في المدونة ابن عرفة: في جواز التحبیس على البنين دون البنات وإن تزوجن سبعة أقوال (ولا التأييد) ابن شاس: لا يشترط في الحبس التأييد بل لو قال على أن من احتاج منهم باع أو أن العين المحبسة تصير للآخر هم ملكاً صح واتبع الشرط. محمد: إذا قال داري حبس على عقبي وهي للآخر منهم، فإنها تكون للآخر منهم بتلاً وهي قبل ذلك محبسة، فإن كان آخرهم رجلاً يرجي له عقب وقفت عليه فإذا مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته لأنه تبين بموته أنها قد صارت له (ولا تعيين مصرفه وصرف في غالب وإلا فالفقراء) عياض: أما لفظة الحبس المبهم كقوله داري حبس، فلا خلاف أنها وقف مؤبد ولا ترجع ملكاً وتصرف عند مالك في الفقراء والمساكين وإن كان في الموضع عرف للوجوه التي توضع فيها الأحباس وتجعل لها حملت عليه (ولا قبول مستحقه إلا المعين الأهل) ابن عرفة: الحبس عليه ما جاز صرف منفعة الحبس له أو فيه، فإن كان معيناً يصح رده اعتبر قبوله، وعبارة ابن شاس: لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا إذا كان معيناً وكان مع ذلك أهلاً للرد والقبول، ثم اختلف هل قبوله شرط في اختصاصه به خاصة أو في أصل الوقفية؟ فقال في كتاب محمد: من قال أعطوا فرسي فلاناً فلم يقبله فقال مالك: إن كان حبساً أعطي لغيره، وإن لم يكن حبساً رد إلى ورثته. وسئل ابن رشد عن رجل حبس فرساً على رجل يجاهد عليه على من يكون

فَإِنْ رَدَّ فَكَامُنْقَطِعٍ وَاتَّبِعَ شَرْطُهُ، إِنْ جَازَ كَتَخْصِيصٍ مَذْهَبٍ أَوْ نَاطِرٍ

المشهور في لغو حوز المستأجر لغيره وعلى إعماله لا يبطل به. انتهى ص: (واتبع شرطه إن جاز لتخصيص مذهب) ش: مفهوم قوله «إن جازه» أنه إن شرط ما لا يجوز لا يتبع، وهذا والله أعلم إذا شرط شيئاً متفقاً على منعه وإلا فقد نص في النوادر والتميطية وغيرهما أنه إذا شرط في وقفه إن وجد فيه ثمن رغبة بيع واشترى غيره أنه لا يجوز له ذلك، فإن وقع ونزل مضى وعمل بشرطه. قال في النوادر في ترجمة الرجوع في الحبس وهل يباع: قال ابن الماجشون: لا أرى أن يستثنى في الدار أن يقول إذا وجد في الدار ثمناً رغبياً فلتبع ويشتر بثمنها داراً، وكذلك الأصول فإن استثناه في حبسه جاز ومضى انتهى. وقال في التميطة في ترجمة ما جاء في مراجع الأحباس: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ في الواضحة: ولا

علفه؟ قال: لا يلزم الحبس علف الفرس الذي حبسه إلا أن يشاء، فإن أبا الحبس عليه أن يعلفه رجع إلى صاحبه ملكاً إن كان حبسه عليه بعينه ولم يبتله في السبيل، فإن كان بتله في السبيل أخذ منه إن أبي أن ينفق عليه ودفع إلى غيره ممن يلزم علفه ويجاهد عليه (فإن رد فكالمقطع) ابن الحاجب: لا يشترط قبول الموقوف عليه إلا إن كان معيناً وأهلاً، فإذا رد بذلك فقبل يرجع ملكاً، وقيل يكون لغيره وذلك من نص ابن رشد إن حبسه عليه بعينه فأبى أن ينفق رجع إلى صاحبه وإلا دفع لغيره. وللشيخ: من أمر بشيء لسائل فلم يقبله دفع لغيره. وقال مالك: من جمع له ثمن كفن ثم كفته رجل من عنده رد ما جمع لأهله. قال ابن رشد: هذا موافق للمدونة إن فضلت للمكاتب فضلة ردت على الذين أعانوه انتهى. انظر نحو هذا في أول نوازل ابن سهل فيمن طاع بجال لأسير فهرب ذلك الأسير وأتى قومه بلا فداء. قال بعضهم: ذلك كالذي أخرج كسرة لمسكين فلم يجده. وقال ابن زرب: بل يرد إلى صاحبه كما في سماع أصبغ في الجنائز أن مالكا قال في قوم جمعوا دراهم يكفنون بها ميتاً فكفته رجل من عنده: أن الدراهم ترد إلى أهلها. وقاله ابن القاسم. وفي سماع عبد الملك فيمن أوصى بدنائير تنفق في بناء دار محبسة فاستحقت أن الدنائير ترد إلى الورثة. وفي نوازل ابن الحاجب في قبر انظر فصل الوصية من ابن سلمون (واتبع شرطه إن جاز) ابن الحاجب: مهما شرط الواقف ما يجوز له اتبع كتخصيص مدرسة أو رباط أو أصحاب مذهب بعينه. الزاهي: لو شرط الواقف ما يجوز أن يبدأ من غلتها بمنافع أهله ويترك إصلاح ما يتخرم منه بطل شرطه انتهى. وانظر كثيراً ما يتفق أن يترك الحبس بلا إصلاح والحبس عليه يستغله، هل يلزمه في ماله إصلاح ما وهي منه؟ انظر بعد هذا عند قوله «لا يشترط إصلاحه». وفي نوازل ابن سهل: إن ترك الوكيل جنات المحجور عليه وكرومه وأهمل عمارتها حتى تبورت وييست، فعليه قيمة ما نقص منها لتضييعه إياها. وذكر هذه المسألة في الحبس. وإن من كسر خشبة أعاد البنيان كما كان ولا يؤخذ منه قيمته. ومن ابن عرفة إن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحببس ذي السفل سفله لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه له وكذا العكس (لتخصيص مذهب أو ناظر) ابن عرفة: النظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. التميطة: يجعله لمن يوثق به في دينه وأمانته، فإن غفل الحبس عن ذلك كان النظر فيه للقاضي يقدم له

يجوز أن يستثنى من الحبس في الرباع إن وجد ثمناً رغبياً فقد أذنت في بيع ذلك وأن يتناع بثمان ذلك ربعاً مثله لأن هذا لا يقع فيه من الحاجة إلى بيع ذلك والعدر في تغييره ما وقع في البيع عند الحاجة، وإن استثناه مستثن جاز ومضى. انتهى ونقله ابن سلمون أيضاً. ومن ذلك اشتراط إخراج البنات من الوقف إذا تزوجن، وحصل ابن رشد فيها بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال، ولنذكر كلام العتبية وكلامه برمته لما فيه من الفوائد. قال في العتبية في أثناء الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس: قال مالك: من حبس حبساً على ذكور ولده وأخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزاً له. قال ابن القاسم: فقلت لمالك: أترى أن يبطل ذلك ويسجل الحبس؟ قال: نعم وذلك وجه الشأن فيه. قال ابن القاسم: ولكن إذا فات ذلك فهو على ما حبس. قال ابن القاسم: إن كان المحبس حياً ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات فهو كفوت ويكون على ما جعله عليه.

قال ابن رشد: ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز ويبطل على كل حال خلاف مذهب ابن القاسم في أنه يمضي إذا فات ولا ينقص. وفوت الحبس عندي أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية أو يموت، يريد أو يموت بعد أن حيز عنه ورأى أن الحبس إذا لم يحز عن المحبس عنه أن يبطل الحبس ويدخل الإناث فيه، وظاهر قوله وإن كره ذلك المحبس عليهم مراعاة لقول من يقول إن الصدقات والهبات والأحباس لا تلزم ولا يجب الحكم بها حتى تقبض، وقد روي عن مالك أن ذلك مكروه من العمل. فعلى قوله هذا لا يفسخ الحبس إلا أن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم كبار. وذهب محمد بن المواز إلى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال إنما يفعل ما قاله مالك من فسخ الحبس وأن يجعله مسجلاً إنما ذلك ما لم يأبه من حبس عليهم، فإن أبوا لم يجز له فسخه ويقر على ما حبس وإن كان حياً إلا أن يرضوا له برده وهم كبار. قال مالك: إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب، ظاهره إن كان لم يحز عنه وهو على قياس القول بأن ذلك عنده مكروه من الفعل. وقال ابن القاسم: وإن خصم فليقره على حاله. ومعنى ذلك على مذهبه إن كان قد حيز عنه وهو الذي ذهب إليه من التأويل في هذه المسألة عن ابن القاسم من أنه فرق في هذه الرواية في فسخ الحبس بأن يحازي عنه أو لا يحاز. وقد تأول على ما حكاه محمد بن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس وإن كان ذلك لم يحز عنه إلا بإذن المحبس عليهم ورضاهم، وقد تأول أيضاً أن له أن يفسخه وإن كان قد حيز عنه وإن أبقى المحبس عليهم مراعاة لقول من لا يرى إعمال الحبس جملة وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك بعد هذا من هذا السماع، وفي رسم نذر. وتأول على قولك مالك في هذه الرواية أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس عنه بعد أن حيز عنه الحبس، فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال: أحدها قول مالك هذا أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز

عنه الحبس ويرجع للملكه. والثاني أن الحبس يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه. والثالث أنه يفسخه ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه فإن حيز عنه لم يفعل إلا برضا الحبس عليهم. والرابع أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا الحبس عليهم انتهى.

وقال اللخمي: وإخراج البنات من الحبس اختلف فيه على ثلاثة أقوال: فقال مالك في المجموعة أكره ذلك. وقال في العتبية: إن إخراج البنات إن تزوجن فالحبس باطل. وقال ابن القاسم: إن كان الحبس حياً فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات، وإن حيز أو مات فات وكان على ما حبسه عليه. وقال أيضاً: إن كان الحبس حياً فليفسخه ويجعله مسجلاً وإن مات لم يفسخ فجعل له أن يرده بعد الحوز ويجعله مسجلاً ما لم يمت. وقال ابن شعبان: من أخرج البنات أبطل وقفه وهذا مثل قول مالك في العتبية فعلى القول الأول يكره، فإن نزل مضى، وعلى القول الآخر يبطل إن لم يشركهم فيه، وعلى أحد قولي ابن القاسم يفسخ ما لم يحزه، وعلى القول الآخر يفسخ وإن حيز ما لم يفت انتهى. ونقل ابن عرفة كلامهما برمته. وقال إثر كلام ابن رشد: قلت في قوله «هو على قياس قوله أنه مكروه» نظر لأن المكروه إذا وقع أمضى ولم يفسخ، وذكر الأربعة ابن زرقون وقال: الأولان تأولا على قول مالك في سماع ابن القاسم، والثالث ظاهر قول ابن القاسم في سماعه، والرابع قول محمد. وقال الباجي قبل ذكرها ابن زرقون قال: قال ابن القاسم: إن فات ذلك مضى على شرطه وإن كان حياً ولم يحز عنه فأرى أن يرده ويدخل فيه البنات ونحوه لعيسى عن ابن القاسم وأنكره سحنون.

قلت: انظر هل هذا زائد على الأربعة أو هو تقييد لما سوى الأول منها وأن الثلاثة إنما هي ما لم يمت فإن مات مضى وهو آيين. ثم قال: ففي الحبس على البنين دون البنات مطلقاً أو إن تزوجن أربعة. ابن رشد: وخامسها جوازها، وسادسها كراهته، وسابعها فوته بحوزه وإلا فسخه ودخل فيه البنات للوقار، ورواية ابن عبدوس واللخمي عن أول قولي ابن القاسم انتهى. فعلى المشهور من أن إخراجهن لا يجوز مطلقاً سواء بعد أن تزوجن أو قبل يتحصل في ذلك بعد الوقوع والنزول خمسة أقوال: الأول: أن الحبس يفسخ على كل حال وإن حيز عنه أو مات بعد أن حيز عنه ويرجع للملكه، وهو قول مالك في العتبية. الثاني: أنه يفسخ ويرجع للملكه ما لم يحز عنه، وهو قول ابن القاسم على ما نقله اللخمي عنه. الثالث: أنه يفسخ ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه وهو متأول على قول مالك في العتبية. الرابع: أنه يفسخ ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه لم يدخلن إلا برضا الحبس عليهم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا السماع. والخامس: أنه لا يفسخ ويدخل فيه الإناث وإن لم يأخذ عنه إلا برضا الحبس عليهم، وهو قول محمد بن المواز عنه والله أعلم. ومن ذلك ما نقله اللخمي وغيره ونصه: وإن حبس داراً وشرط على الحبس عليه أن يرمها إن احتاجت لم يصح ذلك ابتداءً وذلك كراء وليس بحبس. فإذا نزل فقال في المدونة: مرمتها من غلتها فأجاز الحبس وأسقط الشرط. وقال محمد: يرد الحبس

ما لم يقبض انتهى. وذكر مسائل من هذا المعنى فيما لا يجوز ابتداء، واختلف فيه بعد الوقوع والنزول فراجعه والله أعلم. وقال في نوازل ابن رشد: وسئل عمن حبس حبساً وشرط في حبسه أنه إن تمادى به العمر واحتاج رجوع في حبسه وباعه وأنفقه على نفسه هل ينفذ الحبس ويجوز الشرط، أو ينفذ الشرط ويبطل الحبس. فأجاب بأن قال: الشرط الذي ذكرت إن كان في التحبیس يوجب صرف الحبس بعد موت المحبس إلى معنى الوصية على مذهب مالك وأصحابه، فإن كان قد مات نفذ الحبس من ثلثه إن حمله الثلث وإن لم يحمله فما حمل منه الثلث.

فروع: الأول: قال في رسم الأفضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الحبس: وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على المساكين، أيقسم بينهم تماً أم يباع ثم يقسم الثمن بينهم؟ فقال: ذلك يختلف وذلك إلى ما قال فيه المتصدق أو إلى رأي الذي يلي ذلك واجتهاده إن كان المتصدق لم يقل في ذلك شيئاً إن رأى خيراً أن يبيع ويقسم ثمنه، وإن رأى خيراً أن يقسم ثمره قسمه تماً فذلك يختلف، وربما كان الحائط نائياً بالمدينة، فإن حمل أضر ذلك بالمساكين حمله، وربما كان في الناس الحاجة إلى الطعام فيكون ذلك خيراً لهم من الثمن فيقسم إذا كان هكذا فهو أفضل وخير. وهذه صدقات عمر بن الخطاب رضي الله عنه منها ما يباع فيقسم ثمنه ومنها ما يقسم تماً. ابن رشد: هذا بين على ما قاله أن ذلك يصرف إلى اجتهاد الناظر في ذلك إن لم يقل المتصدق في ذلك شيئاً، وإن قال شيئاً أو حد فيه حداً ووجب أن يتبع قوله في صدقته ولا يخالف فيما حده انتهى. ونقله ابن بطال في مقنعه ولفظه. وفي المستخرجة من سماع أشهب: من حبس حائطاً على المساكين إن لم ينص الميت في ذلك شيئاً فلمتولي النظر فيه الاجتهاد، إن رأى يبيع الثمرة وقسم ذلك ثمناً فعل، وإن رأى خيراً للمساكين قسمته تماً فعل، فرب حائط يبعد عن المدينة فيضر بهم حمله، وربما كانت بالناس حاجة إلى الطعام فيكون قسمته تماً خيراً لهم، وهذه صدقات عمر تباع ثمرته ويقسم ثمنها فإنما ذلك على النظر للمساكين انتهى. ونقله في الذخيرة عن الأبهري عن مالك.

الثاني: قال في المسائل الملقوطة: من أوقف وقفاً على منافع الجامع صرف في العمارة والحصر والزيت وغير ذلك ولا يعطى منه الإمام والمؤذن. ذكر ذلك الحفيد في مختصره الصغير. وكل جامع مسجد ولا ينعكس انتهى. قال ابن رشد في نوازل: من أوقف على منافع مسجد وقفاً صرف في منفعه من بناء وحصر وبناء ما رث من الجدران أنه لا يدخل في ذلك الإمام، فإن صرف للإمام شيء من غلة الوقف فلا يرجع به عليه ولا ضمان على من دفع ذلك إليه لأن المحبس لما لم ينص أنه داخل في التحبیس ولا على أنه خارج حكماً بظاهر اللفظ فلم يدخل إلا بيقين، وإذا قبض شيئاً لم يغرمه إياه إلا بيقين ولا يقين عندنا في ذلك لاحتمال أن يكون المحبس قد أراد بحبسه خلاف ظاهر لفظه، ولعل إيهام ذلك تقصير من الكاتب.

الثالث: قال البرزلي في مسائل الحبس: سئل القابسي عمن حبس كتباً وشرط في

تحييسه أنه لا يعطى إلا كتاب بعد كتاب، فإذا احتاج الطالب إلى كتابين أو تكون كتباً شتى فهل يعطى كتابين منها أم لا يأخذ منها إلا كتاباً بعد كتاب؟ فأجاب: إن كان الطالب مأموناً واحتاج إلى أكثر من كتاب أخذه لأن غرض المحبس أن لا يضيع، فإذا كان الطالب مأموناً أمن هذا، وإن كان غير معروف فلا يدفع إليه إلا كتاب واحد، وإن كان من أنواع العلوم خشية الوقوع في ضياع أكثر من واحد.

قلت: تقدم بعض أحكام شروط المحبس من كلام أبي عمران وغيره، وظاهره أنه لا يتعدى ما شرطه لقوله عليه السلام «المسلمون عند شروطهم»^(١). وظاهر ما في هذا السؤال أنه يراعى قصد المحبس لا لفظه، ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة يشترط عدم خروجها من المدرسة وجرت العادة في هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك في أنفسهم ولغيرهم وهو والله أعلم لما أشار إليه هذا الشيخ لا لفظه. ومثله ما فعلته أنا في مدرسة الشيخ التي بالقنطرة غيرت بعض أماكنها مثل الميضأة ورددتها بيتاً ونقلتها إلى محل البئر لانقطاع الساقية التي كانت تأتيها، ورددت العلو المحبس على عقبه المذكور بيوتاً لسكنى الطلبة بعد إعطاء علو من المحبس يقوم مقامه في المنفعة بموجب مذكور في محله وكزيادة في رواتب طلبة لما أن كثروا ويدخل شيء من خراجها بحيث لو كان المحبس حاضراً لارتضاه، وكان ذلك كله برضا الناظر في المحبس النظر التام كيف ظهر له الصواب يعطى حسبما ذلك مذكور في كتاب التحبيس. وعلى مراعاة لفظ المحبس في شرطه أفتى بعض أصحابنا فيمن بنى مدرسة وجعل فيها بيوتاً للسكنى وشرط في أصل تحبيسها أن لا يسكنها إلا من يصلي الصلوات الخمس في مسجدتها إن لم يكن إماماً في غيرها، وأن يحضر الحزب المرتب فيها لقراءة القرآن إن كان قارئاً ويحضر الميعاد في وقته ومن لم يفعل ذلك فليس له سكنى. فأجاب بأن الشروط المذكورة يجب الوفاء بها ولا يجوز مخالفتها. ومن هذا المعنى الدخول للمدارس لقضاء الحاجة بها والوضوء والشرب من مائها وهو لم يكن من أهلها ولا أعدت الميضأة والشرب إلا لأهلها، فسألت شيخنا الإمام عنها فأجاب: إنه إن كان من جنس أهلها ساغ له ذلك لأن المحبس لأهل ذلك الصنف وهو غير معين، فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ما صح لأهلها، فإن كان من غير صنف أهل ذلك المحبس فلا يجوز له. وكذلك عارية بيت للسكنى من بعض أهل المحبس، فإن كان المستعير من أهل ذلك المحبس جاز وإلا لم يجز لوجهين: لفقدان شرط التحبيس عادة والتصرف في المنفعة بالهبة وهو لم يؤذن له في نفسه فقط. ووقعت هذه المسألة بالديار المصرية. فسئلت عن المسألة فأجبت بمنع عاريتها، ثم إنني فعلت ذلك استعرت بيتاً في مدرسة شيخون وآخر في الناصرية فتعقب ذلك

(١) رواه البخاري في كتاب الإجارة، باب ١٤. أبو داود في كتاب الأقضية باب ١٢.

من فعلي ما ذكره فأجبت بما قال شيخنا فسلم ذلك لي انتهى. وذكره أيضاً قبل هذا في مسائل الشركة وذكر ذلك مع مسألة النزول في الوظائف.

الرابع: قال في المسائل الملقوطة: سئل الشيخ تقي الدين: إذا وقف كتاب على عامة المسلمين وشرط أن لا يعار إلا برهن، فهل يصح هذا الرهن أم لا؟ فأجاب: لا يصح هذا الرهن لأنها غير مأمونة في يد موقوف عليه، ولا يقال لها عارية أيضاً بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف مستحقاً للانتفاع فيده عليها يد أمانة، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد، ويكون في يد الخازن للكتب أمانة لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها والرهن أمانة. هذا إذا أريد الرهن الشرعي، وأما إن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكراً فيصح الشرط لأنه غرض صحيح، وأما إذا لم يعلم مراد الواقف فيحتمل أن يقال بالبطلان بالشرط حملاً على المعنى الشرعي، ويحتمل أن يقال بالصحة حملاً على المعنى وهو الأقرب لصحته انتهى.

الخامس: إذا خص مسجداً بمعينين فقال في أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام فيمن بنى مسجداً وشرط في وقفه أن لا يتولاه إلا مالكي المذهب مثلاً، فهل يجب اتباع شرطه وتكون ولاية من خالفه باطلة أم لا؟ وإذا وجب اتباعه وتولاه من هو على شرطه ثم انتقل إلى مذهب آخر، هل تفسخ ولايته أم لا؟ وإذا لم يتحقق هذا الشرط من الواقف ولكن الغالب على أهل ذلك البلد اتباع مذهب كأهل الإسكندرية ومصر، فهل ينتزل هذا منزلة الشرط، وما حكم الائتمام بهذا الإمام؟ فأجاب: إن وقف الواقف على مذهب معين لم يجز أن يتناوله غيره، وإن خص المسجد بمعينين لم يختص بهم، وإذا غلب في بعض البلاد مذهب على أئمة المساجد بحيث لا يكون فيها غيره حمل الوقف على ذلك ولا يستحقه من ينتقل عن مذهبه إلى مذهب آخر، وإن كان هذا الإمام معتقداً لجواز ما يتناول ذلك فلا بأس بالائتمام به، وإن كان يعتقد تحريمه فالائتمام به اقتداءً بفاسق والله أعلم.

السادس: قال في المسائل الملقوطة: من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة فاستتاب فيها غيره ولم يباشر الوظيفة بنفسه فإنه لا يجوز له تناول الأجرة ولا لنائبه لأنه لم يباشر الوظيفة بنفسه، وما عين له الناظر لا يستحقه إلا بمباشرة بنفسه ولا عين الناظر النائب في الوظيفة فما تناوله حرام. قاله الشيخ جمال الدين الأفهسي المالكي. انتهى يعني استتاب فيها في غير أوقات الأعدار، وأما إذا استتاب في أيام العذر له تناول ريع الوقف وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الربيع، ونقله القرافي في الفرق الخامس عشر والمائة والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل البيوع: سألت شيخنا الفقيه الإمام رحمه الله، هل يجوز أن يأتي بوظيفة القراءة التي عليه في الصلاة؟ فقال: لكنه جعله إجارة انتهى. ص: (أو ناظر) ش: قال ابن عرفة: والنظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. المتيطي: يجعله لمن يثق به في دينه فإن

غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سداداً على حسب اجتهاده انتهى.

قلت: قوله «فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم» هذا والله أعلم إذا لم يكن المحبس عليه معيناً مالكاً أمر نفسه، وأما إن كان مالكاً أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحداً فهو الذي يجوز ويتولاه، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب وشرط الوقف حوزة صريح في ذلك، وانظر مسألة رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ففيها إشارة إلى ذلك، وذكر فيها أن الناظر على الحبس إذا كان سيء النظر غير مأمون فإن القاضي يعزله إلا أن يكون المحبس عليه مالكاً أمر نفسه ويرضى به ويستمر. وفي رسم استأذن من سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر قال فيها: إنه لا يوصي بالنظر عند موته ولكن إن كان المحبس حياً كان النظر له فيمن يقدمه. وإن كان مات فإن كان المحبس عليهم كباراً أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم وإلا قدم السلطان بنظره، وإن كان للمحبس وصي كان النظر له إلا أن يكون المحبس قال لمن ولاه إذا حدث بك الموت فأسنده إلى من شئت فإنه يسنده لمن شاء، وإن أوصى وصياً على ماله وعلى من كان في حجره كان له النظر في الحبس والله أعلم. وفي سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كباراً تولوا حبسهم بأنفسهم. وفي أحكام ابن سهل ما يدل على ذلك في مسألة كراء الأحباس مدة طويلة وهي في آخر ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة، وفي مسألة الدار المحبسة على رجلين أكرها أحدهما. وانظر النوادر في ترجمة الحبس يزداد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة.

تنبيهات: الأول: قال في النوادر: ومن المجموعة قال: قال ابن كنانة فيمن حبس حبساً وجعل امرأته تليه وتقسمه بين بنيتها بقدر حاجتهم فكانت تلي ذلك فماتت قال: يلي ذلك من ورثتها أهل حسن الرأي منهم. انتهى من ترجمة جامع مسائل مختلفة من الأحباس والعمرى والخدمة. وهذا لعله في بلد ليس فيه حاكم أو فيه ولا يصل إليه ولا يلتفت للنظر في الأحباس أو يكون نظره فيها سبباً لهلاكها وضيعتها والله أعلم. ثم قال بعد ذلك في ترجمة حوز الأب على من يولى عليه: ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم: وإذا حبس على أولاده الكبار والصغار حبساً ووكل من يقوم به فذلك له، فإن بلغوا كلهم فأرادوا القيام بالحبس فليس لهم ذلك لأنه لم يرض بهم والوكيل يقوم بحاله. قال محمد: ولو لم يكن فيهم كبير يوم وكل فلهم إذا كبروا قبض حبسهم، فأما إن كان فيهم كبير فهو بمنزلة أن لو كانوا كباراً كلهم يومئذ انتهى. وما قاله محمد إذا كانوا صغاراً كلهم ووكل عليهم أن لهم إذا كبروا قبض حبسهم إنما يكون ذلك والله أعلم إذا فهم أن ذلك مراد المحبس أو صرح بذلك وإلا فالظاهر أنه لا

ينزع من الناظر ما كان بيده. ثم قال: قال ابن القاسم: فإن مات الوكيل فليس له أن يوصي به إلى غيره إلا أن يكون جعل ذلك الأب إليه، قال أصبغ: وليرجع القيام بذلك إلى المحبس أو وصيه. انتهى فتأمل.

الثاني: علم من كلام ابن القاسم أن الواقف إذا جعل النظر لشخص فليس للناظر أن يوصي بالنظر لأحد غيره إلا أن يجعله له الواقف، وقد تقدم ذلك أيضاً في مسألة رسم استأذن من سماع عيسى وأنه ليس له أن يوصي به إلا أن يقول له اجعله لي من شئت. ويؤخذ ذلك أيضاً مما نقله في التوضيح في باب الأقضية كل من ملك حقاً على وجه يملك معه عزله فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو مفوضاً وخليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك انتهى.

الثالث: لو غاب الناظر في بلدة بعيدة واحتاج المحبس إلى من ينظر في بعض شأنه، فهل للقاضي أن ينظر في ذلك أو يوقف الأمر حتى يأتي الغائب؟ الظاهر أن للقاضي أن ينظر في ذلك ويمضي ما فعله في غيبة الناظر، وليس للناظر إبطال ما فعله القاضي في غيبته، ولم أر في ذلك نصاً إلا فتياً وجدت منسوبة لبعض المالكية يسمى علي بن الجلال وصورتهما: ما تقول السادات العلماء في درس بمكة به مدرس وطلبة وناظر وقفه غائب بالقاهرة فشغرت وظيفة طلب بالدرس المذكور بحكم وفاة من كان بها، فولّى قاضي مكة تلك الوظيفة شخصاً لغيبه الناظر على الوقف المذكور بالقاهرة أو غيرها من البلاد الشاسعة، فهل تصح توليته أم لا؟ وإذا صححت التولية فهل للناظر بعد أن بلغه تولية القاضي المذكور أن يولي شخصاً آخر خلاف من ولاه القاضي معتقداً أن القاضي لا نظر له أو ليس له ذلك؟ فأجاب: ولاية قاضي مكة للشخص المذكور الوظيفة عند غيبة الناظر للمدرسة الغيبة البعيدة وشغور الوظيفة عن من كان بها بموته صحيحة واقعة بمحلها لأنه ولي من لا ولي له كالمرأة إذا غاب وليها واحتاجت إلى التزويج فليس للناظر إبطال ما وقع من توليه الحاكم والحالة هذه والله أعلم. وكتبه علي بن الجلال المالكي، وأجاب بمثل ذلك الشافعية والحنيفة والحنابلة. وأجاب سراج الدين عمر البلقيني الشافعي بما نصه: نعم يصح تولية القاضي الوظيفة لمن ذكر، وليس للناظر أن يولي شخصاً آخر خلاف من ولاه القاضي والاعتقاد المذكور غير صحيح. وأجاب الشيخ إبراهيم الأنباري الشافعي بما أجاب به البلقيني، وكذا أجاب كل من الشيخ محمد بن أحمد السعودي الحنفي والشيخ عبد المنعم البغدادي الحنبلي بمثل ذلك والله أعلم. وبذلك أيضاً أفتى بعض أهل العصر وقال: للقاضي أن يقرر في ذلك وينظر، واحتج بأن أصل مذهب مالك القضاء على الغائب في سائر الحقوق إذا كانت غيبته بعيدة وبأن من يريد التقرير مثلاً في الوظيفة في الوقف له شبه الحق على الناظر في وجوب إنفاذ أمر الواقف وعدم تعطيل وقفه، فإذا عين القاضي المذكور من هو أهل لها كان كحكمه عليه فيما يدعي به، وقد قال أهل المذهب فيما إذا ادعى على غائب بدين ساغ للحاكم أن يبيع دار الغائب لقضاء الدين، ثم إذا قدم الغائب ببراءة أو بما

يترك عنه الحق أن البيع ماض ويتبع بالثمن من أخذه، فإذا مضى حكم القاضي على الغائب فيما هو ملك له شرعاً، فأحرى أن يمضي التقرير في الوظيفة المذكورة إذ ليس ملكاً له، ويشهد لذلك أنه إذا غاب ولي المرأة زوجها الحاكم، وبما قاله أيضاً في ترجمة القضاء على الغائب من النوادر ونصه: قال عبد الملك: إذا كان الغائب صغيراً لم يضرب له أجلاً لأنه لو حضر لم يكن يدافع عن نفسه ولا أخذ لها ولكن إن كان في ولاية أحد غائب ضرب لوليه أجلاً، وإن حضر خاصم عنه، وإن لم يحضر حكم عليه وأشهد، وإن لم يكن عليه ولي فليول عليه الحاكم ولياً يكون ولياً له في هذه الخصومة وغيرها، ثم يحكم عليه وليه له ولا يخصه بالولاية في هذه الخصومة فقط فيكون قد نصب له وكيلاً يخاصم عنه وهذا لا يكون. انتهى كلام المفتي. وقوله «وإن لم يحضر حكم عليه وأشهد» لم أرها في النوادر ورأيتها بخط المفتي مزادة في الهامش والله أعلم. ويبقى هنا مسألة وهي لو جعل الواقف النظر في ذلك لشخص غائب عن البلد وإقامته إنما هي في بلدة أخرى ولا يمكن أن يأتي إلى بلد الواقف كما لو جعل النظر في حبسه الذي بمكة لمن كان سلطاناً بمصر، فالظاهر هنا أنه ليس للقاضي أن ينظر في ذلك ويوقف الأمر إلى أن يعلم ما يأمر به الناظر فتأمله والله أعلم.

الرابع: قال ابن عرفة: لو قدم المحبس من رأى لذلك أهلاً فله عزله واستبداله. سمع ابن القاسم: من حبس على بنات له وقد بلغن فخرن أموالهنّ وكان عمهنّ يلي حبسهنّ فاتهمنه في غلتهنّ وطلب بعضهنّ أن يوكل لحقه، فإن كان حسن النظر لم يكن له ذلك، وإن كان على غير ذلك جعل معه من يوكله بذلك. ابن رشد: معناه أن العم قدمه المحبس ولو كان بتقديهنّ له لكان لمن شاء منهنّ توكيل غيره على حقها ولم يكن للسلطان في ذلك نظر. وقوله «إن كان على غير ذلك» يريد سبب النظر أو غير مأمون وإنما رأى أن توكل لحقها ولم تعزله لأنه رضيه بعضهنّ ولو لم ترضه واحدة منهنّ لعزله القاضي عنهنّ ولو كن غير مالكات لأنفسهنّ لوجب تقديم السلطان غيره. وقال ابن دحون: لو اتهمه جميعهنّ لكان لهنّ عزله وإنما بقي لأنهنّ اختلفن في تهمته وفي قوله نظر.

قلت: قول ابن دحون هو معنى متقدم قول ابن رشد فتأمله. ونزلت في حبس حبسته حرة أخت أمير بلدنا وجعلته بيد شيخنا ابن عبد السلام على أنه يدرس به ثم نقلته لشيخنا ابن سلامة فقبله وشهد في العزل والتولية جميع الشهود الذين كانوا حينئذ منتصبين للشهادة وعللوا ذلك بالتفريط اهـ. ولكن في استدلاله بالمسألة المذكورة لذلك نظر لا يخفى فتأمله. وقال البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر قال: ذلك جائز وينزل منزلته. قيل له: فلو أراد العودة في نظره؟ قال: ليس له ذلك وقد تخلى منه إلى الذي وكله.

قلت: يؤخذ من هذا أن من حبس شيئاً وجعله على يد غيره ثم أراد عزله فليس له ذلك إلا بموجب يظهر كالقاضي إذا قدم أحداً. ونزلت بشيخنا الإمام وكان يقدم على أحبسه من يستحسنه ويعزل من يظهر له عزله وهو عندي صواب. لأن نظر المحبس أقوى من نظر القاضي في حبسه فلا يتصور عليه فيه ما دام حياً كما له التقديم في حياته وبعد مماته من غير أن ينظر عليه أحد من قاض أو غيره انتهى والله أعلم.

الخامس: قال ابن عرفة ابن فتوح: للقاضي تقديم من ينظر في أحباس المسلمين ولا يرتفع تقديمه بموته ويرتفع برفعه من ولي بعده انتهى. قال البرزلي: وفي الوثائق المجموعة: إذا قدم القاضي أحداً على الحبس فلا يعزله من جاء بعده إلا بموجب لأنه كحكمه في القضايا انتهى.

السادس: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: للقاضي أن يجعل لمن قدمه للنظر في الأحباس رزقاً معلوماً في كل شهر باجتهاده في قدر ذلك بحسب عمله وفعله الأئمة. ابن عتاب عن المشاور: لا يكون أجره إلا من بيت المال، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها فأجره على الله. وإنما لم يجعل له فيها شيء لأنه تغيير للوصايا، وبمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال: لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أن يحمل على من حبس. وخالفه عبد الحق وابن عطية وقال: ذلك جائز لا أعلم فيه نص خلاف انتهى. ونقل البرزلي كلام عبد الحق وابن عطية والله أعلم.

السابع: قال البرزلي: وسئل السيوري عن إمام مسجد ومؤذنه ومتولي جميع أموره قام عليه محتسب بعد أعوام في غلة حوانيت له وقال فضلت فضلة عما أنفقت وقال لم يفضل شيء، فقال له بين للقاضي صفة الخروج. فقال: لا يجب علي ذلك ولو علمت أنه يجب علي ما توليته ولا قمت به ولا يوجد من يقوم به إلا هو ولولا هو لضاع، هل يقبل قوله أم لا؟ فأجاب: القول قوله فيما زعم أنه أخرجه إذا كان يشبه ما قال. البرزلي: وهذا إذا لم يشترط عليه دخلاً ولا خرجاً إلا بإشهاد انتهى.

الثامن: قال في النوادر: القائم بالحبس إذا قال أعرها من مالي ثم قال إنما عمرتها من الغلة جاز. قال: فإن قال من الغلة أنفقت فقد أنفذ الوصية، وإن قال من مالي عمرتها حلف ورجع بذلك في الغلة ولا يضره قوله أعرتها من مالي انتهى. ويفهم منه أن للقائم على الحبس أن يستقرض عليه ويعمره والله أعلم.

التاسع: لا يجوز للقاضي ولا للناظر التصرف إلا على وجه النظر، ولا يجوز على غير

من يقتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سداداً على حسب اجتهاده. ابن عرفة: فلو قدم المحبس

أَوْ تَبْدِئَةَ فَلَانٍ بِكَذَا، وَإِنْ مِنْ غَلَّةٍ ثَانِي عَامٍ، إِنْ لَمْ تَقُلْ مِنْ غَلَّةٍ كُلِّ عَامٍ أَوْ أَنْ مِنْ أَحْتَاَجٍ مِنْ الْمُحْبِسِ عَلَيْهِ بَاعٌ،

ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يجعل بيد الناظر التصرف كيف شاء. وتقدم كلام البرزلي في آخر الإقرار عند قوله «وإن أبرأ فلاناً» ص: (أو تبدئة فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام) ش: تصوره واضح وكلامه شامل لما فرضه في المدونة من تبدئة فلان من غلة ثاني عام، ولما فرضه المتيطي من تبدئته من غلة العام الماضي إن كان بقي منها شيء والغلة والمبالغة بأن في قوله «وإن من غلة ثاني عام» ترشد لذلك فتأمله. قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن أوصى لرجل بدينار من غلة داره كل سنة، أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام والثالث يحمل الدار أو الحائط، فأخذ ذلك عاماً ثم بار ذلك أعواماً، فللموصى له أخذ وصية كل عام ما بقي من غلة العام الأول شيء فإن لم يبق منه شيء، فإذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضى ولم يأخذ منه شيئاً. ولو أكرروا الدار في أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا ديناراً كان ذلك للموصى له لأن كراء الدار لا شيء للورثة منه إلا بعد أخذ الموصى له منه وصيته، وكذلك غلة الجنان أو غيره. ولو قال أعطوه من غلة كل سنة خمسة أوسق أو من كراء كل سنة ديناراً لم يكن له أن يأخذ غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل، ولو أكرت الدار أول عام بأقل من دينار أو جاءت النخل بأقل من خمسة أوسق لم يرجع بتمام ذلك في عام بعده انتهى. ولو طلب أن يوقف له من غلة العام الأول شيء أو يعطاه في الصورة الأولى، فهل يجاب إلى ذلك في الصورة الأولى؟ قال اللخمي: وإن اغتلت أول سنة عشرة دنانير وأخذ ديناراً وبقي تسعة نظر في ذلك، فإن كانت الدار مأمونة أنها لا تبور أو إن بارت تأتي كل سنة بأكثر من دينار أخذ الورثة هذه التسعة، وإن كان يخشى أن لا تأتي بذلك وقف منها ما يخاف أن لا يأتي به إلا أن يكون الوارث مأموناً غير ملد ولا ممتنع ورضي أن يأخذها في ذمته فيكون أحق بها لأن له فيها شبهة الملك والوقف غير مفيد للموصى له انتهى. ص: (أو أن من

من رآه لذلك أهلاً فله عزله واستبداله (أو تبدئه فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام) المتيطي: إذا شرط المحبس في حبسه أن ينفق من غلته على فلان كذا في كل عام أو يخرج منه كذا ربعا من زيت لمسجد كذا، أو شرط ذلك لنفسه حياته جاز إن كان المستثنى أقل من الثلث وإلا بطل المحبس إن كان هو الحائز على من يلي، وإن كان الحائز من قبض لنفسه بطل ما وقع فيه الشرط انتهى. وانظر فرق بين أن يقول يجري من غلة حبسي على فلان كل عام كذا وكذا، وبين أن يجري على فلان من غلة كل عام كذا وكذا، ففي الوجه الواحد يقول إن لم يكن في هذا العام غلة أخذ مثل ذلك من العام الآخر، وفي الوجه الآخر لا شيء له (أو أن من احتاج إليه من المحبس عليه باع) تقدم نص ابن شاس بهذا عند قوله «ولا التأيد». وفي كتاب ابن المواز قال مالك:

وإن تسوّر عليه قاضٍ أو غيره رجّع له أو لوارثه: كعلى ولدي، ولا ولد له، لا بشرطٍ إصلاحه على مُستحقّه: كأرضٍ موظفة، إلا من غلتها على الأصح، أو عدم بدءٍ بإصلاحه، أو بتفقيته. وأُخرج السّاكن

احتاج إليه من المحبس عليه باع وإن تسور عليه قاض أو غيره رجع له أو لوارثه) ش: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب «والوقف لازم ولو قال لي الخيار» ما نصه: قد قال جماعة إن المحبس إذا شرط في حبسه أنه إن ذهب قاض أو غيره إلى التسور على حبسه أو النظر فيه فجميع حبسه راجع إليه إن كان حياً أو إلى ورثته أو صدقة لفلان إن له شرطه. وكذلك قالوا: إذا شرط إن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط، ولزم المحبس عليه إثبات حاجته واليمين على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات انتهى. وقال البرزلي: قال في الوثائق

من حبس داره على ولده وقال في حبسه إن احتاجوا أو اجتمع ملؤهم على بيعها باعوها واقتسموا الثمن بينهم بالسواء ذكورهم وإناثهم فهلكوا جميعاً إلا واحداً فأراد بيعها فقال مالك: ذلك له ولا حق فيها لأحد من ولد بنات المحبس إن طلبوا ميراثهم. وقال ابن القاسم، لأنه بتلها خاصة في صحته فليس لسواهم من ورثة أبيهم فيها حق (وإن تسور عليه قاض أو غيره رجع له أو لورثته) المتيطي: إن شرط المحبس في حبسه أنه إن نظر قاض أو غيره في حبسه هذا فجميعه راجع إليه إن كان حياً، أو لورثته إن كان ميتاً، أو صدقة بتلة على فلان فله شرطه (كعلى ولدي ولا ولد له) ابن المواز قال مالك: من حبس على ولده ولا ولد له فله أن يبيع، فإن ولد له فلا بيع. وقال ابن القاسم: ليس له أن يبيع حتى يؤيس له من الولد، وأما إن مات الأب قبل أن يولد له فلا حبس ويصير ميراثاً (لا بشرط إصلاحه على مستحقه) من المدونة قال ابن القاسم: من حبس داراً على رجل وولده وولد ولده، واشترط على الذي حبس عليه إصلاح ما يرث منها من ماله لم يجز وهذا كراء مجهول، ولكن يمضي ذلك وتكون مرمتها من غلتها لأنها فاتت في سبيل الله فلا يشبه البيوع. وقد قال مالك: إن حبس على رجل فرساً واشترط عليه نفقته سنة أو سنتين ثم هو له ملك بعد الأجل أنه لا خير فيه إذ قد يهلك قبل تمام السنتين فيذهب علفه باطلاً (كأرض موظفة إلا من غلتها على الأصح) للمتيطي في هذا كلام طويل ومنه: إذا تصدق على مساكين أو مسجد بملك موظف نظر القاضي في ذلك، فإن كان قبوله بوظيفة نظراً للمسجد أو للمساكين قبله وأمضى الحبس أو الصدقة وإلا فسخ ذلك ورد على صاحبه، وكذلك الأب فيما تصدق به كذلك على ولده. راجع كتاب الصدقة من المتيطي (أو عدم بدء بإصلاحه) تقدم قول ابن شعبان: شرط الواقف البداءة بمنافع الموقوف عليه على إصلاحه باطل. انظر عند قوله «واتبع شرطه» (ونفقة) انظر أنت ما المراد بهذا؟ هل هو يعني ما تقدم من قبل قوله «فإن رد فكمنقطع» وقد تقدم أن من دفع فرساً لمن يغزو عليه سنتين وينفق عليه فيهما ثم هو له ملك أنه لا خير فيه (وأخرج الساكن

المَوْقُوفُ عَلَيْهِ لِلسُّكْنَى، إِنْ لَمْ يُضْلِحْ لِتُكْرَى لَهُ، وَأَنْفَقَ فِي فَرَسٍ لِكَعْرُؤٍ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ عُدِمَ: بَيْعٌ، وَعَوْضٌ بِهِ سِلَاحٌ: كَمَا لَوْ كَلَبَ، وَبَيْعٌ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ عَقَارٍ فِي مِثْلِهِ، أَوْ شِقْصِهِ. كَأَنَّ أَتْلَفَ، وَفَضْلُ الذُّكُورِ وَمَا كَبَرَ مِنَ الْإِنَاثِ فِي إِنْثِ،

المجموعة: إذا لم يقل يصدق فعليه إثبات الحاجة ويحلف أنه لا مال له باطن يكتمه ولا ظاهر يعلمه فحينئذ يبيعه انتهى. وقال المتيطي: فإن شرط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق وينفذ الشرط، ومن ادعى منهم حاجة ولم يثبت غناه انطلق يده على بيعه انتهى. والمسألة الأولى في كلام المؤلف هنا الثانية في كلام التوضيح، وأصلها في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. قال: سئل مالك عن رجل جعل داراً له حبساً صدقة على ولده لا تباع إلا أن يحتاجوا إلى بيعها، فإن احتاجوا إليها

الموقوف عليه للسكنى إن لم يصلح لتكرى له) اللخمي: النفقة على الحبس ستة أقسام: قسم نفقته من غلته إن كان على مجهول أو على المحبس عليه إن كان على معين وذلك ديار الغلة والحوائط والفنادق ونفقتها إن احتاجت إلى إصلاح من غلتها، وإن كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج فتكري بما تصلح به ثم يعود (وأنفق في كفرس لغزو من بيت المال فإن عدم بيع وعوض به سلاح) اللخمي: وقسم لا ينفق عليه من غلته كان على معين أو مجهول وذلك الخيل لا تؤاجر في النفقة، فإن كانت حبساً في السبيل فمن بيت المال، وإن لم يكن يبيعت ويشتري بالثمن ما لا يحتاج إلى نفقته كالسلاح والدروع، وإن كانت حبساً على معين أنفق عليها فإن قبلها على ذلك وإلا فلا شيء له (كما لو كلب) من المدونة قال مالك: ما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله حتى لا يكون فيه قوة على الغزو يبيعت واشتري بثمنها ما ينتفع به من الخيل فيجعل في السبيل. قال ابن القاسم: فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك في ثمن فرس. قال ابن وهب عن مالك: وكذلك الفرس يكلب ويخبث. قال ابن القاسم: وما بلي من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة يبيعت واشتري بثمنها ثياب ينتفع بها فإن لم تبلغ تصدق به في السبيل (وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو شقصه) ابن شاس: روى ابن القاسم: ما سوى العقار إذا ذهبت منفعته التي وقف لها كالفرس يكلب أو يهرم بحيث لا ينتفع به فيها. وقوله «أو الثوب يخلق» بحيث لا ينتفع به في الوجه الذي وقف له وشبه ذلك أنه يجوز بيعه ويصرف ثمنه في مثله ويجعل مكانه، فإن لم يصل إلى كامل من جنسه جعل في شقص من مثله انظر عند قوله «كما لو كلب» (كأن أتلف) ابن شاس: من هدم حبساً من أهل الحبس أو من غيرهم فعليه أن يرد البنيان كما كان ولا تؤخذ منه القيمة، وأما إن قتل حيواناً وقف كالعبد والدابة أخذت منه القيمة فاشترى بها مثله وجعل وقفاً مكانه، فإن لم يوجد مثله فشقص من مثله. ابن عرفة: ظاهر المدونة أن الواجب في الهدم القيمة مطلقاً. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «واتبع شرطه» (وفضل الذكور وما كبر من الإناث في إناث) ابن عرفة: ولد الحيوان المحبس

لَا عَقَارَ وَإِنْ خَرَبَ، وَنَقْضٌ

واجتمع ملوهم على ذلك باعوا فاققسموا ثمنها، الذكر والأنثى فيه سواء. فهلكوا جميعاً إلا رجلاً منهم فأراد بيعها إذ ذلك له وقد احتاج إلى بيعها. قال: نعم فقيل له: إن امرأة ثم وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع وهي من بنات المحبس قالت إن بعث فأنا آخذ

مثله سمع ابن القاسم ما ولدت بقرات حبست يقسم لبنها في المساكين من أنثى حبست معها ويحبس ولدها الذكر لنزوها، وما فضل من ذكورها وما كبرت من أنثى فذهب لبنها بيعاً ورد ثمنها في إناث أو في علوفتها. ابن رشد: وهذا قول المدونة ما ضعف من دواب حبس السبيل أو بلي من ثيابه فذهبت منفعتة بيع ورد من ثمن الدواب في خيل، فإن لم تبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون أعين به في ثمن فرس ورد ثمن الثياب في ثياب، فإن قصر من ثمن ما ينتفع به فرق في السبيل (لا عقار وإن خرب) ابن عرفة من المدونة وغيرها: يمنع بيع ما خرب من ربع الحبس مطلقاً. قال ابن الجهم: إنما لم يبيع الربع المحبس إذا خرب لأنه يجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان. ابن رشد: وفيها لريعة أن الإمام يبيع الربع إذا رأى ذلك لخراجه وهو إحدى روايتي أبي الفرج عن مالك اه من ابن عرفة ثم قال: في جواز المناقلة لربع غير خرب قولاً الشيخ في رسالته وابن شعبان. وعبارة الرسالة: ولا يباع الحبس وإن خرب ثم قال: واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب. وقال ابن رشد: إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبساً مكانها ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطة في ذلك للعوض عنه ويسجل ذلك ويشهد به اه. وانظر من عهد ببال ليشتري به ملك فيحبس ليس هذا الحبس كمن يشتري ملكاً لنفسه فحبسه، لأن هذا إنما اشترى الحبس للإيضاء إليه بذلك فلم ينتقل الملك عما كان عليه، وتحييسه إنما هو إعلام فإنه إنما اشترى من مال الموصي على ما أوصى به إليه، هكذا في نوازل عياض عن ابن رشد. وانظر أيضاً من باب بيع ما اشترى من وفر فوائد أحباس المساجد إذا احتيج لبيعه، وانظر في النوازل المذكورة قد ذكر عن ابن الحاجب ما يعارض هذا (ونقض) الزاهي: لا يباع نقض المحبس، وأجاز بعض أصحابنا بيعه ولا أقوله. وفي الطرر عن ابن عبد الغفور: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك، وتوقيفه لها إن رجي عمارتها أمثل، وإن لم يرج عمارتها بيع وأعين بثمانها في غيره أو صرف النقض إلى غيره وحكى عن أحمد أنه إن فقد أهل المسجد ولم ترج له عمارة أنه يباع أصله وينفق في أقرب المساجد إليه، وهو شبيه بما قيل في الفرس المحبس يكلب، ويذكر عن ابن مزين أنه يؤخذ نقضه وينتفع به في سائر المساجد ويترك ما يكون علماً له لئلا يدرس أثره. ونحوه حكى ابن حبيب عن غير ابن القاسم. قال الموثق: جرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه، وكذلك قال المشاور في شقص محبس على المساكين أو غيرهم أنه يباع الجميع ويشتري ما يقع منه للحبس مثل ما يبيع فيه فيكون صدقة محبسة مسبلة كما سبلها

وَلَوْ بَغِيرِ خَرِبٍ إِلَّا لِتَوْسِيعٍ: كَمَسْجِدٍ، وَلَوْ جَبْرًا،

ميراثي من أمي. قال: لا أرى لها في ذلك شيئاً. قال ابن القاسم: ولو اجتمع ملؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء لأنها صدقة حازوها، وليست ترجع بما يرجع المواريث إلى عصبه الذي تصدق بها. ابن رشد: قوله: «إلا أن يحتاجوا إلى بيعها» يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حظه منها قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم فيكون لهم ويطلق الحبس فيه ويكون ثمنه مالاً من ماله، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالاً من مالهم على قدر حقهم في الحبس قلو أو كثروا، فإن لم يبق إلا واحد فاحتاج فله الثمن كله ويطلق الحبس في الجميع بشرط المحبس، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حقه إلا أنه إنما مات عن حبس لا يورث عنه ويرجع إلى من معه في الحبس ولا يورث شيء منه عن محبس انتهى.

فروع الأول: قال في المتبعية: وإذا قدم المحبس رجلاً على الحوز لبنيه الصغار وجعل له البيع عليهم إن احتاجوا فأجاز ذلك أحمد. ابن بقي: وقال ابن لبابة ومحمد بن القاسم: ليس للمقدم بيع الحبس حتى يثبت عند القاضي العذر الذي له يبيع والسداد في الثمن وليس الوكيل كالمحبس عليه انتهى.

صاحبها. قال: وبه العمل. قال: وهي في الواضحة منصوصة. وأفتى ابن عرفة في جوامع خربت وأيس من عمارتها برفع أنقاضها إلى مساجد عامرة احتاجت إليها (ولو بغير خرب) قد تقدم نص المدونة: لا يباع الحبس وإن خرب واختلف في المعاوضة به وكذلك نقلها ابن عرفة مسألتين. وكذلك خليل (إلا لتوسيع كمسجد) سحنون: لم يجز أصحابنا بيع الحبس بحال إلا داراً بجوار مسجد احتيج أن يضاف إليها ليتوسع بها فأجازوا بيع ذلك ويشترى بثمنها دار تكون حبساً، وقد أدخل في مسجد النبي ﷺ دور محبسة كانت تليه. ابن رشد: ظاهر سماع ابن القاسم أن ذلك جائز في كل مسجد كقول سحنون. وفي النوادر عن مالك والأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم أن ذلك إنما يجوز في مساجد الجوامع إن احتيج إلى ذلك ولا في مساجد الجماعات إذ ليست الضرورة فيها كالجوامع. وعن عبد الملك: لا بأس ببيع الدار المحبسة وغيرها، ويكره الناس السلطان على بيعها إذا احتاج الناس إليها لجامعهم الذي فيه الخطبة، وكذلك الطريق إليها لا إلى المساجد الذي لا خطبة فيها والطرق التي في القبائل لا قوام. قال مطرف: وإذا كان النهر بجانب طريق عظمى من طرق المسلمين التي يسلك عليها العامة فحفرها حتى قطعها، فإن أهل تلك الأرض التي حولها يجبرون على بيع ما يوسع به الطريق (ولو جبراً) ابن رشد: واختلف متأخرو الشيوخ إن امتنعوا من البيع للمسجد فقال أكثرهم: تؤخذ منهم بالقيمة جبراً وهو الآتي على سماع ابن القاسم أنه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى

وَأَمْرُوا بِجَعْلِ ثَمَنِهِ لِغَيْرِهِ وَمَنْ هَدَمَ وَقْفًا. فَعَلَيْهِ إِعَادَتُهُ، وَتَنَاوَلَ الذَّرِيَّةُ، وَوَلَدَ فُلَانٍ وَفُلَانَةَ، أَوْ الذُّكُورَ وَالْإِنَاثَ وَأَوْلَادَهُمُ الْخَافِدَ،

الثاني: قال البرزلي: قال مالك فيمن حبس على ولده حبساً وشرط لهم إن احتاجوا باعوا ذلك فلاحقهم دين، أن لأصحاب الدين بيع الحبس من أجل ما شرطه المحبس لهم من البيع عند حاجتهم انتهى. والمسألة في العتبية في رسم أخذ يشرب خمرأ من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس. سئل مالك عن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس وكتب لهما في كتاب صدقته إن شاءتا باعنا وإن شاءتا أمسكتنا، فرهق ابنتيه دين كثير داينتا به الناس فقام عليهما الغرماء وقالوا نحن بيع الدار قد كتب أبوكما في صدقته إن شئتما بعتما وإن شئتما أمسكتما. قال مالك: صدقوا في ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا. قال ابن رشد: لمالك في كتاب ابن المواز خلاف قوله هذا أنه ليس للغرماء ذلك وهو الذي يأتي على ماله في كتاب التفليس من المدونة في الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال، أنه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها إياهم ولا لهم أن يأخذوا إلا أن يشاء هو أن يفعل ذلك انتهى. قال البرزلي بعد نقله المسألة: قلت: قد يفرق بينهما بأن منفعة الدار حاصلة الآن للديانة ورقبتها كذلك للحاجة إليها وقد انفك الحبس عنها ومال العبد الأصل أنه له حتى ينتزعه بدليل شرائه وهو يضاف للعبد لا للسيد بدليل جواز بيعه بحاله على المعروف، فالأصل بقاؤه على ملكه حتى يحدث فيه السيد حدثاً يدل على الانتزاع، ولا يخالف هذا الأصل مسألة النذور والأيمان على تأويل فيها وبعض مسائل العتق انتهى.

الثالث: تقدم عند قول المصنف: «واتبع شرطه» حكم ما إذا شرط المحبس أنه إن وجد في الحبس ثمن رغبة فقد أذنت في البيع وبيعت بثمانه ربعاً مثله ص: (وتناول الذرية وولدي فلان وفلانة الخ) ش: تصوره واضح.

ابن عرفة في هذا نظر انتهى. انظر قد ذكروا نظائر لهاتين المسألتين من انهارت بثره والماء لمن به عطش والمحتكر، ومثل جار الطريق جار الساقية، وكذلك العلق لعداء مسلم، والفرس يطلبه السلطان إن لم يدفع له جبر الناس، والقدان في قرب الجبل إذا احتاج الناس إليه لتخلصهم لأجل وعره. (وأمرؤا بجعل ثمنه في غيره) تقدم قول ابن عرفة «في قول ابن رشد نظره» وتقدم نص سحنون «ويشترى بثمانه داراً تكون حبساً» (ومن هدم وقفاً فعليه إعادته) تقدم هذا عند قوله «كأن أتلّف» (وتناول الذرية وولد فلان وفلانة أو الذكور والإناث وأولادهم الحفيد) أما الذرية فقال ابن رشد: اختلف الشيوخ في الذرية والنسل؛ فقيل إنهما بمنزلة العقب والولد لا يدخل فيه ولد البنات على مذهب مالك. وقيل: إنهم يدخلون فيها. وفرق ابن العطار فقال: النسل كالولد

لَا نَسْلِي، وَعَقْبِي، وَوَلَدِي، وَوَلَدِ وَلَدِي، وَأَوْلَادِي، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي، وَبَنِي وَبَنِي بَنِي،

مسألة: إذا حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل يدخلون؟ قال المشذالي في الوصايا الأول: قال الوانوغلي: لو حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل هذه المسألة كمسألة الشيوخ المشهورة في أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال جعلت النظر على ولدي فلان وفلان إلى فلان وفي أولاده من لم يسم، فهل الإيصاء قاصر على المسمين أو لا؟ فيه تنازع بين ابن زرب وغيره. فهل مسألة التحبيس مثلها أو لا؟ فقال بعض المشاركة: ليس مثلها لا يدخل في الحبس ويدخل في الإيصاء، والفرق بينهما أن الوصية بالأولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم وهو مظنة التعميم فالتسمية ليست للتخصيص، وأما في الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع ويجوز قصرها على بعض دون بعض فيصح أن يقال للتسمية أثر. قال المشذالي: قلت: وهذا فرق لا بأس به. قال الوانوغلي: وفي نوازل ابن رشد نحوه اهـ. ص: (وولدي وولد ولدي وأولادي وأولاد أولادي وبني وبني بني) ش: ينبغي أن يكون مراد المصنف أن الواقف إذا قال وقف على ولدي وولد ولدي أو قال على أولادي وأولاد أولادي أو قال على بني وبني بني، فإن الحفيد لا يتناوله

والعقب لا يدخل فيه ولد البنات بخلاف الذرية فتشمل ولد البنات اتفاقاً لقوله تعالى ﴿ومن ذريته داود﴾ إلى قوله تعالى ﴿وعيسى﴾ [الأنعام: ٨٤] وهو ولد بنت. ابن رشد: صحيح في أن ولد بنت الرجل من ذريته وكذا نقول في نسله وعقبه انتهى. وأما ولدي فلان وفلانة وأولادهم فقال ابن رشد: أما إذا قال حبست على ولدي ويسميهم بأسمائهم ذكورهم وإناتهم ثم يقال وعلى أولادهم، فإن ولد البنات يدخلون في ذلك على مذهب مالك وجميع أصحابه، وما روي عن ابن زرب فهو خطأ. وأما لفظ الذكور والإناث وأولادهم فقال ابن رشد: إذا قال حبست على أولادي ذكورهم وإناتهم ولم يسمهم بأسمائهم ثم قال وعلى أعقابهم، فالظاهر من مذهب مالك أن أولاد البنات يدخلون في ذلك كما لو سمي بخلاف إذا قال أولادي ولم يقل ذكورهم وإناتهم للعلة التي قدمنا من أن لفظ الأولاد لا يوقعه الناس إلا على الذكور دون الإناث (لا نسلي) قال ابن العطار النسل كالولد وجعل ابن رشد الخلاف فيه وفي الذرية واحداً فانظر أنت هذا (وعقبني وولدي) ابن رشد: لا فرق عند أحد من العلماء بين لفظ العقب والولد في المعنى. فإذا قال المحبس حبست على ولدي أو على أولادي ولم يزد على ذلك فيكون المحبس على أولاده ذرية الذكور والإناث وعلى أولاد بنيه الذكور دون الإناث، ولا يدخل في ذلك أولاد البنات على مذهب مالك للإجماع على أن ولد البنات لا ميراث لهم (وولد ولدي وأولادي وأولاد أولادي وبني وبني بني) ابن رشد: إذا قال حبست على ولدي وولد ولدي أو على أولادي وأولاد أولادي، فذهب جماعة من الشيوخ إلى أن ولد البنات يدخلون في ذلك وهو ظاهر اللفظ، وروى ابن وهب وابن عبدوس عن مالك أنه لا شيء

وَفِي عَلِيٍّ وَلَدِي وَوَلَدِهِمْ. قَوْلَانِ وَالْإِخْوَةُ الْأُنثَى، وَرِجَالُ إِخْوَتِي، وَنِسَاؤُهُمُ الصَّغِيرَ وَبَنِي أَبِي إِخْوَتَهُ الذُّكُورَ، وَأَوْلَادَهُمْ، وَالْيَ، وَأَهْلِي الْعَصْبَةِ، وَمَنْ لَوْ رُجِلَتْ عَصَبَتْ وَأَقَارِبِي أَقَارِبَ جِهَتِيهِ مُطْلَقًا؛ وَإِنْ نَضَرِي، وَمَوَالِيهِ الْمُعْتَقَ، وَوَلَدَهُ وَمُعْتَقَ أَبِيهِ وَابْنِهِ، وَقَوْمَهُ

هذا اللفظ. وليس مراده أن الواقف أنى بلفظة من الألفاظ الستة فقال وقف على ولدي أو قال على ولد ولدي أو قال على أولادي أو قال أولاد أولادي أو قال على بني أو قال: بني بني، فإنه يفوته التسمية على ما إذا جمع بين اللفظين والخلاف فيه قوي، فإن ابن العطار نص على أن أهل قرطبة كانوا يفتون بدخولهم قال: وقضى به محمد بن السليم بفتوى أهل زمانه. قال ابن رشد: وهو ظاهر اللفظ لأن الولد يقع على الذكر والأنثى. فإذا قال على ولدي أو على أولادي وولد ولدي فهو بمنزلة قوله على أولادي ذكورهم وإناتهم وعلى أعقابهم، وأما إذا قال وقف على ولدي وعلى أولادي فالمعروف من المذهب عدم دخولهم، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم إذا قال على ولد ولدي فقط فتأمله والله أعلم. ص: (وبني أبي إخوته الذكور وأولادهم) ش: يريد الإخوة الأشقاء والإخوة للأب ولا يدخل في ذلك الإخوة للأم، وكان المصنف اعتمد على أنه إذا لم يدخل في ذلك الأخوات الأشقاء والأخوات للأب مع أنهم

لولد البنات. انظر المقدمات فكأنه رشح أن لا شيء لولد البنات ثم قال: وأما لفظ «البنين» في قوله حبست على بني أو على بني وبنيتهم فالحكم في ذلك كالحكم في لفظ الولد والعقب (وفي ولدي وولدهم قولان) ابن رشد: وأما إذا قال حبست على ولدي وأولادهم، فروى ابن أبي زمنين لا يدخل أولاد البنات في هذا الحبس بهذا اللفظ ودخولهم به أبين وبه قضى ابن القاسم (والإخوة الأنثى) ابن شعبان: لفظ «إخوتي» يشمل إخوته ولو لأم فقط ذكورهم وإناتهم (ورجال إخوتي ونسائهم الصغار) ابن شعبان: لفظ رجال إخوتي ونسائهم يشمل أطفال ذكورهم وإناتهم (وبنو أبي إخوته الذكور وأولادهم) ابن الحاجب: ويتناول بنو أبي إخوته الذكور وأولادهم الذكور. ابن عرفة عن ابن شعبان: لفظ بنو أبي يشمل إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه فقط ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده ابن شاس: هذا يشعر أنه لا يرى دخول الإناث تحت قوله «بني» وهو خلاف ما تقدم في الرواية في لفظ البنين (وآلي وأهلي العصبية ومن لو رجلت لعصبت) ابن القاسم: الآل الأهل سواء وهم العصبية والبنات والعمات لا الخالة. الباجي: يريد العصبية ومن في عقدهم من النساء. ابن عرفة: فتدخل بنات العم (وأقاربي أقارب جهتيه مطلقاً وإن قصوا) مالك: من أوصى لأقاربه قسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد ولا يدخل في ذلك ولد البنات. قال عيسى: وينظر فيه على قدر ما يرى وينزل فرما لم يدع غير ولد البنات وولد الخالات. ابن يونس: يريد فيعطوا حينئذ. ابن القاسم: ولا يدخل الخال ولا الخالة ولا قرابته من قبل الأم إلا أن لا يكون له قرابة من قبل الأب (ومواليه المعتق وولده ومعتق أبيه وابنه) من المدونة: من أوصى بثلثة لموالي فلان وله موال أنعموا عليه وموال أنعم

عَصْبَتُهُ فَقَطْ، وَطِفْلٌ وَصَبِيٌّ، وَصَغِيرٌ مِنْ لَمْ يَتَلُغْ وَشَابٌ، وَحَدَّثَ لِلْأَرْبَعِينَ، وَإِلَّا، فَكَهْلٌ لِلسَّتَيْنِ، وَإِلَّا فَشَيْخٌ وَشَمِلَ الْأُنْثَى. كَالْأَرْمَلِ،

من أولاد أبيه، فأحرى الإخوة للأم لخروجهم بقوله بني أبي. وقوله «وأولادهم» يعني الذكور كما صرح به في الرواية.

تنبيه: زاد في الرواية أنه يدخل مع ذكور إخوته وأولادهم الذكور ذكور ولده لأنهم من ولد أبيه. قال في الجواهر: ولو قال على بني أبي دخل فيه إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه ومن كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولدهم انتهى. وقال ابن شعبان في الزاهي. ص: (ومواليه المعتقد) ش: ولم يتكلم رحمه الله على دخول المولى الأعلى، بل ظاهر كلامه أنه لا يدخل وهو كذلك إن لم يقد دليل على إرادته على مذهب المدونة. قال ابن عرفة. وفي دخول المولى الأعلى مع الأسفل إن لم يقد دليل على إرادة أحدهما فقط قولان لأشهب ونص وصاياها انتهى. ص: (وشمل الأنثى كالأرمل) ش: تصوره ظاهر. وسئلت عن وقف على من كان بمكة من فقراء الأندلس القاطنين بها، فهل يدخل

عليهم كان لمواليه الأسفلين دون الأعلى. قال مالك: وإن كان له موال من قبل أبيه وموال من قبل أمه وموال من قبل قرابة يوارثونه، فليبدأ بالأقرب فالأقرب دنية ويعطي الآخرون منه إن كان في المال سعة إلا أن يكون في الأبعد من هو أحوج من الأقارب فيؤثرون عليه ويبدأ أهل الحاجة أبعاد وغيرهم وما في ذلك أمر بين غير ما يستدل عليه من كلامه ويرى أنه أراد. ابن شاس: لفظ «الموالي» يشمل الذكور والإناث، واختلف فيمن يدخل معهم في الحبس، فروى أنه يدخل معهم موالى أبيه وموالى ابنه وموالى الموالى (وقومه عصبته فقط) ابن شعبان: لفظ القوم هو خاص بالرجال العصبية دون النساء لقوله تعالى ﴿لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ﴾ [الحجرات: ١١] وقال زهير: أقوم آل حصن أم نساء. ابن عرفة: وقبل هذا الباجي (وطفل وصبي وصغير ممن لم يبلغ منهم وشاب وحدث لأربعين وإلا فكهل للسنتين وإلا فشيخ وشمل الأنثى كالأرمل) أما طفل وصبي وصغير ممن لم يبلغ من ذكر وأنثى فقال ابن شعبان: لو قال كل أطفال أهلي تناول من لم يبلغ الحلم ولا المحيض، وكذلك لو قال على صبيانهم أو صغارهم. وأما شاب وحدث لأربعين لمن بلغا من أنثى أو ذكر فقال ابن شعبان: لو قال على شبابهم أو على أحداثهم كان ذلك لمن بلغ من الذكور والإناث إلى أن يكمل أربعين عاماً. وأما كهل وشيخ فقال ابن شعبان: لو قال على كهولهم كان لمن جاوز الأربعين من ذكورهم وإناثهم إلى أن يكمل الستين. ولو قال على شيوخهم كان لمن جاوز الستين من الذكور والإناث. وأما الأرمل للذكر والأنثى فقال ابن شعبان: لو قال لأرملهم لكان للرجل الأرمل كالمرأة الأرملة لقوله: فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟ انظر هل يكون هذا القائل قد قاله على وجه قول الآخر:

وَالْمَلِكُ لِلْوَقْفِ، لَا الْغَلَّةُ، فَلَهُ وَلِوَارِيثِهِ مَنَعٌ مِنْ تُرِيدُ إِصْلَاحَهُ،

النساء إذا كن بهذه الصفات؟ فأجبت بما صورته: الظاهر دخولهن كما يؤخذ من كلام أهل المذهب في مسائل متعددة أعني المذكورة هنا وما أشبهها، وكما يشهد بذلك العرف ويدخولهن في قوله تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة: ٦٠] الآية. من غير خلاف والله أعلم. ص: (والمملك للواقف) ش: ظاهره حتى في المساجد. ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد ارتفع عنها الملك وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضاً على ملك محبسها والله أعلم. ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الاستدلال على جواز التحبيس والرد على شريح القائل لا حبس على فرائض الله وبقاء أحباس السلف دائمة، دليل على منع بيعها وميراثها، والمساجد والأحباس لم يخرجها مالكتها إلى ملك أحد وهي باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان وأصل الملك له، فليس للورثة حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقياً عليه. انتهى فتأمله

اطبخوا لي جبة وقميصاً

وهذا هو الظاهر فإن قبل هذا البيت:

كم باليمامة من شعشاء أرملة ومن يتيم ضعيف الصوت والنظر
ثم قال:

كل الأرامل قد قضيت حاجتها فمن حاجة هذا الأرملة الذكر

إلا أن أهل اللغة قد قالوا: إن الأرامل ينطلق على المساكين من رجال ونساء (والمملك للواقف) ابن عرفة: صرح الباجي ببقاء ملك المحبس على حبسه وهو لازم تركية الأحباس على ملك محبسها، فقول اللخمي الحبس يسقط ملك المحبس غلط (لا الغلة) ابن شاس: الموقوف عليه يملك الغلة والثمره واللبن والصوف والوبر من الحيوان (فله أو لوارثه منع من يريد إصلاحه) ابن شعبان: لو خرب الوقف فأراد غير الواقف إعادته فللواقف أو وارثه منعه. قال ابن عبد السلام: لأن الحبس مملوك لمحبيه وكل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بغير إذنه بوجه ابن عرفة: عندي على أصل المذهب في ذلك تفصيل؛ إن كان خراب الحبس لحادث نزل دفعة كوابل مطر أو شدة ريح أو صاعقة والأمر كما قالوه، وإن كان بتوالي عدم إصلاح ما ينزل به من هدم شيئاً بعد شيء أو من هو عليه يستقل ما بقي منه في أثناء توالي الهدم عليه كحال بعض أهل وقتنا من أئمة المساجد يأخذون غلته ويدعون بناه حتى يتوالى عليه الخراب المذهب كل المنفعة أو جلها، فهذا الواجب قبول من تطوع بإصلاحه ولا مقال بمنعه لمحبيه ولا لوارثه

وَلَا يُفْسَخُ كِرَاؤُهُ لِزِيَادَةِ وَلَا يُقْسَمُ إِلَّا مَاضٍ زَمَنُهُ،

والله أعلم. ص: (ولا يقسم إلا ما مضى زمنه) ش: مسألة: قال ابن عرفة: وفيما تجب به الثمرة لمن حبس عليه اضطراب يعني إذا كان المحبس عليه معيناً وذكر الخلاف في ذلك ثم قال: وإن لم يكونوا معينين كما لو حبس على رجل وعقبه ففي وجوبها بالطيب أو القسمة قولان.

قلت: عزاها ابن زرقون لابن القاسم مع مالك وابن الماجشون قال: وثالثها لأشهب بالإبار انتهى. وما عزاها ابن زرقون لابن القاسم صرح به في كتاب الوصايا الثاني من المدونة ونبه على ذلك في التنبهات، والرجراجي عزاها أيضاً لابن الحاجب وابن كنانة. قال الرجراجي: وإنما نبهت على إجماع المذهب أنها تكون غلة بالطيب في هذا الفصل وأين هم عما استخرجناه من الكتب واستشهدنا عليه بنصوص الأمهات والتوفيق بيد الله يؤتیه من يشاء انتهى. فقد علمت أن القول الذي عزاها لابن الماجشون هو مذهب المدونة. قال ابن عرفة: وأما الحبس على بني زهرة فلا يجب إلا بالقسم، فمن مات قبله سقط حظه، ومن ولد قبله ثبت حظه، ومسألة الوقف على الفقراء وعلى بني تميم ونحوهم ثم قال: قلت: والحبس على القراء بمواضع معينين كقراء جامع الزيتونة إن كان بقيد أن

لأن مصلحة قام بأداء حق عن ذي حق عليه لعجزه عن أدائه أو لدده (ولا يفسخ كراؤه لزيادة) المشاور: إن أكرى ناظر الحبس ربع الحبس بعد النداء عليه والاستقصاء ثم جاءت زيادة لم يكن له نقض الكراء ولا قبول الزيادة إلا أن يثبت بالبينة أن بالكراء الأول غبناً على الحبس فتقبل الزيادة ولو ممن كان حاضراً، وكذا الوصي في كرائه ربع يتيمة أو إجارته ثم يجد زيادة لم تنقض الإجارة. انظر هذا مع ما تقدم عند قوله «وكراء وكيل بمحابة» أن للموكل أن يفسخ الكراء أو يجيز، وقبل قوله «وشاة واستثناء أربعة أرتال» وعند قوله «كوجيبة بشهر كذا» وعند قوله «فما حصدت فلك نصفه». وقال ابن عرفة: استمر العمل في كراء الناظر في حبس تونس أنه على قبول الزيادة (ولا يقسم إلا ما مضى زمنه) قال ابن عبد الحكم: لا يجوز لولي الصدقة أن يكرهها بنقد لأنه قد يضع في ذلك وهو لا يقسم الكراء عليهم قبل كمال سكنى المكتري لأنه إنما يقسم على من يحضر يوم القسم، فمن ولد يوم القسم ثبت حقه، ومن مات قبله سقط. وإذا قسمه قبل أن يجب بالسكنى فقد يموت من أخذ منه قبل أن يجب له ويحرم من جاء قبل الوجوب ممن يولد بعد القسم. قال ابن عرفة: فيما يجب به بعد الثمرة لمن حبست عليه اضطراب. قال ابن رشد: من مات منهم بعد الطيب فحظه لورثته، ومن مات قبل الإبار لا شيء لوارثه اتفاقاً فيهما، فإن مات أحدهم بعد الإبار وقبل الطيب فخامس الأقوال راجعه فيه. وقال ابن يونس: لو ولد لأحدهم ولد بعد الإبار أو قبله كان حقه في الثمرة، وإن ولد بعد طيبها فلا

الثواب لمعين فهم كالأجراء، وتقدم كلام الشيوخ في المستأجر على الأذان والإمام يمرض بعض الأيام وإمام المسجد يموت وعليه دار محبسة وأهله بها، هل يخرج أو يقيم لتمام العدة، وإن كان الحبس لا بقيد كقراءة شفع المحراب بجامع الزيتونة فهم كالحبس على فلان وعقبه انتهى.

قلت: ومثله الحبس على فقراء الرباط الفلاني والمدرسة الفلانية، ومذهب المدونة في ذلك لا يستحقون إلا بالقسم.

تنبيه: على هذا القول إذا مات أحدهم وتقدم له فيها نفقة قال الرجراجي: فلا خلاف أن لورثته الرجوع بالنفقة لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقته فيما عمله لهم. واختلف المتأخرون هل الرجوع بالأقل فيما أنفق، أو بما ينوبه من الثمرة، أو إنما يرجع بقيمة النفقة نقداً؟ وثمره الخلاف إذا أجيحت الثمرة هل تسقط المطالبة وهو ظاهر المدونة، أم لا وهو

شيء له من ثمرة العام وله ذلك في المستقبل. قال ابن يونس: وإذا مات أحد المحبس عليهم قبل طيب الثمرة وقد تقدم له فيها نفقة أن لورثة الميت الرجوع بالنفقة لأن أصحابه انتفعوا بنفقته وهو قد مات قبل أن يجب له حق في الثمرة، ويستأنى به حتى تطيب الثمرة فيرجع الورثة عليهم بالأقل من نفقة الميت التي أنفق أو ما ينوبه من الثمرة بعد محاسبتهم لورثته بما أنفقوا هم أيضاً، ولو أجيحت الثمرة لم يكن لورثته شيء وقال بعض شيوخنا: إذا نقدت ميت نفقة فعلى أصحابه غرمها معجلاً لأنه كالأستحقاق إذا استحق الأصل أن عليه غرم السقي والعلاج. ابن يونس: وهذا أبين إلا أن يشاء وأن يبقوه على نصيب الميت في هذه الثمرة فلا تلزمهم نفقته. ثم نقل ابن عرفة عن الباجي: لو كانت أرضاً فحراثتها من حبست عليه وهم معينون ثم ماتوا، خير ربها في إعطاء الوارث كراء الحرث أو يسلمها لهم بكرائها تلك السنة وإن لم يكونوا معينين كالحبس على رجل وعقبه. وقال ابن زرقون: ثالث الأقوال قول ابن القاسم ومالك أنها تجب لهم بالطيب لا بالقسم. قال ابن عرفة: وأما الحبس على بني زهرة فلا يجب إلا بالقسم من مات قبله سقط حظه، ومن ولد قبله ثبت حظه. وفي الاستغناء: إن مثل بني زهرة بنو تميم والمساكين والفقراء قال: والتفريق في ذلك كالتفريق في الزكاة والكفارة. قال: وإن رأى الناظر قسم ثمرة الحائط قسمها، وإن رأى بيعها وقسم ثمنها فذلك له. ومن مقرب ابن أبي زمنين: من حبست عليه دار وعلى عقبه أو غيرهم وجعل له فيها سكنى حياته لم يجز أن يكرهها بالنقد، ويجوز أن يكرهها سنين كثيرة بكراء منجم كلما انقضى نجم دفع كراءه. هذا مذهب ابن القاسم وابن وهب وروايتهما، وقد تقدم عند قوله «بموت مستحق» إن مات البطن الأول من ذوي الوقف بعد الإجارة قبل تمام مدتها انفسخت الإجارة في باقي المدة. ومن المنتقى: العمرى والحبس على معينين يقسم على الذكر والأنثى بالسواء، وعلى غير معينين كمن حبس على قوم وأعقابهم فإنه

وَأَكْرَى نَاطِرُهُ، إِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنٍ. كَالسَّنْتَيْنِ، وَلَمَنْ مَرَجَعَهَا لَهُ كَالْعَشْرِ، وَإِنْ بَنَى مُحْبِسٌ عَلَيْهِ فَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَهُوَ وَقْفٌ،

ضعيف. انتهى باختصار. ص: (واكرأ ناظره إن كان على معين كالسنتين) ش: يعني أن الحبس إذا كان على معينين كبني فلان، فللناظر أن يكره سنتين أو ثلاث سنين ولا يكره أكثر من ذلك ولكن لا يكون كراؤه بالنقد. انظر النوادر في ترجمة الحبس يزداد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة.

فرع: قال في البيان في رسم الأفضية الأول من سماع أشهب من كتاب الصدقات: فإن وقع الكراء في السنين الكثيرة على القول بأنه لا يجوز فعثر على ذلك وقد مضى بعضها، فإن كان الذي بقي يسيراً لم يفسخ، وإن كان كثيراً فسخ على ما قاله في كتاب محمد اه.

قلت: ولم يبين حد اليسير، والظاهر أنه كالشهر والشهرين كما في مسألة كراء الوصي ربع الصغير ثم يتبين رشده. وذكر البرزلي في مسائل الحبس عن نوازل ابن رشد فيمن حبس على بني فلان أكرى أحدهم نصيبه خمسين عاماً فأجاب: إن وقع الكراء لهذه المدة على النقد فسخ، وفي جوازه على غير النقد قولان، الصحيح منهما عندي المنع. وهذا فيما يفسخ فيه الكراء بموت المكري، وهذا كمسألتك، أما الحبس على المساجد والمساكين وشبههما فلا يكرهها الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضاً، أو أكثر من عام إن كانت داراً وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة، فإن أكرى أكثر من ذلك مضى إن كان نظراً على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ انتهى. وقال في الشامل: وجاز كراء بقعة من أرض محبسة على غير معين أربعين سنة لتبني داراً وعمل به انتهى. وانظر أحكام ابن سهل في أول كتاب الأفضية من مسائل الحبس في ترجمة قطع محبس

يفضل أهل الحاجة (وأكرى ناظره إن كان على معينين كالسنتين) المتيطي: يجوز كراء من حبس عليه ربع من الأعيان أو الأعقاب لعامين لا أكثر في رواية ابن القاسم: وبها القضاء والحبس على غير معين كالمرضى والمساكين أو مسجد أو قنطرة يجوز لمدة طويلة، واستحسن قضاة قرطبة كونه لأربعة أعوام خوف اندراسه بطول مكثه بيد مكتره (ولمن مرجعها له كالعشر) ابن الحاجب: إن أكرى المتولي ممن يرجع الحبس إليه جازت لأكثر من عامين، وقد اكرى مالك منزله وهو كذلك عشر سنين واستكثرت (وإن بنى محبس عليه فمات ولم يبين فهو وقف) من المدونة قال مالك: من حبس داراً على ولده وولد ولده فبنى بها أحد البنين وأدخل خشبه أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل في ذلك ذكراً فلا شيء لورثته فيه. قال ابن القاسم: وإن كان قد أوصى أو قال هو لورثته فذلك لهم وإن لم يذكره فلا شيء لهم قل

وَعَلَى مَنْ لَا يُحَاطُ بِهِمْ، أَوْ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ، أَوْ عَلَى كَوَلْدِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْهُمْ فَضَلَ الْمُتَوَلَّى أَهْلَ
الْحَاجَةِ وَالْعِيَالِ فِي غَلَّةٍ وَسُكْنَى،

باعته المحبسة، وانظر الأحكام الصغرى في مسائل الأقضية. ص: (أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى) ش: قال ابن رشد: المبدأ في الحبس أهل الحاجة على الأغنياء في السكنى والغلة، فلا سكنى للأغنياء معهم إلا أن يفضل عنهم شيء، فإن استوا في الفقر والغنى ولم يسعهم أكرى ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعاً، سواء إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه بما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون له ذلك. قاله ابن المواز: انتهى من سماع سحنون من كتاب الحبس. وقال في الشامل: ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم فضل الناظر ذا حاجة وعيال في غلة وسكنى على المشهور باجتهاده، فإن استوا فقراً وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ودفع الفضل لمن يليه، فأما على ولده أو ولد ولده أو مواليه ولم يعينهم فكذلك. وقيل: الغني والفقير سواء، فإن عينهم سوى بينهم، فإن كان للغني ولد فقير أعطي بقدر حاجته انتهى. وقال في النوادر: ومن المجموعة: من حبس على قوم وأعقابهم أن ذلك كالصدقة لا يعطى الغني منها شيئاً ويعطى المسدد بقدر حاله، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء وقد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم، الباجي: يريد بالمسدد الذي له كفاية وربما ضاق حاله لكثرة عياله انتهى. وفهم من قوله «ولم يعينهم» أنه لو عينهم أنه يسوي بينهم وهو كذلك.

مسألة: من نوازل ابن رشد: سأله عنها القاضي عياض وهو عقد تضمن تحبیس فلان على ابنیه فلان وفلان لجميع الرحا الكراء بالسوية بينهما ولاعتدال حبسها عليهما وعلم عقبهما حبساً مؤبداً وتمم عقد التحبیس على واجبه وحوزه، ومات الأب والابنان بعده وتركا عقباً كثيراً وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر وفي بعضهم حاجة، فكيف ترى قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب؟ هل على الحاجة أم على السوية أم يبقى في يد كل عقب ما كان بيد أبيه؟ فأجاب: الواجب في هذا الحبس إذا كان الأمر فيه على ما وصفت أن يقسم على أولاد العقبين جميعاً على عددهم وإن كان عقب الولد الواحد

أو كثر (وعلى من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى) أما مسألة القسم على من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم فقال ابن عرفة: قسم ما على غير منحصر بالاجتهاد اتفاقاً. وروى ابن عبدوس: من حبس على قوم وأعقابهم فهذا كالصدقة يوصي وإن تفرق على المساكين لمن وليها أو يفضل أهل

وَلَمْ يُخْرِجْ سَاكِنٌ لِغَيْرِهِ،

أكثر من عقب الآخر بالسواء إن استوت حاجتهم، وإن اختلفت فضل ذو الحاجة منهم على من سواه بما يؤدي إليه الاجتهاد على قدر قلة العيال أو كثرتهم، ولا يبقى بيد ولد كل واحد منهما ما كان بيد أبيه قبله وبالله التوفيق.

مسألة: سئل عنها الوالد عن أرض وقف تسمى بالرهط وتنسب لعمر بن العاص رضي الله عنه وأنه أوقفها على ذريته، وذريته أفخاذ منهم الرخامي والحطامي والساري، وكل واحد منهم بيده قطعة أخذها من آبائه، فهل له أن يقسمها بين أولاده الذكور والإناث ويكون لمن مات من الإناث أن تنقل حظها لأولادها حتى إنهم لو كانوا من فخذ آخر أخذوا ما صار لهم من أبيهم، وما صار لهم من أمهم وليس ثم كتاب ولا شرط؟ فأجاب: إذا ثبت الوقف بالبينة أو بالشيوع، فإن علم شرط الواقف بكتاب وقف أو بينة تشهد به ولو بالشيوع اتبع، وإن لم يعلم شرط الواقف وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي، وليس لمن صار بيده شيء من الوقف أن يبيعه ولا يقسمه بين أولاده ولا يؤجره مدة طويلة بل يبقى بيده، فإذا مات انتقل لمن جرت العوائد المذكورة أعلاه بانتقاله إليه. ثم سئل عنه مرة أخرى فأجاب عنه بما تقدم وزاد فيه: وإذا لم يثبت لهم شرط ولا عادة وثبت أن الوقف على الذرية قسم بينهم في كل سنة على السوية إلا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره والله سبحانه أعلم. ومستنده في ذلك ما ذكره ابن فرحون في تبصرته في الباب السابع والخمسين والباب السبعين قال فيه: وقد تقدم أنه يقبل قول متولي نظر الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف، وذكر أن العادة جرت بصرف غلته في الوجوه التي يذكرها والله أعلم. ص: (ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط) ش: قال ابن عرفة: قال ابن الحاجب: ولا يخرج الساكن لغيره وإن غنياً. ابن عبد السلام لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى فحث على ما إذا سكن أحدهم لموجب الفقر ثم استغنى

الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال وللزمانة وكذا غلة الحبس. وقال ابن رشد: المشهور أن قسم الحبس لمعقب بين أحادهم بقدر حاجتهم وما على معينين هم فيه بالسواء، وأما القسم على كوله ولم يعينهم، فقال ابن رشد: معلوم قول ابن القاسم وروايته في المدونة أن الآباء يؤثرون على الأبناء ولا يكون للأبناء معهم في السكنى إلا ما فضل عنهم، وسواء على قوليهما قال حبس على ولدي ولم يزد فدخل معهم في السكنى إلا ما فضل عنهم، وسواء على قوليهما قال حبس على ولدي ولم يزد فدخل معهم الأبناء بالمعنى، أو قال على ولده وولد ولده فدخلوا معهم بالنص (ولم يخرج ساكن لغيره) من المدونة قال مالك: من حبس داراً على ولده فسكنها

إِلَّا بِشَرْطٍ أَوْ سَفَرٍ انْقِطَاعٍ أَوْ بَعِيدٍ.

فإن ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه وهو الفقر، ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن وإلا فالأصل أن يخرج، وهذا في الوقف على غير معين. قال ابن عرفة: قلت: في لفظه ولفظ ابن الحاجب إجمال لأن ظاهر لفظهما سواء كان الحبس على معقب ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره وليس الأمر كذلك. قال ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم: من استحق مسكناً من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه إن استغنى. وفي رسم أدرك من سماع ابن القاسم: من استحق مسكناً من حبس هو على العقب وهو غني لانقطاع غيبة المحتاج ثم قدم أنه لا يخرج لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه. وروى الباجي: لو سافر مستحق السكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس رد لمنزله وأخرج منه من دخل فيه. انتهى من آخر كتاب الحبس منه. وقال الفاكهاني في شرح قوله في الرسالة «ومن سكن فلا يخرج لغيره» مانصه: إلا أن يرى الناظر إخراجه وإسكان غيره مصلحة للحبس فله ذلك لا سيما إن خاف من سكنه ضرراً، ولمثل هذا جعل الناظر. انتهى من الشيخ زروق ناقلاً له عن الفاكهاني وهو ظاهر فتأمله والله أعلم.

بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكناً فقال الذي لم يجد أعطوني من الكراء بحساب حقي، فلا كراء له ولا أرى أن يخرج أحد لأحد، ولكن من مات أو غاب غيبة يريد المقام بالموضع الذي انتقل إليه استحق الحاضر مكانه، وأما إن أراد السفر إلى موضع ثم يرجع فهو على حقه. قال في كتاب محمد: وله أن يكري منزله إلى أن يرجع وسمع عيسى: من حبس على قوم وهم متكاثرون في الغنى والفقر اجتهد في ذلك ليسكن فيها من رأى أو يكريها فيقسم كراءها عليهم، ومن سبق وسكن فهو أولى ولا يخرج منها. ابن رشد: معناه في غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان وإن كان على معينين مسمين لم يستحق السكنى من سبق إليه وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم. قاله ابن القاسم. محمد: وغنيهم وفقيرهم سواء (إلا بشرط) روى ابن القاسم: من حبس على ولده أو غيرهم حائطاً وسمى لبعضهم ما يعطى كل عام من الكيل ولم يسم للآخرين، فيبدأ بالذي سمي له إلا أن يعمل في ذلك عامل فيكون أولى بحقه. قال ابن القاسم: وكذلك في غلة الدور (أو سفر انقطاع) تقدم نص المدونة: من غاب يريد المقام بالموضع الذي انتقل إليه استحق الحاضر مكانه (أو بعيد) ابن رشد: إن سافر ليعود فهو على حقه بخلاف ما إذا خرج لسفر بعيد يشبه الانقطاع أو يريد المقام في الموضع الذي سافر إليه.