

تَقْرِيبُ الرَّوْضِ الْمَرْبَعِ كِتَابُ الْبَيْعِ وَالْفَرَائِضِ وَالْعِنَقِ

أَعَدَهُ

خَالِدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْيَحْيَا

الْإِبْرَازَةُ الْأُولَى

رَجَبُ ١٤٤٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب البيع

جائز إجماعاً؛ لقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ}.

وهو لغةً: أخذ شيءٍ وإعطاء شيءٍ، مأخوذ من الباع؛ لأن كل واحدٍ من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء.

وشرعاً: مبادلة مالٍ، ولو في الذمة، أو منفعةٍ مباحةٍ مطلقاً^(١)، كتمرٍ في دارٍ أو غيرها، بمالٍ أو منفعةٍ مباحةٍ على التأييد، غير رباً وقرضٍ.

فتناول تسع صورٍ:

أحدها: عين بعينٍ، كهذا الكتاب بهذا الدينار.

الثانية: عين بدينٍ، كهذا الكتاب بدينارٍ في الذمة.

الثالثة: عين بمنفعةٍ، كهذا الثوب بعلو بيتٍ، ليضع عليه بُنياناً ونحوه.

الرابعة: دين بعينٍ، كعبدٍ موصوفٍ بهذا الدينار.

الخامسة: دين بدينٍ، كعبدٍ موصوفٍ بعبدٍ موصوفٍ. بشرط الحلول والتقابض لأحدهما قبل التفرق.

السادسة: دين بمنفعةٍ، كجاريةٍ موصوفةٍ بموضعٍ بحائطه يفتحه باباً.

السابعة: منفعة بعينٍ، كتمرٍ دارٍ بهذا الدرهم.

الثامنة: منفعة بدينٍ، كتمرٍ دارٍ بدرهمٍ في الذمة.

التاسعة: منفعة بمنفعةٍ، كتمرٍ دارٍ بتمرٍ دارٍ.

والمال: عين مباحة النفع بلا حاجةٍ.

وقوله: «على التأييد» يخرج الإجارة.

وقوله: «غير رباً وقرضٍ» فلا يسميان بيعاً، وإن وجدت فيهما المبادلة؛ لقوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ

الرِّبَا}، **والمقصود الأعظم في القرض الإرفاق**، وإن قُصد فيه التملك أيضاً.

للبيع ثلاثة أركانٍ: عاقد، ومعقود عليه، وصيغة.

(١) بأن لا تختص إباحتها بمجالٍ دون آخر، بخلاف نحو جلد ميتةٍ مدبوغٍ، فلا يباع هو ولا نفعه؛ لأنه لا ينتفع به مطلقاً، بل في الياسات. دقائق.

والصيغة، لها صورتان:

إحداها: الصيغة القولية، وهي الإيجاب والقبول^(١).

فالإيجاب: كل لفظٍ يصدر من بائعٍ، يؤدي معنى البيع، كبعتك، أو ملكتك، أو أعطيتك بكذا. والقبول: ما يصدر من مشتريٍّ، بأي لفظٍ دالٍ على الرضا، كقبلت، أو رضيت، أو اشتريته. وينعقد البيع بقبولٍ بعد إيجابٍ.

ويصح قبول أيضاً قبل إيجابٍ بلفظٍ أمرٍ نحو: بعني كذا بكذا، أو ماضٍ مجردٍ عن استفهامٍ ونحوه، نحو: اشتريته بكذا؛ لأن المعنى حاصل به.

بخلاف: أبعني؟ أتبعني؟ لعلك بعني، ليتك بعني؛ إذ ليس بقبولٍ^(٢).

ويصح القبول متراخياً عن الإيجاب ما دام في مجلسه؛ لأن **حالة المجلس كحالة العقد**؛ بدليل أنه يُكتفى بالقبض فيه لما يعتبر فيه القبض.

فإن تشاغلا بما يقطعه عرفاً، أو انقضى المجلس قبل القبول، لم ينعقد؛ لأنهما صارا مُعرضين عن البيع. وإن خالف القبول الإيجاب، لم ينعقد، كما لو قال: بألفٍ صحيحةٍ، فقال: اشتريته بألفٍ مكسرةٍ.

الثانية: الصيغة الفعلية، وهي المعاطاة، مثل أن يقول: أعطني بدرهمٍ خبزاً، أو يضع ثمنه عادةً ويأخذه عقبه، فتقوم المعاطاة مقام الإيجاب والقبول؛ للدلالة على الرضا؛ لعدم التعبد فيه.

وكذا هبة، وهدية، وصدقة، فتنعقد بمعاطاةٍ؛ لاستواء الجميع في المعنى، ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أحدٍ من أصحابه استعمال إيجابٍ وقبولٍ في شيءٍ من ذلك. ولا بأس بذوق المبيع حال الشراء؛ لجريان العادة به.

فصل:

يشترط للبيع سبعة شروطٍ:

أحدها: التراضي من المتعاقدين؛ لحديث أبي سعيدٍ الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: «إنما البيع عن

(١) المصباح (٤٨٨/٢): «بالفتح، والضم لغة، حكاها ابن الأعرابي».

(٢) في المغني (٤٨١/٣): «إن تقدم- أي القبول- بلفظ الاستفهام، مثل أن يقول: أتبعني ثوبك بكذا؟ فيقول: بعتك، لم يصح بحال، نص عليه أحمد، وبه يقول أبو حنيفة، والشافعي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم».

تراضٍ» أخرجہ ابن ماجہ^(۱).

فلا یصح بیع مکره^(۲)، إلا أن یُکره بحق، کمن یُکرهه حاکم علی بیع ماله لوفاء دینه؛ لأنه حُمّل علی البیع بحق.

وإن أُکره علی وزن مال، فباع ملکه، کره الشراء منه؛ لأنه کالمضطر إليه، وللخلاف فی صحة البیع. وضح البیع؛ لأنه غیر مکره علیه.

الثانی: أن یكون العاقد، من بائعٍ ومشتريٍّ، جائز التصرف، وهو الحر، البالغ، العاقل^(۳)، الرشید؛ لأن البیع قولٌ یشرط له الرضا، فاشترط فی عاقده جواز التصرف.

ویصح تصرف صبیٍّ ممیزٍ وسفیه، بإذن وليهما؛ لقوله تعالى: {وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ} أي اختبروهم، وإنما یتحقق بتفویض البیع والشراء إليهم.

ویحرم الإذن بلا مصلحة؛ لما فيه من إضاعة المال.

وینفذ تصرف سفیهٍ وصغیرٍ - ولو دون تمييزٍ - فی الشيء اليسیر، کرغیفٍ وقطعة حلوی، ولو بلا إذن وليٍّ؛ لأن منعمهم خوف ضیاع المال، وهذا مأمون فی اليسیر.

وینفذ تصرف عبدٍ بإذن سيده؛ لزوال الحجر عنه بإذنه له.

الثالث: أن یكون المبیع والتمن مالاً؛ لأنه مقابل المال، إذ البیع مبادلة المال بالمال.

والمال: ما فيه منفعة مباحة لغير حاجةٍ أو ضرورةٍ.

فخرج ما لا نفع فيه أصلاً، كالحشرات^(۴)، وما فيه منفعة محرمة، كخمر^(۵)، وما فيه منفعة مباحة لحاجةٍ، ككلبٍ، وما فيه منفعة تباح لضرورةٍ، كمیتةٍ فی حال مخصصةٍ.

(۱) سنن ابن ماجه (۲۱۸۵) قال فی مصباح الزجاجه (۱۷/۳): «إسناده صحيح رجاله ثقات».

(۲) فی فتح الباري (۳۲۰/۱۲): «وقال المهلب: أجمع العلماء على أن الإكراه على البيع والهبة، لا يجوز معه البيع».

(۳) فی المجموع (۱۵۵/۹): «وأما المجنون فلا یصح بیعه بالإجماع، وكذلك المغمی علیه».

(۴) فی المجموع (۲۳۹/۹): «...أن یكون منتفعًا به، وهذا شرط لصحة البیع بلا خلاف».

(۵) فی الإفصاح (۳۹۴/۱): «واتفقوا علی أنه إذا تناولت المحظور، كالخمر، لم یجز».

فيجوز بيع بغل، وحمار^(١)، وفيل، وسباع بهائم، وجوارح طيرٍ تصلح لصيدٍ، كفهدٍ وصقرٍ؛ لأنه يباح نفعها واقتناؤها مطلقاً.

ودود قزٍ؛ لأنه حيوان طاهر يُقتنى لما يخرج منه.

وبزير^(٢) دود قزٍ - وهو ولده قبل أن يدب -؛ لأنه ينتفع به في المال، فيحصل منه الدود الذي يُستخرج منه الحرير.

ونحل، وهز، وقردٍ لحفظ متاعٍ ونحوه، وديدانٍ لصيدٍ؛ لإباحة النفع في كلِّ.

ولا يصح بيع مصحفٍ؛ لقول ابن عمر: «وددت أن الأيدي تقطع في بيعها»^(٣)، وقال أحمد: «لا نعلم في بيع المصحف رخصة»، ولأن تعظيمه واجب، وفي بيعه ابتذال له.

ولا يكره إبدال المصحف لمسلمٍ بمصحفٍ آخر؛ لأنه لا يدل على الرغبة عنه، ولا على الاستبدال به بعوضٍ دنيوي، بخلاف أخذ ثمنه.

ولا يكره شراؤه استنقاذاً؛ لأنه استنقاذ له من ابتذاله. وفي كلام بعضهم: يعني من كافرٍ.

ومقتضاه: أنه إن كان البائع مسلماً حرم الشراء منه؛ لعدم دعاء الحاجة إليه، بخلاف الكافر.

ويصح بيعه لمسلمٍ مع الحرمة.

ولا يصح بيع خنزيرٍ، وآلة لهوٍ، وخمرٍ - ولو كان المتبايعان ذميين - وصنمٍ، ودِّمٍ، وميتة^(٤) - ولو طاهرةً، كميتة

آدميٍّ - أو شيءٍ منها، إلا السمك والجراد؛ لحديث جابرٍ، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إن الله ورسوله

حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام» فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة؛ فإنها يطلى بها السفن،

ويُدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام»، ثم قال رسول الله ﷺ: «قاتل الله اليهود

(١) في المغني (٤/١٩٣): البغل، والحمار، لا خلاف في إباحة بيعهما.

(٢) في المصباح المنير (١/٤٧): بالكسر، والفتح لغة.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٤٥٢٥)، وصححه ابن حزم في المحلى (٧/٥٥٢).

(٤) في المغني (٤/١٩٢): «ولا يجوز بيع الخنزير، ولا الميتة، ولا الدم. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به. وأجمعوا على تحريم

الميتة والخمر».

إن الله لما حرم شحومها جَمَلَوْه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه» متفق عليه^(١)، ولحديث أبي جَحيفة، «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الدم». أخرجه البخاري^(٢).

ولا يصح بيع أدهانٍ نجسة العين من شحوم ميتةٍ وغيرها، ولا يحل الانتفاع بها باستصباحٍ ولا غيره؛ لحديث جابر.

ويحرم بيع أدهانٍ متنجسةٍ، كزيتٍ لاقى نجاسةً؛ لحديث ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ «إن الله إذا حرم على قومٍ أكل شيءٍ، حرم عليهم ثمنه». أخرجه أبو داود^(٣)، وللأمر بإراقته.

وبجوز الاستصباح بأدهانٍ متنجسةٍ على وجهٍ لا تتعدى نجاسته^(٤)، كانتفاعٍ بجلد ميتةٍ مدبوغٍ في يابسٍ. ومحل جواز الاستصباح بها في غير مسجدٍ؛ لئلا يؤدي إلى تنجيسه.

ولا يصح بيع سمِّ قاتلٍ، كسمِّ الأفاعي؛ لخلوه من نفعٍ مباحٍ.

ولا يصح بيع حشراتٍ، كعقاربٍ، وحياتٍ، وخنافسٍ، وفأرٍ؛ لأنه لا نفع فيها، إلا علقًا^(٥) لمص دمٍ، وديدانٍ لصيدٍ، ودود قزٍ.

ويصح بيع ما يصاد عليه، كبومةٍ يجعلها شباشًا^(٦)، أي تخاط عينها وتربط؛ لينزل عليها الصائد.

ولا يصح بيع كلبٍ، ولو مباح الاقتناء؛ لقول أبي مسعود الأنصاري: «نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب» متفق عليه^(٧).

وكذا سباع بهائمٍ، وجوارح طيرٍ لا تصلح لصيدٍ، كنمَرٍ، وذئبٍ، وذئبٍ، ونسَرٍ، وغرابٍ لا يؤكل؛ لأنه لا نفع

(١) صحيح البخاري (٢٢٣٦) صحيح مسلم (١٥٨١).

(٢) صحيح البخاري (٥٩٤٥).

(٣) سنن أبي داود (٣٤٨٨)، وفي صحيح البخاري (٢٢٢٣) وصحيح مسلم (١٥٨٢) عن ابن عباس، قال: بلغ عمر بن الخطاب أن فلانًا باع خمرًا، فقال: قاتل الله فلانًا، ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم، فجملوهما فباعوها».

(٤) في المغني (٤٢٧/٩): «... لأن ابن عمر أمر أن يستصبح به». أخرج ابن أبي شيبة (٢٤٣٩٧) عن صفية بنت أبي عبيدٍ، أن جرًا لآل ابن عمر فيه عشرون فرقًا من سمنٍ، وقعت فيه فأرة فماتت: «فأمرهم ابن عمر أن يستصحبوا به». وصححه الشيخ زكريا. ما

صح من آثار الصحابة في الفقه (١١٣٩/٣).

(٥) «دود أسود يمتص الدم يكون في الماء الآسن». المعجم الوسيط (٦٢٢/٢).

(٦) في الكشاف: «وهو طائرٌ تخاط عيناه ويربط؛ لينزل عليه الطير، فيصاد».

(٧) صحيح البخاري (٢٢٣٧) صحيح مسلم (١٥٦٧).

فيها، كالحشرات.

ولا يصح بيع سرجين^(١) نجس؛ لأنه كالميتة، بخلاف الطاهر، كروث ما يؤكل لحمه، كدجاج وبهيمة أنعام.

الرابع: أن يكون العقد من مالكٍ للمعقود عليه^(٢)، أو مأذوناً له فيه من المالك، كالوكيل، أو من الشارع، كالولي؛ لقول حكيم بن حزام، أتيت رسول الله ﷺ، فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق، ثم أبيع؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك». أخرجه الأربعة^(٣)، وأما جوازه من المأذون له فيه، فلا أنه قائم مقام المالك.

فلا يصح تصرف فضولي، ببيع أو شراء أو غيرهما، ولو مع حضوره وسكوته، ولو أُجيز تصرفه بعد وقوعه؛ لأنه تصرف في مال غيره بلا إذنه.

ما لم يحكم به من يراه؛ لقوة الدليل.

لكن يصح شراء الفضولي بشرطين:

أحدهما: أن يشتري الفضولي في ذمته؛ لأن ذمته قابلة للتصرف.

والثاني: أن لا يسمي المشتري له في العقد، بأن قال: اشتريت هذا، ولم يقل: لفلان.

ثم إن أجاز الشراء من اشتري له، ملكه من حين العقد، فتكون منافعه ونماؤه له؛ لأنه اشتري لأجله، ونزل المشتري نفسه منزلة الوكيل.

وإن لم يجزه من اشتري له، لزم العقد من اشتراه؛ لأن الغير لم يأذن فيه، فتعين كونه لمشتري.

وإن باع ما يظنه لغيره، فبان وارثاً أو وكيلاً، صح؛ لأن الاعتبار في المعاملات بما في نفس الأمر، لا بما في ظن المكلف.

ولا يباع ما فُتح عنه^(٤) ولم يقسم، كأرض الشام ومصر والعراق، وهو قول عمر وعليّ وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم؛ لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين.

(١) السرجين: هو الزبل. المطلع (ص ٢٧٢):

(٢) في المغني (٤/١٥٥): «لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ليمضي ويشتريها، ويسلمها... لا نعلم فيه مخالفاً».

(٣) سنن أبي داود (٣٥٠٣) جامع الترمذي (١٢٣٢) سنن النسائي (٤٦١٣) سنن ابن ماجه (٢١٨٧) وصححه ابن حزم، وابن الملقن.

المحلى (٧/٤٧٤) البدر المنير (٦/٤٤٨).

(٤) أي: قهراً، وغلبةً. المطلع (ص ٢٥٧).

أما المساكن فيصح بيعها، ولو كانت آلتها التي بُنيت بها من أرض العنوة، أو كانت المساكن موجودةً حال الفتح؛ لأن الصحابة اقتطعوا الحُطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر، وبنوها مساكن وتبايعوها من غير نكيرٍ.

وكأرض العنوة في ذلك: ما جلوا عنه فزعًا منّا، وما صُولحوا على أنها لهم، ونقره معهم بالخراج^(١). بخلاف ما صولحوا على أنها لهم، كالحيرة وألّيس وبنقيا^(٢)، وأرض بني صلُوبا من أراضي العراق، فيصح بيعها؛ لأنها فتحت صلحًا. كالتي أسلم أهلها عليها، كالمدينة، فإنها ملك لأربابها. ويصح أن تؤجر أرض العنوة ونحوها؛ لأنها مؤجرة في أيدي أربابها بالخراج المضروب عليها في كل عام، وإجارة المؤجرة جائزة.

ولا يجوز بيع ربا^(٣) مكة، ولا إجارتهما؛ لما روى مجاهدٌ مرفوعًا: «رباع مكة حرام بيعها، حرام إجارتهما»^(٤)، وعن عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جده، مرفوعًا: «مكة لا تباع رباعها، ولا تُكرى بيوتها»^(٥)، ولأنها فُتحت عنوةً.

فإن سكن بأجرةٍ لم يَأْتُم بدفعها؛ للحاجة.

ولا يصح بيع ماءٍ عِدٍّ، وهو الذي له مادة لا تنقطع، كميّاه العيون، ونقع البئر، وما نبت في أرضه من الكَلأ والشوك؛ لقوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثٍ: في الكَلأ، والماء، والنار» رواه أبو داود^(٦). ومعدنٍ جارٍ، وهو ما إذا أخذ منه شيء حَافه غيره، كملحٍ، وقارٍ، ونفطٍ؛ لعموم نفعه، فهو كالماء. وكذا لو عَشش في أرضه طير، لا يصح بيعه قبل حيازته.

(١) الخراج: عبارة عما قُرِّر على الأرض بدل الأجرة. المطلع (ص ٢٥٨).

(٢) الحيرة: على ثلاثة أميال من الكوفة، وألّيس: مدينة بالحيرة، وبنقيا: ناحية بالنجف دون الكوفة. حاشية ابن قاسم (٤/٣٤٤).

(٣) بكسر الراء، جمع رُبْع، وهو المنزل، ودار الإقامة. المطلع (ص ٢٧٤).

(٤) الأموال لأبي عبيد (ص ٨٣ ح ١٦١).

(٥) سنن الدارقطني (٣٠١٤).

(٦) سنن أبي داود (٣٤٧٧) من حديث رجلٍ صحب النبي ﷺ، قال في بلوغ المرام (ص ٢٧٦): «ورجاله ثقات»، وأخرجه ابن ماجه

(٢٤٧٢) من حديث ابن عباسٍ، قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاثٍ: في الماء، والكَلأ، والنار، وثمنه حرام» قال

في التلخيص الحبير (٣/١٤٣): «وفيه عبد الله بن خراشٍ، متروك» وأخرج ابن ماجه (٢٤٧٣) عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ

قال: «ثلاث لا يمتنع: الماء، والكَلأ، والنار» قال في التلخيص الحبير (٣/١٤٣): «سنده صحيح».

ولا تُملك هذه الأشياء بملك الأرض، ولكن صاحب الأرض أحق به؛ لكونه في أرضه. ومن حاز من الماء العِدِّ أو الكلاً أو الشوك أو المعدن الجاري شيئاً، مَلَكه، وجاز له بيعه، بلا خلافٍ^(١)؛ لحديث الزبير، أن النبي ﷺ قال: «لأن يأخذ أحدكم حبله، فيأتي بحزمة الحطب على ظهره، فيبيعهها، فيكفَّ الله بها وجهه، خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه». رواه البخاري^(٢)، ولأن ذلك كله من المباحات، فيملكه آخذه، كما لو أخذه من أرضٍ مباحة.

ودخول ملك غيره لأجل أخذ ذلك، له حالان^(٣): أحدهما: إن كان رب الأرض محوِّطاً عليها، فيحرم الدخول بلا إذنٍ؛ لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه. والثاني: إن لم يحوِّط عليها، جاز الدخول بلا إذنه، بلا ضررٍ؛ لدلالة القرينة على رضاه، حيث لم يحوِّط. وحرَم على رب الأرض منع مستأذنٍ، إن لم يحصل ضرر بدخوله؛ لما تقدم.

الخامس: أن يكون المبيع والتمن مقدوراً على تسليمه؛ لأن ما لا يُقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم، والمعدوم لا يصح بيعه^(٤)، فكذا ما أشبهه. فلا يصح بيع عبدٍ آبقٍ؛ لحديث أبي سعيدٍ: «أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد وهو آبق» رواه أحمد^(٥). ولا جملٍ شارِدٍ^(٦)، ولا جعله ثمنًا، سواء علم مكانه أو جهله، ولو لقادرٍ على تحصيله؛ لحديث أبي هريرة، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر» رواه مسلم^(٧). ولا بيع نحلٍ، أو طيرٍ في هواءٍ^(٨)، يألف الرجوع أو لا؛ لأنه غير مقدورٍ على تسليمه.

(١) المغني (٦٢/٤).

(٢) صحيح البخاري (١٤٧١).

(٣) قال في الروض: «لا يجوز دخول ملك غيره بغير إذنه، وحرَم منع مستأذنٍ بلا ضررٍ». لكن في الإقناع والمنتهى تقييد ذلك بأرضٍ محوطة، وإلا جاز.

(٤) في المجموع (٢٥٨/٩): «بيع المعدوم باطل بالإجماع».

(٥) مسند أحمد (١١٣٧٧) سنن ابن ماجه (٢١٩٦) قال في بلوغ المرام (ص ٢٤٢): «إسناده ضعيف».

(٦) في الاستذكار (٤٥٥/٦): «وقد أجمع علماء المسلمين أن مباح العبد الآبق والجمل الشارد - وإن اشترط عليه البائع أنه لا يرد الثمن الذي قبضه منه - قَدِرَ على العبد أو الجمل أو لم يقدر، أن البيع فاسد مردود».

(٧) صحيح مسلم (١٥١٣).

(٨) في المغني (١٥١/٤): بيع طائرٍ في الهواء، لا يصح، ولا نعلم في هذا خلافاً.

فإن كان الطير في مكانٍ مغلقٍ يمكن أخذه منه، صح بيعه، ولو طال زمن أخذه؛ لأنه مقدور على تسليمه. ولا سمكٍ في ماءٍ^(١)، إلا مرثياً بمحورٍ يسهل أخذه منه؛ لانتفاء الغرر. ولا يصح بيع مغصوبٍ؛ لأن بائعه لا يقدر على تسليمه. ويجوز بيع المغصوب لغاصبه^(٢)، أو قادرٍ على أخذه منه؛ لأن المانع من الجواز عدم القدرة على التسليم، وهو معدوم هنا. فإن عجز مشترٍ عن تحصيل المغصوب، فله الفسخ؛ إزالةً للضرر.

السادس: أن يكون المبيع معلوماً للبائع والمشتري^(٣)؛ لحديث أبي هريرة، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر»، ولأن جهالة المبيع تؤدي إلى التنازع. والعلم بالمبيع يحصل بأمرين:

أحدهما: رؤية جميع المبيع إن لم تدل بقيته عليه، أو رؤية بعضه إن دلت رؤية بعضه على بقيته، كرؤية بعض ثوبٍ غير منقوشٍ، ونحو ذلك مما تدل رؤية بعضه على كله؛ لحصول المعرفة بها. ويشترط أن تكون الرؤية مقارنةً للعقد، أو متقدمةً على العقد بزمنٍ لا يتغير فيه المبيع يقيناً، أو ظاهراً؛ لأن شرط الصحة العلم، وقد حصل بطريقه، وهي الرؤية المتقدمة.

والمبيع: منه ما يُسرع فساده، كفاكهةٍ، وما يتوسط، كحيوانٍ، وما يتباعد، كعقارٍ، فيعتبر كل نوعٍ بحسبه. وما عُرف مما يباع بلمسه، أو شمه، أو ذوقه، فكرويته؛ لحصول المعرفة بالمبيع. والثاني: وصف المبيع بصفةٍ تكفي في السَّلْم؛ لأنها تقوم مقام الرؤية في تمييزه. والبيع بالوصف مخصوص بما يصح السلم فيه، كالمكيل، والموزون والمعدود، والمذروع الذي يمكن وصفه. والبيع بالصفة نوعان:

أحدهما: بيع عينٍ معينةٍ، سواء كانت غائبةً، كبعثك عبدي التركي، ويذكر صفاته التي تضبط، أو كانت حاضرةً مستورةً، كأمتعةٍ في ظروفها، وهذا النوع يجوز تفرق المتبايعين قبل قبض الثمن، وقبل قبض المبيع.

(١) الفروع (١٤٢/٦): «لا يصح بيع السمك في الماء (و) والطير في الهواء (و)».

(٢) الفروع (١٤٢/٦): «ولا يبيع مغصوبٍ إلا لغاصبه (و)».

(٣) في الشرح الكبير (٥/٦): «يبيع المجهول لا يصح، إجماعاً».

والثاني: بيع موصوفٍ غير معينٍ، ووصفه بصفةٍ تكفي في السلم، كبعثك عبداً تركياً، ثم يستقصي صفات السلم فيه، فهذا في معنى السَّلْم، وليس سَلْمًا؛ لحلوله.

ويشترط في هذا النوع قبض المبيع، أو قبض ثمنه في مجلس العقد؛ لأنه في معنى السلم.

فلا يصح بيع:

-الأنموذج، بأن يريه صاعاً مثلاً ويبيعه الصُّبْرَةَ على أنها من جنسه؛ لعدم رؤية المبيع وقت العقد. ويصح بيع الأعمى وشراؤه بالوصف واللمس والشم والذوق فيما يعرف به، كما يصح أن يوكل في بيع وشراء.

فإن اشترى إنسانٌ ما لم يره ولم يوصف له، أو رآه وجهله، بأن لم يعلم ما هو، أو وُصِفَ له بما لا يكفي في السلم، لم يصح البيع؛ لعدم العلم بالمبيع.

-ولا حملٍ ببطنٍ إجماعاً^(١)؛ للجهالة؛ فإنه لا تعلم صفاته ولا حياته، ولأنه غير مقدورٍ على تسليمه.

-ولا لبنٍ بضرعٍ؛ لما روى ابن عباسٍ، قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تُطعم، ولا صوف على ظهرٍ، ولا لبن في ضرعٍ» أخرجه الطبراني^(٢)، ولأنه مجهول الصفة والمقدار، فأشبهه الحمل.

-ولا صوفٍ على ظهرٍ؛ للحديث، ولأن موضع الجزِّ غير محددٍ، فيؤدي إلى النزاع، ولأنه متصل بالحيوان، فلم يجز إفراده بالعقد، كأعضائه.

-ولا نوى بتمرٍ، كبيضٍ في طيرٍ^(٣)؛ للجهالة.

إلا تبعاً للحامل، وذات اللبن^(٤)، ولذي الصوف، والتمر، والطير، فإنه يجوز؛ لأنه يُغتفر في التابع ما لا يغتفر في الاستقلال، بدليل أن بيع الشجرة التي عليها ثمر مع الثمر قبل بدو صلاحه من غير شرط قطع، جائز إجماعاً^(١)، ولو أفرد الثمر الذي لم يبدو صلاحه بالبيع، حُرْم.

(١) المغني (٤/١٥٧).

(٢) المعجم الكبير للطبراني (١١٩٣٥) قال البيهقي في السنن الكبرى (٥/٥٥٥): «تفرد برفعه عمر بن فروخ، وليس بالقوي». وفي المراسيل لأبي داود (١٨٢) موقوفاً على ابن عباسٍ، قال: «لا تبع أصواف الغنم على ظهورها، ولا تبع ألبانها في ضروعها». قال في بلوغ المرام (ص ٢٤٢): «إسناده قوي»، وقال البيهقي في السنن الكبرى (٥/٥٥٥): «والمحفوظ موقوف».

(٣) في المغني (٤/١٥٨): «البيض في الدجاج، والنوى في التمر، لا يجوز بيعهما؛ للجهل بهما، ولا نعلم في هذا خلافاً».

(٤) في المجموع (٩/٣٢٦): «أجمع المسلمون على جواز بيع حيوانٍ في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً؛ لأنه تابع للحيوان؛ ودليله حديث المصراة».

-ولا مسكٍ في فأرته، أي الوعاء الذي يكون فيه؛ للجهالة.

-ولا مستورٍ في الأرض يظهر ورقه فقط، كفُجُلٍ، وجزرٍ، وبصلٍ، وثومٍ، قبل قلعه ومشاهدته؛ للجهالة بما يراد منه.

-ولا يصح بيع ملامسةٍ ومنابذةٍ، إجماعاً^(٢)؛ لما روى أبو هريرة، «أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة» متفق عليه^(٣)، وهو أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده، فيقول: أي ثوبٍ لمسته أو نبذته - أي طرحته - فهو بكذا.

-ولا بيع الحصة، إجماعاً^(٤)؛ لحديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصة» رواه مسلم، وهو أن يقول البائع: ارم هذه الحصة، فعلى أي ثوبٍ وقعت فهو لك بكذا، أو يقول: بعتك من هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصة إذا رميتها بكذا، وعلّة المنع كون المبيع مجهولاً.

-ولا بيع ما لم يعين، كشاةٍ من قطيعٍ، وشجرةٍ من بستانٍ، وعبدٍ من عبيده، ولو تساوت قيمهم؛ لما في ذلك من الغرر والجهالة.

ولا يصح استثنائه إلا معيّنًا، فلا يصح، بعتك هؤلاء العبيد إلا واحدًا، إجماعاً^(٥)؛ للجهالة.

ويصح إلا هذا ونحوه؛ لأنه ﷺ «نهى عن الثنينا إلا أن تعلم» أخرجه الثلاثة^(٦).

وإن استثنى بائع من حيوانٍ يؤكل: رأسه وجلده وأطرافه، صح؛ لفعله ﷺ في خروجه من مكة إلى المدينة^(٧).

فإن امتنع المشتري من ذبحه، لم يجز بلا شرطٍ؛ لتمام ملكه عليه، ولزم المشتري قيمة المستثنى على التقريب. وللمشتري الفسخ ببيعٍ يختص هذا المستثنى؛ لأن الجسد شيء واحد، يتألم كله بتألم بعضه.

(١) المغني (٤/٦٣).

(٢) المغني (٤/١٥٦): «لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين».

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٧) صحيح مسلم (١٥١١).

(٤) المغني (٤/١٥٦).

(٥) في الاستذكار (٦/٣٣٩): «لا أعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه لا يجوز لأحدٍ أن يستثنى ثمر نخلاتٍ معدوداتٍ من حائط رجلٍ غير معيناتٍ يختارها من جميع النخل، وكذلك لا يجوز ذلك عندهم في ألوان النخيل، ولا في الثياب، ولا في العبيد، ولا في شيءٍ من الأشياء».

(٦) سنن أبي داود (٣٤٠٥) جامع الترمذي (١٢٩٠) سنن النسائي (٤٦٣٣).

(٧) في المراسيل لأبي داود (ص ١٦٧ ح ١٧٩) عن عروة بن الزبير، أن رسول الله ﷺ حين خرج هو وأبو بكرٍ من مكة مهاجرين إلى المدينة، مرّاً براعي غنمٍ، فاشترى منه شاةً وشرط أن سلبها له. وفي القاموس المحيط (ص ٩٨): «السلب من الذبيحة: إهابها وأكزغها وبطنها».

وإن استثنى بائعُ الشحمِ والحملِ ونحوه مما لا يصح إفراده بالبيع، بطل باستثنائه؛ للجهالة، وقد نُهي عن الثُّنيا إلا أن تُعلم.

وكذا لو استثنى منه رطلاً من لحمٍ أو نحوه؛ للجهالة ما يبقى بعده.

ويصح بيع ما مأكوله في جوفه، كرمانٍ وبطيخٍ وبيضٍ وجوزٍ، بلا خلافٍ^(١)؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، ولكونه من مصلحته، ويفسد بإزالته.

ويصح بيع الباقي والحَمَص، والجوز، واللوز في قشريه؛ لأنه مستور بحائلٍ من أصل خِلقته، أشبه الرمان.

ويصح بيع الحب المشتد في سنبله؛ لأنه ﷺ جعل الاشتداد غايةً للمنوع، وما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فوجب زوال المنوع.

السابع: أن يكون الثمن معلوماً للمتعاقدين بما يُعلم به المبيع - مما تقدم - من رؤيةٍ لجميعة أو بعضه الدال على بقيته، وتكون الرؤية مقارنةً أو متقدمةً بزمنٍ لا يتغير فيه الثمن ظاهراً، أو شمِّ أو ذوقٍ أو مسِّ، أو وصفٍ كافٍ على التفصيل السابق؛ لأن الثمن أحد العوضين فاشترط العلم به كالمبيع، ولأن المبيع يحتمل رده بعيبٍ ونحوه، فلو لم يكن الثمن معلوماً لتعذر الرجوع به.

فلا يصح إن باعه السلعة:

- برقمها المكتوب عليها.

- أو باعه بمثل ما باع به فلان، وهما يجهلانه أو أحدهما.

- أو باعه بما ينقطع به السعر، أي بما يقف عليه.

- أو كما يبيع الناس؛ للجهالة بالثمن حال العقد.

- أو باعه بألفٍ درهمٍ ذهباً وفضةً؛ لأن قدر كلِّ جنسٍ منهما مجهول، كما لو باع بألفٍ بعضُها ذهب وبعضها فضة.

- أو باعه بدينارٍ مطلقٍ، أو درهمٍ مطلقٍ - أي غير معينٍ ولا موصوفٍ - وثمَّ نقود متساوية رواجاً، لم يصح؛

لتردد المطلق بينها، ورُدُّه إلى أحدهما مع التساوي ترجيح بلا مرجح، فهو مجهول.

وإن لم يكن بالبلد إلا واحداً، أو غلب، صح، وصُرف إليه^(١)؛ عملاً بالظاهر.

(١) في الشرح الكبير (٣٢/٤): «يجوز بيع ما مأكوله في جوفه، كالرمان والبيض والجوز، لا نعلم فيه خلافاً».

ويكفي علم الثمن بالمشاهدة، كصبرة من دراهم أو فلويس ولم يعرفا قدرها، ووزن صنجة^(٢)، وملء كيل، مجهولين عرفاً، وعرفهما المتعاقدان بالمشاهدة.

وإن باعه صبرةً - وهي الكومة المجموعة من طعام وغيره - كل قفيز^(٣) بدرهم، أو القطيع كل شاة بدرهم، أو الثوب كل ذراع بدرهم، صح، ولو لم يعلم قدر الصبرة والقطيع والثوب؛ لأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن معلوم؛ لإشارته إلى ما يعرف مبلغه، بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهي الكيل في الأولى، والعدد في الثانية، والدرع في الثالثة، فصح كما لو باع ما رأس ماله تسعة وتسعين درهماً مراجحةً، لكل عشرة درهم، فإنه لا يُعلم في الحال، وإنما يعلم بالحساب، وقد روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة^(٤). أما إذا باع من الصبرة كل قفيز بدرهم، فإنه لا يصح؛ لأن «من» للتبعيض، و«كل» للعدد، فيكون العدد مجهولاً، بخلاف ما ذكر قبل، فإن المبيع الكل لا البعض، ولا جهالة. وكذا لو باعه من الثوب كل ذراع بكذا، أو من القطيع كل شاة بكذا، لم يصح؛ لما دُكر.

وإن باعه بمائة درهم إلا ديناراً، أو باع بدينارٍ أو دنانيرٍ إلا درهماً، لم يصح؛ لأن قيمة المستثنى مجهولة، فيلزم الجهل بالثمن؛ إذ استثناء المجهول من المعلوم يصيِّره مجهولاً.

فصل في تفريق الصفقة

وهو أن يجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح، في عقدٍ واحدٍ. ولها ثلاث صور:

(١) في الإفصاح (٣٥٧/١): «واتفقوا على أنه إذا أطلق البيع ولم يعين النقد، انصرف إلى غالب نقد البلد».

(٢) ما يوزن به كالرطل والأوقية. المعجم الوسيط (٤٥٣/١).

(٣) القفيز: مكيال يكال به قديماً، ويختلف مقداره في البلاد. المعجم الوسيط (٧٥١/٢).

(٤) جامع الترمذي (٢٤٧٣) سنن ابن ماجه (٢٤٤٦) قال الترمذي: «حسن غريب».

أحدها: أن يبيع معلوماً ومجهولاً يتعذر علمه، كهذه الفرس وما في بطن أخرى، ولم يقل: كلُّ من المعلوم والمجهول بكذا، فلا يصح^(١)؛ لأن الثمن يوزع على المبيع بالقيمة، والمجهول لا يمكن تقويمه، فلا طريق إلى معرفة ثمن المعلوم.

وكذا لو باعه بمائةٍ ورطلٍ خمرٍ؛ لأن الخمر لا قيمة له، فلا ينقسم عليه البذل، أشبه ما لو كان الثمن كله كذلك.

وإن قال: كلُّ منهما بكذا، صح في المعلوم بثمنه؛ للعلم به.

فإن لم يتعذر علمُ مجهولٍ يبيع مع معلومٍ، كهذا الثوب وثوبٍ غير معينٍ، صح في المعلوم بقسطه من الثمن؛ لعدم الجهالة.

الثانية: أن يبيع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه، كعبدٍ مشتركٍ بينهما، أو ما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء، كصاعين متساويين لهما، فيصح في نصيبه بقسطه من الثمن؛ لفقد الجهالة في الثمن؛ لانقسامه على الأجزاء، ولم يصح في نصيب شريكه؛ لعدم إذنه.

الثالثة: أن يبيع عبده وعبد غيره بغير إذنه، أو يبيع عبداً وحرّاً^(٢)، أو يبيع خلاً وخمرّاً، صفقةً واحدةً بثمنٍ واحدٍ، فيصح في عبده بقسطه^(٣)، وفي الخل بقسطه من الثمن؛ لأن كل واحدٍ منهما له حكم يخصه، فإذا اجتمعا بقيا على حكمهما.

ويُقَدَّرُ خمرٌ خلاً، وحرٌّ عبداً؛ ليتقسط الثمن.

ولمشتَرِ الخيارِ إن جهل الحال بين إمساك ما يصح فيه البيع بقسطه من الثمن، وبين ردِّ المبيع؛ لتبعض الصفقة عليه.

وإن باع عبده وعبد غيره بإذنه، بثمنٍ واحدٍ، صح البيع؛ لأن جملة الثمن معلومة؛ كما لو كانا لواحدٍ.

ويُقَسِّطُ الثمن على قَدْرِ قيمة العبدَيْن، فيأخذ كلُّ ما يقابل عبده.

(١) في المغني (١٧٨/٤): «بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألفٍ، فهذا البيع باطل بكل حالٍ، ولا أعلم في بطلانه خلافاً».

(٢) في المغني (١٩٣/٤): «لا يجوز بيع الحر، ولا ما ليس بمملوكٍ، كالمباحات قبل حيازتها وملكها، ولا نعلم في ذلك خلافاً».

(٣) في هداية الراغب (٤٧٤/٢): «وطريق معرفة القسط في هذه الصور ونحوها: أن تقوِّم كل عينٍ على حدتها، ثم تجمع القيمتين، وتنسب من المجموع قيمة كل عينٍ، ثم تقسم الثمن على تلك النسبة، ففيما إذا باع عبده وعبد غيره بمائةٍ، وكانت قيمة عبده ثلاثين، وقيمة عبد غيره عشرين، فمجموع القيمتين: خمسون، قيمة عبده: ثلاثة أخماسها، فله من المائة: ثلاثة أخماسها: ستون، وعلى هذا قَسِّن».

وإن باع عبديه لاثنتين بثمانٍ واحدٍ، صح البيع، ويقسِّط الثمن على قيمة العبدین، ويؤدي كلُّ مشترٍ ما يقابل عبده.

وإن اشترى عبدين من اثنتين أو كليهما بثمانٍ واحدٍ، صح وقسِّط الثمن على قيمتهما. وكبيع: إجارةً ورهنً وصلحً ونحوها.

فلو أجر داره ودار غيره بإجرةٍ واحدةٍ، صحت، وقسِّطت الأجرة على الدارين، وكذا باقي الصور.

فصل (١)

ولا يصح البيع ولا الشراء ممن تلزمه الجمعة بعد نداءها الثاني^(٢)؛ لقوله تعالى: {إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ}، والنهي يقتضي الفساد. وكذا قبل النداء لمن منزله بعيد في وقت وجوب السعي عليه، وهو الوقت الذي يمكنه إدراكها فيه.

وتحرم المساومة والمناذاة إذن؛ لأنهما وسيلة للبيع المحرم.

وكذا لا يصح البيع لو تضايق وقت مكتوبة.

ويصح بعد نداء الجمعة الثاني:

-البيع لحاجةٍ، كمضطرٍ إلى طعامٍ، أو عريانٍ يجد سترةً، ونحوهما إذا وجد ذلك يباع؛ دفعا لضرورته.

-النكاح وسائر العقود، كالقرض والرهن والضمان والإجارة، وإمضاء بيع خيارٍ؛ لأن ذلك يقل وقوعه، فلا تكون إباحته ذريعةً إلى فوات الجمعة أو بعضها، بخلاف البيع.

ولا يصح بيع عصيرٍ ونحوه ممن يتخذه خمرا؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ}.

ولا سلاحٍ في فتنةٍ بين المسلمين؛ لأنه ﷺ نهي عنه^(٣)، قاله أحمد، قال: وقد يقتل به، ولا يقتل به.

وكذا يبعه لأهل حربٍ^(٤)، أو قطع طريقٍ؛ لأنه إعانة على معصية.

(١) في المعونة والدقائق وهداية الراغب: «فصل في موانع صحة البيع».

(٢) في الإقناع: «بعد الشروع في نداءها الثاني».

(٣) أخرج البيهقي في السنن الكبرى (١٠٧٨٠) عن عمران بن حصين، قال: «نهي رسول الله ﷺ عن بيع السلاح في الفتنة». قال البيهقي: «رفعه وهم، والموقوف أصح». وفي صحيح البخاري (٦٣/٣): «باب بيع السلاح في الفتنة وغيرها، وكره عمران بن حصين يبعه في الفتنة».

(٤) في المجموع (٣٥٤/٩): «بيع السلاح لأهل الحرب، حرام بالإجماع».

ولا بيع مأكولٍ ومشموومٍ لمن يشرب عليهما المسكر، ولا قدحٍ لمن يشرب به خمرًا، ولا جوزٍ وبيضٍ لقمارٍ. ويحرم شراء أو أكل الجوز والبيض الذي اكتسبوه من القمار؛ لأنه لم ينتقل إلى ملك المكتسب. ولا بيع عبدٍ مسلمٍ لكافرٍ إذا لم يعتق عليه؛ لأنه ممنوع من استدامة ملكه عليه؛ لما فيه من الصَّغار، فمُنِع من ابتدائه.

فإن كان يعتق عليه بالشراء، لقراءة أو تعليق، صح؛ لأنه وسيلة إلى حرته. وإن أسلم قنُّ في يد كافرٍ^(١)، أو أسلم عند مشترته من كافرٍ، ثم رده لنحو عيبٍ في العبد، أُجبر على إزالة ملكه عنه، بنحو بيعٍ أو هبةٍ أو عتقٍ؛ لقوله تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}. ولا تكفي مكاتبته؛ لأنها لا تزيل ملك سيده عنه، ولا بيعه بخيارٍ؛ لعدم انقطاع عُلقه عنه.

وإن جمع في عقدٍ بين بيعٍ وكتابةٍ، بأن باع عبده شيئًا وكتبه بعوضٍ واحدٍ صفقةً واحدةً، بطل البيع؛ لأنه باع مالهَ لِماله، أشبه ما لو باعه قبل الكتابة، وصحت الكتابة بقسطها؛ لعدم المانع. وإن جمع في عقدٍ بين بيعٍ وصرْفٍ، بأن باعه عبدًا وصارفه دينارًا بمائة درهم. أو جمع بين بيعٍ وإجارةٍ، بأن باعه عبده وآجره داره بعوضٍ واحدٍ. أو جمع بين بيعٍ وخلعٍ، بأن باعته دارها واختلعت منه بعشرين دينارًا. أو جمع بين بيعٍ ونكاحٍ، كبعتك عبدي وزوجتك بنتي بألفٍ. صح البيع وما جُمع إليه؛ لأن اختلاف العقدين لا يمنع الصحة، كما لو جمع بين ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه.

ويقسِّط العوض على المبيع وما جُمع إليه بالقيم؛ ليعرف عوض كلٍّ منهما تفصيلًا^(٢).

وحرم بيعُ على مسلمٍ، كقوله لمشتري سلعةً بعشرةٍ: أنا أعطيك مثلها بتسعةٍ؛ لحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعضٍ» متفق عليه^(٣).

(١) في الإجماع (ص ٦٤): «وأجمعوا على أن رقيق أهل الذمة إن أسلموا، أن يبيعهم يجب عليهم» وفي الشرح الكبير (٤/٤٢): «لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم، إجماعًا».

(٢) من قوله: «وإن جمع في عقدٍ بين بيعٍ وكتابةٍ» إلى قوله: «تفصيلًا» دُكِر في المنع والإقناع والمنتهى في مسائل تفريق الصفقة.

(٣) صحيح البخاري (٢١٥٠) صحيح مسلم (١٥١٥).

وحرم أيضاً شراؤه على شرائه، كقوله لمن باع سلعةً بتسعةٍ: عندي فيها عشرة؛ لأن الشراء في معنى البيع المنهي عنه. ومحل ذلك إذا وقع في زمن خيارٍ مجلسٍ أو خيارٍ شرطٍ، ليفسخ المقول له العقد ويعقد معه؛ لأنه لا يتمكن من الفسخ بعدهما.

ويبطل العقد في البيع على بيعه والشراء على شرائه؛ لأن النهي يقتضي الفساد.

وحرم أيضاً سومه على سومه بعد الرضا صريحاً من بائعٍ؛ لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «ولا يَسْم الرجل على سوم أخيه» رواه مسلم^(١).

ويصح عقدٌ مع سومه على سوم أخيه؛ لأن المنهي عنه السوم لا البيع.

ولا يحرم زيادة في مناداةٍ قبل الرضا، إجماعاً^(٢)؛ فإن المسلمين لم يزالوا يتبايعون في أسواقهم بالمزايدة.

ولا يحرم بيع ولا شراء ولا سوم بعد ردّ السلعة المبتاعة، أو رد السائم في مسألة السوم؛ لأن العقد أو الرضا بعد الرد غير موجودٍ.

والإجارة كالبيع في ذلك؛ لما فيه من الإيذاء.

وحرم بيع حاضرٍ لبادٍ، وهو من يدخل البلد من غير أهلها؛ لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لبادٍ» متفق عليه^(٣).

ويبطل بخمسةٍ شروطٍ:

أحدها: أن يقدم لبيع سلعته؛ لأنه إذا حضر لخزنها أو أكلها، فقصد الحاضر، وحضه على بيعها كان توسعةً، لا تضييقاً.

الثاني: أن يريد بيعها بسعر يومها؛ لأنه إذا قصد أن لا يبيعها رخيصةً، كان المنع من جهته، لا من جهة الحاضر.

الثالث: أن يكون جاهلاً بسعرها؛ لأنه إذا علمه، لم يزد الحاضر على ما عنده.

الرابع: أن يقصد الحاضر، فإن قصد البادي، لم يكن للحاضر أثر في عدم التوسعة.

الخامس: أن يكون بالناس حاجة إليها؛ لأنهم إذا لم يكونوا محتاجين، لم يوجد المعنى الذي نهى الشرع لأجله.

(١) صحيح مسلم (١٤١٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) المغني (١٦١/٤).

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٠) صحيح مسلم (١٤١٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

ومن باع ربويًا بنسيئةٍ أو حالٍ لم يُقبض، واعتاض عن ثمنه ما لا يباع به نسيئةً، كتمن بربٍّ اعتاض عنه برًّا، أو غيره من المكيلات، لم يجز؛ لأنه ذريعة لبيع الربوي بالربوي نسيئةً.

وإن اشترى من المشتري طعامًا بدرهم وسلمها إلى البائع، ثم أخذها منه وفاءً مما عليه، أو لم يسلمها إليه لكن قاصه جاز، كأن يشتري منه صاعًا بدرهم مؤجلًا، ثم يشتري البائع من المشتري صاعًا بدرهم مثلاً، فيكون لكل واحدٍ منهما على صاحبه درهم، فيتقاصان، بأن يقول أحدهما: أسقط الذي عليّ من الذي عليك.

ومن اشترى شيئًا، ولو غير ربويٍّ، نقدًا بدون ما باع به نسيئةً، أو حالًا لم يقبض، لم يجز؛ لأنه ذريعة إلى الربا؛ لبيع ألفًا بخمسائةٍ، وتسمى: مسألة العينة.

ويجوز إن اشتراه بأكثر مما باعه به أو بمثله؛ لانقضاء الربا المتوصل إليه به.

وعكس مسألة العينة مثلها؛ لأنه يُتخذ وسيلة للربا، كأن يبيع سلعةً بنقدٍ، ثم يشتريها من مشتريها بأكثر منه نسيئةً.

وكذا العقد الأول فيهما حيث كان وسيلةً إلى الثاني، فيحرم، ولا يصح؛ للتوصل به إلى محرم.

وإن اشترى المبيع في مسألة العينة أو عكسها بغير جنسه، بأن باعه بذهبٍ، ثم اشتراه بفضةٍ أو بالعكس.

أو اشتراه بعد قبض ثمنه.

أو بعد تغير صفته، بأن هزل العبد، أو تحرق الثوب.

أو اشتراه من غير مشتريه، بأن باعه مشتريه أو وهبه، ثم اشتراه بئعه ممن صار إليه.

أو اشتراه أبو بئعه، أو ابنه، أو زوجته، جاز الشراء، ما لم يكن حيلةً على التوصل إلى فعل مسألة العينة.

ومن احتاج إلى نقدٍ، فاشترى ما يساوي مائةً بأكثر؛ ليتوسع بثمنه، فلا بأس، وتسمى: مسألة التورق.

ويحرم التسعير، وهو منع السلطان الناس البيع بزيادة على ثمنٍ يقدره لهم؛ لقول أنسٍ: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ، فقال الناس: يا رسول الله سَعِّرْ لنا، فقال ﷺ: «إن الله هو المسعِّر القابض الباسط الرازق،

وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مالٍ» رواه الثلاثة^(١).

ويحرم الاحتكار في قوت آدمي، والاحتكار: الشراء للتجارة وحبسه مع حاجة الناس إليه؛ لقول أبي أمامة: «نهى رسول الله ﷺ أن يُحتكر الطعام»^(٢).

ويجبر على بيعه كما يبيع الناس؛ دفعاً للضرر. ولا يكره ادخار قوت أهله ودوابه^(٣)؛ لقول عمر: «إن النبي ﷺ كان يجبس لأهله قوت سنتهم» متفق عليه^(٤).

ويسن الإشهاد على البيع؛ لقوله تعالى { وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ } والأمر للندب.

باب الشروط في البيع

الشرط هنا: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة.

ومحل المعتبر منها صلب العقد، أي مقارنته للعقد، أو ما كان في زمن الخيارين، لا ما كان قبل العقد. وهي ضربان:

الأول: صحيح، وهو ما وافق مقتضى العقد.

وهذا الضرب ثلاثة أنواع:

أحدها: شرط مقتضى البيع، وهو ما يطلبه البيع بمقتضى الشرع، كتقابض، وحلول ثمن، فلا يؤثر ذكر هذا النوع، فوجوده كعدمه؛ لأنه بيان وتأكيذ لمقتضى العقد.

الثاني: شرط من مصلحة العقد، أي: مصلحة تعود على المشتري^(٥)، كتأجيل ثمن، أو بعضه إلى مدة معلومة، وكرهن معين، أو ضامن معين، وكشروط صفة في المبيع، ككون العبد كاتباً، أو الأمة بكرًا، أو الدابة

(١) سنن أبي داود (٣٤٥١) جامع الترمذي (١٣١٤) سنن ابن ماجه (٢٢٠٠) وفي التلخيص الحبير (٣١/٣): «إسناده على شرط مسلم، وقد صححه ابن حبان والترمذي».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٣٨٧).

(٣) في المفهم (٥٢٠/٤): «ولا خلاف في أن ما يدخره الإنسان لنفسه وعياله من قوت، وما يحتاجون إليه، جائز لا باس به».

(٤) صحيح البخاري (٥٣٥٧) صحيح مسلم (١٧٥٧).

(٥) في معونة أولي النهى في باب الشروط في النكاح: «ما كان من مصلحة العاقد، كان من مصلحة العقد».

لُبُونًا، فيصح الشرط في كل ما ذُكِرَ^(١)؛ لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفاتت الحكمة التي لأجلها شرع البيع.

فإن وَفَى بالشرط، وإلا فلصاحبه الفسخ، أو أُرْشُ فقد الصفة؛ إلحاقًا له بالعيب، وإن تعذر ردُّ - كما لو تلف المبيع - تعيّن الأرش.

والأرش: قسط ما بين قيمته بالصفة، وقيّمته مع عدمها من الثمن.

فلو اشترى عبدًا على أنه كاتب بألفٍ، فتبيّن أنه غير كاتبٍ، فيخير مشترٍ بين فسخ بيعٍ وأخذ الثمن، وبين إمساكه وأخذ أرش فقد الصفة، بأن يقوّم العبد، فيقال: وهو كاتب يساوي ألفًا وخمسمائةً، وبدون الكتابة يساوي سبعمائةً وخمسين - مثلاً - فقد نقص نصف القيمة، فيأخذه بنصف الثمن، وهو خمسمائةً في هذا المثال.

وإن شرط صفةً، فبان أعلى منها، فلا خيار؛ لأنه زاده خيرًا.

الثالث: شرط بائعٍ نفعًا معلومًا في مبيعٍ، كاشتراط بائعٍ سكنى الدار شهرًا، ومُحْمَلان البعير إلى موضعٍ معينٍ، فيصح؛ لما روى جابر «أنه باع النبي ﷺ جملاً، واشترط ظهره إلى المدينة» متفق عليه^(٢). لا أن يشترط مشترٍ وطءً أمةً مبيعةً، أو دواعي وطءٍ، كقبلة؛ لأن ذلك لا يباح إلا بملك يمينٍ، أو نكاحٍ، وقد انتفيا.

ولبائعٍ إجارةً وإعارةً ما استثناه من النفع؛ كما يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة، وأن يعيرها. وإن تعذر انتفاع البائع بالمبيع الذي استثنى نفعه بسبب مشترٍ، كأن يتلفه مشترٍ، فعليه أجرة مثل النفع المستثنى؛ لأنه فوّت المنفعة المشترطة على مستحقها.

ومن هذا النوع من الشروط: اشتراط مشترٍ على بائعٍ نفعًا معلومًا في مبيعٍ، كحمل حطبٍ إلى موضعٍ معلومٍ، أو تكسيه، أو خياطة ثوبٍ، أو تفصيله، إذا بين نوع الخياطة أو التفصيل. واحتج أحمد لذلك بما

(١) في المغني (٤/١٧٠): «شرط ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس، والتقابض في الحال. وشرط ما تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل، والخيار، والرهن، والضمين، والشهادة، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع، كالصناعة والكتابة... لا نعلم في صحة هذين القسمين خلافًا».

(٢) صحيح البخاري (٢٣٠٩) صحيح مسلم (٧١٥). قال في الروض: «واحتج في التعليق والانتصار وغيرها بشراء عثمان من صهيب أرضًا، وشرط وقفها عليه وعلى عقبه، ذكره في المبدع، ومقتضاه صحة الشرط المذكور» وفي حاشية ابن فيروز (ص ٤٠٣): «ومقتضاه: أي مقتضى الاحتجاج المذكور: صحة الشرط المذكور - الذي هو الوقف - والمذهب: لا، كما في الإقناع والمنتهى».

روي «أن محمد بن مسلمة اشترى من نَبَطِيٍّ جُرْزَةَ^(١) حطبٍ وشارطه على حملها»^(٢)، ولأنه بيع وإجارة؛ لأنه باعه الحطب، مثلاً، وأجره نفسه على حمله، وكل واحدٍ من البيع والإجارة يصح إفراده بالعقد، فجاز جمعهما.

والبائع - والحالة هذه - كالأجير، فلو تعذر استيفاء العمل منه، بأن مات البائع، مثلاً، قبل أن يحمل الحطب، أو يخيط الثوب، فلمشترٍ عوض ذلك النفع المشروط عليه؛ لفوات ما وقع عليه العقد. وإن تراضيا على أخذ العوض^(٣) عن الشرط، ولو بلا عذرٍ، جاز؛ لجواز أخذ العوض عنها مع عدم الاشتراط، فكذا معه.

وإن جمع بين شرطين، من غير النوعين الأولين، كحمل حطبٍ وتكسيه، وخياطة ثوبٍ وتفصيله، بطل البيع؛ لحديث عبد الله بن عمرو، عن النبي ﷺ، قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك» رواه أبو داود والترمذي^(٤).

فصل

الضرب الثاني من الشروط في البيع: فاسد، وهو ما ينافي مقتضى العقد. ووجه المنافاة: أن حكم العقد يقتضي تصرف كلٍّ فيما آل إليه، وشرط ذلك ينافيه. وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: يبطل العقد من أصله، **وضابطه: اشتراط أحدهما على الآخر عقداً آخر**^(٥). كسلم، كبعتك على أن تُسلمني كذا في كذا. أو شرط قرض، كبعتك على أن تقرضني كذا^(٦). أو شرط بيع، كبعتك على أن تبيعني كذا. أو شرط إجارة، كبعتك على أن تؤجرني دارك بكذا.

(١) أي: حزمة.

(٢) مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه صالح (١٧٤/٢) رقم (٧٤٠).

(٣) في الروض: «أجرته» قال ابن فيروز: «فيه مسامحة، فلو قال: عوضه. لكان أولى».

(٤) سنن أبي داود (٣٥٠٤) جامع الترمذي (١٢٣٤) قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٥) في مجموع الفتاوى (٨٣/٣٠): «اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يشترط مع البيع عقداً... فلا يجوز أن يبيعه على أن يقرضه ولا أن يؤجره على أن يساقيه، أو يشاركه على أن يقترض منه، ولا أن يبيعه على أن يبتاع منه ونحو ذلك».

(٦) في المغني (١٧٧/٤): «لو باعه بشرط أن يسلفه أو بقرضه، أو بشرط المشتري ذلك عليه، فهو محرم والبيع باطل... لا أعلم فيه خلافاً».

أو شرط صرفٍ للثمن، كبعثك هذا بعشرة دنانير، على أن تصرفها لي بدراهم.
أو شرط صرفٍ غيرِ الثمن، كبعثك هذا بكذا، على أن تصرف لي مائة دينارٍ.
أو شرط شركةٍ، كبعثك على أن تشاركني في كذا.
وهذا النوع هو بيعتان في بيعة المنهي عنه^(١)، قاله أحمد.

الثاني: ما يصح معه البيع، ويطل الشرط، وضابطه: **كل شرطٍ يناهز مقتضى البيع.**

كاشتراط مشترٍ على بائعٍ أن لا خسارة عليه، أو متى نَفَقَ المبيع وإلا رَدَّه.
أو شرط بائعٍ على مشترٍ أن لا يبيع المبيع، أو لا يهبه، أو لا يعتقه، أو شرط إن أعتقه فالولاء له^(٢)، أي لبائعٍ، أو شرط بائعٍ على مشترٍ أن يبيع المبيع، أو يهبه، فيبطل الشرط وحده؛ لقوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرطٍ» متفق عليه^(٣).
والبيع صحيح؛ لأنه ﷺ في حديث بريرة أبطل الشرط ولم يبطل العقد.
إلا إذا شرط بائعٌ العتق على مشترٍ، فيصح الشرط أيضاً؛ لحديث بريرة.
ويجبر مشترٍ على العتق إن أباه، والولاء له، فإن أصر أعتقه حاكم.
وكذا شرط رهنٍ فاسدٍ، كخمرٍ ومجهولٍ، وخيارٍ، أو أجلٍ مجهولين، ونحو ذلك، فيصح البيع ويفسد الشرط.
ويصح تعليق فسخٍ بشرطٍ؛ لأنه رفع للعقد بأمرٍ يحدث في مدة خيارٍ، أشبه شرط الخيار، كقول بائعٍ: بعثك كذا بكذا على أن تنقدي الثمن إلى شهرٍ وإلا فلا يبيع بيننا^(٤)، أو على أن ترهننيه بئمنه، كقوله: بعثك هذا الثوب بكذا على أن ترهننيه على ثمنه، وإلا تفعل ذلك فلا يبيع بيننا، وقيل مشترٍ، صح البيع والتعليق، وينفسخ إن لم يفعل.

الثالث: ما لا ينعقد معه البيع، وضابطه: **كل بيعٍ عُلق على شرطٍ مستقبليٍّ، غير إن شاء الله، وغير بيع العرْبُونِ**^(٥).

(١) روي عن جماعة من الصحابة، منهم أبو هريرة، أخرجه الترمذي (١٢٣١) وغيره، قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

(٢) في المجموع (٣٧٧/٩): «شرط فاسد بالاتفاق».

(٣) صحيح البخاري (٢١٦٨) صحيح مسلم (١٥٠٤).

(٤) ذكره في المقنع في القسم الثالث الآتي.

(٥) في المصباح المنير (٤٠١/٢): «بفتح العين والراء... والعربون وزان عصفور، لغة فيه».

مثال ما علق على شرطٍ مستقبلٍ: بعتك إن جئتني بكذا، أو إن رضي زيد بكذا، أو يعلق القبول على شرطٍ مستقبلٍ، كقبلت إن جاء رمضان.

ووجه عدم الصحة: أن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع، والشرط هنا يمنعه.

أو يقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك^(١)، فلا يصح البيع؛ لقوله ﷺ: «لا يعلّق الرهن من صاحبه» وفسّره أحمد بذلك، ولأنه علقه على شرطٍ مستقبلٍ.

أما كونه يصح إذا علقه بمشيئة الله؛ فلأن القصد منه التبرك، لا التردد غالبًا.

أما كونه يصح في بيع العربون^(٢) - وهو أن يدفع بعد العقد شيئًا، ويقول: إن أخذت المبيع أتممت الثمن، وإلا فهو لك - فلما روى نافع بن عبد الحارث «أنه اشترى من صفوان بن أمية دار السجن، بثلاثة آلاف،

فإن عمر رضي، فاليوم بيعه، وإن لم يرض بالبيع، فلصفوان أربع مائة درهم»^(٣).

والمدفع للبائع إن لم يتم البيع.

والإجارة مثل البيع.

- وإن باعه شيئًا وشرط البراءة من كل عيبٍ،

- أو من عيب كذا، إن كان ذلك العيب بالمبيع، لم يبرأ البائع؛ لما روي «أن عبد الله بن عمر باع زيد بن

ثابت عبدًا بشرط البراءة، بثمانمائة درهم، فأصاب زيدٌ به عيبًا، فأراد رده على ابن عمر، فلم يقبله، فترافعا

إلى عثمان، فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم هذا العيب؟ قال: لا، فرده عليه»^(٤).

فإن وجد المشتري بالمبيع عيبًا، فله الخيار؛ لأن خيار العيب إنما يثبت بعد البيع، فلا يسقط بإسقاطه قبله.

- وإن سمى البائع العيبَ لمشتري، برئ البائع؛ لأن المشتري قد علم بالعيب ورضي به.

- وكذا لو أبرأ المشتري البائع من العيب بعد العقد، برئ؛ لأنه أسقط حقه بعد ثبوته له بالعقد.

(١) قال في الإنصاف (٢٤٩/١١): «قوله... وإلا فالرهن لك، يعني: مبيعًا بما لك عندي من الحق».

(٢) الإنصاف (٢٥١/١١): «الصحيح من المذهب، أن يبيع العربون صحيح... وهو من مفردات المذهب».

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٩٢١٣) وعلقه البخاري في الخصومات باب الربط والحبس في الحرم، قبل حديث (٢٤٢٣).

(٤) أخرج مالك في الموطأ (٦١٣/٢): «أن عبد الله بن عمر باع غلامًا له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن

عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاخصمنا إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدًا، وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: «بعته

بالبراءة»، ففضى عثمان بن عفان، على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف،

وارتجع العبد». قال في البدر المنير (٥٥٨/٦): «هذا الأثر صحيح».

فصل

وإن باع ما يُذرع، كعقارٍ أو ثوبٍ على أنه عشرة أذرع، فبان أكثر من عشرة أو أقل، صح البيع، والزائد عن العشرة للبائع؛ لأنه لم يبعه، والنقص عليه؛ لأنه التزمه بالعقد، ولهما الفسخ؛ دفعًا للضرر، ما لم يعطِ البائع الزيادة للمشتري مجاناً؛ لأنه زاده خيراً، أو يبذل المشتري الثمن كله للبائع ويأخذ المبيع راضياً بنقصه؛ لعدم الضرر، وإن تراضيا على المعاوضة عن الزيادة أو النقص، جاز؛ لأن الحق لا يعدوهما، ولا يجبر أحدهما على ذلك.

وإن كان البيع نحو صبرةٍ على أنها عشرة أصواع، فبان أقل أو أكثر صح البيع؛ لصدوره من أهله. ولا خيار؛ إذ لا ضرر في ردِّ الزائد، ولا إن بان أقل؛ لأن نقصان القدر ليس بعيبٍ في الباقي. والزيادة للبائع والنقص عليه بقدره من الثمن.

١٤٣٦/٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب الخيار وقبض المبيع والإقالة

الخيار: طلب خير الأمرين من إمضاء عقدٍ أو فسخه.

وهو ثمانية أقسام:

الأول: خيار المجلس، وهو موضع الجلوس، والمراد هنا: مكان التباعد.

يثبت خيار المجلس في البيع؛ لحديث ابن عمر، أن النبي ﷺ قال: «إذا تباعد الرجلان فكل واحدٍ منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً» متفق عليه^(١).

لكن يستثنى من البيع:

١. الكتابة، فلا خيار فيها؛ لأنها وسيلة للعتق.

٢. وتولي طرفي العقد، بأن انفرد بالبيع واحد؛ لولاية أو وكالة، فلا خيار له.

٣. وشراء من يعتق عليه، كرحمه المحرم؛ لعتقه بمجرد انتقال الملك إليه بالعقد.

٤. أو اعترف بحريته قبل الشراء، بأن أقر بأنه حر، ثم اشتراه، لم يثبت له خيار؛ لأنه استنقاذ لا شراء حقيقة؛ لاعترافه بحريته.

وكبيع في ثبوت الخيار:

١. الصلح بمعنى البيع، كما لو أقر لشخصٍ بدينٍ أو عينٍ، ثم صالحه عنه بعوضٍ.

٢. وقسمة التراضي، وهي ما كان فيها ضرر أو رد عوضٍ.

٣. والهبة إذا شرط فيها الواهب عوضاً معلوماً.

لأنها أنواع من البيع.

٤. والإجارة؛ لأنها عقد معاوضةٍ أشبهت البيع.

٥. والصرف.

٦. والسلم.

لتناول البيع لهما.

دون سائر العقود، كالمساقاة، والحوالة، والوقف، والرهن، والضمان.

(١) صحيح البخاري (٢١١٢) صحيح مسلم (١٥٣١).

ولكلٍّ من المتبايعين ومن في معناهما ممن تقدم، الخيار ما لم يتفرقا عرفاً بأبداهما من مكان التبايع^(١)، فإن كانا في مكان واسع كصحراء فبأن يمشي أحدهما مستديراً لصاحبه خطوات، وإن كانا في دارٍ كبيرة ذات مجالسٍ وبيوتٍ فبأن يفارقه من بيتٍ إلى بيتٍ، أو إلى نحو صُفَّةٍ^(٢)، وإن كانا في دارٍ صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح، أو خرج منها فقد افترقا، وإن كانا في سفينةٍ كبيرةٍ فبصعود أحدهما أعلاها إن كانا أسفل أو بالعكس، وإن كانت صغيرةً فبخروج أحدهما منها، ولو حُجز بينهما بحاجزٍ كحائطٍ أو ناما، لم يعد تفرقاً، ولو طالّت المدة؛ لبقائهما بأبداهما بمحل العقد.

وإن تبايعا على أن لا خيار بينهما، لزم البيع بمجرد العقد.

وإن أسقطا الخيار بعد العقد سقط؛ لأن الخيار حق للعاقِد فسقط بإسقاطه.

وإن أسقطه أحد المتعاقدين سقط خياره، وبقي خيار الآخر؛ لأنه لم يحصل منه إسقاط لخياره.

وتحرم الفرقة خشية الفسخ؛ لحديث عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، إلا أن تكون صفقة خيارٍ، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله» أخرجه الثلاثة^(٣).

وينقطع الخيار بموت أحدهما؛ لأنه أعظم الفرقتين.

لا بجنونه؛ لعدم التفرق.

القسم الثاني من أقسام الخيار: خيار الشرط^(٤)، وهو أن يشترط المتعاقدان الخيار في صلب العقد، أو بعده في مدة خيار المجلس أو الشرط، مدة معلومة ولو طويلة؛ لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(٥). ولا يصح اشتراطه بعد لزوم العقد؛ لفوات محله.

(١) في المغني (٣/٤٩٤): «لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه».

(٢) شيء كالظلة فدام البيت. تهذيب الأسماء واللغات (٣/١٧٧).

(٣) سنن أبي داود (٣٤٥٦) جامع الترمذي (١٢٤٧) سنن النسائي (٤٤٨٣) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ قال الترمذي: «حسن».

(٤) في الكافي (٢/٢٧): «خيار الشرط، نحو أن يشترط الخيار في البيع مدة معلومة، فيجوز بالإجماع» وفي المجموع (٩/١٩٠): «أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع».

(٥) علقه البخاري بصيغة الجزم عقب حديث (٢٢٧٣) وروي موصولاً عن جماعة من الصحابة، منهم أبو هريرة عند أبي داود (٣٥٩٤) قال ابن حجرٍ في تعليق التعليق (٣/٢٨١): «حديث «المسلمون عند شروطهم» روي من حديث أبي هريرة وعمرو بن عوفٍ وأنس بن مالكٍ ورافع بن خديجٍ وعبد الله بن عمرٍ وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها».

ولا يصح إلى أجل مجهول؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل، ولأن الخيار إلى الأبد يقتضي المنع من التصرف في المبيع على الأبد، وذلك ينافي مقتضى العقد.

ولا يصح في عقد حيلة ليربح في قرض؛ لأنه يتوصل به إلى قرضٍ يجر نفعًا، كما لو اقترض من شخصٍ دراهم، ثم باعه المقترض داره بشرط الخيار؛ ليكون حيلةً على انتفاع المقرض بالدار مقابل القرض. ولا يصح البيع؛ لئلا يتخذ حيلةً على الربا.

وابتداء مدة الخيار من العقد إن شرط في العقد، كأجل الثمن.

وإلا فمن حين اشترط، كأن اشترط زمن خيار مجلس، أو خيار شرط.

وإذا مضت مدة الخيار ولم يُفسخ لزم البيع؛ لئلا يفضي إلى بقاء الخيار أكثر من مدته المشترطة.

وكذا إذا قطع المتعاقدان الخيار؛ لأن الأصل لزوم العقد، وإنما تخلف بالشرط.

وحيث قطعاً الخيار وبطل، لزم العقد بموجبه؛ لخلوه عن المعارض.

ويثبت خيار الشرط في:

١. البيع.

٢. والصلح بمعنى البيع، كما لو أقر بدين أو عين، ثم صالحه عنه بعوض.

٣. وقسمة التراضي، وهي ما كان فيها ضرر أو رد عوض.

٤. والهبة إذا شرط فيها الواهب عوضاً معلوماً.

لأنها كلها أنواع من البيع.

٥. ويثبت في الإجارة، وهي على ضربين:

أحدهما: إجارة في الذمة، كأن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب ونحوه، فهذا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأنه استدراك للغبن فيثبت فيه، كما يثبت خيار المجلس.

والثاني: أن لا تكون في الذمة، كإجارة الدار ونحوها، وهذا نوعان:

أحدهما: أن يكون على مدة لا تلي العقد، بأن أجره داراً في شهر رمضان، وتكون ابتداء الإجارة في ذي القعدة، وشرط الخيار أمداً ينقضي قبل دخول ذي القعدة، فيصح؛ لأن الإجارة نوع من البيع.

والثاني: أن تلي المدة العقد، بأن أجره شهراً من الآن، فلا يصح شرط الخيار؛ لئلا يؤدي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها، أو استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما غير جائز.

ولا يثبت خيار الشرط في بيع قبضه لعوضيه أو أحدهما شرطاً لصحته، كصرفٍ وسلمٍ.
ولا في ضمانٍ وكفالةٍ؛ لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك.

ويصح شرط الخيار للمتعاقدين، ولو كانا وكيلين؛ لأن النظر في تحصيل الحظ مفوضٌ إلى الوكيل.
وإن شرطاه لأحد المتعاقدين دون صاحبه، صح الشرط، وثبت له الخيار وحده؛ لأن الحق لهما، فكيفما تراضيا به، جاز.

وينتهي خيار الشرط بأول الغاية المغيَّباً بها، فإذا شرط إلى صلاةٍ مكتوبةٍ، سقط بدخول وقتها، وإن شرط إلى الغد، أو الليل، سقط بأول الغد، أو الليل؛ لأن «إلى» لانتهاء الغاية، فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها.

ويجوز لمن له الخيار الفسخ، ولو مع غيبة صاحبه، أو مع سخطه؛ لأن الفسخ حلٌ عقدٌ جعل إلى اختياره، فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه، كالطلاق يجوز مع غيبة الزوجة أو سخطها.

ويبتذل ملكٌ سلعةٌ مبيعةٌ مدةً خيار شرطٍ وخيارٍ مجلسٍ لمشتريٍّ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما؛ لحديث ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «من باع عبداً وله مال، فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه^(١)، فجعل المال للمبتاع باشرطه، وهو عام في كل بيعٍ، فشمّل بيع الخيار. وكسب المبيع ونماؤه المنفصل، كالثمرة، في مدة الخيارين لمشتريٍّ، ولو فسخا البيع بعد؛ لأنه نماء ملكه الداخل في ضمانه^(٢)، بقوله ﷺ في حديث عائشة: «الخراج بالضمان» رواه الخمسة^(٣). وأما النماء المتصل كالسِّمن فإنه يتبع العين مع الفسخ؛ لتعذر انفصاله.

ويحرم ولا يصح تصرف المتبايعين في مدة الخيارين مع شرط الخيار لهما في ثمنٍ معينٍ ومثمنٍ؛ أما تحريم تصرف البائع في المبيع، فلكونه لا يملكه، وأما تحريم تصرف المشتري فيه، فلكون المبيع لم تنقطع عُلق البائع عنه.

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩) صحيح مسلم (١٥٤٣).

(٢) في مجموع الفتاوى (٣٤٣/٢٠): «القبض في البيع ليس هو من تمام العقد كما هو في الرهن، بل الملك يحصل قبل القبض للمشتري تابعاً، ويكون نماء المبيع له بلا نزاع، وإن كان في يد البائع، ولكن أثر القبض إما في الضمان وإما في جواز التصرف...».

(٣) أحمد (٢٤٢٢٤) أبو داود (٣٥٠٨) الترمذي (١٢٨٥) النسائي (٤٤٩٠) ابن ماجه (٢٤٤٢) قال في بلوغ المرام (ص ٢٤١): «ضعفه البخاري، وأبو داود، وصححه الترمذي، وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان».

فلا يتصرف مشتري في المبيع بغير إذن بائع؛ لأنه حق لهما.

أو معه، أي البائع، كأن أجره مشتري لبائع.

ولا يتصرف بائع في ثمن معين زمن الخيارين إلا بإذن مشتري أو معه، كأن استأجر بائع من مشتري بالثمن عيناً. ويجوز التصرف لتجربة المبيع، كركوب دابة؛ لينظر سيرها، أو حلبها، ليعلم قدر لبنها، ولا يبطل خياره؛ لأن ذلك هو المقصود من الخيار.

كما لا يسقط الخيار باستخدام رقيق، ولو لغير تجربة؛ لأن الخدمة لا تختص بالملك، فلم يبطل الخيار بها.

وإن أعتق مشتري المبيع زمن الخيار، نفذ^(١) مع الحرمة؛ لقوته وسرايته. ويسقط خيار البائع حينئذ.

وإن تصرف مشتري في مبيع بنحو وقف أو بيع أو هبة أو لمس لشهوة، والخيار له وحده، نَقَدَ تصرفه، وسقط خياره؛ لأن ذلك دليل رضاه، وإمضائه للبيع. بخلاف تجربة المبيع واستخدامه.

وتصرف البائع في المبيع، إذا كان الخيار له وحده، ليس فسخاً للبيع؛ لأن ملك المبيع انتقل عنه، فلا يكون تصرفه فسخاً ولا استرجاعاً.

-ويبطل خيارهما مطلقاً- أي سواء كان خيار مجلس أو خيار شرط- بتلف مبيع بعد قبض.

-وبإتلاف مشتري إياه مطلقاً- أي سواء قبضه أو لم يقبضه-؛ لاستقرار الثمن بذلك في ذمته، والخيار يُسقطه، وكخيار العيب إذا تلف المبيع.

-ومن مات من بائع أو مشتري، بطل خياره، فلم يورث؛ لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث.

إن لم يكن طالب به قبل موته؛ كشفعةٍ وحدٍ قذِفٍ.

الثالث من أقسام الخيار: خيار الغبن، وهو أن يبيع ما يساوي عشرةً بثمانية، أو يشتري ما يساوي ثمانيةً بعشرة، مثلاً.

والمرجع في الغبن إلى العرف؛ لأنه لم يرد الشرع بتحديدده، فُرْجِعَ فيه إلى العرف.

وله ثلاث صور:

إحداها: تلقي الركبان، وهم القادمون من سفرٍ إذا باعوا أو اشتروا وغبنوا، فلهم الخيار إذا هبطوا السوق؛

لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق، فهو

بالخيار» رواه مسلم^(١).

(١) في الإفصاح (١/٣٥٤): «واتفقوا على أنه إذا كان المبيع عبداً، والخيار للمشتري خاصة، فأعتقه، فإنه ينفذ العتق».

الثانية: النَّجْش، وهو الزيادة في السلعة لمن لا يريد شراءها، ولو بلا مواطأة. ومنه: أُعْطِيت في هذه السلعة كذا، وهو كاذب؛ لتغيره المشتري^(٢).

فيثبت الخيار للمشتري مع الغبن؛ قياسًا على ما جاء في تلقي الركبان. الثالثة: المسترسل، وهو من جهل القيمة، ولا يحسن يماكس.

فإذا عُبن ثبت له الخيار؛ لأن الغبن وقع بسبب جهله، فثبت له الخيار، كالغبن في تلقي الركبان.

ولا أُرش لمن عُبن مع إمساكٍ للمبيع في صور الغبن الثلاث؛ لأن الشرع لم يجعله له، ولم يُقْتِ المغبون جزء من المبيع يأخذ الأرش في مقابلته.

بل إما أن يرده ويأخذ ثمنه، أو لا يرده.

والغبن محرم؛ لأنه تغير وغش.

وخياره على التراخي؛ لأنه خيار ثبت لدفع ضررٍ متحققٍ، فلم يبطل بالتأخير الخالي عن الرضى؛ كخيار القصاص.

الرابع من أقسام الخيار: خيار التدليس^(٣)، من الدُّلسة، وهي الظلمة، وهو فعل يزيد به الثمن، وإن لم يكن عيبًا.

كتسويد شعر الجارية، وجمع اللبن في ضرع بهيمة الأنعام؛ لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ: «لا تُصْرُوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردها، وصاعًا من تمرٍ متفق عليه^(٤).

والتدليس حرام^(٥)؛ لنهي ﷺ عن الغش.

وإذا تبين له التدليس، ثبت له الخيار، وهو على التراخي؛ كخيار العيب، بجامع أن كلاً منهما ثبت لإزالة ضرر المشتري.

(١) صحيح مسلم (١٥١٩).

(٢) في التمهيد (٣٤٨/١٣): «وأجمعوا أن فاعله عاصٍ لله إذا كان بالنهي عالماً».

(٣) إظهار البائع للمشتري أن المبيع على صفةٍ، فيتبين للمشتري خلافها. حاشية الروض المربع (٤٣٧/٤).

(٤) صحيح البخاري (٢١٤٨) صحيح مسلم (١٥١٥).

(٥) في الإفصاح (٣٨٥/١): «أجمعوا على أنه لا يجوز تصرية الإبل والبقر والغنم للبيع تدليسًا على المشتري».

إلا المصراة، فيخير ثلاثة أيامٍ منذ علم؛ لحديث أبي هريرة: «من اشترى شاة مصراةً، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيامٍ، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعًا من تمرٍ». رواه مسلم^(١).
والخيار فيها: بين إمساكٍ بلا أرشٍ؛ لأن الشرع لم يجعل فيها أرشًا.
وبين ردِّ مع صاعٍ تمرٍ سليمٍ؛ لأن إطلاق التمر يحمل عليه. هذا إن حلبها؛ لأن التمر إنما وجب بدلًا للبن المحتلب.

فإن عدم التمر، فقيمته؛ لأنها بدل مثله عند إعوازه.
ويقبل رد اللبن بحاله لم يتغير؛ لأن الأصل ردُّ اللبن، والتمر إنما وجب بدلًا، فإذا رد الأصل، أجزأ، كسائر الأصول مع مبدلاتها.

الخامس من أقسام الخيار: خيار العيب- وما بمعنى العيب- وهو ما ينقص قيمة المبيع عادةً.

فما عده التجار في عرفهم مُنْقَصًا، أنيط الحكم به، وما لا فلا.

كمرض حيوانٍ، وفقد عضوٍ أو زيادته، والذي بمعنى العيب، كطول مدة نقل ما في دارٍ مبيعةٍ عرفًا؛ لطول تأخر تسليم المبيع بلا شرطٍ. وكونها ينزلها الجند؛ لفوات منفعتها زمنه.

ولا فسخ بعيبٍ يسيرٍ، كسقوط بعض كلماتٍ بكتبٍ، وكصداعٍ وحمى يسيرةٍ؛ لأن مثله يُتسامح فيه.

فإذا علم المشتري بالعيب بعد العقد حُيِّر بين أمرين:

أحدهما: رده وأخذ الثمن^(٢)؛ وذلك لأن **مطلق العقد يقتضي السلامة**، فإذا ظهر معيبًا، ثبت له خيار الرد؛ استدراكًا لما فاته، وإزالةً لما يلحقه من ضرر بقائه في ملكه ناقصًا عن حقه.

حتى لو أبرأ البائع المشتري من الثمن، أو وهبه له، ثم فُسخ البيع لعيبٍ، أو غيره، رجع بالثمن على البائع؛ لأنه بالفسخ استحق جميع الثمن.

والثاني: إمساكه بأرشه؛ وذلك لأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المبيع، فكل جزءٍ منه يقابله جزء من الثمن، ومع العيب فات جزء من المبيع، فله الرجوع ببدله، وهو الأرش.

(١) صحيح مسلم (١٥٢٤).

(٢) في المغني (٤٩٤/٣): إن وجد بالسلعة عيبًا، فله ردها به، أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدةً معلومةً، فيملك الرد أيضًا، ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بمذنين الأمرين.

والأرش: قسط ما بين قيمة الصحة والعيب، فيقوم المبيع صحيحًا، ثم يقوم معيبًا، ويؤخذ قسط ما بينهما من الثمن.

مثاله: لو قوّم صحيحًا بعشرة، ومعيبًا بثمانية، فالمعيب نَقَصْ اثنين، ونسبتها إلى قيمته صحيحًا: الخُمُس، فيرجع المشتري بـخُمس الثمن^(١).

وإن أفضى أخذ الأرش إلى ربًّا - كشراء حليّ فضة بزنته دراهم - أمسك مجانًا بلا أرش؛ لئلا يؤدي إلى الربا، أو ردّه وأخذ الثمن المدفوع للبائع.

ولا خيار لمشتري علم قبل العقد بعيبٍ مبيع^(٢)؛ لدخوله على بصيرة. أو حدث العيب بعد العقد؛ لخروجه من ملك البائع سليمًا. إلا في مكيلٍ أو موزونٍ ونحوهما تعيَّب بعد عقدٍ وقبل قبضٍ، فيثبت الخيار للمشتري؛ لأنه من ضمان بائعٍ إلى قبضه.

وإن تلف المبيع المعيب بيد مشتري بنحو أكلي، أو عتق، أو لم يعلم عيبه حتى صبغ الثوب، أو وهب المبيع، أو باعه، أو بعضه، تعيَّن الأرش؛ لتعذر الرد، وعدم وجود الرضا به ناقصًا. وإن دلس بائع، بأن علم العيب وكتمه عن مشتري، فمات المبيع، أو أبق، ذهب على البائع؛ لأنه غرّه، وردّ لمشتري ما أخذه.

وإن اشترى ما لا يُعلم عيبه بدون كسره، فله ثلاث أحوال:

أحدها: أن يكون لوعائه قيمة، وكسره كسرًا تبقى له معه قيمة، كجوزٍ هندٍ وبيضٍ نعام، فإذا وجد المأكول فاسدًا، فأمسكه، فله أرشه، وإن ردّه، ردّ أرش كسره؛ لأن الكسر عيب حصل عنده. وأخذ مشتري ثمنه؛ لأن

عقد البيع يقتضي السلامة.

الثاني: أن يكون لوعائه قيمة، وكسره كسرًا لا تبقى له معه قيمة، فيتعين أرش المشتري ويسقط الرد؛ لتعذره بإتلاف المبيع.

(١) وبطريقة حسابية: نقسم قيمته معيبًا على قيمته صحيحًا، والناتج نضربه في الثمن الذي تعاقدنا عليه، فيخرج ثمن المبيع معيبًا. الحواشي السابغات (ص ٣٤٨).

(٢) في الشرح الكبير (٤/٨٦): «من اشترى معيبًا يعلم عيبه أو مدلسًا أو مصرأه وهو عالم، فلا خيار له؛ لأنه بذل الثمن فيه عالما راضيًا به عوضًا، أشبه ما لا عيب فيه، لا نعلم خلاف ذلك».

الثالث: أن لا يكون لوعائه قيمة، كبيضٍ دجاجٍ، فإذا كسره فوجده فاسداً، رجع بكل الثمن؛ لأننا تبينا فساد العقد من أصله؛ لكونه وقع على ما لا نفع فيه. وليس عليه رد فاسدٍ إلى بائعه؛ لعدم الفائدة فيه.

وخيار عيبٍ متراخٍ؛ لأنه **لدفْعِ ضررٍ متحققٍ، فلم يبطل بالتأخير**، كخيار القصاص.

ما لم يوجد دليل الرضا، كتصرفٍ فيه بإجارةٍ، أو إعارَةٍ، أو نحوهما عالماً بعيبه^(١)، أو استعماله لغير تجرئةٍ؛ لأن دليل الرضا منزلاً منزلة التصريح به.

ولا يفتقر فسخٌ لعيبٍ لحكمٍ حاكمٍ، ولا رضا البائع، ولا حضوره؛ لأنه رفع عقدٍ جعلٍ إليه، فلم يُعتبر فيه ذلك، كالطلاق.

ولو اشترى اثنان معيماً، أو اشترى بشرط خيارٍ، فرضي أحدهما، فلآخر الفسخ في نصيبه؛ لأن نصيبه جميع ما ملكه بالعقد، فجاز له ردهُ بالعيب تارةً، وبالشرط أخرى.

والمبيع بعد فسخٍ أمانة بيد مشترٍ، إن تلف بغير تعدٍ ولا تفريطٍ، فلا ضمان عليه؛ لحصوله في يده بغير تعديه.

وإن اختلف بائع ومشتري عند من حدث العيب؟ فله حالان:

أحدهما: أن يحتمل وجود العيب عند أحدهما، كخرق ثوبٍ، ولا بينة، فقول مشترٍ مع يمينه؛ لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت، فكان القول قول من ينفيه. فيحلف أنه اشتراه وبه العيب، أو أنه ما حدث عنده، ويردُّه.

ومحل هذا: إن لم يخرج المبيع عن يد مشترٍ إلى يد غيره بحيث لا يشاهده؛ لأنه إذا غاب عنه احتمل حدوثه عند من انتقل إليه.

والثاني: أن لا يحتمل إلا قول أحدهما، كالإصبع الزائدة، والجرح الطري، فيقبل قول مشترٍ في المثال الأول، وبائع في المثال الثاني، بلا يمينٍ؛ لعدم الحاجة إليه.

(١) في المغني (٤/١٢٤) إن تصرف في المبيع تصرفاً دالاً على الرضا به، قبل علمه بالعيب، لم يسقط خياره، وإن فعله بعد علمه بعيبه، بطل خياره في قول عامة أهل العلم... ولا أعلم فيه خلافاً.

ويقبل قول بائع أن المبيع المغيب ليس المردود؛ لأنه ينكر كون هذه سلعته، وينكر استحقاق الفسخ، والقول قول منكرٍ يمينه.

إلا في خيار شرط، فقول مشتري إذا أراد رد المبيع، وأنكر بائع أن يكون هو المبيع، فقول مشتري يمينه؛ لأنهما هنا اتفقا على استحقاق الفسخ، بخلاف التي قبلها.

ويقبل قول قابض، من بائع وغيره، يمينه، في ثابت في ذمة، من ثمنٍ وقرضٍ وسلّمٍ ونحوه، إذا دفعه لمستحقه، ثم رده عليه، وأنكر مقبوض منه أن يكون هو المأخوذ؛ لأن الأصل بقاء شغل الذمة. إن لم يخرج عن يد القابض، بحيث يغيب عنه؛ لما تقدم.

ويقبل قول مشتري في عينٍ ثمنٍ معينٍ بعقد، أراد البائع رده بعيب، أنه ليس المردود يمينه؛ لما تقدم.

ومن اشترى متاعاً فوجده خيراً مما اشترى، فعليه رده إلى بائعه؛ كما لو وجده أردأ مما اشترى، كان له رده على بائعه. ومحل ذلك: إذا كان البائع جاهلاً بالمبيع، وعكسه العالم بحقيقة الحال، فلا يجب على المشتري الرد؛ لدخول البائع على بصيرة.

السادس من أقسام الخيار: خيار في البيع بتخبير الثمن متى بان الثمن أقل أو أكثر^(١) مما أخبره به.

ويثبت - على قول - في أنواعه الأربعة:

١. في التولية: وهو أن يبيعه برأس المال.

٢. وفي الشركة: وهي بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن.

وأشركتك ينصرف إلى نصفه؛ لأنها تقتضي التسوية.

٣. وفي المراجعة: وهي بيع بثمنه وريح معلوم، كقوله: رأس مالي فيه تسعين، بعثكُ بها وريح عشرة.

وإن قال: على أن أريح في كل عشرة درهماً، كره، واحتج أحمد بكراهة ابن عمر وابن عباس، وقال: كأنه دراهم بدراهم.

(١) قال في المقنع وشرحه المبدع: «(ولا بد من معرفة المشتري رأس المال) وخص المشتري بما؛ لأن الظاهر أنه لا يعرفه بخلاف البائع، إذ لا فرق بينهما، فمتى جهلاه أو أحدهما، لم يصح، فلو نسي البائع رأس ماله، لم يجز بيعه مراجعةً، بل مساومةً؛ لأنه متى لم يكن عالماً أو ظاناً بذلك، كان كاذباً».

٤. وفي المواضعة: وهي بيعه برأس ماله وخسرانٍ معلوم، كقوله: رأس مالي فيه تسعين بعثكُ بها ووضيعة عشرة.

ولا بد في الصور الأربعة من معرفة المشتري والبائع رأس المال؛ لأن ذلك شرط لصحة البيع، فإن فات لم يصح.

وما ذكر من ثبوت الخيار في الصور الأربع هو رواية، والمذهب: أنه متى بان رأس المال أقل حُطَّ الزائد، ويحط أيضاً قسط الزائد في مراحجة، فلو باعه شاةً بثمانية، فظهر أنها بستة، سقط اثنان وقسطه من الربح، وهو الربع.

وينقص الزائد في مواضعة، فلو باعه عشرة أصعٍ بعشرة مثلاً، فظهر أنها بثمانية، سقط اثنان، مع بقاء الوضيعة على ما هي عليه.

ولا خيار لمشتري؛ لأن الثمن إذا بان أقل مما أخبر به، وسقط عنه الزائد، فقد زيد خيراً، فلم يكن له خيار، كما لو وُكِّل من يشتري له معيناً بمائة، فاشتراه بتسعين.

ولا تقبل دعوى بائعٍ غلطاً في الإخبار برأس المال بلا بينة تشهد بدعواه؛ لأنه مدعٍ لغلطه على غيره، فلم يقبل إلا بينة؛ كالمضارب إذا ادعى الغلط في الربح.

وإن كان اشترى السلعة - التي باعها توليةً، أو شركةً، أو مراحجةً، أو مواضعةً - بثمنٍ مؤجلٍ، فيؤجل على المشتري^(١)، ولا خيار؛ لزوال الضرر.

وإن اشتراها ممن لا تقبل شهادته له، كأبيه وابنه وزوجته،

أو بأكثر من ثمنها حيلة^(٢)،

أو محاباةً لبائع،

أو لرغبةٍ تخصه، كمنزلٍ بجوار منزله،

أو لموسمٍ فات، كعيدٍ،

أو اشترى شيئين صفقةً واحدةً^(٣)، ثم أراد بيع أحدهما بتخبير الثمن، ولم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن = فلمشتري الخيار بين الإمساك والرد، كالتدليس.

(١) خلافاً لما في الزاد من أنه إذا بان مؤجلاً فلمشتري الخيار بين الإمساك والرد، والمثبت المذهب، كما في الإقناع والمنتهى والروض.

(٢) في الإنصاف: (أو بأكثر من ثمنه حيلة) مثل: أن يشتري من غلامٍ دكانه الحر أو غيره، على وجه الحيلة.

(٣) المبدع (١٠٤/٤): «لأن قسمة الثمن على ذلك تخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير».

وما يُزاد في ثمن، كأن باعه بعشرة، ثم زاده درهمين، في مدة خيار مجلسٍ أو شرطٍ، يُلحق برأس المال، ويجب أن يخبر به^(١)؛ لأن ذلك من الثمن، فوجب إلحاقه برأس المال، والإخبار به كأصله. وكذا ما حُط منه.

أو أخذ أرشاً لعيبٍ، أو أرشاً لجنايةٍ على المبيع، ولو بعد لزوم البيع، يجب أن يخبر به؛ لأن المأخوذ في مقابلة جزءٍ من المبيع.

وإن كان ما ذُكر من زيادةٍ أو حطٍ بعد لزوم البيع بفوات الخيارين لم يُلحق بالعقد، فلا يلزم أن يخبر به؛ لأن الزيادة حينئذٍ بمنزلة الهبة من المشتري، والنقصان هبة من البائع، لا تلزم واحداً منهما، فلم يجب إلحاقه به. ولو جنى مبيع ففداه مشترٍ، فلا يُلحق فداؤه بالثمن^(٢)؛ لأنه لم يزد به المبيع ذاتاً ولا قيمةً، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية.

وإن أخبر بالحال، بأن يقول: اشتريته بكذا، أو زدته، أو نقصته كذا، ونحوه، فحسن؛ لأنه أبلغ في الصدق. ولا يلزم الإخبار إذا باع بتخبير الثمن بأخذِ نماءٍ، كصوفٍ ولبنٍ غير موجودين حال الشراء، ولا باستخدامٍ، ووطءٍ إن لم يُنقصه الوطاء.

وإن اشترى شيئاً بعشرة مثلاً وعمل فيه صنعةً، أو دفع أجرة كيله، أو مخزنه، أخبر بالحال، ولا يجوز أن يجمع ذلك ويقول: تحصّل عليّ بكذا؛ لأنه كذب وتغريب للمشتري.

وما باعه اثنان مراجحةً، فثمنه بينهما بحسب ملكيتهما، لا على رأس ماليهما؛ لأن الثمن عوض المبيع، فهو على قدر ملكيتهما.

السابع من أقسام الخيار: خيار يثبت لاختلاف المتبايعين.

(١) في المغني (٤/١٣٧): «وإن كان ذلك في مدة الخيار، لحق بالعقد، وأخبر به في الثمن، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم».

(٢) في المغني (٤/١٣٨): «إن جنى المبيع، ففداه المشتري، لم يلحق ذلك بالثمن، ولم يخبر به في المراجحة، بغير خلافٍ نعلمه».

فإذا اختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر في قدر الثمن، بأن قال بائع: بعثك بمائة، وقال مشتري: بثمانين، ولا بينة لهما، أو تعارضت بينتهما، تحالفا، ولو كانت السلعة تالفة؛ لأن كل واحدٍ منهما مدعٍ ومدعى عليه؛ فإن البائع يدعي الأكثر وينكر الأقل، والمشتري يدعي الأقل وينكر الأكثر. وصفة الحلف: أن يحلف بائع أولاً؛ لأنه أقوى جَنَبَةً من المشتري؛ لكون المبيع إذا تحالفا عاد إليه. فيقول: ما بعته بكذا، وإنما بعته بكذا، ثم يحلف مشتري، ما اشتريته بكذا، وإنما اشتريته بكذا، وإنما بدأ بالنفي؛ لأنه الأصل في اليمين. فإن رضي أحدهما بقول الآخر، أقرَّ العقد؛ لأن من رضي بقول صاحبه قد حصل له ما ادعاه، فلم يملك خياراً.

ويقرُّ العقد أيضاً إذا حلف أحدهما ونكل الآخر؛ لأن النكول بمنزلة إقامة البينة على من نكل. ولكلٍ من المتبايعين بعد التحالف الفسخ، إذا لم يرض أحدهما بقول الآخر. فإن تلفت السلعة بعد التحالف رجعا إلى قيمة مثلها؛ لتعذر رد العين. وإذا اختلفا في قيمة السلعة التالفة، أو في قدرها، بأن قال بائع: كان المبيع صاعين، فقال مشتري: بل صاع، أو اختلفا في صفة، ككون العبد كاتباً، فقول مشتري؛ لأنه غارم. وإجارة كبيع فيما إذا اختلف المتأجران في قدر الأجرة؛ لأن الإجارة بيع منافع. وإذا تحالفا في الإجارة، وفسخت بعد فراغ مدة الإجارة، فأجرة المثل، وفي أثنائها بالقسط من أجرة المثل. وإذا فُسخ العقد بعد التحالف، انفسخ ظاهراً وباطناً؛ لأنه فسخ لاستدراك ظلامته، أشبه الرد بالعيب.

وإن اختلفا في أجل، بأن يقول مشتري: اشتريته بكذا مؤجلاً، وأنكره البائع. أو اختلفا في شرط صحيح أو فاسد، كرهنٍ أو ضمين، أو قدرهما، فقول من ينفيه يمينه؛ لأن الأصل عدمه.

وإن اختلفا في عين المبيع، كبعثني هذا العبد، قال: بل هذه الجارية، فقول بائع^(١) يمينه؛ لأنه كالغارم. أو اختلفا في قدر المبيع، كبعثني صاعين، قال: بل صاعاً، فقول بائع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة.

(١) في الزاد: «تحالفا» والمثبت المذهب، كما في الإقناع والمنتهى والروض.

وإن سمياً نقداً واختلفاً في صفته، أخذ نقد البلد؛ لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به، ثم إن تعدد نقد البلد، أخذ غالبه رواجاً؛ لأن الظاهر وقوع العقد به، ثم إن استوت نقود البلد رواجاً، أخذ الوسط؛ دفعا للميل على أحدهما.

وإن قال بائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال مشتري: لا أسلم الثمن حتى أستلم المبيع، فلا يخلو من حالين:

أحدهما: أن يكون الثمن معيناً في العقد - كقوله: اشتريته بهذه العشرة - نصب الحاكم عدلاً يقبض منهما المبيع والثمن، ويسلم المبيع لمشتري، ثم الثمن لبائع؛ لجريان عادة الناس بذلك.

والثاني: أن يكون الثمن ديناً حالاً - كقوله: اشتريته بعشرة - فيجبر بائع على تسليم مبيع؛ لتعلق حق مشتري بعينه، ثم يجبر مشتري إن كان الثمن في المجلس؛ لوجوب دفعه عليه فوراً؛ لتمكنه منه.

وإن كان ديناً غائباً في البلد، حَجَرَ حاكم على مشتري - أي منعه من التصرف - في المبيع وبقيته ماله حتى يحضره؛ خوفاً من أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع.

وإن كان المال غائباً بعيداً مسافة قصرٍ عن البلد، أو ظهر أن المشتري معسر، فللبائع الفسخ؛ لتعذر الثمن عليه.

وكذا للبائع الفسخ لو كان المشتري مفلساً، وباعه جاهلاً بالحجر عليه.

وكذا حكم مؤجراً بنقدٍ حالٍ على ما تقدم تفصيله.

الثامن من أقسام الخيار: خيار الخُلف في الصفة إذا باعه شيئاً موصوفاً، فظهر أن المبيع بخلافها، أو بتغير ما تقدمت رؤيته^(١). وقد تقدم.

١٤٣٦/٣

(١) الإفصاح (٣٤٩/١): «واتفقوا على أن العين إذا كانا رأياها وعرفاها، ثم تبايعاها بعد ذلك أن البيع جائز فيما لم يغلب تغيره إلى وقت العقد، ولا خيار للمشتري إن رآها على الصفة التي كان عرفها بها، فإن تغيرت فله الخيار».

فصل في التصرف في المبيع قبل قبضه^(١)

المبيع من حيث جواز التصرف فيه قبل قبضه قسمان:

القسم الأول: ما اشترى بكيلٍ أو وزنٍ أو عدِّ أو ذرعٍ^(٢)، فهذا يُملك بالعقد، ويلزم إذا لم يكن بينهما خيار. ولا يصح تصرفٍ مشتركٍ فيه ببيعٍ أو هبةٍ أو إجارةٍ أو رهنٍ أو حوالةٍ^(٣) حتى يقبضه؛ لحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه» متفق عليه^(٤)، وكان الطعام يومئذٍ مستعملًا غالبًا فيما يكال ويوزن، وقيس عليهما المعدود والمذروع؛ لاحتياجهما لحق توفيةٍ.

ويصح قبل القبض في ما اشترى بكيلٍ أو وزنٍ أو عدِّ أو ذرعٍ:

١. عتقه^(٥)، كما لو اشترى عشرة أعبدٍ، فأعتقهم قبل عدِّهم؛ لأن العتق كالإتلاف، وإتلاف مشتركٍ كقبضه.
٢. وجعله مهرًا.
٣. وعوض خلعٍ؛ لاغتفار الغرر اليسير فيهما.
٤. ووصيةً به؛ لأنها محلقة بالإرث، وتصح بالمعدوم.

وإن اشترى المكيل، أو الموزون، أو المعدود، أو المذروع جزأفًا^(٦)، صح التصرف فيه قبل قبضه؛ لقول ابن عمر: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيًّا مجموعًا فهو من مال المشتري»^(٧)، ولأن التعيين كالقبض.

وإن تلف المبيع بكيلٍ، أو وزنٍ، أو عدِّ، أو ذرعٍ، أو تلف بعضه قبل قبضه، فله أحوال: أولها: أن يتلف بأفةٍ سماويةٍ لا صنع لآدميٍّ فيها، فينسخ البيع؛ لأنه من ضمان بائعه.

(١) في هذا الفصل إشارة إلى ثلاثة أمورٍ تكون بعد عقد البيع، انتقال الملك، وجواز التصرف، والضمان.

(٢) في الروض: «ومن اشترى مكيلًا ونحوه، وهو الموزون والمعدود والمذروع» فعلق الحكم بما يكال ويوزن، فقد يدخل فيه إذا بيع جزأفًا، والمذهب: أنه يصح التصرف في المكيل إذا بيع جزأفًا. وفي الإقناع والمنتهى: «وما اشترى بكيلٍ أو وزنٍ أو عدِّ أو ذرعٍ...».

(٣) في الدقائق (٥٨/٢): «(تنبيه) معنى الحوالة عليه هنا: توكيل الغريم في قبضه لنفسه نظير ماله؛ لأنه ليس في الذمة. زاد في الإقناع ولا حوالة به، وفيه نظر».

(٤) صحيح البخاري (٢١٢٦) صحيح مسلم (١٥٢٦).

(٥) في الإشراف لابن المنذر (٨١/٦): «أجمعوا على أن المشتري لو أعتق العبد المشتري قبل القبض، أن العتق يقع به؛ لتما ملكه عليه».

(٦) بيع مجموعٍ بلا تقديرٍ.

(٧) في صحيح البخاري معلقًا قبل حديث (٢١٣٨): وقال ابن عمر: «ما أدركت الصفقة حيًّا مجموعًا، فهو من المبتاع» ووصله الدارقطني

وإن تلف بعض المبيع وبقي بعضه، حُيِّرَ مشتري في أخذه بقسطه من الثمن. ثانيها: أن يتلفه آدمي - سواء كان هو البائع أو أجنبياً - فيخير مشتري بين أمرين: أحدهما: فسخ البيع، والرجوع بالثمن على البائع؛ لأن التلف حصل في يده فضمنه. والآخر: إمضاء البيع، ومطالبة متلفه بمثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان متقوماً؛ لأن الإتلاف كالعيب، وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه، فكان للمشتري الخيار، كالعيب. ثالثها: أن يتلف بفعل مشتري، فلا خيار له؛ لأن إتلافه كقبضه، ولأنه عيَّب ملك نفسه، فلا يرجع به على غيره.

القسم الثاني: ما عدا ما اشترى بكييل، أو وزن، أو عدّ، أو ذرع، كالعبد والدار يجوز تصرف مشتري فيه قبل قبضه؛ لقول ابن عمر: «كنت أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، فسألت النبي ﷺ، فقال: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» رواه الخمسة^(١)، فهذا تصرف في الثمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين، فمثله أيضاً التصرف في المبيع، ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفية، فصح بيعه قبل قبضه.

إلا المبيع بصفة أو رؤية متقدمة، فلا يصح التصرف فيه قبل قبضه؛ لأنه تعلق به حق توفية، فأشبه المبيع بكييل، أو وزن، أو عدّ، أو ذرع.

وإن تلف ما عدا ما اشترى بكييل، أو وزن، أو عدّ، أو ذرع، فمن ضمان مشتري؛ لحديث عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بال ضمان»، وهذا المبيع للمشتري، ف ضمانه عليه.

إلا في ثلاث مسائل يضمن فيها البائع:

أحدها: إذا منع البائع المشتري من القبض، فإن منعه حتى تلف ضمنه ضمان غصب؛ لأنه بمنعه يكون كغاصب.

الثانية: الثمر على الشجر؛ لما سيأتي في باب بيع الأصول والثمار.

(١) مسند أحمد (٥٥٥٥) سنن أبي داود (٣٣٥٤) جامع الترمذي (١٢٤٢) سنن النسائي (٤٥٨٢) سنن ابن ماجه (٢٢٦٢).

الثالثة: إذا كان المبيع بصفةٍ أو رؤيةٍ سابقةٍ؛ لأنه تعلق به حق توفيةٍ، فجرى مجرى ما اشترى بكيلٍ، أو وزنٍ، أو عدٍّ، أو ذرعٍ.

ومن تعيّن ملكه في موروثٍ، أو وصيةٍ، أو غنيمَةٍ، فله التصرف فيه قبل قبضه^(١)؛ لعدم ضمانه بعقد معاوضةٍ، فملكه عليه تام، لا يتوهم غرر الفسخ فيه.

فصل

ويحصل قبض ما يبيع بكيلٍ بالكيل، وما يبيع بوزنٍ بالوزن، وما يبيع بعدادٍ بالعدد، وما يبيع بذرعٍ بالذرع، ولا يشترط نقله؛ لحديث عثمان يرفعه: «إذا بعت فكلٍ وإذا ابتعت فاكتل» أخرجه أحمد^(٢)، ولا بن ماجه: «إذا سميت الكيل فكله»^(٣)، ولحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «من اشترى طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله» رواه مسلم^(٤).

ووجه الدلالة: أنه جعل قبض المبيع كميلاً بالكيل، وألحق به ما يبيع بوزنٍ، أو عدٍّ، أو ذرعٍ؛ لأنها في معناه.

وشرطه حضور مستحقّ كيّله أو وزنه أو عدّه أو ذرعه؛ لحديث: «وإذا ابتعت فاكتل»، أو حضور نائبه؛ لقيام الوكيل مقام الموكل.

ويصح استنابة من عليه الحق للمستحق، بأن يقول من عليه حق لربه: اکتل من هذه الصبرة قدر حقلك. ومؤنة كيّالٍ لمكيّلي، ووزانٍ لموزونٍ، وعدادٍ لمعدودٍ، ونحوه على باذلٍ، من بائعٍ ومشتريٍ ونحوهما؛ لأن توفيته واجبة عليه فوجب عليه مؤنة ذلك.

ولا يضمن ناقد^(٥) حاذق أمين خطأً؛ لأنه أمين.

(١) في المغني (٤/٨٧): «ما ملّك يارث، أو وصية، أو غنيمَةٍ، وتعين ملكه فيه، فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه؛ لأنه غير مضمون بعقد معاوضة، فهو كالمبيع المقبوض، وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم».

(٢) لفظه في مسند أحمد (٤٤٤) «إذا اشتريت فاكتل، وإذا بعت فكل» وفي صحيح البخاري قبل حديث (٢١٢٦): «ويذكر عن عثمان، أن النبي ﷺ قال له: إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكتل».

(٣) سنن ابن ماجه (٢٢٣٠).

(٤) صحيح مسلم (١٥٢٨).

(٥) في النظم المستعذب (٩/٢): «نقدت الدراهم وانتقدتها، إذا أخرجت منها الزيف... والناقد والنقاد: الذي يعرف الجيد والرديء منها».

ويحصل قبض في صبرة بنقلها؛ لقول ابن عمر: «كنا نشترى الطعام من الركبان جزأً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى نقله من مكانه» رواه مسلم^(١). وكذا ما ينقل، كثياب وحيوان.

ويحصل القبض في ما يُتناول كالجواهر والأثمان بتناوله؛ إذ العرف فيه ذلك.

وغير ما ذكر كالعقار^(٢) والثمرة على الشجر قبضه بتخلية بينه وبين مشتريه بلا حائل، بأن يفتح له باب الدار، أو يسلمه مفتاحها ونحوه، ولو كان فيها متاع للبائع؛ لأن القبض مطلق في الشرع، فُرجع فيه للعرف. ويعتبر في جواز قبض مشاع يُنقل، كنصف فرسٍ أو بعيرٍ، إذن شريكه في قبضه؛ لأن قبضه نقله، ونقله لا يتأتى إلا بنقل حصة شريكه، والتصرف في مال الغير بغير إذن حرام.

أما المشاع الذي لا ينقل، كنصف عقارٍ، فلا يعتبر له إذن شريكٍ؛ لأن قبضه تخليته، وليس فيها تصرف.

فصل في الإقالة

الإقالة: رفع العقد الذي وقع بين المتعاقدين وفسخه برضاها، إما لزوال الحاجة بالمبيع، أو لانعدام الثمن، أو غير ذلك.

وهي مستحبة؛ لحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أقال مسلماً، أقاله الله عشرته يوم القيامة» أخرجه ابو داود وابن ماجه^(٣).

وهي فسخ للعقد، لا بيع؛ لأنها عبارة عن الرفع والإزالة، يقال: أقالك الله عشرتك، أي أزالها.

وبدليل جوازها في السلم، مع إجماعهم على المنع من بيعه قبل قبضه.

وينبغي على كونها فسحاً مسائل، منها:

١. أنها تجوز قبل قبض فيما بيع بكيلٍ، أو وزنٍ، أو عدٍّ، أو ذرعٍ؛ لأنها فسخ، والفسخ لا يعتبر فيه القبض.

٢. ولا تجوز إلا بمثل الثمن الأول قدرًا ونوعًا؛ لأن العقد إذا ارتفع رجع كل منهما بما كان له.

(١) صحيح مسلم (١٥٢٧).

(٢) في مجموع الفتاوى (٢٧٢/٣٠): «... فإنهم يقولون: هذا تلف بعد قبضه؛ لأن قبضه حصل بالتخلية بين المشتري وبينه؛ فإن هذا قبض العقار وما يتصل به بالاتفاق».

(٣) سنن أبي داود (٣٤٦٠) سنن ابن ماجه (٢١٩٩) وقال في مصباح الزجاجة (١٨/٣): «إسناده صحيح على شرط مسلم».

٣. وتجوز بعد نداء الجمعة الثاني.
٤. ولا يلزم إعادة كيل، أو وزن، أو عد، أو ذرع؛ لأنها فسخ.
٥. وتصح من مضاربٍ وشريكٍ، ولو بلا إذن رب المال، والشريك الآخر.
٦. وتصح بلفظ صلحٍ وبيعٍ ومعاطاةٍ؛ لأن المقصود المعنى، فكل ما يُتوصل به إليه أجزأ.
٧. ولا يحث بها من حلف لا يبيع؛ لأنها فسخ لا بيع.
٨. ولا يثبت فيها خيار مجلسٍ ولا غيره؛ لأنها فسخ، والفسخ لا يفسخ.
٩. ولا شفعة فيها؛ لأنها ليست بيعاً، والمقتضي للشفعة هو البيع.
١٠. ولا تصح مع تلف مثنى؛ لتعذر الرد، وتصح مع تلف الثمن.
١١. ولا تصح مع موت متعاقدين أو أحدهما؛ قياساً على خيار المجلس والشرط.
١٢. ولا بزيادةٍ على ثمن، أو نقصه، أو غير جنسه؛ لأن مقتضى الإقالة ردُّ الأمر إلى ما كان عليه، ورجوع كلٍّ منهما إلى ما كان له.

وإن طلب أحدهما الإقالة وأبى الآخر، فاستأنفاً بيعاً، جاز بزيادةٍ عن الثمن الأول، أو أنقص، أو بغير جنسه^(١).

ومؤونة رد مبيعٍ تقايلاه على بائعٍ؛ لأن الفسخ بتراضيهما.
ويبقى المبيع بيد مشترٍ بعد التقايل أمانةً، فلا تلزمه مؤونة رده؛ كمودعٍ.

باب الربا والصرف

الربا: تفاضل في أشياء، ونساء في أشياء، يختص بأشياء ورد الشرع بتحريمها.
والإجماع على تحريمه؛ لقوله تعالى: { وَحَرَّمَ الرِّبَا }.

والربا نوعان: ربا فضل، وربا نسيئة.

أما ربا الفضل فيحرم في كل مكيلٍ بيع بجنسه، مطعوماً كان، كبر، أو غيره، كأشنان^(٢)، وفي كل موزونٍ بيع بجنسه، مطعوماً كان، كدُهْنٍ، أو لا، كقطنٍ؛ لحديث عبادة بن الصامت، قال: قال النبي ﷺ: «الذهب

(١) في الاستذكار (٤٩٧/٦): «لا خلاف بين العلماء أن الإقالة إذا كان فيها نقصان أو زيادة أو تأخير أنها بيع».

(٢) شجر يستعمل هو أو رماده في غسل الثياب والأيدي. المعجم الوسيط (١٩/١) وفي المصباح المنير (١٦/١): «بضم الهمزة والكسر

بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثلٍ، سواءً بسواءٍ، يداً بيدٍ» رواه مسلم^(١).

ومن المكيّل: الشعير والذرة والدُّخْن والأرز والعدس والتمر والزبيب والأقط والزيت.
ومن الموزون: الذهب والنحاس والرصاص والحديد والحريّر والشّعْر والعنب والزعفران واللحم والشحم.

ولا ربا في ماءٍ؛ لإباحته أصلاً، وعدم تموله عادةً.

ولا في مطعومٍ لا يكال ولا يوزن، كبيضٍ وبطيخٍ؛ لأنه ليس مكيلاً ولا موزوناً.

ولا فيما لا يوزن عرفاً لصناعته كخواتمٍ وفلوسٍ وثيابٍ من قطنٍ؛ **لخروجها عن الكيل والوزن بالصناعة**. أما ما يُعمل من ذهبٍ وفضةٍ فيجري فيه الربا، فالحليّ مثلاً لا تخرجه صنّعه عن الربا.

ويشترط شرطان في بيع مكيّلٍ بجنسه^(٢)، كتمرٍ بتمرٍ، أو موزونٍ بجنسه، كذهبٍ بذهبٍ:

أحدهما: التماثل، والثاني: الحلول والقبض في المجلس؛ لقوله ﷺ: «سواءً بسواءٍ، يداً بيدٍ».

والمساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل هي المساواة في معياره الشرعي، وهو الكيل في المكيّل، والوزن في الموزون^(٣)، فلا يباع مكيّل بجنسه، كشعيرٍ بشعيرٍ، إلا كيلاً، لا وزناً، ولو تمرةً بتمرةً.

ولا يباع موزون بجنسه، كحديدٍ بحديدٍ، إلا وزناً، لا كيلاً؛ لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزنٍ، والفضة بالفضة وزناً بوزنٍ، والبر بالبر كيلاً بكيّلٍ، والشعير بالشعير كيلاً بكيّلٍ» أخرجه الطحاوي^(٤).

ولأن ما خولف معياره الشرعي لا يتحقق فيه التماثل، **والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل**.

ولا يباع مكيّل بجنسه، كتمرٍ بتمرٍ، ولا موزون بجنسه، كنحاسٍ بنحاسٍ، جزافاً^(١)؛ لعدم العلم بالتساوي.

لغة».

(١) صحيح مسلم (١٥٨٢).

(٢) في المغني (٤/٤): «اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد».

(٣) في الإفصاح (٣٦٠/١): «اتفقوا على أن المكيّلات المنصوص عليها وهي: البر والشعير والتمر والملح مكيّلة أبداً، لا يجوز بيعها بعضها ببعضٍ إلا كيلاً، والموزونات المنصوص عليها أبداً موزونة».

(٤) شرح مشكل الآثار (٦١٠٤) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٤١) وصححه ابن الملقن وابن حجرٍ. البدر المنير (٤٧٠/٦) التلخيص الحبير (١٨/٣).

ما لم يعلمتا تساويهما في المعيار الشرعي، فلو باعه صُبْرَةً بأخرى، وَعَلِمَا كَيْلَ الصُّبْرَتَيْنِ وَتَسَاوَيْهِمَا، أَوْ تَبَايَعَا الصُّبْرَتَيْنِ مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَكَيْلَتَا، فَكَانَتَا سَوَاءً، صَحَّ؛ لِلْعَلْمِ بِالتَّسَاوِي. وكذا زُبْرَةٌ حديدٍ بأخرى من جنسها.

فإن اختلف الجنس، كَبُرِّ بِشَعِيرٍ، وَحَدِيدٍ بِنَحَاسٍ، جاز بيع بعضه ببعضٍ كَيْلًا أَوْ وَزْنًا أَوْ جِزَافًا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِذَا اِخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» رواه مسلم^(٢).

والجنس: ما له اسم خاص يشمل أنواعًا، فهو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها. والنوع: هو الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها.

وقد يكون النوع جنسًا بالنسبة إلى ما تحته، والجنس نوعًا بالنسبة إلى ما فوقه، والمراد هنا: الجنس الأخص والنوع الأخص، فكل نوعين اجتماعًا في اسمٍ خاصٍ فهو جنس. مثال الجنس: التمر، له أنواع كالسُّكْرِي، والعجوة^(٣).

وفروع الأجناس، كالأدقة والأخباز والأدهان، أجناسٌ؛ لأن الفرع يتبع الأصل، فلما كانت أصول هذه أجناسًا، وجب أن تكون هذه أجناسًا.

فدقيق الحنطة جنس، ودقيق الشعير جنس، وكذا البواقي.

واللحم أجناس باختلاف أصوله، من إِبِلٍ وَبَقَرٍ؛ لِأَنَّهُ فِرْعٌ أَصُولٌ هِيَ أَجْنَاسٌ، فَكَانَ أَجْنَاسًا، كالأخباز. والضأن والمعز جنس واحد، فله الضأن والمعز جنس واحد، لا يباع بعضه ببعضٍ متفاضلاً.

ولحم البقر والجواميس جنس، ولحم الإبل جنس وهكذا.

وكذا اللبن أجناس باختلاف أصوله.

(١) في المصباح المنير (٩٩/١): «بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه» وفي تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٩٣): «بكسر الجيم وضمها وفتحها».

(٢) صحيح مسلم (١٥٨٧).

(٣) في التمهيد (٥٧/٢٠): أجمعوا أن التمر بالتمر لا يجوز بعضه ببعضٍ إلا مثلاً بمثلٍ، وسواء فيه الطيب والدون، وأجناس التمور كلها لا يجوز بيع شيءٍ منها بشيءٍ إلا مثلاً بمثلٍ، كَيْلًا بِكَيْلٍ، والتمر كله على اختلاف أنواعه صنف واحد، لا يجوز التفاضل فيه في البيع والمساومة بوجهٍ من الوجوه، وكذلك البر والزبيب وكل طعامٍ مكِيلٍ من قطنيةٍ أو غيرها لا يجوز شيءٍ من ذلك كله بشيءٍ من جنسه إلا مثلاً بمثلٍ.

والشحم والكبد والقلب والألية والطِّحَال والرِّثَّة والأكارع أجناس؛ لأنها مختلفة في الاسم والخِلقة، فكانت أجناسًا، فيجوز بيع جنسٍ منها بآخر متفاضلاً.

ولا يصح بيع لحمٍ بحيوانٍ من جنسه، كلحم إبلٍ بإبلٍ؛ لما روى سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان» رواه مالك^(١)، ولأنه مال ربوي بيع بما فيه من جنسه مع جهالة المقدار، فلم يجز. ويصح بيع اللحم بحيوانٍ من غير جنسه، كلحم ضأنٍ ببقرَةٍ؛ لأنه ليس أصله ولا جنسه، فجاز.

ولا يجوز بيع حبِّ، كبرِّ، بدقيقٍ من بُرِّ، ولا سويقه؛ لتعذر التساوي؛ لأن أجزاء الحب تنتشر بالطحن، والنار قد أخذت من السويق.

وإن بيع الحب بدقيقٍ أو سويقٍ من غير جنسه، صح؛ لعدم اعتبار التساوي.

ولا بيع نيئه بمطبوخه، كحنطةٍ بهريسةٍ، أو خبزٍ بنشأ^(٢)؛ لأن النار تعقد أجزاء المطبوخ، فلا يحصل التساوي.

ولا بيع أصله بعصيره، كعنبٍ بعصير عنبٍ، وزيتونٍ بزيتٍ؛ لانتفاء التساوي.

ولا بيع خالصة بمشوبه، كحنطةٍ فيها شعيرٍ بخالصةٍ، ولبنٍ مشوبٍ بخالصٍ؛ لانتفاء التساوي المشترط إلا أن يكون الخلط يسيراً لا يُقصد تحصيله، فلا يمنع الصحة؛ لأنه لا يخل بالتماثل.

ولا بيع رطبه بيباسه، كبيع رُطبٍ بتمرٍ، وعنبٍ بزبيبٍ؛ لما روى سعد بن أبي وقاصٍ «أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرُّطب بالتمر، قال: أينقص الرطب إذا ييس؟ قالوا: نعم، فنهى عن ذلك» رواه الخمسة^(٣).

ويجوز بيع دقيق الربوي بدقيقه إذا استويا في النعومة؛ لأنهما تساويا حال العقد على وجهٍ لا ينفرد أحدهما بالنقصان.

ويجوز بيع مطبوخ جنسٍ ربوي بمطبوخه، كسمنٍ بقرِيٍّ بسمنٍ بقرِيٍّ، مثلاً بمثلٍ.

(١) موطأ مالك (٦٥٥/٢) المراسيل لأبي داود (١٧٨).

(٢) في حاشية الروض (٥٠٣/٤): «السويق: دقيق الحنطة، أو الشعير يحمص ثم يبل بالسمن أو الماء» وفي لسان العرب (٢٤٧/٦): الهريسة: البر يدق ثم يطبخ. وفي المصباح (٦٠٦/٢): «النشا: ما يعمل من الحنطة».

(٣) مسند أحمد (١٥١٥) سنن أبي داود (٣٣٥٩) جامع الترمذي (١٢٢٥) سنن النسائي (٤٥٤٥) سنن ابن ماجه (٢٢٦٤) قال في بلوغ المرام (ص ٢٤٨): «وصححه ابن المديني، والترمذي، وابن حبان، والحاكم».

ويجوز بيع خبزه بخبزه إذا استويا في النَّشَافِ، فإن كان أحدهما أكثر رطوبةً من الآخر، لم يحصل التساوي المشترط. ويعتبر التماثل في الخبز بالوزن كالتَّشَا؛ لأنه يُقَدَّرُ به عادةً، ولا يمكن كيّله، لكن إن ييس ودُقَّ وصار فتيتًا، يبع بمثله كيلاً؛ لأنه أمكن كيّله، فرُدَّ إلى أصله.

ويباع عصير ربويٍّ بعصيره، كماء عنبٍ بماء عنبٍ، ورطبُه برطبُه، كرطبٍ برطبٍ، وعنبٍ بعنبٍ؛ لتساويهما.

ولا يصح بيع المحاقلة؛ لقول جابرٍ: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة» متفق عليه^(١)، وهي بيع الحب المشتد في سنبله بجنسه.

ويصح بغير جنسه، كبيع برٍّ في سنبله بشعيرٍ؛ لعدم اشتراط التساوي.

ولا يبيع المزبنة؛ لقول ابن عمر: «إن رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة» متفق عليه^(٢).

وهي بيع الرُّطْبِ على النخل بالتمر.

إلا في العرايا التي رخص فيها النبي ﷺ، وهي بيع الرطب على النخل، فتجوز بخمسة شروطٍ:

أولها: أن يكون البيع بخرصها من التمر، أي بما يؤول إليه الرطب إذا جفَّ؛ لأن الأصل اعتبار الكيل من الجانبين، سقط في أحدهما وأقيم الخرص مكانه؛ للحاجة، فيبقى الآخر على مقتضى الأصل.

ثانيها: أن تكون فيما دون خمسة أوسقٍ؛ لقول أبي هريرة: «رخص النبي ﷺ في بيع العرايا بخرصها من التمر، فيما دون خمسة أوسقٍ، أو في خمسة أوسقٍ» متفق عليه^(٣)، فلم تجز في الخمسة للشك فيها.

ثالثها: أن تكون محتاجٍ لرطبٍ.

رابعها: أن لا يكون ثمنٌ مع المشتري؛ لما يروى عن محمود بن لبيدٍ، قال: «قلت لزيدٍ: ما عراياكم هذه؟

فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتعاون به رطبًا، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يتعاونوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبًا»^(٤).

خامسها: الحلول والتقابض قبل التفرق^(١)؛ لأنه يبع تمرٍ بتمرٍ، فاعتبر فيه أحكامه.

(١) صحيح البخاري (٢٣٨١) صحيح مسلم (١٥٣٦).

(٢) صحيح البخاري (٢١٧١) صحيح مسلم (١٥٤٢).

(٣) صحيح البخاري (٢٣٨٢) صحيح مسلم (١٥٤١).

(٤) قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٥١/٤): «هذا الحديث لم يخرج في الصحيحين، بل ولا في السنن، وليس لمحمود بن لبيدٍ

رواية عن زيدٍ في شيءٍ من الكتب الستة، وليس هذا الحديث في مسند الإمام أحمد، ولا السنن الكبير للبيهقي، وقد فتشْتُ عليه في

كتب كثيرة فلم أر له سندًا، وقد ذكره الشافعيُّ في كتاب البيوع، في باب العرايا، بلا إسنادٍ».

فقبض تمر بكييل، وقبض رطب على نخلٍ بالتخلية؛ لأن الكيل ممكن في التمر دون الرطب. ولا تصح في بقية الثمار؛ لقول زيد بن ثابت: «إن رسول الله ﷺ رخص بعد ذلك في بيع العرّة بالرطب، أو بالتمر، ولم يرخص في غير ذلك» متفق عليه^(٢).

مسألة: مُد عَجْوَةٍ ودرهم:

ولا يباع ربوي بجنسه ومع أحدهما أو معهما - أي الثمن والمثمن - من غير جنسه، كُمُدِّ عَجْوَةٍ ودرهم بمدِّ عَجْوَةٍ ودرهم، أو بمددين؛ لقول فضالة بن عبيد: «أُتِيَ النبي ﷺ بِقِلَادَةٍ فِيهَا ذَهَبٌ وَخَرَزٌ ابْتَاعَهَا رَجُلٌ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرٍ أَوْ سَبْعَةِ دَنَانِيرٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لَا، حَتَّى تَمَيِّزَ بَيْنَهُمَا، قَالَ: فَرَدَّهُ حَتَّى مَيَّزَ بَيْنَهُمَا» رواه أبو داود^(٣)، وفي لفظٍ لمسلم: «أن رسول الله ﷺ أمر بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده، ثم قال: الذهب بالذهب وزناً بوزن»^(٤).

ومأخذ البطلان سد ذريعة الربا؛ لأنه قد يُتخذ حيلةً على الربا الصريح، كبيع مائة في كيسٍ بمائتين، جعلاً للمائة الثانية في مقابلة الكيس، وقد لا يساوي درهماً.

فإن كان ما مع الربوي سيرا لا يُقصد، كخبزٍ فيه ملح بخبزٍ فيه ملح، وكخبزٍ بملحٍ جاز؛ لأن الملح في الخبز لا يؤثر في وزن، فوجوده كعدمه.

ولا يباع تمر بلا نوى بتمرٍ فيه نوى؛ لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه.

وكذا لو نزع النوى ثم باع التمر والنوى بتمرٍ ونوى؛ لأن التبعية قد زالت، فصار كمسألة مُدِّ عَجْوَةٍ.

ويباع النوى بتمرٍ فيه نوى، ويباع لبن، ويباع صوف بشاة ذات لبنٍ وصوفٍ؛ لأن النوى في التمر واللبن والصوف في الشاة غير مقصود، كدارٍ مموهٍ سقّفها بذهبٍ تباع بذهبٍ^(٥)؛ لأن ما في السقف من الذهب غير مقصود.

(١) المغني (٤/٤٨): «يشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس، وهذا قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً».

(٢) صحيح البخاري (٢١٨٤) صحيح مسلم (١٥٣٩).

(٣) سنن أبي داود (٣٣٥١).

(٤) صحيح مسلم (١٥٩١).

(٥) في المغني (٤/٣٠): «إن باع ما فيه الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما يبيع به، إلا أنه غير مقصود، كدارٍ مموهٍ سقّفها بالذهب، جاز، لا أعلم فيه خلافاً».

ويصح بيع درهمٍ فيه نحاسٍ بدرهمٍ فيه نحاسٍ إذا تساوى ما فيهما من الفضة والنحاس؛ لكون النحاس فيهما غير مقصودٍ.

ويصح بيع درهمٍ فيه نحاسٍ بنحاسٍ؛ لأن النحاس في الدرهم غير مقصودٍ.

ويصح بيع نوعي جنسٍ بنوعيه أو نوعه، كتمرٍ عجوةٍ وبزني، بسُكَّرِيٍّ وصيحاني، أو صيحاني فقط، مثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ؛ لأن الشرع إنما اعتبر المثلثة.

ومرجع الكيل لعرف المدينة، ومرجع الوزن لعرف مكة زمن النبي ﷺ؛ لما روى ابن عمر، عن النبي ﷺ: «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة» أخرجه أبو داود والنسائي^(١).

وما لا عرف له بالمدينة ومكة اعتُبر عرفه في موضعه؛ لأن ما لا عرف له في الشرع يُرجع فيه إلى العرف، كالقبض والحرز.

فإن اختلفت البلاد اعتُبر الغالب، فإن لم يكن رُددَ إلى أقرب ما يشبهه بالحجاز؛ لأن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها.

وكل مائعٍ مكيالٍ، كلبنٍ وعسلٍ وزيتٍ؛ لحديث أنسٍ، قال: «كان النبي ﷺ يتوضأ بالمد، ويغتسل بالصاع» متفق عليه^(٢)، وهذه مكايل قُدِّرَ بها الماء، فكذلك باقي المائعات. ويجوز التعامل بكيلٍ لم يعهد؛ لعدم المانع.

فصل في ربا النسئة

النسئة من النساء بالمد، وهو التأخير.

يحرم ربا النسئة بين كل مكيلين، كبرٍ بشعيرٍ، أو موزونين، كحديدٍ بنحاسٍ^(٣).

إلا إن كان أحد الجنسين نقداً، أي ذهباً وفضةً، فإن كان أحدهما نقداً، كحديدٍ بذهبٍ، جاز النساء^(١)؛ لأن الشرع أَرخص في السَّلَم، والأصل في رأس ماله النقدان، فلو حُرِّم النساء في ذلك لانسد باب السلم في الموزونات غالباً.

(١) سنن أبي داود (٣٣٤٠) سنن النسائي (٢٥٢٠) قال في التلخيص الحبير (٣٣٧/٢): «صححه ابن حبان، والدارقطني، والنووي، وأبو الفتح القشيري».

(٢) صحيح البخاري (٢٠١) صحيح مسلم (٣٢٥).

(٣) في المغني (٩/٤): «كل جنسين يجري فيهما الربا بعلّةٍ واحدةٍ، كالمكيل بالمكيل، والموزون بالموزون، والمطعوم بالمطعوم، عند من يعلل به، فإنه يحرم بيع أحدهما بالأخر نساءً، بغير خلافٍ نعلمه».

إلا صرف فلوسٍ نافقةٍ بنقدٍ، فيشترط فيه الحلول والقبض^(٢)؛ إلحاقاً لها بالنقد. ويحرم ربا النسئة بين ما ذكر ولو من جنسين، فإذا بيع بَرٌّ بشعيرٍ، أو حديد بنحاسٍ اشترط الحلول والتقبض قبل التفرق، فإن تفرقا قبل القبض بطل العقد؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيداً» والمراد به القبض. وإن باع مكيلاً بموزونٍ، كتمرٍ بحديدٍ، أو باع موزوناً بمكيلاً، كنحاسٍ بشعيرٍ، جاز التفرق قبل القبض، وجاز النساء؛ لأنهما لم يجتمعا في أحدٍ وصفي علة ربا الفضل، أشبه الثياب بالحيوان. وما لا كيل فيه ولا وزن، كثيابٍ وحيوانٍ، يجوز فيه النساء؛ لحديث عبد الله بن عمرو «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنقدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قِلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة» رواه أبو داود^(٣)، فهذا دال على جواز النساء في الجنس الواحد، فجوازه في الجنسين أولى.

ولا يجوز بيع الدين بالدين، حكاه ابن المنذر إجماعاً؛ لحديث ابن عمر: «نهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ»^(٤). وله صور^(٥):

منها: بيع ما في الذمة بئمنٍ مؤجلٍ لمن هو عليه.

مثالها: أن يكون لزيدٍ على عمروٍ عشرة أصعٍ قرضاً أو ثمن مبيعٍ، فيبيعهما زيد لعمروٍ بعشرةٍ مؤجلةٍ.

ومنها: بيع ما في الذمة بئمنٍ حالٍ لم يقبض قبل التفرق.

ومنها: جعل ما في الذمة رأس مالٍ سلّم.

مثالها: أن يكون لزيدٍ على عمروٍ عشرة أصعٍ قرضاً أو ثمن مبيعٍ، فيقول زيد: جعلتها رأس مالٍ سلّمٍ على كذا.

(١) في شرح النووي على مسلم (٩/١١): «أجمع العلماء على جواز بيع الربوي بربوي لا يشاركه في العلة متفاضلاً ومؤجلاً، وذلك كبيع الذهب بالحنطة، وبيع الفضة بالشعير وغيره من المكيل».

(٢) قال في الكشاف (٣/٢٦٤): «قاله في التنقيح، وقدمه في المبدع وذكر في الإنصاف: أنه الصحيح من المذهب، وجزم به في المنتهى».

(٣) سنن أبي داود (٣٣٥٧) قال البيهقي في السنن الكبرى (٥/٤٧١): «له شاهد صحيح».

(٤) أخرجه الحاكم (٢٣٤٢) والدارقطني (٣٠٦٠) والبيهقي (١٠٥٣٦) قال في التلخيص الحبير (٣/٦٢): «قال أحمد بن حنبل: ليس في

هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دينٍ بدينٍ».

(٥) بقية الصور تُذكر في نهاية باب السِّلْم.

فصل في الصرف

الصرف: بيع نقدٍ بنقدٍ، اتفق الجنس أو اختلف.

يشترط لصحته القبض في المجلس، فمتى افترق المتصارفان بأبداهما قبل قبض العوض المعقود عليه من الجانبين، بطل العقد، وإن قبض البعض ثم تفرقا قبل قبض الباقي بطل العقد فيما لم يقبض؛ لأن القبض شرط لصحة العقد إجماعاً^(١)؛ لحديث عبادة، أن النبي ﷺ قال: «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم، يداً بيد» أخرجه الترمذي^(٢).

وإن طال المجلس مع تلازمهما، أو مشيا إلى منزل أحدهما مصطحبين فتقابضا صح؛ لأنهما لم يتفارقا قبل التقابض، فأشبهه مالو كانا في سفينةٍ تسير بهما. وقبض الوكيل قبل مفارقة موكله المجلس، كقبض موكله؛ لأن قبض الوكيل كقبض الموكل.

والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد، فلو قال: اشتريت الثوب بهذه الدراهم، تعيّنت؛ لأنها عوض مشار إليه في العقد فوجب أن تتعين، كسائر الأعواض.

- فلا يجوز إبدالها، بل يلزمه تسليمها إذا طوّل بها؛ لوقوع العقد على عينها.

- وإن وجدها مغصوبةً، بطل العقد؛ كالمبيع إذا ظهر مستحقاً.

- وإن تلفت قبل القبض، فمن مالٍ من صارت إليه^(٣)، إن لم تحتج لوزنٍ أو عدٍّ؛ كالمبيع المعين.

فإن احتاجت إلى ذلك، لم يصح تصرفه فيها قبل قبضها؛ لاحتياجها لحق توفية.

- وإن وجدها معيبةً، لم يخلو من حالين:

أحدهما: أن يكون العيب من غير جنسها، كما لو وجد الدراهم نحاساً أو رصاصاً، فيبطل العقد؛ لأنه باعه غير ما سمى له.

(١) في الإشراف لابن المنذر (٦١/٦) «وأجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا، أن الصرف فاسد».

(٢) جامع الترمذي (١٢٤٠) وقال: «حسن صحيح».

(٣) في الروض: «فمن مال بائع» قال ابن فيروز في حاشيته (ص ٤٣٤): «فيه قصور، فلو قال: فمن مال من صارت إليه، كما عبر به غيره، لكان أولى»

والثاني: أن يكون العيب من جنسها، كالبياض في الذهب والسواد في الفضة، فيخير من صارت إليه بين فسخ العقد؛ للعيب.

أو يمسك بلا أرشٍ إن تعاقدا على مثلين، كدينارٍ بدينارٍ؛ لئلا يفضي أخذ الأرش إلى عدم التماثل، وإن لم يتعاقدا على مثلين، فله أخذ الأرش في المجلس؛ لعدم اشتراط التماثل في الجنسين، وكذا بعد المجلس إذا كان من غير الجنس، كأخذ شعيرٍ أو برٍّ؛ لئلا يفضي إلى بيع نقدٍ بنقدٍ مع تأخير التقابض.

ويحرم الربا بين المسلم والحربي، بأن يأخذ المسلم زيادةً من الحربي؛ لعموم قوله تعالى: {وحرّم الربا}.
ويحرم الربا بين المسلمين مطلقاً بدارٍ إسلامٍ أو حربٍ؛ لعموم الأدلة.
لا بين سيدٍ ورقيقه^(١)؛ لأن المال كلّهُ للسيد.

وإذا كان له على آخر دنانير، فقضاه دراهم شيئاً فشيئاً، فإن كان يعطيه كل درهمٍ بحسابه من الدينار، صح؛ لعدم المانع.

وإن لم يفعل ذلك بأن أعطاه، وسكت، ثم تحاسبا بعد، فصارفه بها وقت المحاسبة، لم يجز؛ لأنه بيع دينٍ بدينٍ.

وإن قبض أحدهما من الآخر ما له عليه، ثم صارفه بعينٍ وذمةٍ، صح.

باب بيع الأصول والثمار

الأصول هنا: الدور والأرض والشجر.

إذا باع داراً أو وهبها أو رهنها أو وقفها أو أقر أو أوصى بها، شمل العقد أرضها وبنائها وسقفها؛ لأنهما داخلان في مسمى الدار، وشمل الباب المنصوب، والسلم والرّف المسمرّين، والخاوية^(٢) المدفونة؛ لأنه متصل بها لمصلحتها، أشبه الحيطان، وكذا المعدن الجامد، كذهبٍ وفضةٍ، وما فيها من شجرٍ وعُرْشٍ^(٣).

دون ما هو مُودَع فيها من كنزٍ، وهو المال المدفون، ومنفصلٍ منها، كحبلٍ ودلوٍ وبكرةٍ وقُفْلٍ^(١) وفرشٍ، ومعدنٍ جارٍ، وماءٍ نبعٍ، وحجرٍ رحىٍ فوقاني؛ لأنه غير متصلٍ بها، واللفظ لا يتناوله.

(١) في الإفصاح (٣٦٣/١): «واتفقوا على أنه ليس بين السيد وبين عبده رباً».

(٢) المعجم الوسيط (٢١٣/١): «وعاء الماء الذي يحفظ فيه».

(٣) في حاشية الروض المربع (٥٣٣/٤): «هو الظلة، أو ما يحمل عليه العنب».

لكن إن قال: بعتك مثلاً هذه الطاحون أو المعصرة ونحوها، شمل الحجر فوقاني كالتحتاني؛ لتناول اللفظ له.

وإن باع أرضاً أو وهبها أو وقفها أو رهنها أو أقر أو أوصى بها- ولو لم يقل: بحقوقها- شمل العقد غرسها وبناءها؛ لأنهما من حقوقها.

وكذا إن باع ونحوه بستاناً؛ لأنه اسم للأرض والشجر والحائط.

وإن كان في الأرض زرع، فله حالان:

أحدهما: إن كان لا يحصد إلا مرةً، كَبُرِّ وشعيرٍ، فلبائعٍ ونحوه مُبَقَّى إلى أول وقت أخذه، ولا يدخل في البيع؛ لأنه مودَع في الأرض يُراد للنقل، أشبه الثمرة المؤبرة.

ولا أجرة على البائع؛ لأن المنفعة مستثناة له.

ما لم يشترط الزرع مشترٍ فيكون له^(٢)؛ قياساً على ما لو اشترى شجراً قد أُبِّر واشترط ثمره، كان له.

والثاني: أن يكون الزرع يُجْزُّ مراراً كَرطُبةٍ^(٣) وبقولٍ، أو يُلْتَقَطُ مراراً، كقثاءٍ وباذنجانٍ، وكذا نحو وردٍ، فأصوله لمشترٍ؛ لأنها تُراد للبقاء، أشبه الشجر.

والجزء واللقطة الظاهرتان عند البيع للبائع؛ لأنه يُجنى مع بقاء أصله، أشبه الثمر المؤبّر.

وكذا زهر تفتح؛ لأنه كالثمر المؤبّر.

وعلى البائع قطعها في الحال، أي على الفور؛ لأن ذلك ليس له حد ينتهي إليه، وربما ظهر غير ما كان ظاهراً، فيعسر تمييز حق كلٍّ منهما.

وإن اشترط المشتري ذلك، صح الشرط، وكان له؛ كالثمر المؤبّر إذا اشترطه مشتري الشجر.

(١) في البناية للعيني (٣٢/٨): «ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق».

(٢) في المغني (٥٧/٤): إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرةً، كالحنطة، والشعير، والقطاني، وما المقصود منه مستتر، كالجزر، والفجل، والبصل، والثوم، وأشباهاها، فاشترطه للمشتري، فهو له... وإن أطلق البيع، فهو للبائع... وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي، ولا أعلم فيه مخالفاً.

(٣) في حاشية الروض المربع (٥٣٥/٤): الرطبة: هي الفصفصة، يعني: القَتّ وقيل: إذا يبست فهي قَتّ. والبقول: كالنعناع والكراث. وفي المعجم الوسيط (٣٥١/١) «والفصفصة نبات كالبرسيم».

ويثبت الخيار لمشتري ظن دخول ما ليس له من زرعٍ وثمرٍ، كما لو جهل وجود الزرع أو الثمر؛ لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيهما، فإذا بان خلاف ذلك، ثبت له الخيار، كمشتري لمعيبٍ يظنه صحيحاً.

وإذا قال: بعتك هذه القرية، لم يتناول البيع إلا البيوت والحصن الدائر عليها؛ لأن القرية اسم لذلك. ولا يشمل بيع قريةٍ مزارعها بلا نصٍ أو قرينةٍ، بل الدور والحصون؛ لأن ذلك هو مسمى القرية.

فصل

من باع أو وهب أو رهن نخلاً تشقق طلعه - ولو لم يؤبر - فالثمر لبائعٍ مُبْقَى إلى الجذاذ، إلا أن يشترطه مشتري ونحوه؛ لحديث ابن عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه^(١).

والتأبير: التلقيح، وإنما نص على التلقيح والحكم منوط بالتشقق؛ لملازمته له غالباً.

ومثل البيع: لو صالح بالنخل، أو جعله أجره، أو صداقاً، أو عوض خلعٍ؛ قياساً على البيع.

بخلاف وقفٍ ووصيةٍ فإن الثمرة تدخل فيهما أُبْرَت أو لم تؤبر؛ لأن المقصود من وقفٍ ذلك والوصية به الانتفاع به، فدخلت مطلقاً.

كفسخٍ لعيبٍ ونحوه؛ فتدخل الثمرة؛ لأنها نماء متصل، أشبهت السمن.

وكالنخل: شجرٌ عنبٍ وتوتٍ ورمانيٍّ ومُجْمِيزٍ، وغيره من كل شجرٍ لا قشر على ثمرته، فإذا بيع ونحوه بعد ظهور الثمرة، كانت للبائع ونحوه.

وكذا ما ظهر من نوره - وهو زهره - كمشمشٍ وتفاحٍ، وما خرج من أكامه - جمع كيم، وهو غلافه - كوردٍ وبنفسجٍ وقطنٍ الذي يحمل في كل سنة؛ لأن ذلك كله بمثابة تشقق الطلع.

وما قبل التشقق في الطلع، والظهور في نحو عنبٍ وتوتٍ ومشمشٍ، والخروج من الأكام في نحو وردٍ وقطنٍ، والورق، فلمشتري ونحوه؛ لمفهوم الحديث السابق في النخل، وما عداه بالقياس عليه.

وإن ظهر بعض الثمرة، أو تشقق طلع بعض النخل المبيع، فما ظهر وما تشقق لبائعٍ، وما لم يظهر من ثمرٍ أو تشقق من طلعٍ فلمشتري، سواء كان من نوع ما تشقق أو غيره؛ لعموم الحديث.

(١) صحيح البخاري (٢٣٧٩) صحيح مسلم (١٥٤٣).

إلا في الشجرة الواحدة إذا تشقق بعض طلوعها أو ظهر بعض ثمرها، فجميع ثمرها لبائع^(١)؛ إلحاقاً لما لم يتشقق منها أو لم يظهر منها بما تشقق أو ظهر منها. ولكلّ السقي لمصلحة، ولو تضرر الآخر؛ لأهما دخلا في العقد على ذلك.

وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، والزرع قبل اشتداده، له أحوال:

أولها: بيعهما بشرط التبقية، فلا يجوز إجماعاً^(٢)؛ لحديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهي البائع والمبتاع» متفق عليه^(٣)، وعنه: «أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة، نهي البائع والمشتري» رواه مسلم^(٤).

ثانيها: بيعهما بشرط القطع في الحال إن أمكن الانتفاع بهما، فجائز إجماعاً^(٥)؛ لأن المنع من البيع لخوف التلف وحدوث العاهة، وهذا مأمون فيما يقطع.

ثالثها: بيعهما تبعاً لأصلها، كأن يبيع الثمر مع الشجر، أو الزرع تبعاً للأرض، فيجوز إجماعاً^(٦)؛ لقول النبي ﷺ: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبّر، فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه^(٧)، ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فيحتمل الغرر فيهما.

رابعها: بيعهما مطلقاً، أي لم يشترط قطعاً ولا تبقية، فالبيع باطل؛ لما تقدم.

خامسها: بيعهما مفرداً لمالك الأصل، نحو أن تكون الثمرة للبائع ولا يشترطها المشتري، فيبيعها له بعد ذلك، أو يوصي لرجل بثمره نخلته، فيبيعها الموصى له لورثة الموصي، فيصح البيع؛ لأنه يجتمع الأصل والثمره للمشتري، كما لو اشتراها معاً، ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال؛ لكونه مالكا لأصولها وقرارها.

(١) في المغني (٥٣/٤): «لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع».

(٢) المغني (٦٣/٤).

(٣) صحيح البخاري (٢١٩٤) صحيح مسلم (١٥٣٤).

(٤) صحيح مسلم (١٥٣٥).

(٥) المغني (٦٣/٤).

(٦) المغني (٦٣/٤).

(٧) صحيح البخاري (٢٣٧٩) صحيح مسلم (١٥٤٣).

سادسها: بيعهما بشرط القطع، ثم تركه حتى يبدو الصلاح، أو يشتد الحب، فيحرم؛ لئلا يُجعل ذلك ذريعةً إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو الحب قبل اشتداده، وتركها حتى يبدو صلاح الثمرة ويشد الحب.

ولا تباع رطبة ولا بقول إلا بشرط قطعه في الحال؛ لأن الظاهر منه معلوم لا جهالة فيه ولا غرر، بخلاف ما في الأرض فإنه مستور معيَّب، وما يحدث منه معدوم، فلم يجوز بيعه، كما لم يجوز بيع ما يحدث من الثمرة^(١). ولا يباع القثاء والخيار والبادنجان والبطيخ ونحوها إلا لقطعة موجودة؛ لأن الزائد على ذلك ثمر غير معلوم، فلم يجوز بيعه؛ لعدم العلم به.

والحصاد لزرع، والجذاذ لثمر، واللقاط لقتاء ونحوها على المشتري^(٢)؛ لأنه نقل ملكه، وتفريغ ملك البائع عنه، فهو كنقل الطعام.

وإن باعه القثاء ونحوه مطلقاً، أي من غير ذكر قطع ولا تبقية، لم يصح البيع؛ لما تقدم. وإن اشترى جزءاً ظاهرة من بقلٍ أو رطبة، أو اشترى لقطعة ظاهرة من قثاء ونحوها، ثم تركهما فنمّتا بطل البيع؛ لئلا يتخذ حيلةً على بيع الرطبة ونحوها والقثاء بغير شرط القطع. وإن باع شجرةً فيه ثمر للبائع، بأن كان نخلاً تشقق طلعته، أو شجرةً ظهرت ثمرته ولم يأخذ البائع الثمر الذي له حتى حدثت ثمرة أخرى، واختلطت بها فلم تتميز، فالبائع والمشتري شريكان في الثمرة بقدر ثمرة كل واحدٍ منهما؛ كما لو اشترى حنطةً فانهاالت عليها أخرى. فإن لم يُعلم قدر الثمرة الحادثة اصطلاح البائع والمشتري على الثمرة؛ لدعاء الحاجة لذلك؛ إذ لا طريق لمعرفة حق كلٍ منهما. ولا يبطل البيع^(٣)؛ لأن المبيع اختلط بغيره ولم يتعذر تسليمه.

(١) وقال الزركشي (٣/٥١٠): «لأن ما لم يظهر معدوم، والموجود متى تُرك ولم يُقطع اختلط بغيره، فيفضي إلى مشاجرة ونزاع، وذلك مما لا يرضاه الشارع».

(٢) في المغني (٤/٧٢): «من اشترى زرعاً، أو جزءاً من الرطبة ونحوها، أو ثمرةً في أصولها، فإن حصاد الزرع، وجد الرطبة، وجزاز الثمرة، وقطعها، على المشتري... وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي، ولا أعلم فيه مخالفاً».

(٣) خلافاً لما في الزاد، والمثبت المذهب، كما في الإقناع والمنتهى والروض.

وإن اشترى رُطْبًا عَرِيَّةً فتركها حتى صارت تمرًا، بطل البيع؛ لأنه إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب، فإذا أُمِّرَ تَبَيَّنَا عدم الحاجة، سواء كانت الترك لعذرٍ أو لا. وحيث بطل البيع عادت الثمرة كلها للبائع؛ لفساد البيع.

وإذا بدا صلاح الثمرة واشتد الحب، جاز بيع الثمرة والحب من غير شرطٍ، لأن النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، والزرع حتى يشتد، غاية للمنع من بيعه، فيدل على الجواز بعده. وجاز بيعه بشرط تبقيّة الثمر إلى الجذاذ والزرع إلى الحصاد؛ لأمن العاهة يبدو الصلاح. ولمشترٍ تبقيته إلى الحصاد والجذاذ؛ لأن العرف يقتضيه. وله قطعه في الحال، وله بيعه قبل جذّه؛ لأن ملكه عليه تام.

ويلزم البائع سقي الشجر ولو لم تحتج إليه^(١)؛ لأنه يجب عليه تسليمه كاملاً فلزمه سقيه. وإن تضرر الأصل بالسقي، ويجبر إن أبي؛ لكونه دخل على ذلك. بخلاف ما إذا باع الأصل وعليه ثمر لبائع، فإنه لا يلزم المشتري سقيها؛ لأن البائع لم يملكها من جهته، بل ملكه باقٍ عليها.

وإذا تلفت ثمرة بيعت بعد بدو صلاحها قبل أوان جذاذها^(٢)، فلا يخلو من أحوال: أحدها: أن تلف بأفة سماوية لا صنع لآدميٍّ فيها، كريحٍ وحرٍّ وعطشٍ، فمن ضمان بائع - ولو بعد القبض، وهو التخلية -؛ لحديث جابرٍ: «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح»، وعنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يجل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حقٍّ؟» رواهما مسلم^(٣)، ولأن التخلية في ذلك ليست بقبضٍ تامٍّ، ولأن الثمر على الشجر كالمنافع في الإجارة تؤخذ شيئًا فشيئًا، ثم لو تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان المؤجر، كذا هنا. إلا إن كان التالف يسيرًا لا ينضبط، فيفوت على المشتري؛ لعسر التحرز منه.

(١) خلافاً لما في الزاد، والمثبت: المذهب، كما في الإقناع والمنتهى والروض.

(٢) في شرح الزركشي (٥٢٧/٣): «أما إن جذت فلا نزاع في استقرار العقد، ولزوم الضمان للمشتري».

(٣) صحيح مسلم (١٥٥٤).

الثاني: أن يُتلف الثمر المبيع آدمي، ولو البائع، فيُخَيَّرَ مشتري بين فسخٍ ومطالبةٍ بائعٍ بما دفع من الثمن، أو إمضاء البيع ومطالبة المتلف بالبدل.

الثالث: أن تتلف الثمرة وتكون قد بيعت مع أصلها، فحينئذٍ تكون من ضمان المشتري؛ لحصول القبض التام، وانقطاع علقِ البائع عنه.

وكذا إذا أحرَّ المشتري أخذها عن المعتاد، فتكون من ضمانه؛ لتفريطه.

وصلاح بعض ثمرة الشجرة، صلاح لها بلا خلاف^(١)، ولسائر النوع الذي في البستان؛ لأن اعتبار الصلاح في الجميع يشق.

وبدو الصلاح في ثمر النخل أن تحمر أو تصفر؛ لما في الصحيحين^(٢)، عن أنسٍ، «أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو، فقلنا لأنسٍ: ما زهوها؟ قال: «تحمَّرَ وتصفَّرَ».

وفي العنب أن يتَمَوَّه بالماء الحلو؛ لما رواه الثلاثة^(٣) عن أنسٍ، «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود».

وفي بقية الثمار، كتفاحٍ وبطيخٍ، أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله؛ لما في الصحيحين^(٤)، عن جابرٍ، قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يطيب».

والصلاح في نحو قِثَاءٍ أن يؤكل عادةً.

وفي حبِّ أن يشتد أو يبيض؛ لأن النبي ﷺ جعل اشتداد الحب غايةً لصحة بيعه.

فصل

ومن باع عبدًا له مال، فماله لبائعه، إلا أن يشترطه مشتري^(٥)؛ لحديث ابن عمر قال: قال النبي ﷺ: «من ابتاع عبدًا فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه^(٦).

(١) في المغني (٤/٦٧): الصلاح في بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها، أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك، ولا أعلم فيه اختلافًا.

(٢) صحيح البخاري (٢٢٠٨) صحيح مسلم (١٥٥٥).

(٣) سنن أبي داود (٣٣٧١) جامع الترمذي (١٢٢٨) سنن ابن ماجه (٢٢١٧) وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٦/٥٣٠).

(٤) صحيح البخاري (٢١٨٩) صحيح مسلم (١٥٣٦).

(٥) في الاستذكار (٧/١٤٠): «اتفق العلماء أن مال العبد لا يدخل في البيع إلا بالشرط».

(٦) صحيح البخاري (٢٣٧٩) صحيح مسلم (١٥٤٣).

فإن كان قصد المشتري المال الذي مع العبد اشترط العلم بالمال، وسائر شروط البيع؛ لأنه مبيع مقصود، أشبه ما لو ضم إلى العبد عيناً أخرى وباعهما، فإنه يشترط علمه بهما. وإلا يكن قصده المال فلا يشترط له شروط البيع. وضح شرط مال العبد ولو كان مجهولاً؛ لأنه دخل تبعاً، أشبه أساسات الحيطان. وسواء كان مال العبد - إذا كان غير مقصود - مثل الثمن أو فوقه أو دونه، كأن باع عبداً بألف درهم، ومعه ألف درهم، أو أقل أو أكثر، فالبيع جائز؛ لأنه دخل في المبيع تبعاً غير مقصود. وإذا شرط مشتري مال العبد، ثم رده بإقالة أو غيرها، كخيار أو عيب، رد ماله مع العبد؛ لأن قيمته تكثر به وتنقص مع أخذه، فلا يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه. وثياب الجمال التي على عبدٍ مبيعٍ لبائع؛ لأنها زيادة على العادة، ولا يتعلق بها حاجة العبد. وثياب لبس العادة لمشتري؛ لجريان العادة ببيعها معه. ويشمل بيع دابة، كفرس، لحاماً ومقوداً ونعلاً؛ لجريان العادة به.

باب السلم

هو لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق، وسمي سلماً؛ لتسليم رأس المال في المجلس، وسلماً؛ لتقدمه. وهو شرعاً: عقد على موصوفٍ ينضبط بالصفة في الذمة - فلا يصح في عين، كهذه الدار - مؤجلٍ بأجلٍ معلوم، بثمنٍ مقبوضٍ بمجلس العقد. وهو جائز إجماعاً^(١)؛ لحديث ابن عباس، قال: «قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يُسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء، ففي كيلٍ معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» متفق عليه^(٢). ويصح السلم بألفاظ البيع؛ لأنه يبيع حقيقةً، وبلفظ السلم والسلف؛ لأنهما حقيقة فيه؛ إذ هما اسم للبيع الذي عُجِّلَ ثمنه وأُجِّلَ مُثْمَنه.

وشروطه سبعة زائدة على شروط البيع^(٣):

(١) المغني (٢٠٧/٤).

(٢) صحيح البخاري (٢٢٤٠) صحيح مسلم (١٦٠٤).

(٣) في فتح الباري، لابن حجر (٤٢٨/٤): «واتفقوا على أنه يشترط له ما يشترط للبيع».

أحدها: انضباط صفاته^(١) التي يختلف الثمن باختلافها اختلافاً كثيراً ظاهراً؛ لأن ما لا يمكن ضبط صفاته يختلف كثيراً، فيفضي إلى المنازعة والمشاقة.

وذلك كمكيل، كحبوبٍ وثمارٍ وخبَلٍ وُدْهِنٍ ولبِنٍ ونحوها.

أو موزونٍ، كقطنٍ وحريرٍ وصوفٍ ونحاسٍ وزئبقٍ وشبِّ وكبريتٍ وشحمٍ^(٢)، ولحمٍ نيءٍ، ولو مع عَظْمه؛ لأنه كالنوى في التمر. بشرط أن يعيّن موضع قطعه، كلحم فخذٍ؛ فإن لم يعين، لم يصح السلم فيه بعظمه؛ لاختلافه.

أو مذروع^(٣)، كثيابٍ وخبوطٍ.

أما المعدود المختلف:

كالفواكه المعدودة، كرمانٍ، فلا يصح السلم فيه؛ لاختلافه بالصغر والكبر.

وكالبقول؛ لأنها تختلف، ولا يمكن تقديرها بالحزْم.

وكالجلود؛ لأنها تختلف ولا يمكن ذرعها؛ لاختلاف الأطراف.

وكالرؤوس والأكارع؛ لأن أكثر ذلك العظام والمشافر - وهي شَقَّة الحيوان - واللحم فيها قليل، وليست موزونةً.

وكالأواني المختلفة الرؤوس، والأوساط كالقماقم^(٤)، والأسطال الضيقة الرؤوس؛ لاختلافها.

وكالجواهر واللؤلؤ والعقيق ونحوه؛ لأنها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير، وزيادة الضوء والصفاء.

وكالحامل من الحيوان، كأمةٍ حاملٍ؛ لأن الصفة لا تأتي على ذلك، والولد مجهول غير محققٍ.

وكذا لو أسلم في أمةٍ وولدها؛ لندرة جمعهما الصفة.

وكل مغشوشٍ من أثمانٍ، وكلبنٍ مشوبٍ بماءٍ؛ لأن غِشَّه يمنع العلم بالقدر المقصود منه.

فإن كانت الأثمان خالصة^(٥)، صح السلم فيها، ويكون رأس المال من غير الأثمان^(١)، كثيابٍ وحيوانٍ؛ لأنه يحرم النساء بين النقدين.

(١) في شرح النووي على مسلم (٤١/١١): «وأجمعوا على اشتراط وصفه بما يضبط به».

(٢) في الإشراف لابن المنذر (١١١/٦): «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الشحم جائز، إذا كان معلوماً».

(٣) في الإفصاح (٤٠٩/١): «واتفقوا على أن السلم جائز في المكيلات والموزونات والمذروعات التي يصفها الوصف».

(٤) المطلع (ص ٢٩٣): «القماقم: واحدهما: قُمَّم - بضم القافين - ما يُسخن فيه الماء من نحاسٍ، ويكون ضيق الرأس».

(٥) لا مغشوشة.

ويصح السلم في فلوسٍ، ويكون رأس المال عَرَضًا؛ لأنها ملحقة بالأثمان، فلا يصح أن يكون رأس مالها ثمنًا؛ لفوات التقابض.

ويصح في حيوانٍ، ولو آدميًا؛ لحديث أبي رافعٍ «أن النبي ﷺ استسلف من رجلٍ بَكْرًا» رواه مسلم^(٢).

أما ما يجمع أخلاطًا، فله ثلاثة أحوالٍ:

أحدها: أن تكون أخلاطًا مقصودةً غير متميزةٍ، كالعالية^(٣)، والمعاجين التي يُتداوى بها، فلا يصح السلم فيها؛ لعدم ضبط مقدار كلٍّ منهما.

ثانيها: أن تكون أخلاطًا متميزةً، كثيابٍ منسوجةٍ من كَتَّانٍ وقطنٍ ونحوهما، فيصح السلم فيها؛ لأن ضبطها ممكن.

وكذا نُشاب، ونبل مريشان، وخفاف، ورماح.

ثالثها: ما كان خِلطه غير مقصودٍ، كجبنٍ فيه إنفحة^(٤)، وخبزٍ تمرٍ فيه ماء، والسكنجيين فيه خل، وشيرج وخبز وعجين فيهما ملح، فيصح السلم فيها؛ لأن الخِلط يسير غير مقصودٍ بالمعاوضة.

الشرط الثاني: ذكر جنس مسلّم فيه، ونوعه^(٥)، وكلِّ وصفٍ يختلف بسببه الثمن اختلافًا ظاهرًا، كلونه وقدره وبلده وحدثه وقدمه؛ لأن السلم عوض يثبت في الذمة، فاشتراط العلم به كالثمن.

ولا يجب استقصاء كل الصفات؛ لأنه قد يتعذر.

ولا ما لا يختلف به الثمن؛ لعدم الاحتياج إليه.

ولا يصح شرط الأردأ أو الأجود؛ لأنه لا ينحصر؛ إذ ما من رديءٍ أو جيدٍ إلا ويحتمل وجود أردأ أو أجود منه.

ويصح شرط جيدٍ ورتديءٍ، ويجزئ ما صدق عليه أنه جيد أو رديء، فينزل الوصف على أقل درجةٍ.

(١) في تبين الحقائق للزيلعي (١١١/٤): «إذا أسلم الأثمان فيهما، كالدراهم في الدنانير أو بالعكس، فلا يجوز بالإجماع».

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٠) والبكر الفتي من الإبل، بمنزلة الغلام من الآدميين.

(٣) نوع من الطيب مركب من مسكٍ وعنبرٍ وعودٍ ودهنٍ. المطلع (ص ٢٩٤).

(٤) مادة تستخرج من الجزء الباطني من معدة الرضيع من العجول أو الجداء أو نحوهما، بما خميرة تحين اللبن. المعجم الوسيط (٩٣٨/٢).

(٥) في المغني (٢١١/٤): «الأوصاف على ضربين: متفق على اشتراطها، ومختلف فيها، فالمتفق عليها ثلاثة أوصافٍ، الجنس، والنوع، والجودة والرداءة، فهذه لا بد منها في كل مسلّم فيه، ولا نعلم بين أهل العلم خلافًا في اشتراطها».

ثم إن مجيء المسلم إليه بما شرط للمسلم لا يخلو من أحوال: أحدها: أن يحضر ما شرط للمسلم، فيلزمه أخذه؛ لأتيانه بحقه في محله. ثانيها: أن يحضر أجود من المسلم فيه من نوعه - ولو قبل حلوله - ولا ضرر في قبضه، فيلزمه أخذه أيضاً؛ لأنه جاءه بما تناوله العقد وزيادة.

ثالثها: أن يحضر دون ما وصف، كأن اتفقا على تمرٍ جيدٍ فجاءه بمتوسطٍ، أو بغير نوعه من جنسه، كأن اتفقا على معزٍ فجاء بضأنٍ، فله أخذه، ولا يلزمه، ولم يضر اختلاف النوع مع اتفاق الجنس؛ لأنهما كالشيء الواحد؛ ولذلك حرم التفاضل بينهما.

رابعها: أن يحضر جنساً آخر، كأن اتفقا على تمرٍ فجاءه بشعيرٍ، فلا يجوز له قبوله؛ لحديث أبي سعيد، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء، فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود وابن ماجه^(١). وإن قبض المسلم فيه فوجد به عيباً، فله رده، وله إمساكه مع الأرش؛ قياساً على سائر المبيعات.

الشرط الثالث: ذكر قدر المسلم فيه، إجماعاً^(٢)، بكييلٍ معهودٍ فيما يكال، أو وزنٍ معهودٍ فيما يوزن، أو ذرعٍ يعلم متعارفٍ عليه؛ لقوله ﷺ: «من أسلف في شيء، ففي كيلٍ معلومٍ، ووزنٍ معلومٍ، إلى أجلٍ معلومٍ»، ولأنه إذا كان مجهولاً تعذر الاستيفاء به عند التلف، فيفوت العلم بالمسلم فيه.

فلا يصح بذراعٍ أو مكيالٍ أو ميزانٍ لا عرف له عند العامة من الناس؛ لأنه لو تلف تعذر الاستيفاء به. ويصح إن قال: بمكيالٍ أو ميزانٍ فلانٍ، وهي معروفة عند العامة؛ للعلم به، دون التعيين، فلا يختص بهما؛ لأنه التزام ما لا يلزم.

وإن أسلم في مكيالٍ، كبرٍّ وشريحٍ، وزناً، أو في موزونٍ، كحديدٍ، كيبلاً، لم يصح السلم؛ لأنه قدره بغير ما هو مقدر به، فلم يجز، كما لو أسلم في مذروعٍ وزناً، وبالعكس، فإنه لا يصح، اتفاقاً^(٣).

ولا يصح في فواكه معدودة، كرمانٍ وسفرجلٍ، ولو وزناً.

(١) سنن أبي داود (٣٤٦٨) سنن ابن ماجه (٢٢٨٣).

(٢) في المغني (٢١٦/٤): «ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافاً... قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيزٍ لا يعلم عياره، ولا في ثوبٍ بذرعٍ فلانٍ؛ لأن المعيار لو تلف، أو مات فلان، بطل السلم» وقال:

(٢١٧/٤): «ولا بد من تقدير المذروع بالذرع، بغير خلافٍ نعلمه».

(٣) المبدع (١٨٠/٤).

الشرط الرابع: ذكر أجل معلوم^(١)؛ للحديث السابق؛ ولأن الحلول يخرج عن اسمه ومعناه، أما الاسم، فلأنه يسمى سلمًا لتعجيل أحد العوضين وتأخير الآخر. أما معناه فلأن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية إليه، ومع حضور ما يبيعه حالًا لا حاجة إلى السلم.

ويعتبر أن يكون الأجل له وَقَع في الثمن عادةً، كشهري؛ لأن الأجل إنما اعتُبر ليتحقق الرفق الذي شرع من أجله السلم، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن. فلا يصح إن أسلم حالًا؛ لما سبق.

ولا إن أسلم إلى أجل مجهول، كإلى الحصاد والجذاذ وقدم الحاج؛ لأنه يختلف فلم يكن معلومًا. ولا إلى أجل قريب كيوم ونحوه؛ لأنه لا وَقَع له في الثمن.

إلا أن يسلم في شيء يأخذه منه كل يوم أجزاء معلومة، كخبز ولحم ونحوهما من كل ما يصح السلم فيه؛ إذ الحاجة داعية إلى ذلك.

فإن قبض بعض ما أسلم فيه ليأخذ منه كل يوم قدرًا معلومًا، وتعدر قبض الباقي، رجع بقسطه من الثمن. ولا يجعل للمقبوض فضلًا على الباقي؛ لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء، فقسَّط الثمن على أجزائه بالسوية، كما لو اتحد أجله.

الشرط الخامس: أن يوجد المسلم فيه غالبًا في محلّه، أي: وقت حلوله، بلا خلاف^(٢)؛ لوجوب تسليمه إذا. فإن كان المسلم فيه لا يوجد في وقت حلوله، أو لا يوجد إلا نادرًا، كالسلم في عنب ورطب إلى الشتاء، لم يصح؛ لأنه لا يمكن تسليمه غالبًا عند وجوبه، أشبهه ببيع الآبق.

ويعتبر أيضًا وجود مسلمٍ فيه غالبًا في مكان الوفاء^(٣)، فلا يصح إن أسلم في ثمرة بستان^(١) معين، أو قرية صغيرة، أو في نتاج من فحل بني فلان أو غنمه، أو مثل هذا الثوب؛ لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه. قال ابن المنذر: إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه، كالإجماع من أهل العلم^(٢).

(١) في شرح النووي على مسلم (٤١/١١): «وقد اختلف العلماء في جواز السلم الحال مع إجماعهم على جواز المؤجل». وفي المغني (٢١٩/٤): «ولا نعلم في اشتراط العلم - في الجملة - اختلافًا».

(٢) في المغني (٢٢١/٤): «الشرط الخامس، وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافًا».

(٣) قال في الزاد والروض: «(و) يعتبر أيضًا وجود المسلم فيه في (مكان الوفاء) غالبًا». اه قال ابن قاسم: «لم أرهم ذكروا هذه العبارة، لا في الفروع، ولا في الإنصاف، ولا في الإقناع، ولا في المنتهى، واستغربه غير واحد من الأصحاب». لكن قال في الوجيز: «أن يوجد

ولا يعتبر وجود مسلمٍ فيه وقت عقدٍ؛ لأنه ليس وقت وجوب التسليم. فإن أسلم إلى وقتٍ يوجد المسلم فيه غالبًا، فتعذر، بأن لم تحمل الثمار تلك السنة، أو تعذر بعضه، فلبس سلمٍ الصبر إلى أن يوجد فيطالب به، أو فسخ العقد في الكل إن تعذر الكل، أو في البعض المتعذر، ويأخذ الثمن الموجود أو عوض الثمن التالف؛ لأن **العقد إذا زال وجب رد الثمن**. ويجب رد عين رأس المال إن كان باقياً، أو عوضه إن كان تالفاً، أي: مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان متقوماً، هذا إن فسخ في الكل، فإن فسخ في البعض فبقسط ذلك البعض.

الشرط السادس: أن يقبض الثمن تاماً قبل التفرق من المجلس؛ لقوله ﷺ: «من أسلف في شيء، فليسلف...» الحديث، أي: فليعط، قال الشافعي: لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه.

ولئلا يصير بيع دينٍ بدينٍ. ويشترط معرفة قدر رأس مال السلم وصفته^(٣)، كمسلمٍ فيه؛ لأنه قد يتأخر تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه، فوجب معرفة رأس ماله؛ ليرد بدله، كالقرض.

فلا يصح بصيرة لا يعلمان قدرها، ولا بجوهرٍ ونحوه مما لا ينضبط بالصفة. **وكل ما لين حرم النساء فيهما، كتمرٍ بشعيرٍ، وذهبٍ بفضةٍ، لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر؛ لأن السلم من شرطه التأجيل.**

وإن قبض البعض من الثمن في المجلس، ثم افترقا قبل قبض الباقي، بطل فيما عدا المقبوض، وصح في المقبوض؛ بناءً على تفريق الصفقة.

غالباً في محله ومكان الوفاء» وفي الحاوي: «أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله ومكان الوفاء».

(١) في الروض: «بستانٍ صغيرٍ» وتبعه في هداية الراغب، ولم أقف عليها عند غيرهما، وفي حاشية الروض (٢٢/٥): «عباراتهم مطلقة، لم يقيدوا البستان بالصغر»، وفي الغاية (٥٨٥/١): «... لا قرية صغيرة، أو بستاناً - ولو كبيراً-».

(٢) الإشراف (١٠٥/٦).

(٣) في المغني (٢٢٥/٤): «ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته، إذا كان في الذمة؛ لأنه أحد عوضي السلم، فإذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته، كالمسلم فيه».

ولو جعل دينًا سلمًا، كأن يكون له في ذمة رجلٍ دينارًا، فيجعله رأس مالٍ سلمٍ في طعامٍ إلى أجلٍ، لم يصح، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم^(١)، وذلك لأن المسلم فيه دين، فإذا جعل الثمن دينًا كان بيع دينٍ بدينٍ.

ولو كان عند المسلم إليه أمانة، أو عين مغصوبة، أو عارية، فجعلها رها رأس مال سلمٍ، صح؛ لأنه في معنى القبض.

وإن أسلم ثمنًا واحدًا في جنسٍ، ككُبُرٍ، إلى أجلين كرجبٍ وشعبانٍ، صح، إن بيّن قسط كل أجلٍ، بأن يقول: أسلمتكَ دينارين، أحدهما في ثمانين صاع قمحٍ إلى رجبٍ، والآخر في تسعين صاع قمحٍ إلى شعبانٍ؛ لأن كل بيعٍ جازٍ إلى أجلٍ، جازٍ إلى أجلين وآجالٍ.

وإن أسلم في جنسين، ككُبُرٍ وشعيرٍ، إلى أجلٍ، كرجبٍ، صح، إن بيّن قدر كل جنسٍ وثنمه، بأن يقول: أسلمتكَ دينارين، أحدهما في خمسين صاع قمحٍ، صفته كذا وأجله كذا، والثاني في ستين صاع شعيرٍ، صفته كذا والأجل كذا؛ لأن الأجل الأبعد له زيادةٌ وُقِعَ على الأقرب، فما يقابله أقل مما يقابل الآخر، فاعتُبر معرفة قسطه وثنمه.

الشرط السابع: أن يسلم في الذمة، فلا يصح السلم في عينٍ، كدارٍ وشجرةٍ^(٢)؛ لأنها ربما تلفت قبل أوان تسليمها، ولأن المعين يمكن بيعه في الحال، فلا حاجة إلى السلم فيه.

ولا يشترط ذكر مكان الوفاء؛ لأنه ﷺ لم يذكره.

ويجب الوفاء موضع العقد؛ لأن العقد يقتضي التسليم في مكانه.

وإن شرط الوفاء في موضع العقد، كان تأكيدًا.

وله أخذه في غيره إن رضيا؛ لأن الحق لا يَعدوهما.

ولو قال المسلم إليه: خذه وأجرة حمله إلى موضع الوفاء، لم يجوز؛ لأنه كالمعاوضة عن بعض السلم^(٣).

(١) الإشراف (١٠٨/٦).

(٢) في بداية المجتهد (٢٢١/٣): «لم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة، وأنه لا يكون في معينٍ».

(٣) في المستوعب: فإن قال المسلم إليه: خذه ها هنا وأجرة حمله إلى مكان الإيفاء، لم يصح؛ لأنه لما لم يجوز أخذ البدل عنه قبل قبضه، كذلك أجرة سلمه إلى مكان قبضه.

ويصح شرطه الوفاء في غير مكان العقد؛ لأنه بيع، فصح شرط الإيفاء في غير مكانه؛ كبيع الأعيان. وإن عقدا السلم ببحرٍ أو بجزرٍ، شرطا مكان الوفاء لزومًا، وإلا فسد السلم؛ لتعذر الوفاء موضع العقد، وليس بعض الأماكن سواه أولى من بعضٍ، فاشتراط تعيينه. ويقبل قول مسلمٍ إليه في تعيين المكان مع يمينه؛ لأنه كالغارم.

وقبل قبض المسلم فيه لا يصح ما يأتي:

أولاً: بيعه لمن هو عليه أو غيره^(١)؛ لأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه، كالطعام قبل قبضه. ثانيًا: هبته لغير من هو عليه؛ لعدم القدرة على تسليمه.

ثالثًا: الحوالة به؛ لأنها معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه، فلم تجز كالبيع.

مثاله: أن يُحيل المسلم إليه المسلم بالمسلم فيه على آخر، ليأخذه منه.

رابعًا: الحوالة عليه؛ لأن الحوالة إنما تصح على دينٍ مستقرٍ، والسلم معروض للفسخ.

مثاله: أن يحيل المسلم شخصًا له عليه دين من جنس المسلم فيه، بذلك الدين، على المسلم إليه، ليأخذه منه.

وكذا لا تصح الحوالة على رأس ماله بعد فسخٍ وقبل قبضٍ؛ لأنه لا يصح التصرف فيه قبل قبضه.

خامسًا: أخذ عوضه^(٢)؛ لقوله ﷺ: «من أسلف في شيءٍ فلا يصرفه إلى غيره»، ولأن أخذ العوض عنه بيع فلم يجز، كبيعه.

وسواءً فيما ذكر إذا كان المسلم فيه موجودًا أو معدومًا، والعوض مثله في القيمة أو أقل أو أكثر.

وتصح إقالة في السلم إجماعًا^(٣)، وفي بعضه؛ لأنها فسخ للعقد وليست بيعًا.

(١) في المغني (٤/٢٢٧): «أما بيع المسلم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافًا».

(٢) عبارة المقنع والإقناع: «ولا أخذ غيره مكانه» وفي المنتهى: «ولا اعتياض عنه» وفي حاشية عثمان على المنتهى (٢/٣٩٠): «الظاهر: أن الفرق بينه وبين بيعه، أن الاعتياض يكون مع المسلم إليه، ويكون بغير النقدين، كأن يعوضه عن الشعير قمحًا. وأما بيع المسلم فيه، فعام في الأمرين، أي: يكون بعرضٍ وغيره، مع من عليه الدين وغيره».

(٣) في الإشراف لابن المنذر (٦/١٠٩): «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه المرء جائز، واختلفوا في الإقالة، في بعض السلم...».

ولا يصح أخذ الرهن والكفيل بدين السلم؛ إذ وضع الرهن للاستيفاء من ثمنه عند تعذر الاستيفاء من الغريم، ولا يمكن استيفاء المسلم فيه من عين الرهن، ولا من ذمة الضامن؛ حذرًا من أن يصرفه إلى غيره.

وبيع الدين المستقر، كقرض، أو ثمن مبيع، لمن هو عليه، له حالان^(١):

أحدهما: أن يباع بشيء لا يباع به نسيئةً، كما لو كان الدين ذهبًا فباعه بفضة، فيجوز بشرط قبض عوضه في المجلس؛ لقول ابن عمر: «كنت أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، فسألت النبي ﷺ، فقال: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» رواه الخمسة، فدل على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر، وغيره يقاس عليه.

الثاني: أن يباع بمعين يباع به نسيئةً، كما لو كان الدين ذهبًا، فباعه بشعير معين، فلا يشترط قبضه في المجلس.

وتصح هبة كل دين، من سلم وغيره، لمن هو عليه، ولا يجوز لغيره؛ لأن الهبة تقتضي وجود معين، وهو منتفٍ هنا، وإنما صحت لمن هو عليه؛ لأنها ليست هبةً حقيقةً، بل بمعنى الإسقاط. وتصح استنابة من عليه الحق للمستحق في أخذ حقه، بأن يوكل المدين رب الدين في قبضه؛ لقيام الوكيل مقام موكله.

باب القرض

وهو: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله.

وهو مندوب في حق المقرض^(٢)؛ لحديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من نَفَسَ عن مؤمنٍ كربةً من كرب الدنيا، نَفَسَ الله عنه كربةً من كُرب يوم القيامة، ومن يسر على معسرٍ، يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلمًا، ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» رواه

(١) جعلها البهوتي حالةً واحدةً، واستدركت الثانية من الكشاف. قال ابن فيروز في حاشية الروض (ص ٤٤٧): في كلامه قصور وإيهام.

(٢) الإفصاح (٤٠٢/١): «واتفقوا على أن القرض قرينة ومثوبة».

مسلم^(١)، وعن ابن مسعود، أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلمٍ يقرض مسلماً قرضاً مرتين، إلا كان كصدقتهَا مرةً» رواه ابن ماجه^(٢).

ومباح لمقترض، وليس من المسألة المكروهة؛ لقول أبي هريرة: «استقرض رسول الله ﷺ سِنًا، فأعطى سِنًا فوقه، وقال: «خياركم محاسنكم قضاءً» متفق عليه^(٣).

وما صح بيعه من نقدٍ أو عَرَضٍ صح قرضه، مكيلاً أو موزوناً^(٤) أو غيرهما؛ لحديث أبي رافع: «أن النبي ﷺ استسلف من رجلٍ بَكْرًا» رواه مسلم^(٥).

إلا بني آدم، فلا يصح قرضهم؛ لأنه لم ينقل، ولا هو من المرافق، ويفضي إلى أن يقترض جاريةً يطؤها ثم يردّها.

ويُشترط:

١. معرفة قدر القرض ووصفه؛ ليرد المقترض بدله.

٢. وأن يكون المقرض ممن يصح تبرعه؛ لأنه عقد على مالٍ، فلم يصح إلا من جائز التبرع.

ويصح بلفظ القرض، ولفظ السلف؛ لورود الشرع بهما. ويصح بكل ما أدى معناها.

وإن قال: ملكتك، ولا قرينة على ردِّ بدلٍ، فهبةٌ؛ لأنه صريح في الهبة.

ويتم عقد قرضٍ بقبولٍ؛ كسائر العقود.

والمملك^(٦) ما اقترض ويلزم عقده بقبضٍ؛ لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك عليه، كالهبة.

ولمقترضٍ الشراء به من مقرضه؛ لأنه ملكه.

ولا يلزم مقترض رد عين ما اقترضه؛ لأنه ملكه ملكاً تاماً بقبضٍ.

(١) صحيح مسلم (٢٦٩٩).

(٢) سنن ابن ماجه (٢٤٣٠) قال في مصباح الزجاجاة (٦٩/٣): إسناده ضعيف.

(٣) صحيح البخاري (٢٣٠٥) صحيح مسلم (١٦٠١).

(٤) في المغني (٢٣٧/٤): «يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلافٍ».

(٥) صحيح مسلم (١٦٠٠) والبكر الفتي من الإبل، بمنزلة الغلام من الآدميين.

(٦) في مراتب الإجماع (ص ٩٤): «اتفقوا ان للمستقرض بيع ما استقرض وأكله وتملكه، وأنه مضمون عليه مثله ان عُصبه، أو غلب عليه».

بل يثبت بدله في ذمة مقترضٍ حالاً؛ لأنه سبب يوجب رد البدل، فأوجهه حالاً، كالإتلاف، ولأنه عقد مُنع فيه من التفاضل، فمُنِع الأجل فيه، كالصرف. قال الإمام: القرض حالٌ، وينبغي أن يفِي بوعده. ولو أَجَلَه المقرض؛ لأنه وعد لا يلزم الوفاء به، ولأن شرط الأجل زيادةً بعد استقرار العقد، فلا يلزم. فإن رد المقترض القرض بعينه لزم المقرض قبوله إن كان مثلياً^(١)؛ لأنه رده على صفة حقه. وسواء تغير سعره أم لا، ما لم يتعيّب؛ لأن عليه في قبوله ضرراً؛ لكونه دون حقه. وإن كان متقوماً، كثيابٍ وحيوانٍ، لم يلزم المقرض قبوله، وله الطلب بالقيمة؛ لأن الذي وجب له بالقرض قيمته، فلا يلزمه الاعتياض عنها. وإن كانت الدراهم التي وقع القرض عليها مكسرةً، أو كان القرض فلوساً، فمنع السلطان المعاملة بالدراهم المكسرة أو الفلوس، فلمقرض القيمة وقت القرض؛ لأنه كالعيب، فلا يلزمه قبولها، وسواء كانت باقيةً أو استهلكها.

وتكون القيمة من غير جنس الدراهم، إذا كان القرض دراهم؛ حذرًا من ربا الفضل. وكذلك المغشوشة إذا حرمها السلطان، له قيمتها وقت القرض.

ويرد مقترض مثل ما اقترضه في المثليات^(٢)؛ لأن المثل أقرب شبهًا من القيمة. فيجب ردُّ مثلِ فلوسٍ غَلَّت أو رُحِصت أو كَسَدت؛ لأنها مثلية. فإن تعذّر المثل، فالقيمة وقت التعذر؛ لأنه وقت ثبوتها في الذمة. ويرد القيمة في غيرها من المتقومات؛ لأنه لا مثل له، فيضمن بقيمته؛ كما في الإتلاف والغصب. ثم القيمي قسمان:

أحدهما: ما لا يصح السلم فيه، مما لا ينضبط بالصفة، كجواهر وغيرها، فتعتبر قيمته يوم قبضه؛ لأنها تختلف قيمتها في الزمن اليسير.

الثاني: ما يصح السلم فيه، فتعتبر قيمته يوم قرضه؛ لأنها حينئذٍ تثبت في الذمة.

(١) وهو المكيل والموزون الذي لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه.

(٢) في المغني (٤/٢٣٩): «ويجب رد المثل في المكيل والموزون، لا نعلم فيه خلافاً».

ويجزم، إجماعاً^(١)، اشتراط كل شرطٍ جرَّ نفعاً، كأن يُسكنه داره أو يقضيه خيراً منه؛ لأنه عقد إرفاقٍ وقربةٍ، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجته عن موضوعه.

وإن بدأ مقترض بما فيه نفع، كسكنى داره، بلا شرطٍ ولا مواطأةٍ بعد الوفاء، جاز. لا قبله. أو أعطاه أجود بلا شرطٍ، جاز.

ويدل لجوز الأمرين قول أبي هريرة: «استقرض رسول الله ﷺ سِنًّا، فأعطى سِنًّا فوقه، وقال: «خياركم محاسنكم قضاءً» متفق عليه^(٢).

وإعطاء المقترض هديةً للمقرض له حالان:

أولهما: أن تكون بعد الوفاء، فتجوز؛ لأنه لم يجعلها عوضاً في القرض ولا وسيلةً إليه.

ثانيهما: أن تكون قبل وفائه، فلا يخلو:

١. إما أن يكون بشيءٍ لم تجر عاداته به قبل القرض فلا يجوز؛ لحديث أنسٍ، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضاً، فأهدى له، أو حملة على الدابة، فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» رواه ابن ماجه^(٣).

إلا أن ينوي المقرض مكافأته على ذلك الشيء أو احتسابه من دينه، فيجوز له قبوله.

٢. وإما أن تجري العادة بالهدية بينهما، فتجوز.

وإن طالب المقرض ببدل القرض في بلدٍ آخر، لم يخلو من أحوال:

أولها: أن يكون أثماً، فيلزم المقترض دفع بدلها؛ لأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضررٍ، فلزمه.

ثانيها: أن يكون لحملة مؤنة، كحديدٍ وبُرٍّ، وقيمته ببلد القرض أنقص من قيمته ببلد الطلب، فلا يلزم المقترض إلا قيمته ببلد القرض؛ لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه، ولا يلزمه المثل في البلد الآخر؛ لأنه لا يلزمه حملة إليه، فصار كالمتعذر.

(١) في المغني (٤/٢٤٠): «وكل قرضٍ شرط فيه أن يزيد، فهو حرام، بغير خلافٍ. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادةً أو هديةً، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك رباً».

(٢) صحيح البخاري (٢٣٠٥) صحيح مسلم (١٦٠١).

(٣) سنن ابن ماجه (٢٤٣٢) قال في مصباح الزجاجة (٣/٧٠): «إسناده فيه مقال».

ثالثها: أن تكون القيمة ببلد القرض مساويةً لبلد الطلب أو أكثر، فيلزم دفع المثل ببلد الطلب؛ لعدم الضرر إذاً.

وبذل المقرض القرض في بلد آخر له حالان:

أحدهما: أن لا يكون لحمله مؤنة مع أمن البلد والطريق، فيلزم المقرض قبوله؛ لعدم الضرر.
الثاني: أن يكون لحمله مؤنة، أو البلد والطريق غير آمن، فلا يلزم المقرض قبوله؛ لوجود الضرر.

وإذا قال: اقترض لي مائةً ولك عشرة صح؛ لأنها في مقابلة ما بذله من جاهه.

ولو قال: اقترض لي مائةً واضمني فيها ولك عشرة، لم يجوز؛ لأن الضامن يلزمه الدين، وإذا أداه وجب له على المضمون عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جازاً لمنفعة، فلم يجوز.

باب الرهن

هو توثقة دينٍ بعينٍ يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها.

وهو جائز، إجماعاً^(١).

ولا يصح بدون إيجابٍ وقبولٍ أو ما يدل عليهما؛ كسائر العقود.

ويشترط له:

١. معرفة قدره وجنسه وصفته؛ لأنه عقد على مالٍ فاشترط العلم به، كالمبيع.
٢. وكون رهنٍ جائز التصرف؛ لأنه نوع تصرف في المال، فلم يصح إلا من جائز التصرف؛ كالمبيع.
٣. وكونه مالاً للمرهون أو مأذوناً له فيه، فيصح رهن مؤجرٍ ومعارٍ، بإذن مؤجرٍ ومعيّرٍ.
٤. وأن يكون الرهن مع الحق، كأن يقول: بعثك هذا بعشرةٍ إلى شهرٍ، ترهنني بها عبدك هذا، فيقول: اشتريت منك ورهنته؛ لأن الحاجة داعية لجوازه إذاً؛ إذ لو لم يعقده مع الحق لم يتمكن من إلزام المشتري به بعد.

ويصح بعد الحق، إجماعاً^(١)؛ لقوله تعالى: {ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة} فجعله بدلاً عن الكتابة، فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق.

(١) في المغني (٤/٢٤٥): «أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة».

ولا يجوز قبل الحق، كأن يقول: رهنتك ثوبي هذا، بعشرةٍ تقرضنيها؛ لأنه وثيقة بحق، فلم يجز قبل ثبوته؛ ولأنه تابع للحق فلا يسبقه.

٥. وأن يكون بدينٍ ثابتٍ، كقرضٍ، أو مآله إلى الثبوت، كتمن مبيعٍ زمن خيارٍ. ويصح أخذ الرهن على:

-عينٍ مضمونةٍ، كعاريةٍ، وإن لم تكن ديناً؛ لمشابقتها له من حيث إنه إذا تعذر أدائها استوفى له من ثمن الرهن.

-ومقبوضٍ بعقدٍ فاسدٍ؛ لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق.

-ونفعٍ إجارةٍ في ذمةٍ، كمن استؤجر لحياطة ثوبٍ، أو بناء دارٍ، فإنه إذا لم يعمله الأجير، يبيع الرهن، واستؤجر منه من يعمله.

ولا يصح أخذ الرهن على:

-دين كتابةٍ؛ لأن للمكاتب أن يعجز نفسه أو يعجز، فلا يصح أخذ الرهن عليه.

-أو ديةٍ على عاقلةٍ قبل الحلول؛ لأنها لم تجب بعد، ولا يعلم إفضاؤها إلى الوجوب؛ لأنها قد تسقط بالجنون والفقر والموت.

-ولا بعهدة مبيعٍ، أي تبعة مبيعٍ؛ لأنه ليس له حد ينتهي إليه، فيعم ضرره بمنع البائع التصرف فيه.

-ولا ثمنٍ وأجرةٍ معينين؛ ونفع نحو دارٍ معينةٍ؛ لأن الذمة لم يتعلق بها في هذه الصور حق واجب، ولا يؤول إلى الوجوب، لأن الحق في أعيان هذه الأشياء، وينفسخ عقد الإجارة عليها بتلفها.

وكل عينٍ جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن القصد منه الاستيثاق بالدين؛ ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذره من الراهن، وهذا متحقق في كل عينٍ يجوز بيعها.

حتى المكاتب؛ لأنه يجوز بيعه.

ويمكن من كسبٍ؛ لأنه ملكه بالكتابة وهي سابقة.

وما يؤديه من النجوم رهن معه؛ لأنه كمنائه.

وإن عجز ثبت الرهن فيه وفي كسبه؛ لأنه نماؤه.

(١) في المغني (٤/٢٤٦): لو وقع بعد الحق، صح بالإجماع... وإن وقع الرهن مع العقد الموجب للدين، فيصح أيضاً. وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وإن عتق بقي ما أداه رهنًا.

ولا يصح شرط منعه من التصرف؛ لمخالفته عقد الكتابة.

والمعلق عتقه بصفةٍ إن كانت توجد قبل حلول الدين، لم يصح رهنه؛ لعدم إمكان بيعه عند حلوله، وإلا صح؛ لإمكان بيعه.

ويصح رهن مشاع، كأرضٍ بين رجلين لكل واحدٍ نصفها؛ لأنه يجوز بيعه في محل الحق.

ثم إن كان المرهون بعضه مما لا ينقل، كعقارٍ، خلى الراهن بينه وبينه وإن لم يحضر الشريك ولم يأذن؛ إذ ليس في التخلية بينه وبينه تعديٌّ على حصة الشريك.

وإن كان المرهون بعضه مما ينقل، كثيابٍ وبهائمٍ، فرضي الشريك والمرهَّن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما، جاز؛ لأن الحق لهما لا يتجاوزهما.

وإن اختلفا: جعله حاكم بيد أمينٍ أمانةً، أو بأجرةٍ؛ لوجوب قبضه.

ويجوز رهن المبيع قبل قبضه، على ثمنه وغيره، عند بائعه وغيره؛ لأنه يصح بيعه.

إلا المكمل والموزون والمدروع والمعدود، وما يبيع برؤيةٍ أو صفةٍ متقدمة؛ لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه، فكذلك رهنه.

وما لا يجوز بيعه لا يصح رهنه، كالوقف وأم الولد؛ لعدم حصول مقصود الرهن منه.

١. إلا الثمرة والزرع الأخضر قبل بدو صلاحهما بدون شرط القطع، فيصح رهنهما، مع أنه لا يصح بيعهما بدونها؛ لأن النهي عن البيع؛ لعدم الأمن من العاهة؛ ولهذا أمر بوضع الجوائح، وبتقدير تلفها لا يفوت حق المرهَّن من الدَّين؛ لتعلقه بذمة الراهن.

٢. وسوى قينٍ ذكرٍ أو أنثى، فيصح رهنه دون ولده ونحوه كوالده وأخيه؛ لأن تحريم بيعه وحده للتفريق بين ذي الرحم المحرم وهو مفقود هنا؛ لأنه إذا استُحقَّ بيعُ الرهن يباعان معًا؛ دفعًا لتلك المفسدة.

فصل

ولا يلزم الرهن إلا في حق راهنٍ؛ لأن الحظ فيه لغيره، فلزم من جهته، كالضمان في حق الضامن. بخلاف المرهَّن؛ لأن الحظ فيه له وحده، فكان له فسخه.

ولا يلزم إلا بالقبض؛ لقوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ}.

ويكون قبضه كقبض مبيع^(١)، ولا فرق بين المكيل وغيره.

وسواء كان القبض من المرتهن أو من اتفقا عليه؛ لأنه وكيل المرتهن في ذلك.

والرهن قبل القبض صحيح وليس بلازم؛ لعدم وجود شرط اللزوم وهو القبض. فللراهن فسخه والتصرف فيه.

فإن تصرف راهن في الرهن قبل قبض، يبيع أو عتق ونحوهما مما يخرج به الرهن عن ملكه، بطل الرهن؛ لأن هذه التصرفات تمنع الرهن.

وبنحو إجارة أو تدبير لا يبطل؛ لأنه لا يمنع من البيع.

واستدامة القبض شرط في اللزوم؛ لقوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} وكالاتبداء.

فإن أخرج المرتهن إلى الراهن باختياره - ولو كان نيابة عنه؛ كأن يودعه عنده - زال لزومه؛ لزوال استدامة القبض، وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض.

فإن رد الراهن الرهن إلى المرتهن عاد لزومه إليه؛ لأنه أقبضه باختياره، فلزم كالاتبداء، ولا يحتاج إلى تجديد عقد؛ لبقائه.

ولو أن الراهن آجره أو أعاره لمرتهن أو غيره بإذنه، فلزومه باق؛ لأنه تصرف لا يمنع البيع، فلم يفسد القبض.

ولو استعار شيئاً ليرهنه جاز، حكاه ابن المنذر إجماعاً^(٢).

ولمعيّر الرجوع قبل إقباض، لا بعده؛ للزومه.

لكن له مطالبة الراهن بفكاه مطلقاً، أي سواء عين مدة الرهن أو لا، حالاً كان الدين أو لا؛ لأن العارية لا تلزم.

ومتى حل الحق ولم يقضه، فلمرتهن يبعه واستيفاء دينه منه، ويرجع معير بقيمته أو مثله؛ لأنه فوّته على ربه.

وإن تلف رهن معارّ ضمنه الراهن، وهو المستعير، ولو لم يفرط المرتهن؛ لأن العارية مضمونة.

ولا ينفذ تصرف الراهن والمرتهن في الرهن المقبوض بغير إذن الآخر^(٣)؛ لأنه يفوّت على الآخر حقه.

(١) على ما سبق تفصيله في التصرف المبيع قبل قبضه.

(٢) الإجماع (ص ١٣٩).

(٣) في الإجماع لابن المنذر (ص ١٣٨): «وأجمعوا على أن الراهن ممنوع من بيع الرهن، وهبته وصدقته، وإخراجه من يدي من رهنه حتى يبرأ»

فإن لم يتفقا على المنافع، لم يجز الانتفاع وكانت معطلةً، فلو كانت داراً فإنها تغلق.
وإن اتفقا على الإجارة أو الإعارة جاز، لأن المقصود بالرهن الاستيثاق بالدين، واستيفاءه من ثمنه عند تعذر
استيفائه من ذمة الراهن، وهذا لا ينافي الانتفاع به.

ولا يمنع المرتهن الراهن من سقي شجرٍ وتلقيحٍ ومداوةٍ وفصدٍ وإنزاعٍ فحل على مرهونٍ؛ لأن ذلك مصلحة
للرهن.

ويمنع من قطع سلعةٍ خطيرةٍ - وهي زيادة تحدث في الجسد كالغدة -؛ لأنه يُخاف على المرهون من قطعها.

أما عتق الراهن المرهون فإنه يصح؛ لأنه مبني على السراية والتغليب. ويأثم الراهن؛ لإبطاله حق المرتهن.
وتؤخذ قيمته حال الإعناق من الراهن؛ لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة، وتكون رهناً مكانه؛ لأنها بدل
عنه.

وكذا تؤخذ قيمته رهناً مكانه: لو قتله، أو أحبل الأمة بلا إذن المرتهن^(١)، أو أقر بالعتق قبل الرهن وكذبه
مرتهن.

ونماء الرهن المتصل، كالسمن وتعلم الصنعة، وكذا المنفصل، كالولد والثمرة والصوف، وكسبه، وأرش الجناية
عليه، ملحق بالرهن، فيكون رهناً معه، ويبيع معه لوفاء الدين إذا بيع؛ لأنه تابع له.

ومؤنة الرهن على الراهن^(٢)؛ لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه،
له غنمه وعليه غرمه» رواه الشافعي والدارقطني، وقال: إسناده حسن متصل^(٣).

وعلى الراهن أيضاً كفته ومؤنة تجهيزه بالمعروف؛ لأن ذلك تابع لمؤنته.

وعليه أيضاً أجره مخزونه إن كان مخزوناً، وأجرة حفظه؛ لأنه نوع إنفاقي، فكان على الراهن.

من حق المرتهن».

(١) في الإجماع لابن المنذر (ص ١٣٨): «أجمعوا على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة».

(٢) في شرح معاني الآثار (٩٩/٤): «أجمع أهل العلم أن نفقة الرهن على الراهن لا على المرتهن».

(٣) مسند الشافعي (١٤٧٧) سنن الدارقطني (٢٩٢٠) قال في التلخيص الحبير (٨٤/٣): «صحح أبو داود، والبخاري، والدارقطني، وابن
القطان إرساله، وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله».

والرهن أمانة في يد المرتهن، ولو قبل عقد الرهن، بأن دفع له العين ليرهنها بعدُ فتلفت، أو بعد وفاء الدين؛ للخبر السابق، فهو دال على أن الغرم على الراهن لا المرتهن.

وإن تلف من غير تَعَدٍّ ولا تَفْرِيطٍ من المرتهن فلا شيء عليه، قاله علي عليه السلام (١)؛ ولأنه أمانة في يده كالوديعة. فإن تعدى أو فرط ضمن، إجماعاً (٢).

ولا يسقط بهلاك الرهن شيء من دينه؛ لأنه كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف، ولم يوجد ما يسقطه، فبقي بحاله، وكما لو دفع إليه عبداً لبيعه ويستوفي حقه من ثمنه، فمات.

وإن تلف بعض الرهن، فباقيه رهن بجميع الدين؛ لأن الدين كله متعلق بجميع أجزاء الرهن.

ولا ينفك بعضه مع بقاء بعض الدين، حكاه ابن المنذر إجماعاً (٣)؛ لما سبق، وسواء كان مما تمكن قسمته أو لا.

ويقبل قول المرتهن في التلف؛ لأنه أمين.

وإذا ادعى التلف بحادثٍ ظاهرٍ، كحريقٍ ونهبٍ، كُفِّفَ بينةً بالحادث؛ لعدم خفائه. وقيل قوله في التلف وعدم التفريط والتعدي.

وتجوز الزيادة في الرهن إجماعاً (٤)، بأن رهنه عبداً بمائة، ثم رهنه عليها ثوباً؛ لأنه زيادة استيثاق.

دون الزيادة في دينه، فإذا رهنه عبداً بمائة لم يصح جعله رهناً بخمسين مع المائة ولو كان يساوي ذلك؛ لأن الرهن اشتغل بالمائة الأولى، **والمشغول لا يشغل**.

وإن رهن واحد عند اثنين شيئاً على دينٍ لهما فوفى الراهن أحدهما، انفك في نصيبه؛ لأن عقد الواحد مع اثنين بمنزلة عقدين، فكأنه رهن كل واحدٍ منهما النصف منفرداً.

ثم إن طلب الراهن المقاسمة أُجيب إليها إن كان الرهن لا تُنقصه القسمة كالمكيل والموزون؛ لعدم الضرر على المرتهن.

وإن رهن اثنان عند واحدٍ شيئاً، فاستوفى المرتهن من أحدهما، انفك في نصيبه؛ لأن الراهن متعدد.

(١) قال ابن حزم في المحلى (٣٧٦/٦): «وروينا من طريق الحجاج بن المنهال، نا همام بن يحيى، أنا قتادة، عن خِلاسِ أن علي بن أبي طالب قال في الرهن: يترادان الفضل فإن أصابته جائحة برئ» فصح أن علي بن أبي طالب لم ير تراد الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن، لا فيما أصابته جائحة، بل رأى البراءة له مما أصابته جائحة.

(٢) الإجماع (ص ١٣٩) المغني (٤/٢٩٧).

(٣) المغني (٤/٢٧٠).

(٤) في الإجماع لابن المنذر (ص ١٣٨): «أجمعوا على أن للراهن أن يزيد المرتهن مع رهنه رهناً، أو رهوناً».

فلو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألفٍ فهذه أربعة عقودٍ، ويصير كل ربيعٍ منه رهناً بمائتين وخمسين. ومتى قضى بعض دينٍ عليه، أو أُبرئ منه، وبعض الدين رهن أو كفيل، وقع قضاءً أو إبراءً البعض عما نواه قاضٍ ومبرئٌ؛ لأن التعيين في ذلك له فينصرف إلى ما عينه. فإن أطلق صرّفه إلى أيهما شاء؛ لأنه يملك ذلك ابتداءً فَمَلَكه بعدُ.

ومتى حل الدين لزم الراهن الإيفاء، كالدين الذي لا رهن به.

وإن امتنع من وفائه، فلا يخلو من حالين:

أحدهما: أن يكون الراهن أذن للمرتهن أو العدل الذي تحت يده الرهن في بيعه، فيبيعه؛ لأنه مأذون له فيه، فلا يحتاج لتجديد إذنٍ من الراهن. وإن كان البائع العدل، اعتُبر إذن المرتهن أيضاً؛ لأن الحق له. ووفى الدين؛ لأنه المقصود بالبيع. وإن فُضِّل عن ثمنه شيء فلمالكه، وإن بقي منه شيء، فعلى الراهن. ثانيهما: ألا يأذن في البيع ولم يوفِّ الدين، فيجبره الحاكم على وفائه، أو يبيع الرهن؛ لأن هذا شأن الحاكم. فإن امتنع حبسه أو عزّره حتى يفعل.

فإن أصر على الامتناع، أو كان غائباً أو تغيب، باعه الحاكم ووفى دينه؛ لأنه حق تعيّن عليه، فقام الحاكم مقامه فيه.

وليس للمرتهن بيعه إلا بإذن ربه أو الحاكم.

فصل

ويكون الرهن عند من اتفقا عليه؛ لأن الحق لا يعدوهما.

فإذا اتفقا أن يكون تحت يد جائر التصرف، صح، وقام قبضه مقام قبض المرتهن؛ لأنه وكيله، وقبض الوكيل يقوم مقام قبض الموكل.

ولا يجوز عند:

١. صبيٍّ؛ لأنه غير جائر التصرف.
٢. أو عبدٍ بغير إذن سيده؛ لأن منافعه لسيده.
٣. أو مكاتبٍ بغير جعلٍ إلا بإذن سيده؛ لأنه ليس له التبرع. وإن كان يجعلٍ جاز، لأن له التكسب من غير إذن سيده.

وإن شرط جعل الرهن بيد اثنين لم ينفرد أحدهما بحفظه؛ لأن الراهن والمرتهن لم يرضيا إلا بحفظهما معاً، فلم يجز لأحدهما الانفراد.

وليس لراهنٍ ولا لمرتهنٍ، إذا لم يتفقا، ولا لحاكمٍ نقله عن يد العدل؛ لأنهما رضياه ابتداءً، إلا أن تتغير حال العدل، بفسقٍ أو ضعفٍ.

وللوكيل رده عليهما، لا على أحدهما؛ لأنه أمين متطوع بالحفظ، فلم يلزمه المقام عليه.

وإن أذنا له في بيع الرهن لم يبيع إلا بنقد البلد؛ لأن الحظ فيه؛ لرواجه.

فإن تعدد باع بجنس الدين؛ لأنه أقرب إلى وفاء الحق.

فإن عُدِمَ فبما ظنه أصلح؛ لأن الغرض تحصيل الحق.

فإن تساوت، عيَّنه حاكم؛ لأنه أعرف بالأحظ.

وإن عيَّنا نقداً تعيَّن، ولم تجز مخالفتها؛ لأنه وكيل.

فإن اختلفا في تعيين النقد، لم يقبل قول واحدٍ منهما، ويرفع الأمر للحاكم، ويأمر ببيعه بنقد البلد، سواء كان من جنس الحق أو لم يكن، وافق قول أحدهما أو لا؛ لأن الحظ في ذلك.

وإن باع العدل بإذنها وقبض الثمن، فتلف في يده من غير تفريطٍ، فمن ضمان الراهن، بلا خلافٍ^(١)؛ لأن الثمن في يد العدل أمانة، فهو كالوكيل.

وإن ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن، فأنكره ولا بينة للعدل بدفعه للمرتهن، فلا يخلو من حالين:

أحدهما: أن لا يكون الدفع بحضور الراهن، فيضمن العدل؛ لأنه فرط حيث لم يُشْهَد، ولأنه إنما أذن له في قضاءٍ مُبْرئٍ ولم يحصل. فيرجع المرتهن على راهنه، ثم الراهن يرجع على العدل.

الثاني: أن يكون القضاء بينة، فلا يضمن العدل؛ لعدم تفريطه، سواء كانت البينة قائمةً أو معدومةً، كما لو كان بحضرة الراهن؛ لأنه لم يعد مفراطاً.

والوكيل في قضاء الدين، حكمه حكم العدل فيما تقدم؛ لأنه في معناه.

ولا يصح في الرهن شرط ينافي مقتضى العقد:

(١) المغني (٤/٢٦٧).

كشروط أن لا يبيعه المرتهن إذا حلَّ الدين؛ لأن مقتضى العقد أن الراهن إذا لم يوفِّ الدين، بيع الرهن، ووفي الدين من ثمنه.

أو شرط الراهن أن المرتهن لا يستوفي الدين من ثمنه.

أو لا يبيع ما خيف تلفه.

أو شرط إن جاءه بحقه في وقت كذا، وإلا فالرهن للمرتهن بدينه^(١)، لم يصح الشرط وحده؛ لحديث: «لا يَغْلِقُ الرهن»، وفسره الإمام بذلك، ويصح الرهن؛ للخبر؛ إذ سماه رهنًا مع أن فيه شرطًا فاسدًا^(٢).

ويقبل قول راهنٍ في:

-قدر الدين، كأن يقول: رهنتك بألفٍ، قال المرتهن: بل بألفين؛ لأنه منكر.

-وفي قدر الرهن^(٣)، كأن يقول: رهنتك هذا العبد، قال المرتهن: بل العبد والأمة؛ لأنه منكر.

-وفي ردّه، بأن ادعاه مرتهن، وأنكر الراهن، فقلوه؛ لأن الأصل معه، والمرتهن قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستأجر.

-وفي كون الرهن عصيرًا لا خميرًا، في عقد شرط فيه، بأن قال: بعثك كذا بكذا، على أن ترهنني هذا العصير، وقبل على ذلك وأقبضه له، ثم قال المرتهن: كان خميرًا، فلي فسخ البيع، وقال الراهن: بل كان عصيرًا فلا فسخ، فقلوه؛ لأن الأصل السلامة.

وإن أقر الراهن أن الرهن ملك غيره، قُبل على نفسه؛ إذ لا عذر لمن أقرّ، ولم يقبل على المرتهن؛ لأنه متهم في حقه، فيلزمه رده للمقرّ له إذا انفك الرهن.

(١) في المبدع: «وإلا فالرهن له» أي: بالدين، أو فهو مبيع بالدين الذي عليك، لم يصح الشرط... لأنه علق البيع على شرط؛ لأنه جعله مبيعًا بشرط أن لا يوفيه الحق في محله، والبيع المعلق بشرط لا يصح.

(٢) في المغني (٢٨٧/٤): «وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين، أو: فهو مبيع لي بالدين الذي عليك، فهو شرط فاسد، روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي، ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدًا خالفهم» وفي المسألة خلاف. ينظر: موسوعة الإجماع (٢٧١/٤).

(٣) في المغني (٢٩٩/٤): «وإن اختلفا في قدر الرهن... فالقول قول الراهن؛ لأنه منكر، ولا نعلم في هذا خلافاً».

أو أقر أن الرهن جَنَى، قُبِلَ إقرار الراهن على نفسه لا على المرتهن، إن كذبه؛ لأنه متهم في حقه، **وقول الغير على غيره غير مقبول**. وحُكِمَ بإقراره بعد فك الرهن بوفاء الدين أو الإبراء منه، إلا أن يصدقه مرتهن فيبطل الرهن؛ لوجود المقتضي السالم عن المعارض. ويُسَلَّم للمقر له به.

فصل

لمرتهن ركوب ما يُركب من الرهن، وحلب ما يُحلب، بقدر نفقته متحريراً للعدل، بلا إذن راهن؛ لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «الرهن يُركب بنفقته، إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يُشرب بنفقته، إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» رواه البخاري^(١).
وتُسترضع الأمة بقدر نفقتها؛ قياساً على الرهن المحلوب.
وما عدا ذلك من الرهن لا ينتفع به إلا بإذن مالكة^(٢)؛ لأنه ملك للراهن، فلم يجز أخذها بغير إذنه.

وإن أنفق المرتهن على الرهن، فلا يخلو من حالين:
أحدهما: أن يكون بغير إذن راهن مع إمكان استئذانه، فليس له رجوع على راهن، ولو نوى الرجوع؛ لأنه متبرع أو مفطر حيث لم يستأذن المالك مع قدرته عليه.
الثاني: أن يتعذر استئذانه، وأنفق بنية الرجوع، فله الرجوع على راهن، ولو لم يستأذن الحاكم؛ لاحتياجه لحراسة حقه^(٣).
وكذا وديعة وعارية ودواب مستأجرة هرب رهما، فله الرجوع إذا أنفق على ذلك بنية الرجوع عند تعذر إذن مالكة؛ لأنها أمانة عنده.
ويكون الرجوع بالأقل مما أنفق أو نفقه المثل، فلو كانت نفقة مثله خمسة وأنفق أربعة، رجع بالأربعة؛ لأنها التي أنفقها وإن كانت بالعكس، رجع أيضاً بالأربعة؛ لأن الزائد على نفقة المثل تبرع.

(١) صحيح البخاري (٢٥١٢).

(٢) في المغني (٤/٢٨٨): «ما لا يحتاج إلى مؤنة، كالدار والمتاع ونحوه، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال، لا نعلم في هذا خلافاً».

(٣) في الإفصاح (١/٤٢٠): «وأجمعوا على أنه إذا أنفق المرتهن على الرهن بإذن الحاكم أو غيره مع غيبة الراهن أو امتناعه، كان ديناً للمنفق على الراهن».

ولو خرب الرهن إن كان دارًا، فعَمَّرَه مرتَهَنَ بلا إذنِ رَاهِنٍ، رَجَعَ بِأَلْتِهِ، كخَشَبٍ وَحِجَارَةٍ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَه، وَلَا يَرْجَعُ بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالِيَّةَ الدَّارِ، كَثَمَنَ مَاءٍ وَطِينٍ، وَأَجْرَةُ المَعْمَرِينَ؛ لِأَنَّ العِمَارَةَ لَيْسَتْ وَاجِبَةً عَلَى الرَّاهِنِ، فَلَمْ يَكُنْ لغيره أَنْ يَنُوبَ عَنْهُ فِيمَا لَا يَلْزِمُهُ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ مُتَبَرِّعًا. بِخِلَافِ نَفَقَةِ الحَيَوَانَ؛ لِحَرَمَتِهِ فِي نَفْسِهِ، وَعَدَمِ بَقَائِهِ بِدُونِهَا.

وَإِنْ جَنَى العَبْدُ المَرْهُونَ وَوَجِبَ مَالٌ، حُجِّرَ سَيِّدُهُ بَيْنَ فِدَائِهِ، أَوْ بَيْعِهِ، أَوْ تَسْلِيمِهِ إِلَى وِلي الجَنَايَةِ فَيَمْلِكُهُ، فَإِنْ فَدَاهُ فَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ. وَإِنْ بَاعَهُ، أَوْ سَلَمَهُ فِي الجَنَايَةِ، بَطَلَ الرَهْنُ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِقِ الأَرَشَ قِيَمَتَهُ، يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدْرِهِ وَبَاقِيهِ رَهْنًا.

وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ فَالْخِصْمُ سَيِّدُهُ، فَإِنْ أَخَذَ الأَرَشَ، كَانَ رَهْنًا، وَإِنْ اقْتَصَّ فَعَلِيهِ قِيَمَةُ أَقْلِ العَبْدَيْنِ الجَانِيِ وَالمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، قِيَمَةٌ تَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ.

باب الضمان

مَأخُودٌ مِنَ الضَّمَنِ، فَذِمَّةُ الضَّامِنِ فِي ذِمَّةِ المَضْمُونِ عَنْهُ.

هُوَ التَّزَامُ مَا وَجِبَ عَلَى غَيْرِهِ، مَعَ بَقَائِهِ، وَمَا قَدْ يَجِبُ.

وَيَصِحُّ بِلَفْظِ ضَمِينٍ وَكفِيلٍ وَقَبِيلٍ وَحَمِيلٍ وَزَعِيمٍ، وَتَحَمَّلْتَ دَيْنَكَ أَوْ ضَمَنْتَهُ، أَوْ هُوَ عِنْدِي وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَبِإِشَارَةٍ مَفهُومَةٍ مِنْ أُخْرَسٍ؛ لِأَنَّهَا كَاللَّفْظِ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى المَرَادِ.

وَلَا يَصِحُّ الضَّمَانُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ، لَا صَغِيرٍ أَوْ سَفِيهِ، أَوْ مَجْنُونٍ^(١)؛ لِأَنَّهُ إِيجَابٌ مَالٍ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُمْ.

وَيَصِحُّ مِنْ مَفْلَسٍ؛ لِأَنَّ الحِجْرَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ لَا ذِمَّتَهُ.

وَمِنْ قَبْلِ وَمَكَاتِبٍ بِإِذْنِ سَيِّدِهِمَا؛ لِأَنَّ الحِجْرَ عَلَيْهِمَا لِحَقِّهِ.

وَيُؤْخَذُ مَا ضَمَّنَهُ مَكَاتِبٍ مِمَّا يَبِيدُ مَكَاتِبٍ، وَمَا ضَمَّنَهُ قَبْلُ مِنْ سَيِّدِهِ؛ لِتَعَلُّقِهِ بِذِمَّتِهِ.

وَلَرُبَّ الحَقِّ مَطَالِبَةُ المَضْمُونِ وَالمَضَامِنِ فِي الحَيَاةِ وَالمَوْتِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِمَا، فَمَلَكَ مَطَالِبَةَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا؛ لِحَدِيثِ أَبِي أَمَامَةَ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢).

(١) فِي المَغْنِيِّ (٤/٤٠٥): «وَلَا يَصِحُّ مِنَ المَجْنُونِ وَالمَبْرَسَمِ، وَلَا مِنْ صَبِيٍّ غَيْرِ مُمَيِّزٍ، بغيرِ خِلَافٍ».

(٢) سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ (٣٥٦٥) جَامِعَ التِّرْمِذِيِّ (١٢٦٥) وَحَسَّنَهُ ابْنُ المَلِّقَنِ فِي البَدْرِ المُنِيرِ (٦/٧٠٧).

فإن برئت ذمة المضمون عنه من الدين المضمون بإبراء^(١) أو قضاءٍ أو حوالةٍ ونحوها، برئت ذمة الضامن؛ لأنه تبع له.

ولا يبرأ المضمون ببراءة الضامن؛ لأن الأصل لا يبرأ ببراءة التبع. وإذا تعدد الضامن لم يبرأ أحدهم بإبراء الآخر؛ لأنه ليس تبعًا له. ويبرؤون بإبراء المضمون عنه؛ لأنهم تبع له.

ولا يعتبر لصحة الضمان: معرفة الضامن للمضمون عنه، ولا معرفته للمضمون له؛ لأنه لا يعتبر رضاهما^(٢)، فكذا معرفتهما.

بل يعتبر رضى الضامن؛ لأن الضمان تبرع بالتزام الحق، فاعتبر له الرضى؛ كالتبرع بالأعيان.

ويصح ضمان المجهول إذا آل إلى العلم، كقوله: أنا ضامن لك ما يُقرُّ به فلان؛ لقوله تعالى: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ}، وحمل البعير غير معلوم؛ لأنه يختلف.

ويصح أيضًا ضمان الأعيان المضمونة، كالغصوب والعواري والمقبوض بسومٍ إن ساومه وقطع ثمنه، أو ساومه فقط ليريه أهله إن رضوه وإلا رده؛ لأنها مضمونة على من هي في يده.

وضمانها في الحقيقة: ضمان استنقاذها وردّها أو قيمتها عند تلفها.

وإن أخذه ليريه أهله بلا مساومةٍ ولا قطع ثمنٍ، فغير مضمونٍ، أي إذا تلف بغير تفريطٍ؛ لأنه غير مقبوضٍ على وجه العوض؛ لعدم السوم، ولا يصح ضمانه؛ لأنه أمانة.

ويصح ضمان عهدة مبيع، بأن يضمن الضامن عن البائع الثمن:

- إن ظهر أن المبيع لغير بائع،

- أو رُدَّ المبيع على بائعٍ لعيبٍ،

- أو يضمن الأرش للمشتري إن اختار إمساكًا مع عيبٍ.

ويصح ضمان العهدة عن مشترٍ لبائع، بأن يضمن الضامن:

- الثمنَ للبائع قبل تسليمه،

- أو يضمن الثمن إن ظهر عيب،

- أو استُحق الثمن، أي ظهر مُستحقًا.

(١) في المغني (٤/٤٠٩): «وإن أبرأ صاحبُ الدين المضمونَ عنه، برئت ذمة الضامن، لا نعلم فيه خلافًا».

(٢) في المغني (٤/٤٠٠): «لا يعتبر رضى المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافًا».

فيصح ضمان العهدة؛ لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة، والوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان. والشهادة لا يستوفى منها الحق، والرهن لا يجوز في ذلك بالإجماع^(١)؛ لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً، فلم يبق إلا الضمان، فلو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يُعرف، وفيه ضرر عظيم. وألفاظ ضمان العهدة: ضمنت عهده أو دَرَكه ونحوها.

ويصح أيضاً ضمان ما يجب، بأن يضمن ما يلزمه من دين، أو ما يداينه زيد لعمره ونحوه. وللضامن إبطاله قبل وجوبه؛ لعدم اشتغال ذمته.

ولا يصح ضمان الأمانات، كوديعة، ومال شركة، وعين مؤجرة؛ لأنها غير مضمونة على صاحب اليد، فكذا ضامنه.

بل يصح ضمان التعدي في الأمانات؛ لأنها حينئذ تكون مضمونة على من هي بيده، كالمغصوب.

وإن قضى الضامن الدين بنية رجوع، رجع على المضمون عنه؛ لأنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه.

وإلا ينوي الضامن رجوع، فلا يرجع؛ لأنه متطوع بذلك، أشبه الصدقة.

وكذا كفيل، وكل مؤد عن غيره ديناً واجباً، كمن أنفق على زوجة غيره، يرجع إن نوى الرجوع، وإلا فلا. غير نحو زكاة، كندبر وكفارة، وكل ما افتقر إلى نية، فلا رجوع له، ولو نوى الرجوع؛ لأنه لا يبرأ المدفوع عنه بذلك؛ لعدم النية منه.

فصل في الكفالة

وهي التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه.

وهي صحيحة؛ لقوله تعالى: {قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ}، ولأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج، وعدم المعاملات المحتاج إليها. وتنعقد بما ينعقد به ضمان.

(١) المغني (٤/٤٠٣).

وإن ضمن الضامن معرفته أخذ به، بأن جاء يستدين من إنسانٍ، فقال: أنا لا أعرفك فلا أعطيك، فضمن آخر معرفته لمن يريد أن يداينه، فداينه، وغاب مستدين، أخذ ضامن المعرفة بالمستدين، فيطالب بحضوره، فإن عجز عن إحضاره مع حياته، لزمه ما عليه.

وتصح الكفالة ببدن كل إنسانٍ عنده عين مضمومة، كعارية ليردها أو بدلها، وتصح أيضاً ببدن من عليه دين ولو جهله الكفيل؛ لأن كلاً من العين والدين حق مالي، فصحت الكفالة به كالضمان.

١. ولا تصح ببدن من عليه حد لله تعالى، كالزنى، أو لآدمي، كالقذف^(١)؛ لحديث: «لا كفالة في حدٍ»^(٢)، ولأن مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهة، فلا يدخله الاستيثاق، ولا يمكن استيفاءه من غير الجاني.

٢. ولا ببدن من عليه قصاص؛ لأنه بمنزلة الحد.

٣. ولا بزوجة لزوجها في حق الزوجية له عليها.

٤. ولا بشاهد؛ لأن الحق الذي على الزوجة والشاهد ليس بماليٍّ، ولا يمكن استيفاءه من الكفيل.

٥. ولا بشخص مجهول؛ لأنه غير معلوم في الحال، ولا في المال، فلا يمكن تسليمه.

٦. أو إلى أجل مجهول؛ لأن المكفول له ليس له وقت يستحق المطالبة فيه.

ويصح إذا قدم الحاج فأنا كفيل بزيد شهراً؛ لجمعه تعليقاً وتوقيتاً، وكلاهما صحيح.

ويعتبر رضا الكفيل؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه.

لا رضا مكفول به، أو له؛ كالضمان.

ويبرأ الكفيل:

١. إن مات المكفول؛ لأن الحضور سقط عنه.

٢. أو تلفت العين بفعل الله تعالى قبل المطالبة؛ لأن تلفها بمنزلة موت المكفول به.

فإن تلفت بفعل آدميٍّ، فعلى المتلف بدلها، ولم يبرأ الكفيل.

٣. أو سلم المكفول نفسه؛ لأن الأصيل أدى ما على الكفيل، أشبه ما لو قضى المضمون عنه الدين.

(١) الإجماع (ص ١٦٣): «وأجمعوا على أنه لا تجوز الكفالة في الحدود».

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١١٤١٧) وقال: «تفرد به بقية» عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية الجهوليين، ورواياته منكراً» وقال في بلوغ المرام (ص ٢٦٠): «إسناده ضعيف».

٤. أو سلم المكفول بمحل العقد وقد حل الأجل، أو لم يحل بلا ضررٍ على مكفولٍ له في قبض المكفول؛ لأنه قد زاده خيراً بتعجيل حقه.

ومحل براءة الكفيل بتسليمه، ما لم تكن هناك يدٌ حائلة ظالمة تمنعه منه؛ لأنه لا يحصل له غرضه.

وإن تعذر إحضار المكفول مع حياته، أو غاب ومضى زمن يمكن إحضاره فيه، ضمن ما عليه من الدين؛ لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم». إن لم يشترط الكفيل البراءة من الدين؛ لحديث «المسلمون على شروطهم»^(١).

ومن كفله اثنان فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر؛ لانحلال إحدى الوثيقتين بلا استيفاء، فلا تنحل الأخرى، كما لو أبرأ أحدهما.

وإن سلم مكفول نفسه برثاً؛ لأداء الأصيل ما عليهما.

باب الحوالة

مشتقة من التحول؛ لأنها تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى.

وهي انتقال مالٍ من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

وتنقذ بأحلتك، وأتبعك بدينك على فلان، ونحوه؛ لدلالته على المقصود.

وشُروط لصحتها:

١. أن تكون على دينٍ مستقرٍ؛ إذ مقتضاها إلزام المحال عليه بالدين مطلقاً، وما ليس بمستقرٍّ عرضة للسقوط.

فلا تصح حوالة:

- سيدٍ على مال الكتابة؛ لأن المكاتب يملك تعجيز نفسه.

- ولا حوالة مسلمٍ على مسلمٍ فيه.

- ولا أن تحيل الزوجة على صداقها قبل الدخول.

(١) علقه البخاري بصيغة الجزم عقب حديث (٢٢٧٣) وروي موصولاً عن جماعة من الصحابة منهم أبو هريرة في سنن أبي داود (٣٥٩٤) قال ابن حجرٍ في تعليق التعليق (٢٨١/٣): «حديث «المسلمون عند شروطهم» روي من حديث أبي هريرة وعمرو بن عوفٍ وأنس بن مالكٍ ورافع بن خديجٍ وعبد الله بن عمرٍ وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها».

-ولا بائعٌ على مشترٍ في مدة خيارٍ مجلسٍ أو شرطٍ.

لعدم استقرار الدين في كلِّ.

وإن أحاله على من لا دين عليه، فهي وكالة في اقتراضٍ وليست حوالةً؛ لأن الحوالة إنما تكون بدينٍ على دينٍ.

والحوالة على ما له في الديوان أو الوقف، إذن في الاستيفاء؛ لأن الحوالة إنما تكون على ذمةٍ.

ولا يعتبر استقرار المحال به، فلو أحال مكاتب سيده بدين الكتابة، أو زوج زوجته بالصدّاق قبل الدخول، صح؛ لأن للمدين تسليم الدين قبل استقراره، وحوالته تقوم مقام تسليمه.

٢. وشُرط أيضاً تماثل الدينين:

-جنساً، كدنانير بدنانير أو دراهم بدراهم، فإن أحال من عليه ذهب بفضةٍ، أو عكسه، لم يصح.

-ووصفاً، كصحاحٍ بصحاحٍ أو مضروريةٍ بمثلها، فإن اختلفا، لم يصح.

-وحلولاً أو تأجيلاً أجلاً واحداً، فلو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، أو أحدهما يحل بعد شهرٍ والآخر بعد شهرين، لم تصح.

-وقدرًا، فلا يصح بخمسةٍ على ستةٍ.

ووجه هذا الشرط: أن الحوالة إرفاق كالقرض، فلو جُوِّزت مع الاختلاف لصار المطلوب منها الفضل، فتخرج عن موضوعها.

ولا يؤثر الفاضل في بطلان الحوالة، فلو أحال بخمسةٍ من عشرةٍ على خمسةٍ، أو بخمسةٍ على خمسةٍ من عشرةٍ، صحت؛ لاتفاق ما وقعت فيه الحوالة، والفاضل باقٍ بحاله لربه.

٣. وشُرط أيضاً رضا المحيل، بلا خلافٍ^(١)؛ لأن الحق عليه، فلا يلزمه أدائه من جهة الدين على المحال عليه.

٤. وعلم المال المحال به وعليه؛ لأن الجهالة تمنع التسليم.

٥. وأن يكون المحال عليه مما يصح السلم فيه^(٢)؛ لأن غيره لا يثبت في الذمة، وإنما تجب قيمته بالإتلاف، ولا يتحرر المثل فيه.

(١) في المغني (٤/٣٩٠): «ويشترط في صحتها رضی المحيل، بلا خلافٍ».

(٢) في الروض: «وأن يكون مما يثبت مثله في الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب ونحوها» والمثبت من الإقناع والمنتهى.

وإذا صحت الحوالة باجتماع شروطها، نقلت الحق إلى ذمة المحال عليه؛ لأنها مشتقة من تحويل الحق. ويرى المحيل بمجرد الحوالة، فلا يملك الاحتال الرجوع على المحيل بحالٍ، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر، لِمَطْلٍ أو قَلَسٍ أو موتٍ أو غيرها؛ لأن الحوالة بمنزلة الإيفاء، ولأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله. وإن تراضى المحتال والمحال عليه على خيرٍ من الحق، أو دونه في الصفة، أو تعجيله، أو تأجيله، أو عوضه، جاز؛ لأن الحق لهما.

ولا يعتبر رضا المحال عليه؛ لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض، فلزم المحال عليه الدفع إليه. ولا رضا المحتال إن أُحيل على مليء. ويجبر على اتباعه؛ لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» متفق عليه^(١).

والمليء: القادر بماله وقوله وبدنه. فماله: القدرة على الوفاء. وقوله: أن لا يكون مماطلاً. وبدنه: إمكان حضوره إلى مجلس الحاكم. وإن كان المحال عليه مفلساً ولم يكن المحتال رضي بالحوالة عليه، رجع بدينه على المحيل؛ لأن القَلَسَ عيب ولم يرض به، فاستحق الرجوع، كالمبيع المعيب. فإن رضي بالحوالة عليه، فلا رجوع له، إن لم يشترط الملاءة؛ لتفريطه.

وإن أحال المشتري البائع بالثمن على مَنْ له عليه دين، أو أحال البائع على المشتري مدينه بالثمن، فبان البيع باطلاً، بأن كان المبيع مستحَقًّا أو حرًّا أو خمراً، فلا حوالة؛ لظهور أن لا ثمن على المشتري؛ لبطلان البيع، والحوالة فرغ على لزوم الثمن. ويبقى الحق على ما كان عليه أولاً. وإذا فُسخ البيع بإقالة أو خيار عيبٍ أو نحوه، لم تبطل الحوالة؛ لأن عقد البيع لم يرتفع، فلم يسقط الثمن، فلم تبطل الحوالة، وللمشتري الرجوع على البائع؛ لأنه لما رد المعوض استحق الرجوع بالعوض.

(١) صحيح البخاري (٢٢٨٧) صحيح مسلم (١٥٦٤).

وفي صورة فسخ البيع: للبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى، وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية.

وإذا اختلفا فقال: أحلتك، قال: بل وكلتني، أو بالعكس، فقول مدعي الوكالة؛ لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان، وينكر انتقاله، والأصل معه.

وإن اتفق رب دينٍ ومدِينٌ على قول مدينٍ لرب الدين: أحلتك، أو أحلتك بديني، وادعى أحدهما إرادة الوكالة، صدّق مدعي الوكالة؛ لأن الأصل بقاء الدين على كلِّ من المحيل والمحال عليه، ومدعي الحوالة يدعي نقله، ومدعي الوكالة ينكره.

وإن اتفقا على قول مدينٍ لرب الدين: أحلتك بدينك، وادعى أحدهما إرادة الحوالة، والآخر إرادة الوكالة، فقول مدعي الحوالة؛ لأن الحوالة بدينه لا تحمل الوكالة فلا يقبل قول مدعيها.

وإذا طالب الدائن المدين، فقال: أحلت عليّ فلائاً الغائب، وأنكر صاحب الدين، قُبِلَ قوله مع يمينه. ويعمل بالبينة إن أقامها من قال: أحلت عليّ فلائاً الغائب.

باب الصلح

لغة: قطع المنازعة

وشرعاً: معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين.

والصلح في الأموال قسمان:

القسم الأول: صلح على إقرار، وهو نوعان:

النوع الأول: صلح على جنس الحق المقرّ به، مثل أن يقر بدينٍ أو عينٍ فيسقط المقرّ له عن المقرّ بعض الدين، أو يهب من العين بعضها، ويأخذ الباقي، فيصح ذلك؛ لأن الإنسان لا يُمنع من إسقاط بعض حقه، كما لا يُمنع من استيفائه، وقد كَلَّمَ النبي ﷺ غرماء جابرٍ ليضعوا عنه^(١).

ومحل صحة ذلك:

١. أن لا يكون بلفظ الصلح، فإن وقع بلفظه لم يصح؛ لأنه صالح عن بعض ماله ببعض، فهو هضم للحق.

(١) صحيح البخاري (٢١٢٧).

٢. وأن لا يكون بشرطٍ، بأن يقول: بشرط أن تعطيني كذا، أو على أن تعطيني، أو تعوضني كذا، ويقبل على ذلك، فلا يصح؛ لأنه يقتضي المعاوضة، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، ولأنه لا يصح تعليق الهبة والإبراء بشرطٍ.

٣. وأن لا يمنعه حقه بدون الإبراء أو الهبة، وإلا بطل؛ لأنه أكل مال غيره بالباطل.

٤. وأن لا يكون ممن لا يصح تبرعه، كمكاتبٍ وناظرٍ وقفٍ وولي صغيرٍ ومجنونٍ؛ لأنه تبرع، وهؤلاء لا يملكونه.

إلا إن أنكر من عليه الحق ولا بينة؛ لأن **استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه.**

وإن وضع ربُّ دينٍ بعض الدين الحالَّ وأجلَّ باقيه، صح الإسقاط؛ لأنه أسقط عن طيب نفسه ولا مانع من صحته، ولم يصح التأجيل، وله المطالبة؛ لأن **الحال لا يتأجل**، ولأنه **وعد، فلا يلزم الوفاء به.** وكذا لو صالحه عن مائةٍ صحاحٍ بخمسين مكسرةً، فهو إبراء من الخمسين ووعد في الأخرى، فلا يلزمه الوفاء به.

ما لم يقع بلفظ الصلح، فلا يصح، كما تقدم.

وإن صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح؛ لأنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته، **وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز**، كما لا يجوز أن يعطيه عشرةً حالةً بعشرين مؤجلةً.

إلا في دين كتابية، إذا عجل مكاتب لسيده بعض كتابته وأبرأه من الباقي صحَّ؛ لأن الربا لا يجري بينهما في ذلك.

وإن صالح عن الحال ببعضه مؤجلاً، لم يصح إن كان بلفظ الصلح كما تقدم، فإن كان بلفظ الإبراء ونحوه، صح الإسقاط دون التأجيل، وتقدم.

وإن أقر له ببيتٍ ادعاه، فصالحه صاحب البيت على سكناه، ولو مدةً معينةً كسنة، أو على أن يبني له فوقه غرفةً، أو صالحه على بعض البيت، لم يصح الصلح؛ لأنه صالحه عن ملكه على ملكه أو منفعته.

وإن فعل ذلك كان تبرعاً متى شاء أخرجه؛ لأنه كالعارية.

وإن فعله على سبيل المصالحة معتقداً وجوبه عليه بالصلح، رجع عليه بأجرة ما سكن، وأخذ ما كان بيده من الدار؛ لأنه أخذه بعقدٍ فاسدٍ.

وإن صالح مكلفًا ليقر له بالعبودية، لم يصح، أو صالح امرأةً لتقرر له بالزوجية بعوضٍ لم يصح الصلح؛ لأن ذلك صلح يحل حرامًا؛ لأن إرقاق النفس، وبذل المرأة نفسها بعوضٍ لا يجوز.

وإن دفع المدعى عليه العبودية والمرأة المدعى عليها الزوجية مألًا للمدعى صلحًا عن دعواه، صح؛ لأنه يجوز أن يعتق عبده، ويفارق امرأته بعوضٍ، ولأن المدعى يأخذه عن دعواه الرِّق أو النكاح، والدافع يقطع به الخصومة عن نفسه، فجاز.

ومن علم بكذب دعواه، لم يُبَحِّح له أخذ العوض؛ لأنه أكل مال غيره بالباطل.

وإن قال: أقر لي بديني وأعطيك منه كذا، فأقر بالدين، صح الإقرار؛ لأنه أقر بحقٍّ يحرم عليه إنكاره.

ولا يصح الصلح لأنه يجب عليه الإقرار بما عليه من الحق، فلم يحل له أخذ العوض عليه، فإن أخذ شيئًا رده.

النوع الثاني من نوعي الصلح على إقرارٍ: أن يصلح عن الحق بغير جنسه، كما لو اعترف له بعينٍ أو دينٍ، فعوّضه عنه ما يجوز تعويضه، فيصح.

فإن كان بنقدٍ عن نقدٍ فصرف، يشترط فيه التقابض قبل التفرق. وإن كان بعرضٍ فبيع، يعتبر له ما يعتبر فيه، كقدرةٍ على تسليمه، وعلمٍ به. وإن كان بمنفعةٍ، كسكنى دارٍ، فإجارة، فيعتبر شروطها.

ويصح بلفظ صلحٍ وما يؤدي معناه، كسائر المعاوضات. بخلاف النوع الأول؛ لأن المعاوضة عن الشيء ببعضه محظورة.

وإن صالحت امرأة عن دينٍ أو عينٍ اعترفت به بتزويج نفسها، صح، ويكون ما اعترفت به صداقًا؛ لأن عقد التزويج يقتضي عوضًا، فإذا جعلت ذلك عوضًا عن الحق الذي عليها، صح.

وإن صالح عما في الذمة بشيءٍ في الذمة، بأن صالحه عن دينارٍ في ذمته بصاعٍ برٍّ أو نحوه، لم يجز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع دينٍ بدينٍ.

وإن صالح عن دينٍ بغير جنسه جاز، سواء كان بأقل منه، أو أكثر، أو مساوٍ، بشرط القبض، لئلا يصير بيع دينٍ بدينٍ.

وبجنسه، كعن بُرِّ بَرٍّ، لا يجوز بأقل أو أكثر على وجه المعاوضة؛ لإفضائه إلى ربا الفضل. ويجوز على وجه الإبراء أو الهبة^(١).

ويصح الصلح عن مجهولٍ تعذر علمه بمالٍ معلومٍ، من دينٍ، كمن بينهما معاملة أو حساب مضى عليه زمن طويل، أو عينٍ، كصاع حنطةٍ وصاع شعيرٍ اختلطا؛ لأنه إسقاط حقِّ الفصح في المجهول للحاجة، ولئلا يفضي إلى ضياع الحق أو بقاء شغل الذمة؛ إذ لا طريق إلى التخلص إلا به.

فإن لم يتعذر علم المجهول، كتركةٍ موجودةٍ صالح الورثة الزوجة عن حصتها منها مع الجهل بها، فكبراءةٍ من مجهولٍ، فيصح على المشهور؛ قطعاً للنزاع. وقدم في الإنصاف: لا يصح؛ لعدم الحاجة إليه، كالبيع.

فصل

القسم الثاني من قسمي الصلح بمالٍ: صلح على إنكارٍ، وذلك بأن يدعي شخص على آخر بعينٍ أو دينٍ، فيسكت المدعى عليه، أو ينكر وهو يجهل ما ادّعى به عليه، ثم يصالح عنه بمالٍ حالٍ أو مؤجلٍ، فيصح الصلح؛ لعموم قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٢).

ومن ادّعى عليه بوديعةٍ أو تفريطٍ فيها أو مضاربةٍ، فأنكر وصالح على مالٍ فهو جائز؛ لأن فيه افتدائاً ليمينه، وقطعاً للخصومة.

وصلح الإنكار للمدعي بيعٌ؛ لأنه يعتقده عوضاً عن ماله، فلزمه حكم اعتقاده.

فإن وجد المدعي فيما أخذه من العوض عيباً، فله رده وفسخ الصلح؛ كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً.

وإن كان العوض شقوصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة؛ لأنه بيع.

إلا إذا صالح المدعي مدعى عليه ببعض عينٍ مدعى بها، كمن ادعى نصف دارٍ بيد آخر، فأنكره وصالحه على ربعها، فالمدعي - في الصلح المذكور - كالمنكر المدعى عليه، فلا يؤخذ منه بشفعةٍ، ولا يستحق لعيبٍ شيئاً؛ لأنه يعتقد أنه أخذ بعض عين ماله مسترجعاً له ممن هو عنده.

والصلح للمدعى عليه إبراء؛ لأنه دفع العوض افتدائاً ليمينه وإزالةً للضرر عنه، لا في مقابلة حقٍ يعتقده عليه.

(١) «وإن صالح عن دين بغير جنسه جاز، سواء كان بأقل منه، أو أكثر، أو مساوٍ، بشرط القبض، لئلا يصير بيع دين بدين. وبجنسه - كعن بُرِّ بَرٍّ - لا يجوز بأقل أو أكثر على وجه المعاوضة؛ لإفضائه إلى ربا الفضل. ويجوز على وجه الإبراء أو الهبة» هذه الجملة لم أجد لها في غير الروض.

(٢) جامع الترمذي (١٣٥٢) سنن ابن ماجه (٢٣٥٣) قال في بلوغ المرام (ص ٢٥٨): «رواه الترمذي وصححه. وأنكروا عليه؛ لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوفٍ ضعيف، وكأنه اعتبره بكثرة طرقه، وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة». وحديث أبي هريرة أخرجه أبو داود (٣٥٩٤).

فلا رد لما صالح عنه بعيبٍ يجده فيه، ولا شفعة فيه إن كان شقصًا من عقارٍ؛ لأنه لم يبذل العوض في مقابلته؛ لاعتقاده أنه مُلكه قبل الصلح، فلا معاوضة. وإن كذب أحدهما في دعواه أو إنكاره، وعلم بكذب نفسه، لم يصح الصلح في حقه باطنًا؛ لأنه عالم بالحق قادر على إيصاله لمستحقه، غير معتقدٍ أنه محق. وما أخذه حرام عليه؛ لأنه أكل للمال بالباطل. وإن صالح عن المنكر أجنبي بغير إذنه، صح؛ لأنه قصد براء ذمته فصح؛ كما لو قضى دينه. ولم يرجع عليه؛ لأنه متبرع.

فصل

ويصح الصلح عن قصاص^(١)؛ لأن المال غير متعين؛ فلا يقع العوض في مقابلته. وعن سكنى دارٍ، وعن عيبٍ، بقليلٍ وكثيرٍ؛ لأنه لقطع الخصومة. ولا يصح الصلح بعوضٍ عن حد سرقةٍ وقذفٍ أو غيرهما؛ لأنه ليس بمالٍ ولا يؤول إليه، بخلاف القصاص. ولا عن حق شفعةٍ أو خيارٍ؛ لأنهما لم يشرعا لاستفادة مالٍ، وإنما شرع الخيارُ للنظر في الأخط، والشفعةُ لإزالة الضرر بالشركة. ولا عن ترك شهادةٍ بحقٍ أو باطلٍ؛ لأنه صلح على حرام. وتسقط الشفعة والخيار وحد القذف^(٢) إذا صالح عنها؛ لرضاه بتركها. ويرد العوض في الشفعة؛ لفساد الصلح.

وإن صالحه على أن يُجري على أرضه أو سطحه ماءً معلومًا، صح؛ لدعاء الحاجة إليه. فإن كان بعوضٍ مع بقاء ملك رب الأرض عليها، فإجارة؛ لأنه بيع لمنفعتها بعوضٍ معلومٍ، وإلا فبيع؛ لأن العوض في مقابلة المحل.

ولا يشترط في الإجارة هنا بيان المدة؛ للحاجة.

ويجوز شراء ممرٍ في ملك غيره، وموضعٍ في حائطٍ يجعله بابًا، وبقعةٍ يحفرها بئرًا، وعُلوٍ بيتٍ بيني عليه بنيانًا موصوفًا؛ لأن ذلك نفع مقصود، فجاز بيعه.

(١) في البناية للعيني (١٠/١٠): «(ويصح عن جنابة العمد والخطأ) وكذا عن كل حقٍّ يجوز أخذ العوض عنه، بلا خلافٍ».

(٢) حد القذف، قيدٌ ذكره في الإقناع والدقائق.

ويصح فعله صلحاً أبداً؛ لأنه يجوز بيعه وإجارته، فجاز الاعتياض عنه بالصلح. أو إجارةً مدةً معلومةً؛ لأنه نفع مباح مقصود.

فصل في أحكام الجوار

وإن حصل غصن شجرته في هواء غيره الخاص به أو المشترك، أو في أرض غيره، وطالبه بإزالة ذلك، أزاله وجوباً، إما بقطعه أو لِيَّه إلى ناحيةٍ أخرى، فإن أبى مالك الغصن إزالته، لواه مالك الهواء إن أمكن، وإلا فله قطعه؛ لأن الإنسان لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه بغير رضاه. ولا يفتقر إلى حاكمٍ، ولا يجبر المالك على الإزالة؛ لأنه ليس من فعله.

وإن أتلفه مالك الهواء مع إمكان لِيَّه ضمنه؛ لتعديه به.

وإن صالح رب الأغصان على بقاء الغصن بعودٍ لم يجز؛ لأن الرطب يزيد ويتغير، واليابس ينقص، وربما ذهب بالكلية.

وإن اتفقا على أن الثمرة بينهما ونحوه، صح الصلح؛ لأنه أصلح من القطع. ويكون الصلح جائزاً لا لازماً؛ لأنه لو لزم لأدى إلى ضرر مالك الشجر؛ لتأبد استحقاق الثمرة عليه، أو إلى ضرر مالك الهواء؛ لتأبد بقاء الأغصان في ملكه.

وكذا حكم عرق شجرةٍ حصل في أرض غيره.

ويجوز في الدرب النافذ فتح الأبواب للاستطراق؛ لأنه لم يتعين له مالك، ولا ضرر فيه على المجتازين. ولا يجوز في دربٍ نافذٍ:

١. إخراج روشنٍ على أطراف خشبٍ أو نحوه مدفونةٍ في حائطٍ.

٢. ولا سباطٍ وهو المستكمل للطريق كله على جدارين.

٣. ولا دكَّةً، ولو أذن بها إمامٌ؛ لأنه ليس له أن يأذن فيما ليس فيه مصلحة، لا سيما مع احتمال الضرر.

٤. ولا ميزابٍ ولو لم يضر بالمارة؛ لأن ذلك تصرف في ملك غيره بغير إذنه، كغير النافذ.

إلا أن يأذن إمام أو نائبه - في إخراج روشنٍ وسباطٍ وميزابٍ - ولا ضرر؛ لأنه نائب المسلمين فجرى مجرى إذنه.

ولا يجوز أن يخرج روشنًا ولا سباطاً ولا دكَّةً ولا ميزاباً في ملك جارٍ، ودربٍ مشتركٍ غير نافذٍ بلا إذن الجار أو أهل الدرب؛ لأن المنع لحقهم، فإذا رضوا بإسقاطه، جاز.

ويجوز نقل بابٍ في دربٍ غير نافذٍ إلى أوله؛ لتركه بعض حقه في الاستطراق، فلم يمنع منه. بلا ضررٍ، كفتحه في مقابلة بابٍ غيره.

ولا يجوز نقل بابٍ بدربٍ غير نافذٍ إلى داخلٍ إن لم يأذن من فوقه؛ لتعديده. وإن أذن جاز، ويكون إعارَةً لازمةً؛ لئلا يضر بالمستعير.

وحرم أن يحدث بملكه ما يضر بجاره، كحمامٍ ورحىٍ وتنورٍ؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» رواه ابن ماجه^(١).

وللجار منعه إن فعل ذلك، ومنعه من دقٍّ، وسقيٍّ يتعدى؛ للحديث.

وحرم أن يتصرف في جدار جارٍ أو مشتركٍ بفتح طاقٍ، أو ضربٍ ونَدٍ ونحوه إلا بإذنه.

وحرم وضع خشبةٍ على حائط جاره، أو حائطٍ مشتركٍ، أو لمسجدٍ، أو يتيمٍ إلا عند الضرورة، بأن لا يمكنه التسقيف إلا به، ولا ضرر؛ لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره»، ثم يقول أبو هريرة: «ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم» متفق عليه^(٢).

وإذا تهدم جدارهما المشترك أو سقفهما، أو خيف ضرره بسقوطه، فطلب أحدهما أن يعمره الآخر معه، أُجبر عليه إن امتنع؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». فإن أبي، أخذ حاكم من ماله وأنفق عليه؛ **لقيام الحاكم مقام الممتنع.**

وإن بنى شريك الجدار المشترك أو السقف بنية رجوع، وبناه شركةً، رجع على شريكه؛ لأنه قام عنه بواجبٍ. وكذا إذا احتاج لعمارة نهرٍ أو دولا ب أو قناة^(٣) مشتركة.

ولا يمنع شريك من عمارة نهرٍ ونحوه، فإن فعل فالماء بينهم على الشركة.

وإن أعطى قوم قناتهم أو نحوها لمن يعمرها وله منها جزء معلوم، صح.

ومن له علوٌ لم يلزمه عمارة سفله إذا تهدم؛ لانفراد صاحب السُّفل بملكه، ويجبر عليه مالك السفلى؛ ليتمكن صاحب العلو من الانتفاع به.

ويلزم أعلى الجارين سترَةً تمنع مشاركة الأسفل؛ لأن الإشراف على الجار إضرار به.

(١) سنن ابن ماجه (٢٣٤٠) قال في جامع العلوم والحكم (٢/٢١٠) «وقد ذكر الشيخ (يعني: النووي) رحمه الله أن بعض طرقه تقوى ببعضٍ، وهو كما قال».

(٢) صحيح البخاري (٢٤٦٣) صحيح مسلم (١٦٠٩).

(٣) القناة: هي الآبار التي تحفر في الأرض متتابعة ليستخرج ماؤها، ويسيل على وجه الأرض. المطلع (ص٣٠٣). الدولا ب: الآلة التي تديرها الدابة ليستقى بها. المعجم الوسيط (١/٣٠٥)

فإن استويا بحيث لم يكن أحدهما أعلى من الآخر اشتراكاً؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر بالستره فلزمتهما.

باب الحجر

لغة: التضييق والمنع، ومنه سُمي الحرام والعقل حجراً.

وشرعاً: منع إنسانٍ من تصرفه في ماله.

وهو ضربان: حجر لحق الغير، كعلى مفلسٍ، وحجر لحق نفسه، كعلى صغيرٍ.

لا يخلو المدين من أحوال:

أحدها: من لم يقدر على وفاء شيءٍ من دينه، حرمت مطالبته وحبسه وملازمته؛ لقوله تعالى: {وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ}.

فإن ادعى العسرة ودينه عن عوضٍ كثمنٍ وقرضٍ، أو عن غير عوضٍ ماليٍّ، كمهرٍ وضمانيٍّ، وعُرف له مال سابق الغالب بقاؤه، أو كان أقر بالملاءة = حُبس إن لم يُقَمَّ بينةً تُخبر باطن حاله؛ لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يطلع عليها في الغالب إلا المخالط له. وتسمع قبل حبسٍ وبعده، وإلا حلف وحُلي سبيله؛ لأن الحبس عقوبة ولا يُعلم له ذنب يعاقب به.

الثاني: من ماله قدر دينه، لم يحجر عليه؛ لعدم الحاجة إلى الحجر عليه، ووجب على الحاكم أمره بوفائه بطلب غريمه؛ لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مَطَّلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ» متفق عليه^(١).

ولا يترخص من سافر قبل الوفاء بعد الطلب؛ لأنه عاصٍ بسفره.

ولغريمٍ مَنْ أراد سفرًا منعه من غير جهادٍ متعينٍ، حتى يوثق برهنٍ محرزٍ، أو كفيلٍ مليٍّ؛ لما فيه من الضرر عليه بتأخير حقه بسفره، وقدمه عند محله غير متيقنٍ.

فإن أبي القادرٍ وفاء الدين الحالِّ حُبس بطلب ربه^(٢)؛ لحديث الشَّريد بن سُويدٍ، أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّ الْوَاكِدِ يَحِلُّ عِرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ»^(٣)، قال الإمام: قال وكيع: عرضه: شكواه، وعقوبته: حبسه.

(١) صحيح البخاري (٢٢٨٧) صحيح مسلم (١٥٦٤).

(٢) في الفتاوى الكبرى، لابن تيمية (٣٩٧/٥): من كان قادراً على وفاء دينه وامتنع، أُجبر على وفائه بالضرب والحبس، نص على ذلك الأئمة ... ولا أعلم فيه نزاعاً.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨) والنسائي (٤٦٨٩) وابن ماجه (٢٤٢٧) وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٦٥٦/٦).

فإن أبي عزَّره مرةً بعد أخرى، فإن أصرَّ على عدم قضاء الدين ولم يبع ماله، باعه الحاكم وقضاه؛ لقيامه مقامه، ودفَعًا لضرر رب الدين بالتأخير.

ولا يطالب مدين بدين مؤجل؛ لأنه لا يلزمه أدائه قبل حلوله، ولا يحجر عليه من أجله.

الثالث: من ماله لا يفي بما عليه من دينٍ حالٍ، فيجب على حاكمٍ حجرٌ عليه بسؤال غرمائه كلِّهم أو بعضهم؛ لقول كعب بن مالك: «إن النبي ﷺ حجر على معاذٍ ماله وباعه في دين»^(١). ويستحب إظهار حجر فليس وسفَه؛ ليعلم الناس بحالهما، فلا يعاملان إلا على بصيرة. ويتعلق بحجر الفلاس أحكام:

الحكم الأول: عدم نفوذ تصرفٍ محجورٍ عليه لفلسٍ في ماله الموجود والحادث بإرثٍ أو غيره بعد الحجر؛ لتعلق حقوق الغرماء به، فلو لم يكن كذلك لم يكن للحجر فائدة. إلا بوصيةٍ وتديبيرٍ؛ لأنه لا تأثير لذلك إلا بعد الموت وخروجه من الثلث.

ولا يقبل إقرار المفلس على ماله؛ لأن حقوق الغرماء متعلقة بأعيان ماله، فلم يقبل الإقرار عليه.

وأما تصرفه في ماله قبل حجرٍ عليه فصحيح^(٢)؛ لأنه رشيد غير محجورٍ عليه. لكن يحرم عليه الإضرار بغيره. الحكم الثاني: أن من باعه، أو أقرضه شيئًا قبل الحجر، ووجده باقيًا بحاله، ولم يأخذ شيئًا من ثمنه، فهو أحق به؛ لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجلٍ قد أفلس، فهو أحق به من غيره» متفق عليه^(٣).

وكذا لو أقرضه أو باعه شيئًا بعد الحجر عليه، رجع فيه إذا وجده بعينه، إن جهل حجره؛ لأنه معذور بجهل حاله، وإلا يجهل الحجر عليه، فلا رجوع له في عينه؛ لأنه دخل على بصيرة، ويرجع بثمن المبيع وبدل القرض إذا انفك حجره.

وإن تصرف المفلس في ذمته بشراءٍ أو ضمانٍ أو نحوهما، أو أقر بدينٍ، أو أقر بجنايةٍ توجب قودًا أو مألًا، صح؛ لأنه أهل للتصرف والحجر متعلق بماله لا بذمته، ويطالب بما لزمه من ثمنٍ مبيعٍ ونحوه، وما أقر به بعد فك الحجر عنه؛ لأنه حق عليه، وإنما منعنا تعلقه بماله لحق الغرماء، فإذا استوفى فقد زال العارض.

(١) أخرجه الدارقطني (٤٥٥١) وغيره موصولًا، وأبو داود في المراسيل (١٧١) وغيره مرسلاً، وقال ابن عبد الهادي في المحرر (ص ٤٩٦): «الصحيح أنه مرسل».

(٢) في المغني (٣٢٩/٤): «ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه، من بيع، أو هبة، أو إقرار، أو قضاء بعض الغرماء، أو غير ذلك، فهو جائز نافذ، وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا نعلم أحدًا خالفهم».

(٣) صحيح البخاري (٢٤٠٢) صحيح مسلم (١٥٥٩).

الحكم الثالث: أن يبيع الحاكم مال المفلس الذي ليس من جنس الدين بثمان مثله أو أكثر، ويقسم ثمنه فوراً بقدر ديون غرمائه الحالة؛ لأن هذا هو جُلُّ المقصود من الحجر عليه، وفي تأخيره مَطْل، وهو ظلم لهم. ولا يحل دين مؤجل بفلس مدين^(١)؛ لأن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط بفلسه، كسائر حقوقه. ولا يحل مؤجل أيضاً بموت مدينٍ إن وثق ورثته برهنٍ يُحرز أو كفيلٍ مليءٍ، بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين؛ لأن الأجل حق للميت، فوُثِرَ عنه، كسائر حقوقه. فإن لم يوثقوا حلٌّ؛ لغلبة الضرر.

وإن ظهر غريم للمفلس بعد قسمة ماله، لم تُنْقَضْ، ورجع على الغرماء بقسطه؛ لأنه لو كان حاضراً شاركهم، فكذا إذا ظهر. وإن بقي على المفلس بقية، وله صنعة أُجبر على التكسب؛ لوفاء البقية، ويجبر على إيجار وقفٍ وأم ولدٍ يستغنى عنهما.

ولا يفك حجره إن بقي عليه شيء من الدين إلا حاكم؛ لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا به.

وإن وفي ما عليه انفك الحجر بلا حاكم؛ لزوال المعنى الذي شُرِعَ له الحجر، **والحكم يدور مع علته.**

الحكم الرابع: انقطاع المطالبة عنه؛ لقوله ﷺ لغرماء الذي كثر دينه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»^(٢).

ويرجع من باعه بثمان مبيع، ومن أقرضه ببدل قرض، إذا انفك حجره؛ لتعلق حق غرمائه حال الحجر بعين ماله.

فصل في المحجور عليه لحظه

وهو الضرب الثاني من ضربي الحجر.

ويحجر على سفيهٍ وصغيرٍ ومجنون^(٣) لحظهم؛ إذ المصلحة تعود عليهم، بخلاف المفلس.

(١) في الإجماع (٥٩): «أجمعوا على أن ما كان من دين للمفلس إلى أجل، أن ذلك إلى أجله، لا يحل بإفلاسه» وفي المسألة خلاف،

ينظر: موسوعة الإجماع (٥١٩/٤)

(٢) أخرجه مسلم (١٥٥٦).

(٣) في الإفصاح (٤٢٦/١): «اتفقوا على أن الأسباب الموجبة للحجر: الصغر والرق والجنون».

والحجر عليهم عامٌّ في ذمهم ومالهم، ولا يحتاج لحاكمٍ، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن؛ لأن تصحيح تصرفهم يفضي إلى ضياع مالهم، وفيه ضرر عليهم.

ومن أعطاهم ماله بيعاً أو قرضاً أو وديعةً ونحوها، رجع بعينه إن بقي؛ لأنه ماله.

وإن تلف في أيديهم أو أتلفوه لم يضمنوا؛ لأنه سلطهم عليه برضاه، علّم بالحجر أو لا؛ لتفريطه.

ويلزمهم أَرش الجناية إن جنوا^(١)؛ لأنه لا تفريط من المجني عليه، **والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره.**

ويلزمهم أيضاً ضمان مالٍ من لم يدفعه إليهم؛ لأنه لا تفريط من المالك، **والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره.**

ويحصل البلوغ بواحدٍ من ثلاثة أشياء:

أولها: تمام خمس عشرة سنة؛ لقول ابن عمر: عرضني رسول الله ﷺ يوم أحدٍ في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني» متفق عليه^(٢).

ثانيها: نبات شعرٍ خشنٍ حول الثُّبُل؛ لقول عطية القرظي: «عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قُتِل، ومن لم ينبت حُلِّي سبيله، فكنت ممن لم ينبت فحُلِّي سبيلي» رواه الخمسة^(٣).

ثالثها: الإماء^(٤)؛ لقوله تعالى: {وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلْمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا}.

وتزيد الجارية على الذكر في البلوغ بالحيض^(٥)؛ لحديث عائشة، أن النبي ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائضٍ إلا بخمارٍ» رواه الخمسة إلا النسائي^(٦).

وإن حملت حكم ببلوغها عند الحمل^(٧)؛ لأنه دليل إنزالها؛ لأن الله تعالى أجرى العادة بخلق الولد من مائهما، فإذا ولدت حكم ببلوغها من ستة أشهر؛ لأنه اليقين.

(١) الاستذكار (٥٠/٨): «أجمع العلماء أن الغلام والنائم لا يسقط عنهما ما أتلفا من الأموال، وإنما يسقط عنهم الإثم، وأما الأموال فتضمن بالخطأ، كما تضمن بالعمد».

(٢) صحيح البخاري (٢٦٦٤) صحيح مسلم (١٨٦٨).

(٣) مسند أحمد (١٨٧٧٦) سنن أبي داود (٤٤٠٤) جامع الترمذي (١٥٨٤) سنن النسائي (٣٤٢٩) سنن ابن ماجه (٢٥٤١) قال الترمذي: «حسن صحيح».

(٤) في المغني (٣٤٥/٤): «كيفما خرج في يقظةٍ أو منامٍ، بجماعٍ، أو احتلامٍ، أو غير ذلك، حصل به البلوغ. لا نعلم في ذلك اختلافاً».

(٥) في المغني (٣٤٦/٤): «أما الحيض فهو علم على البلوغ، لا نعلم فيه خلافاً».

(٦) مسند أحمد (٢٥١٦٧) سنن أبي داود (٦٤١) جامع الترمذي (٣٧٧) سنن ابن ماجه (٦٥٥).

(٧) في تفسير القرظي (٣٥/٥): «فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء في أنه بلوغ».

فمتى بلغ صغير وعقل مجنون ورشداً، أو رشداً سفیه، زال حجرهم؛ لزوال علته، قال تعالى: {فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ}.

بلا قضاء حاكم^(١)؛ لأنه ثبت بغير حكمه، فزال لزوال موجب بغير حكمه.

ولا ينفك الحجر عنهم قبل شروطه السابقة بحال، ولو صار شيخاً.

والرشد: الصلاح في المال؛ لقول ابن عباس في قوله تعالى: {فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا} أي: صلاحاً في أموالهم^(٢).

فعلى هذا يُدفع إليه ماله، وإن كان مفسداً لدينه.

ويؤنس رشده، بأن يتصرف مراراً فلا يغبن غبناً فاحشاً، غالباً، ولا يبذل ماله في حرام، كخمرٍ وآلاتٍ لهو، أو في غير فائدة، كغناءٍ ونفطٍ؛ لأن من صرف ماله في ذلك عُدَّ سفياً.

ولا يُدفع إلى الصغير حتى يُختبر ليعلم رشده قبل بلوغه بما يليق به؛ لقوله تعالى: {وَابْتَلُوا الْيَتَامَى} الآية، وإنما يكونون يتامى قبل بلوغ. والاختبار يختص بالمراهق الذي يعرف المعاملة والمصلحة.

فصل

وولي السفیه الذي بلغ سفياً واستمر، والصغير والمجنون حال الحجر: أبٌ رشيد عدل، ولو ظاهراً؛ لكمال شفقتة، ثم وصيُّه؛ لأنه نائبه، ولو بجعلٍ وثم متبرع، ثم حاكم؛ لأن الولاية انقطعت من جهة الأب، فتعينت للحاكم.

ومن فُكَّ عنه الحجر لتكليفه ورشده، فسفه، أُعيد عليه؛ لأن الحكم يدور مع علته.

ولا ينظر في ماله إلا حاكم؛ لاحتياجه لاجتهاد. كمن جُنَّ بعد بلوغٍ ورشدٍ، فلا ينظر في ماله إلا حاكم.

ولا يتصرف ولي صغيرٍ وسفیهٍ ومجنونٍ إلا بالأحظ لهم؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ} والسفیه والمجنون في معناه.

وإذا أئجر ولي يتيمٍ في ماله، كان الربح كله لليتيم؛ لأنه نماء ماله، فلا يستحقه غيره إلا بعقدٍ، ولا يعقد وليٌ لنفسه؛ للتهمة.

ولوليٍّ دفع مالٍ محجورٍ عليه لمن يتجر فيه مضاربةً، بجزءٍ معلومٍ من الربح للعامل؛ لأن عائشة أبضعت مال محمد بن أبي بكرٍ رضي الله عنه^(١)، ولأن الولي نائب عنه فيما فيه مصلحته.

(١) في المغني (٤/٣٤٣): «لا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون إذا عقل حكم حاكمٍ، بغير خلافٍ».

(٢) تفسير الطبري (٦/٤٠٦).

وله البيع نساء، والقرض برهن، وإيداعه، وشراء عقارٍ وبنائوه، إذا رأى مصلحةً في ذلك كله، وله شراء أضحيةٍ لموسرٍ؛ جبراً لقلبه، وله تركه في المكتب بأجرة؛ لأنه من مصالحه. ولا يبيع عقاره إلا لضرورةٍ أو غبطةٍ.

فصل

ولولي صغيرٍ ومجنونٍ وسفيهٍ - غير حاكمٍ وأمينه؛ لاستغنائهما بما لهما في بيت المال - الأكل إذا احتاج من مال مؤلّيته؛ لقوله تعالى: {وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ}، ولحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، «أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال: إني فقيرٌ ليس لي شيءٌ، ولي يتيمٌ، فقال: كُلْ من مالِ يتيمِكَ غيرَ مُسْرِفٍ» رواه الخمسة إلا الترمذي^(١).

ويكون أكله بالأقلِّ من كفايته أو أجرة عمله؛ لأنه يستحق بالعمل والحاجة جميعاً، فلم يجوز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه.

ولا يلزمه عوض ما أكله إذا أيسر؛ لأنه عوض عن عمله، فهو فيه كالأجير والمضارب. ويقبل قول الولي - بيمينه؛ لاحتمال صدق الآخر، والحاكم بغير يمين؛ لولايته وعدم التهمة - بعد فكِّ الحجر في:

-النفقة وقدرها؛ لأنه أمين، أشبه المودع.

ما لم يخالف عادةً وعرفاً، فيرد؛ للقرينة.

ولو قال: أنفقت عليك منذ سنتين، فقال: منذ سنة، قُدِّم قول صبيٍّ؛ لأن الأصل موافقته، فالأصل حياة والده.

-وفي وجود الضرورة والغبطة إذا باع عقاره وادعاهما، ثم أنكره.

-وفي التلف وعدم التفريط؛ لأنه أمين، والأصل براءته.

-وفي دفع المال إليه بعد رشده؛ لأنه أمين. وإن كان ولياً بجعلٍ لم يقبل قوله في دفع المال؛ لأنه قبضه لنفعه؛ كالمترهن.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٩٨٣) عن القاسم بن محمد قال: «كانت عائشة تبضع بأموالنا في البحر، وإنما لتزكيها». والبضاعة: طائفة من المال تُبعث للتجارة.

(٢) مسند أحمد (٦٧٤٧) سنن أبي داود (٢٨٧٢) سنن النسائي (٣٦٦٨) سنن ابن ماجه (٢٧١٨) قال ابن حجر في فتح الباري (٢٤١/٨): «إسناده قوي».

ولوليِّ حرٍّ مميِّزٍ وسيدٍ عبدٍ^(١) مميِّزٍ أن يأذن لمؤلِّيهِ في التجارة؛ لقوله تعالى: {وَابْتَلُوا الْيَتَامَى}، فينك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه.

وما استدانه العبد، له حالان:

أحدهما: أن يأذن سيده في استدانته ببيعٍ أو قرضٍ، فيلزم سيده أدأؤه؛ لأنه عَرَّ الناس بمعاملته. الثاني: ألا يكون استدان يأذن سيده، فما استدانه في رقبته، فحينئذٍ يفديه سيده بالأقل من قيمته أو قدر دينه، أو يسلمه لرب الدين، ولا شيء عليه غير ذلك. وإن اعتقه لزم سيده ما عليه بأقل الأمرين. وإن كانت العين باقيةً رُدَّتْ لربها.

ويتعلق برقبته أيضاً: أرش جنائته، وقيمة متلفه، ووديعة أخذها فأتلفها، فيخير سيده، كما تقدم. ولا يتبرع المأذون له بدراهم ولا كسوة؛ لأنه ليس من التجارة ولا يُحتاج إليه، فلم يتناول الإذن. وللرقيق المأذون له: إهداء مأكولٍ، وإعارة دابةٍ، وعمل دعوةٍ بلا إسرافٍ؛ لأنه ﷺ كان يجيب دعوة المملوك^(٢).

ولغير المأذون له: الصدقة من قوته بنحو رغيفٍ إذا لم يضره؛ لجريان العادة بالمساحة فيه. وللمرأة الصدقة من بيت زوجها بذلك؛ لحديث عائشة، أن النبي ﷺ قال: «إذا تصدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدةٍ كان لها أجرها، ولزوجها بما كسب، وللخازن مثل ذلك» متفق عليه^(٣). ما لم تضطرب العادة، بأن تكون عادة بعض الإعطاء، وعادة آخرين المنع، أو يكن بخيلاً وتشك في رضاه فيهما، فيحرم الإعطاء من ماله بلا إذنه؛ لأن الأصل عدم رضاه إذن.

باب الوكالة

بفتح الواو وكسرهما: التفويض، تقول: وكلت أمري إلى الله، أي: فوضته إليه.

(١) في المغني (٤/١٨٨): «العبد المأذون له، يصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه، لا نعلم فيه خلافاً».

(٢) جامع الترمذي (١٠١٧) سنن ابن ماجه (٢٢٩٦) قال الترمذي: «حديث، لا نعرفه إلا من حديث مسلم، عن أنس، ومسلم الأعمور يُضعف، وهو مسلم بن كيسان الملائمي تُكَلِّم فيه»

(٣) صحيح البخاري (١٤٣٧) صحيح مسلم (١٠٢٤).

واصطلاحًا: هي استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة.

وتصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن، نحو افعَل كذا، أو أذنت لك في فعله.

وتصح مؤقتة، كانت وكيلي شهرًا، وتصح معلقةً بشرط، كوصية، وإباحة أكل، وولاية قضاء، وإمارة؛ لقول ابن عمر: «أمر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، وقال: إن قُتِل زيد فجعفر، وإن قُتِل جعفر فعبد الله بن رواحة» رواه البخاري^(١)، والوكالة في معناه.

ويصح قبول على الفور والتراخي، بأن يوكله في بيع شيء، فيبيعه بعد سنة أو يبلغه أنه وكله بعد شهر، فيقول: قبلت.

ويصح القبول بكل قول أو فعل دال عليه؛ لأن قبول وكلائه ﷺ كان بفعلهم، وكان متراخيًا عن توكيله إياهم، ولأنه إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عنه، أشبه الإباحة. ويعتبر تعيين الوكيل، فلو قال: وكلت أحد هذين لم تصح؛ للجهالة.

ومن له التصرف في شيء، جاز أن يستتبع غيره، وأن ينوب عن غيره؛ لانتفاء المفسدة، والمراد فيما تدخله النيابة، ويأتي.

ومن لا يصح تصرفه بنفسه فنائبه أولى، فلو وكله في بيع ما سيملكه، أو طلاق من يتزوجها، لم يصح. ويستثنى من هذا:

-توكُّل واجد الطَّوْل في قبول نكاح أمةٍ لمن تباح له.

-وتوكُّل غنيٍّ لفقيرٍ في قبول زكاةٍ.

-وفي قبول نكاح أخته ونحوها لأجنبيٍّ.

فيصح في هذه الصور؛ لأن المنع منه لنفسه إنما هو على سبيل التنزيه له، لا لمعنى فيه يقتضي منع التوكيل.

-ويصح توكُّل امرأةٍ في طلاق نفسها وغيرها؛ لأنها إذا ملكت طلاق نفسها يجعله لها، ملكت طلاق غيرها بالوكالة.

ويصح التوكيل في كل حق آدميٍّ من العقود؛ لأنه ﷺ وكَّل عروة بن الجعد في الشراء^(٢)، وسائر العقود، كإجارة، وقرض، ومضاربة، وإبراء، ونحوها في معناه^(٣).

(١) صحيح البخاري (٤٢٦١).

(٢) صحيح البخاري (٣٦٤٢).

(٣) في المغني (٦٤/٥) «لا نعلم خلافًا في جواز التوكيل في البيع والشراء» «ويجوز التوكيل في الحوالة، والرهن، والضمان، والكفالة،

والفسوخ، كخلع، وإقالة، وعتق، وطلاق؛ لأنه يجوز التوكيل في الإنشاء، فجاز في الإزالة بطريق الأولى. ورجعة، وتملك مباحات، من صيد وحشيش، وإحياء موات؛ لأنها تملك مالٍ بسببٍ لا يتعين عليه، فجاز كالاتباع.

لا ظهار؛ لأنه قول منكر وزور.

ولا لعان، وأيمان، وندور، وقسامة؛ لتعلقها بعين الحالف والناذر، فلا تدخلها النيابة؛ كالعبادات البدنية.

ولا قسَم بين الزوجات؛ لأنه يتعلق ببدن الزوج لأمرٍ لا يوجد من غيره.

ولا شهادة؛ لأنها تتعلق بعين الشاهد؛ لكونها خبراً عما رآه أو سمعه.

ولا رضاع؛ لأنه يختص بالمرضعة والمرضع لأمرٍ يختص بإثبات لحم المرتضع وإنشاز عظمه بلبن المرضعة.

ولا التقاط؛ لأن المغلب فيه الائتمان.

ولا اغتنام؛ لأنه يُستحق بالحضور، فلا مطالبة للغائب به.

ولا غصبٍ وجناية؛ لتحريمهما.

وتصح أيضاً في كل حقٍّ لله تدخله النيابة من العبادات، كتفرقة صدقةٍ وزكاةٍ ونذرٍ وكفارةٍ؛ لأنه ﷺ كان يبعث عُمَّاله لقبض الصدقات وتفريقها.

وكذا حج وعمره، على ما سبق.

وأما العبادات البدنية المحضة، كصلاةٍ وصومٍ^(١) وطهارةٍ من حدثٍ، فلا يجوز التوكيل فيها؛ لأنها تتعلق ببدن من هي عليه، لكن ركعتا الطواف تتبع الحج.

وتصح في إثبات الحدود واستيفائها؛ لقوله ﷺ: «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، فاعترفت فأمر بها فرجمت» متفق عليه^(٢). ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكِّل وغيبته.

وليس للوكيل أن يوكل فيما وُكِّل فيه إذا كان يتولاه مثله ولم يُعجزه^(٣)؛ لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه؛ لكونه يتولى مثله، إلا أن يُجعل إليه، بأن يأذن له في التوكيل، أو يقول: اصنع ما شئت.

والشركة، الوديعة، والمضاربة، والجعالة، والمساقاة، والإجارة، والقرض، والصلح، والوصية، والهبة، والوقف، والصدقة، والفسخ،

والإبراء؛ لأنها في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها، فيثبت فيها حكمه، ولا نعلم في شيءٍ من ذلك اختلافاً.

(١) في مراتب الإجماع (ص ٦٢): «أجمعوا على أن الوكالة في الصلاة المفروضة والصيام لا يجوز».

(٢) صحيح البخاري (٢٣١٤) صحيح مسلم (١٦٩٧).

(٣) في المغني (٧٠/٥): إذا نهي الموكل وكيله عن التوكيل، فلا يجوز له ذلك، وإذا أذن له في التوكيل، فيجوز له ذلك، لا نعلم في هذين

ويصح توكيل عبدٍ بإذن سيده؛ لأن المنع لحق سيده، فجاز بإذنه.

فصل

والوكالة عقد جائز؛ لأنها من جهة الموكلِ إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، وكلاهما غير لازم. فلكل واحدٍ منهما فسخها.

-وتبطل بفسخ أحدهما وموته وجنونه المطبق^(١)؛ لأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل، فإذا انتفيا انتفت صحتها.

وإذا وكل في طلاق الزوجة ثم وطئها، أو في عتق العبد ثم كاتبه أو دبره، بطلت؛ لدلالة الرجوع.

-وتبطل أيضًا بعزل الوكيل، ولو قبل علمه؛ لأنه **رفع عقدٍ لا يفتقر إلى رضی صاحبه، فصح بغير علمه؛ كالطلاق.**

ولو باع وكيلٌ أو تصرف، فادعى موكلٌ أنه عزله قبل البيع والتصرف، لم يقبل إلا بينة؛ لأن **الأصل بقاء الوكالة.**

-وتبطل أيضًا بحجر سفهٍ على وكيلٍ أو موكلٍ، حيث اعتُبر رشدي^(٢)، كالتصرف المالي؛ لزوال أهلية التصرف. لا بالحجر لفلس؛ لأنه لم يخرج عن أهلية التصرف، لكن إن حُجر على الموكل وكانت في أعيان ماله، بطلت؛ لانقطاع تصرفه فيها.

ومن وُكِّل في بيعٍ أو شراءٍ، لم يبيع ولم يشتتر من نفسه؛ لأن العرف في البيع يبيع الرجل من غيره، فحملت الوكالة عليه، ولأنه تلحقه تهمة.

ولا من ولده ووالده وزوجته ومكاتبه، وسائر من لا تقبل شهادته له؛ لأنه متهم في حقهم، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه.

وكذا حاكم وأمينه وناظر وقفٍ ووصيٍّ ومضاربٍ وشريكٍ عنانٍ ووجوهٍ.

ولا يبيع الوكيل بعرضٍ ولا نساءً ولا بغير نقد البلد؛ لأن عقد الوكالة لم يقتضه.

فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما رواجًا، فإن تساويا حُيِّر.

خلافًا.

(١) في المغني (٥/١٨٨): «الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه؛ لأنه إذن في التصرف، فكان لكل واحدٍ منهما إبطله، كما لو أذن في أكل طعامه. وتبطل أيضًا بموت أحدهما، أيهما كان، وجنونه المطبق، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم».

(٢) «حيث اعتُبر رشدي» قيدٌ ذكره في المنتهى والغاية.

وإن باع بدون ثمن المثل إن لم يقدر له ثمن، أو باع بدون ما قدره له الموكل صح، أو اشترى له بأكثر من ثمن المثل، وكان لم يقدر له ثمنًا، أو مما قدره له صح الشراء؛ لأن من صح منه ذلك بثمن مثله صح بغيره. وضمن النقص في مسألة البيع، وضمن الزيادة في مسألة الشراء؛ لأنه مفرط. والوصي وناظر الوقف كالوكيل في ذلك، ذكره الشيخ تقي الدين. وإن قال: بعه بدرهم، فباعه بدينار، صح؛ لأنه زاده خيرًا. وإن باع الوكيل بأزيد مما قدره له الموكل، أو قال الموكل: اشتر بكذا حالًا، فاشترى به مؤجلًا، صح؛ لأنه زاده خيرًا، فهو كما لو وكله في بيعه بعشرة فباعه بأكثر منها. ولو قال الموكل: بع بكذا مؤجلًا، فباع الوكيل به حالًا، صح؛ لأنه زاده خيرًا، ولو مع ضرر^(١) يلحق الموكل بحفظ الثمن؛ اعتبارًا بالغالب؛ إذ **النادر لا يفرد بحكم**، ما لم ينهه عن البيع حالًا، فإن نهاه لم يصح؛ للمخالفة.

فصل

إذا شرى وكيلٌ معيبيًا فله حالان:

أحدهما: إن كان يعلم عيبه، لزم الشراء وكيلاً، فليس له رده؛ لدخوله على بصيرة، ما لم يرضَ به موكله، فإن رضيه كان له؛ لنيته بالشراء. وإن اشترى المعيب بعين مال الموكل لم يصح؛ لأنه اشترى له ما لم يأذن له فيه، فخالف مقتضى الوكالة.

ثانيهما: أن يجهل عيبه، فله رده؛ لأنه قائم مقام الموكل، ولموكلٍ أيضًا رده؛ لأنه ملكه.

فإن حضر الموكل قبل رد الوكيل ورضي بالعيب، لم يكن للوكيل رده؛ لأن الحق له، بخلاف المضارب؛ لأن له حقًا، فلا يسقط برضى غيره.

فإن طلب البائع الإمهال حتى يحضر الموكل، لم يلزم الوكيل ذلك؛ لأنه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع.

وحقوق العقد، كتسليم ثمن، وقبض مبيع، وردّ بعيب، وضممان الدرك، تتعلق بالموكل؛ لوقوع العقد له.

فيطالب موكل في الشراء بثمن، وله رد معيب، ويضمن عهدة إذا ظهر المبيع أو الثمن مستحقًا أو معيبيًا.

ووكيل البيع يسلم المبيع؛ لأن إطلاق الوكالة في البيع يقتضيه؛ لأنه من تمامه.

ولا يقبض وكيلٌ في بيع الثمن بغير إذن موكل، سواء دلت قرينة على قبضه، كتوكيله ببيع شيء في سوق

غائبًا عن الموكل، أو لا^(١)؛ لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن.

(١) فالضرر هنا لا يمنع الصحة، خلافًا لما في الزاد.

فلا يقبض وكيلٌ الثمنَ إلا بإذن موكلٍ، فإن تعذر لم يلزم الوكيل شيء؛ لأنه ليس بمفطرٍ؛ لكونه لا يملك قبضه.

ويسلم وكيلٌ مشتراً الثمنَ؛ لأنه من تمتته وحقوقه، كتسليم المبيع، فلو أحرر تسليم الثمن بلا عذرٍ وتلف ضمنه؛ لتعديه بالتأخير.

وليس لوكيلٌ في بيعٍ تقلبيه على مشتري، أي: إعطاؤه لمشتري، ليريه أهله مثلاً؛ لأن الإذن في البيع لا يتناوله، إلا بحضور موكلٍ؛ لدلالة الحال على رضاه به. فإن دفعه الوكيل لمريد الشراء وغاب به، ضمن وكيلٌ؛ لتعديه. ولا يصح التوكيل في:

-بيعٍ فاسدٍ؛ لأن الموكل لا يملكه، ولم يأذن الشرع فيه، فلو باع وكيلٌ إذاً بيعاً صحيحاً، لم يصح؛ لأنه لم يوكل فيه.

-ولا في كل قليلٍ وكثيرٍ؛ لأنه يدخل فيه كل شيء، من هبة ماله، وطلاق نسائه، وإعتاق رقيقه، فيعظم الغرر والضرر.

-ولا إن وكله في شراء ما شاء، أو عيناً بما شاء، ولم يعين نوعاً وثماناً؛ لأنه يكثر فيه الغرر.

وإن وكله في بيع ماله كله، أو ما شاء منه، صح؛ لأنه يعرف ماله فيقل الغرر. قال في المبدع: وظاهر كلامهم في: بع من مالي ما شئت، له بيع ماله كله.

والوكيل في الخصومة لا يقبض؛ لأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً؛ لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض.

والوكيل في القبض له الخصومة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بها، فهو إذن فيها عرفاً.

وإن قال موكل: قبض حقي من زيد، ملك قبضه من زيدٍ ومن وكيله؛ لأنه قائم مقامه. ولا يقبض من ورثته؛ لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف؛ فإن الحق انتقل إلى الوارث واستحقت المطالبة عليه لا بطريق النيابة عن المورث.

إلا أن يقول موكل لوكيلٍ: قبض حقي الذي قبّله أو عليه، فله القبض من وارثه؛ لأن الوكالة اقتضت قبض حقه مطلقاً، فشمل القبض من وارثه؛ لأنه حقه.

وإن قال: قبضه اليوم، لم يملكه غداً؛ لأن إذنه لم يتناوله، ولأنه قد يُؤثر التصرف في زمن الحاجة دون غيره.

(١) والذي في الزاد: أنه يقبض إن دلت القرينة، وهو خلاف المذهب.

ولا يضمن وكيل في الإيداع إذا أودع ولم يشهد وأنكر المودع؛ لعدم الفائدة في الإشهاد؛ لأن المودع يقبل قوله في الرد والتلف.

أما الوكيل في قضاء دين إذا كان بغير حضور موكل ولم يشهد، يضمن إذا أنكر رب دين؛ لأنه مفطر حيث لم يشهد، ولأنه أذن له في قضاء دين مُبْرئٍ، ولم يوجد.

فصل

والوكيل أمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، سواء كان متبرعاً أو بجعل؛ لأنه أمين.

فإن فرط أو تعدى أو طلب منه المال فامتنع من دفعه لغير عذر، ضمن.

ويقبل قول وكيل مع يمينه:

- في نفي تفريط وتعد.

- وفي هلاك عين أو ثمنها إذا قبضه؛ لأنه أمين، والأصل براءة ذمته.

لكن إن ادعى التلف بأمر ظاهر، كحريق عام، ونهب جيش، كُلف إقامة البينة عليه؛ لعدم خفائه، فلا تتعذر البينة عليه، ثم يقبل قوله في أن العين تلفت به؛ لتعذر إقامة البينة على تلفها به، كما لو تلفت بسبب خفي.

- وفي قدر ثمن ما وكّل في شراءه؛ لأنه أمين، وأدرى بما عقّد عليه.

- وفي رد عين أو ثمنها إلى الموكل، إن كان الوكيل متطوعاً؛ لأنه قبضها لنفع مالکها، فقبل قوله فيه، كالمودع، وإن كان بجعل فقول موكل؛ لأن الوكيل قبضها لحظ نفسه، فلم يقبل قوله، كالمستعير.

وإذا قبض وكيل الثمن - حيث جاز - فهو أمانة في يده، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه؛ كالوديعة، ولا يضمنه بتأخيره؛ لأن الوكيل رضي بكونه في يده.

ويقبل إقرار وكيل بأنه تصرف في كل ما وكّل فيه؛ لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به.

ومن ادعى وكالة زيد في قبض حقه من عمرو بلا بينة، لم يلزم عمراً دفعه إن صدقه؛ لجواز أن ينكر زيد الوكالة، فيستحق الرجوع عليه.

ولا يلزم عمراً اليمين إن كذب مدعي وكالة زيد؛ إذ فائدة الاستحلاف: الحكم عليه بالنكول، ولو أقر لم يلزمه الدفع، فكيف يقضى عليه بالنكول.

فإن دفعه عمرو فأنكر زيد الوكالة، حلف زيد؛ لاحتمال صدق الوكيل في الوكالة، وضمنه عمرو، فيرجع عليه زيد؛ لبقاء حقه في ذمته، ويرجع عمرو على وكيلٍ مع بقاء ما قبضه؛ لأنه عين حقه، ويرجع ببذله مع تعديّه في تلفٍ؛ لأنه بالتعدي بمنزلة الغاصب، لا إن صدق عمرو مدعي الوكالة وتلف بيده بلا تفريطٍ؛ لأنه مقرٌّ أنه أمين.

وإن كان المدفوع لمدعي الوكالة بغير بينةٍ وديعةٍ، أخذها ربها حيث وجدها؛ لأنها عين حقه.

فإن تلفت ضَمَنَ أيهما شاء من الدافع والقابض؛ لأن الدافع ضمنها بالدفع، والقابض قبض ما لا يستحقه، فتوجهت المطالبة على كلٍّ منهما.

فإن ضَمَّنَ الدافع لم يرجع على القابض إن صدقه، وإن ضَمَّنَ القابض لم يرجع على الدافع.

وكدعوى الوكالة: دعوى الحوالة والوصية.

وإن ادعى شخص موت رب الحق وأنه وارثه، لزم من عليه الحق الدفعُ إليه مع تصديقه مدعي الإرث؛ لإقراره له بالحق. ولزم من عليه الحق اليمينُ إذا أنكر موت رب الحق، أو أنكر أن المطالب وارثه؛ لأن من لزمه الدفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار. فيحلف أنه لا يعلم صحة دعواه، ونحوه.

باب الشركة

بوزن سرقةٍ، ونعمةٍ، وتمرةٍ.

الشركة نوعان:

شركة أملاكٍ: وهي اجتماع في استحقاقٍ، كثبوت ملكٍ في عقارٍ أو منفعةٍ، لاثنين فأكثر، كما لو استأجرا دارًا.

وشركة عقودٍ: وهي اجتماع في تصرفٍ، من بيعٍ ونحوه.

ولا تكثر مشاركة كتابي لا يلي التصرف؛ لانتفاء محظورٍ بتولي المسلم التصرف.

وشركة العقود أنواع خمسة:

أحدها: شركة عنانٍ، سميت بذلك؛ لتساوي الشريكين في المال والتصرف، كالفارسين إذا سويًا بين فرسيهما وتساويا في السير.

وهي أن يشترك اثنان فأكثر، بماليهما المعلوم **كل منهما**، الحاضرَيْن، ولو كان مال كلِّ متفاوتاً قدرًا أو جنسًا أو صفةً، ليعملا فيه ببدنيهما، أو يعمل فيه أحدهما، ويكون له من الربح أكثر من ربح ماله، وتكون عنانًا ومضاربةً.

ولا تصح إن أحضر كل منهم مالا على أن يعمل فيه بعضهم وله من الربح بقدر ماله؛ لأنه إبطاع لا شركة.

والإبطاع دفع مال لمن يعمل فيه بلا عوضٍ.

ولا تصح إن عقدها على أن يعمل أحدهم بأقل من ربح ماله؛ لأن من لم يعمل لا يستحق ربح مال غيره ولا بعضه، وفيه مخالفة لموضوع الشركة.

وإن اشتركا في مختلطٍ بينهما شائعا، كمالٍ وراثه أو وهب لهما، صح، إن علما قدر ما لكلٍ منهما؛ لانتفاء الغرر.

فينفذ تصرف كلٍ منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه وبحكم الوكالة في نصيب شريكه، ويعني لفظ الشركة عن إذن صريحٍ في التصرف.

وشُروط لشركة عنانٍ ومضاربةٍ:

١. أن يكون رأس المال من النقدين المضروبين؛ لأنهما قيم الأموال وأثمان البياعات^(١).

فلا تصح بعروضٍ؛ لأن قيمته ربما زادت قبل بيعه، فيشاركه الآخر في نماء العين التي هي ملكه. ولا فلوسٍ، ولو نافقةً؛ لأنها كالعروض.

وتصح بالنقدين، ولو مغشوشين يسيرا، كحبة فضة في دينارٍ، ذكره في المغني والشرح؛ لأنه لا يمكن التحرز منه.

فإن كان الغش كثيرا، لم يصح؛ لعدم انضباطه.

٢. وأن يشترطا لكلٍ منهما جزءًا من الربح مشاعًا معلومًا، كالثلث والربع؛ لأن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط، فلم يكن بدُّ من اشتراطه كالمضاربة.

فإن قالوا: والربح بيننا، فهو بينهما نصفين؛ لإضافته إليهم إضافة واحدة بلا ترجيحٍ.

ولا تصح:

(١) في المغني (١٢/٥): «شركة العنان جائزة بالإجماع، ذكره ابن المنذر، وإنما اختلف في بعض شروطها... ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير».

إن لم يذكر الربح؛ لأنه المقصود من الشركة، فلا يجوز الإخلال به.
 أو شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً؛ لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب.
 أو شرطاً دراهم معلومة؛ لاحتمال أن لا يربحها أو لا يربح غيرها.
 أو شرطاً ربح أحد الثوبين أو إحدى السفرتين، أو ربح تجارة في شهر أو عام بعينه؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره، فيختص أحدهما بالربح، وهو مخالف لموضوع الشركة.
 وكذا مساقاة ومزارعة ومضاربة^(١)، فيعتبر فيها تعيين جزء مشاع معلوم للعامل؛ لما تقدم.
 والوضيعة، أي: الخسران، على قدر مال كل من الشركاء^(٢)، سواء كانت لتلف، أو نقصان ثمن أو غيره؛ لأنها تابعة للمال.
 ولا يشترط خلط المالين؛ لأن القصد الربح، وهو لا يتوقف على الخلط.
 ولا يشترط أيضاً كونهما من جنس واحد، فيجوز إن يخرج أحدهما دنانير والآخر دراهم؛ لأنهما أثمان فصحت الشركة فيهما كالمتفقين. فإذا اقتسما بعد فسخ الشركة رجع كل منهما بمثل ما جعله في الشركة، ثم اقتسما الفضل.

وما يشترطه كل منهما بعد عقد الشركة، فهو بينهما؛ لأن كلاً منهما وكيل صاحبه وأمينه، إلا أن ينوي الشراء لنفسه، فيختص به.
 وإن تلف أحد المالين فهو من ضمائمهما^(٣)؛ لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد.
 ولكل منهما أن يبيع ويشترى ويقبض، ويطالب بالدين ويخاصم فيه، ويحيل ويحتال، ويرد بالعيب، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتها؛ لأن مبناها على الوكالة والأمانة.
 لا أن يكاتب رقيقاً أو يزوجه أو يعتقه؛ لأنه ليس من التجارة المقصودة بالشركة. ولا أن يجابي^(٤) في بيع أو شراء، أو يقترض على الشركة؛ لمنافاته مقصود الشركة وهو طلب الربح. إلا بإذن شريكه.

(١) في الاستدكار (٥/٧): «أجمعوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح، نصفاً كان أو أقل أو أكثر».

(٢) في المغني (٢٧/٥): «الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان مالهما متساوياً في القدر، فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً، فالوضيعة أثلاثاً، لا نعلم في هذا خلافاً».

(٣) في المبدع (٣٥٩/٤): «وإن تلف أحد المالين فهو من ضمائمهما بعد الخلط اتفاقاً، وكذا قبله على الأشهر».

(٤) كبيع شيء أو إيجاره بدون ثمن المثل، وأجرته، وشراء واستئجار بأكثر. حاشية عثمان (٤١٨/٣).

وعلى كلٍّ منهما أن يتولى ما جرت العادة بتوليه من نشر ثوبٍ وطِيَّه، وإحرازِ مالِ الشركة، وقبضِ نقدٍ ونحوه؛ لأنَّ إطلاقَ الأذنِ يحملُ على العرفِ، وهو يقتضي تولي هذه الأمور بنفسه. فإن استأجر لفعل شيءٍ من ذلك، فالأجرة عليه؛ لأنه بذلها عوضاً عما عليه.

فصل

النوع الثاني: المضاربة، من الضرب في الأرض، وهو السفر للتجارة، قال الله تعالى: {وَآخِرُونَ يَصْرِفُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ}، وتسمى قِراضاً ومعاملةً.

وهي دفع مالٍ معلومٍ لمن يتجر به، بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ من ربحه للمضارب.

فلو قال: خذ هذا المال مضاربةً ولم يذكر سهم العامل، فالربح كله لرب المال؛ لفساد العقد. والوضيعة عليه وحده؛ لأن العامل أمين. وللعامل أجرة مثله، وإن لم يحصل ربح؛ لأنه عمل بعوضٍ لم يسلم له.

وإن شرطاً جزءاً من الربح لعبدٍ أحدهما أو لعبيدهما، صح، وكان لسيده؛ لأن العبد لا يملك.

وإن شرطاً الربح لعاملٍ ولأجنبيٍّ معاً - ولو ولدٍ أحدهما أو امرأته - وشرطاً عليه عملاً مع العامل، صح وكانا عاملين؛ بمنزلة ما لو قال: اعملا في هذا المال ولكلٍّ منكما كذا. وإن لم يشترط على الأجنبي عملاً مع العامل لم تصح المضاربة؛ لأن شرط جزءٍ لغير عاملٍ شرطٌ فاسد.

وإن قال رب المال للعامل: اتجر به والربح بيننا، فنصفان؛ لأنه أضافه إليهما إضافةً واحدةً، ولا مرجح فاقتضى التسوية.

وإن قال: اتجر به ولي ثلاثة أرباعه أو ثلثه، أو قال: اتجر به ولك ثلاثة أرباعه أو ثلثه، صح؛ لأنه متى عُلم نصيب أحدهما أخذه، والباقي للآخر؛ لأن الربح مستحق لهما، فإذا قُدِّرَ نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ.

وإن اختلفا لمن الجزء المشروط، فهو لعاملٍ قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنه يستحقه بالعمل وهو يقل ويكثر، وإنما تتقدر حصته بالشرط، بخلاف رب المال فإنه يستحقه بماله. ويحلف مدعيه؛ لأنه يحتمل خلاف ما قاله فيجب؛ لنفي الاحتمال.

وإن اختلفا في قدر الجزء بعد الربح، بأن قال عامل: شرطت لي النصف، وقال مالك: الثلث، قُدِّم قول مالكٍ بيمينه؛ لأنه منكر للزيادة.

وكذا مساقاة ومزارعة إذا اختلفا في الجزء المشروط أو قدره؛ لما تقدم.

ومضاربةً فيما لعاملٍ فعله أو لا يفعله، وفي ما يلزمه، وفي شروط^(١)، كشركة عنانٍ على ما تقدم؛ لاشتراكهما في التصرف بالإذن.

وإن فسدت فالربح لرب المال؛ لأنه نماء ماله. ولعاملٍ أجره مثله؛ لأنه لم يعمل إلا ليأخذ عوضه، وذلك متعذر؛ لفسادها، فتجب قيمته، وهي أجره مثله.

وتصح مؤقتةً، كضاربٍ بهذا المال سنةً؛ لأنها تصرف يتقيد بنوعٍ من المال، فجاز تقييده بالزمان، كالوكالة. وتصح معلقةً، كإذا جاء زيد فضارب بهذا المال؛ لأنها إذن في التصرف، فجاز تعليقه على شرطٍ مستقبلٍ، كالوكالة.

ولا يضارب العامل بمالٍ لآخر إن أضر الأول ولم يرض؛ لأنها تنعقد على الحظ والنماء، فلم يجز له أن يفعل ما يمنعه. وإن لم يكن فيها ضرر على الأول أو إذن جاز.

فإن ضارب لآخر مع ضرر الأول بغير إذنه، ردَّ حصَّته من ربح الثانية في الشركة الأولى؛ لأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول.

ولا نفقة لعاملٍ إلا بشرطٍ؛ لأنه دخل على العمل بجزءٍ من الربح، فلا يستحق غيره إلا بشرطٍ. وحرَمَ قسم ربحٍ مع بقاء عقد المضاربة؛ لأنه وقاية لرأس المال، فلا يجبر ربه على القسمة؛ لأنه لا يأمن الخسران فيجبره بالربح، ولا يجبر العامل؛ لأنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذه في وقتٍ لا يقدر عليه. فإن اتفقا على قسمته جاز؛ لأنه ملكهما، كالشريكين.

ولا يستحق عاملٌ أخذَ شيءٍ من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه^(٢)؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربح.

وإن تلف رأس المال أو بعضه قبل التصرف، انفسخت المضاربة فيما تلف؛ لأن التصرف بالعمل لم يصادف إلا الباقي، فكان هو رأس المال، كالتالف قبل القبض.

وإن خسر في إحدى سلعتين أو سفرتين أو تلف بعض المال بعد التصرف، وجب جبر الخسران من الربح قبل قسمة الربح حال كونه ناصباً^(١) - أي نقدًا - أو قبل تنضيضه مع محاسبته، فإذا احتسبا وعلما ما لهما، لم يجبر الخسران بعد ذلك مما قبله؛ تنزيلاً للتنضيض مع المحاسبة منزلة المقاسمة.

(١) في الإجماع (ص ١٤٠): «وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة».

(٢) في المبدع (٣٧٨/٤): «وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال، بغير خلاف نعلمه، يعني أنه لا يستحق أخذ شيءٍ من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، فمتى كان فيه ربح، وخسران جبرت الوضعية من الربح».

وإن انفسخ العقد والمال عَرَضُ أو دين فطلب رب المال تنضيضه، لزم العامل.

وتبطل بموت أحدهما^(٢)؛ لأنها عقد جائز^(٣)، فانفسخت بموت أحدهما كالوكالة.

وإن مات عامل أو مودَع أو وصي ونحوه، وجُهِل بقاء ما بيدهم، فهو دين في التركة؛ لأن الأصل بقاء المال بيد الميت واختلاطه بجملة التركة، ولا سبيل إلى معرفة عينه، فكان ديناً، ولأن الإخفاء وعدم التعيين كالغصب.

ويقبل قول العامل فيما يدعيه من هلاكٍ وخسرانٍ وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة؛ لأنه أمين^(٤)، فهو متصرف في مال غيره بإذنه، على وجهٍ لا يختص بنفعه، كالوكيل.

والقول قول رب المال في عدم رده إليه؛ لأنه قبض المال لنفع له فيه، أشبه المستعير.

فصل

الثالث: شركة الوجوه، سميت بذلك؛ لأنهما يعاملان فيها بوجههما أي: جاههما، والجاه والوجه واحد.

وهي أن يشتركا على أن يشتريا في ذمتيهما - من غير أن يكون لهما مال - بجاهيهما.

فما ربحاه فهو بينهما على ما شرطاه، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو جنسه أو وقته أو لا، فلو قال: ما اشتريت من شيءٍ فبيننا، صح.

وكل واحدٍ منهما وكيل صاحبه وكفيل عنه بالثمن؛ لأن مبناها على الوكالة والكفالة.

والمالك بينهما على ما شرطاه؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

والوضعية على قدر ملكيهما؛ لأن الوضعية نقص رأس المال، وهو مختص بملاكه، فيوزع بينهم على قدر الحِصص.

والربح على ما شرطاه؛ لأن أحدهما قد يكون أوثق عند التجار وأبصر بالتجارة من الآخر.

(١) في المصباح (٦١٠/٢): تسمى الدراهم والدنانير نَضًّا وناضًّا إذا تحولت عينًا بعد أن كانت متاعًا.

(٢) في الإجماع (ص ١٣٨): «وأجمعوا أنه إذا مات أحد منهما انفسخت الشركة».

(٣) في بداية المجتهد (٢٤/٤): «أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض، وأن لكل واحدٍ منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض».

(٤) في الاستدكار (٥/٧): «لا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جنائية منه فيه، ولا استهلاكٍ له، ولا تضييع، هذه سبيل الأمانة وسبيل الأمانة».

وهما في تصرفٍ - فيما يجوز ويمتنع ونحو ذلك - كشريكي عنانٍ.

فصل

الرابع: شركة الأبدان.

وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما.

وهي نوعان:

أحدهما: أن يشتركا فيما تقبلناه من عملٍ، كحدادةٍ ونجارةٍ، فيلزمهما فعله ويطالبان به؛ لأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك.

وتصح مع اختلاف الصنائع، كحدادةٍ ونجارةٍ؛ لاشتراكهما في كسبٍ مباحٍ؛ أشبه ما لو اتفقت الصنائع. ولكل واحدٍ منهما طلب الأجرة، وللمستأجر دفعها إلى أحدهما، ومن تلفت بيده بغير تفريطٍ، لم يضمن؛ لأن كلاً وكيل الآخر في قبضها والطلب بها.

النوع الثاني: أن يشتركا فيما يملكان بأبدانهما من مباحٍ، كاحتشاشٍ واحتطابٍ وتلصصٍ على دار حربٍ، وسائر المباحات، كالثمار المأخوذة من الجبال، والمعادن؛ لقول ابن مسعودٍ: «اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدرٍ، فجاء سعد بأسيرين ولم أجدني أنا وعمار بشيءٍ» أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه^(١)، قال أحمد: أشرك بينهم النبي ﷺ.

وإن مرض أحدهما أو ترك العمل لعذرٍ أو غيره، فالكسب بينهما؛ احتج الإمام بحديث سعدٍ، ولأن العمل مضمون عليهما وبضمانهما له وجبت الأجرة فتكون لهما.

وإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه، لزمه؛ لأنهما دخلا على أن يعملوا، فإذا تعذر عليه العمل بنفسه، لزمه أن يقيم مقامه؛ توفيةً للعقد بما يقتضيه. وللآخر الفسخ.

وإن اشتركا على أن يحملوا على دابتيهما والأجرة بينهما، صح؛ لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتيهما، ولهما أن يحملوا على أي ظهرٍ كان.

وإن أجرَا الدابتين بأعينهما فلكلٍّ أجرة دابته؛ لعدم صحة الشركة.

ويصح دفع دابةٍ ونحوها لمن يعمل عليها وما رزقه الله تعالى بينهما على ما شرطاه؛ لأنها عين تنمى بالعمل عليها، فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة.

(١) سنن أبي داود (٣٣٨٨) سنن النسائي (٣٩٣٧) سنن ابن ماجه (٢٢٨٨).

فصل

الخامس: شركة المفاوضة، وهي قسمان:

أحدهما: أن يفوض كلُّ منهما إلى صاحبه كلَّ تصرفٍ ماليٍّ وبدنيٍّ من أنواع الشركة، بيعًا وشراءً ومضاربةً وتوكيلًا وابتياغًا في الذمة ومسافرةً بالمال وارتهانًا، وتقبُّل ما يرى من الأعمال، أو يشتركا في كلِّ ما يثبت لهما وعليهما، فتصح؛ لأنها لا تخرج عن أضرب الشركة التي تقدمت. والربح على ما شرطاه، والوضيعة بقدر المال؛ لما سبق في العنان. والقسم الثاني: أن يدخلها فيها كسبًا أو غرامةً نادرين^(١)، كوجدان لقطعة أو ركاز أو ميراث أو أرش جنائية، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصبٍ أو نحوه، فهذه شركة فاسدة؛ لكثرة الغرر فيها؛ إذ قد يلزم فيه ما لا يقدر الشريك عليه، ولأنها تضمنت كفالةً وغيرها مما لا يقتضيه العقد.

باب المساقاة

هي دفع شجرٍ له ثمر مأكول - ولو غير مغروسٍ - إلى آخر؛ ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه، بجزءٍ معلومٍ له من ثمره.

والأصل في جوازها حديث ابن عمر: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرعٍ» متفق عليه^(٢)، وقال أبو جعفر: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، ثم علي، ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع»^(٣).

تصح المساقاة على شجرٍ له ثمر يؤكل من نخلٍ وغيره؛ لما تقدم.

لا على ما لا ثمر له كالحور، أو له ثمر غير مأكول كالصنوبر^(٤)؛ لأنه ليس منصوصًا عليه، ولا في معنى المنصوص عليه، ولأن المساقاة إنما تكون بجزءٍ من الثمرة وهذا لا ثمره له^(٥). وتصح المساقاة أيضًا على شجرٍ ذي ثمرٍ موجودةٍ لم تكمل، تنمى بالعمل.

(١) قيّد الغرامة بكونها نادرةً في الوجيز، ولا يوجد في المقنع والإقناع والمنتهى والغاية.

(٢) صحيح البخاري (٢٣٢٩) صحيح مسلم (١٥٥١).

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢١٢٣١).

(٤) الحور: نبتٌ، والصنوبر: شجر يتخذ منه الزّفت.

(٥) في المغني (٢٩٢/٥): ما لا ثمر له من الشجر، كالصفصاف، أو له ثمر غير مقصود، كالصنوبر، لا تجوز المساقاة عليه، لا نعلم فيه خلافًا. إلا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره، فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه.

وتصح المزارعة على زرع نابت ينمى بالعمل؛ لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر، ففي الموجود وقلة الغرر أولى.

وتصح المغارسة والمناسبة، وهي دفع شجر لمن يغرسه في أرض رب الشجر ويعمل عليه حتى يثمر، احتج الإمام بحديث خبير؛ ولأن العوض والعمل معلومان، فصحت، كالمساقاة على شجر مغروس. وشُرِّطَ تقدير نصيب عاملٍ بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ من الثمرة؛ لما سبق من أنه ﷺ «عامل أهل خبير بشرط ما يخرج من ثمرٍ أو زرعٍ».

فلو شرطاً في المساقاة الكل لأحدهما، أو أصعاً معلومةً، أو ثمرة شجرة معينة، لم تصح^(١)؛ لأنه قد لا يخرج إلا ذلك فيختص به أحدهما.

وعقد مساقاة ومغارسة ومزارعة عقد جائز من الطرفين، لا يفتقر إلى ذكر مدة، ولكلٍ منهما فسخها متى شاء؛ لقوله ﷺ في قصة خبير: «تُقَرِّمَ على ذلك ما شئنا» متفق عليه^(٢)، ولو كان لازماً لم يجز بغير توقيت مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم؛ ولأنها عقد على جزء من نماء المال، فكانت جائزة، كالمضاربة. فإن فسخ المالك قبل ظهور الثمرة، فلعاملٍ أجره مثله؛ لأنه منعه من إتمام عمله الذي يستحق به العوض. وإن فسخ عامل قبل ظهور الثمرة، فلا شيء له؛ لأنه رضي بإسقاط حقه.

وإن انفسخت بفسخ أحدهما أو موته بعد ظهور ثمرة، فهي بينهما على ما شرطاً؛ لأنها حدثت على ملكيهما، ويلزم عاملٌ تمام العمل؛ كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فُسخت المضاربة.

فصل

وعند إطلاق عقدٍ يلزم عاملٌ كل ما فيه صلاح لثمرٍ، من حرثٍ وسقيٍ وتلقيحٍ وتشميسٍ وإصلاح موضعه، وإصلاح طُرُقِ الماء، وحصادٍ وآلة حرثٍ وبقر حرثٍ، وتفريق زبلٍ، وقطع حشيشٍ مضرٍ وشجرٍ يابسٍ، وحفظ ثمرٍ على شجرٍ إلى أن يقسم.

وعلى رب المال ما يحفظ الأصل، كسدد حائطٍ وإجراء نهرٍ وحفر بئرٍ ودولابٍ وآلته التي تديره ودوابه، وشراء ما يلقح به، وتحصيل ماءٍ وزبلٍ.

والجذاذ عليهما بقدر حصتيهما؛ لأنه إنما يكون بعد تكامل ثمرٍ وانقضاء معاملةٍ.

(١) في المبدع (٤/٤٠٣): أو شرطاً لأحدهما قُفْزَانًا معلومةً، أو دراهم معلومةً، أو زرع ناحية معينة من الأرض، فسدت المزارعة والمساقاة بإجماع العلماء.

(٢) صحيح البخاري (٣١٥٢) صحيح مسلم (١٥٥١).

ويصح شرطه على عاملٍ؛ لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد.
وعاملٌ كمضاربٍ فيما يقبل قوله فيه، أو يرد، فيقبل قوله أنه لم يتعدَّ؛ لأن رب المال ائتمنه.
دون رد الثمرة والزرع؛ لأنه قبض العين لحظ نفسه.

فصل

المزارعة دفع أرضٍ وحبٍّ لمن يزرعه ويقوم عليه، أو حبٍّ مزروعٍ ينمى بالعمل لمن يقوم عليه، بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ مما يخرج من الأرض لربها أو للعامل، والباقي للآخر.
فإن شرط الجزء المسمى لرب أرضٍ فالباقي لعاملٍ، وإن شرط لعاملٍ فالباقي لرب أرضٍ؛ لأنهما يستحقان ذلك، فإذا عيّن نصيب أحدهما منه، لزم أن يكون الباقي للآخر.
ويشهد لجوازها حديث خبير المتقدم.

ويشترط في مزارعةٍ ومغارسةٍ كون بذرٍ وغراسٍ من رب الأرض^(١)؛ لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه، فوجب كون رأس المال كليهما من عند أحدهما، كالمساقاة والمضاربة.
وإن شرط رب الأرض أن يأخذ مثل بذره مما يحصل ويقتسما الباقي، لم يصح؛ لأنه قد لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر فيختص به المالك، وقد لا تخرجه، وموضوع المزارعة على الاشتراك.
وإن كان في الأرض شجر فزارعه على الأرض وساقاه على الشجر، صح، وكذا لو أجره الأرض وساقاه على شجرها، فيصح؛ لأنهما عقدان يجوز إفراد كلٍّ منهما فجاز الجمع بينهما، ما لم يُتخذ حيلةً على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

وتصح مساقاة ومزارعة بلفظهما، ولفظ معاملةٍ، وما في معنى ذلك، ولفظ إجارةٍ؛ لأنه مؤدٍ للمعنى.

وتصح إجارة أرضٍ بجزءٍ مشاعٍ مما يخرج منها، وهي إجارة حقيقة، يشترط لها شروط الإجارة؛ فكما تصح بالدرهم^(٢) تصح بالخارج منها، فإن لم تزرع نُظِرَ إلى معدّل المعلِّ - أي الموازن لما يخرج منها لو زُرعت - فيجب القسط المسمى لرب الأرض.

باب الإجارة

(١) خلافاً لما في الزاد.

(٢) قال ابن المنذر في الإشراف (٦/٢٦٣): «أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً، جائز بالذهب والفضة».

وهي عقد على منفعةٍ مباحةٍ معلومةٍ من عينٍ معينةٍ، أو موصوفةٍ في الذمة مدّةً معلومةً، أو عملٍ معلومٍ بعوضٍ معلومٍ.

فالإجارة ضربان:

أولهما: أن تكون على عينٍ.

ثم العين تارةً تكون معينةً، كأجرتك هذا البعير، وتارةً تكون موصوفةً في الذمة، كأجرتك بغيراً صفته كذا، لحملٍ أو ركوبٍ.

وهذا الضرب نوعان:

النوع الأول: أن تكون إلى أمدٍ معلومٍ، كأجرتك الدار شهراً.

النوع الثاني: أن تكون على عملٍ معلومٍ، كاستئجار دابةٍ لركوبٍ لموضعٍ معينٍ.

ثانيهما: أن تكون على عملٍ معلومٍ (منفعةٍ بالذمة) كبناءٍ حائطٍ وخطاطةٍ ثوبٍ.

وتتعد الإجارة بلفظها ولفظ كراءٍ وما في معناها، ولفظ بيعٍ بشرط أن لا يضاف للعين، كبعتك سكنى الدار؛ لأن الإجارة بيع، فاعتقدت بلفظه.

ولا تصح الإجارة إلا بثلاثة شروط:

أحدها: معرفة المنفعة^(١)؛ لأنها المعقود عليها، فاشترط العلم بها كالمبيع.

وتحصل المعرفة:

١. إما بالعرف، كسكنى دارٍ؛ لأن السكنى متعارفة بين الناس، والتفاوت فيها يسير، فلم تحتج إلى ضبطٍ. فلا يعمل فيها حدادةً، ولا يُسكنها دابةً، ولا يجعلها مخزناً لطعامٍ؛ لأنه ليس العرف، وقد يفسدها الدواب والطعام^(٢).

وله إسكان ضيفٍ وزائرٍ؛ لأنه العادة.

وكخدمة آدميٍّ، فيخدم ما جرت به العادة من ليلٍ ونهارٍ.

وإن استأجر حرةً أو أمةً صرف وجهه عن النظر.

(١) في البناية لليعني (٢٢٦/١٠): ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة، وهذان لا خلاف فيهما.

(٢) قال في الروض في هذا الموضع: «ويدخل ماء بئرٍ تبعاً» وستأتي.

ويصح استئجار آدميٍّ لعملٍ معلومٍ^(١)، كتعليم علمٍ، أو خياطة ثوبٍ، أو ليدل على طريقٍ ونحوه؛ لقول عائشة: «استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدَّيْلِ هادياً خَرِيْتًا، وهو على دين كفار قريش» رواه البخاري^(٢).

٢. وإما بالوصف، كحمل حديدٍ وزنه كذا إلى موضعٍ معينٍ^(٣)، وبناء حائطٍ يذكر طوله وعرضه وسَمَكه^(٤) وآلة البناء من طينٍ، أو جِصٍّ.

الشرط الثاني: معرفة الأجرة^(٥) بما تحصل به معرفة الثمن؛ لحديث أبي سعيدٍ: «أن النبي ﷺ نهي عن استئجار الأجير حتى يبيّن له أجره» رواه أحمد^(٦)، ولأنه عوض في عقد معاوضةٍ، فوجب أن يكون معلوماً، كالثمن.

فإن أجره الدار بعمارتها، أو عوضٍ معلومٍ وشرط عليه عمارتها خارجاً عن الأجرة لم تصح؛ لجهالة المشروط، فقد تزيد العمارة وقد تنقص.

ولو أجر الدار بمعينٍ على أن ينفق المستأجر ما تحتاج إليه محتسباً به من الأجرة، صح؛ لأن الإصلاح على المالك، وقد وُكِّله فيه.

ويصح استئجار أجيرٍ وتكون أجرته طعامه وكسوته؛ لما روي عن أبي بكرٍ وعمر وأبي موسى^(٧). وكذا استئجار مرضعةٍ بطعامها وكسوتها؛ لقوله تعالى: {وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع، ولم يفرّق بين المطلقة وغيرها، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها؛ لأن الزوجة تحب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع.

(١) في المغني (٣٤١/٥): «يجوز استئجار الآدمي، بغير خلافٍ بين أهل العلم»..

(٢) صحيح البخاري (٢٢٦٤) الخريت: الماهر بالهداية.

(٣) في المغني (٣٧٧/٥): «قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة إلى مصر بعشرة، فالإجارة صحيحة، بغير خلافٍ».

(٤) في المطلع (ص ٣١٧): بفتح السين وسكون الميم. ثخانتها، والسَّمَكُ في الحائط بمنزلة العمق في غير المنتصب.

(٥) في المغني (٣٢٧/٥): «يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً، لا نعلم في ذلك خلافاً».

(٦) مسند أحمد (١١٥٦٥) وفي علل الحديث لابن أبي حاتم (٦٠٠/٣): «قال أبو زرعة: الصحيح موقوف عن أبي سعيد».

(٧) قال محققو كشف القناع: «لم نقف على من رواه عنهم مسنداً» اهـ. «وعن أبي موسى^(٧) أنه كان معه غلام يخدمه بطعام بطنه» أخرجه البغوي في شرح السنة بسندٍ فيه انقطاع (٢٥٩/٨) وقال أبو هريرة: «كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني وعُقبه رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا وأحدو لهم إذا ركبوا». أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٥) وقال البوصيري في مصباح الزجاجاة: (٧٦/٣): «إسناده صحيح».

وشرط في استئجارِ مرضعة:

١. العلم بمدة الرضاع؛ لأنه لا يمكن تقدير أمد الرضاع إلا بها.
٢. ومعرفة الطفل بالمشاهدة؛ لاختلاف الرضاع بكبره وصغره.
٣. وموضع الرضاع؛ لأنه يختلف، فيشق عليها في بيت المستأجر، ويسهل في بيتها^(١).

وإن دخل حمامًا أو سفينةً بلا عقدٍ، أو أعطى ثوبه خياطًا ليعمله بلا عقدٍ، صح بأجرة العادة؛ لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول.

وكذا لو دفع متاعه لمن يبيعه، أو استعمل حمامًا أو دلالًا، فله أجرة مثله، ولو لم يكن له عادة بأخذ الأجرة؛ لأنه عمل له بإذنه ما لمثله أجرة، ولم يتبرع، أشبه ما لو وضع يده على ملك غيره بإذنه ولا دليل على تملكه إياه، أو إذنه في إتلافه؛ لأن الأصل في قبض مال غيره أو منفعته الضمان.

وهذا في المنتصب لذلك^(٢)، وإلا فلا شيء له إلا بعقدٍ أو شرطٍ أو تعريضٍ؛ لأنه لم يوجد عرف يقوم مقام العقد، فهو كما لو عمل بغير إذن مالكة.

الشرط الثالث: الإباحة في نفع العين، المقدر عليه، وأن يكون مقصودًا عادة^(٣)، كإجارة دارٍ يجعلها مسجدًا، وشجرٍ لنشر ثيابٍ، أو قعوده بظله، وحائطٍ لوضع أطراف خشبه المعلوم عليه؛ لكون النفع مباحًا مقصودًا مقدورًا عليه.

فلا تصح على نفعٍ محرّم، كالزنى والزمر والغناء^(٤)، وجعل داره كنيسةً أو لبيع الخمر؛ لأن المنفعة المحرمة مطلوب إزالتها والإجارة تنافيها.

ولأن المنفعة المحرمة لا تقابل بالعوض في البيع، فكذا الإجارة.

وسواء شرط النفع المحرم في العقد، أو لا إذا ظن الفعل.

ولا تصح إجارة طيرٍ ليوقظه للصلاة؛ لأنه غير مقدورٍ عليه.

(١) قال في الروض: «ومعرفة العوض» وفي حاشية العنقري (٣٠١/٢): «أي إن كان غير ما تقدم من طعامهما وكسوتهما» كذا وجهها، ولم يذكرها في الكشف ولا الدقائق.

(٢) لم يذكر هذا القيد في الروض، وهو في الكشف والدقائق.

(٣) هذا الشرط متمم لثلاثة شروط، وستأتي أمثلتها.

(٤) في الإجماع لابن المنذر (ص ١٤٦): «وأجمعوا على إبطال أجرة النائحة والمغنية».

ولا شمعٍ وطعامٍ ليتجمل به ويرده، ولا ثوبٍ يوضع على نعش ميت؛ لأن منفعة ذلك غير مقصودة، وما لا يقصد لا يقابل بعوضٍ.

ولا نحو تفاحه لشمِّ؛ لأن نفعها غير متقوم؛ وذلك أن من غصب تفاحًا، وشمه ورده، لم يلزمه أجره شمِّه. ولا تؤجر امرأة نفسها بعد عقد نكاحٍ عليها بلا إذن زوجها؛ لتفويت حق الزوج.

فصل

ويشترط في عين مؤجرة خمسة شروط:

أحدها: معرفتها:

١. إما برؤية إن كانت لا تضبط بوصفٍ، كدارٍ وحمامٍ وبستانٍ، ونحو ذلك مما لا يصح فيه السلم، فلو استأجر حمامًا فلا بد من رؤيته؛ لأن الغرض يختلف بالصغر والكبر، ولا بد من معرفة مائه، ومشاهدة الإيوان، ومطرح الرماد، ومصرف الماء.

٢. وإما بصفةٍ يحصل بها المعرفة إن انضبطت بالوصف.

ووجه هذا الشرط: أن الإجارة بيع منافعٍ، فوجب أن لا تصح إلا بذلك، كالبيع. وكره أحمد كراء الحمام؛ لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه.

الشرط الثاني: أن يعقد على نفعها المستوفى، دون أجزائها^(١)؛ لأن الإجارة بيع المنافع فلا تدخل الأجزاء فيها.

فلا تصح إجارة طعامٍ لأكلٍ، ولا شمعٍ ليشعله.

ولو أكرى شمعةً ليشعل منها ويردَّ بقيتها وثنَّ ما ذهب وأجر الباقي، فهو فاسد؛ لأنه يشمل بيعًا وإجارةً، وما وقع عليه البيع مجهول، وإذا جهل المبيع جهل المستأجر.

ولا حيوانٍ ليأخذ لبنه، أو صوفه، أو شعره، أو وبره؛ لأن **مورد عقد الإجارة النفع**، والمقصود ههنا العين، وهي لا تملك ولا تستحق بإجارة.

إلا في ظئرٍ فيجوز؛ لقوله: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ}.

ونقع البئر - أي: ماؤها المستنقع فيها - وماء الأرض يدخلان تبعًا - لا أصالةً - لإجارة دارٍ ونحوها، فلو غار ماء دارٍ مؤجرةً فلا فسخ؛ لعدم دخوله في الإجارة.

كما يدخل تبعًا حبر ناسخٍ، وخبوط خياطٍ، وكحل كحلٍ، ومرهم طيبٍ ونحوه.

(١) في البناية للعبني (١٥٩/٨): «محل الإجارة المنافع لا الأعيان باتفاق الفقهاء».

الشرط الثالث: القدرة على التسليم؛ كما يشترط في البيع؛ إذا إجارة بيع منافع.

فلا تصح إجارة عبدٍ آبقٍ، وحملٍ شاردٍ، وطيرٍ في هواءٍ، ولا مغصوبٍ ممن لا يقدر على أخذه.

ولا إجارة المشاع مفردًا لغير الشريك؛ لأن المؤجر لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية عليه، فلم يصح، كالمغصوب.

وإجارة المسلم للذمي لها حالان:

أحدهما: أن تكون لخدمته، فلا تصح؛ لأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله واستخدامه مدة الإجارة، أشبه بيع المسلم لكافرٍ.

والثاني: أن تكون لغير الخدمة فتصح^(١)؛ لأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم، ولا استخدامه، أشبه مبايعته.

الشرط الرابع: اشتغال العين على المنفعة، فلا تصح إجارة بهيمة زمنية للحمل، ولا أرض لا تنبت للزرع؛ لأن

الإجارة عقد على المنفعة، ولا يمكن استيفاء هذه المنفعة من هذه العين.

الشرط الخامس: أن تكون المنفعة مملوكةً للمؤجر، أو مأذونًا له فيها، فلو تصرف فيما لا يملكه بغير إذن

مالكه، لم يصح؛ لأن الإجارة بيع المنافع، فاشترط فيها ذلك، كالبيع.

ويجوز لمستأجرٍ إجارة عينٍ مستأجرةٍ، إذا أجزها لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكةً له، جاز له أن يستوفيه بنفسه أو نائبه.

لا بأكثر منه ضررًا؛ لأنه لا يملك أن يستوفيه بنفسه فنائبه أولى.

وتجوز إجارة العين المستأجرة ولو لم يقبضها^(٢) المستأجر؛ لأن قبضها لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف على القبض.

وليس للمستعير أن يؤجر؛ لأن العارية تفيد إباحة الانتفاع، لا ملك المنفعة.

إلا بإذن مالكٍ؛ لأنه لو أذن له في بيعها جاز، فكذا إجاتها.

والأجرة لرب العين؛ لانفساخ العارية بورود الإجارة عليها؛ لكونها أقوى؛ للزومها.

وتصح إجارة الوقف؛ لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه، فجاز له إجاتها، كالمستأجر.

(١) في المغني (٥/٤١٠): إن أجز نفسه من الذمي في عملٍ معينٍ في الذمة، كخياطة ثوبٍ، وقصارته، جاز بغير خلافٍ نعلمه.

(٢) ذكره في الإقناع والمنتهى، خلافاً لما في الروض.

فإن مات المؤجر فانتقل الوقف إلى مَنْ بعده لم تنفسخ؛ لأنه أجر ملكه في زمن ولايته، فلا تبطل بموته، كمالك الطَّلَق^(١). ويأخذ المنتقل إليه حصته من الأجرة من حين موت الأول، فإن كان قبضها رجع في تركته بحصته؛ لأنه تبين عدم استحقاقه لها.

فإن تعذر أخذها فظاهر كلامهم أنها تسقط، قاله في المبدع.

وإن لم تقبض الأجرة، فيأخذ المنتقل إليه حصته من مستأجر.

وقدم في التنقيح: أنها تنفسخ إن كان المؤجر الموقوف عليه بأصل الاستحقاق، وهو من يستحق النظر، لكونه موقوفًا عليه، والمراد فيما بقي من المدة؛ لأنه أجر ملكه وملك غيره، فصح في ملكه، دون ملك غيره. وكذا حكم مُقَطَّعِ أَجْرٍ إقْطَاعَهُ ثُمَّ أَقْطَعَ لِغَيْرِهِ، فلا تنفسخ؛ لما تقدم.

وإن أجر الوقف الناظر العام أو من شرط له وكان أجنبيًا - بأن كان الوقف على غيره - لم تنفسخ الإجارة بموته، ولا بعزله؛ لأن إيجاره هنا بطريق الولاية، ومن يلي النظر بعده إنما يملك التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول، وهذا العقد قد تصرف فيه الأول.

وإن أجر الوليِّ اليتيم أو ماله، أو السيد العبد، ثم بلغ الصبي ورشد، أو عتق العبد، أو مات الولي، أو عُزِلَ، لم تنفسخ الإجارة؛ لأنه عقد عقدًا لازمًا بحق الولاية، فلم يبطل بزوال ولايته؛ كما لو زوجه أو باع داره. إلا أن يؤجره مدة يعلم بلوغه أو عتقه فيها، كما لو أجره سنتين، وهو ابن أربع عشرة سنة، فتنفسخ من حينهما؛ لئلا يفضي إلى أن يتصرف في غير زمن ولايته على المأجور.

فصل

لإجارة العين صورتان:

أحدهما: إلى أمد، فإن أجر دارًا ونحوها كأرضٍ مدة معلومة، ولو طويلة، يغلب على الظن بقاء العين فيها، صح، ولو ظن عدم العاقد فيها، ولا فرق بين الوقف والملك؛ لأن المعتبر كون مستأجرٍ يمكنه استيفاء المنفعة منها غالبًا.

وليس لو كِيلٍ مطلقٍ - لم يقدر له الموكَّل أمدًا - إجارةً مدةً طويلةً، بل العرف، كسنتين ونحوهما؛ لأن **المطلق** **يحمل على العرف**.

(١) أي الحلال، سمي الملك طليقًا؛ لأن جميع التصرفات فيه حلال من البيع والهبة وغير ذلك، والموقوف ليس كذلك. المطلاع (ص ٤٩١).

ولا يشترط أن تلي المدّة العقد، فلو آجره سنة خمسٍ في سنة أربعٍ صح؛ لأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها منفردة، كالتّي تلي العقد.

ولو كانت العين مؤجرةً أو مرهونةً حال العقد؛ لأن التسليم في الحال لا يجب فلا يضر الشغل. ومحل ذلك إن قدر على تسليمها عند الوقت المستحق فيه التسليم.

الثانية: لعملٍ معلوم، فإن استأجر العين لعملٍ، كدابةٍ لركوبٍ إلى موضعٍ معينٍ، أو بقرٍ لحرثٍ أرضٍ معلومةٍ بالمشاهدة؛ لاختلافها بالصلابة والرخاوة، أو بقرٍ لدياسٍ زرعٍ^(١) معينٍ أو موصوفٍ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة، أو استأجر من يده على طريقٍ، اشترط معرفة ذلك العمل وضبطه بما لا يختلف؛ لأن العمل هو المعقود عليه، فاشترط فيه العلم كالمبيع.

ولا تصح الإجارة على عملٍ يختص أن يكون فاعله من أهل القرية، أي: مسلمًا، كالحج والأذان وتعليم القرآن؛ لأن من شرط هذه الأفعال كونها قرينةً إلى الله تعالى، فلم يجوز أخذ الأجرة عليها؛ كما لو استأجر قومًا يصلون خلفه.

ويجوز:

١. أخذ رزقٍ من بيت المال على متعدي نفعه، كإمامةٍ وقضاءٍ وتعليمٍ قرآنٍ؛ لأن ذلك من المصالح، فجرى مجرى الوقف على من يقوم بها، وليس بعوضٍ، بل رزقٌ للإعانة على الطاعة.
٢. وجعالةٍ؛ لأنها أوسع من الإجارة، ولهذا جازت مع جهالة العمل والمدّة.
٣. وأخذٌ بلا شرطٍ؛ لأنه إذا كان بغير شرطٍ كان هبةً مجردةً؛ فجاز كما لو لم يعمل شيئًا.

وكره لحرّ أكل أجرةٍ على حجامةٍ؛ لقوله ﷺ: «كسب الحجام خبيث»^(٢).
ويطعمه الرقيق والبهائم؛ لحديث: «اعلفه ناضحك ورقيقك»^(٣).

فصل

(١) «دقّه؛ ليتخلص الحب من القشر» المطلع (ص ٣١٨).

(٢) صحيح مسلم (١٥٦٨) من حديث رافع بن خديج.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٢٢) والترمذي (١٢٧٧) وابن ماجه (٢١٦٦) من حديث محبصة بن مسعود.

ويجب على مؤجر كل ما يتمكن به مستأجر من النفع، كزمام جمل، وهو الذي يقوده به، ورحله وحزامه، وشد على رحل، وشد أحمال ومحامل، ورفع وحط ولزوم بغير؛ لأنه العرف. ولزوم بغير لينزل المستأجر لصلاة فرض، وقضاء حاجة إنسان وطهارة، ويدع البعير واقفاً حتى يقضي ذلك.

ومفاتيح الدار على المؤجر؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع، وبه يحصل، وهي أمانة بيد مستأجر.

وعلى مؤجر أيضاً عمارة دار مؤجرة، فلو سقط حائط أو خشبة، فعليه إعادته؛ لأن الانتفاع يحصل بذلك. فأما تفريغ بالوعة وكنيف، وما في الدار من زبل أو قمامة ومصاريح حمام، فيلزم مستأجر إذا تسلمها فارغة من ذلك؛ لأنه حصل بفعله، فكان عليه تنظيفه.

ويصح كراء العقبة، بأن يركب في بعض الطريق ويمشي في بعض، مع العلم به، إما بالفراسخ أو الزمان؛ لأنه إذا جاز اكتراؤها في الجميع جاز في البعض.

وإن استأجر اثنان جملاً يتعاقبان عليه، صح، وإن اختلفا في البادئ منهما أقرع بينهما، في الأصح، قاله في المبدع؛ لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر، فتعينت القرعة.

فصل

الإجارة عقد لازم من الطرفين^(١)؛ لأنها نوع من البيع، فليس لأحدهما فسخها لغير عيب^(٢) أو نحوه.

فإن أجره شيئاً ومنع المؤجر المستأجر الشيء المؤجر كل المدة أو بعضها، فلا شيء له من الأجرة؛ لأنه لم يُسلم له ما تناوله عقد الإجارة، فلم يستحق شيئاً.

وإن بدأ المستأجر فتحول قبل انقضاء مدة الإجارة، فعليه جميع الأجرة؛ لأنها عقد لازم، فترتب مقتضاها، وهو ملك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع.

وتنفسخ إجارة:

١. بتلف عين مؤجرة، كدابة وعبد ماتا؛ لأن المنفعة زالت بالكلية.

وإن كان التلف بعد مضي مدة لها أجرة، انفسخت فيما بقي ووجب للماضي القسط؛ كما لو اشترى صبرتين في عقد وقبض إحداها وتلفت الأخرى بجائحة قبل قبضها.

٢. وبموت مرتضع؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه؛ لأن غيره لا يقوم مقامه؛ لاختلافهم في الرضاع.

٣. وبانقلاع ضرر أكثرى لقلعه، أو برئه^(١)؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه.

(١) في مجموع الفتاوى (١٨٥/٣٠): «لازمة من الطرفين باتفاق المسلمين».

(٢) في المغني (٣٣٩/٥): «إذا أكثرى عيناً، فوجد بها عيباً لم يكن علم به، فله فسخ العقد، بغير خلاف نعلمه».

فإن لم يبرأ وامتنع المستأجر من قلعه، لم يجبر.

وتنفسخ الإجارة بنحو ذلك، كاستئجار طبيبٍ ليداويه فبرئ.

ولا تنفسخ:

١. بموت المتعاقدين أو أحدهما مع سلامة المعقود عليه؛ للزومها.

كما لو مات من أكثرى دابةً لركوب^(٢)؛ لأن المعقود عليه منفعة الدابة دون الراكب.

٢. ولا تنفسخ بعذرٍ لأحدهما، مثل ضياع نفقة مستأجرٍ، أو احتراق متاع من أكثرى دكاناً لبيعه.

وإن أكثرى داراً فأنهدمت، أو أرضاً لزرعٍ فانقطع ماؤها أو غرقت، انفسخت الإجارة في الباقي من المدة؛ لأن المقصود بالعقد **قد فات**، أشبه ما لو تلف.

وإن أجره أرضاً بلا ماءٍ، صح؛ لتمكنه من الانتفاع بالنزول ووضع الحطب.

وكذا إن أطلق مع علمه بحالها؛ لدخوله في العقد مع العلم بحالها.

وإن ظن وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار، صح؛ لأن حصوله معتاد.

وإن غُصبت المؤجرة، حُيّر مستأجر بين فسخٍ، وعليه أجره ما مضى، وبين إمضاءٍ ومطالبة غاصبٍ بأجرة المثل، ولا ينفسخ العقد بمجرد الغصب؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً، بل إلى بدلٍ، وهو القيمة.

ومن استؤجر لعمل شيءٍ فمرض، وجب عليه أن يقيم مقامه من ماله من يعمله؛ ليخرج من الحق الواجب في ذمته. ما لم تشترط مباشرته، أو يختلف فيه القصد، كالنسخ، فيتخير فيه المستأجر بين الصبر والفسخ؛ لتعذر وصوله إلى حقه.

وإن وجد المستأجر العين معيبةً أو حدث بها عنده عيب، وهو ما يظهر به تفاوت الأجر، فله الفسخ؛ لأنه عيب في المعقود عليه، أشبه العيب في بيوع الأعيان، والمنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه، فأثبت الفسخ فيما بقي منها.

(١) في البناية للعيني (٣٤٨/١٠): من استأجر من يقلع ضرسه لوجع به، فسكن الوجع، أو استأجر طباًحاً ليطبخ له وليمة العرس، فاختلعت المرأة منه أو ماتت، فإن الإجارة تنفسخ فيه أيضاً بالإجماع.

(٢) وفي الزاد: تنفسخ بموت الراكب إن لم يخلف بدلاً، والمثبت المذهب، كما في الإقناع والمنتهى.

هذا إن لم يُزل العيب بلا ضررٍ يلحق المستأجر، فلو انسدت البالوعة وفتحها مؤجر في زمنٍ يسيرٍ لا تتلف فيه منفعة تضر بمستأجرٍ، فلا خيار له. وعلى مستأجرٍ أجره ما مضى؛ لاستيفائه المنفعة فيه. وله الإمضاء مجاناً بلا أرشٍ لعيبٍ قديمٍ أو حديثٍ؛ لرضاه بالنقص. والخيار على التراخي.

ويجوز بيع العين المؤجرة؛ لأن الإجارة عقد على المنافع فلا تمنع البيع. ولا تنفسخ الإجارة به؛ لأن **المعقود عليه في البيع هو العين، والمعقود عليه في الإجارة هو المنافع**، فلا تعارض. ولمشترٍ الفسخ إن لم يعلم؛ إذ قد يلحقه ضرر.

فصل

والأجير قسمان: خاص ومشارك.

فالخاص: من قُدِّر نفعه بالزمن، بأن استؤجر مدةً معلومةً يستحق المستأجر نفعه في جميعها، سوى فعل الخمس بسننها في أوقاتها وصلاة جمعةٍ وعيدٍ، سُمِّي خاصًّا؛ لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة. ولا يستنيب؛ لوقوع العقد على عينه.

ولا يضمن أجير خاص ما جنت يده خطأً؛ لأنه نائب عن المالك في صرف منفعه فيما أمر به، فلم يضمن؛ كالوكيل.

وإن تعدى أو فرط ضمن؛ كسائر الأمانة.

ولا يضمن أيضًا حجام وطبيب وبيطار وختان خاص أو مشترك إن لم تجن أيديهم وعُرف منهم الحذق^(١)؛ لأنه فعل فعلاً مباحًا، فلم يضمن سرايته.

فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا؛ لأنه لا يحل لهم مباشرة القطع إذا.

وكذا لو كان حاذقًا وجنت يده بأن تجاوز بالختان إلى بعض الحشفة، أو بألة كالألة، أو تجاوز بقطع السِّلعة^(٢) موضعها ضمن؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ.

(١) في المغني (٣٩٨/٥): لا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطببٍ بشرطين: أحدهما: أن يكونوا ذوي حذقٍ في صناعتهم. والثاني: أن لا تجني أيديهم، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع. أما إن كان حاذقًا وجنت يده، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها... فيضمن، لا نعلم فيه خلافًا.

(٢) في المطلع (ص ٤٣٤): غُدَّةٌ تظهر بين الجلد واللحم، إذا غُمزت باليد تحركت.

ولا يضمن أيضاً راعٍ لم يتعدَّ^(١)؛ لأنه مؤتمن على الحفظ كالمودع، فإن تعدى أو فرط ضمن.

والأجير المشترك: هو مَنْ قُدِّرَ نفعه بالعمل، كخياطة ثوبٍ وبناء حائطٍ، سُمِّيَ مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لجماعةٍ في وقتٍ واحدٍ يعمل لهم، فيشتركون في نفعه، كالحائك والقصار^(٢) والصَّبَّاغ والحَمَّال. وكلُّ منهم ضامن ما تلف بفعله، كتخريق ثوبٍ وغلظه في تفصيله؛ روي عن عمر وعلي^(٣) وشريح والحسن؛ ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً؛ كالعدوان بقطع عضوٍ. ودليل ضمان عمله عليه: أنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لا أجر له. بخلاف الخاص؛ فإنه إذا أمكنه المستأجر من استعماله، استحق العوض بمضي المدة، وإن لم يعمل. وسواء عمل في بيته أو بيت المستأجر، أو كان المستأجر حاضراً قائماً على المتاع أو لا؛ لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده كالعدوان.

ولا يضمن المشترك ما تلف من حرزه أو بغير فعله؛ لأن العين في يده أمانة كالمودع. ولا أجر له فيما عمل فيه؛ لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه، سواء كان في بيت المستأجر أو غيره، بناءً كان أو غيره. وإن حبس الثوب على أجرته فتلف، ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان كالغاصب.

وإن ضرب الدابة بقدر العادة لم يضمن؛ للإذن فيه عادةً.

فصل

وتجب - أي تملك - أجره بعقد؛ كما يجب ثمن بعقد بيع، وكما يجب صداق بعقد نكاح. وتكون حالة، إن لم تؤجل بأجل معلوم، فلا تجب حتى يجل؛ كالثمن.

(١) في المغني (٤٠٢/٥): «لا ضمان على الراعي فيما تلف من المشية، ما لم يتعد، ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبي... فأما ما تلف بتعديه، فيضمنه بغير خلاف».

(٢) في المطلع (ص ٣١٧): قال الجوهري: هو الذي يدق الثياب، قلت: وهو في عرف بلادنا، الذي يبييض الثياب بالغسل والطبخ ونحوهما.

(٣) أخرجهما الشافعي في الأم (١٠٢/٧) وعبد الرزاق (١٤٩٤٩) (١٤٩٥٠) قال الشافعي: «يروى من وجه لا يُثبت أهل الحديث مثله أن علياً ضمن الغسَّال والصَّبَّاغ وقال لا يصلح الناس إلا ذلك... ويروى عن عمر تضمين بعض الصُّنَّاع من وجهٍ أضعف من هذا ولم نعلم واحداً منهما يثبت».

وُتَسْتَحَقُّ، أَي: يملك المؤجر المطالبة بها، بتسليم العمل الذي في الذمة، ولا يجب تسليمها قبله - وإن وجبت بالعقد-؛ لأنها عوض، فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوّض؛ كالصداق.

وتستقر كاملةً بذمة مستأجرٍ باستيفاء المنفعة، وبتسليم العين ومضي المدة، مع عدم المانع، أو فراغ عمل ما بيد مستأجرٍ ودفعه إليه.

وإن كانت لعملٍ، فببذل تسليم العين ومضي مدةٍ يمكن الاستيفاء فيها، فلو استأجر دابةً ليركبها إلى مكة ذهابًا وإيابًا بكذا وسلمها له ومضى ما يمكن ذهابه إليها ورجوعه فيه على العادة ولم يفعل، استقرت عليه الأجرة.

ومن تسلم عينًا بإجارةٍ فاسدةٍ، كأن فات شرط من شروط صحتها، وفرغت المدة، لزمه أجرة المثل لمدة بقائها في يده، سكن أو لم يسكن؛ لأن المنفعة تلفت تحت يده بعوضٍ لم يسلم للمؤجر، فرجع إلى قيمتها.

باب السبق

وهو بتحريك الباء: العوض الذي يسابق عليه، وبسكونها: المسابقة، أي: المجارة بين حيوانٍ وغيره. يجوز السباق على الأقدام وسائر الحيوانات والسفن والمزاريق، جمع مزارق، وهو الرمح القصير، والمجانيق، ورمي الأبحار بمقاليع، ونحو ذلك؛ لأنه ﷺ سابق عائشة^(١)، وصارع زكّانة فصرعه^(٢). وسابق سلمة بن الأكوع رجلًا من الأنصار بين يدي رسول الله ﷺ^(٣).

ولا تجوز مسابقة بعوضٍ إلا في إبلٍ وخيلٍ وسهامٍ^(٤)؛ لقوله ﷺ «لا سَبَقَ إلا في نصلٍ أو حُفٍّ أو حافرٍ» رواه الخمسة عن أبي هريرة^(٥). قال في المبدع: إسناده حسن.

بشروطٍ خمسةٍ:

أحدها: تعيين المركوبين، والرّثمة، برويةٍ؛ لأن القصد في المسابقة معرفة سرعة عدو الحيوان الذي يُسابق عليه، والقصد في المناضلة معرفة حذقهم.

(١) أخرجه أبو داود (٢٥٧٨) وابن ماجه (١٩٧٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠٧٨) والترمذي (١٧٨٤) قال الترمذي: «هذا حديث غريب وإسناده ليس بالقائم».

(٣) أخرجه مسلم (١٨٠٧).

(٤) في التمهيد (٨٨/١٤): «وأجمع أهل العلم على أن السبق لا يجوز على وجه الرهان إلا في الخف والحافر والنصل»، وينحوه قال

الجصاص والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن، وفي المسألة خلاف، ينظر: موسوعة الإجماع (المعاوضات المالية) (ص ٨٠٠).

(٥) مسند أحمد (٧٤٨٢) سنن أبي داود (٢٥٧٤) جامع الترمذي (١٧٠٠) سنن النسائي (٣٥٨٥) سنن ابن ماجه (٢٨٧٨).

ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين؛ لأن الغرض معرفة عدو الفرس، وحذق الرامي. الثاني: كون المركوبين والقوسين من نوع واحد؛ لأن التفاوت بين النوعين معلوم بحكم العادة، أشبهها الجنسين.

فلا تصح بين فرسٍ عربيٍّ وهجينٍ، وهو ما أبوه فقط عربي. ولا بين قوسٍ عربيةٍ وفارسيةٍ. الثالث: تحديد مسافة، بأن يكون لابتداء عدوهم وآخره غاية لا يختلفان فيه^(١)؛ لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بالتساوي في الغاية.

ويعتبر في المناضلة تحديد مدى رميٍ بقدرٍ معتادٍ؛ لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد. فلو جعلوا مسافةً بعيدةً تتعذر الإصابة في مثلها غالباً، وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراعٍ، لم تصح؛ لأن الغرض يفوت بذلك.

الرابع: علم عوضٍ؛ لأنه مال في عقدٍ، فوجب العلم به، كسائر العقود. الخامس: الخروج بالعوض عن شبه قمارٍ، بأن لا يخرج جميعهم العوض؛ لأنه إذا أخرجه كلٌّ منهم لم يخلُ عن أن يغرم أو يغرم، وهو شبه القمار.

فصل

والمسابقة جعالة، لكل واحدٍ منهما فسخها؛ لأنها عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه، وهو السبق والإصابة.

إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فله الفسخ دون صاحبه؛ لثلاث يفوت غرض المسابقة بفسخ من ظهر له فضل صاحبه.

فصل:

في المناضلة وهي المسابقة بالرمي، من النضل، وهو السهم التام.

تصح بشروطٍ زائدةٍ على ما سبق:

أحدها: أن تكون على من يحسن الرمي؛ لأن من لا يحسنه وجوده كعدمه.

الثاني: تعيين عدد الرمي والإصابة - بأن يقول: عدد الرمي عشرون، والإصابة خمسة-؛ لأن معرفة الحذق لا تحصل إلا بذلك.

(١) في طرح التثريب (٧/٢٤٠): «لا بد في المسابقة من إعلام ابتداء الغاية وانتهائها، وهو كذلك بالإجماع».

الثالث: معرفة قدر العَرَضِ طَوَّلًا وَعَرْضًا وَسَمَكًا^(١) وارتفاعًا من الأرض؛ لأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك فوجب العلم به، أشبه تعيين النوع.

والغرض: ما تُقصد إصابته من قِرطاسٍ أو جلدٍ أو خشبٍ أو غيرها. والسنة أن يكون لهما عَرَضَانِ، يرميان أحدهما، ثم يمضيان إليه فيأخذان السهام، ثم يرميان الآخر؛ لفعل الصحابة رضي الله عنهم

وإن بدأ أحدهما بغرضٍ بدأ الآخر بالثاني؛ ليحصل التعديل بينهما. وإن جعلوا غرضًا واحدًا جاز؛ لحصول المقصود به.

باب العارية

بتخفيف الياء وتشديدها، من العُرْي وهو التجرد؛ لتجردها عن العوض. وهي العين المأخوذة للانتفاع بها بلا عوض.

والإعارة: إباحة نفع عينٍ يحل الانتفاع بها تبقى بعد استيفائه ليردها على مالِكها. وتنعقد بكل لفظٍ أو فعلٍ يدل عليها.

وهي مستحبة؛ لقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}. وشُرط لها:

١. أهلية معيرٍ للتبرع شرعًا؛ لأنها نوع تبرع؛ إذ هي إباحة منفعة. فلا يعير ناظر وقفٍ، ولا ولي يتيم.
٢. وأهلية مستعيرٍ للتبرع له بتلك العين المعارة، بأن يصح منه قبولها منه؛ لشبهه بالإباحة بالهبة. فلا تصح إعارة مصحفٍ لكافر.

٣. وكون نفع عينٍ معارةٍ مباحًا؛ لأن الإعارة لا تبيح إلا ما أباحه الشرع.

فكل ذي نفعٍ مباحٍ تجوز عاريته، كدارٍ وعبدٍ، إلا:

-البُضع^(٢)؛ لأن الوطاء لا يباح إلا بِنكاحٍ أو ملكٍ يمين.

-وإلا عبدًا مسلمًا لكافرٍ للخدمة؛ لأنه لا يجوز له استخدامه.

-وإلا نحو صيدٍ ومخييطٍ لمُحرَّمٍ؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ}.

(١) السَّمَك: بفتح السين، الغلظ. تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٨).

(٢) الشرح الكبير (٣٥٦/٥): «منافع البُضع لا تستباح بالبذل ولا بالإباحة، إجماعًا».

-وإلا أمةً شابةً لغير امرأةٍ أو مُحْرَمٍ؛ لأنه لا يؤمن عليها. ومحل ذلك إن خشى المحْرَمَ، وإلا كره فقط، ولا بأس بشوهاءٍ وكبيرةٍ لا تشتهى، ولا بإعارتها لامرأةٍ أو ذي مُحْرَمٍ؛ لأنه مأمون عليها.

ولمعير الرجوع متى شاء^(١)؛ لأن المنافع المستقبلية لم تحصل في يد المستعير؛ لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى شيئاً فقد قبضه والذي لم يستوفه لم يقبضه.

ما لم يأذن في شغله بشيءٍ يستضر مستعير برجوعه فيه، كسفينةٍ لحمل متاعٍ، فليس له رجوع ما دامت في الجئة البحر.

وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه؛ لما فيه من الضرر.

ولا أجرة لمن أعار حائطاً ثم رجع حتى يسقط؛ لأن بقاءه بحكم العارية، فوجب كونه بلا أجرة.

ولا يريد مستعير الخشب إن سقط الحائط لهدمٍ أو غيره؛ لأن الإذن تناول الحائط الأول، فلا يتعداه لغيره. إلا بإذن صاحب الحائط، أو عند الضرورة إلى وضعه إذا لم يتضرر الحائط، كما تقدم في الصلح.

ومن أعار أرضاً للزرع ثم رجع، فيبقى الزرع بأجرة المثل من رجوعه إلى الحصاد؛ لأن الأصل جواز الرجوع، وإنما منع القلع لما فيه من الضرر، ففي دفع الأجرة جمع بين الحقين.

وتضمن العارية المقبوضة إذا تلفت في غير ما استعيرت له؛ لحديث الحسن عن سمرّة، أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» رواه الخمسة^(٢)، وروي عن ابن عباس^(٣) وأبي هريرة^(٤).

ويكون ضمانها بقيمة متقوّم يوم تلفت؛ لأنه يوم تحقق فواتها. وإن كانت مثليةً فتضمن بمثلها؛ كما تضمن في الإتلاف بمثلها؛ لأنه أقرب من القيمة.

ولو شرط نفي ضمانها لم يسقط؛ لأن كل عقدٍ اقتضى الضمان لم يغيّره الشرط.

(١) في الإقناع في مسائل الإجماع نقلاً عن الإنباه (١٦٧/٢): «وأجمعوا أن الرجل إذا قال لآخر: أعرتك دابتي لتركبها إلى موضع كذا ثم قبضها المستعير فبدا له أن يأخذها منه قبل أن يركبها وبعد ما ركبها؛ أن ذلك له». وفي المسألة خلاف. ينظر: موسوعة الإجماع (٣٣/٨).

(٢) مسند أحمد (٢٠٠٨٦) سنن أبي داود (٣٥٦١) جامع الترمذي (١٢٦٦) السنن الكبرى للنسائي (٥٧٥١) سنن ابن ماجه (٢٤٠٠).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٤٧٩١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٤٧٩٢).

وكل عقد أمانة، كوديعة، لا يصير مضموناً بالشرط؛ لأن مقتضى العقد في الأمانة عدم الضمان، والعقد إذا اقتضى شيئاً فشرط غيره يكون شرطاً لشيءٍ ينافي مقتضى العقد فلم يصح؛ كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه.

لكن لا ضمان في أربع مسائل إلا بتفريط:

أولها: إذا استعار من مستأجر؛ لأن المستعير قائم مقام المستأجر، وهو لا ضمان عليه.

ثانيها: إذا كانت العارية وقفاً، ككتب علمٍ وسلاحٍ؛ لكونه من جملة المستحقين له، أشبه ما لو سقطت قنطرة موقوفة بسبب مشيه عليها.

ثالثها: إن تلفت العارية أو أجزاءها في انتفاعٍ بمعروفٍ^(١)؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف، وما أذن في إتلافه غير مضمون.

رابعها: إن أركب دابته شخصاً منقطعاً طلباً للثواب؛ لأن المالك هو الطالب لركوبه تقرباً لله، ولأن يد رها لم تزل عليها.

وكذا رديف رها ووكيله.

وعلى مستعير مؤنة ردِّ العارية؛ لحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، ولأنه قبضها لا لمصلحة تعود على المالك. وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة ردِّ على من وجب عليه الرد.

ولا يجب على مستأجر مؤنة ردِّ، بل يرفع يده إذا انقضت المدة؛ لأنه قبض العين المؤجرة لمنفعة تتعلق بالمالك فلم تكن عليه مؤنة الرد.

ومؤنة دابةٍ معارةٍ على مالكٍ؛ لأنها لو كانت على المستعير لكان كراءً.

وكذا مؤنة دابةٍ مؤجرةٍ على مالكها؛ لأن ذلك من حقوق المالك.

ولمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله^(٢)؛ لأنه نائبه.

ولا يعيرها ولا يؤجرها؛ لأنه يباح له الانتفاع ولا يملك المنفعة^(٣)، فلم يجز أن يبيحها غيره، كإباحة الطعام.

(١) في الحاوي للماوردي (١١٨/٧): «اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير».

(٢) في المغني (١٦٨/٥): «وإن استعار شيئاً، فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله... ولا نعلم في هذا خلافاً».

(٣) في المغني (١٦٨/٥): «وليس له أن يؤجره؛ لأنه لم يملك المنافع، فلا يصح أن يملكها، ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا خلاف بينهم أن

فإن خالف وأعارها وتلفت عند الثاني، استقر الضمان عليه، علم بالحال أو لا؛ لأن التلف حصل في يده. واستقر على معيها أجرها للمعير الأول؛ إن لم يكن المستعير الثاني عالماً بالحال، وإلا استقرت الأجرة عليه أيضاً؛ لعلمه بأن العين ليست ملكاً لمعيه. ومالك أن يضمن أيهما شاء من المعير؛ لأنه سَلَطَ غيره على إتلاف ماله، أو المستعير؛ لأن التلف حصل تحت يده.

ولو سلم شريك شريكه الدابة المشتركة، فتلفت بلا تفريط ولا تعدٍّ، فلا يخلو: ألا يأذن له في الاستعمال بل لحفظها، فلا يضمن؛ لأنه أمين. أن يأذن له فيه، فعارية. أن يسلمها بأجرة، فإجارة. أن يسلمها إليه ليعلفها ويقوم بمصالحها فلا يضمن؛ لأنها حينئذٍ أمانة في يده.

وإذا قال المالك: أجرتك وقال من هي بيده: بل أعرتني، فله حالان: الأولى: أن يختلفا قبل مضي مدة لها أجرة، فيقبل قول مدعي الإعارة مع يمينه؛ لأن الأصل عدم عقد الإجارة، وحينئذٍ ترد العين إلى مالِكها إن كانت باقيةً. الثانية: أن يختلفا بعد مضي مدة لها أجرة، فالقول قول مالكٍ مع يمينه؛ لأن الأصل في مال الغير الضمان. ويرجع المالك حينئذٍ بأجرة المثل لما مضى من المدة؛ لأن الإجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير بينة، وإنما يستحق بدل المنفعة، وهو أجر المثل. وإن قال الذي في يده العين: أعرتني، أو قال: أجرتك، قال المالك: بل غصبتني، فقول مالك؛ لأن الأصل عدم الإجارة والعارية، وكما لو اختلفا في ردها. وإن قال المالك: أعرتك، وقال من هي بيده: بل أجرتك، والبهيمة مثلاً تالفة، فقول مالك؛ لأنهما اختلفا في صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان؛ لحديث: «على اليد ما أخذت...»، ويقبل قول الغارم في القيمة. وإن اختلفا في ردِّ، فقول مالك؛ لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه، فلم يقبل قوله في الرد.

وإن قال: أودعتني، فقال: غصبتني، أو قال: أودعتك، قال: بل أعرنتي، صدق المالك بيمينه، وعليه الأجرة بالانتفاع.

باب الغصب

الغصب لغةً: أخذ الشيء ظلماً.

واصطلاحاً: الاستيلاء عرفاً، على حق غيره، مالا كان أو اختصاصاً، قهراً بغير حق. فخرج بقيد القهر: المسروق والمنتهب والمختلس.

وبغير حق: استيلاء ولي على مال صغير ونحوه، وحاكم على مال مفلس.

وهو محرم؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ}.

ويضمن بغصب عقاراً، وهو الضيعة والنخل والأرض، ومنقول كآثار وحيوان، ولو أم ولد؛ لأنها تجرى مجرى المال.

لكن لا تثبت يد غاصب على بضع أمة مغصوبة، فيصح من مالها تزويجها وهي بيد غاصبها، ولا يضمن غاصب نفع بضعها؛ لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المعاوضة عليه بالإجارة، والبضع ليس كذلك.

ولو دخل داراً قهراً وأخرج ربها فغاصب. وإن أخرجه قهراً ولم يدخل، أو دخل مع حضور ربها وقوته فلا؛ لأنه غير مستولٍ عليها.

وإن دخل قهراً ولم يخرج غصب ما استولى عليه؛ لأنه لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين، بل يكفي مجرد الاستيلاء.

وإن لم يُرد الغصب فلا.

وإن دخلها قهراً في غيبة ربها فغاصب، ولو كان فيها قماشه^(١)؛ لاستيلائه عليها.

وإن غصب كلباً يقتني، ككلب صيد، أو غصب خمر ذميّ مستورة ردهما؛ لأن الكلب يجوز الانتفاع به واقتناؤه، وخمر الذمي يُقر على شربها، وهي مال عنده.

ولا يلزم أن يرد جلد ميتة غُصب، ولو بعد الدبغ؛ لأنه لا يطهر بدبغ ولا قيمة له. وقال الحارثي: يرد حيث قلنا: يباح الانتفاع به في اليابسات؛ لأن فيه نفعاً مباحاً. قال في تصحيح الفروع: هو الصواب.

(١) بضم القاف: متاع البيت. المطلع (ص ٣٣٩).

وإتلاف الثلاثة- أي: الكلب والخمر المحرّمة وجلد الميتة- هدر، سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً؛ لأنه ليس لها عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعها.

وإن استولى على حرّ كبيرٍ أو صغيرٍ، بأن حبسه ولم يمنعه الطعام والشراب، فمات عنده، لم يضمنه^(١)؛ لأنه ليس بمالٍ. وإن استعمله كرهاً فعليه أجرته؛ لأنه استوفى منافعه وهي متقومة، أو حبسه مدةً مثلها أجره فعليه أجرته؛ لأنه فوّت منفعة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها.

وإن منعه العمل من غير غصبٍ أو حبسٍ، لم يضمن منافعه؛ لعدم تلفها تحت يده.

فصل

ويلزم غاصباً ردُّ مغبوبٍ إن كان باقياً^(٢) وقدر على رده؛ لقوله ﷺ: «لا يأخذنَّ أحدكم متاع أخيه لآعباً ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود والترمذي^(٣).

وإن غرم على رده أضعاف قيمته لكونه بني عليه أو بُعِدَ ونحوه؛ لأنه هو المتعدي.

وإن زاد لزمه رده بزيادته، متصلةً كانت أو منفصلةً؛ لأنها من نماء المغبوب وهو لملكه، فلزمه رده، كالأصل.

وإن بنى في الأرض المغبوبة أو غرس، لزمه القلع إذا طالبه المالك بذلك؛ لحديث سعيد بن زيدٍ قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ» رواه أبو داود والترمذي^(٤).

ولزمه أرش نقص الأرض وتسويتها؛ لأنه ضرر حصل بفعله.

ولزمه أجره مثلها إلى وقت التسليم؛ لتلف منافعها تحت يده العادية.

وإن بذل ربها قيمة الغراس والبناء لئتملكه، لم يلزم الغاصب قبوله؛ لأنه عين مال الغاصب.

وله قلعهما؛ لأنهما ملكه.

(١) المبسوط للسرخسي (١٨٦/٢٦): «والصبي الحر ليس بمالٍ متقومٍ، فلا يضمن بالغصب، كالميتة، والدم، والدليل عليه: أنه لو مات حتف أنفه، أو أصابته حمى، فمات، أو مرض، فمات، أو خرجت به فُرحة، فمات، لم يضمن الغاصب شيئاً بالاتفاق» وخالف بعضٌ. ينظر موسوعة الإجماع (٢٦٥/١١).

(٢) في المغني (١٧٧/٥): «من غصب شيئاً لزمه رده، ما كان باقياً، بغير خلافٍ نعلمه».

(٣) سنن أبي داود (٥٠٠٣) جامع الترمذي (٢١٦٠) من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه عن جده. قال الترمذي: «حسن غريب».

(٤) سنن أبي داود (٣٠٧٣) جامع الترمذي (١٣٧٨) قال الترمذي «حسن غريب».

وإن زرع غاصب أرضاً مغصوبةً وردّها بعد أخذ الزرع، فهو لغاصبٍ وعليه أجرة مثلها؛ لأنه استوفى نفعها فوجب عليه عوضه.

وإن كان الزرع قائماً فيها، حُيِّرَ ربها بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بنفقتة، وهي مثل البذر وعوض لواحقه من حرثٍ وسقيٍ ونحوهما؛ لحديث رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع في أرض قومٍ بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقتة» رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه^(١).
وخالف الزرعُ الشجرَ؛ لأن مدته تطول ولا يُعلم متى تنتهي. وحديث «ليس لعرقٍ ظالمٍ حق» ورد في الغرس وحديث رافعٍ في الزرع، فيعمل كل منهما في موضعه.

ولو غصب جارحاً أو عبداً أو فرساً فحصل بذلك الجراح أو العبد أو الفرس صيداً، فلمالك الجراح أو العبد أو الفرس؛ لأنه بسبب ملكه فكان له.

وكذا لو غصب شبكةً أو شرّاً أو فخّاً وصاد به.

ولا يلزم غاصب أجرةً لذلك؛ لأن منافع المغصوب في هذه المدة عادت إلى المالك، فلم يستحق عوضها. وكذا لو كسب العبد، فلما كسبه.

بخلاف ما لو غصب منجلاً وقطع به شجراً أو حشيشاً فهو لغاصبٍ؛ لحصول الفعل منه، كالحبل المغصوب يربط به الغاصب ما يجمعه من حطبٍ ونحوه.

وإن ضرب المصوغ المغصوب ونسج الغزل وقصر^(٢) الثوب أو صبغه ونجر الخشبة باباً ونحوه، أو صار الحب زرعاً أو البيضة فرحاً أو النوى غرساً، ردّه وأرش نقصه إن نقص، ولا شيء للغاصب نظير عمله. ولو زاد به المغصوب؛ لأنه تبرع في ملك غيره. وللمالك إجباره على إعادة ما أمكن رده إلى الحالة الأولى، كحلي ودرهم ونحوهما؛ لتحريم عمل الغاصب في المغصوب فملك المالك إزالته مع الإمكان.

ويلزم الغاصب ضمان نقص مغصوبٍ، ولو بنبات لحية أمرد، فيغرم ما نقص من قيمته؛ لأنه نقص في القيمة بتغيير صفته، أشبه النقص بتغيير باقي الصفات.

(١) سنن أبي داود (٣٤٠٣) جامع الترمذي (١٣٦٦) سنن ابن ماجه (٢٤٦٥) قال الترمذي: «حديث حسن غريب... وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فقال: هو حديث حسن».

(٢) قصر الثوب: بيضه ودقّه. تحرير ألفاظ التنبيه (ص١٩٦).

وإن جُنِيَ عليه ضمنه بأكثر الأمرين: ما نقص من قيمته أو أَرَشَ الجناية؛ لأن سبب كل واحدٍ منهما قد وجد، فوجب أن يضمه بأكثرهما.

وإن خصى الرقيق رده مع قيمته؛ لأن الخصيتين يجب فيهما كمال القيمة، كما يجب فيهما كمال الدية من الحر. وكذا لو قطع منه ما فيه دية، كيديه أو ذكَّره أو أنفه.

وما نقص بسعرٍ لم يضمن؛ لأنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة، فلم يلزمه شيء. ولا يضمن نقصاً حصل بمرضٍ إذا عاد إلى حاله بِبُرْثِهِ من المرض؛ لزوال موجب الضمان. وكذا لو انقلع سنُّه ثم عاد.

فإن رد المغصوب معيباً وزال عيبه في يد مالكه وكان المالك أخذ الأرش، لم يلزمه رده؛ لاستقراره بأخذ العين ناقصةً عن حال غصبها، نقصاً أثر في قيمته.

وإن لم يأخذ المالك الأرش لم يسقط؛ لذلك.

وإن عاد النقص بتعليم صنعةٍ، كما لو غصب عبداً سميماً قيمته مائة، فهزل فصار يساوي تسعين، وتعلَّم صنعةً، فزادت قيمته بها عشرة، ضمن النقص؛ لأن الزيادة الثانية غير الأولى.

وإن تعلم صنعةً زادت بها قيمته عند الغاصب أو سمن عنده، فزادت قيمته، ثم نسي الصنعة أو هزل فنقصت قيمته، ضمن الزيادة؛ لأنها زيادة في نفس المغصوب، فلزم الغاصب ضماتها، كما لو طالبه بردها فلم يفعل، وكما لو عادت من غير جنس الأول، بأن غصب عبداً، فسمن و صار يساوي مائةً، ثم هزل فصار يساوي تسعين، فتعلم صنعةً فصار يساوي مائةً ضمن نقص الهزال؛ لأن الزيادة الثانية غير الأولى.

وإن كانت الزيادة الثانية من جنس الزيادة الأولى، كما لو نسي صنعةً ثم تعلمها - ولو صنعةً بدل صنعةٍ - لا يضمن؛ لأن ما ذهب عاد، فهو كما لو مرض ثم برئ. إلا أكثرهما، يعني إذا نسي صنعةً وتعلم أخرى، وكانت الأولى أكثر، ضمن الفضل بينهما؛ لفواته وعدم عوده.

وإن جنى المغصوب فعلى غاصبه أرش جنايته؛ لأنه نقص في العبد الجاني؛ لكون الجناية تتعلق برقبته، فكان مضموناً على الغاصب كسائر نقصه.

فصل

خلط المغصوب بغيره له حالان:

أحدهما: خلطه بما يتميز، كحنطةٍ بشعيرٍ وتمرٍ بزبيبٍ، فيلزم الغاصب تخليصه وردُّه.

وأجرة ذلك عليه؛ لأنه بسبب تعديده.

الثاني: خلطه بما لا يتميز، كزيتٍ بزيتٍ، أو حنطةٍ بحنطةٍ، فيلزمه مثله من المختلط؛ لأنه مثلي فيجب مثل مكيله.

وإن خلطه بدونه أو خيرٍ منه أو بغير جنسه، كزيتٍ بشيرج^(١)، فهما شريكان بقدر ملكيهما، فيباع ويعطى كل واحدٍ قدر حصته؛ ليصل كل منهما إلى بدل عين ماله.

وإن نقص المغصوب عن قيمته منفردًا، ضمنه الغاصب؛ لحصوله بفعله.

وإن صبغ الغاصب الثوب، أو لَتَّ سويقًا^(٢) مغصوبًا بدهنٍ من زيتٍ أو نحوه، أو غصب دهنًا ولَتَّ به سويقًا، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: إن لم تنقص قيمة المغصوب ولم تزد، فهما شريكان بقدر ماليهما فيه؛ لأن اجتماع المالكين يقتضي الاشتراك، فيباع ويوزع الثمن على القيمتين.

الثاني: أن تنقص القيمة في المغصوب، فيضمنها الغاصب؛ لأنه بتعديده.

الثالث: أن تزداد قيمة أحدهما، فالزيادة لصاحب الملك الذي زادت قيمته؛ لأنها تبع للأصل.

ولا يجبر من ألبى قلع الصبغ إذا طلبه صاحبه؛ لأن فيه إتلافًا للملكه.

وإن وهب الصبغ لمالك الثوب، لزمه قبوله؛ لأنه صار من صفات العين، فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه.

ولو قُلع غرس المشتري أو بناؤه لخروج الأرض مستحقة للغير، رجع مشترٍ إذا لم يعلم بالحال على بائعها بالغرامة؛ لأنه غرّه وأوهمه أنها ملكه يبيعها له.

وإطعام غاصبٍ المغصوب لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يطعمه لعالمٍ بغصبه، فالضمان على آكلٍ؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تغييرٍ.

ومالكٍ تضمين غاصبٍ؛ لأنه حال بينه وبين ماله. وقرار الضمان على آكلٍ.

الثاني: أن يطعمه لغير عالمٍ بغصبه، فقرار الضمان على غاصبٍ؛ لأنه غرَّ الآكل.

(١) الشيرج: دهن السمسم. المصباح المنير (٣٠٨/١).

(٢) السويق: قمح أو شعير يُقلى ثم يطحن فيُنزود به. المطلع (ص ١٧٦).

الثالث: أن يطعمه لمالكه، فلا يبرأ غاصب إلا أن يعلم المالك أنه مُلكه فيبرأ الغاصب؛ لأنه حينئذ يملك التصرف فيه على حسب اختياره. ومثل إطعام المغصوب لمالكه: أن يرهنه أو يودعه لمالكه، أو يؤجره إياه، وكذا لو استأجر غاصب المالك على قِصارة المغصوب أو خياطته. ويبرأ غاصب بإعارته المغصوب لمالكه من ضمان عينه، علم أنه ملكه أو لم يعلم؛ لأنه دخل على أنه مضمون عليه.

والأيدي المترتبة على يد غاصب كلها أيدي ضمان، أي أن الأيدي التي ينتقل إليها المغصوب عن طريق غاصب كلها تضمن المغصوب إذا تلف. وهي عشر، يد مشترٍ ومَن في معناه، ويد مستأجرٍ، ويد قابضٍ تملكًا بلا عوضٍ كالمتهب، ويد قابضٍ لمصلحة الدافع كوكيلٍ، ويد مستعيرٍ، ويد غاصبٍ، ويد متصرفٍ في مالٍ كمضاربٍ، ويد متزوجٍ لمغصوبةٍ، ويد قابضٍ تعويضًا بغير بيعٍ، والعاشرة يد متلفٍ لمغصوبٍ نيابةً عن غاصبٍ، كذبح حيوانٍ.

فإن علم الثاني بالغصب فقرار الضمان عليه؛ لتعديه على ما يعلمه ملك غيره. وإلا فعلى الأول، إلا ما دخل الثاني على أنه مضمون عليه - كالعارية - فيستقر عليه ضمانه؛ لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه.

فصل

وما تلف أو أُتلف أو تغيَّب ولم يمكن رده، كعبدٍ أبقٍ وفرسٍ شردٍ، من مغصوبٍ مثليٍّ، وهو كل مكيلٍ أو موزونٍ لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه، غَرِمَ مثله^(١) إذا؛ لأنه لما تعذر ردُّ العين لزمه ردُّ ما يقوم مقامها، والمثل أقرب إليه من القيمة.

وينبغي أن يستثنى منه الماء في المفازة، فإنه يضمن بقيمته في مكانه، ذكره في المبدع. وإلا يمكن رد مثل المثلي لإعوازه، فالواجب قيمته يوم تعذر؛ لأنه وقت استحقاق الطلب بالمثل، فاعتُبرت القيمة إذا.

(١) في التمهيد (٢٨٨/١٤): كل مطعومٍ مأكولٍ أو موزونٍ مأكولٍ أو مشروبٍ، يجب على مستهلكه مثله، لا قيمته، وهذا مجتمع على القول به. وفي المغني (١٧٨/٥): «ما تتماثل أجزاؤه، وتتقارب صفاته، كالدرهم والدنانير والحبوب والأدهان، ضُمن بمثله، بغير خلافٍ».

ويضمن غير مثليّ إذا تلف أو أُتلف، بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده أو غالبه؛ لحديث ابن عمر، قال: قال النبي ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شَرَكًا لَه فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ فُؤْمَ الْعَبْدِ عَلَيْهِ قِيَمَةُ عَدْلٍ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حَصَصَهُمْ» متفق عليه^(١)، فأمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق ولم يأمره بالمثل، ولأن غير المثلي لا تتساوى أجزأؤه، وتختلف صفاته، فالقيمة فيه أعدل وأقرب إليه.

ولو أخذ حوائج متقومة، كفواكه، من بقالٍ ونحوه في أيامٍ ولم يقطع سعرها، ثم حاسبه بعد ذلك، فإنه لا يجب عليه المثل في المثلي ولا القيمة في المتقوم، بل يعطيه بسعر يوم أخذه؛ لتراضيهما على ذلك.

ويجب في تلف بعض مغصوبٍ نقصَ قيمةً باقيه، كزَوْجِي خَفِّ تَلْفٍ أَحَدَهُمَا، رُدُّ بَاقِيٍّ وَقِيَمَةُ تَالِفٍ وَأَرْشٍ نَقْصٍ؛ لأنه نقص حصل بجنائته فلزمه ضمانه.

وإن تَحَمَّرَ عَصِيرٍ مَغْصُوبٍ فَعَلَى الْغَاصِبِ الْمِثْلُ؛ لأن ماليته زالت تحت يده، كما لو أتلفه.

فإن انقلب خلاً دفعه لمالكة؛ لأنه عين ملكه. ودفع معه نقص قيمته حين كان عصيراً إن نقص؛ لأنه نقص حصل تحت يده.

واسترجع الغاصب - إذا ردَّ الخُل، وأرش نقص العصور - ما أداه بدلاً عنه.

وإذا كان المغصوب مما جرت العادة بإجارته، لزم الغاصب أجره مثله مدة بقائه بيده، استوفى المنافع أو تركها تذهب؛ لأن المنفعة مال متقوم، فوجب ضمانه كالعين.

فصل

وتحرم ولا تصح تصرفات الغاصب الحكمية، أي: التي توصف تارةً بالصحة وتارةً بالفساد، كالحج بمال مغصوبٍ والطهارة ونحوها، والبيع والإجارة والنكاح - كأن أنكح غاصباً أمةً مغصوبةً - ونحوها؛ لحديث عائشة، أن النبي ﷺ قال: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ» متفق عليه^(٢)، ولعدم إذن المالك.

وإن أبحر غاصب بالمغصوب فالربح لمالكة؛ لأنه نماء ملكه.

والقول في قيمة التالف، أو قدر مغصوبٍ، أو صفته، بأن قال: غصبتني عبداً كاتباً، وقال غاصب: لم يكن كاتباً، قول غاصب؛ لأنه غارم.

(١) صحيح البخاري (٢٥٢٢) صحيح مسلم (١٥٠١).

(٢) صحيح البخاري (٢٦٩٧) صحيح مسلم (١٧١٨).

والقول في رَدِّه أو تَعْيُبه، بأن قال غاصب: كان العبد أعرج، وأنكره مالكه، فقول ربّه؛ لأن الأصل عدم الرد وعدم العيب.

ولو شاهدت البينة العبد معيًّا عند غاصبٍ، فقال مالك: تعيَّب عندك، وقال غاصب: كان معيًّا وقت غصبه، فُدم قول غاصبٍ؛ لأنه غارم، والظاهر أن صفة العبد لم تتغير.

وإن جهل غاصبُ ربَّ مغصوبٍ، سلمه إلى حاكمٍ، وبرئ من عهده؛ لقيام قبض الحاكم مقام قبض ربها. ويلزم حاكم تسلمه. أو تصدق غاصبٌ به عنه بنية ضمانه إن جاء ربُّه؛ لأن الصدقة بما عنهم بدون ضمانٍ إضاعة لها. فإذا تصدق به كان ثوابه لربه. وسقط عنه إثم الغصب؛ لأنه معذور بعجزه عن الرد؛ لجهله بالمالك.

وكذا حكم رهنٍ ووديعةٍ ونحوها إذا جهل ربها.

وليس لمن هي عنده أخذ شيءٍ منها، ولو كان فقيرًا.

فصل

ومن أتلف لغيره مالا محترماً بغير إذن ربه، ضمنه؛ لأنه فوّته عليه.

ويضمن أيضًا إن فتح قفصًا عن طائرٍ فطار، أو فتح بابًا فضاع ما كان مغلقًا عليه بسبب فتحه، أو حلَّ وكاء زقٍّ^(١) مائعٍ أو جامدٍ، فأذابته الشمس أو ألقته ريح فاندفق، أو حل رباطًا عن فرسٍ، أو حل قيدًا عن مقيّدٍ فذهب ما فيه، أو أتلف ما فيه شيئًا، كأن قتل إنسانًا؛ لأنه تلف بسبب فعله.

وإن ربط دابةً بطريقٍ، ولو واسعًا^(٢)، فعثر به إنسان أو أتلفت شيئًا ضمن^(٣)؛ لتعديه بالربط، ولأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة.

ومثله: لو ترك في الطريق طينًا، أو خشبةً، أو حجرًا، أو كيس دراهم، أو أسند خشبةً إلى حائطٍ، فتلف شيءٌ بواحدٍ من هذه المذكورات.

ويضمن مقتني كلبٍ عقورٍ لمن دخل بيته بإذنه، أو عقره خارج منزله؛ لأن مقتنيه متعديّ باقتنائه.

(١) الوكاء: الحبل الذي يربط به نحو القرية. والزق: بكسر الزاي: الظرف، وهو الوعاء.

(٢) كذا في الكشاف والدقائق، وفي الزاد: «بطريقٍ ضيقٍ».

(٣) التمهيد (٢٧/٧): «لا أعلم خلافًا أن من أوقف دابته في موضعٍ ليس له أن يوقفها فيه، ولا يجوز له ذلك من طريقٍ ضيقٍ، أو غير ذلك مما ليس له أن يفعله، فجنّت جنائيّةً، أنه ضامنّها» وخالف ابن حزم. ينظر: موسوعة الإجماع (٣١٨/١١).

فإن دخل منزله بغير إذنه لم يضمنه؛ لأنه متعمدٌ بالدخول.

وإن أتلف العقور شيئاً بغير العقر، كما لو ولغ أو بال في إناء إنسانٍ، فلا ضمان؛ لأن هذا لا يختص بالعقور.

وحكم أسدٍ ونمْرٍ وذئبٍ وهِرٍّ تأكل الطيور وتقلب القدور عادةً، حكم كلبٍ عقورٍ.

وله قتل هِرٍّ بسبب أكل لحمٍ ونحوه، كالفواسق^(١)؛ دفعاً لأذاه.

وإن حفر في فناء داره - وهو ما كان خارج الدار قريباً منها - بئراً لنفسه، ضمن ما تلف بها؛ لتعديده.

وإن حفرها لنفع المسلمين بلا ضررٍ في سابلةٍ، أي: طريقٍ واسعةٍ، لم يضمن ما تلف بها؛ لأنه محسن.

وإن مال حائطه ولم يهدمه حتى أتلف شيئاً، لم يضمنه؛ لأن الميل حادث، والسقوط بغير فعله.

فصل

وما أتلقت البهيمة من الزرع والشجر وغيرهما ليلاً، ضمنه صاحبها، إن فرط^(٢)، وعكسه النهار؛ لما روى

مالك عن الزهري عن حرام بن سعدٍ «أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت، فقاضى رسول الله ﷺ أن

على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم»^(٣).

إلا أن تُرسل نهاراً بقرب ما تتلفه عادةً فيضمن مرسلها؛ لتفريطه.

وإذا طرد دابةً من زرعه لم يضمن إلا أن يُدخلها مزرعة غيره، فيضمن ما أفسدت منها؛ لتسببه. فإذا اتصلت

المزارع لم يطردها؛ لأن ذلك تسليط على زرع غيره، وصبر ليرجع على ربها، بقيمة ما تأكله؛ حيث لا يمكنه

منعها إلا بتسليطها على مال غيره.

ولو قدر أن يخرجها من مزرعته وله منصرف غير المزارع فتركها تأكل من مزرعته ليرجع على ربها، فما أكلته

هدر؛ لتقصيره بعدم صرفها.

وإن كانت البهيمة بيد راكبٍ أو قائدٍ أو سائقٍ، ضمن جنايتها بمقدمها كيدها وفمها؛ لأن فعلها منسوب

إلى من هي معه إذا كان يمكنه حفظها.

لا ما جنت بمؤخرها كرجلها؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الرَّجُلُ جُبَّارٌ» رواه أبو داود^(٤).

(١) الذخيرة للقرافي (٢٦٧/١٢): «الدابة المعروفة بالأذى تقتل، ولا يضمن إجماعاً».

(٢) «إن فرط» هذا القيد لم يذكر في الروض، وهو في الإقناع والمنتهى.

(٣) موطأ مالك (٧٤٧/٢) قال ابن عبد البر في التمهيد (٨٢/١١): «هذا الحديث وإن كان مرسلًا، فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة

وحدّث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل».

(٤) سنن أبي داود (٤٥٩٢) قال البيهقي في السنن الكبرى (٥٩٦/٨): «قال الشافعي: «هو غلط؛ لأن الحفاظ لم يحفظوا هكذا» قال

ولو كان السبب من غيرهم، كنخسٍ وتنفيرٍ، ضمن فاعله^(١)؛ لوجود السبب منه.
 ولو ركبها اثنان فالضمان على المتصرف منهما؛ لقدرته على كِفِّها.
 وباقي جنايتها هدر إذا لم يكن يدُ أحدٍ عليها؛ لحديث أبي هريرة قال: قال ﷺ: «العجماء جُبار» متفق عليه^(٢) أي هدر. إلا الضارية- أي معروفة بالصَّول- والجوارح وشبهها.
 ومن صال عليه آدمي أو غيره ولم يندفع إلا بالقتل فقتله، لم يضمنه؛ لأنه قتله بدفعٍ جائزٍ^(٣)؛ لما فيه من صيانة النفس.
 ومن كسر مِزمارًا أو غيره من آلات لهوٍ، أو صليبا أو آنية ذهبٍ أو فضةٍ أو آنية خمرٍ غير محترمةٍ، لم يضمنه؛ لقول ابن عمر: «إن النبي ﷺ أمره أن يأخذ مُدْيَةً، ثم خرج إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جُلِبَت من الشام، فشُقت بحضرته، وأمر أصحابه بذلك» رواه أحمد^(٤).
 ولا يضمن كتابًا فيه أحاديث رديئة، ولا حليًا محرَّمًا على رجالٍ إذا لم يصلح للنساء.

باب الشفعة

الشفعة من الشفع، وهو الزوج؛ لأن الشفيع بالشفعة يضم المبيع إلى ملكه الذي كان منفردًا.
 وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوضٍ ماليٍّ، بثمنه الذي استقر عليه العقد.
 تثبت بشروطٍ خمسةٍ:
 أحدها: كون الشقص المنتقل عن الشريك مبيعًا صريحًا أو في معناه، كهبة بعوضٍ؛ لأن الشفيع يأخذه بمثل الثمن الذي انتقل به إلى المشتري ولا يمكن هذا في غير المبيع.

البيهقي: هذه الزيادة ينفرد بها سفيان بن حسين عن الزهري، وقد رواه مالك بن أنس والليث بن سعد وابن جريج ومعمر وعقيل وسفيان بن عيينة وغيرهم، عن الزهري، لم يذكر أحد منهم فيه الرَّجل». (١)البنية شرح الهداية (٢٧١/١٣): «ولا يعلم فيه خلاف». وخالف بعضٌ. ينظر موسوعة الإجماع (٣١٩/١١).
 (٢)صحيح البخاري (١٤٩٩) صحيح مسلم (١٧١٠).
 (٣)فتح الباري، لابن حجر (٢٤٥/١٢): «وقد اتفقوا على جواز دفع الصائل، ولو أتى على نفس المدفوع». (٤)مسند أحمد (٦١٦٥).

فإن انتقل نصيب الشريك بغير عوض، كإرثٍ وهبةٍ بغير ثوابٍ ووصيةٍ، أو كان عوضه غير ماليٍّ، بأن جعل صداقًا أو خلعًا أو صلحًا عن دم عمدٍ، فلا شفعة؛ لأنه مملوك بغير مالٍ، أشبه الإرث؛ ولأن الخبر ورد في البيع، وهذه ليست في معناه.

ويحرم التحيل لإسقاطها، قال الإمام: لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها ولا إبطال حق مسلم. وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» رواه ابن بطة^(١).

الثاني: كونه مشاعًا من عقارٍ ينقسم قسمة إجبارٍ؛ لقول جابرٍ: «قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري^(٢).

فلا شفعة في منقولٍ، كسيفٍ ونحوه؛ لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص. ولا فيما لا تجب قسمته، كحمامٍ ودورٍ صغيرةٍ؛ لحديث: «لا شفعة في فناءٍ ولا طريقٍ ولا منقبة» رواه أبو عبيد^(٣)، والمنقبة: طريق ضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد، ولقول عثمان: «لا شفعة في بئرٍ، ولا فحلٍ»^(٤)، ولأن إثبات الشفعة فيه يُضرر بالبائع؛ لأنه لا يمكنه التخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع، فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة، فيؤدي إثباتها إلى نفيها.

ولا شفعة فيما ليس بعقارٍ، كشجرٍ مفردٍ وبناءٍ مفردٍ عن أرضٍ؛ لأن من شرط وجودها أن يكون المبيع أرضًا؛ لأنها هي التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها. إلا أن الغراس والبناء يؤخذان بالشفعة تبعًا للأرض^(٥)؛ لقول جابرٍ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركةٍ لم تُقسم، ربعةٍ أو حائطٍ» رواه مسلم^(٦)، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار.

(١) إبطال الحيل، لابن بطة (ص ٤٧) قال ابن كثير في تفسيره (٤٩٣/٣): «إسناده جيد».

(٢) صحيح البخاري (٢٢٥٧).

(٣) غريب الحديث (١٢١/٣) ولم يسنده.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٧١) قال ابن عبد الهادي في التنقيح (١٧٨/٤): «قال أحمد: ما أصححه من حديث. ذكره الخلال».

(٥) في المغني (٢٣٢/٥): البناء والغراس الذي يباع مع الأرض، يؤخذ بالشفعة تبعًا للأرض، لا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافًا.

(٦) صحيح مسلم (١٦٠٨).

لا الثمرة والزرع إذا بيعا مع الأرض، فلا يؤخذان بالشفعة؛ لأن ذلك لا يدخل في البيع، فلا يدخل في الشفعة، كقماش^(١) الدار.

ولا شفعة لجار؛ لحديث جابرٍ.

الثالث: طلب الشفعة على الفور وقت علم الشفيع بالبيع، فإن لم يطلبها حينئذٍ بلا عذرٍ، بطلت؛ لحديث ابن عمر، قال: قال ﷺ: «الشفعة كحلِّ العقال» رواه ابن ماجه^(٢)، ولأن ثبوتها على التراخي يضرُّ بالمشتري؛ لعدم استقرار ملكه.

فإن لم يعلم بالبيع فهو على شفעתه ولو مضى سنون^(٣)، وكذا لو أحرَّ لعذرٍ^(٤)، بأن علم ليلاً فأخره إلى الصباح، أو لحاجة أكلٍ أو شربٍ أو طهارةٍ، أو إغلاق بابٍ، أو خروج من حمامٍ، أو ليأتي بالصلاة وسننها. وإن علم وهو غائب أشهد على الطلب بها إن قدر؛ لأن إشهاده دليل رغبته.

وإن قال الشفيع لمشتري: بعني ما اشتريت، أو صالحني سقطت؛ لأن هذا وشبهه دليل رضاه بشرائه وتركه للشفعة.

أو كذب العدل المخبر له بالبيع، سقطت؛ لتراخيه عن الأخذ بلا عذرٍ. فإن كذب فاسقاً لم تسقط؛ لأنه لم يعلم الحال على وجهه.

ولا تسقط الشفعة إن عمل الشفيع دلالاً بين شريكه والمشتري، أو توكل لأحدهما، أو أسقطها قبل البيع؛ لأن المسقط لها الرضا بتركها بعد وجوبها، ولم يوجد.

الرابع: أخذ الشريك جميع الثمن المبيع؛ دفعاً لضرر المشتري بتبعض الصفقة عليه بأخذ بعض المبيع، **والضرر لا يزال بمثله.**

فإن طلب الشفيع أخذ بعض الحصاة المبيعة، سقطت شفעתه؛ لما تقدم.

(١) بضم القاف: متاع البيت. المطلع (ص ٣٣٩).

(٢) سنن ابن ماجه (٢٥٠٠) قال في التلخيص الحبير (١٢٥/٣) «قال أبو زرعة: منكر، وقال البيهقي: ليس بثابت».

(٣) في الاستدكار (٧٣/٧): «أما شفعة الغائب، فإن أهل العلم مجمعون على أنه إذا لم يعلم ببيع الحصاة التي هو فيها شريك من الدور والأرضين، ثم قدم فعلم، فله الشفعة مع طول مدة غيبته».

(٤) في تبين الحقائق للزليعي (٢٤٤/٥): «لو كان التأخير بعذرٍ من مرضٍ أو حبسٍ أو عدم قاضي يرى الشفعة بالجوار في بلده، لا تسقط بالإجماع، وإن طالت المدة».

والشفعة لشريكين اثنين بقدر حقيهما؛ لأنها حق يستفاد بسبب الملك، فكانت على قدر الأملاك. فدارٌ بين ثلاثة، نصفٌ وثلثٌ وسدسٌ، فباع رب الثلث، فالمسألة من ستة، والثلث يقسم على أربعة، لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب السدس واحد.

فإن عفا أحد الشفيعين أخذ الآخر الكل أو ترك الكل^(١)؛ لأن في أخذ البعض إضرارًا بالمشتري. ولو وهب بعض الشفعاء نصيبه من الشفعة لشريكه أو غيره، لم تصح الهبة، وسقطت الشفعة؛ لأن ذلك دليل إعراضه عنها.

وإن كان أحدهما غائبًا فليس للحاضر أن يأخذ إلا الكل أو يترك الكل؛ دفعًا لتبعض الصفقة على المشتري. فإن أخذ الكل ثم حضر الغائب قاسمه إن شاء.

وإن اشترى اثنان حق واحد، فللشفيع أخذ حق أحدهما؛ لأن العقد مع اثنين بمنزلة عقدين.

وإن اشترى واحد حق اثنين صفقة، فللشفيع أخذ أحدهما؛ لأن تعدد البائع كتعدد المشتري.

وإن اشترى واحد شقصين - أي: حصتين - من أرضين صفقة واحدة والشريك واحد، فللشفيع أخذ أحدهما؛ لأن الضرر قد يلحقه بأرضٍ دون أرضٍ.

وإن باع شقصًا وسيقًا، ونحوه مما لا شفعة فيه، في عقدٍ واحدٍ، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن؛ لأنه تجب فيه الشفعة إذا بيع منفردًا، فكذا إذا بيع مع غيره.

وإن تلف بعض المبيع، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن؛ لأنه تعذر أخذ الكل، فجاز له أخذ الباقي، كما لو أتلفه آدمي، فلو اشترى شقصًا من دارٍ بألفٍ تساوي ألفين، فباع المشتري بأبها أو هدمها فبقيت بألفٍ، أخذها الشفيع بخمسائة.

الخامس: أن يكون للشفيع ملك للرقبة سابق على البيع؛ لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك، فإذا لم يكن له ملك سابق، فلا شفعة؛ لعدم الضرر.

فلا شفعة بملك منفعة، كدارٍ موصى بنفعها، فباع الورثة نصفها، فلا شفعة للموصى له؛ لأن المنفعة لا تؤخذ بالشفعة.

أو ملك الشريكان دارًا صفقة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر؛ لاستوائهما.

(١) في الإجماع (ص ١٣٦): «وأجمعوا على أن من اشترى شقصًا من أرضٍ مشتركةٍ، فسلم بعضهم الشفعة، وأراد بعضهم أن يأخذ، فلن من أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو يدعه، وليس له أن يأخذ بقدر حصته ويترك ما بقي».

ولا شفعة بشركة وقفٍ، فدارٌ نصفها وقف ونصفها طَلَقٌ، ويبيع الطَّلَقُ، فلا شفعة للموقوف عليه؛ لأن الوقف لا يؤخذ بالشفعة، فلا تجب به، ولأن ملكه غير تامٍّ، أشبه مالك المنفعة.
ولا شفعة لكافرٍ على مسلمٍ؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

فصل

تصرف مشترٍ في شقِّصٍ تثبت فيه الشفعة بعد طلب شفيعٍ بالشفعة باطلٌ؛ لانتقال الملك للشفيع بالطلب. وتصرفه قبل طلبٍ بوقفه أو هبته^(١) أو صدقةٍ به، يسقطها؛ لأن في الشفعة إضرارًا بالمأخوذ منه إذن؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوضٍ؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري، **والضرر لا يزال بالضرر**.
ولا تسقط الشفعة بمجرد الوصية به قبل قبول الموصى له بعد موت الموصي؛ لأن الوصية قبل القبول بعد الموت جائزة لا لازمة.

وإن تصرف مشترٍ فيه ببيعٍ فلشفيعٍ أخذه بأحد البيعين؛ لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وُجد في كلٍّ منهما، ولأنه شفيع في العقدين. فإن أخذ الشفيع بالبيع الأول رجع المشتري الثاني على بائعه بما دفع له من الثمن؛ لأن العوض لم يسلم له.

وإن أجر المشتري الشَّقِّص فللشفيع أخذه، وتنفسخ به الإجارة؛ لسبق حق الشفيع. هذا كله إن كان التصرف قبل الطلب؛ لأن الشَّقِّص ملكٌ للمشتري، وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع من تصرفه.

ولمشتري الغلة الحاصلة قبل أخذ شفيعٍ، وله أيضًا النماء المنفصل؛ لأنه من ملكه **والخراج بالضمان**. وله أيضًا الزرع والثمرة الظاهرة والمؤبَّرة؛ لأنه ملكه، ويؤمى إلى الحصاد والجذاذ؛ لأن ضرره لا يبقى. ولا أجرة للشفيع على المشتري؛ لأنه زرعه في ملكه.

أما النماء المتصل كالشجر إذا كبر، والطلع إذا لم يؤبر، فيتبع في الأخذ بالشفعة؛ كالرد بالعيب.

وإن قاسم المشتري الشفيع، أو قاسم وكيل الشفيع في غيبة الشفيع، لإظهار المشتري للشفيع زيادةً في الثمن، ثم غرس المشتري أو بنى فيما خرج له بالقسمة، ثم ظهر الحال، لم تسقط الشفعة؛ لأن ترك الشفيع الطلب بها ليس لإعراضه عنها، بل لما أظهره المشتري.

(١) في الزاد: «بوقفه أو هبته أو رهنه» وفي الإقناع والمنتهى: لا تسقط الشفعة برهنه.

وكذا لو كان الشفيع غائباً أو صغيراً، وطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير، فلهما الأخذ بالشفعة. فيخير الشفيع بين تملكه بقيمته دفعا لضرر القلع. فتقوم الأرض مغروسة أو مبنية، ثم تقوم خالية منهما، فما بينهما فهو قيمة الغراس والبناء. وللشفيع قلعه ويغرم ما نقص من قيمته بالقلع؛ لزوال الضرر به. فإن أبي الشفيع أحد الشفيعين فلا شفعة له؛ لأنه مضار. ولرب الغراس أو البناء أخذه ولو اختار الشفيع تملكه بقيمته؛ لأنه ملكه. ولو مع ضرر يلحق الأرض بأخذه^(١)؛ لأنه تخلص لعين ماله مما كان حين الوضع في ملكه.

وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت الشفعة؛ لأنه نوع خيارٍ لتمليك أشبه القبول، ولأنه لا يعلم بقاؤه على الشفعة؛ لاحتمال رغبته عنها، فلا ينتقل إلى الورثة ما شك في ثبوته. وإن مات بعد الطلب ثبتت لوارثه؛ لأن الحق قد تقرر بالطلب؛ ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعد الطلب بالشفعة.

فصل

ويأخذ الشفيع الشقص بكل الثمن الذي استقر عليه العقد؛ لحديث جابر: «فهو أحق به بالثمن» رواه أحمد^(٢).

فإن عجز عن الثمن أو بعضه، سقطت شفيعته؛ لأن في أخذه بدون دفع كل الثمن إضراراً بالمشتري، **والضرر لا يزال بالضرر.**

وإن أحضر الشفيع رهناً أو كفيلاً، لم يلزم المشتري قبوله.

وكذا لا يلزمه قبول عوضٍ عن الثمن، بأن كان نقداً فدفع عنه عرضاً؛ دفعا لما عساه أن يتضرر به.

وللمشتري حبس الشقص حتى يقبض الثمن؛ لأن الأخذ بالشفعة قهري والبيع عن رضا.

ويمهل إن تعذر في الحال ثلاثة أيام؛ لأنها آخر حد جمع القلة، ويمكن الإعداد فيها غالباً.

والثمن المؤجل يأخذ الشفيع الملىء به؛ لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفته.

و ضد الملىء، وهو المعسر، يأخذه إذا كان الثمن مؤجلاً بكفيلٍ ملىء؛ دفعا للضرر.

(١) خلافاً لما في الزاد إذ قيّد الأخذ عند أمن الضرر، وفي الإقناع والمنتهى: «لو مع ضرر».

(٢) مسند أحمد (١٤٣٢٦).

وإن لم يعلم الشفيع حتى حل المؤجل، فهو كالحال. ويقبل في الخلف في قدر ثمن مع عدم بينة لواحدٍ منهما قولُ مشترٍ مع يمينه؛ لأنه العاقد، فهو أعلم بالثمن، والشفيع ليس بغارم؛ لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه، بخلاف الغاصب ونحوه. فإن قال مشترٍ: اشتريته بألفٍ، أخذ الشفيع بالألف، ولو أثبت البائع أن البيع بأكثر من ألفٍ؛ مؤاخذهً للمشتري بإقراره.

فإن قال: غلطت أو كذبت أو نسيت، لم يقبل؛ لأنه رجوع عن إقرارٍ تعلق به حق غيره.

ومن ادعى على إنسانٍ شفعةً في شقصٍ، فقال: ليس لك ملك في شركتي، فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة، ولا يكفي مجرد وضع اليد؛ لأن الملك لا يثبت بمجرد اليد.

وإن أقر البائع بالبيع في الشقص المشفوع وأنكر المشتري شراؤه، وجبت الشفعة؛ لأن البائع أقر بحقين، حقٍ للشفيع وحقٍ للمشتري، فإن أسقط حقه بإنكاره ثبت حق الآخر، فيقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن، ويكون درك الشفيع على البائع، وليس له ولا للشفيع محاكمة المشتري.

وعهدة الشفيع على المشتري؛ لأنه ملك الشقص من جهته، وعهدة المشتري على البائع - في غير الصورة الأخيرة - فإذا ظهر الشقص مستحقاً أو معيباً، رجع الشفيع على المشتري بالثمن أو بأرش العيب، ثم يرجع المشتري على البائع، فإن أبى المشتري قبض المبيع ليسلمه للشفيع، أجبره الحاكم على قبض الشقص؛ لأن القبض واجب؛ ليحصل حق المشتري من تسليمه.

ولا شفعة في بيع خيارٍ قبل انقضائه؛ لأن الملك لم يستقر.

ولا في أرض السواد ومصر والشام؛ لأن عمر وقفها، إلا أن يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه؛ لأنه مختلف فيه، وحكم الحاكم ينفذ فيه.

باب الوديعة

من ودع الشيء إذا تركه؛ لأنها متروكة عند المودع. والإيداع توكيل في الحفظ تبرعاً، والاستيداع توكل فيه كذلك. والوديعة شرعاً: المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

ويعتبر لها ما يعتبر في وكالة، من البلوغ والعقل والرُّشد، وتعيين وديع.
ويستحب قبولها لمن علم أنه ثقة، قادر على حفظها؛ لقوله ﷺ: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» رواه مسلم^(١)، ويكره لغيره إلا برضا ربها؛ لئلا يغرّه.
وإذا تلفت الوديعة من بين ماله ولم يتعدَّ ولم يفرط، لم يضمن^(٢)؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «من أودع وديعةً فلا ضمان عليه» رواه ابن ماجه^(٣)، ولغلا يمتنع الناس من الدخول فيها مع مسّ الحاجة إليها. وسواء ذهب معها شيء من ماله أو لا؛ لما سبق.
ويلزم المودع حفظها في حرز مثلها عرفاً^(٤)، كما يحفظ ماله؛ لأنه تعالى أمر بأدائها، ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ.

قال في الرعاية: من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة، وإلا ضمن.
فإن عين صاحبها الحرز فأحرزها بدونه، ضمن؛ سواء ردها إليه أو لا؛ لمخالفته له في حفظ ماله، ولتعديه بوضعها في الدون، فلا تعود أمانةً إلا بعقدٍ جديد.
وإن أحرزها بمثل الحرز الذي عينه صاحبها أو أحرز منه، فلا ضمان عليه؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله، فما فوقه من باب أولى.
وإن قطع العلف عن الدابة المودعة بغير قول صاحبها، ضمن؛ لأن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه؛ لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فكأنه مأمور به عرفاً. وإن نهاه المالك عن علفها وسقيها، لم يضمن؛ لإذنه في إتلافها، أشبه ما لو أمره بقتلها. لكن يأثم بترك علفها إذا؛ لحرمة الحيوان.
وإن قال: احفظها في جيبك^(٥)، فتركها في كُمه أو يده، ضمن؛ لأن الجيب أحرز، وربما نسي فسقط ما في كمه أو يده.

وإذا قال: اتركها في كُمك أو يدك فتركها في جيبه، لم يضمن؛ لأنه أحرز.
وإن قال: اتركها في يدك، فتركها في كمه أو بالعكس، ضمن؛ لمخالفته؛ لأن اليد تارةً تكون أحرز من الكم، والكم تارةً أحرز من اليد.

(١) صحيح مسلم (٢٦٩٩)

(٢) في الإشراف (٣٣٠/٦): «وأجمع أكثر أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنائته، أن لا ضمان عليه».

(٣) سنن ابن ماجه (٢٤٠١) وفي مصباح الزجاجه (٦٢/٣): «إسناده ضعيف؛ لضعف المتن - وهو ابن الصَّبَّاح - والراوي عنه».

(٤) بداية المجتهد (٩٥/٤): «عند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم».

(٥) المطلع (ص ٣٣٧): «المجعول في القباء ونحوه شبه الوعاء، ولم أره في شيء من كتب اللغة بهذا المعنى».

وإن قال: أتركها في بيتك، فشدّها في ثيابه وأخرجها، ضمن؛ لأن البيت أحرز.
وإن دفع المودع الوديعة إلى من يحفظ مال المودع عادةً، كزوجته وعبد، أو ردها المودع لمن يحفظ مال رها، لم يضمن؛ لجريان العادة به.
ويصدّق من دفعها المودع إليه من زوجة وعبد، أو من يحفظ مال رها، في دعوى التلف والرد كالمودع؛ لقيامهم مقامه في الحفظ.
ويضمن المودع بدفعها لأجنبيٍّ أو حاكمٍ بلا عذرٍ، كحضور موتٍ؛ لأنه ليس له أن يودع من غير عذرٍ.
وللمالك مطالبة من شاء منهما^(١)؛ لأنه قبض ما ليس له قبضه، ويستقر الضمان على الثاني إن علم الحال؛ لتعديده، وإلا فعلى الأول.

وإن حدث خوف، أو أراد المودع سفرًا:
- رَدَّها على رها أو وكيله فيها؛ لأن في ذلك تخليصًا له من دَرَكها، وإيصالًا للحق إلى مستحقه.
فإن دفعها للحاكم إذًا، ضمن؛ لأنه لا ولاية له على الحاضر.
- فإن غاب رُحْمًا حملها المودع معه في السفر، سواء كان سفره لضرورةٍ أو لا، إن كان أحرز ولم ينهه عنه؛ لأن القصد الحفظ، وهو موجود هنا.
وله ما أنفق بنية الرجوع، قاله القاضي؛ لأن مؤنة الرد على رها، وقد قام بها عنه الوديع بنية الرجوع.
- وإلا يكن السفر أحفظ لها، أو كان تُهي عنه، دفعها لحاكمٍ؛ لأن في السفر بها غررًا؛ لأنه عُرضة للنهب وغيره، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته.
فإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها؛ لأنه لا ولاية له.
- فإن تعدّر حاكم أودعها ثقةً^(٢)؛ لفعله ﷺ لما أراد أن يهاجر، أودع الودائع التي كانت عنده لأمن رضي الله عنها^(٣)، ولأنه موضع حاجةٍ.

(١) في الزاد: «ولا يطالبان إن جهلا» وفي الإقناع والمنتهى أن للمالك المطالبة.

(٢) في الزاد ما يفهم منه أنه يودعها عند الثقة من غير الرجوع للحاكم، والمذهب: أنه لا يودعها ثقةً إلا أن تعذر دفعها للحاكم، كما في الإقناع والمنتهى والروض.

(٣) أخرج البيهقي (١٢٦٩٧): «عن عبد الرحمن بن عويم بن ساعدة، قال: حدثني رجال قومي من أصحاب رسول الله ﷺ - فذكر الحديث في خروج النبي ﷺ -: فخرج رسول الله ﷺ، وأقام علي بن أبي طالب ثلاث ليال وأيامها؛ حتى أدى عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس» وفي التلخيص الحبير (٢١١/٣) «رواه ابن إسحاق بسندٍ قويٍّ».

وكذا حكم من حضره الموت في دفعها إلى حاكم، أو ثقة.

ومن تعدى في الوديعة^(١) بأن أودع دابةً فركبها لغير نفعها - أي: علفها وسقيها - أو أودع ثوباً فلبسه لغير خوفٍ من عُثٍّ^(٢) أو نحوه، أو أودع دراهم فأخرجها من حرزٍ ثم ردها إلى حرزها، أو رفع الختم عن كيسها، أو كانت مشدودةً فأزال الشد، ضمن، أخرج منها شيئاً أو لا؛ لهتك الحرز. أو خلطها بغير متميزٍ كدراهم بدراهم، وزيتٍ بزيتٍ، من ماله أو غيره، فضاع الكل، ضمن الوديعة؛ لتعديه. وإن ضاع البعض ولم يدر أيهما ضاع ضمن أيضاً. وإن خلطها بتميزٍ كدراهم بدنانير، لم يضمن^(٣)؛ لإمكان التمييز. وإن أخذ درهماً من غير محرزه ثم رده فضاع الكل، ضمنه وحده؛ لتعلق الضمان بالأخذ، فلا يضمن غير ما أخذه.

وإن رد بدله غير متميزٍ ضمن الجميع؛ لخلطه الوديعة بما لا تتميز منه.

ومن أودعه صبي وديعةً لم يبرأ إلا بردها لوليه.

ومن دفع لصبيٍّ أو مجنونٍ أو سفیهٍ وديعةً لم يضمن ولو فرط؛ لتفريط مالكها بدفعها إلى أحد هؤلاء.

وإن دفعها لعبدٍ مكلفٍ، ضمنها بإتلافها في رقبته؛ لأنه مكلف يصح استحفاظه، والإتلاف من جنايته.

فصل

والمودع أمين؛ لأن الله تعالى سماها أمانةً بقوله تعالى: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها}.

ويقبل قوله في ردها إلى ربها، أو من يحفظ ماله عادةً، كزوجته وعبده، أو غيرهم بإذنه، بأن قال: دفعتها

لفلانٍ بإذنك، فأنكر مالكها الإذن أو الدفع، فقبل قول المودع؛ كما لو ادعى ردها على مالكها.

ويقبل قوله أيضاً في تلفها^(١)، وعدم التفريط بيمينه؛ لأنه أمين. لكن إن ادعى التلف بسبب ظاهرٍ كحريقٍ،

كُلف به بيينة؛ لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه - ويكفي في السبب الظاهر الاستفاضة -، ثم قبل قوله في

التلف؛ لأنه أمين.

(١) في الإجماع (ص ١٤٨): «وأجمعوا على أن المودع ممنوع من استعمال الوديعة، ومن إتلافها» وفي المغني (٦/٤٣٧): «إن تعدى المستودع

فيها، أو فرط في حفظها، فتلفت، ضمن، بغير خلافٍ نعلمه».

(٢) سوسة تلحس الصوف.

(٣) في المغني (٦/٤٤٠): لو خلط الصالح بالمكسرة لم يضمنها؛ لأنها تتميز منها، وكما لو تركها في صندوقٍ وفيه أكياس له، لا نعلم فيه

اختلافاً.

وإن أُخِّرَ ردها بعد طلبها بلا عذرٍ ضمن^(٢)؛ لأنه فعل محرمًا بإمساكه ملك غيره بلا إذنه، أشبه الغاصب. ويُمهّل لأكلٍ ونومٍ وهضمٍ طعامٍ بقدر ذلك؛ للحاجة.

وإن أمره المودع بدفع الوديعة إلى وكيله، فتمكن المودع وأبى، ضمن إن تلفت، ولو لم يطلبها وكيله؛ لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه.

فإن قال: لم تودعني، ثم ثبتت الوديعة بينة أو إقرار، ثم ادعى ردًّا أو تلفًا سابقين لجحوده لم يقبل ولو بينة؛ لأنه صار ضامنًا بجحوده، معترفًا على نفسه بالكذب المنافي للأمانة.

وإن شهدت بينة بردٍّ أو تلفٍ، بعد جحود الإيداع، ولم تعين البينة هل الرد أو التلف قبل جحوده أو بعده؟ واحتمل الأمرين، لم تُسمع البينة، لأن وجوب الضمان متحقق، فلا ينتفي بأمرٍ مترددٍ فيه.

وإن قال: مالك عندي شيء، أو لا حق لك قبلي، أو لا تستحق عليّ شيئًا، قبل قوله بيمينه في ردِّ وتلفٍ؛ لأنه لا يناف جوابه؛ لجواز أن يكون أودعه ثم تلف عنده بلا تفريطٍ، أو ردها فلا يكون له عنده شيء.

و يقبل قوله أيضًا بالبينة إذا ادعى الرد أو التلف بعد الجحود؛ لأنه حينئذٍ ليس بمكذب لها.

وإن مات المودع وادعى وارثه الرد منه - أي الوارث - لربها أو من مورثه - وهو المودع - لم يقبل إلا ببينة؛ لأن صاحبها لم يأتته عليها بخلاف المودع.

وإن طلب أحد المودعين نصيبه من مكيلٍ أو موزونٍ ينقسم بلا ضررٍ، سلّم إليه وجوبًا؛ لأن قسمته ممكنة بغير ضررٍ ولا غبنٍ.

والمودع ومضاربٍ ومرتهنٍ ومستأجرٍ إذا عُصبت العين منهم مطالبة غاصب العين؛ لأنهم مأمورون بحفظها، وذلك منه.

وإن صادره سلطان أو أخذها منه قهراً، لم يضمن؛ لأن الإكراه عذر يبيح له دفعها.

باب إحياء الموات

الموات اصطلاحًا: الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم.

(١) في المغني (٤٤٨/٦): «والمودع أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة، بغير خلافٍ».

(٢) في المغني (٤٤٥/٦): «لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها، إذا طلبها، فأمكن أدائها إليه بغير ضرورة».

بخلاف الطرق والأفنية^(١) ومسيل المياه والمختطبات ونحوها، وما جرى عليه ملك معصومٍ بشراءٍ أو عطيةٍ أو غيرهما، فلا يُملك شيء من ذلك بالإحياء.

فمن أحيأ أرضاً مواتاً؛ ملكها؛ لحديث جابر، أن النبي ﷺ قال: «من أحيأ أرضاً ميتةً فهي له» رواه أحمد والترمذي^(٢).

مسلمًا كان المحيي أو ذميًا، مكلفًا أو غيره؛ لعموم الحديث.

لكن على الدّمي خراج^(٣) ما أحيأ من موات عَنوة^(٤)؛ لأن الأرض للمسلمين فلا تقرُّ في يد غيرهم بدون خراج.

ولا يفتقر إلى إذن الإمام في الإحياء؛ لعموم الحديث؛ ولأنها عين مباحة فلا يفتقر ملكها إلى إذن.

والإحياء يكون في دار إسلامٍ وغيرها، فجميع البلاد سواء في ذلك؛ للعموم.

وموات العنوة كأرض مصر والشام والعراق وغيره مما أسلم أهله عليه، كالمدينة، أو صُوح أهله على أن الأرض للمسلمين، كخير، فيملك بالإحياء، كغيره.

إلا ما أحيأه مسلم من أرض كفارٍ صولحوا على أن الأرض لهم ولنا الخراج؛ لأنهم صولحوا في بلادهم، فلا يجوز التعرض لشيءٍ منها؛ لأن الموات تابع للبلد. ويفارق دار الحرب؛ لأنها على أصل الإباحة.

ويُملك بإحياءٍ ما قُرب من العامر إن لم يتعلق بمصلحته؛ لعموم ما تقدم وانتفاء المانع.

فإن تعلق بمصالحه كمقبرة، وملقى كُناسته ونحوهما لم يُملك بإحياءٍ.

وكذا موات الحرم وعرقاتٍ؛ لما فيه من التضييق في أداء المناسك، واختصاصه بمحل الناس فيه سواء.

وإذا وقع في الطريق وقت الإحياء نزاع فلها سبعة أذرع، لحديث أبي هريرة، أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلفتم

في الطريق، جعل عرضه سبع أذرع» رواه مسلم^(٥)، ولا تُغيَّر بعد وضعها؛ لأنها للمسلمين.

(١) سعةُ أمام البيت، وقيل: ما امتد من جوانبه. المصباح المنير (٤٨٢/٢).

(٢) مسند أحمد (١٥٠٨١) جامع الترمذي (١٣٧٩) قال الترمذي «حسن صحيح».

(٣) الخراج عبارة عما قُرب على الأرض بدل الأجرة. المطلع (ص ٢٥٨).

(٤) أي: قهراً، وغلبةً. المطلع (ص ٢٥٧).

(٥) صحيح مسلم (١٦١٣)

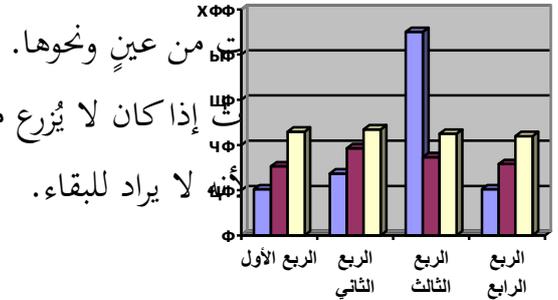
ولا يملك بإحياء معدن ظاهر، وهو ما يتوصل إلى ما فيها بلا مؤنّة، كملحٍ وكحلٍ وجصٍّ، وليس للإمام إقطاعه؛ لما روى أبيض بن حمّال، أنه استقطع النبي ﷺ الملح، ففقطع له، فلما قيل له: إنما قطعت له الماء العِدِّ، فانتزعه منه» رواه أهل السنن^(١).

وما نضب- أي غار- عنه الماء من الجزائر لم يُجِيا بالبناء؛ لأنه يرد الماء إلى الجانب الآخر فيضر بأهله، ويتنفع به بنحو زرعٍ؛ لعدم الضرر.

فصل

-ومن أحاط مواتًا بأن أدار حوله حائطًا منيعًا بما جرت العادة به، فقد أحياه، سواء أَرادها للبناء أو غيره؛ لحديث سُمرة، عن النبي ﷺ قال: «من أحاط حائطًا على أرضٍ فهي له» رواه أبو داود^(٢).

-أو حفر بئرًا فوصل إلى الماء.



إذا كان لا يُزرع معه ليزرع فقد أحياه؛ لأن نفع الأرض بذلك أكثر من الحائط. لا يرد للبقاء.

ويملك المحيي حريم البئر العادية- أي: القديمة، منسوبة إلى عادٍ، ولم يُردّ عادًا بعينها- خمسين ذراعًا من كل جانبٍ إذا كانت انطمت وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه. وحريم البديّة المحدثّة نصفها، خمسة وعشرون ذراعًا؛ لما روى أبو عبيدٍ في الأموال، عن سعيد بن المسيب، قال: «السنة في حريم القليب العاديةٍ خمسون ذراعًا، والبديّة خمسة وعشرون ذراعًا»^(٣)، وروى الدارقطني نحوه مرفوعًا^(٤).

وحريم شجرةٍ قدرُ مدِّ أغصانها؛ لحديث أبي سعيدٍ، قال: «اختُصم إلى رسول الله ﷺ في حريم نخلةٍ، فأمر بجريدةٍ من جريدها فُدْرعت فُوجدت سبعة أذرعٍ، أو خمسة أذرعٍ، ففضى بذلك» رواه أبو داود^(٥). وحريم دارٍ من مواتٍ حولها مطرح ترابٍ وكُناسةٍ وثلجٍ وماءٍ ميزابٍ؛ لأن هذا كله يرتفق به ساكنها.

(١) سنن أبي داود (٣٠٦٤) جامع الترمذي (١٣٨٠) السنن الكبرى للنسائي (٥٧٣٥) سنن ابن ماجه (٢٤٧٥).

(٢) سنن أبي داود (٣٠٧٧).

(٣) الأموال، لأبي عبيدٍ (ص ٣٧٠).

(٤) سنن الدارقطني (٤٥١٩) وقال: «الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم».

(٥) سنن أبي داود (٣٦٤٠).

ولا حریم لدارٍ محفوفةٍ بملكٍ؛ لأن الحریم من المرافق ولا يرتفق بملك غيره. ويتصرف كلُّ منهم بحسب العادة.

ومن تحجّر مواتاً، أي شرع في إحيائه من غير أن يتمه، كأن أدار حوله أحجاراً أو تراباً أو شوگًا ونحوه، لم يملكه؛ لأن الموات إنما يُملك بالإحياء ولم يوجد. وهو أحق به؛ لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له» رواه أبو داود^(١).

ووارثه من بعده يكون أحق به من غيره؛ لأنه حق للموروث فقام فيه وارثه مقامه؛ كسائر حقوقه. وليس له بيعه؛ لأنه لم يملكه، وشرط المبيع أن يكون مملوكاً.

والإقطاع ثلاثة أقسامٍ: إقطاع تملكٍ، وإقطاع استغلالٍ، وإقطاع إرفاقٍ.

فالأول: إقطاع تملكٍ، فلا إمامٍ إقطاع مواتٍ لمن يحييه؛ لأنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق^(٢).

ولا يملكه بالإقطاع؛ لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه، وقد استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ^(٣). بل هو أحق من غيره؛ لأنه ترجّح بالإقطاع على غيره، فإذا أحياه ملكه.

والثاني: إقطاع استغلالٍ، فلا إمامٍ أيضاً إقطاع غير مواتٍ تملكاً وانتفاعاً لمصلحة.

والثالث: إقطاع إرفاقٍ، فله أيضاً إقطاع جلوسٍ لبيعٍ وشراءٍ بطريقٍ واسعةٍ، ورحبةٍ مسجدٍ غير محوطةٍ، ما لم يضر بالناس؛ لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة. ويكون المقتطع له أحق بجلوسها، ولا يزول حقه بنقل متاعه منها؛ لأنه قد استحق بإقطاع الإمام. وله التظليل على نفسه بما ليس ببناءٍ بلا ضررٍ؛ للحاجة إليه.

فإن لم يُقطع إمام طرفاً واسعةً ورحبةً غير محوطةٍ، فلمن سبق الجلوس ما بقي فُماشه^(١) فيها؛ لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له» رواه أبو داود^(٢).

(١) سنن أبي داود (٣٠٧١).

(٢) سنن أبي داود (٣٠٦١).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٦٣٧).

فإن أطال الجلوس^(٣) أُزِيل؛ لأنه يصير كالمالك.

وإذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس.

وإن سبق اثنان فأكثر إلى طريقٍ أو رحبةٍ وضائق اقتزاعاً؛ لأنهما استويا في سبق، والقرعة مميزة.

ومن سبق إلى مباحٍ من صيدٍ أو حطبٍ أو معدنٍ ونحوه، فهو أحق به؛ لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له».

وإن سبق إليه اثنان، قُسم بينهما؛ لاستوائهما في السبب.

ولمن في أعلى ماءٍ مباحٍ، كماءٍ مطرٍ، السقي وحبسُ الماء إلى أن يصل إلى كعبه، ثم يرسله إلى من يليه، فيفعل كذلك، وهلم جراً. فإن لم يفضل عن الأول أو من بعده شيءٌ فلا شيءٌ للآخر؛ لقوله ﷺ: «اسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال الزهري: فقدَّرت الأنصارُ والناسُ قولَ النبي ﷺ: «حتى يرجع إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبين. متفق عليه^(٤).

فإن كان الماء مملوكاً، كحفر نهرٍ صغيرٍ سيق ماؤه من نهرٍ كبيرٍ، قُسم بين الملاك بقدر النفقة والعمل؛ لأنه مُلك بالعمارة، وهي العمل والنفقة. وتصرف كل واحدٍ في حصته بما شاء؛ لانفراده بملكه.

ولإمام، لا غيره، حمى مرعى - أي: أن يمنع الناس من مرعى - لدواب المسلمين التي يقوم بحفظها، كخيل جهادٍ وصدقةٍ ما لم يضرهم بالتضييق عليهم؛ لما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين» رواه أحمد^(٥).

وما حماه النبي ﷺ ليس لأحدٍ نقضه؛ لأن النص لا ينقض بالاجتهاد.

وما حماه غيره من الأئمة يجوز نقضه؛ لأنه اجتهاد، فله نقضه باجتهادٍ آخر.

ولا يجوز لأحدٍ أن يأخذ من أرباب الدواب عوضاً عن مرعى مواتٍ أو حمى؛ لحديث: «المسلمون شركاء في ثلاثٍ: في الكلا، والماء، والنار» أخرجه أبو داود^(١).

(١) بضم القاف: متاع البيت. المطلع (ص ٣٣٩).

(٢) سنن أبي داود (٣٠٧١).

(٣) في الزاد: «وإن طال» والمثبت ما في الإقناع والمنتهى.

(٤) صحيح البخاري (٢٣٥٩) صحيح مسلم (٢٣٥٧) من حديث عبد الله بن الزبير.

(٥) مسند أحمد (٦٤٣٨).

ومن جلس في نحو جامع لفتوى أو إقراء، فهو أحق بمكانه ما دام فيه، أو غاب لعذرٍ وعاد قريبًا. ومن سبق إلى رباط، أو نزل فقيهه بمدرسة، أو صوفي بخانقاه^(٢)، لم يبطل حقه بخروجه منه لحاجة.

باب الجعالة

الجعالة بتثليث الجيم، قاله ابن مالك، قال ابن فارس: الجعل والجعالة والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على أمرٍ يفعله.

ويدل على مشروعيتها قوله تعالى: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ}، وحديث اللديغ^(٣).

وهي اصطلاحًا: أن يجعل جائر التصرف شيئًا متمولًا معلومًا، لمن يعمل له عملاً معلومًا - كرد عبده من محل كذا، أو بناء حائط كذا- أو عملاً مجهولًا، مدة معلومة كشهر كذا، أو مدةً مجهولةً.

فلا يشترط العلم بالعمل، ولا المدة؛ لقوله تعالى: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ} ولم يذكر المدة ولا العمل. ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

ويجوز الجمع بينهما، كأن يقول: من خاط هذا الثوب في يومٍ فله كذا؛ لجوازها مع جهالة المدة والعمل؛ للحاجة، بخلاف الإجارة.

ولا يشترط تعيين العامل؛ للحاجة إلى ذلك.

ويقوم العمل مقام القبول؛ لأنه يدل عليه، كالوكالة.

والعمل الذي يؤخذ الجعل عليه كخياطةٍ وبناء حائطٍ، وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال، وكرد عبدٍ ولقطةٍ. فإن كانت في يده فجعل له مالها جعلًا ليردها، لم يبيح له أخذها؛ لحصولها في يده وعمله من دون عقدٍ.

فمن فعله بعد علمه بقول صاحب العمل: من فعل كذا فله كذا، استحقه؛ لأن العقد استقر بتمام العمل.

(١) سنن أبي داود (٣٤٧٧) من حديث رجلٍ صحب النبي ﷺ، قال في بلوغ المرام (ص ٢٧٦): «رجالهم ثقات»، وأخرجه ابن ماجه

(٢٤٧٢) من حديث ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلاء، والنار، وثمنه حرام» قال

في التلخيص الحبير (١٤٣/٣): «وفيه عبد الله بن خراشٍ متروك» وأخرج ابن ماجه (٢٤٧٣) عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال:

«ثلاث لا يمنعن: الماء، والكلاء، والنار» قال في التلخيص الحبير (١٤٣/٣): «سنده صحيح».

(٢) تاج العروس (٢٧٠/٢٥): «الخانقاه: بقعة يسكنها أهل الصلاة والخير، والصفوية، والنون مفتوحة».

(٣) صحيح البخاري (٢٢٧٦) صحيح مسلم (٢٢٠١).

والجماعة إذا عملوه يقتسمونه بالسوية؛ لأنهم اشتركوا في العمل الذي يُستحق به العوض، فاشتركوا فيه. وإن بلغه الجعل في أثناء العمل، يأخذ قسط تمامه؛ لأن ما فعله قبل بلوغ الخبر غير مأذون فيه، فلم يستحق به عوضاً.

وإن لم يبلغه إلا بعد العمل لم يستحق شيئاً لذلك؛ لأنه متبرع بعمله.

والجعالة عقد جائز، قال في الشرح: لا نعلم في ذلك خلافاً، لكلٍ منهما فسخها؛ كالمضاربة. ثم إن الفسخ له ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون من عاملٍ قبل تمام العمل، فلا يستحق شيئاً؛ لأنه أسقط حق نفسه؛ إذ لم يأتِ بما شرط عليه.

ثانيها: أن يكون من جاعلٍ بعد شروع عاملٍ في العمل، فله أجره مثل عمله؛ لأنه عمله بعوضٍ لم يُسلم له. ثالثها: أن يكون من جاعلٍ قبل شروع عاملٍ في العمل، فلا شيء له؛ لأنه عملٌ غير مأذون فيه. وإن زاد جاعل أو نقص في الجعل قبل الشروع، جاز؛ لأنها عقد جائز، فجاز فيه ذلك. وإذا اختلفا في أصل الجعل أو قدره، قُبِل قول جاعلٍ؛ لأنه منكر، والأصل براءة ذمته.

ومن رد لقطعةً أو ضالةً أو عمل لغيره عملاً بغير جعلٍ ولا إذن، لم يستحق عوضاً^(١)؛ لأنه بذل منفعته من غير عوضٍ فلم يستحقه؛ ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلتزمه. إلا في:

- تخليص متاع غيره من هلكة، فله أجره المثل؛ ترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة.

- وإلا ديناراً أو اثني عشر درهماً عن رد آبقٍ من المصر أو خارجه، إن كان الرّاد غير الإمام؛ روي عن عمر وعليٍّ وابن مسعود^(٢)، وروى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينارٍ «أن النبي ﷺ جعل في رد الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً»^(٣).

(١) في المغني (٩٦/٦): «من رد لقطعةً أو ضالةً، أو عمل لغيره عملاً - غير رد الآبق - بغير جعلٍ، لم يستحق عوضاً، لا نعلم في هذا خلافاً».

(٢) أخرج هذه الآثار ابن أبي شيبة (٢١٩٤٠) (٢١٩٤١) (٢١٩٣٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٩٤٩).

ويرجع راد الآبق بنفقته أيضاً، ولو هرب منه في الطريق؛ لأنه مأذون في الإنفاق شرعاً؛ لحرمة النفس. ومحله: إن لم ينو التبرع، فلا يرجع. وإن مات السيد، رجع في تركته؛ كسائر الحقوق عليه. ومن وجد آبقاً، جاز له أخذه؛ لأنه لا يُؤمن لحاقه بدار حربٍ، وارتداده، واشتغاله بالفساد. وهو أمانة بيده إن تلف بغير تفريطٍ لا ضمان فيه. ومن ادعاه فصدقه الآبق المكلف، أخذه؛ لأنه يستحقه بوصفه، فبتصديقه على أنه مالكة أولى. فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه ليحفظه لصاحبه. ولإمامٍ أو نائبه يبيعه لمصلحة^(١). ولا يملكه ملتقطه بالتعريف؛ لأنه يتحفظ بنفسه. فهو كضوال الإبل. وإن باعه ملتقطه، ففساد.

باب اللقطة

بضم اللام وفتح القاف، ويقال: لُقطة، ولُقطة، بفتح اللام والقاف. وهي مال أو مختص ضل عن ربه. قال بعضهم: وهي مختصة بغير الحيوان، ويسمى ضالة. المال الضائع ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا تتبعه همة أوساط الناس، بأن يهتموا في طلبه، كرجيفٍ وسوطٍ وشسع نعلٍ وتمرٍ وخرقةٍ، وما لا خطر له، فيُملك بالتقاطٍ بلا تعريفٍ، ويباح الانتفاع به؛ لقول جابرٍ: «رخص رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به» رواه أبو داود^(٢). ولا يلزم الملتقط دفع بدله لربه؛ لأن لاقطه مملكه بأخذه. لكن إن بقي بعينه لزمه رده لربه، كما في الإقناع.

الثاني: ما امتنع من سُبُعٍ صغيرٍ، كذئبٍ وثعلبٍ، ويرد الماء، كثورٍ وجمل^(١) وبغالٍ وحميرٍ وظباءٍ وطيورٍ وفهودٍ، ويقال لها: الضوال والهوامي والهوامل، فيحرم أخذه؛ لقوله ﷺ: «لما سُئل عن ضالة الإبل: «ما لك ولها، معها

(١) في المغني (٩٨/٦) ويجوز أخذ الآبق لمن وجدته، ولا نعلم فيه خلافاً... وإن لم يجد سيده، دفعه إلى الإمام أو نائبه، فيحفظه لصاحبه، أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه، ونحو ذلك، ولا نعلم فيه مخالفاً.

(٢) سنن أبي داود (١٧١٧) قال البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٣/٦): «في رفع هذا الحديث شك، وفي إسناده ضعف».

سقاؤها وحذاؤها، تَرِدُ الماء وتَأْكُلُ الشجر حتى يجدها ربها» متفق عليه^(٢). وقال عمر: «من أخذ ضالةً فهو ضال»^(٣)، أي: مخطئ.

فإن أخذها ضمنها؛ لأن التقاطها غير مأذونٍ فيه.

وحجرٌ طاحونٍ وخشبٍ كبيرٍ، ملحقةٌ بإبلٍ، فلا يجوز التقاطها؛ لأنها لا تكاد تُضَيِّعُ عن صاحبها، ولا تبرح من مكانها.

الثالث: غير ما تقدم من الضوال ونحوها من حيوانٍ، كغنمٍ وفُصْلانٍ وعجاجيلٍ وأفلاذٍ، وكأثمانٍ ومتاعٍ، فله التقاطه، إن أمن نفسه على ذلك وقوي على تعريفها؛ لحديث زيد بن خالد الجهني قال: سئل النبي ﷺ عن لقطة الذهب والورق، فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها سنةً، فإن لم تُعرَفْ فاستنفقها ولتكن وديةً عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه» وسأله عن الشاة، فقال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» متفق عليه.

والأفضل تركها، روي عن ابن عباس^(٤) وابن عمر^(٥)، ولأنه تعريضٌ لنفسه لأكل الحرام، وتضييعٌ للواجب من تعريفها، وأداء الأمانة فيها، فكان تركه أولى وأسلم.

وإلا يأمن نفسه عليها فهو كغاصبٍ، فليس له أخذها؛ لما فيه من تضييع مال غيره. ويضمنها إن تلفت فرط أو لم يفرط؛ لأنه غير مأذونٍ له فيه. ولا يملكها وإن عرفها؛ لأن **السبب المحرم لا يفيد الملك**. ومن أخذها ثم ردها إلى موضعها أو فرط فيها، ضمنها؛ لأنها أمانة حصلت في يده، فلزمه حفظها كسائر الأمانات.

وهذا القسم ثلاثة أضربٍ:

أولها: حيوان ونحوه، فيلزمه فعل الأصلح:

من ذبحه وعليه القيمة؛ لقوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فسوى بينه وبين الذئب، وهو لا يستأني بأكلها.

(١) في بداية المجتهد (٤/٨٩): «فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط» وفي المسألة خلاف. ينظر موسوعة الإجماع (٨/١٢٣).

(٢) صحيح البخاري (٢٣٧٢) صحيح مسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٧٥٩).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٤/١٨٦٢٤).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٧٥٨).

أو يبيعه وحفظ ثمنه؛ لأنه إذا جاز أكله بلا إذنٍ فبيعه أولى.
أو حفظه وينفق عليه من ماله؛ لما في ذلك من حفظها لمالكها.
ولملتقطٍ رجوع على ربه بما أنفق عليه بنية الرجوع؛ لأنه أنفق عليه لحفظه، فكان من مال صاحبه.

وثانيها: ما يخشى فسادَه كخضراواتٍ ونحوها، فيلزمه فعل الأَخذ من بيعه وحفظ ثمنه، أو أكله بقيمته، أو تحفيف ما يمكن تحفيفه.

ثالثها: باقي المال المباح التقاطه من أثمانٍ ومتاعٍ ونحوهما، يلزم الملتقط حفظه؛ لأنه صار أمانةً بيده بالتقاطه.

ويعرّف الجميع وجوبًا؛ لحديث زيدٍ السابق. نهارًا في مجامع الناس، كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصلوات؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها؛ ليظهر عليها صاحبها.
ويكره في المساجد؛ لحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من سمع رجلاً ينشد ضالةً في المسجد، فليقل: لا ردها الله عليك؛ فإن المساجد لم تبن لهذا» رواه مسلم^(١).
ويكون التعريف حولًا كاملاً^(٢)، لحديث «ثم عرّفها سنة» وروي عن عمر وعليٍّ وابن عباسٍ.
عقب الالتقاط؛ لأن صاحبها يطلبها إذاً. كل يومٍ ثم أسبوعًا ثم عُرفًا.
وأجرة المنادي على ملتقطٍ؛ لأن التعريف واجب عليه فأجرته عليه.

وتَمَلِّكُ بعد التعريف حكمًا، أي: من غير اختيارٍ، كالميراث، غنيًا كان أو فقيرًا؛ لقوله ﷺ في حديث زيد بن خالدٍ: «فإن لم تُعرّف فاستنفقها» وفي لفظٍ: «وإلا فهي كسبيل مالك» وفي لفظٍ: «ثم كلها» وفي لفظٍ: «فشأنك بها»، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا تَمَّ وجب أن يثبت الملك حكمًا، كالإحياء والاصطياد.

ولا يملكها بدون تعريفٍ؛ لأنه شرط الملك.

(١) صحيح مسلم (٥٦٨).

(٢) الاستذكار (٢٤٤/٧): «وأجمعوا أن اللقطة ما لم تكن تافهًا يسيرًا أو شيئًا لا بقاء له، فإنها تعرّف حولًا كاملاً».

لكن يحرم تصرفُ فيها قبل معرفة صفاتها، أي: حتى يعرف وعاءها ووكاءها وقدرها وجنسها وصفتها؛ للأمر به. ويستحب ذلك عند وجدانها؛ لأن فيه تحصيلًا للعلم بذلك.

ويستحب الإشهاد عليها؛ لما روى عياض بن حمارٍ، قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجد لقطَةً فليشهد ذوي عدلٍ» رواه أبو داود^(١).

فمتى جاء طالبها فوصفها، لزم دفعها إليه^(٢)، بلا بينة ولا يمينٍ، وإن لم يغلب على ظنه صدقه؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه».

ويضمن تلفها ونقصها بعد الحول، فرط أو لا؛ لدخولها في ملكه إذن. لا قبل الحول إن لم يفرط^(٣)؛ لأنها في يده أمانة.

والسفيه والصبي يعرف لقطتهما وليئهما؛ لقيامه مقامهما.

ويلزمه أخذها منهما، فإن تركها في يدهما فتلفت، ضمنها؛ لأنه المضيع لها؛ إذ يلزمه حفظ ما يتعلق به حق مؤلّيّه.

فإن لم تُعرف فهي لهما؛ لأن سبب الملك تم بشرطه.

وإن وجدها عبد عدل، فليسيده أخذها منه ليتولى تعريفها؛ لأنها من كسبه، وليسيده انتزاع كسبه منه. وله تركها معه ليعرفها. فإن لم يأمن سيده عليها سترها عنه؛ لأنه وسيلة لحفظها. وسلمها للحاكم، ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان.

والمكاتب كالحر؛ لأنه يملك اكتسابه.

ومن بعضه حر فهي بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق.

(١) سنن أبي داود (١٧٠٩).

(٢) في الاستذكار (٢٥٣/٧): «أجمع علماء المسلمين في اللقطة أن واجدها يغرمها إذا استهلكها بعد الحول إن جاء صاحبها طالبًا لها».

(٣) في الاستذكار (٢٥١/٧): «لا خلاف أن الملتقط أمين، لا ضمان عليه إلا بما تضمن به الأمانات من التعدي والتضييع والاستهلاك»

وفي المغني (٨٦/٦): «اللقطة في الحول أمانة في يد الملتقط، إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت، فلا ضمان عليه، كالدبعة، ومتى

جاء صاحبها، فوجدتها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنها نماء ملكه، وإن أتلفها الملتقط، أو تلفت بتفريطه، ضمنها بمثلها إن

كانت من ذوات الأمثال، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل، لا أعلم في هذا خلافًا».

ومن ترك حيواناً- لا عبداً أو متاعاً- بفلاةٍ لانقطاعه أو عجز ربه عنه، ملكه آخذه؛ لحديث الشعبي مرفوعاً: «من وجد دابةً قد عجز عنها أهلها أن يعلفوها فسيبها فأخذها، فأحياها، فهي له» قيل للشعبي: من حدثك؟ قال: عن غير واحدٍ من أصحاب النبي ﷺ. رواه أبو داود^(١).

بخلاف عبدٍ ومتاعٍ؛ لأن العبد يمكنه عادةً التخلص إلى الأماكن التي يعيش بها، والمتاع لا حرمة له في نفسه، ولا يخشى عليه التلف كالخشية على الحيوان؛ فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى، وتأكله السباع، والمتاع يبقى.

وما يُلقى في البحر خوفاً من غرقٍ، يملكه آخذه؛ لإلقاء صاحبه له اختياراً فيما يتلف بتركه، أشبه ما لو ألقاه رغبةً عنه.

وإن انكسرت سفينة فاستخرج قوم المتاع، فهو لربه، وعليه أجرة المثل؛ لأن فيه حثاً، وترغيباً في إنقاذ الأموال من الهلكة.

ومن أخذ نعله ونحوه من متاعه، ووجد موضعه غيره، فلقطة؛ لأن أخذ النعل ونحوها لم يجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عنها، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره، ولا يعرف صاحبه، فيعرفه كاللقطة. ويأخذ المأخوذ متاعه حقه من المتروك بدل متاعه بعد تعريفه، بلا رفعٍ لحاكمٍ؛ لأنه أقرب إلى الرفق بالناس. وإذا وجد عنبرةً على الساحل فهي له؛ لأن الظاهر أن البحر قذف بها فهي مباحة، **ومن سبق إلى مباحٍ فهو له.**

باب اللقيط

بمعنى ملقوطة، وهو اصطلاحاً: طفل لا يعرف نسبه ولا رقه، يُبذ، أو ضل^(٢). وأخذه فرض كفاية؛ لقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}، ولأن فيه إحياء نفسه، فكان واجباً، كإطعامه إذا اضطر.

ويسن الإشهاد عليه؛ لئلا تراوده نفسه باسترقاقه.

وهو حر في جميع الأحكام، إجماعاً^(٣)؛ لأن الحرية هي الأصل، والرِّق عارض.

(١) سنن أبي داود (٣٥٢٤).

(٢) في المنتهى: «إلى سن التمييز وعند الأكثر: إلى البلوغ» ونحوه في الإقناع.

(٣) في المغني (١١٢/٦): «قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر».

وما وجد معه من فراشٍ تحته، أو ثيابٍ فوقه، أو مالٍ في جيبه، أو تحته ظاهرًا غير مدفونٍ، أو مدفونًا دفنًا طريًا، أو متصلًا به كحيوانٍ أو غيره مشدودًا بثيابه، أو مطروحًا قريبًا منه، فهو له^(١)؛ عملاً بالظاهر؛ ولأن له يداً صحيحةً، كالبالغ.

وينفق عليه منه ملتقطه بالمعروف؛ لولايته عليه.

وإلا يكن معه شيء فمن بيت المال؛ لقول عمر رضي الله عنه: «أذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته» وفي لفظ: «وعلينا رضاعه»^(٢).

ولا تجب النفقة على الملتقط، إجماعاً^(٣)؛ لأنه لا يرثه.

فإن تعذر الإنفاق من بيت المال فعلى من علم حاله من المسلمين، فإن تركوه أثموا؛ لما في ترك الإنفاق عليه من هلاكه.

وهو مسلم إذا وجد في دار الإسلام، وإن كان فيها أهل ذمة؛ تغليباً للإسلام والدار.

وإن وجد في بلد كافرٍ لا مسلم فيه، فكافر؛ تبعاً للدار.

وحضانته لواجده الأمين؛ لأن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه: إنه رجل صالح.

وينفق عليه مما وجد معه من نقدٍ أو غيره، بغير إذن حاكمٍ؛ لأنه وليه.

وإن كان فاسقاً أو رقيقاً أو كافراً واللقيط مسلم، لم يقر بيده؛ لعدم أهليته. أو بدويًا ينتقل في المواضع، أو وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية لم يقر بيده؛ لأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه.

فصل

وميراث اللقيط وديته كدية حرٍّ، لبيت المال إن لم يخلف وارثًا، كغير اللقيط، ولا ولاء عليه؛ لحديث «إنما الولاء لمن أعتق».

ووليه في القتل العمد العدوان الإمام، يُخَيَّر بين القصاص والدية لبيت المال، فيختار الأصح؛ لأنه ولي من لا ولي له.

وإن قُطع طرفه عمدًا انتظر بلوغه ورشده ليقصَّ أو يعفو؛ لأنه المستحق للاستيفاء، وهو حينئذٍ لا يصلح له، فانتظرت أهليته. وفارق القصاص في النفس؛ لأن القصاص ليس له، بل لوارثه، والإمام هو المتولي عليه.

(١) في الإجماع (ص ١٤٩): «وأجمعوا أن ما وجد معه من مالٍ أنه له»

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٧٣٨/٢) وابن أبي شيبة (٢١٨٩٢).

(٣) في الإجماع (ص ١٤٩): «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط».

وإن ادعى إنسان أنه مملوكه ولم يكن بيده، لم يقبل إلا بينة تشهد أن أمته ولدت اللقيط في ملك المدعي ونحوه؛ لأن الغالب أنها لا تلد في ملكه إلا ملكه.

فصل

وإن أقر رجلٌ أو امرأةٌ - ولو ذات زوجٍ - مسلمٌ أو كافرٌ، حرًّا كان أو عبدًا، أنه ولده، لحق به^(١)؛ لأن الإقرار به محض مصلحة للطفل؛ لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه.

وشرطه: أن ينفرد بدعوته، وأن يمكن كونه منه.

وإذا ادعته امرأة لم يلحق بزوجه بدون تصديقه، كما لا يلحق بزوجة مقرِّ بدون تصديقها؛ لأن إقرار أحدهما لا يسري على الآخر.

ولو كان الإقرار بعد موت لقيط فيلحقه، وإن لم يكن له توأم أو ولد؛ احتياطًا للنسب.

ولا يتبع اللقيط الكافر المدعي أنه ولده في دينه، إلا أن يقيم بينة تشهد أنه ولد على فراشه؛ لأن اللقيط محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يقبل قول الكافر في كفره بغير بينة. وكذا لا يتبع رقيقًا في رقبته؛ لأن الرِّقَ **خلاف الأصل**، وإضرار بالطفل.

وإن اعترف لقيط بالرِّق لم يقبل، سواء مع سبق منافٍ للرق من بيعٍ أو تزويجٍ، أو لم يسبقه^(٢)، وسواء أقرَّ ابتداءً لإنسانٍ أو جوابًا لدعوى عليه؛ لأنه يبطل حق الله من الحرية المحكوم بها، ولأن الطفل المنبوذ لا يعرف رق نفسه ولا حريتها، ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه.

وإن قال لقيط بعد بلوغه: إنه كافر لم يقبل منه؛ لأنه محكوم بإسلامه. ويستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

وإن ادعاه جماعة فُدِّم ذو البينة، مسلمًا أو كافرًا، حرًّا أو عبدًا؛ لأنها تُظهر الحق وتبينه.

وإلا يكن لهم بينة أو تعارضت عُرض معهم على القافة، فمن ألحقته القافة به لحقه؛ لقضاء عمر به بحضرة الصحابة رضي الله عنهم^(٣).

وإن ألحقته باثنين فأكثر لحق بهم؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه^(٤).

(١) في المغني (١٢٣/٦): «أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه، فينظر؛ فإن كان المدعي رجلًا مسلمًا حرًّا، لحق نسبه به، بغير خلاف بين أهل العلم، إذا أمكن أن يكون منه». وفي المسألة خلاف، ينظر: موسوعة الإجماع (٨٢٠/٣).

(٢) خلافًا لما في الزاد؛ إذا يفهم منه أنه لو لم يسبق منافٍ أنه يقبل، والمثبت: المذهب، كما في الإقناع والمنتهى والروض.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٣٤٧٥).

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٦٢/٤ ح ٦١٧٠).

وإن ألقته بكافرٍ أو أمةٍ لم يحكم بكفره ولا رقه؛ لأن الحرية والإسلام ثبتا له بظاهر الدار، فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن.

ولا يلحق بأكثر من أمٍّ؛ لأنه يستحيل أن يكون من أمين. بخلاف الرجلين، فإنه يمكن كونه منهما؛ لإمكان اجتماع نطفتي رجلين في رحم امرأة.

والقافة قوم يعرفون الأنساب بالشَّبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة.

ويكفي واحد، ويكفي أيضًا مجرد خبره؛ لخبر مُجَزَّر المدلجي^(١).

وشرطه:

١. أن يكون ذكرًا؛ لأن القافة حكم مستندها النظر والاستدلال، فاعتبرت فيه الذكورة؛ كالقضاء.

٢. عدلاً؛ لأن الفاسق لا يقبل خبره.

٣. مُجَرَّبًا في الإصابة؛ لأنه أمر علمي، فلا بد من العلم بعلمه له، وطريقة التجربة فيه.

وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأةً بشبهةٍ في طهرٍ واحدٍ، وأتت بولدٍ يمكن أن يكون منهما، فيرى القافة.

كتاب الوقف

يقال: وقف الشيء وحبسه وأحبسه وسبله بمعنى واحدٍ، وأوقفه لغة شاذة.

وهو مما اختص به المسلمون، ومن القرب المندوب إليها.

وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة على برٍّ أو قرية.

والمراد بالأصل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه.

وأركانه: واقف، وموقوف، وموقوف عليه، وصيغة.

وهي قسمان:

إحداهما: فعلية، فيصح بالفعل الدال عليه عرفًا، كمن جعل أرضه مسجدًا وأذن للناس في الصلاة فيه إذنًا

عامًّا^(٢)، أو أذن فيه وأقام، أو جعل أرضه مقبرةً وأذن في الدفن فيها إذنًا عامًّا^(٣)، أو سقايةً وشرعها لهم؛

لأن العرف جارٍ بذلك، وفيه دلالة على الوقف.

(١) صحيح البخاري (٣٥٥٥) صحيح مسلم (١٤٥٩).

(٢) «إذنًا عامًّا» ذكر هذا القيد في الإقناع والمنتهى.

(٣) «إذنًا عامًّا» ذكر هذا القيد في المنتهى وشرح الإقناع.

ثانیهما: قولیة، وهی قسماں:

صریح القول، وهی قفت وحبست وسبلت، فمتی أتى بصیغةٍ منها صار وقفاً من غیر انضمام أمرٍ زائدٍ؛ لأن كل واحدةٍ من هذه الثلاثة لا یحتمل غیره بعرف الاستعمال والشرع. وكنایته، وهی تصدقت وحرمت وأبّدت؛ لأنه لم یثبت لها فیہ عرف لغوی ولا شرعی. -فتشترط النیة مع الكناية.

-أو اقتران الكناية بأحد الألفاظ الخمسة الباقية من الصریح والكنایة، كتصدقت بكذا صدقةً موقوفةً، أو محبسةً، أو مسبلةً، أو محرمةً، أو مؤبدةً؛ لأن اللفظ یترجح بذلك لإرادة الوقف. -أو اقترانها بحكم الوقف، كقوله: تصدقت بكذا صدقةً لا تباع ولا تورث؛ لأن ذلك یزیل الاشتراك.

وشروطه خمسة:

الأول: أن تكون العین ینتفع بها دائماً من معین، فلا یصح وقف شیءٍ فی الذمة، كعبدٍ ودارٍ، ولو وصفه؛ لأن الوقف نقل ملكٍ على وجه الصدقة، فلم یصح فی غیر معین، كالهبة. ینتفع به مع بقاء عینه، كعقارٍ وحيوانٍ وأثاثٍ وسلاحٍ؛ لأنه یراد للدوام، لیكون صدقةً جاریةً، ولا یوجد ذلك فیما لا تبقى عینه.

ولا یصح وقف منفعةٍ، كخدمة عبدٍ موصى بها.

ولا عینٍ لا یصح بیعها، كحُرٍّ وأم ولدٍ؛ لأن الوقف تصرف بإزالة الملك، فلم یصح فیما لا یجوز بیعه. ولا ما لا ینتفع به مع بقاءه، كطعامٍ لأكلٍ^(١)؛ لأن النفع بذلك لا یمكن إلا بإتلاف عینه، وذلك ینافی تأیید الوقف^(٢).

ویصح وقف مصحفٍ، وإن لم یصح بیعه؛ لأنه لا اعتیاض فی ذلك عنه. وماءٍ؛ لخبر بئر رومة^(٣).

ومشاعٍ، كنصفٍ أو سهمٍ من عینٍ یصح وقفها^(١)؛ لقول عمر للنبي ﷺ: إن المائة سهم التي لی بخیر لم أصب مالا قط أعجب إليّ منها، قد أردت أن أتصدق بها، فقال ﷺ: «احبس أصلها، وسبل ثمرتها»^(٢).

(١) فی الإفصاح (٤٦/٢): «اتفقوا على أن كل ما لا یمكن الانتفاع به إلا بإتلافه، كالذهب والفضة والمأكول لا یصح وقفه».

(٢) تضمن الشرط الأول: كونه فی عین. ینتفع بها نفعاً دائماً. معینة. یصح بیعها.

(٣) أخرجه البخاري معلقاً قبل حدیث (٢٣٥١) وأخرجه موصولاً الترمذي (٣٧٠٣) وغیره.

الشرط الثاني: أن يكون على برٍّ إذا كان على جهةٍ عاميةٍ؛ لأن المقصود منه التقرب إلى الله تعالى، وإذا لم يكن على برٍّ لم يحصل المقصود.

وذلك كالمساجد والقناطر والمساكين والسقايات وكتب العلم، والأقارب من مسلمٍ وذمميٍّ^(٣)؛ لأن الذمي موضع القرية، بدليل جواز الصدقة عليه، ووقفت صفة على أخ لها يهودي^(٤).

فيصح الوقف على كافرٍ معينٍ؛ لجواز صلته.

ولا يصح الوقف على:

- حرّبيٍّ ومرتدٍّ؛ لانتهاء الدوام؛ لأنهما مقتولان عن قربٍ.

- ولا كنيسةٍ وبيعةٍ وبيت نارٍ وصومعةٍ^(٥)؛ لأنها بنيت للكفر. والمسلم والذمي في ذلك سواء، قال في المغني^(٦): «ولا نعلم فيه خلافاً؛ وذلك لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه، لا يصح من الذمي».

- ولا نسخ التوراة والإنجيل وكتب زندقيةٍ وبدعٍ مضلةٍ؛ لأنه إعانة على معصيةٍ، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً من كتب أهل الكتاب. رواه أحمد^(٧).

- ولا على قطاع طريقٍ أو المغاني، أو فقراء أهل الذمة، أو التنوير على قبرٍ أو تبخيره، أو على من يقيم عنده، أو يخدمه؛ لأنه ليس من البر.

- ولا ستورٍ لغير الكعبة؛ لأنه ليس بقريةٍ.

وكذا الوصية، لا تصح على من لا يصح الوقف عليه.

- وكذا الوقف على نفسه، قال الإمام: لا أعرف الوقف إلا ما أخرج به الله تعالى أو في سبيله، فإن وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه.

ووجهه: أن الوقف إما تملك للقرية أو المنفعة، ولا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه.

(١) الإفصاح (٤٦/٢): «واتفقوا على أن وقف المشاع جائز».

(٢) أخرج النسائي (٣٦٠٣).

(٣) ولو كان غير قريبٍ. قاله في الإقناع والمنتهى. وصرّح به في الروض في كلامه الآتي، خلافاً للزاد.

(٤) قال في التكميل (ص ٩٨): وفتت له على طرق، بلفظ الوصية لا الوقف اهـ. وهو في مصنف عبد الرزاق (٩٩١٣).

(٥) في مجموع الفتاوى (٢٧/٣١): «فإذا كانت منهياً عنها لم يجز الوقف عليها، ولا اشتراطها في الوقف باتفاق المسلمين».

(٦) (٣٨/٦).

(٧) مسند أحمد (١٥١٥٦) قال في فتح الباري (٣٤٥/١٣): «رجال موثقون إلا أن في مجالده ضعفاً».

ويُصرف في الحال لمن بعده، كمنقطع الابتداء؛ لأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه، فكأنه وقفه على من بعده ابتداءً.

فإن وقف على غيره واستثنى كل الغلة أو بعضها، أو الأكل منه مدة حياته^(١)، أو مدة معلومةً، صح الوقف والشرط؛ لشرط عمر رضي الله عنه أكل الوالي منها، وكان هو الوالي عليها، وفعله جماعة من الصحابة.

الشرط الثالث: أن يكون على معينٍ يملك ملكًا ثابتًا-إذا كان الوقف على غير مسجدٍ ونحوه-؛ لأن الوقف تمليك فلم يصح على غير معينٍ، كالهبة.

فلا يصح على مجهولٍ، كرجلٍ ومسجدٍ، ولا على أحد هذين، ولا على عبدٍ ومكاتبٍ؛ لأن ملكه ضعيف غير مستقرٍ، ولا على مملوكٍ وجنيٍّ وميتٍ وحيوانٍ وقبرٍ؛ لأن الوقف تمليك فلم يصح على من لا يملك.

أما الوقف على الحمل، وعلى من سيولد، فله صورتان:

إحداهما: أن يوقف عليه بطريق الأصالة فلا يصح؛ لعدم تحقق التمليك.

والأخرى: أن يوقف عليه بطريق التبعية، كقوله: وقفت هذه الدار على أولادي، وفيهم حمل، فيشمله، كما يشمل من لم يخلق تبعًا.

الشرط الرابع: أن يقف ناجزًا، فلا يصح مؤقتًا ولا معلقًا^(٢)؛ لأنه نقل للملك فيما لم يبرهن على التغليب والسراية، فلم يجز تعليقه بشرطٍ في الحياة، كالهبة.

إلا إن علقه واقفٌ بموتٍ^(٣)؛ لأنه تبرع مشروط بالموت، أشبه ما لو قال: قفوا داري على جهة كذا بعد موتي، ولأنه كان في وصية عمر رضي الله عنه: «هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمعًا صدقة» رواه أبو داود^(٤).

(١) في المغني (٨/٦): من قف شيئًا للمسلمين، دخل في جملتهم، مثل أن يقف مسجدًا، فله أن يصلي فيه، أو مقبرةً فله الدفن فيها، أو بغرًا للمسلمين، فله أن يستقي منها، أو سقايةً، أو شيئًا يعم المسلمين، فيكون كأحدهم، لا نعلم في هذا كله خلافًا.

(٢) في المغني (٢٥/٦): «كأن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف... ونحو ذلك، ولا نعلم في هذا خلافًا» وفي المسألة خلاف. ينظر: موسوعة الإجماع (١٩٩/٨).

(٣) في بدائع الصنائع (٢١٨/٦): لا خلاف في جوازه إذا أضافه إلى ما بعد الموت، بأن قال: إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفًا على كذا.

(٤) سنن أبي داود (٢٨٧٩).

وإذا شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه، بطل الوقف والشرط^(١)؛ لمنافاته لمقتضاه.

الشرط الخامس: أن يكون الواقف جائز التصرف، فلا يصح من عبدٍ وصغيرٍ ومجنونٍ وسفيهٍ؛ كسائر التصرفات المالية.

ولا يشترط قبول الوقف ولو كان على معينٍ، ولا إخراجه عن يده؛ لأنه إزالة ملكٍ يمنع البيع، فلم يعتبر فيه ذلك، كالعقود.

ومنقطع الابتداء يصرف في الحال إلى من بعده، فلو وقف على عبده ثم المساكين، صرف في الحال لهم؛ لأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه.

وإن وقف على جهةٍ تنقطع، كأولاده ولم يذكر مآلاً، أو قال: هذا وقف ولم يعين جهةً، صح، وصُرف بعد أولاده لورثة الواقف نسباً- لا ولأئ ولا نكاحاً-؛ لأن الوقف مصرفه البر، وأقاربه أولى الناس ببره. ويكون على قدر إرثهم وفقاً عليهم، فلا يملكون نقل الملك في رقبته. فإن لم يكن للواقف أقارب فعلى المساكين؛ لأن القصد بالوقف الثواب الجاري على وجه الدوام.

فصل

ويجب العمل بشرط واقفٍ؛ لأن عمر ﷺ وقف وفقاً وشرط فيه شروطاً، ولو لم يجب اتباع شرطه لم يكن في اشتراطه فائدة.

فيُرجع إلى شرطه في:

- جمع، بأن يقف على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه.
- وتقديم، بأن يقف على أولاده- مثلاً- يُقدّم الأفقه أو الأدين أو المريض ونحوه.
- وضد ذلك، ف ضد الجمع: الأفراد، بأن يقف على ولده زيد، ثم أولاده. وضد التقديم التأخير، بأن يقف على ولد فلان بعد بني فلان.
- واعتبار وصفٍ وعدمه، بأن يقول: على أولادي الفقهاء، فيختص بهم، أو يطلق فيعمهم وغيرهم.

(١) في المغني (٩/٦): «وإن شرط أن يبيعه متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، لم يصح الشرط، ولا الوقف، لا نعلم فيه خلافاً».

-وترتيب، بأن يقول: على أولادي ثم أولادهم ثم أولادهم.
 فالتقديم: بقاء الاستحقاق للمؤخر على صفة أن له ما فضل وإلا سقط، والترتيب عدمه مع وجود المقدم.
 -ونظر، بأن يقول: الناظر فلان، فإن مات فلان؛ لأن عمر ﷺ جعل وقفه إلى حفصة، تليها ما عاشت،
 ثم يليه ذو الرأي من أهلها.
 -وغير ذلك، كشرط أن لا يؤجر، أو قدر مدة الإجارة، أو أن لا ينزل فيه فاسق أو شرير أو متجوه^(١)
 ونحوه.

وإن نُزِلَ مستحق تنزيلاً شرعياً، لم يجز صرفه بلا موجب شرعي؛ لأنه **نقض للاجتهاد بالاجتهاد**.
 فإن أطلق في الموقوف عليه ولم يشترط وصفاً، استوى الغني والذكر^(٢)، والفقير والأنثى؛ لعدم ما يقتضي
 التخصيص.

والنظر فيما إذا لم يشترط النظر لأحد، أو شرط لإنسان ومات، فالنظر للموقوف عليه المعين؛ لأنه ملكه،
 وغلته له. فإن كان واحداً استقل به، سواء كان عدلاً أو فاسقاً. وإن كانوا جماعة فهو بينهم على قدر
 حصصهم. وإن كان صغيراً أو نحوه قام وليه مقامه فيه.
 وإن كان الوقف على مسجد، أو من لا يمكن حصرهم كالمساكين، فلحاكم، وله أن يستنيب فيه.

وإن وقف على ولده، أو أولاده، أو ولد غيره، ثم على المساكين، فهو لولده الموجود حين الوقف، الذكور
 والإناث والخناثى؛ لأن لفظ الولد يشملهم.
 ويكون بينهم بالسوية؛ لأنه شَرَك بينهم، وإطلاق التشريك يقتضي التسوية، كما لو أقر لهم بشيء.
 ولا يدخل فيهم الولد المنفي بلعان؛ لأنه لا يسمى ولده.
 ثم بعد أولاده ولد بنيه وإن سفلوا، وجدوا حين الوقف أو لا؛ لأن كل موضع ذكر الله تعالى فيه الولد، دخل
 فيه ولد البنين، فالمطلق من كلام آدمي، إذا خلا عن قرينة، يحمل على المطلق من كلام الله تعالى.
 ويستحق أولاد البنين الوقف مرتباً بعد آبائهم.

(١) المتكلف الجاه المتعظم، وليس به ذلك.

(٢) في المغني (١٧/٦): إذا وقف على أولاد رجل، وأولاد أولاده، استوى فيه الذكر والأنثى، ولا أعلم في هذا خلافاً.

ولا يدخل ولد البنات في الوقف على الأولاد إلا بنصٍّ أو قرينة؛ لعدم دخولهم في قوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ}.

كما لو قال: على ولد ولده وذريته لصلبه، أو عقبه أو نسله، فيدخل ولد البنين، وجدوا حالة الوقف أو لا، دون ولد البنات إلا بنصٍّ أو قرينة.

والعطف بـ«ثم» للترتيب، فلا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض الأول، إلا أن يقول: من مات عن ولدٍ فنصيبه لولده.

والعطف بالواو للتشريك؛ لأنها لمطلق الجمع، فيشتركون فيه بلا تفضيل.

ولو قال: على بنيه أو بني فلانٍ اختص بذكورهم؛ لأن لفظ البنين وُضع لذلك حقيقةً، قال تعالى: {أُمَّ لَهْ الْبَنَاتُ وَلَكُمُ الْبُنُونَ}، إلا أن يكونوا قبيلةً، كبنِي هاشمٍ وقيمٍ وقضاعةً، فيدخل فيه النساء؛ لأن اسم القبيلة يشمل ذكرها وأنثاها، دون أولادهن من غيرهم؛ لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها.

وإذا وقف على قرابته، أو قرابة زيدٍ، وأهل بيته، وقومه، ونسبائه، شمل الذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه فقط؛ لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشمٍ بسهم ذوي القربى، ولم يعط قرابة أمه، وهم بنو زهرة شيئاً.

ويستوي فيه الذكر والأنثى، والكبير والصغير، والقريب والبعيد، والغني والفقير؛ لشمول اللفظ لهم.

ولا يدخل فيهم من يخالف دينه؛ لأنه تعالى أطلق آيات الموارث، ولم تشمل المخالف للدين، فكذا هنا، ولأن الظاهر من حال الواقف أنه لم يُرد من يخالف دينه، سواء كان كافراً أو مسلماً.

وإن وقف على ذوي رحمه، شمل كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات والأولاد؛ لأن الرحم يشملهم.

ومن وقف على مواليه، وله موالٍ من فوقٍ أعتقوه، وله موالٍ من أسفلٍ أعتقهم، تناول اللفظ جميعهم؛ لأن الاسم يشملهم.

وإن وجدت قرينةً تقتضي إرادة الإناث أو تقتضي حرمانهن، عُمل بها؛ لأن **دالتها كدلالة اللفظ**.

وإذا وقف على جماعةٍ يمكن حصرهم، كأولاده أو أولاد زيدٍ وليسوا قبيلةً، وجب تعميمهم والتساوي بينهم؛ لأن اللفظ يقتضي ذلك، وقد أمكن الوفاء به، فوجب العمل بمقتضاه.

فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه، كوقف علي عليه السلام، وجب تعميم من أمكن منهم والتساوي بينهم. وإلا يمكن حصرهم واستيعابهم، كبنِي هاشمٍ وقيمٍ، لم يجب تعميمهم؛

لأنه غير ممكن. وجاز تفضيل بعضهم على بعض؛ لأنه إذا جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه. وجاز الاختصار على أحدهم؛ لأن مقصود الواقف بـ ذلك الجنس، وذلك يحصل بالدفع إلى واحدٍ منهم. وإن وقف مدرسةً أو رباطاً أو نحوهما على طائفةٍ، اختصت بهم، وإن عين إماماً أو نحوه تعين؛ عملاً بشرطه. والوصية في ذلك كالوقف؛ لأن مبناها على لفظ الموصي، أشبهت الوقف.

فصل

والوقف عقد لازم بمجرد القول أو ما يدل عليه، وإن لم يحكم به حاكم؛ لقوله ﷺ: «لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث» قال الترمذي: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم، وكالعتق. فلا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها^(١)؛ لأنه مؤبد.

ولا يباع^(٢) ولا يناقل به إلا أن تعطل منافعه بالكلية، كدارٍ أهدمت، أو أرضٍ خربت وعادت موأناً ولم تمكن عمارتها، فيباع^(٣)؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعدٍ، لما بلغه أن بيت المال الذي بالكوفة نُقب: أن انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصلي^(٤). وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه فكان كالإجماع.

ولو شرط الواقف أن لا يباع في حال تعطل منافعه فشرطه فاسد؛ لقوله ﷺ: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله...» ولأنه ضرورةٌ ومنفعةٌ لهم.

وحيث بيعَ صُرفَ ثمنه في مثله؛ لأنه أقرب إلى غرض الواقف.

فإن تعذر مثله، ففي بعض مثله، ويصير وفقاً بمجرد الشراء؛ كبديلٍ أضحيةٍ.

وحكم فرسٍ حبيسٍ - أي موقوفٍ على الغزو - إذا لم يصلح للغزو، كوقف^(٥).

ولو أن الوقف مسجد ولم يُنتفع به في موضعه، فيباع إذا خربت محلته.

(١) كما لو ظهر بما وقفه عيب، فأراد فسخه ليرده بالعيب على بائعه - مثلاً - فليس له ذلك بل يتعين الأرش. حاشية عثمان (٣٨٢/٣).

(٢) في فتح القدير، لابن الهمام (٢٢٠/٦): وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه ولا تملكه بإجماع الفقهاء.

(٣) في المطالب (٣٦٧/٤): «وجوباً، قال في الفروع: وإنما يجب بيعه؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة، وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها».

(٤) في التحجيل (ص ٢٥١): «أخرجه الإمام أحمد... والطبراني في المعجم الكبير (١٩٢/٩) من طريق المسعودي عن القاسم قال: لما قدم عبد الله بن مسعود إلى بيت المال، كان سعد بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجداً عند أصحاب التمر، قال: فنُقب بيت المال، فأخذ الرجل الذي نقبه، فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر: أن لا تقطع الرجل، وانقل المسجد، واجعل بيت المال في قبلته؛ فإنه لن يزال في المسجد مصلياً، فنقله عبد الله... وهذا اللفظ لأحمد، وإسناده جيد إلى القاسم ولم يسمع من جده عبد الله».

(٥) في المغني (٢٨/٦): «قال أبو بكر: ... لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت، فلم تصلح للغزو».

ويجوز بيع بعض آتته^(١) وصرفها في عمارته؛ لأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة، فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى.

وما فضل عن حاجة المسجد من حُصره وزيته ونفقته ونحوها، جاز صرفه إلى مسجدٍ آخر؛ لأنه انتفاع به في جنس ما وُقف له. وجاز الصدقة به على فقراء المسلمين؛ لأن شيبه بن عثمان الحجي كان يتصدق بخلقان الكعبة، وروى الخلال بإسناده أن عائشة أمرته بذلك^(٢)، ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف، فصرف إلى المساكين.

وفضل غلة موقوفٍ على معينٍ - كزيدٍ أو ولده - استحقاقه مقدر - بأن قال: يعطى من ريعه كل شهرٍ عشرة، ورُيعه أكثر - يتعين إرصاد الفضل؛ لأنه ربما احتيج إليه بعد. ونص الإمام أحمد فيمن وقف على قنطرةٍ فانحرف الماء، يُرصد؛ لعله يرجع. وإن وقف على ثغرٍ فاختل صُرف في ثغرٍ مثله، وعلى قياس الثغر مسجد ورباط ونحوهما، إذا تعذر الصرف فيها صُرف في مثلها؛ تحصيلًا لغرض الواقف حسب الإمكان.

ولا يجوز غرس شجرة، ولا حفر بئرٍ بمسجدٍ؛ لأن البقعة مستحقة للصلاة، فتعطيلها عدوان. وإذا غرس الناظر أو بنى في الوقف من مال الوقف أو من ماله ونواه للوقف فللوقف. قال في الفروع: ويتوجه في غرس أجنبيٍّ أنه للوقف بنيته. والمراد بالأجنبي غير الناظر، والموقوف عليه.

باب الهبة والعطية

الهبة: من هبوب الريح، أي مروره، يقال: وهبت له شيئًا وهبًا - بإسكان الهاء وفتحها - وهبةً. والائْتِهَاب: قبول الهبة. والاستيهاب: سؤال الهبة. والعطية هنا: الهبة في مرض الموت. والهبة: هي التبرع من جائز التصرف بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غيره، بما يُعدُّ هبةً عرفًا.

(١) «الآلة: ما كان من خشبٍ أو أحجارٍ، أو آجرٍ، ونحو ذلك». المطلع (ص ٣٥١).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٩٧٣١).

فخرج بالتبرع عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة. وبالتملك الإباحة كالعارية. وبالمال نحو الكلب. وبالمعلوم المجهول. وبالموجود المعدوم، فلا تصح الهبة فيها. وبالحياة الوصية.

وإن شرط العاقد فيها عوضاً معلوماً، فهي بيع؛ لأنه تملك بعوضٍ معلوم. فيثبت فيها خيار، وشفعة إذا كان الموهوب شقصاً مشفوعاً.

فإن كان العوض مجهولاً لم تصح؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة. وحكمها كالبيع الفاسد، فيردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة، وإن تلفت ضمنها بمثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت متقومة. والهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً، سواءً كانت لمثله، أو دونه، أو أعلى منه؛ لأنها عطية على وجه التبرع. وإن اختلف واهب وموهبٌ له في شرط عوضٍ، فقول منكرٍ بيمينه؛ لأن الأصل عدمه.

ولا يصح أن يهب مجهولاً، كالحمل في البطن واللبن في الضرع؛ لأن الهبة عقد تملك، فلم تصح في المجهول، كالبيع. إلا ما تعذر علمه، كما لو اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما لرفيقه نصيبه منه، فيصح؛ للحاجة، كالصلح.

ولا يصح أيضاً هبة ما لا يُقدر على تسليمه، كالآبق والشارد؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبض، أشبه البيع.

وتنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، بأن يقول: وهبتك أو أهديتك أو أعطيتك، فيقول: قبلت أو رضيت ونحوه. أو بالمعاطاة الدالة على الهبة، لأنه ﷺ كان يهدي ويهدي إليه، ويعطي ويُعطى، ويفرق الصدقات، ويأمر ساعاته بأخذها وتفريقها، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول، ولو كان شرطاً لنقل عنهم.

وتلزم الهبة بالقبض بإذن واهب؛ لما روى مالك عن عائشة، أن أبا بكرٍ نحلها جاداً^(١) عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلما مرض، قال: يا بُنيّة كنت نحلتك جاداً عشرين وسقاً، ولو كنت حُزتيه أو قبضتيه كان لك،

(١) الجادُ بمعنى المجدود، والجداد بالفتح والكسر: صرام النخل، وهو قطع ثمرتها. النهاية في غريب الحديث والأثر (١/٢٤٤).

فإنما هو اليوم مال وارث، فاقسموه على كتاب الله تعالى^(١). وروى ابن عُيينة عن عمر نحوه^(٢)، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف. إلا ما كان في يد متهبٍ وديعةٍ أو غصبًا ونحوهما، فتلزم هبة بمجرد عقد؛ لأن قبضه مستدام فأغنى عن الابتداء.

ووارث الواهب إذا مات قبل قبضٍ يقوم مقامه في إذنٍ ورجوعٍ، لأنه عقد يؤول إلى الزوم فلم يفسخ بالموت، كالبيع في مدة الخيار. وتبطل هبة بموت متهبٍ بعد عقدٍ وقبل قبضٍ؛ لأن القبض منه قائم مقام القبول، فإذا مات قبله بطل العقد، كما إذا مات من أوجب له بيع قبل قبوله. ويقبل ويقبض لصغيرٍ وسفيهٍ وليه^(٣)؛ لأنه قبولٌ للمحجور فيه حظ، فكان إلى الولي، كالبيع والشراء. وما اتهمه عبد غير مكاتب وقبّله فهو لسيدة؛ لأن العبد مال لسيدة، وماله مال لسيدة. ويصح قبوله بلا إذن سيده؛ لأنه تحصيل المال للسيد، فلم يعتبر إذنه فيه، كالاتقاط.

ومن أبرأ غريمه من دينه بلفظ الإحلال أو الصدقة أو الهبة ونحوها، كالإسقاط أو الترك أو التملك أو العفو، برئت ذمته، ولو ردّ المدين الإبراء لم يقبل؛ لأنه إسقاط حقٍّ فلم يفتقر إلى القبول، كالعتق. ويبرأ الغريم ولو كان الإبراء قبل حلول الدين؛ لأن تأجيله لا يمنع ثبوته في الذمة. ويبرأ أيضًا ولو كان المبرأ منه مجهولاً؛ لأنه إسقاط حقٍّ، فينفذ مع العلم والجهل. لكن لو جهله ربه وكتمه المدين خوفًا من أنه لو علمه لم يبرئه، لم تصح البراءة؛ لأن فيه تغييرًا للمبرئ. ولو أبرأ أحد غريميه أو من أحد دينيه، لم يصح؛ لإبهام المحل الوارد عليه الإبراء.

وتجوز هبة كل عينٍ تباع، وهبة جزءٍ مشاعٍ منها إذا كان معلومًا؛ لأنها تملك في الحياة، فصحت فيما صح فيه البيع.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٢/٢).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٣/٢).

(٣) في الإفصاح (٥٣/٢): «اتفقوا على أنه يقبض للطفل لأبوه أو وليه».

وتجوز هبة كلبٍ يقتني، ونجاسةٍ يباح نفعها؛ لأنه تبرع، أشبه الوصية به.

ولا تصح معلقةً، كإذا جاء رأس الشهر، فقد وهبتك كذا؛ قياساً على البيع.

ولا مؤقتةً، كوهبتك هذا سنة؛ لأنها تمليك عينٍ فلا تُوقَّت كالبيع.

إلا في العُمري، نحو: جعلتها لك عمرَكَ أو حياتكَ أو عمري أو ما بقيت، فتصح؛ لأنه شرط رجوعها هنا على غير الموهوب له، وهو وارثه، بخلاف التوقيت بزمنٍ معلوم.

وتكون لموهوبٍ له ولورثته بعده؛ لما روى مسلم عن جابرٍ، قال: قال رسول الله ﷺ: «العُمري لمن وُهبَت له»^(١).

وإن قال: سكتاه لك عمرَكَ أو غلته أو خدمته لك، أو منحتكه^(٢)، فعارية؛ لأنها هبة المنافع.

ومن وهب هبةً فاسدةً، أو باع بيعاً فاسداً، ثم وهب تلك العين، أو باعها بعقدٍ صحيحٍ، صح العقد الثاني؛ لأنه تصرف في ملكه، عالماً بأنه ملكه.

فصل

يجب التعديل في عطية أولاده؛ لحديث جابرٍ، قال: قالت امرأةٌ بشيرٍ: إنَّحَلُّ ابني غلامك، وأشهد لي رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ، فقال: إن ابنة فلانٍ سألتني أن أنحل ابنها غلامي، وقالت: أشهد لي رسول الله ﷺ، فقال: «أله إخوة؟» قال: نعم، قال: «أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته؟»، قال: لا، قال: «فليس يصلح هذا، وإني لا أشهد إلا على حقٍّ» رواه مسلم^(٣).

والتعديل الواجب يكون بقدر إرثهم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ اقتداءً بقسمة الله تعالى، وقياساً لحال الحياة على حال الموت. قال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب على الله تعالى. وسائر الأقارب في ذلك كالأولاد؛ قياساً عليهم بجامع القرابة.

(١) صحيح مسلم (١٦٢٥).

(٢) في شرح المنتهى: «قال في القاموس: منحه الناقة: جعل له وبرها ولبنها وولدها، وهي المنحة والمنيحة».

(٣) صحيح مسلم (١٦٢٤).

فإن فضل بعضهم، بأن أعطاه فوق إرثه أو خصه، سوى وجوباً، برجوع حيث أمكن، أو زيادة المفضل لساوي الفاضل، أو إعطاءٍ ليستووا؛ لقوله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» متفق عليه^(١).

وتحرم الشهادة على التخصيص أو التفضيل تحملاً وأداءً، إن علم الشاهد؛ لقوله ﷺ: «لا تشهدني على جورٍ». وكذا كل عقدٍ مختلفٍ فيه، فاسدٌ عند الشاهد، كنكاحٍ بلا وليٍّ.

فإن مات الواهب قبل الرجوع أو الزيادة، ثبتت للمعطى، فليس لبقية الورثة الرجوع؛ لقول أبي بكرٍ لعائشة: «وددت أنك حزيتي»، فدل أنها لو كانت حازته لم يمكن الرجوع. إلا أن تكون العطية بمرض الموت، فحكمها كالوصية، تقف على إجازة الباقيين.

ولا يجوز لواهبٍ أن يرجع في هبته بعد القبض؛ لحديث ابن عباسٍ، أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» متفق عليه^(٢).

إلا الأب، فله الرجوع، قصد التسوية أو لا، مسلماً كان أو كافراً؛ لقوله ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الخمسة، من حديث ابن عمر وابن عباس^(٣). ولا يمنع الرجوع:

-نقص العين الموهوبة.

-أو تلفُ بعضها، فله الرجوع في الباقي منها.

-أو زيادةٌ منفصلة؛ لأن الرجوع في الأصل دون النماء.

ويمنع الرجوع:

-زيادةٌ متصلةٌ، كسمنٍ وتعلمٍ صنعةٍ؛ لأن الزيادة للموهوب له؛ لأنها نماء ملكه.

-ويبيع الولد لما وهبه له أبوه، وهبته ووقفه ونحوه، مما ينقل الملك.

(١) صحيح البخاري (٢٥٨٧) صحيح مسلم (١٦٢٣).

(٢) صحيح البخاري (٢٥٨٩) صحيح مسلم (١٦٢٢).

(٣) مسند أحمد (٢١١٩) سنن أبي داود (٣٥٣٩) جامع الترمذي (٢١٣٢) سنن النسائي (٣٦٩٠) سنن ابن ماجه (٢٣٧٧) قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

-ورهنه؛ لأن في رجوعه إبطاً لحق المرتهن.

إلا أن ينفك الرهن بوفاءٍ أو غيره، فيملك الأب الرجوع إذن؛ لأن ملك الابن لم يزل، وقد زال المانع.

فصل

ولأبٍ حرٍّ أن يملك من مال ولده، مع حاجة الأب وعدمها، كبيراً كان الولد أو صغيراً، ذكرًا أو أنثى؛ لحديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم» رواه الخمسة^(١).

وليس له أن يملك^(٢):

- ما يضر بالولد، أو تعلقت به حاجته، كآلة حرفة يتكسب بها؛ لأن حاجة الإنسان مقدمة على دينه، فلأن تُقدّم على أبيه بطريق الأولى.

- ولا ما يعطيه ولدًا آخر؛ لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه، فلأن يُمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى.

- ولا في مرض موت أحدهما المخوف؛ لانعقاد سبب الإرث.

- فإن تصرف الأب في مال ولده قبل تملكه وقبضه - ولو فيما وهبه لولده وأقبضه إياه - ببيع أو هبة أو عتق، أو إبراء غريم ولده من دينه، لم يصح تصرفه؛ لأن ملك الولد على مال نفسه تام، فيصح تصرفه فيه ببيعه ووطء جاريتيه ونحوهما، ولو كان الملك للغير أو مشتركًا لم يجوز.

وكذا إن أراد الوالد أخذ ما وهبه لولده قبل رجوعه في هبته بالقول - كرجعت فيها - أو أراد أخذ مال ولده قبل تملكه بقول أو نية وقبض معتبر، لم يصح تصرفه، لأنه لا يملكه إلا بالقبض مع القول أو النية، فلا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك.

ويصح بعد القبض المعتبر مع القول أو النية؛ لأن القبض يكون للتملك وغيره، فاعتبر ما يعين ذلك.

وإن وطئ جارية ابنه فأحبها:

- صارت أم ولدٍ للأب؛ لأن إحباله لها يوجب نقل ملكها إليه، فصادف وطؤه ملكًا.

(١) مسند أحمد (٢٥٢٩٦) سنن أبي داود (٣٥٢٨) جامع الترمذي (١٣٥٨) سنن النسائي (٤٤٤٩) سنن ابن ماجه (٢٢٩٠).

(٢) شروط تملك الأب ستة: أن يكون فاضلاً عن حاجة الولد، وأن لا يعطيه لولدٍ آخر، وأن لا يكون في مرض موت أحدهما، وأن لا يكون الأب كافرًا والابن مسلمًا، وأن يكون عينًا موجودةً، فلا يملك دين ابنه، وأن لا يتصرف فيه قبل قبض مع القول أو النية.

- وولده حر، ولا حد؛ لأنه وطء شبهة.
 - ولا مهر عليه لولده؛ لأن الوطاء سبب نقل الملك فيها، وإيجاب القيمة للولد، والوطء الموجب للقيمة كالإتلاف فلا يجتمع معه المهر.
 - ويعزَّر الأب؛ لوطئه المحرم، أشبه وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره.
 - محل انتقال الملك فيها للأب إن لم يكن الابن وطئها؛ لأنها بالوطء تصير كحلائل الأبناء، فتحرم على الأب.

وليس للولد مطالبة أبيه بدينٍ ونحوه، كقيمة متلفٍ أو أرش جنائية؛ لما روت عائشة «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه، فقال: «أنت ومالك لأبيك»^(١).
 إلا بنفقته الواجبة عليه، فإن له مطالبته بها وحبسه عليها؛ لضرورة حفظ النفس، وقد قال ﷺ لهندي: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه^(٢).
 وله الطلب بعين مالٍ له بيد أبيه.
 فإن مات الابن، فليس لورثته مطالبة الأب بدينٍ ونحوه؛ كموثهم، وإن مات الأب رجع الابن بدينه في تركته.

والصدقة: وهي ما قصد به ثواب الآخرة، والهدية: وهي ما قصد به إكرامًا وتوددًا ونحوه، نوعان من الهبة حكمهما حكمها فيما تقدم.
 ووعاء هدية كهي، فلا يرد مع عرفٍ، وإلا زُدت.

فصل في تصرفات المريض

لا يخلو المريض من حالين:

أولهما: من مرضه غير مخوفٍ، كوجع ضرسٍ وعينٍ ووجع رأسٍ يسيرٍ، فتصرفه لازم كتصرف الصحيح، ولو صار مخوفًا ومات منه؛ اعتبارًا بحال العطية؛ لأنه إذ ذاك في حكم الصحيح.

(١) أخرجه ابن حبان (١٤٢/٢ ح ٤١٠).

(٢) صحيح البخاري (٥٣٦٤) صحيح مسلم (١٧١٤).

ثانيهما: من مرضه مخوف، كبرسام، وذات الجنب، ووجع قلب، وريئة لا تسكن حركتها، ودوام قيام، ودوام رُعافٍ، وأول فالج، وآخر سيلٍ، والحمى المطبقة، وحمى الرُّبْعِ^(١)، وما قال طبيبان مسلمان عدلان إنه مخوف، فعطاياه كوصية، لا يلزم تبرعه لوارثٍ بشيءٍ، ولا بما فوق الثلث، ولو لأجنبي^(٢)، إلا بإجازة الورثة لها؛ لحديث أبي هريرة، قال: قال ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادةً لكم في أعمالكم» رواه ابن ماجه^(٣)، فمفهومه: ليس لكم أكثر من الثلث، يؤيده ما روى عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبدٍ لم يكن له مال غيرهم، فاستدعاهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء، فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة» رواه مسلم^(٤)، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت، فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث^(٥)، كالوصية.

وألحق بالمرض المخوف: من وقع الطاعون ببلده، أو كان بين الصفين عند التحام حربٍ وكلٌّ من الطائفتين مكافئة للأخرى، أو كان من المقهورة، أو كان في لجةٍ بحرٍ عند هيجانه، أو قُدِّم أو حبس لقتل^(٦)، ومن أخذها الطلق حتى تنجو^(٧)؛ لأن توقع التلف من أولئك كتوقع المريض.

ومحل ما تقدم: إن مات منه، أما إن عوفي من المرض أو مما يتوقع منه التلف، فحكمه كالصحيح في نفوذ عطاياه كلها^(٨)؛ لعدم المانع.

-
- (١) البرسام: بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ، فيختل عقل صاحبه. ذات الجنب: قروح بباطن الجنب. دوام قيام: هو المبطون الذي أصابه الإسهال ولا يمكنه إمساكه. الفالج: داء يُرخي بعض البدن. وحمى الرُّبْعِ: هي التي تأخذ يوماً وتذهب يومين وتعود في الرابع. وفي القاموس: السيل: قرحة تحدث في الرئة، إما تعقب ذات الرئة أو ذات الجنب.
- (٢) الإفصاح (٧٢/٢): «واتفقوا على أن عطايا المريض وهباته من الثلث».
- (٣) سنن ابن ماجه (٢٧٠٩) قال في بلوغ المرام (ص ٢٨٩): بعد ذكر شواهد: «وكلها ضعيفة، لكن قد يقوي بعضها ببعض».
- (٤) صحيح مسلم (١٦٦٨).
- (٥) في مراتب الإجماع (ص ١١٣): «واتفقوا على أن المريض له أن يتصرف في ثلث ماله».
- (٦) في الاستذكار (٢٨٢/٧): «وأجمع العلماء على أن من بلغت منه الجراح أن أنفذت مقاتله، أو قُدِّم للقتل في فصاصٍ أو لرحمٍ في زنى أنه لا يجوز له من القضاء في ماله إلا ما يجوز للمريض صاحب الفراش المخوف عليه، وكذلك الذي يبرز في التحام الحرب للقتال» وفي المسألة خلاف. ينظر: موسوعة الإجماع (٣١٩/٨).
- (٧) في الاستذكار (٢٨١/٧): «وأجمعوا أنها إذا ضربها المخاض والطلق أنها كالمرض المخوف عليه، لا ينفذ لها في مالها أكثر من ثلثها» وفي المسألة خلاف. ينظر: موسوعة الإجماع (٣١٧/٨).
- (٨) في الاستذكار (٢٨٢/٧): «وقال الجمهور من العلماء وجماعة أهل الفتوى بالأمصار: إن هبات المريض كلها وعتقه وصدقاته لو صحَّ من مرضه، نفذ ذلك كله من رأس ماله».

ومن امتد مرضه بجذام، أو سِلِّ في ابتدائه، أو فالج في انتهائه ولم يقطعه بفراشٍ، فعطاياه من كل ماله؛ لأنه لا يخاف تعجيل الموت منه، كاهلرِم. أما إن لزم الفراش، فعطاياه كوصية؛ لأنه مريض صاحب فراشٍ يخشى منه التلف.

ويعتبر الثلث عند موته^(١)؛ لأنه وقت لزوم الوصايا واستحقاقها وثبوت ولاية قبولها وردّها. فإن ضاق ثلثه عن العطية والوصية، فُدِّمت العطية؛ لأنها لازمة. ونماء العطية من القبول إلى الموت تبع لها. ومعاوضة المريض بثمن المثل، بيعاً أو إجارةً أو نحوها من رأس المال؛ لأنه لا تبرع فيها ولا تهمّة. والمحاباة^(٢) كعطية؛ لأن المحاباة كالهبة.

وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء:

أحدها: أنه يسوّى بين المتقدم والمتأخر في الوصية؛ لأنها تبرع بعد الموت يوجد دفعةً واحدةً. ويبدأ بالأول فالأول في العطية؛ لوقوعها لازمة.

الثاني: أنه لا يملك الرجوع في العطية بعد لزومها بالقبض؛ لأنها تقع لازمةً في حق المعطي في الحياة، ولو كثرت، وإنما منعت من التبرع بالزائد على الثلث؛ لحق الورثة. بخلاف الوصية، فإنه يملك الرجوع فيها؛ لأن التبرع فيها مشروط بالموت، فقبل الموت لم يوجد، فهي كالهبة قبل القبول.

الثالث: أن العطية يعتبر القبول لها عند وجودها؛ لأنها تمليك في الحال.

بخلاف الوصية، فإنها تمليك بعد الموت، فاعتُبر عند وجوده.

الرابع: أن العطية يثبت الملك فيها من حين وجودها بشروطها، كالهبة، لكن يكون مراعى؛ لأنّ لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد مالاً أو يتلف شيء من ماله؟ فتوقفنا؛ لنعلم عاقبة أمره. فإذا خرجت من الثلث تبيناً أن الملك كان ثابتاً من حينه وإلا فبقدره. والوصية بخلاف ذلك، فلا تُملك قبل الموت؛ لأنها تمليك بعده فلا تتقدمه.

(١) في المغني (٦/٢٥٨): «الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث، أو عدم خروجها، بحالة الموت... لا أعلم فيه خلافاً».

(٢) كبيع شيءٍ أو إجاره بدون ثمن المثل، وأجرته، وشراء واستئجارٍ بأكثر. حاشية عثمان (٣/٤١٨).

فصل

وإذا ملك المريض من يعتق عليه بعبية أو وصية أو أقر أنه أعتق ابن عمه في صحته، عتقا من رأس المال وورثا؛ أما كون عتقهما من رأس المال، فلائنه لا تبرع فيه؛ إذ التبرع بالمال إنما هو بالعطية أو الإتلاف أو التسبب إليه، وهذا ليس بواحدٍ منها، والعتق ليس من فعله ولا يتوقف على اختياره، فهو كالحقوق التي تلزم بالشرع فيكون من رأس المال. وأما كونهما يرثان فلائنه حر حين موت مورثه لا مانع به. ولا يكون عتقهم وصية، وإلا لاعتبر من الثلث.

ولو دَبَّرَ ابن عمه عتق ولم يرث؛ لأن شرط الإرث الحرية، ولم تسبق الموت، فلم يكن أهلاً للإرث حينئذٍ. وإن قال مريض لابن عمه: أنت حر آخر حياتي، ثم مات المريض عتق ابن عمه؛ لوجود شرط عتقه. وورث؛ لسبق الحرية للإرث.

كتاب الوصايا

جمع وصية، مأخوذة من وصيت الشيء، إذا وصلته، فالموصي وصل ما كان له في حياته بما بعد موته. واصطلاحاً: الأمر بالتصرف بعد الموت، أو التبرع بالمال بعده.

وأركانها أربعة: موصٍ، وصيعة، وموصى له، وموصى به.

تصح الوصية من البالغ الرشيد؛ لصحة تصرفه في ماله حياته، فكذا مماته.

ومن الصبي العاقل؛ روي عن عمر^(١)، ولأنها تصرف تمخض نفعاً له، فصح منه كالإسلام والصلاة.

ومن السفیه بالمال؛ لتمام نفعها له بلا مضرة.

ومن الأخرس بإشارة مفهومة؛ لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفاً.

وإن وجدت وصية إنسانٍ بخطه الثابت بينة، أو إقرارٍ ورثة، صحَّت؛ لحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ

قال: «ما حق امرئ مسلمٍ له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» متفق عليه^(٢).

ويستحب أن يكتب وصيته ويُشهد عليها؛ قطعاً للنزاع.

(١) موطأ مالك (٧٦٢/٢) وفي فتح الباري لابن حجر (٣٥٦/٥): «وهو قوي؛ فإن رجاله ثقات، وله شاهد».

(٢) صحيح البخاري (٢٧٣٨) صحيح مسلم (١٦٢٧).

١. ويسن لمن ترك خيراً، وهو المال الكثير عرفاً، أن يوصي بالخمُس؛ روي عن أبي بكر^(١) وعلي^(٢)، وهو ظاهر قول السلف، قال أبو بكر^{رضي الله عنه}: رضيت بما رضي الله به لنفسه. يعني في قوله تعالى: {وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ}.

٢. ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث لأجنبيٍّ لمن له وارث^(٣)؛ لقول النبي^{صلى الله عليه وسلم} لسعدٍ حين قال: «أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قال: بالشطر؟ قال: لا. قال: فالثلث، قال: الثلث، والثلث كثير» متفق عليه^(٤).

ولا لوارثٍ بشيءٍ؛ لقوله^{صلى الله عليه وسلم}: «لا وصية لوارث» رواه أحمد وأبو داود والترمذي^(٥).

وتصح هذه الوصية المحرمة، وتقف على إجازة الورثة لهما بعد الموت^(٦)؛ لحديث ابن عباسٍ، قال: قال رسول الله^{صلى الله عليه وسلم}: «لا تجوز الوصية لوارثٍ إلا أن يشاء الورثة» رواه الدارقطني^(٧).

أما كون إجازتهم إنما تعتبر بعد الموت؛ فلأن الحق لهم حينئذٍ، كالمراة تُسقط مهرها بعد النكاح.

وإن وصَّى لكل وارثٍ بمعينٍ بقدر إرثه جاز، كرجلٍ ورثه ابنه وبنته فقط، وله عبد قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون، فوصَّى لابنه بالعبد ولابنته بالأمة، صح؛ لأن حق الوراثة في القدر لا في العين.

والوصية بالثلث فما دون لأجنبيٍّ، تلزم بلا إجازة^(٨)؛ لإجازته^{صلى الله عليه وسلم} لسعدٍ بالثلث.

وإذا أجاز الورثة ما زاد على الثلث أو لوارثٍ، فإنها تصح تنفيذاً، لا ابتداءً عطيةً؛ لأنها إمضاء لقول المورث بلفظ: أجزت أو أمضيت أو نفذت، ولا يعتبر لها أحكام الهبة، فلو كان المٌجيز أباً للمجاز له، لم يكن له الرجوع فيما أجاز له لابنه؛ لأن الأب إنما يملك الرجوع فيما وهبه لابنه، والإجازة تنفيذ لما وهبه غيره لابنه.

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٦٣٦٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٦٣٦١).

(٣) في مراتب الإجماع (ص: ١١١): «واتفقوا أنه لا يجوز لمن ترك ورثةً أو وارثاً أن يوصي بأكثر من ثلث ماله، لا في صحته ولا في مرضه».

(٤) صحيح البخاري (١٢٩٥) صحيح مسلم (١٦٢٨).

(٥) مسند أحمد (٢٢٢٩٤) سنن أبي داود (٢٨٧٠) جامع الترمذي (٢١٢٠) قال ابن حجرٍ في فتح الباري (٣٧٢/٥) لما أشار إلى طرق الحديث: «ولا يخلو إسناد كلٍّ منها عن مقالٍ، لكن مجموعها يقتضي أن للحديث أصلاً، بل جنح الشافعي في الأم إلى أن هذا المتن متواتر».

(٦) في المغني (١٤٦/٦): «ما زاد على الثلث يقف على إجازتهم، فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل، في قول جميع العلماء».

(٧) سنن الدارقطني (٤٢٩٥).

(٨) في الإفصاح (٧٠/٢): «وأجمعوا على أن الوصية بالثلث لغير وارثٍ جائزة، وأنها لا تفتقر إلى إجازة الورثة».

٣. وتكره وصية فقيرٍ عرفاً وارثه محتاج؛ لأنه عدل عن أقاربه المحاييج إلى الأجنب.
٤. وتجوز الوصية بالكل لمن لا وارث له، روي عن ابن مسعود^(١)؛ لأن المنع فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فإذا عُدِموا زال المانع.

وإن لم يفِ الثلث بالوصايا ولم^(٢) يُجْزِ الوارثة، فالنقص على الجميع بالقسط، فيتحصنون؛ لأنهم تساوا في الأصل وتفاوتوا في المقدار، فوجبت المحاصّة؛ كمسائل العول.
ولا فرق بين متقدمها ومتأخرها، والعتيق وغيره؛ لأنها تبرع بعد الموت فوجد دفعةً واحدةً.

وإن وصّى لوارثٍ فصار عند الموت غير وارثٍ، كأخٍ حُجِبَ بابنٍ تجدد، صحت الوصية؛ اعتباراً بحال الموت؛ لأنه الحال الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث والموصى له.
وإن أوصى لغير وارثٍ فصار وارثاً، كمن وصّى لأخيه مع وجود ابنه، فمات ابنه، بطلت الوصية؛ اعتباراً بحال الموت. إن لم يُجْزِ باقي الورثة.

فصل

ويعتبر لملكٍ ما أوصى به لمعينٍ - واحداً كزبيدٍ، أو جمعاً محصوراً كأولاد عمرو - القبول بالقول أو ما قام مقامه؛ لأنها تمليك مالٍ، فاعتُبر قبوله، كالهبة.
ومحل القبول: بعد الموت؛ لأنه وقت ثبوت حقه.
والقبول على التراخي، فيصح وإن طال الزمن بين القبول والموت.
ولا يصح القبول قبل الموت؛ لأنه لم يثبت له حق.
وإن كانت الوصية لغير معينٍ، كالفقراء أو من لا يمكن حصرهم، كبنين تميمٍ أو مصلحة مسجدٍ ونحوه أو حجٍّ، لم تفتقر إلى قبولٍ، ولزمت بمجرد الموت؛ لتعدّر القبول منهم.
ويثبت الملك حين القبول بعد الموت^(٣)، كسائر العقود؛ لأن القبول سبب، والحكم لا يتقدم سببه، وهو القبول.

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٦٣٧١) وصححه ابن حزم في المحلى (٣٥٧/٨).

(٢) في النسخة التي بحاشية ابن قاسم: «أو لم» وفي نسخة المشايخ والإقناع: «ولم».

(٣) في الزاد: «ويثبت الملك به عقب الموت» والمثبت المذهب، كما في الإقناع والمنتهى.

فما حدث قبل قبول من نماءٍ منفصلٍ، كثمرَةٍ، فهو لورثة الموصي؛ لأنه نماء ملكهم. والمتصل، كسمنٍ، يتبع العين؛ لأنه لا يمكن انفصاله.

ومن قبل الوصية ثم ردها، ولو قبل القبض، لم يصح الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليها بالقبول. إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبةً منه لهم تعتبر شروطها.

فصل

ويجوز الرجوع في الوصية^(١)؛ لقول عمر رضي الله عنه: «يغيّر الرجل ما شاء في وصيته»^(٢).

فإذا قال: رجعت في وصيتي أو أبطلتها ونحوه، بطلت؛ لأنه صريح في الرجوع. وكذا إن وُجد منه ما يدل على الرجوع، كالبيع أو العرض للبيع أو الهبة؛ لأنه دليل لاختياره الرجوع^(٣).

وإن قال موصٍ: إن قدم زيد، فله ما وصيت به لعمر، فلا يخلو من حالين:

أحدهما: أن يقدم زيد في حياة موصٍ، فالوصية لزيد؛ لرجوعه عن الأول وصرفه إلى الثاني معلماً بالشرط، وقد وجد.

الثانية: أن يقدم زيد بعد موت موصٍ، فالوصية لعمر؛ لأنه لما مات قبل قدومه استقرت له؛ لعدم الشرط في زيد؛ لأن قدومه إنما كان بعد ملك الأول وانقطاع حق الموصي منه.

ويُخرج موصى إليه فوارثٌ فحاكمٌ الواجب كُله من دينٍ وحجٍّ وغيره، كزكاةٍ ونذرٍ وكفارةٍ من كل ماله^(٤)، وجوباً، بعد موته وإن لم يوص به؛ لقوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ}، ولقول عليّ: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية» رواه الترمذي^(٥).

فإن قال: أدوا الواجب من ثلثي، بُدئ بالواجب، فإن بقي من الثلث شيء، أخذه صاحب التبرع؛ لتعيين الموصي، وإلا يفضل من الثلث شيء، سقط التبرع؛ إذ لم يبق بعد الواجب شيء. إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصى له به. وإن بقي من الواجب شيء تُمّم من رأس المال.

(١) في الإجماع (ص ١٠٢): «وأجمعوا أن للرجل أن يرجع في كل ما يوصي به، إلا العتق».

(٢) سنن الدارمي (٣٢٥٤).

(٣) في الإجماع: «وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى لرجلٍ بجزءٍ فباعها أو بشيء ما فأتلفه أو وهبه أو تصدق به أن ذلك كله رجوع».

(٤) في مجموع الفتاوى (٣١/٣٢١): «والوصية بواجب لأدمي تكون من رأس المال باتفاق المسلمين».

(٥) جامع الترمذي (٢١٢٢) قال في التلخيص الحبير (٢٠٦/٣): «والحارث وإن كان ضعيفاً، فإن الإجماع منعقد على وفق ما روي».

باب الموصى له

تصح الوصية لمن يصح تملكه:

- من مسلمٍ أو كافرٍ معين^(١)، لقوله تعالى: {إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا} قال محمد بن الحنفية: «هو وصية المسلم لليهودي والنصراني^(٢)»^(٣).

- وتصح لمكاتبه؛ لأنه معه كالأجنبي في المعاملات، فكذا في الوصية.

- ومدبره وأم ولده؛ لأن كل واحدٍ منهما يعتق عند الموت، فيكون حينئذٍ قابلاً للتمليك.

أما وصيته لعبد فلها حالان:

أحدهما: أن يوصي له بمشاعٍ، كثلثه، فتصح؛ لأنها وصية تضمنت العتق بثلث ماله. ويعتق منه بقدر الثلث، فإن كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة فأقل، عتق كله؛ لأنه يملك من كل جزءٍ من المال ثلثه مشاعاً، ومن جملته نفسه، فيملك ثلثها، فيعتق ويسري إلى بقية. ويأخذ الفاضل من الثلث؛ لأنه صار حرّاً. وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث.

ثانيهما: أن يوصي لعبد بمائةٍ أو بمعينٍ، كدارٍ وثوبٍ، فلا تصح؛ لأنه يصير ملكاً للورثة، فما وصّى له به فهو لهم، فكأنه وصّى لورثته بما يرثونه، فلا فائدة فيه.

ولا تصح لعبد غيره^(٤)؛ لأنه لا يملك.

وتصح بحمل^(٥) تحقق وجوده قبلها؛ لجريانها مجرى الإرث، والحمل يُورث عنه.

- وتصح لحمل^(٦)؛ لأنه يرث، والوصية تجرى مجرى الميراث. بشرط وجوده حين^(٧) الوصية؛ لأنها تمليك فلا تصح لمعدوم. وذلك بأن تضعه لأقل من ستة أشهرٍ من الوصية إن كانت فراشاً^(٨)، أو لأقل من أربع سنين إن لم تكن كذلك^(١).

(١) «معين» ذكر هذا القيد في الإقناع والمنتهى، ولم يُذكر في الروض. قال في الإقناع: «لا تصح لغير المعين، كاليهود والنصارى ونحوهم».

(٢) في المحلى (٣٦٤/٨): «والوصية للذمي جائزة، ولا نعلم في هذا خلافاً».

(٣) تفسير الطبري (١٩/١٩).

(٤) وجزم به صاحب المنتهى أيضاً. قال في الدقائق: «هذا معنى كلامه في التنقيح، وفي المقنع: وتصح لعبد غيره. قال في الإنصاف: هذا المذهب وعليه الأصحاب انتهى. وجزم به في الإقناع».

(٥) الوصية بالحمل ذكرها في المقنع والإقناع والمنتهى في باب الموصى به.

(٦) في المغني (١٨٠/٦): «لا نعلم فيه خلافاً».

(٧) في الزاد: «قبلها» والمثبت من المقنع والإقناع والمنتهى.

(٨) في المغني (١٨١/٦): «وإن أتت به لأكثر منها، لم تصح الوصية له؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية».

ولا تصح لمن تحمل به هذه المرأة؛ لأن الوصية تملك، فلا تصح لمعدوم.

وإذا أوصى من لا حج عليه أن يُحج عنه بألفٍ، صُرف من ثلثه مؤنة حجةٍ بعد أخرى حتى ينفذ الألف، راكبًا أو راجلاً؛ لأنه وصّى بها في جهة قريبة، فوجب صرفها فيها. فلو لم يكف الألف أو البقية، حُج به من حيث يبلغ؛ لأنه عيّن صرفه في الحج، فصرف فيه بحسب الإمكان.

وإن قال: حجةً بألفٍ، دُفع لمن يحج به واحدة؛ عملاً بالوصية، حيث خرج من الثلث وإلا فبقدره، وما فضل منها فهو لمن يحج؛ لأنه قصد إرفاقه.

فصل

ولا تصح الوصية لِمَلِكٍ وَجَنِّيٍّ وَبَهِيمَةٍ وَمَيِّتٍ، كاهبة لهم؛ لعدم صحة تملكهم. وإن أوصى لحيٍّ وميتٍ يعلم موته^(٢) أو لا يعلم^(٣)، فللحي النصف من الموصى به؛ لأنه أضاف الوصية إليهما، فإذا لم يكن أحدهما محلاً للتمليك، بطل في نصيبه وبقي نصيب الحي، وهو النصف.

ولا تصح الوصية لكنيسةً وبيت نارٍ أو عمارتهما؛ لأنه معصية^(٤)، فلم تصح الوصية إليه. ولا لكُتُبِ التوراة والإنجيل ونحوها؛ لأنها كتب منسوخة، والاشتغال بها غير جائز؛ لما فيها من التغيير والتبديل.

وإن وصّى بماله لابنيه وأجنبيٍّ، فرد الابنان الوصية، فللأجنبي الثلث؛ لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث، والموصى له ابنان وأجنبي، فله ثلث الثلث، وهو تسع.

وإن وصّى لزيدٍ والفقراء والمساكين بثلثه، فلزيد التسع، والتسع للفقراء والمساكين؛ إذ الوصية لثلاث جهات فوجب التسوية بينها. ولا يدفع لزيد شيء بالفقر، لأن العطف يقتضي المغايرة.

ولو أوصى بثلثه للمساكين وله أقارب محاييج غير وارثين لم يوص لهم، فهم أحق به؛ لأن الوصية لهم أفضل.

(١) في المغني (٦/١٨١): «لأن الولد يُعلم وجوده إذا كان لسته أشهر، ويُحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة».

(٢) في المغني (٦/١٥٣): «إن وصّى لاثنين حيين، فمات أحدهما، فلا آخر نصف الوصية، لا نعلم في هذا خلافاً».

(٣) في الزاد والروض: «فإن أوصى لحيٍّ وميتٍ يعلم موته، فالكل للحي، وإن جهل، فللحي النصف». والمنتب: المذهب، كما في الإقناع والمنتهى.

(٤) في مراتب الإجماع (ص ١١٣): «واتفقوا أن الوصية بالمعاصي لا تجوز».

باب الموصى به

-تصح الوصية بما يعجز عن تسليمه، كآبقٍ، وطيرٍ في هواءٍ، وحملٍ في بطنٍ، ولبنٍ في ضرعٍ؛ لأنها تصح بالمعدوم فهذا أولى.

-وتصح بالمعدوم، كوصيةٍ بما يحمل حيوانه وأمته وشجرته أبدأ، أو مدةً معينةً كسنةٍ؛ لأن المعدوم يجوز ملكه بالسلم والمضاربة والمساقاة، فجاز ملكه بالوصية، ولأن الغرر والخطر ليس بمانعٍ في الوصية؛ لأنه ليس في مقابلتها عوض يتضرر صاحبها بفواته، بخلاف البيع.

ولا يلزم الوارث السقي؛ لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف بائعٍ.

فإن حصل شيء فهو للموصى له بمقتضى الوصية، وإن لم يحصل منه شيء، بطلت الوصية؛ لأنها لم تصادف محلاً.

-وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال، ككلبٍ صيدٍ وحرثٍ وماشيةٍ؛ لأن فيه نفعاً مباحاً، **والوصية تبرع فصحت في غير المال.**

وكزيتٍ متنجسٍ؛ لمنفعة الاستصباح به. لا للمسجد؛ لأنه لا يجوز الاستصباح به فيه؛ لنجاسته.

وللموصى له ثلث الكلب والزيت المتنجس، ولو كثر مال الموصي، إن لم يُجزِ الورثة؛ لأن موضوع الوصية على سلامة ثلثي التركة للورثة، وليس من التركة شيء من جنس الموصى به.

وإن وصى بكلبٍ ولم يكن له كلب، لم تصح الوصية؛ لأن الوصية لم تصادف محلاً يثبت الحق فيه.

-وتصح بمجهول^(١)، كعبدٍ وشاةٍ؛ لأنها إذا صحت بالمعدوم فالمجهول أولى. ويعطى الموصى له ما يقع عليه الاسم؛ لأنه اليقين، كالإقرار.

فإن اختلف الاسم بالحقيقة اللغوية والعرف غلبت الحقيقة على العرف^(٢)؛ لأنها الأصل ولهذا يحمل عليها كلام الله تعالى، وكلام رسوله ﷺ.

(١) في مجموع الفتاوى (٣١/٣٢٠): «ولو وصى لمعينٍ إذا فعل فعلاً، أو وصى لمطلقٍ موصوفٍ، فكل من الوصيتين جائز باتفاق الأئمة؛ فإنهم لا ينازعون في جواز الوصية بالمجهول».

(٢) في الزاد: «يعطى ما يقع عليه الاسم العرفي» والمثبت: المذهب، كما في المنتهى.

وإذا وصى بثلث ماله أو ربعه، فاستحدث مالا ولو ديةً، بأن قُتِلَ عمدًا أو خطأً وأُخذت ديته، دخل ذلك في الوصية؛ لأنها تجب للميت بدل نفسه، ونفسه له، فكذا بدلها. ويقضى منها دينه، ومؤنة تجهيزه.

فصل

ومن أوصى له بمعينٍ، كثوبٍ وشاةٍ، فتلف قبل موت الموصي أو بعده قبل القبول، بطلت الوصية؛ لزوال حق الموصى له^(١).

وإن تلف المال كله غير المعين الموصى به، فهو للموصى له؛ لأن حقوق الورثة لم تتعلق به؛ لتعيينه للموصى له.

ومحل ذلك: إن خرج من ثلث المال الحاصل للورثة، وإلا فبقدر الثلث.

والاعتبار في قيمة الوصية - ليعرف خروجها من الثلث وعدمه - بحالة الموت^(٢)؛ لأنها حالة لزوم الوصية. وإن كان ما عدا المعين دينًا أو غائبًا، أخذ الموصى له ثلث الموصى به، وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء، ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله؛ لأنه موصى له به.

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

الأنصباء جمع نصيبٍ، والأجزاء جمع جزؤ.

إذا أوصى بمثل نصيب وارثٍ معينٍ، فله مثل نصيبه مضمومًا إلى المسألة، فتصح مسألة الورثة وتزيد عليها مثل نصيب ذلك المعين، فهو الوصية. وكذا لو أسقط لفظ «مثل»، فيكون على حد قوله: {واسأل القرية}.

فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه، أو بنصيبه وله ابنان، فللموصى له الثلث؛ لأن ذلك مثل ما يحصل لابنه.

وإن كانوا ثلاثةً، فللموصى له الربع؛ لما سبق.

وإن كان معهم بنت، فله التُّسْعان؛ لأن المسألة من سبعةٍ، لكل ابنٍ سهمان وللأنثى سهم، ويُزاد عليها مثل نصيب ابنٍ، فتصير تسعةً، فالاثنتان منها تُسْعان.

(١) في المغني (٢٥٨/٦): «أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله، على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده، فلا شيء للموصى له».

(٢) في المغني (٢٥٨/٦): «ولا أعلم فيه خلافًا».

وإن أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يبين ذلك الوارث، فله مثل ما لأقلهم نصيباً؛ لأنه اليقين، وما زاد مشكوك فيه. فمع ابنٍ وبنْتٍ، له ربعٌ مثل نصيب البنت. ومع زوجةٍ وابنٍ، له تُسعٌ مثل نصيب الزوجة. وإن وصَّى بضعف نصيب ابنه، فله مثلاه، وبضعفيه فله ثلاثة أمثاله، وبثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله، وهكذا، كلما زاد ضعفاً فزدَ مثلاً؛ لأن التضعيف ضم الشيء إلى مثله مرةً بعد أخرى.

وإن وصَّى بسهمٍ من ماله فله سدس، بمنزلة سدسٍ مفروضٍ؛ لما روى ابن مسعودٍ «أن رجلاً أوصى لآخر بسهمٍ من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس»^(١)، ولأن السهم في كلام العرب السدس، قاله إياس بن معاوية^(٢)، ولأنه قول عليٍّ وابن مسعودٍ^(٣).

وإن أوصى بشيءٍ أو جزءٍ أو حظٍّ أو نصيبٍ أو قسطن، أعطاه الوارث ما شاء مما يتمول^(٤)؛ لأنه لا حد له في اللغة ولا في الشرع، فكان على إطلاقه.

باب الموصى إليه

وهو المأذون له بالتصرف بعد الموت.

لا بأس^(٥) بالدخول في الوصية لمن قوي عليه ووثق من نفسه؛ لفعل الصحابة رضي الله عنهم.

تصح وصية المسلم إلى كل مسلمٍ مكلفٍ^(٦) عدلٍ رشيدٍ، ولو امرأةً، أو مستوراً أو عاجزاً، ويُضم إليه أمين. أو عبداً؛ لأنه تصح استنابته في الحياة، فصح أن يوصى إليه؛ كالحُر. ويُقبلُ عبد غير الموصي بإذن سيده؛ لأن منافعه مستحقة له، فلا يفوتها عليه بغير إذنه.

وإذا أوصى إلى زيدٍ وأوصى بعده إلى عمروٍ ولم يعزل زيداً، اشتركا؛ لأنه لم يوجد رجوع عن الوصية لواحدٍ منهما. وكذا لو أوصى إليهما معاً.

(١) أخرجه البزار (٢٠٤٧) والطبراني في الأوسط (٨٣٣٨) وقال: «لم يرو هذا الحديث عن أبي قيسٍ إلا العزمي، تفرد به: أبو بكرٍ الحنفي، ولا يروى متصلاً، عن رسول الله ﷺ إلا بهذا الإسناد».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٠٨٠٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٠٨٠١).

(٤) في المغني (١٦٠/٦): «وإن أوصى بجزءٍ أو حظٍّ أو نصيبٍ أو شيءٍ من ماله، أعطاه الورثة ما شاءوا، لا أعلم فيه خلافاً».

(٥) وكذا في الدقائق، وفي الإقناع: قُرْبَة.

(٦) في المغني (٢٤٤/٦): «تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً، ولا تصح إلى مجنونٍ، ولا طفلٍ، ولا وصية مسلمٍ إلى كافرٍ، بغير خلافٍ نعلمه».

ولا ينفرد أحدهما بتصرفٍ لم يجعله موصٍ له^(١)؛ لأنه لم يرضَ بنظره وحده؛ كالوكيلين. وإن غاب أحدهما أو مات، أقام الحاكم مقامه أمينًا؛ لأن الموصي لم يرضَ أحدهما. وإن جعل موصٍ لأحدهما، أو لكلٍ منهما أن ينفرد بالتصرف، صح^(٢)؛ لرضا الموصي به. ويصح قبول الموصى إليه الوصية في حياة الموصي وبعد موته؛ لأن الوصية إذن في التصرف، فجاز قبولها عقيب الإذن كالوكالة، وبعد الموت كالوصية بالمال. وللوصي عزل نفسه متى شاء؛ لأنه متصرف بالإذن، كالوكيل. وليس للموصى إليه أن يوصي؛ لأنه قصر توليته فلم يكن له التفويض، كالوكيل. إلا أن يجعل إليه.

ولا تصح وصية إلا في:

-تصرفٍ معلوم؛ ليعلم الوصي ما أوصى إليه به ليحفظه ويتصرف فيه.

-يملكه الموصي، كقضاء دينه وتفرقة ثلثه والنظر لصغاره؛ لأن الوصي يتصرف بالإذن، فلم يجز إلا فيما يملكه الموصي، كالوكالة.

ولا تصح الوصية بما لا يملكه الموصي، كوصية المرأة بالنظر في حق أولادها الأصغر، ووصية الرجل بالنظر على بالغ رشيد، فلا تصح؛ لعدم ولاية الموصي حال الحياة، فلا يكون ذلك لثأبه. ومن وُصِّي إليه في شيء لم يصر وصيًا في غيره؛ لأنه استفاد التصرف بالإذن، فكان مقصورًا على ما أُذن فيه، كالوكيل.

ومن أوصى بقضاء دينٍ معين، فأبى الورثة أو جحدوا و^(٣)تعدّر إثباته، قضاه باطنًا بغير علمهم؛ لتمكنه من إنفاذ ما وُصِّي إليه، ولأن الورثة لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين.

وكذا إن أوصى إليه بتفريق ثلثه وأبوا أو جحدوا، أخرجه مما في يده باطنًا؛ لتعلق حق الموصى لهم بالثلث بأجزاء التركة، وحق الورثة مؤخر عن الدين وعن الوصية.

(١) في المغني (٢٤٣/٦): بلا خلاف.

(٢) في المغني (٢٤٣/٦): بلا خلاف.

(٣) في الروض بحاشية ابن قاسم «أو» وفي نسخة المشايخ: «و» وهو الموافق لما في الإقناع والمنتهى.

وتصح وصية كافرٍ إلى مسلمٍ^(١)؛ لأن المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره. إن لم تكن تركته نحو خمرٍ؛ لعدم جواز تولي المسلم نحو ذلك.

وتصح وصية كافرٍ إلى كافرٍ عدلٍ في دينه؛ لأنه يجوز أن يكون وليًّا له، فجاز أن يكون وصيًّا له. وإن ظهر على الميت دين يستغرق تركته بعد تفرقة الوصيِّ الثلثِ الموصى إليه بتفرقته، لم يضمن الوصي لرب الدين شيئًا؛ لأنه معذور بعدم علمه بالدين. وكذا إن جهل موصى له فتصدق به الوصيُّ أو حاكم ثم عُلم. وإن قال: ضع ثلثي حيث شئت، أو أعطه لمن شئت، أو تصدق به على من شئت، لم يحل للوصي أخذه له؛ لأنه تملكه بالإذن^(٢)، فلا يكون قابلاً له، كالوكيل. ولا يجوز للوصي أيضاً دفعه لولده ولا سائر ورثته، أغنياء كانوا أو فقراء؛ لأنه متهم في حقهم.

وإن دعت حاجة إلى بيع بعض عقارٍ من تركة، لقضاء دين ميتٍ أو حاجة صغارٍ وفي بيع بعض العقار ضرر، كتنقص ثمنه على الصغار، فله^(٣) البيع على الصغار والكبار إن امتنعوا أو غابوا؛ لأن الوصي قائم مقام الأب، ولأب بيع الكل فالوصي كذلك، ولأنه وصي يملك بيع البعض فملك بيع الكل. ومن مات بمكان لا حاكم به ولا وصي، جاز لبعض من حضره من المسلمين تولي تركته وعمل الأصلح حينئذٍ فيها من بيع وغيره؛ لأنه موضع ضرورة. ويكفنه منها، فإن لم تكن فمن عنده، ويرجع على تركته، أو على من تلزمه نفقته، إن نواه؛ لدعاء الحاجة لذلك.

١٤٣٦/١٢/١

(١) في الإشراف (٤/٤٥١): «أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن وصية الذمي للمسلم بما يجوز ملكه جائزة».

(٢) في الروض بحاشية ابن قاسم: «بلا إذن» وفي نسخة المشايخ: «بالإذن» وهو الموافق لما في المبدع والكشاف.

(٣) في الإقناع والمنتهى: باع الوصي.

بسم الله الرحمن الرحيم

١٨/محرم/١٤٣٧

كتاب الفرائض

جمع فريضة، بمعنى مفروضة، أي مقدرة.

فهي نصيب مقدر شرعاً لمستحقه.

وقد حث ﷺ على تعلمه وتعليمه، ففي حديث ابن مسعود، عن النبي ﷺ قال: «تعلموا الفرائض وعلموه الناس؛ فإني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض حتى يختلف الاثنان في الفريضة، فلا يجدان أحداً يفصل بينهما» رواه النسائي والحاكم واللفظ له^(١).

والفرائض هي: العلم بقسمة الموارث.

والموارث: جمع ميراث، وهو المال المخلف عن ميت. ويقال له أيضاً: التراث.

ويسمى العارف بهذا العلم: فارضاً، وفريضاً، وفرائضياً. وقد منعه بعضهم، وردده غيره.

والإرث: انتقال مال الميت إلى حيٍّ بعده.

وأسابه ثلاثة:

أحدها: رحم، وهو القرابة، قرُبت أو بُعدت، قال تعالى: {وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ}.

والثاني: نكاح، وهو عقد الزوجية الصحيح، قال تعالى: {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ} الآية.

والثالث: ولاء عتيق؛ لحديث ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «الولاء لِحمة كلحمة النسب» رواه ابن حبان والحاكم^(٢). شبه الولاء بالنسب، والنسب يُورث به، فكذا الولاء.

والجمع على توريتهم من الذكور عشرة: الابن، وابنه وإن نزل، والأب، وأبوه وإن علا، والأخ من كل جهة،

شقيقاً كان، أو لأبٍ، أو لأمٍّ، وابنُ الأخ لا من الأم، والعمُّ لغير أمٍّ، وابنه، والزوج، وذو الولاء.

ومن الإناث سبع: البنت، وبنت الابن وإن نزل، والأم، والجددة، والأخت، والزوجة، والمعتقة.

والورثة ثلاثة: ذو فرضٍ، وعصبة، وذو رحمٍ، ويأتي بيانهم.

(١) السنن الكبرى للنسائي (٦٢٧١) المستدرک (٧٩٥١) قال في التلخيص الحبير (١٧١/٣): فيه انقطاع.

(٢) صحيح ابن حبان (٤٩٥٠) المستدرک (٧٩٩٠) قال البيهقي في السنن الكبرى (٤٩٤/١٠): «روي من أوجهٍ آخر كلها ضعيفة».

وإذا اجتمع جميع الذكور، ورث منهم ثلاثة: الابن، والأب، والزوج.
وإذا اجتمع جميع النساء، ورث منهن خمسة: البنت، وبنت الابن، والأم، والزوجة، والشقيقة.
وإذا اجتمع ممكن الجمع من الصنفين، ورث: الأبوان، والولدان، وأحد الزوجين.

باب ذوي الفروض

فدوو الفروض عشرة: الزوجان، والأبوان، والجد، والجدة، والبنات الواحدة فأكثر، وبنات الابن كذلك، والأخوات من كل جهة كذلك، والإخوة من الأم كذلك، ذكوراً كانوا أو إناثاً.

فللزوج النصف مع عدم الولد وولد الابن.

ومع وجود ولدٍ وارثٍ^(١) أو ولد ابنٍ وارثٍ وإن نزل، ذكرًا كان أو أنثى، واحدًا أو متعددًا، الربع؛ لقوله تعالى: {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ}.

وللزوجة فأكثر: ربع مع عدم الفرع الوارث، وثلث معه؛ لقوله تعالى: {وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ}.

ولكلٍ من الأب والجد:

-السدس بالفرض مع ذكرٍ فأكثر من ولد الصلب، أو ذكرٍ فأكثر من ولد الابن؛ لقوله تعالى: {وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ}.

-ويرثان بالتعصيب مع عدم الولد الذكر والأنثى، وعدم ولد الابن كذلك؛ لقوله تعالى: {فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ}، فأضاف الميراث إليهما، ثم جعل للأم الثلث، فكان الباقي للأب.

-ويرثان بالفرض والتعصيب مع إناث الأولاد، أو أولاد الابن، واحدةً كُنَّ أو أكثر، فمن مات عن أبٍ وبنتٍ أو جدٍ، فللبنات النصف، وللأب أو الجد السدس فرضاً؛ لما سبق، والباقي تعصيباً؛ لحديث ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجلٍ ذكرٍ» متفق عليه^(٢).

(١) أي: لم يبق به مانع من الإرث.

(٢) صحيح البخاري (٦٧٣٢) صحيح مسلم (١٦١٥).

فصل

والجد لأبٍ وإن علا بمحض الذكور مع ولد أبوين، أو ولد أبٍ، ذكرًا أو أنثى، واحدًا أو متعددًا، كأخٍ منهم في مقاسمتهم المال، أو ما أبقت الفروض؛ لأنهم تساووا في الإدلاء بالأب فتساووا في الميراث. وهذا قول زيد بن ثابت^(١) ومن وافقه.

فجد وأخت: له سهمان، ولها سهم.

جد وأخ: لكلٍ سهم.

جد وأختان: له سهمان، ولهما سهمان.

جد وثلاث أخوات: له سهمان، ولكلٍ منهن سهم.

جد وأخ وأخت: للجد سهمان، والأخ سهمان، والأخت سهم.

وفي جدٍّ وجدّةٍ وأخٍ: للجدّة السدس، والباقي للجد والأخ مقاسمة.

والأخ لأُمٍّ فأكثر ساقط بالجد، كما يأتي.

فإن نقصت الجدّ المقاسمة عن ثلث المال، إذا لم يكن معهم صاحب فرض، أعطي ثلث المال.

كجدٍّ وأخوين وأختٍ فأكثر، له الثلث، والباقي لهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وتستوي له المقاسمة والثلث في جدٍّ وأخوين، وجدٍّ وأربع أخواتٍ، وجدٍّ وأخٍ وأختين.

ومع ذي فرضٍ، كبنّتٍ أو بنت ابنٍ، أو زوجٍ أو زوجةٍ أو أمٍّ أو جدّةٍ، يعطى الجد بعد ذي الفرض واحدًا كان أو أكثر الأخط:

- من المقاسمة، كزوجةٍ وجدٍّ وأختٍ، من أربعةٍ، للجد سهمان، وللزوجة سهم، وللأخت سهم.

- أو ثلث ما بقي، كأُمٍّ وجدٍّ وخمسةٍ إخوةٍ، من ثمانية عشر، للأم ثلاثة أسهم، وللجد ثلث الباقي خمسة، ولكل أخ سهمان.

- أو سدس الكل، كبنّتٍ وأمٍّ وجدٍّ وثلاثةٍ إخوةٍ.

فإن لم يبق بعد ذوي الفروض سوى السدس، كبنّتٍ وبنت ابنٍ وأمٍّ وجدٍّ وإخوةٍ، أُعطي الجد السدس الباقي،

(١) مصنف عبد الرزاق (١٩٠٥٩).

وسقط الإخوة مطلقاً؛ لاستغراق الفروض التركة.

إلا الأخت في الأكدرية، وهي زوج وأم وأخت وجد، للزوج النصف، وللأم الثلث، يَفْضَلُ سدس يأخذه الجد، ويُفرض للأخت النصف، فتعول لتسعة، ثم يرجع الجد والأخت للمقاسمة، وسهامهما أربعة على ثلاثة عدد رؤوسهما، فتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، وللجد ثمانية، وللأخت أربعة، سُميت أكدرية؛ لتكديرها لأصول زيد في الجد والإخوة.

ولا يعول في مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لأختٍ مع الجد ابتداءً إلا في الأكدرية.

وأما مسائل المعادة فيفرض فيها للشقيقة بعد أخذه نصيبه.

وولد الأب ذكراً كان أو أنثى، واحداً أو أكثر إذا انفردوا عن ولد الأبوين، مع الجد كولد الأبوين فيما سبق. فإن اجتمع الأشقاء وولد الأب، عادَّ ولد الأبوين الجد بولد الأب، فإذا قاسموه أخذ عصبه ولد الأبوين ما بيد ولد الأب، كجدٍ وأخٍ شقيقٍ وأخٍ لأبٍ، فللجد سهم، والباقي للشقيق؛ لأنه أقوى تعصياً من الأخ للأب.

وتأخذ أثناهم إذا كانت واحدةً تمام فرضها، وهو النصف، وما بقي لولد الأب، فجد وشقيقة وأخ لأبٍ، تصح من عشرة، للجد أربعة، وللشقيقة خمسة، وللأخ للأب ما بقي، وهو سهم. فإن كانت الشقيقات ثنتين فأكثر، لم يتصور أن يبقى لولد الأب شيء.

فصل في أحوال الأم

ولها أربعة أحوالٍ، ثلاثةٌ يختلف ميراثها بسبب اختلافها، والرابع يظهر تأثيره في عصبتها.

الحال الأولى: يكون لها السدس مع وجود ولدٍ أو ولدِ ابنٍ، ذكراً أو أنثى، واحداً أو متعدداً؛ لقوله تعالى: {وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدْسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ}.

أو اثنتين فأكثر من إخوةٍ أو أخواتٍ أو منهما؛ لمفهوم قوله تعالى: {فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدْسُ}.

الحال الثاني: يكون لها الثلث مع عدم الولد وولد الابن والعدد من الإخوة والأخوات؛ لقوله تعالى: {فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ}.

الحال الثالث: يكون لها ثلث الباقي^(١)، وهو في الحقيقة إما السدس مع زوجٍ وأبوين، فتصح من ستة.

(١) عبَّر في الزاد عن الحال الثالثة بقوله: «والسدس مع زوجٍ وأبوين، والرابع مع زوجةٍ وأبوين» وعبر في المقنع والإقناع والمنتهى عن هذه

وإما الربع مع زوجة وأبوين، وللأب مثلاً النصيبين في المسألتين.

ويسميان بالغراوين والعمريتين، قضى فيهما عمر بذلك، وتبعه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم.

الحال الرابع: إذا لم يكن لولدها أبٌ لكونه ولد زنى أو منفياً بلعانٍ، فعصبته - بعد ذكورٍ ولده - عصبته أمه، في إرثٍ فقط، فلا يعقل عصبه أمه عنه، ولا يثبت لهم عليه ولاية التزويج، ولا ولاية المال؛ لأنهم ينتسبون إليه بقرابة الأم، وهي ضعيفة.

فصل في ميراث الجدة

ترث أم الأم، وأم الأب، وأم أبي الأب فقط، وإن علون أمومةً: السدس؛ لما روى إبراهيم النخعي أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات، ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم^(١).

فإن انفردت واحدة منهن، أخذت السدس.

وإن اجتمع اثنتان أو ثلاثٌ وتساوين في القرب أو البعد من الميت، فالسدس بينهما؛ لعدم المرجح لإحدهن عن الأخرى.

ومن قربت من الجدات، فالسدس لها وحدها مطلقاً، وتسقط البُعدي من كل جهةٍ بالقربى؛ لأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهةٍ واحدة، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن؛ كالأباء والأبناء والإخوة.

وترث أم الأب وأم الجد مع الأب والجد، كما يرثان مع العم؛ روي عن عمر وابن مسعود وأبي موسى وعمران بن حصين وأبي الطفيل رضي الله عنهم.

وترث الجدة المدلية بقرابتين مع الجدة ذات القرابة الواحدة ثلثي السدس، وللأخرى ثلثه. فلو تزوج بنت خالته فأنت بولدٍ، فجده أم أم ولدٍ، وأم أم أبيه. وإن تزوج بنت عمته فأنت بولدٍ، فجده أم أم أم، وأم أبي أبيه، فترث بالقرابتين.

ولا يمكن أن ترث جدة تدلي بجهةٍ مع جدة ذات ثلاث جهات؛ لأننا لا نورث أكثر من ثلاث جدات.

الحال ب: ثلث الباقي. وقد صرف الشيخ منصور عبارة الزاد؛ لتوافق ما ذكر غيره.

(١) سنن سعيد بن منصور (٧٢/١ ح ٧٩) المراسيل لأبي داود (ص ٢٦٠ ح ٣٥٥).

فصل في ميراث البنات وبنات الابن والأخوات

والنصف فرض بنتٍ إذا كانت وحدها، بأن انفردت عن مساويها ويعصّبها؛ لقوله تعالى: {وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ}.

ثم النصف لبنتِ ابنٍ وحدها، إذا لم يكن ولدٌ صلبٍ، وانفردت عن مساويها ويعصّبها. ثم عند عدم الولد وولد الابن يكون النصف لأختٍ لأبوين عند انفرداها عن مساويها أو يعصّبها أو يحجبها.

أو أختٍ لأبٍ وحدها عند عدم الشقيقة وانفرداها.

والثلثان لثنتين فأكثر من البنات أو بنات الابن أو الشقيقات أو الأخوات لأبٍ؛ لقوله تعالى: {فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ}، «وأعطى النبي ﷺ بنتي سعد بن الربيع الثلثين»^(١)، وقال تعالى في الأختين {فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ}.

ويشترط ألا يعصّبن بذكرٍ بإزائهن، أو أنزل من بنات الابن عند احتياجهن إليه، كما يأتي.

فإن عُصّبن بذكرٍ، فالمال أو ما أبقّت الفروض بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين.

والسدس لبنتِ ابنٍ فأكثر وإن نزل أبوها تكملة الثلثين مع بنتٍ واحدة؛ لقول ابن مسعودٍ - في بنتٍ وابنةِ ابنٍ وأختٍ -: «أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ: للابنة النصف، ولابنة ابنٍ السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت» رواه البخاري^(٢).

ولأختٍ لأبٍ فأكثر مع أختٍ واحدةٍ لأبوين السدس تكملة الثلثين؛ كبنتِ الابن مع بنتِ الصلب.

مع عدم معصّبٍ في مسألة بنتِ الابن مع بنتِ الصلب، ومسألة الأختِ لأبٍ مع الشقيقة.

فإن كان مع إحداهما معصّب، اقتسما الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين.

فإن استكمل الثلثين بناتٍ، بأن كن ثنتين فأكثر، سقطت بنات الابن إن لم يُعصّبن.

أو استكمل الثلثين بنتٍ وبنتِ ابنٍ، سقطت من دونهن، كبنات ابنٍ، إن لم يعصّبهن ذكر بدرجتهم، أو أنزل من بني الابن.

(١) سنن أبي داود ت (٢٨٩١) سنن الترمذي (٢٠٩٢) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٢) صحيح البخاري (٦٧٣٦).

ولا يعصّب ذاتَ فرضٍ أعلى منه، ولا من هي أنزل منه.
وكذا الأخوات من الأب يسقطن مع أخواتٍ لأبوين اثنتين فأكثر، إن لم يعصبهن أخوهن المساوي لهن.
وابن الأخ لا يعصب أخته، ولا من فوقه.

والأخت فأكثر شقيقةً كانت أو لأبٍ، واحدةً أو أكثر، تترث بالتعصيب ما فضل عن فرض البنت أو بنت الابن فأكثر، **فالأخوات مع البنات أو بنات الابن عصابات.**
ففي بنتٍ وأختٍ شقيقةٍ وأخٍ لأبٍ، للبنت النصف وللشقيقة الباقي، ويسقط الأخ لأبٍ بالشقيقة؛ لكونها صارت عصبهً مع البنت.

وللذكر الواحد أو الأنثى الواحدة أو الخنثى من ولد الأم: السدسُ.
ولاثنتين منهم، ذكرين أو أنثيين أو خنثيين أو مختلفين فأكثر: الثلثُ بينهم بالسوية، لا يفضل ذكراً على أنثاهم؛ لقوله تعالى: { وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ } أجمع العلماء على أن المراد هنا ولد الأم.

فصل في الحجب

وهو منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية، أو من أوفر حظيه.
ويسمى الأول: حجب حرمان، وهو المراد هنا.
يسقط الأجداد بالأب؛ لإدلائهم به.
ويسقط الأبعد من الأجداد بالأقرب؛ لذلك.
وتسقط الجدات من قبل الأم والأب بالأم؛ لأن الجدات يرثن بالولادة، والأم أولاهن؛ لمباشرتها الولادة.
ويسقط ولد الابن بالابن، ولو لم يدل به؛ لقربه.
ويسقط ولد الأبوين ذكراً كان أو أنثى بابنٍ وابنٍ ابنٍ، وإن نزل، وأبٍ، حكاة ابن المنذر إجماعاً.
ويسقط ولد الأب بالابن وابنه وإن نزل، وبالأب، وبالأخ لأبوين، وبالأخت لأبوين إذا صارت عصبهً مع البنت أو بنت الابن.
ويسقط ولد الأم بالولد ذكراً كان أو أنثى، وبولد الابن كذلك، وبالأب وأبيه وإن علا.

ويسقط بأبي الأب وإن علا كلُّ ابنِ أخٍ، وكلُّ عمٍّ وابنه؛ لقربه.

ومن لا يرث لرقٍّ أو قتلٍ أو اختلافٍ دينٍ، لا يجب حرماناً ولا نقصاناً.

باب العصابات

من العصب وهو الشد، سموا بذلك؛ لشد بعضهم أزر بعضٍ.
وهم كل من لو انفرد لأخذ المال بجهةٍ واحدةٍ، كالأب والابن والعم ونحوهم.
وقولنا: «بجهةٍ واحدةٍ» يُحترز به عن ذي الفرض، فإنه إذا انفرد يأخذه بالفرض والرد، فقد أخذه بجهتين.
ومع ذي فرضٍ يأخذ ما بقي بعد ذوي الفروض.
ويسقط إذا استغرقت الفروض التركة.
فالعصبة من يرث بلا تقديرٍ.
ويقدم أقرب العصبة.

فأقربهم ابن فابنه وإن نزل؛ لأنه جزء الميت.

ثم الأب؛ لأن سائر العصابات يدلون به.

ثم الجد أبوه وإن علا؛ لأنه أب وله إيلاد- مع عدم أخٍ لأبوين أو لأبٍ، فإن اجتمع معهم، فعلى ما تقدم-

ثم الأخ لأبوين، ثم لأبٍ، ثم بنو الأخ الشقيق، ثم بنو الأخ لأبٍ وإن نزلوا أبداً.

ثم عم لأبوين، ثم عم لأبٍ، ثم بنوهما كذلك، فيقدم بنو العم الشقيق، ثم بنو العم لأبٍ، ثم أعمام أبيه

لأبوين، ثم أعمام أبيه لأبٍ، ثم بنوهم كذلك، يقدم ابن الشقيق على ابن الأب، ثم أعمام جدهم، ثم بنوهم

كذلك، ثم أعمام أبي جده، ثم بنوهم كذلك، وهكذا.

لا يرث بنو أبٍ أعلى وإن قربوا مع بني أبٍ أقرب وإن نزلوا؛ لحديث ابن عباسٍ قال: قال رسول الله ﷺ:

«ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأولى رجلٍ ذكرٍ» متفق عليه، وأولى هنا بمعنى أقرب، لا بمعنى أحق؛ لما

يلزم عليه من الإبهام والجهالة.

فأخ لأبٍ وابنه وإن نزل أولى من عمٍّ- ولو شقيقاً- ومن ابنه.

وأخ لأبٍ أولى من ابن أخٍ لأبوين؛ لأنه أقرب منه.

وابن أخٍ لأبوين، أو ابن أخٍ لأبٍ أولى من ابن أخٍ لأبوين؛ لقربه.

ومع الاستواء في الدرجة، كأخوين وعمين، يقدم من لأبوين على من لأب؛ لقوة القرابة. فإنْ غُدم عصبه النسب، وورث المعتق، ولو أنثى؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» متفق عليه. ثم عصبته الأقرب فالأقرب، كنسبٍ، ثم مولى المعتق، ثم عصبته كذلك، ثم الرد، ثم ذوو الأرحام.

فصل

يرث الابن مع البنت مثليها، ويرث ابن الابن مع بنت الابن مثليها؛ لقوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ}.^(١)

ويرث الأخ لأبوين مع أخت لأبوين مثليها، ويرث الأخ لأبٍ مع أختٍ مثليها؛ لقوله تعالى: {وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ}.

وكل عصبه غير هؤلاء الأربعة، كابن الأخ والعم وابن العم وابن المعتق وأخيه، لا ترث أخته معه شيئاً؛ لأنها من ذوي الأرحام، والعصبه مقدم عليهم.

وابنا عمٍّ أحدهما أخ لأُمٍّ للميتة أو زوجٌ لها، له فرضه أولاً، والباقي بعد فرضه: لهما تعصيباً. فلو ماتت امرأة عن بنتٍ وزوجٍ هو ابن عمٍّ، فتركتها بينهما بالسوية، وإن تركت معه بنتين، فالمال بينهما أثلاثاً.

ويبدأ بذوي الفروض فيعطون فروضهم، وما بقي للعصبه؛ لحديث «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجلٍ ذكرٍ».

ويسقط العصبه إذا استغرقت الفروض التركية؛ لما سبق.

حتى الإخوة الأشقاء في الحمارية، وهي زوج وأم وإخوة لأُمٍّ وإخوة أشقاء. للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، ويسقط الأشقاء؛ لاستغراق الفروض التركية؛ روي عن عليٍّ وابن مسعودٍ وأبي بن كعبٍ وابن عباسٍ وأبي موسى رضي الله عنهم، وقضى به عمر أولاً ثم وقعت ثانياً، فأسقط ولد الأبوين، فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين، هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشرَك بينهم^(١). ولذلك سميت بالحمارية.

باب أصول المسائل والعول والرد

أصل المسألة: مخرج فرضها أو فروضها.

(١) قال ابن الملقن في البدر المنير (٢٣٤/٧): ذكره الطحاوي. قال محققو كشف القناع (٣٩١/١٠): لم نقف عليه في كتابيه.

والفروض ستة: نصف، وربع، وثمان، وثلثان، وثلث، وسدس. هذه الفروض القرآنية، وثلث الباقي ثبت بالاجتهاد.

والأصول سبعة، أربعة لا عول فيها، وثلاثة قد تعول.
 فنصفان من اثنين، كزوجٍ وأختٍ شقيقةٍ أو لأبٍ، ويسميان باليتيمين.
 أو نصف وما بقي، كزوجٍ وعمٍّ، من اثنين، مخرج النصف.
 وثلثان وما بقي، من ثلاثة، مخرج الثلثين، كبننتين وعمٍّ.
 أو ثلث وما بقي، كأبٍ وأبٍ من ثلاثة، مخرج الثلث.
 أو ثلثان وثلث، كأختين لأبٍ وأختين لغيرها، من ثلاثة؛ لتساوي مخرج الفرضين، فيُكتفى بأحدهما.
 وربع وما بقي، كزوجٍ وابنٍ، من أربعة، مخرج الربع.
 أو ثمن وما بقي، كزوجةٍ وابنٍ، من ثمانية، مخرج الثمن.
 أو ربع مع النصف، كزوجٍ وبنْتٍ، من أربعة؛ لدخول مخرج النصف في مخرج الربع.
 وثمان مع نصفٍ، كزوجةٍ وبنْتٍ وعمٍّ، من ثمانية؛ لدخول مخرج النصف في الثمن.
 فهذه أربعة أصولٍ لا تعول؛ لأن العول ازدحام الفروض، ولا يتصور وجوده في واحدٍ من هذه الأربعة.

والنصف مع الثلثين، كزوجٍ وأختين لغير أمٍّ، من ستة؛ لتباين المخرجين، وتعول لسبعةٍ.
 أو النصف مع الثلث، كزوجٍ وأمٍّ وعمٍّ، من ستة؛ لتباين المخرجين.
 أو النصف مع السدس، كبنْتٍ وأمٍّ وعمٍّ، من ستة؛ لدخول مخرج النصف في السدس.
 أو السدس وما بقي، كأبٍ وابنٍ، من ستة؛ مخرج السدس.
 وتعول الستة إلى عشرةٍ شفعاً ووترًا.
 فتعول إلى سبعةٍ، كزوجٍ وأختٍ لغير أمٍّ وجددةٍ.
 ولثمانيةٍ، كزوجٍ وأمٍّ وأختٍ لغير أمٍّ.
 وإلى تسعةٍ، كزوجٍ وأختين لأبٍ وأختين لغير أمٍّ.
 وإلى عشرةٍ، كزوجٍ وأمٍّ وأخوين لأبٍ وأختين لغير أمٍّ، وتسمى ذات الفروخ؛ لكثرة عولها.
 والربع مع الثلثين، كزوجٍ وبنْتين وعمٍّ من اثني عشر؛ لتباين المخرجين.
 أو الربع مع الثلث، كزوجةٍ وأمٍّ وعمٍّ، من اثني عشر كذلك.

أو الربع مع السدس، كزوجٍ وأمِّ وابنٍ، من اثني عشر؛ للتوافق.

وتعول الاثنا عشر إلى سبعة عشر وتراً.

فتعول لثلاثة عشر، كزوجٍ وبنيتين وأمِّ.

ولخمسة عشر، كزوجٍ وبنيتين وأبوين.

وإلى سبعة عشر، كثلاث زوجاتٍ وجدتين وأربع أخواتٍ لأمِّ وثمان أخواتٍ لأبوين، وتسمى أم الأرامل وأم الفروخ.

والثمن مع السدس، كزوجةٍ وأمِّ وابنٍ، من أربعةٍ وعشرين؛ لتوافق المخرجين.

أو الثمن مع ثلثين، كزوجةٍ وبنيتين وأخٍ شقيقٍ، من أربعةٍ وعشرين؛ للتباين.

وتعول مرةً واحدةً إلى سبعةٍ وعشرين، ولذلك تسمى البخيلة، كزوجةٍ وأبوين وبنيتين، وتسمى المنبرية.

فصل في الرد

وإن بقي بعد الفروض شيء ولا عسبة معهم رُدَّ الفاضل على كل ذي فرضٍ بقدر فرضه؛ لقوله تعالى:

{وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ} غير الزوجين فلا يرد عليهما؛ لأنهما ليسا من ذوي القرابة.

فإن كان من يُرد عليه واحداً أخذ الكل فرضاً ورداً.

وإن كانوا جماعةً من جنسٍ، كبناتٍ أو جداتٍ فبالسوية.

وإن اختلف جنسهم، فخذ عدد سهامهم من أصل ستةٍ، واجعل عدد السهام المأخوذة أصل مسألتهم.

فجدة وأخ لأمِّ، من اثنين، وأم وأخ لأمِّ، من ثلاثةٍ، وأم وبناتٍ، من أربعةٍ، وأم وبناتان، من خمسةٍ.

وإن كان معهم زوج أو زوجة، فُسم الباقي بعد فرضه على مسألة الرد، فإن انقسم، كزوجةٍ وأمِّ وأخوين لأمِّ،

وإلا ضربت مسألة الرد في مسألة الزوجية، كزوجٍ وجدّةٍ وأخٍ لأمِّ. أصل مسألة الزوج من اثنين، له واحد،

يبقى واحد على مسألة الرد اثنين، لا ينقسم، فتضرب اثنين في اثنين، فتصح من أربعةٍ، للزوج سهمان،

وللجدة سهم، وللأخ سهم.

باب التصحيح والمناسخات وقسمة التركات

التصحيح تحصيل أقل عددٍ ينقسم على الورثة بلا كسرٍ.

إذا انكسر سهم فريقٍ - أي صنفٍ من الورثة - عليهم، ضربت عددهم إن باين سهامهم، كثلاث أخواتٍ

لغير أمٍّ وعمٍّ، لهن سَهْمَانِ عَلَى ثَلَاثَةٍ، لَا تَنْقَسِمُ، وَتَبَايِنُ، فَتَضْرِبُ عِدَدَهُمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ، لِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمَانِ، وَلِلْعَمِّ ثَلَاثَةٌ.

أَوْ تَضْرِبُ وَفَقَّ عِدَدَهُمْ إِنْ وَافَقَ عِدَدُ سَهَامِهِمْ بِجِزْءٍ، كَثُلْتِ رُبْعٍ وَنَصْفٍ وَثَمْنٍ، فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلُهَا إِنْ عَالَتْ، فَمَا بَلَغَ صَحْتُ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ، كَزَوْجٍ وَسِتِّ أَخَوَاتٍ لِغَيْرِ أُمٍّ، أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ مِنْ سِتَّةٍ، وَعَالَتْ لِسَبْعَةٍ، وَسَهَامِ الْأَخَوَاتِ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ، تَوَافَقَ عِدَدُهُنَّ بِالنَّصْفِ، فَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي سَبْعَةٍ، تَصِحُّ مِنْ وَاحِدٍ وَعِشْرِينَ، لِلزَّوْجِ تِسْعَةٌ، وَلِكُلِّ أُخْتٍ سَهْمَانِ.

وَيَصِيرُ لِلوَاحِدِ مِنَ الْفَرِيقِ الْمُنْكَسِرِ عَلَيْهِ مَا كَانَ لِمَجَاعَتِهِ عِنْدَ التَّبَايِنِ، كَالْمِثَالِ الْأَوَّلِ، أَوْ يَصِيرُ لِلوَاحِدِ مِنْهُمَا مَا كَانَ لِمَجَاعَتِهِ عِنْدَ التَّوْفَاقِ، كَالْمِثَالِ الثَّانِي.

وَإِنْ كَانَ الْإِنْكَسَارُ عَلَى فَرِيقَيْنِ فَأَكْثَرَ، نَظَرْتُ بَيْنَ كُلِّ فَرِيقٍ وَسَهَامِهِ، وَتَثَبَّتِ الْمَبَايِنُ وَوَفَّقَ الْمَوَافِقُ، ثُمَّ تَنْظُرُ بَيْنَ الْمَثَبَاتِ بِالنَّسَبِ الْأَرْبَعِ، وَتَحْصِلُ أَقْلَ عِدَدٍ يَنْقَسِمُ عَلَيْهَا، فَمَا كَانَ يُسَمَّى جِزْءَ السَّهْمِ تَضْرِبُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا إِنْ عَالَتْ، فَمَا بَلَغَ فَمِنْهُ تَصِحُّ، كَجَدَّتَيْنِ وَثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ لِأُمٍّ وَسِتَّةِ أَعْمَامٍ، أَصْلُهَا سِتَّةٌ، وَجِزْءُ سَهْمِهَا سِتَّةٌ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ، لِكُلِّ جِدَّةٍ ثَلَاثَةٌ، وَلِكُلِّ أَخٍ أَرْبَعَةٌ، وَلِكُلِّ عَمٍّ ثَلَاثَةٌ.

فصل في المناسخات

جمع مناسخة، من النسخ، بمعنى الإبطال، أو الإزالة، أو التغيير، أو النقل. واصطلاحًا: موت ثانٍ فأكثر من ورثة الأول قبل قسم تركته. ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ورثة الثاني يرثونه كما يرثون الأول، كإخوة أشقاء أو لأبٍ، ذكورٍ، أو ذكورٍ وإناثٍ، ماتوا واحدًا بعد واحدٍ حتى بقي ثلاثة مثلاً، فاقسم التركة على من بقي من الورثة ولا تلتفت للأول.

الثاني: أن يكون ورثة كل ميتٍ لا يرثون غيره، كإخوة لهم بنون، فصحح المسألة الأولى، واقسم سهم كل ميتٍ على مسألته، وهي عدد بنيه، وصحح المنكسر، كما سبق.

كما لو مات إنسان عن ثلاثة بنين، ثم مات الأول عن ابنين، ثم الثاني عن ثلاثة، ثم الثالث عن أربعة، فالمسألة الأولى من ثلاثة، ومسألة الثاني من اثنين، وسهمه يباينهما، ومسألة الثالث من ثلاثة، وسهمه

يباينها، ومسألة الرابع من أربعة، وسهمه يباينها، والاثنان داخله في الأربعة، وهي تباين الثلاثة، فتضربها فيها، فتبلغ اثني عشر، تضربها في ثلاثة، تبلغ ستة وثلاثين، ومنها تصح، للأول اثنا عشر لابنيه، وللثاني اثنا عشر لابنيه الثلاثة، وللثالث اثنا عشر لابنيه الأربعة.

الثالث: ألا يرثوا الثاني كالأول، بأن اختلف ميراثهم منهما، صححت المسألة الأولى للميت الأول، وعرفت سهام الثاني منها، وعملت مسألة الثاني، وقسمت أسهم الثاني من الأولى على مسألة ورثته، فإن انقسمت صحت من أصلها.

كرجل خلف زوجةً وبنثًا وأخًا، ثم ماتت البنت عن زوجٍ وبنثٍ وعمٍّ، فالمسألة الأولى من ثمانية، وسهام البنت منها أربعة، ومسألتها أيضًا من أربعة، فصحتا من الثمانية، لزوجها أبيها سهم، ولزوجها سهم، ولبنتها سهمان، ولعمها أربعة، ثلاثة من أخيه، وسهم منها.

وإن لم تنقسم سهام الثاني على مسألتها ضربت كل الثانية إن باينتها سهام الثاني، أو ضربت وفقها للسهم إن وافقتها في الأولى، فما بلغ فهو الجامعة، ومن له شيء من الأولى، فاضربه فيما ضربته فيها، وهو الثانية عند التباين أو وفقها عند التوافق، ومن له من الثانية شيء، فاضربه فيما تركه الميت الثاني، أي في عدد سهامه من الأولى عند المباينة، أو وفقه عند الموافقة، ومن يرث منهما يجمع ماله منها، فما اجتمع فهو له.

مثال الموافقة: أن تكون الزوجة أمًا للبنت الميتة في المثال السابق، فتصير مسألتها من اثني عشر، توافق سهامها الأربعة من الأولى بالربع، فتضرب ربعها ثلاثة في الأول، وهي ثمانية تكن أربعة وعشرين، للزوجة من الأولى سهم في ثلاثة وفق الثانية بثلاثة، ومن الثانية سهمان في واحد وفق سهام البنت باثنين، فيجتمع لها خمسة، وللأخ من الأولى ثلاثة في ثلاثة وفق الثانية بتسعة، ومن الثانية واحد في واحد بواحد، فله عشرة، ولزوج الثانية ثلاثة ولبنتها ستة.

ومثال المباينة: أن تموت البنت في المثال المذكور عن زوجٍ وبنثين وأمٍّ، فإن مسألتها تعول لثلاثة عشر، تباين سهامها الأربعة فتضربها في الأولى، تكن مائة وأربعة، للزوجة من الأولى سهم في الثانية بثلاثة عشر، ولها من الثانية سهمان مضروبان في سهامها من الأولى، أربعة بثمانية يجمع لها أحد وعشرون، وللأخ في الأولى ثلاثة في الثانية بتسعة وثلاثين، ولا شيء له من الثانية، وللزوج من الثانية ثلاثة في أربعة باثني عشر، ولبنتيها من الثانية ثمانية في أربعة، باثنين وثلاثين.

وتعمل في الميت الثالث فأكثر عملك في الميت الثاني مع الأول، فتصح الجامعة للأولين، وتعرف سهام

الثالث منها وتنقسمها على مسألته، فإن انقسمت لم تحتج لضربٍ وتنقسم كما سبق، فإن لم تنقسم فاضرب الثالثة أو وفقها في الجامعة، ثم من له شيء من الجامعة الأولى، أخذه مضروبًا في مسألة الثالث أو وفقها، ومن له شيء من الثالثة أخذه مضروبًا في سهامه أو وفقها، وهكذا إن مات رابع فأكثر.

فصل في قسمة التركات

القسمة معرفة نصيب الواحد من المقسوم.

ومن طرق معرفتها طريق النسبة.

فإذا أمكن نسبة سهم كل وارثٍ من المسألة بجزءٍ، كنصفٍ وعُشرٍ، فلذلك الوارث من التركة كنسبته. فلو ماتت امرأة عن تسعين دينارًا، وخلفت زوجًا وأبوين وابنتين، فالمسألة من خمسة عشر، للزوج منها ثلاثة، وهي خمس المسألة، فله خمس التركة، ثمانية عشر دينارًا، ولكل واحدٍ من الأبوين اثنان، وهما ثلثا خمس المسألة، فيكون لكلٍ منهما ثلثا خمس التركة اثنا عشر دينارًا، ولكل من البنين أربعة، وهي خمس المسألة وثلث خمسها، فلها كذلك من التركة، أربعة وعشرون دينارًا. وإن ضربت سهام كل وارثٍ في التركة وقسمت الحاصل على المسألة، خرج نصيبه من التركة. وإن قسمت على القراريط، فهي في عرف أهل مصر والشام أربعة وعشرون قيراطًا، فاجعل عددها كتركة معلومة، واقسم كما مرّ.

باب ذوي الأرحام

وهم كل قريبٍ ليس بذئٍ فرضٍ ولا عصبيةٍ.

ويرثون بتنزيلهم منزلة من أدلوا به من الورثة، الذكر والأنثى منهم سواء؛ لأنهم يرثون بالرحم المجردة، فاستوى ذكركم وأنثاهم، كولد الأم.

فولد البنات، وولد بنات البنين، وولد الأخوات مطلقًا، كأمهاتهن.

وبنات الإخوة مطلقًا، كأبائهن.

وبنات الأعمام لأبوين أو لأبٍ كأبائهن.

وبنات بني الإخوة أو بني الأعمام كأبائهن.

وولد الإخوة لأمٍّ كأبائهم.

والأخوال والخالات وأبو الأم كالأم.

والعمات والعم لأُمِّ كَأَبٍ.

وكل جدةٍ أدلت بأبٍ بين أمين هي إحداهما، كأم أبي أمٍّ، أو بأبٍ أعلى من الجد، كأم أبي الجد، وأبو أمٍ أبٍ، وأبو أمٍّ وأخوها وأختها بمنزلتهم.

فيجعل حق كل وارثٍ بفرضٍ أو تعصيبٍ لمن أدلى به من ذوي الأرحام، ولو بَعُد. فإن كان واحداً، أخذ المال كله.

وإن كانوا جماعةً قسمت التركة بين من يدلون به، فما حصل لكل وارثٍ، فهو لمن يُدلي به.

وإن بقي من سهام المسألة شيء، رُد عليهم على قدر سهامهم.

فإن أدلى جماعة بوارثٍ بفرضٍ أو تعصيبٍ واستوت منزلتهم منه بلا سبقٍ، كأولاده، فنصيبه لهم كإرثهم منه، لكن الذكر كالأنثى.

فابن وبنت لأختٍ، مع بنتٍ لأختٍ أخرى، لهذه المنفردة إرث أمها، وللأولين حق أمهما سويةً بينهما. وإن اختلفت منازلهم منه جعلتهم مع من أدلوا به كميته اقتسموا إرثه على حسب منازلهم منه.

فإن خلف ثلاث خالاتٍ، واحدة شقيقة، وواحدة لأبٍ، وواحدة لأُمٍّ، وثلاث عماتٍ كذلك، فالثلث الذي كان للأم للخالات أخماساً؛ لأنهن يرثن الأم كذلك، والثلثان اللذان كانا للأب للعمات أخماساً؛ لأنهن يرثنه كذلك، وتصح من خمسة عشر؛ للاجتماع بإحدى الخمستين؛ لتمائلهما، وضربها في أصل المسألة ثلاثة، للخالات من ذلك خمسة، للشقيقة ثلاثة، وللتي لأبٍ سهم، وللتي لأُمٍّ سهم، وللعمات عشرة، للتي من قبل الأبوين ستة، وللتي من قبل الأب سهمان، وللتي من قبل الأم سهمان.

وفي ثلاثة أخوالٍ، أحدهم شقيق الأم، والآخر لأبيها، والآخر لأُمها، لذي الأم السدس، كما يرثه من أخته لو ماتت، والباقي لذي الأبوين وحده؛ لأنه يُسقط الأخ للأب.

فإن كان مع الأخوال أبو أمٍّ، أسقطهم؛ لأن الأب يسقط الإخوة.

وفي ثلاث بنات عمومة متفرقين، أي بنت عم لأبوين، وبنت عمٍ لأبٍ، وبنت عمٍ لأُمٍّ، المال للتي للأبوين؛ لقيامهن مقام آبائهن، فبنت العم لأبوين بمنزلة أبيها.

وإن أدلى جماعة بجماعةٍ، قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء، فما صار لكل واحدٍ من المدلى بهم، أخذه المدلى به من ذوي الأرحام؛ لأنه وارثه.

وإن سقط بعضهم ببعض، عملت به.

فعمة و بنت أخ، المال للعمّة؛ لأنّها تدلي بالأب، و بنت الأخ تدلي بالأخ. ويسقط بعيد من وارثٍ بأقرب منه، إلا إن اختلفت الجهة، فينزل بعيد حتى يلحق بوارثٍ، سقطَ به أقرب أولاد.

والجهات التي يرث بها ذوو الأرحام ثلاثة: أبوة، ويدخل فيها فروع الأب من الأجداد والجندات السواقط، وبنات الإخوة، وأولاد الأخوات، وبنات الأعمام والعمات، وعمات الأب والجد. وأمومة، ويدخل فيها فروع الأم، من الأخوال والخالات، وأعمام الأم، وأعمام أبيها وأمها، وعمات الأم وعمات أبيها وجدها وأمها، وأخوال الأم وخالاتها. وبنوة، ويدخل فيها أولاد البنات، وأولاد بنات الابن. ومن أدلى بقرابتين ورث بهما.

ولزوج أو زوجة مع ذي رحمٍ فرضه كاملاً، بلا حجبٍ ولا عولٍ، والباقي لذي الرحم. ولا يعول هنا إلا أصل ستة إلى سبعة، كخاله وبنتي أختين لأبوين وبنتي أختين لأمٍّ، للخالة سهم، ولبنتي الأختين لأبوين أربعة، ولبنتي الأختين لأمٍّ سهمان.

باب ميراث الحمل

الحمل: بفتح الحاء، والمراد ما في بطن الآدمية، يقال: امرأة حامل وحاملة، إذا كانت حُبلى. مَنْ خلف ورثته فيهم حمل يرثه، فطلبوا القسمة وُقِف للحمل - إن اختلف إرثه بالذكورة والأنوثة - الأكثر من إرث ذكّرين أو أنثيين؛ لأن وضعهما كثير معتاد، وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء. ففي زوجة حاملٍ وابنٍ، للزوجة الثمن، وللابن ثلث الباقي، ويُوقف للحمل إرث ذكّرين؛ لأنه أكثر، وتصح من أربعة وعشرين.

وفي زوجة حاملٍ وأبوين، يوقف للحمل نصيب أنثيين؛ لأنه أكثر، ويُدفع للزوجة الثمن عائلاً لسبعة وعشرين، وللأب السدس كذلك، وللأم السدس كذلك.

فإذا ولد أخذ حقه من الموقوف، وما بقي فهو لمستحقه، وإن أعوز شيء، بأن وقفنا ميراث ذكّرين فولدت ثلاثاً، رجع على من هو بيده.

ومن لا يحجبه الحمل يأخذ إرثه كاملاً، كالجدة فإن فرضها السدس مع الولد وعدمه.

ومن يُنقصه الحمل شيئاً، يُعطي اليقين، كالزوجة والأم، فيعطيان الثمن والسدس، ويُوقف الباقي.
ومن سقط بالحمل، لم يعط شيئاً؛ للشك في إرثه.

ويرث المولود ويورث إن استهل صارحاً؛ لما روى أبو هريرة، عن النبي ﷺ قال: «إذا استهل المولود ورث»
رواه أبو داود^(١)، أو عطس، أو بكى، أو رضع، أو تنفس وطال زمن التنفس، أو وجد منه دليل على
حياته، كحركةٍ طويلةٍ وسعالٍ؛ لأن هذه الأشياء تدل على الحياة المستقرة.

غير حركةٍ قصيرةٍ واختلاجٍ؛ لعدم دلالتها على الحياة المستقرة.

وإن ظهر بعضه فاستهل أي صوت ثم مات وخرج، لم يرث ولم يورث، كما لو لم يستهل.

وإن جهل مستهل من توأمين إذا استهل أحدهما دون الآخر، ثم مات المستهل وجُهل، وكانا ذكراً وأنثى،
واختلف إرثهما بالذكورة والأنوثة، يُعيّن بقرعةٍ؛ كما لو طلق إحدى نسائه ولم تُعلم عينها.

وإن لم يختلف ميراثهما كولد الأم، أُخرج السدس لورثة الجنين بغير قرعةٍ؛ لعدم الحاجة إليها.

ولو مات كافر بدارنا عن حملٍ منه، لم يرثه؛ لحكمنا بإسلامه قبل وضعه.

ويرث صغير حُكم بإسلامه بموت أحد أبويه منه.

باب ميراث الخنثى المشكل

وهو من له شكل ذكر رجلٍ وفرج امرأةٍ، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول.

ويعتبر أمره ببوله من أحد الفرجين، فإن بال منهما فبسبقه، فإن خرج منهما معاً أُعتبر أكثرهما، فإن استويا
فهو المشكل.

فإن رجي كشفه لصغيرٍ، أُعطي ومن معه اليقين، ووُقف الباقي لتظهر ذكوريته بنبات لحيته، أو إماءٍ من
ذكره، أو تظهر أنوثيته ببيضٍ أو تفلُّكٍ ثديٍ، أو إماءٍ من فرجٍ.

فإن مات أو بلغ بلا أمانةٍ، ورث نصف ميراث ذكرٍ إن ورث بكونه ذكراً فقط، كولد أخٍ أو عمٍّ خنثى.

ونصف ميراث أنثى إن ورث بكونه أنثى فقط، كولد أبٍ خنثى، مع زوجٍ وأختٍ لأبوين.

وإن ورثت بهما متفاضلاً، أُعطي نصف ميراثهما، فتعمل مسألة الذكورية، ثم مسألة الأنوثة، وتنظر بينهما

بالنسب الأربع، وتحصل أقل عددٍ ينقسم على كلٍّ منهما، وتضربه في اثنين عدد حالي الخنثى، ثم من له

شيء من إحدى المسألتين، فاضربه في الأخرى أو وفقها.

(١) سنن أبي داود (٢٩٢٠) قال ابن عبد الهادي في تنقيح التحقيق (٤/٢٧٧): «هذا إسناد جيد وحسن».

فابن وولد خنثى: مسألة الذكورية من اثنين، والأنوثية من ثلاثة، وهما متباينان، فإذا ضربت إحداهما في الأخرى، كان الحاصل ستة، فاضربها في اثنين تصح من اثني عشر، للذكر سبعة، وللخنثى خمسة. وإن صالح الخنثى من معه على ما وُقف له، صح إن صح تبرعه.

باب ميراث المفقود

وهو من انقطع خبره، فلم تعلم له حياة ولا موت.

وله حالان:

أحدهما: من خفي خبره لغيبه ظاهرها السلامة، كأسرٍ أو سفرٍ لتجارةٍ أو سياحةٍ، انتظر به تمام تسعين سنةً منذ ولد؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا. وإن فُقد ابن تسعين، اجتهد الحاكم.

الثاني: من خفي خبره لغيبه ظاهرها الهلاك، كمن غرق في مركبٍ فسلم قوم دون قوم، أو فُقد من بين أهله، أو في مفازةٍ مهلكةٍ، كدرب الحجاز، انتظر به تمام أربع سنين منذ فُقد؛ لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطع خبره عن أهله يغلب ظن هلاكه؛ إذ لو كان حيًّا لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية. ثم بعد انتظار ما ذُكر من المدتين: يقسم ماله.

فإن رجع بعد قسم ماله، أخذ ما وجد، ورجع على من أتلف شيئًا به.

فإن مات مورثه في مدة التبرص السابقة، أخذ كل وارثٍ حين الموت، اليقين، وهو ما لا يمكن أن ينقص عنه مع حياة المفقود أو موته، ووُقف ما بقي حتى يتبين أمر المفقود.

فاعمل مسألة حياته ومسألة موته، وحصل أقل عددٍ ينقسم على كلٍّ منهما، فيأخذ وارث منهما - لا ساقط في إحداهما - اليقين.

فإن قدم المفقود، أخذ نصيبه الذي وُقف له.

وإن لم يقدم ولم تعلم حياته حين موت مورثه، فحكم ما وُقف له حكم ماله الذي لم يخلفه مورثه، فيقضي منه دينه، وينفق على زوجته منه مدة تبرصه؛ لأنه لا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن انتظاره.

ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن حق المفقود، فيقتسمونه على حسب ما يتفقون عليه؛ لأنه لا يخرج عنهم.

باب ميراث الغرقى

جمع غريقٍ، وكذا من خفي موتهم، فلم يعلم السابق منهم.
 إذا مات متوارثان، كأخوين لأبٍ، بهدمٍ أو غرقٍ أو غربةٍ أو نارٍ معًا، فلا توارث بينهما.
 وإن جهل السابق بالموت، أو علم ثم نُسي ولم يختلفوا فيه، بأن لم يدع ورثته كلِّ سبق موت الآخر، ورث كل واحدٍ من الغرقى ونحوهم من الآخر، من تلاد ماله - أي: من قديمه، وهي بكسر التاء - دون ما ورثه من الآخر؛ دفعًا للدور، هذا قول عمر وعليٍّ.
 فيقدر أحدهما مات أولًا ويورث الآخر منه، ثم يقسم ما ورثه على الأحياء من ورثته، ثم يُصنع بالثاني كذلك.
 ففي أخوين أحدهما مولى زيدٍ، والآخر مولى عمرو، ماتا، وجُهل الحال، يصير مال كل واحدٍ لمولى الآخر.
 وإن ادعى كلٌّ من الورثة سبق موت الآخر، ولا بينة، تحالفا، ولم يتوارثا.

باب ميراث أهل الملل

جمع ملةٍ، بكسر الميم، وهي الدين والشريعة.
 من موانع الإرث: اختلاف الدين، فلا يرث المسلم الكافر، إلا بالولاء؛ لحديث جابرٍ، أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم النصراني، إلا أن يكون عبده أو أمته» رواه النسائي والدارقطني^(١).
 وإلا إذا أسلم كافر قبل قسم ميراث المسلم، فيرث؛ لحديث ابن عباسٍ، قال: قال النبي ﷺ: «كل قسمٌ قُسم في الجاهلية، فهو على ما قُسم له، وكل قسمٌ أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام» رواه أبو داود وابن ماجه^(٢)، وترغيبًا في الإسلام.
 ولا يرث الكافر المسلم إلا بالولاء؛ لحديث أسامة بن زيدٍ، أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم» متفق عليه^(٣)، وخص بالولاء، فيرث به؛ لأنه شعبة من الرِّق.
 واختلاف الدارين ليس بمانعٍ، فيتوارث الحربي والذمي والمستأمن إذا اتحدت أديانهم؛ لعموم النصوص. وأهل الذمة يرث بعضهم بعضًا مع اتفاق أديانهم، لا مع اختلافها، وهم ملل شتى؛ لحديث عبد الله بن

(١) السنن الكبرى للنسائي (٦٣٥٦) سنن الدارقطني (٤٠٨١) وقال في العلل (٣٥١/١٣): الموقوف أصح.

(٢) سنن أبي داود (٢٩١٤) سنن ابن ماجه (٢٤٨٥).

(٣) صحيح البخاري (٦٧٦٤) صحيح مسلم (١٦١٤).

عمرو، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه الخمسة إلا الترمذي^(١). والمرث لا يرث أحدًا من المسلمين ولا من الكفار؛ لأنه لا يقر على ما هو عليه، فلم يثبت له حكم دين من الأديان.

وإن مات المرتد على رده، فماله فيء؛ لأنه لا يقر على ما هو عليه، فهو مباين لدين أقاربه. ويرث المجوسي بقرايتين غير محبوبتين، في قول عمر وعليٍّ وغيرهما، إن أسلموا أو تحاكموا إلينا قبل إسلامهم، فلو خلف أمه وهي أخته، بأن وطئ أبوه ابنته، فولدت هذا الميت، ورثت الثلث بكونها أمًا، والنصف بكونها أختًا.

وكذا حكم المسلم يثأ ذات رحمٍ محرّم منه بشبهة نكاحٍ أو تسرٍّ، ويثبت النسب. ولا يرث بنكاح ذات رحمٍ محرّم، كأمه وبنته وبنت أخيه. ولا يرث بعقد نكاحٍ لا يُقَرُّ عليه لو أسلم، كمتلقته ثلاثًا، وأم زوجته، وأخته من رضاعٍ.

باب ميراث المطلقة

رجعيًّا أو بائنًا يتهم فيه بقصد الحرمان.

من أبان زوجته في صحته، لم يتوارثا، أو أبانها في مرضه غير المخوف، ومات به، لم يتوارثا؛ لعدم التهمة حال الطلاق.

أو أبانها في مرضه المخوف ولم يمّت له، لم يتوارثا؛ لانقطاع النكاح وعدم التهمة. بل يتوارثان في طلاق رجعيٍّ لم تنقض عدته، سواء كان في المرض أو في الصحة؛ لأن الرجعية زوجة. وإن أبانها في مرض موته المخوف متهمًا بقصد حرمانها، بأن أبانها ابتداءً، أو سألته أقل من ثلاثٍ، فطلقها ثلاثًا، أو علق إبانها في صحته على مرضه، أو علق إبانها على فعلٍ له، كدخوله الدار، ففعله في مرضه المخوف، أو وطئ عاقل حماته بمرض موته المخوف، لم يرثها إن ماتت؛ لقطعه نكاحها، وترثه هي في العدة وبعدها؛ لقضاء عثمان رضي الله عنه^(٢)، ما لم تتزوج أو ترتد، فيسقط ميراثها، ولو أسلمت بعد؛ لأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول.

(١) مسند أحمد (٦٦٦٤) سنن أبي داود (٢٩١١) السنن الكبرى للنسائي (٦٣٤٨) سنن ابن ماجه (٢٧٣١) قال ابن عبد الهادي في

تنقيح التحقيق (٢٦١/٤): إسناده جيد إلى عمرو.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٢١٩١).

ويثبت الإرث له دونها إن فعلت في مرض موتها المخوف ما يفسخ نكاحها ما دامت في العدة، إن اتهمت بقصد حرمانه؛ لأنها إحدى الزوجين، فلم يُسقط فعلها ميراث الآخر؛ كالزوج.

باب الإقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر كل الورثة المكلفين، ولو أن الوارث المقر واحد منفرد بالإرث، بوارث للميت، من ابن أو نحوه، وصدق المقر به، أو كان المقر به صغيراً أو مجنوناً، والمقر به مجهول النسب، ثبت نسبه، بشرط أن يمكن كون المقر به من الميت، وأن لا ينازع المقر في نسب المقر به.

وثبت إرثه حيث لا مانع؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت في بيناته ودعاويه وغيرها، فكذلك في النسب. ويعتبر إقرار زوج ومولى، إن ورثا.

وإن أقر به بعض الورثة، ولم يثبت نسبه بشهادة عدلين، منهم، أو من غيرهم، ثبت نسبه من مقر فقط، وأخذ الفاضل بيده أو ما في يده إن أسقطه.

فلو أقر أحد ابنه بأخ مثل المقر، فللمقر به ثلث ما بيد المقر؛ لأن إقراره تضمن أنه لا يستحق أكثر من ثلث التركة، وفي يده نصفها، فيكون السدس الزائد للمقر به.

وإن أقر ببنت، فلها خمس ما بيده؛ لأنه لا يدعي أكثر من خمسي المال، وذلك أربعة أخماس النصف الذي بيده، يبقى خمسه فيدفعه لها.

وإن أقر ابن ابن بابن، دفع له كل ما بيده؛ لأنه يحجبه.

وطريق العمل: أن تضرب مسألة الإقرار أو وقفها في مسألة الإنكار، وتدفع لمقر سهمه من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار به أو وقفها، ولنكر سهمه من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار أو وقفها، ولمقر به ما فضل.

باب ميراث القاتل والمبعض والولاء

الولاء: بفتح الواو والمد، أي ولاء العتاقة.

لا يرث قاتل انفرد بقتل مورثه، أو شارك فيه مباشرة أو سبباً، كحفر بئر تعدياً، أو نصب سكين، إن لزم القاتل قود أو دية أو كفارة، على ما يأتي في الجنايات؛ لقول عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس لقاتل شيء» رواه مالك وأحمد^(١).

(١) الموطأ (٨٦٧/٢) مسند أحمد (٣٤٧).

والمكلف وغير المكلف، كصغيرٍ ومجنونٍ في هذا سواء؛ لعموم ما سبق.
وإن قُتِلَ بِحَقِّ قَوْدٍ أَوْ حَدٍّ، أَوْ كَفْرٍ - أَيْ غَيْرِ رَدَّةٍ - أَوْ بَغْيٍ^(١)، أَوْ صِيَالَةٍ، أَوْ حَرَابَةٍ^(٢)، أَوْ شَهَادَةِ وَارِثِهِ بِمَا
يُوجِبُ الْقَتْلَ، أَوْ قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ، أَوْ قَتَلَ الْبَاغِيَّ الْعَادِلَ، وَرِثَهُ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَأْذُونَ فِيهِ، فَلَمْ يَمْنَعِ الْمِيرَاثَ.

وَلَا يَرِثُ الرَّقِيقَ وَلَوْ مَدْبُرًا أَوْ مَكَاتِبًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ لِسَيِّدِهِ، وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ.
وَلَا يُوْرِثُ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ.

وَيَرِثُ مِنْ بَعْضِهِ حَرٌّ، وَيُوْرِثُ، وَيُحْجَبُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحَرِيَّةِ؛ لِقَوْلِ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ^(٣).
وَكَسْبِهِ وَوَارِثِهِ بِحَرِيَّتِهِ لَوْرَثَتِهِ، فَابْنُ نِصْفِهِ حَرٌّ، وَأُمُّ وَعَمُّ حَرَانٌ، لِلْأَبْنِ نِصْفَ مَالِهِ لَوْ كَانَ حَرًّا، وَهُوَ رُبْعٌ
وَسُدْسٌ، وَلِلْأُمِّ رُبْعٌ، وَبِالْبَاقِي لِلْعَمِّ.

وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا أَوْ أُمَّةً أَوْ أَعْتَقَ بَعْضَهُ فَسَرَى إِلَى الْبَاقِي، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ بِرَحْمٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ إِيْلَادٍ، أَوْ أَعْتَقَهُ فِي
زَكَاةٍ أَوْ كِفَارَةٍ، فَلَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ، لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَلَهُ أَيْضًا الْوَلَاءُ عَلَى أَوْلَادِهِ
وَأَوْلَادِهِمْ وَإِنْ سَفَلُوا، مِنْ زَوْجَةٍ عَتِيقَةٍ أَوْ سُرِيَّةٍ، وَعَلَى مَنْ لَهُ أَوْ لَهُمْ وَلَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ وَلِيَ نِعْمَتَهُمْ وَبَسْبَبِهِ عَتَقُوا،
وَلِأَنَّ الْفَرْعَ يَتَّبِعُ أَصْلَهُ.

وَيَرِثُ ذُو الْوَلَاءِ مَوْلَاهُ، وَإِنْ اخْتَلَفَ دِينُهُمَا؛ لَمَا تَقَدَّمَ.
فَيَرِثُ الْمَعْتَقَ عَتِيقَهُ عِنْدَ عَدَمِ عَصْبَةِ النَّسَبِ، ثُمَّ عَصْبَتَهُ بَعْدَهُ، الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، عَلَى مَا سَبَقَ.
وَلَا يَرِثُ نِسَاءَ بِالْوَلَاءِ إِلَّا مَنْ أَعْتَقَنَ، أَيْ بَاشَرَنَ عَتَقَهُ، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِنَ، بِنَحْوِ كِتَابَةٍ، أَوْ أَعْتَقَهُ مِنْ أَعْتَقَنَ،
أَيَّ عَتِيقَ عَتِيقَهُنَّ وَأَوْلَادَهُمْ؛ لِحَدِيثِ عَمْرٍو بْنِ شَعِيبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ مَرْفُوعًا: «مِيرَاثُ الْوَلَاءِ لِلْكَبِيرِ مِنَ
الذَّكَورِ وَلَا يَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا وَوَلَاءٌ مِنْ أَعْتَقَنَ»^(٤)، وَالْكَبِيرُ بِضَمِّ الْكَافِ وَسُكُونِ الْمُوْحَدَةِ: أَقْرَبُ
عَصْبَةِ السَّيِّدِ إِلَيْهِ يَوْمَ مَوْتِ عَتِيقِهِ.

وَالْوَلَاءُ لَا يَبَاعُ، وَلَا يُوْهَبُ، وَلَا يُوقَفُ، وَلَا يُوصَى بِهِ، وَلَا يُوْرِثُ.

فَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ عَنْ ابْنَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنٍ، ثُمَّ مَاتَ عَتِيقُهُ، فَوَارِثُهُ لِابْنِ سَيِّدِهِ وَحْدَهُ.

(١) فِي الرُّوضِ: «أَيُّ قَطْعِ طَرِيقٍ؛ لِغَلَا يَتَكَرَّرُ مَعَ مَا يَأْتِي».

(٢) فِي الْإِقْنَاعِ وَشَرْحِهِ (٥١٨/١٠): «(أَوْ) الْقَتْلُ (حَرَابًا) بِأَنْ قَتَلَ مَوْرَثَهُ الْحَرَبِيَّ».

(٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ (١٥٣٤) (١٥٣٧).

(٤) قَالَ فِي الْإِرْوَاءِ (١٦٦/٦): «لَمْ أَقِفْ عَلَى إِسْنَادِهِ». وَأَخْرَجَ الدَّارِمِيُّ (٣١٨٧) عَنْ عَمْرِو بْنِ عَلِيٍّ، وَزَيْدٍ، أَنَّهُمْ قَالُوا: «الْوَلَاءُ لِلْكَبِيرِ، وَلَا
يُوْرِثُونَ النِّسَاءَ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقَنَ أَوْ كَاتِبِينَ».

ولو مات ابنا السيد، وخلف أحدهما ابناً، والآخر تسعةً، ثم مات العتيق، فأرثه على عددهم كالنسب.
ولو اشترى أخ وأخته أباهما، فعتق عليهما، ثم ملك قنّاً، فأعتقه، ثم مات الأب، ثم العتيق، ورثه الابن
بالنسب دون أخته بالولاء. وتسمى: مسألة القضاة، يروى عن مالكٍ أنه قال: سألت سبعين قاضياً من
قضاة العراق عنها، فأخطأوا فيها.

كتاب العتق

لغة: الخلوص.

وشرعاً: تحرير الرقبة وتخليصها من الرِّق.

وهو من أفضل القُرْب؛ لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل، والوطء في نهار رمضان، والأيمان، وجعله ﷺ فكاكاً لمعتقه من النار.

وأفضل الرقاب أنفسها عند أهلها.

وذكر، وتعدُّ أفضل؛ لما فيه من تخليص عددٍ معصومٍ من ضرر الرِّق.

ويستحب عتق من له كسب؛ لانتفاعه به.

ويكره عتق من لا كسب له؛ لسقوط نفقته بإعتاقه فيصير كلاً على الناس ويحتاج إلى المسألة.

وكذا من يُخاف منه زنى أو فساد. وإن علم ذلك منه أو ظن، حرم؛ لأنه وسيلة إلى الحرام.

ويحصل عتق بقول، وصريحه نحو: أنت حر، أو محرر، أو عتيق، أو معتق، أو حررتك، أو أعتقتك.

وكناياته نحو: خليتك، والحق بأهلك، ولا سبيل أو لا سلطان لي عليك، وأنت لله، أو مولاي، وملكتك نفسك.

ومن أعتق جزءاً من رقيقه، سرى إلى باقيه؛ لحديث ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، فُؤم العبد عليه قيمة عدلٍ، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد» متفق عليه^(١)، وإذا أعتق عليه نصيب شريكه، كان تبيهاً على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له، ولأنه إزالة ملكٍ عن بعض مملوكه الآدمي، فزال عنه جميعه؛ كالطلاق.

ومن أعتق نصيبه من مشترك، سرى إلى الباقي^(٢)، إن كان موسراً مضموناً بقيمته؛ للحديث المتقدم.

ومن ملك ذا رحمٍ محرّم، عتق عليه بالملك^(٣)؛ لحديث الحسن، عن سمرة، أن رسول الله ﷺ قال: «من ملك ذا رحمٍ محرّم، فهو حر» رواه الخمسة^(٤).

(١) صحيح البخاري (٢٥٢٢) صحيح مسلم (١٥٠١).

(٢) المغني (٢٩٨/١٠): «الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد، وهو موسر، عتق نصيبه، لا نعلم خلافاً فيه».

(٣) الإفصاح (١١٦/٢): «واتفقوا على أن مالك والديه وأولاده وإن سفلوا فإنهم يعتقون بنفس الشراء، وأن ولاءهم له».

(٤) مسند أحمد (٢٠٢٢٧) سنن أبي داود (٣٩٤٩) سنن الترمذي (١٣٦٥) السنن الكبرى للنسائي (٤٨٧٨) سنن ابن ماجه (٢٥٢٤).

ويصح معلقاً بشرطٍ، فيعتق إذا وُجد؛ لأنه إزالة قيدٍ، فصح تعليقه؛ كالطلاق.
ويصح تعليق عتقٍ بموتٍ^(١)، وهو التدبير، سُمي بذلك؛ لأن الموت دبر الحياة.
ولا يبطل بإبطالٍ ولا رجوعٍ؛ لأنه تعليق بصفةٍ، فأشبهه تعليقه بدخول الدار.
ويصح وقف مدبرٍ، وهبته، وبيعه، ورهنه؛ لقول جابرٍ: «أعتق رجل غلاماً له عن دبرٍ، فاحتاج، فأخذه النبي ﷺ، فقال: «من يشتريه مني» فاشتراه نعيم بن عبد الله» متفق عليه^(٢).
وإن مات السيد قبل بيعه، عتق إن خرج من ثلثه، وإلا فبقدره؛ لأنه تبرع بعد الموت، أشبه الوصية.

باب الكتابة

مشتقة من الكتب، وهو الجمع؛ لأنها تجمع نجومًا.
وشرعًا: بيع سيدٍ عبده نفسه بمالٍ معلومٍ، يصح السلم فيه، مؤجلٍ في ذمته، بأجلين فأكثر^(٣).
وتسن مع أمانة العبد وكسبه؛ لقوله تعالى: {فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا}.
وتكره مع عدم الكسب؛ لئلا يصير كلاً على الناس.
ولا يصح عتق وكتابة إلا من جائز التصرف؛ لأنها عقد معاوضة، كالبيع.
وتنعقد بكتابة على كذا مع قبول العبد، وإن لم يقل: فإذا أديت فأنت حر.
ومتى أدى ما عليه، أو أبرأه منه سيده، عتق؛ لأنه لم يبق عليه شيء منها.
ويملك كسبه ونفعه وكلّ تصرفٍ يصلح ماله، كبيع وإجارة^(٤)؛ لأن الكتابة وضعت لتحصيل العتق، ولا يحصل العتق إلا بأداء عوضه، ولا يمكنه الأداء إلا بالتكسب.

(١) المغني (٤٢٧/١٠): «تدبير المكاتب صحيح، لا نعلم فيه خلافاً».

(٢) صحيح البخاري (٢١٤١) صحيح مسلم (٩٩٧).

(٣) قال في الشرح الكبير (٢٠٧/١٩): لما روي عن عليٍّ، أنه قال: الكتابة على نجمين، والإيتاء من الثاني. وهذا يقتضي أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة؛ لأن أكثر من نجمين جائز بالإجماع. وروي عن عثمان أنه غضب على عبدٍ له، فقال: لأعاقبك، ولأكاتبنك على نجمين. ولو جاز أقل من هذه لعاقبه به في الظاهر. ولأن الكتابة مشتقة من الضم، وهو ضم نجمٍ إلى نجمٍ، فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين.

(٤) المغني (٣٩٧/١٠): «للمكاتب أن يبيع ويشترى. بإجماع من أهل العلم».

ويجوز بيع المكاتب؛ لقصة بريرة، ولأنه قنٌ ما بقي عليه درهم.
ومشتره يقوم مقام مكاتبه، بكسر التاء؛ للزوم الكتابة، فلم تنسخ بنقل الملك في المكاتب.
فإن أدى المكاتب لمشتري ما بقي من مال الكتابة، عتق، وولاؤه لمشتري؛ لعتقه في ملكه.
وإن عجز المكاتب عن أداء جميع مال الكتابة أو بعضه لمن كاتبه أو اشتراه، عاد قنًا، فإذا حل نجم ولم يؤده
المكاتب، فلسيده الفسخ؛ كما لو أعسر مشتري ببعض الثمن.
ويلزم إنظاره ثلاثًا لنحو بيع عرض؛ رفقًا به مع عدم الإضرار بسيده.
ويجب على السيد أن يؤدي إلى من وثق كتابته ربعها، لما روى أبو بكر بإسناده، عن عليٍّ، عن النبي ﷺ في
قوله تعالى: {وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ} قال: «ربع الكتابة» وروي موقوفًا عن عليٍّ (١).

باب أحكام أمهات الأولاد

أصل أم: أمهة، ولذلك جُمعت على أمهات باعتبار الأصل.
إذا أولد حرُّ أمته، ولو مدبرةً أو مكاتبَةً، أو أولد أمَةً له ولغيره، ولو كان له جزء يسير منها، أو أمَةً لولده
كلها أو بعضها، ولم يكن الابن وطئها، قد خلق ولده حرًّا، بأن حملت به في ملكه، حيًّا ولد أو ميتًا، قد
تبين فيه خلق الإنسان، ولو خفيًا، صارت أم ولدٍ له تعتق بموته من كل ماله، ولو لم يملك غيرها؛ لحديث
ابن عباسٍ يرفعه: «من وطئ أمته فولدت، فهي معتقة عن دبرٍ منه» رواه أحمد وابن ماجه (٢).
ولا تكون أم ولدٍ بإلقاء مضغَةٍ، أو جسمٍ بلا تخطيطٍ؛ لأنه ليس بولدٍ.
وإن أصابها في ملك غيره بنكاحٍ أو شبهةٍ، ثم ملكها حاملًا، عتق الحمل؛ لأنه ولده، ولم تصر أم ولدٍ؛
لظاهر قوله ﷺ: «من وطئ أمته فولدت» وهذا الحمل لم يحصل من وطئه حال كونها أمته.
ومن ملك أمَةً حاملًا فوطئها، حرم عليه بيع الولد، ويعتقه؛ لأنه قد شرك فيه؛ لأن الماء يزيد في الولد.

وأحكام أم الولد كأحكام الأمة القن، من نحو وطئٍ وخدمةٍ وإجارةٍ وإعارةٍ وإيداعٍ؛ لأنها مملوكة له ما دام
حيًّا.

(١) المرفوع أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٠١٨) والموقوف برقم (٥٠١٩) قال البيهقي (٥٥٣/١٠): الصحيح موقوف. وقال ابن
كثيرٍ في تفسيره (٥٤/٦): «حديث غريب، ورفع منكر، والأشبه أنه موقوف على عليٍّ». (٢)
مسند أحمد (٢٩٣٧) سنن ابن ماجه (٢٥١٥) قال في مصباح الزجاجة (٩٧/٣): إسناده ضعيف.

لا في نقل الملك في رقبتها، كوقفٍ وبيعٍ^(١) وهبةٍ ووصيةٍ^(٢) وجعلها صدقاً ونحوه، ولا بما يراد لنقل الملك، كرهنٍ؛ لحديث ابن عمر، أن النبي ﷺ نهي عن بيع أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حيًّا فإذا مات فهي حرة» رواه الدارقطني^(٣).

وتصح كتابتها، فإن أدت في حياته عتقت، وما بقي بيدها لها، وإن مات وعليها شيء عتقت، وما بيدها لورثة السيد.

ويتبعها ولدها من غير سيدها بعد إيلادها، فيعتق بموت سيدها.

وإذا جنت فُديت بالأقل من قيمتها يوم الفداء أو أرش الجناية.

وإن قتلت سيدها عمدًا أو خطأ عتقت؛ لأن المقتضي لعتقها زوال ملك السيد عنها وقد زال، ولو لم تعتق بذلك لزم جواز نقل الملك فيها، ولا سبيل إليه.

وللورثة القصاص في العمد أو الدية، فيلزمها الأقل من الدية أو من قيمتها، كالخطأ؛ اعتبارًا بوقت الجناية، كما لو جنى عبد فأعتقه سيده، وهي حال الجناية أمته، وإنما تعتق بالموت.

وإن أسلمت أم ولدٍ كافرٍ، مُنع من غشيانها؛ لتحريمها عليه بإسلامها، وحيل بينه وبينها حتى يسلم؛ لئلا يغشاه، وأُجبر على نفقتها، إن عُدِم كسبها؛ لوجوبها عليه؛ لأنه مالكةا، ونفقة المملوك على سيده. فإن كان لها كسب، فنفتها فيه؛ لئلا يبقى له ولاية عليها.

(١) الإفصاح (١١٦/٢): «واتفقوا على أنه لا تباع أمهات الأولاد».

(٢) الوصية جعلها في المنتهى والغاية مما ينقل الملك، ولم يذكر في الكشاف والدقائق ما يُراد لنقل الملك إلا الرهن فقط.

(٣) سنن الدارقطني (٤٢٤٧) قال في التلخيص الحبير (٤/٤٠١): «قال الدارقطني: الصحيح وقفه عن ابن عمر، عن عمر، وكذا قال البيهقي وعبد الحق، وكذا رواه مالك في الموطأ موقوفًا على عمر، وقال صاحب الإمام: المعروف فيه الوقف، والذي رفعه ثقة، قيل: ولا يصح مسندًا».