

بسم الله الرحمن الرحيم

قام الطالب بالتصويبات التي طلبتها
منه لجنة المناقشة ،

المناقشة

للمناقشة لأول

المشرف

د. محمد

د. فوج زهران

فوج زهران

د. / محمد بن عيسى بن عبد القادر / أحمد بن أبي سينا
د. / أحمد بن أبي سينا

المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى بمكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول
شعبة الفقه



2010200002198

المعونة

على مذهب عالم المدينة

« الإمام مالك بن أنس »

١٠٠٤٤٩٥

تأليف

القاضي عبد الوهاب البغدادي
(٤٢٢ هـ)



تحقيق ودراسة

الطائب / حميش عبد الحق

إشراف : الأستاذ الدكتور / محمد بن العروسي عبد القادر

رسالة دكتوراه

١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م

كتاب الصيد (١)

الأصل فيه قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ليبلوكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ﴾ (٢) ، وقوله : ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ (٣) ، وقوله ﴿ وما علمتم من الجوارح ٠٠ إلى قوله : فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ (٤) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (كل ما ردت عليك قوسك) (٥) ، وقوله (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل) (٦) ، ولأنه إجماع (٧) .

فصل [١ - الآلة التي يصاد بها]

والآلة التي يصاد بها ضربان : سلاح وجوارح ، فأما السلاح فالأصطياد بجميع أنواعه (٨) مباح من السيوف والسهام والرماح وغيرها ، والأصل فيها (٩) قوله تعالى : ﴿ ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم ﴾ (١٠) الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (كل ما ردت عليك قوسك) (١١) ، وقوله في المعراض (إذا خرقت فكل) (١٢) ، ولأن المكى ضربان : مقدور عليه وممتنع فلما كان المقدور عليه يذكى بالسلاح فكذلك الممتنع ، ولا خلاف في ذلك (١٣) .

-
- (١) الصيد : أخذ غير مقدور عليه من وحش طير أو بر أو حيوان بحسب المقصد (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١١٤)
 - (٢) سورة المائدة الآية ٩٤ (٣) سورة المائدة الآية ٢
 - (٤) سورة المائدة الآية ٤
 - (٥) أخرجه أبو داود في الصيد باب في الصيد ٢٧٢/٣ وأحمد ١٩٥/٤ ، وفيه ابن لهيعة ، وقال في التنقيح إسناده حسن (تلخيص الحبير ١٣٦/٤)
 - (٦) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد باب إذا وجد الصيد كلبا آخر ٢٢٠/٦ ومسلم في الصيد باب الكلاب المعلمة ١٥٢٩/٣
 - (٧) انظر شرح مسلم - للنووي ١٣٢/٨ ، المغني ٥٣٩/٨
 - (٨) قسم : أنواعها (٩) في ق : فيه
 - (١٠) سورة المائدة الآية ٩٤ (١١) سبق تخريج الحديث قريبا
 - (١٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد باب صيد المعراض ٢١٨/٦ ، ومسلم في الصيد باب الصيد بالكلاب المعلمة ١٥٢٩/٣
 - (١٣) انظر المغني ٥٥١/٨ ، بداية المجتهد ٢٥٤/٦ - ٢٥٥

فصل [٢ - ما مات بقتل السهم]

وما مات بقتل السهم له جاز أكله (١) لقوله : (كل ما ردت عليك فوسك) (٢) وقوله لأبي ثعلبة (٣) (ذكيا وغير ذكي) (٤) ولأن إرسال السهم كمباشر الذابح الذبح (٥) .

فصل [٣ - ما قتل بالمعراض]

ما قتل بالمعراض (٦) أكل إن كان بحده، ولا يؤكل إن كان بعرضه (٧) لقوله في حديث عدي (٨) : (إذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله تعالى فخرق فكل وإن أصاب بعرضه فلا تأكل) (٩) والمعراض خشبة غليظة في رأسها كالزج يلقيها الفارس على الصيد فربما أصابته الحديد فجزته وأسالت دمه فهذا يجوز أكله لأنه حينئذ كالسيف والرمح، وربما أصابته الخشب فترضه أو تشدخه فيكون حينئذ (١٠) وقيداً كالمرمى بالبندقية والحجر فلا يجوز أكله إلا أن يدرك ولم تنفذ مقاتله فيذكي فإنه يؤكل، وإن بلغ إلى حيث لا ترجى له حياة لم تعمل الذكاة فيه .

- (١) انظر المدونة ٤٢٣/١ ، التفريع ٣٩٨/١ ، الرسالة ١٨٧
- (٢) سبق تخريج الحديث قريبا
- (٣) أبو ثعلبة الحنثلي صاحب النبي صلى الله عليه وسلم فقبل جرحه بن ناشم وقيل جرثوم ، توفي سنة خمس وسبعين (انظر سير أعلام النبلاء ٥٧١/٢ ، شذرات الذهب ٨٢/١)
- (٤) وهو جزء من حديث " كل ما ردت عليك قوسك " الذي سبق تخريجه في الصفحة (٤٨٤)
- (٥) في م : للذبح
- (٦) المعراض : هو سهم لا ريش له (المصباح المنير ٤٠٣)
- (٧) انظر المدونة ٤٢٣/١ التفريع ٣٩٧/١ - ٣٩٨ ، الرسالة ١٨٧
- (٨) عدي بن حاتم : بن عبدالله بن سعد بن الحشر الطائي أبو طريف صحابي مشهور ، مات سنة ثمان وستين (انظر تقريب التهذيب ٣٨٨ ، شذرات الذهب ٧٤/١)
- (٩) سبق تخريج الحديث قريبا .
- (١٠) حينئذ : سقطت من ق و من ر

فصل [٤ - ما قتلته الحباله]

لا يؤكل ما قتلته الحباله ^(١) وهى الشراك لأنه مقتول بغير ذكاة سهم لأن ^(٢) الحباله : أحبل تكون فيه مناجل توضع للصيد عند الماء فإذا وردت علقت به فاضطرب فربما أصابته المناجل التى فيها فلا يؤكل لأنه حينئذ مقدورة عليه ^(٣) فذكاته بالذبح دون العقر .

فصل [٥ - فى منع أكل ما قتله السهم المسموم]

لا يؤكل ما قتله السهم المسموم ^(٤) وعلمه مالك رحمه الله بعلمتين : إحداهما أنه لا يعلم هل قتلته السهم أم السم ، والأخرى أن الخوف على من يأكله .

فصل [٦ - ما صيد بالجوارح]

وأما الجوارح فكل جارح فقه التعليم من أي الجوارح كان من الكلاب والفهود والبيزاة والصقور والشواهين ^(٥) وغيرها إذا كان معلما فصيده جائز ^(٦) خلافا لمن ذهب إلى أنه لا يؤكل إلا صيد الكلاب دون البيزاة وغيرها ^(٨) ولمن ذهب إلى أنه لا يؤكل ما صاده الكلب الأسود ^(٩) ، لقوله تعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله ﴾ ^(١٠) يريد مصرين ^(١١) إلى قوله تعالى : ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ ^(١٢) فعم، وقوله صلى الله

(١) انظر المدونة ٤٢٢/١ ، التفريع ٣٩٧/١

(٢) لأن : سقطت من ق

(٣) فى م : فلا يؤكل حينئذ إلا أن يقدر عليه

(٤) انظر التفريع ٣٩٨/١ ، الرسالة ١٨٧

(٥) البيزاة : مفردة البازى وهو معروف .

(٦) الشواهين : مفردة شاهين وهو جارح معروف .

(٧) انظر المدونة ٤١٤/١ - ٤١٦ ، التفريع ٣٩٨/١ - ٣٩٩ ، الرسالة ١٨٧

(٨) حكى عن ابن عمر ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلا الكلب (انظر)

المفنى ٥٤٥/٨

(٩) فى م : البهيم ، ولقد ذهب إلى ذلك الامام أحمد (انظر مختصر الخرقى ١٣٣)

(١٠) سورة المائدة الآية ٤

(١١) انظر الجامع لأحكام القرآن ٦٦/٦ وفيه : معناه مصرين على الصيد كما تصرى الكلاب .

(١٢) سورة المائدة الآية ٤ .

عليه وسلم : (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل)^(١) ، ولم يفرق بين البهيم وغيره وقوله في حديث عدي بن حاتم : (ما علمت من كلب أو بار ثم أرسلته وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك)^(٢) ، ولأنه جارح يفقه التعليم فجاز الاصطياد به كالكلب الذي ليس ببهيم .

فصل [٧ - في اشتراط كون الجوارح معلمة]

وإنما اشترطنا أن تكون معلمة للظواهر والأخبار^(٣) وصفة التعليم أن يطيعه إذا نبهه ويسترسل إذا أرسله ويسارع إذا أمره وينزجر إذا زجره ويتكرر ذلك منه تكريرا يعلم معه في العادة أنه قد فقه التعليم ولا حد في ذلك سوى ما ذكرناه .

فصل [٨ - عدم اشتراط ترك الأكل]

وليس من شرطه ترك الأكل^(٤) خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٥) ، لقولهم : * فكلوا مما أمسكن عليكم *^(٦) ولم يفرق ، وفي حديث أبي ثعلبة : (وإن أكل فكل)^(٧) ، ولأنه قتل إذا^(٨) لم يتعقبه أكل كان ذكاة فذلك إن تعقبه كالذبح ، ولأنه أداة في تذكية الصيد فإذا أنفذ عقره مقاتله لم يضره ما / طرأ بعد ذلك أصله السهم ، ولأنه جارح أبيح صيده كالبيزاري ، ولأنه لو بادر بأخذه من فم الكلب عقيب قتله لجاز أكله ، ولو كان ترك الأكل من^(٩) شرط التعليم لم يجز ذلك دون أن يتوقف لينظر هل يأكل أم لا .

فصل [٩ - فيما إذا أثر الجارح في الصيد]

لا خلاف أنه إذا أشرف فيه بتخليب أو تنييب جاز أكله لأن عقره ذكاة

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٨٤)

(٢) أخرجه أبو داود في الصيد باب في الصيد ٢٧١/٣ ، والترمذي في

الصيد باب ما جاء في صيد البزاة ٥٥/٤ والبيهقي ٢٣٨/٩ ، من رواية

مجالد عن الشعبي وتفرد مجالد بذكر البزاري فيه وخالف الحفص

(تلخيص الخبير ١٣٦/٤)

(٣) للظاهر من الآيات والأحاديث التي أوردها المصنف قريبا

(٤) انظر المدونة ٤١٤/١ - ٤١٥ ، التفريع ٣٩٩/١ ، الرسالة ١٨٧

(٥) انظر مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢١٨/٣ مختصر المزني ٢٨١

(٦) سورة المائدة الآية ٤ (٧) أخرجه الترمذي في الصيد باب صيد البزاة ٥٨/٢

(٨) إذا سقطت من ق

(٩) في ق : دون وأبو داود في الصيد باب في الصيد ٢٧٣/٤ .

له وإن أمسكه أو ضمه ولم يؤثر فيه فلا يجوز أكله (١) لأن ذلك ليس بقتل له، فأما إذا صدمه أو نطحه فمات منه من غير جرح فعند ابن القاسم لا يؤكل وهو قول أبي حنيفة (٢)، وعن أشهب يؤكل وهو أحد قولي الشافعي (٣).

فوجه قول ابن القاسم إنه آلة للاصطياد فإذا قتل الصيد بصادم (٤) أو غيره مما ليس بجرح لم يؤكل كالسهم، ولأنه حصل مقتولا بغير جرح كما لو ضربه بالعصا، ووجه قول أشهب قوله تعالى: ﴿فكُلُوا مما أمسكن عليكم﴾ (٥) يريد قتلن بإرسالكم ولم يفرق، وكذلك الخبر، ولأنه حصل مقتولا بجراح مرسل عليه كما لو جرحه .

فصل [١٠ - إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه]

إذا أدرك الصيد والجوارح تنهشه وتجرحه ولم تنفذ مقاتله وقسدر على تخليصه منها فلا يأكله إلا بأن يذكيه (٦) لأنه صار مقدورا عليه قبل أن تكون ذكاته العقر، وإن لم يقدر أن يذكيه حتى مات بجرحها جاز أكله، لأن فوات نفسه حصل قبل القدرة عليه وكذلك إن خلصه جريحا فمات في الفور قبل أن يتمكن من تذكيته فإن أكله جائز خلافا لأبي حنيفة (٧)، لقوله صلى الله عليه وسلم: (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكر اسم الله فكل وإن قتل) (٨)، ولأن الجراح عقره قبل القدرة على تذكيته (٩) فكان كما لو مات في يديه قبل القدرة على تخليصه، وإن خلصه من الجراح قبل فوات نفسه أو نفاذ (١٠) مقاتله فتركه حتى مات فلا يؤكل لتفريطه في تذكيته وكذلك لو تشاغل بإخراج سكين يذبحه بها .

-
- (١) انظر المدونة ٤١٣/١ - ٤١٦ ، التفريع ٣٩٩/١ ، الرسالة ١٨٧
 (٢) انظر مختصر الطحاوي ٢٩٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢١٩/٣
 (٣) انظر مختصر المزني ٢٨١ (٤) في م : بـ صدم
 (٥) سورة المائدة الآية ٤
 (٦) انظر المدونة ٤١٢/١ - ٤١٣ ، التفريع ٣٩٩/١ ، الرسالة ١٨٧
 (٧) انظر مختصر الطحاوي ٢٩٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢١٩-٢١٨/٣
 (٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٨٤) (٩) في م : عليه
 (١٠) في ق و ر : إنفاذ

فأما إذا أدركه فى أفواه الجوارح وقد أنفذت مقاتله فأكله جائز لأن ذكاته قد تمت بقتلها له فليس بمحتاج (١) إلى تذكية أخرى، وكذلك القول فيه (٢) إذا وجد والسهم فيه أنه إن كان السهم قد أنفذ مقاتله فالتذكية قد تمت وإن كان لم ينفذ مقاتله لم يؤكل إلا بذكاة فإن تركه حتى مات لم يؤكل لأنه قدر على تذكيته كآخذه من فم الجارح قبل انفاذ مقاتله سواء .

فصل [١١ - فى عقير الصيد غائبا]

وليس من شرط تذكيته أن يعقره الجارح أو السهم بحيث يشاهده بل يؤكل إذا قتله غائبا عن رؤيته ما لم يحصل منه تفريط فى طلبه، وإذا غاب فرأى فيه أثر كلبه أو سهمه، وسواء شوارى عنه بعد أن رأى الجارح علق به أو قبل ذلك (٣) خلافا للشافعى فى أحد قوليه أنه إذا قتله غائبا عنه بعد أن رآه قد علق (٤) به فلا يؤكل، وفى أحد قوليه (٥) أنه إذا كان قبل مشاهدته متشبها به فلا يؤكل (٦) ، لقوله صلى الله عليه وسلم: (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل) (٧) ، ولأن فى اعتبار مشاهدته (٨) عقره تكليف ومشقة تؤدى إلى سد باب جواز أكل الصيد إذا صاده (٩) الجارح لأن الغزال أو الطائر لا يملك عدوه وسرعة طيرانه واختباره فى المكامن (١٠) والغياض (١١) والكهوف والمواضع التى لا يصل إليها إلا الجارح بحيلولة الحوائل، ولأنه إذا رآه وفيه سهمه أو بالقرب منه جارحه فالظاهر منه أنه ليس به إلا عقير ما أرسله عليه فجاز أكله، ويفارق المبيت لأن هوام الليل تنتشر فيه فلا يؤمن مشاركتها فيه .

(١) فى م : يحتاج (٢) فيه : سقطت من ق

(٣) أنظر المدونة ٤١٣/١ - ٤١٥ ، التفريع ٣٩٩/١ ، الرسالة ١٨٧

(٤) فى م : تعلق (٥) فى م : وفى قوله

(٦) انظر مختصر المزنى ٢٨١ - ٢٨٢

(٧) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٤٨٤)

(٨) فرق : المشاهدة (٩) فى م : صيد صاده

(١٠) المكامن : مفردة مكمن : وهو من باب توارى واستخفى (المصباح المنير ٥٤١)

(١١) الغياض : مفردة الفيضة وهى الشجر الملتف (المصباح المنير ٤٥٩)

فصل [١٢ - إذا بات الجارح عنه]

إذا بات الجارح عنه والصيد ثم وجده من الغد مقتولا (١) لم يأكله، واختلف في السهم فقليل إنه كالجارح وقيل بخلافه (٢) فأما منع ذلك فـ في الجارح فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : (فإن بات (٣) عنك فلا تأكله لا تدري لعل كلبا غير كلبك قتله) (٤)، ولأن الليل مخالف للنهار لأن الهوام تظهر فيه وتنتشر فيجوز أن تكون أعانت على قتله ، وأما السهم فإذا (٥) قلنا إنه لا يؤكل الصيد إن بات عنه فلما روى أن رجلا أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ظبيا فقال إنى رميته يا رسول الله ثم اتبعته من الغد فوجدت سهمي فيه أعرفه فقال صلى الله عليه وسلم : (لا آكله لا أدري أهوام الأرض قتلتها ولو أعلم أن سهمك قتله لأكلته) (٦) وفي حديث آخر : (لو أعلم أنه لم يعين على حتفه (٧) دواب المغار (٨) لأمرتكم بأكله) وهذا نص وتعليل .

وإذا قلنا يؤكل فلما روى سعيد بن جبير (٩) عن عدي بن حاتم قال يا رسول الله إنى أرمى الصيد فأطلبه فلا أجده إلا بعد ثلاثة (١٠) فقال إذا وجدت أثر سهمك ولم يؤكل منه السبع فكله (١١) والفرق بين السهم

-
- (١) في م : قد قتله
(٢) انظر المدونة ٤١٣/١ - ٤١٤ ، التفريع ٣٩٩/١
(٣) في م : غاب
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق ٤٦٠/٤ والطبراني وفيه ابن أبي المخارق وهوواه ، وأخرجه أبو داود في مراسيله (انظر نصب الراية ٣١٥/٤)
(٥) في م : فإنه إذا (٦) سبق تخريج الحديث قريبا .
(٧) في م : قتله (٨) في م : الغار
(٩) سعيد بن جبير : الأسدي مولا هم الكوفي ثقة ثبت فقيه من الثالثة ، قتل بين يدي الحجاج سنة خمس وتسعين ولم يكمل الخمسين (انظر تقريب التهذيب ٢٣٤ ، شذرات الذهب ١٠٨/١)
(١٠) في م : ثالث
(١١) حديث عدي سبق تخريجه في الصفحة (٤٨٥)

والكلب أن السهم يوجد فى موضع الإصابة فإذا لم ير هناك أثرا لغيره علم أن سهمه قتله ، وليس كذلك الجرح (٢) لأنه ليس لجرحه علامة يعرفه بها فلا يأمن أن يكون قتله بغير جرحه .

فصل [١٣ - إذا سقط الصيد فى الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب]

إذا سقط الصيد فى الماء أو وقع من أعلى جبل وقد جرحه السهم أو الكلب فإن كان لم ينفذ مقاتله فلا يأكله لأنه لا يتيقن أن موته بجرح السهم أو الكلب لإمكان أن يكون موته بالتردى أو بالماء وإن كان قد أنفذ مقاتله جاز أكله (٣) لأن التردى والغرق كانا بعد تمام الذكاة، وإذا تمت الذكاة لم يؤثر فيها ما طرأ بعدها وكذلك الذبيحة مثل الصيد نواء .

وإذا أرسل كلبه على صيد بشركة كلب آخر نظر فإن كان لصائد مسلم قد أرسله على شرائطه الجائزة كان الصيد بينهما لأنه لا مزية لأحدهما عن الآخر فلا يكون أولى به منه إلا أن يعلم أن الأول أنفذ مقاتله قبل وصول الثانى إليه فيكون أولى به، لأن الذكاة تمت به دون الثانى وهذا إذا كان الآخر أرسله على ذلك الصيد أو أرسله إرسالا مطلقا، فأما إن أرسله على غيره فعُدل إليه أو كان كلبا مسترسلا بنفسه أو لمجوسى فينظر فإن أصابه / بعد إنفاذ الأول مقاتله فهو ذكى بالأول ولا يصره الثانى كالتردى من جبل بعد الذكاة، وإن كان ذلك قبل إنفاذ المقاتل أو لم يعلم لم يؤكل خلافا للشافعى (٤) فى إجازته (٥) أكل ما شورك فيه على كل وجه، لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عدي : (وإن شاركه كلب آخر فلا تأكله) (٦) ، ولأنه نوع من التذكية فمشاركته من لا تؤكل تذكيه لو انفرد يمنع الأكل أصله الذبح إذا اشترك فيه المسلم والمجوسى .

(١) فى م : السهم (٢) فى م : الكلب

(٣) انظر المدونة ٤٢٠/١ - ٤٢١ ، التفريع ٣٩٨/١

(٤) انظر مختصر المزمى ٢٨٢ (٥) فى م : إذ يرى

(٦) سبق تخريج حديث عدي قريبا

فصل [١٥ - التسمية عند الإرسال]

فصل [۱۶ - إذا صاد صيدا ثم أفلت فصاده غيره]

- (١) انظر المدونة ٤١٥/١ ، التفريع ٣٩٩/١
- (٢) سورة المائدة الآية ٤
- (٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٨٤)
- (٤) في ق : كتذكية
- (٥) عز وجل سقطت من ق (٦) انظر المدونة ٤١٤/١ ، التفريع ٣٩٨/١
- (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٨٤)
- (٨) انظر المدونة ٤١١/١ ، التفريع ٤٠٠/١
- (٩) انظر مختصر القدوري ، مع شرح الميداني ٢٢٢/٣ - ٢٢٣ ، المهذب



كتاب الذبائح (١)

شرط الذكاة (٢) بالذبح قطع الحلقوم (٣) والودجين (٤) فإن بقي شيء منها لم تتم الذكاة (٥) والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : (ما أفرئ الأوداج وذكر اسم الله عليه فكل) (٦) وقوله : (الذكاة في الحلق واللبة) (٧) ولأن الذبح ما لم يكمل في هذه المواقع جاز أن تعيش معه .

فصل [١ - من شرط الذبح أن يكون في قطع واحد]

ومن شرطها أن يكون ذلك في قطع واحد فإن قطع البعض شم رفع يده شام أعادها فتممه لم تؤكل لأنها لا تأمن أن يكون التلف كان عن الأول، ولأنه إذا رفع يده صار لكل قطع حكم نفسه كما لو تراخى في القطعين (٩) .

- (١) الذبائح : جمع ذبيحة وهي لقب لما يحرم بعض أفراد من الحيوان لعدم ذكاته أو سلبها عنه، وما يباح بها مقدورا عليه (حدود ابن عرفة ١١٧) .
- (٢) الذكاة: نحر وذبح وفعل ما يعجل الموت بنية في الجميع (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع - ١٢١)
- (٣) الحلقوم: بعد الفم وهو موضع النفس وفيه شعب تتشعب منه مجرى الطعام والشراب (المصباح المنير ١٤٦)
- (٤) الودجين : مفردة ودج وهو - بفتح الدال والكسر - عرق الأخدع الذي يقطعه الذابح فلا يبقى معه حياة (المصباح المنير ٦٥٢)
- (٥) انظر المدونة ٤٢٧/٠ ، التفريع ٤٠١/١ ، الرسالة ١٨٥ .
- (٦) أخرج الطبراني بسند ضعيف بلفظ " ما فرأ الأوداج ٠٠) (نصب الراية ١٨٦/٤) ، وهو في الصحيحين بلفظ " ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا " البخاري في الذبائح والصيد باب إذا أصاب القوم غنيمه ٢٢٢/٦ ، ومسلم في الأضاحي باب جواز الذبح بكل ما أنهر الدم ١٥٥٨/٣ .
- (٧) اللبة: المنحر وهي موضع نحر البعير ، وقال ابن قتيبة من قال إنها النقرة في الحلق فقد غلظ (المصباح المنير ٥٤٧)
- (٨) أخرجه الدررطني ٢٥١/٣ والبيهقي ٢٧٨/٩ وسنده ضعيف وأخرجه عبد الرزاق ٤٩٥/٤ موقوفا على ابن عباس وابن عمر (نصب الراية ١٨٥/٤)
- (٩) انظر المدونة ٤٢٨/١ ، الرسالة ١٨٥

فصل [٢ - فى ترك الذبيحة حتى تبرد]

وينبغى أن يتركها حتى تبرد^(١) لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك فعل لما نحر الهدايا تركها حتى بردت ثم قال : (من شاء اقتطع)^(٢) ولأن ذلك أخف عليها وأقل لإيلامها، وإن تمادى حتى قطع الرأس أو زلت^(٣) السكين بحدتها فأبانه^(٤) ، لم يحرمها لأن شرائط الزكاة قد حصلت .

فصل [٣ - فى كون الزكاة لا تخرج عن الحلق واللبة]

الزكاة لا تخرج عن الحلق واللبة، فالنحر فى الابل والذبح فى الغنم والبقر، فإن نحر البقر من غير ضرورة جاز أكلها^(٥)، وإنما قلنا ذلك لورود السنة به واتصال العمل من المسلمين فى كل الأعصار به، أما الابل فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرها^(٦) ولا يحفظ عن أحد فيهما الذبيح .

وأما الغنم فإنه صلى الله عليه وسلم ذبحها^(٧) ولم يرو عن أحد أنه نحرها .

وأما البقر فإن المستحب فيها الذبح لقوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة ﴾^(٨) وإن نحر جاز لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نحر عن نسائه البقر^(٩)، وقيل أن الفرق بين الابل والغنم أن عنق البعير طويل فيبعد خروج الدم من الجوف إلى موضع الذبح منه فيكون فى ذلك تعذيبه وزيادة ألم فى خروج روحه، والنحر أسهل وأخف لأنه فى آخر العنق فيكون متوسط بين الرأس وباقي البدن .

وأما الشاة فإن عنقها قصير ولا لبة لها فلا يتمكن من نحرها إلا بما يقرب من جوفها فكان الوجه فيها الذبح، فإذا ثبت هذا فإن ذبح بعير أو نحر شاة فإن كان لضرورة جاز أكلها مثل أن تقع فى بئر أو مضيق لا يوصل منه إلى موضع الذبح من الشاة أو النحر من البعير أو ما أشبه ذلك .

(١) انظر المدونة ٤٢٨/١

(٢) أخرجه الحاكم ٢٢١/٤ وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(٣) فى م : زالت (٤) فأبانه : سقطت من م

(٥) انظر المدونة ٤٢٧/١ - ٤٢٨ و التفريع ٤٠٢/١ ، الرسالة ٢٨٥

(٦) سبق تخريج حديث جابر فى الهدى الذى أخرجه مسلم .

(٧) كذلك سبق تخريج حديث أنه ضعى بكبشين ذبحهما بيده .

(٨) سورة البقرة الآية ٦٧

(٩) أخرجه البخارى فى الأضاحى باب الأضحية للمسافر والنساء ٢٣٥/٦

وإنما أجزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : (إنما الذكاة فى الحلق واللبة) (١) فأطلق، ولأنه من الأنعام فجاز أن يستباح بالذبح أو النحر فإن كان من غير ضرورة فاختلف فيه على وجهين : أحدهما أنه لا يؤكل تحريماً والآخر أنه يكره ولا يحرم، وزاد ابن بكير (٢) وجهاً ثالثاً وهو أنه قال : يؤكل البعير إذا ذبح ولا تؤكل الشاة إذا نحر (٣)، فوجه التحريم هو أن من ذبح بعيراً أو نحر شاة فقد أتى بالذكاة على خلاف الوجه المأمور به فى الشرع فأشبهه من ذبح من القفا أو أبقي شيئاً من الأوداج .

وجه الكراهة (٤) هو أن ذلك جائز مع الضرورة فلولا أنه يكون ذكاة مع عدمها على وجه وإلا لم يجز كالطعن فى الفخذ ، وأما ابن بكير فإنه فصل بينهما بأن قال أن البعير له موضع الذبح وإنما تعدل إلى النحر لأنه أقل لتعذيبه والشاة لا منحر لها لأن موضع لبنتها يقرب من خاصرتها، فيكون كالطعن فى جوفها وهذا تلزم عليه الضرورة .

فصل [٤ - ذكاة الجنين بذكاة أمه]

إذا ذكيت البهيمة فخرج من جوفها جنين ميت كامل الخلق نابت الشعر كان ذكياً بذكاتها (٥) خلافاً لأبي حنيفة فى منعه أكله (٦) لقوله صلى الله عليه وسلم : (ذكاة الجنين ذكاة أمه) (٧)، ولأن التذكية فى الشرع بحسب القدرة والتمكين وتذكية الجنين لا يؤمل إلبها إلا بأن تذكى أمه فيذكى بذكاتها، ولأن الجنين المتمثل بأمه تابع لها فى كل (٨) الأحكام الثابتة لها وكذلك فى الذكاة، ولأن ما امتنع بيعه مفرداً من المأكول يذكى بذكاة أصله على وجه كسائر الأعضاء .

- (١) سبق تخريج الحديث قريباً
- (٢) ابن بكير : أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد الله بن بكير ، التميمي البغدادي تفقه بالقاضي اسماعيل وعنه ابن الجهم والتستري ت ٣٠٥ هـ (شجرة النور الزكية ٧٨)
- (٣) انظر المقدمات ٤٢٩/١ (٤) فى م الكراهية
- (٥) انظر الموطأ ٤٩٠/٢، التفرغ ٤٠٢/١، الرسالة ١٨٥
- (٦) انظر مختصر الطحاوى ٢٩٨، مختصر القدوري مع شرح الميداني - ٢٢٨/٣
- (٧) أخرجه أبو داود فى الضحايا باب ما جاء فى ذكاة الجنين ٣٤/٢، وابن ماجه فى الذبائح باب ذكاة الجنين ١٠٦٧/٢ والترمذى فى الصيد باب فى ذكاة الجنين ٦٠/٤، وقال حديث حسن، وأحمد ٣٩/٣
- (٨) كل : سقطت من م

فصل [٥ - إذا لم يشعر الجنين أو نزل حيا]

[١/٥٢] وإنما شرطنا / نبات الشعر خلافا للشافعي^(١) لأن ذلك علامة نفلح الروح فيه لأن الروح لا يكون إلا فيما قد تم خلقه فأما ما لم ينزل ميتا فإن ذكاة الأم لا تؤثر فيه وفي بعض الحديث (ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا أشعر)^(٢) .

فصل [٦ - في تحريم الميتة وما في نوعها]

حرم الله تعالى الميتة وما في معناها من المنخقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع واستثنى تعالى من التحريم ما ذكسى، فدل على أن ما يذكى بعد حصول هذه الأشياء فإنه يؤكل^(٤) ، والمنخقة : ما تخنق بحبل أو ما في معناها ، والموقوذة : التي تضرب بالخشب حتى تموت، والمتردية : التي تسقط من مكان علي^(٥) فتتلف ، والنطيحة : ما نطحها^(٦) ذات القرن فتتلف أو تقارب التلف، وما أكل السبع : هو ما فرسه وهذا كله إذا أصابه ما ذكرناه فلا يخلوا من ثلاثه أحوال :

إما أن تخرج روحه معه فيلحق بالميتة لأن الميتة المحرمة هي ما تلف حتفأنفه مما يحتاج إلى ذكاة أو بوجه ليس بذكاة مثل ذبح المجوسي أو بغير آلة الذبح وكل^(٧) هذا موجود في مسالتنا .

وإنما قلنا إن ذلك كله^(٨) ميتة لقوله تعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾^(٩) وقال صلى الله عليه وسلم : (والذكاة في الحلق واللبة)^(١٠) فانتفى أن تكون ذكاة سواها، وقال : (ما أفرى الأوداج وذكر اسم الله فكل) وهذا معدوم في مسالتنا .

-
- (١) انظر الاقناع ١٨٤ (٢) فيه لأن الروح : سقطت من م
(٣) أخرجه مالك في الموطأ ٤٩٠/٢ موقوفا على سعيد بن المسيب
(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٤٣٤/١ ، والتفريع ٤٠٢/١ - ٤٠٣ الرسالة ١٨٥ - ١٨٦
(٥) في م : عال (٦) في م : ما تنطحها
(٧) و(٨) كل وكله : سقطت من م (٩) سورة المائدة الآية ٣
(١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤٩٣)
(١١) في ق : فرأ (١٢) سبق تخريجه في الصنية ٤٩٣

والثانية أن يصيبها من (١) ذلك ما ينحتها ولا يصيب منها مقتلا ويمكن أن تبقى

معه غالباً سواء انتقض منها بعض البنية أو لم يققض، وذلك مثل أن يلحقها مرض أو كسر يد أو رجل أو ما أشبهه فهذه تذكى وتوكل، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى : ﴿إلا ما ذكيت﴾ (٢) فاستثنى ما استدركت تذكيتة من التحريم، ولأن أشد ما فى بابها أن تكون مريضة مشنخة وذلك لا يمنع تذكيتها ما لم تبلغ حال النزاع .

والثالثة أن يصيبها من ذلك ما لا تعيش معه مثل أن تنفذ مقاتلتها (٣)

أو يخرج السبع حشوتها أو يرض دماغها أو ما أشبه ذلك مما لا يجوز أن تبقى معه إما قطعاً أو غالباً، فهذه لا تصح تذكيتها، والأصل فيه أن الذكاة تعمل فى الحي دون الميت، وما هو فى حكم الميت لا تعمل فيه وهذه فى حكم الميت لأن الحركة الباقية فيها مستعارة كحركة (٤) المذبوحة فلا تصح تذكيتها .

فصل [٧ - إذا وقع البعير أو البقرة أو الشاة فى بئر ولم يقدر على تذكيتها]

إذا وقع البعير أو البقر أو الشاة فى بئر ولم يقدر على إخراجها ولا على تذكيتها فى حلقه أو لبته لم يؤكل بعقره فى موضع من بدنسه (٥) خلافاً لأبي حنيفة والشافعى (٦)، لأنه مما ذكاته النحر أو الذبح فلم يزل عن ذلك باختلاف حالاته أصله إذا هرب من يده (٧) واحتاج إلى أخذه أو صعب عليه وكان وحده ولم يتمكن أن يعقله لينحره، ولأن (٨) أكثر ما فى بابيه أن يخاف عليه التلف متى (٩) تركه، وذلك لا يبيح استعجال تذكيتها على غير وجهها المأذون فيه مع القدرة عليه أصله إذا أخذها سبع ولم يعقرها وخاف إن بقيت معه أن يعقرها فبادر برميها فإنها لا تؤكل .

(١) فى م : مثل

(٢) سورة المائدة الآية ٣

(٣) فى ق : مقاتلته

(٤) فى م : كجرحه

(٥) انظر المدونة ٤٢٨/١ ، التفريع ٤٠٢/١

(٦) انظر مختصر الطحاوى ١٩٩ ، المذهب ٢٥٥/١

(٧) من يده : سقطت من م (٨) فى م : ولكن

(٩) فى م : مـ

فصل [٨ - إذا توحش المتأنس]

الحيوان المتأنس كبهيمة الأنعام إذا توحش شيء منه ولحق بالوحش لم يؤكل إلا بذكاة المتأنس^(١) خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٢) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (الذكاة فى الحلق واللبة)^(٣) وأشار إلى جملة الذكاة، ولأن توحشه لم ينقله عن أحكام المتأنس من سقوط الجزاء عن المحرم بقتله، وجوازه فى الضحايا والهدايا والعقيقة فكذلك فى الذكاة، فنقول لأن الذكاة فى الحلق واللبة من حكم المتأنس فلم يزل عنه بالتوحش أصله ما ذكرناه .

فصل [٩ - لا يؤكل المقدور عليه المتأنس طبعاً أو بعد توحش]

لا تؤكل الإنسية بما يؤكل به الصيد من إرسال السهام والجوارح سواء كان مما أصله التأنس كالأنعام والدجاج والفراخ أو مما أصله التوحش كالغزلان والأرانب ثم تأنس وزال عنه الاستيحاش لأنه مقدور عليه فلا يكون ذكاته العقر ، وأما المتأنس طبعاً فقد بينا أن ذلك لا يبيحها وإذا توحشت فما دامت لم تتوحش فهي عن ذلك أبعد^(٤) .

فصل [١٠ - فيمن ضرب عنق بعير]

ومن ضرب عنق بعير فلا يأكله لأن ذلك قتل وليس بذكاة^(٥)، لأن الذكاة فى الحلق واللبة وهذا لم يذكه فى حلقه ولا لبته .

فصل [١١ - توجيه الذبيحة الى القبلة]

يستحب للذابح أن يوجه ذبيحته إلى القبلة^(٦) لأن رسول الله صلى

(١) انظر المدونة ٤٢٣/١ - ٤٢٤ ، التفريع ٤٠٢/١ ، الرسالة ١٨٧

(٢) انظر مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٢٢٨/٣ ، المذهب ٢٥٥/٢

(٣) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٤٩٣)

(٤) انظر المدونة ٤٢٣/١ - ٤٢٤ ، التفريع ٤٠٢/١ ، الرسالة ١٨٧

(٥) انظر التفريع ٤٠٣/١

(٦) انظر المدونة ٤٢٨/١ ، التفريع ٤٠١/١ ، الرسالة ١٨٥

لله عليه وسلم كان يفعل ذلك ^(١)، ولأنه إذا لم يكن يبد من جهة يتوجه إليها كانت جهة القبلة أولى .

فصل [١٢ - التسمية على الذبيحة]

والتسمية مسنونة ^(٢) لأمره صلى الله عليه وسلم بها في الصيد ^(٣) ولا فرق بين ذلك وبين الذبح ، ولأنه صلى الله عليه وسلم سمى حين ذبح أضحيته ^(٤)، فإن تركها ناسيا، جاز لأن ترك السنن ناسيا لا يبطل العبادة، وإن تعمد تركها قال مالك: لا تؤكل ^(٥)، فمن أصحابنا من حملة على التحريم تغليظا لثلا يستخف بالسنن، ومنهم من قال هي شرط بالذكر ساقطة بالنسيان، ومنهم من حملة على الكراهية ^(٦) لقوله صلى الله عليه وسلم : (الذكاة فسي الحلق واللبة) ^(٧) ولم يذكر التسمية، ولأنه قول باللسان فلم يكن شرطاً في إباحة الذبيحة كالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم .

فصل [١٣ - في إراحة الذبيحة]

وينبغي للذابح أن يحد شفرته وسريح ذبيحته لورود الخبر بذلك ^(٨)، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا قتلتم فاحسنوا القتلة) ^(٩) وهذا من إحسانها .

(١) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر ، وإنما هو مروى عن بعض التابعين (مصنف عبد الرزاق ٤/٤٨٩)

(٢) انظر المدونة ١/٤٢٨ - ٤٢٩ ، التفريع ١/٤٠١ ، الرسالة ١٨٥

(٣) كما جاء في أحاديث الصيد التي سبقت (انظر الصفحة ٤٨٤) .

(٤) كما جاء في حديث أنس قال : ضحى النبي صلى الله عليه وسلم بكبشين

أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر . . أخرجه البخاري في الأضاحي باب التكبير عند الذبح ٦/٢٣٨ ، ومسلم في الأضاحي باب استحباب الأضحية ٣/١٥٥٦

(٥) انظر التفريع ١/٤٠١ ، الكافي ١٧٩

(٦) في م : الكراهية (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة ()

(٨) كما جاء في الجزء الأخير من الحديث الآتي حيث قال صلى الله عليه

وسلم : (وليحد أحدكم شفرته وليسرح ذبيحته)

(٩) أخرجه مسلم في الذبائح باب الأمر بإحسان الذبح ٣/١٥٤٨

باب الأَطْعَمَة (١)

صيد البحر كله حلال غير محتاج إلى ذكاة يجوز أكله ميتا وبغير سبب طفى أو لم يطف على أي وجه تلف صاده مسلم أو مجوس^(٢) خلافا لأبي حنيفة في اعتباره أن يموت بسبب^(٣)، لقوله تعالى : ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾^(٤) ففرق بين الصيد والطعام فدل أن الطعام ما مات بنفسه / [٥٣/ب] وقوله صلى الله عليه وسلم : (هو الطهور ماؤه الحل ميتته)^(٥)، وفى حديث جابر^(٦) أن أبا عبيدة^(٧) أصاب حوتا ميتا فأكل أهل الجيش منه ثمان عشرة ليلة ثم أعلموا النبي صلى الله عليه وسلم فقال : (إنما هي طعمة أطمعكموها الله فهل معكم منها شيء)^(٨) واعتبارا بتلفه عن سبب بعلة أنه من صيد البحر .

فصل [١ - حكم ما له شبه في البر]

لا فصل بين ما له شبه في البر وبين ما لا شبه له في جواز أكله مثل كلب الماء وخنزيره وغير ذلك من أنواع صورته^(٩) خلافا للشافعى^(١٠) للعموم الظواهر، ولأنه من صيد البحر كالذى لا شبهة له .

- (١) الأَطْعَمَة : جمع طعام وهو ما يؤكل وما يشرب
- (٢) انظر : الموطأ ٤٩٤/٢ - ٤٩٥ ، التفريع ٤٠٥/١
- (٣) انظر مختصر الطحاوى ٢٩٩ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٢٣١/٣
- (٤) سورة المائدة الآية ٩٦ (٥) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٥٢)
- (٦) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حزام أبو عبد الله وقيل أبو عبد الرحمن الأنصارى الصحابى من أهل بيعة الرضوان كان مفتى المدينة فى زمانه مات سنة ثمان وسبعين (انظر سير أعلام النبلاء ١٨٩/٣ وشذرات الذهب ٨٤/١)
- (٧) أبو عبيدة : عاصم بن عبد الله بن الجراح القرشى الفهرى المكي أحد السابقين الأولين أمين هذه الأمة ومناقبه شهيره جمعة ، توفى سنة ثمان عشرة وله ثمان وخمسون سنة (انظر سير أعلام النبلاء ٥/١ ، شذرات الذهب ٢٩/١)
- (٨) أخرجه البخارى فى الحج إذا رأى المحرمون صيدا ٢١٠/٢ ، ومسلم فى الحج باب تحريم الصيد للمحرم ٨٥٢/٢
- (٩) انظر المدونة ٤١٩/١ - ٤٢٠ ، التفريع ٤٠٥/١ ، الكافى ١٨٧
- (١٠) انظر المذهب ٢٥٠/١

فصل [٢ - فى أكل الطير]

يؤكل الطير كله ما له مخلب وما لا مخلب له (١) خلافا لأبي حنيفة والشافعى (٢)، لقوله عز وجل : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً ﴾ (٣) الآية، وقوله : ﴿ وَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَبُوا ﴾ (٤) ، ولأنه نوع من الطير فأشبهه سائرها .

فصل [٣ - فى أكل سباع الوحش]

يكفره أكل سباع الوحش من غير تحريم (٥) خلافا لأبي حنيفة فى قوله أن جميعها حرام (٦) والشافعى فى قوله يحل الصنيع والثعلب دون غيرها (٧) لعموم الظواهر، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الحلال ما أحله الله فى القرآن، والحرام ما حرمه الله فى القرآن وما سكت عنه فقد عفى عنه) (٨)، ولأن كل حيوان يظهر جلده بذبحة فلا يحرم أكله كسائر الصيد عندنا مع أبى حنيفة لأنه يوافقنا فى أن الزكاة تعمل فى تطهير أهاب جميع السباع، وعلى الشافعى لأنه نوع من السباع لا يكفر مستحله كالضبع والثعلب .

فصل [٤ - أكل الحمر الأهلية والبغال]

أكل الحمر الأهلية مغلظة الكراهة (٩) عند مالك، ومن أصحابنا من يقول هو حرام (١٠) وليس كالخنزير، فوجه قول مالك قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ﴾ (١١) الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (ما سكت عنه فقد عفى عنه) (١٢)، ولأنه حيوان معد للركوب

- (١) انظر المدونة ٤٢٧/١ المتفرع ٤٠٥/١ ، الكافى ١٨٦
- (٢) انظر مختصر الطحاوى ٢٩٩ ، مختصر القدرى مع شرح الميدانى ٢٢٩/٣ ، الاقناع ١٨٣ ، المذهب ٢٤٨/١
- (٣) سورة الأنعام الآية ١٤٥ (٤) سورة المائدة الآية ٢
- (٥) انظر المدونة ٤٢٦/١ ، المتفرع ٤٠٦/١ ، الكافى ١٨٦
- (٦) انظر مختصر الطحاوى ٢٩٩ ، مختصر القدرى - مع شرح الميدانى ٢٢٩/٣
- (٧) انظر المذهب ٢٤٧/١
- (٨) أخرجه البيهقى ٣٢٠/٩ وقال : رواه سيف بن هارون عن التيمى عن أبى عثمان عن سلمان مرفوعا .
- (٩) فى م : مغلظة الكراهية (١٠) انظر المدونة ٤٢٧/١ ، المتفرع ٤٠٦/١
- (١١) سورة الأنعام الآية ١٤٥ (١٢) سبق تخريج الحديث قريبا

كالخيل ، ووجه التحريم ما روي أنه صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمير الأهلية (١) ، وحكم البغال حكم الحمير .

فصل [٥ - فى حكم أكل الخيل]

فأما الخيل فيكره أكلها (٢) خلافا لأبي حنيفة والشافعي فى قولهما أنه مباح من غير كراهة (٣) ، لقوله تعالى : ﴿ لَتَرْكَبُوها وَزِينة ﴾ (٤) ففرق بينهما وبين الأنعام ، وأخبر عن المقصود منها وهو الركوب والتجمل (٥) بخلاف المقصود من الأنعام ، ولأنه ذو حافر فجاز أن يتعلق المنع بأكله أصله الحمير والبغال ، ولا يدخل عليه حمير الوحش لما قلنا (٦) فجاز ، ويمكن أن نحترز بأن نقول متأنس ، ولأن الخيل محتاج إليها للجهاد عليها ففى إباحة أكلها تطريق إلى انقطاع نسلها .

فصل [٦ - فى حكم أكل الجراد]

الجراد عند مالك لا يؤكل إلا إذا مات بسبب ، وقال محمد بن عبد الحكم يؤكل وإن مات بغير سبب (٧) ، قوجه قول مالك أنه من حيوان البر كسائر الحيوانات ، ووجه قول محمد قوله صلى الله عليه وسلم (أُحِلَّتْ لَنَا مِيتَتَانِ فَذَكَرُ : السمك والجراد) (٨) .

(١) أخرجه البخارى فى الذبائح باب لحوم الخيل ٢٢٩/٦ ، ومسلم فى الذبائح

باب إباحة أكل لحوم الخيل ١٥٤٨/٣

(٢) انظر التفريع ٤٠٦/١ ، الكافى ١٨٧

(٣) انظر مختصر الطحاوى ٢٩٩ ، المذهب ٢٤٦/١

(٤) سورة النحل الآية ٨

(٥) فى م : التحمل

(٦) فى ق : لأننا قلنا

(٧) انظر المدونة ٤١٩/١ - ٤٢٠ ، الكافى ١٨٧

(٨) أخرجه ابن ماجه فى الصيد باب صيد الحيتان والجراد ١٠٧٣/٢ ، وفى

إسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، وأحمد ٩٧/٢ والدارقطنى

٢٧١/٤ - ٢٧٢ ، والبيهقى ٢٥٧/٩ وابن حبان فى الضعفاء وقال فى

التنقيح وهو موقوف فى حكم المرفوع (انظر نصب الراية ٢٠٢/٤)

فصل [٧ - فى الانتفاع بجلد الميتة]

فى جلد الميتة إذا دبغ روايتان^(١) : إحداهما أنه نجس وأن الدباغ لا يعمل فى تطهيره بوجهه، والآخرى إنه يظهر بالدباغ وهى مخرجة على رواية ابن عبد الحكم فى جواز بيعه بعد الدباغ إذا بين له وهو قول لابن وهب وأبي حنيفة والشافعي^(٢)، فوجه الرواية الظاهرة قوله عز وجل ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾^(٣)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا تنتفعوا من الميتة بشيء)^(٤)، ولأنه جزء من الميتة نجس بالموت فوجب أن تتأبد نجاسته كاللحم، ولأنه لما نجس بالموت استحال أن يظهر مع بقاء علة تنجسه، ووجه الآخرى قوله صلى الله عليه وسلم : (أيما إهاب دبغ فقد طهر)^(٥)، وسائر الأخبار الواردة فى الدباغ ، ولأنها نجاسة طرأت على جلده تعمل الذكاة فى لحمه فوجب أن يظهر بالدباغ كجلد المذكى .

فصل [٨ - فيما يستعمل فيه جلد الميتة]

يجوز استعماله فى اليابسات دون المائعات^(٦)، خلافا لأحمد بن حنبل^(٧) لأن الأخبار تدل على ضرب من الإباحة، وقد ثبت أنه ليس المراد بها الطهارة فلم يبق إلا نوع من الانتفاع، وإنما خصنا اليابس لأنه لا يصل إليه شيء من النجاسة بخلاف الرطب .

(١) انظر : الموطأ ٤٩٨/٢ ، التفريع ٤٠٨/١ ، الرسالة ١٨٦ ، الكافي ١٨٨-١٨٩

(٢) انظر مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٢٣٠/٣ - ٢٣١ ، حاشية قليوبى وعميرة ٢٠٤/١

(٣) سورة المائدة الآية ٢

(٤) أخرجه أبو داود فى اللباس باب من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة

٣٧١/٤ ، والنسائى فى الفرع والعتيرة باب ما يدبغ به جلود الميتة

١٥٤/٧ ، وابن ماجه فى اللباس باب من قال لا ينتفع من الميتة

بإهاب ١١٩٤/٢ ، والترمذى فى اللباس باب ما جاء فى جلود الميتة

إذا دبغت ١٩٤/٤ وقال حديث حسن .

(٥) أخرجه مسلم فى الحيض باب طهارة جلود الميتة بالدباغ ٢٧٧/١

(٦) انظر التفريع ٤٠٨/١ ، الكافي ١٨٩

(٧) انظر مسائل الامام أحمد ١٢ ، مختصر الخرقى ١٦

فصل [٩ - عدم طهارة جلد الخنزير]

على الرواية الأخرى لا يطهر جلد الخنزير بحال خلافاً لأبي يوسف وداود^(١) الظواهر
ولأن الدباغ يخلف الذكاة فيما تأتى الذكاة فيه ويمتنع فيما لا ذكاة فيه .

فصل [١٠ - فى الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ]

لا يجوز الانتفاع بجلد الميتة قبل الدباغ^(٢) خلافاً لمن أجاز ذلك^(٣)

لأنه نجس ، وإنما شرط الدباغ في تطهيره أوفى بإباحة الانتفاع به فـإن
خالفوا فى نجاسته قبل الدباغ دللنا عليه بالظواهر، وأنه جزء من الميتة
كانت فيه حياة فوجب أن ينجس بالموت كالحم، فإن خالفونا^(٤) فى إباحة
الانتفاع به دللنا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم : (ما على أهلها لـ
أخذوا جلدها فدبغوه فانتفعوا به)^(٥)، وفى حديث عائشة رضى الله عنهما
أنه صلى الله عليه وسلم أمر أن يستمتع بجلود الميتة إذا دبغت^(٦) .

فصل [١١ - فى عظم الميتة وقرنها]

عظم الميتة وقرنها نجس^(٧) خلافاً لأبى حنيفة^(٨) لأنه جزء كانت فيه
حياة كالحم، ويدل على أنه كانت فيه حياة قوله تعالى : * قل يحييها الذى
أنشأها أول مرة *^(٩)، ولأن الإدراك يقع به كالحم .

- (١) انظر مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٢٣١/٣ ، المغنى / ٦٦ ،
المحلى ١٥٣/١
- (٢) انظر التفريع ٤٠٨/١ ، الرسالة ١٨٦ ، الكافى ١٨٨ - ١٨٩
- (٣) أجازة الزهرى (انظر المغنى ٦٦/١)
- (٤) فى م : خالفوا
- (٥) أخرجه البخارى فى الدباغ باب جلود الميتة ٢٣١/٦ ، ومسلم فى الحيض
باب طهارة جلود الميتة بالدباغ ٢٧٧/١
- (٦) أخرجه أبو داود فى اللباس باب أهب الميتة ٢٦٨/٤ ، وابن ماجه فى
اللباس باب جلود الميتة إذا دبغت ١١٩٤/٢ ، والنسائى فى الفرع باب
الرخصة فى الاستمتاع بجلود الميتة إذا دبغت ١٥٥/٧ ، وقال فيه : عن
محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن أبيه عن عائشة .
- (٧) انظر التفريع ٤٠٨/١ ، الكافى ١٨٩
- (٨) انظر مختصر الطحاوى ١٧ ، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٢٤/١
- (٩) سورة يونس الآية ٧٩

فصل [١٢ - طهارة شعر الميتة وصوفها]

شعر الميتة وصوفها طاهر (١) خلافا للشافعي (٢) لقوله تعالى : ﴿ ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها ﴾ (٣) فعم، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا بأس بصوفها إذا غسل بالماء) (٤)، ولأنه لا حياة فيه فاستحال أن ينجس بالموت، يبين ذلك أن الإدراك لا يقع به وأن أخذه جائز حال الحياة ولا يكون نجسا بخلاف اللحم والجلد .

فصل [١٣ - في شعر الخنزير]

لا فرق بين شعر الخنزير وغيره (٥) لأن أكثر ما في الخنزير أن يكون ميتة (٦) .

فصل [١٤ - في أكل ذبيحة أهل الكتاب]

(٧)

يجوز أكل ذبيحة أهل الكتاب (٨)، لقوله تعالى : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ (٩) فعم، ولأن كل جنس جاز نكاح نسائهم جاز أكل / [٥٤/أ] ذبائحهم كالمسلمين عكسه المجوس، وإن جاز أكل ذبائحهم جاز أكل سائر أطعمتهم .

فأما إذا خيف منهم استعمال النجاسة كالخمر والخنزير وغير ذلك فيجب اجتنابها إلا ما نشاهد منها سليما من إصابتها بإياه .

فصل [١٥ - طعام وذبائح المجوس]

(١٠) طعام المجوس الذي لا يحتاج إلى ذكاة يجوز أكله ولا يؤكل ما ذكوه

- (١) انظر التفريع ٤٠٨/١ ، الرسالة ١٨٦ ، الكافي ١٨٩
- (٢) انظر مختصر المزن ١ (٣) سورة النحل الآية ٨٠
- (٤) أخرجه الدارقطني عن أبي بكر الهذلي وهو متروك (انظر نصب الراية ١١٨/١)
- (٥) في م : وجلده (٦) انظر التفريع ٤٠٨/١ ، الكافي ١٨٩
- (٧) في م : ذبائح
- (٨) انظر : المدونة ٤٣١/١ - ٤٣٣ ، التفريع ٤٠٦/١ ، الرسالة ١٨٧
- (٩) سورة المائدة الآية ٥
- (١٠) انظر المدونة ٤١٨/١ - ٤١٩ ، التفريع ٤٠٦/١ ، الرسالة ١٨٧

لقوله تعالى : ﴿ وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْ لَكُمْ ﴾ (١) فدل على أن غيرهم بخلافهم، ولأن كل من لا ينجح نساؤهم فلا يؤكل ذبائحهم كالمرتديين والوثنيين عكسهم أهل الكتاب .

فصل [١٦ - فى شحوم اليهود]

شحوم اليهود المحرمة عليهم مكروهة عند مالك، وليست بمحرمة، وعند ابن القاسم وأشبها أنها حرام ، وقيل أنه مروي عن مالك (٢)، وعند أبي حنيفة والشافعي أنها مباحة غير مكروهة فوجه التحريم أنها ذكاة قصد مذكيتها إلى محلل ، محرم فى اعتقاده فوجب أن يبيح ما يعتقد تحليله دون ما يعتقد تحريمه أصله المسلم إذا ذبح الشاة فإن التذكية تنصرف إلى اللحم دون الدم .

وجه الاباحة أن اليهودى يعتقد استباحة الشاة وإنما يعتقد تحريم بعض منها واعتقاده ذلك باطل عندنا فكان كالمسلم يعتقد بالذبح لإباحة اللحم دون الشحم، فإذا كان ذلك غير مؤثر فكذلك ها هنا ، وجه الكراهه أنه لما (٣) لم يقصد اللحم بالتذكية فأشبهه الدم الذى لا يقصده المسلم بالتذكية ولأن الأفضل أن يكون كلما يؤكل مقصود كاللحم .

فصل [١٧ - ما ماتت فيه الفأرة من الطعام والشراب]

ما ماتت فيه الفأرة من الطعام والشراب ألقيت وما حولها إن كان جامدا وأكل باقيه (٤) إلا أن يطول مقامها فيه فيطرح جميعه، وأما المائع فيطرح كله (٥) ، وإنما قلنا ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن فأرة وقعت فى سمن : (إن كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فأريقوه) (٦)، ولأنه إذا كان جامدا لم تتعد النجاسة موضع وقوعها وما جاوره

(١) سورة المائدة الآية ٥

(٢) انظر التفريع ٤٠٦/١ ، الرسالة ١٨٧ ، الكافى ١٨٧

(٣) لما : سقطت من ق (٤) فى م : بإقيها

(٥) انظر الموطأ ٩٧١/٢ ، التفريع ٤٠٧/١ ، الرسالة ١٨٦ - ١٨٧

(٦) أخرجه أبو داود فى الأطعمة باب فى الفأرة تقع فى السمن ١٨١/٤ ، وابن

حبان فى صحيحه ، وأصله فى صحيح البخارى ولفظه " خذوها وما حولها وكلوا سمنكم " فى الذبائح والصيد باب إذا وقعت الفأرة فى السمن

الجامد أو الذائب ٢٣٢/٦

ولم تسر إلى باقيه، وليس كذلك إذا كان مائعا لأنها تنتشر فيه وتسرى إلى باقيه، وكذلك إذا أطل مقامها في الجامد ذابت وتفرقت أجزاؤها وانتشرت إلى جميعه .

فصل [١٨ - فيمن يضطر إلى أكل الميتة]

المضطر الخائف على نفسه التلف له أن يأكل الميتة للظاهر^(١) والاجماع^(٢)، وفي قدر ما يؤكل منه روايتان: [حداهما ما يسد به رمقه والآخرى حتى يشبع^(٣) .

فوجه الأولى أن الإباحة لحفظ^(٤) النفس فإذا وجد لم تجز الزيادة عليه لأنه يخاف التلف اعتبارا بالسبع .

وجه الثانية عموم الظاهر، ولأن الضرورة حاصلة فيما دون التلسف كحصولها مع خوفه فجاز له أكلها، وله أن يتزود منها احتياطا واستظهارا لجواز أن يدوم به العدم ، فإن استغنى عنها طرحها .

-
- (١) من قوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما أضطرتكم إليه ﴾ الأنعام الآية ١١٩ وغيرها من الآيات .
- (٢) المجموع ٣٩/٩ ، المفنى ٥٩٥/٨ ، قلتح البارى ٦٥/١٠ .
- (٣) انظر الموطأ ٤٩٩/٢ ، التفريع ٤٠٧/١ ، الرسالة ١٨٦ .
- (٤) في م : تحفظ

باب الأشربة (١)

الخمير (٢) مجمع (٣) على تحريمها (٤)، وورود القرآن والمتواتر من الأخبار بذلك ووقوع العلم الضروري به من دين الأمة مفعن عن زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك فالجمع عليه هو عصير العنب النبيء الذى لم تمسه النار، فأما ما عداه فإن كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام نبيئا كان أو مطبوخا من أى نوع كان من عنب أو زبيب أو تمر أو رطب (٥) أو بسر أو دبس أو عسل أو ذرة أو شعير أو قمح (٦) أو أى شىء كان (٧)، هذه الجملة يوافقنا فيها الشافعى (٨)، ولأبي حنيفة فى ذلك تفصيل يطول شرحه إلا أنه يبيح فى الجملة نبيذ التمر المسكر المطرب إذا شرب منه قدرا لا يبلغ بشاربه السكر (٩).

فدليلنا من وجهين: أحدهما إثباتنا ذلك كله خمرا، والآخر الاستدلال على عين المسألة، فأما إثباتها خمرا فله طريقان: الأخبار والقياس فالأخبار ما روى النعمان بن بشير (١٠) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إن من العنب خمرا وإن من الزبيب خمرا وإن من التمر خمرا وإن

-
- (١) الأشربة: القصد من هذا الباب بيان ما يجوز شربه وما يحرم.
- (٢) الخمير: من الخمار الذى تغطى به المرأة رأسها (المغرب ١٥٤، المصباح المنير ١٨١).
- (٣) فى ق: مجموع.
- (٤) انظر شرح مسلم - للنووى ٢٤٣/٧، المحلى ٢٣٠/٨، فتح البارى ٣٣/١٠.
- (٥) رطب: سقطت من ق (٦) قمح: سقطت من ق.
- (٧) انظر الموطأ ٨٤٤/٢ - ٨٤٨، التفريع ٤١٠/١، الكافى ١٩٠ - ١٩١.
- (٨) انظر مختصر المزنى ٢٦٦.
- (٩) انظر مختصر الطحاوى ٢٨١، مختصر القدورى مع شرح الميـدانى ٢١٤/٣ - ٢١٥.
- (١٠) النعمان بن بشير: بن سعد بن ثعلبة الأنصارى الخزرجى له ولأبويه صحبة ثم سكن الشام ثم ولي إمرة الكوفة ثم قتل بحمص سنة خمس وستين وله أربع وستون سنة (انظر تقريب التهذيب ٥٦٣، شذرات الذهب ٧٢/١).

من العسل خمرا وإن من الشعير خمرا وأنهما عن كل مسكر (١) ، وروى أن
 أبا هريرة (٢) قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (الخمير
 من هاتين الشجرتين النخلة والعنب) (٣) ، وروى ابن عمر قال : قال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم : (كل مسكر حرام وكل مسكر خمير) (٤) ، وعند
 المخالف أن نبيذ التمر لا يكون خمرا على وجه أسكر ، أو لم يسكر ، وفي حديث أنس
 أن الخمر لما حرمت قال أبو طلحة (٥) قم إلى هذه الجرار فأكسرها (٦) ، وكان
 فيها شراب من بطيخ وتمر ، فأما القياس فلما علمنا أن العرب إنما سميت
 الخمر بهذا الاسم لوجود الاسكار والشدة المطربة ، ولم يوافقونا على قصر
 ذلك على جنس ما توجد فيه دون غيره وجب إجراء العلة حيث وجدت وعلمنا
 بأنها (٧) علة بالطريق الذي به تعلم العلل وهو وجود الحكم بوجودها
 وارتفاعه بارتفاعها ، لأن العصير ما لم يشتد يسمى خمرا فإذا اشتد سمي
 بذلك فإذا زالت الشدة زال الاسم فثبت ما قلناه ، فأما الاستدلال على
 نفس المسألة بالنقل المستفيض روت عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله
 عليه وسلم سئل عن البتع فقال (كل شراب أسكر فهو حرام) قال الراوى
 (٨)

-
- (١) أخرجه أبو داود في الأشربة باب الخمر ما هي ٨٣/٤ ، والترمذي في
 الأشربة باب ما جاء في الحبوب التي يتخذها الخمر ٢٩٧/٤ وابن ماجه
 في الأشربة باب ما يكون منه الخمر ١١٢١/٢ ، والدارقطني ٢٥٣/٤ ،
 والبيهقي ٢٨٩/٨ والحاكم ١٤٨/٤ .
- (٢) في ق : أن أبا بكر والصحيح أن الحديث رواه أبو هريرة رضي الله
 عنهما
- (٣) أخرجه مسلم في الأشربة باب بيان أن جميع ما ينتبذ مما يتخذ من
 النخل والعنب يسمى خمرا ١٥٧٣/٣
- (٤) أخرجه مسلم في الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمير ١٥٨٧/٣
- (٥) أبو طلحة : هو زيد بن سهل بن الأسود بن حرام بن عمرو بن زياد
 الخزرجي البخاري صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بنى
 أخواله ، وأحد أعيان السديين ، مات سنة أربع وثلاثين (انظر سير
 أعلام النبلاء ٢٧/٢ ، شذرات الذهب ٤٠/١)
- (٦) أخرجه الامام مالك في الموطأ ٨٤٧/٢ ، والبخاري في الأشربة باب نزل
 تحريم الخمر ١٤١/٦ ، ومسلم في الأشربة باب تحريم الخمر ١٥٧٢/٣
- (٧) في م : بأنه
- (٨) أخرجه مسلم في الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمير ١٥٨٥/٣ ، والبخاري
 في الأشربة باب الخمر من العسل ٢٤٢/٦

البتع هو نبيذ العسل^(١) وروى ابن عمر وأبو موسى قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (كل مسكر حرام)^(٢) ، وروى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ما أسكر كثيره فقليله حرام)^(٣) وقالت عائشة رضي الله عنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فملاء الكف منه حرام)^(٤) ، ولأنه إجماع الصحابة^(٥) ، ولأن عمر رضي الله عنه حد على شراب سأل عنه ف قيل أنه يسكر ولم ينكر عليه أحد ، واعتبر السكر دون كونها خمرا لأنه قال^(٦) وجدت من فلان ريح شراب زغم أنه الظلاء^(٧) وإنى سائل عنه فإن كان يسكر حددته^(٨) ولم ينكر عليه أحد ، ولأنه شراب يسكر كثيره فوجب أن يحرم قليله كالخمر .

-
- (١) في م : شراب العسل .
 (٢) سبق تخريج الحديث قريبا .
 (٣) أخرجه أبو داود في الأشربة باب النهي عن المسكر ٨٧/٤ ، والنسائي في الأشربة باب تحريم كل شراب أسكر كثيره ٢٦٨/٨ ، وابن ماجه في الأشربة باب ما أسكر كثيره فقليله حرام ١١٢٥/٢ ، والترمذي في الأشربة باب ما أسكر قليله فكثيره حرام ٢٥٨/٤ ، وقال حديث حسن غريب ، وأخرجه أحمد ٣٤٣/٣ وصححه ابن حبان (انظر نصب الراية ٣٠٢/٤)
 (٤) أخرجه أبو داود في الأشربة باب ما أسكر كثيره فقليله حرام ٩١/٤ ، والترمذي في الأشربة باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام ٢٥٨/٤ وقال حديث حسن ، والفرق : مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا ، والجمع فرقان .
 (٥) انظر المحلى ٢٧٠/٨ المغنى ٣٠٣/٨ .
 (٦) في م : قال إنى
 (٧) الظلاء : كل ما يطلو به من قطران أو نحوه ، ويقال لكل ما خسر من الأشربة ظلاء على التشبيه (المغرب ٢٩٣)
 (٨) أخرجه البخاري في الأشربة باب البيضايق وما نهى عن كل مسكر من الأشربة ٢٤٤/٦ ، ومالك ٨٤٢/٢ .

فصل [١ - الحد على شارب المسكر]

إذا ثبت ما ذكرناه فعلى شارب الحد اعتباراً بالخمير ولا يراعى
أسكر القدر / الذى شرب منه أو لم^(١) يسكر، والحد فيه ثمانون^(٢)، خلافاً
للشافعى فى قوله أربعون^(٣)، لأجماع الصحابة عليه، وسؤال عمر رضى الله
عنه وتعليل علي رضى الله عنه: بأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا
هذى افترى فيجلد حد المفتري^(٤) ولم ينكر عليه ذلك أحد ، وروى عن
عمر وعثمان وعلى وعبد الرحمن وابن مسعود وابن عباس وأبى موسى^(٥)، ولأنه
ليس فى الأصول حد يقصر عن ثمانين فكان ما قاله خلافاً للأصول^(٦) .

فصل [٢ - فى منع تملك المسلم خمراً]

ولا يحل لمسلم أن يتهلك خمراً خلافاً لأبى حنيفة^(٧)، ولا شيئاً من المسكر
فمن وجدت عنده أريقته عليه^(٨) للأجماع على إراقة الخمر، وحديث أبى سلمة^(٩)
أنهم أراقوا ما كان عندهم^(١٠)، ولأنه صلى الله عليه وسلم أمر بإراقتها،^(١١)
فأما ظروفها فاختلف أصحابنا فقليل يكسر جميعها وتشق تأديباً له وردعاً
عن أن يمسكها ثانية، لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بإراقتها وشق ظروف
الخمر التى كانت لليتيم^(١٢) وقيل يشق منها ويكسر ما أفسدته الخمر

- (١) فى م : أم لم .
- (٢) انظر : الموطأ ٨٤٢/١ ، الرسالة ٢٤٣ .
- (٣) انظر مختصر المزنى ٢٦٦ ، الاقناع ١٧٠ .
- (٤) أخرجه مالك ٨٤٢/٢ .
- (٥) فى تخريج هذه الآثار انظر : الموطأ ٨٤٢/٢ - ٨٤٣ ، البيهقى
٣١٨/٨ - ٣٢١ المقنى ٣٠٧/٨ .
- (٦) فى م : خلاف الأصول . (٧) خلافاً لأبى حنيفة : سقطت من ق .
- (٨) انظر الموطأ ٨٤٨/٢ ، التفريع ٤١٠/١ ، الكافى ١٩١ .
- (٩) أبو سلمة : ابن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن
كعب أخو رسول الله صلى الله عليه وسلم من الرضاعة شهد بـدرا
ومات بعدها بأشهر (انظر سير أعلام النبلاء ١٥٠/١) .
- (١٠) لم أجد حديث أبى سلمة ، ولعله حديث أبى سعيد الخدرى الذى أخرجه
مسلم فى المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر ١٢٥/٣ .
- (١١) أخرجه مسلم فى المساقاة باب تحريم بيع الخمر ١٢٥/٣ .
- (١٢) هو الحديث السابق الذكر .

ونجسته مما لا ينتفع به إلا في الخمر، وما عدى ذلك من الظروف التي إذا غسلت زال عنها الخمر جملة فلا تشق لأنه لا فائدة في ذلك أكثر من إضاعة المال وذلك منهى عنه .

فصل [٣ - الخمر إذا تخللت]

ومن عص بإمسك الخمر حتى تخللت ولم يرقها جاز له أكلها ولا خلاف في ذلك (١) وإن تعدد تخليلها كره له ذلك وجاز له أكلها (٢)، (هذه الرواية الظاهرة ، وعنه رواية أخرى أنه لا يجوز أكلها) (٣) تغليظاً، وقول الشافعي أنه لا يجوز أكلها إذا خللت لبقائها على النجاسة ودليلنا للرواية الظاهرة أن التنجيس والحظر إنما كان لأجل الشدة فإذا زالت (٤) وجب زوالها، لأن الحكم يجب زواله بزوال علته، وإن شئت أن تردده إلى أصل قلت: كما لو انقلبت بنفسها، ولأنه مائع نجس لوجود معنى لو زال بغير صنع آدمي لظهر فكذا يجب أن يزول بفعل آدمي أصله الماء إذا تغير ممن نجاسة ثم زال التغير (٥) .

فصل [٤ - في مؤاخرة الرجل نفسه أو داره أو غلامه في شيء من عمل الخمر]

لا يجوز أن يؤخر الرجل نفسه ولا داره ولا غلامه ولا دابته في شيء من عمل الخمر (٦)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن ذلك جائز تجب الأجرة فيه (٧) لقوله تعالى : ولا تعاونوا على الإثم والعدوان (٨) وهذا منه لأنه عقد إجارة على شيء (٩) محظور فلم يجزء أصله إذا اكترى غلاماً ليلطوط (١٠) به أو امرأة ليزنى بها .

فصل [٥ - في فسخ عقود إجارة عمل الخمر إذا أدركت قبل الفوات]

إذا ثبت منع ذلك فإذا أدرك قبل الفوات فسخ العقد، وإن لم يدرك

(١) انظر المغنى ٣٣٠/٨ ، فتح الباري ٥٣٥/١٠ ، المجموع ٥٨٤/٢

(٢) انظر التفريع ٤١٠/١ - ٤١١ ، الكافي ١٩٠

(٣) صا بين قوسين : سقطت من م (٤) في م : زال

(٥) في م : التغير

(٦) انظر التفريع ٤١٠/١ ، الكافي ١٩٠ - ١٩١

(٧) والمذهب أنه لا يجوز الاستئجار (٨) سورة المائدة الآية ٢

على المعاصي (مجمع الأنهر ٣٨٤/١) في م : على فعل

(٩) في م : على فعل (١٠) في م : ليلطوطه

حتى فات أخذت الأجرة فتصدق بها ولم تترك على واحد منهما (١) عقوبة للمستاجر، ولأن عمل المواجه لا يستحق عوضاً (٢) عليه .

فصل [٦ - كراهية شرب الخليطين]

يكره شرب الخليطين من التمر والرطب أو الزبيب والعنب أو التمر والبعر (٣) أو الزبيب والبعر أو البسر والرطب (٤) للنهي عن ذلك (٥)، والمعنى فيه: أنه إذا جمع بين نوعين من هذه الأنواع أسرع الشدة إليها وبطل على جامعها ما أراد من الانتباز المباح فإن فعل ذلك آساء وينظر فإن وجدت (٦) الشدة المطربة حرمت ولا جاز شربه ما لم يسكر وخطها للنبيذ والخل سواء .

فصل [٧ - جواز شرب العصير]

شرب العصير جائز لا خلاف فيه أعلمه (٧)، لأنه غير مسكر ولا مخمر فهو كأكل العنب وكذلك العقيد إذا طبخ طبخاً لا يسكر معه، وينبغي أن يطبخ حتى يذهب منه الثلثان لأن ذلك حد لجواز شربه أو أكله، ولكن لا يؤمن منه أن تبقى فيه قوة الشدة، والعقيد أن يطبخ رب العنب والتمر حتى يذهب أكثره ويشخر ثم يمزج بالماء ويشرب .

(١) انظر التفريع ٤١٠/١ ، الكافي ١٩١

(٢) في م : عملاً

(٣) البسر : ما لم ينضج من تمر النخل .

(٤) انظر الموطأ ٨٤٤/٢ ، التفريع ٤١٠/١ - ٤١١ ، الكافي ١٩١

(٥) ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعاً

ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعاً " أخرجه البخاري في الأشربة باب

من رأى أن لا يخلط البعر والتمر إذا كان مسكراً ٢٤٥/٦ ، ومسلم في

الأشربة باب كراهية انتباز التمر والزبيب مخلوطين ١٥٧٤/٣ .

(٦) في م : حدثت

(٧) انظر المحلى ٢٣٠/٨ ، شرح مسلم ٢١٩/٨ ، فتح الباري ٢٩/١٠ ، ٣٥ ، ٣٨

المفنى ٣١٧/٨ - ٣١٨ .

فصل [٨ - جواز الانتباز فى كل الأوعية]

والانتباز فى كل الأوعية جائز إلا ابتداءً والمزفت^(١) لئنه صلى الله عليه وسلم عن الانتباز فيهما^(٢)، والدُّ بَاءُ القرع، والمزفت المظلى بالزفت والقار كالدينان^(٣) وغيرها، وإنما كره ذلك لأن الشدة تسرع إليه وإن سلم منها فلا بأس بشربه .

فصل [٩ - جواز شرب السوبية]

شرب السوبية جائز^(٤) لأنه لا يسكر، وذكروا أنه شراب يعمل بمصر يشبه الفقاع وليس بمعروف عندنا ببغداد ولا بسائر العراق، وعلة المنع السكر فإذا عذمت جاز شربه .. والله أعلم .^(٥)

(١) انظر الموطأ ٨٤٤/١ ، التفريع ٤١٠/١ ، المحافى ١٩١ .

(٢) أخرجه مسلم فى الأشربة . باب النهى عن الانتباز فى المزفت ١٥٨١/٣ ،

ومالك ٨٤٣/٢ .

(٣) الزفت معروف والقار هو الزفت ،

(٤) انظر التفريع ٤١١/١ ، المغنى ٣١٨/٨ .

(٥) والله أعلم : سقطت من م .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح وآبوابه والطلاق وما يتعلق به (١)

النكاح (٢) مندوب إليه (٣) لقوله تعالى : ﴿ وابتغوا ما كتب الله لكم ﴾ (٤)، وقوله : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴾ (٥)، وقوله صلى الله عليه وسلم (تنكحوا تناسلوا) (٦) وقوله (تزوجوا فإنى مكاشركم الأمم) (٧) وقوله (من استطاع منكم الباءة فليتزوج) (٨) وفيه أخبار كثيرة .

فصل [١ - فى حكم النكاح]

وليس بواجب خلافا لداود (٩) اعتبارا بنكاح الأمة، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب ابتداء بالتشريع كالبيع، ولأن المقصود منه وهو الوطء غير واجب فلم يكن هو واجبا .

- (١) فى م : كتاب النكاح فقط .
- (٢) النكاح : فى اللغة مأخوذ من الضم وكذلك الدخول ، وفى الاصطلاح قال ابن عرفة : النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمتها بالكتاب على المشهور أو الاجماع على الآخر (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ١٥٢ ، والفواكه الدوانى للنضراوى ٢/٢)
- (٣) انظر الكافى ٢٢٩ ، المقدمات ٤٥١/١ - ٤٥٣ .
- (٤) سورة البقرة الآية ١٨٧ . (٥) سورة النور الآية ٣٢ .
- (٦) أخرجه البيهقى ٧٨/٧ ، وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف وعن أنس صححه ابن حبان بلفظ " تزوجوا الودود الولود .. (انظر تلخيص الحبير ١١٦/٣) .
- (٧) أخرجه أبو داود فى النكاح باب النهى عن تزويج من لم يلد من النساء ٥٤٢/٢ ، والنسائى فى النكاح باب كراهية تزويج العقيم ٥٤/٤ ، والحاكم ١٦٢/٢ وقال صحيح الإسناد ، وأحمد ١٥٨/٣ ، والبيهقى ٧٨/٧ .
- (٨) أخرجه البخارى فى النكاح باب الترغيب فى الزواج ١١٧/٦ ومسلم فى النكاح باب استحباب النكاح ١٠١٨/٢ .
- (٩) انظر المغنى ٤٤٦/٦ ، نيل الأوطار ١١٧/٦ .

فصل [٢ - فى تزويج الأب ابنته البكر الصغيرة]

ولأب إنكاح ابنته البكر الصغيرة من غير خلاف^(١) ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم ﴾^(٢) ، وقوله تعالى : ﴿ إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين ﴾^(٣) ، وقوله : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ﴾^(٤) فجعل على التى لم تبلغ عدة، والعدة لا تجب إلا عن فراق فى نكاح صحيح، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها وهى ابنة ست^(٥) وبنتى بها وهى ابنة تسع^(٦) ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم زوج ابنتيه من عثمان رضى الله عنه ولم يستشرهما^(٧) ولا خلاف فيه .

فصل [٣ - فى تزويج الأب ابنته البكر الكبيرة]

وله إنكاح البكر وإن بلغت جبراً^(٨) خلافاً لأبي حنيفة^(٩) لقوله صلى الله عليه وسلم : (تستأمر اليتيمة فى نفسها)^(١٠) فدل على / أن غيرها بخلافها، ولأنه لا يفتقر فى عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه كالصغيرة، ولأن كل ولاية تثبت للأب على الصغيرة البكر لم تزل بمجرّد البلوغ كالولاية فى المال .

فصل [٤ - فى استئذان البكر الكبيرة]

إذا^(١١) ثبت ذلك فيستحب له استئذانها لقوله صلى الله عليه

(١) انظر الاجماع ٩١ ، شرح مسلم ١٤٨/٦ ، المغنى ٤٨٧/٦ ، فتح البىارى

١٥٦/٩ ، ٢٦٩/١٢ .

(٢) سورة النور الآية ٣٢ . (٣) سورة القصص الآية ٢٧ .

(٤) سورة الطلاق الآية ٤ . (٥) فى م : سبع .

(٦) أخرجه البخارى فى النكاح باب إنكاح الرجل ولده الصغار ١٣٤/٦ ،

ومسلم فى النكاح باب فى تزويج الأب البكر الصغير ١٠٢٨/٢ .

(٧) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر .

(٨) انظر الموطأ ٥٢٥/٢ ، المدونة ١٤٠/٢ - ١٤١ التفريع ٢٩/٢ ، الرسالة ١٩٦

(٩) انظر مختصر الطحاوى ١٧٢ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٨/٣ .

(١٠) أخرجه أبو داود فى النكاح باب فى الإستثمار ٥٧٣/٢ ، والترمذى فى

النكاح باب إكرام اليتيمة وقال حديث أبى هريرة حديث حسن ٤٠٨/٢

(١١) فى م : فإذا .

وسلم : (شاوروا النساء فى أبضاعهن)^(١)، ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضر يلحقه فيه، وقيل إنسه ربما كان بها عيب لا يعلمه ولو علمه لم يزوجه^(٢) فإذا استأذنها أعلمته به فترز منه^(٣) .

فصل [٥ - فى إجبار البكر المعنسة]

وعنه فى المعنسة وهى التى قد علت بسنها^(٤) وبرز وجهها وخبرت الأمور روايتان^(٥) : إحداهما بقاء إجبارها عليها، والأخرى زواله عنها .

فوجه بقاءه اعتبارا بغير المعنسة بعلة البكارة، ووجه زواله أن المعنى الموجب للإجبار فى الصغيرة التى لم تعنس فله خبرتها بالأمور وعدم معرفتها بمصالحها (وذلك منتفع عن المعنسة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها)^(٦) فقام ذلك مقام الشيوبة فى رفع الاجبار عنها .

فصل [٦ - فى إجبار الشيب الكبيرة]

وليس للأب ولا غيره إجبار الشيب الكبيرة، ولا تزوج إلا برضاها لقوله صلى الله عليه وسلم : (الأيم أحق بنفسها من وليها)^(٧) وروى : الشيب مفسرا وقوله : (ليس للولى مع الشيب أمر)^(٨)، ولأنها قد خبرت أمرها وعرفت مصالح نفسها وزال الحجر عنها فى مالها فوجب انتقاء الإجبار عنها، ولأن الإجبار لو لم يزل عنها لم تبق امرأة تزوج بإذنها ولا معنى لرفع الأجبار، وذلك باطل مع أنه لا خلاف فيه .

-
- (١) أخرجه البيهقى ١٢٣/٧ . (٢) فى م : يتزوجها .
 (٣) فى م : فتجوز . (٤) فى م : سنا .
 (٥) انظر المدونة ١٤٢/٣ - ١٤٥ ، التفريع ٢٩/٢ ، المقدمات ٤٧٥/١ ، الكافى ٢٣١ .
 (٦) ما بين قوسين : سقط من م .
 (٧) أخرجه مسلم فى النكاح باب استئذان الشيب فى النكاح ١٠٣٧/٢ ،
 ورواية " الشيب " أخرجه مسلم كذلك فى نفس الكتاب والبيان
 والجزء والصفحة .
 (٨) أخرجه أبو داود فى النكاح فى الشيب ٥٧٨/٣ ، والنسائى فى النكاح
 باب استئذان البكر فى نفسها ٧٠/٦ وصححه ابن حبان وهو على شرط
 الصحيحين .

فصل [٧ - فى إجبار الثيب الصغيرة]

ولأب إجبار الثيب الصغيرة على النكاح (١) خلافا للشافعى (٢) لقوله صلى الله عليه وسلم : (تستأمر اليتيمة فى نفسها) (٣) فدل على أن ذات الأب بخلافها، ولأنها صغيرة كال بكر، ولأن ولاية الأب ثابتة عليها فى المال كالغلام، ولأن الثيوبه المزيله للاجبار وهى التى يثبت معها الاذن كثيوبه البالغ، ولأن الثيوبه إحدى حالتى المرأة فلم تنفك من جوار إنكاح الأب رايها أصله حال البكاره .

فصل [٨ - فى وقت انقطاع إجبار الأب الثيب الصغيرة]

إذا ثبت أن له إجبارها فقد اختلف فى وقت انقطاعه: فقيل ما لم تحض، وقيل أن البلوغ لا يقطع الاجبار (٤)، فوجه الأول أنها إذا حاضت فتنسد صارت ممن لها إذن، والثيوبه إذا اجتمعت مع الاذن رفعت الاجبار أصله الثيب الكبيرة، ووجه الثانى أن كل صغيرة ملك الأب إجبارها لم يسقط عنها بلوغها كال بكر .

فصل [٩ - فى الثيوبه التى ترفع الاجبار]

الثيوبه التى ترفع الاجبار هى الوطء فى نكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك أو شبهة ملك ولا يثبت بوطء زنا أو غصب على وجه (٥)، خلافا للشافعى، لأن رفع الاجبار بالثيوبه لزوال الحياء والانقباض الذى يكون فى البكر وهذا منتف عن المزني بها لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ركبته والعار الذى يلحقها ويزيد فيها فوجب بقضاء الاجبار عليها، ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال فكذلك إجبار النكاح .

(١) انظر المدونة ١٤٠/٢ - ١٤١ ، التفريع ٢٩/٢ ، الكافى ٢٣١ ، المقدمات

٤٧٦/١ - ٤٧٧ .

(٢) انظر مختصر المزنى ١٦٤ ، الاقناع ١٣٤ - ١٣٦ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريبا هـ ٥١٦

(٤) انظر التفريع ٢٩/٢ ، الكافى ٢٣١ ، المقدمات ٤٧٧/١ .

(٥) انظر المدونة ١٤٠/٢ - ١٤١ ، التفريع ٢٩/١ ، الكافى ٢٣١

فصل [١٠ - إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس]

(١) إذا عادت البكر إلى الأب قبل أن تمس بطلاق أو موت فأظهر الروايتين عنه أنه يعتبر طول إقامتها مع الزوج أو قصر المدة؛ فإن طالت إقامتها وبرز وجهها زال إجبارها عنها، وإن كان ذلك بحدشان دخولها عليها ولم يطل لبثها ولو برز وجهها فأجبارها باق عليها .

وإنما قلنا ذلك لأن عودها إلى الأب إذا كان عن قرب فإنها على الحال التي كانت عليها (٢) عنده من قلة خبرتها بأمورها أو معرفتها بمصالحها لأنها لم يدخل بها فيثبت لها حكم الشيوبة ولا طال أمرها طولا تخبر معه مواضع حظوظها وتعرف مصالحها فيقوم ذلك مقام الشيوبة فكان الاجبار باق عليها فإذا طالت إقامتها وبرز وجهها عدم هذا المعنى فيها وصارت في حكم الشيب في حكم الشيب فانقطع الاجبار عنها .

وفي حد الطول روايتان: إحداهما أنه سنة والأخرى لأحد فيها أكثر من العرف، فوجه اعتبار السنة أنها مدة جعلت في الشرع حداً للأمور تتعرف منها العنة (٣) والأدواء الثلاثة (٤) في عهدة الرقيق، فكذلك ها هنا، ووجه نفي التحديد أن كل أمر احتيج فيه إلى اختبار وتعرف ولم يرد توقيف في بتحديد مدة وجب الرجوع فيه إلى العرف كالخيار في البيوع ، ويعرف إيناس الرشد باليتيم إذا بلغ، وفي مسألتنا التوقيف معدوم فوجب الرجوع فيه إلى العرف .

فصل [١١ - العقد على الصغيرة لا يكون إلا من أبيها]

الصحيح من قوله إنه لا يعقد على الصغيرة سوى أبيها (٥) خلافاً لأبي

(١) انظر المدونة ١٤١/٢ ، الكافي ٢٣١ - ٢٣٢ .

(٢) في م : عليه .

(٣) العنة : يقال رجل عنين الذي لا يقدر على أتيان النساء أولاً يشتهى (المصباح المنير ٤٣٣)

(٤) الأدواء : المرض والأدواء الثلاثة هي الجنون والجذام والبهرس (الفواكه الدواني ١٠٦/٢)

(٥) انظر المدونة ١٤٠/٢ ، التفريع ٣٤/٢ ، الرسالة ١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي

حنيفة في قوله أن للأولياء أن يعقدوا عليها (١) لحديث ابن عمر أن عثمان ابن مضعون (٢) توفي وترك ابنته وأوصى إلى أخيه قدامة إذا مت (٣) فتزوجها من عبد الله بن عمر فأراد فسخ النكاح ، وإنكاح المغيرة بن شعبان فارتفعوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قدامة : أنا عمها ووصي أبيها وما نقموا من عبد الله إلا أنه لا مال له ، فقال صلى الله عليه وسلم (هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها) (٤) ، ولأن كل من لا يملك التصرف في مالها بنفسه لم يملك إجبارها على النكاح كالأجنبي ، ولأن كل من لم يكن له إجبارها بعد البلوغ لم يكن له إجبارها قبله كالخال عكسه الأب .

فصل [١٢ - فيمن يجبر البكر من الأولياء]

ولا يجبر البكر أحد من الأولياء غير الأب صغيرة كانت أو كبيرة لا جد ولا غيره (٥) خلافا للشافعي في قوله أن الجد يجبر كالأب (٦) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها) (٧) ، ولأنه عصبه ويحجبه الأب فلم يملك الاجبار كالأخ ، ولأنها ولاية تملك انتقالا لا ابتداء فلم يملك بها الاجبار كسائر الولايات (٨) .

فصل [١٣ - إذا غاب الأب عن البكر]

إذا غاب الأب عن البكر غيبة قريبة أو كان يتردد في تجارة أو غيرها فليس لولي ولا الحاكم أن يزوجه إلا بتوكيل من الأب فإن غاب غيبة

-
- (١) انظر مختصر الطحاوى ١٧٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ١٠/٣ .
 - (٢) عثمان بن مضعون : ابن حبيب بن وهب بن حذافة ، الجمحي ، أبو السائب من سادة المهاجرين ومن أولياء الله المتقين ، الذين فازوا بوفااتهم في حياة نبيهم صلى الله عليه وسلم وهو أول من دفن بالبقيع (سير أعلام النبلاء ١٥٣/١)
 - (٣) إذا مت : سقطت من ر
 - (٤) قال الهيثمي : روى ابن ماجه طرفا منه ورواه أحمد ١٣٠/٢ ورجاله ثقات (مجمع الزوائد ٢٨٣/٤)
 - (٥) انظر المدونة ١٤٠/٢/٢ ، التفريع ٢٩/٢ - ٣١ ، الرسالة ١٩٦ - ١٩٧ .
 - (٦) انظر مختصر المزني ١٦٤ - ١٦٥ ، الاقنাম ١٣٤ .
 - (٧) سبق تخريج الحديث قريبا . (٨) في م : الولاية

[٥٥/ب]

طويلة منقطعة شديدة البعد فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروفا / إلا
 أن استعدانته يتعذر وهي بالغ فقد اختلف في جواز إنكاحها ^(١) : فقال مالك
 يزوجه الإمام إن رفعتك إليه، وقال عبد الملك لا يجوز إنكاحها على وجه
 مع حياة الأب، وقال ابن وهب إن قطع عنها نفقتها وأطال غيبته جاز إنكاحها
 برضاها، وإن كان يبعث إليها نفقة وهي في غنى وكفاية ^(٢) لم يجز
 الاغتياث عليه ولم تزوج إلا برضاها ^(٣) .

فوجه قول مالك هو أن غيبة الأب إذا طالت وانقطعت أضر ذلك بها
 فجرى مجرى عضلها ولو كان الأب حاضرا وعضلها حتى علم أنه يقصد الاضرار
 بها لزوجه السلطان عليه فكذاك مع طول الغيبة .

وجه قول عبد الملك إن الولاية باقية للأب لا تسقط بغيبته فلم
 يكن لغيره أن يزوجه، ولأنها بكر لها أب كالحاضر أو القريب الغيبة وليس
 بعاضل ، وجه قول ابن وهب أن الصراعى في ذلك إزالة الضرر عنها بدليل
 أنه لو كان حاضرا وعضلها لزوجت عليه لإزالة الضرر وهذا موجود مـسع
 انقطاع النفقة ووجود ^(٤) الحاجة وإذا لم يكن بها ضرورة لم تزوج لأنسه
 ليس هاهنا ما يزيل ولاية الأب أو يسوغ الافتيات عليه .

فصل [١٤ - السلطان يزوج من غاب عنها أبوها]

إذا ثبت جواز إنكاحها: فقل لا يزوجه إلا السلطان، وقيل للأولياء
 أن يزوجه برضاها ^(٥) فوجه الأول أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة
 الضرر عنها فكان كالحكم على الأب وذلك يختص به السلطان .

وجه الثاني أن النكاح بالاذن لا يقف على ولي دون ولي في سبب
 الجواز، ولأنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها فجاز ذلك لسائر الأولياء
 أصله إذا مات .

-
- (١) انظر المدونة ١٤٤/٢ . (٢) في م : كفالة .
 (٣) في ق : إلا برضاها . (٤) في ق و ر : حضور .
 (٥) انظر المدونة ١٤٤/٢ ، الرسالة ١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي ٣٣٢ - ٣٣٥ .

فصل [١٥ - انقطاع خبر الأب الغائب]

فأما إن انقطع خبره ولم تعلم حياته ولا موته جاز إنكاح الأولياء
ريأها برضاها، وقال عبد الملك ليس لهم ذلك إلا بعد مضي أربع سنين من
وقت فقده (١)، فوجه الأول أن الظاهر من أمره الموت فجاز إنكاحها لأن أحسن
أحواله (٢) أن يحمل أمره محمل العضل فيجب إزالة الضرر عنها وعبد الملك نزلها
منزلة امرأة المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره فوجب وقف
ذلك على ضرب الأجل له .

فصل [١٦ - فى إذن المزوجة]

إذن المزوجة على ضربين (٣)؛ إن كانت شيبا فبالقول وإن كانت بكرا
فبالقول والصمت، وإنما فرقنا بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم فى
البكر (فإذا صماتها) (٤) فخصها بذلك وروى : (الشيب تعرب عن نفسها) (٥)
ولأن أصل الإذن أنه لا يثبت إلا بالقول وإنما خصت البكر بالصمت للخبر ولأن الحياء
يغلب عليها ولعل تنسب متى (٦) تسرعت إلى أن تقول نعم قد رضيت أو قد
رضيت أو قد أذنت أو لما أشبه ذلك إلى شدة الميل إلى الرجال وغلبة
الشهوة عليها فيكون ذلك مزهدا فيها، والشيب قد زال هذا الاعتبار عنها
بببروز وجهها ومعرفتها ما يراد فيها فإذا ثبت هذا فينبغى أن تعلم
البكر إذا صمتت بأن ذلك يحمل على أنه إذن منها احتياطا واستلها را
لجواز أن تظن أنه لا يحمل منها على ذلك وليس بشرط فى صحة الإذن .

(١) انظر المدونة ١٤٤/٢ - ١٤٥ .

(٢) فى م : أحوالها .

(٣) انظر المدونة ١٤١/٢ - ١٤٢ ، التفريع ٣٤/٢ ، الرسالة ١٩٦ .

(٤) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٥١٦) .

(٥) أخرجه ابن ماجة فى النكاح باب استئثار البكر والشيب ٦٠٢/١ ،
رجال اسناده ثقات إلا أنه منتقع ، ومعناه فى مسلم فى النكاح

باب استئذان الشيب فى النكاح ١٠٣٦/٢ .

(٦) فى م : إذا ما .

باب [- اشتراط الولي في عقد النكاح]

الولي (١) شرط في صحة (٢) عقد النكاح فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا غيرها على وجه (٣) خلافا لأبي حنيفة (٤) لقوله تعالى : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ (٥) وفي جواز ذلك لهن انتقاء العضل لزوال الحاجة إلى الأولياء، ولأن هذه الآية نزلت في شأن معقل بن يسار (٦) لما عضل أخته فنهى عن ذلك (٧) وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي) (٨) وقوله (لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة نفسها) (٩) ولأنها ناقصة بالأنوثية كالأمة، ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى وليي العقد كالعقد على الصغيرة، ولأن الولي شرط في النكاح وحيطة للفروج (١٠) لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح وميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير كفؤ فتلحق عارا بأوليائها .

-
- (١) الولي : وهو من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو ايضاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام (حدود ابن عرفة ، الفواكه الدواني ٣/٢) .
- (٢) صحة : سقطت من م .
- (٣) انظر الموطأ ٥٢٥/٢ ، المدونة ١٤٠/٢ - ١٤٤ ، التفريع ٣١/٢ - ٣٢ ، الرسالة ١٩٦ .
- (٤) انظر : مختصر الطحاوي ١٧١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٨/٣ .
- (٥) سورة البقرة الآية ٢٣٢ .
- (٦) معقل بن يسار : المزنى ، صحابي ، ممن بايع تحت الشجرة ، كنيته أبو علي على المشهور ، مات بعد الستين (تقريب التهذيب ٥٤٠)
- (٧) أخرجه البخاري في التفسير باب ﴿ إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ﴾ ١٦٠/٥ .
- (٨) أخرجه ابن ماجه في النكاح لا نكاح إلا بولي ١٠٥/١ والدارقطني ٥٦٨/٢ والبيهقي ١٢٥/٧ ، وابن حبان وصححه ابن حزم وهو قوي بشواهد - (انظر نصب الراية ١٨٢/٣) .
- (٩) أخرجه ابن ماجه في النكاح باب لا نكاح إلا بولي ٦٠٦/١ والدارقطني ٢٢٧/٣ ، والبيهقي ١١٠/٧ ، وفي إسناده جميل بن الحسين العتقسي متكلم فيه .
- (١٠) في م : على الزواج .

فصل [١ - تزويج المرأة نفسها]

إذا ثبت ذلك فإن زوجت امرأة نفسها أو غيرها فالنكاح فاسد لا يصح بوجه ويفسخ قبل الدخول وبعده (١) ، لأن منع ذلك لحق (٢) الله تعالى وفي كيفية فسخه (٣) روايتان (٤) :

إحداهما بطلاق (لأنه نكاح مختلف فيه فأحتيط بأن يكون فسخه طلاقاً، والآخرى أنه فسخ بغير طلاق) (٥) ، ولأن المقام عليه لو أراداه غير مسوغ لهما، فإن أدرك قبل الدخول وفسخ فلا مهر لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم يجب به المهر وإن لم يعلم إلا بعد الدخول لزم به المهر للاستمتاع ، فإن كان قد سمى فالمسمى أولى من صداق المثل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٦) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (أدوا العلقى قيل : وما العلقى ، قال : ما تراضى عليه الأهلون) (٧) وروى (فإن نكحت فلها مهرها المسمى) (٨) ، ولأن المقصد من النكاح المواصل والمكارمة دون المتاجرة والمقابلة بخلاف البيوع فإن لم يكن هناك مهر مسمى فصداق المثل وحكمه فى وجوب العدة ولحوق النسب وتحريم المصاهرة حكم النكاح الصحيح ، وفى التوارث قبل الفسخ خلاف مبنى علي ما قدمناه .

فصل [٢ - أقسام الولاية]

إذا ثبت ما ذكرناه من حاجة النكاح إلى ولي فالولاية على ضربين (٩) : ولاية عامة وولاية خاصة ، فالعامة ولاية الدين والأصل فى ثبوتها قوله تعالى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ (١٠) ، وقوله :

- (١) انظر : المدونة ١٤٦/٢ - ١٤٨ ، التفريع ٣٢/٢ ، الكافي ٢٣٤ .
- (٢) فى م : بحول . (٣) فى م : وفى كيفية ذلك .
- (٤) انظر : المدونة ١٤٦/٢ - ١٤٨ ، التفريع ٣٢/٢ ، الكافي ٢٣٤ .
- (٥) ما بين قوسين سقط من م [ومذهب أبى حنيفة أنه أن سمي وجب المهر الذى سماه لأنه لا يرى الفسخ في هذه الحالة] .
- (٦) انظر مختصر الطحاوى ١٨٦ ، مختصر المزنى ١٦٦ .
- (٧) أخرجه الدارقطنى ٢٤٤/٣ ، والبيهقى ٢٣٩/٧ ، والطبرانى وهو معلول (انظر نصب الراية ٢٠٠/٣) .
- (٨) أخرجه ابن ماجة فى النكاح باب فى النكاح إلا بولي ٦٠٥/١ والتيزمى فى النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ٤٠٧/٣ وقال حديث حسن .
- (٩) انظر التفريع ٣١/٢ ، الكافي ٢٣٠ - ٢٣١ ، المقدمات ٤٧٢/١ - ٤٧٣ .
- (١٠) سورة التوبة الآية ٧١ .

لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض^(١)، وأمنابا
الخاصة فضربان : ولاية بالنسب وولاية بالحكم ، والولاية بالنسب مقدمة على
الولاية بالحكم فإن استخلفت المرأة أجنبيا فزوجها مع القدرة على إحدى
الولايتين ففيها روايتان :

إحدهما^(٢) أن ذلك / غير جائز، والأخرى أنه ماضى إذا تزوجت كفوا .
فوجه الأولى قوله صلى الله عليه وسلم : (فإن اشتجروا فالسلطان
ولي من لا ولي له)^(٣) فجعل الولاية عند عدم العصبة مقصورة على السلطان
فانتفى بذلك أن تكون لغيره ولاية مع وجوده، ولأن في إجازته ذريعة إلى
الافتيات على الأولياء وإسقاط حقهم من الولاية وأن لا تشاء امرأة أن تعقد
على نفسها مع امتناع وليها إلا وجدت سبيلا إلى ذلك فوجب فسخ ما هذا
سبيله حيطة للفروج وحفظا لحقوق الأولياء وحسما لباب الذريعة .

وجه الثانية أن الولاية الخاصة لا تسقط العامة جملة وإنما لها
مزية عليها في التقديم فإذا حصل العقد بالولاية العامة على وجه لو عقده الولي
الخاص لم يزد عليه لم يكن في فسخه فائدة . اعتبارا بتقديم بعض العصبة
على بعض هذا إذا كان لها ولي مناسب وكانت دنية كالمعتقة والمسلمانية^(٤)
والتي لا عصبة لها وكان كل أحد كفوا لها فالخلاف أيضا ثابت على مسما
قدمناه إلا أن الأظهر أن النكاح جائز لأنه ليس في ذلك افتيات على ولي
خاص ولا إسقاط لولاية عصبة .

فصل [٣ - الولاية بالنسب]

وأما الولاية بالنسب فهي للعصبة وللمولي^(٥) لأنه أيضا عصبة وللوصي
إذا أوصى إليه الأب دون غيره من العصبات ، وذووا الأرحام الذين لا
تعصبة فيهم لا ولاية لهم كالأخوة للأم والجد أبي الأم والخال ومن كان في

(١) سورة المائدة الآية ٥١ .

(٢) انظر المدونة ١٤٣/٢ - ١٤٤ ، التفريع ٣١/٢ ، الرسالة ١٩٦ ، الكافي ٢٣٣

(٣) أخرجه أبو داود في النكاح باب في الولي ٥٦٦/٢ ، وابن ماجه في النكاح
باب لا نكاح إلا بولي ٦٠٥/١ ، والترمذي في النكاح والياب نفسه ٤٠٧/٣ ،

والحاكم ١٦٨/٢ وصححه .
(٤) المسلمانية التي لا يرغب فيها من حبه ولا مال ولا جمال (مواهب

الجليل ٤٣١/٢) .

(٥) في جملة أحكام الولاية بالنسب انظر : المدونة ١٤٣/٢ - ١٤٥ ، التفريع

٣١/١ - ٣٣ ، الرسالة ١٩٦ ، الكافي ٢٣١ - ٢٣٢ .

معناهم لأنه لا ولاية لهم في القصاص ولا لهم عصبة في الميراث فكذا في النكاح، والولاية بالنسب مرتبة (١) على قوة العصبات فكل من قوي تعصبيه كان أولى به وأولى العصبة بالانكاح الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ الشقيق ثم الأخ للاب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ للاب ثم الجد ثم العم ثم ابن العم فإذا لم يكن عصبة بنسب فالمولى من فوق .

فصل [٤ - دليل ملك ولاية التزويج بالبنوة]

وإنما قلنا البنوة يملك بها ولاية التزويج خلافا للشافعي (٢) لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن أبي سلمة (٣) : (قم فزوج أمك) (٤)، ولأن الولاية بالنسب مفتقرة إلى تعصيب ولا تعصيب أقوى من تعصيب الابن بدليل تقديمه في الولاء، وأن العصبة يسقطون معه في الميراث أو يصيرون كذوي الأرحام فثبت أن له ولاية في التزويج ولأن البنوة (٥) توجب ثبوت الولاية أصله. وإذا كان أبوه ابن عمها، ولأن كل ذكر كان ^{عصبة} في الميراث كان عصبة في عقد النكاح أصله إلا ولأن كل حكم ثبت للابن من عمها ثبت للابن الذي ليس أبوه ابن عمها أصله الميراث .

فصل [٥ - في أولوية الابن من الأب في ولاية النكاح]

وإنما قلنا إنه أولى من الأب لأن تعصبيه أقوى على ما بيناه، وإنما أثبتنا أن ابن الابن وليا (٦) لأن معنى الابن موجود فيه وهو التعصيب بالولادة، ولأنه قائم مقام الابن في جميع الأحكام .

(١) في م : مترتبة .

(٢) انظر مختصر المزنى ١٦٥ ، الاقناع ١٣٤ .

(٣) عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومي ، ربيب النبي صلى الله عليه وسلم ، صحابي صغير ، أمّره علي بن أبي طالب ، مات سنة ثلاث وثمانين على الصحيح (تقريب التهذيب ٤١٣) .

(٤) أخرجه النسائي في النكاح باب انكاح الابن أمه ٦٦/٦ ، وأحمد ٢٩٥/٦ والحاكم وقال صحيح الإسناد ، والبيهقي ١٣١/٧ .

(٥) في م : البكورة .

(٦) وليا : سقطت من م .

فصل [٦ - دليل ولاية الأب وتقديم الأخوة على الجد]

وإنما قلنا إن الأب ولي للاجماع على ذلك^(١)، وأقوله صلى الله عليه وسلم : (تستأمر اليتيمة في نفسها)^(٢) فدل أن غيرها لا يختلج الأب إلى استعمارها^(٣) وولاية الاجبار أقوى من غيرها ، ولأنه ولي المال والنظر في أمرها فذلك النكاح، وإنما قلنا إن الأخوة وبنوهم مقدمون على الجسد في ولاية النكاح بخلاف الميراث خلافا للشافعي^(٤)، لأن تعصيبهم أقوى لأنهم يدلون بالبنوة والجد يدلي بالأبوة لأن الأخ يقول أنا ابن أبيها والجسد يقول أنا أبو أبيها وقد بينا أن تعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة .

وإنما قلنا إن الأخ الشقيق مقدم على الأخ للأب لأنه يجمع تعصبا وقربا فكان أولى منه كالميراث، وإنما قلنا إن الولاء يملك به ولاية النكاح لأنه يفيد التعصيب، ولأنه ملحق بالنسب ومشبه به، ولأن تعصبيه يورث به فذلك يملك به ولاية النكاح .

فصل [٧ - عند التشاجر يكون الأول مقدما]

وهذا إذا تشاحوا^(٥) فيكون الأول مقدما على غيره، وإذا لم يتشاحوا^(٦) فمن عقد منهم جاز مع وجود الآخر في غير البكر مع الأب والوصي خلافا للشافعي في قوله أنه لا ولاية للعصبة الذي هو أبعدم الأقرب^(٧)، لأنه عصبة لا يملك الاجبار فجاز أن يعقد عليها بإذنها كالأقرب، ولأن تأثير الأقرب تقديمه لا إسقاطه .

فصل [٨ - في ولاية الوصي]

وإنما أثبتنا الوصي^(٨) ولما في عقد النكاح إذا كان من جهة الأب خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٩)، لحديث قدامة بن مضعون لما زوج ابنة أخيه

- (١) انظر الاجماع ٩١ ، المغنى ٤٥٦/٦ .
- (٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥١٦) (٣) في م : استئذانها .
- (٤) انظر مختصر المزني ١٦٥ ، الاتقان ١٣٤ .
- (٥) في م : تشاجروا . (٦) في م : يتشاجروا .
- (٧) الأم : انظر مختصر المزني ١٦٥ ، الاتقان ١٣٥ .
- (٨) في ق : الموصي . وفي ر : وإنما شرطنا الوصي .
- (٩) انظر مختصر الطحاوي ١٧٣ ، مختصر المزني ١٦٥ .

فقال أنا عمها ووصي أبيها فلم ينكر صلى الله عليه وسلم ذلك عليه (١) ،
ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب على الصغيرة حال حياته فكان له نقلها الى
إلى من شاء بعد وفاته كولاية المال .

فصل [٩ - الوصي يزوج البكر البالغ]

إذا ثبت أن الوصي يكون وليا فإنه يزوج البكر البالغ بإذنها لأن
أحدا لا يقوم مقام الأب في الإيجاب، وليس للأب أن يجعل للوصي (٢) الإيجاب
ولأن الأب إنما ملك ذلك لمعنى يرجع إليه لا يوجد في غيره فإن كانت البكر
صغيرة انتظر بلوغها ثم استأذنها إلا أن يكون الأب عين له ممن يعتقد
عليها فله أن يعقد عليها حال صغرها لأن ذلك الإيجاب من الأب لأنه ممن
اجتهاده والوصي كالوكيل .

فصل [١٠ - في العقد على الصغير]

لا خلاف أن للأب أن يعقد على ابنه الصغير وكذلك للولي عندنا غير
الأب من وصي أو حاكم ولا خيار له إن بلغ إلا أن يطلق ابتداء ويلزمه نصف
الصداق المسمى إن لم يكن دخل بعد البلوغ (٣)، خلافا لأبي حنيفة في قوله
إن للصبي الخيار إذا بلغ (٤)، وللشافعي في قوله ليس للولي إنكاحه
صغيرا (٥)، ودليلنا على جوازه أنه عقد معاوضة رآه الولي حقا فجاز له (٦)
فعله كالبيع والشراء ولأنه عقد معاوضة يجوز أن يليه الصغير بنفسه إذا بلغ
فكان للولي أن يعقده بحق النظر كالأجارة، ولأنه يلي على ماله فجاز أن يجبره
على النكاح كالأب ولا يلزم على الشيء ما ذكرناه الصغيرة لأنها
لا تجبر باجتهاد غير الأب، ودليلنا على أنه لا خيار له أنه نكاح
عقده من يلي النظر في ماله كعقد الأب واعتبارا بالبيع والأجارة .

فصل [١١ - في إيجاب المولى عليه]

وفي إيجاب المولى عليه (٧) خلاف (٨) فعند عبد الملك بن الماجشون

- (١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٢٠) . (٢) في ق : للموصي .
- (٣) انظر الصدونة ١٤٩/٢ - ١٥٠ ، التفريع ٣٠/٢ - ٣١ الكافي ٢٣٥ .
- (٤) انظر مختصر الطحاوي ١٧٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ١٠/٣ .
- (٥) انظر مختصر المزن ١٦٥ - ١٦٦ ، المذهب ٤٠/٢ .
- (٦) إذا بلغ : سقطت من م .
- (٧) المولى عليه : وهو السفية المبذر لماله (التفريع ٥٦/٢) .
- (٨) انظر التفريع ٥٦/٢ ، الكافي ٢٣٣ - ٢٣٤ .

ليس للولي إجباره وعند ابن حبيب له ذلك :

وجه نفي الاجبار أن إنكاح الغلام طريقه الملاذ فلم يكن له إجباره عليه كسائر الملاذ والشهوات ولأن النكاح لا مصلحة له فيه من طريق المال لأنه يوجب عليه مهرا ونفقة، وإنما المصلحة فيه من طريق الحاجة إليه فإذا لم يحتج إليه لم يكن للولي إجباره عليه .

ووجه إثباته اعتباره بالصغير، ولأنه عقد معاوضة كالبيع والشراء، ولأن الولاية تثبت عليه لنقصه عن معرفة حظه ومصالحه وذلك لا يخفى (١) بعض مصلحة دون بعض ولو اعتبرنا رضاه لم تؤثر الولاية فيه شيئا .

فصل [١٢ - صداق زواج الابن الصغير]

إذا زوج الأب ابنه الصغير فإن سمي الأب الصداق عليه لزمه وكان ديناً عليه للمرأة، وإن أطلق ولم يسم على من الصداق (٢) نظر فإن كان للمصبي مال فالصداق عليه (٣) لأن من حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المعوض عنه ، كما لو اشترى ثوباً أو عقاراً ، وإن لم يكن له مال فالصداق على الأب لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن ديناً . لا يحتاج إليه، لأن المصبي لا يحتاج إلى التزويج، وإنما يجوز (٤) ذلك للأب إذا رأى ذلك حظاً ونظراً وهذا بالعاجل إلزام ذمته ديناً لا يقدر على أدائه في الحال ولا يدري أييسر من بعد أم يبقى على الأسار (٥) فيكون الصداق على الأب وإن أيسر الابن من بعد لم ينتقل الوجوب إليه لأنه قد استقر على الأب فإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله بالمرأة وقالت المرأة لا أسلم نفسي إلا بعد قبض الصداق قيل للابن إن أردت فأد الصداق وإلا فطلق ولا يلزمك شيء (٦) .

(١) في م : يختص .

(٢) على من الصداق : سقطت من م .

(٣) انظر المدونة ١٤٩/٢ - ١٥٠ ، التفريع ٢١/٢ ، الكافي ٢٣٥ - ٢٣٦ .

(٤) في م : جور .

(٥) في م : على إسماره .

(٦) شيء : سقطت من م .

باب [خلع الأب على ولده الصغير]

خلع الأب على ولده الصغير جائز عليه ذكرًا كان أو أنثى^(١) خلافاً لأبي حنيفة في منعه ذلك في الموضعين^(٢) ، وللشافعي في إجازته ذلك في الذكر ومنعه في الأنثى^(٣) ، فدليلنا أن الأب لما كان هو الناظر لابن والقائم بمصالحه وجاز أن تكون المصلحة في أن يطلق عليه بما لا يأخذه له جاز ذلك له ، ولأنه إخراج ملك عنه بعوض فجاز إذا رآه حطاً كالبيع ، واعتباراً بالصغير مع الشافعي ودليلنا على جوازه في الصغيرة أن أبى حنيفة يوافقنا في أن له أن يعقد عليها بأقل من مهر مثلها إذا رأى ذلك حطاً ولا فرق بين ذلك وبين مسألتنا لأنه قد يكون الحظ لها في الفراق والأب غير متهم عليها .

فصل [١ - إنكاح الأب البكر بأقل من صداق مثلها]

يجوز للأب إنكاح البكر بأقل من صداق مثلها إذا رآه حطاً^(٤) خلافاً للشافعي^(٥) لأن المقصد من النكاح الألفة^(٦) والمواصلة دون المغابنة والمتاجرة والأب غير متهم عليها فقد يرى من الحظ إنكاحها بأقل من مهر المثل لأنه يضعها مع من يحسن عشرتها ويعود عليها معه من النفع أضعاف ما ترك من تمام المهر ، ولأنه قد ثبت من أصلنا أن للأب أن يعفو عن نصف صداق البكر إذا طلقت قبل الدخول لأنه قد يرى ذلك حطاً فكذلك في مسألتنا إذا طلقت البكر قبل الدخول فللأب العفو عن نصف الصداق الواجب لها خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٧) ، لقوله تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوا ﴾ الذي بيده عقدة النكاح^(٨) وهذه كناية الغائب واقتراح الخطاب للمواجه^(٩) فدل على

-
- (١) انظر المدونة ٢٣٩/٢ ، التفريع ٣٠/٢ .
 (٢) انظر شرح فتح القدير ١٣٧/٤ ، حاشية ابن عابدين ٤٥٨/٣ .
 (٣) انظر مختصر المرنى ١٦٥ .
 (٤) انظر المدونة ١٤٢/٢ - ١٤٣ ، التفريع ٥١/٢ ، الرسالة ١٩٦ - ١٩٧ ، الكافي ٢٥٤ .
 (٥) انظر مختصر المرنى ١٨٣ . (٦) في م : العفة .
 (٧) انظر مختصر الطحاوى ١٧٣ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ١٤/٣ ، مختصر المرنى ١٨٣ .
 (٨) سورة البقرة الآية ٢٣٧ . (٩) في م : للمواجهة .

أنه أراد غير الأزواج المواجهين وليس إلا الأب، ولأن في حملها على الزوج تكرارا لأنه قد ذكر عفو لقوله : ﴿ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى ﴾ (١) ولا وجه لذلك مع إمكان حملها على استثناء قاعدة، ولأن قوله : ﴿ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ (٢) يفيد أن تكون بيده في الحال التي يعفوا فيها عقده (٣) ولا يصلح حمله على الزوج إلا أن يضر فيه الذي كان بيده وحمله على الأب غير محتاج إلى إضمار (٤)، ولأنه تعالى قصد بيان العفو من كلا الطرفين من جهة النساء ومن جهة الأزواج ومفصلا من جهة النساء فأضاف العفو إلى من يلي نفسه منهن وهي الشيب وإلى من يلي الأباكار وهم الأباء، ولأنهن أحد نوعي الزوجات فتعلق النذب إلى العفو بجهتهن كالشيب، ولأنه ولي يملك الاجبار فجاز له العفو عن صداقها أصله السيد في أمته .

فصل [٢ - في تزوج الولي وليته من نفسه]

يجوز للولي أن يزوج وليته من نفسه (٥) خلافا للشافعي (٦) لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي) (٧) فعم، ولأنه صلى الله عليه وسلم اعتق صفية وتزوجها (٨)، ولأنه صلى الله عليه وسلم كالأمام الأعلى ، ولأنه عقد على امرأة يجوز للعاقد عليها تزويجها فأشبه عقده عليها كالأجنبي أو إذا عقد عليها الحاكم .

فصل [٣ - لا فرق أن تكون الولاية بنسب أو وصية أو ولاية حكم]

ولا فرق بين أن تكون ولايته عليها بنسب أو وصية أو ولاء أو ولاية حكم (لأن كل هذا يثبت له به الولاء وينبغي له أن يشهد لها على رضاها احتياطا) (٩) خيفة إنكارها لا أن ذلك شرطا في صحة العقد فإن لم يشهد واعترفت فالنكاح ثابت .

- | | |
|--|---|
| (١) سورة البقرة الآية ٢٣٧ . | (٢) سورة البقرة الآية ٢٣٧ . |
| (٣) في ق : عقده . | (٤) في م : الاضمار . |
| (٥) انظر المدونة ١٤٨/٢ - ١٤٩ ، التفريع ٣٢/٢ ، الكافي ٢٣٤ . | (٦) انظر مختصر المزن ١٦٤ - ١٦٥ ، المذهب ٣٨/٢ . |
| (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٢٣) . | (٨) أخرجه البخاري في النكاح باب من جعل عتق الأمة صداقها ١٢١/٦ ، ومسلم في النكاح باب فضيلة اعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٥٤/٢ . |
| (٩) في م : بسبب . | (١٠) ما بين قوسين من م و من ر . |

فصل [٤ - المرأة تأذن لأوليائها تزويجها من عينته أو ممن

شاؤوا

وللمرأة أن تأذن لجماعة أوليائها أن يزوجوها من واحد بعينه - أو ممن شاؤوا (١) ممن يودّهم الاجتهاد إليه أو من واحد غير معين من جملة جماعة بأعيانهم، ولكل واحد أن ينكح على انفراده من غير انتظار للأخر فإن زوجها / أحدهم (٢) ثم علم الباقيون ولم يكن فيهم من عقد لها على زوج فهي زوج (٣) لمن زوجها الولي وليس للباقيين أن يعقدوا وإن لم يعلم الباقيون حتى عقده واحد منهم نظر : فإن عرف أنه قد عقد عليها اثنان أو ثلاثة قبل الدخول بها نظر أيها سبق (٤) فإن عرف كان هو الزوج وبطل عقود الباقيين، فإن أشكل ذلك فسخت العقود كلها وعقد لها عقد مستأنف على من شئت منهم أو من غيرهم، وإن لم يعلم ذلك حتى دخل بها واحد منهم ثبت العقد له وبطلت عقود الباقيين كان الأول أو الآخر، خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنها تكون للأول دخل الثاني أو لم يدخل بها (٥)، لأنه إجماع الصحابة وروي ذلك عن عمر والحسن بن علي ومعاوية (٦)، وقيل إنه مروي عن علي (٧) رضوان الله عليهم، ولا مخالف لهم، ولأن المرأة لما كانت مضطرة إلى إذن أوليائها في العقد عليها من حيث كانت لا يجوز لها أن تلى العقد على نفسها وثبت أنه لا يلزم أحدهم التوقف (٨) عن العقد حتى ينظر هل عقد غيره أم لا فكل واحد يعقد على من لا يتحقق أنه لا زوج لها بالشك في ذلك ويجوز أن يكون لها زوج وكذلك المتزوج يقدم على من يجوز

(١) انظر المدونة ١٤٣/٢ - ١٤٥ ، التفريع ٣٥/٢ ، الرسالة ١٩٧ ، الكافي ٢٣٣ - ٢٣٤ .

(٢) في م : واحد . (٣) في م : زوجة .

(٤) في م : الأسبق .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ١٧٤ ، آلام ١٦/٥ - ١٧ .

(٦) انظر ، عبد الرزاق ٢٣٣/٦ ، والبيهقي ١٤١/٧ .

(٧) أخرجه البيهقي ١٤١/٧ .

(٨) في م : التوقيف .

أن تكون زوجة لغيره مع وجود زوجة لغيره مع وجود الامارة المؤذنة بذلك وهو الاذن للولي الآخر فى النكاح وإمكان أن يكون قد سبق منه عقد لغيره، والأصول مبنية على منع العقد على من يشك فى أن لها زوجا مع وجود الاماره المجوزة لذلك، فلولا أن هذا النكاح يثبت له حكم وإلا لم يجز أن يباح للولي إيقاعه ولا للمتزوج استباحته ألا ترى أن نكاح المعتدة والمحرمه لما لم يكن له وجه يثبت معه لم يجز الاقدام عليه، وإذا ثبت ذلك لم يبق إلا ترجيحه بالوطء لأن أحدا لم يرجحه بغيره .

فصل [٥- فى ولاية الفاسق]

تكره ولاية الفاسق إذا وجد ولي عدل فإن عقد جاز (١) خلافا للشافعى لأن الغرض من الولي الحظ للمزوجة (٢) ، وإيقاعها مع كفؤ والفاسق لا ينافي ذلك بل ربما أثر فى زيادة الاحتياط والأنفة من العار، ولأنه عصبة حر مسلم يصح أن يعقد على نفسه فجاز أن يعقد على وليته كالعدل .

فصل [٦ - فى منع كون المسلم وليا للنصرانية]

لا يكون المسلم وليا للنصرانية (٤) لقوله عز وجل : ﴿ بعضهم أولياء بعض ﴾ (٥)، ولأن الكفر نقص أبلغ من الرق لأن نقص الرق أضله الكفر، وإذا ثبت ذلك ولم تكن للعبد ولاية نكاح كان الكافر بذلك أولى، وللسيد المسلم أن يعقد على أمته الكافرة بالرق لا بالولاية كما يعقد عليها عقد الاجارة .

فصل [٧ - فى كون الرق ينافى ولاية النكاح]

الرق ينافى ولاية النكاح (٦) لأن العبد ناقص نقصا أوجب الكفر على ما بيناه، ولأن كل نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلد الحكم منع ولاية عقد

(١) انظر التفريع ٣٢/٢ - ٣٣ .

(٢) انظر الأم ١٢/٥ - ١٤ ، الاقناع ١٣٤ .

(٣) فى م : للمتزوجة .

(٤) انظر التفريع ٣٧/٢ ، الكافى ٢٣٢ .

(٥) سورة المائدة الآية ٥١ .

(٦) انظر المدونة ١٤٥/٢ و ١٤٨ ، التفريع ٣٥/٢ .

النكاح كالأنوثية ، ولا يكون العبد وليا على ابنته ولا غيرها، وحكم
المكاتب والمدبر والمعتق بغضه أو إلى أجل حكم العبد القن في ذلك .

فصل [٨ - العبد لا يتزوج إلا بإذن سيده]

وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده وكذلك الأمة (١) لقوله صلى الله
عليه وسلم : (أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر) (٢) وهذا
أبلغ شيء في الحظر، ولأن تصرفهما مملوك عليهما للسيد فلم يكن لهما
إتلافه عليه، ولأن الأمة إذا كانت ممن يجوز للسيد وطؤها فوطؤها حق له
فليس لها منعه منه .

فصل [٩ - في إيجاب السيد العبد والأمة على الزواج]

وللسيد أن يجبرهما على عقد النكاح خلافا للشافعي (٣) في العبد،
لقوله عز وجل : ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ (٤)
ولم يشترط رضاهم ، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة، ونقيس العبد على الأمة
بعلة ثبوت الرق .

فصل [١٠ - في عدم إيجاب السيد على انكاح عبده]

ولا يجبر السيد على إنكاح العبد إذا طلب ذلك خلافا للشافعي (٥) لأنه
مملوك كالأمة، ولأن المقصد منه اللذة كاللباس والطيب، ولأنه عيب فيـه
كالأمسة .

فصل [١١ - في إذن السيد بزواج العبد والأمة]

إذا ثبت أنه لا يجوز لعبد ولأمة أن يتزوجا بغير إذن سيدها فإن أذن سيدها جاز

(١) انظر المدونة ١٤٥/٢ ، ١٥٣ ، التفريع ٣٦/٢ ، الرسالة ١٩٩ - ٢٠٠ ،
الكافي ٢٤٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح باب في نكاح العبد بغير إذن سيده ٥٦٢/٢ ،
والترمذي في النكاح باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده ٤١٩/٣ ،
والحاكم ١٩٤/٢ وقال صحيح الاسناد .

(٣) انظر الأم ٤١/٥ ، الاقناع ١٣٦ . (٤) سورة النور الآية ٣٢ .

(٥) انظر الأم ٤١/٥ ، الاقناع ١٣٦ .

لأنه مختار لترك حقه، فللعبد أن يلى نكاح نفسه لأنه من أهل العقود، وإذا وكل من يزوج الأمة جاز لأنها ليست من أهل العقد على نفسها لنقصها بالأنوثة كالحره بل الأمة أولى لأنها ناقصة بالأنوثة والرق^(١).

فصل [١٢ - حكم العبد يتزوج بغير إذن سيده]

فإن تزوجا بغير إذن السيد: فأما العبد فالأمر فيه للسيد فإن أجاز نكاحه جاز وإن رده انفسخ وقال أبو الفرج^(٢): القياس ألا يصح بوجه وهو قول الشافعي^(٣)، ودليلنا أن العقد لا يمتنع وقوفه على الفسخ وإنما يمتنع وقوفه على الإجازة كنكاح العنين والخصي^(٤) والحره والعبد وغير ذلك فكذا نكاح العبد.

فإذا ثبت ذلك فإن أجاز السيد جاز لأنه قطع حقه من الفسخ وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجازة، فإن كلم السيد فيه ففسخ لا أجزه ثم قال من بعد قد أجزته: فإنه على وجهين إن أراد بقوله أولاً لا أجزه وإنى قد فسخته فقد بطل ولا يلتفت إلى قوله من بعد قد أجزته لأن ما تقدم بطلانه لا يصح، وإن كان قوله من بعد لا أجزه على طريق الانكار والارهاب وقصد التروية والفكر كأنه يجب بذلك من سألته أن يجيزه ثم قال من بعد قد أجزته فإنه يصح، فإذا ثبت ذلك فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء للزوجة لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم تستحق فيه بدلا، وإن كان قد دخل بها ترك لها من المداق ربع دينار لأن الاستمتاع لا يعرى من بدل وأقله ما يكون مهرا وترجع السيد بما فيه لأنه حق له ولا حجة لها لأنها هي التي اتلفت / بضعها، والعقد على من تصرفه مملوك عليه فإن كانت موسرة أخذ منها وإن كانت معسرة كان في ذمتها

(١) انظر المدونة ١٦١/٢ - ١٦٢، التفريع ٣٥/٢ و٤٥، الرسالة ١٩٩ - ٢٠٠.

(٢) أبو الفرج: عمرو بن محمد بن عمرو الليثي البغدادي كان إماما في اللغة والفقه له كتاب "الحاوي" في مذهب مالك و"اللمع" في أصول الفقه، ت ٣٣١ هـ (الديباج ١٢٧/٢، شجرة النور ٧٩/١).

(٣) انظر الأم ٤٣/٥ - ٤٤، مختصر المزني ١٦٨.

(٤) العنين: الذي لا يقدر على إتيان النساء ولقد سبق ذكره في العنة، والخصي: زوال الأنثيين، (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١٦٨).

(٥) من بعد سقطت من ق و من ر.

وتتبع هي العبد إذا عتق به لأنه غرها، وإن كان بين لها فلا اتباع لهـ، وكذلك إن فسخه عند سيده أو سلطان، وفسخه إن فسخ بطلاق لأنه ليس بفالب إذا لو أجازة السيد لجاز المقام عليه، وإذا جاز عقده فليس له فسخه بعد إجازته ولا أن يطلق عليه لأن صحته قد ثبتت والطلاق إلى من يملك منافع البضع وله إن طلق أن يرتجع وإن كره السيد لأن الرجعة من حقوق النكاح ويستوى في ذلك كله تزويجه بأمة سيده أو بأجنبية، وإن زوجه من أمته ثم باعها فهما على نكاحهما قبل الدخول أو بعده لأن بقاء ملك السيد عليهما ليس بشرط في بقاء العبد، وليس للمبتاع أن يفسخ العقد كما لم يكن ذلك للسيد الأول و ولكنه عيب إن رضي به وإلا رده هذا الكلام في العبد (١) .

فصل [١٣ - في تزوج الأمة بغير إذن سيدها]

فأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها فإنه على وجهين: إن باشرت العقد بنفسها (٢) فالنكاح فاسد لا يصح ولا يلتفت إلى إجازة السيد لأن فساده في العقد لحق الله تعالى، فإن ردت أمرها إلى من يعقد عليها من الرجال ففيها روايتان: إحداهما أنه كعقدها على نفسها لأن غير السيد لا يزوج به السيد لأن السيد يزوج بالملك وغيره يعقد بالولاية وذلك لا يوجد مع الملك، والأخرى أنه يجوز بإجازة السيد ويبطل برده لأن السيد لو أذن لهذا المعاهد لجاز العقد كما لو أذن للعبد أن يعقد على نفسه لصح فكان وقوعه من غير إذنه موقوفًا على إجازته ورده (٣) .

فصل [١٤ - في عدد ما ينكحه العبد]

للعبد أن ينكح أربعة (٤) خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٥) ، لقوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ (٦) فعم، ولأن كل عدد جاز للحر أن يجمع بينه جاز للعبد كالأثنتين، ولأن من جاز له أن ينكح جاز أن ينكح أربعة كالحر، ولأن النكاح طريقة الملا والشهوات فكان العبد مساويا فيه للحر كالأكمل واللباس والطيب .

- (١) في جملة هذه الأحكام انظر المدونة ١٦١/٢ - ١٦٦ ، التفريع ٤٥/٢ و ٥٧ الرسالة ١٩٩ - ٢٠٠ ، الكافي ٢٤٥ - ٢٤٨ .
- (٢) في م : على نفسها .
- (٣) انظر المدونة ١٦٠/٢ - ١٦٦ ، التفريع ٤٥/٢ و ٥٧ ، الرسالة ١٩٩ - ٢٠٠ ، الكافي ٢٤٥ - ٢٤٨ .
- (٤) انظر المدونة ١٦٣/٢ ، الرسالة ١٩٩ ، الكافي ٢٤٥ .
- (٥) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢٣/٣ ، الأم ٤١/٥ .
- (٦) سورة النساء الآية ٣ .

باب [الأشهاد على عقد النكاح]

يصح عقد النكاح من غير إرشاد^(١) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٢) لأنه عقد من العقود فأشبهه سائرهما، ولأنه معنى يقصد به التوثيق فلم يكن شرطاً فى انعقاد النكاح كالرهن والكفالة، ولأن كل من لم يحتج إلى حضوره فى إيجاب أو قبول لم يكن حضوره شرطاً فى عقد النكاح أصله الزوجة .

فصل [١ - فى أن الشهادة شرط فى الكمال]

إذا ثبت أنه ليس بشرط فى الصحة فإنه شرط فى الكمال والفضيلة لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)^(٣) وقد ثبت أنه لم يرد بذلك الصحة فلم يبق إلا نفي الكمال والفضيلة، ولأن الاعلان والأشهاد مستحبان فى عقد النكاح فالأشهاد أولى، ولأن ذلك إجماع الصحابة^(٤) أعنى أن للشهادة تأثيراً فيه .

فصل [٢ - فى إعلان النكاح]

يستحب الاعلان فى النكاح والإشادة به ونشره^(٥) لقوله صلى الله عليه وسلم : (اعلنوا بالنكاح واضربوا عليه بالغربال)^(٦)، وروى : (أظهروا النكاح)^(٧)، ولنهيه عن نكاح السر^(٨)، ولأن فى إظهاره حفظاً للنسب واحتياطاً من جهدهما لأن الزوج قد ينكر النكاح وتكون المرأة حاملاً فلا يكون لها سبيل إلى إثباته فيؤدى إلى إضاعة النسب فإذا كان هنالك إرشاد وإعلان لم يمكنه ذلك .

- (١) انظر المدونة ١٥٨/٢ ، المقدمات ٧٩/١ ، الرسالة ١٩٦ ، الكافي ٢٢٩ وعندهم أن الأشهاد يجب عند الدخول .
- (٢) انظر مختصر الطحاوى ١٧٢ ، الأم ٢٢/٥ .
- (٣) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٥٢٣) . (٤) انظر الموطأ ٥٣٥/٢ .
- (٥) انظر المدونة ١٥٨/٢ - ١٥٩ ، التفريع ٣٣/٢ - ٣٤ ، الكافي ٢٢٩ .
- (٦) أخرجه ابن ماجة فى النكاح باب إعلان النكاح ٦١١/١ ، والترمذى فى النكاح باب ما جاء فى إعلان النكاح ٣٩٩/٣ وقال حسن غريب .
- (٧) رواية " اظهروا النكاح " أخرجه ابن ماجة - التى سبقت - والبيهقى ٢٨٨/٧ والحاكم ١٨٣/٢ وقال صحيح الاسناد .
- (٨) أخرجه أحمد ٧٧/٤ قال الهيثمى: فى سنده عبد الله بن ضميره وهو ضعيف (مجمع الزوائد ٢٨٨/٤)

فصل [٣ - التواصي بكتمان النكاح]

وإذا تولى بكتمان النكاح بطل العقد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (١)، لقوله صلى الله عليه وسلم (اعلنوا النكاح وأضربوا عليه بالغربال) (٢) والتواصي بكتمانه ضد لذلك، وروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح السر (٣) ، ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب .

فصل [٤ - إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ]

إذا دعت المرأة إلى أن تزوج من كفؤ فليس لوليها الامتناع (٤) لقوله تعالى : ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ (٥)، ولأن ذلك حق للنساء على الأولياء، كما أن منعهن من غير الكفاءة حق عليهن للأولياء، فإذا لم يكن ذلك لهن لأجل حق الأولياء فكذلك ليس للأولياء الامتناع من حقوقهن في إجابتهن إلى الأكفاء .

فصل [٥ - امتناع الولي في تزويج المرأة من كفؤ]

فإن امتنع الولي زوجها الإمام لقوله صلى الله عليه وسلم : (فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) (٦) فجعلها مع اختلافهم في حكم من لا ولي له للحقوق الضرر بها مع امتناعه، ولأن ذلك حق للولي ما لم يختار إبطاله، فإذا اختار تركه انتقلت (٧) الولاية إلى الإمام .

فصل [٦ - الكفاءة]

والكفاءة المعتبرة هي الذين دون النسب (٨) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٩) في اعتبارهما للنسب، لقوله تعالى : ﴿ إن أكرمكم عند الله

-
- (١) انظر مختصر الطحاوى ١٧١ - ١٧٢ ، الأم ٢٢/٥ .
 - (٢) سبق تخريج الحديث قريباً . (٣) سبق تخريج الحديث قريباً .
 - (٤) انظر المدونة ١٤١/٢ - ١٤٣ ، التفريع ٣٥/٢ ، الرسالة ١٩٦ - ١٩٧ .
 - (٥) سورة البقرة الآية ٢٣٢ . (٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٢٥) .
 - (٧) انتقلت : سقطت من م .
 - (٨) الكفاءة هي المماثلة والمقاربة (حدود ابن عرفة ١٦٣) وانظر الرسالة ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ٢٣٠ .
 - (٩) انظر مختصر الطحاوى ١٧٠ ، الأم ١٥/٥ .

أتقاكم ^(١) فبين أن المساواة شاملة وأن المفاضلة عند الله هي بالدين والتقوى ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) ^(٢) فاعتبر الدين والأمانة دون النسب، وقوله صلى الله عليه وسلم : (تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بذات الدين تربت يداك) ^(٣) فأخبر عن أغراض النكاح فأمر بذات الدين وجعله العمدة، وقد علمنا أنه لا يأمرنا بغير الكفاءة .

فصل [٧ - إذا رضيت بغير كفؤ وأباه الأولياء]

فإن رضيت بغير كفؤ وأباه الأولياء لم يكن لها أن تنكح إلا برضاهم ^(٤)، لأن ذلك حق لهم إذا كان وضعها نفسها في غير كفؤ يلحق العار بهم ولهم دفع العار عن أنفسهم، ولأن أصل الولاية إنما وضعت لهذا المعنى وهو أن النساء لشهوتهن النكاح وشدة ميلهن إليه يضعن أنفسهن في الكفؤ وغير الكفؤ فمنعهن من تولي العقد بأنفسهن، وجعل / أمرهن إلى الأولياء في الحديث : (إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فانكحوه) ^(٥) فدل على أنه لا يلزمهم مع عدمه .

فصل [٨ - إذا رضيت الزواج بغير كفؤ والأولياء كذلك]

وإن رضيت هي والأولياء بغير كفؤ جاز ^(٦) خلافا لمن حكى عنه أنه لا يجوز ^(٧)، لأن الحق في ذلك لا يخرج عن المرأة والأولياء فإذا حصل الرضا بتركه من جميعهم جاز لأن أحدا لا يعترض عليه في ترك حقه ما لم يتعلق بذلك إسقاط حق ^(٨) غيره .

- (١) سورة الحجرات الآية ١٣ .
- (٢) أخرجه ابن ماجه في النكاح باب الكفاءة ٦٣٢/١ ، والترمذي باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ٣٩٥/٣ وقال حسن غريب .
- (٣) أخرجه البخاري في النكاح باب الأكفاء في الدين ١٢٢/٦ ، ومسلم في الرضاع باب استحباب نكاح ذات الدين ١٠٨٦/٢ .
- (٤) انظر المدونة ١٤٣/٢ - ١٤٤ ، التفريع ٣٥/٢ ، الكافي ٢٢٣ - ٢٢٤ .
- (٥) سبق تخريج الحديث قريبا .
- (٦) انظر : المدونة ١٤٧/٢ - ١٤٩ ، التفريع ٣٥/٢ .
- (٧) حكى عن الامام أحمد وسفيان بن عيينه (انظر المغني ٤٨٠/٦) .
- (٨) حق : سقطت من ق .

فصل [٩ - إذا رضيت الزواج بعبد]

فإن رضيت الزواج بعبد جاز عند ابن القاسم ، ولم يجوز عند المغيرة وسخنون^(١) ، وهذا هو الصحيح ، لأن الحرية من الكفاءة والعار يدخل على الأولياء بوضع وليتهم نفسها تحت عبد فكان لهم منعها .

فصل [١٠ - التوكيل في عقد النكاح]

التوكيل في عقد النكاح جائز^(٢) لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كسائر عقود المعاوضات فإن سمي له امرأة بعينها وسمى صداقها جاز كتوكيله إياه على شراء سلعة بعينها بثمن معلوم فيجوز وإن أطلق الوكالة جاز إذا زوجه من يشبه أن تكون من نسائه ولا يلزمه من لا تشبه أن تكون من نسائه لأن إطلاق الوكالة يقتضي نساء المثل كما يقتضي في البيع ثمن المثل^(٣) .

فصل [١١ - اذن المرأة لوليها بعقد زواجها]

يجوز للمرأة أن تأذن لوليها في أن يزوجه ، وله أن يخطب عليها ، وإذا حضر كفؤ لها فهل يجوز له أن يزوجه منه قبل إعلامها بعينه أم لا ففيها روايتان^(٤) :

إحدهما أن ذلك له لأن تفويضها إليه رضا باجتهاده فقام بذلك مقام التعيين ، والآخرى أن ذلك ليس له لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال ، وإن تساوا في الكفاءة ، وعلى الروائتين معا ليس له أن يزوجه من نفسه إلا من بعد أن يعلمها فتأذن له لأنه يتهم في تقديم حظه ومحابة نفسه ، ولأنها لو أرادت ذلك لذكرته له أو أشعرته به بخلاف الغير لأن ذلك لا ينحصر فكان إمساكها عنه دلالة على أنها غير راضية به وعمن عداه غير دال على ذلك .

(١) انظر الرسالة ١٩٩ .

(٢) انظر المدونة ١٤٧/٢ و ١٥٧ ، التفريع ٣٥/٢ .

(٣) في م : ثمن المتاع .

(٤) انظر المدونة ١٥٧/٢ - ١٥٨ ، التفريع ٣٥/٢ ، الكافي ٢٣٤ - ٢٣٥ .

باب [المصداق ^(١)]

لا يجوز نكاح بغير صداق ^(٢) لقوله عز وجل : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ﴾ ^(٣) وقوله : ﴿ فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ ^(٤) وقال صلى الله عليه وسلم للذي خطب المرأة : (هنل معك ما تستحلها به) ^(٥) .

فصل [١ - لا حد لأكثر المصداق]

لا حد لأكثر المصداق إجماعاً ^(٦) وأقله محدود عندنا خلافاً للشافعى ^(٧) في قوله لا حد له ، لأنه عضو محرم تناوله لحق الله تعالى لا يستباح إلا بمال فوجب أن يكون ذلك المال مقدراً ^(٨) أصله قطع اليد في السرقة ، ولأن المهر في النكاح حق الله تعالى بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجزء، وحقوق الله تعالى في الأموال مقدرة كالزكاة والكفارات .

فصل [٢ - أقل المصداق]

إذا ثبت أنه مقدر فتقديره بربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق وما يساوى أحدهما ، خلافاً لأبي حنيفة في تقديره بعشرة دراهم ^(٩) ، لأن كلا منا بناءه ^(١١) على ما يجب فيه القطع وقد ثبت عندنا بما نبينه في كتاب القطع ^(١٢) أن أقل ما يقطع فيه اليد ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق فيجب كون ذلك أقل المهور .

- (١) المصداق - فيه لغات أكثرها فتح الصاد والثانية كسرهما - وهو مهر المرأة (الفواكه الدواني ٣/٢) .
- (٢) في جملة أحكام المصداق انظر : المدونة ١٧٠/٢ وما بعدها ، التفريع ٣٧/٢ ، الرسالة ١٩٦ ، الكافي ٢٤٩ .
- (٣) و(٤) سورة النساء الآية ٢٤ .
- (٥) أخرجه البخارى في النكاح باب السلطان ولي ١٣٤/٦ ، ومسلم في النكاح باب المصداق ١٠٤١/٢٠ ومالك ٥٢٦/٢ .
- (٦) انظر شرح مسلم - للنووى - ١٥٦/٦ ، المغنى ٦٨١/٦ .
- (٧) انظر الأم ٥٨ - ٥٩ ، الاقناع ١٤٠ - ١٤١ .
- (٨) في م : لذلك المال مقدراً . (٩) في م : حد ههما .
- (١٠) انظر مختصر الطحاوى ١٨٤ ومختصر القدورى مع شرح الميدانى ١٤/٣ .
- (١١) في ق : بناؤه . (١٢) انظر الصفحة (١١٦) .

فصل [٣ - إذا كان الصداق منفعة]

يستحب^(١) أن يكون الصداق أعيانا مملوكة ويكره أن يكون منفعة من المنافع التي تتملك بالاجارة للاختلاف في جوازه وإن عقد به جاز^(٢) خلافا لمن منعه^(٣) لقوله تعالى : ﴿ إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج ﴾^(٤)، ولأنه أحد نوعي الأعواض المبيعات فجاز عقد النكاح به كالأعيان لأن المنافع في معنى المال .

فصل [٤ - فيما لا يجوز أن يكون مهرا]

لا يجوز أن يكون المهر محرما لا يصلح^(٥) أن يملك كالخمر والخنزير، ولا غررا كالعبد الآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية وما أشبه ذلك، ولا خلاف في منع ابتداء العقد به فإن وقع ففيه روايتان: إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده والآخرى أن يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويجب صداق المثل^(٦) وعند أبي حنيفة والشافعي^(٧) : أن العقد صحيح لا يفسد بفساد المهر ويجب فيه صداق المثل ولا يفسخ ، فإذا قلنا أن العقد فاسد فوجهه قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ﴾^(٨) فعلق الإحلال بشرط الابتغاء بالمال والخمر والخنزير ليسا بمال لنا^(٩)، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع، ولأن المعقود به إذا كان فاسدا وجب فساد العقد أصله نكاح الشغار .

-
- (١) في م : يجب .
 (٢) انظر المدونة ١٧٠/٢ - ١٧١ ، التفريع ٣٧/٢ ، الكافي ٢٤٩ .
 (٣) قال أبو حنيفة منافع الحر لا تكون صداقا لأنها ليست مالا (انظر بدائع الصنائع ١٤٢٩/٣ ، المفنى ٦٨٢/٦)
 (٤) سورة القصص الآية ٢٧ .
 (٥) في م : يصح .
 (٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، التفريع ٣٧/٢ - ٤١ الكافي ٢٤٩ .
 (٧) انظر مختصر الطحاوى ١٨٦ - ١٨٧ ، الأم ٤٧/٥ - ٥٧ .
 (٨) سورة النساء الآية ٢٤ .
 (٩) لنا : سقطت من ق .

ووجه التصحيح (١) أن عقد النكاح مفارق لعقد البيع في موضعه لأن سائر عقود المعاوضات العوض مقصود منها لأن طريقها المغابنة والمكايسة وليس كذلك النكاح لأنه مبني على المواصلة والمكارمة دون العسـبـوس، ألا ترى أنهما إذا عقدا من غير تسمية صداق فإن العقد جائز ولو سكتا عن ذكر العوض في البيع والاجارة لم يصح العقد ويفارق نكاح الشغار لأنه يفسد لكون المعقود عليه معقودا به بخلاف مسألتنا .

فصل [٥ - في تأويل قول مالك أنه يفسخ قبل الدخول]

إذا ثبت ما ذكرناه فقد اختلف أصحابنا في تأويل قول مالك أنه يفسخ قبل الدخول: فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظا وعقوبة لهما لئلا يعودا إلى مثل ذلك، ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطا وخروجا من الخلاف، فإن وقع الدخول لم يفسخ لأن الصداق قد وجب فلا يؤخذ المعنى الذي لأجله يفسخ قبل الدخول .

فصل [٦ - فيمن تزوج امرأة على درهمين]

إذا تزوجها على درهمين فاختلف أصحابنا (٢): فعند ابن القاسم لا يفسخ النكاح ويجبر على أن يكمل الثلاثة دراهم ويرمى أو يفسخ إن لم يرضى ، وعند غيره يفسخ وإن أكمل (٣) المهر .

فوجه قول ابن القاسم أن المهر ليس بفساد في عينه وإنما منع العقد لقصور عن المقدار المعتبر / فيه ففارق الخمر والخنزير، ووجه الفسخ أنه عقد بما لا يستباح البضع (٤) به كالخمر والخنزير .

فصل [٧ - استحباب دفع شيء من الصداق قبل الدخول]

يستحب لمن يتزوج أن يدفع شيئا من الصداق قبل الدخول (٥) وأقله ربع دينار لأنه ضلّى الله عليه وسلم فعل ذلك لما زوج فاطمة من علي

[٥٨/ب]

- (١) في م : الصحيح .
 (٢) انظر المدونة ١٧٢/٢ ، التفريع ٢٨/٢ ، الكافي ٢٥٠ .
 (٣) في م : كمل . (٤) في ق : الفرج .
 (٥) انظر المدونة ١٧٠/٢ ، التفريع ٢٨/٢ - ٢٩ ، الرسالة ١٩٦ .

رضي الله عنهما^(١)، ولأن العوض في النكاح متأكد من الأعواض في سائر العقود لحرمة البضع، ولأن التراضي بإسقاطه غير جائز فوجب تأكيده عليها في التسليم، وإن لم يفعل جاز لأن تأخير القبض لا يخرجها عن الوجوب.

وإنما استحبابنا أن يكون أقل ما يقدم أقل ما يستباح به الفرج ليكون في معنى من يقدم على فرج قد ملك استباحته ملكاً منبرماً لأنه لو اقتصر في المهر على ذلك القدر لجاز.

فصل [٨ - فسخ النكاح قبل الدخول]

كل فسخ يكون قبل الدخول تنفرد به المرأة فلا صداق لها معه، من ذلك الأمة تعتق تحت العبد قبل الدخول فتختار نفسها، وكذلك لو ارتدت أو كانت أمة فباعها سيدها من زوجها أو لاعنها فالتعنت، ويفارق ذلك أن تختار نفسها بتمليكها أو تخييره فيجب لها نصف المداق لأن الزوج هو السبب في الفسخ بتمليكها إياها^(٢)، والفرقة، وكذلك لو أعسر بالصداق قبل الدخول أو جن فطلق عليه فلها نصف المداق لأن ذلك من جهته فكان كمن خيرها^(٣).

والأصل في هذا الباب أن المرأة تملك المداق بالعقد والتسمية ملكاً غير مستقر وإنما يستقر بالموت أو بالدخول خلافاً للشافعي^(٤)، ولذلك^(٥) قلنا إنه لو نمي في يدها أو نقص ثم طلقها كان النماء بينهما والتقصان عليهما، ولو تزوجها على شيء بعينه فتلغ في يديه أو في يدها ثم طلقها قبيل الدخول بها فلا شيء له عليها إذا كان تلغه بغير صنعها، ودليلنا أنه لو كان ملكها قد استقر عليه لم يجز أن يبطل بعد استقراره ولا أن يطرأ

-
- (١) أخرجه البيهقي ٢٥٢/٧، وأبو يعلى والطبراني في الأوسط والكبير والبخاري ورجال الطبراني رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد ٢٨٦/٤).
- (٢) في م : بتمليكها إياها .
- (٣) انظر : المدونة ١٧٤/٢ - ١٧٨ ، التفريع ٩/٢ - ٤٣ ، الرسالة ٢٠٢ ، الكافي ٢٥١ - ٢٥٣ .
- (٤) وقال الشافعي إذا سمي فإنها تملكه بمجرد العقد ملكاً مستقراً (انظر الأم ٦٠/٥) .
- (٥) في م : كذلك .

عليه ما يبطله كما لو دخل وقد ثبت أنها لو ارتدت أو أختارت نفسها
بالتعق قبل الدخول لن تستحق شيئا، أصله^(١) لو طلقت قبل الدخول لملك
النصف دون الجميع فدل ذلك على أن ملكها له غير مستقر وأنه يستقر
بالدخول أو الموت .

فصل [٩ - إذا اشترت بالصداق شيئا من مصلحتها ثم طلقت

قبل الدخول]

إذا قبضت الصداق فاشتريت به شيئا من مصلحتها أو مصلحة زوجها مما
جرى العرف في موضعهما بأن تتجهز المرأة به لزوجها ثم طلقت قبل الدخول
فله نصف ما ابتاعته ولا يلزمها أن تغرم له نصفه عينا، فلو طالبها بنصف
ما ابتاعته فأرادت هي أن تتمسك به وتعطيه مثل نصف ما أعطاها عينا لم
يكن لها ذلك إلا برضاها، فإن كان الذي اشترته به شيئا تختص به بمنفعته
فإن عليها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه^(٢)، وعند أبي حنيفة
والشافعي يلزمها أن تغرم له نصف العين الذي أخذت منه على كل وجه^(٣)
ودليلنا أن العرف إذا كان جاريا بأن المرأة تتجهز^(٤) للرجل
وأنه يلتزم ذلك وعليه مضت عادة أهل بلدهم وجب متى فعلته أن يكون
عليها نصاب ما اشترته، لأنه على ذلك دخل فكانها قد فعلته بأمره لأنه
قد علم أنها تصرفه فيه فإذا كان العرف جاريا بذلك صار كأنه صرح فقال:
قد آذنت لك أن تشتري بمداقك جهازا فإذا طلقها قبل الدخول لم يكن له
إلا نصف ما اشترته به .

ودليلنا على وجوب ما ذكرناه قوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر
بالعرف﴾^(٥)، ولأنه صلى الله عليه وسلم أخذ صداق فاطمة رضي الله
عنها فصرفه في جهازها من طيب وفراش ووسادتين على ما روى في الخبر^(٦)

(١) في م و ز أصلا .

(٢) انظر الصدونة ١٧٧/٢ - ١٧٩ ، التفريع ٤١/٢ ، الكافي ٢٥٢ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ١٨٨ ، الأم ٦١/٥ - ٦٢ .

(٤) في ق : تجهز . (٥) سورة الأعراف الآية ١٩٩ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٤٥) .

وفعله على الوجوب ، ولأن عليا رضي الله عنه حكم بذلك في قضية ارتفع (١) إليه فيها: فقص على الأب بوجوب تجهيز ابنته وقال للزوج لما طلق وطلب نصف ما دفعه وقال أعطيت (٢) دراهم وأخذ صوفا وخرقا فقال : أنت أضعت مالك (٣) ولم يخالف عليه أحد فأما إذا صرفته في شيء تختص به مثل شراء عقار للتجارة (٤) أو تجارة أو غير ذلك فإنها تغرم (٥) نصفه عينا لأنها انقرضت بمنفعته دونه لأنه لم يدخل على ذلك فكان كما لو قضت (٦) به دينا .

فصل [١٠ - في صداق المثل]

صداق المثل: مراعى فيه حالها في جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها ممن يشبهنها من عشيرتها وجيرانها كن من غضبتها أو من غير غضبتها (٧) ، خلافا للشافعي في مراعاته العصبية (٨) ، لأن صداق المثل يختلف ويقل ويكثر باختلاف ما ذكرناه في النساء من الجمال والمال والشرف ، يدل عليه أن الانسان يرغب في جمال المرأة فيبذل من الصداق أكثر مما يبذله للتي هي دونها في الجمال، وكذلك في (٩) التي لها مال لارتفاقه بمالها وانتفاعه به فيبذل لها أكثر مما يبذل للفقيرة ، فإذا ثبت ذلك وجب أن يكون هذا هو المعتبر دون نساء العصبات فإن لم يسلموا دللنا عليه (١٠) بقوله صلى الله عليه وسلم : (تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها فعليك بسدات الدين تربت يداك) (١١) فأخبر أن الغرض الذي يقصد من المرأة وعليه يبذل

-
- (١) في م : ارتفعت . (٢) في م : اعطى .
 (٣) أخرجه الامام مالك مختصرا ٥٧٣/٢ .
 (٤) للتجارة : سقطت من م . (٥) في م : تصرف
 (٦) في م : قبضت
 (٧) انظر المدونة ١٨١/٢ - ١٨٢ المقدمات ٤٧ ٦/١ ، الكافي ٢٥٠ .
 (٨) انظر الأم ٧١/٥ - ٧٢ ، مختصر المزني ١٨٢ .
 (٩) في : سقطت من ق . (١٠) في ق : فإن لم يسلموه دليلنا .
 (١١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٣٩) .

الصداق هو هذه الأشياء فدل على أن الاعتبار بها دون غيرها، ولأن نساء العصابة قد تختلف أحوالهن وحالها فيختلف الصداق باختلاف ذلك بحسب قلّة الرغبة وكثرتها فكان الاعتبار به دون ما لا يؤثر فيه .

فصل [١١ - إذا رضيت المرأة بأقل من صداق المثل]

إذا رضيت المرأة بأقل من صداق مثلها وهي شيب لا حجر عليها جاز ولم يكن للولي الامتناع من إنكاحها ولا اعتراض بالفسخ إن كان زوّجها ولي غيره (١)، خلافاً لأبي حنيفة في قول أن مهر المثل من الكفاءة (٢)، لأن كل من لم يكن له الاعتراض عليها في جنس المهر لم يكن له الاعتراض في مبلغه / أصله ابن الأخ مع وجود الأخ، ولأنها حرة رشيدة لها التصرف في بدل منافعها فواجب أن لا اعتراض عليها في مالها أصله إذا أجرت نفسها للخدمة بأقل من أجره مثلها .

فصل [١٢ - نكاح الشغار]

نكاح الشغار (٣) باطل (٤) وصورته : أن يقول زوجني ابنتك علسي أن أزوجه ابنتي، فيجعل بضع كل واحدة مهراً للآخرى من غير أن يذكر مهراً سواه، فهذا باطل يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا يصح بوجه في المماليك ولا الأحرار نحو قوله : زوجني أمتك على أن أزوجه أمتي على أن لا صداق بيننا فهو كقوله في الحرائر زوجني ابنتك على أن أزوجه ابنتي ولا مهر بينهما في أن العقد مفسوخ (٥) في الجميع ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه يصح ويلزمه فيه مهر المثل (٦) ، لما رواه ابن عمر : أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار، والشغار أن يزوجه الرجل ابنته ويزوجه الآخر

(١) انظر التفريع ٥٠/٢ ، الكافي ٢٥٠ - ٢٥١ ، المقدمات ٤٧٦/١ .

(٢) انظر مختصر الطحاوى ١٨٤ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ١٢/٣ - ١٤ .

(٣) الشغار : من شفر الكلب إذا رفع رجله ليبول (الصاح ٧٠٠/٣) وفي

الاصطلاح هو خلو البضع من المداق (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١٧٥) .

(٤) انظر الصدونة ١٣٩/٢ - ١٤٠ ، التفريع ٤٨/٢ ، الرسالة ١٩٧ ، الكافي ٢٣٧ .

(٥) في م : فاسد .

(٦) انظر مختصر الطحاوى ١٨١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ١٨/٣ .

ابنته ولا مهر بينهما (١) فإن كان هذا التفسير منه صلى الله عليه وسلم فهو غاية المراد، وإن كان من الصحابي فهو أولى من تفسير غيره، ولأنه ملك بضع ابنته لشخصين الرجل وابنته وذلك يوجب فساد العقد لأن المهر يجب أن يكون ملكاً للمنكحة فصار كما لو قال لرجلين: زوجت ابنتي لكل منكما، ولأنه عقد جعل فيه المعقود له معقوداً به فلم يصح أصله إذا قال لعبد زوجتك ابنتي على أن تكون رقبتيك مهراً، ولأنه عقد شرط فيه المعقود به لغير المعقود له فلم يصح أصله إذا قال بعتك عبدي هذا على أن يكون ملكاً لزيد.

فصل [١٣ - إذا سمى مهراً لهما أو لأحدهما في نكاح

الشغار

فإن سمى مع ذلك مهراً لهما أو لأحدهما صح النكاح في التي سمى لها المهر ووجب صداق المثل، لأنه لم يعقد على ما لا يصح أن يكون مهراً وإنما ضم إلى المهر ما لا يصح أن يكون عوضاً في العقد فوجب فساده والرجوع إلى صداق المثل .

فصل [١٤ - في نكاح المتعة]

نكاح المتعة (٢) باطل (٣)؛ وهو "العقد المؤقت بأجل" خلافاً للمبتدعة (٤) لتهيئه صلى الله عليه وسلم عنه يوم خيبر (٥) ، وقيل يوم حنين (٦) وفي حديث الربيع بن سبرة (٧) عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

(١) أخرجه البخاري في النكاح باب الشغار ١٢٦/٦ ، ومسلم في النكاح باب

تحريم نكاح الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ .

(٢) المتعة : اسم التمتع وهو أن يشارط المرأة شرطاً على شيء إلى

أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلو سبيلها من

غير تزويج ولا طلاق (المصباح المنير ٥٦٢) .

(٣) انظر المدونة ١٥٩/٢ - ١٦٠ ، التفريع ٤٨/٢ ، الرسالة ١٩٧ ، الكافي ٢٣٨ .

(٤) قوله المبتدعة يريد بذلك الشيعة الإمامية .

(٥) أخرجه البخاري في النكاح باب النهي عن نكاح المتعة ١٢٩/٦ ، ومسلم

في النكاح باب نكاح المتعة ١٠٢٧/٢ .

(٦) أخرجه الطبراني وابن حبان وصححه (مجمع الزوائد ٢٦٤/٤) .

(٧) الربيع بن سبرة : بن معبد الجهني ، المدني ، ثقة من الثالثة

(تقريب التهذيب ٢٠٦) .

(ألا ان الله حرمها^(١))، ولأنه عقد معاوضة مؤبدة فلم يصح مؤقتاً أصله
البيع، ولأن خصائص النكاح لا تثبت فيه مثل الظهار والطلاق والتوارث فلم
كان صحيحاً لتعلق به كسائر الأنكحة الصحيحة، ولأنه يقف الوطء على مدة
مقدرة كما لو استأجر امرأة ليطبخها شهراً .

مل [١٥ - فى الخطبة على الخطبة فى حالة عدم الركون]

الخطبة على خطبة الغير لها حالتان: حال تجوز فيها، وحال تمنع^(٢)،
فأما حال الجواز فهي إذا لم تنعم^(٣) له وتركه إليه، بل ابتداء الخطبة
أو وعد وعدا معلقا من غير إجابة ولا ركون فجاء غيره فخطب فإن هذا
لا يمنع، لأن الناس لو منعوا من أن يخطبوا من قد خطبت أو رومت أو كلت
لشق عليهم وضاق وأدى إلى أن لا يخطب أحدا امرأة إلا بعد أن يسأل ويبحث
هل راسلها غيره أو ابتداء خطبتها، وفى ذلك من الضيق والحرص ما يوضع
عن الناس ولا يؤخذون به ، وبمثله وردت السنة فى حديث فاطمة بن قيس^(٤)
لما جاءت النبی صلی الله علیه وسلم اعلمته أن أبا جهم^(٥) ومعاوية^(٦)
خطباها فقال رسول الله صلی الله علیه وسلم : (أما أبو جهم فلا يضرع
عصاه عن عاتقه وأما معاوية فمعلوك لا مال له ولكن انكح أسلمة بن زيد^(٧)
فلم ينكر اجتماعهما عليها فى الخطبة وخطب عليها لآخر ، ومثله حديث

-
- (١) أخرجه مسلم فى النكاح باب نكاح المتعة ١٠٢٦/٢ .
 - (٢) انظر الموطأ ٥٢٣/٢ ، الرسالة ١٩٧ ، الكافى ٢٣٠ .
 - (٣) أي أن تجاوب بنعم .
 - (٤) فاطمة بنت قيس : بن خالد الفهرية ، أخت الضحاك ، صحابية مشهورة ،
وكانت من المهاجرات الأول ، وعاشت إلى خلافة معاوية (تقريباً
التهذيب ٧٥١) .
 - (٥) أبو جهم بن حذيفة ، القرشي العدوي ، كان علامة بالنسب ، من مسلمة الفتح
(سير أعلام النبلاء ٥٥٦/٢) .
 - (٦) معاوية بن أبي سفيان : صخر بن حرب بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن ،
الخليفة ، صحابي أسلم قبل الفتح ، وكتب الوحي ، مات فى رجب سنة
ستين (تقريب التهذيب ٥٣٧) .
 - (٧) أخرجه مسلم فى الطلاق باب المطلقة ثلاثاً . لا يفقه بها ١١١٤/٢ .

عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما خطب امرأة لابنه عبدالله ولمروان^(١) وغيره ثم خطبها لنفسه معهم فقالت المرأة أجاد أمير المؤمنين أم هازل قال : بل جاد فقالت قد أنكحتك^(٢)، فاستجاز عمر لنفسه أن يخطبها معهم لما لم يكن من جهتها إنعام لواحد منهم ولا إجابة ولا ركون ولا وعد لتقرير فدل على ما قلناه .

فصل ١٦ - فى الخطبة على الخطبة فى حالة الركون

(٣) الحال الثانية أن تنعم المرأة وتجب وتركن إلى الخاطب ويتمهد الأمر بينهما ويشترط كل واحد منهما على الآخر ما يريد ولم يبتسق إلا العقد أو قريب منه فهذه الحال التى يمنع فيها أن يخطب الغير على خطبة من قد انتهى إليها^(٤)، فمتى خطب وعقد له عليه فالعقد غير صحيح ويفسخ على الظاهر من المذهب^(٥) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٦) ولمن ذهب إلى خلافة من أصحابنا^(٧)، لنهي صلى الله عليه وسلم أن يخطب الانسان على خطبة أخيه^(٨) والنهي يقتضى الفساد، ولأن هذا ذريعة إلى الافساد على الناس وإدخال الأذى عليهم لأنه لا يشاء أحد أن يفسد على غيره ويؤذيه إلا تركه يخطب ويبعث ويجهتد حتى إذا لم يبق إلا الفراغ جاء فأفسد عليه فوجب حسم الباب بإبطال ما أدى إلى هذا من الفعل ليرتدع من يفعل ذلك على ألا يعود لمثله كما وجب مثله فى التلقي^(٩) وغيره .

- (١) مروان بن الحكم : بن أبي العاص بن أمية ، أبو عبد الملك الأموى المدنى ، ولي الخلافة فى آخر سنة أربع وستين ، مات سنة ١٠٥ هـ (تقريب التهذيب ٥٢٥) .
- (٢) عزاه ابن كثير إلى ابن عساكر (انظر البداية والنهاية ٢٥٧/٨ ، المغنى ٦٠٥/٦) .
- (٣) فى ق : يتمادى . (٤) فى ق : إليه .
- (٥) انظر الموطأ ٥٢٣/٢ ، المقدمات ٤٨١/١ ، بداية المجتهد ٣٥٢/٦ - ٣٥٣ ، الكافى ٢٣٠ .
- (٦) انظر بدائع الصنائع ١٤١٠/٣ ، المهذب ٤٧/٢ .
- (٧) قال ابن عبد البر : وعن أصحاب مالك فى هذا الباب أراء مختلفة واضطراب (الكافى ٢٣٠) .
- (٨) أخرجه البخارى فى النكاح باب لا يخطب على خطبة أخيه ٢٣٦/٦ ومسلم فى النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ١٠٣٢/٢ .
- (٩) يعنى تلقى الركبان .

فصل [١٧ - النكاح على صداق مجهول]

يجوز النكاح على عبد مطلق أو وصيفة مطلقة غير موصوفة ولا معينة، ويجب الوسط من رقيق ذلك البلد وكذلك على جهاز بيت ويكون لها الوسط من جهاز أهل الحضر أو البادية إن كانت بدوية أو حضرية (١)، وقال محمد ابن عبدالحكم لا يجوز إلا على معلوم مقدور وهو قول الشافعي (٢)، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾ (٣)، وقوله ﴿ فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (٤) فعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (ما تراضى عليه الأهلون) (٥) ولم يفرق ، ولأن النكاح لما لم يكن المقصود منه المعاوضة المحضة وإنما القصد به المكارمة والمواصلة دون العوض بدليل أنه لا يفسد بفساد العوض ولا بعدم ذكره في العقد بخلاف ما يكون المقصود منه العوض كالبياعات وغيرها مما يقصد به المكايسة والمتاجرة ، جاز أن يسقط تعيينه (٦) وصفته : إذا كان هناك طريق يوصل إليه غيره كما جاز لهذا المعنى السكوت عن ذكره جملة عند العقد .

فصل [١٨ - اشتراط المنكح حياء على الخاطب]

[٥٩/ب] إذا شرط المنكح حياء (٧) على الخاطب فإن كان في العقد / وعليه وقع العقد فهو لا حق بالصداق لأن العقد وقع عليه واستحل البضع بالصداق وبه، فإن طلقت قبل الدخول رجع الزوج بنصفه كالصداق وإن كان ذلك بعد تمام العقد وانبرامه كأنه قال زوجني على مائة دينار فقال قد زوجتك عليها فقال الخاطب قبلت ثم قال له الولي من بعد فيماذا تحبوني قال بكذا وكذا فهذا يكون للولي خاصة لا رجوع فيه للزوج ولا للمرأة (٨)، لأن ذلك جعل من الزوج للوكيل أو هبة له مستأنفة لم يقع العقد عليها، وكذلك إن كانت الهبة للمرأة أو لبعض أهلها بعد استقرار النكاح غير مشروطة في العقد .

- (١) انظر المدونة ١٧٠/٢ - ١٧١ ، التفريع ٣٧/٢ - ٣٨ ، الكافي ١٥٠ - ١٥١ .
- (٢) انظر الأم ٥٨/٥ - ٥٩ ، الاقناع ١٤٠ - ١٤١ .
- (٣) سورة النساء الآية ٢٤ . (٤) سورة البقرة الآية ٢٣٧ .
- (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٢٤) (٦) في م و ر بعينه .
- (٧) الحياء : بالمد والكسر - إذا أعطيته الشيء بغير عوض (المصباح المنير ١٢٠) .
- (٨) انظر : ، التفريع ٤٩/٢ - ٥٠ ، الكافي ٢٥١ .

فصل [١٩ - إذا تزوجها على صداق مسمى ثم زادها عليه]

فأما إن تزوجها على صداق مسمى ثم زادها في الصداق بعد تمام العقد وانبرامه ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الزيادة كالصداق الأصلي، فإن مات قال ابن القاسم لا شيء لها من الزيادة وجعلها (١) كالعطية إذا مات المعطى قبل أن تقبض .

وقال الشيخ أبو بكر وغيره من أصحابنا: القياس يجب أن لها الزيادة بالموت قالوا لأنه لا يخلوا أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو الهبة التي لا تستقر إلا بالقبض فإن كانت كالمهر (٢) وجب استحقاقها بالموت كالمهر وإن كانت كالهبة وجب أن لا يجب لها نصفها بالطلاق قبل الدخول لتأخر القبض فلما وجب نصفها دل على أنها في حكم الصداق (٣) .

فصل [٢٠ - نكاح التفويض]

نكاح التفويض جائز (٤) وصفته: أن يعقد النكاح ولا يذكر صداقا فالزوج بين ثلاثة (٥) خيارات: إما أن يتراضيا على مهر يفرضه أو يفرضه أحدهما ويرض به الآخر فيجوز ذلك، أو أن يبذل المثل ويدخل ولا يعتبر رضاها ها هناء أو أن يطلق ولا يلزمه صداق وليستحب له أن يمنع ومن مات منهما قبل الدخول والفرض (٦) فلآخر الميراث دون الصداق .

فصل [٢١ - أدلة جواز نكاح التفويض]

وإنما قلنا إن نكاح التفويض جائز لقوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾ (٧) فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسهر والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح ولا خلاف فيه، ولأن النكاح لما كان طريقه المواصلة والمكارمة دون المغالبة والمكايسة جاز فيه من التسامح ما لم يجز في البيوع، وإنما قلنا أنها إن تراضيا على شيء من بعد جاز وكان صداقا لقوله صلى الله عليه وسلم

- | | | | |
|-----|---|-----|----------------------|
| (١) | في ق : جعله . | (٢) | في ق : مهرا . |
| (٣) | انظر التفريع ٥٠/٢ الكافي ٢٥١ . | | |
| (٤) | انظر المدونة ١٨٠/٢، ١٨١، التفريع ٥٢-٥١/٢ الرسالة ٢٠٠ الكافي ٢٥٠ . | | |
| (٥) | في م : بين ثلاث . | (٦) | يعني أن فرض الصداق . |
| (٧) | سورة البقرة الآية ٢٣٦ . | | |

(أدوا العلائق) قيل : وما العلائق يارسول الله . قال : (ما تراضى عليه الأهلون) (١) ، ولأن الحق فيه لا يخرج عنهما فيما زاد على حق الله تعالى الذى لا يجوز تراضيهما على إسقاطه وهو أقل المهور فما تراضيا (٢) به من شيء يجوز أن يكون عوضا جاز .

فصل [٢٢ - إذا لم يتراضيا على شيء مقدر فى نكاح التفويض]

وإنما قلنا إنهما إذا لم يتراضيا على شيء مقدر كان له أن يدخل بعد بذل صداق المثل من غير اعتبار برضاها وكذلك لو دخل بهما ابتداء لأنه قد ملك الاستباحة بالعقد فليس عليه أكثر من بذل قيمة البضع ، وإنما لم نعتبر (٣) رضاها لأنها لما ملكته الاستباحة قبل التسمية كان ذلك رضا منها بفرضه أو بقيمة بضعها .

فصل [٢٣ - إن طلق قبل الدخول والتسمية]

وإنما قلنا إنه إن طلق قبل الدخول والتسمية فلا مهر عليه لأن المهر لا يستحق إلا بدخول أو بموت بعد تسمية وقد عدما ، وأما المتعة فنذكرها (٤) فيما بعد .

فصل [٢٤ - إيجاب التوارث إن حصل موت قبل الفرض فى نكاح التفويض]

وإنما أوجبنا بينهما التوارث إن حصل موت قبل الفرض لأن النكاح صحيح والتوارث واجب فى العقد الصحيح ، وإنما قلنا لا يجب صداق المثل (٥) بالموت (٦) خلافا لأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى (٧) أنه يجب لها مهر المثل ، لأنها ماتت قبل الفرض والدخول فلم تستحق مهر المثل أصله مع أبى حنيفة الكتابية ، ومع الشافعى إذا طلقت قبل الدخول .

(١) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٥٢٤) . (٢) فى م : رضيا .

(٣) فى م : يعتبر . (٤) فى م : فتذكر .

(٥) المثل : أسقطت من م .

(٦) انظر : المدونة ١٨١/٢ ، التفريع ٥٢/٢ ، الكافى ٢٣٠ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوى ١٨٤ ، مختصر المزنى ١٨١ : وأبو حنيفة يقول : إذا

مات الزوج عن امرأته التى لم يسم لها مهرأ فلها مهر المثل مسلمة كانت

فصل [٢٥ - تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان]

يجوز أن يتزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان^(١) خلافا لعبد الملك لأنه ليس في ذلك أكثر من تقدر المداق في شأني حال^(٢) فهو في معنى التفويض .

إذا ثبت جوازه نظر فإن فرض من رد الحكم إليه منهما أو مـين غيرهما فرضا به جاز ولزم، وإن لم يتزافيا به فالخيار إلى الزوج إن شاء فرض صداق مثلها ولزمها وإن شاء طلق ولا مهر عليه كالتفويض هذا إذا تزوجها على حكمه أو حكم أجنبي .

فأما إن تزوجها على حكمها فلم يتراضيا على شيء فاختلف أصحابنا: فمنهم من قال إن بذل لها صداق المثل لزمها كالتفويض وهو قول ابن عبد الحكم وأصـب وأحد قولـي ابن القاسـم ، ومنهم من قال لا يلزمها الرضا بصداق المقل بخلاف التفويض وهو قول أشهب وقول ابن القاسم الآخر .

ووجه القول بأن ذلك يلزمها اعتباره بنكاح التفويض بعلة أنه عقد سكت فيه عن العوض ليقع فيما بعد ولتحكم الغير بعلة عدم الرضا بالحكم لو^(٣) علق بحكم فلان ، ووجه القول بأنه لا يلزمها فلان الحكم توجه إلى جهة^(٤) فلا يلزمها الرضا بحكم غيرها كما لو علق بحكم فلان، ولأن تعليق الرضا بحكمها إنما هو احتراز من أن تلزم بها لم ترض به فلو كان ذلك يلزمها لم ينفعها اشتراطها شيئا .

فصل [٢٦ - إذا أعتق أمته على أن تزوجه من نفسها]

إذا أعتق أمته على أن تزوجه من نفسها^(٥) فإن أبت لم يلزمها ذلك^(٦) خلافا لقوم^(٧) لأن الإيجاب ساقط عنها بعدم الرق وللولاية فكان لها الخيار .

(١) انظر : التفريع ٥٢/٢ ، الكافي ٢٣١ .

(٢) حال : سقطت من م . (٣) في م : الذي .

(٤) في م : جهتها . (٥) في م : يزوجه نفسه .

(٦) انظر المدونة ١٧٩/٢ - ١٨٨ ، التفريع ٢٨/٢ - ٢٩ .

(٧) في أحد قولـي الحنابلة . (انظر المغنى ٤٧٠/٦) .

فصل [٢٧ - من أعتق أمة على أن يكون عتقها صداقها]

ومن أعتق أمته (١) على أن يكون عتقها صداقها لم يجز ذلك لأن الصداق إنما يكون صداقا إذا قارن العقد أو مادف عقدا آخر (٢)، فأما إن تقدم عليه فلا يصح، والعتق ها هنا متقدم على العقد فلم يكن صداقا .

فصل [٢٨ - إذا خالعتها قبل الدخول على مال تدفعه إليه]

إذا خالعتها (٣) قبل الدخول على مال تدفعه إليه ولها عليه صداق مسمى، فإن سمي أنه من الصداق جاز وسقط ذلك القدر من صداقها (٤) لأنها قد أخذت عرفا به وهو / الطلاق الذي في مقابله وكان لها نصف الباقي لأنها على الأصل وجوب النصف لهما، فإن نسا على أنه من عندها لزمها دفعه إليه من مالها فلم يكن لها أن ترجع عليه بنصف الصداق لأن دفع شيء مـمن عندها يتضمن ترك حقها من الصداق، فإذا لم يرض أن يطلقها إلا بشيء يأخذه منها وأجابت إلى ذلك كانت عن شيء تأخذه منه أبعد ، فإن سكتا فلا شيء لها من الصداق عند مالك وأكثر أصحابه، وقال أشهب ترجع عليه بنصف الصداق ، فوجه قول مالك إن ظاهر سكوتها وإبهامها الخلع بمنزلة النص على أنه من عندها على ذلك هو الأصل ولا يصح إضافته إلى الصداق إلا بأن يعيناه نطقا ، وإذا كان كذلك تضمن سقوط حقها من الصداق كما لو نصت على أنه من عندها ، ووجه قول أشهب إن الإبهام يقتضي تعلقه بالذمة ولا يفيد الإبراء من الصداق كالدين ، وقول مالك أصح لأنها لو أرادت الرجوع بالنصف لم تلزم ذمتها شيء سواه .

فصل [٢٩ - إذا وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده]

ولو وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده وهي جائزة الأمر ثم غلق

- (١) في ق : أمة . (٢) آخر : سقطت من م .
 (٣) الخلع : مأخوذ من الاختلاع وهو نزع الشيء عن الشيء ، وهو في الاصطلاح : معاوضة عن البضع تملك به المرأة نفسها ويملك الزوج به العوض عليها ملكا تاما (المقدمات ١/٥٥٨ - ٥٥٩) .
 (٤) انظر المدونة ٢/٢٣٣ - ٢٣٤ ، التفريع ٢/٣٩٠ - ٤٠٠ ، الكافي ٢٧٦ .

قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء^(١) خلافاً للشافعي في قوله أن له نصف قيمته^(٢) ، لأن بهيتها المداق له قد صار ملكاً له فلو استحق عليها ببدل النصف لكان قد حصل له البديل والمبدل وذلك خلاف الأصول .

فصل [٣٠ - امتناع تسليم المرأة نفسها حتى تقبض الصداق]

وللمرأة أن تمتنع من تسليم (نفسها حتى تقبض الصداق فإن سلمت نفسها ودخل بها وأرادت الامتناع من بعد حتى تقبض الصداق لم يكن لها ذلك خلافاً لأبي حنيفة^(٣) ، لأنه تسليم^(٤) يستقر به البذل فوجب أن يسقط حكم الامتناع كتسليم السلعة في البيع ، ولأن تسليمها نفسها في الابتداء رضاً منها ببقاء المهر في ذمته وامتناعها بعد ذلك رجوع^(٥) فيما قسدت تركته .

فصل [٣١ - إذا انضم إلى النكاح عقد بيع]

إذا انضم إلى النكاح عقد بيع قال مالك وابن القاسم لا يجوز ، وقال أشهب يجوز وقال عبد الملك إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينار فأكثر جاز^(٦) ، وجه قول مالك إن النكاح عقد مخصوص من سائر عقود المعاوضات بأحكام العوض لا يوجد في غيره من العقود فوجب أن ينضم إليه عقد غيره كالمرافق والقراض ولأنه يجوز^(٧) أن يكون العوض في مقابلة البيع فيعبر البعض من عوض ويكون ذلك ذريعة إلى إباحة وإسقاط المهر واعتباراً به إذا لم يبق قسط من العوض ، ووجه قول أشهب أنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو تزوجها على حكم زيد ، ووجه قول عبد الملك إن المنع خيفة أن يعبرى النكاح من عوض فإذا أمن ذلك جاز .

فصل [٣٢ - الاختلاف في قدر الصداق]

وإذا اختلفا في قدر الصداق نظر: فإن كان قبل الدخول تحالف وتفاخا

- (١) انظر الصدونة ١٧٥/٢ - ١٧٦ ، التفريع ٣٩/٢ - ٤٠ .
- (٢) انظر الأم ٧٤/٥ ، مختصر المزني ١٨٣ ، وقال : ففيها قولان أحدهما يرجع عليها بنصفه والآخر لا يرجع عليها شيء ملكه .
- (٣) انظر مختصر الطحاوي ١٨٨ . (٤) ما بين قوسين سقط من م .
- (٥) في ق : رجوعها . (٦) انظر المدونة ١٧٠/٢ .
- (٧) في م : لا يجوز .

وبدئت باليمين^(١) لأنها أقوى سبباً لأن الأصل معها: وهو أن منافع بضعهن غير مملوكة عليها إلا بما تقر به أو يثبت ذلك^(٢) لمدعيه عليها فإن حلفت قيل للزوج: إما أن تحلف ويسقط عنك الصداق الذي أدعته أو تكون بالخيار بين أن تدفع إليها ما حلفت عليه فتدخل بها شاءت أو آبت وبين أن تطلق ولا يلزمك شيء أو أن تنكل فيلزمك ما حلفت عليه، لأنه قد اجتمع لها^(٣) سببان مؤثران في الحكم: يمينها ونكول الزوج وهذا إن حلفت فأما إن نكلت فيحلف الزوج ويكون له ما يدعيه، وإن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه لقوة سببه بالتصرف فيما عقد عليه ولأنها لم يسلمت^(٤) نفسها من غير اشهاد عليه كان ذلك رضا منها بأمانته فإن نكل حلفت فاستحقت ما ادعته وذلك مبني على اختلاف المتبايعين وهو مذکور في البيوع .

فصل [٣٣ - الاختلاف في قبض الصداق]

وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها في ذلك قبل الدخوله فأما بعده فينظر في البلد الذي هما فيه فإن كان هناك عرف متقرر وغالب بدفع الصداق وأن الزوج لا يمكن من الدخول إلا بعد إيفائه: فالقول قول الزوج وعلى هذا حمل أصحابنا لإطلاق مالك رحمه الله الجواب في هذه المسألة^(٥)، لأن العرف كذلك كان عندهم بالمدينة، إلا أن يكون معها ذكر حق فيكون القول قولها لأن العرف معه بتبقيّة ذكر الحق في يدها لأن العرف جار بأخذه منها بعد إيفائه الحق وإنها لا تسلمه إلا إذا استوفته، وإن كان موضعهما لا عرف فيه متقرر فالقول قولها، وقال أبو حنيفة والشافعي القول قولها جملة بغير تفصيل^(٦)، فدليلنا قوله تعالى ﴿ وأمر بالعرف ﴾^(٧) فعم، ولأن اليمين في الأصل متوجهة على أقوى المتداعيين سبباً، والزوج في هذا الموضع أقوى سبباً لشهادة العرف له كما كان قبل الدخول القول قولها لقوة سببها عليه، وبالله التوفيق .

(١) انظر المدونة ١٨٢/٢ - ١٨٣ ، التفريع ٤٢/٢ - ٤٣ ، الرسالة

١٩٧ - ١٩٨ ، الكافي ٢٥٣ - ٢٥٤ .

(٢) ذلك : سقطت من م . (٣) في ق : له .

(٤) في م : أسلمت .

(٥) انظر الصدونة ١٨٢/٢ ، التفريع ٤٣/٢ ، الكافي ٢٥٣ .

(٦) انظر مختصر الطحاوي ١٨٥ ، الأم ٧٢/٥ .

(٧) سورة الأعراف الآية ١٩٩ .

باب [عيوب النكاح]

إذا وجد بالمرأة عيب يؤثر في المعنى المقصود بالنكاح ويمنع الالتذاذ واستيفاء الاستمتاع فالزوج بالخيار إذا علم بذلك قبل الدخول إن شاء ثبت على النكاح ودفع الصداق ودخل، وإن شاء فارق ولا صداق عليه (١) وهذه العيوب أربعة وهي : الجنون ، والجذام (٢) ، والبرص (٣) ، وداء الفرج وهو : القرن (٤) والرتق (٥) وما في معناهما، وقال أبو حنيفة لا ترد بشيء من ذلك (٦) ودليلنا ما روي أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة، من بنى بياضة (٧) فوجد بكشحا بياضا فردها وقال : (دلستم علي) (٨) ولأن ذلك مروي عن عمر وعلى (٩) ولا مخالف لهما ، وما يروى (١٠) عن ابن مسعود من قوله : لا ترد الحرة بعيب، محمول (١١) على ما عدى هذه العيوب، ولأنه لا يسلك بها سبيل الأمة المبيعة، ولأنها عيوب تؤثر في استيفاء الاستمتاع المقصود وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معها الخيار إذا دخل على السلامة أصله الجب (١٢) والعنة، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يثبت فيسه الخيار متى وجد الجنون في المعقود عليه / كالبيع .

(١) انظر في عيوب النكاح : المدونة ٢/٦٧ - ١ ، الرسالة ٢٠٣ ،

الكافي ٢٥٨ - ٢٥٩ .

(٢) الجنون معروف والجذام : داء يقطع اللحم ، (المصباح المنير ٩٤) .

(٣) البرص : يكون أسودا وأبيضاً وعلامته التفليس بأن يكون عليه قشر يشبه

الفلوس (الفواكه الدواني ٢/٤٠) .

(٤) القرن : بفتح القاف وسكون الراء : هو خروج شيء بارز في الفرج

يمنع الجماع (الفواكه الدواني ٢/٤٠) .

(٥) الرتق : بفتح الراء والتاء ، هو انسداد مسلك الفرج بحيث لا يمكن

الجماع معه (الفواكه الدواني ٢/٤٠) .

(٦) انظر مختصر الطحاوي ١٨١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني

٢٤/٣ - ٢٥ .

(٧) الثابت في الحديث بنى غفار .

(٨) أخرجه البيهقي ٧/٢١٤ ، وأحمد ٣/٤٩٣ ، وأبو نعيم في الطب وفيه

اضطراب (تلخيص الحبير ٣/١٧٧) .

(٩) أخرجه البيهقي ٧/٢١٤ - ٢١٥ ، الموطأ ٦/٥٢ ، وأخرجه سعيد بن

منصور (انظر تلخيص الحبير ٣/١٧٧) .

(١٠) في م : وصا يروونه . (١١) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٢١٢ .

(١٢) الجب : هو قطع الذكر مع الأنثى (الفواكه الدواني ٢/٤٠) .

فصل [١ - لزوم المهر إذا ثبت على النكاح]

إذا ثبت أنه بالخيار على النكاح لزمه المهر كاملاً لأن الفسخ حق له فإذا رضي بالعيب فقد أسقط حقه من الفسخ ورضي ببذل الصداق فكان له ذلك، كالمبتاع إذا وجد بالمبيع عيباً فإن فارق قبل الدخول فلا صداق عليه لأنه دخل على السلامة وإن يبذل الصداق مع التمكين من الاستمتاع فإذا لم يقدر على ذلك لم يلزمه، ولأن الفسخ ها هنا من قبل المرأة لأن العيب المانع من الاستمتاع من جهتها وإذا كان الفسخ قبل الدخول من جهة (١) المرأة لم تستحق شيئاً من الصداق .

فصل [٢ - إذا لم يعلم الزوج بالعيب حتى دخل]

وإن لم يعلم بذلك حتى دخل فحق الخيار ثابت له، لأنه لم يوجد منه رضا به فلم يسقط خياره، ويدفع العوض من الاستمتاع لأنه لا يجوز أن يعرى منه ثم ينظر قيمته غره فيرجع عليه بالمهر الذي سماه أو غيره مما يدفعه لأنه إن كان سمى مهراً لزمه المسمى، وإن لم يكن سمى شيئاً فصداق المثل وإن كان الذي عقد له ولياً يعلم منه أنه غره، وإن كان يعلم ذلك منها فدلسه عليه، مثل الأب في البكر أو الأخ في أخته إذا أدى الصداق رجع عليه بجميعه فإن كان ابن عم أو مولي أو من العشيرة أو السلطان أو من لا يظن به علم ذلك لم يرجع عليه ويرجع به على المرأة نفسها ويتبرك لها ربع دينار أو ثلاثة دراهم، خلافاً للشافعي في قوله لا رجوع له على الولي ولا على المرأة على كل وجه (٢) ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : (أيما رجل نكح امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسهها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها) ونحوه عن علي رضي الله عنه (٣) ، ولا مخالف لهما من الصحابة، ولأننا لو قلنا إنه لا رجوع له عليهما لألزمناه بذل العوض من غير أن يحصل له في مقابلته الاستمتاع الذي دخل عليه لأنه دخل على التأييد لأعلى مرة واحدة .

(١) جهة : سقطت من م .

(٢) انظر الأم ٨٤/٥ - ٨٥ ، الاقناع ١٣٨ - ١٣٩ .

(٣) سبق تخريج الأثرين قريباً .

فصل [٣ - فى تركه قدر ربع دينار نظير الاستمتاع]

إنما قلنا إنه يترك لها قدر ربع دينار لئلا يخلو الاستمتاع من بذل، ولا يجوز أن يستباح الفرج بعقد نكاح إلا بعوض، وإنما قلنا أنه إذا رجع به على الولي رجع بجميعه ولم يترك له (١) شيئا أصلا لأن المرأة يحصل لها المهر كاملا : لأن الولي إذا غرمه للزوج لم يرجع به عليها فليس فى ذلك غرر ولا بد للاستمتاع من عوض يحصل للمرأة .

فصل [٤ - العيب يكون بالرجل]

وللمرأة إذا وجدت ذلك بالرجل من الخيار مثل ما للرجل (٢) لقوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ﴾ (٣)، ولأن لها حقا فى الاستمتاع فإذا وجدت مانعا منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل واعتبارا بالجب والعنة، واختلف عنه فى البرص والصحيح أن الرد يثبت لها معه اعتبارا بالجذام وهذا إذا وجد به (٤) قبل الدخول وبعده، فإن اختارت الفسخ قبل الدخول فالمهر له لأن الفسخ من قبلها وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملا لاستمتاعه بها ولا استقراره لها بالدخول .

فصل [٥ - إذا تزوجا سليمين ثم حدث العيب]

إذا تزوجا سليمين ثم حدث لهما أو بأحدهما بعض هذه العيوب، فإن كان قبل الدخول نظر فإن حدث بالمرأة فلا رد للزوج وهو بالخيار إن شاء دخل وكمل لها المهر وإن شاء طلق ولزمه نصفه (٥) خلافا للشافعي (٦) فى أحد قوليه أنه يطلق ولا يلزمه شيء، لأنه عقد على منفعة مستدامة غير موفية تتناول معقودا عليه (٧) سليما حين العقد فلم يكن حدوث عيب فى المستأنف موجبا له الخيار، ولأنه لم يكن هناك تدليس ويفارق الاجسار لأنها مؤقتة محصورة، وإن كان بها ذلك بعد الدخول فلها المهر كاملا وحكمه :

(١) فى م : لها .

(٢) انظر المدونة ١٦٩/٢ ، التفريع ٤٧/٢ ، الرسالة ٢٠٥ ، الكافي ٢٥٨ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٤) فى م : وجدته

(٥) فى م : النصف .

(٦) انظر مختصر المزني ١٧٦ ، ١٧٨ ، الاقناع ١٣٨ - ١٣٩ .

(٧) فى ق : عليها .

معها بحكمه لو لم يحدث بها شيء، وإن كان حدث ذلك بالزوج فإن كان قبل الدخول فلها الخيار ويبقى أن تقيم معه أو تفارقه ولا شيء لها لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعد الدخول فخيارها ثابت وقد استحقت المصداق كله بالدخول، والفرق بينها وبين الزوج في إثبات الخيار لها ونفيه عن الزوج فيما يحدث بعد العقد أنها لا تقدر على رفع العقد فلو لم يثبت^(١) لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها، والزوج بيده رفع العقد فلم يكن له خيار .

فصل [٦ - العيوب التي لا ترد بها الزوجة]

ولا ترد إذا وجدت عمياء أو عوراء أو قطعاء أو سوداء أو محدودة أو ولد زنا أو ما سوى العيوب الأربعة^(٢) وما في معناها^(٣)، لأن كل هذه العيوب لا تمنع الاستمتاع ولا استيفاء المقصود بالعقد إلا أن يشترط^(٤) السلامة فيكون له الرد ولا يلزم الولي إخباره بذلك ولا بأنها كانت زنت أو قذفت فحصدت أو سرقت فقطعت، لأن كل ما لا يوجب له الرد لم يلزم الولي إخباره به كما لا يلزمه إخباره بأنها قد سافرت أو كان لها زوج قبله أو عدة أزواج وما أشبه ذلك مما لا تجب به الولاية .

(١) في م : يكن .

(٢) انظر المدونة ١٦٧/٢ - ١٦٨ ، التفريع ٤٧/٢ ، الكافي ٢٥٩ .

(٣) وما في معناها : سقطت من ق .

(٤) كانت : سقطت من م .

باب [العيوب التى توجد بالزوج خاصة]

والعيوب التى توجد بالزوج خاصة تمنع الوطء وتوجب الخيار للزوجة أربعة وهي : الجب والخفاء والعنة والاعتراض فالمحبوب هو المقطوع ذكره وأنشياه .

والخصي هو المقطوع منه أحدهما فإن كان مقطوعاً من كان محبوباً وقد يسمى خصياً أيضاً إلا أن اسم الجب أغلب عليه والعنين هو الذى له ذكر شديد الصغر لا يمكنه الجماع ولا يتأتى منه انتشار يولج به لصفه .

والمعترض هو الذى لا يقدر على وطء المرأة لعدة تعترض وهو بصفة من يمكنه الوطء وربما كان قد وطئ قبل ذلك وربما اعترض عن امرأة ولم يعترض عن أخرى وأصحابنا يسمون هذا العنين تجوزاً^(١)، وتشبيهها بالعنين الذى وصفناه وكذلك من تقدم / من الصحابة والتابعين وحقيقة اسمه المعترض كذلك زعم ابن حبيب .

فإذا تزوجت المرأة على السلامة فوجدت به أحد هذه العيوب كان لها الخيار على الوصف الذى نذكره، أما المحبوب والخص فلها الخيار بيمين أن تقيم معه أو تفارقه لعدم الاستمتاع منه لأن لها حقاً فى الاستمتاع فإذا عدم^(٢) منه لم تجبر على الرضا والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ﴾^(٣)، ولأنه لو آلى منها لكان لها توقفه وتطالبه مع الامتناع بالفراق مع قدرته على الوطء فكان فى الخصي والمحبوب أولى، ولأنه لما كان له الخيار مع الرتق والقرن لعدم الاستمتاع المقصود بعقد النكاح مع إمكان تخلصه منه بالطلاق كان بأن يكون لها الخيار فى هذه المواضع أولى .

(١) انظر حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ١ ٦٩ .

(٢) فى م : عدمته .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

فصل [١ - الخصى يمكنه الوطء لكنه لا ينزل]

فإن كان الخصى قائم الذكر يمكنه أن يوطئ إلا أنه لا ينزل فلهذا الخيار أيضا لأن وطفه ناقص عن الكمال فكان لها الخيار فإذا ثبت المقام معه سقط خيارها وكذلك إن أمكنته بعد علمها بعيبه من تقبيل ولمس أو تلذذ بمباشرة فلا خيار لها وإن اختارت فراقه فلا صداق لها لأن الفراق من قبلها .

فصل [٢ - العنين يصح منه الوطء]

فأما العنين-ويريد به المعترض عن امرأته ويصح منه الوطء ويرتجى زوال الاعتراض عنه-فلزوجته الخيار بين أن تقيم معه أو تفارقه وذلك بأن يضرب له الأجل من يوم ترفعه إلى الحاكم: للحرسنة، وللعبد ستة أشهر فإن أصاب في مدة هذا الأجل وإلا طلق عليه إن اختارت ذلك^(١) خلافا لداود في قوله أنه لا يؤجل^(٢) ، لأن ذلك إجماع الصحابة وروى عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود^(٣) وغيرهم رضي الله عنهم، ولا مخالف لهم واعتبارا بالخصاء والجب .

وإنما قلنا إن الأجل سنة لما روينا عن الصحابة، وللمعنى وهو أن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله ولا يتيقن لزومه، والمقصود بضرب الأجل إمهاله مدة يعالج نفسه فيها ويجتهد في زوال هذا العارض عنه، وليس كالجب والخصاء اللذين لا يرجى زوالهما فوجب أن يكون المضروب له من المدة قدرا من الزمان يتمكن فيه من ذلك فكانت السنة أولى ما ضرب له لأن ذلك إن كان من مرض يؤثر فيه الزمان فالسنة تجمع الفصول الأربعة فلعله بالانتقال إلى زمان آخر يزول عنه، ولأنها قد جعلت هذا في النكاح وغيره ولاختبار أمور يحتاج إلى اختبارها منها طول إقامة البكر عند الزوج وعودها بكرا وعهدة الرقيق في الأدوات الثلاثة وغير ذلك .

(١) انظر المدونة ١٩٤/٢ - ١٩٦ ، التفريع ٤٧/٢ - ٤٨ ، الكافي ٢٥٨ .

(٢) انظر المحلى ٢٦٩/١١ ، المغنى ٦٦٨/٦ .

(٣) البيهقي ٢٢٦/٧ - ٢٢٧ ، وعبد الرزاق ٢٥٣/٦ - ٢٥٥ ، المغنى ٦٦٨/٦ .

واختلف في أجل العبد: (فقليل سنة وقيل ستة أشهر) (١) فوجه القول بأنه سنة اعتبارا بالحرء ولأن الغرض بذلك اختباره في تأثير الأزمنة في مرضه وذلك يستوى فيه الحر والعبد .
 ووجه القول بأنه ستة أشهر أنه يقربه من الفراق كأجل الأيلاء .

فصل [٣ - في الأجل الذي يضرب العنين]

ولنما قلنا إن الأجل من يوم ترفعه (٢) لا من يوم تزوجته أو علمت به بخلاف المولي، لأنه حق لها لا تستحقه (٣) وهو مفتقر إلى اجتهاد الحاكم بخلاف المولي، ولأن المولي لا عذر له في أن يستأنف الأجل لأنه قصده الأضرار وللمعتز بخلافه لأنه يقول إني معذور بترك العلاج لأنني لم أعلم أنها ترافعي فكنت أقدم الاجتهاد في ذلك .

فصل [٤ - في عدم الحكم بعنته بدعوى الزوجة]

ولا يحكم بعنته بدعواها إذا أنكر (٤) خلافا لأحمد بن حنبل (٥) لأن الأصل السلامة ولأن الدعويين إذا تعارضا وإحداهما يقتضى رفع العقيد أو إثبات خيار فيه فالقول مدعى الصحة والاستقرار، كدعوى المشتري عيبا بالمبيع أو استحقاق الخيار، وكذلك إذا ضرب له الأجل وخلي بينه وبينها فادعى أنه وطئ، فأنكرت، فالقول قوله مع يمينه إن كانت ثيبا خلافا للأوزاعي (٦) لأنها مدعية عليه استحقاق الفراق وهو منكر (٧)، ولأن ذلك موكل إلى أمانته، ولأنه لا يقدر على الاثبات على وطنه إياها كما كان القول قولها فليس تداعيهما الميسر، فإن حلف فهي أمراته على حالها وإن نكل أحلفت فإن حلفت فرق بينهما إن شاءت لاجتماع شيئين مؤثرين في الحكم، وإن نكلت سقط حقها من الخيار هذا حكم الثيب، فأما البكر ففيها روايتان:

- (١) ما بين قوسين سقط من م و من ر .
- (٢) في م : ترافعه . (٣) في م : يستحق .
- (٤) انظر التفريع ٤٨/٢ ، الكافي ٢٥٨ .
- (٥) انظر مسائل الامام أحمد ٣٤٤ - ٣٤٥ ، مختصر الخرقى ٩٨ - ٩٩ .
- (٦) الأوزاعي : أبو عمرو ، عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي إمام الديار الشامية في الفقه والزهد ، ولقد كان أفضل أهل زمانه مات ١٥٧ هـ (تذكره الحفاظ ١٧٩/١) .
- (٧) في م : متكرر .

احداهما أنها كالشيب لأن ادعاء المعترض كالوطء في الأجل موكول إلى
أمانته كالشيب .

والأخرى أنه ينظر إليها النساء فإن قلن نرى^(١) أثر إصابة فالقول
قوله وإن قلن أنها على حالها صدقت عليه ووجهها أنا إذا وجدنا طريقا
يوصل إلى العلم بذلك يقينا كان أولى من الرجوع إلى أمانته وما لا يعلم
صدقه فيه وهو مما للنساء فيه مدخل هذا كله إذا اعترض عنها ولم يطأها
قبل الاعتراض فاما لو وطئها قبل الاعتراض دفعة واحدة ثم اعترض عنها^(٢)
فلا خيار لها .

فصل [٥ - انتهاء الأجل المضروب للعنين]

إذا حل الأجل وتقارى على عدم الوطء واختارت الفسخ فإنه يؤمر
بالطلاق وله أن يوقع ما شاء فإن امتنع الحاكم يفسخ نكاحه بطلاق^(٣) خلافا
للشافعي^(٤) ، لأنه فسخ مجتهد فيه ليس بغالب كالفرقة برأعسار^(٥) المداق
والنفقة وتكون طلاق واحدة لأن الفرض يتم بها فلا فائدة في الزيادة عليها
وتكون بائنة لأنه مطلق قبل الدخول ولا رجعة له لاعترافه بأنها لا تجب
له وعليها العدة إذا خلى بها لأنها حق الله تعالى فلا يقبل اتفاقهما
على إسقاطها .

فصل [٦ - تكميل المداق على العنين]

وفي تكميل المداق روايتان^(٦) : إحداها أنه يكمل والأخرى أنه إن
طال مقامه معها وتلذذه بها واستمتع بها استمتع^(٧) مثله بما يمكنه
كمل عليه وإن كان بعد ثان دخولها / ولم يطل أمرها معه لزمه
نصفه فوجه الاطلاق أنها فعلت ما يلزمها من التمكين فعجزه عن استيفاء حقه

- (١) في ق : قد (٢) عنها : سقطت من م و من ر
(٣) انظر المدونة ١٦٤/٢ ، التفريع ٤٧/٢ - ٤٨ ، الكافي ٢٥٨ .
(٤) انظر الأم ٤٠/٥ - ٤١ . (٥) في م : باعتبار .
(٦) انظر الصدونة ١٦٨/٢ - ١٦٩ ، التفريع ٤٨/٢ ، الكافي ٢٥٨ .
(٧) بها استمتع : سقطت من ق و من ر .

لا يسقط ما وجب لها، ووجه التفصيل أنه دخل على أن يستمتع بلا وطء فلا يجوز أن يكمل عليه الصداق من غير استيفائه كما لو حبس بمرض أو سجن فإذا كانت إقامته وتلذذه منها فقد استمتع بغاية ممكنة فأشبهه السليم إذا وطء .

فصل [٧ - إذا طلق عليه بالعنة]

إذا طلق عليه بالعنة ثم تزوجته بعد ذلك غالبة بعنته فلها أن ترفعه وتضرب له الأجل ثانية ولا يقطع خيارها علمها بذلك بخلاف الخصي والمجبوب لأن الاعتراض مرض من الأمراض يرجى زواله فإذا تزوجته أمكن أن يكون قد زال مرضه عنه فلم يوجب ذلك رضاها به لا محالة، والجب والخصاء أمر ثابت غير زائل فلا يقدم عليه إلا مع الرضا به .

باب [فى متعة الطلاق]

ومتعة الطلاق^(١) مستحبة غير مستحقة ولا يجبر عليها من أبائها^(٢) خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٣) لأن الطلاق تأثيره الاسقاط دون الإيجاب بدليل سقوط نصف المهر المسمى قبل الدخول، ولأنه نوع من البينونة كالموت، ولأن الحقوق التى تتعلق وجوبها بالنكاح للمرأة لا بد أن تكون معتبرة بها وبالزوج كالمهر والنفقة فأما بالرجل وحده فليس فيها .

فصل [١ - لمن تكون متعة الطلاق]

وهى لكل مطلقه كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها إلا المطلقة المفروضا لها قبل الدخول والملاعنة والمختلعة، وإنما قلنا أنها لكل مطلقه لقوله تعالى : ﴿ ومتعوهن ﴾^(٤) فعم، وقوله : ﴿ وللمطلقات متسع بالمعروف ﴾^(٥) ولم يخص، ولأنه ضرب من التسريح بالجميل والإحسان .

فأما المطلقة التى قد فرض لها ولم يدخل بها فإنه لما سقط نصف المهر المسمى لها بالطلاق وهو أكد من المتعة امتنع أن يجبالها شئ مستأنف .

وأما الملاعنة فإنما^(٦) لم يكن لها متعة لأن تسريحها على غير الجميل بل على نهاية القبيح، ولأنها غير مطلقه ، والمختلعة قد دفعت شئاً عندها أو أسقطت واجبا كان لها فامتنع أن يلزم لها شئ مستأنف .

-
- (١) متعة الطلاق : هو ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ١٨٣) .
 (٢) انظر الموطأ ٥٧٣/٣ ، التفريع ٥٢/٢ ، الكافى ٢٥٤ .
 (٣) انظر مختصر الطحاوى ١٩٤ ، المذهب ١٦٤/٢ .
 (٤) سورة البقرة الآية ٢٣٦ .
 (٥) سورة البقرة الآية ٢٤١ .
 (٦) فى م : فانها .

باب [النفقة على الأزواج فى النكاح]

والنفقة واجبة للزوجة بالعقد والتمكين من الاستمتاع^(١)، وأصل فى وجوبها قوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾^(٢)، وقوله : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾^(٣)، وقوله صلى الله عليه وسلم (تقول امرأتك انفق عليّ أو طلقنى)^(٤)، ولأن الزوجية عقد على منافع والنفقة فى مقابلة استدامة تلك المنافع .

فصل [١ - متى تجب النفقة]

ولا تجب النفقة إلا بالدخول أو بأن يدعى إليه، وأن يكون الزوج بالغاً، وهي ممن يستمتع بمثلها ويمكن وطؤها وإن لم تبلغ ، ولا نفقة لناشر، وإنما شرطنا فى وجوبها أن يدخل أو أن يدعى للبناء^(٥) لأنها فى مقابلة التمكين من الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها فإذا حصل الدخول فقد حصل ما هى عوض عليه وكذلك التمكين منه لأنه إذا حصل كان الامتناع من جهته فلا يلزم المرأة شيء منه ، وإنما شرطنا أن يكون الزوج بالغاً خلافاً لأبي حنيفة ولأحد قولى الشافعى^(٦) ، لأن الصغير لا يتأتى منه الاستمتاع الذى يعاوض عليه لصفره وهي فى مقابلهته ، وإنما شرطنا أن تكون ممن يوطأ مثلها خلافاً للشافعى فى إسقاطه اعتبار ذلك فى أحد قوليه ، لأن الاستمتاع غير متأت منها فلم تستحق العوض عليه لقصورها عن بلوغه، وإنما قلنا أنها إذا كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها وإن لم تكن بالغاً لأن المعنى الذى يعاوض به فى النفقة موجود كالبالغ ، وإنما قلنا

(١) انظر المدونة ١٩٢/٢ - ١٩٣ ، التفريع ٥٣/٢ - ٥٤ ، الرسالة ٢٠٠ - ٢٠٩ ،

الكافي ٢٥٤ - ٢٥٦ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٣) سورة البقرة الآية ٢٣٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ٤٧١/٧ ، وأحمد ٤٧٦/٢ ، والدارقطنى ٩/٢٠٩ وقسأل

الألبانى : صحيح موقوفاً (إرواء العليل ٢٤٠/٧) .

(٥) للبناء : سقطت من م .

(٦) فى م : جعل .

(٧) انظر مختصر : القدورى - مع شرح الميدانى ٩١/٣ ، مختصر المزنى ٢٣١ .

لا نفقة لناشر خلافا لما يحكى من ابن عبدالحكم إن صح، لما بيناه أنها
في مقابلة التمكين من الاستمتاع دون ملكه فإذا عدم التمكين لم تجب
كالتمن والمتمن في البياعات .

فصل [٢ - المعتبر بالنفقة]

الاعتبار بالنفقة بحال الزوجين معا فيفرض لها كفايتها على ما
يرى من قدرها وقدر زوجها من اليسر والعسر وليست بمقدرة (١) خلافا
للشافعي (٢) في قوله [إنها مقدرة لا اجتهاد للحاكم فيها ومعتبرة بحال
الزوج وحده فعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مد
لقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكنوتهن بالمعروف ﴾ (٣) وذلك
يقتضى مراعاة حالهما جميعا، وقوله صلى الله عليه وسلم لهند لما قالت
إن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال : (خدى
ما يكفيك وولدك بالمعروف) (٤) فردها إلى العلم بمقدار كفايتها ولم
يقدّر بحد ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع فلما وجب أن تبذل له من
الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف فكذلك يلزمه بدل النفقة لها (٥) .

فصل [٣ - إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحد]

إذا كان مثلها لا يكفيها خادم واحدة وحاله تحمل لزمه أن يخدمها
خدمة مثلها (٦)، خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٧) لقوله تعالى : ﴿ وعاشروهن
بالمعروف ﴾ (٨)، ولأنه لما وجب إعدامها بالواحدة لحاجتها إليها كذلك
إذا احتاجت إلى اثنتين .

- (١) في م : مقدرة .
- (٢) انظر الأم ١٠٦/٥ - ١٠٩ ، مختصر المزني ٢٣١ ، الاقناع ١٤٢ .
- (٣) سورة البقرة الآية ٢٣٢ .
- (٤) أخرجه البخارى في النفقات باب إذا لم ينفق الرجال فللمرأة أن
تأخذ بغير علمه ١٩٣/٦ ومسلم في الأقضية باب قضية هند ١٣٣٨/٣ .
- (٥) لها : سقطت من م .
- (٦) انظر التفرع ٥٥/٢ ، الرسالة ٤٦٩ .
- (٧) انظر مختصر الطحاوى ٢٢٣ ، الأم ١٠٧/٥ ، مختصر المزني ٢٣٠ - ٢٣١ .
- (٨) سورة النساء الآية ١٩ .

فصل [٤ - إذا أعسر الزوج بالنفقة]

إذا أعسر بالنفقة ولم ترض بالمقام معه ضرب له أجل وتلوم في أمره فقليل شهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها فإن أنفق وإلا طلق^(١) عليه إلا أن تكون زوجته فقيرا تعلم أن لا مال له فلا يكون لها مفارقتة بعسر^(٢) وإنما قلنا إنه يفارق بإعسار النفقة خلافا لأبي حنيفة^(٣)، لقوله تعالى: /ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن* (٤) وفي إمساكه إياها بغير اتفاق إضرار بها وتضييق عليها، وقوله تعالى: *فإمساك بمعبروف أو تسريح بإحسان* (٥) وقوله صلى الله عليه وسلم: (تقول امرأتك انفق علي أو طلقني) (٦) ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع فلما كانت إذا نشرت لا نفقة لها لمنعها الاستمتاع كذلك إذا لم تجب النفقة من جهته فلها مفارقتة، ولأنها لما كان مفارقتة في الإيلاء والعنة وضررها أيسر من ضرر النفقة فكان في عدم النفقة أولى .

[١/٦٢]

فصل [٥ - دليل ضرب الأجل المعسر عن النفقة]

وإنما قلنا يضرب له أجل ليتبين أمره ويصح إعساره لأنه لا يجوز أن يطلق عليه بإعسار المدة القريبة كالיום واليومين لأن ذلك لا يضر بالأضرار الشديد، ولا يكاد يخلوا أحد منه ، وإنما الذي يؤثر ما يستدام من ذلك^(٧) واختلاف قوله في مدة الأجل يرجع إلى ما يختبر أمره فيه على ما يشاهد من حاله .

فصل [٦ - عدم مفارقة من تزوج فقيرا عالمة به]

وإنما قلنا إنها إذا تزوجته فقيرا تعلم بحاله فلا مفارقة لها لأنها راضية بعيبه فقد أقدمت على بصيرة ومعرفة بحاله، كمشتري السلعة عالما بعيبها .

- (١) في م : طلق .
- (٢) انظر المدونة ١٩٣/٢ - ١٩٤ ، التفريع ٥٥/٢ - ٥٦ ، الكافي ٢٥٥-٢٥٦ .
- (٣) انظر مختصر الطحاوي ٢٢٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٩٦/٣ .
- (٤) سورة الطلاق الآية ٦ . (٥) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .
- (٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٥٦٨)
- (٧) في م : استدامة ذلك .

فصل [٧ - طلاق المعسر بالنفقة]

وطلاق المعسر بالنفقة إن كان بعد الدخول رجعي فإن أيسر فله الرجعة، لأن الفرقة إنما كانت من أجل^(١) الضرر فإذا زال كانت الرجعة كما لو زال قبل الفرقة لم يكن لها المطالبة بالفرقة ورجعت معتبرة باليسر، فإن وجد منه صحت وإن راجع معسرا لم تصح، فإن كان قبل الدخول مثل أن يدعى إلى البناء فلا يبنى ولا يجد ما ينفق فالطلاق بائن^(٢).

فصل [٨ - الاعسار بالصداق]

الاعسار بالصداق أن يوجب لها الفرقة إذا طلبت بذلك بعد ضرب الأجل على حسب ما يرجى له من زوال الاعسار^(٣) خلافا لأبي حنيفة^(٤) لأن لها أن تمنع نفسها حتى تقبض الصداق، كما أن للبائع أن يمنع إقباض السلعة حتى يقبض الثمن ففي منع المفارقة إضرار بها لأنها إما أن تلزم إضراره أو تسليم البضع إليه والرضا بذمته وكل ذلك غير واجب، واعتبارا بالاعسار النفقة، ولأن تعذر الاستمتاع من جهته إذا أدى إلى الضرر وجب لها الخيار كالعينة والايلاء.

(١) في م : لأجل .

(٢) و(٣) انظر المصدونة ١٩٢/٢ - ١٩٤ ، التفريع ٥٥/٢ ، الكافي ٢٥٦ .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ٢٢٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني

باب [نكاح المريض المخوف عليه]

المريض المخوف عليه لا يجوز له أن يتزوج (١) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٢) لأنه محبور عليه في ماله أن يخرج على غير عوض فيما لا حاجة به إليه لحق الورثة والنكاح يتضمن هذا المعنى لأنه يوجب المهر والنفقة ولا حاجة به إلى الوطء فيجب منعه منه، ويدل على ثبوت الحجر أنه ممنوع من الهبة والصدقة وما يفعله من ذلك يوقف على الثلث، ولأن غلقه غير مانع من الميراث لأن فيه إخراج الوارثين الميراث وفي تزويجه هذا المعنى .

فصل [١ - في فسخ نكاح المريض المخوف عليه]

إذا ثبت أنه غير جائز فإنه (٣) يفسخ إذا وقع لأن كل نكاح غير جائز فيجب فسخه، والظاهر من قوله أنه يفسخ بطلاق لأنه مفتقر إلى اجتهاد ولقوله الخلاف فيه (٤) وسواء دخل أو لم يدخل لأن الدخول لا يصح العقد الفاسد فإن لم يدخل فسخ ولا شيء لها، وإن دخل فلها الصداق من ثلثه لفساد العقد، وإن لم يكن سمى لها فلها صداق المثل لأنه قيمة البضع، وإن كان هناك مسمى نظر فإن كان مثل صداق المثل أو أقل كان جميعه لها، وإن زاد عليه ففيه روايتان مبنيتان على وجوب التوارث إن مات قبيل الفسخ: أحدهما أنه ليس لها إلا بقدر صداق المثل لأنها إن زدناها على ذلك لم تخل أن يكون وارثة أو غير وارثة فإن كانت ترثه كان ذلك وصية لو ارث وإن كانت لا ترثه كان ذلك إخراج مال على غير عوض، والأخري أن لها الجميع لأنها ليست بوارثة فأكثر ما في هذا الباب أن يكون وصية لغير وارث .

فصل [٢ - في ثبوت المريض المخوف عليه على النكاح]

وفي ثبوته على النكاح إن صح روايتان مبنيتان على أمل وهو

(١) انظر المدونة ١٨٦/٢ ، التفريع ٥٦/٢ ، الرسالة ٢٠١ ، الكافي ٢٤٨ .

(٢) انظر بدائع الصنائع ١٥٢٠/٣ ، المهذب ٣٣/٢ و ٦٧ .

(٣) في م : فيجب .

(٤) لما جاء في المدونة قوله : قد اختلف فيه (١٨٦/٢) .

فساده هل هو فنى عقده أم لمعنى غير عقده فإذا كان فسادُه نى عقده لم يصح
الثبوت عليه، وإذا قلنا أن فسادَه لحق الورثة صح بعد زوال المرض لزوال
حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده وهذا اعتلال عبد الملك .

فصل [٣ - نكاح الأمة والكافرة]

واختلف فى نكاحه الأمة والكافرة (١) فقال أبو مصعب (٢) يجوز لأن الذى
أجله منعنا نكاح الحرة المسلمة أن فيه إدخال وارث على ورثته وذلك
معدوم ها هنا ، وقال عبد الملك لا يجوز لأن الأمة قد تعتق والكافرة قد
تسلم قبل الموت فيصيران من أهل الميراث .

فصل [٤ - فى طلاق المريض المخوف عليه]

وطلاقه لا يمنع الميراث (٣) خلافا للشافعي (٤) ، لأنه مروي عن عمر
وعثمان وعلي وأبي بن كعب وابن الزبير (٥) ولا مخالف لهم، ولأنه مجبور عليه
على ما ذكرناه لحقوق الورثة وذلك يمنع أن يملك إزالتهم عما أوجب
الحجر لهم .

فصل [٥ - ثبوت الميراث لمن طلقت فى مرض الموت سواء مات

فى العدة أو بعدها]

وسواء مات فى العدة أو بعد انقضائها خلافا لأبي حنيفة (٦) لأن
الميراث إنما يثبت لها لأن الطلاق صادف سببه وهو ثبوت الحجر عليه مسن
أجلها فلا فرق بين بقاء العدة وزوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب
الذى هو الحجر .

(١) انظر المدونة ١٨٦/٢ ، التفريع ٥٦/٢ ، الكافي ٢٤٨ .

(٢) أبو مصعب : أبو بكر القاسم بن الحرث بن زرارته بن مصعب بن عبد الرحمن بن عوف

الزهرى روى عن مالك والزهرى وعنه البخارى ومسلم ٢٤٣هـ (تذكرة الحفاظ ٤٢٨/١ ، ترتيب المدارك

(٣) انظر المدونة ١٣٢/٢ - ١٣٣ ، التفريع ٨٠/٢ - ٨١ ، الرسالة ٢٠١ . (٢٤٧/٣)

(٤) انظر الأم ٢٥٤/٥ ، انظر مختصر المرنى ١٩٤ - ١٩٥ .

(٥) أخرج هذه الآثار : الموطأ ٥٧١/٢ والبيهقى ٣٦٢/٧ - ٣٦٣ ، ابن أبي

شعبة ٢٥٣/٦ ، عبد الرزاق ٢٤٠/٦ .

(٦) انظر مختصر الطحاوى ٣٠٣ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٥٢/٣ .

(٧) فى م : سببه .

فصل ٦ - فى كون الطلاق قبل الدخول أو بعده

وسواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده خلافا لأبي حنيفة (١) لأنها مطلقة فى المرض ثبت لها حق الحجر عليه فإذا مات فيه ورثته مع سلامة الحال أصله المدخول بها .

فصل ٧ - ميراث المطلقة فى المرض المخوف بعد أن تتزوج

وترثه إن تزوجت خلافا للشافعي فى بعض أقاويله (٢) ، لأن الميراث إنما وجب لها بإخراجها إياها منه بعد ثبوت حق الحجر لها عليه وهذا موجود مع (٣) تزويجها فلم يكن لاعتبار التزويج معنى كما لم يكن لاعتبار العدة معنى .

فصل ٨ - إذا صح من مرضه ثم مات

وإذا صح من مرضه ثم مات فلا ترثه على أي وجه كان خلافا لـ زرارة ، لأنه إذا صح فقد زال الحجر عنه فصار كمن طلق فى الصحة .

فصل ٩ - إذا سألته الطلاق وهو مريض

ولو سألته الطلاق وهو مريض فطلقها أو خالعتها ورثته (٤) خلافا لأبي حنيفة و/ الشافعي (٥) لأن عثمان رضى الله عنه حكم بذلك فى تماضر بنت الأصبع (٦) زوجة عبدالرحمن بن عوف وكانت عنده على طلاق فسألته فى شكوته الذى مات فيه (٧) أن يطلقها فطلقها تطليقة هي آخر طلاقها فورثها عثمان منه (٨) ولم ينكر ذلك عليه أحد، ولأنها مطلقة فى المرض كالتى لم تأذن،

[٦٢/ب]

- (١) انظر مختصر الطحاوى ٢٠٣ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني ٥٢/٣ .
- (٢) انظر الأم ٢٥٤/٥ ، مختصر المزنى ١٩٥ .
- (٣) فى م : بعد .
- (٤) انظر الموطأ ٥٧١/٢ - ٥٧٢ ، التفريع ٨٠/٢ - ٨١ ، الكافي ٢٧٠ - ٢٧١ .
- (٥) انظر مختصر الطحاوى ٣٠٣ ، مختصر المزنى ١٩٥ .
- (٦) تماضر بنت الأصبع : بن عمرو بن ثعلبة الكلبية (الإصابة ٢٥٥/٤) .
- (٧) أى فى مرضه الذى مات فيه .
- (٨) أخرجه مالك فى الموطأ ٥٧٢/٢ البيهقي ٣٦٢/٧ .

ولأن الإنسان قد يضيق على زوجته حتى تسأله الخلع فحسم الباب بتوريثها،
ولأن الإذن في إخراجها من الميراث بعد ثبوت سببه لا يؤثر كما لو قالت
لست أرثك .

فصل [١٠ - إن ماتت المطلقة في المرض المخوف عليه]

وإن ماتت هي لم يرثها (١) لأنها لم تخرجه عن الميراث وليست محجورا
عليها لأجله فافترق بحكم موته وموتها .

فصل [١١ - عدة المطلقة التي مات في المرض المخوف]

وعدها عدة طلاق لأنها قد باتت منه بالطلاق دون الموت وإنما قطع
المرض من أحكام المبتونة انتفاء الإرث فقط .

فصل [١٢ - نكاح المولي عليه]

ولا يجوز نكاح المولى عليه إلا بإذن وليه (٢)، وهو السفيه المبذر
لماله لأنه الناظر له والقائم بأمر مصالحه وهو غير عارف بحظوظه فقد
يفعل ما يكون عليه فيه ضرر في ماله وإضاعته فيزول معنى الحجر عليه
فإذا رأى له السداد جاز إذنه له، وإن تزوج بغير إذن فإن رآه حظا أمضاه وإن
رآه عليه ضررا فسخه وكان فسخه طلاقا، وإن تزوجها من بعد بقيت عنده على
طلقتين وإن فسخ قبل الدخول فلا شيء لها وبعده ينزع منها المهر ويترك
لها ربع دينار ولا تتبعه بعد فك حجره بخلاف العبد لأن هذا محجور عليه
لحق نفسه والعبد لحق سيده .

(١) انظر المدونة ١٣٢/٢ ، التفريع ٨٠/٢ ، الكافي ٢٧١ .

(٢) انظر المدونة ١٤٥/٢ - ١٤٨ ، التفريع ٥٦/٢ ، الكافي ٢٤٧ .

باب [المحرمات من النساء]

كل امرأة يجوز في الجملة (١) العقد عليها إلا من كان فيها معنى يوجب تحريمها ، والتحريم على ضربين : تحريم متأبد وتحريم غير متأبد (٢) .
فالتحريم الذي ليس بمتأبد يرجع إلى أمرين : أحدهما إلى صفة في المرأة يزول التحريم بزوالها ، والآخرى إلى صفة في العقد فأما الراجع إلى صفة في المرأة فمثل نكاح المعتدة والمستبرأة ومن عقد عليها للغير والمحرمات والأمة للحر الذي يجد (٣) الطول ولا يخشى العنت (٤) دون العبد والأمة الكتابية للمسلم حراً كان أو عبداً ، والمرتدة والكافرة غير الكتابية من المجوس والوثنيين ونكاح الرجل أمة نفسه أو ابنه أو عبده ، وما في معناه تزويج المرأة بعبدها أو عبد ابنها ، وأما تزويج الرجل أمة أبيه فجائز وكذلك وطء حرائر الكتابيات بالعقد وأمائهن بالملك فكل هذا إذا زالت صفة منعه جاز العقد ونحن نبينه .

فصل [١ - العقد على المعتدة]

أما المعتدة فلا يجوز العقد عليها إجماعاً : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ (٥) وسواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة .

فصل [٢ - التعريض بخطبة المعتدة]

ولا يجوز أن يخطب في عدتها بالتصريح ولا بأس بالتعريض لها (٦) وهو القول الذي يفهم منه إرادة نكاحها من فحواه (٧) أو لحنه (٨) أو ما ينضم

(١) في الجملة : سقطت من ق .

(٢) في جملة أحكام المحرمات من النكاح انظر : المدونة ١٩٧/٢ - ٢٠٥ ، التفريع ٤٤/٢ الرسالة ١٩٨ - ١٩٩ الكافي ٢٣٩ - ٢٤١ .

(٣) في م : الواجد .

(٤) العنت : يعنى الزنا وأصله من كلمة عنوة إذا كانت صعبة المسلك ، (غرر المقالة ٢٠٠) .

(٥) سورة البقرة الآية ٢٣٥ . (٦) انظر التفريع ٩/٢ م ٦٠ الرسالة ٢٠٣ .

(٧) فحواه : وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور ويكون

أولى بالحكم من المنطوق (مختصر ابن الحاجب ١٧٢/٢ ، وإرشاد الفحول ١٧٨)

(٨) لحنه : وهو أن يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمذكور ويكون ==

إليه من دليل الخطبة^(١) وشاهدها نحو قوله إني في عشيرتك^(٢) لراغب
وعليك لحريص ومقارب هذا من القول والأصل في هذه الجملة قوله تعالى :
﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ٠٠ ﴾ إلى قوله : ولكن لا
تواعدهن سرا إلا أن تقولوا قولا معزوفاً^(٣) قيل في التفسير هو أن يقول :
إني لك لمحِب وإني على القرب منك لحريص وإذا حلت فادنيني وإن النساء
لمن شأنى هذا^(٤) وما أشبهه فثبت بالظاهر منع التصريح وإباحة التعريض .

فصل [٣ - إذا خطب المعتدة صريحا وتزوجها بعد العدة]

فإن خطبها صريحا في العدة ثم تزوجها بعد العدة ففيها روايتان^(٥) : أحدهما
استحباب الفراق والآخرى إيجابه فجوه الإيجاب قوله تعالى : ﴿ ولكن
لا تواعدهن سرا ﴾^(٦) والنهي يقتضى الفساد، ولأن السبب إذا منع الخطبة
في بعض الأحوال جاز أن يؤثر في إيجاب الفراق كالخطبة على خطبة أخيه^(٧)
ووجه نفي الإيجاب أن الخطبة ليست بعقد وإنما هي استدعاء والتماس فمنعها
لا يوجب الفراق إذا وقع العقد على شروط سواها ولم يتعلق به إفساد
على الغير كخطبة المحرمة ومواعدة المريضة، ووجه الإيجاب أن سبب العقد
لما جرى مجراه في النهي عن إيقاعه في العدة جاز أن يؤثر في رفع العدة
كما لو وقع العقد في العدة، ولأن ذلك كالردع لهما لئلا يعودا لمثله .

فصل [٤ - من تزوج امرأة في عدتها]

ومن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها في العدة فسخ نكاحه وتابّد
عليه تحريمها^(٨) خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٩) ، لقول عمر رضي الله عنه
[أيما امرأة نكحت في عدتها ثم دخل بها فسرقت بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها
من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لم ينكحها أبدا]^(١٠) وروى عن علي رضي

== مساويا له (مختصر ابن الحاجب ١٧٢/٢ وإرشاد الفحول ١٧٨) .

(١) في ق : الحال (٢) في م : عشتك .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٥

(٤) تفسير الطبري ٥٢٦/٢ - ٥٢٧ .

(٥) انظر الموطأ ٥٢٤/٢ التفريع ٥٩/٢ - ٦٠ الرسالة ٢٠٣ ، الكافي ٢٣٦ .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٣٥ . (٧) في ق : الغير

(٨) انظر التفريع ٥٩/٢ - ٦٠ ، الرسالة ٢٠٣ ، الكافي ٢٣٦ .

(٩) انظر مختصر الطحاوي ١٧٨ ، الأم ٣٧/٥ .

(١٠) أخرجه مالك في الموطأ ٥٣٦/٢ .

عنه مثله (١) ولا مخالف لهما ، ولأنه يتهم أن يكون استعجل الشيء قبل وقته فعوقب بأن حرمت عليه كقاتل العمد، وهذا أصل يدعى على وجه الجملة دون التعليل، ولأنه أدخل شبهة في النسب فتأبد التحريم عليه كالملاعن .

فصل [٥ - إذا تزوجها في العدة ودخل بها بعد العدة]

وإن تزوجها في العدة ودخل بها بعد العدة ففيها روايتان (٢) : إحداهما تأييد التحريم، والأخرى نفي التأييد، فوجه إثباته (٣) قول عمر رضي الله عنه : فإن دخل بها فلا ينحكها أبداً (٤) ولم يفرق، ولأنه واطيء عين نكاح في عدة كالواطيء في العدة نفسها، ووجه نفيه أنه لم يطاء في العدة كالذي لم يطاء أصلاً، ولأنه لم يدخل شبهة في النسب وهذه علة التأييد .

فصل [٦ - إذا لم يطاها في العدة ولا بعدها]

وإن لم يطاها (٥) أصلاً في العدة ولا بعدها فسخ نكاحه، وفي تأييد التحريم روايتان (٦) : فوجه نفيه وهو الظاهر أنه لم يوجد فيه معنى تأييد التحريم وهو إدخال الشبهة في النسب، ولأن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به تحريم مؤبد ما لم يقارنه وطء أصله إذا كانت تحته امرأة فتزوج بنتها ولم يطاها ، ووجه الثانية (٧) اعتباراً بالواطيء، ولأن منع ذلك حسم الباب .

فصل [٧ - نكاح المستبرأة]

وأما المستبرأة فإنها على ضربين : مستبرأة من وطء يلحق النسب فيه كالواطيء في نكاح فاسد أو شبهة نكاح أو ملك فهذا لا يجوز العقد عليها إجماعاً (٨) ، ومستبرأة من وطء لا يلحق النسب فيه كالزنا فهذا لا يجوز

(١) مصنف عبد الرزاق ٢٠٨/٦ .

(٢) انظر المدونة ٨٢/٢ ، التفريع ٥٩/٢ - ٦٠ ، الكافي ٢٣٦ .

(٣) في م : التأييد . (٤) الموطأ ٥٣٦/٢ .

(٥) في م و ر : فإذا لم يطاء .

(٦) انظر التفريع ٥٩/٢ - ٦٠ ، الكافي ٢٣٦ .

(٧) الثانية : سقطت من م (٨) انظر المحلى ٧٢٧/١١ .

العقد عليها عندنا (١) خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٢) ، ويتضح الكلام فى هذه المسألة فى الحامل من زنا فدلينا قوله عز وجل : ﴿ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (٣) فعم، ولأنه حمل لا يلحق بالعاقد فكان مانعا من العقد والوطء أصله إذا كان لاحقا بالوطء .

فصل [٨ - فى تزويج الزانية]

ويجوز تزويج الزانية إذا استبرأت من الزاني بها ومن غيره (٤) ، خلافا لمن منع (٥) ذلك لقوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (٦) فعم، ولأنها خالية من الأسباب المانعة من نكاحها فجاز العقد عليها كغير الزانية، ولأن الزنا ليس فيه أكثر من كونه كبيرة يعاقب عليها وذلك لا يمنع إنكاحها كالسرقة وشرب الخمر والقتل، وإذا ثبت جوازه فابتدأوه مكروه لقوله تعالى : ﴿ وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾ (٧) ولا بد أن يكون لهذا تأثير فى المنع ، وقوله : ﴿ مُحْصَنَاتٌ غَيْرُ مُسَافِحَاتٍ ﴾ (٨) وقوله صلى الله عليه وسلم : (عليك بذات الدين تربت يداك) (٩) ، ولأن ذلك لا يؤمن معه فساد النسب وقد قال صلى الله عليه وسلم : (تخيروا لنطفكم) (١٠) .

-
- (١) انظر التفريع ٦٠/٢ ، الكافى ٢٣٦ - ٢٣٨ .
 - (٢) انظر مختصر الطحاوى ١٧٨ ، الإقناع ١٣٤ .
 - (٣) سورة الطلاق الآية ٤ .
 - (٤) انظر التفريع ٦٠/٢ ، الكافى ٢٤٤ .
 - (٥) وروى عن ابن مسعود والبراء بن العازب وعائشة : أنها لا تحلل للزاني بحال (المبنى ٦٠٣/٦) .
 - (٦) سورة النساء الآية ٣ . (٧) سورة النور الآية ٣ .
 - (٨) سورة النساء الآية ٢٥ .
 - (٩) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٥٣٩) .
 - (١٠) أخرجه ابن ماجة فى النكاح باب الأكفاء ٦٣٣/١ وفى إسناده الحارث بن عمران المدينى حديثه هذا لا أصل له ، وقال الزيلعى روى من حديث عائشة وأنس وعمر بن الخطاب من طرق عديدة كلها ضعيفة (نصب الراية ١٩٧/٣) .

فصل ٩ - عدم انفساخ نكاح الزوجة إذا زنت

ومن زنت امرأة لم يفسخ (١) نكاحها (٢) خلافاً لمن ذهب إلى ذلك (٣) لما روي أن رجلاً قال يا رسول الله : إن امرأتى لا ترد يد لامس قال: طلقها قال إني أحبها قال (أمسكها) (٤) ولأن الزوج لو أقر بأنها زنت لم يفسخ نكاحها منه فكذا إذا ثبت بغير إقراره اعتباراً بسائر الأصول طرداً أو عكساً، وهو أن كل معنى لو أقر به الزوج لانفسخ نكاحه فكذا إذا ثبت بغير إقراره كالردة، وكونها اخته من الرضاغة، وكل معنى لو أقر به لم يفسخ نكاحه فكذا إذا ثبت بغير إقراره كإصابتها القتل والسرقه .

فصل ١٠ - منع نكاح المحرم وذات الزوج

وقد ذكرنا في الحج منع نكاح المحرمة، فأما ذات الزوج فلا يجوز العقد عليها ما لم تبين منه لقوله تعالى عقيب ذكر المحرمات * والمحصات من النساء (٥)، ولأن ملك استباحة البضع لا يقع فيه اشتراك، ولا خلاف في ذلك .

فصل ١١ - نكاح الحر للأمة

فأما نكاح الأمة للحر فلا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول لنكاح الحرة وهو مهرها، والآخر خشية العنت (٦)، فمتى عدما أو أحدهما لم يجر خلافاً لأبسي حنيفة في إسقاطه خشية العنت (٧) لقوله عز وجل : * ومن لم يستطع منكم طولا إلى قوله .. ذلك لمن خشي العنت منكم * (٨) (فعلقه بشرطين فدل على

(١) في ق : يفسخ . (٢) وهو قول عامة أهل العلم (انظر المغني ٦/٦٠٣)

(٣) وقال جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما، وكذلك روي

عن الحسن وعن علي رضي الله عنه . (المغني ٦/٦٠٣)

(٤) أخرجه أبو داود في النكاح باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء

٢/٥٤١، والنسائي في النكاح باب تزويج الزانية ٦/٥٥، وأطلق النسيوي

عليه الصحة ولكن نقل ابن الجوزي عن أحمد أنه قال : لا يثبت عسن

النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الباب شيء (تلخيص الحبير ٢/٢٢٥) .

(٥) سورة النساء الآية ٢٣ .

(٦) انظر المدونة ٢/١٦٣، التفريع ٢/٤٥، الرسالة ٤٠٠، الكافي ٢٤٤-٢٤٥ .

(٧) انظر مختصر الطحاوي ١٧٨، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢٣/٢٣ .

(٨) سورة النساء الآية ٢٥ .

منعه مع عدمهما، وعند المخالف أن خشية العنت (١) لا اعتبار بهاء، ولأنه حر مستغن عن استرقاق ولده فأشبه من تحته حرة .

فصل ١٢ - جواز نكاح الأمة للعبد مطلقاً [

ويجوز ذلك للعبد على الإطلاق لنقصه بالرق فلا عار عليه في استرقاق ولده، لأن ذلك ليس بأكثر من رق نفسه، والحر ممنوع منه لحرمته فليس له استرقاق ولده مع الاستغناء عنه .

فصل ١٣ - الحر يجمع أربع مملوكات [

وللحر أن يجمع (٢) بين أربع مملوكات إذا خشي العنت (٣) خلافاً للشافعي (٤) لقوله عز وجل : ﴿ فمما ملكت آيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ (٥) فعم، ولأنهن جنس أبيح نكاحهن فجاز الجمع بين أربع منهن كالحرائر، ولأن الشرط إذا وجد استوى فيه الواحدة (٦) والجماعة .

فصل ١٤ - فيمن تزوج أمة ثم زال عنه شرط الاباحة [

ومن تزوج أمة على الشرط الجائر ثم زال شرط الاباحة وهي عنده لم يفسخ نكاحها خلافاً لبعضهم (٧)، لأن شرط المنع إذا لم يوجد تأبىد التحريم كان طروقه على العقد الذي عقد معه غير مانع من استدامته وإن منع ابتداءه كالأحرام .

فصل ١٥ - نكاح الأمة على الحرية [

إذا كانت عنده حرة فتزوج عليها أمة ففيها روايتان (٨) : إحداهما أن نكاح الأمة باطل، والأخرى أنه صحيح وللحرة الخيار، فوجه القول بأنه باطل أن كون الحرة من الطول لأن الطول إذا كان القدرة على صداق الحرية

-
- (١) ما بين قوسين سقط من م . (٢) في م : الجمع .
 (٣) انظر العدونة ١٦٣/٢ ، التفريع ٤٥/٢ ، الرسالة ٢٠٠ .
 (٤) انظر الأم ١٠/٥ - ١١ . (٥) سورة النساء الآية ٢٥ .
 (٦) في م : الواحد .
 (٧) وهو قول المزي أنه يفسد النكاح (انظر مختصر المزي ١٢٠ المغني ٥٩٩/٦)
 (٨) انظر العدونة ١٦٤/٢ ، التفريع ٤٥/٢ ، الكافي ٢٤٥ .

كان وجود الزوجية أولى بأن يكون طولاً، ووجه قوله أنه يصح هو أن الطول القدرة على صداق الحرية لأنه السعة في المال أو على حرية تكون بدلاً من الأمة لا حرية متقدمة .

فصل [١٦ - إذا قلنا إن النكاح جائز للحررة الخيار]

إذا ثبت ما ذكرناه أن نكاح الأمة باطل فلا تفريع ، وإن قلنا أنه جائز للحررة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة، وفي أي شيء يكون لها الخيار قال مالك : في أن تقيم معه أو تفارقه ، وقال عبد الملك في أن تقر نكاح الأمة أو تفسخه، فلما كان أن لها إزالة الضرر عن نفسها بما لا يضر بغيرها، فأما أقامت أو فارقت، ولا سبيل لها على نكاح الأمة لأن في ذلك إضرار بغيرها ، ولعبد الملك أن الضرر الذي لحقها هو لكون الأمة ضرة لها أو داخلة عليها فلها أن تزيله، ومتى قلنا إن لها الخيار في فسخ نكاح نفسها لم يكن ذلك خياراً في إزالة الضرر بل في زيادة منه .

فصل [١٧ - نكاح الحررة على الأمة]

إذا تزوج أمة على الوجه المجوز له فله أن يتزوج عليها حرية بلا خلاف^(١)، وإن علمت الحررة فلا خيار لها وإن لم تعلم ففيها روايتان: إحداهما أن لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق، والأخرى أنه لا خيار لها. فوجه قوله لها الخيار فلرفع الضرر عنها يكون الأمة ضرة لها^(٢)، ووجه قوله لا خيار لها فلأنها فرطت في استعلاء ذلك^(٣)، وكذلك لو كانت تحته أمتان فعلمت بواحدة ولم تعلم بالأخرى فإنه على روايتين: وكل / هذا إذا كان الزوج حراً فأما إن كان عبداً فلا مقال لها رواية واحدة .

فصل [١٨ - جواز نكاح حرائر أهل الكتاب]

نكاح حرائر أهل الكتاب ووطء إماءهن بالملك جائز^(٤) لقوله تعالى:

- (١) انظر المدونة ١٦٤/٢ ، التفريع ٤٦/٢ ، الكافي ٢٤٥ .
 (٢) في م : ضرتها . (٣) في م : في الاستعلاء من ذلك .
 (٤) انظر المدونة ١٦٤/٢ ، التفريع ٤٥/٢ ، الرسالة ٢٠٠ ، الكافي ٢٤٤ .

﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾^(١) (ولأن كل جنس تؤكل ذبائحهم جازت مناكحتهم كالمسلمين فأما وظوهم بالملك فلقوله تعالى ﴿وما ملكت أيمانكم﴾^(٢) فعم) (٣) ولأن كل جنس جاز نكاح حرارهم جاز وطء إماءهم بالملك كالمسلمين، فإذا ثبت جوازه فإنه مكروه، ولأنه سكون إلى الكفار وركون إليهم وقد قال تعالى : ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾^(٤)، ولأنه يتولى ولده من يشرب الخمر ويأكل الخنزير ولا يؤمن أن يحب إليه ذلك وتنشؤه عليه فيألفه ويعتاده، ولأنها قد تهرب به إلى دار الحرب وهو صغير فيفسد دينه .

فصل [١٩ - نكاح الأمة الكتابية]

وإنما قلنا إن نكاح الأمة الكتابية غير جائز للمسلم جملة^(٥) خلافا لأبي حنيفة^(٦) ، لقوله تعالى : ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾^(٧) فعم، وقوله : ﴿فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾^(٨) فعلقه بشرط الايمان ، ولأن ذلك يؤدي إلى أشياء ممنوعة لأن الأمة قد تكون ملكا للكافر فإن قلنا لا يجوز لمسلم نكاح أمة الكافر حصل منه تفريق بين أمة الكافر وأمة المسلم وأحد لم يفرق، وإن قلنا يجوز فالولد الحنثاء إما أن يكون ملكا لسيد الأمة فذلك يوجب ابتداء ملك النصراني للمسلم وذلك غير جائز، وإما أن لا يكون ملكا له فذلك خلاف الأصول فلما أدى إلى هذا الفساد وجب منعه .

فصل [٢٠ - استواء الحر والعبد في ذلك]

وإنما استوى الحر والعبد في ذلك بخلاف الأمة المسلمة لاستوائهما في معنى المنع وهو أداؤه إلى ما بيناه من نقض الأصول .

- | | |
|--|----------------------------|
| (١) سورة المائدة الآية ٥ . | (٢) سورة النساء الآية ٣٦ . |
| (٣) ما بين قوسين : سقط من م . | (٤) سورة الروم الآية ٢١ . |
| (٥) انظر المدونة ١٦٤/٢ ، التفريع ٤٥/٢ ، الرسالة ١٩٩ ، الكافي ٢٤٣ . | |
| (٦) انظر مختصر الطحاوي ١٧٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٧/٣ . | |
| (٧) سورة البقرة الآية ٢٣١ . | |
| (٨) سورة النساء الآية ٢٥ . | |

فصل [٢١ - منع نكاح المجوسيات]

ورنما منعنا نكاح المجوسيات وسائر المشركات سوى الكتابيات خلافاً لمن حكى عنه إباحته في المجوس^(١) لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾^(٢)، وقوله : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾^(٣) فدل على منع غيرهن، ولأن كل جنس لا تؤكل ذبائحهم لا تجوز مناهجتهنم كالوثنيين، ولأنهم ليسوا من أهل كتاب كأهل الأوثان ، فلأما المرتدة فلأن كل معنى إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه فإذا وجد في الابتداء منع العقد أصله الملك والرضاع .

فصل [٢٢ - نكاح الرجل أمة نفسه]

ورنما قلنا إنه لا يصح أن يتزوج الرجل^(٤) أمة نفسه^(٥) لأنه يستبيح منافع البضع بملكه الرقبة ، والتزويج إنما هو عقد معاوضة على استباحة منافع ليست بمملوكة فلم يصح ذلك في الملك كما لا يصح أن يستأجر أمة للخدمة لأنه يملك منافعها بملك الرقبة كذلك منافعه بضعها .

فصل [٢٣ - تزوج الأب أمة ابنه]

ورنما قلنا لا يصح أن يتزوج بأمة ابنه أو ابنته خلافاً لأبي حنيفة^(٦) لأن للأب شبهة في مال ابنه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : (أنست ومالك لأبيك)^(٧)، ولوجوب نفقته عليه إذا احتاج، وسقوط القطع إذا سرق منه والحد إذا رنى بأتمته، وإذا كان كذلك كان في معنى من يتزوج أمة نفسه فلم يجز .

(١) قال ابن عبد البر على هذا إجماع فقهاء الأمصار وجمهور العلماء ومالك خالفه فشدد ولا يعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طيباوس (المغنى ٥٩٥/٦) .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢١ . (٣) سورة المائدة الآية ٥ .

(٤) في م ور الانسان

(٥) انظر المدونة ١٦٣/٢ ، التفريع ٤٤/٢ - ٤٥ .

(٦) انظر تحفة الفقهاء ١٣٠/١ .

(٧) أخرجه ابن ماجة في التجارات باب ما للرجل من مال ولده ٧٦٩/٢، قال البوصيري أشاده صحيح ، وصححه البزار وعبد الحق وابن القطان (انظر نصب الراية ٣٣٧/٣) .

فصل [٢٤ - الابن يتزوج أمة أبيه وأمه]

وإنما قلنا إن للابن أن يتزوج بأمة أبيه وأمه لأنه لا شبهة له في ملكها كالأجنبي، ولأن سائر الأحكام التي أثبتناها للأب في مال ابنه منتفية عن الابن في مال أبيه، ولأن كل أمة لو رنى بها لحد فإنه يجوز لسه أن يتزوجها أصله أمة الأخ .

فصل [٢٥ - الزوج بأمة عبده]

وإنما قلنا لا يصح أن يتزوج أمة عبده لأنها في معنى أمته، لأن ملك عبده في حكم ملك نفسه (١) ألا ترى أن له انتزاعها منه وأنه لا يحسد بوطئها ولا يقطع في سرقتها فكان ذلك أكد من ملك ابنه .

فصل [٢٦ - منع تزوج المرأة بعبدها]

وإنما قلنا ليس لامرأة (٢) أن تتزوج عبدها لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ولا تملكها المرأة عليه ألا ترى أن المعاوضة عليها يلزم الزوج دون المرأة، لأنه هو المعقود له عليها والمملك لها فإذا ثبت ذلك استحال في العبد أن يملك منافع بضع سيده لأن ملكها لرقبته يمنع أن يملك عليها منافع خدمتها، ولا يجوز أن تبيحها هي ذلك لأنها ليست مالكة له على ما بيناه، ولأن ذلك يوجب تعارض الحقوق، ولأنه يملك بالتزويج منافع بضعها وذلك يوجب أن تلزمها طاعته وذلك له أي وقت طالب به، ويلزمها طاعته بالزوجة وتلزمه طاعتها بالرق وتلزمه النفقة عليها والكسوة (٣) بالزوجة وتلزمها النفقة عليه بالملك وفي ذلك تعارض الحقوق ولن (٤) يكون أحدهما أولى من الآخر بها وذلك باطل .

فصل [٢٧ - تزوج المرأة عبد ابنها]

وإنما قلنا إن ليس للمرأة أن تتزوج عبد ابنها لمثل ما له منعنا أن تتزوج عبد نفسها لأن ملك ابنها جار مجرى ملكها كملك الرجل لأمة ابنه .

(١) في م : في حكم ماله . (٢) في م : للمرأة .

(٣) والكسوة : سقطت من م . (٤) في م : لأن لا .

فصل [٢٨ - إذا زالت أسباب التحريم عن المرأة جاز

العقد عليها]

وإنما قلنا إن هذه الأسباب إذا زالت عن المرأة جاز العقد عليها خلافا لمن منع ذلك لأنها هي علة منعه فإذا زالت لم يبق شيء يمنع لأجله .
فالمعتدة إذا خرجت من عدتها جاز العقد عليها وكذلك المحرمة إذا حلت .

والمستبرأة إذا زالت ريبتها وجلست المدة المفروضة لها وكذلك من لها زوج إذا بانت منه جاز أن يعقد عليها غيره لزوال ملكه عن منافعها وواجد الطول للحررة إذا عدمه جاز له التزويج بالأمه والأمه الكتابية إذا اعتقت جاز عقد المسلم عليها والمرتدة إذا تابت والمجوسية إذا أسلمت وسائر من ذكرناه .

فصل [٢٩ - في نكاح أهل الشرك]

[١/٦٤]

نكاح أهل الشرك غير صحيح عندنا /، وإنما يصححه (١) لهم الإسلام ما لو ابتدؤا عقده بعد الإسلام لجاز، فأما لو ابتدؤوه في الإسلام لم يجز فإنه لا يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم والرضاع وغير ذلك (٢) وقال أبو حنيفة والشافعي (٣) عقودهم صحيحة في الشرك ، ودليلنا أنه قد ثبت أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط هي معدومة في أنكحتهم منها (٤) الولي ورضا المرأة المنكوحة (٥) وأن لا يكون في عدة، وأنكحتهم خالية من هذا فيجب فسادها لأن نكاح المسلم إذا عري من هذه الشروط كان فاسدا فأنكحه أهل الشرك أولى لأنه نكاح عري من ولي ورضى المتزوجة فكان فاسدا كنكاح المسلم، ولأن كل عقد لو وقع في الإسلام لكان باطلا كذلك إذا وقع في الكفر أصله العقد على ذوات المحارم .

(١) في ق و ر: يصح .

(٢) انظر المدونة ٢/٢١١ ، الرسالة ٢٠٠ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ١٧٨ - ١٧٩ ، مختصر المزني ١٧٢ - ١٧٣ .

(٤) في م : معدومة .

(٥) المرأة : سقطت من ق وفي م : سقطت المنكوحة .

فصل [٣٠ - إذا أسلم الكافران]

وإذا أسلم الكافران فالزوجة ممن لو ابتداء العقد عليها في الاسلام كان له فإنهما يثبتان على نكاحهما لا خلاف فيه أعلمه (١) لأن الاسلام يصح لهم أنكحتهم فإن كانت ممن لو أراد ابتداء العقد عليها (٢) فينبى الاسلام لم يجر له ذلك فإن النكاح يفسخ مثل نكاح ذوات المحارم والموطوءة في العدة وغير ذلك لأن أحسن أحواله أن ينزل منزلة المسلم وسواء كانا أسلما قبل الدخول أو بعده .

فصل [٣١ - إذا أسلم أحد الزوجين]

فأما إن أسلم أحدهما فإن كان المسلم الزوج نظر فإن كانا كتابيين ثبتا على نكاحهما كان قبل الدخول أو بعده لأنه لو أراد ابتداء العقد عليها (٤) في الاسلام كان له ذلك، وإسلامه لا يفسخ العقد المتقدم بل يصححه، وإن كانا مجوسيين أو مشركين غير كتابيين عرض على المرأة الاسلام فإن أسلمت عقيب إسلامه أو بعده بالشئ القريب ثبتا على نكاحهما لأن أبا سفيان أسلم وأسلمت هند بعده فثبتا على نكاحهما (٦) ، ولأن إسلامهما عقيبه أو بعده بالقريب جار مجرى إسلامهما معاً، وإن أبت أن تسلم فاختلف أصحابنا: فعند مالك أن النكاح يفسخ ولا ينتظر به أن تخرج من العدة، وعند أشهب أن فسخه (٧) موقوف على انقضاء العدة، فوجه قول مالك قولـه تعالى : ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾ (٨) ، ولأنه إما أن يفسخ العقد (٩) عقيب ابانتها على ما نقوله أو تبق مستدامة وذلك ممنوع، فأما اعتبار العدة فلا معنى له لأنه دعوى، ووجه قول أشهب اعتباره بإسلام الزوجة (١٠) .

-
- (١) ذكر ابن عبد البر أجماع من أهل العلم انظر المغنى ٦/٦١٥ ، نيل الأوتار ١٦٣/٦ ، المحلى ٢/١٢٦٤ ، فتح الباري ٩/٣٤٨ .
 (٢) عليها : سقطت من ق . (٣) في م : كان .
 (٤) في م : عليهما .
 (٥) انظر المدونة ٢/٢١٢ - ٢١٥ التفريع ٢/٦٣ ، الرسالة ٢٠٠ .
 (٦) أخرجه البيهقي ٧/١٨٦ . (٧) في م : الفسخ .
 (٨) سورة الممتحنة الآية ١٠ . (٩) في م و ر : النكاح .
 (١٠) في م : الزوج .

بَاب [ما يحرم الجمع بينه من النساء]

ثم عدنا (١) إلى بقية التقسيم فقلنا فأما تحريم الراجع إلى صفة العقد فهو الجمع وذلك أن التحريم على ضرب منه: تحريم جمع وذلك على ضربين : ضرب يرجع إلى الأعيان وضرب يرجع إلى العدد .

فأما الراجع إلى الأعيان فهو منع الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها أو غير ذلك من ذوات محارمها. وحصر ذلك أن كل امرأتين لو فرضنا كون كل واحدة منهما ذكرا من الطرفين لم يجز له أن يتزوج الأخرى فإن الجمع بينهما حرام، وكل امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لجاز (٢) له أن يتزوج الأخرى فالجمع بينهما جائز، فالقول مثل نكاح الأختين والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها لأن كل واحدة منهما لو كانت ذكرا لم يكن له التزوج (٣) بالأخرى .

والثاني مثل الجمع بين المرأة وبنت عمها جائز (٤) وبنت خالها وبنت خالتها جائز وما أشبه ذلك (٥)؛ والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ (٦)، ونهيه صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها (٧)، فإذا ثبت ذلك فهذا الجمع المحرم يقع على صفتين: إحداهما أن يجمع بينهما في عقد واحد، والأخرى في عقدين مفترقين فإن جمع بينهما في عقد فنكاحهما فاسد لأنه قارنه ما منع انعقاده وهو مشاركة الأخرى لها في العقد فكان كمن عقد على صبية وأمرأة (٨) ترضعها فإن العقد قسد قارنه ما منع انعقاده فلم ينعقد، وإن وطئهما أو إحداهما فالفسخ واجب

-
- (١) في م : ثم عمدنا . (٢) في م : لكان .
 (٣) في م : التزويج . (٤) جائز : سقطت من م .
 (٥) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ١٩٩/٢ - ٢٠٦ ، التفريع ٦٣/٢ - ٦٤ ، الرسالة ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ٢٤٠ - ٢٤١ .
 (٦) سورة النساء الآية ٢٣ .
 (٧) أخرجه البخاري في النكاح باب لا تنكح المرأة على عمتها ١٢٨/٦ ، ومسلم في النكاح باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، ١٠٢٨/٢ .
 (٨) في م : أمة .

بغير طلاق وللموطوءة المهر عوضاً من الاستمتاع، وإن كان عقد على أحدهما ثم عقد على الأخرى فعقد الأولى صحيح وعقد الثانية باطل دخل بها أو لم يدخل، ولها إن دخل بها المهر ولا يقر على نكاحها بوجه ما دامت الأولى عنده .

وإنما قلنا إن نكاح الأولى صحيح لأنه عقد علماً يفسده فلم يفسد بطرؤه عقد فاسد عليه ، وإنما قلنا إن نكاح الثانية فاسد لأنه جمع بينها وبين الأولى وهو صريح النهي لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها) (١) .

فصل [١ - الجمع بعقد النكاح، وبملك اليمين]

لا خلاف في منع هذا الجمع بعقد النكاح والأصل فيه الظاهر والخبر (٢) ، فأما بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع واختلف فيه فسي الصورة (٣) الأولى فذهب قوم / إلى جواز الجمع بين الأختين بملك اليمين، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ ﴾ (٤) فعم ، ولأنه أحد نوعي (٥) استباحة الفرج في الشرع كالنكاح، ولأن الذي له منع ذلك في النكاح خيفة العداوة والتباغض وأذى ذلك إلى قطع الأرحام وهذا يستوى فيه العقد والملك .

فصل [٢ - فيمن أراد نكاح أخت امرأته]

فإذا ثبت ذلك فمن كان (٦) عنده امرأة بنكاح أو ملك فأراد استباحة وطء أختها لم يجز له ذلك إلا بأن يحرم الأولى عليه بطلاق بائن إن كانت زوجة أو ببيع أو إعتاق أو كتابة أو هبة لمن لا يجوز له ارتجاعها منه إن كانت أمة أو ما أشبه ذلك من ضروب التحريم الذي لا يكون له حله بيده متى أراده .

(١) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٢) الظاهر من قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ ﴾ والخبر " لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها " .

(٣) في ر : الصداق وفي م : الصدر .

(٤) سورة النساء الآية ٢٣ . (٥) نوعي : سقطت من ق و م .

(٦) كان : سقطت من م .

فصل [٣ - فى الجمع بين المرأة وامرأة أبيهما]

ويجوز الجمع بين المرأة وبين امرأة أبيها خلافا لبعضهم لأنهما أجنبيتان كامرأة عمها ولا يتراعى فيه أنه لو كانت ابنة الزوج ذكرا لم يجز له التزويج بامرأة أبيه لأنه من الطرف الآخر لا يتصور .

فصل [٤ - فى جمع أكثر من أربع نسوة]

فأما الضرب الآخر من الجمع وهو الراجع إلى العدد دون الأعيان فهو عقد النكاح دون ملك اليمين وهو الزيادة على أربع نسوة ولا خلاف فى ذلك يعتمد عليه والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ فقصره على هذا العدد فدل على منع الزيادة عليه (١) وقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان لما أسلم وعنده عشر نسوة : (أختـر أربعة وفارق سائرهن) (٢) وهذا كالمعلوم ضرورة من دين الأمة .

فصل [٥ - من بانت منه زوجته جاز له أن يتزوج كل من كان

ممنوعا من العقد عليها]

ومن بانت منه زوجته المدخول بها بخلع أو بطلاق ثلاث أو بفسخ أو بأى شىء كان مما يقع به البينونة مع بقائه جاز له أن يتزوج كل من كان ممنوعا من العقد عليها قبل أن تبين منه وإن كانت فى العدة مثل اختها أو عمتها أو خالتها أو أربعة سواها (٣) خلافا لأبي حنيفة (٤) لأن كل جمع حرم على الزوج بعقد النكاح فإن تحريمه يزول بالبينونة أصله إذا خرجت من العدة وإذا طلقت قبل الدخول ولأن كل امرأة لا يلحقها طلاقه جاز له التزويج بأختها كالأجنبية .

(١) عليه سقطت من ق .

(٢) أخرجه ابن ماجة فى النكاح باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع

نسوة ٦٢٨/١ ، والترمذى فى النكاح باب ما جاء فى الرجل يسلم

وعنده عشر نسوة ٤٣٥/٣ ، وابن حبان والحاكم ١٩٣/٢ ، وصححه

(انظر تلخيص الحبير ١٦٨/٣) .

(٣) انظر الرسالة ٢٠٣ - ٢٠٤ ، الكافى ٢٤١ .

(٤) انظر مختصر الطحاوى ١٧٧ ، تحفة الفقهاء ١٢٦/١ .

فصل [٦ - إذا أسلم المشرک وعنده أكثر من أربع]

إذا أسلم المشرک وعنده أكثر من أربع اختار منهن أربعاً وفارق البواقي وسواء جمع (١) بينهن في عقد واحد أو في عقود متفرقة، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر (٢)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنه ليس له أن يختار الأواخر ولا من جمع بينهما في عقد (٣)، لما روي أن غيلان أسلم وكان تحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً (٤)، وعند المخالف ليس له الخيار لأن عقود الأوائل صحيحة وعقود الأواخر فاسدة، ولأنه لم يسأله هل عقد عليهن عقداً واحداً أو عقوداً متفرقة، وقال لفيروز الديلمي (٥) لما أسلم وتحتة أختان (اخترا أيهما شئت) (٦)، ولأن كل امرأة جاز له ابتداء العقد عليها في الإسلام جاز له المقام معها على نكاح الشرك أصله الأوائل، ولأن أنكحتهم عندنا فاستنده وإنما تصحح (٧) لهم بالإسلام عقودهم ويعفى عما بنوها عليه من التحريم إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء العقد عليها في الإسلام، فلو منعنا التمسك بالأواخر لمنعناه بالأوائل .

-
- (١) في م : عقد .
 (٢) انظر المدونة ٢/٢١٨ ، الرسالة ٢٠١ .
 (٣) انظر الطحاوى ١٨٠ .
 (٤) سبق تخريج الحديث .
 (٥) فيروز الديلمي : اليماني ، صاحب ، قتل الأسود الذي أدعى النبوة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، مات في زمن عثمان وقيل في زمن معاوية (تقريب التهذيب ٤٤٨) .
 (٦) أخرجه أبو داود في الطلاق باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع نساء أكثر من أربع أو أختان ، والترمذي في النكاح باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان ٢/٤٢٧ ، وابن ماجه في النكاح باب الرجل يسلم وعنده أختان ١/٦٢٧ ، وقال الترمذي حسن غريب ، وأخرجه البيهقي ٧/١٨٤ وقال اسناده صحيح وصحه ابن حبان .
 (٧) في م : تصحح .

باب من التحريم

والضرب الثانى من التحريم وهو التحريم المتأبد : وهو تحريم الأعيان، وتفسيره أن التحريم يرجع إلى نفس المرأة وعينها فلا تحل بوجه ويفارق تحريم الجمع وغيره مما لا يتأبد لأن ذلك إذا زال من العين^(١) زال تحريمها وتحريم الأعيان على قسمين : أحدهما بنسب، والآخر بسبب^(٢) ، فأما النسب فالمحرم به السبع المذكورات فى القرآن وهن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت .

فالأم : اسم لكل أنثى لها عليك^(٣) ولادة فكل أنثى لها عليك ولادة فهي لك أم . وهي محرمة عليك في ذلك الأم دنية والجداات من قبلها ومن الأب وإن علون .

والبنت : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة^(٤) فكانت مباشرة بالولادة أو نازلة فيدخل فى ذلك ابنة الصلب لأن الاسم لها حقيقة بالمباشرة وبناتها وبناتهن وبنات الابن وبناتهن وإن نزلن .

والأخت : لا تتعدى اسم درجتك وهي اسم لمن شاركتك فى الإنتساب إلى من له عليك ولادة من أب أو أم أو منهما فيدخل فى ذلك الأخت الشقيقة وللأم وحدها وللأب وحده .

والعمة هي أخت أبيك وكل ذكر له عليك ولادة من الأجداد وآباءهم .
والخالدة اسم الأخت أمك وأخت كل أنثى لها عليك ولادة من الجدات وأمهاتهن، وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو أبيها فكلهن حرام عليك .

وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة من قبل أبيها أو أمها^(٥) فكلهن حرام عليك فهؤلاء الأعيان السبع محرمات تحريم عين لا يباحن بوجه .

(١) أى إذا زال السبب زال تحريم المرأة .
(٢) فى جملة الأحكام التالية انظر : التفريح ٧٠/٢ الرسالة ١٩٨ ، الكافي

٢٣٩ - ٢٤٠ .

(٣) عليك : سقطت من م و من ر (٤) فى م : أنثى من ولادتك .

(٥) ما بين قوسين : سقط من م .

نوع آخر : التحريم بسبب

أما السبب فضربان^(١) رضاع وصهر ويتعلق بذلك ضرب طارئ يلحق بهن في الحكم وليس بأصل وهو (تحريم الملاعبة والموطوءة في الفدة لأن هاتين قد حرمتا)^(٢) تحريم عين أيضا لا يحلن بوجه .

فأما الرضاع فجار مجرى النسب في التحريم فكل محرمة بالنسب محرمة بالرضاع فالأم محرمة كالأم من الولادة، وكذلك البنت من الرضاع وهي التي أرضعتها زوجتك لو أرضعت بلبنك فأنت أب لها كما أن زوجتك أم لها فتحرّم عليك إن كانت أبنة كما يحرم على زوجتك إن كان ابنا، وعلى هذا تجرى مسائل هذا الباب، والأصل في وقوع التحريم به قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾^(٣) وقوله ﴿ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ﴾^(٤) وقوله صلى الله عليه وسلم : (يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة)^(٥) .

[١/٦٥]

فصل [١ - التحريم بالمصاهرة]

وأما الصهر وهو المناكحة فهو أربعة أعيان : زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾^(٦) وزوجات الأبناء : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾^(٧) وأمهات النساء : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾^(٨) وبنات النساء : والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَرِبَاطُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾^(٩)

-
- (١) انظر المدونة ٢/٢٠٠ ، التفريع ٢/٧٠ ، الرسالة ١٩٨ - ١٩٩ ، الكافي ٢٤٠ .
 (٢) ما بين قوسين سقطت من م .
 (٣) و(٤) سورة النساء الآية ٢٣ .
 (٥) أخرجه البخاري في الشهادات باب الشهادة على الأنساب ١٤٩/٣ ومسلم في الرضاع باب ما يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة ١٠٦٨/٢ .
 (٦) سورة النساء الآية ٢٢ .
 (٧) سورة النساء الآية ٢٣ .
 (٨) و(٩) سورة النساء الآية ٢٣ .

والتحريم بالصهر على ضربين :

تحريم بمجرد العقد الصحيح ومن غير حاجة الى دخول وهو تحريم

زوجات الآباء والأبناء وأمهات النساء .

وتحريم لا يقع بمجرد العقد (١) دون مضامة الوطء أو ما يقوم مقامه

من التقبيل واللمس واللذة وهو تحريم الربائب، فأما تحريم زوجات الآباء

والأبناء بمجرد العقد فلا خلاف فيه والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا

ما نكح آبائكم من النساء ﴾ (٢) فعم، وقوله : ﴿ وحلائل آبائكم ﴾ (٣) ولم

يخص .

فصل [٢ - في تحريم أمهات النساء بالعقد]

وإنما قلنا إن أمهات النساء يحرم بمجرد العقد خلافا لما يحكى

عن علي (٤) رضى الله عنه، أنه لا يحرم إلا بالعقد والوطء لقوله تعالى :

﴿ وأمهات نساءكم ﴾ (٥) فأطلق، ولأن العقد معنى تمير به المرأة فراشاً

فوجب متى وجد أن تحرم معه الزوجه أصله الوطء .

فصل [٣ - في أن الربيبة تحرم بوطء الأم]

وإنما قلنا إن الربيبة لا تحرم بمجرد العقد دون وطء الأم لقوله

تعالى : ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن

لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ (٦)، ولا خلاف في ذلك (٧) .

فصل [٤ - عدم اشتراط الحجر في تحريم الربيبة]

وليس من تحريم الربيبة أن تكون في حجر المتزوج بأمرها خلافاً

لداود (٨) لقوله صلى الله عليه وسلم : (أيما رجل نكح امرأة ثم طلقها قبل أن

يدخل بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها) (٩) ولم يعتبر الحجر

-
- (١) في م : العقود . (٢) سورة النساء الآية ٢٢ .
 (٣) سورة النساء الآية ٢٣ . (٤) أخرجه عبدالرزاق ٢٧٨/٦ - ٢٧٩ .
 (٥) سورة النساء الآية ٢٢ . (٦) سورة النساء الآية ٢٣ .
 (٧) انظر الاجماع ٩٣ - ٩٥ ، المغنى ٩٦/٩ ، فتح الباري ١٥٨/٩ .
 (٨) انظر المغنى ٥٦٩/٦ ، بداية المجتهد ٤٢٨/٦ - ٤٢٩ .
 (٩) أخرجه الترمذى في النكاح باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها
 قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا ؟ ٤٢٥/٣ ، وقال : هذا حديث
 لا يصح من قبل اسنادة ، وأخرجه ابن جرير في التفسير ، والبيهقى

ولأن الحجر لا تأثير له في التحريم اعتبارا بسائر المحرمات والظاهر خرج على تعريفهن بفالب أحوالهن .

فصل [٥ - في أن اللمس والقبلة يقومان مقام الوطء في

التحريم

ولنما قلنا إن القبلة واللمس للذة يقومان مقام الوطء في التحريم خلافا للشافعي^(١) ، لأنه استمتع بمباشرة كالوطء، فأما النظر للذة ففيه اختلاف^(٢)؛ فوجه التحريم به أنه نوع من الاستمتاع باللمس والقبلة، ووجه الكراهة فلأنه ليس بمباشرة كالتذاذ^(٣) بالتفكر .

فصل [٦ - الموطوءة في العدة والملاعنة]

فأما الموطوءة في العدة فقد ذكرناها والملاعنة ترد في باب اللعان .

فصل [٧ - الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر]

الاستمتاع المعتبر في تحريم الصهر ممن ذكرنا هو الحلال أو مما كان شبهة فأما الزنا المحض ففيه روايتان^(٤)؛ إحداهما أنه يثبت به حرمة المصاهرة والآخرى أنه لا يثبت به، فوجه إثباتها قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء ﴾^(٥) فعم، ولأن كل تحريم تعلق بالوطء الحرام أصله التحريم في الوطء بشبهة، ولأنه استمتع كالحلال ، ووجه نفيها أنه ووطء يوجب الحد كاللواط، ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه فلم ينشر الحرمة إلى غيره عكسه الحلال .

(١) انظر الأم ٣/٥ - ٥ ، مختصر المزني ١٦٨ - ١٦٩ .

(٢) في م : ففيه احتمال .

(٣) في م : كالتلذذ .

(٤) انظر المدونة ٢/٢٠٢ ، الرسالة ١٩٩ ، الكافي ٢٤٤ .

(٥) سورة النساء الآية ٢٢ .

فصل [٢ - في القسم بين الحرة والأمة]

وإذا كان له زوجتان حرة وأمة فعنه في القسم بينهما روايتان^(١) : إحداهما التسوية والأخرى المفاضلة ثلثان^(٢) للحرّة وثلث^(٣) للأمة فوجه التسوية اعتبارها بالحرّة، والقسم من سائر حقوق الزوجية، ووجه المفاضلة فلمزية الحرّة على الأمة وزيادة حرمتها ، ويلزم الرجل العدل بين نساءه في القسم في الصحة والمرض بحسب الامكان من غير ميل ولا جور لقوله تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾^(٤)، وقوله صلى الله عليه وسلم: (من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة شقه مائل)^(٥) ولأن الزوجات يستوين في حقوق الزوجية فوجب أن تستحق كل واحدة منهن من العشرة والصحة ما تستحقه الأخرى .

ومقدار القسم: يوم وليلة لأنه صلى الله عليه وسلم كذلك كان يفعل^(٦) وإذا أراد سفا فإن كان فيهن من لا تصلح للسفر وفيهن من هي أرفق به وأطوع^(٧) لأمره كان ذلك عذرا له في السفر بها وعذرا عن الأخرى، وإن تساوين وتقاربن فإن كان سفر حج أو غزو أقرع بينهما فيسافر بمن خرج سهمها ثم لا يلزمه قضاء لمن لم يسافر بها بعد عوده^(٨) بل يستأنف القسم بينهما وفي سفر التجارة روايتان : إحداهما الإقراع / والأخرى نفيه وثبوت [ب/٦٥]

(١) انظر المدونة ١٩٩/٢ ، التفريع ٦٧/٢ ، الرسالة ٢٠٠ - ٢٠٣ ، الكافي

٢٥٦ - ٢٥٧ .

(٢) في م : ليلتان . (٣) في م : ليلة .

(٤) سورة النساء الآية ١٩ .

(٥) أخرجه أبو داود في النكاح باب في القسم بين النساء ٦٠١/٢ ، والنسائي

في عشرة النساء باب ميل الرجل ٦٠/٧ ، وابن ماجه في النكاح باب

القسمة بين النساء ٦٣٣/١ ، والترمذي في النكاح باب ما جاء في

التسوية بين الفرائر ٤٤٧/٣ ، وأحمد ٢٧٤/٢ ، والبيهقي ٢٩٧/٧ ، والحاكم

١٨٦/٢ وقال الترمذي لا نعرف هذا الحديث مرفوعا إلا من حديث همام

وهمام ثقة حافظ ٤٤٧/٣ .

(٦) وهذا معلوم بالأخبار المتواترة عنه صلى الله عليه وسلم .

(٧) في م : أمشى .

(٨) في م : بعد غزوه .

الخيار له وإنما قلنا إنه لا يقرع بينهما لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا كان يفعل^(١)، ولأنه ليست إحداهن أولى من الأخرى .

ووجه اختصاص سفر الحج والغزو بذلك فلأنه^(٢) أكد لكون جنسه فرضا ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يقرع بينهما إلا فيهما، والقرعة اتباع، ووجه التسوية في سائر الأسفار اعتبارا بسفر الحج والغزو وتساويهما في الحاجة والرفق .

(١) أخرجه البخاري في الهبة باب هبة المرأة لغير زوجها ١٣٥/٣، ومسلم

في التوبة باب في حديث الافك ٢١٣٠/٤ .

(٢) في ر : فإنه .

باب [فى امرأة المفقود]

أمراة المفقود يضرب لها أجل أربع سنين فإن جاء فيها وإلا اعتدت وتزوجت، وصفة المفقود (٢) الذى هذا حكمه أن يغيب الرجل عن امرأته فيعمى خبره وينقطع أثره ولا يعلم موضعه ولا تدرى حياته ولا موته، فامرأته مخيرة بين أن تقيم على ما هي عليه وبين أن تختار فراقه، فإن اختارت فراقه فوجه ذلك أن تأتي إلى الحاكم فتذكر له قصتها فينظر فى ذلك ويفحص عن أخباره ويسأل عنه فى المواضع التى يظن أنه بها ويسأل أهله أين سمعوه يذكر الخروج أو أين كانت عاداته ويبحث عنه على حسب الإمكان والاجتهاد، فإذا لم يقف على خبر استأنف لها ضرب أجل مدته أربع سنين فإن جاء فى المدة أو علمت حياته فهى زوجته على حالها ويبطل خيارها، وإن مضى الأجل ولم يوقف له على خبر اعتدت عدة الوفاة ولا ينفق فى العدة من ماله فإن جاء وهى فى العدة فهى امرأته وإن نقضت (٣) قبيل العلم بخبره فلها أن تتزوج من غير حاجة إلى استئذان الإمام، فإن جاء قبل تزويجها فهى امرأته على ما ذكرناه وما مضى كأنه لم يكن، وإن جاء بعد أن نكحت ففيها روايتان: إحداهما أنه لا سبيل له عليها وقد بانست منه دخل الثانى بها أو لم يدخل، والآخرى أنه إذا كان لم يدخل بها فهي للأول وإن كان الثانى دخل بها فهي له ولا يحتاج فى الحكم بفراقه إلى قضاء من حاكم، ثم ينظر فإن كان الأول قد دخل بها فلها الصداق كاملاً وإن كان لم يدخل بها ففيها روايتان: إحداهما أن لها نصفه والآخرى أنه كله لها ولا شيء له، وإذا بانست من الثانى فأرادت العودة كانت على تطبيقين وبعد ذلك الفراق طلاقاً .

فصل [١ - فى أن الإمام يسأل عن المفقود]

وإنما قلنا إن الإمام يسأل عن خبره ويبحث ليزول الضر عن المرأة لأنه لا يجوز أن يبتدىء ضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث لجواز أن يكون حياً فيعلم ذلك بالبحث عن خبره والسؤال عن أمره، وليس للإمام أن يفرق ابتداءً بين رجل وامرأته .

(١) فى ق : يضرب له .

(٢) انظر المدونة ٩١/٢ - ٩٢ ، التفريع ١٠٧/٢ - ١٠٨ الرسالة ٢٠٣ ، الكافي ٢٥٩ - ٢٦١ .

(٣) فى م : انقطعت .

فصل [٢ - فى ضرب الأجل للمفقود]

وإنما قلنا يضرب له الأجل لاجتماع الصحابة على ذلك، وروى عن عمر أنه يضرب لها (١) أجل أربع سنين ثم يفرق بينهما، وروى مثله عن علي (٢) رضى الله عنه (٣)، وروى مثله عن جماعة من التابعين ولم يحفظ خلافاً عن أحد من الصدر الأول فى ذلك، ولأنه لما كان الخيار ثابتاً لها فى الفرقة مع العنة والايلاء ولم يكن فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة كان فى مسألتنا الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار .

فصل [٣ - فى مقدار الأجل المضروب للمفقود]

وإنما قلنا إن الأجل أربع سنين لأن هذه الرواية بهذا القدر جاءت عن الصحابة ومن ذكرناه، ولأن الاجماع منحصر على أحد مذهبين إما أن تبقى أبداً على ما هي عليه أو يضرب لها أجل هو هذا المقدار دون غيره، ولأن أصل ضرب الأجل هو الغالب من مدة الحمل وغالبه هذا المقدار .

فصل [٤ - فى عده امرأة المفقود بعد انقضاء الأجل]

وإنما قلنا إنها تعتد بعد انقضاء الأجل (٤) لأن أمره ينزل على الوفاة لأن ذلك هو الغالب من شأنه لأنه لو كان حياً لكان مع أطوال البحث وكثرة الفحص يعلم حاله، ولا يجوز لمحكوم لها بالمفارقة أن تتزوج إلا بعد العدة ولم ينزل أمره على الطلاق ولا يوجب عليها عدة قبسـل الدخول احتياطاً للزوج الأول وللنسب ولم يجعل عليها عدة الطلاق بناءً على الغالب .

فصل [٥ - لا ينفق عليها فى العدة من ماله]

وإنما قلنا لا ينفق عليها فى العدة من ماله لأنها إنما تعتد على أنه قد حكم بموته ولا نفقة للمتوفى عنها وذلك يخالف بمدة الأجل لأنها فى العدة على الزوجية .

(١) فى م : له .

(٢) أخرجه مالك فى الموطأ ٥٧٥/٣ ، الدارقطنى ٢٢١/٢ ، البيهقى ٢٢٤/٧

- ٤٢٥ ، ٤٤٥ . وروى عن عثمان - رضى الله عنه - أيمننا .

(٣) رضى الله عنه : سقطت من م . (٤) فى م : عقد الأجل .

(٥) فى م : طول .

فصل [٦ - عودة المفقود في المدة أو في العدة]

وإنما قلنا إنه إن جاء زوجها في المدة أو في العدة فهي أمráته
فلأنه لم يحدث بينهما فرقة لأن المدة إنما ضربت لمجيئه والعدة إنما
جعلت بشرط ثبوت وفاته ولم تثبت بتزويج فيكون الثاني أحق بها فلذلك
كانت باقية على زوجيته .

فصل [٧ - في زواج امرأة المفقود بغير انقضاء العدة]

وإنما قلنا إن العدة إذا انقضت جاز لها التزويج لأن الخبر بذلك
ورد عن عمر بن الخطاب وعثمان^(١) رضي الله عنهما، ولأن اعتدادها لو
لم يفد^(٢) تزويجها لكان لا معنى له .

فصل [٨ - إذا كان الامام في زواج امرأة المفقود]

وإنما قلنا إنها لا تحتاج في ذلك إلى إذن الامام لأن إذنه قد
حصل بضرب الأجل لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع
بانقضائه .

فصل [٩ - إذا جاء المفقود بعد زواج أمráته]

وإنما قلنا إن المفقود إذا جاء بعد دخول الثاني فلا مقال له لأنها قد
بانت بالوطء وحكم الحاكم لأن اعتدادها حكم من الحاكم بالفراق عليه على
الشرط الذي قدمناه إلا أن يجيء قبل التزويج ، فأما إذا جاء بعد
التزويج وقبل الدخول ففيها روايتان^(٣) : إحداهما أنها للمفقود والأخرى
أنها للثاني، فوجه الأولى أنه عقد نكاح طرأ على عقد صحيح تقدمه بضرب
سائق من الاجتهاد فوجب أن لا تمنع نفسها عن الأول إلا بأن يضمها دخول
أصله نكاح الوليين ، ووجه الثانية أنها نكحت بعد الاعتداد وضرب
الأجل كما لو دخل بها .

(١) سبق تخريج الأثر قريبا .

(٢) في م : لم يبح .

(٣) انظر المدونة ٩١/٢ ، التفريع ١٠٨/٢ والكافي ٢٦٠ .

فصل [١٠ - عدم رجوع الزوج على امرأته بالصداق]

وإذا قلنا لا يرجع عليها (١) بالصداق فلأن أمره نزل على الوفاة / ،
وإذا قلنا يرجع عليها بنصف الصداق فلأنها فرقة تحسب طلاقاً (٢) كفرقة
غير المفقود .

فصل [١١ - في قسمة مال المفقود على الورثة]

ولا يقسم ماله بين ورثته إلا بأن يتيقن موته لأنه ضرر في تبقيته
وهو مفارق للزوجة فإن أتى عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله ^(٣) موت
بالتعمير وقسم ماله بين ورثته، واختلف قول (٤) مالك وأصحابه في مدة
التعمير والظاهر أنه سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون (وقيل مائة
والصحيح سبعون) (٥) سنة لقوله صلى الله عليه وسلم : (أعمار أمتي ما
بين الستين إلى السبعين ، فأقلهم من يجاوز ذلك) (٦) وهذا إخبار عما
يتعلق به الحكم من الأعمار وما زاد على ذلك فليس فيه دليل يتحرر
لكل قول، وإنما هو على حسب ما يتغلب في الظن من طول المدة وقصرها .

فصل [١٢ - المفقود في معترك القتال]

المفقود في معترك (٧) القتال إذا لم يوقف له على خبر يجتهد
الحاكم في أمره فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته وتزوجت ولا يحتاج
إلى ضرب أجل لأن الأغلب من شأنه الهلاك (٨) .
فصل [١٣ - بقاء زوجة الأسير]

الأسير بخلاف المفقود لا يجوز لامرأته أن تتزوج ولا يضرب لها معه
أجل لأن حياته معلومة وعذره في نفي (٩) قصد المفارقة ظاهر (١٠) .

(١) عليها : سقطت من ق .

(٢) في ق و ر : طلاقها .

(٣) أي : حكم عليه بالموت .

(٤) قول : سقطت من م .

(٥) ما بين قوسين : سقطت من م .

(٦) أخرجه ابن ماجة في الزهد باب الأمل والأجل ١٤٢٥/٢ ، والترمذي

في الزهد باب ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة ٤٩٠/٤ وقال : هذا

حديث حسن غريب ، والبيهقي ٣٧٠/٣ .

(٧) في م : في معركة .

(٨) انظر المدونة ٩٨/٢ - ٩٩ ، التفريع ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، الكافي ٢٦١ .

(٩) نفي : سقطت من م و من ر .

(١٠) انظر المدونة ٩٨/٢ ، التفريع ١٠٨/٢ - ١٠٩ ، الكافي ٢٨١ .

فصل [١ - فيما تثبت فيه البرجعة]

(١) الطلاق: فى اللغة : يدل على التخلية والارسال ، وفى الاصطلاح هو صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجبا تكررها مرتين للحر وبرة لذى رق حرمتها عليه قبل زواجه (انظر معجم مقاييس اللغة ٣/ ٣٢٠ ، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ١٨٤) .

(٢) للحر : سقطت من م . (٣) قصد : سقطت من م .

(٤) فى جملة هذه الأحكام انظر المدونة ٦٦/٢ ، التفريع ٧٣/٢ - ٧٥ ، الرسالة ٢٠١ - ٢٠٣ ، الكافي ٢٦٢ - ٢٦٤ .

(٥) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

(٦) أخرجه البخارى فى أوائل الطلاق ٦٣/١ ، ومسلم فى الطلاق باب تحريم طلاق الحائض ١٠٩٣/٢ .

(٧) انظر المحلى ٦٢١/١١ ، المغنى ٣٢٩/٦ ، بداية المجتهد ٧/٧ ، فتح البارى ٢٨٦/٩ - ٣٩٩ .

فصل [٢ - الرجعة تكون في المدخول بها]

وإنما قلنا إنها لا تكون إلا في مدخول بها لقوله تعالى: ﴿ويعولتن﴾ أحق بردهن في ذلك * (١) يعني في العدة وزجره عن الثلاث بقوله: ﴿لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾ (٢) يعني الندم، فيكون له سبيل إلى الارتجاع، ولأن الرجعة من حقها أن ينفرد (٣) الزوج بها من غير مراعاة لرضا المرأة وذلك لا يكون إلا في المدخول بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها فلا سبيل إلى ردها إلا بنكاح جديد وذلك يفتقر إلى إذنها .

فصل [٣ - في جملة عدد الطلاق]

وإنما قلنا إن جملة الطلاق ثلاث لقوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان... إلى قوله: فإن طلقها فلا تحل له من بعد﴾ (٤)، وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثالثة فقال : ﴿أو تسريح بإحسان﴾ (٥)، وفي حديث ابن عمر قال : رأيت لو طلقها ثلاثا قال : عصيت ربك وباتت منك أمراًتلك (٦)، ولا خلاف أن ما فوق الثلاث لا مدخل له في الطلاق (٧) .

فصل [٤ - في طلاق العبد وطلاق الحر للأمة]

وإنما قلنا إن الاعتبار في الطلاق بالرجال وإن طلاق العبد للحررة اشتتان والحر للأمة ثلاثا خلافاً أبي حنيفة في قوله أن طلاق الحر ثلاثا (٨) كان زوجها حراً أو عبداً ، وطلاق الأمة طلقان إن كان زوجها حراً أو عبداً، لأنه معنى ذو عدد يوجب أن يكون كماله ونقصانه معتبراً بمن يضاف إليه فعلة أصله العدة، ولأن الطلاق ملك للرجل وكمال الملك ونقصانه معتبراً بالمالك لا بغيره .

-
- (١) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٢) سورة الطلاق الآية ١ .
 (٣) في م : أن يتقرب . (٤) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .
 (٥) أخرجه الدارقطني ٢/٤ ، والبيهقي ٣٤٠/٧ ، وقال : أنه مرسل .
 (٦) أخرجه مسلم في الطلاق باب تحريم طلاق الحائض ١٠٩٤/٢ .
 (٧) انظر الإجماع ١٠٠ ، فتح الباري ٢٩٩/٩ .
 (٨) انظر مختصر الطحاوي ٢١٨ ، مختصر البغدادي - مع شرح الميداني

فصل [٥ - فى تفريق الطلاق الثلاث]

لا خلاف فى أن من فرق الطلاق الثلاث فإنه يلزمه ويدل عليه (١) قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ٠٠ إلى قوله : فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾ (٢)، فأما إن أتى به (٣) فى كلمة واحدة فإنه عاص بذلك ويلزمه (٤)، إنما قلنا أن يلزمه إن وقع خلافا لمن منع إيقاعه جملة لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ٠٠٠ إلى قوله : لا تدرى لعسل الله يحدث بعد ذلك أمرا ﴾ (٥) فنديننا إلى طلاق يملك الرجعة فيه لثلاثا يندم فلا يمكننا التلافى وهذا يتضمن الوقوع، وحد يث ركانة (٦) أنه طلق البتة فأحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما نوى (٧)، فدل على أن الثلاث تقع بالكلمة الواحدة، وحديث ابن عمر قلت أرأيت يارسول الله لو أنى طلقته ثلاثا. أكان يحل لى أن أراجعها قال : (كانت تبين منك وتكون معصية) (٨) واعتبارا (٩) بغير المدخول بها، ولأنه ملك أبيسنتح إيقاعه مفترقا فجاز مجتمعا كاعتاق العبد .

-
- (١) انظر الاجماع ١٠٠ - ١٠٢ ، فتح البارى ٢٩٩/٩ .
 (٢) سورة البقرة الآية ٢٢٩ . (٣) فى م : بها .
 (٤) انظر المدونة ٦٧/٢ - ٧٨ ، التفريع ٧٣/٢ ، الرسالة ٢٠١ ، الكافى ٢٦٢ .
 (٥) سورة الطلاق الآية ١ .
 (٦) ركانه : ابن عبد يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبى، من مسلمة الفتح ، ثم نزل بالمدينة ، مات فى أول خلافة معاوية تقريب التهذيب ٢١٠) .
 (٧) أخرجه أبو داود فى الطلاق باب فى البتة ٢/٢٥٥ ، وابن ماجه فى الطلاق باب طلاق البتة ١/٦٦١ ، والترمذى فى الطلاق واللعان باب ما جاء فى الرجل يطلق امرأته البتة ٣/٤٧١ وقال غريب وقال أبو داود هذا حديث صحيح ، والحاكم ٢/١٩٩ وقال ابن عبد البر : ضعفه .
 (٨) سبق تخريج الحديث قريبا (ص ٦٠٥)
 (٩) فى ق : اعتبرت .

فصل [٦ - فى كون من طلق ثلاثا عاصيا]

وإنما قلنا إنه يكون عاصيا بذلك خلافا للشافعى فى قوله أنه مباح^(١) لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ... إلى قوله : لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ﴾^(٢) فندبنا إلى الطلاق الرجعي ليكون للمطلق سبيلا إلى تلافي ندم إن وقع منه ثم وصفه بما يقتضى الإثم فقال : ﴿ ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾^(٣) فدل على ما قلناه ، وفى حديث ابن عمر / قال أرايت لو طلقته قال : (إذن بانت منك وعصيت ربك)^(٤) ، وروى عن محمود بن لبيد^(٥) قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال : (يلهب بكتاب الله وأنا بين أظهركم)^(٦) ، ولأنه إجماع الصحابة وروى عن عمر وعثمان وعلى وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعمران بن حصين^(٧) ، ولا مخالف عليهم فيه ، ولأنه سبب يحرم البضع به فعله من غير حاجة فكان ممنوعا كالظهار ولا يدخل عليه الطلقة قبل الدخول ولا الثانية لأن ذلك من حاجته .

فصل [٧ - فى كون لا رجعة فى الطلاق الثلاث]

وإنما قلنا لا رجعة فى الطلاق الثلاث لأنه لم يبق له من الطلاق شيء فالرجعة هى ردها إلى النكاح فلا يجوز أن يملك نكاحا لا يملك الطلاق فيه ، وإنما قلنا لا يحل له العقد عليها حتى تنكح زوجا غيره لقولنا تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾^(٨) ، وللاجتماع على ذلك^(٩) .

-
- (١) انظر الأم ١٨٠/٥ ، مختصر المزنى ١٩١ - ١٩٢ ، الاقناع ١٤٨ .
 - (٢) سورة الطلاق الآية ١ . (٣) سورة الطلاق الآية ١ .
 - (٤) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٦٠٥) .
 - (٥) محمود بن لبيد : بن عقبة بن رافع الأوسي الأشجلى ، أبو نعيم - المدنى ، صحابي صغير ، مات سنة ست وتسعين وله تسع وتسعون سنة (تقريب التهذيب ٥٢٢) .
 - (٦) أخرجه النسائي فى الطلاق باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ ١١٦/٦ .
 - (٧) أخرج هذه الآثار الموطأ ٥٥٠/٢ ، البيهقى ٢٣٠/٧ - ٢٣٢ .
 - (٨) سورة البقرة الآية ٢٣٠ .
 - (٩) انظر الاجماع ١٠٢ ، فتح البارى ٣٠٦/٩ .

وإنما قلنا إنما لا تحل بعقد ولا بملك لعموم الظاهر، ولأن الوطء بالملك تابع للعقد النكاح إذ النكاح هو الأمل المقصود بالاستباحة فإذا لم يجسب بالنكاح لم يجب بالملك .

فصل [٨ - نكاح المحلل]

وإنما قلنا إن النكاح المحلل لا يصح^(١) خلافا لأبي حنيفة والشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم : (لعن الله المحلل والمحلل له)^(٢) وهذا يفيد حظره، ولأنه عقد معاوضة واقع على وجه يستحق عاقده به اللعن فوجب أن يكون فاسداً أصله نكاح ذوات المحارم ، وإذا ثبت أنه فاسد لم تحل للزوج الأول، وروى ابن عباس قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحلل فقال : (لا إلا نكاح رغبة ، لا نكاح دلسة ولا استهزاء بكتاب الله عز وجل)^(٤)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (ألا أخبركم بالتيس ؟) قالوا بلى ، قال : (هو المحلل)^(٥) ، ولأنه إجماع الصحابة وروى عن عمر وعثمان وعلى وابن عمر وابن عباس^(٦) ولا مخالف لهم .

فصل [٩ - فى أن وطء الثانى شرط فى عودها الى الأول]

وإنما قلنا إن وطء الثانى شرط فى عودها إلى الأول لقوله صلى الله عليه وسلم للتي أرادت الرجوع إلى من طلقها ثلاثاً : (لا حتى تذوق عسيلته)^(٧)، ولأن الغرض من ذلك عقوبته على ركوب المعصية وتعديده ما جعل له، وأن يعلم أنه متى عاد إلى ذلك لم يكن له سبيل إلى العود إلا على هذه الصفة وليس ذلك إلا فى الوطء لأن مجرد العقد لعقوبة فيه .

(١) انظر الموطأ ٥٣١/٢ - ٥٣٢ ، التفريع ٦١/٢ - ٦٢ ، الرسالة ١٩٨ ، الكافى ٢٣٨ - ٢٣٩ .

(٢) انظر مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٥٨/٣ ، الأم ٢٤٨/٥ - ٢٤٩ .

(٣) أخرجه النسائى فى الطلاق باب إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التقليل ١٢١/٦ ، والترمذى فى النكاح باب ما جاء فى المحلل له ٤٢٧/٣ ، وقال حسن صحيح ، وأحمد ٤٤٨/١ .

(٤) أخرجه الحاكم فى المستدرک ١٦٩/٢ ، وقال على شرط الشيخين .

(٥) أخرجه ابن ماجه فى النكاح باب المحلل والمحلل ٦٢٣/١ ، وفى اسناده مسرح بن هاعان يخطئ ويخالف .

(٦) انظر الموطأ ٥٣١/٢ ، البيهقى ٢٠٨/٧ - ٢٠٩ ، عبد الرزاق ٢٦٥/٢ - ٢٦٩ .

(٧) أخرجه البخارى فى الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث ١٦٤/٦ ، ومسلم فى ==

فصل [١٠ - وطء المطلقة ثلاثا بالملك لا يحلها]

وإنما قلنا إن وطأها بالملك لا يحلها للمطلق بملك ولا بعقد خلافا لمن أجازها (١) لقوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ (٢) فشرط في ذلك النكاح ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (لا إلا نكاح رغبة) (٣) ، ولأن الوطء بالملك أضعف .

فصل [١١ - منع التحليل بالوطء الواقع على الوجه المحظور]

وإنما قلنا إن الوطء الواقع على وجه محظور لا يقع به التحليل خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٤) ، لأنه شرط في رباحتها للأول لا يقوم غيره مقامه فلم يقع الإباحة به متى فعل على وجه محرم في الشرع لحق الله تعالى أصله العقيد .

فصل [١٢ - التحليل بنكاح فاسد]

وإذا وطئها في نكاح فاسد لم تحل به خلافا للشافعي في أحد قوليه (٥) لقوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ (٦) وظاهر ذلك يفيد الصحيح ، ولأنه وطء ولم يصادف سببا مبيحا كالوطء بالشبهة ، ولأن الوطء بالملك أقوى من الوطء في النكاح الفاسد لأن الواطء بالملك مباح وفي النكاح الفاسد محظور ، وإذا لم تقع الإباحة به كانت بأن لا تقع بالفاسد أولى .

فصل [١٣ - في أن الاعتبار في النكاح بقصد النكاح دون

المطلقة ثلاثا]

وإنما قلنا إن الاعتبار بقصد النكاح دونها لأن العقد للنكاح وهي على استيفاء المنافع فإذا لم يقصد هو الاستباحة لنفسه انتفى قصد (٨) الاستباحة لغيره فقد قصد التحليل للأول لا غيره ، ولأن قصد التحليل من غير من يملك الطلاق لا اعتبار به أصله الأجنبي .

- النكاح باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ١٠٥٥/٢ +
(١) جاء في المغني : أنه يحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل
(المغني ٦/٦٤٩) .
(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٠ . (٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٠٨) .
(٤) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٥٨/٣ ، الأم ٥/٢٤٨ - ٢٤٩ .
(٥) انظر الأم ٥/٢٤٩ ، مختصر المزني ١٩٧ .
(٦) في م : عز وجل . (٧) سورة البقرة الآية ٢٣٠ .
(٨) في : بقصده .

باب [طلاق السنة وطلاق البدعة]

والطلاق ضربان: طلاق سنة وطلاق بدعة ، وفائدة وصفنا له أنه طلاق سنة أنه أوقع على الوجه الذى ندب المشرع إيقاعه، وفائدة وصفه بأنه للبدعة وقوعه على الوجه الذى منع الشرع إيقاعه عليه ويتعلق بذلك ضرب ثالث وهو طلاق لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة وهو أن يكون جائزا فليس كل الأحوال فإذا ثبت هذا فالسنة والبدعة يرجعان إلى أمرين إلى الوقت والعدة :

فأما الوقت فإن السنة فيه: أن تطلق المرأة التى تحيض فى طهر لم تمس فيه وألا يكون تاليا لحيض طلقت فيه ، فأما العدد فإن يطلق واحدة ثم يتركها تمضى فى العدة ثم لا يتبعها طلاقا ومتى انخرم من هذه الأوصاف شيء كان للبدعة دون السنة ، فإن طلقها حائضا أو نفساء أو فى طهر قد مس فيه ثلاثا أو اثنتين فى كلمة واحدة أو مفترقا قاصدا ذلك فى ابتدائه أن يفرقه على عدد أقراها فكل ذلك للبدعة .

وطلاق الحائض والنفساء محرم ويلزم إن وقع فإن كان رجعيا أجبر على الارتجاع وإمساكها إلى أن تظهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق ، ولا يطلق فى الطهر المتعقب للحيض الذى طلق فيه فإن فعل نفذ ولم يجبر على الارتجاع إن لم يرتجع حتى طهرت من الحيض المطلق فيه أجبر إلى أن تنقضي العدة عند ابن القاسم، ويقطع الاجبار عند أشهب لمجيئ الطهر الثانى الذى أبيح الطلاق فيه ويؤمر بالارتجاع إن طلق فى طهر قد مس فيه ولا يجبر عليه ، فأما الذى لا يوصف بأنه سنة ولا بدعة فطلاق الصغيرة واليايسة لأنه مباح إيقاعه أى وقت شاء ، وهذا إذا رجع به إلى الوقت فأما إن رجع به إلى العدد فلا تنفك مطلقة من أن يكون / [١٧/أ] طلاقها لأحد الأمرين .

وفى طلاق غير المدخول بها حائضا روايتان : الجواز والمنع فعلى رواية المنع يوصف طلاقها فى الطهر بأنه للسنة ولا يوصف بذلك على

رواية الجواز لأن الأوقات تتساوى فيه كالضغيرة والياثسة، ويطلق الحامل أي وقت شاء وتلحق بالضرب الثالث ويخرج في طلاقها حال حيضها روايتان بناء على التي لم يدخل بها (١) .

فصل [١ - طلاق السنة يكون في طهر]

وإنما شرطنا في كونه للسنة أن يكون في طهر لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ (٢) فندب تعالى إلى أن يوقع الطلاق في حال تعدد فيها وذلك حال الطهر، وفي حديث ابن عمر أنه طلق امرأته عائفا فذكر عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء) (٣) فأخبر أنها حال الطهر، ولأن طلاق الحائض محرم بإجماع (٤) وما كان محرماً لا يكون للسنة .

فصل [٢ - في الطهر الذي لم يمسه فيها]

وإنما شرطنا أن يكون الطهر لم يمسه فيه لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ (٥) وقرأها ابن عمر (لقبيل عدتهن) (٦) ، وفي حديث ابن عمر (ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء) (٧) ، ولأنه إذا وطئها في ذلك ثم طلقها ألبس عليها في العدة لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع وقد لا تحمل فتعتد بالاقرار فكره له ذلك، ولأنها قد تحمل فيلحقه (٨) الندم .

فصل [٣ - طلاق السنة لا يكون في الطهر التالي للحیضة]

وإنما شرطنا أن يكون في طهر شأن دون الطهر التالي للحیضة التي طلقت فيها لقوله صلى الله عليه وسلم : (مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك) (٩) ، ولأننا لما أجبرناه على

(١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٦٦/٢ - ٧٠ ، التفريع ٧٣/٢ - ٧٥ ،

الرسالة ٢٠١ - ٢٠٢ ، الكافي ٢٦٢ - ٢٦٤ .

(٢) سورة الطلاق الآية ١ . (٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٠٤) .

(٤) انظر المحلى ٤٤٩/١١ ، فتح الباری ٢٨٩/٩ ، شرح مسلم ٢٤٧/٦ .

(٥) سورة الطلاق الآية ١ .

(٦) روي ذلك عن ابن عباس (تفسير الطبري ١٢٩/٢٨) .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٠٤ (٨) في ق : يليها ٠٠ .

(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٠٤ .

الارتجاع نظرا لها وجب^(١) أن ينظر له أيضا بأن يكون له حظ في الرجعة من الاستمتاع، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر التالي للحيض لم يطلق فيه على ما بيناه ثم يتعقبه الحيض فإذا ظهرت منه جاز له الطلاق .

فصل [٤ - بدعة الجمع بين ثلاثة تطليقات]

وإنما شرطنا أن يطلق واحدة لأن الجمع بين ثلاث تطليقات أو اثنتين بدعة على ما بيناه، وإنما منعنا أن يتبعها طلاقا آخر في العدة أو يقصد تفريقه على الأقراء، خلافا لأبي حنيفة في قوله أن طلاق السنة أن يطلق ثلاثا مفترقات في كل قرء طلقة^(٢)، لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾^(٣) وهذا طلاق لا يوجب عدة فكان مميّزا، ولأن كل طلاق لا يوجب عدة في المدخول بها فإنه للبدعة أهله إذا أتى به قبل مجيء القرء الثاني، ولأنه مطلق ثلاثا من غير حاجة كالذي يطلق ثلاثا في كلمة واحدة .

فصل [٥ - في تحريم طلاق الحائض]

وإنما قلنا إن طلاق الحائض محرم لقوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾^(٤) وحال الحيض ليست حال عدة ولا طلاق للموقع فيه باتفاق، ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر لما طلق امرأته : (مسيئره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء)^(٥) فأمر بارتجاعها على طريق العقوبة، وأخبر بأن حال الطهر هي حال العدة التي أمر بالطلاق فيها، ولأن فيه تطويلا على المرأة في العدة وأذية لها ولا خلاف في ذلك .

فصل [٦ - لسزوم طلاق البدعة]

وإنما قلنا إنه محرم ويلزم إن وقع رجعيّا كان أو بائنا خلافا لمن قال أنه لا ينفذ^(٦) لقوله على الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه (مره

(١) في م : رغب .

(٢) انظر مختصر الطحاوى ١٩٢ - ١٩٤ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني

٣٨/٣ - ٣٩ .

(٣) و(٤) سورة الطلاق الآية ١ . (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٠٤ .

(٦) لم يخالف في وقوعه ونفوذه إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر

عن ابن عليه وهشام بن الحكم والشيعة (انظر المغنى ١٠٠/٧) .

فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك (١) وإن شاء طلق فذلك . العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء (٢) وفى حديث آخر أفترعتد بها ؟ قال (نعم) ، وإن ابن عمر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أرأيت لو طلقها ثلاثا ؟ ، قال إذن بانست منك وعصيت ربك) (٣) وفى هذه الأخبار أدلة : أحدها الأمر بالمراجعة ولا تكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه ، والثانى قوله أفترعتد بها ؟ قال نعم ، والثالث قول ابن عمر : أرأيت لو طلقها ثلاثا ؟ يعنى فى الحيض قال : إذا بانست منك وعصيت ربك (٤) وهذا نص ، ولأنها حال زوجية كالطهر ، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فلم يختص وقوعه بزمان دون زمان كالعتق ، ولأنها حال منع الطلاق فيها لحق المرأة فلم يمنع ذلك نفوذه إذا وقع كالطهر الذى مس فيه (٥) .

فصل [٧ - إجبار المطلق على الارتجاع]

وإنما قلنا انه إن كان رجعيا أجبر على الارتجاع خلافا للشافعي وأبي حنيفة (٦) لقوله صلى الله عليه وسلم : (مره فليراجعها حتى تطهر) (٧) وهذا على وجوبه . ولأنه لما طوّل عليها وأضر بها مع نهيه عن ذلك عوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها .

فصل [٨ - فى عدم إجبار المطلق فى طهر قد مس فيه]

[على الرجعة]

وإنما قلنا إن المطلق فى طهر قد مس فيه لا يجبر على الرجعة لأنه مطلق للعدة فلا يوجد فيه التطويل على المرأة كما يوجد فيمن طلق حال الحيض .

- (١) بعد ذلك : سقطت من م . (٢) سبق تخريج الحديث فى الصفحة ٦٠٤
 (٣) سبق تخريج الحديث فى الصفحة ٦٠٥ (٤) ما بين قوسين سقط من ق .
 (٥) فى ق : الذى ليس فيه .
 (٦) مختصر الطحاوى ١٩٢ ، الأم ١٨١/٥ ، مختصر المزنى ١٩١ .
 (٧) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٦٠٤) .

فصل [٩ - فى وجه قول ابن القاسم على أنه يجبر على الارتجاع]

ووجه قول ابن القاسم إنه إذا لم يراجع حتى طهرت من الحيض (١) الشانى بعد الذى طلقت فيه أنه يجبر على الارتجاع ما بقيت العدة قوله صلى الله عليه وسلم : (مره فليراجعها) (٢) فأطلق ولم يقيد، ولأن العدة باقية أصله ما لم تظهر الطهر الشانى ، ووجه قول أشهب إنما قد صارت إلى حال لو أراد ابتداء إيقاع الطلاق فيها لكان ذلك له فلا معنى للجبرار على الارتجاع مع إباحة الطلاق .

فصل [١٠ - طلاق الصغيرة واليايسة أي فى وقت شاء]

وإنما قلنا إنه يطلق الصغيرة واليايسة أي وقت شاء لأن أوقاتها متساوية فيؤمن فيهما ما يخاف على الحائض والنفساء والطهر الذى قد مس فيه / لأنهما إن كانتا مدخولا بهما فقد قال تعالى : ﴿ فطلقوهن من لعدتهن ﴾ (٣) وهذا طلاق للعدة وإن كانتا غير مدخول بهما فقد قال تعالى (٤) : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ﴾ (٥) فأطلق، ولأنه ليس فى ذلك تطويل فى عدة ولا إلباس فجاز فى كل وقت .

فصل [١١ - هل يوصف طلاق الصغيرة واليايسة بأنه للسنة]

أو البدعة ؟

وإنما قلنا إن طلاقها لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة من حيث الوقت لأن الوصف بذلك يتضمن كون المطلقة ممن يتأتى فيها الأمران فيقع كل واحد منهما بدلا من صاحبه، فأما من لا تختلف الأوقات عليها فلا حال لها للسنة ولا بدعة، فأما من حيث العدد فإنه يصبح فيه لأنه إن طلق (٦) واحدة كان للسنة وإن جمع بين ثلاث أو اثنتين كان للبدعة على ما بيناه .

- | | |
|-----------------------------|--------------------------------------|
| (١) فى م : فى حال الحيض . | (٢) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٦٠٤) |
| (٣) سورة الطلاق الآية ١ . | |
| (٤) تعالى : سقطت من ق . | |
| (٥) سورة البقرة الآية ٢٣٦ . | |
| (٦) فى م : إذا طلق . | |

فصل [١٢ - فى طلاق غير المدخول بها حائضا]

ووجه القول بأن طلاق غير المدخول بها حائضا جائز أنها حال
لا يلحقها ضرر بالطلاق فيها فجاز ذلك اعتبارا بحال الطهر، ووجه المنع أنه
طلاق فى الحيض فأشبه طلاق المدخول بها .

فصل [١٣ - فى طلاق الحامل والمستحاضة أى وقت شاء]

وإنما قلنا يطلق الحامل أى وقت شاء لقوله صلى الله عليه وسلم:
(أو حاملا قد استبان حملها) (١) فأطلق ولأنها معتدة فى الحال لأن عدتها
وضع الحمل والتخريج فى طلاقها حال حيضتها على ما ذكرناه ، ويطلب
المستحاضة أى وقت شاء لأنها مطلقة للعدة فى طهر لم تمس فيه كالتى
ليست بمستحاضة وعدتها سنة إذا لم تميز لأن الاستحاضة ريبة فإن تحققت
التمييز بين الوقتين اعتدت بالاقراء .

(١) أخرجه مسلم فى الطلاق باب تحريم طلاق الحائض ١٠٩٥/٢ .

باب [طلاق المغير والمجنون وغيرهما]

ولا طلاق لمن لم يبلغ الحلم ولا لمجنون حال جنونه (١) لقوله صلى الله عليه وسلم : (رفع القلم عن ثلاث : فذكر المصبي حتى يحتلم (٢) والمجنون حتى يفيق (٣) ، ولأنه إزالة ملك كالعتق، ولأنه لا يصح نكاحه فلم يصح طلاقه اعتباراً لأحد الطرفين بالآخر .

فصل [١ - طلاق السكران]

طلاق السكران لازم (٤) خلافاً لمن ذهب إلى نفيه (٥) لأن أحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية عليه كالقود إذا قتل ، والبحد إذا زنى أو قذف، ووجوب قضاء الصلاة فكذلك الطلاق، ولأن كل من يحد إذا أوجد لفظ القذف منه فإنه إذا طلق نفذ طلاقه كالصاحي، ولأنه حال لا تمنع حد القذف فلم تمنع نفاذ الطلاق كحال الصحو، ولأن كل حال يلزمه قضاء الملوات المتروكة وحد القذف فيها لزمه الطلاق الموقع فيها أصله المحو (٦) .

فصل [٢ - طلاق المكره]

طلاق المكره غير واقع (٧) خلافاً لأبي حنيفة (٨)، لقوله صلى الله عليه وسلم : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٩) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا طلاق في إغلاق) (١٠) قال أبو عبيد (١١)

- (١) انظر المدونة ١٢٧/٢ التفريع ٧٥/٢، الرسالة ٢٠٤ الكافي ٢٦٢ .
- (٢) في م : حتى يبلغ . (٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٢٥)
- (٤) انظر المدونة ١٢٧/٢ - ١٢٩ ، التفريع ٧٥/٢ ، الكافي ٢٦٢ .
- (٥) وهو قول عثمان رضي الله عنه، ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعه ويحيى الأنصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبو شور والمزني وأحد قولي أحمد (المغني ١١٥/٧) .
- (٦) في ق : الصحة .
- (٧) انظر المدونة ١٢٩/٢ ، التفريع ٧٥/٢ ، الكافي ٢٦٢ .
- (٨) انظر مختصر الطحاوي ١٩١ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٤٥/٣ .
- (٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة (١٠٧)
- (١٠) أخرجه أبو داود في الصلاق باب الطلاق على غيظ ٦٤٢/٢ ، وابن ماجه في الطلاق باب طلاق المكره والناسي ٦٦٠/١ والحاكم ١٦٨/٢ وقال على شرط مسلم .

(١١) انظر غريب الحديث - لأبي عبيد -

هو الاكراه، واعتباراً به إذا أكره على الاقرار بالطلاق بعلة أنه لفظ لو عري من الاكراه لزم به الطلاق فلم يلزم مع الاكراه، ولأن كل حال لم يثبت معها حكم الاقرار بالطلاق لم يثبت معها حكم الايقاع كالجنون والمفسر .

فصل [٣ - فى طلاق النائم والمبرسم والمريض الهاذى]

(١) طلاق النائم والمبرسم والهاذى فى غمرة المرض لا يلزم لأنهم فى معنى المغلوب بالجنون (٢) .

فصل [٤ - من تزوج ونسي وحلف بالطلاق]

ومن تزوج ثم نسي فحلف بالطلاق فحنث فإن الطلاق يلزمه لأنه طلاق من مكلف صادق زوجية فوجب نفوذه أصله العمدة (٣) .

فصل [٥ - فى عقد الطلاق قبل الزواج]

عقد الطلاق قبل الزواج على ضربين: إن بقي معه ما لا يسد على نفسه طريق الاباحة (٤) به صح ولزم ذلك نحو أن يعين بلداً بعينه أو قبيلة بعينها أو امرأة بعينها أو نوعاً من النساء معيناً أو صفة مخصوصة منهن مثل أن يقول كل امرأة يتزوجها من العراق أو من العجم، أو كل بكر أو كل سوداء أو كل من لها ولد أو ما أشبه ذلك، وكذلك إن عم أو خص أجلاً بعينه يبلغه عمره كالسنة وفي السنتين على حسب عمره وقت اليمين فإن لم يبق لنفسه شيئاً بل عم وسد طريق الاباحة بهذا النوع جملة لم ينفذ طلاقه ولم ينعقد يمينه وكان له أن ينكح من غير حنث يلزمه (٥) .

- (١) المبرسم : هو الرجل إذا أخذ البرسام - بالكسر - وهو داء معروف وقيل أنه ورم حار يعرض للحجاب الذى بين الكبد والمعوي ثم يتصل بالدماع (انظر المصباح المنير ٤٢ ، المغرب ٤٢) .
- (٢) انظر المدونة ١٢٧/٢ - ١٢٩ ، التفريع ٧٥/٢ ، الكافي ٢٦٢ .
- (٣) انظر المراجع السابقة . (٤) فى م : الاستباحة .
- (٥) انظر المدونة ١٢٦/٢ - ١٢٧ ، التفريع ٨٢/٢ - ٨٦ ، الكافي ،

فصل [٦ - فى لزوم الطلاق مع التعيين]

وإنما قلنا إذا عين يلزمه خلافا للشافعي^(١) فى قوله لا يلزمه على كل وجه^(٢)، لقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣)، ولأنه أضاف الطلاق إلى حال يملك فيها ابتداءً إيقاعه فصح ذلك اعتباراً به إذا أضافه حال الملك، مثل أن يقول لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ولأنه معنى يصح مع الجهل والغرر فجاز عقده بشرطة ملكه فى ثانی حال أصله الوصية والشذر .

فصل [٧ - لا يلزم الطلاق إذا عمم]

وإنما قلنا لا يلزم إذا عم خلافا لأبي حنيفة^(٤) لقوله عز وجل : ﴿لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾^(٥)، ولأنه سد على نفسه طريق استباحة البضع فوجب أن يلزمه لأن فى ذلك تعريض نفسه للزنا وما أدى إلى ذلك فهو ممنوع^(٦)، أصله عدم الحر لمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأمة لأنه لو لم يجر ذلك لأدى إلى التعريض للزنا كذلك فى مسائلنا .

فصل [٨ - إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها]

إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها ودخل بها فلها المهر المسمى لا زيادة عليه^(٧)، وقال أبو حنيفة لها مهر ونصف^(٨)، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يخلوا أن يكون بهذا الوطء زانياً أو واطئاً بشبهة العقد الأول ولا يجوز أن يكون زانياً لأنه كان يجب أن يكون عليه الحد وليس ذلك بقول أحد، ولأن الحد والمهر لا يجتمعان عندهم، وإن كان واطئاً بشبهة العقد الأول لم يلزمه إلا مهر واحد اعتباراً بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطئ فيها .

(١) انظر الأم ١٨٣/٥ - ١٨٤، مختصر المرنى ١٩١ - ١٩٣، الاقناع ١٥١ .

(٢) فى م : على كل حال . (٣) سورة المائدة الآية ١ .

(٤) انظر مختصر الطحاوى ١٩٨ - ١٩٩، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٣٨/٣ .

(٥) سورة المائدة الآية ٨٧ . (٦) فى م : فموضوع .

(٧) انظر التفريع ١٠٩/٢، الكافي ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٨) انظر مختصر الطحاوى ٢٠٣، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٤٦/٣ .

فصل [٩ - تعليق الطلاق بصفة]

إذا علق الطلاق بصفة لم يقع إلا بوقوعها (١) كقوله إذا دخلت الدار

أو كلمت زيدا أو لبست هذا الثوب أو ما أشبه ذلك مما يمكن أن يقع أو أن لا يقع

إن / علقه بأجل تنجز (٢) في الحال وحصر هذا الباب : أن ما تعلق الطلاق بوقوعه على ثلاثة أضرب: منه ما يجوز أن يقع أو يجوز أن لا يقع ولا يغلب فيه (٣) على أحد الأمرين كدخول الدار أو قدوم زيد فهذا يقف طلاقه على حصوله من غير خلاف (٤) .

ومنه ما لا بد من وقوعه كمجيئ الشهر والسنة وهذا يتنجز عندنا (٥)

خلافًا للشافعي وأبي حنيفة (٦) ، لأن تأجيله يقتضي توقيت استباحة الوطء بمدة يحرم عند مجيئها وذلك غير جائز اعتبارًا بنكاح المتعة .

ومنه ما يغلب فيه الوقوع ويمكن أن يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل

ومجيئ الحيض والطهر فهذا النوع فيه روايتان (٧) : إحداهما تنجز الطلاق الموقع فيه ، والأخرى تأجيله ، فوجه التنجيز اعتبار لغالب بالمتحقق لأن ذلك غالب الأصول كمنع المريض من أكثر من ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه الخوف وما أشبهه من نظائره ، وكذلك الاستئصال في النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث أجرى مجرى التحقيق (٨) ، ووجه التأجيل اعتباره بما يمكن أن يكون ويمكن أن لا يكون كدخول الدار وكلام زيد .

فصل [١٠ - في تعليق الطلاق بالمشيئة]

تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب (٩) : منه تعليق بمشيئة الله

تعالى فهذا لا ينفي وقوع الطلاق ولا يؤثر فيه أصلا على أي وجه كان من

(١) في ر : ببلوغه . (٢) في ر : فينجز .

(٣) فيه : سقطت من ق .

(٤) انظر بداية المجتهد ٤٦/٧ - ٤٧ ، المفنى ١٨٦/٧ .

(٥) انظر التفريع ٨٣/٢ - ٨٤ ، الكافي ٢٦٦ - ٢٦٧ .

(٦) انظر مختصر الطحاوى ١٩٨ - ١٩٩ ، الأم ١٨٤/٥ .

(٧) انظر المدونة ١١٦/٢ - ١١٩ ، التفريع ٨٤/٢ ، الكافي ٢٦٦ .

(٨) في م : المحقق .

(٩) انظر المدونة ١٢٢/٢ ، التفريع ٨١/٢ ، الكافي ٢٦٨ .

إرادة الشرط به أو الاستثناء ، ومنه تعليق بمشيئة من يصح منه مشيئته ويتوصل إليها كزيد وعمرو ، ومشيئة المطلقة نفسها وهذا يقع على وجود المشيئة المعلق بها ، ومنه تعليق الطلاق بمن لا مشيئة له أو لا حكم لمشيئته كالحجر والجمادات أو الصبي والمجنون وغيره ، فيه خلاف قليل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون يخرجان عن هذا .

فصل [١١ - في عدم تأشير قوله إن شاء الله في الطلاق]

وإنما قلنا إن قوله إن شاء الله لا يؤثر في رفع الطلاق خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(١) ، لأنه لو أثر في ذلك لم يخل أن يكون تأشير من حيث الشرط أو الاستثناء ، فإن كان من حيث الشرط فلا يصح لأنه لا يخلو أن يكون لنا سبيل إلى العلم بحصوله أو لا سبيل لنا إلى ذلك ، فإن كان لنا سبيل إلى ذلك وقف الأمر عليه وليس هذا مذهبهم لأنهم لا يترقبون شيئا ويقطعون بانتفاء الطلاق ، ولأنه لا شيء يترقب ، وإن كان لا سبيل لنا إلى العلم به فتعلق^(٢) الطلاق به هزل ومبث كقوله أنت طالق إن كان الله^(٣) قد خلق اليوم في قعر البحر القلزم^(٤) حوتا طوله كذا وكذا ذراعا وغير ذلك مما لا سبيل إلى العلم به ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : (ثلاث هزلن جد وجدهن جد : فذكر الطلاق)^(٥) ، وإن كان من حيث الاستثناء فلا يصح أيضا لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها وقوله : أنت طالق إيجاب في إيقاع^(٦) فلا مجال للاستثناء فيسهل لأن الاستثناء معنى يحل اليمين المنعقدة كالكفارة وقد ثبت أنه لا مدخل للكفارة في الطلاق فذلك الاستثناء ، ولأن الكفارة أقوى لأنها تؤثر متصلة ومنفصلة والاستثناء

(١) انظر مختصر الطحاوي ١٩٩ ، مختصر المزني ١٩٤ .

(٢) في م : فتعلق . (٣) في ق : إن شاء الله .

(٤) البحر القلزم : المكان الذي غرق فيه فرعون وآله وهو ما يعرف

اليوم بالبحر الأحمر (معجم البلدان ٢٨٧/٤) .

(٥) أخرجه أبو داود في الطلاق باب في الطلاق على الهزل ٦٤٣/٢ ، وابن

ماجة في الطلاق باب من طلق أو نكح ٦٥٨/١ ، والترمذي في الطلاق باب

ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ٤٩٠/٣ وقال حديث حسن غريب وقال

الحاكم صحيح الاسناد ١٩٨/٢ .

(٦) في ق و ر : إيجاب وإيقاع .

لا يوثر إلا متصلاً فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق فلا استثناء أولى، ولأنه استثناء في طلاق يرفع جميعه في الحال والمآل فوجب أن لا تعمل فيه كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً .

فصل [١٢ - إذا استثنى عدداً من الطلاق]

إذا استثنى عدداً من الطلاق فإن بقي منه شيء صح استثناءؤه كقوله أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو إلا اثنتين، لأنه في الأول يطلق اثنتين وفي الثانية يطلق واحدة ولا فرق بين استثناء قليل من كثير أو كثير من قليل، وإن لم يبق شيئاً لم يصح وكان رجوعاً لا استثناء كقوله واحدة ، أو إلا واحدة ، أو اثنتين إلا اثنتين أو ثلاثاً إلا ثلاثاً فإن قال طالق أربعاً إلا ثلاثاً (لم يصح وكان رجوعاً وطلقت ثلاثاً لأن ما زاد على الثلاث لغو كانه قال ثلاثاً فيرد استثناء) (١) ثلاث على ثلاث فلا يصح (٢) .

فصل [١٣ - في الاشتراط بمشيئة زيد]

وإنما قلنا إن الاشتراط بمشيئة زيد يصح ممن تصح مشيئته ويتوصل إلى العلم بها فكان كسائر الشروط كقوله: إن دخلت الدار وما أشبهه .

فصل [١٤ - القول في لزوم الطلاق في الحجر وغيره]

ووجه القول في الحجر وغيره إن الطلاق يلزمه أنه هزل، ووجه نفي اللزوم عدم الشرط الذي علق الطلاق به والأول أصح .

فصل [١٥ - صريح الطلاق وكناياته]

الطلاق يقع بالنطق وبعمل الجارحة وإن لم يقارنه نطق، وفي وقوعه بمجرد عقد القلب خلاف (٣) فأما النطق فضرمان صريح وكناية :

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) في جملة هذه الأحكام انظر المدونة ١٢١/٢ - ١٢٢ ، التفريع ٧٥/٢ ،

الكافي ٢٦٨ .

(٣) انظر التفريع ٧٨/٢ ، الكافي ٢٦٥ .

فالصريح ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كقوله^(١) : أنت طالق وأنت الطلاق وأنت مطلقة ، وقد طلقتك والطلاق بها لازم ، وقد أوقعت عليك الطلاق ، وأنا طالق منك وما أشبه ذلك مما ينطق فيه بالطلاق وكل هذا صريح فإن قرنه بذكر عدد وقع من العدد ما قرنه به واحدة أو اثنتين أو ثلاثا كذلك إن نواه به ولم ينطق به وإن أطلق فقال : أنت طالق أنت طالق^(٢) أو مطلقة وقال لم أرد شيئا فالظاهر واحدة إلا أن يريد الثلاث .

والكناية ضربان : كنايات ظاهرة وكنايات مجملة^(٣) غير ظاهرة فالظاهرة هي ما جرى العرف بأن يطلق بها في اللغة والشرع مثل قوله : أنت خلية أو برية وبائن وبنة وبته وملك على غاربك ، وأنت حرام وأنت علي كالميتة والدم ولحم الخنزير ، وكذلك الغراق والسراح واعتدى ، هذه الألفاظ إذا وردت على المدخول بها ابتداء أو عند سؤالها الطلاق كانت طلاقا ثلاثا ولا يقبل منه أنه لم يرد بها طلاق ولا أنه أراد ما دون الثلاث إلا في قوله اعتدى إلا أن يكون على وجه الخلع فيقبل منه ما يدعيه من الطلاق أو يدعي أنه لم يرد طلاقا أصلا وقد تقدمها / كلام يصلح أن يكون جوابا عنه على ما أدمعنا ، نحو أن يكون قد حبسها في دين له عليها فتسأله التخلية من حبسها فيقول أنه مخلاة أو قد خلّيتك ، وكذلك إذا دفع إليها دنائير وقال : اعتدى وأراد الدنانير فيقبل منه ، وكذلك لو قرن^(٤) الصريح بما يفيد هذا المثل أن تكون موثقة قدم^(٥) أو قيد فتقول : أنت طالق يريد من الوثاق فيقبل منه ، فأما إن وردت هذه الألفاظ على غير مدخول بها فإن قال لم أرد بها شيئا فالظاهر أنها ثلاث فإن ادعى في غير البتة أنه أراد دون الثلاث قبل منه ، وفي البتة خلاف عنه وكذلك في الغراق والتخلية في المدخول بها .

فأما الكنايات المحتملة فمثل قوله : أذهب وانصرفي وأخرجني وأمرني فهذا يقبل منه ما يدعيه أنه أراد به من طلاق وغيره من قليل

(١) في م : مثل قوله . (٢) أنت طالق : سقطت من م

(٣) في ر : محتملة (٤) في ر : فارق

(٥) قدم : سقطت من ق و ر

العدد وكثيره ، وضرب ثالث من النطق وهو ما^(١) ليس من ألفاظ الطلاق ولا
محتملاته مثل قوله اسقنى ماء وما أشبه ذلك فإذا ادعى أنه أراد به
الطلاق فقل: يكون طلاقاً وقيل: لا يكون طلاقاً ، وأما
العمل بالجراحة فنحو أن تسأله الطلاق فيشير إشارة يفهم منها أصابته إلى
سؤالها فإذا قال: أردت الطلاق قبل منه، وكذلك إذا كتب الطلاق بيده وأراد
به الطلاق كان طلاقاً وإن لم يرد به الطلاق وقال أردت
أن أنظر وأفكر فذلك له ما لم ينفذ الكتاب^(٢) ، فأما عقد الطلاق وإيقاعه
بالقلب مجرداً من غير أن يقارنه ببعض ذلك ففيه روايتان: إحداهما وقوعه^(٣)
والأخرى إلا أن ينضم إليه لفظ وما في معناه^(٤) .

فصل [١٦ - فيما تضمن لفظ الطلاق]

وإنما قلنا إن كل ما تضمن لفظ الطلاق كان صريحاً، لأن كل ما يراد
به الطلاق من سائر الألفاظ التي يتلق بها فهي عبارة عنه وكناية وليس
الطلاق كناية عنها ألا ترى أنه إذا قيل له ما الذي أردت بقولك أنت
خلية وبرية وبائن وحرام صح^(٥) أن يقول عبرت به عن الطلاق ولا يصح أن
يقال ما الذي أردت بقولك أنت طالق فيقول أردت أنها خلية وبرية وبائن
لأن ذلك عكس ونقض الأصول .

فصل [١٧ - في الكناية الظاهرة]

وإنما قلنا في الكناية الظاهرة إنه إذا قال : لم أرد به الطلاق
لم يقبل منه^(٦) خلافاً للشافعي^(٧) ، لأن عرف الشرع جارٍ بأن النساء^(٨)
يطلقون بها ابتداءً أو جواباً عن مسألة الطلاق فلا يصدق فيها ينفي
العرف .

(١) ما : سقطت من م . (٢) في ق : الطلاق .

(٣) في و : في .

(٤) في جملة أحكام الطلاق الصريح والكناية وأقسامها انظر الموطن

٥٥٢ - ٥٥٣ ، التفريح ٧٤/٢ ، الرسالة ٢٠٢ ، الكافي ٢٦٤ - ٢٦٥ .

(٥) في م : صلح .

(٦) وهذا على المشهور في المذهب (انظر الفواكه الدواني ٢٧/٢)

(٧) انظر مختصر المزن ١٩٢ - ١٩٣ ، الاقناع ١٤٦ .

(٨) في م : الناس .

وإنما قلنا إنه لا يقبل منه أنه أراد دون الثلاث في المدخول بها خلافا للشافعي^(١)، لأن قوله : أنت حرام وبائن وبته وبتلة وبرية إيقاع الطلاق بهذه الألفاظ كأنه قال : أنت طالق طلاقا تحرمين به عليّ وتبينين به عني^(٢) وتنبت العصمة به بيني وبينك وأخلوا به من زوجتك ويبسرا أحدنا من الآخر وهذا لا يكون في المدخول بها إلا ثلاثا إلا على وجه الخلع، فإذا قال في غير الخلع أردت به ما دون الثلاث كان كما لو قال أنت طالق ثلاثا وقال أردت واحدة لأن الرجوع في الصفة كالرجوع في العدد، وكذلك قلنا في غير المدخول بها أنه يقبل منه لأنه يصح منه هذه المعاني لما دون الثلاث، وإن لم ينو ذلك فالظاهر هو الثلاث في الجميع على ما بيناه لأنها ألفاظ مبنية للمبالغة في الفقرة .

فصل [١٨ - في قوله البتة]

ووجه قوله في البتة إنه يقبل منه إرادته ما دون الثلاث في التي لم يدخل بها فلأن المعنى يحصل فيها وهو انبثات العصمة، ووجه القول إنه لا يقبل منه لأن البتة كناية عن الطلاق^(٣) الثلاث فلا ينتفى بإرادته ما دونه .

فصل [١٩ - في قوله أنا منك طالق]

وإنما قلنا إن قوله أنا منك طالق يكون طلاقا خلافا لأبي حنيفة^(٤)، لأن كل لفظ إذا استعمل في الطلاق مضافا إلى الزوجة كان طلاقا فكذلك إذا أضافه الزوج إلى نفسه أصله قوله أنا منك بائن وأنا عليك حرام .

فصل [٢٠ - إذا قال أنت طالق وأراد به ثلاثا]

وإنما قلنا إنه إذا قال أنت طالق وأراد ثلاثا فإنه يكون ثلاثا خلافا لأبي حنيفة في قوله أنها تكون واحدة^(٥)، لقوله صلى الله عليه وسلم:

-
- (١) انظر مختصر المزنى ١٩٢ ، الاقناع ١٤٦ .
 (٢) في ق : علي . (٣) الطلاق : سقطت من م .
 (٤) انظر تحفة الفقهاء ١٨٨/١ - ١٨٩ .
 (٥) انظر مختصر الطحاوى ١٩٧ ، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٤١/٣ .

(وإنما لأمرى ما نوى) (١) ولأن قوله : أنت طالق صيغة (٢) محتملة للعدد قابلة لـ واللفظ المحتمل للشيء إذا نوى به ما يحتمله كان كما نوى به اعتبارا بقوله : أنت الطلاق ويبين احتمالاه للعدد أنه لو صرح به فيه لصح ولا يجوز أن يفسره بما لا يحتمله، ولأن كل لفظ بالطلاق لو صرح فيه (٣) بالثلاث لصح استعماله فيه فكذاك إذا أريد به أصله أنت بائن وأنت الطلاق .

فصل [٢١ - في قوله اعتدى]

وإنما جعلنا قوله اعتدى ابتداءً أنها (٤) من الكنايات الظاهرة خلافاً لأبي حنيفة في قوله لو قال أردت الطلاق لم يقبل منه (٥) ، لأنه الظاهر أنه كناية عن الطلاق وأمر بالأعتداد منه لأنه لو لم يكن كذلك لم يكن بد من أحد أمرين: إما أن يكون مصروفاً إلى غيره وذلك مفتقد (٦) ، وإلى شاهد حال أو سبب يدل عليه ، أو يسقط فلا يكون له حكم وذلك لا سبيل إليه في ألفاظ العقلاء التي لها مقاصد تصلح أن تراد بها فلم يبق إلا ما قلناه .

فصل [٢٢ - الكنايات يقارنها شاهد حال]

وإنما قلنا إن هذه الكنايات إذا قارنها شاهد حال يدل على أنه أراد بها ما يدعيه قبل قوله فيها، لأن العرف يشهد له حينئذ فليس فسى دعوى تكذيب له لأن الصريح أقوى من الكناية و..... أدعى في الصريح خلاف موضوعه في الشرع وهناك شاهد حال يصدقه قبلت دعواه فالكناية أولى .

فصل [٢٣ - الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق]

ووجه قوله في الألفاظ التي لا يصلح أن تكون كناية عن الطلاق أنها تكون

- (١) سبق تخريج الحديث في الصفحة () (٢) في م : صفة .
- (٣) في م : نفيه . (٤) ابتداءً أنها : سقطت من م .
- (٥) انظر مختصر الطحاوى ١٩٥ ، مختصر القدورى - مع شرح الفيدانى ٤١/٣-٤٢ .
- (٦) في م : مفتقر .

طلاقاً بالقصد أنه لفظ قصد به الطلاق / فأشبه ما هو كناية (١)، ولأنه مبني على التغليب والاحتياط ، ووجه الاتفاق على أنه لو ضربها (٢) أو مسها بيده وقال أردت الطلاق أنه لا يكون طلاقاً لأنه لم يأت بصريح الطلاق ولا بكنايته فكذلك ها هنا (٣) .

فصل [٢٤ - كتابة الطلاق باليد]

ورنما قلنا إن كتابة الطلاق باليد تكون طلاقاً إذا نواه خلافاً للشافعي (٤) ، لأن الكتابة مواضعة يعبر بها عما في القلب فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ، وكذلك الإشارة التي يفهم منها الطلاق من الناحية الأخرى .

فصل [٢٥ - الطلاق بالقلب]

فأما الطلاق بالقلب من غير نطق فوجه إيقاعه أن اعتقاد القلب لما كان لا بد منه في وقف إيقاع الطلاق وكان حظ النطق إفهام الغير والتعبير عما في النفس عما جرى الخط والرمز وغير ذلك مما وضع للإخبار عما في النفس وذلك غير مشروط (٥) في الإيقاع كان مجرد الاعتقاد كافياً، ولأنه نسوع تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد، وإن عرى من النطق أصله الكفر، فوجه نفيه قوله صلى الله عليه وسلم : (إن الله تجاوز عن أمته ما حدث به أنفسهما لم تنطق به أو تعمل به) (٦)، ولأنه أحد طرفي العقد فكسبان نطقاً كالنكاح، ولأنه معنى يتعلق به تحريم الوطء فلم يقع بالاعتقاد كالبيع .

فصل [٢٦ - في طلاق التي لم يدخل بها بالواحدة والثلاث]

التي لم يدخل بها تبين بالواحدة لأنه لا رجعة له عليها لانتفاء العدة عنها، ويصح إيقاع الثلاث عليها بلفظ واحد (٧) خلافاً لمن حكى عنه

-
- (١) في م : من كنيات . (٢) في م : أضر بها .
 (٣) في م : هذا . (٤) انظر المذهب ٨٣/٢ .
 (٥) في م : شرط .
 (٦) أخرجه البخاري في الطلاق باب الطلاق في الإغلاق ١٦٩/٦ ، ومسلم في الإيمان باب تجاوز الله عن حديث النفس ١١٦/١ - ١١٧ .
 (٧) انظر التفريع ١٠٩/٢ ، الرسالة ٢٠٢ ، الكافي ٢٦٢ .

منعه^(١)، ولأنها زوجته فجاز أن يلحقها إيقاع الطلاق الثلاث في لفظ واحد كان كالمدخول بهاء، ولأنه إذا قال أنت طالق ثلاثا فذلك تفسير لمبراده باللفظ الذي يصح^(٢) أن يراد به فلم يمتنع .

فصل [٢٧ - إيقاع الطلاق الثلاث عليها بثلاثة ألفاظ متناسقة]

ويصح أن يوقع الطلاق الثلاث عليها بثلاثة ألفاظ متناسقة متتابعة غير متراخية وذلك أن يقول أنت طالق أنت طالق أنت طالق خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٣)، لأن كل زوجة ملك إيقاع الطلاق الثلاث عليها في لفظ واحد صح أن يوقعه بثلاثة ألفاظ (كالمدخول بها ولأن المتناسق في حكم الواحد^(٥))^(٦).

فصل [٢٨ - في التفريق بين ألفاظ الطلاق الثلاث]

ولا يقع إن فرق بين الألفاظ وحصل^(٧) التراخي بين كل لفظة وإلا واحدة فقط لأن اللفظة^(٨) الثانية تقع عليها بعد البيونة واستقرار الفراق بالأولى فلا يؤثر وبذلك فارق المتناسق لأن اللفظة الأولى لا يستقر حكمها إلا بالفراغ من الباقيتين .

فصل [٢٩ - في تطبيق البعض]

الطلاق مبني على السراية والتغليب فإذا طلق البعض يسرى إلى الكل وذلك على وجهين: أحدهما تبعض الجزء لقوله : ربك أو خمسك طالق، والآخر تغيين عضو قوله يدك أو رأسك أو رجلك أو فرجك طالق ولا يراعى فيه قلة الجزء وكثرته ولا عين العضو أو الشيء المعين منها مثل كونه يدا أو رأسا أو شعرا أو سنا أو لحما أو عظما^(٩) .

- | | |
|--|-------------------------|
| (١) انظر المفنى ١٠٤/٧ . | (٢) في م : يصلح . |
| (٣) انظر - التفريع ٨١/٢ ، الرسالة ٢٠١ ، الكافى ٢٦٢ . | |
| (٤) انظر مختصر الطحاوى ١٩٦ ، الأم ١٨٢/٥ - ١٨٣ ، مختصر المزنى ١٩١ . | |
| (٦) ما بين قوسين : سقط من م . | (٥) في ر : المجموع . |
| (٧) في ق : يحصل . | (٨) في ق و ر : الطلقة . |
| (٩) انظر الكافى ٢٦٧ - ٢٦٨ . | |

فصل [٣٠ - وقوع طلاق البعض]

وإنما قلنا إنه إذا طلق البعض سرى إلى الكل خلافا لمن قال لا يقع طلاقا أصلا^(١)، لأن الطلاق لما لم يصح تبغيضه لم يكن بد من أحد ثلاثية أمور : إما أن يقتصر بالتحريم على قدر ما يتناوله اللفظ وذلك ممتنع، أو أن يسقط فلا يكون له حكم وذلك غير جائز لأنه يسقط التغليظ الذى هو موضوع الطلاق^(٢)، أو لن يعم الكل ويسرى فيه وذلك ما قلناه^(٣)، ولأنه لفظ تحريم فى الزوجة فلم يسقط حكمه كما لو عم وإذا بطل ذلك لم تبق إلا المراقبة، ولأنه إذا اجتمع الحظر والاباحة فى شخص غلب عليه حكم الحظر كالأمة بين شريكين والمعتق بعضها والشاة يذبحها المسلم والمجوس .

فصل [٣١ - فى طلاق عضو معين]

وإنما قلنا إذا عين عضوا منها طلقت أى عضو كان خلافا لأبي حنيفة فى اعتباره أن يكون مما يعبر به عن الجملة^(٣) كالرأس والفرج ، لأنه بعض منها فأشبه الرأس والفرج، ولأن البعضية بالجزء لما عمت فذلك بالأعضاء .

فصل [٣٢ - الشك فى الطلاق وفى عدده]

إذا شك هل طلق أم لم يطلق فلا شيء عليه، فإن طلق وشك فيما أراد به هل أراد واحدة أم اثنتين أم ثلاثا كانت ثلاثا إن لم يتحقق مراده^(٤)، خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٥)، لأن التحريم متحقق وإنما شك هل ترفع الرجة أم لا فحصل أنه شك هل يمكنه رفع ذلك التحريم أم لا فيجب أن يغلب التحريم كما لو شك فى امرأتين يتيقن أن إحداهما اخته من الرضاة ويشك فى عينها فإنهما تحرمان عليه .

-
- (١) قال ذلك أصحاب الرأى (المحلى ٤٩٣/١١ ، المغنى ٢٤٦/٧) .
 - (٢) ما بين قوسين سقط من م .
 - (٣) انظر مختصر الطحاوى ١٩٩ ، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٤٤/٣ - ٤٥ .
 - (٤) انظر : المدونة ١١٩/٢ - ٢١٠ ، التفريع ٨٦/٢ ، الكافى ٢٦٩ .
 - (٥) انظر مختصر الطحاوى ١٩٩ ، مختصر المزنى ١٩٥ .

فصل [٣٣ - إذا قال لأحدى زوجاته طالق ولم يعينها]

إذا قال لأحدى زوجاته أنت طالق ولم يعينها ففيها رواية (١) :
 إحداهما وقوع الطلاق على الجميع، والأخرى أنه يختار واحدة منهن، فوجه الأولى
 أنه لو لم يطلق الجميع لم يخل إيقاعه على واحدة أن يكون ابتداءً وذلك (٢)
 غير جائز لأننا نروم (٣) تنفيذ (٤) الطلاق الموقع دون شيء مبدأ أو أن يكون
 بالقرعة فلا يصح (٥) أيضا لأنها لا (٦) تدخل إلا فيما يتجزأ وينقسم وذلك
 ممتنع في الطلاق، أو أن يتعين بتعيينه وذلك غير جائز لأن الطلاق إذا صدر
 من مكلف فلا بد له من محل يتعلق به وفي اتفاقنا نفوذه على من يعينه في
 تأتي إخراجها عن محل ينفذ فيه وتبقيته في الدمة إلى أن يعين له محلا
 وذلك جائز فلا يبقى إلا ما قلناه ، ووجه الاختيار أنه إزالة ملك وقمع
 مطلقا غير معين فكان للمالك تعيينه في كل من يصح أن يريده به أصله
 العتق .

فصل [٣٤ - إذا عين وشك في التي نسيها]

وأما إن عين وشك في التي نسيها فإن الكل يطلق عليه كما لو عرف
 عين من ذبح الشاة وشك هل هو مسلم أو مجوسي، ولأنه يحصل شاكا في كل
 واحدة منهن هل (٧) تحل له أو هي حرام عليه كالشاك في امرأتين أيتهمما
 أخته من الرضاة مع تيقنه أنها إحداهما .

فصل [٣٥ - إذا شك في مراده بالطلاق]

وإذا شك في مراده بالطلاق / هل أراد واحدة أم اثنتين أم [٦٩/ب
 ثلاثا؟ فإن أبانها في العدة حلت له بعد زوج لأنه لا يخلو طلاقه الأول أن يكون
 واحدة أو اثنتين (٨) أو ثلاثا فإن كان دون الثلاث طارت الثلاث مردفة بما فيها على
 ما تقدم منها فكان كمبتدئ إيقاعها وإن كانت الأولى ثلاثا فالشأنى لغو
 وتحل بعد زوج .

(١) انظر المدونة ١٢١/٢ - ١٢٢ ، الكافي ٢٧٠ .

(٢) في م : وغير ذلك . (٣) نروم : أي نريد .

(٤) في ر : بتقييد . (٥) في ر : فلا يصلح .

(٦) في ق : لم . (٧) في : ولا .

(٨) اثنتين : سقطت من م .

فصل [٣٦ - المسألة الدولابية]

فإن كانت غير مدخول بها أو كانت مدخولا بها إلا أنها خرجت من العدة وهو على كل شك (١) فقد بينا أنها لا تحل له إلا بعد زوج بناء على أن الطلاق المشكوك فيه يكون ثلاثاً فإذا تزوجت وبانت من ذلك الزوج شمس عادت إليه فطلقها فلا يخلوا أن يطلقها ثلاثاً أو دونها فإن طلقها ثلاثاً حلت له بعد زوج، وإن طلقها واحدة لم تحل له أيضاً (٢) إلا بعد زوج لجواز أن يكون ذلك الطلاق المشكوك فيه كان اثنتين وقد كمل بهذه الواحدة ثلاثاً فأخذنا بالأغلظ تغليباً للتحريم، فإذا تزوجت ثم عادت إليه ببنكاح جديد وبينونة من ذلك الزوج فطلقها واحدة لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج لجواز أن يكون الأول المشكوك فيه كان (٣) واحدة وقد تبعته طلقته مفردتان فكمثل ثلاثاً، فإذا تزوجت ثم عادت إليه بعد ثلاثة أزواج فهل تعود عنده على الشك عنه ففيه (٤) روايتان (٥) : فوجه زوال الشك هو أنه قد تيقن (٦) الطلاق الثلاث فزال حكم الشك أصلاً إذا طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة، ووجه قوله أنها لا تحل له إلا بعد زوج كلما طلقها واحدة ولو عادت بعد مائة زوج أنه إذا طلق الثلاث وعادت إليه بعد زوج فتقدير الشك في الطلاق الأول ثابت غير زائل اعتباره كوجوبه قبل كمال الثلاث، وهذه المسألة التي يسميها فيها أصحابنا الدولابية لأن المنع دائر معها كيف (٧) ما دارت .

فصل [٣٧ - إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت]

إذا طلقها دون الثلاث ثم عادت إليه قبل أن تتزوج فإنها تعود على ما بقى من الطلاق بلا خلاف، فإن تزوجت ثم عادت إليه فإنها تعود إليه كذلك عندنا (٨) خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنها تعود على طلاق مبتدأ وأن الزوج قد هدم ذلك الطلاق (٩) ، لقوله تعالى : * الطلاق مرتان * (١٠) ثم قال :

- | | |
|--|-------------------------|
| (١) في م : على ملكه . | (٢) أيضاً : سقطت من م . |
| (٣) في م : كانت . | (٤) ففيه سقطت من |
| (٥) انظر المدونة ١١٩/٢ - ٢٢٠ ، التفريع ٨٦/٢ ، الكافي ٢٦٩ . | |
| (٦) بياض في ق و م و أكمل النقص من ر | |
| (٧) في ر : حيث . | |
| (٨) انظر التفريع ٧٨/٢ ، الكافي ٢٦٩ . | |
| (٩) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٥٨/٣ - ٥٩ . | |
| (١٠) سورة البقرة الآية ٢٣٠ . | |

﴿ فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾^(١) ولم يفرق بين أن يكون قد تخلل ذلك زوج أولا، ولأنه لم يستوف طلاق الملك فوجب عودها إليه على بقية الطلاق أصله إذا عادت قبل الزوج .

فصل [٣٨ - إذا حلف بالطلاق على شيء أنه لا يفعله]

إذا حلف بالطلاق على شيء أنه لا يفعله فطلقها ثم تزوجها فسيان اليمين تعود عليه ما بقى من الطلاق المحلوف عليه^(٢) خلافا للشافعي فسي قوله الآخر^(٣) أن زوال النكاح الذي حلف فيه يسقط حكم اليمين ، لأنها حال يملك فيها ابتداء إيقاع الطلاق المحلوف به فتعلق الحنث بها كالنكاح المحلوف فيه .

فصل [٣٩ - إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ٥٠]

وإذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج لم يحنث بعد فعله ولم تعد اليمين عليه^(٤) خلافا للشافعي في قوله الآخر أن اليمين تعود إليه^(٥) ، لأن الطلاق المحلوف به قد زال فلم يبق لليمين معه حكم أصله لو حلف بعتق عبده لأفعل شيئا فمات العبد قبل الفعل .

فصل [٤٠ - في الرجعة]

الأصل في ثبوت الرجعة^(٦) قوله تعالى: ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾^(٧) وقوله: ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف ﴾^(٨) قيل هي الرجعة^(٩) ، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر : (مره فليراجعها)^(١٠) ، ولا خلاف في ذلك^(١١) .

(١) سورة البقرة الآية ٢٣٠ .

(٢) انظر : التفريع ٧٨/٢ ، الكافي ٢٦٩ .

(٣) انظر : المذهب ٩٩/٢ و ١٠٩ .

(٤) انظر التفريع ٧٨/٢ ، الكافي ٢٦٨ - ٢٦٩ .

(٥) انظر مختصر المزني ١٩٧ ، المذهب ١١٠/٢ .

(٦) الرجعة : هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها

(حدود ابن عرفة مع شرح الرضاع ١٩٩) .

(٧) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٨) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٩) تفسير الطبري ٤٥٦/٢ - ٤٥٩ . (١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٠٤) .

(١١) انظر : الاجماع ١١٢ ، المحلى ٦١٠/١١ ، المغنى ٢٧٨/٧ ، فتح الباري

فصل [٤١ - استحباب الاشهاد على الرجعة]

يستحب في الرجعة الاشهاد وليس بشرط (١) خلافا للشافعي (٢) ، لأنها حق من حقوق النكاح كالظهار والايلاء والقسم وغير ذلك من حقوقه، ولأنه معنى يبيح الوطء كشراء الأمة، ولأنه ليس بأكّد من عقد النكاح وقد بينّا أن الاشهاد ليس بشرط فيه .

فصل [٤٢ - بم تصح به الرجعة ؟]

لا خلاف أنها تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقبلة وسائر الاستمتاع للذة إذا نوى به الرجعة (٤) خلافا للشافعي في قوله أنها لا تكون إلا بالقول (٥) ، لأن القول الذي يثبت به رد المرأة إلى العقد المبيح للوطء أو استملاح ما يشمل منه يجوز أن يقوم الوطء مقامه . أصله قول البائع قد اخترت رد هذه الأمة إلى ملكي، ولأنه تصرف لا يكون مباحا إلا مع البقاء (٦) على الملك المبيح له فجاز أن يقع به الرد إلى الملك أصله القول، ولا تكون رجعة إلا مع القصد به إلى ذلك خلافا لأبي حنيفة (٧) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لأمرى ما نوى) (٨) ولأنه معنى مبيح للوطء فلم يصح إلا بنية كالتلفظ بعقد النكاح، ولأنه أحد الأنواع التي تثبت بها الرجعة كالقول .

فصل [٤٣ - من طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى

تزوجت]

ومن طلق امرأته ثم ارتجعها فلم تعلم حتى تزوجت فإن دخل بها
الثاني فلا سبيل للأول عليها وإن لم يدخل بها ففيها روايتان : إحداهما

(١) انظر المدونة ٢/٢٢٤ ، المحلى ١١/١٠ ، المغنى ٧/٢٧٨ ، فتاوى
البارى ٩/٢٨٦ .

(٢) انظر الأم ٥/٢٤٤ - ٢٤٥ ، مختصر المزنى ١٩٦ ، الاقناع ١٥٣ .

(٣) في م : حقوق .

(٤) انظر المدونة ٢/٢٢٤ ، التفريع ٢/٧٥ ، الكافي ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٥) الأم ٥/٢٤٤ - ٢٤٥ ، الاقناع ١٥٣ .

(٦) في ق : مع البقاء .

(٧) انظر مختصر الطحاوى ٢٠٥ - ٢٠١ ، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٣/٥٤ .

(٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٤) .

أنها للأول، والثانية أنها للثاني^(١)، فوجه الأولى أنها لم تفت بدخول من زوج فوجب أن تكون لمرتجعها أصله إذا لم تتزوج، ولأن ذلك حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولا مخالف عليه حكم به في رجل يكنى أبا كنف وكان ارتجع وأمراته لا تعلم فتزوجت فأدركها والنساء يهدينها للثاني فكتب له عمر أنه أحق بها إن كان الثاني لم يدخل بها^(٢)، ولأن هذه مبنية على الوليين وقد قدمناه ، ووجه الثانية أن العقد للثاني حصل قبل علمها^(٣) برجعة الأول بتقصير من جهته فوجب أن تكون للثاني كما دخل بها: ولا يدخل عليه الوليان لأن الأول لا ينسب إلى تقصير لأن الذي زوج الثاني غيره فأما ما لم تتزوج فلا مراجعة بينه / وبين غيره، وكذلك اسلام الكافر في عدة امرأته التي أسلمت إذا لم تعلم حتى تزوجت ففيها روايتان كمسألتنا .

[١/٧٠]

فصل [٤٤] - تحريم المطلقة الرجعية ما لم يرتجعها

المطلقة الرجعية محرمة ما لم يراجعها^(٤) خلافا لأبي حنيفة^(٥) لأنها جارية إلى بينونة أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول، ولأن الطلاق يوجب التحريم كالخلع واعتبارا به قبل الدخول .

فصل [٤٥] - حكم العزل

العزل^(٦) جائز في الجملة^(٧) إذا لم يتعلق به إسقاط حق الفير لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل^(٨) العزل خوف الحمل : (لا عليك — الا تفعلوا فإنه ما من نسمة قدر الله أن تكون إلا كانت)^(٩)، ولم ينههم، ولأنه ترك لاتمام الوطء وذلك غير ممنوع كما لو نزع ولم ينزل أصلاء، وإذا

(١) انظر المدونة ٢/٢٢٤ - ٢٢٦ ، التفريع ٢/٨١ ، الكافي ٢٩٢ .

(٢) انظر : مصنف عبدالرزاق ٦/٣١٣ ، وابن أبي شيبة ١/٢٥٢ .

(٣) في م : علم .

(٤) انظر المدونة ٢/٢٢٤ - ٢٢٦ ، التفريع ٢/٧٦ - ١٧٧ ، الكافي ٢٩١-٢٩٢ .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ١٩٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٣/٥٧ .

(٦) العزل : وهو النزع بعد الايلاج لينزل خارج الفرج (فتح الباري ٩/٣٠٥) .

(٧) في جملة أحكام العزل انظر : الفوطا ٢/٥٩٥ - ٥٩٦ التفريع ٢/٤٦ ،

الكافي ٢٥٧ .

(٨) في م : وسأله .

(٩) أخرجه البخاري في النكاح باب العزل ٦/١٥٤ .

ثبت ذلك فلا يجوز عن الحرية إلا بإذنها لنهى النبی صلى الله عليه وسلم عن ذلك (١) ، ولأن تركه حق لكل واحد من الزوجين ————— لأنّه من تمام الوطء فليس لأحدهما قطعة إلا باختيار الآخر، والحرية تختار لنفسها والأمة خيارها إلى سيدها لأن له (٢) غرضا في كثرة ولدها فليس للزوج قطعه عنه (٣) فأما أم الولد وسائر الاماء فلا حق لهن في الوطء وذلك ينفي أن يكون لهن حق في إتمامه .

فصل [٤٦ - في فسخ النكاح]

فسخ النكاح على ضربين فسخ بطلاق وفسخ بغير طلاق، وفائدة الفرق هو أنه إذا كان طلاقا نقص به من أعداد الطلاق فإن ورد بعد تطليقتين لم تحل له إلا بعد زوج وإذا لم يعد طلاقا فله أن يتزوجها من غير حاجة إلى زوج لأن الثلاث لم تكمل وفي اعتبار التمييز بينهما روايتان (٤) :

إحداهما بالخلاف القوي الظاهر دون الشاذ فإن وجد ذلك في النكاح المفسوخ كان فسخه طلاقا فإن عدم كان فسخه (٥) بغير طلاق .

والأخرى أن يراعى ما له ثبت الفسخ فإن كان مما يمكن الثبوت معه وإنما فسخ (٦) لحق أحد الزوجين دون حق الله تعالى كان الفسخ طلاقا وإن كان مما لو أراد الزوجان أو أحدهما (٧) الثبوت عليه لم يجر له فالفسخ بغير طلاق، فوجه اعتبار الخلاف الاحتياط للفروج وإباحتها باليقين دون الشك وبقاء (٨) الخلاف في زوال النكاح لا يحصل معه اليقين فوجب أن يعتبر بالطلاق ليحصل هذا المعنى ، ووجه الأخرى أن المراعى في ذلك الأمر الغالب الذي لا تمكن الإقامة على النكاح معه اعتبارا بالرضاع والملك فإذا ثبت هذا فالمسائل التي توجب فيها الفسخ تنفرع على هذا الخلاف : كالفسخ بتزويج المرأة نفسها والمحرم والشغار والمتعة وما أشبه ذلك من بابيه

(١) حديث أنه نهى صلى الله عليه وسلم أن يعزل من الحرية إلا بإذنها :

أخرجه ابن ماجه في النكاح باب العزل ٦٢٠/١ ، وأحمد ٣١/١ ، وفي

إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف (إرواء الغليل ٧٠/٧) .

(٢) في ق : لها . (٣) في ق : عنها .

(٤) انظر المدونة : ١٥٤/٢ - ١٥٧ ، التفريع ٤٨/٢ - ٤٩ ، الكافي ٢٣٧-٢٣٨ .

(٥) في م : فسخا . (٦) في ق : الفسخ .

(٧) في م : أو بعدهما . (٨) في م : وبقي .

يخرج على الروائيتين، وفسخ النكاح بالعنة والجب والأعسار بالنفقة والمهر واختيار المعتقة نفسها والعيوب الأربعة والإيلاء وغير ذلك رواية واحدة أنه طلاق، والرضاع والملك ونكاح المرأة في العدة والفرقة باللعنان وإسلام المرأة وما أشبه ذلك رواية واحدة أنه فسخ وفي الردة وغيرها خلاف في تخريجها .

فصل [٤٧ - إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى]

إذا طلقها قبل الدخول ولها عليه مهر مسمى فإن كان حالا أخذت النصف حالا لأن الطلاق لا يمنع من ذلك، وإن كان مؤجلا لم تستحق أخذ شيء إلى حلول الأجل لأن الطلاق لا يوجب حلول الديون المؤجلة لأن الموجب لذلك خسران الذمة بالموت أو عيبها بالفلس وذلك معدوم في الطلاق، وإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها نصف الحال معجلا وتنتظر بنصفه المؤجل حلول الأجل (٢) .
أعتبارا بكون جميعه على أحد الصفتين (٣) .

(١) في ق : يوجب .

(٢) في م : أجله .

(٣) انظر المدونة ١٧٤/٢ ، الكافي ٢٥٠ .

باب [فى الشهادة على الطلاق]

لا تقبل فى الشهادة على الطلاق إلا الرجال لأنها شهادة على حكم يثبت فى البدن مما يطلع عيه الرجال كالقتل ولا يقبل فيه شاهد ويمين لأن ذلك مقصور على الأموال وحقوقها ولا يحلف فى دعوى بمجرد ما (١) لأن ذلك طريق إلى دعوى من تريد أذى زوجها (وفراقه وإعنائه فى كل وقت فإن انضم إلى دعواها ما يقويها مثل شاهد) (٢) واحد أو امرأتان حلف الزوج معها لقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت بشاهد عدل استحلف) (٣) ، ولأن دعواها قد قويت بذلك فينظر فإن حلف سقطت الدعوى لأن فى الحديث (فإن حلف بطلت شهادة الشاهد) (٤) وإن نكل ففيها روايتان : إحداهما أنه يحكم عليه بالطلاق ولما روي فى الحديث (فإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه) (٥) .

والأخرى أنه يحبس (٦) حتى يحلف ووجهها (٧) : أن الشاهد والنكول أضعف من الشاهد واليمين فلما لم يحكم بالطلاق بشاهد ويمين كان بأن لا يحكم بالشاهد (٨) والنكول أولى ، والحديث إذا ورد فيه زيادة تردى الأصول كانت الأصول أولى .

فصل [١ - اختلاف الشاهدين على الطلاق]

إذا اختلف الشاهدان على الطلاق بالزمان والمكان لم يمنع ذلك قبول الشهادة لأن القول يتكرر ويعاد ويكون الحكم فى الثانى انه إعادة الأول لا استيناف كالإقرار بالمال وبخلاف ذلك فى الأفعال لأن كل فعل له حكم نفسه لا يكون تكراراً للقول .

- (١) انظر المدونة ١٣٤/٢ - ١٣٧ ، التفريع ١٠٥/٢ - ١٠٧ ، الكافي ٢٦٤ .
- (٢) ما بين قوسين سقط من م .
- (٣) أخرجه البيهقي ١٨٢/١٠ وهو موقوف على ابن عمر ، وأخرجه الدارقطني ٦٤/٤ ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبی صلى الله عليه وسلم قال : (إذا ادعت .. الى آخر الحديث .
- (٤) هو جزء من الخبر السابق . (٥) هو جزء من الخبر السابق .
- (٦) فى م : أنه يجلس . (٧) فى م : زوجها .
- (٨) فى ق : بالنساء .

فصل [٢ - متى تبدأ عدة المطلقة]

وعدها من يوم أخبر الآخر أنه سمع الطلاق فيه (١) لأن بشهادته تمت
البينة ووقع الحكم والعدة تتبع الطلاق المحكوم به لا تتقدم عليه .

فصل [٣ - إذا خلف الشاهدان في عدد الطلاق]

فإن اختلف في العدد أحدهما بواحدة والآخر باثنتين أو أحدهما
بثلاثة والآخر باثنتين حكم بالأقل وأُحلف على الزيادة فإن حلف بطل عنه وإن
نكل كان على ما ذكرناه .

(١) انظر : المدونة ٢/٢٢٧ ، التفريع ٢/١١٤ - ١١٦ ، الكافي ٢٩٣ - ٢٩٤ .

باب [الخلوة لا توجب كمال الصداق]

مجرد الخلوة لا يوجب كمال الصداق إذا لم يكن وطء^(١) خلافا لأبي حنيفة^(٢)، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفُهَا / مَا فَرَضْتُمْ ﴾^(٣)، ولأنه لم يحصل منه المسيس المقصود^(٤) بالعقد كما لو لم يخل بها .

فصل [١ - ادعاء المرأة الوطء وانكار الزوج له]

إذا حصلت الخلوة فادعت الوطء فأنكره الزوج ففيها ثلاث روايات^(٥) :
إحداها أن القول قولها جملة من غير تفصيل .
والأخرى أنه إن كان ذلك في منزلها فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن دخول بناء وإن كان في منزله فالقول قولها مع يمينها .

والثالثة أنها إن كانت ثيبا فالقول قولها مع يمينها وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن رأين أثر افتضا ضدقت عليه وإن لم يرين لم يكن لها إلا نصف الصداق .

فوجه الأولى أنها قد فعلت ما يلزمها من التسليم والتمكين مسن الاستمتاع فليست بمنسوبة إلى تفريط بترك التوثق بالشهاد إذ لا يمكنها ذلك فلو لم تصدق عليه لأدى إلى أن لا يثبت على أحد صداق بسوط إلا باعترافه وفي ذلك إرضاعة المهور وأعواض الاستمتاع .

ووجه الثانية أن النزاع في التداعي يرجع فيه إلى من يشهد له العرف من المتداعين فالعرف جار بأن الرجل ينقبض في غير بيته إذا كان زائرا غير مطمئن ولا ينبسط وأنه يستحي من اطلاع أهلها ومن هو في دارها فكان القول قوله في أنه لم يبطأ بشهادة العرف له وبخلاف هذا إذا بنى بها لأنه إذا توطن واطمأن في بيته أو بيت أهلها انبسط وزال الاستيحاش والانقباض عنه فكان القول قولها أنه وطئها فذلك إذا خلى بها في بيته فالقول قولها لأن العرف يصير معها لأن الإنسان ينبسط في بيته ولا ينقبض

(١) انظر المدونة ٢٢٢/٢ التفريع ١١٠/٢ ، الكافي ٢٥١ .

(٢) انظر مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢٥/٣ ، تحفة الفقهاء ١٤٠/١ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٧ . (٤) في م : لم يدخل .

(٥) انظر المدونة ٢٢٢/٢ - ٢٢٤ ، التفريع ١١٠/٢ ، الكافي ٢٥٣ - ٢٥٤ .

والعادة إقدامه على الوطاء، ولأنه لا يتوقف عنه فصدقت عليه ،
 ووجه الثالثة أنه إذا وجد سبيل إلى اليقين كان أولى من الظن
 والعمل على ظاهر لا يعرف صدقة، وذلك ممكن في البكر على ما ذكرناه من
 اختبارها بنظر النساء إليها وجاز ذلك للضرورة كالعيوب ولما لم يكن
 في الشيب رجوع إلى قولها وكل من حكم بقوله فلا بد من يمينه .

فصل [٢ - وجوب العدة في اختلافهما على الوطاء أو عدمه]

وكل هذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق فأما العدة فإنما تجب
 ولا تسقط باختلافهما لأنها حق لله فلا يقبل قولهما في إسقاطه .

باب [الخيار للأمة إذا أعتقت وهي تحت عبد]

والأمة إذا أعتقت وهي تحت عبد فلها الخيار^(١) لعبد فلها الخيار^(٢) لحديث بريرة^(٣) لما أعتقت وكان زوجها عبدا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الخيار^(٤) ولأن حرمتها قد زادت على حرمة فلها أن ترضى به لأنها تقول إنما رضيت أن يتزوجني عبد لما كنت أمة فأما وأنا حرة فلا أرضى فيكون ذلك لها .

فصل [١ - إذا كانت الأمة تحت حر لا خيار لها]

ولا خيار لها تحت الحر خلافا لأبي حنيفة^(٥) ، لقول عائشة رضي الله عنها : خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بريرة وكانت تحت عبد ولو كان زوجها حرا ما خيرها^(٦) ، ومثل هذا لا يكون إلا توقيفا. ولأن ذلك معنى لا يثبت لها الخيار عند ابتدائه إذا وقع العقد مطلقا لم يثبت لها إذا طرأ عليه، أصله إذا تزوجته أقطع اليدين لما لم يكن الخيار كذلك إذا طرأ القطع عليه، ولأن حرمتها ليست بزائدة على حرمة بخلاف العبد .

فصل [٢ - في كون الخيار طلاق]

واختيارها نفسها طلاق، لأنه ليس بغالب إذ المقام على النكاح جائز مع عتقها وتكون بائنا لأنه خيار في زوال العصمة كالخلع ولو كانت الرجعة ثابتة لم يفد الخيار شيئا ولو أعتق العبد لم يكن له سبيل عليهما لأن البينونة حصلت قبل عتقه وإن أمكنته أن يطأها أو يقبلها بطل خيارها^(٧) لأن ذلك دلالة على رضاها به إلا أن يكون أكرهها فلا يبطل الخيار وهذا إذا

(١) وهي سقطت من م و من ر .

(٢) انظر التفريع ١٠٣/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٧٥ .

(٣) بريرة : مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنهما صحابية مشهورة عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية (انظر تقريب التهذيب ٧٤٤ ، الاصابة ١٥٢/١٢) .

(٤) أخرجه البخاري في النكاح باب الحرية تحت العبد ١٢٤/٦ ، ومسلم في العتق باب أن الولاء لمن أعتق ١١٤٢/٢ .

(٥) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢٤/٣ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٧) انظر التفريع ١٠٣/٢ - ١٠٤ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٧٥ - ٢٧٦ .

أمكنته عالمة بأنها اعتقت ، فأما إن أمكنته من وطئها من قبل أن تعلم بعقتها فلا يسقط خيارها لأن ذلك لا يدل على رضاها بالشبوت معه، وإنما يدل على ذلك إذا كان بعد علمها به ، وسواء كان قبل الدخول أو بعده لأنه صلى الله عليه وسلم خيرها ولم يفرق، ولأنه علله بملكها ببعضها^(١) واعتبارا ببعد الدخول .

وفى تطبيقها نفسها زيادة على الواحدة روايتان: فوجه قوله أن لها أن تطلق^(٢) ثلاثا أنها ملكت ما كان للزوج يملك من أمرها فكان لها^(٣) أن توقع ما كان له أن يوقعه ، ووجه قوله أنه ليس لها أكثر من الواحدة هو أن الغرض زوال العصمة فإذا حصل بالواحدة فلا فائدة ففى الزيادة عليها .

(١) فى ق : لبعضها .

(٢) فى م : لها ذلك .

(٣) فى ق : له .

باب [فى الخلع]

الخلع (١) جائز (٢) والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (٣) وقوله : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ (٤) وحديث حبيبة بنت سهل (٥) لما شكت زوجها ثابت بن قيس (٦) إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : لا أنا ولا ثابت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أتردين عليه حديقته) قالت : نعم فأخذها منها وجلس فى أهلها (٧) ولأن المرأة قد تكره زوجها مع قيامه بحقوقها ولا يمكنها من مطالبته بالفرقة لأن ذلك لا يلزمه إلا برضاه فجاز أن تبذل له عوضاً على ذلك .

فصل [فى الزيادة على الصداق فى الخلع أو نقصانه]

ويجوز أن يخالعهما على الصداق وأقل وأكثر خلافاً لمن ذهب إلى منع الزيادة عليه (٨) لقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (٩) فعم، ولأنه عوض مبذول فى الخلع يجوز أن يكون مثله عوضاً عن غير الخلع فجاز أن يكون عوضاً فى الخلع أصله مقدار الصداق .

(١) الخلع : فى اللغة قال ابن فارس هو مزايلة الشيء الذى كان يشتمل به أو عليه { معجم مقاييس اللغة ٢/٢٠٩ } وفى الاصطلاح هو : عتد معاوضة على البضع تملك المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض (حدود ابن عرفة ١٨٠) .

(٢) فى جملة أحكام الخلع انظر : المدونة ٢/٢٣١ ، التفريع ٢/٨١ - ٨٣ ، الرسالة ٢٠٢ ، الكافي ٢٧٦ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢٩ . (٤) سورة النساء الآية ٤ .

(٥) حبيبة بنت سهل بن ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة الأنصارية . صحابية اختلعت من ثابت بن قيس فتزوجها أبى بن كعب بعده (تقريب التهذيب ٧٤٥) .

(٦) ثابت بن قيس بن شماس أنصارى خزرجى خطيب الأنصار من كبار الصحابة

بشره . النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة واستشهد (تقريب التهذيب ١٣٣) .

(٧) أخرجه البخارى فى الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه ١٧٠/٦ .

(٨) قال عطاء وطاوس : والزهرى وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاهما (المغنى ٥٣/٧) .

(٩) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

فصل [٢ - فى صحة الخلع مع الرضا وعدم الاضرار]

ويصح مع الرضا وعدم الاضرار خلافا لقوم (١) لقوله تعالى: ﴿ فإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ (٢) فعم، ولأنها معاوضة تجوز حال الخصومة فجازت مع التراخي كالبيع والاجارة .

فصل [٣ - اذا كان الاضرار من قبل الزوج]

[١/٧١] وإن كان الاضرار من قبله / نفذ الطلاق ورد ما أخذ منها (٣) خلافا للشافعي (٤) فى قوله أنه لا يرد شيئا، أما نفوذ الطلاق فلأنه قد ألزمته نفسه فلا سبيل إلى رفعه، وأما وجوب رد ما أخذه فلأنه كان مستحقا عليه إزالة الأضرار (٥) وما ألزم الانسان إزالته بغير عوض لم يجز له أخذ العوض عليه .

فصل [٤ - فى كون الخلع طلاق]

والخلع طلاق وليس بفسخ (٦) خلافا للشافعي (٧) لأنه صلى الله عليه وسلم لما خلع بين حبيبة وثابت بن قيس فقال لها : (اعتدى) ثم التفت اليه فقال له : (هى واحدة) (٨) وهذا نص، لأن كل قرقة يجوز الشبوسات على النكاح مع الحال (٩) الموجبة لها فإنه طلاق لا فسخ اعتبارا بفرقة العنين والمولي عكسه الرضاع والملك، ولأن الزوج أخذ العوض على ما يملكه والذي يملكه الطلاق دون الفسخ لأنه لو قال قد فسخ النكاح لم ينفسخ إذا لم يرد الطلاق .

(١) رواية للحنابلة وهو قول ابن المنذر وداود (انظر المغنى ٥٤/٧) .

أنه لا يجوز الخلع إلا عند الاضرار بها وعدم الرضا .
(٢) سورة النساء الآية ٤ . (٣) فى م : ما أخذه .

(٤) انظر الأم ١٩٦/٥ - ١٩٧ ، مختصر المزنى ١٨٧ .

(٥) فى م : الضرر .

(٦) انظر التفريع ٨١/٢ ، الرسالة ٢٠٢ ، الكافى ٢٧٦ .

(٧) انظر الأم ١٩٨/٥ - ١٩٩ ، مختصر المزنى ١٨٧ ، وهو أحد قولى الشافعي .

(٨) سبق تخريج هذا الحديث قريبا .

(٩) فى ق : الحلال .

فصل [٥ - منع الرجعة في الخلع]

ولا رجعة في الخلع (١) خلافا لأبي ثور (٢) لأن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها وفي ثبوت الرجعة عليها تبقى الضرر، ولأن في إثبات الرجعة في الخلع جمعا للزوج بين العوض والمعوض وذلك مالا سبيل إليه .

فصل [٦ - الخلع مع اشتراط الرجعة]

فإن بذلت له العوض وشرط الرجعة ففيها روايتان (٣) : إحداهما ثبوتها والأخرى سقوطها، فوجه ثبوتها أن العوض يكون في مقابلة ما يسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا ماوضته، ووجه نفيها أنه طلاق بعوض فوجب أن تنتفي معه الرجعة أصله إذا طلق ولأنه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه فلم يثبت كما لو شرطت (٤) في النكاح أن لا يطلأ .

فصل [٧ - عدم لحوق ما أردفه من الطلاق في عدة المختلعة]

ولا يلحقها ما أردفها في العدة خلافا لأبي حنيفة (٥) ، لأنها فرقة لا رجعة فيها كالثلاث أو قبل الدخول، ولأن كل من يطلق باللفظ العام للنساء لم يطلق مع التعيين أصله بعد العدة .

فصل [٨ - نكاح المختلعة في العدة]

وله أن ينكحها في العدة برضاها لأن الماء له واعتبرنا رضاها لأنه نكاح وليس برجعة .

(١) انظر المدونة ٢/٢٣٢ ، التفريع ٢/٨٣ ، الرسالة ٢٠٢ ، الكافي ٢٧٦ .

(٢) انظر المغنى ٧/٥٩ .

(٣) انظر التفريع ٢/٨٣ ، الكافي ٢٧٧ .

(٤) في ق : شرط .

(٥) شرح فتح القدير ٣/٢١ .

فصل [٩ - في نفقة المختلعة]

لا نفقة للمختلعة لأن طلاقها بائن كالمتوتة، وإن كانت حاملا لزمته النفقة للحمل (١) لأنها كالمتوتة الحامل .

فصل [١٠ - المخالفة على خمر أو خنزير]

إذا خالع عن خمر أو خنزير أو ما لا يصح للمسلم تملكه وقبـح الطلاق بائنا (٢) خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه يقع رجعا (٣) لأنه طلاق أوقعه على وجه الخلع فكان بائنا كما لو صح العوض .

فصل [١١ - في أنه لا رجوع عليها بشيء إذا رضي بمـسا

لا يصلح أن يعتاض به]

ولا يكون الرجوع بشيء خلافا للشافعي في قوله يستحق عليها مهر المثل (٤) ، لأنه لما رضي بأن يعتاض ما لا يصح أن يكون عوضا في حقها كان راضيا بسقوط العوض فلم يجب له بدل، ولأنه معنى يصح أن يوقع (٥) بغير عوض (٦) يفوت بنفس وقوعه لا يمكن الفسخ فيه فإذا وقع بما لا يصح أن يكون بدلا لم يستحق أن يكون لموقعه به (٧) بدل أصله العتق .

فصل [١٢ - في خلع المريضة]

خلع المريضة جائز إذا كان خلع مثلها واختلف فيه فقيل بقدر ميراث الزوج وقيل بالثلث وإن زاد على قدر الميراث (٨) ، فوجه الأول أن ما زاد على قدر الميراث إقرار (٩) لبعض الورثة بمال دون غيره فلم يجز، ووجه الثاني أن المريض مال لثلث ما له فجاز لها الخلع عليه كحال الصحة . (١٠)

- (١) انظر المدونة ٢٣٢/٢ ، التفريع ٨٣/٢ ، الكافي ٢٩٨ .
 (٢) انظر المدونة ٢٣٦/٢ ، الكافي ٢٧٧ .
 (٣) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٦٥/٣ ز تحفة الفقهاء ٢٠١/١٠ .
 (٤) انظر مختصر المزني ١٩٠ ، الاقناع ١٥٢ .
 (٥) في م : أن يقع . (٦) في م : دليل ، وفي ر : بدل .
 (٧) أن يكون لموقعه به : سقطت هذه العبارة من م ومن ر .
 (٨) انظر المدونة ٢٤١/٢ ، الكافي ٢٧٨ .
 (٩) في م : أفراد . (١٠) في ق : الصحيح .

فصل [١٣ - في عدم اعتبار صداق المثل في خلع المريضة]

ولا اعتبار بصداق المثل في ذلك خلافاً للشافعي^(١)، لأنه ليس في مقابلته ما يقوم به وصداق المثل لا يعتبر إلا في هذا .

فصل [١٤ - الخلع على الغرر]

يجوز الخلع على الغرر والمجهول كالأبق والشارد فإن سلم أخذه وإلا فلا شيء له والطلاق نافذ على كل حال^(٢) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في منعهما ذلك^(٣)، لقوله تعالى : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾^(٤) فعم، ولأنه يصح أن يملك بالهبة والوصية فجاز أن يكون بدلاً في الخلع كسائر الأعيان .

فصل [١٥ - إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض]

إذا قصد إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعا عند مالك وقال أشهب يكسبون طلاقاً رجعيًا^(٥)، فوجه قول مالك إنه طلاق . قصد أن يكون خلعا فكان على ما قصده كالذي معه عوض، ولأن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج الطلاق عن لزومه على قصد موقعه إذا عاوض بخمر أو بخنزير، ووجه قول أشهب أن معنى الخلع بدل عوض على الطلاق فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه ولأنه طلاق بغير عوض كالمبتدأ .

(١) انظر مختصر المزنى ١٨٩ ، الاقناع ١٥٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢٣٢/٢ ، التفريع ٨٢/٢ ، الكافي ١٧٧ .

(٣) انظر : مختصر القدوري ٦٥/٣ - ٦٦ ، مختصر المزنى ١٨٩ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٥) انظر التفريع ٨٣/٢ ، الكافي ٢٧٦ .

باب [في الحكمين]

إذا قُبِحَ (١) ما بين الزوجين وظهر الشقاق فإن علم الاضرار من أحدهما أمر بإزالته فإن أشكل ذلك بعث الحاكم حكمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل المرأة عدلين فقيهين فينظران بينهما ويجهتندان في الإصلاح إن تمكنا، فإن لم يقدرأ عليه ورأيا الصلاح في الفرقة فرقا بينهما فإن رأيا أن يأخذا له شيئا من ما لها ليكون خلعاً فعلاً وكان ذلك لهما على طريق الحكم دون التوكيل وافق حكم (٢) قاضي البلد أو خالفه، وإن لم يكن في أهلها من يهتدى لذلك جاز أن يكونا أجنبيين (٣) .

فصل [١ - في مشروعية الحكمين]

والأصل في الحكمين قوله تعالى : ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ (٤) الآية ، وبعث عثمان بن عفان ابن عباس ومعاوية حكمين في قصة عقيل بن أبي طالب (٥) وامراته فاطمة بنت بن ربيعة (٦) وقال علي رضي الله عنه للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ عليكما إن رأيتهما أن تجمعا (٧) جمعتما وإن رأيتهما أن تفرقا فرقتما (٨) .

فصل [٢ - للحكمين التفريق بينهما]

وإنما قلنا إنهما إن رأيا أن يفرقا فرقا لا على طريق التوكيل بل على وجه الحكم خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي (٩) ، لقوله تعالى :

(١) يعنى إذا ساء، وقد استعمل المصنف هذه العبارة في كتابه التلقين .

(٢) حكم : سقطت من م .

(٣) انظر المدونة ٢/٢٩٤ ، التفريع ٢/٨٧ ، الكافي ٢٧٨ .

(٤) سورة النساء الآية ٣٥ .

(٥) عقيل بن أبى طالب الهاشمي : أخو على وجعفر وكان الأسن، صحابي عالم

بالنسب مات سنة ستين وقيل بعدها (تقريب التهذيب ٢٩٦) .

(٦) فاطمة بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس العيشمية أخت هند أم معاوية

روت عنها أم محمد بن عجلان (الاصابة في تمييز الصحابة ٨/١٦٣) .

(٧) أن تجمعا : سقطت من ق .

(٨) أخرجهما عبد الرزاق ٦/٥١٢ (تلخيص الحبير ٣/٢٠٤) .

(٩) انظر مختصر الطحاوى ١٨١ ، مختصر المزني ١٨٦ .

﴿وإن خفتن شقاق / بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾^(١) [٧١/ب]
 وذلك خطاب للأئمة والحكام دون الزوجين ، ولأنه تعالى سماهما حكيمين وذلك
 يفيد تعلق الحكم بينهما دون الوكالة، ولقول علي رضي الله عنه للحكمين:
 أتدريان ما عليكم إن رأيتهما أن تطلحا أصلحتما وإن رأيتهما أن تفرقا
 ففرقتما^(٢) ولم يشترط رضا الزوجين، ولأن الحاكم مدخلا في إيقاع الفرقة بين
 الزوجين لإزالة الضرر كالإيلاء والاعسار بالنفقة والمهر وغير ذلك، وإنما
 أجزنا^(٣) لهما أن يأخذا له شيئا من ما لها لأن الإصلاح موكول إلى——
 اجتهداهما فقد يريان الحظ في ذلك لأنه صلى الله عليه وسلم قد فعل ذلك
 في قصة حبيبة بنت سهل مع ثابت بن قيس^(٤)، وإن لم يكن ذلك على وجه
 التحكيم .

فصل [٣ - في كون الحكمين من الأهل]

وانما استحينا أن يكونا من أهلها للنص على ذلك^(٥)، ولأن الأهل
 أخبر بالقصة وأعرف بطيها وأهدى إلى إصلاحها فكانا أولى من الأجانب،
 ولأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة : للتشاهي في الشقاق ، وإنما
 قلنا أنه يجوز أن يكونا أجنيين إن لم يكن في الأهل من يقوم بذلك
 لأن الضرض ما ذكرناه وكونهما من الأهل انجر للقصة وأبلغ في إصلاحهما
 لا أن ذلك شرط لأنه ليس في الأمور حكم شرط في متوليته أن يكون من
 أهل المتحاكمين .

فصل [٤ - عدم اشتراط موافقة رأي الحكمين رأي قاضي البلد]

وإنما قلنا لا فرق بين أن يوافق رأي قاضي البلد أو يخالفه لأن
 الاجتهاد مطلق لهما والأمر بفعل ما يريان الصلاح فيه متوجه إليهما وهما
 ممنوعان من تقليد غيرهما فقد يوافق رأيهما مذهب قاضي البلد وقد يخالفه
 فلم يكن بذلك اعتبار .

(١) سورة النساء الآية ٣٥ .

(٢) سبق تخريج الأشتر قريباً .

(٣) في م : اخترنا .

(٤) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٦٤٢) .

(٥) كما جاء في قوله تعالى : ﴿حكما من أهله وحكما من أهلها﴾ الآية .

باب [فى تمليك المرأة طلاقها]

إذا ملك الرجل امرأته طلاقها جاز لأنه قد وكلها بذلك والتوكيل في الطلاق جائز، ولفظه أن يقول قد ملكتك أمرك أو طلاقك أو أمرك بيدك أو ما أشبه هذه الألفاظ، ثم لا يخلوا أن تجيب في المجلس أو تمسك فلا تجيب فإن لم تجب وقد أمكنت من الجواب حتى افترقا ففيها روايتان^(١) : إحداهما بطلان تمليكها والأخرى ثبوته وإنه لا يقطعه إلا إيقافها أو تمكينها إياها من نفسها فوجه الأولى أنه إيجاب^(٢) يقتضى قبولا فإذا لم يحصل الجسواب فى الحال بطل كلفظ الإيجاب فى البيع والنكاح ، ووجه الثانية اعتباره باعتاق الأمة تحت العبد لأنه جعل طلاقها بيدها .

فصل [١ - إجابة المرأة على تمليك الرجل لها]

وإن أجابت لم يخل أن يكون صريحا بقبول أو رد أو مبهمسا فإن كان مبهمسا لم يضرها إن قامت من المجلس ولم تفسره وأخذت بتفسيره فيما بعد ، وإنما قلنا ذلك لأن الجواب قد حصل منها وإن كان مجملا فلم يجعل كعدمه، وإن كان مفسرا عمل على ما يوجب^(٣) من قبول أو رد ، وإنما قلنا ذلك لأنه قد جعل لها أن تملك فصار ذلك حقا لها فكان لها استيفاءه أو إسقاطه، فالفاظ القبول أن تقول قد قبلت طلاقى أو قبلت نفسى أو طلقت نفسى أو ما أشبه ذلك فهذا كله صريح فى القضاء بالطلاق ثم ينظر فإن كان فى هذه الألفاظ التى تقضى بها ما لا يحتمل إلا الثلاث أو ما يحتمل الثلاث وما دونها فله مناكرتها إن ادعى أنه لم يرد بالتمليك إلا واحدة، وإنما يكون له ذلك بثلاثة شروط وهي: أن يزعم أنه نوى ذلك عند التمليك، وأن يكون تمليكه إياها ابتداء طائعا من غير شرط، وأن يناكر فى الحال فمتى انخرم من هذه الشروط شيء لم تكن له المناكرة وجاز عليه ما قصته ، وإنما شرطنا أن يكون نوى ما يدعيه عند التمليك لأن ظاهر تمليكه يوجب أنه ملكها جميع ما بيده وإذا ادعى ما يخالف ذلك لم يقبل منه إلا أن يكون ذلك فى الحال،

(١) انظر المدونة ٢٦٩/٢ وما بعدها ، التفريع ٨٧/٢ - ٨٠ ، الكافى

٢٧٣ - ٢٧٤ .

(٢) فى م : جواب .

(٣) فى م : عمل ما يوجبه .

ورنما قبلنا دعواه أنه نواه لأن الطلاق بيده فلا يخرج عنه إلا ما أقر أنه أراد تمليكها يحتمل ما قاله ، وإنما شرطنا أن يكون ذلك فـ... الحال لأن إمساكه عنها دلالة على رضاه بما قضت واعتراف منه لأنه لو كان بخلاف ذلك لبادر بالانكار ولم يتوقف ، وإنما شرطنا أن يكون تمليكها لها طوعاً لا عن شرط لأنه إذا كان شرط فالغرض منه تمليك ما تزول به العصمة لا نقصان عدد الطلاق وبقاء العصمة لا يحصل هذا وذلك كالعوض في الخلع أن المقصود منه زوال العصمة ، وإلا لم يستفد بالعوض شيئاً ، وإذا كان ابتداءً فلم يستحق عليه في مقابلته ما يقتضي نوعاً منه دون غيره ، وألفاظ الرد أن تقول قد قبلت أمري أو قبلت ما ملكتني أو رضيت أمري أو ما أشبه هذا فهذا يحتمل الأمر الذي هو البقاء على الزوجية والأمر الذي هو الفراق فأبي الأمرين فسرت به مرادها قبل منها (١) .

فصل [٢] - في تخيير الزوجة

والتخيير على ضربين : تخيير في أعداد الطلاق ، وتخيير في النفس ، فالأول مثل أن يقول اختاريني أو اختاري طليقة أو طليقتين فيكون على ما قاله ولا يكون لها اختيار زيادة على ما جعل لها ، والثاني مثل أن يقول اختاريني أو اختاري نفسك وذلك عندنا عبارة عن اختيار ما تنقطع به العصمة فلا يكون في المدخول بها بأقل من ثلاث فإن اختارت كان ذلك لها لجعله ذلك إليها وتمليكها إياه ، وإن اختارت دون الثلاث لم يكن ذلك إبطالا لحقها ولم يلزمه (٢) طلاق أصلاً ما اختارته ولا ما جعله إليها هذا قول مالك وقال عبد الملك / إذا اختارت ما دون الثلاث كان ذلك اختيار منها للثلاث وتبين منه (٤) .

فوجه قول مالك أنها اختارت ما لم يجعل إليها اختياره دون ما جعل لها فلم تكن بذلك مختارة لما جعل لها اختياره أصله لو اختارت شيئاً يخالف ما هما فيه فلا خلاف أن ذلك قطع لخيارها .

(١) في جملة هذه الأحكام انظر المدونة ٢٦٩/٢ - ٢٧ ، التفريع ٨٨/٢ - ٨٩ ،

الكافي ٢٧٣ - ٢٧٥ .

(٢) في م : باب . (٣) في ق : يلزمها .

(٤) انظر المدونة ٢٦٨/٢ ، التفريع ٩٠/٢ ، الكافي ٢٧٢ - ٢٧٣ .

ووجه قول عبد الملك أن اختيار التبعية فيما لا يتبع اختياراً له يكمله

فإذا ثبت هذا فإنما قلنا أن الخيار في النفس يقتضي زوال العصمة لأن مفهومه اختيار البقاء على الزوجية أو الانفكاك عنها لأن لفظه بنفي الاشتراك بينه وبينها (١) فإذا اختارت واحدة أو اثنتين فلم تختَر نفسها لأنها قد أبقت له سبيلاً عليها ولم تختره لأنها قد ثلّمت عقد الزوجية والتمليك بخلاف ذلك، لأنه تمليك لإيقاع طلاق مجمل لا يقتضي زوال عصمة ولا بقائها فإن كان مدخولاً بها فقد ذكرنا حكمها، وإن كانت غير مدخول بها فقتت بالثلاث فله مناكرتها لأن الغرض الذي هو زوال العصمة يحصل بالواحدة بخلاف المدخول بها .

فصل [٣ - المملكة والمخيرة ترد ما جعل إليها]

إذا ردت المملكة والمخيرة ما جعل إليها فهي على ما كانت من الزوجية ولا يلزمه شيء خلافاً لمن ذهب إلى (٢) أنه يلزمه واحدة رجعية (٣) لقول عائشة رضي الله عنها : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه (٤) ، فلم يعد ذلك طلاقاً ولأن قوله : اختارينى أو اختارى نفسك فائدته أن اختيارها لنفسها ضد اختيارها له فإذا كان اختيارها نفسها فراقاً كان اختيارها لسه بقاء على الزوجية .

(١) فى م : لأن لفظه بنفي الاشتراك الا بينه وبينها .

(٢) إلى : سقطت من م .

(٣) روى ذلك عن الحسن كما روى كذلك عن علي - رضي الله عنه - وانفرد

بنقله عن أحمد اسحق بن منصور (المغنى ١٥٠/٧) .

(٤) أخرجه البخارى فى الطلاق باب من خير نساءه ١٥٦/٦ ، ومسلم فى

الطلاق باب بيان أن تخيير المرأة لا يكون طلاقاً ١١٠٤/٢ .

باب [في الإيلاء]

الإيلاء في اللغة الحلف يقال ألى يولي إيلاء وإلية^(١) ، والإيلاء الشرعي هو: الحلف بيمين^(٢) يلزم بالحنث فيها حكم على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر حرة كانت أو أمة مسلمة كانت أو كتابية^(٣) فإن ترك الوطء بغير يمين غير مضار أو يمين لا يلزمه بها حكماً أو حلف بيمين يلزمه الحنث فيها حكم ولكن على ترك وطء أمة أو مدة أربعة أشهر فدونها فليس ذلك بإيلاء شرعي، واليمين في الإيلاء أن يحلف بالله أو بصفة من صفات ذاته أو بنذر صلاة أو حج أو صوم أو مشي أو صدقة أو عتق أو بطلاق غير المولي منها، فإن كان رجعياً لزمه وفيه بالوطء ويحنث بأول الإيلاج ينوي الارتجاع ويتم الوطء، وإن كان ثلاثاً عند مالك يلزمه الإيلاء ويمكن منها فإذا ابتدأ الإيلاج نزع وحرمت عليه فلم تحل له إلا بعد زوج .

وعند عبد الملك لا يمكن وتطلق عليه ولا يلزمه إيلاء بيمين لا يلحقه ضرر^(٤) بالحنث فيها كقوله والنبي والكعبة وما أشبه ذلك ويضرب للمولي أجلاً أربعة أشهر للحر وشهران للعبد من يوم حلف ويمكن فيه منها، فإن فاء وإلا وقف بعد انقضائه فأما فاء وإما طلق: فإن فاء فهي امرأته وإن أبى فاخترت فراقه أمر بالفراق، فإن طلق وإلا طلق عليه، وله الرجعة إن فاء في العدة ويعتبر صحتها بالوطء فإن وطئ فيها وإلا لم تصح وبانت منه بانقضاء العدة إلا أن يكون له عذر في امتناعه ، ومن ترك الوطء مضاراً وعرف ذلك منه وطالت المدة به كان حكمه حكم المولي وقيل يفرق بينهما من غير ضرب أجل، ولا إيلاء في ملك اليمين ولا تطلق عليه بمضي المدة إلا بأن يوقف فيمتنع فيكون الحكم على ما ذكرناه^(٥) .

(١) انظر : لسان العرب ٤٠/١٤ . (٢) في ق : اليمين .

(٣) وعرف الإيلاء ابن عرفة بقوله : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه (حدود ابن عرفة ٢٠٢) .

(٤) في م : ضرب .

(٥) في جملة أحكام الإيلاء انظر المبنية ٢/٣٢٠ - ٣٣٥ ، والتفريع ٩٣/٩١/٢ .

الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٧٩ - ٢٨٢ .

فصل [١ - في أدلة شروط الإيلاء]

وانما شرطنا في الإيلاء أن يترك الوطء بيمين لما بيناه من أن الإيلاء الحلف في اللغة، وقد قال تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُولُونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (١)، وإنما شرطنا في الإيلاء أن يكون بيمين يلزمه بالحنث (٢) فيها حكم لأن اليمين التي لا يتعلق بالحنث فيها حكم ولا ضرر ولا غــرم ووجودها وعدمها سواء فكان الحالف بها كالمقنع بغير يمين، ولا خلاف أن اليمين بالله وصفات ذاته يتعلق بها الإيلاء، وأما الحلف بغيرها فيلزم عندنا خلافا للشافعي في قوله إنه لا يكون موليا إلا إذا حلف بالله فقط (٣) لقوله تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُولُونَ مِنْ نَسَائِهِمْ﴾ (٤) فعم ، ولأنه يمين يلحـبـثـق الضرر بالحنث فيها أو يلزمه حكم بذلك كاليمين بالله .

فصل [٢ - اشتراط الحلف على ترك وطء زوجته في الإيلاء]

وانما شرطنا أن يحلف على ترك وطء زوجته لأن الإيلاء حلف على الامتناع من وطء من لها حق في الوطء مضارا بذلك، والأمة لا حق لها في الوطء فلا يكون مضارا بها إذا حلف على ترك وطئها، وإنما سوينا بين الزوجات في ذلك لتساويهن وإن لكلهن (٥) حقا في الوطء .

فصل [٣ - اعتبار الإيلاء بالحلف بغير الله وصفاته]

وانما قلنا إنه يكون موليا بحلفه بطلاق غيرها لأنها يمين يلحقه (٦) الضرر بالحنث فيها، ووجه قول مالك أنه يكون موليا إذا حلف بطلاقها ثلاثا أنه حلف (٧) على ترك وطئها بيمين يلزمه بالحنث فيه حكم كالحالف بطلاق غيرها، ولأنه معنى يحرم وطئها عليه فجاز إذا حلف به أن يكون موليا أصله النظهار، ووجه قول عبد الملك ما احتج به له وهو قوله أنه لا يمكنه الفـيـء إلا بالحنث ولا يصل إلى الحلال منه إلا بالحرام وذلك ممنوع، وإذا لم يمكن الفـيـء وجب الفراق ولا معنى مع ذلك لضرب الأجل لأن ما لم يراد مقتـدر فأما إذا كان الطلاق رجعيا فيصل إلى الفـيـء وعلى وجه جائز فإن نوى الارتجاع مع الإيلاء فيكون جميع الوطء حلالا .

- (١) سورة البقرة الآية ٢٢٦ . (٢) في ق : بالحكم .
 (٣) انظر الأم ٢٦٥/٥ ، مختصر المزمي ١٩٨ - ١٩٩ ، الاقناع ١٥٥ .
 (٤) سورة البقرة الآية ٢٢٦ . (٥) في ق و ر : في أن لهن .
 (٦) في م : يلحقها . (٧) في م : حالف .

فصل [٤ - فى ضرب أجل أربعة أشهر للمولى]

وإنما قلنا إنه يضرب له أجل^(١) ، أربعة أشهر لقوله تعالى :
 ﴿ للذين / يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾^(٢) ، وإنما قلنا إن أجل
 العبد شهران خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٣) ، لأنه معنى يتعلق به حكم
 البيئونة فوجب نقصانه فيه عن الحر أصله الطلاق .

فصل [٥ - بداية أجل الايلاء]

وإنما قلنا إن الأجل من يوم حلفه لأنه من ذلك الوقت صار مولى
 ومعتقدا الإضرار بالمرأة بالحلف على ترك حقها، وإنما قلنا أنه يمكن
 منها في الأجل لأنه مضروب له فلا يمنع مما يؤدى إلى إزالة الفرر الذى
 هو مأخوذ بإزالته إلا أن هذا الفىء لا توجبه عليه بعد انقضاء الأجل
 لأن الأجل مضروب له، فإن فاء فى الأجل حث وزال حكم الايلاء عنه، وإن انقضى
 ولم يف طولب بذلك فيما بعده، وإنما لم نوجب عليه الفىء فى المدة وأخذناه
 به بعدها خلافا لأبي حنيفة فى قوله أن المدة مضروبة ليفىء فيها أو تبين
 منه بانقضائها^(٤)، لأنه حق له بدليل قوله تعالى : ﴿ للذين يولون من
 نسائهم تربص أربعة أشهر ﴾^(٥) فأضافها إلى المولى وجعلها حقا لـه
 وجعل الفىء حقا عليه للمرأة، وما كان حقا للإنسان فلا يكون محلا لحق عليه
 بدليل أن الأجل فى الديون لما كانت حقا لمن عليه الدين لم تكن محلا
 للدين الذى عليه .

فصل [٦ - فى أنها لا تطلق بعد مضى الأجل]

وإنما قلنا لا تطلق بمضى الأجل خلافا لأبي حنيفة^(٧) ، لقوله تعالى :
 ﴿ فإن فاءو ﴾^(٨) فجعل له الفىء بعد المدة، وذلك يتضمن بقاء الزوجة

- (١) فى ق : لها أجلا . (٢) سورة البقرة الآية ٢٢٦ .
 (٣) انظر : مختصر الطحاوى ٢٠٧ ، الأم ٢٧١/٥ ، مختصر المزنى ١٩٩ .
 (٤) انظر مختصر الطحاوى ٢١٠ ، مختصر القدورى مع شرح الميداني ٦٠/٣ ،
 تحفة الفقهاء ٢٠٥/١ .
 (٥) تعالى : سقطت من م . (٦) سورة البقرة الآية ٢٢٦ .
 (٧) انظر مختصر الطحاوى ٢١٠ ، مختصر القدورى مع شرح الميداني ٦٠/٣ ،
 تحفة الفقهاء ٢٠٥/١ - ٢٠٦ .
 (٨) سورة البقرة الآية ٢٢٦ .

ولأنه تعالى جعل الفیء والطلاق متعلقین لفعله لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاوَوْا ۖ ۝۰۰ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ ۖ ﴾ ^(۱) ، ولأنهما یمین بالله فلم یلزمه بها الطلاق أصله إذا حلف على أقل من أربعة أشهر ولأنها مدة ضربت بالشرع لم یقدمها فرقة فلم یکن مضیها بینونة أصله من العنة .

فصل [٧ - إذا مضى الأجل يؤخذ المولى بالفىء أو الخلاق]

وإنما قلنا إنه يؤخذ بعد مضي الأجل بالفيء أو الطلاق لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاوَّ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ (٢)، ولأنه مأخوذ بإزالة الضرر عنها فإن فآوا فلا إزالة بالطلاق إذا طالبت به فإن طلق وإلا طلق الحاكم عليه، خلافا للشافعي في قوله أنه لا يطلق عليه ولكن يحبس ويضيق عليه حتى يطلق بنفسه (٣)، لأنه طلاق مستحق عليه لإزالة الضرر فجاز أن يليه الحاكم عند امتناعه منه أصله طلاق المعسر بالنفقة .

فصل ۸ - فی آن طلاق المولیٰ یگونی رجعیاً [

ولما قلنا إن الطلاق يكون رجعيا إن لم يطلق هو ثلاثا أو يكمل به عدد الثلاث خلافا لأبى ثور في قوله أن الطلاق يقع باثنا^(٤) لقوله تعالى : ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾^(٥)، ولأنه طلاق مجرد صادف اعتدادا قبل استيفاء العدد فوجب أن يكون رجعيا أصله غير المولى .

فصل [۹ - فی کون الرجعة معتبرة فی الایلاء]

وإنما قلنا إن الرجعة لا تقع منبرمة لأن كل طلاق وقع لأجل ضرر فالرجعة فيه معتبرة بزوال ذلك الضرر فإن زال الضرر صحت وصار كطلاق المبتدأة وإن لم يزل لم تصح لأنها لو صحت لم ينفع الطلاق شيئا فاحتيج إلى أن يطلق عليه ثانيا، الطلاق الأول كاف .

(١) سورة البقرة الآيتين ٢٢٦ - ٢٢٧ •

(٢) سورة البقرة الآيتين ٢٢٦ - ٢٢٧ •

(٣) انظر الآم ٢٧١/٥ - ٢٧٢ مختصر المزمعي ١٩٩ - ٢٠٠، الإقناع ١٥٦.

(٤) انظر المفنى ٣٣١/٧ •

(٥) سورة البقرة الآية ٢٢٨ •

فصل [١٠ - فيما إذا لم تصح الرجعة]

وإنما قلنا إن الرجعة إذا لم تصح بانت منه ولم يحتج إلى ضرب أجل ثان: خلافا للشافعي^(١) لأنها مدة ضربت لإزالة ضرر بترك الوطء فلم تضرب ثانية كأجل العنين^(٢) .

فصل [١١ - فيمن ترك الوطء مضارا دون يمين]

وإنما قلنا إذا ترك الوطء مضارا وطال ذلك منه كان له حكم المولي لأن الأضرار بها موجود لا طريق إلى إزالتها إلا بضرب الأجل فكان كالحالف، ووجه القول أنه لا يضرب له أجل وتطلق عليه لأن الأجل للحالف وهذا غير حالف .

فصل [١٢ - في تصديقه إذا كان له عذر في ترك الوطء]

وإنما قلنا إنه يصدق إذا كان له عذر من مرض أو حبس أو غيره لأن الظاهر أن ترك الوطء لأجله وإنما يحمل على الأضرار إذا لم يكن له ما يحمل عليه غيره وتصديق ذلك أن يكفر عن يمينه أو يلتزم ما يلتزمه الحادث فإن لم يفعل عرف كذبه والله أعلم .

(١) أنظر الأم ٢٧٢/٥ - ٢٧٣ ، الاقناع ١٥٦ .

(٢) في م : العنة .

باب [الظهار]

الظهار (١) محرم (٢) لقوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ (٣) ففيها على تحريمه أدلة : أحدها إكذابهم في تشبيههم الزوجة بالأم ، والآخرى إخباره بأنه قول منكرو زور ، والثالث إخباره بأنه تعالى يعفو ويغفر (٤) .

فصل [١ - في حقيقة الظهار]

حقيقة (٥) الظهار تشبيه المرأة المحللة له بظهر من تحرم عليه ، وصريحه أن يقول أنت علي كظهر أمي ، وهو الذي ورد الظاهر به ثم يجري غيره مجراه في كونه ظهرا ، وتعلق الأحكام به فكان من تظاهر بمحرمة عليه على التأييد بنسب أو رضاع أو هجر فإنه مظاهر مثل أن يقول أنت علي كظهر أبي أو ابنتي أو أختي أو سائر ما يحرم عليه من القربات من نسب أو رضاع أو امرأة أبيه أو ابن أو أم زوجته أو بنتها وقد دخل بالأم ولا فرق بين الظهر وغيره من الأعضاء ولا بين تشبيه الجملة بالجملة أو البعض بالبعض أو البعض بالجملة من أي الطرفين كان :

والجملة بالجملة أن يقول أنت علي كأمي أو مثل أمي ، والبعض بالبعض أن يقول فرجك علي كظهر أمي وما أشبه ذلك .

والبعض بالجملة أو الجملة بالبعض كقوله : أنت علي كظهر أمي أو فرجك علي كأمي .

-
- (١) الظهار : من الظهر إذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي وقيل إنما خص ذلك بذكر الظهر لأن الظهر من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة ، وفي الاصطلاح هو : تشبيه زوج زوجته : أو ذي أمة حسل وطؤه إياها بمحرم أو بظهر أجنبية في تمتعه بهما والجزء كالكل والمعلق كالحاصل (انظر حدود ابن عرفة ٢٠٥ ، المصباح المنير ٢٨٨) .
- (٢) انظر المدونة ٢/٢٩٥ ، التفريع ٩٤/٢ - ٩٦ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٢ - ٢٨٤ .

- (٣) سورة المجادلة الآية ٢ . (٤) في ق : ويكفر وفي ر : يغفر عنهم . (٥) في ق : حقيق . (٦) في م : ظاهر .

فأما التي لا تحرم بالتأبيد كالجارية وسائر الأجنيات فإنه ظاهر عند مالك وطلاق عند عبد الملك، ويلزم الظهار فيمن تحل بالملك من أمته أو أم ولذه (١) .

فصل [٢ - لزوم الظهار في ذوات المحارم بالنسب والرضاع]

وإنما قلنا إن الظهار في ذوات المحارم / بالنسب والرضاع خلافاً للشافعي في أحد قوليه (٢) فيما عدا الأمهات والجدا، لأن البنوة والأخوة نسب متأبد التحريم كالأمومة، وإنما سويننا بين الرضاع والصهر وبين النسب لأنه معنى يقتضي حرمة يوجب التحريم المؤبد كالنسب، وإنما سويننا بين الظهر وبين سائر الأعضاء في لحوق الظهار بتشبيهه بها خلافاً للشافعي في قوله أن الظهار لا يلزم إلا في الظهر وحده (٣) ، ولأبي حنيفة في قوله أنه يلزم في كل عضو يحرم النظر إليه (٤)، لأنه عضو من ذات محرم منه شبه امرأته به كالظهر، وإنما لم نفرق بين التشبيه من أي الطرفين كان لأن المعنى حاصل وهو تشبيه الفرج المحلل بالفرج المحرم .

فصل [٣ - إذا قال أنت علي كأمي أو كمثلي أمي يكون

مظاهراً]

وإنما قلنا إنه إذا قال أنت علي كأمي أو مثلي أمي فإنه ظاهر نوى أو لم ينو، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنه إذا لم ينو الظهار حمل على البر والكرامة (٥) لأنه إذا أطلق تشبيه امرأته بأمه فلم ينفك من تحريم به كالنص على الظهر .

فأما الظهار من الأجنبية فوجه قول مالك في ثبوته إنه شبه امرأته بظهر محرمة عليه كالأم، ووجه كونه طلاقاً أن الظهار يتعلق بتحريم مؤبد

- (١) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٢/٢٩٥ - ٢٠٥ ، التفريع ٢/٩٤ - ٩٦ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٣٨٢ - ٢٨٤ .
- (٢) انظر الأم ٥/٢٧٧ ، مختصر المزني ٢٠٣ ، الاقناع ١٥٦ - ١٥٧ .
- (٣) انظر الأم ٥/٢٧٨ - ٢٧٩ ، مختصر المزني ٢٠٣ ، وقال الماوردي (٠٠) .
- أو كبطنها أو كظهر امرأة لم تحل له قط (٠٠) الاقناع ١٥٦ .
- (٤) انظر مختصر الطحاوي ٢١٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٣/٦٨ .
- (٥) انظر مختصر القدوري مع شرح الميداني ٣/٦٩ ، الأم ٥/٢٧٩ .

وذلك منتف في الأجنبية والتشبيه بها (١) يقتضى أن تحرم كتحريمها
وليس ذلك إلا برفع عقد الاستباحة وذلك لا يكون إلا بالطلاق .

وإنما قلنا إن الظهار يلزم في مالك اليمين خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٢)
لقوله تعالى ﴿والذين يظهرون من نسائهم﴾ (٣) فعم، ولأنه فرج محلل له
فصح ظهاره منه كالزوجة .

فصل [٤ - الظهار في الأجنبية]

يلزم عقد الظهار في الأجنبية بشرط التزوج عم أو خص بخلاف الطلاق
الذى لا يلزم عمومه ويلزم خصوصه (٤)، قلأما لزومه بشرط العقد فلأنه
معنى يحرم الوطء كالطلاق، وأما جواز عمومه فلأنه لا يسد على نفسه استباحة
البضع بذلك الجنس بخلاف الطلاق .

فصل [٥ - متى تجب كفارة الظهار]

ولا تجب الكفارة بنفس المتظهر دون العقد (٥) خلافا لما يحكى عن
مجاهد (٦)، لقوله عز وجل ﴿والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا
فتحرير رقبة﴾ (٧) فعلق الوجوب بشرط زائد وهو العود ، ولأن الظهار
يمين فلا تجب الكفارة إلا بالمخالفة ، والعود فيها هو الحنث كسائر
الأيمان أن المخالفة هي الحنث .

(١) في م : به .

(٢) مختصر الطحاوى ٢١٢ ، الأم ٢٧٦/٥ ، الاقناع ١٥٧ .

(٣) سورة المجادلة الآية ٣ . (٤) في ق : خصه .

(٥) انظر المدونة ٣٠٦/٢ - ٣٠٧ ، التفريع ٩٥/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٤

(٦) مجاهد : الامام أبو الحجاج المكي مولى السائب بن أبي السائب

المخزومي روى عن ابن عباس وعن أبي هريرة وعائشة وغيرهم .

وحدث عنه عكرمة وطاوس وعطاء ، ثقة إمام في التفسير وفي العلم

ت ١٠٣ هـ وله ثمانون (تقريب التهذيب ٥٢٠ ، ذخرات الذهب ١/١٢٥) .

(٧) سورة المجادلة الآية ٣ .

فصل [٦ - معنى العود للمظاهر]

الظاهر من مذهبنا أن العود هو العزم على الوطء فقط، وقيل العزم على الوطء والإمساك، وقيل هو الوطء نفسه^(١)، وقال الشافعي هو أن يمكنه أن يطلق فلا يفعل^(٢)، وقال داود هو تكرار القول وإعادته^(٣) .

ودليلنا أن العود هو المخالفة وذلك إنما يكون بالعزم على الوطء لأن الظاهر إنما يقصد به تحريم الوطء دون العقد فإذا حصل ذلك فقد وجدت المخالفة، ووجه القول بأنه الوطء أن مقتضى الظاهر تحريم الوطء والعود هو الإقدام عليه دون العزم لأن الإقدام هو مخالفة الكف والامتناع .

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى : ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾^(٤)، وشم للتراخي فيجب أن يكون ذلك من صفات العود، وفي القول بأنه الإمساك عقيب الظاهر إيجاب إتياله به وذلك خلاف الظاهر، ولأن العود^(٥) لو كان هو الإمساك لم ينتف بالطلاق الرجعي لأنه^(٦) لا ينفي الإمساك .

ودليلنا على داود أن العود هو بالمخالفة لأنه سبب وجود^(٧) الكفارة كالحنث في اليمين، ولأنها كفارة تتعلق بفعل من جهته فلم يفتقر إلى تكراره أصله كفارة القتل .

فصل [٧ - تحريم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع بالظهار]

الظهار يحرم الوطء وجميع أنواع الاستمتاع: من الوطء فيمساكاً دون الفرج والقبلة واللمس للذة^(٨)، خلافاً للشافعي قوله إنه لا يحسب زناً إلا الوطء فقط^(٩)، لقوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾^(١٠)، فعم، ولأنه استمتاع كالوطء .

(١) انظر التفريع ٩٥/٢ ، الكافي ٢٨٥ .

(٢) انظر الأم ٢٧٩/٥ ، الاقناع ١٥٦ .

(٣) انظر بداية المجتهد ١١١/٧ ، المغنى ٣٥٣/٧ ، نيل الأوطار ٢٩٤/٦ .

(٤) سورة المجادلة الآية ٣ . (٥) في م : القول .

(٦) لأنه : سقطت من م . (٧) في م : بوجوب .

(٨) انظر المدونة ٣٠٤/٢ ، التفريع ٩٥/٢ - ٩٦ ، الكافي ٢٨٣ .

(٩) انظر مختصر المزني ٢٠٢ - ٢٠٣ ، المذهب ١١٤/٢ .

(١٠) سورة المجادلة الآية ٣ .

فصل [٨ - كفارة الظهار]

إذا ثبت أن الكفارة تجب بالعود فهي ثلاثة أنواع : إعتاق وصيام وإطعام، وهي على الترتيب دون التخيير، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْطِئُونَ مِنَ إِيمَانِهِمْ فَلَا يُغْنِ عَنْهُمْ صِيَامُهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ وَلَا حَرْجُ عَلَيْهِمْ وَلَا حَرَامٌ عَلَيْهِمْ سَفَرُهُمْ وَلَا كُنُفُهُمْ إِلَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْفُسُهُمْ سَاءَ لِمَا هُمْ يَعْمَلُونَ﴾ (١) ، وكذلك في حديث أوس بن الصامت (٢) لم يستطع إطعام ستين مسكيناً (٣) ولا خلاف فيه (٤) . (٥)

فصل [٩ - في الرقبة المعتقة في كفارة الظهار]

فأما الاعتاق فلا يجزى فيه إلا تحرير رقبة مؤمنة ليس فيها شرك (٦) ولا عقد عتق من تدبير أو استيلاء أو كتابة أو قرابة تستحق العتق بنفس الملك، وقد دللنا على هذا كله في كفارة الإيمان (٧) بما يغنى عن رده، ولا تجزئ إلا سليمة من العيوب ولا يجزئ أقطع اليدين ولا أشتلهما لأنه عيب يمنع نوعاً من المنفعة بكماله كالجنون ولا يجزئ أقطع واحدة خلافاً لأبي حنيفة (٨) ، لأنه عضو يقطع في الرقبة فكان فقده مانعاً من الإجزاء

- (١) سورة المجادلة الآيتين ٣ و ٤ .
- (٢) أوس بن الصامت: الأنصاري الخزرجي أخو عبادة بدرى وهو الذى ظاهر من امرأته قال ابن حبان مات أيام عثمان وله خمس وثلاثون (تقريب التهذيب ١١٦) .
- (٣) سلمة بن صخر : بن سلمان بن الصمة الأنصاري الخزرجي ويقال سلمان ويقال له البياضي صحابي ظاهر من امرأته قال البغوي لا أعلم له مسنداً غيره (تقريب التهذيب ٢٤٧) .
- (٤) أخرجه أبو داود في الظهار ٦٦٠/٢ ، والترمذي في الطلاق باب كفارة الظهار ٥٠٣/٣ ، وقال حديث حسن ، وابن ماجه في الطلاق باب الظهار ٦٦٥/١ ، والحاكم ٢٠٣/٢ ، وقال صحيح الإسناد .
- (٥) انظر الإجماع ١٠٦ - ١٠٧ ، بداية المجتهد ١١٧/٧ ، المغنى ٣٥٩/٧ ، ٣٦٢ ، ٣٦٨ .
- (٦) في ق : شيء .
- (٧) انظر الصفحة (٤٥٦ - ٤٥٧) من الكتاب .
- (٨) انظر مختصر الطحاوى ٢١٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٧٠/٣ - ٧١ .

كاليدين، ولا يجرى مقطوع الإبهامين من اليدين والرجلين وكذلك الإبهام الواحدة لأن قوة الأصابع بالإبهام فإذا فقدت انحلت قوة بقية الأصابع وضعفت فأثر ذلك في ضعف التصرف ونقص^(١) العمل، والأصبع الواحدة غير الإبهام مختلف فيه، فأما قطع الأنملة وطرف الأصبع فإنه يسير لأنه لا يوقع نقما في المنافع يتينا ولا يضر في منع التصرف إضرارا شديدا وأقطع الأذنين لا يجرى لأنها عضوان فيهما منفعة وهو حوش^(٢) الصوت إلى السمع ودفع الضرر عنه / ولأن في ذهابهما تشويها بالخلق .

فصل [١٠ - إذا كان العبد أعمى لا يجرى]

ولا يجرى الأعمى لأن بذهاب البصر يصير في حكم الزمان الذي لا تمكنه الحركة ولا التصرف، واختلف في الأعور فقال مالك يجرى لأن العين الواحدة تقوم له مقام العينين أو قريبا منهما فكان كمن بعينه ضعف ، وقال عبد الملك لا يجرى لأنه فقد ما يجب به شطر الدية كأقطع اليد .

واختلف في الأصم فإذا قيل يجرى فلأن ذهاب السمع لا يضر بالعمل ولا بالتصرف، والإضرار الشديد، ولأن أكثر ما فيه صعوبة^(٣) فهمه بالكلام وذلك يوصل إليه بما يقوم مقامه من الإشارة ، فإذا قيل أنه لا يجرى فلأنه نوع منفعة كاملة تضر بالعمل كالعمى وهو فرع النظر ، والخرس يمنع الأجزاء^(٤) خلافا للشافعي^(٥) ، وإن كان معه صمم فهو أبين لأن فقد الكلام يجرى مجرى فقد البصر واليد والرجل لأنه يضر بعمله وينقص تصرفه ويمعيب إفهامه وتقل رغبة الناس فيه والمجنون لا يجرى لأن فقد العقل أعظم من فقد جميع ما ذكرناه في انقطاع التصرف والعمل .

فصل [١١ - في اشتراط التتابع في الصيام]

فأما اشتراطنا التتابع في الصيام فلقلوله تعالى : ﴿ فيصيام شهرين متتابعين ﴾^(٦) وكذلك في حديث أوس وسلمة بن صخر ولا خلاف فيه^(٧) (٨) .

(١) في ق : تقطع . (٢) في ر : حسوس .

(٣) في اق : معونة .

(٤) انظر المدونة ٣١٣/٢ - ٣١٥ ، التفريع ٩٦/٢ - ٩٧ ، الرسالة ٢٠٤ .

(٥) انظر الأم ٢٨٢/٥ ، الاقناع ١٥٧ .

(٦) سورة المجادلة الآية ٤ . (٧) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٨) انظر الاجماع ١٠٧ ، بداية المجتهد ١١٧/٢ ، المفنى ٣٦٢/٧ .

فصل [١٢ - الاطعام فى كفارة الظهار]

فأما الاطعام إذا لم يطق الصيام فهو أن يطعم ستين مسكيناً مسداً بمد هشام^(١) وقد اختلف فى مقداره فقليل مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم ، وقيل أقل من مدين^(٢) .

فصل [١٣ - فى عدد الاطعام]

وإنما شرطنا العدد للنص الوارد فيه والخبر وقد ذكرناه فى الأيمان^(٣)، وإنما شرطنا مد هشام لأن ذلك غالب الشيع فى العادة، ولأنها كفارة تنتقل من صيام إلى إطعام أبهت فى الظاهر فوجب الزيادة فيها على مد اعتباراً بكفارة الأذى .

فصل [١٤ - منع الوطء قبل التكفير]

ولا يجوز أن يوطأ^(٤) قبل التكفير^(٥) لقوله تعالى : ﴿ من قبل أن يتماسى ﴾^(٦) فإن فعل فقد آثم ولا يلزمه أكثر من الكفارة خلافاً لمن حكى عنه أنه يلزمه كفارة أخرى^(٧) لأنه وطئ بعد استقرار وجوب الكفارة عليه كالشأنى والثالث .

فصل [١٥ - عدم سقوط الكفارة عن وطء قبل التكفير]

ولا تسقط الكفارة عنه^(٨) خلافاً لمن حكى عنه^(٩) لحديث أوس لما أخبر النبى صلى الله عليه وسلم بأنه وطئ امرأته فأمره بالكفارة^(١٠)

- (١) مد هشام : وهو قدر مدوثلشين من أمداده صلى الله عليه وسلم ، وقيل قدر مدين من أمداده صلى الله عليه وسلم (انظر الفواكه الدواني ٥٢/٢) .
- (٢) انظر المدونة ٣٠٩/٢ - ٣١٠ ، التفريع ٩٦/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٥ .
- (٣) راجع الصفحة : ٤٥٧ . (٤) فى م : الإيلاء وهو خطأ .
- (٥) انظر المدونة ٣٠٤/٢ - ٣٠٥ ، التفريع ٩٥/٢ - ٩٦ ، الرسالة ٢٠٤ .
- (٦) سورة المجادلة الآية ٣ .
- (٧) حكى عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة : أن عليه كفارتين (المبنى ٢٨٢/٧) .
- (٨) انظر المدونة ٣٠٤/٢ - ٣٠٥ ، التفريع ٩٥/٢ - ٩٦ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٤ - ٢٨٥ .
- (٩) قال صاحب المبنى حكى عن بعض الناس ولم يصرح عنهم (المبنى ٢٨٢/٧) .
- (١٠) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٦٦١) .

ولأنه ليس في تقديم الوطء على الكفارة أكثر من كواب الأثم والعود الموجب لها حاصل فلم يؤثر في سقوطها .

فصل [١٦ - الوطء في خلال كفارة الصيام أو الإطعام]

ولا يجوز أن يطأ في خلال الصيام أو الإطعام ليلاً ولا نهاراً فإن فعل استأنف (١)، خلافاً للشافعي (٢)، لقوله عز وجل : ﴿ فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتلمسا ﴾ (٣) وهذا الشرط عائد إلى الجملة والابعض ولأن كل زمان يمتنع (٤) الوطء لإيقاع عبادة فيه فإن ذلك الوطء يوجب استئنافاً ولا يختلف بزمان الليل والنهار أصله الحج والصلاة ولأنه وطء في الزمان الذي حرم عليه الوطء فيه بفعل الصيام عن ظهاره كالوطء نهاراً .

فصل [١٧ - في كفارة العبد في الظهار]

وكفارة العبد مثل كفارة الحر إلا أنه لا يصح منه التكفير بالاعتاق أذن له سيده أو لم يأذن له ويكفر بالصيام فإن عجز عنه كفر بالإطعام إذا أذن له سيده عند ابن القاسم، وإن منعه منه انتظر القدرة على الصيام وعند غيره لا يجزيه (٥)، وإنما قلنا إن كفارته لا تنقص عن كفارة الحر لأنه لم يعتبر فيها الفضيلة وتأكد الحرمة كالطلاق والحدود واعتبارا بكفارة الصيد واليمين ، وإنما قلنا إنه لا يصح أن يكفر بالعتق لأن الولاء لا يثبت له مع رقه ولا يرجع إليه إن عتق ولا يصح الإعتاق إلا لمن يثبت له الولاء ، وإنما قلنا إنه يكفر بالصيام لأنه عاجز عن الاعتاق فكان فرضه الصيام، ووجه تجويز الإطعام اعتباره بالحر ولأنه يملكه من جميع وجوهه بخلاف الاعتاق، ووجه منعه فلأنه ليس من أهل الأملاك المستقرة فكان فرضه الصيام وبالله التوفيق (٦) .

(١) انظر المدونة ٣٠٨/٢ - ٣٠٩ ، التفريع ٩٦/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٥ .

(٢) انظر مختصر المزني ٢٠٦ ، الاقناع ١٥٧ .

(٣) سورة المجادلة الآية ٣ .

(٤) في م : يمنع .

(٥) انظر المدونة ٣٠٧/٢ ، التفريع ٩٧/٢ ، الكافي ٢٨٦ .

(٦) وبالله التوفيق : سقطت من م .

باب [في اللعان]

اللعان (١) ثابت بدليل الكتاب والسنة والاجماع (٢)، فالكتاب قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ٠٠٠﴾ (٣) الآيات ، والسنة حديث العجلاني (٤) لما قال : يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فتقتلونه أم كيف يصنع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أنزل الله تعالى فيكما قرآنا ولا عن صلى الله عليه وسلم بينهما (٥) وحديث هلال بن أمية (٦) وشريك (٧) وفيه ضرب من المعنى (٨) وهو أن النسب يلحق بالفراش ولا يمكنه إقامة البينة وبه ضرورة إلى نفي نسب ليس منه فجعل له طريق إلى نفيه وهو اللعان، ولولا ذلك لم يكن له طريق إلى قطعة منه ولفسدت الأنساب واختلط الصحيح منها بالفساد .

-
- (١) اللعان : لغة المبالغة (الصحاح ٢١٩٦/٦)
 وفى الاصطلاح قال ابن عرفة : هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها التلزم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض (انظر حدود ابن عرفة ٢١٠) .
- (٢) انظر الاجماع ١٠٧ ، بداية المجتهد ١٢٧/٧ ، شرح مسلم - للنووى ٣١٥/٦ فتح البارى ٣٦٢/٩ .
- (٣) سورة النور الآية ٦ .
- (٤) العجلاني : عاصم بن عدى بن الجد بن العجلان الأنصارى صحابي شهيد أحدا مات فى خلافة معاوية وقد جاوز المائة وفى الصحيح حكاية ابن عباس قصة الملاعنة (تقريب التهذيب ٢٨٥) .
- (٥) أخرجه البخارى فى الطلاق باب اللعان ومن طلق بعد اللعان ١٧٢/٦ ، ومسلم فى اللعان ١١٢٩/٢ ، ومالك ٥٦٦/٢ - ٥٦٧ .
- (٦) هلال بن أمية : بن عامر بن قيس بن عبد الأعمى بن عامر بن كعب بن واقف الأنصارى الواقفى شهد بدرًا ، وهو أحد الثلاثة الذين تيب عليهم (الإصابة ٢٨٩/٦) .
- (٧) شريك : بن سحماء وهى أمة وأبيه عبدة بن متعب بن الجد بن عجلان البلوى حليف الأنصار (الامابة ٢٠٦/٣) .
- (٨) الحديث أخرجه البخارى فى الطلاق باب قول الامام اللهم بين ١٨١/٦ .

فصل [١ - فيما يكون اللعان]

واللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين أو أحدهما عدلين أو فاسقين^(١)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن اللعان لا يثبت إلا من زوجين يكونان أو أحدهما من أهل الشهادة^(٢) ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾^(٣) الآية وهذا عام، ولأن كل زوج صح قذفه صح لعانه أصله الحر، ولأن كل معنى صح أن يخرج به القذف من كان من أهل الشهادة صح أن يخرج به منه من لبس من أهلها أصله البينة، ولأن الضرورة إلى نفي النسب الذي ليس منه لما كان له قذف (زوجته جائزاً معها بخلاف الأجنبي الذي لا ضرورة به إلى قذف)^(٤) غيره أوجب ذلك اختلافهما في اللعان لاختلافهما في الضرورة / الداعية إلى ما يوجب هذا يشترك فيه من كان من أهل الشهادة ومن ليس من أهلها .

فصل [٢ - في كون اللعان يمين]

اللعان عندنا يمين^(٥) خلافاً لأبي حنيفة في قوله أنها شهادة^(٦) وفائدة الخلاف أنه يصح ممن تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته^(٧)

لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث هلال بن أمية إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان لكان لي ولها شأن^(٨)، ولأنه يخالف الشهادة في كثير من شروطها ، منها دخول النساء فيه ولا مدخل لهن في الشهادة^(٩) على الزنا وتكرار ألفاظه ولعن الملتعن نفسه إن كان يشهد به بخلاف ما هو به وجوازه من الفاسقين وإن لم يكوشا من أهل الشهادة وكذلك الأعمى .

(١) انظر المدونة المدونة ٢٣٥/٢ - ٢٣٦ ، التفريع ٩٧/٢ الرسالة ٢٠٤ ،

الكافي ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(٢) انظر مختصر الطحاوى ٢١٥ ، مختصر القدورى مع شرح الميداني ٧٤/٣ .

(٣) سورة النور الآية ٦ . (٤) ما بين قوسين : سقط من م .

(٥) انظر التفريع ٩٩/٢ ، الكافي ٢٨٨ - ٢٨٩ .

(٦) انظر مختصر الطحاوى ٢١٦ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني ٧٦/٣ ،

تحفة الفقهاء ٢١٧/١ .

(٧) شهادته : سقطت من م . (٨) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٦٥ .

(٩) في م : الشهادات .

فصل [٣ - فيما وضع له اللعان]

اللعان موضوع لرفع النسب وسقوط الحد في القذف، فإذا قذف الرجل امرأته بالزنا فإن ادعى رؤية وحقق ذلك ووصفه كما يصف الشهود في الزنا فله أن يلاعن (ويسقط الحد عن نفسه فإن اقتصر على مجرد قذفها من غير ادعاء وصفه (١) فقليل يلاعن) (٢) وقيل يحد ولا يلاعن إن كانت ممن يحسد قاذفها وهذا كله إن لم يطأها (٣) بعد رؤيته فأما إن زعم أنه وطئها (٤) بعد ذلك حد ولم يلاعنها، وإذا لاعن برؤية الزنا ثم أتت بولد ففيه روايتان: إحداهما سقوطه عنه والآخرى لحوقه به، وإذا التعن سقط الحد عنه ولزمها إسقاطه باللعان فإن التعتت وإلا حدت .

فصل [٤ - اللعان يكون بالرؤية يبدأ بالزوج]

وإنما قلنا إنه يلاعن بالرؤية لقوله تعالى : * والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهن شهداء إلا أنفسهن فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله (٥) الآية ، ولأن الحد متوجه عليه إذا كانت ممن يحد قاذفها فله أن يخلص نفسه منه باللعان ولذلك بدىء بالالتعان لأن الحد متوجه عليه بالظاهر وبذلك ورد النص، ولأنه صلى الله عليه وسلم بدأ بهلال بن أمية في اللعان (٦) ولأن الزوج هو القاذف واللعان يخلصه من القذف فإن أتى به وإلا حد فوجب تبديته، والمرأة لم يكن من جهتها ما يلزمها به تخلص نفسها منه بالالتعان، فإذا ثبت ذلك فإن التعن (٧) سقط الحد عنه وإن نكل حد خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه لا يحد ويحبس حتى يلاعن (٨) لقوله تعالى : * والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة * (٩) وقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية : (البينة وإلا حد في ظهرك) (١٠) ، ولأنه قاذف لحرمة مسلمة عفيفة فلزمه الحد كالأجنبي، ولأنها حرة مسلمة عفيفة

(١) في ر : رؤية . (٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في ق : إذا لم يطأ . (٤) في ق : وطء .

(٥) سورة النور الآية ٦ . (٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٦٥ .

(٧) فإن التعن : سقط من م .

(٨) انظر مختصر الطحاوى ٢١٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٣/٢٥٥ .

(٩) سورة النور الآية ٤ . (١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٦٥ .

فدفعها من لم يحقق قذفه فوجب أن يحد لها كالأجنبي، ولأن قول الزوج يقبل عليها أكثر من قول الأجنبي فكان بالحد أولى .

فصل [٥ - سقوط الحد بالتعانة]

وإنما قلنا إنه إذا التعن سقط الحد عنه لأن لعانه جعل بمنزلة إقامة البينة عليها فلما كانت البينة تسقط الحد عنه فكذلك اللعان .

فصل [٦ - الحد ينتقل إلى المرأة]

وإنما قلنا إن الحد ينتقل إلى المرأة لما ذكرناه، لأن اللعان كالبينة ويدل عليه قوله تعالى عقيب ذكر لعان الزوج : ﴿ ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ﴾ (١) يعني نفي (٢) الحد لأنه معروف، (٣) فإذا ثبت هذا فلها أن تخلص نفسها بالالتعان فإن التعت سقط الحد عنها ، وإن نكلت حدث إما بالرجم إن كانت مخمئة أو بالجلد إن كانت بكراً وقال أبو حنيفة لا حد عليها (٤) .

ودليلنا قوله تعالى : ﴿ ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ﴾ (٥) الآية، فذكر لعان الزوج ثم عقبه بالأخبار عما يسقط عنها العذاب المتوجه عليها بلعانه وهو أن يلتعن فدل أن الحد قد لزمها بلعانه وأن لها التخلص منه بأن تلتعن، ولأنه معنى يسمع في تحقيق القذف فجار أن يجب به الحد كالبينة .

فصل [٧ - صفة الروية في اللعان]

واختلف في وصفه الروية: فقيل يجب أن يبين فيقول رأيت فرجه يلج (٦) في فرجها كما يلج المروء (٧) في المكحلة كما يقول الشهود، وقيل لا يحتاج إلى ذلك ويكفي ادعاء الروية فقط (٨) .

- (١) سورة النور الآية ٨ . (٢) نفي: سقطت من م .
- (٣) في ق : معرف .
- (٤) انظر مختصر الطحاوى ٢١٥ - ٢١٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢/٧٥ .
- (٥) سورة النور الآية ٨ . (٦) يلج : سقطت من ق
- (٧) المروء : آلة معروفة .
- (٨) انظر المدونة ٢/٣٤٠ - ٣٤٢ ، التفريع ٩٨/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٧ - ٢٨٨ .

فوجه الأولى أن لعانه تحصل به المعة على المرأة ويلزمها الحد الذي هو
الرجم أو الجلد ويخلصه من حد القذف (١) فغلظ عليه حتى إذا رأى أن الايمان
تلزمه على تلك الصفة المتحققة (٢) وعلى تفصيلها وأنه يلعب نفسه ان كان
كاذبا رده ذلك وزجره ان كان غير محقق ولأن ذلك لما لزم في الشهادة
كان بأن يلزم الزوج الذي تثبت الأحكام بقوله ودعواه أولى .

ووجه الثانية قوله تعالى : ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ (٣)
وظاهرة أن هذا القدر كاف ولأنه حالف على رؤيته كالواصف والفرق بينه
وبين الشهود أن به ضرورة الى القذف ولا ضرورة بهم .

فصل [٨ - وجه كل من قال يلاعن بمجرد القذف ، أو بالرؤية]

ووجه القول بأنه يلاعن بمجرد القذف من غير ادعاء رؤية لقوله
تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ (٤) فعم ، ولأنه قذف مضاف إلى الزوجة
فجاز تحقيقه باللعان أصله مضاف إلى الرؤية ، ووجه القول أنه يلاعن
أن اللعان معنى يتخلص به عن حد القذف فوجب أن يحتاج إلى رؤية أصله
الشهادة ، ولأن اللعان واقع على أفعال يدعيها وذلك يتضمن الشهادة واعتبارا
بالشهود .

فصل [٩ - فى إقامة الحد عليه إذا اعترف أنه وطء بعد أن رآها]

تزننى

وإنما قلنا إنه إذا اعترف أنه وطء بعد أن رآها تزننى فإنه يحسد
ولا يلاعن لأن / اللعان لا يمكن أن ينفى به النسب مع اعترافه بالوطء
وثبوت حكم الفراش ولا معنى (٥) لاسقاط الحد لأن العادة تشهد (٦) بكذبه ،
لأن الانسان لا يظأ امرأته بعد أن يراها تزننى فإذا ادعى ذلك فقد أكذب
نفسه .

فصل [١٠ - إذا ظهر حمل بعد التعانسه]

وجه القول بأنه إذا ظهر حمل بعد التعانسه بالرؤية فإنه لا يلحق

(١) فى م : الحد . (٢) فى م : المحققة .

(٣) سورة النور الآية ٨ . (٤) سورة النور الآية ٦ .

(٥) معنى : سقطت من م . (٦) تشهد : سقطت من م .

به لأن أصل اللعان لنفي النسب لأن الضرورة إلى ذلك تدعوا دون دعوى الزنا، وإنما تجرى إلى الحد وإذا كان كذلك سقط الحد بلعانه وتضمن ذلك نفي حمل إن حدث وإن اعترف به بعد حد ولحق به .

ووجه القول بأنه يلحق به هو أن الالتعان الماضي كان لاسقاط الحد لأنه لم يكن هناك (١) حمل يعلمه فيقصد نفيه فإذا ظهر حمل احتاج في نفيه إلى لعان يخصه فإن التلعن على الشرط الذي يلتعن في نفي النسب سقط عنه الحد وإلا لحق به .

فصل [١١ - إذا نفى حمل امرأته]

وإذا نفى حمل امرأته فإن ادعى أنه استبرأها بعد وطئه ثم لسم يظأها حتى ظهر الحمل بها فله أن يلاعنها، فإن قال لم (٢) استبرئها وهذا الحمل ليسهني فليل له أن يلاعن، وقيل ليس له ذلك ويلحق به الولد ويجد، وفي قدر الاستبراء روايتان: إحداهما أنه بحیضة واحدة، والأخرى أنه ثلاثة حيض ولا يحتاج في الالتعان لنفي الحمل المجرد إلى قذف، وله أن يلاعنها حاملا قبل وضعها فإذا اعترف بالحمل ثم ادعى أنه رآها تزنى ففيها ثلاث روايات: إحداهما أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن، والثانية أنه لا (٣) يلاعن وينتفى عنه الولد فإن اعترف به من بعد حد، والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد (٤) .

فصل [١٢ - اللعان في نفي النسب]

وإنما قلنا إن له أن يلاعن في نفس النسب لأنه صلى الله عليه وسلم لاعن بين المتلاعنين في ذلك (٥)، ولأن به ضرورة إلى نفي نسب منه، وأصل اللعان الضرورة التي لا طريق إلى انتفائها إلا به فلو لم يلاعن لم يكن له طريق إلى نفي نسب ليس منه .

(١) في م : هنا لك . (٢) في م : لن .

(٣) لا : سقطت من ق .

(٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٣٨/٢ - ٣٤٠ ، التفريع ٩٨/٢ ،

الكافي ٢٨٨ .

(٥) أخرجه البخاري في التفسير باب تفسير سورة النور ٣/٦ ومسلم في

كتاب اللعان ١١٢٩/٢ - ١١٣٠ .

فصل [١٣ - الاستبراء في اللعان]

وإنما قلنا لا بد من الاستبراء لأن الحمل لا ينتفي إلا بأن يعلم براءة الرحم من ماء الزوج وذلك لا يكون إلا بالاستبراء، لأنه ما لم يستبرى يمكن أن يكون الحمل من مائه ، والقول الآخر فيه ضعف ووجهه أن ذلك موكول إلى أمانته فقبل قوله في النفي وجعل له الالتعان لأنه لا يعلم أن الأمر على ما يدعيه إذا لم يدع الاستبراء .

فصل [١٤ - في كون الاستبراء يكون بحيضة]

ووجه قوله إنه حيضة فلأن الغرض العلم ببرائة الرحم وذلك يحصل بالحيضة ولأنها حال ضرورة لأمر يخاف فواته ولا يستدرك والمواضع التي يراعي^(١) فيها زيادة على ذلك فلحرمة الحرية وذلك زائل مع الضرورات ووجه اعتبار الثلاث اعتباره بما عدى اللعان .

فصل [١٥ - في لعانه في نفي النسب المجرد عن القذف]

وإنما قلنا إنه يلاعن في نفي الحمل المجرد من غير حاجة إلى قذف خلافا لأصحاب الشافعي^(٢) ، لأن ضرورته إلى نفي النسب موجودة وهي أصل ما وضع له الحد ولا ضرورة له إلى القذف، ولأن الدعوى تتم مع عدمها وكما صحت الدعوى مع فقده لم يكن وجوده شرطاً اعتباراً بسائر ما لا تحتاج الدعوى إليه وقياساً عليه إذا ضامه القذف^(٣) .

فصل [١٦ - في لعان الحامل]

وإنما قلنا إنه يلاعنها حاملاً خلافاً لأبي حنيفة^(٤) ، لأنه صلى الله عليه وسلم لاعن بين المتلاعنين في نفي الحمل قبل الوضع وقال : (إن جاءت به على نعت كذا فهو لزوجها وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك)^(٥) فجاءت به على النعت المكروه، ولأنه نسب يجوز إسقاطه باللعان بعد الوضع فجاز قبله كالغراش .

(١) في ق يراها .

(٢) انظر مختصر المزني ٢١٢ - ٢١٣ ، الاقناع ١٥٨ - ١٥٩ .

(٣) في م : العزو .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ٢١٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٧٨/٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٦٥) .

فصل [١٧ - انتفاء النسب بالتعان الزوج]

وينتفي النسب بالتعان الزوج وحده ولا يفتقر فيه إلى التعان المرأة^(١)، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإثبات النسب منه وإسقاط الحد عنها، ولا يجوز أن يثبت الشيء بما ينفيه .

فصل [١٨ - اللعان في النكاح الفاسد]

ويلتعن في النكاح الفاسد^(٢) خلافا لأبي حنيفة^(٣) لأنه نكاح يثبت فيه النسب فلحق فيه اللعان أصله النكاح الصحيح .

فصل [١٩ - فيمن اعترف بالحمل وادعى رؤية الزنا]

فأما إذا اعترف بالحمل ثم ادعى رؤية الزنا فوجه قوله أنه لا يلاعن أن أصل اللعان لنفي النسب ويتعلق به سقوط الحد ويجوز أن يجتمع مع ثبوت ما يقصد به^(٤) نفيه فإذا ثبت ذلك لم يكن اللعان مفيدا لإسقاط الولد ولم يكن له أن يلاعن وإذا لم يكن له أن يلاعن لزمه أن يأخذ بالقذف ويلحق به الولد لثبوت الفراش .

ووجه قوله أنه يلاعن وينتفي النسب أن اللعان يجب للقذف ويجر إلى نفي النسب لأنه لا يجوز أن يقع اللعان وينتفي مقصوده ولا اعتبار بإقراره بالحمل لأن اللعان إذا ثبت ثم رجع عن بعض موجب حد ولم يمنعه ذلك من أصل اللعان، ووجه قوله أنه يلحق به الولد ويلاعن لنفي الحد عنه أن اللعان موضوع في الأصل لأمرين: أحدهما سقوط الحد بالقذف والآخر نفي النسب فلا يمتنع أن يلتعن لأحدهما مع عدم الآخر^(٥) .

فصل [٢٠ - في صفة اللعان]

وصفة اللعان^(٦) : يشهد الرجل أربع شهادات بالله لقد زنت ولقد

- (١) انظر المدونة ٣٤١/٢ ، التفريع ٩٨/٢ ، الكافي ٢٩٠ .
- (٢) انظر التفريع ٩٧/٢ - ٩٨ ، الكافي ٢٨٩ .
- (٣) انظر تحفة الفقهاء ٢١٩/١ .
- (٤) به سقطت من م .
- (٥) انظر المدونة ٣٣٨/٢ - ٣٤٠ ، التفريع ٩٨/٢ - ٩٩ ، الكافي ٢٩٠ .
- (٦) في وصف اللعان انظر : المدونة ٣٣٥/٢ - ٣٣٦ ، التفريع ٩٩/٢ - ١٠٠ ، الكافي ٢٨٨ - ٢٨٩ .

رأها تزنى ورأى فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة وإنه لمن الصادقين، فإن لم يصف كان الحد^(١) على ما بيناه من الخلاف في نفي الحمل ما هذا الحمل منى ولقد زنت إن ادعى زنا، وإن كان نفي حمل مجرد لم يحتج إلى ذلك، ويجب في الجملة أن يقع اليمين على تحقيق ما ادعى باللفظ الذي يقل فيه الاحتمال والاشتراك ثم يقول في الخامسة وإلا فلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين / ثم تلتعن هي فتشهد أربع شهادات بالله بنقيض^(٢) ما شهد هو به ثم تخمس بأن تقول وإلا فغضب الله عليها إن كان من الصادقين، ولا ينبغي أن تتعدى الألفاظ التي ورد النص بها، ولا أن يبدل بها غيرها لأن النص أوجب تعيين لفظ مخصوص كإيجاب عدد الشهادات .

فصل [٢١ - وقوع الفرقة بالتعانها جميعا]

ولا تقع الفرقة إلا بالتعانها جميعا فإن التعن هو ونكلت سقط الحد عنه ورجمت إن كانت محصنة وإلا جلدت^(٣) لأن بلعانه قد حقق القذف عليها كالبينة والزوجة بينهما باقية ما لم تلتعن^(٤) خلافا للشافعي في قوله أن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده^(٥) ، لأن هلال بن أمية لما التعن دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فلما التعتن فرق بينهما^(٦)، فذكر الحكم وسببه، ولأن اللعان لم يكمل من جهتها فلم تقع الفرقة أصله إذا لم يكمل من الزوج، ولأنه لعان من أحد الزوجين فكان له تأشير في الفرقة أصله لعان الزوج .

فصل [٢٢ - وقوع الفرقة باللعان]

والذى يدل على وقوع الفرقة باللعان خلافا لمن حكى عنه أن الزوجية باقية بالتعانها^(٧)، قوله صلى الله عليه وسلم (حسابكما^(٨) على

-
- (١) الحد : سقطت من ق . (٢) في ق : بتنقيض .
 (٣) انظر المدونة ٣٣٧ ، التفريع ١٠٠/٢ ، الكافي ٢٨٩ .
 (٤) في ق : تتعلق .
 (٥) انظر الآم ٢٩١/٥ - ٢٩٢ ، الاقناع ١٥٨ .
 (٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٦٥) .
 (٧) في رواية عن الامام أحمد أن الفرقة لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما (انظر مختصر الخرقى ١٠٨ ، المغني ٤١٠/٧) .
 (٨) في ق : حسابكم .

الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها (١) ، وروي أنه صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين (٢) ، ولأنه لما قطع النسب الذي هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع الفراش أولى .

فصل [٢٣ - عدم الحاجة إلى حكم الحاكم بالفرقة]

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بالفرقة (٣) خلافا لأبي حنيفة (٤) لأنه صلى الله عليه وسلم نفى اجتماعهما عند حصول التسمية لهما (٥) ، وذلك حاصل وإن لم يفرق بينهما حاكم، ولأن النسب لا يتعلق تفيه بلعانها لأنها تشبهه باللعان وهو ينفيه فلا معنى لحكم الحاكم .

فصل [٢٤ - تحريم الزوجة باللعان مؤبدا]

والتحريم باللعان يقع مؤبدا لا تحل له بعده على وجه لا ينكح ولا ملك، أكذب نفسه أو أقام على ما كان عليه (٦)، خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه إن أكذب نفسه حلت له (٧) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا سبيل لك عليها) (٨) ، ولأن كل تحريم أوجب التأبيد لم يكن له إلى رفعه سبيل بإكذاب نفسه أصله إقراره بأنها أخته من نسب أو رضاع، ولأن حصول التحريم باللعان يقتضى استدامته ومنع ارتفاعه (٩) أصله إذا أقام على موجب لعانه ولم يكذب نفسه .

-
- (١) أخرجه البخارى في الطلاق باب قول الامام للمتلاعنين أن أحدكما كاذب ١٨٠/٦ ، ومسلم في اللعان ١١٣٢/٢ .
 - (٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٦٥) .
 - (٣) انظر ، التفريع ١٠٠/٢ ، الكافي ٢٩٠ .
 - (٤) انظر مختصر الطحاوى ٢١٥ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٧٧/٣ .
 - (٥) كما جاء في الأحاديث التى سبق ذكرها .
 - (٦) انظر المدونة ٣٤٥/٢ ، التفريع ١٠٠/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٨٩ .
 - (٧) انظر مختصر الطحاوى ٢١٥ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٧٧/٣ ، وقال أبو يوسف التحريم مؤبد .
 - (٨) سبق تخريج الحديث قريبا .
 - (٩) فى م : ايقاعه .

فصل ٢٥ - لحوق الولد به إن أكذب نفسه

إذا ثبت أنه بإكذابه نفسه لا تحل له فإنه يلحق به الولد إن كان اللعان في نفي حمل لأن له أن يستلحق ولده بعد نفيه ولا يقبل منه نفيه بعد الاعتراف ويجلد الحد بإقراره بقذفها إن كانت ممن يحسد قاذفها .

فصل ٢٦ - في لعان الأخرس والخرساء

يصح لعان الأخرس والخرساء إذا فهم عنهما بإشارة أو بكتابة (١) خلافا للشافعي (٢)، لأن كل هذا تواضع على ما تفهم به المعاني التي في النفس فكانت كالنطق، ولأن الكتابة يقع بها الطلاق وكل نوع وقع به الطلاق جاز أن يقع به اللعان كالنطق .

فصل ٢٧ - في لعان الأعمى

الأعمى يلعن في نفي النسب لأنه (٣) يتأتى منه كتأنيده من البصير فأما في القذف ففيه اختلاف (٤)؛ فإذا قلنا لا يصح لعانه فلائه متعلق بالروية وذلك ممتنع منه وإذا قلنا يصح فلأن (٥) اللبس نوع من المحسوس كالروية .

فصل ٢٨ - إذا تصادقا على انتفاء النسب والاعتراف بالزنا

هل لابد في ذلك من اللعان

إذا تصادقا على انتفاء النسب أو الاعتراف بأنها زنت فهل يكفى ذلك في انتفاء النسب أم لابد من اللعان ففيه روايتان (٦) : فوجه قوله أن التصديق كاف أنه معنى يخلصه من القذف فوجب أن ينتفي به النسب عنه مع دعواه أصله اللعان .

ووجه القول أنه لابد من لعان أن ذلك تواطء منهما على سقوط حق الولد فلا يقبل إلا باللعان الذي هو طريق نفيه .

(١) انظر المدونة ٣٤٣/٢ (٢) انظر مختصر المزني ٢١١ .

(٣) في م : لأن طريقه .

(٤) انظر المدونة ٣٤٢/٢ - ٣٤٣ (٥) في م : الحسن .

(٦) انظر التفريع ٩٩/٢ ، الرسالة ٢٠٤ ، الكافي ٢٩ .

باب [فى العدة]

الموجب للعدة^(١) شيان: طلاق وما فى معناه من فسخ النكاح وموت، والعدة من الطلاق أو الفسخ لا تكون إلا فى مدخول بها فأما من لم يَدْخُلَ بها فلا عدة عليها والعدة ثلاثة أضرب: عدة بأقراء ، وعدة بوضع حمل، وعدة بشهور .

والمعتدات ثلاث: فذات حيض وممتنع عليها الحيض لصغر أو إياس ومرتابة، وعلى وجه آخر ينقسم إلى ضربين : ضرب تكمل لا تنقسم العدة فيهن (وهن الحرائر ، وضرب ينصف فيهن وهن الأرقاء لأن متى كمل البرق فيهن)^(٢) أو تبعض فتنتصف نوع من العدة فيهن دون جميعها على ما نبينه ان شاء الله^(٣) .

فصل [١ - العدة تكون على مدخول بها]

وانما قلنا أنه لا عدة إلا على مدخول بها من الطلاق والفسخ دون الموت لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾^(٤)، ولأن براءة رحمها معلومة^(٥) والعدة فى الطلاق للاستبراء فقط .

فصل [٢ - العدة بالأقراء]

فأما العدة بالأقراء^(٦) فتكون بالطلاق والفسخ دون الموت لا خلاف فيه^(٧)

-
- (١) العدة : لغة مأخوذة من العد والحساب، واصطلاحاً : هى مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه (انظر المصباح المنير ٣٩٦ ، الفواكه الدواني ٦٢/٢) .
- (٢) ما بين قوسين : سقط من م .
- (٣) فى جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٨١، ٧٥، ٦٨/٢ ، التفريع ١١٤/٢ - ١١٨ ، الرسالة ٢٠٦ - ٢٠٧ ، الكافي ٢٩٢ - ٢٩٤ .
- (٤) سورة الأحزاب الآية ٤٩ . (٥) معلومة : سقطت من ق .
- (٦) الأقراء : جمع قرء - بفتح القاف - أصل القرء الوقت يقال جاء فلان لقرئه أى لوقته، فلما كان الظهر يجيىء لوقت سمي قرءاً ، وهو يطلق على الظهر والحيض (انظر غرر المقالة ٢٠٦ ، المصباح المنير ٥٠١) .
- (٧) انظر الإجماع ١٠٨ ، بداية المجتهد ٧١/٧ ، شرح مسلم ٢٥٦/٦ ، المغنى ٤٤٨/٧ .

وهي لمن تحيض وتظهر بثلاثة قروء للحرمة وقرآن للأمة، وإنما قلنا ذلك لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ (١) ، وأجمعوا أن فسخ النكاح يجب له من ذلك ما يجب بالطلاق في النكاح الصحيح (٢) .

فصل [٣ - في معنى الأقراء]

والأقراء الأطهار وهي (٣) ما بين الحيضتين من الطهر (٤) خلافا لأبي حنيفة في قوله أن الأقراء الحيض (٥) لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ (٦) ففيه أدلة :

أحدهما أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض والمراد أحدهما فيجب إذا تعدت ثلاثة قروء وينطلق عليها الاسم أن يجز بها ، وإن شئت بنيتها على تعليق الحكم بأوائل الأسماء كالشقيين (٧) / والأبوين واللمسين .

[٧٥/ب]

والآخر أنه بصيغة التذكير لأن جمع المؤنث ما دون العشرة بغيرها وذلك يفيد أنه جمع قرء وهو طهر لا حيضة .

والثالث أن إطلاق الأمر والأخبار عن الوجوب على الفور ولا يمكن ذلك إلا على ما نقوله أن يطلقها طاهرا فتعد عقيب الطلاق أو حائضا فعقيب الحيض، قوله تعالى : ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ (٨) أي في حال يعتدون فيها وعندهم أن حال الطهر ليست بحال عدة، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : (مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء) (٩) وهذا نص، ولأنه حيض كالذي يطلق فيه، ولأنها (١٠) زمان يجوز إيقاع الطلاق فيه فوجب أن يكون معتدا به أصله الحمل .

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

(٢) انظر الاجماع ١٠٨ ، بداية المجتهد ٧١/٧ ، شرح مسلم ٢٥٦/٦ ، المغنى ٤٤٨/٧ .

(٣) في م : وهو .

(٤) انظر التفريع ١١٤/٢ ، الرسالة ٢٠٦ ، الكافي ٢٩٣ .

(٥) انظر مختصر الطحاوى ٢١٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٨٠/٣ .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٧) في م و ر : كالشقيين .

(٨) سورة الطلاق الآية ١ . (٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٠٤ .

(١٠) في م : فلأنه .

فصل [٤ - فى عدة الأمة]

وإنما قلنا إنها قرآن للأمة خلافا لداود فى تسويته بينها وبين
الحره (١) ، بناء على نقصان طلاق العبد وقد ذكرناه ، ولأن العدة معتبرة
مع عدم الرية لحرمة المعتدة فتكمل بكمال حرمتها وتنقص بنقصان حرمتها ،
وحرمة الأمة أخفى من حرمة الحره فكانت عدتها على النصف ، وإنما قلنا إنها
تكمل قرءين لأن القرء لا يتبع فكمل كما كمل طلاق العبد اثنتين ، وإنما
سويها بين من استغرقها الرق وبين من تبع فى غيرها لأن النص بالرق قد شمله
وغلب على أحكامهن .

فصل [٥ - فى التسوية بين المسلمة والكتابية فى العدة]

والمسلمة والكتابية يستويان فى ذلك العموم الظاهر ، ولأنها عدة
لاستبراء الرحم كوضع الحمل (٢) .

فصل [٦ - متى تحل الحره والأمة]

وإذا دخلت الحره فى الدم من الحيضة الثالثة حلت والأمة إذا دخلت فى الحيضة
الثانية وأقل ما يقبل قولها فيه ما يمكن مثله فى العادة فقل خمس
وأربعون وقيل أربعون وقيل فى شهر إن أمكن أن يكون مثله ، وكذلك ينبغى
أن يكون الجواب معلقا بالامكان فى العادة (٤) .

فصل [٧ - العدة بوضع الحمل]

فأما الأعداد بوضع الحمل فيستوى فيه المعتدات كلهن حرائرهن
وإمائهن والمسلمات والكتابيات ، والأسباب الموجبة له من الطلاق والفسخ
والشبهة والموت ولا تحل المعتدة إلا بوضع جميعه وما دام معها بقية من
الحمل فحكمها حكم من لم تضع شيئا فى وجوب الرجعة وشبوت الميـ
وتحل بوضع العلقه والمضغة وما يقع عليه اسم الحمل إلى كمال الخلقة (٥)

(١) انظر بداية المجتهد ٨٧/٧ ، الميزان ١٣٥/٢ ، رحمة الأمة فى اختلاف
الأئمة ٨٤/٢ .

(٢) انظر المدونة ٧٦/٢ - ٧٨ ، التفريع ١١٧/٢ ، الرسالة ٢٠٦ ، الكافى ٢٩٣ .

(٣) إذا دخلت : سقطت من م .

(٤) انظر المدونة ٧٤/٢ ، التفريع ١١٤/٢ - ١١٥ ، الكافى ٢٩٣ .

(٥) انظر المدونة ٦٧/٢ - ٦٨ ، التفريع ١١٥/٢ - ١١٦ ، الرسالة ٢٠٦ ،

وإنما قلنا أن عدة الحامل الحرة وضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (١) وسوينا بينها وبين الكتابية والأمة للعموم، ولأنه يعلم به براءة الرحم بيقين وليس بمبني على الحرمة ولا يمكن تنصيفه .

وإنما قلنا أن الحامل المتوفى عنها تعتد بوضع الحمل خلافاً لمن قال أقصى الأجلين (٢) لعموم الظاهر، ولأن سبيعة الأسلمية (٣) ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : (قد حلت فانكحي من شئت) (٤) ، ولأنه يعلم بوضع الحمل براءة رحمها كذوات الأقراء ولأن الأشهر عدة بنفسها ولا تجتمع مع الحمل فتصيران عدة واحدة أصله في حق المطلقة .

وإنما اعتبرنا وضع جميعه لقوله تعالى : ﴿ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (٥) وظاهر ذلك يفيد الجميع، ولأن الرحم مشغولة ببقية الحمل فكان كالكل .
وإنما قلنا أنها تحل بوضع ما يقع عليه اسم الحمل لعموم الظاهر ولأنه يعلم به براءة الرحم واعتباراً بما تخطط به من الخلقة .

فصل [٨ - الاعتداد بالشهور]

وأما الاعتداد بالشهور فيجب تارة عن الطلاق وتارة عن الوفاة، فأما الواجب عن الطلاق والفسخ فثلاثة أشهر ما كانت من تمام أو نقصان إن ابتدئت من أول شهر، وإن كان من بعضه كمل عدد الأول بالحساب فتجلس ببقيته من يوم وجبت العدة ثم تعتد الشهرين بعده بالأهلة ثم تتم باقي الأول بالعدد المكمل (٦) فإن طلقت في بعض يوم ففيها روايتان :

-
- (١) سورة الطلاق الآية ٤ .
 - (٢) فقد قال ابن عباس ، وروى عن علي من وجه منقطع : أنها تعتد بأقصى الأجلين (انظر الموطأ ٥٨٩/٢ ، عبد الرزاق ٤٧٠/٦) .
 - (٣) سبيعة الأسلمية : بنت الحارث زوج سعد بن خولة لها صحبة ، (تقريب التهذيب ٧٤٨) .
 - (٤) أخرجه البخاري باب تفسير سورة الطلاق ٦٧٦/٦ ، ومسلم في الطلاق باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها ١١٢٢/٢ .
 - (٥) سورة الطلاق الآية ٤ .
 - (٦) في ق : كالمكمل .

إحداهما أنها تعتد من ذلك الوقت إلى مثله، والآخرى إلغاء ذلك اليوم وابتداء العدة من عده^(١)، وهذه العدة هي لمن دخل بها ممن لم تحض لمغفر أو يائسة منه لكبر يستوى فيه الاماء والحرائر والمسلمات والكوافر ومن قصر سنّها عن إطاقاة الوطء فلا يعد وطؤها موجبا للاعتداد وإنما هو جرم وإفساد .

وأما الواجب عن الوفاة فيفترق فيه حكم الحرائر والاماء فللحررة أربعة أشهر وعشر ليال، وللأمة شهران وخمس ليال، وعلى الصغيرة مثل ما على الكبيرة والتي لم يدخل بها مثل ما على المدخول بها إلا أن غير المدخول بها تبرؤها الشهر من غير حاجة إلى حيض، والمدخول بها التي تحيض لا يبرؤها إلا^(٢) الحيض وحيضة واحدة مجزية فإن حاضت في تضاعيف الشهر برئت بذلك فإن لم تحض حتى انقضت العدة نظر: فإن لم يكن لها عادة بتأخر^(٣) الحيض ولم تخش ريبه انتظرت إلى تمام تسعة أشهر من يسوم الوفاة وإن كانت لها عادة^(٤) بتأخيره إلى مدة يدخل فيها عدتها بالشهور ففيها روايتان :

إحداهما أنها تبرئ بمضي الشهر وإن لم تحض، والآخرى أنها لا تبرأ إلا بالحيض، وعنه في الكتابية المدخول بها في عدة الوفاة روايتان: إحداهما أنها مثل المسلمة، والآخرى أنها تستبرئ^(٥) رحمها بثلاث حيض والقول في الكتابية غير المدخول بها يتخرج على هاتين الروايتين^(٦).

فصل [٩ - في أدلة من تعتد بالشهور]

وإنما قلنا ان عدة من ليست من أهل الحيض ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نَافِئِكُمْ إِذَا ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ / ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضْمَنَّ حَمْلَهُنَّ﴾^(٧)، ولأن ذلك أقل ما يعلم به براءة الرحم فلذلك جعل بدل الأقراء .

(١) في م : في غيره . (٢) في م : إلى .

(٣) في ق : بتأخير . (٤) في ق : عدة .

(٥) في ق : تستبين .

(٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٦٨/٢ - ٧٥ ، التفريع ١١٦/٢ - ١١٧ ،

الرسالة ٢٠٦ ، الكافي ٢٩٣ - ٢٩٤ .

(٧) سورة الطلاق الآية ٤ .

وإنما قلنا إنها إذا ابتدأت^(١) من أول الشهر أجرأتها الشهر—
بالأهلة لأن الخطاب إذا صدر وله عرف في الشرع حمل عليه وعرف الشرع
في الشهر هو بالأهلة .

وإنما قلنا إنه يكمل عدد الشهر المبتدأ في بعضه لأنها إنما يكون
له حكم الهلال إذا ابتدئ من أوله فأما إذا ابتدئ من بعضه كان له
حكم العدد استظهارا واحتياطا .

وإنما قلنا إنها إذا طلقت في بعض يوم اعتدت إلى مثله لقوله—
تعالى : ﴿ ثلاثة أشهر ﴾^(٢) وذلك يقتضى العدد من وقت الوجوب، ولأن من
حلف لا يكلم زيدا ثلاثة أشهر أو أجره^(٣) داره ثلاثة أشهر وأطلق كان محمولا
على أنها من وقته فكذلك هذا، ووجه قوله إنها تلغى اليوم احتياطا—
لصعوبة ضبط الوقت الذى تبتدى منه ومقابلته به، ولأن نظائره قد فعل فيه مثل
ذلك باعتبار الأربعة أيام لإقامة المسافر، والعقيقة، والحوال في الزكاة
فكذلك ها هنا والأولى القياس .

وإنما سويننا بين الأمة والحرّة فى ذلك للعموم واعتبارا بعدة الأقران
ووضع الحمل ، وإنما قلنا أن وطء التى لا تطيق الوطء لا يوجب عدة للعلم
ببراءة الرحم، ولأن الوطء إنما يسمى وطئا إذا كان فيمن تطيقه فأما إذا
كانت لا تطيقه جرى مجرى الجرح وإمابتها في غير ذلك الموضع لأنه ليس
بالاستمتاع المطلوب، ولأنه لا يوجب مهرا ولا إحلالا وإنما هو جناية .

فصل [١٠ - فى عدة الحرّة الحائل]

وإنما قلنا إن عدة الحرّة الحائل فى الوفاة أربعة أشهر وعشرا
للظاهر وهو قوله تعالى^(٤) : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتريمن
بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾^(٥)

(٢) سورة الطلاق الآية ٤ .

(١) فى م : ابتدئت .

(٣) فى م : أجارته .

(٤) فى م : عز وجل .

(٥) سورة البقرة الآية ٢٣٤ .

وإنما قلنا ان عدة الأمة شهران وخمسين ليال، لأنها عدة يمكن (١)
تنصيفها فكانت فيها على النصف من الحرة كالأقراء، وقد احتزنا من وضع
الحمل فإن الوضع لا يتنصف (٢) ومن الثلاثة الأشهر لأنها تراد ليعلم
براءة الرحم في أقل ما يمكن وذلك لا يمكن تنصيفه .

فصل [١١ - إيجاب عدة الوفاة على الصغيرة]

وإنما أوجبنا على الصغيرة العدة في الوفاة على كل حال وفي
الطلاق مع الدخول خلافا لداود (٣) في قوله : لا عدة على صغيرة ، للعموم
الظواهر من قوله تعالى : * ويذرون أزواجاً * (٤) وقوله * واللائى لـم
يحضن * (٥) وهذا نص واعتباراً بالبوالغ بعله أنها زوجة دخل بها أو توفي
الزوج عنها ، وإنما قلنا تلزم غير المدخول بها للعموم، ولأن طريقهما
العبادة المحضة دون براءة الرحم .

فصل [١٢ - في عدة غير المدخول بها]

وإنما قلنا إن غير المدخول بها تبرأ بمضى المدة لأنه ليس وراءه (٦)
أمر يطلب سواه فلم يلزمها غيره، فأما المدخول بها فلا يبرؤها إلا حيضة
على ما بيناه خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٧) لأنها بائن مدخول بها (٨) من
ذوات الحيض لم تتيقن براءة رحمها فلم تبرأ إلا بالحيض أو التبرع الدال على براءة
الرحم القائم مقام الحيض أصله المطلقة ، ولأن احتباس الحيض عن عادة من
غير عارض أو سبب يعرف ريبة ولا يجوز النكاح مع الريبة .

فصل [١٣ - الحكمة من اجزاء الحيضة الواحدة]

وإنما قلنا إن حيضة واحدة مجزية لأن الأصل هو العدة المعتد بها
وليس الاستبراء بمجرد مقصودا فيستوى فيه ما يجب لحرماتها .

-
- | | |
|---|-----------------------------|
| (١) في ق : يجب . | (٢) في م : ينتصف . |
| (٣) انظر المحلى ٦٣٨/١١ . | (٤) سورة البقرة الآية ٢٣٤ . |
| (٥) سورة الطلاق الآية ٤ . | (٦) في ق : يسويها . |
| (٧) انظر مختصر الطحاوى ٢١٨ - ٢١٩ ، الأم ٢١١/٥ ، ٢١٥ . | |
| (٨) مدخول بها : سقطت من م و من ر . | |

فصل [١٤ - في التي عادتھا أن تحيض مرة في السنة]

ووجه القول في التي عادتھا أن تحيض مرة في السنة أو فيما يدخل فيه الاعتداد بالشهور أنها تبرأ بمضي المدة وإن لم تحض أن سبب تأخيرها للعادة لا لريبة (١) فحمل على المعتاد، ووجه قوله أنه لا يبرؤها إلا لحيض اعتبارها بمن لا عادة لها، ولأن تأخره يمكن أن يكون للعادة ولشغل الرحم.

فصل [١٥ - في التي لا عادة لها]

وإنما قلنا في التي لا عادة لها بتأخير الحيض وفي المعتادة كذلك على إحدى الروايتين أنها تجلس تمام تسعة أشهر من يوم الوفاة لأن ذلك غالب مدة الحمل وهو الذي يعلم به براءة الرحم من زوال الريبة وتأخير الحيض وإن أحست بعد تربصها هذه المدة بريبة انتظرت زوالها .

فصل [١٦ - وجه اعتداد الكتابية بالشهور وأن عليهما]

الاستبراء

ووجه قوله (في الكتابية أن عليها الاعتداد بالشهور لعموم الظواهر ولأنه نوع من البينونة كالطلاق، ولأنها زوجة مسلم مات عنها ليست بحامل فتلزمها العدة بالشهور كالمسلمة، ولأن كل عدة لزمتم المسلمة لزمتم الكتابية كوضع الحمل (٢) .

ووجه قوله إن عليها الاستبراء لأن تربصها يتعلق به حق لله تعالى وحق للمسلم: فأما حق المسلم فحق النسب وذلك يلزمها (٣) لأنه لا يبرؤها إلا العلم ببرائة الرحم، وما زاد على ذلك حق لله محض وحقوق الله تعالى (٤) المحضة المتميزة عن حقوق الأدميين لا يخاطب بها الكفار .

وإنما قلنا إن غير المدخول بها من الكتابيات يتخرج على هذا الاختلاف لأن الطريقة فيه واحدة فلم يكن له وجه إلا إجراؤه مجرى ما تقدم .

(١) في م : للريبة .

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في ق : وذلك لا يلزمها .

(٤) تعالى : سقطت من م .

فصل [١٧ - فى عدة المرتابة]

فأما المرتابة: فهي التي ترتفع حيضتها من غير إياس من بعد أن كانت تحيض / فلا يخلو ذلك أن يكون لعارض يعلم أنه يؤثر فيه أو لغير عارض فالعارض إما رضاع وإما مرض: فإن كان تأخيرها للرضاع فإنها لا تعتد إلا بالأقراء فتمكث متوقعة له إلى أن تراه طال الوقت أم قصر (١) .

(٢) وإنما قلنا ذلك للاجماع والمعنى: فأما الاجماع فإن حبان بن منقذ طلق امرأته وهي ترضع فمكثت نحو سنة لا تحيض لأجل الرضاع ثم مرض حبان فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان وعنده علي وزيد رضي الله عنهم فقال لهما : ما تريان ، فقالا : نرى أنها ترثه لأنها ليست من القواعد اللائي يثنى من المحيض، ولا من الأبيكار اللائي لم يحضن فهي عنده على حيضتها ما كان من قليل أو كثير لم يمنعها إلا الرضاع فانتزع حبان ابنه منها فلما حاضت حيضتين مات حبان فورثته واعتدت عدة الوفاة (٣) ، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لا يعوق لها الاعتداد بغير الحيض وعللوا ذلك بأنها ليست ممن تحض ولا آيسة .

والمعنى هو جرى العادة بأن الرضاع يؤثر في تأخير الحيض فلا يكون ذلك ريبة فإذا كان ذلك وجب انتظار زواله .

فصل [١٨ - فى عدة المريضة]

وأما المرض ففيه روايتان (٤) : إحداهما أنه كالرضاع ذكرها الشيخ أبو بكر عن أشهب ، والأخرى أنه ريبة، فوجه قوله إنه كالرضاع أن سبب تأخر الحيض معروف لأن المرض يؤثر في ذلك لأنه يضعف القوة أو يكون فيه ما يخرق الدم أو يحبسها فكان كالرضاع ووجه القول بأنه ريبة أنه ليس فيه عادة متقرر بتأخير الحيض ولا اختصاص في ذلك لبعض الأمراض دون بعض فكان ريبة .

(١) انظر المدونة ٧٤/٢ ، التفريع ١١٧/٢ ، الرسالة ٢٠٦ - ٢٠٧ ، الكافي ٢٩٣ .

(٢) حبان بن منقذ : بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني صدوق من الخامسة . (تقريب التهذيب ١٤٩) .

(٣) أخرجه البيهقي في سننه ٤١٩/٧ ، وعبد الرزاق ٣٤٠/٦ والشافعي في مسنده ٥٨/٢ .

(٤) انظر المدونة ٦٩/٢ ، ٧٤ ، التفريع ١١٥-١١٧/٢ ، الرسالة ٢٠٦ ، الكافي ٢٩٣ .

فصل [١٩ - اعتداد من ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب

معتاد

فأما إذا ارتفع حيضها لغير عارض ولا سبب معتاد تأثيره في رفع الحيض فإنها تنتظر تسعة أشهر غالب مدة الحمل فإن حاضت في خلالها حسبت ما مضى قرءاً ثم تنتظر القرء الثاني إلى تسعة أشهر فإن حاضت احتسبت به قرءاً آخر، وكذلك في الثالث فإن مضت لها تسعة أشهر ولم تحض استأنفت الاعتداد بثلاثة أشهر وصارت من أهل الاعتداد بالشهور، فإن حاضت من قبل تمامها ولو بساعة حسبت جميع ما مضى لها من وقت الطلاق وقت حيضها قرءاً ثم استأنفت تربص تسعة (١) أشهر ثم ثلاثة بعدها، وأي وقت مضت لها سنة لا حيض في خلالها فقد حلت ولا يراعى إن حاضت بعد السنة بقليل أو كثير (٢)، وقال الشافعي في الجديد تمكث أبداً إلى (٣) أن تعلم براءة رحمها قطعاً وهو أن تبلغ سن من لا تحيض مثلها (٤)، فدليلنا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها (٥) حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر فإن بان بها (٦) حمل فذلك وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر (٧) وهذا قول صحابي إمام لا مخالف له ، ولأن الغرض من ذلك التوصل إلى (٨) العلم ببراءة الرحم وقد ثبت أنه لا يراعى فيه القطع واليقين لأن ذلك يوجب أن تجلس أقصى مدة الحمل أو أن لا يحكم ببراءة الرحم بمضي الثلاثة الأقراء أو الثلاثة أشهر لمن قاربت البلوغ وذلك باطل فلم يبق إلا الاعتبار بالظاهر وقد حصل .

فصل [٢٠ - في عدة المستحاضة]

في عدة المستحاضة من الطلاق روايتان (٩) : إحداهما أنها سنة لأن الاستحاضة رتبة فتجلس الغالب من مدة (الحمل تسعة أشهر ثم ثلاثاً

-
- (١) في م و ر : أربعة .
 - (٢) انظر المدونة ٧٣/٢ ، التفريع ١١٧/٢ ، الكافي ٢٩٣ .
 - (٣) في م : حتى .
 - (٤) انظر : مختصر المزني ٢١٨ ، الاقناع ١٥٤ .
 - (٥) في م : رفعها . (٦) في م : لها .
 - (٧) أخرجه مالك ٥٨٢/٢ والشافعي عنه (تلخيص الحبير ٥٣٣/٣) .
 - (٨) التوصل إلى : سقطت من م .
 - (٩) انظر المدونة ٦٨-٦٩ ، التفريع ١١٥/٢ ، الرسالة ١٠٦ ، الكافي ٢٩٣ .

وهي العدة، والأخرى أنها إن ميزت بين الدمين وكان لها قرء معلوما
اعتدت به لأنها من ذوات الأقراء فإذا عرفت (١) بالتمييز اعتدت به
كغير المستحاضة .

فصل [٢١ - في عدة المستحاضة من الوفاة]

وفي عدتها من الوفاة روايتان (٢) : إحداها أربعة أشهر وعشرون
والأخرى أنها تقيم تسعة أشهر، فوجه الأولى عموم الظواهر، ولأنها متوفى
عنها غير حامل كغير المستحاضة، ووجه الثانية أن الاستحاضة نفسها ربيعة
فوجب أن تجلس غالب مدة الحمل .

فصل [٢٢ - في أكثر مدة الحمل]

وعنه (٣) في أكثر الحمل ثلاث روايات : إحداها أربع سنين وهي
المشهورة ، والثانية خمس والثالثة سبع، وفائدة الخلاف امتداد التبرص
بالمرتابة، وأن المطلقة إذا أتت بولد لأكثر من مدة الحمل من وقت
الطلاق فإنه لا يلحق به .

فوجه الأولى ضرب عمر رضى الله عنه لأمراة المفقود أربع سنين (٥)
وانما ذلك لأنه أكثر الحمل وروى مثله عن عثمان وعلى (٦) رضى الله
عنهما (٧) ولا مخالف بينهما فيهم فيه ، وقد ذكر أصحابنا
عن أهل المدينة أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين ، ولأن ما زاد
على السنتين لو لم يكن مدة للحمل لوجب أن لا يلحق به الولد إذا ادعاه
وأكذبه وفي لحوقه به دليل على أنه من مدته .

وجه اعتبار الخمس ان ذلك قد وجد وذكر عن ابن عجلان (٨) وجوده .
وأما السبع فلم يقف على وجود لها ولا ظهر الأربع فقط .

(١) ما بين قوسين سقط من م . (٢) انظر المرجع التي ذكرت قريبا .

(٣) وعنه سقطت من م .

(٤) انظر المدونة ٩٢/٢ - ٩٣ ، التفريع ١١٦/٢ ، الكافي ٢٩٣ .

(٥) أخرجه مالك ٥٧٥/٢ ، ابن أبي شيبة ٢٤٨/١ ، البيهقي ٤٤٤/٧ .

(٦) أخرجه البيهقي ٤٤٥/٧ ، ابن أبي شيبة ٢٨٤/١ ، سنن سعيد بن منصور ٤٠٩/١/٣ .

(٧) رضى الله عنهما : سقطت من م .

(٨) ابن عجلان : هو عبدالواحد بن أبي البداح بن عاصم بن عدى الأنصاري .

فصل [٢٣ - عدة أم الولد]

عدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة واحدة وهي في الحقيقة استبراء لا عدة لأنه عن وطء بالملك^(١) ، وقد قال عمرو بن العاص^(٢) أربعة أشهر وعشرا ، وقال أبو حنيفة ثلاثة أقراء كالحرّة المطلقة^(٣) ، ودليلنا على عمرو قوله تعالى : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾^(٤) فأوجب ذلك على الزوجات فدل على أن الأمـاء بخلافهن ولأنه وطء بملك / اليمين فلم يلزم فيه عدة الوفاة كالأمـة الموطوءة ، ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾^(٥) فأوجب ذلك في حق المطلقات فانتفى وجوبه بالملك ولأنه استبراء عند زوال الملك عن الرقبة فكان بقراء واحد أصله الأمة المبيعة .

فصل [٢٤ - بقية الكلام في عدة أم الولد]

وهذا إذا كانت ممن تحيض فإن كانت حاملا فوضع الحمل وإن كانت يائسة فثلاثة أشهر فإن كانت مستحاضة أو مرتابة فعدت تسعة أشهر وعدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليال وقد بينا معاني هذه الجملة من قبل^(٨) .

فصل [٢٥ - المطلقة الرجعية يموت عنها زوجها]

المطلقة الرجعية إذا مات عنها^(٩) وهي في العدة انتقلت إلى عدة الوفاة^(١٠) لأنها في حكم الزوجات بدليل لحوق طلاقها ووجوب نفقتها عليه وثبوت التوارث بينهما ، ولأن كل من يلحقها طلاقه لبقاء حكم الزوجية فموته عنها يوجب عليها عدة أصله الزوجة .

- == العجلان ، أحد بنى العجلان ، من أهل المدينة ، روى عن عبد الله بن يزيد بن حارثة ، روى عنه اسحق (الأنساب ٩/٢٤٤) .
- (١) انظر المدونة ٧٣/٢ ، التفريع ١١٦/٢ - ١١٧ ، الرسالة ٢٠٦ ، الكافي ٢٩٤ .
- (٢) عمرو بن العاص : بن وائل السهمي الصحابي المشهور ، أسلم عام الحديبية وولي امرأة مصر مرتين وهو الذي فتحها مات بمصر سنة اثنين وأربعين وقيل بعد الخمسين (تقريب التهذيب ٤٢٣) .
- (٣) مختصر الطحاوي ٢١٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٨٢/٣ .
- (٤) سورة البقرة الآية ٢٣٤ . (٥) تعالى : سقطت من م .
- (٦) سورة البقرة الآية ٢٢٨ . (٧) في ق : فانتفاء .
- (٨) من قبل : سقطت من م . (٩) عنها : سقطت من م .
- (١٠) انظر المدونة ٧٥/٢ ، التفريع ١١٨/٢ - ١١٩ ، الكافي ٢٩٤ .

فصل [٢٦ - البائن يموت عنها زوجها]

البائن إذا مات عنها زوجها ثبتت على عدتها ولم تلزمها عسدة بموته (١) لأنه مات عن بائن منه كالتى قد خرجت من العدة .

فصل [٢٧ - الأمة المطلقة إذا عتقت وهي في العدة]

إذا طلقت الأمة فأعتقت وهي في العدة مضت على عدة الأمة ولم تنتقل إلى عدة الحرة كان الطلاق رجعياً أو بائناً (٢)، خلافاً لأبي حنيفة فـي قوله : تنتقل في الرجعي دون البائن (٣)، والشافعي في قوله أنها تبني على عدة الحرة في كلا الأمرين (٤)، لأنها أمة معتدة من طلاق فوجب أن تبني على العدة التى لزمها حال الطلاق ما كان زوجها باقياً كالتى لم تعتق، ولأنها معتدة عن طلاق فوجب أن لا ينتقل اعتدادها ما دامت معتدة عنه أصله الطلاق البائن ولا يلزم عليه الموت لأنها تنتقل عن اعتداد الطلاق إلى الاعتداد عن الموت ولا تبني .

فصل [٢٨ - إذا مات عنها بعد عتقها في العدة]

ولو مات عنها بعد أن اعتقت في العدة من طلاق رجعي لانتقلت إلى عدة الوفاة لأنها في حكم الزوجات كالحرة وتعتد عدة الحرة لأن الموت صادفها حرة ولو كان الطلاق بائناً لم تنتقل لأن الموت صادفها أجنبية .

فصل [٢٩ - متى كون الرجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي]

والمعسر بالنفقة

كل رجعة تهدم العدة إلا رجعة المولي والمعسر بالنفقة فإنهما موقوفتان على الغي والافاق (٥)، وقال الشافعي إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء بنت على عدتها الأولى (٦) .

(١) انظر المراجع التى ذكرت سابقاً .

(٢) انظر المدونة ٨٢/٢/٢ ، التفريع ١١٨/٢ ، الكافي ٢٩٤ .

(٣) انظر مختصر الطحاوى ٢١٨ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني ٨١/٣ .

(٤) انظر الأم ٢١٧/٥ ، الاقناع ١٥٤ .

(٥) انظر التفريع ١١٩/٢ ، الكافي ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٦) انظر الأم ٢٤٣/٥ - ٢٤٤ ، الاقناع ١٥٣ .

ودليلاً أنها رجعة صحيحة منبرمة فوجب أن تهدم العدة
أصله إذا وطء فيها .

فصل [٣٠ - إذا تزوجت في العدة]

إذا تزوجت في العدة ووطئها الثاني ففي العدتين (١) روايتان (٢) :
إحداهما التداخل والآخرى نفيه فوجه التداخل أن الغرض الذي له ترادان (٣)
هو العلم ببراءة الرحم وذلك يحصل مع التداخل أصله إذا حملت ووجه
نفيه فلأنه وطء له حرمة فوجب استيفاء عدتها كأولى .

(١) في م : ففيها .

(٢) انظر المدونة ٨٢/٢ ، التفريع ٥٩/٢ - ٦٠ ، الكافي ٢٩٤ .

(٣) في م : له تراد .

باب [فى الاحداد]

لا احداد على مطلقة (١) لا رجعية ولا بائنة (٢) خلافا لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي (٤) فى إيجابهما على البائن لأنها مطلقة كالرجعية .

فصل [١ - الاحداد على كل زوجة متوفى عنها]

والاحداد على كل زوجة متوفى عنها حتى تنقضي عدتها، والأصل فى قوله على الله عليه وسلم : (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا) (٥) وحديث أم سلمة ان امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن ابنتي توفس عنها زوجها وقد اشتكت عنها افتكحليها ، فقال : (لا) مرتين أو ثلاثا ثم قال : (إنما هي أربعة أشهر وعشرا وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول) (٦) ، ولأن الزينة والطيب باعشان (٧) على النكاح فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه ، ولأنها لما منعت من التصريح

-
- (١) الاحداد : أصل المنع ومنه سمي البواب حدادا ويقال منه : حدت المرأة وأحدت فهي حاد ومحد سميت بذلك لامتناعها من الزينة ، وقال ابن عرفة: هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره قال فيدخل ترك الخاتم فقط للمبتذلة (انظر غرر المقالة ٢٠٧ ، وحدود ابن عرفة ٢٢١) .
 - (٢) انظر المدونة ٧٦/٢ ، التفريع ١١٩ - ١٢٠ ، لارسالة ٢٠٧ ، الكافي ٢٩٥ .
 - (٣) فى م : مبتوتة .
 - (٤) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٨٥/٣ ، مختصر المزني ٢٢٣ .
 - (٥) أخرجه البخارى فى الجنايز باب إحداد المرأة ٧٩/٢ ، ومسلم فى الطلاق باب وجوب الاحداد فى عدة الوفاة ١١٢٣/٢ .
 - (٦) أخرجه البخارى فى الطلاق باب تحد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشرا ١٨٧/٦ ، ومسلم فى الطلاق باب وجوب الاحداد فى عدة الوفاة ١١٢٤/٢ . قال حميد - الذى روى الحديث عن زينب بنت سلمة - لزينب وما ترمي بالبعرة على رأس الحول؟ فقالت زينب: كانت المرأة إذا توفى زوجها دخلت حفشا وليست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تؤتمن بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به فقلبا فتفتض بشيء إلا مات ثمم تخرج فتعطى بعة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاعت من طيب أو غيره .
 - (٧) فى م : داعيتان .

بالخطبة وهو بالقول كانت بمنع^(١) ما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى ولا يدخل عليه المطلقة لأن لها من يراعيها ويمنعها من التزويج إن أرادته والمتوفى عنها بخلافها .

فصل [٢ - إحداد الأمة الزوجية]

وعلى الأمة الزوجة المتوفى عنها زوجها الإحداد^(٢) خلافاً لمن نفاه^(٣) لعموم الأخبار واعتباراً بالحرمة بعلة كونها زوجة متوفى عنها .

فصل [٣ - إحداد الحرة الصغيرة]

وتلزم الحرة الصغيرة خلافاً لأبي حنيفة^(٤)، لقوله صلى الله عليه وسلم وسئل عن من مات عنها زوجها فاشتكت عينيها أتكفلهما قال: (لا)^(٥) ولم يسأل، ولأنها عدة من وفاة كعدة البالغة .

فصل [٤ - إحداد الكتابية]

ولزومه للكتابية إذا مات عنها زوجها المسلم مختلف فيه^(٦)، فوجه الوجوب عموم الخبر، ولأنها معتدة من من وفاة زوج^(٧) مسلم كالمسلمة، ووجه نفيه قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج)^(٨) فجعل من وصف الإحداد أن تكون مؤمنة، ولأنها لما كانت عدتها الاستبراء دون عدة الوفاة كذلك لا إحداد عليها اعتباراً بالأمة والأول أصح .

(١) في م : بأن يمنع .

(٢) انظر : المدونة ٧٦/٢ ، الرسالة ٢٠٧ ، الكافي ٢٩٥ .

(٣) لم أعثر على من نفاه .

(٤) انظر مختصر القدوري مع شرح الميداني ٨٥/٣ ، تحفة الفقهاء ٢٥٢/١ .

(٥) أخرجه البخاري في الطلاق باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ١٨٥/٥ ، ومسلم في الطلاق باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة

١١٢٤/٢ .

(٦) انظر المدونة ٧٦/٢ ، التفريغ ١١٩/٢ ، الرسالة ٢٠٧ ، الكافي ٢٩٥ .

(٧) زوج : سقطت من م .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً .

فصل [٥ - لا إحداد على الأمة ولا على أم الولد]

لا إحداد على الأمة، ولا على أم الولد^(١) لأنها ليست بزوجة ولأن الملك لا يقصد للوطيء .

فصل [٦ - معنى الإحداد]

الإحداد هو الامتناع من الزينة والطيب كله ومصبغ اللباس كالأحمر والأصفر والأخضر والخلوق^(٢) لأن هذه الألوان يتزين بها النساء لأزواجهن ويتصنعن بها وليس منها الأسود والأبيض والسابري^(٣)، والامتناع من الحلي كله الخاتم فما فوقه وكذلك الكحل والحناء إلا للضرورة / والامتناع بما يختمر في الرأس^(٤) والادهان المطيبة كاللبان^(٥) والخيري^(٦) ودهن الورد والبنفسج وجميع ما يتزين به النساء لأزواجهن مما يثير به الشهوة ويبعث على الجماع^(٧) .

فصل [٧ - في منع المعتدة من وفاة أو طلاق الانتقال من بيتها]

ولا يجوز لمعتدة من وفاة أو طلاق أن تنتقل عن بيتها التي كانت فيه حتى تنقضي عدتها إلا أن تخاف عورة منزلها أو تدعوها ضرورة لا يمكنها المقام معها فلها أن تنتقل وتقيم بالموضع الذي تنتقل إليه وكذلك إن كانت الدار مستأجرة جاز لها الانتقال^(٨) .

-
- (١) انظر المراجع السابقة .
 - (٢) الخلق : ما يتخلق به من الطيب وهو مائع فيه صفرة (المصباح المنير ١٨٠) .
 - (٣) السابري: نوع رقيق من الشياح قيل نسيبه إلى نابور من مدن فارس (المصباح المنير ٢٦٣) .
 - (٤) بما يختمر في الرأس : يعني ما تشتم رائحته والخمرة الطيب (غرر المقالة ٢٠٧) .
 - (٥) البان : شجر معروف ودهن البان منه (المصباح المنير ٦٦) .
 - (٦) الخيري : هو أدكى نبات البادية ريحا ، يخرج دهنه ويدخل في الأدوية (المصباح المنير ١٨٤) .
 - (٧) انظر المدونة ٧٦/٢ التفريع ١١٩ - ٢٢٠ ، الرسالة ٢٠٧ ، الكافي ٩٥ .
 - (٨) في م : لا يمكن .
 - (٩) انظر المدونة ١٠٣/٢ - ١٠٤ ، التفريع ١٢٠/٢ ، الرسالة ٢٠٨ ، الكافي ٢٩٥ - ٢٩٦ .

وإنما قلنا ذلك في المتوفى عنها الحديث الفريضة (١) لما سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إن زوجي خرج في طلب أعبدٍ له ضلوا فلما أدركهم قتلوه أفاعتد في بيت أهلي فقال (امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله) (٢) .

وإنما قلنا ذلك في المطلقة خلافا للشافعي في المبتوتة (٣) ، لأنها معتدة كالمتوفى عنها ، وإنما أجزنا لها ذلك إذا خافت عورة المنزل لأنها ضرورة وتغريير بالنفس أو بالمال وكذلك إذا أخرجها ملك المنزل لأن الخروج يلزمها .

وإنما قلنا انها تقيم بالموضع الذي أنتقلت إليه لأنه موضع يلزمها الاعتداد فيه كالأول، ولها أن تخرج في حوائجها نهارا وفي الليل وقت هدوء الناس لضرورتها إلى التصرف في أمورها وقد لا تجد نائبا عنها وذلك بخلاف المبيت لأنه ضرورة بها إلى المبيت .

(١) الفريضة : بالتصغير - بنت مالك بن سنان الأنصارية أخت أبي سعيد الخدري صحابية لها حديث قضى به عثمان ويقال لها الفارعة (تقريب التهذيب ٧٥٢) .

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق باب في المتوفى عنها تنتقل ٧٢٣/٢ ، والنسائي في الطلاق باب مقام المتوفى عنها زوجها ١٦٥/٦ وابن ماجه في الطلاق باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها ٦٥٤/١ ، والترمذي في الطلاق باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ٥٠٨/٣ وقال حسن صحيح .

(٣) انظر الأم ٢٢٦/٥ ، الاقناع ١٥٥ .

باب [النفقة والسكنى للمطلقة الرجعية]

والمطلقة الرجعية لها النفقة والسكنى^(١) لثبوت الزوجة بينهما
وأحكامها من حقوق الإيلاء والظهار والطلاق والتوارث .

فصل [١ - منع النفقة عن المبتوتة]

ولا نفقة للمبتوتة إذا لم تكن حاملاً خلافاً لأبي حنيفة^(٢) لقول الله تعالى : * وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن *^(٣) فإذا انتفى الشرط وهو الحمل انتفى الوجوب ، ولنفيه صلى الله عليه وسلم النفقة لفاطمة بنت قيس وكانت مبتوتة^(٤) ، ولأنه نوع من البيونة كالموت وكذلك المختلعة مثلها .

فصل [٢ - النفقة للمطلقة الحامل]

وللمطلقة الحامل النفقة رجعية أو بائنة : أما الرجعية فإن أحكام الزوجية ثابتة بينهما ولأن النفقة ثابتة لها وإن لم تكن حاملاً فمفع الحمل أولى ، وأما البائن فلقوله عز وجل : * وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن *^(٥) ولأن البيونة إنما تؤثر في سقوط النفقة في الزوجية وهذه النفقة للحمل وإن كان لا يمل إليه إلا من جهسة الانفاق على الأم ، وهذا في الزوج الحر فأما العبد فلا تلزمه على حمل كان الحمل حراً أو رقاً لأن نفقة الرق على مالكه والحر من فقراء المسلمين .

فصل [٣ - في عدم النفقة للملاعنة]

لا نفقة للملاعنة حاملاً كانت أو حائلاً^(٦) لأنها بائن بالفسخ . حملها
منتف عنه بلعانه فلا تلزمه النفقة على حمل ليس منه .

- (١) في أحكام النفقة والسكنى انظر المدونة ١٠٥/٢ ، ١٠٨ ، التفريع ١٢٠/٢ ، الرسالة ٢٠٨ ، الكافي ٢٩٥ - ٢٩٦ .
- (٢) انظر مختصر الطحاوي ٢٢٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٨٦/٣ .
- (٣) سورة الطلاق الآية ٦ .
- (٤) أخرجه مسلم في الطلاق باب المطلقة البائنة لا نفقة لها ١١١٤/٢ .
- (٥) سورة الطلاق الآية ٦ .
- (٦) انظر التفريع ١١٤/٢ ، الرسالة ١٠٨ ، الكافي ٢٩٨ .

فصل [٤ - وجوب السكنى لكل مطلقة]

تجب السكنى لكل مطلقة مدخول بها ^(١) لأن إن كانت رجعية فخصائص النكاح ثابتة بينهما ما خلا الوطء وكذلك النفقة واجبة لها بالزوجية والسكنى تابع للنفقة فأما البائن فلا نفقة لها ولها السكنى ^(٢) خلافا لابن أبي ليلى ^(٣)، لقوله تعالى : ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ ^(٤) وهذا عائد على المطلقات وخاص في المبتوتات ، وقوله : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ ^(٥) ولأن السكنى لحرمة النسب ووجوب حفظه وذلك لا يزول بزوال الزوجية ويفارق النفقة لأنها عوض من الاستمتاع وقد زال .

فصل [٥ - في عدم النفقة لمعتدة من وفاة]

لا نفقة لمعتدة من وفاة ^(٦) لأنها قد بانت بموت الزوج، ولأن ملكه قد زال عنه بالموت فلو وجبت لها النفقة بحق الزوجية لكانت تلزم في حق الورثة وهذا غير جائز .

فصل [٦ - سواء كانت المعتدة من وفاة حاملا أو حائلا]

وسواء كانت حاملا أو حائلا خلافا لمن حكي عنه وجوب النفقة لها إذا كانت حاملا ، لأن نفقة الحمل ليست بدين ثابت مستقر بدليل أن أباه لو كان معسرا لم يلزمه شيء وموته أبلغ في إعساره ^(٨)، ولأنها تجسب حالا فحالا فلو أوجبناها بعد الموت لكان ذلك إيجابا مبتدأ في حقيق الورثة وذلك غير جائز

(١) انظر المدونة ١٠٨/٢ ، التفريع ١٢٠/٢ - ١٢١ ، الرسالة ٢٠٨ ، الكافي

٢٩٥ - ٢٩٦ .

(٢) فلا نفقة لها ولها السكنى : سقطت من م .

(٣) ابن أبي ليلى : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى مفتي الكوفة وقاضيهما ، أبو عبد الرحمن الأنصاري أخذ عن الشعبي وعطاء ونافع

العمري وحدث عنه الثوري وسفيان بن عيينه وغيرهما ، كان نظيرا

لأبي حنيفة في الفقه : ١٤٨ هـ (سير أعلام النبلاء ٦ / ٣١٠) .

(٤) سورة الطلاق الآية ٦ . (٥) سورة الطلاق الآية ١ .

(٦) انظر المدونة ١١٠/٢ ، التفريع ١١٢/٢ ، الرسالة ٢٠٨ ، الكافي ٢٩٨ .

(٧) في أحد قولي الحنابلة (انظر المغنى ٧ / ٦٠٨)

(٨) في م : في اعتباره .

فصل [٧ - وجوب السكنى للمعتدة من وفاة.]

والسكنى واجبة لها إن كانت الدار للميت مملوكة الرقبة أو المنافع خلافا لأبي حنيفة في قوله لا سكنى لها^(١) لقوله صلى الله عليه وسلم: (امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله)^(٢)، ولأن ذلك يتعلق به حقوق الله وحقوق الميت وحقوق النسب فأشبه الكفن وإن لم يكن للميت منزل كان السكنى عليها ولم يلزم الورثة أن يسكنوها من أموالهم ولا من التركة .

فصل [٨ - إرضاع المرأة ولدها ما دامت زوجة لأبيه]

وعلى المرأة إرضاع ولدها ما دامت زوجة لأبيه إلا أن يكون مثلها لا يرضع إماما لشرف أو علو قدر يعلم أن مثلها لا ترضع أو أن تكون سقيمة أو قليلة اللبن فعلى الأب حينئذ إرضاعه من ماله^(٣) ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يلزمها ذلك على كل وجه^(٤) ، وقال أبو ثور فيما يحكى عنه يلزمها على كل وجه^(٥) .

فدلينا على لزومه لها إذا كانت بالصفة التي ذكرناها قولنا تعالى : يا والودات يرضعن أولادهن حولين كاملين^(٦) وهذا وإن كانت صيغته الخبر فالمراد به الأمر، ولأن العرف جار بذلك في غالب الأحوال الشاس أن المرأة تلى بنفسها إرضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجرة / [١/٧٨] وما جرى مجرى العرف به كان كالمشروط، ولأنه لو كان لا يقبل من غيرها للزمها إرضاعه لحق الولد وما يستحق على الإنسان ويجبر عليه لا يستحق عليه أجرة ألا ترى أنه لما لم يلزم الأجنبية ذلك كان لها الأجرة .

ودلينا على أبي ثور أنها إذا كانت شريفة ومثلها لا ترضع فالعرف جار بأن الإرضاع على الزوج وعلى ذلك دَخَلَا فلم يلزمها ما لم تدخل عليه إلا بشرط .

- (١) انظر مختصر الطحاوى ٢٢٦ ، مختصر القدورى مع شرح الميداني ٩٣/٣ .
- (٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٦٩٣ .
- (٣) انظر المدونة ٢/٢٩٤ ، التفريع ٢/١١٢ ، الرسالة ٢٠٨ ، الكافي ٢٩٧ .
- (٤) انظر مختصر القدورى - مع شرح الميداني ٩٩/٣ ، المهذب ١٦٦/٢ .
- (٥) انظر المهذب ١٦٦/٢ .
- (٦) سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

فصل [٩ - إذا كانت مثلها يرضع فطلقها الأب]

وإذا كان مثلها يرضع فطلقها الأب فلا يلزمها الإرضاع (١) إلا بأجرة
 إن دفع إليها لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ (٢) ، ولأن
 المعني الذي كان يوجب عليها ذلك هو الزوجية وقد زالت فزال الحكم
 الواجب به .

فصل [١٠ - نفقة الحامل المتوفي عنها إرضاع ابنها]

وإذا أرضعت الحامل المتوفي عنها فإرضاعها في مال الصبي (٣) لأن
 المرأة لا يلزمها إرضاع ولدها ولا النفقة عليه ولا يلزم الورثة ذلك لما
 نذكره فيما بعد وهو من فقراء المسلمين فإن كان الصبي لا يقبل من
 غيرها ولا مال له لزمها إرضاعه لأن في ذلك إضاعته وإتلافه وقد قال
 تعالى : ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ (٤)

(١) الإرضاع : سقطت من ق .

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ .

(٣) انظر المدونة ٢/٢٩٤ ، التفريع ٢/١١٢ ، الرسالة ٢٠٨ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

باب [فى النفقة على الولد الصغير]

تلزم الرجل نفقة ولده الصغير إذا كان فقيراً^(١) لقوله تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾^(٢) وقوله: ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾^(٣) ، وقوله: ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق﴾^(٤) ، وقوله صلى الله عليه وسلم: (تقول امرأتك أنفق عليّ أو ظلّنى ويقول عبدك أنفق عليّ أو بعني ويقول ولدك إلى من تكلنى)^(٥) فبيّن أن النفقة تلزم لكل واحد ممن ذكر^(٦) وأنه يحتج بما ذكره ، ولا خلاف فى ذلك^(٧) .

وإنما شرطنا الصغر لعجزهم عن التكسب والتحيل لقوتهم .
وشرطنا الفقر للاتفاق على أنه إن كان لهم مال لم يلزم أحد أن ينفق عليهم فإذا بلغوا نظر فإن كان سليماً صحيحاً سقطت النفقة عن الغلام وإن بلغ مجنوناً أو زماً فالنفقة لازمة للأب عليه لأن ذلك يمنع التكسب ويحول دون التطلب فإن صح الزمن واستغنى الفقير سقطت نفقته ثم لا تعود إن عاد ذلك به لأن نفقته تجب بإستصحاب الوجوب بالصغر دون الابتداء .

فصل [١ - النفقة على البنت]

وأما البنت فالنفقة تلزم الأب عليها إلى أن تبلغ ويدخل بهن زوجها خلافاً للشافعي فى قوله أن النفقة تسقط عنهن ببلوغهن^(٨) لأن أمرهن أكد من الذكور لأنهن لا يقدرن على التكسب إلا إذا تزوجن فإذا تزوجت الابنة ولزم الزوج نفقتها ثم عادت إلى الأب لا يلزمه الاتفاق بعد سقوطه عنه .

(١) فى جملة أحكام النفقة على الأقارب انظر : المدونة ٢/٢٤٧ - ٢٥١ ،

التفريع ٢/١١٢ - ١١٣ ، الرسالة ٢٠٩ ، الكافي ٢٩٨ - ٢٩٩ .

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ . (٣) سورة الطلاق الآية ٦ .

(٤) سورة الاسراء الآية ٣١ . (٥) سبق تخريج الحديث فى الصفحة ٥٦٨ .

(٦) فى م : ذكرنا . (٧) انظر المغنى ٧/٥٨٢ .

(٨) انظر مختصر المزني ٢٣٤ ، الاقناع ١٤٣ .

فصل [٢ - عدم الزام المرأة بالنفقة على ولدها]

ولا يلزم الأم النفقة على ولدها لا في حياة الأب ولا بعد موته لا في يسـمـره ولا في عسره^(١) خلافا للشافعي^(٢)، لأن كل من لا يلزمها إرضاعه في بعض الأحوال إلا بعوض لم يلزمها الانفاق عليه كالأجنبية، ولأن الانفاق إذا وجب على شخص لم ينتقل إلى غيره، وكذلك إذا حال دونه حائل لا ترجع النفقة عليه ونفقة هذا الولد كانت لازمة للأب فإذا فقد الأب أو أعسر لم يلزم غيره كما لا يلزم سائر الأقارب.

فصل [٣ - في نفقة الولد الموسر على أبويه المعسرين]

يجب على الولد الموسر النفقة على أبويه المعسرين^(٣) لقولـه تعالى : ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفا ﴾^(٤) ، وقولـه عز وجل : ﴿ وبإلوالدين إحسانا ﴾^(٥) ، ويلزمه النفقة على الفقير منهما وإن كان صحيحا خلافا للشافعي^(٦) اعتبارا بالزمانه، ولأن أمرهما أكسد مـن أمر الولد، والمسلم والكافر في ذلك سواء .

فصل [٤ - عدم وجوب النفقة على ولد الولد ولا على الجد]

والجد لا تلزمه النفقة على ولد الولد ولا يلزم ولد الولد الانفاق على جدهم^(١) خلافا للشافعي^(٨)، لأن النفقة على الأقارب لا تجب انتقالا وإنما تجب ابتداء . ونفقة الجد لازمة للأب فلا تنتقل إلى ولده وكذلك نفقة الولد لازمة لأبيهـم فلا تنتقل إلى جدهم .

-
- (١) انظر المدونة ٢٤٨/٢ ، التفريع ١١٢/٢ ، الكافي ٢٩٨ .
 (٢) انظر الأم ١٠٠/٥ ، مختصر المزني ٢٣٤ ، الاقناع ١٤٣ .
 (٣) انظر المدونة ٢٤٨/٢ ، التفريع ١١٤/٢ ، الرسالة ٣٠٩ ، الكافي ٢٩٨ .
 (٤) سورة لقمان الآية ١٥ . (٥) سورة البقرة الآية ٨٣ .
 (٦) انظر مختصر المزني ٢٣٤ - ٢٣٥ ، الاقناع ١٤٣ .
 (٧) انظر المدونة ٢٥٠/٢ - ٢٥١ ، التفريع ١١٣/٢ ، الرسالة ٢٠٩ ، الكافي ٢٩٩ .
 (٨) انظر الأم ١٠٠/٥ ، الاقناع ٢٤٣ .

فصل [٥ - عدم وجوب النفقة على الأخوة والأعمام وولـد

الأخوة وغيرهم ..]

لا تجب النفقة على من سوى هؤلاء من الأقارب كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات وولد الأخوة وغيرهم (١) خلافا لأبي حنيفة في إيجابه النفقة على كل ذي رحم محرم (٢)، ولأن كل قرابة تعبر عن ولادة مباشرة لم يستحق بها نفقة كبنى العمومة .

(١) انظر التفريع ١١٣/٢ ، الرسالة ٢٠٩ ، الكافي ٢٩٩ .

(٢) انظر مختصر الطحاوى ٢٢٣ - ٢٢٤ ، مختصر القدورى - مع شرح

الميداني - ١٠٥/٣ .

فصل [٣ - متى تنقطع الحضانة]

يحضن الغلام إلى أن يبلغ والجارية إلى أن تنكح ويدخل بها زوجها (١) خلافا للشافعي في قوله أن حضانتها تسقط ببلوغها (٢)، لقوله صلى الله وسلم : (ما لم تنكح) (٣) فأطلق ، ولأن الابنة تحتاج إلى الحفظ والمراعات إلى أكثر مما يحتاج إليه الابن وبلوغها لا يزيل ذلك لأنها معرّضة للأزواج وبنفس بلوغها لا تعرف مصالح نفسها والأزواج يرغبون فيمن يكتنفها أبوها وأمها ومن لم تخرج عن حضانتها ومراعاتها أكثر من رغبتهم في المتخلى بنفسها فكانت المصلحة لها في تبقية حق الحضانة عليها .

فصل [٤ - الأب يخرج إلى بلد آخر ويريد أخذ الطفل معه]

إذا أراد الأب الخروج إلى بلد آخر وأراد أخذ الطفل معه فإن كان حاجة أو تجارة فليس له أخذه معه (٤) لأن كونه مع أمه أصلح له وأحوط عليه وإن كان لنقله عنه وإقامته بغيره فله أخذه والانتقال به (٥) ولا مقال للأم لأن كونه مع أبيه على هذا الوجه أحفظ له .

فصل [٥ - انتقال الحضانة من الأم إلى أمها]

إذا انتقلت الحضانة عن الأم بموتها أو بتزويجها أو بعجزها فإنها تنتقل إلى أمها وهي جدة الطفل (٦) إن كانت غير ذات زوج إلا أن يكون الزوج جد الصبي فلا يسقط حق الجدة من الحضانة لأن جده لا يضجر به ولا يؤدي كونه معها إلى تقصير في حق الطفل والأجنبي بخلاف ذلك ثم من بعد أم الأم إلى الخالة فإن لم يكن من جهة الأم أحد انتقلت إلى جهة الأب وكانت أم الأب وأخته وهي همة الصبي وكذلك أخوات الصبي . يثبت لهن حق الحضانة لإشفاقهن عليه وقُدِّم قرابة الأم على قرابات الأب كما قدمت الأم على الأب وقدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة وكذلك قدمت (٧) أم الأب على العممة لأنها والدة .

(١) انظر المدونة ٢٤٦/٢ ، التفريع ٧٢/٢ ، الكافي ٢٩٧ .

(٢) انظر الأم ٩٢/٥ - ٩٣ ، الاقناع ١٦١ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٤) انظر المدونة ٢٣٦/٢ ، التفريع ٧٠/٢ ، الكافي ٢٩٧ .

(٥) الانتقال به : سقطت من م ومن ر .

(٦) في جملة أحكام ترتيب الحضانة انظر : المدونة ٢٤٥/٢ - ٢٤٦ ، التفريع

٧١/٢ ، الرسالة ٢٠٨ ، الكافي ٢٩٦ .

(٧) في م : قدمت .

فصل ٦ - فى ترتيب حق الحضانة

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أولى الأب أو قراباته فإذا قلنا أن الأب أولى فلأن به يدلون فالأصل أولى، وإذا قلنا بأنهن أولى فلأنهن وإن كن يدين به فهن أرفق بالمبى والطف تأتي له فى مصالحه وتعهده، ولأن الأب لا يمكن أن يحفظه بنفسه لأن ذلك لا يليق به الرجال بنفوسهم وإنما يستنيبون غيرهم من النساء فكان النساء أولى (١).

فصل ٧ - فى انتقال الحضانة الى عصبة الطفل

فإن لم يكن أحد (٢) من قرابات الأم ولا الأب كان حق الحضانة منتقلا إلى عصبة الطفل لأن إضاعته غير جائزة وقد لزمهم بحكم القرابة حفظه ومراعاته كما يثبت لهم حق فى ميراثه وعليهم فى العقل عنه .

(١) انظر المراجع التى سبق ذكرها .

(٢) لم يكن أحد : سقطت من ق .

باب [في استبراء الأمة]

ومن ملك أمة يوطأ مثلها حاملاً من غيره بأي وجه ملكها فلا يجوز له وطؤها ولا التلذذ بشيء^(١) منها حتى تضع، وإن كانت حائلاً حتى يستبرئها بحیضة إن كانت ممن تحيض أو بثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض وإن ارتفعت حیضتها وارتابت لذلك فتسعة أشهر، وليس عليه استبراء من لا يوطأ مثلها ولا من يعلم براءة رحمها بأن كانت في حیازته فحاضت عنده^(٢).

وإنما قلنا ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض)^(٣) وقال : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقن ماؤه زرع غيره)^(٤).

وإنما قلنا إنه لا يتلذذ بشيء منها لأن كل معنى يمنع استحالة الوطء منع التلذذ بما دونه إذا كان لحق الغير أصله الأجنبية .
وإنما قلنا إن حیضة واحدة تكفى لأنها تدل على براءة الرحم فى الغالب ولا يتعلق بها عبادة كالعدة .

وإنما قلنا إن كانت لا تحيض فثلاثة أشهر خلافاً لأبي حنيفة والشافعى^(٥) فى قولهما أنها تستبرأ بشهر لأن كل^(٦) من عدم منها الحيض وخيف من جهتها الحمل فلا يجوز وطؤها قبل ثلاثة أشهر أصله المعتدة، ولأن بالشهر الواحد لا يتبين أمارة الحمل لأن أقل ما يتبين فيه ثلاثة أشهر .

وإنما قلنا إذا ارتابت بارتفاع الحيض جلست تسعة أشهر لأنها فى الغالب من مدة الحمل والبراءة تقع بها فى الغالب .

وإنما قلنا إن من لا يوطأ مثلها للصغر أو للهرم فلا يلزم

(١) بشيء: سقطت من م .

(٢) انظر المدونة ٣٤٥/٢ - ٣٤٩ ، التفريع ١٢١/٢ - ١٢٢ ، الرسالة ٢٠٧ ، الكافى ٣٠٠ .

(٣) أخرجه أبو داود فى النكاح باب وطء السبايا ٦١٤/٢ ، والحاكم ١٩٥/٢ ، وقال صحيح على شرط مسلم .

(٤) أخرجه أبو داود فى النكاح باب فى وطء السبايا ٦١٥/٢ ، والترمذى فى باب ما جاء الرجل يشتري الجارية ٤٣٧/٣ ، وأحمد ١٠٨/٤ .

(٥) انظر مختصر الطحاوى ، ٢١٨ ، الاقناع ١٥٤ .

استبرأؤها خلافا للشافعي^(١) لأن العلم البت^(٢) حاصل ببرائة رحمها فلم
يحتج إلى استبراء كوضع الحمل .

وإنما قلنا إن من هي في حيازته لا استبراء عليه لأنه عالم ببرائة
رحمها قبل انتقال الملك فلا حاجة به إلى تجديده .

فصل [١ - استبراء الأمة قبل بيعها]

ولا يجوز لمن وطئ أمة أن يبيعها قبل استبرائها لأنه لا يأمن أن
يكون رحمها مشغولا بمائه فيكون بائعا لولده ولأم ولده ولا يجوز للمشتري
أن يطأها حتى يستبرئها لما ذكرناه فإن اتفقا على استبراء واحد جاز
لأن الغرض الذي له يراد يحصل وهو العلم ببرائة الرحم^(٣) .

فصل [٢ - حرمة الوطء والتلذذ بالأمة في عدتها من طلاق

أو وفاة]

ولا يجوز لمبتاع أمة في عدة من طلاق أو وفاة أن يطأها أو يقبلها
أو يتلذذ بشيء منها حتى تخرج من عدتها لأنه لما لم يجز نكاحها في هذه
الحال لم يجز وطؤها بالملك كما لو كانت تحت زوج^(٤) .

(١) انظر الأم ٢١٤/٥ ، الاقناع ١٥٤ .

(٢) البت هو القطع . (غرر المقالة ٢٠٢) وفي ر : الثابت .

(٣) انظر المدونة ٢/٢/٢٤٦ ، التفريع ١٢٢/٢ - ١٢٣ ، الرسالة ٢٠١/ ،

الكافي ٣٠٠ .

(٤) انظر المراجع السابقة .

باب في الرضاع (١)

الأصل في التحريم بالرضاع (٢) في الأعيان المحرمات قوله تعالى :
 ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمْ / اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ (٣) وقول النبي
 صلى الله عليه وسلم : (يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة) (٤) وقوله : (إنما
 الرضاعة من المجاعة) (٥) وإجماع (٦) الأمة على ذلك (٧) .

فصل [١ -] القدر المحرم من الرضاع وشرطه

وإذا وصل إلى جوف الرضيع شيء من لبن المرأة برضاع أو وجور (٨) أو ما
 يعلم وصوله إلى الجوف من سغوط (٩) أو حقنة في مدة الحولين فقسط دون
 زيادة عليهما (١٠) في رواية ذكرها محمد بن عبد الحكم أو زيادة يسييرة
 في رواية أبيه (١١) أو بزيادة الشهر ونحوه في رواية عبد الملك أو
 الشهرين في رواية ابن القاسم من ذات لبن من ولادة من حلال أو حرام
 أو من درور من غير الولادة من صغيرة أو يائسة أو حية أو ميتة منفردا
 بنفسه أو مختلطا بما لم يستهلك فيه فإنه يحرم ويصير به المرضع ابنا
 للمرضة يحرم به نكاحها ولا عدة (١٢) عليها، وتنتشر به الحرمة بينه وبين
 من له اللبن، ولا يجوز له إن كانت أنثى نكاحها ولا نكاح من لو كان ابنها
 من النسب (١٣) لحرم عليه (١٤) .

- (١) سقط عنوان الباب من م .
- (٢) الرضاع : قال ابن عرفة : الرضاع عرفا : وصول لبن آدمي بمحل مظنة
 غذاء (حدود ابن عرفة ٢٢٣) .
- (٣) سورة النساء الآية ٢٣ .
- (٤) أخرجه البخاري في الشهادات باب الشهادة على الأنساب ١٤٩/٣ ، ومسلم
 في الرضاع ١٠٦٨/٢ .
- (٥) أخرجه البخاري في النكاح باب من قال لا رضاع بعد جولين ١٢٥/٦ ،
 ومسلم في الرضاع باب إنما الرضاعة من المجاعة ١٠٧٨/٢ .
- (٦) في ق : ولأن الإجماع .
- (٧) انظر المحلى ١٤٤/١١ ، شرح مسلم ٢٠٢/٦ ، فتح الباري ١١٥/٩ .
- (٨) الوجور : هو أن يصب اللبن في الحلق عنوة (الفواكه الدواني ٥٩/٢) .
- (٩) السعوط : هو أن يصب اللبن في الأنف (الفواكه الدواني ٥٩/٢) .
- (١٠) في م : عليها . (١١) في م : ابنه .
- (١٢) ولا عدة : سقطت من ق و من ر . (١٣) في م : من النساء .
- (١٤) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ٢٨٨/٢ ، التفريغ ٦٨/٢ - ٦٩ ،
 الكافي ٢٤٢ .

فصل [٢ - وجه تحريم الرضاع بالقليل من اللبن]

وإنما قلنا ان تحريم الرضاع يقع بالقليل من اللبن من غير حسد خلافا للشافعي في قوله لا يحرم إلا خمس رضعات^(١) ، لقوله تعالى : ﴿ وَأَمْهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾^(٢) فأطلق، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إنما الرضاعة من المجاعة)^(٣) ، وقوله : (إنما الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم)^(٤) وهذا يحصل للقليل بقسطة كمنما يحصل للكثير بقسطه ، وقوله : (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة)^(٥) وقد ثبت أن التحريم بالنسب لا يفتقر إلى عدد^(٦) من الولادة وكذلك الرضاع ، ولأن كل معنى أوجب حرمة مؤبدة فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد والسيوط واعتبارا بالخمس بقله الارتضاع من آدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام .

فصل [٣ - في أن الوجور يحرم]

وإنما قلنا إن الوجور يحرم خلافا لداود^(٧) لأن الرضاع عبارة عن وصول اللبن إلى جوف الطفل على وجه التغذية وأحوال الأطفال تختلف فمنهم من يلتقم الثدي ومنهم من لم يلتقمه فيوجر بأطسعة ، ومنهم من يوجر بالثدي نفسه وكل ذلك رضاع واعتبارا بوصوله إلى جوفه بالتقام الثدي .

فصل [٤ - التحريم بالسعوط]

فأما السعوط قال ابن القاسم إن وصل إلى الجوف حرم وأطلق ابن حبيب أنه يحرم وهو قول الشافعي^(٨) ، وقال غيره أنه لا يحرم ، وليس

- (١) انظر الأم ٣١/٥ ، مختصر المزني ٢٢٧ .
- (٢) سورة النساء الآية ٢٣ . (٣) سبق تخريج الحديث قريبا .
- (٤) أخرجه أبو داود في النكاح باب رضاعة الكبير ٥٤٩/٢ ، من حديث أبي موسى الهلالي عن أبيه قال أبو حاتم مجهولان ، وأخرجه البيهقي ٤٦١/٧ من وجه آخر (تلخيص الحبير ٤/٤) .
- (٥) سبق تخريج الحديث قريبا . (٦) في م : عدة .
- (٧) انظر بداية المجتهد ٤٣٨/٦ ، المغني ٥٣٨/٧ .
- (٨) انظر الأم ٢٩/٥ ، مختصر المزني ٢٢٧ .

بقول لأحد من أصحابنا أنه إن علم وصوله إلى الجوف لم يحرم لأن وصول اللبن إلى الجوف في مدة الحولين والحاجة إلى التغذية به يوجب^(١) التحريم كالارتضاع. وقول ابن القاسم أصح من اعتبار الإطلاق، ولأن الاعتبار في الرضاع بما يقع الاغتذاء به، ولأن اللبن إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر^(٢) البدن

فصل [٥ - التحريم بالحقنة]

فأما الحقنة فأطلق ابن حبيب التحريم بها وعلق ابن القاسم الجواب فيها بالعلم بوصول اللبن إلى الجوف وهذا هو الصحيح إن أمكن ذلك ويبعد أن يصل إلى موضع يحصل به الغذاء والله أعلم .

فصل [٦ - الرضاعة المحرمة التي تكون في الحولين]

وإنما شرطنا أن يكون في الحولين خلافا لمن قال أن رضاعة الكبير تحرم^(٣) ، لقوله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾^(٤) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إنما الرضاعة من المجاعة)^(٥) ، وقوله : (لا رضاع إلا بما فتق الأمعاء)^(٦) ، وقوله : (الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم)^(٧) ، وكل ذلك منتف عن رضاعة الكبير .

فصل [٧ - في عدم مراعاة ما زاد على الحولين]

وجه قوله إنه لا يراعى زيادة على الحولين بوجه قوله تعالى : ﴿ حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾^(٨) فدل على أن ما زاد عليها

-
- (١) في م : فوجب . (٢) في م : سائر .
 (٣) كانت عائشة - رضي الله عنها - ترى رضاعة الكبير تحرم، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود (المغنى ٥٤٢/٧) .
 (٤) سورة البقرة الآية ٢٣٣ . (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٧٠٦ .
 (٦) أخرجه الترمذي في الرضاع باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر . . ٤٥٨/٣ ، وقال : حسن صحيح .
 (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٠٧)
 (٨) سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

ليس من الرضاعة المعتبرة ، ولأنه رضاع بعد حولين أمه بعد ستة أشهر،
ولأن ذلك حسم للبواب: وإن لا لم يمكن بعض المدة الزائدة بأولى ممن
بعض .

فصل [٨ - في وجه تجويز الزيادة اليسيرة]

ووجه تجويز الزيادة اليسيرة أن ذلك في حكم الحولين لأن الموضع
قد لا يستغنى بالطعام لضعف قوته عن الاغتذاء بغيره فكان ما قاربها في
حكمها لهذا المعنى وليس لما قدر بشهر أو شهرين دليل يتحرز .

فصل [٩ - إذا فصل في الحولين واستغنى عن اللبن بالطعام]

إذا فصل في الحولين واستغنى عن اللبن (١) بالطعام لم يحرم ما
ارتضع في الحولين (٢) بعد ذلك (٣) خلافا للشافعي (٤) وابن حبيب لقوله
صلى الله عليه وسلم : (إنما الرضاعة من المجاعة) (٥) ، وسائر الأخبار،
ولأنه مستغنى بالطعام أمه بعد الحولين .

فصل [١٠ - التسوية بين اللبن إذا كان حادشا عن

وطء حلال أو حرام]

وإنما سوينا في ذلك بين أن يكون اللبن حادشا عن وطء حلال
أو حرام لعموم الظواهر والأخبار، ولأن الاعتبار بوقوع الغذاء به وذلك
يستويان فيه .

فصل [١١ - التسوية بين درور اللبن الموطوءة وغيرها]

وإنما سوينا بين درور اللبن ممن لم توطأ وبين الموطوءة والياشة
والحادث عن وطء لما ذكرناه من العموم، وللمعنى المعتبر وهو حصول
الغذاء به .

(١) عن اللبن : سقطت من م . (٢) في الحولين : سقطت من م .

(٣) انظر المدونة ٢/٢٨٨ ، التفريع ٢/٦٩ الكافي ٢٤٢ .

(٤) انظر الأم ٥/٢٦ - ٢٩ ، مختصر المزني ٢٢٧ .

(٥) سيق تخريج الحديث في الصفحة (٧٠٦) .

فصل [١٢ - التسوية بين لبن الحية ولبن الميته]

وإنما سويت بين لبن الحية والमितه خلافا للشافعي^(١) ، لعموم الظواهر والأخبار، ولأنه مؤثر في التحريم وصل إلى جوف الموضع في مدة الرضاع وحاجته إلى الاغتذاء به فوجب أن ينشر الحرمة أصله اللبن الذي يؤخذ^(٢) منها حال الحياة .

فصل [١٣ - إذا اختلط اللبن بما لم يستهلك فيه]

وإنما قلنا أنه يحرم وإن اختلط بما لم يستهلك فيه لأن الغلبة للبن، ولأن الغذاء يحصل به فأما إذا / استهلك فيما خالطه من ماء أو مائع أو دواء أو طعام فعند ابن القاسم أن التحريم لا يقع به وهو قول أبي حنيفة^(٣)، وعند ابن حبيب وذكره عن جماعة من أصحابنا أنه يحرم وهو قول الشافعي^(٤) .

فوجه قول ابن القاسم أن استهلاكه يبطل حكمه بدليل أن الحالف لا يشرب لبنا لا يحدث لشربه، ولأن تعليق التحريم باللبن كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر ثم قد ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء بأنه لا يتعلق بشربه حد فكذلك اللبن .

وجه قول ابن حبيب أن اختلاط اللبن بغيره لا ينفى حكمه كما لو لم يستهلك فيه، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله .

فصل [١٤ - تحريم تزوج المرضعة بمن أرضعته]

وإنما قلنا أنه يحرم على المرضعة التزوج بمن أرضعته وعلى من له اللبن أن يتزوج الأنثى التي أرضعت^(٥) من لبنه لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾^(٦) ، وقوله تعالى : ﴿ وأخواتكم من الرضاعة ﴾^(٧)، وقوله

(١) انظر الأم ٣١/٥ ، مختصر المزني ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٢) في م : يوجد .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ٢٢٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٣٤/٣ .

(٤) انظر مختصر المزني ٢٢٧ ، الاقناع ١٦٠ .

(٥) في ق : ارتضعت . (٦) سورة النساء الآية ٢٣ .

(٧) سورة النساء الآية ٢٣ .

صلى الله عليه وسلم : (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة)^(١) فإذا أرضعت المرأة صبياً حرمت هي عليه وكل من ولدته قبل الذي ارتفع من لبنها أو بعده لأنهن أخواته، وتحرم عليه أخت المرضعة لأنها خالته، وأخت الزوج الذى له اللبن لأنها عمته، وبناته لأنهن إخوانه من أبيه، وقس على هذا كل ما يرد عليك من التحريم على ما يحرم من النسب، ولا يحرم على أخى المرتضع بنات المرضعة لأنهن لسن بأخوات له، وإنما هن أخوات أخيه .

فصل [١٥ - لبن الفحل]

ولبن الفحل يحرم ويتصور مع افتراق الأميين: كرجل له امرأتان ترضع إحداهما صبياً والأخرى صبياً فيحرم أحدهما على الآخر لأنهما أخوان للآب^(٢)، ومن الناس من ذهب إلى أن لبن الفحل لا يحرم^(٣)، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم: (يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة)^(٤)، وحديث عائشة رضى الله عنها لما أبت أن تأذن^(٥) لعمها من الرضاعة وقالت إنما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال صلى الله عليه وسلم : (إنسه عمك فليج عليك)^(٦)، ولأنهما يشتركان في اللبن، ولأنه أحد الأبوين فلم يعتبر اجتماعهما فيه، ولأنه تحريم يثبت بالنسب فثبت بالرضاع كتحریم الأمومة .

فصل [١٦ - سفر المرضعة مع من أرضعته]

وتنافر المرضعة مع من أرضعته لأنه ذو^(٧) محرم لها كالأبن من الولادة^(٨) .

(١) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٠٦)

(٢) انظر المدونة ٢/٢٨٩، التفريع ٢/٦٩، الكافي ٢٤٣ .

(٣) رخص فيه سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن يسار وعطاء بن يسار . والنخعي وأبو قلابة (المصنف ٦/٥٧٢) .

(٤) سبق تخريج الحديث فى الصفحة ٧٠٦ (٥) فى م : لما أتت لتأذن .

(٦) أخرجه البخارى فى الشهادات باب الشهادة على الأنساب.. ٣/١٤٩،

ومسلم فى الرضاع باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ٢/١٠٧٩ .

(٧) ذو : سقطت من م .

(٨) انظر التفريع ٢/٧٠، الكافي ٢٤٢ .

فصل [١٧ - حكم إرضاع المطلقة بعد دخولها بزواج ثان

من اللبن الأول

وإذا أرضعت المرأة صبيا بعد أن طلقت وتزوجت فوطئها الزوج الثاني
واللبن متصل غير منقطع كان ابنا للزوجين لأن اللبن لهما فـسـيـان
انقطع اللبن الأول ثم حدث لبن ثان كانت الحرمة للشانـي دون الأول
لانفراده باللبن^(١) والله أعلم (آخر كتاب النكاح والحمد لله كثيرا)^(٢)

(١) انظر التفريع ٦٩/٢ ، الكافي ٢٤٣ .

(٢) ما بين قوسين : سقط من ق .

كتاب البيوع (١)

الربا (٢) في التبيعات يكون من وجهين وهما التفاضل والنساء (٣).
فأما التفاضل فالذى ورد النص به وانعقد الاجماع عليه (٤): هو
في الجنس الواحد من الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح والأصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم : (الدينار بالدينار والدرهم
بالدرهم لأفضل بينهما) (٥)، وقوله : (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا
الدرهم بالدرهمين) (٦)، وقوله : (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل
ولا تشفوا (٧) بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل
ولا تشفوا بعضها على بعض) (٨)، وقال ابن عمر : الدينار بالدينارين
والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا صلى الله عليه وسلم إلينا
وعهدنا إليكم (٩)، وما روي عن ابن عباس في ذلك فقد ثبت رجسوعه
عنه (١٠).

فصل [١ - منع بيع كل جنس بشيء من جنسه]

وموضوع كل جنس من ذلك لا يجوز بيعه بشيء من جنسه إلا مثلاً
بمثل (١١) خلافاً لمن أجاز أن يستفضل بينهما قيمة الصياغة (١٢)، للظواهر

- (١) البيع : لغة هو الاخراج ، واصطلاحاً قال ابن عرفة : البيع الأعم : عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة (انظر حدود ابن عرفة ، ٢٣٢ ، والفواكه الدواني ٧٧/٢) .
- (٢) الربا : لغة هو الزيادة والنماء والعلو (معجم مقاييس اللغة ٤٨٣/٢) .
- (٣) التفاضل : وهو الزيادة ، والنساء وهو التأخير (الفواكه الدواني ٧٨/٢) .
- (٤) انظر : المجموع ٤٤٢/٩ ، نيل الأوطار ١٨٩/٥ .
- (٥) أخرجه مسلم في المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقلاً ١٢١٢/٣ .
- (٦) أخرجه أحمد ٣٧٩/٢ وعزاه الهيثمي إلى الطبراني (مجمع الزوائد ١٠٥/٤) .
- (٧) تشفوا : أى تزيدوا وقد تستعمل في النقص أيضاً (المصباح المنير ٣١٧) .
- (٨) أخرجه البخاري في البيوع باب بيع الفضة بالفضة ٣٠/٣ ، ومسلم في المساقاة باب الربا ١٢٠٩/٣ .
- (٩) أخرجه البيهقي ٢٧٩/٥ .
- (١٠) وقد نقل انه اختلف في رجوعه (انظر عبدالرزاق ١١٨/٨) .
- (١١) انظر المدونة ٩٩/٣ - ١٠٠ ، التفريع ١٢٥/٢ ، الرسالة ٢١١ ، الكافي ٣٠٢ - ٣٠٣ .
- (١٢) أجازة الحنابلة (انظر المغنى ١١/٤) .

التي ذكرناها ، وروي في هذا أن صائفا سأل ابن عمر فقال أصوغ الذهب ثم أبيع به بأكثر من وزنه واستفضل فيه قدر عمل يدي فنهاه ابن عمر عن ذلك وقال : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما هذا عهد نبينا صلى الله عليه وسلم إلينا وعهدنا إليكم^(١)، ونحو هذا ما جرى بين أبي الدرداء^(٢) ومعاوية في سقاية الذهب أو الورق^(٣)، وكتاب عمر رضي الله عنه إلى معاوية رحمه الله : لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن^(٤)، ولأنه ذهب بذهب فأشبهه المضروب والمصوغ بالمصوغ .

فصل [٢ - تحريم التفاضل في المسميات]

وأما الأربعة المسميات فالأصل فيه^(٥) حديث عيادة^(٦) وغيره أنه صلى الله عليه وسلم قال : (لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سئوا بسوا عينا بعين يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى)^(٧) (ولا خلاف^(٨) في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات)^(٩)، وفي طريق آخر: (البر بالبر مدا بمد والشعير بالشعير مدا بمد والملح بالملح مدا بمد فمن زاد أو استزاد فقد أربى)^(١٠)، ولا خلاف في تحريم التفاضل في الجنس من هذه المسميات^(١١) .

- (١) سبق تخريج هذا الخبر قريباً .
- (٢) أبو الدرداء : عويمر بن زيد بن قيس الأنصاري ، صحابي جليل أول مشاهدته أحد وكان عابداً مات في أواخر خلافة عثمان وقيل عاش بعد ذلك (تقريب التهذيب ٤٣٤) .
- (٣) أخرجه البيهقي ٢٨٠/٥ . (٤) أخرجه البيهقي ٢٩٢/٥ .
- (٥) في م : فيها .
- (٦) عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي أبو الوليد المدني أحد النقباء ، بدرى مشهور مات بالرملة سنة أربع وثلاثين وله اشتتان وسبعون وقيل عاش إلى خلافة معاوية قال سعيد بن عفير كان طوله عشرة أشبار (تقريب التهذيب ٢٩٢) .
- (٧) أخرجه مسلم في المسافة باب الربا ١٢١٠/٣ .
- (٨) انظر الإجماع ١١٨ ، المجموع ٤٤٤/٩ ، المحلى ٥٠٢/٩ ، المغنى ٤/٤ .
- (٩) ما بين قوسين سقط من م .
- (١٠) أخرجه البيهقي ٢٩١/٥ بإسناد جيد (إروا الفليل ١٩٦/٥) .
- (١١) انظر المراجع التي سبق ذكرها قريباً .

فصل [٣ - فى كون التحريم متعلق بمعاني هذه المسميات دون

أسمائها]

التحريم متعلق بمعانى^(١) هذه المسميات دون أسمائها^(٢) خلافاً لداود ونفاة القياس فى قصرهم ذلك عليها دون تعدية إلى الفروع^(٣)، فيتصور الخلاف معهم فى الأرز والذرة والدخن والزبيب وغير ذلك مما لم يتناوله النص باسمه: فعمدنا فيه الربا وعندهم لا ربا فيه ، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وأحل / الله البيع وحرم الربا ﴾^(٤) ، والربا الزيادة فى اللغة^(٥)، ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل^(٦)، فعم وقوله (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم)^(٧) فدل أن اتفاقهما مانع من التفاضل ، وفى حديث عبادة أنه صلى الله عليه وسلم قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب .. إلى أن قال حتى الملح بالملح^(٨) فجعل غاية لمسا ابتداء به وهو الذهب والفضة والبر فدل على أن ما بينهما فى حكمهما ، ولأن ذلك مبني على صحة القياس وثبوت التعليل .

فصل [٤ - ثبوت تعليل هذه المسميات وحصر هذه العلة]

إذا ثبت أن هذه المسميات معللة وأن التحريم يتعلق بمعانيها فالعلة فيها^(٩) عندنا: أنها مأكولة مدخرة للعيش غالباً هذا حصر أوصاف العلة، ومن أصحابنا من يعبر عنها بالقوت وما يصلحه والمعنى واحد^(١٠) وقال أبو حنيفة العلة الكيل والوزن مع الجنس^(١١)، وقال الشافعى العلة العلة كونه مطعوماً جنساً^(١٢) .

-
- (١) معانى سقطت من ق .
 (٢) انظر فى هذا المدونة ٩٩/٣ و ١٧٣ ، التفريع ١٢٥/٢ - ١٢٦ ، الرسالة ٢١١ ، الكافي ٣٠٣ .
 (٣) انظر المحلى ٥٨٨/٩ . (٤) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
 (٥) كما سبق تعريفنا له .
 (٦) أخرجه مسلم فى المساقاة باب بيع الطعام مثلاً بمثل ١٢١٤/٣ .
 (٧) هو جزء من الحديث السابق . (٨) سبق تخريج الحديث قريباً .
 (٩) فيها سقطت من م .
 (١٠) انظر المراجع التى ذكرناها فى أول الفصل السابق .
 (١١) انظر مختصر الطحاوى ٧٥، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ٣٧/٢ .
 (١٢) انظر الأم ١٥/٣ - ١٨ ، مختصر المزنى ٧٧ ، الاقناع ٩٥ .

فدليلنا أنه قد ثبت أن نصه صلى الله عليه وسلم على البر وما ذكر معه ليفيد به معنى لا يعلم مع عدمه ولا مع نصه على غيره ، فلو أراد مجرد الأكل على ما يقوله الشافعي لاكتفى بالنص على واحد منها (١) إذ الأكل متساو في جميعها وليس يختلف عنده فكان يذكر أضافه لينبه (٢) على منصف بما ينص عليه منه ، وكذلك لو أراد الكيل بمجرد لكان يكتفى أن ينص على واحد منها (٣) إذ الكيل متساو في جميعها ، وعلى قولنا لا يعرى منه على كل واحد منها من فائدة فنصه على البر لينبه به على كل مقتات تعمم الحاجة إليه وتقوم الأبدان بتناوله ، ونصه على الشعير ليبين مشاركته للبر في ذلك ، وإن انفرد بصفة بكونه علفا وأنه يكون قوتا حال الاضطراب فنبه على الذرة والدخن وغيرهما ، ونصه على التمر (٤) لينبه به على كل حلاوة مدخرة غالبا لأصل المعاش كالعسل والزبيب والسكر وما في معناه ، ونصه على الملح تنبيها (٥) على أن ما يصلح المقتاتات من المأكولات في حكمها كالأبازير (٦) وما في معناها بيان صحة ما اخترناه ، لأن تنبيهه صلى الله عليه وسلم على العلل من أقوى ما يستدل به عليها ، ولأنه قال (حــــــتى الملح) فجعله غاية بينه وبين ما نص عليه ، وإنما هو غاية لأدناه وليس يضاف بالدناءة إلى الأقوات فقط ، ولأن الطعم مراعى عندنا (وغير مراعى عندهم وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : (الطعام بالطعام مثــــلا بمثل) (٧) فوجب اعتبار الطعم

ولأن التفاضل لــــــ يحرم (٨) عندنا في قليل المنصوص عليه وكثيره وعندهم لا يحرم إلا فيما يتأتى كيـله فيجوز عندهم الكف من الحنطة بالكفين والعموم يمنع ، وربما سلك في ذلك طريق القياس فقليل لأن كل جنس حرم التفاضل في كثيره حرم في قليله كالذهب والفضة ، ولأن علتهم فاسدة

-
- | | |
|--|-------------------------|
| (١) في م : منهما . | (٢) لينبه : سقطت من م . |
| (٣) في م : منهما . | (٤) في ق : الثمن . |
| (٥) في م : ينبه . | |
| (٦) الأبازير : مفردا بزر وهو كل حب يبذر ، وقال ابن فارس : هو شيء من الحبوب (معجم مقاييس اللغة ٢٤٦/١) . | |
| (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٥) . | |
| (٨) ما بين قوسين سقط من م . | |

لأنها ترفع الأصل الذي انتزعت منه وهو عموم الخبر في معنى التفاضل،
والعلة إذا عادت لمخالفة أصلها وجب فسادها، ولأن الشيء الواحد إذا
كان علماً على حكم لم يجز أن يكون علماً على ضده والكيل علم^(١) على
التحليل فلم يكن علة للتحريم، ولأن علتنا أرجح لأن الربا إنما حرم
حراسة للأموال وحفظاً لها فكان في أعلى المكيلات كما كان في أغلبي
الموزونات وهو الذهب والفضة .

فصل [٥ - في علة الذهب والفضة]

فأما علة الذهب والفضة فتكونهما أصول الاثمان وقيم المتلفات وهذه العلة
عندنا مقصورة والتعليل بها سائغ لأن قصد التعدي في العلة ليس فيه أكثر
من تعذر القياس وذلك لا يخرجها عن أن تكون علة كما لو نص على كونها
علة وعلى منع القياس، ولأن قصرها لا يفيد منع الحمل للفرع عليها وذلك
مستفاد بالتعليل كالتعدي، ولأنه صلى الله عليه وسلم لما نص على الذهب
والفضة ولم ينص على ما سواهما دل على أنهما مختصان بذلك لأنه ليس مشارك
لهما في وضعهما الأخص، ونفرض الكلام في أن الرصاص والنحاس لا ربا فيهما
فتقول كل جنس جان^(١) التفاضل بين مهمله ومعموله فلا ربا فيه أصله التراب
والقصيب .

فصل [٦ - ما شارك في علة هذه المسميات يأخذ حكمها]

إذا ثبت أن العلة في المسميات الأربعة ما ذكرناه فكل ما شاركها
في علتها مشارك لها في حكمهما كالآرز والذرة والدخن والقطنية^(٢)
والسحوم والألبان والخلول الأبيار وسائر الفواكه المدخرة للقوت والتمر والزبيب
والزيتون وسائر ما في معناها، وكذلك العسل والسكر، ولا ربا في تفاح ولا في
بطيخ ولا خيار ولا قثاء ولا مالا يدخر^(٤) .

(١) في م : علما .

(٢) جان : سقطت من ق .

(٣) القطنية : هي كل ما له غلاف كالفول والعدس والحمص وغيرها .

() الفواكه الدواني (٣٣٦/١) .

(٤) انظر المدونة ١٧٧/١ - ١٧٩ ، التفريع ١٢٦/٢ ، الرسالة ٢١١ ، الكافي

فصل [٧ - تحريم التفاضل في الجنس الواحد دون الجنسين]

والتفاضل يحرم في الجنس دون الجنسين لقوله صلى الله عليه وسلم :
(البر بالبر والشعير بالشعير ^(١)) والتمر بالتمر والملح بالملح ^(٢))
فقصر التحريم على الجنس بجنسه، وقال : (فإذا اختلف الجنسان فبيعهما
كيف شئتم) ^(٣) وهذا نص .

فصل [٨ - الربا في الجنس الواحد]

والحنطة والشعير والسلت في حكم الواحد لا يجوز التفاضل في بيع
بعضها ببعض ^(٤) خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنها أجناس ^(٥) ،
لقوله : (الطعام بالطعم مثلا بمثل) ^(٦) ولأنهما متقاربة في المنبئات
والمحدد وان أحدهما لا يكاد ينفك فكان كالعسل ^(٧) مع الحنطة .

فصل [٩ - ما تجمع أنواعه في الزكاة فانه صنف واحد]

وكل ما تجمع أنواعه في الزكاة فإنه صنف واحد في البيوع فالتمر
وألوانه صنف وكذلك الزبيب وأنواعه، والقشمش وأنواعه، وقد بينا
الاختلاف في القطنية في الزكاة، وأما الأرز والدخن والذرة فكل واحد
صنف على حدته .

فصل [١٠ - الربا في اللحم]

اللحم فيه الربا لأنه مقتات، واللحوم على ثلاثة أنواع فلحوم
الأنعام والوحش صنف، ولحوم الطير صنف وحشيه وإنسيه، ولحوم دواب الماء
صنف وقال بعض أصحابنا والجراد صنف رابع ^(٨) .

(١) بالشعير : سقطت من م . (٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٤)

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٣)

(٤) انظر المدونة ١٧٧/٣ - ١٧٨، التفريع ١٢٦/٢، الرسالة ٢١٠-٢١١، الكافي

٣٠٩ - ٣١٠ .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ٧٦، مختصر المزني ٧٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٥) .

(٧) العسل :- بفتحيتين - ضرب من الحنطة يكون في القشرة منه حبتان وقد
تكون واحدة أو ثلاث، وقال بعضهم هو حبة سوداء تؤكل في الجذب وقيل
هو مثل البر إلا أنه عسل الاستنقاء وقيل هو العسل المصبوح
المنير ٤٢٥ .

(٨) انظر المدونة ١٧٨/٢، التفريع ١٢٦/٢ - ١٢٧، الرسالة ٢١١، الكافي ٣١٢-٣١٣

وقال أبو حنيفة هي أجناس مختلفة باختلاف الحيوان^(١) ، وقال الشافعي في بعض أقاويله أنها صنف واحد^(٢) ، فالخلاف مع أبي حنيفة في بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلا فضعناه وجوزّه .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم (الطعام بالطعام مثلا بمثل)^(٣) ، ولأنه لحم حيوان من بهيمة الأنعام فلم يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوانات المشارك له في هذا الوصف متفاضلا أصله إذا كان من نوعه لحم الغنم بلحم الغنم متفاضلا ، ولأن الأغراض متقاربة فيهما وتوكل على حد متقارب غير متباين .

فصل [١١ - وجه جواز التفاضل بين لحم البقر ولحم

الطير والسّمك

والخلاف مع الشافعي في جواز لحم البقر بلحم الطير والسّمك متفاضلا فجوزناه ومنعه^(٤) ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم " إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم " ^(٥) والجنسية هنا المراد بها الأغراض والمشافع وقد ثبت أن لحم السمك ليس من جنس لحم الابل لأنهما لا يتفقان في منفعة ولا في غرض ولا يؤكل كل واحد منهما^(٦) على الوجه الذي يؤكل عليه الآخر ، ولأن السمك طعام لا يحتاج إلى ذكاة فجاز بيعه بلحم الطير متفاضلا أصله اللبن .

فصل [١٢ - في بيع الشحم والكبد والفؤاد والطحال

وبغيرها بشيء من اللحم

والشحم والكبد والفؤاد والطحال والحلقوم والخبي وما جرى مجرى ذلك له حكم اللحم فلا يجوز بيع شيء منه بلحم متفاضل^(٧) خلافا لمسن أجازه في بعض ذلك وفي جميعه^(٨) لأنه نوع مأكول من جسد الشاة كاللحم

(١) انظر مختصر الطحاوي ٧٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٤١/١ .

(٢) انظر: الأم ٢٥/٣ - ٢٦ ، مختصر المزني ٧٨ .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (١٥٠) .

(٤) في م : منعهوا .

(٥) سبق تخريج هذا الحديث في الصفحة (٧١٥) .

(٦) في م : أحدهما . (٧) في م : متفاضلا .

(٨) جوزّه الحنابلة (المغني ٢٤/٤) .

ولأن جميع جسد الشاة قد أجري مجرى واحدا ولم يخرج منه اختلاف أسمائه وأحواله من كونه لحما لاتفاقهم على منع التفاضل بين الكرش والكبد واللحم فكذلك الشحم وغيره .

فصل [١٣ - في بيع الماء بالطعام]

والماء لا ربا فيه على ظاهر المذهب، وروى ابن نافع عن مالك منعه بيعه الطعام إلى أجل، قال أصحابنا: يجب على هذا أن يحرم بيعه قبيل قبضه، وإنما (١) يحرم التفاضل في جنسه (٢)، فوجه نفي الربا عنه أن التفاضل إنما يحرم حراسة للأموال وحفظا لها فلذلك قضي على ما تمس الحاجة إليه من المأكولات دون غيره والماء أصله مباح غير متشاح فيه فكان منافيا لموضوع المقصود بالربا، ووجه إثباته أنه في معنى القسوت لأن الحاجة إليه أمس منها إلى الخبز إذ غير الخبز يقوم مقامه والماء لا يقوم غيره مقامه فكان تحريم التفاضل فيه أولى .

(١) في ق : أن .

(٢) انظر المدونة ١٦٥/٣ .

بِسَابِ [فِى بَيْعِ الْمَزَابِنَةِ]

بيع المزابنة (١) ممنوع (٢) لِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ
المزابنة (٣)، وحصر هذا الباب (٤) : ببيع معلوم بمجهول من جنسه أو مجهول
بمجهول من جنسه فمن المعلوم بالمجهول من جنسه بيع التمر بالرطب والزبيب
بالعنب واللحم بالحي المأكول من جنسه لا يهلح إلا للحم كالمعلوف والكسير
والمشوى بالطيرى النوى، والمالح والقديد بالطيرى من الحيتان وغيرها،
الجنس بجنسه والحنطة المبلولة باليابسة وبالمبلولة إلا أن يكون البلل
واحداً، ومنه منع بيع الدقيق بالعجين والحنطة بالعجين ، ولا بأس
الدقيق بالدقيق والرطب بالرطب (٥) متماثلاً عند مالك ومنعه عبد الملك
وكذلك التمر العتيق بالحديث واختلف فى الحنطة بالدقيق ولا بأس
بالحنطة بالسويق والدقيق بالخبز متفاضلاً ومتماثلاً، وكذلك العجين
بالخبز، ولا بأس باللحم النوى بالمطبوخ متفاضلاً ومتماثلاً وكذلك التمر
والرطب (٦) بخلهما ولا بأس : اللبن باللبن حال رطوبتهما (٧) .

فصل [١ - دليل منع بيع الرطب بالتمر]

وإنما منعنا بيع الرطب بالتمر خلافاً لأبي حنيفة (٨) لقوله صلى الله
عليه وسلم وسئل عن ذلك فقال : (أينقص الرطب إذا يبس) قالوا نعم

-
- (١) المزابنة : أصل المزابنة المدافعة يقال زابنه إذا دافعه (غرر
المقالة ٢٢٠) .
 - (٢) انظر التفريع ١٦٥/٢ ، الرسالة ٢١٥ ، الكافي ٣١٣ - ٣١٤ .
 - (٣) أخرجه البخارى فى المساقاة باب الرجل يكون له ممر ٨١/٣ ، ومسلم
فى البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ١١٧٤/٣ .
 - (٤) فى م : حصرها .
 - (٥) فى ق : ولا بأس بالدقيق بالدقيق ولا بأس بالرطب بالرطب .
 - (٦) فى م : والرطب بالتمر .
 - (٧) انظر فى جملة هذه الأحكام المدونة ١٧٣/٣ - ١٧٩ ، التفريع ١٢٦/٢ -
١٢٩ ، الرسالة ٢١١ ، الكافي ٣٠٩ - ٣١٤ .
 - (٨) انظر مختصر الطحاوى ٧٧ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني
٤٠/٢ .

قال : (فلا إذا) (١) وروى (فنهى عنه)، وروى : (لا تبائعوا الرطب بالربط) (٢)، وروى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : (نهى عن المزابنة) (٣)، والمزابنة بيع الرطب بالتمر، ولأنه جنس فيه الربا يبيع منه مجهول بمعلوم فلم يجوز أصله بيع الشيرج (٤) بالسهم والزيتون بالزيت، ولأن المماثلة شرط في هذا الموضع وهي معدومة لأن التمر والرطب غير مثناه وذلك يمنع التماثل وإذا ثبت المنع من ذلك فكل ما ذكرنا من بابه فدخمه في المنع مثله (٥) من الحي بالميت والمشوى بالطرى والمبلول باليابس وناثر ما في بابه .

فصل ٢ - في بيع الرطب بالرطب

وأما الرطب بالرطب فإنما أجزأه خلافا للشافعي (٦) وعبد الملوك لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا تبائعوا التمر بالتمر حتى يبدو ملاحها) (٧) وما بعد الغاية بخلاف ما قبلها ، ولأنها ثمرة بيعت بجنسها وهما على حال يتساويان فيها فجاز في ذلك أصله التمر بالتمر، ولأن كل جنس جاز ببيع بعضه ببعض حال جفافها جاز حال رطوبتها كاللبن باللبن .

فصل ٣ - في بيع الحنطة بالدقيق

فأما الحنطة بالدقيق فاختلف أصحابنا في تخريجه على المذهب : فمنهم من يقول أن المسألة على روايتين، ومنهم من يقول ليس بخلاف قول وإنما هو اختلاف حالين، فإن كان كيلا بكيل فلا يجوز وإن كان وزنا بوزن (٨) جاز، فوجه الجواز أنه ليس في طعن الحنطة أكثر من تفريق / أجزائها وذلك وذلك لا يمنع الكيل ولا ينافي (٩) المماثلة، ووجه المنع أن المماثلة ممنوعة فيها (١٠) لأنه إن كان كيلا بكيل أدى إلى التفاضل لأن الحب إذا

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب في التمر بالتمر ٦٥٤/٣، والترمذي في البيوع باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ٥٢٨/٣ ، وقال حديث حسن صحيح .

(٢) أخرجه البيهقي ٢٩٦/٥ . (٣) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٤) الشيرج : دهن السمسم (المصباح المنير ٣٠٨) .

(٥) مثله : سقطت من م .

(٦) انظر الأم ٥/مختصر المزني ٧٧ ، الاقناع ٩٥ .

(٧) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٨) انظر المدونة ١٧٧/٣ ، التفريع ١٢٨/٢ ، الكافي ٢١٢ .

(٩) في م : لا يأتي . (١٠) فيها : سقطت من ق .

طحن تفرقت أجزاءه ولم تجتمع بعد ذلك اجتماع الحب بخلقته في الأصل
فيجيء من صاع بر أكثر من صاع الدقيق وإن كان وزنا بوزن امتنع لأن
طريق التماثل في ذلك الكيل فلا يجوز غيره .

فصل [٤ - بيع الدقيق بالدقيق]

وإنما أجزنا بيع الدقيق بالدقيق تماثلا خلافا للشافعي^(١) لأن
التساوى فيه موجود في الحال كالحنطة بالحنطة .

فصل [٥ - جواز بيع الحنطة والدقيق متفاضلا]

فأما تجويزنا التفاضل بين الحنطة والدقيق بخبرهما وسوقهما
خلافا للشافعي^(٢) فالنكته فيه وفي جواز اللحم النقي بالمطبوخ متفاضلا
والرطب والتمر^(٣) يخلهما واحدة في جميع هذا الباب وهي: أن الصنعة
تغير ما تدخله من الجنس حتى تجعله في حكم الجنس المفرد لأنه لا يصلح
لما كان يصلح له أولا ، وتختلف الأغراض فيه إذ لا يقول أحد أن منفعة
التمر تقارب منفعة الخل وكذلك الحنطة والسويق والخبز والدقيق لأن تأثير
النار في الطبخ والخبز من تباين المنافع وتغيير الصنعة ما ينفي
التقارب ويوجب التفاوت والتباين وإذا ثبت ذلك جاز التفاضل فيه بمثل
ما له جاز في الجنسين المتباينين، وأما جواز بيع التين بالتين^(٤)
رطبين متماثلين فالتساوى في المنافع^(٥) والحال فقد سلما من الربا
والمزابنة .

فصل [٦ - في بيع رطب من ثمرة بياض مزابنة]

وما ذكرنا من أن بيع رطب من ثمرة بياض مزابنة، وإنما ذلك في
الجنس لأن التفاضل في الجنسين غير ممنوع فيجوز بيع التمر بالعنصب
والرطب بالزبيب وجميع ما في هذا المعنى وهذا فيما يحرم التفاضل في
جنسه إذا بيع بعضه ببعض، فأما ما لا ربا فيه كالخوخ والمشمش وغيرهما
فيجوز بيع الرطب باليابس إذا تحقق التفاضل ويمنع مع الاحتمال والشك
ليخرج عن المخاطرة .

(١) و(٢) انظر: الأم ١٩/٥ - ٢١، مختصر المزني ٧٧، الاقناع ٩٥ .

(٣) في م : بالتمر . (٤) في م : اللبن باللبن .

(٥) في ق : في المبلغ .

فصل [٧ - فى بيع المجهول بالمجهول]

وأما بيع المجهول بالمجهول من جنسه مما لا يجوز التفاضل فيه فغير جائز، وهو من باب المزاينة وذلك كالصبرة بالصبرة وثمره نخلة بثمره نخلة أخرى لأن عدم التماثل يقوم فى المنع مقام تحقق^(١) التفاضل لأن التماثل إذا لم يوجد فشرط جواز البيع غير حاصل .

فصل [٨ - فى قسمة وبيع اللحم على التحرى]

يجوز قسمة اللحم على التحرى وكذلك بيعه، ومن أصحابنا من يظن أن ذلك ومنهم من يشترط^(٢) فيه تعذر الموازين، وكذلك البيض بالبيض والخبز بالخبز والرطب بالرطب واليابس باليابس^(٣) وعند أبي حنيفة والشافعي أن ذلك غير جائز^(٤) .

وانما قلنا ذلك للعمل المستفيض من الصحابة فى الأسفار أنهم كانوا يقتسمون اللحوم على التحرى، والقسمة بيع كل واحد من المقتسمين حظه بحظ صاحبه ، ولأن الحذر فى الشرع قد جعل طريقا إلى جواز البيع فيما شرط فيه الكيل والوزن، وسببا لمعرفة المقدار فيما يعرفان به عند^(٥) تعذرهما، ألا ترى أنا نجيز ذلك فى الزكاة والعرايا فجاز أن يكون التحرى فى مسألتنا طريقا إلى طرفة التماثل للضرورة، ووجهها أن الموازين فى الأسفار قد تعدد وتتعد فلو قلنا أنهم لا يقتسمون اللحم فى الأسفار إلا بميزان لشق ذلك^(٦) وأدى إلى ضياعه وفوات الانتفاع به فجاز لهذه الضرورة قسمه وبيعه .

فصل [٩ - فى بيع الطعام بالطعام]

لا يجوز بيع طعام بطعام إلا نقدا ولا يجوز فيه تأخير بوجه كان من جنسه أو من غير جنسه كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه بيع متفاضلا أو متماثلا ومن

(١) فى م : تحقيق . (٢) فى م : يشترط .

(٣) انظر المدونة ١٧٨/٣ ، التفريع ١٢٦/٢ ، الرسالة ٢١٥ ، الكافي ٣١٣ .

(٤) انظر مختصر الطحاوى ٧٦ - ٧٧ ، الأم ٢٣/٥ - ٢٦ .

(٥) فى م : بعد . (٦) ذلك : سقطت من م .

شرطه التقابض في المجلس^(١)، وقال أبو حنيفة يجوز أن يفترقا من غير قبض إلا أن يكون المبيع جزءا مشاعا^(٢)، ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : (إنما الربا في النسيئة)^(٣)، وقوله : (لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا الثمر بالتمر ولا الشعير بالشعير ٠٠٠ إلى أن قال : إلا سواء بسواء عينا بعين يدأب يد)^(٤)، ولأن كل شيئين لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر مع جواز السلم فيه فلا يجوز بيعه به إلا إذا بيد أصله الذهب والفضة أو الذهب في الحلي، ولأنه بيع عين بعين يفسده دخول الأجل فكان التقابض شرطا فيه أصله إذا باع جزءا مشاعا من صبرة .

-
- (١) انظر المدونة ١٧٩/٣ - ١٨٠ ، التفريع ١٣١/٢ الرسالة ٢١١ ، الكافي ٣١٠ - ٣١١ .
- (٢) انظر مختصر الطحاوي ٧٦ - ٧٧ ، تحفة الفقهاء ٢٦/١ - ٢٧ .
- (٣) أخرجه مسلم في المساقاة باب بيع الطعام مثلا بمثل ١٢١٧/٣ ، والبخاري في البيوع باب بيع الدينار بالدينار ثمانية ٣١/٣ .
- (٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٣) .

باب [فى بيع الطعام قبل قبضه]

المبيعات على ضربين: طعام وغير طعام فالطعام يباع على وجهين أحدهما على وجه يلزم فيه حق التوفيه وذلك بأن يكون على كيل أو وزن أو عدد، والآخر جزافا مصبرا، فالقسم الأول لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان معينا (١) أو فى الذمة (٢)، والأصل نهيه صلى الله عليه وسلم بقوله: (من ابتاع طعاما فليس يجوز له (٣) أن يبيعه قبل قبضه (٤) وروي (قبل أن يستوفيه) ، وإذا ثبت ذلك فكل أنواع الطعام داخله فى المنع من الإدام والقوت والفواكه مما يدخر وما لا يدخر ما فيه الربا وما لا ربا فيه وكذلك الأشربة، وذكر ابن وهب عن مالك أن (٥) ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات (٦) بدليل إباحة التفاضل فيسسه وسقوط الزكاة منه (٧) والأول أصح للعموم، ولأن النهى لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوى فيه المقتات وغيره (ولأن انخفاض حرمة عن المقتات فى حكم الأحكام لا يقتضى انخفاضها عنه فى سائرهما ألا ترى أنه لا يجوز بيع بعضه إلى أجل من حيث كان طعاما (٨) والأدوية والبذور التى تبذر للزرع لا تدخل فى هذا لأنها ليست بطعام وإنما تتناول للحاجة وليس اسم الطعام لكل ما يتطعم لأنه لو كان كذلك لكان الجص والسم طعاما لأن له طعاما ولكنه اسم لما جرت العادة بأكله على وجه يؤكل عليه الطعام فى العادة من الاقتيات أو الائتدام أو التفكه أو التحلى وليس التداوى من هذا فلم يدخل فيه .

[٨١/ب]

-
- (١) فى ق : متعينا .
 (٢) انظر المدونة ١٦٥/٣ - ١٦٦ ، التفريع ١٣١/٢ - ١٣٢ ، الرسالة ٢١١ ، الكافى ٣١٩ .
 (٣) فليس يجوز له : سقطت من م .
 (٤) أخرجه البخارى فى البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ٢٣/٢ ، ومسلم فى البيوع باب بطلاق بيع المبيع قبل القبض ١١٦٠/٣ .
 (٥) ان : سقطت من م . (٦) المقتات : سقطت من م -
 (٧) وسقوط الزكاة منه : سقطت من م .
 (٨) ما بين قوسين : سقط من م .

فصل [١] - دخول ما ملك بعقد معاوضة فى النهي عن بيعه .

الطعام قبل قبضه

إذا ثبت ما ذكرناه فكل طعام ملك بعقد معاوضة مشارك لما
ملكه بشراء فى منع بيعه قبل قبضه : من ذلك
ما يملك أجره فى إجارة أو قضاء دين أو مهر أو خلع أو صلح عن دم عمد
أو مثلاً لمتلف أو أرش جنائية فى مال مضمون^(١) كان أو معيناً و كـل ما
يملك بغير معاوضة فجائز لمن ملكه بيعه قبل قبضه كالميراث والهبة
والصدقة وغير ذلك والمقتضى يجوز لمقرضه ولمقترضه بيعه قبل قبضه لأنه ليس
بمبتاع ولا فى معنى المبتاع .

فصل [٢] - جواز هبة وقرض الطعام المبتاع الممنوع من

بيعه قبل قبضه

لمبتاع الطعام الممنوع من بيعه قبل قبضه أن يهبه ويقرضه
ويتصدق به أو يخرج من ملكه على غير وجه المبايعة قبل قبضه ولكن لا
يجوز لمن صار إليه ذلك ببعض هذه الوجوه أن يبيعه قبل أن يقبضه^(٢) لأنه
قائم مقام البائع وعقد هذا الباب : أن كل طعام ابتاع فلم يقبض فلا يجوز
أن يقبض عليه عقدة بيع حتى يقبض سواه كان ذلك من مبتاعه أو ممن
صار إليه عن مبتاعه .

فصل [٣] - إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلوماً

إذا باع تمراً واستثنى منه كيلاً معلوماً ففيه روايتان^(٣) : أحدهما
أن له بيعه قبل أن يحزه ، والأخرى أنه ليس له ذلك فوجه الجواز أنه لم يبيع
ما استثناه وإنما أبقاه على ملكه ، ووجه المنع أنه صار شريكاً للمشتري
بمقداره من الكيل والأول أصح .

(١) فى م : ان كان مضموناً .

(٢) انظر التفريع ١٣٣/٢ ، الرسالة ٢١١ - ٢١٢ ، الكافى ٣٢٠ .

(٢) انظر التفريع ١٤٧/٢ - ١٤٨ ، الكافى ٣٣٢ .

فصل [٤ - الاقالة والتولية والشركة فى الطعام قبل قبضه]

إذا ثبت منع بيع الطعام للمشتري بكيل أو وزن أو عدد قبل استيفائه فيجوز منه الاقالة والتولية والشركة قبل القبض وإن كانت بيوعاً (١) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص فى الاقالة والشركة) (٢) وهذا نص، ولأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمغبنة جاز للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك (٣) وهذا إذا وقع العقد الثانى على الوجه الذى وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة فى تعجيل أو تأجيل؛ فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والتربح (٤) وإنما أثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق بمن فعل ذلك معه، ومتى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدوا الوجه الذى له وقعت الرخصة وإنما أراد الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه .

فصل [٥ - فى بيع الجزاف أو الصبرة قبل نقله]

ثم عدنا إلى أصل التقسيم فقلنا وأما ما أتبع من الطعام جزافاً (٥) أو معبراً (٦) فيجوز بيعه قبل نقله إذا خلى البائع بينه وبينه (٧) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٨) لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ (٩)

(١) انظر المدونة ١٦٣/٣ التفريع ١٣٣/٢ ، الرسالة ٢١٢ ، الكافي ٣٢٠ .

(٢) الحديث أخرجه الشيخان من غير : وأرخص فى الاقالة والشركة ، وهذه الزيادة الواردة فى هذا الحديث ذكرها مالك فى المدونة عن سعيد

بن المسيب وباقي رجال السند ثقات إلا أنه مرسل (انظر تخريج

أحاديث المدونة - للدكتور الدريزى ١٠٩٤/٣) .

(٣) فى ق : ذلك . (٤) فى ق : الربح .

(٥) الجزاف : الشيء الذى لا يعلم كيله ولا وزنه (المصباح المنير ٩٩) ،

وعرف ابن عرفة ببيع الجزاف بقوله : هو بيع ما يمكن علم قدره دونه

(حدود ابن عرفة ٢٤٠) .

(٦) الصبرة : أى بلا كيل ولا وزن (المصباح المنير ٣٣١) .

(٧) انظر المدونة ١٦٦/٢ ، التفريع ١٣٠/٢ ، الرسالة ٢١١ ، الكافي ٣٢٦ .

(٨) انظر مختصر الطحاوى ٧٩ ، مختصر المزنى ٨٢ .

(٩) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : (نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه) (١) فدل أن الجزاف بخلافه، ولأن الجزاف ليس فيه توفيه فإذا وجدت التخلية لم يبق وراءها توفية تطلب فجاز بيعه كالمكيل إذا قبض وقد استحب مالك رحمه الله أن يباع بعد نقله ليخرج من الخلاف ويحتاط للعقد .

فصل [٦ - فيما يجوز بيعه قبل قبضه]

وما عدى الطعام والشراب من سائر العروض والعبيد والحيوانات والعقار وما ينقل ويحول وما لا ينقل ولا يحول وما يكال أو يوزن وما لا يكال ولا يوزن كان عينا معينة أو سلما مضمونا في الذمة فبيعه قبل قبضه جائز في الجملة بخلاف الطعام ما لم يعرض في العقد ما يمنع منه من كونه ديناً بدين أو ذريعة إلى بيع وسلف أو بعض الأشياء الممنوعة (٢) خلافاً لأبي حنيفة في منعه بيع ما ينقل ويحول (٣) ، والشافعي في منعه بيع كل مبيع قبل قبضه من بئعه (٤) ، لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٥) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه) (٦) فدل أن ما عداه بخلافه ، ولأنه إزالة ملك فجاز قبل القبض كالعقار، ولأنه أحد نوعي المبيعات فعدم القبض لا يمنع بيعه أصله المنافع في الإجارة ولأن الشراء نوع يملك به فجاز أن يباع ما ملك به قبل القبض كالميراث والوصية ومع أبي حنيفة قياساً على العقار .

فصل [٧ - اشتراط القبض في البيع]

عقود البياعات كلها تقع بالقول وليس القبض شرطاً في انعقادها ولا في لزومها، غير أن في بعضها إن تأخر القبض عن العقد تأخراً شديداً

(١) أخرجه مسلم في البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ١١٦٢/٣ .

(٢) انظر التفريع ١٣٣/٢ - ١٣٤ ، الرسالة ٢١١ - ٢١٢ ، الكافي ٣١٩ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ٧٩ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٣٤/٢ .

(٤) انظر الأم ٦٩/٣ - ٧٤ ، مختصر المزني ٨٢ ، الاقناع ٩٢ .

(٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٢٦) .

أو افتراقاً قبله بطل العقد وذلك كالصرف وبيع الطعام بالطعام ، فأما
سائر العروض التي يجوز بيع بعضها ببيع نقداً أو نساءً فإن
تأخر القبض لا يبطل العقد فإن تلفت^(١) نظر فإن كان في المبيع حق توفية
من كيل أو وزن أو عدد فضمانه من البائع^(٢) إلا أن يكون كاله أو وزنه
للمشتري فتركه المشتري عنده فيكون حينئذ تلفه من المشتري ، وأما ما
ليس فيه حق توفية مثل البيع بعينه أو الجراف فتلفه من المشتري قبل
القبض وبعده دفع المشتري الثمن أو لم يدفعه طالبه بالقبض أو لزم
بطلبه إلا أن يكون البائع حبسه عنده لي قبض الثمن فيكون حكمه حكم
الرهن ، أو منعه ابتداءً ظلماً فيكون غاصباً فأما مع^(٣) السلامة ممن
ذلك كله ضمانه إن تلف من المشتري^(٤) / خلافاً لأبي حنيفة والثافعي^(٥)
في قولهما أن ضمانه من البائع قبل قبض المشتري إياه وإن العقد يفسخ
بتلفه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (الخراج بالضمان)^(٦) فجعل
الضمان ممن يكون له الخراج ، وقد ثبت أن خراج هذا المبيع قبل القبض
ليكون للمشتري فكان ضمانه منه ، ولأن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس
البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق فذلك يوجب أن يكون التلف ممن
المشتري كما بعد القبض أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض
فالقبط فرع على الملك وتابع له لأن البائع يجبر على إقباضه للمشتري
ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه وإذا كان البيع مستقراً فالتلف ممن
حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه ، ولأن إعتاق المشتري في العبد نافذ قبل
القبض وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كبيع الخيار ، ولأنه عوض مستحق
بعقد معاوضة فإذا كان معيناً^(٧) وتلف قبل القبض لم يتلف من المستحق
عليه أصله المهر .

(١) فى ق : تلف . (٢) فى م : البيع .

(۳) فی م ییع •

(٤) انظر التفریع ١٣٣/٢ - ١٣٤ ، الرسالة ٢١٩ ، الکافی ٣١٩ - ٣٢٠ .

(٥) انظر مختصر الطحاوی ٧٩ ، الأم ٧٢/٣ .

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ٣/٧٧٧،

والنساء في البيوع باب الخراج بالضمان ٢/ ٢٤٣ ، وابن ماجه في

التجارات باب الخراج بالضمان ٧٥٤/٢ ، والترمذي فيمن اشترى العبد

واستغله ٥٨١/٣، وأحمد ٤٩/٦، والدارقطني ٥٣/٣، البيهقي ٣٢١/٥،

والحاكم ١٥/٢ ، وصححه ابن القطان (تلخيص الحبير ٢٢/٣) .

(٧) في م : متعينا •

فصل [٨ - فى بيع جزاف]

(١)

يجوز بيع الطعام جزافا فى الغرائر ومبرا على الأرض وكذلك غيره من العروض المكيلسة أو المعدودة التى لا خطر لها وإنما الغرض مبلغها كالجص والنورة والقطن وغير ذلك، ولا يجوز بيع شيء له بال وخطر تكثر قيمته ويعظم الضرر فيه كالعبيد والحيوان والشباب جزافا .

وقاعدة هذا الباب : أن من المبيع ما يقصد مبلغه دون أعيان أحاده وذلك كالحنطة والشعير والثمرة والزبيب والجوز واللوز وسائر الفواكه والبقول فما هذه سبيله يجوز بيعه جزافا لأنه ليس المقصد إلى عين كل واحد من آحاده لأن أحدا لا يقصد عين كل (٢) جورة وبذجانسة وإنما القصد جملة ومبلغه فإذا علم ذلك بالحرر عند مشاهدته جاز بيعه كما يجوز (٣) بيع الشيء بالخرص فيتعلق به أحكام الكيل والوزن ولأن القصد المبلغ ليس فى جزافه خطر أو ضرر فينسب ترك تحقيقه بالكيل أو الوزن إلى قصده، وإنما المقصد التخفيف والرفق والراحة من التعسب ومونة الكيل والوزن من المبيع ما يقصر أعيانه وأحاد جماعات كل عين فى نفسها كالعبيد والحيوان والشباب والجواهر لأن كل واحد من جماعاتها يحتاج إلى اختبار فى نفسه والعلم بسلامته من العيوب وليس الغرض المبلغ دون العين فما هذه سبيله يعظم الخطر فيه ويكثر به الضرر بالمجازفة فيه فلا يجوز بيعه جزافا (٤) .

فصل [٩ - عدم جواز بيع ما يعلم كيله ووزنه جزافا]

(٥)

ما علم بائعه كيله أو وزنه فلا يجوز له بيعه إلا بعد أن يعلم المشتري بمبلغه (٦) خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٧) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (من غشنا فليس منا) (٨) وهذا غش (٩) لأن المبتاع يدخل على أن البائع

(١) فى ق : العرايا . (٢) فى م : كيل .

(٣) فى م : يحرز .

(٤) فى جملة هذه الأحكام انظر التفريع ١٣٠/٢، الرسالة ٢١١، الكافى

٣١٤ ، ٣٢٠ ، ٣٢٦ .

(٥) فى م : اعلام .

(٦) انظر المدونة ٢١٩/٣ التفريع ١٣٠/٢ ، الكافى ٣٢٦ - ٣٢٧ .

(٧) انظر مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٧/٢ - ٨ ، الأم ٦٣/٣ - ٦٤ ، المجموع

(٨) أخرجه مسلم فى الإيمان باب قول النبى صلى الله عليه وسلم : من غشنا فليس منا ٩٩/١ .

(٩) فى ق : أغش .

بمثابته في الجهل بمقدار المبيع وروي أنه صلى الله عليه وسلم قال:
(من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافا حتى يبين)^(١) وهذا نص ولأنه بساع
جزافا ما يعلم قدر كيله فلم يجوز أصله إذا قال قد بعته ملء هذه
الفرارة والبائع يعلم ما تسع .

فصل [١٠ - خيار المشتري إذا علم كيل أو وزن ما اشتراه

جزافا]

إذا ثبت منع ذلك فمتى وقع فالمشتري بالخيار لأنه متعدي عليه لأنه
إنما رضي بالمجازفة ودخل على أن البائع بمثابته في الجهل بقدر الكيل^(٢)
فإذا كتمه ذلك كان عليه تدليسا^(٣) عليه فثبت له الخيار كالعييب
إذا كتمه وإن بين^(٤) له فقال أنا أعلم كيلها ولست أعلمك فإن أردت
أن تبتاع على هذا وإلا للم أبعد فرضي المشتري فذلك غير جائز لأنه رضي
بالمخاطرة والضرر وقصد إلى ذلك مع الاستغناء عليه وذلك مفسد للعقد
المبنى عليه .

فصل [١١ - إذا أخبره بكيله فصدقه وقبضه بغير كيل

إذا أخبره^(٥) البائع بكيله فصدقه المشتري عليه وقبضه بغير كيل
فإن كان البيع نقداً جاز وإن كان إلى أجل فلا يجوز واختلف أصحابنا في
تأويله^(٦) فمنهم من يحملة على المنع ومنهم من يحملة على الكراهية^(٧)
وإنما قلنا أنه إذا كان نقداً جاز لأنه ليس فيه تهمة لأنه لا يخاف منه
إن لم يصدقه أن يفوته غرض^(٨) ويقع لو صدقه لأدركه ولم يفته، والنسيئة
بخلاف ذلك لأنه يجوز أن يكون دون ما أخبره^(٩) فإن لم يصدقه لم يرض
ببيعه منه نسيئة وإنما غرض البائع في إنسيائه أن ينتفع
بالنقصان الذي يحتسب له به فيكون من أكل المال بالباطل .

(١) أخرجه البخاري في البيوع باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن
لا يبيعه ٢٣/٣ ، ومسلم في البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل
القبض ١٦١/٣ .

(٢) في م : المكيل . (٣) في م : مدلسا .

(٤) في م : ولم يبين . (٥) في م : أخبرنا .

(٦) انظر التفرع ١٣١/٢ ، الرسالة ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ٣٢٦ .

(٧) في م : الكراهية .

(٨) في م : أن يفوته منه غرض . (٩) في م : ما أجبره .

فصل [١٢ - إذا صدقه بالكيل في النقد ثم ادعى نقصانه]

إذا صدقه بالكيل في النقد (١) ثم ادعى المبتاع نقصانه عما أخبره أو زيادة فإن كان مما يكون مثله في اختلاف الكيل ويريد رده فلا يرده ~~بمسئله~~ لأن ذلك معفو عنه في العرف كالتغيير الذي يكون في أسفله والتراب الذي يعلم أنه لا ينفك منه فإن كان زائدا على ذلك خارجا عما جرى العرف به فله المحاسبة به لأن البائع لم يوفه ما عقد عليه البيع والقدر الفائت لم يوجد له عوض وذلك إذا صدقه البائع أو كاله بحضرته أو قامت له بيّنة به قبل أن يغيب عليه وإن لم يكن له إلا دعواه فلا يقبل ويحلف البائع .

(١) في م : في الكيل بالنقد .

باب [في أضرب المبيع]

المبيع على ثلاثة أضرب : عين حاضرة وغائبة عن العقد وسلم في الذمة غير معين .

فأما بيع العين الحاضرة المرئية مثل أن يقول بعتك هذا الثوب أو العبد أو الدابة وهو يراه فذلك جائز إذا أبصره وخبره ولا خلاف في هذا النوع (١) .

فصل [١ - بيع الشيء الغائب]

وأما الأعيان الغائبة عن العقد (٢) فيجوز بيعها على الصفة أو على ما تقدم رؤيته (٣) خلافا للشافعي في منعه بيعها على الصفة (٤) لقوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٥) ، ولأنه مبيع معلوم لهما مقدور على تسليمه غالبا كالمرئي ، ولأن ما تتعذر رؤيته تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم .

فصل [٢ - البيع على غير صفه ولا رؤية]

ولا يجوز بيعه بغير / صفة ولا رؤية ولا مع شرط خيار الرؤية وذكر في المدونة جواز ذلك إذا اشترطت فيه خيار الرؤية (٦) وكان شيخنا أبو بكر وأصحابنا يقولون أنه خارج عن الأصول (٧) ، وقال أبو حنيفة يجوز بيع ما لم ير ولم يوصف ويكون للمبتاع خيار الرؤية بنفس العقد (٨) ودليلنا على منعه : (نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع (٩) الفر (١٠) وهذا منه ،

-
- (١) انظر المحلى ٢٧٠/٩ ، صراتب الاجماع ٨٤ ، بداية المجتهد ٢٧٠/٧ .
 - (٢) عن العقد : سقطت من م .
 - (٣) انظر المدونة ٢٥٥/٣ ، التفريع ١٧٠/٢ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافي ٣٢٩ .
 - (٤) انظر الأم ٢٠/٣ ، مختصر المزني ٧٥ ، الاقناع ٩٦ - ٩٧ .
 - (٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥ . (٦) المدونة ٢٥٥/٣ .
 - (٧) انظر التفريع ١٧٠/٢ - ١٧١ ، الكافي ٣٢٩ .
 - (٨) انظر مختصر الطحاوى ٨٤ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ١٥/٢ - ١٧ .
 - (٩) في ق : نهى عن الفر .
 - (١٠) أخرجه مسلم في البيوع باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه الفر ١١٥٣/٣ .

ولأنه مجهول واشتراط خيار الرؤية لا ينفع^(١) ، كما لا ينفع في بيع الآتيق والشارد، ولأن تأخر معرفة المبيع عن العقد يوذن^(٢) بطلانه كالمسلم إذا لم يصفه حال العقد .

فصل [٣ - معيار الصفة المطلوبة في بيع الشيء الغائب]

إذا ثبت جواز بيع الغائب بالصفة فالذي يحتاج إليه من ذلك كمثل صفة مقصودة تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب وجودها وعدمها ولا يكتفى^(٣) في ذلك بذكر الجنس والعين^(٤) فقط لأن بيع الملامسة لا يعرى من مشاهدة العين ومعرفة الجنس وهو مع ذلك غير جائز ولا يضره الاخلال بما لا يؤثر فيها^(٥) .

فصل [٤ - إذا جاء المبيع على الصفة المشترطة أو على

أعلى أو أدون منها]

وإن جاء المبيع على الصفة المشترطة لزم المبتاع ولم يكن له خيار الرؤية إلا أن يشترطه في العقد فيثبت له بالشرط، وإنما قلنا لا خيار له لأنه مبيع موصوف قبض على صفته فلم يكن له خيار الرؤية كالمسلم وإن جاء على خلافها فإن كان أعلى فلا خيار له لأنه إذا لم يثبت له الخيار مع الموافقة^(٦) فمع الزيادة أولى، ولأن الخيار إنما يثبت للنقص لا للزيادة وإن كان أدون فالمبتاع بالخيار في الامضاء والفسخ لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه كما لو وجد عيبا .

فصل [٥ - إذا تلفت السلعة المباعة على الصفة]

إذا تلفت السلعة المباعة على الصفة بعد العقد وقبل القبض ففيها ثلاث روايات^(٧) : إحداها أن التلف من البائع إلا أن يشترطه على

- | | |
|--|------------------------|
| (١) في ق : لا ينفعها . | (٢) في ق : يؤدى . |
| (٣) في م : يكفي . | (٤) في م : والبائع . |
| (٥) في م : منها . | (٦) في ق : مع الرؤية . |
| (٧) انظر المدونة ٢٥٥/٣ ، والتفريع ١٧٠/٢ ، وفيه " ففيها روايتان إحداهما أنها من البائع إلا أن يشترط ضمانها على المبتاع، والأخرى إلا أن يشترط أن ضمانها قبل القبض من بائعها (أ . هـ ، والكافي ٣٢٩ وفيه حكاية القولين فقط ، ولعل الأقوال الثلاثة من تفصيل المصنف . | |

المشتري ، والثانية أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع ،
والثالثة أن ضمان الحيوان المأكول وما ليس بمأمون على البائع والدور
والعقار من المشتري .

فوجه الأولى أن على البائع توفية المشتري ما اشتراه فما لم يوفه
لم (١) يستحق عليه العوض والتلف منه لأن المشتري لم يقبضه ولم تثبت عليه
يد .

وجه الثانية أن الأصل السلامة مع كونه متميزا عن ملك البائع
لا يتعلق به حق توفية فكان ضمانه من المشتري وذلك إذا علم أن الصفقة
صادفته حيا سليما ثم تلفت (٢) من بعد .

فأما وجه تفريقه بين المأمون وغير المأمون على
ظاهر السلامة فيجب أن يكون ضمانه من المشتري اعتبارا بالحاضر (٣) ، ولأن
النقد لما جاز اشتراطه في المأمون ولم يجز في غيره دل على افتراق
حكمهما .

فصل ٦ - النقد في بيع الشيء الغائب

إن تبرع المشتري في بيع الغائب بنقد الثمن أو بعضه قبل مجيء
المبيع جاز فأما إن اشترط البائع عليه النقد فيجوز في المأمون لعدم (٤)
تغيره وأمنه (٥) في الغائب كالعقار والدور ولا يجوز في الحيوان والمأكول
وما لا يؤمن تغيره ، والفرق أن المأمون يقبل الفرر فيه وغير المأمون
يكثّر الفرر فيه فاشتراط النقد فيه غرر ، ولأنه يدخله سلف وبيع لأن
النقد يتردد بينهما لأن المبيع إن سلم كان نقدا وإن لم يسلم كان
البائع قد انتفع بالثمن ثم رده إلى المشتري .

(١) في م : فلا . (٢) في م : تلف .

(٣) في م : بالحاضرة . (٤) لعدم : سقطت من م .

(٥) أمنه : سقطت من م .

فصل [٧ - فى بيع البرنامج]

يجوز عندنا بيع الأعدال على البرنامج^(١) وهو أن يبيعها على الصفة التى يتضمنها برنامجها من ذكر الجنس والنوع والزرع والعدد والسعر فإن وافق الصفة لزم البيع، وإن خالف كان كما ذكرناه وليس للمبتاع إذا وافقت الصفة وقال هي مخالفة^(٢) أن يرد خلافاً للشافعي فى قوله^(٣) لا يجوز^(٤) ودليلنا الظاهر وهو قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾^(٥)، ولأن أكثر ما فيه أنه باع عينا يتعذر رؤيتها بصفة تحصرها وقد دللنا على جواز ذلك .

فصل [٨ - فى بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة]

يجوز بيع السلعة الغائبة على رؤية متقدمة إذا كان من وقت الرؤية إلى وقت العقد من المدة ما لا تتغير فى مثله والاعتبار فى ذلك بالعرف فى مثل تلك السلعة مما يعلم أنها تتغير وتحول عن الصفة التى كانت^(٦) عليها فى مثلها فإن كان بين الوقتين بقدر ذلك لم يجر البيع إلا برؤية مستأنفة أو صفة .

(١) انظر : المدونة ٢٥٧/٣ ، الموطأ ٦٧٠/٢ ، التفريع ١٧١/٢ .

(٢) فى م : وهي غالية . (٣) فى قوله : سقطت من م .

(٤) انظر الأم ٢٠/٣ ، مختصر العزني ٧٥ ، الاقناع ٩٦ - ٩٧ .

(٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٦) فى ق : طالست .

نوع آخر [في السلم]

وأما السلم^(١) في الدمة فإنه جائز في كل ما تضبطه الصفة والأصل في جواز ذلك^(٢) قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾^(٣) ، وقوله ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم ﴾^(٤) فدل ذلك على أن من التجارات ما لا يكون حاضرا ، وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾^(٥) قال ابن عباس ذلك في السلم^(٦) ، وروي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عندك وأرخص في السلم^(٧) ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمر السنيتين والثلاث فقال (من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٨) وهذا نص في جوازه ، ولا خلاف فيه^(٩) .

فصل [١ - في شروط بيع السلم]

وله ثمانية شروط^(١٠) :

أحدها أن يكون في الدمة مطلقا لا في عين^(١١) معينة .

- (١) السلم : يعني السلف وإنما سمي سلما لأنه يسلم إليه دراهمه ويتركها عنده من قولهم : أسلمته مائة أى تركتها (غرر المقالة ٢١٦) ، وفي الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله : عقد معاوضة يوجب عمارة دمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين (حدود ابن عرفة ٢٩١) .
- (٢) في م : جوازه .
- (٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
- (٤) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .
- (٥) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .
- (٦) انظر تفسير الطبرى ١١٦/٣ .
- (٧) الجزء الأول من الحديث أخرجه أبو داود في البيوع باب بيع الرجل ما ليس عنده ٧٦٩/٣ ، والنسائي في البيوع باب بيع ما ليس عند البائع ٣٥٤/٧ وابن ماجة في التجارات باب النهى عن بيع ما ليس عندك ٧٣٧/٢ والترمذى في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٣٤/٣ وقال حسن صحيح ، أما الجزء الأخير قوله : وأرخص في السلم : فلم أعمش عليه .
- (٨) أخرجه البخارى في السلم باب السلم في كيل معلوم ٤٣/٣ ومسلم في المساقاة باب السلم ١٢٢٦/٣ .
- (٩) انظر شرح مسلم ٤١/٧ ، فتح البارى ٣٣٩/٤ ، نيل الأوطار ٢٢٦/٥ .
- (١٠) في شروط السلم أنظر : المدونة ١١٧/٣ - ١٤٠ ، التفريع ١٣٤/٢ - ١٣٨ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافي ٣٣٧ - ٣٤٠ .
- (١١) في م : غير .

والثاني أن يكون موصوفا بما يمكن حصره به من الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض والأسواق باختلافها .

والثالث أن يكون مقدرا بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد أو ذرع أو غير ذلك من المقادير التي تعتبر في ذلك النوع .

والرابع أن يكون رأس المال معلوما مقدرا .

والخامس أن يكون نقدا لا مؤجلا .

والسادس أن يكون المسلم فيه مؤجلا لا يجوز أن يكون حالا، واختلف

في حد الأجل / فعنه فيه روايتان: إحداهما أجل مطلق أي أجل كان، والآخر [١/٨٣] أجل يختلف في مثله الأسواق^(١) وتتغير معه الأسعار .

والسابع أن يكون الأجل^(٢) (محدودا بمدة معلومة .

والثامن أن يكون المسلم فيه^(٣) موجودا عند المحل وليس

من شرطه أن يكون موجودا في حال العقد ولا متصل الوجود في حال العقد ولا متصل الوجود من وقت العقد إلى وقت المحل، والأول أن يسمى موضع القبض فإن أطلق ولم يعين جاز ولزم في الموضع الذي وقع العقد عليه في سوق تلك السلعة والموضع الذي جرى عرف أهل ذلك الموضع بقبض ما يسمى فيه بأن يقبضه فيه .

فصل [٢ - في عدم كون السلم عينا]

وإنما قلنا إنه لا يجوز أن يكون عينا^(٤) لأن الأعيان لا تثبت في الذمم لأن من حق ما يثبت في الذمة^(٥) أن يكون مطلقا غير معين ولأن السلم في العين غرر لا يحتاج إليه لأنه إن أريد ضمانها في الذمة إلى أجل المضروب حتى إذا تلفت لزم^(٦) المسلم إليه بدلها أو قيمتها فذلك

(١) الأسواق : سقطت من ق . (٢) في م : السلم .

(٣) ما بين قوسين : سقط من م .

(٤) في م : معين .

(٥) في م : الذمم .

(٦) في م : لزم .

غير جائز لأن المعين^(١) ينفسخ العقد بتلفه ولا يلزم رد مثله ولأنه إذا كانت العـ
مما لا يكال ولا يوزن لزم رد قيمتها لا مثلها فإن إثبات العين في الذمة
إن أريد به تبقيتها إلى وقت الأجل فذلك غير مقدور عليه لإمكان أن يتلف
وإن أريد به ضمان مثلها فقد أفسدناه .

فصل [٣ - حصر المسلم بأكثر مما يمكن من الصفات]

وإنما قلنا يجب حصره بأكثر مما يمكن من الصفات وقد دخل في ذلك
الجنس والنوع لأنه مقدم على ما يتبعه^(٢) من الصفات لأنها مضمنة به
ليكون المسلم فيه معلوما ويخرج عن حيز الجهل^(٣) ولا يكون كذلك إلا
بالشهادة وبالصفة والمشاهدة لا تتصور إلا على معنى الصفة بأن يريد عيناً
بصفة النوع الذي يسلم فيه وإذا تعذرت المشاهدة لم يبق إلا الصفة ومتى
عري العقد منهما كان مجهولاً وغلراً وليس يلزم أن يذكر جميع الصفات
حتى لا يخرج منها شيء لأن ذلك لا يمكن ولا يحتاج إليه وإنما المحتاج
إليه ما يتعلق به الغرض ويقتضيه المقصد ويزداد في الثمن لأجله
ويرغب في إسلافه^(٤) لمكانه فإذا حصل كفى^(٥) عن زيادة عليه وذلك
يختلف في أنواع المبيعات بما يعرفه أهل كل نوع من وصفه عندهم ممياً
يقصد من صفاته فإذا ثبت هذا فحصر الباب: أن كل سلعة جاز أن تبسّج
مشاهدة وتحصرها الصفة إذا غابت عن العين فإن السلم فيها^(٦) جائز
من سائر العروض والحيوان والأطعمة وغيرها فيستغنى بذلك عن التكرير
بأعيان المسائل وتفصيلها^(٧) إلا مواضع يختلف فيها .

فصل [٤ - السلم في الرقيق والحيوان]

يجوز السلم في الرقيق وسائر الحيوان^(٨) خلافاً لأبي حنيفة^(٩) ، لما
روى أنه صلى الله عليه وسلم أرخص في السلم^(١٠) ، وفي حديث ابن عمر

(١) في ق : العين . (٢) في م : يبيعه .

(٣) في م : المجهول . (٤) في م : أسلامه .

(٥) في ق : كما . (٦) في م : نوعها .

(٧) في م : ونقصانها .

(٨) انظر المدونة ١٨٥/٣ - ١٨٨ ، التفريع ١٣٤/٢ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافي ٣٣٨ .

(٩) انظر مختصر الطحاوي ٨٦ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٤٢/٣ .

(١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٣٨) .

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فتفدت الإبل فأمره أن يأخذ هلى قلاص^(١) الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجلس الصدقة^(٢)، ولأن الحيوان يثبت في الذمة إما سلماً وإما قرضاً لأنه صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً ورد رباعياً^(٣)، ولأنهم يوافقونا في تعلق^(٤) الحيوان بالذمة مهراً وخلعاً وكتابةً وصلحاً فنقول لأن الحيوان يتعلق بالذمة مهراً فجاز أن يتعلق بها سلماً وقرضاً اعتباراً بالشباب، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان فيه عوضاً. في الذمة أصله النكاح ولأن الحيوان يضبط بالصفة وكذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه يراها)^(٥)، وكذلك ثبت دية العمد والخطأ بالصفة، والعبيد يضبطون بالصفة في الجنس واللون والسن والهيئة .

فصل [٥ - السلم في الدنانير والدراهم]

السلم في الدنانير والدراهم جائز^(٦) خلافاً لابي حنيفة^(٧) لقوله صلى الله عليه وسلم (٠٠ قليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم)^(٨) فعمم، ولأن كل مباح جاز أن يكون في الذمة ثمناً جاز أن يكون ثمنوناً^(٩) أصله الشباب ولأنه يمكن ضبطها بالصفة فيذكر جنس فضتها وسكتها وخفتها وثقلها ووزنها^(١٠) وكونها صحاحاً وجياداً فجاز السلم فيها .

- (١) قلاص : جمع قلوص وهي الشابة من الإبل (انظر الصحاح ١٠٥٤/٣) .
- (٢) أخرجه : أبو داود في البيوع باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نيئة ٦٥٢/٣ ، والدارقطني ٦٩/٣ والبيهقي ٣٨٧/٥ ، وفي إسناده ابن اسحق وقد اختلف عليه فيه (انظر تلخيص الحبير ٨/٣) .
- (٣) أخرجه مسلم في المساقاة باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه ١٢٢٤/٣ .
- (٤) في ق : يوافقنا في تعليق . (٥) في م : معاوضة .
- (٦) أخرجه الإمام أحمد ١/٣٨٠ و ٤٦٠ ، وقال الهيثمي : واحد إسناد أحمد رجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد ١٠٥/٨) .
- (٧) أنظر المدونة ١٢٨/٣ ، الكافي ٣٣٨ .
- (٨) انظر مختصر الطحاوي ٨٦ - ٨٧ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٤٢/٢ - ٤٤ .
- (٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٣٨) .
- (١٠) في م : مثمناً .
- (١١) ووزنها : سقطت من ق .

فصل [٦ - جواز السلم في اللحم]

يجوز السلم في اللحم بصفة معلومة^(١) خلافا لأبي حنيفة^(٢)، لأنه يضبط بالصفة فيقال لحم ضأن معلوف من كبش أو من خروف أو لحم معسر، وإن اختلفت الأغراض في مواضعه من الشاة من صدر أو فخذ أو جنب ذكر .

فصل [٧ - جواز السلم في الرؤوس والأكارع]

يجوز السلم في الرؤوس والأكارع^(٣) خلافا لأبي حنيفة ولأحد وجهي الشافعي^(٤) لأنه يصح ضبطها بالصفة من السمانة والجنس وفروع هذا الباب كثيرة وجملها قد ذكرناها .

فصل [٨ - في كون المسلم فيه مقدرا بكيل معلوم أو وزن أو

غيره]

وإنما قلنا يجب أن يكون مقدرا بكيل معلوم أو وزن أو عدد أو غيره من المقادير على حسب المسلم فيه وما يعرف به مقداره عند أهله لينتفي عنه الغرر بالجهل ويحصل العلم لكل واحد للبائع بما اشتغلت به ذمته وللمسلم بما يطالب به وما عاوض عليه، وراعينا عادة أهل كل بلد فيبي معرفة مقادير السلم عندهم لأنهم إن حملوا على خلافه دخلت الجهالة لأن قصدهم من معرفة المبلغ الوجه الذي ألفوه بينهم .

فصل [٩ - وجوب كون رأس المال معلوما]

وإنما قلنا يجب أن يكون رأس المال معلوما بمثل ماله وجب ذلك له في الطرف الآخر لأنه أحد الطرفين في السلم اعتبارا بسائر البياعات .

فصل [١٠ - اشتراط كون رأس المال نقدا]

وإنما شرطنا أن يكون رأس المال نقدا لأنه متى كان مؤجلا دخله

- (١) انظر المدونة ١٢٥/٣ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافي ٣٣٨ .
- (٢) انظر مختصر الطحاوي ٨٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٤٢/٢ .
- (٣) انظر المدونة ١٢٥/٣ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافي ٣٣٨ .
- (٤) انظر مختصر الطحاوي ٨٦ ، مختصر المزني ٩٢ .

الدين بالدين ، وإنما قلنا أن قبضه في مجلس العقد ليس بشرط وأنه يجوز تأخير اليوم واليومين بغير شرط التأجيل لأن ذلك لا يخرج به إلى الدين بالدين إذ لا بد من استثناء مدة يمكن فيها وزن^(١) المال ونقده وجري العادة بتراخي الوزن والاقباض عن وقت الإيجاب والقبول، ولأن من ابتاع ثوبا بنقد فتأخر قبض الثمن يوما أو يومين لم يخرج ذلك عن النقد ولم يدخل في حين^(٢) الأجل .

فصل [١١ - اشتراط الأجل في السلم]

وإنما قلنا إن الأجل شرط في السلم وأنه لا يجوز أن يكون حالا خلافا للشافعي^(٣)، لقوله صلى الله عليه وسلم : (فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم وأجل معلوم)^(٤)، ولأن السلم إنما جُوز ارتقا للتمتع بالدين لأن المسلم^(٥) يقدم الارتخاص والمسلم إليه يرغب في إرخاض الثمن للرفق الذي له في استعجال الانتفاع به، وفي الصبر والتأخير فوجب أن ما أخرج ذلك عن بابيه ممنوع لأنه إذا كان حالا زال هذا الرفق .

فصل [١٢ - في اعتبار الأجل القريب والبعيد في السلم]

ووجه قوله أنه يجوز إلى الأجل القريب والبعيد قوله صلى الله عليه وسلم : (إلى أجل معلوم)^(٦) فعم، واعتبارا بالأجل البعيد، ولأنه معنى يشترط في السلم فجاز قليله وكثيره أصله مقدار / المسلم فيه ، ووجه قوله أنه لا يجوز إلا إلى أجل تختلف في مثله الأسواق أن المقصود من المسلم الارتفاق من انتفاع البائع بتقديس السلم المال والمسلم^(٧) بما يرتخصه ليحصل له من تغير الأسواق واختلافها ما يريده، وإذا أضربا أجلا لا يوجد فيه هذا المعنى لم يحصل الرفق المقصود فكان في معنى الحال .

(١) في م : زوال . (٢) في م : خير .

(٣) انظر الأم ٩٧/٣ ، مختصر المزني ٩٠ ، الاقناع ٩٥ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٣٨) .

(٥) في م : السلم .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٣٨) .

(٧) في م : السلم .

فصل [١٣ - فى كون الأجل معلوما]

وإنما قلنا بأن الأجل يكون معلوما لقوله تعالى : ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ (١) قال ابن عباس: هو السلم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إلى أجل معلوم) (٢) ، ولأن الجهل بمدة السلم غرر كالأجل فى الديون .

فصل [١٤ - السلم إلى الحصاد والجداد وقدم الحاج]

ويجوز السلم إلى الحصاد والجداد وقدم الحاج (٣) خلافا لأبى حنيفة والشافعي (٤) ، لأنه وقت يعرف فى العادة لا يتفاوت اختلافه كقولك إلى شهر كذا وكذا أو إلى النيروز أو المهرجان (٥) .

فصل [١٥ - وجود المسلم فيه عند الأجل]

وانما قلنا بأن شرطه أن يوجد المسلم فيه عند الأجل لأن الغرض بالسلم حصول المسلم فيه بازاء الغوض (٦) المبدول (٨) فى مقابله فإذا لم يوجد عند المحل كان غررا وعائدا بالجهل لأنه إما أن يفسخ العقد فيرجع المسلم بالثمن على غرر أو يصير (٩) إلى وقت وجوده وذلك انتقال من أجل إلى أجل ويصير كمن عقد على عين الغير والبائع لا يقدر (١٠) على تسليمها وكل ذلك غير جائز .

-
- (١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ . (٢) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٣٨) .
 (٣) انظر الكافى ٣٣٨ .
 (٤) انظر مختصر الطحاوى ٨٦ ، الأم ٩٩/٣ .
 (٥) النيروز: معرب وهو أول السنة لكنه عند الفرس عند نزول الشمس أول الحمل وعند القبط أول توت (المصباح المنير ٥٩٩) والمهرجان عيد للفرس وهى كلمتان: مهرجان ومعناها محبة الروح وفى بعض التواريخ كان المهرجان يوافق أول الشتاء (المصباح المنير ٥٨٣) .
 (٦) فى م : المحل . (٧) فى م : العرص .
 (٨) فى ق : الجهل . (٩) فى ق : يسفر .
 (١٠) لا يقدر : سقطت من ق .

فصل [١٦ - عدم اشتراط وجود المسلم فيه حال العقد]

وإنما لم يجعل وجوده عند العقد شرطا في صحة العقد خلافا لأبي حنيفة (١) لقوله صلى الله عليه وسلم : (في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) (٢) نعم، ولأنه وقت لا يجب التسليم فيه فلم يضر فقده فيه أساسا بين العقد والأجل (٣) .

فصل [١٧ - ذكر الموضع الذى يسلم فيه]

وإنما قلنا إن الأولى أن يذكر الموضع الذى يسلم فيه ليـسـزول التخاصم بين المتابعين ويكونا قد دخلا على معرفة بذلك، وقلنا إن تركا ذكره لم يضر لأن الأمر يحمل على العرف فى مثل ذلك فيصير العرف كالمشترط .

فصل [١٨ - جواز المصاحبة فى بعض شروط السلم من أحد

العاقدين للآخر]

إذا عقد السلم على الشروط التى ذكرناها صح وجازت المصاحبة بعد ذلك من أحدهما للآخر ما لم يعد ينقض أصله أو بذريعة إلى فعل محظور من بيع وسلف أو وضع وتعجيل أو معاوضة على إسقاط ضمان (أو بيع طعام قبل قبضه) (٤) أو بيع طعام متأخرا أو ما أشبه ذلك من الوجوه الممنوعة فمتى أدت (٥) المصاحبة إلى شيء من ذلك لم يجز وإن سلمت منها فهي جائزة ونحن نبين من ذلك ما ينكشف به ما ذكرناه فيه .

فصل [١٩ - إذا أسلم فى شيء موصوف ثم إذا حل الأجل أراد أخذ

صنف آخر]

وإذا أسلم فى حنطه موصوفة (٦) إلى الأجل فلما حل أراد أن يأخذ بمكيلتها صنفا أعلى منها أو أدون أو شعيرا أو سلتا فلا بأس بذلك، فإن كان ذلك قبل المحل فلا يجوز، والفرق بين الموضعين أن الأجل إذا لم يحل فأخذ الدون وضع وتعجيل (٧) لأن التقديم غير مستحق له فإنما رضى

(١) - إنظر مختصر الطحاوى ٨٦ ، مختصر القدرى مع شرح الميدانى ٤٣/٢-٤٤ .

(٢) سبق تخريج الحديث فى الصفحة ٣٢٨ (٣) فى م : أصله بعد الأجل .

(٤) ما بين قوسين سقط من ق . (٥) فى م : آلت .

(٦) فى ق : معرفة . (٧) فى ق : تعجل .

بدون شرطه لتعجله وأخذ الزيادة في مقابلة إسقاط الثمن عند البائع لأنه يخاف إن بقي في ذمته إلى وقت أجله (١) ارتفاع أسواقه وغلاء ثمنه وتلزمه كلفة إلى ذلك الوقت في حفظه وتعهده ويعلم أنه لا يلزم المسلم قبوله قبل الأجل فتكون الزيادة في مقابلة جميع هذا، وإذا حل الأجل آمن من ذلك كله لأنه إن كان (٢) أخذ الدون فذلك مسامحة لأنه ليس بمتعجل شيئاً لا يستحقه لأن الأجل قد حل وإن أخذ الأعلى فذلك مسامحة من المسلم إليه لأنه لا يستحق عليه ببقية السلم (٣) في ذمته زيادة على الأجل فيحمل ذلك عليه فبان الفرق بينهما وإن كان ذلك في غير الجنس أو النوع امتنع في الطعام وجاز في غيره لأنه إذا أسلم إليه في كرا (٤) حنطة فلما حل الأجل أعطاه مكانه عدساً أو أرزاً أو حمصاً أو غير ذلك من أنواع الطعام أو العروض أو الحيوان لم يجز شيء من ذلك لأنه بيع الطعام قبل قبضه وقصد المتاجرة والمقابلة وخروج عن المعروف والمسامحة .

وأما في غير الطعام فيجوز كأنه أسلم إليه في عشرة أثواب قصب بصفة معلومة وغزل معروف فلما حل الأجل رجع إليه عنها شيئاً من غير جنسها مثل الطعام أو الحيوان فإنه يجوز لأنه بيع الثياب المسلم فيها قبل قبضها وذلك جائز بخلاف الطعام وهذا إذا قبض الشيء الذي ينتقل إليه فإن لم يقبضه وكان في ذمة المسلم إليه لم يجز لأنه يصير ديناً بدين فأمّا إن دفع إليه (٥) قبل حلول الأجل مثل طعامه في الكيل والصفة فله أن يقبضه ————— له وله أن لا يقبله (٦) خلافاً للشافعي في قوله أنه يلزمه أن يقبل العروض (٧) وكل ما سوى الحيوان ، لأن الأجل في السلم حق لهما فلما كان المسلم لو طالب به قبل حلول أجله لم يلزم المسلم إليه دفعه لأنه في ذلك إسقاط حقه من توقيته في ذمة المسلم إليه وضمنه

-
- (١) في م : الأجل . (٢) ان كان : سقطت من م .
 (٣) في ق : المسلم .
 (٤) الكر : كيل معروف وهو ستون قفيزاً أو اثنا عشر وسقاً (المصباح المنير ٥٣٠) .
 (٥) اليه : سقطت من ق .
 (٦) في جملة هذه الأحكام انظر : المدونة ١٣٥/٣ ، التفريع ١٣٦/٢ ، الرسالة ٢١٦ - ٢١٧ ، الكافي ٣٣٩ .
 (٧) انظر الأم ١٣٢/٣ - ١٣٣ ، مختصر المزني ٩٢ ، الاقناع ٩٧ - ٩٨ .

وإن يسقط عنه حفظه ومراعاته فإذا ثبت ذلك وتراضيا على أخذه قبل الأجل لأنه مسامحة من أحدهما للآخر .

فأما الذهب والفضة فيلزم من تدفع إليه قبل محلها أخذها بخلاف غيرها من الطعام والعروض لأنه لا يرجى فيها من تغير الأسواق واختلاف الأسعار ما يرجى في سائر المثلثات ولا يحتاج إلى حفظ ولا مراعاة ولا تلزم عليها مؤونة ولا يخاف عليه فساد فكان الأجل فيها حقا ينفرد به من هي عليه واللسه أعلم ، وهذا الذي ذكرناه في الذهب والفضة يستوى فيه البيع والقرض فأما ما عداه فالأجل في المعاوضة (١) حق لهما لا يلزم أحدهما قبول ما يتعجل منه إلا برضاه وفي القرض حق المستقرض وحده فإن عجله لزم المالك قبوله .

فصل [٢٠ - إذا أحل لأجل أخذ البعض وأقال من الباقي]

وإذا أسلم (٢) في طعام أو عرض إلى أجل ودفع الثمن فلما حل الأجل أخذ البعض وأقال من الباقي فلا يجوز ذلك لأنه ذريعة إلى البيع والسلف وذلك أن التهمة تقوى في أنهما تواطئا على البيع والسلف وسمياه بيعا ليتطرق بذلك إلى جوازه كأنه قال له بعني عشرة أكرار بمائة دينار فقال لا أفعل إلا أن تسلفني مائة دينار (فقال أن البيع والسلف لا يجوز ولكن يجعل السلم في عشرين كرا بمائتي دينار) (٣) فإذا حل / الأجل أقلتلك من عشرة أكرار وأخذت عشرة فينتفع البائع بثمن العشرة ثم يرد بدله فيصير بيعا وسلفا ولا يجوز إلا أن يكون الاقالة في الشيء اليسير الذي لا يخاف منه ذلك ولا تقوى التهمة لأجله مثل: أن يسلفه في عشرين كرا فيقله من كرا ونصف كرا أو الأمر الخفيف فهذا لا يقوى التهمة إلا أن يكونا قصدا بيع عشرين كرا بمائتي دينار لينتفع بدينار أو بخمسة، وكذلك لو أقاله من النصف وكان رأس المال معيبا فرده بعينه فيعلم أنه لم ينتفع به بأن ذلك جائز غير ممنوع لأن الاقالة تنصرف إلى الفرق وإعواز الاتمام أو غيره من الأعذار (٤) .

(١) في المعاوضة : سقطت من ق .

(٢) في م : إذا أسلف .

(٣) ما بين قوسين سقطت من م .

(٤) انظر المدونة ١٣٥/٣ - ١٣٦ ، التفريع ١٣٥/٢ - ١٣٦ ، الكافي ٢٣٨-٢٣٩ .

فصل [٢١ - شرط أخذ طعام بدل طعام في السلم عند الأجل]

فإذا باع شيئاً من الطعام كله - أي طعام كان مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه - بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده طعاماً لا من جنسه ولا من غير جنسه إلا أن يكون من جنس ما باعه (١) بعينه بمثل مكيّله وعلى صفته فيجوز (٢) .

وإنما قلنا ذلك لأنه يكون ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام متأخراً وتسمية الثمن لغواً وإذا كان من نوع طعامه في الكيل والجودة والصفة جار لأن الأمر لا يحمل (٣) على طعام بطعام متأخراً (٤) قصداً للنسب إذ لا فائدة فيه فيتضمن أنهما قصداً فإنها ينزل على القرض أو الإقالة .

فصل [٢٢ - السلم في طعام قرية بعينها أو حائط بعينه]

السلم في الطعام من قرية بعينها أو ثمرة حائط (٥) بعينه على ضربين (٦) : إن كان مما يخلف ولا يؤمن تلفه فلا يجوز لأن ذلك غرر وكالسلم في العين وذلك غير جائز فإن كان مما لا يخلف في العادة ولا بد أن يسلم أو أكثره وإن جار تلف بعضه فلا بأس مثل أن يسلم في عشرة أكرار تمر برني من أعمال البصرة فيجوز لأن التعيين ليس يفيد أكثر من التعريف ووصف النوع (٧) المسلم فيه كما لو قال أسلفتك في عشرة أكرار حنطة بصفة كذا من حنطة الشام أو المشرق لجاز العادة الجارية لأن (٨) الأقليم الذي أضافه إليه لا يختلف .

فصل [٢٣ - التفاضل في المبيعات]

والتفاضل في المبيعات كلها (٩) على ضربين : منه ما يحرم نقداً

-
- (١) في م : إلا أن يكون من غير حسن .
 (٢) انظر المدونة ١٣٥/٣ - ١٣٦ ، التفريع ١٣٥/٢ - ١٣٦ ، الرسالة
 ٢٠٦ - ٢١٧ ، الكافي ٣٣٩ - ٣٤٠ .
 (٣) في ق : لا يحصل .
 (٤) متأخراً : سقطت من ق .
 (٥) في م : قداج .
 (٦) انظر المدونة ١١٩/٣ - ١٢٠ ، التفريع ١٣٨/٢ ، الكافي ٣٣٨ .
 (٧) في م : العين .
 (٨) في ق : فإن .
 (٩) كلها : سقطت من ق .

أو نساء وهو الفوت وما في معناه والأثمان فقط ، ومنه ما يحرم نساء ولا يحرم نقداً^(١) وعلة ذلك عندنا الجنس بمجردة فلا يجوز في شيء من الأشياء اثنان بواحد من نوعه إلى أجل على وجه والجنسية المعتبرة في ذلك^(٢) : اتفاق الأغراض والمنافع واختلافهما^(٣) ، فمتى اتفقت لم يجوز بيع اثنين بواحد من النوع الذي اتفقت فيه إلى أجل على وجه وما اختلفت جاز وإن كان جنس الخلقة والنسبة يجمعهما كالغنم التي جنسها واحد وبعضها يراد للحم وبعضها يراد للبن فإن كان الغرض فيهما واحداً لم يجوز التفاضل مع النساء وكذلك العبيد يجوز العبد الرومي الذي يراد للحرث والزراعة بالعبد من جنسه يراد أن لغيره ما يراد له من المنافع ومثله البازل^(٤) من الإبل الذي يراد^(٥) للحمولة والراحلة باثنتين من القلاص المرادة للحم ، وكذلك سائر الحيوان والعروض .

وقال أبو حنيفة : الجنس بمجردة علة منع بيع بعضه ببعض نساء^(٦) .

وقال الشافعي : كل ما لا ربا في نقده جائز بيع بعضه ببعض نساء جنسا كان أو جنسين^(٧) .

فالاختلاف مع أبي حنيفة في جواز بيع الواحد من جنسه ونوعه إلى أجل فدليلنا على جوازه قوله عز وجل ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٨) ، وحديث عبد الله بن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ البعير بالبعيرين إلى أجل الصدقة^(٩) ، وروى ذلك عن علي^(١٠) ، وابن عمر^(١١) ولا مخالف لهما ،

(١) انظر المدونة ١٧١/٣ - ١٨١ ، التفريع ١٢٥/٢ - ١٢٩ الرسالة ٢١١ - ٢١٥ ، الكافي ٣١٠ - ٣١١ .

(٢) في ذلك : سقطت من ق (٣) واختلافهما : سقطت من م .

(٤) البازل : هو البعير فطر شابه بدخوله في السنة التاسعة ويستوى فيه الذكر والأنثى (المصباح المنير ٤٨) .

(٥) يراد : سقطت من م .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ٧٥ - ٧٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٣٧/٢ - ٣٨ .

(٧) انظر الأم ١٤/٣ ، ١٧ ، مختصر المزني ٧٦ - ٧٧ ، الاقناع ٩٤ - ٩٥ .

(٨) سورة البقرة الآية ٢٧٥ . (٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٢٣٥

(١٠) أخرجه مالك في الموطأ ٦٥٢/٢ .

(١١) أخرجه مالك في الموطأ ٦٥٢/٢ .

ولأن كل عينين لا يحرم التفاضل في نقد (١) أحدهما وهما على ضرب (٢) من اختلاف الصفات تختلف معها منافعها وتتباين (٣) الأغراض فيهما فإن أسلم أحدهما في الأخرى جاز أصله الحسنان لأن الثور الذي يصلح للحرث والدراس يراد لقوته وعمله وذلك غير الغرض الذي يراد له الثور المحتوف الذي لا يراد إلا للسمانة واللحم وذلك بين فيما قلناه .

فصل [٢٤ - منع الذرائع المؤدية إلى الربا]

ودليلنا على الشافعي قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٤) والربا الزيادة، ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٥)، وهذه المسألة (٦) من الذرائع وهي ممنوعة عندنا ومعناها أن يمنع الشيء الجائز إذا قويت التهمة في التطرق به والتدفع إلى الأمر المحظور، وقد وافقونا في ذلك على مسائل منها قرض الجواني وغيرها، ووجه الذريعة في هذا الموضع (٧) أنه يكون قرضا يجر نفعا كأن أحد الرجلين يقول للآخر: أقرضني فرسا أو ثوبا من صفته كذا وأرد عليك ثوبين مثله إلى شهر فيقول إن هذا قرضا يجر نفعا وذلك ممنوع ولكن أبيعك ثوبا (٨) بثوبين فيحصل من ذلك استعمال القرض في الباطن بلفظ البيع فمتى أجزأه حصل منه ذريعة إلى الممنوع لقوة التهمة فيه .

-
- | | |
|---|-----------------------------|
| (١) نقد : سقطت من م . | (٢) في م : ضرب . |
| (٣) في م : سائر . | (٤) سورة البقرة الآية ٢٧٥ . |
| (٥) أخرجه أبو داود في البيوع باب في الحيوان بالحيوان نسيئة ٢/٦٥٢ ، والنسائي في البيوع باب الحيوان بالحيوان نسيئة ٢/٢٩٢ ، وابن ماجه في التجارات باب الحيوان سيئة ٢/٧٦٣ ، والترمذي في البيوع باب كراهية بيع الحيوان بالحيوان سيئة وقال حسن صحيح ٣/٥٣٨ . | |
| (٦) في ق : المسلمة . | (٧) في ق : الممنوع . |
| (٨) في ق : ثوبان . | |

باب [في القرض]

القرض (١) جائز (٢) لأنه فيه خير وبرولأنه صلى الله عليه وسلم اقترض (٣) وندب إلى القرض وقال : (كل معروف صدقة) (٤) .

فصل [١ - فيما يجوز قرضه]

ويجوز إقراض الذهب والورق والعروض والحيوان كله سوى الإماء ، وإنما قلنا ذلك لأن القرض لا يؤدي إلى محذور في هذه الأشياء فجاز فعله وأجزأه في سائر الحيوان خلافاً لأبي حنيفة (٥) لأنه (٦) صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً فقضى رباعياً (٧) ، ومنعناه في الإماء خلافاً لداود (٨) وغيره لأنه ذريعة استباحة فرج بغير نكاح ولا ملك فكان في معنى العارية لأن المقرض يطمأ الأمة ثم يردها فيلزم المالك قبولها ويصير مباحاً لو طئها ، ولأنها منفعة لا تستباح بالعارية فلم تستبح بالقرض كسوط الزوجات .

فصل [٢ - فيمن اقترض أمة]

وإذا ثبت ذلك فإن اقترض أمة ردها ما لم يطمأها اعتباراً بسائر ما يقترض لأن قبول رده حق للمستقرض فيلزم المقرض قبوله فإن وطئها ما لم يجز له ردها لأنه متى ردها حصل منه إباحة فرج بغير نكاح ولا ملك ولزمته قيمتها لربها لأنه وطئ بشبهة أيقظت عنه الحد فوجب تقويمها عليه لتتكامل الشبهة في رده الحد عنه (٩) اعتباراً بسوط أمة بينه وبين غيره .

(١) القرض : لفظة السلف واصطلاحاً : دفع متمول في عوض غير مخالف لـه لا عاجلاً (انظر غرر المقالة ٢١٢ ، حدود ابن عرفة ٢٩٧) .

(٢) انظر المدونة ١٣٠/٣ ، التفريع ١٣٨/٢ - ١٤٠ ، الرسالة ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ٣٥٨ - ٣٥٩ .

(٣) فعن أبي رافع أنه صلى الله عليه وسلم استلف من رجل بكراً . أخرجه مسلم في المساقاة باب من استلف شيئاً فقضى خيراً منه ١٢٤٤/٣ .

(٤) أخرجه الحاكم ٥٠/٢ وقال حديث صحيح الإسناد .

(٥) انظر مختصر الطحاوي ٨٤ . (٦) في ق : لقوله .

(٧) سبق ذكر الحديث وتخرجه قريباً .

(٨) انظر : المحلى ٤٦٢/٨ و ٤٧١ . (٩) في ق : عنها .

فصل [٣ - القرض يجزئ نفعاً]

القرض الجار للنفع حرام (١) لانه صلى الله عليه وسلم عنه (٢)،

فإن تطوع المقرض من غير شرط ولا عادة بزيادة في / صفة أو عدد جاز [٨٤/ب]
لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكراً فقصى رباعياً وقال : (خياركم
أحسنكم قضاء) (٣) ، وروي أن ابن عمر اقترض من رجل دراهم فرد عليه
خيراً منها فامتنع من أخذها وقال هذه خير من دراهمي قال ابن عمر : فإن
نفس طيبة بها (٤) .

فصل [٤ - السفاتج بالدنانير والدراهم]

وأما السفاتج (٥) فمنعها مالك وأجازها غيره (٦) فينظر: فإن كان
ذلك لنفع الآخذ فلا بأس مثل أن يقرض رجل رجلاً ديناراً ببغداد والمقرض
بلده البصرة فيقول المٌعطي أنا أقرضك هذه الدراهم ها هنا ببغداد
وتدفعها إلى وكيلتي بالبصرة أو آجئ أنا البصرة فأخذها منك حتى لا تحتاج
إلى تكلف السفر بها فهذا جائز لأنه جميل ولا نفع للمعطي فإن كان النفع
فيه للمعطي مثل أن تكون عليه دراهم بالبصرة ويريد أن ينقذها إلى
هناك دراهم فيخاف غرر الطريق فيقرضها لمن يدفعها (٧) إلى غريمه
بالبصرة فيريح هو نفقة الطريق والغرر فلا يجوز لأنه قرض يجزئ نفعاً ومن
أجازها علله بأنه ليس لها حمل ولا مؤنة .

فصل [٥ - في موضع قضاء القرض]

إذا لم يشترط بالقضاء موضعاً لزم المقرض القضاء في الموضع الذي
أقرض فيه لأن غيره من المواضع تكليف للمقرض ومؤنة وخزان وإلتزام

- (١) انظر المدونة ١٣٠/٣ ، التفريع ١٣٨/٢ ، الرسالة ٢١٣ ، الكافي ٣٥٨-٣٥٩ .
- (٢) أخرجه الحارث بن أبي أسامة وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك
وأخرجه البيهقي مرفوعاً (انظر تلخيص الحبير ٣٤/٣ ، ونصب الراية ٦٠/٤) .
- (٣) سبق تخريج الحديث قريباً .
- (٤) في قصة غريبة له انظر عبدالرازق ١٤٧/٨ .
- (٥) السفاتج : جمع السفطة : بفتح السين وضمها وهي : كتاب صاحب المال
لوكيله أن يدفع مالا قرضاً يأمن به من خطر الطريق (المصباح المنير ٢٧٨) .
- (٦) انظر المدونة ١٣٠/٣ ، التفريع ١٣٦/٢ ، الكافي ٣٥٩ .
- (٧) في ق : من يدفعها .

وغير وكذلك للمقترض^(١) إن كان القرض نفعاً المقترض ذلك غير جائز فإن لقيه في موضع آخر فأخذه به لم يلزمه ذلك ولكن يخرج معه إلى الموضع الذي اقترض منه فيه أو يوكل من يقضيه في ذلك الموضع فإن اتفاقاً على القضاء في بلد آخر فإن كان يعد محل الأجل جاز لأن ذلك رفق من الباذل والقابل وإن كان قبله لم يجز لأنه في مقابلة التعجيل^(٢) .

فصل [٦ - في مطالبته بالقرض قبل الأجل

وإذا أقرضه إلى أجل لم يكن له مطالبته قبل^(٣) الأجل^(٤) خلافاً للشافعي^(٥) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (كل معروف صدقة)^(٦) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (الراجع في هبته كالراجع في قيئه)^(٧) ، ولأن الأجل قد صار حقاً للمقترض فأشبهه الأجل في السلم .

-
- (١) في م: المقترض .
 - (٢) انظر المدونة ١٣٠/٣ ، التفريع ١٣٩/٢ ، الرسالة ٢١٣ ، الكافي ٣٥٩ .
 - (٣) في م : قبله .
 - (٤) انظر التفريع ١٣٦/٢ - ١٤٠ ، الرسالة ٢١٣ - ٢١٤ ، الكافي ٣٥٨ .
 - (٥) انظر مختصر المزني ٩٠ - ٩١ ، المذهب ٣٠٣/١ .
 - (٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٥١)
 - (٧) أخرجه البخاري في الهبة باب هبة الرجل لامراته والمرأة لزوجها ١٣٤/٣ ، ومسلم في الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة ١٢٤١/٣ .

باب [فى بيع السلم قبل قبضه]

وإذا أسلم في عرض ثمننا معلوما ثم أراد بيعه من المسلم إليه قبل قبضه فإن باعه بمثل ثمنه أو أقل منه جاز وإن كان بأكثر للسلم يجز (١) .

وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة في أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل منه (٢) لأنه يزن درهما ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه. وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان وإذا باعه بالزيادة أتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذى سمي به لفوا لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا (٣)

فصل [١ - جواز بيع السلعة من غير بائعها بمثل أو أقل
أو أكثر]

ويجوز أن يبيعه من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر يبدأ بيد لأن غير البائع لا تهمة بينه وبينه ولا يجوز أن يؤخر الثمن عليه لئلا يكون ديناً بدين .

فصل [٢ - فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد شرائها
من الذى باعها إياه]

إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم أراد أن يشتريها من الذى باعها إياه فلا يخلو أن يشتريها نقداً أو إلى أجلها أو إلى أجل (٤) أبعد من أجلها، ثم لا يخلو أن يشتريها بمثل ثمنها أو بأقل أو بأكثر فهذه سبعة أقسام: يمنع منها قسمان فقط ويجوز باقياها والذى يحفظ منه أن يقول أمره إلى أن يزن درهما ويأخذ بعد مدة أكثر منه فهذا القدر وهو الممنوع وهو أن يبيعه بمائة إلى شهر فيبتاعها نقداً أو إلى السنة دون الشهر بثمانين (٥) أو إلى شهرين بمائة وعشرين ففي هذين الموضعين يمنع

(١) انظر المدونة ١٣٥/٣ - ١٣٦ ، التفريع ١٣٦/٢ ، الرسالة ٢١٢ ، ٣٤٠ .

(٢) فى ق : عون . (٣) فى م : الزيادة .

(٤) أجل : سقطت من م .

(٥) فى ق : بمائتين .

لأنه إذا ابتاعها نقداً بثمانين حصل منه أنه وزن ثمانين وأخذ بعــــدة
مدة مائة وتسمية الثمن والبيع لغوا ، وكذلك إذا ابتاعها إلى شهرين
بمائة وعشرين حصل منه أنه يأخذ من المشتري بمائة ويعطيه بعد مدة مائة
وعشرين وذلك ذريعة إلى الربا فيجب منعه ^(١)، خلافاً للشافعي في قوله أنه
جائز ^(٢) ، وذلك لو جاز لأبيع التذرع إلى الربا والعينة ، وهي أن يقول
الرجل للرجل ابتع لي هذه السلعة بعشرة دينار وأنا أربحك دينساراً
فيفعل ذلك فيحصل منه قرض عشرة بأحد عشر من غير حاجة البائع إلى السلعة
وإنما تذرع بها إلى قرض الذهب بأكثر منها، وإذا وجدنا فعلاً من الأفعال
يقع على وجه واحد لا يختلف إلا بالنية من فاعله وظاهره واحد ولم يكن
لنا طريق إلى تمييز مقاصد الناس ولا إلى تفصيل أغراضهم وجب حسم الباب
وقطع التطرق إليه، فهذا وجه بنائها على الذريعة ، ولأن الصحابة
سلكوا هذه الطريقة في منع البيع في هذه المسألة: لأن ابن عباس سئل عن
رجل باع سلعة بمائة ثم اشتراها بخمسين فقال الدراهم بالدراهم متفاضلة
والسلعة دخلت بينهما ^(٣) ، وهذا نص قولنا ونكتة المسألة حديث زيد بن
أرقم ^(٤) أن أم ولده باعتها جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء شمس
اشترتها بعد ذلك بست مائة فقالت لها عائشة رضي الله عنها بئس ما اشتريت ^(٥)
وبئس ما اشتريت ابلفي زيد ابن أرقم أنه أبطل جهاده مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب فقالت فما اصنع؟ قالت عائشة
رضي الله عنها: قال الله تعالى : ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله
ما سلف ﴾ ^(٦) واشتهرت هذه القصة والانكار من الصحابة ^(٧) ولم يختلف
عليها ^(٨) أحد فيه ، وإذا ثبت منع ذلك فقد ذكرنا أن هذه ^(٩)

(١) انظر المدونة ١٣٥/٣ - ١٩٣ ، التفريع ١٦٣/٢ ، الرسالة ٢١٧ ، الكافي ٣٢٢٤ .

(٢) انظر الأم ٧٨/٣ - ٨٠ ، مختصر المزني ٨٥ .

(٣) المحلي ١٠٦/٩ ، عبد الرزاق ١٨٧/٨ .

(٤) زيد بن أرقم : بن زيد بن قيس الأنصاري الخزرجي صحابي مشهور أول

مشاهده الخندق وأنزل الله تصديقاً في سورة المنافقين مات سنة

ثمان وستين (تقريب التهذيب ٢٢٢) .

(٥) في ق : ما شريت . (٦) سورة البقرة. الآية ٢٧٥ .

(٧) أخرجه البيهقي ٢٣٠/٥ ، وعبد الرزاق ١٨٤/٨ .

(٨) في م : ولم يخالف عليها أحد .

(٩) في م : سائر .

الأقسام سوى هذين القسمين لا تنع فيها، أما شراؤه بإياها بمثل الثمن ولا تهمة فيه سواء كان نقداً أو إلى أجل أو إلى ما بعده لأنه وزن درهماً وأخذ مثله أو أخذ درهماً ورد مثله، وكذلك شراؤها إلى الأجل بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر لأنه لا تهمة فيه (١) ولأنه لم يزن درهماً ويلتئ بعد مرة أكثر منه فيتهم والنقد لا تهمة فيه (٢) وإنما التهمة في التأخير أن يكون ينتفع بالقليل الذي لم يأخذه طول المدة ثم يزن بعد المسددة أكثر منه، فأما في الحال فلو تهمة فيه وشراؤها نقداً بأكثر من الثمن أو إلى أجل بعد الأجل بأقل منه لا تهمة فيه لأنه يزن درهماً ويأخذ بعد مدة أقل من مدة أخذ درهماً ويرد بعد مدة أقل منه والـ

أعلم (٢) .

[١/٨٥]

/ فصل [٣ - في العينة]

والعينة ممنوعة (٣) لأنها ذريعة إلى الربا وقرض دراهم بأكثر منها وصفتها: أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له اشترها لي من مالك بعشرة دنانير نقداً وهي لي باثني عشر إلى شهر كذا فهذا ذريعة إلى الربا على ما ذكرناه .

(١) ما بين قوسين : سقط من ق .

(٢) والله أعلم : سقطت من م .

(٣) انظر المدونة ١٩٣/٣ ، التفريع ١٦٣/٢ ، الرسالة ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي

باب [في بيع الثمار]

بيع الثمار يقع على وجهين: أحدهما قبل بدء الصلاح فيها، والآخر بعده، فأما قبله فلا يخلوا أن يقع على أحد ثلاثة أوجه: إما أن يقع بشرط^(١) القطع أو بشرط التبقية أو مطلقاً، فأما بيعها بشرط القطع فجائز من غير خلاف^(٢) لانتفاء الفرر فيها، ولأنه باع شيئاً قبل قبض المشتري عقيب العقد من غير مراعاة لأمر يخافه مع التبقية .

فصل [١ - في بيع الثمار بشرط التبقية]

وأما بيعها بشرط التبقية فباطل من غير خلاف^(٣)، والأصل فيه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري^(٤)، وروى أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمار حتى تزهر قيل وما تزهر : حتى تحمر أو تصفر^(٥)) ، وقال (أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه)^(٦) ، ولأن الفرر يكثر فيها والانتفاع يقلل بها، والآفات والعاهات لا تؤمن عليها في تبقيتها وهذه فائدة قوله صلى الله عليه وسلم : (أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه)^(٨) فإذا تتابع طيبها أمنت^(٩) الآفات عليها في الغالب وتقل الفرر فيها فجائز بيعها .

(١) في م : على شرط .

(٢) و(٣) انظر : بداية المجتهد ٢٥٣/٧ ، المغنى ٩٢/٤ - ٩٤ ، فتح الباري

٢٦٧/٤ - ٣١٣ ، نيل الأوطار ١٧٤/٥ .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها ٤٣/٣ ،

ومسلم في البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدء صلاحها ١١٦٥/٣ .

(٥) أخرجه البخاري في البيوع باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها

٣٤/٣ ، ومسلم في البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها

١١٦٥/٣ .

(٦) هو جزء من الحديث السابق . (٧) في م : فبماذا .

(٨) سبق تخريج الحديث قريباً . (٩) في ق : أومنت .

فصل [٢ - في بيع الثمرة مطلقا]

وأما ما بيعها مطلقا فغير جائز (١) خلافا لأبي حنيفة (٢)، انتهى على
الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها (٣) فعم ، وروى أنه على
الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يَسْوَدَّ والحب حتى يَشْتَدَّ (٤)، والنهي
يدل على فساد المنهى عنه، وتعليق الحكم بقاية يفيد مخالفة ما قبل
الغاية لما بعدها، ولأنه عقد على ثمرة مقدرة قبل بدو الصلاح (٥) من غير
شرط القطع فلم يصح أصله إذا كان يشترط التبقية .

فصل [٣ - بيع الثمرة بعد بدو صلاحها]

فأما بيعها بعد بدو الصلاح فإنه أيضا لا بد وأن يقع على أحد الثلاثة
الأوجه: فإن بيعت بشرط القطع فجائز من غير خلاف لأنه إذا جاز ذلك قبل
بدو الصلاح فبعده أولى ؛ وإن بيعت بشرط التبقية جاز (٦) أيضا خلافا لأبي
حنيفة (٧)، لقوله عز وجل ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٨)، ونهيه على
الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل (٩) أن يبدو صلاحها فأطلق، ولأن الإطلاق
جائز باتفاق وهو مقتضى للتبقية فاشتراطها تأكيد لمقتضى الإطلاق .

فصل [٤ - في بيع الثمرة بعد بدو صلاحها على الإطلاق]

فإن بيعت على الإطلاق فجاز أيضا من غير خلاف، والإطلاق يقتضى التبقية
ولذلك منعناه قبل بدو صلاحها خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه يقتضي القطع،
لقوله صلى الله عليه وسلم : (أرأيت إذا منع الله الثمرة فهم يأخذ
أحدكم مال أخيه) (١٠). ومنع الثمرة ذهابها بجائحة أو آفة من السماء
وذلك إنما يخاف (١١) على ثمرة تبقى ويستدام تبقيتها ويؤمن فيما يشترط

(١) انظر الموطأ ٢/٦١٨ - ٦١٩ ، التفريع ٢/١٤١ - ١٤٣ ، الرسالة ٢١٤ ،

الكافي ٣٣٢ - ٣٣٣ .

(٢) انظر مختصر الطحاوى ٧٨-٧٩ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني

١٠/٢ - ١١ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٤) أخرجه مسلم في البيوع - باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ٣/١١٦٦ .

(٥) في م : صلاحها . (٦) في م : فجائز .

(٧) انظر مختصر الطحاوى ٧٨-٧٩ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني ١٠/٢ - ١١ .

(٨) سورة البقرة الآية ٢٧٥ . (٩) في م : حتى .

(١٠) سبق تخريج الحديث قريبا . (١١) في ق : يخلف .

فيه القطع، ولأن الاطلاق في العقود (١) محمول على العرف فيكون كالمشترط
بدليل وجود ذلك في النقد والسير والحمولة وغيرها وفي نقل ما ينقل من
المبيعات والعرف في الثمار إذا بيعت تبقىيتها إلى وقت الجداد. والادراك
فوجب حمل الاطلاق على ذلك .

فصل [٥ - في وصف بدء الصلاح في الثمار]

بدو الصلاح في الثمار يختلف بحسب اختلاف الفراس ففي النخل بأن
يحمّر أو يصفر البسر وفي العنب أن يسود إن كان مما يسود أو تدور الحلاوة
فيه إن كان أبيض، والتين والبطيخ وغيرها إدراكه وبلوغ أكله، والبقول
تمام نباتها وأن يُنتفع بها إذا قطعت في العادة، وقد وردت السنة بأن
بدو الصلاح في الثمار الزهو وهو في النخل أن يصفر أو يحمر (٢) وفي
العنب حتى يسود (٣) وروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة
حتى تطعم (٤) .

فصل [٦ - إذا بدى الصلاح في نخلة من بستان]

إذا بدا الصلاح في نخلة من بستان جاز بيع جميع نخل ذلك البستان
وكذلك إذا بدا في نوع من الثمار كان ذلك كبذوه في جميع ذلك النوع، وهذا
إذا كان طيبا متابعا ولم يكن ميكرا والمراعى (٥) فيه بلوغ الزمان
الذى تؤمن فيه العاهة على الثمرة غالبا لأن لو لم يُجَوَّز ذلك إلا بأن
يعم الصلاح الحائط لحق فيه ضررا عظيما (٦) ومشقة شديدة ولا يكاد يلحق

-
- (١) في ق : في المعهود . (٢) أو يحمر : سقطت من م .
(٣) كما جاء في الحديث الذى سبق تخريج في الصفحة (٧٥٨) أنه صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحبوب
حتى يشتد .
(٤) أخرجه أبو داود في البيوع باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها
٦٦٧/٣ بلفظ " حتى تشقح " وأحمد ٣٦٠/٣، والبيهقى ٣٠٩/٥، وهو في
الصحيحين بلفظ " حتى تطيب " في البخارى في البيوع باب بيع الثمر
على رؤوس النخل ٩٩/٣، وفي مسلم في البيوع باب النهي عن بيع
الثمر قبل بدو صلاحها ١١٦٧/٣ .
(٥) في م : المراعاة . (٦) في ق و م : ضرورة عظيمة .

الآخر إلا بفساد الأول، فأما الطيب المبكر فلا اعتبار به (١) لأنه لا يحصل معه الأمن من الآفة لسبقه الزمان الذى يؤمن ذلك فيه، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال : (حتى يبدو صلاحها) (٢) أرى الصلاح المأمون المعتاد .

فصل [٧ - جواز بيع ما يجاوز المراح بطيبه وصلاحه]

يجوز أن يباع ما يجاوز المراح بطيبه وصلاحه (٣) خلافا للشافعي (٤) ، لأنه إذا جاز بيع ما فى المراح بطيب بعضه جاز بيع ما حوله بطيبه لأنه لا فضل فى ذلك إلا قيام الجدران بدليل أنها لو قلعت لارتفع المنع وذلك لا يؤثر، ولأن الزمان الذى تؤمن فيه الآفة غالبا حاصل .

فصل [٨ - فى عدم جواز بيع صنف من الثمار بطيب غيره]

لا يجوز بيع صنف من الثمار بطيب غيره كالرطب والعنب (٥) لأنها متفاوتة فى الإدراك والتلاحق تفاوتاً (٦) شديدا فلم يكن طيب بعضها دالا على تلاحق (٧) غيره وتخلصه (٨) من الآفة .

فصل [٩ - فى بيع المقاشي والمباطخ]

يجوز بيع المقاشي والمباطخ (٩) إذا بدأ صلاح أولها وإن لم يظهر ما بعده وكذلك الأصول المفقية فى الأرض كالجزر والفجل والبصل وما أشبه ذلك (١٠) خلافا لأبي حنيفة والشافعي (١١) ، لقوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (١٢) ، ولأن الضرر إذا دعت الحاجة إليه وكان قليلا جاز البيع

(١) انظر فى هذا : الموطأ ٦١٩/٢ ، التفريع ١٤٣/٢ ، الرسالة ٢١٤ ، الكافى ٣٣٣ .

(٢) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٥٧) .

(٣) انظر التفريع ١٤٣/٢ ، الرسالة ٢١٤ ، الكافى ٣٣٢ .

(٤) انظر الأم ٤٨/٣ - ٥٠ ، مختصر المزني ٨٠ .

(٥) انظر التفريع ١٤٣/٢ ، الكافى ٣٣٣ .

(٦) فى ق : تهاوتا . (٧) فى م : تخلص .

(٨) وتخلصه : سقطت من م .

(٩) المقاشي: يشمل البطيخ والخيار والقشء والقرع والبادنجان ونحوه والمباطخ وهو ما لا يمكن أكله إلا بالطبخ .

(١٠) انظر التفريع ١٤٣/٢ ، الكافى ٣٣٣ .

(١١) انظر مختصر الطحاوى ٧٨ ، مختصر المزني ٨٠ .

(١٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

معه ولو لم يجز في مسألتنا البيع لجملة المقشات والمبطخه حتى يظهر^(١) إلى أحد أمرين: إما أن تفرد^(٢) الموجود بالبيع^(٣) وهو إنما يؤخذ أولا فأول وذلك يؤدي إلى اختلاط ما ظهر بما لم يظهر لأن خروجه متتابع فليس يؤخذ^(٤) الأول إلا وقد خرج بدله ويشق التمييز بين الثمريين أو أن لا يباع / إلا بعد ظهور جميعه وفي ذلك إضاعته وإفساده فدعت الحاجة إليه مع قلة الفرر فيه ولأن قد اتفقنا على جواز بيع ما لم يبد صلاحه^(٥) من الثمار تبعا لما قد بدا صلاحه وكذلك يجوز بيع ما لم يخلق تابعا لما قد خلق .

فصل [١٠ - في بيع الورد والياسمين والموز والقيسلرظ

والقصب والكتان]

والورد والياسمين جائز بيعه إذا كان قطافه والانتفاع به ويكون ما بعد ذلك للمشتري إلى آخر ما نأته كما ذكرنا في المقاش والمباطخ، وأما الموز فلا بد فيه من ضرب أجل لأنه يبقى سنين عدة فيحتاج إلى ضرب أجل ليعلم مقدار المبيع منه وكذلك القرظ^(٦) والقصب لا يجوز بيعه حتى يفنى لأن مدة بقائه مجهولة ويجوز بيعه عدة جزات، ولا يجوز أن يشتري الكتان ويستثنى حبه ولا القرظ ويستثنى برسيمه إذا كان ذلك قبل جفاف الحسب واستغنائه عن الماء لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية ويجوز ذلك إذا كان قد استغنى عن الماء ويبس^(٧) ولأنه موجود مشاهدة^(٨) .

فصل [١١ - في بيع الحنطة في سنبلها]

بيع الحنطة في سنبلها مفردة^(٩) عن السنبل غير جائز بالاجماع، وأما

- (١) أي يظهر نباته على الأرض . (٢) في م : يعود .
- (٣) بالبيع : سقطت من ق . (٤) في م : يوجد .
- (٥) في ق : صلاحها .
- (٦) القرظ : هو حب معروف يخرج في غلف كالعدس من شجر العشاء (انظر المضاج المنير ٤٩٩) .
- (٧) في م : يتبين .
- (٨) في جملة هذه الأحكام انظر : التفريع ١٤٤/٢ - ١٤٥ ، الكافي ٣٣٣ .
- (٩) في ق : المنفردة .

بيع السنبيل (١) إذا ييس واستغنى عن الماء فجائز (٢) خلافا للشافعي (٣) لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنبيل حتى يبيض (٤) (وروي (عن بيع الزرع حتى يبيض) (٥) (٦)، ولأنه مأكول دونه حائل من أصل الخلقة هي كالباقلاء في قشرته السفلى .

فصل [١٢ - في بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في

قشره]

يجوز بيع الجوز والجلوز واللوز والباقلاء في قشره الأعلى وبـ (٧) قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز (٨) ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٩) ولأنه مأكول في أكمام من أصل الخلقة فجائز بيعه كالرمان والموز، ولأن الضرورة تؤدي إلى ذلك لأن الناس حاجة إلى بيعه رطباً لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف شمرته وفي نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع .

مسألة [١٣ - بيع الأصول مع شمرها مؤبرة وغير مؤبرة]

وإذا ابتاع أصل نخل وفيها شمر فإن كان قد أبر (١٠) فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، وإن كان لم يؤبر فهو للمبتاع من غير شرط وإن استثناه البائع لم يجز (١١)، وقال الشافعي يجوز (١٢)، وقال أبو حنيفة والشمرة في الحالين للبائع قبل الإبر وبعده ولا يكون للمبتاع إلا بشرط، ودليلنا

- (١) وأما بيع السنبيل : سقطت من ق .
- (٢) انظر التفريع ١٤٤/٢ - ١٤٥ ، الكافي ٣٣٣ .
- (٣) انظر الأم ٤٠/٣ - ٤١ ، مختصر المزني ٨٠ ، الاقناع ٩٢ .
- (٤) أخرجه مسلم في البيوع باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ١١٦٥/٣ - ١١٦٦ .
- (٥) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر .
- (٦) ما بين قوسين سقط من م . (٧) في ق : وتبدأ .
- (٨) انظر مختصر الطحاوي ٧٨ ، مختصر المزني ٨٠ .
- (٩) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
- (١٠) التأبير هو التلقيح ابرت النخل يعني لفحت (غرر المقالة ٢١٧) .
- (١١) انظر التفريع ١٤٦/٢ ، الرسالة ٢١٤ ، الكافي ٣٣٥ .
- (١٢) انظر الأم ٤١/٣ ، مختصر المزني ٨٠ الاقناع ٩٢ .

قوله صلى الله عليه وسلم : (ومن ابتاع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)^(١) فشرط في كونه للبائع أن يؤبر، فدل على أنها قبل التأبير ليست له، ولأنه كامن في أصل الخلقة فوجب أن يتبعه^(٢) في البيع (بمقتضى العقد كالحمل في البطن واللبن في الضرع)^(٣)، وإنما قلنا أن البائع ان استثناهما لم يجوز لأنها قبل الأبار كامنة غير ظاهرة فهي كالجنيين في بطن أمه واستثناء الجنين إذا بيعت الأم غير جائز .

فصل [١٤ - إذا أبر بعض الأرض وبعضها لم يؤبر]

إذا أبر بعضها ولم يؤبر البعض فإن كانا متساويين كان ما أبر للبائع وما أبر للمشتري وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيهما^(٤) : روايتان :

إحدهما أن الأقل تبع للأكثر، والآخر أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري .
فوجه الأولى أن الأصول موضوعة على الغالب، على أن القليل تسابع للكثير فوجب حمل هذا الموضع عليها^(٥)، ووجه الثانية عموم الخبر واعتبارا بالعرايين .

وإنما قلنا أنهما إذا كانا متساويين لم يتبع أحدهما^(٦) الآخر لأنه ليس لأحدهما مزية على الآخر بكثرة فيتبعه .

فصل [١٥ - علامة التأبير في الأشجار غير النخل]

ما عدا النخل من سائر الأشجار فعلمة التأبير فيها أن توردها الشجر ثم ينعدد الورد ثمرا فيثبت البعض ويسقط البعض مما لم ينعدد فيها^(٧) فيكون ذلك كالأبار في النخل .

-
- (١) أخرجه البخاري في البيوع باب قبض من باع نخلا قد أبرت ٣/٢٥، ومسلم في البيوع باب من باع نخلا عليها تمر ٣/١١٧٣ .
(٢) في م : يبيعه . (٣) ما بين قوسين سقط من م .
(٤) انظر التفريع ٢/١٤٦، الرسالة ٢١٧، الكافي ٣٣٥ .
(٥) في ق : على هذا . (٦) في ق : أحدهما .
(٧) وفيها : سقط من م .

فصل [١٦ - إذا اشترى أرضا وفيها زرع صغير ولم يبدا

صلاحه]

إذا اشترى أرضا وفيها زرع صغير لم يظهر ولم يبدا صلاحه ولم يذكره في عقده ففيها روايتان : إحداهما أنه للبائع ، والآخرى أنه للمبتاع ، فإذا قيل للمبتاع ^(١) فاعتبارا بالثمرة ، وإذا قيل إنه للبائع فلأنه عين وضعت في الأرض على غير التأييد بل على النقل والاسترجاع كالمال المدفون في الأرض .

مسألة [١٧ - بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافا]

يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر جزافا ^(٢) لأنها مشاهدة وتروى وتحرز ولا يجوز بيعها ^(٣) بالخرص لأنه غرر لا حاجة تدعو إليه واعتبارا ببيع الصبرة ، ويجوز بيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها وربعها للضرورة إلى بيعها في رؤوس النخل على ما هي عليه ، ولأن المبيع معلوم والمستثنى المبقى على الملك معلوم ، ويجوز أن يستثنى منها جزءا معلوما كما يجوز أن يبتدأ في بيع ذلك الجزء المبقى باسمه من غير استثناء إذا لعوض معلوم ، ولو ^(٤) قال بعتك هذه الثمرة إلا ربعها فهو كقولك ^(٥) بعتك ثلاث أرباع الثمرة ^(٦) فيصح ^(٧) ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير إلا قبح اللفظ وذلك غير مؤثر وأما استثناء الكيل فيجوز عندنا مما بينه وبين الثلث فقط خلافا لأبي حنيفة والشافعي ^(٨) في منعهما ذلك في الكيل ^(٩) في القليل والكثير ، فإن ذلك عمل متصل بالمدينة ^(١٠) مستفيض بين الصحابة

(١) فإذا قيل للمبتاع : سقطت من م . (٢) في ق : المرهون .

(٣) انظر التفريع ١٤٧/٢ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافي ٣٢٦ .

(٤) في م : ولا يجوز بيع الثمار على رؤوس النخل والشجر .

(٥) في م : وإذا . (٦) في م : كقوله .

(٧) في م : أرباعها . (٨) في ق : فلا يصح .

(٩) انظر مختصر الطحاوي ٧٨ ، مختصر المزني ٦٠ .

(١٠) في الكيل : سقطت من م .

(١١) حكى عمل أهل المدينة القاضي عبد الوهاب أيضا في كتابه

الأشرف ٢٦٥/١ .

والتابعين أنهم كانوا يفعلونه إذا باعوا حواشيهم، ولأنه استثناء قدر معلوم فصح البيع معه أصله استثناء الجزء ولا تدخل عليه الزيادة على الثلث لأن التعليل لإلحاق أحد النوعين بالآخر .

فصل [١٨ - في تعليل الفصل بين ما زاد على ثلث الكيل وبين ما

قصر عنه]

وإنما فصلنا بين ما زاد على الثلث ، وبين ما قصر منه لأن ما قصر عنه في حيز القليل فلا يبطل غرض المشتري ، ولأنه لا يؤدي إلى الجهل بالمبيع ومقداره .

فصل [١٩ - إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه]

إذا باع ثمرة حائط واستثنى نخلات منه فذلك على وجهين: أحدهما أن يعين ما استثناه، والآخر أن لا يعينه: فإن عيّن ما استثنى فذلك جائز لا يختلف المذهب فيه لأن البيع يتناول ما عدى تلك الأعيان المستثناه، وإن لم يعين وكان ذلك معلقا على الاختيار / فلا يخلو أن يشترط الخيار [١/٨٦] للبائع أو للمشتري فإن كان للبائع جاز أن كان ^(١) بقدر ثلث الثمرة مما يجوز له أن يستثنيه كيلا، وإن كان للمشتري فلا يجوز لأن غرض المشتري لا يحصل له ويصير المبيع مجهولا ^(٢) .

فصل [٢٠ - في استثناء الجلد والسواقي في الشاة

المبيعة]

اختلفت الروايات عن مالك في استثناء الجلد والسواقي في الشاة المبيعة ^(٣): فروي عنه منعه على الإطلاق، وروي عنه إجازته في السفر دون الحضر، وقال المحققون من أصحابنا أن هذا كله اختلاف أحوال وليس باختلاف قول، والمذهب أن الأسقاط إذا كانت لها قيمة وبال يأخذ قسطا كبيرا من الثمن فإن استثناه فهو غير جائز ^(٤) في سفر ولا حضر لأن استثناء الكثير تعرض الصفقة للفرر واستثناء اليسير لا يوجب ذلك، وإذا كانت يسيرة القيمة

(١) في م : كانت .

(٢) انظر التفريع ١٤٧/٢ ، الرسالة ٢٢٢ ، الكافي ٣٣١ .

(٣) انظر : المدونة ٢٩١/٣ - ٢٩٢ ، الكافي ٣٣١ .

(٤) في ق : جائز .

لا خطب لها فإن استثناءها جائز لقلة الغرر، والمنع والاباحة يتبع هذا المعنى، وإنما نص على الحصر بالمنع، وعلى السفر بالاباحة لجري العادة بكثرة القيمة في الحضر وقلتها ودناءتها (١) في السفر .

فصل [٢١ - دليل جواز الاستثناء]

وإنما قلنا أن استثناءها جائز في الجملة لأنه (٢) صلى الله عليه وسلم لما هاجر ومعه أبو بكر رضى الله عنهما مروا براح فاشترى منه شاة وشرطوا له رأسها وإسقاطها (٣)، وروى ذلك عن زيد بن ثابت (٤) وجماعة من الصحابة (٥) رضى الله عنهم، ويجوز استثناء اليسير من لحمها كالأرطال اليسيرة، ولا يجوز زيادة على ذلك لأنه يؤدى إلى الجهل بالمبيع كالثمرة ولا يستثنى منها فخذاً ولا يداً لأن ذلك يكثر الغرر فيه بخلاف السواقي .

فصل [٢٢ - في شراء ثمر مكيل من حائط بعينه]

يجوز أن يشتري الرجل ثمرًا مكيلًا من حائط بعينه وقد بدا صلاحه بثمن معجل أو مؤجل معلوم (٦) فإن فنى قبل استيفائه ما ابتاعه منه أخذ بقيمة رأس ماله أو غيره مما يتراضيان عليه في الحال ولا يؤخره (٧) .

وإنما قلنا ذلك لأنه بيع عين وليس بسلم لأنه يتعلق بالذمة فجاز في الحائط المعين بالثمن المعجل والمؤجل .

-
- (١) في م : دنى خطبها . (٢) في م : لما روى .
 (٣) في م : سواقتها : وأخرج الحديث أبو داود في مراسيله عن عروة بن الزبير وذكر الحديث في المدونة ورواته ثقات إلا موسى بن شعبة الحضرمي فإنه مقبول والحديث مرسل (انظر تخريج أحاديث المدونة ١١٣٨/٣) .
 (٤) زيد بن ثابت : بن الضحاك بن لوذان الأنصارى البخارى صاحب مشهور كتب الوحي كان من الراسخين في العلم مات سنة خمس أو ثمان وأربعون وقيل بعد الخمسين (تقريب التهذيب ٢٢٢) .
 (٥) وروى عن علي بن أبي طالب وشريح الكندى (انظر عبدالرزاق ٢٧/٨ ، المغنى ١١٦/٤) .
 (٦) معلوم : سقطت من م .
 (٧) انظر التفريع ١٤٨/٢ ، الكافي ٣٣٢ .

وانما قلنا يأخذ بقيمة^(١) رأس ماله لأن العين إذا تعذرت التوفية بها^(٢) بطل العقد فيها ولا يلزم^(٣) أن يدفع إليه بقيته لأن العقد لم يتناول شيئا في الذمة .

وانما قلنا إن لهما أن يتراضيا على شيء يفسخه فيه لأن ذلك ليس ببيع الطعام قبل قبضه لأنه إذا لم يبق له ما يأخذه تبيننا أنه لم يملك ما لم يبق له فانفسخ العقد فيما بقي، وقلنا لا يؤخره لئلا يكون ديننا بدين .

(١) في ق : بقدر .

(٢) في م : فيها .

(٣) في م : يلزمه .

باب [فى العريّة]

(١) العريّة جائزة (٢) وهي: أن يهب الرجل ثمرة نخله أو نخلات أو شجرة له من رجل، ولا يجوز لمن أعريها أن يبيعها حتى يبدو صلاحها فإذا بسدا صلاحها جاز له بيعها من كل أحد بالذهب والفضة والعروض ومن مّعريها خاصة بخرصها ثمرا يدفعه إليه عند الجذاة فى خمسة أوسق فدونها ولا يجوز ذلك فى زيادة عليها فى حق كل واحد مما عري ، بأن كان الجميع يزيّد على خمس (٣) وسق بعد أن لا تزيد عريّة كل واحد على ذلك .

وإنما قلنا إن العريّة هبة ثمر النخل أو الشجر لأن العريّة فى اللغة الهبة : قال أهل اللغة العريّة والمنحة والعطية بمعنى واحد تقول عرو الرجل أعروه إذا أتيتهم تلتئم ثمرة، وقيل أيضا (٤) أنها مأخوذة من تخل الإنسان عن ملكه وعروّه منه كأنه عري منه ، ومنه قوله عز وجل : ﴿ فنبذناه بالعراء ﴾ (٥) بالموضع الخال المنكشف (٦) ، وعند أبي حنيفة أنها الهبة على ما قلناه إلا أنه قال يجوز أن يعطيه بها ثمرا (٧) لأنها لم تجب لعدم القبض فله أن يأخذها منه ويعطيه الثمر (٨) ابتداءً، وعند الشافعي أن العريّة بيع الرطب فى رؤوس النخل بشمس يتعجله (٩) .

(١) العريّة : قال ابن عرفة هي ما منح من ثمر يبيع ، وقال المازرى

هي هبة الثمرة وقال عياض منح ثمر النخل عاما ، وقال الباجي هي النخلة الموهوب ثمرها (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ٢٨٧) .

(٢) انظر المدونة ٢٧٢/٣ - ٢٧٨ ، التفريع ١٤٩/٢ - ١٥١ ، الرسالة ٢٢٢ ، الكافى ٣١٥ - ٣١٦ .

(٣) فى قى : مائة . (٤) أيضا : سقطت من م .

(٥) سورة الصافات الآية ١٤٥ .

(٦) انظر تفسير الطبرى ١٠١/٢٣ .

(٧) انظر مختصر الطحاوى ٧٨ ، مختصر القدرى - مع شرح الميدانى ٢٠٣/٢ .

(٨) فى م : الثمن .

(٩) انظر الأم ٥٣/٣ و ٥٦ ، مختصر المزني ٨١ .

فصل [١ - تعليل أحكام العرية]

وإنما قلنا أنها ليست ببيع لما قدمناه من الأدلة على أن معناها الهبة في اللغة ، وإنما قلنا أنه لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها لنهييه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها (١) ، فعم الثمرة الموهوبة (٢) وغيرها ، وإنما قلنا أنه يبيعها بما شاء من الثمن سوى الطعام بسائر الثمار المملوكة بالشراء أو بأصل الملك أو بميراث أو غير ذلك ، وإنما قلنا أنه يجوز بيعها من معريها خاصة بالثمر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا بأن تباع بخرصها تمرا (٣) ، وإنما جاز ذلك في المعري خاصة لأنه يريد قطع تطرق المعري (٤) عليه في دخوله إلى حائطه فيجوز ذلك للرفق به وهذا لا يوجد في غيره ، وإنما قلنا لا يجوز أن يقال أنها ابتداء بيع الرطب (في رؤوس النخل بالتمر لنهييه صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب) (٥) بالتمر ، ولأن العرية اسم للهبة على ما بيناه دون البيع .

وإنما قلنا يأخذه عند الجذاذ لأن الحديث بذلك ورد ولأن القصود منها الرفق دون المغالبة والمتاجرة ، ولا يجوز تعجله لأن ذلك يبطل فائدة الرخصة فيها واستثناءها من بابها وإنما يكون على وجه كفاية المعسر القيام بسقيها وتعهدا (٦) ومؤنتها فإذا كان وقت الجذاذ أيدفعها (٧) إليه فيكون قد زاد في إحسانه إليه بذلك .

وإنما قصرناها على الخمسة الأوسق فدونها اتباعا للحديث ، ولأنها لما كانت مخصصة ومستثناة من بابها وجب أن يحد بقدر لا يكون ذريعة إلى اختلاطها بالأصل الممنوع لأن هذا حكم كل بعض مستثنى من جملة .
وإنما قلنا أنه لا بأس بالزيادة على ذلك في حق الجماعة المعرين لأن عرية كل واحد قائمة بنفسها لا تتعلق بعرية غيره فجاز في كل واحد ما جاز في الآخر .

-
- (١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٥٧) . (٢) في م : فعم الثمر الموهوب .
(٣) أخرجه البخاري في البيوع باب بيع الربيب بالزبيب ٣٠/٣ ، ومسلم في البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ١١٦٩/٣ .
(٤) في ق : العرايا . (٥) ما بين قوسين ، قط من م .
(٦) تعهدا : سقطت من ق . (٧) في م دفعها .

مسألة [٢ - الجوائح فى الثمار]

(١) إذا ابتاع ثمرًا فأجحت (٢) بآفة من السماء من برد أو ريح أو تلج أو جراد أو عفن أو غير ذلك فأصابت ثلث مكيلتها فصاعداً وضع عنه من ثمنها بقدر المحتاج منها فمصيبتها فيما دون الثلث من المشتري وذلك ما دامت محتاجة إلى تبقيتها فى رؤوس / النخل (٣) والأصل فى وجوب وضع الجوائح خلافاً لأبي حنيفة والشافعي (٤)، ما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح (٥)، وقال صلى الله عليه وسلم (من ابتاع من أخيه ثمرة فأصابها جائحة فلا يأخذ من ثمنها شيئاً فبم يأخذ مال أخيه بغير حق) (٦) وهذا نص؛ ولأن بيع الثمار على رؤوس النخل فى معنى الاجارة لأنها تؤخذ أولاً فأولاً كالمنافع التى تستوفى أولاً فأول فقد ثبتت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المكري كذلك الثمار؛ ولأن التخلية بمجردھا لا يكون قبضاً فى الثمار بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع؛ ولأن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجاذب فعلم أنها غير مقبوضة. وإن وجدت التخلية؛ ولأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها فى النخل فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها كالتلف بالعطش .

فصل [٣ - مراعاة الجائحة فى ثلث الثمرة]

وإنما راعينا ثلث الثمرة دون ما قصر عنه لأن المشتري دخل على أنه لابد من تلف يسير بأكل العافى والمجتاز وسقوط اليسير وأكل الطير (٧) وغير ذلك مما يعلم بضرورة العادة أن المشتري لم يدخل على سلامتها منه

(١) فى ق : باع .

(٢) الجائحة : يعنى الآفة (غرر المقالة ٢٢٢) .

(٣) انظر التفريع ١٥١/٢ - ١٥٢ ، الرسالة ٢٢٢ ، الكافى ٣٣٤ .

(٤) انظر مختصر الطحاوى ٧٨ - ٧٩ ، مختصر المزنى ٨٠ - ٨١ .

(٥) أخرجه مسلم فى المصاغة باب وضع الجوائح ١١٩١/٣ .

(٦) أخرجه مسلم فى المصاغة باب وضع الجوائح ١١٩٠/٣ .

(٧) فى م : الطائر .

ولأنه صلى الله عليه وسلم لما أمر بوضع الجوائح وكانت الجائحة اسما لما آتلف جل الشيء أو ناله خطر وبال منه دون اليسير الذي لا يطلـق على (١) المال التالف منه أنه جائحة فيه صح ما قلناه فإذا ثبت ذلك احتيج في الفصل بين القليل والكثير إلى (٢) أن يفصل به بينهما فكان الثلث أولى لأمرين: أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا بد بواه يصير إليه قائل ، والآخر أنه قد اعتبر في الفصل بين القلة والكثرة في غير موضع من الشرع منها: الوصية والمحاكمة وحمل (٣) العاقلة والحجر على المرأة في مالها لحق زوجها وغير ذلك فكذا (٤) ها هنا .

فصل [٤ - مراعاة تلف الثلث من المكيلة]

وإنما راعينا تلف الثلث من المكيلة - خلافا لأشهب في مراعاة تلف ثلث القيمة لأن كل مصيبة في مبيع وجب بها (٥) الرجوع على البائع فليس الثمن فالاعتبار بقدرها من المبيع أصله تلف المبيع المشاع قبل القبض ، ووجه قول أشهب أن وضع الجائحة لئلا يستبد البائع بالثمن من غير عوض يحصل للمشتري فإذا أصيب ما قيمته أكثر من ثلث الثمن فذلك أخذ مال المشتري بغير عوض .

فصل [٥ - اشتراط حاجتها إلى بقائها على النخل]

وإنما اشترطنا حاجتها إلى بقائها على النخل لأن وضع الجائحة في الحال (٦) التي تبقى للمبتاع فيها حق توفية على البائع وذلك حال حاجتها إلى بقائها على النخل فإذا استغنت سقط حق التوفية فلم تبسق على المبتاع (٧) عهده يجب بها الرجوع .

فصل [٦ - وضع الجوائح في البقول]

وفي البقول ثلاث روايات (٨) : أحدها أنها كالشمر ووجهها اعتبارها بالشمار ، والثانية أن يوضع قليلها وكثيرها ووجهها عموم الخبر وافتراقها عن الشمار للعادة وجريها بذهاب يسير الثمرة وانتفاعها في البقول ، والثالثة أنه لا يوضع لها شيء لأنها تخرج غير محتاجة إلى تبقية في موضعها والأول هو القياس والله أعلم .

(١) في ق : لا يبطل عاد . (٢) في م : الذي .

(٣) في م : والعاقلة وحملها . (٤) في م : فكان .

(٥) في ق : لبها . (٦) في ق : المال .

(٧) في م : البائع .

(٨) انظر التفريع ١٥٣/٢ ، الرسالة ٢٢٢ ، الكافي ٢٢٤ .

باب [فى منع التفاضل في بيع الذهب بالذهب]

- الصرف -

والتفاضل ممنوع فى بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة على أي صفة كانا أو أحدهما (١) من نقار (٢) أو مضروب أو مصوغ (٣) أو مكسور أو جيد أو ردىء فلا يجوز إلا مثلاً بمثل ووزناً بوزن وقد دللنا على ذلك فيما تقدم .

فصل [١ - فى بيع الحلي المكسور جزافاً]

يجوز بيع الحلي المكسور جزافاً ولا يجوز بيع الدنانير والدراهم جزافاً (٤) لأن أصل الجزاف غرر وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٥) إلا أنه فى الحلي تدعوا الضرورة إليه ويخف أمره ويكثر فى المضروب للتشاح فيه، ولأن السكة الخفيفة أثق من الناس عن الثقلة فكان القصد فيه إلى الغرر .

فصل [٢ - فى عدم تأخر القبض عن عقد الصرف]

ولا يجوز فى الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة ولا فى أحد الجنسين بالآخر أن يتأخر القبض عن العقد بحال ولا يقبل فى ذلك حوالة ولا حمالة ولا نظرة لقوله صلى الله عليه وسلم : (إلا ها وها يدا بيد) (٦) وإن طال بينهما المجلس من غير تقابض بطل العقد (٧) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي فى قولهما أن العقد لا يبطل بترك التقابض ما لم يفترقا (٨)

(١) انظر المدونة ١١٥٩٨/٣ ، التفريع ١٥٣/٢ ، الرسالة ٢١٧ ، الكافي

٢٠٧ - ٢٠٨ .

(٢) نقار: جمع نقرة وهى السبيكة أو القطعة المذابة من الذهب أو الفضة

(المصباح المنير ٦٢١) .

(٣) فى ق : مصنوع .

(٤) انظر المدونة ١٠٥/٣ ، التفريع ١٥٦/٢ - ١٥٧ ، الرسالة ٢١٧ .

(٥) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٣٤) .

(٦) سبق تخريج الحديث فى أول كتاب البيوع فى الصفحة (٧١٣) .

(٧) انظر المدونة ٨٩/٣ - ٩٠ ، التفريع ١٥٣/٢ - ٥٥٥ ، الرسالة ٢١٧ ،

الكافي ٣٠٣ - ٣٠٥ .

(٨) انظر مختصر الطحاوى ٧٥ ، مختصر المزنى ٧٧ - ٧٨ .

بقوله (ها وها يدا بيد)^(١) (٢) وهذا لم يوجد، ولأن القبض قد تراخا عن العقد فأشبهه إذا افترقا .

فصل [٣ - في اقتضاء الذهب والورق أحدهما من الآخر]

يجوز في الذهب والورق اقتضاء أحدهما من الآخر إذا حلَّ لحديث ابن عمر قال : كنا نبيع الأبل بالبقيع فنأخذ مكان الذهب الفضة ومكان الفضة الذهب فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا بأس إذا كان بسعر يومه)^(٣)، ولأن الحال في حكم الحاضر فجاز ذلك فيه ولا يجوز قبل حلوله لأنه يكون ذهباً متأخراً .

فصل [٤ - في تطارح ما للرجل إذا كان لكل منهما ذهب حالة]

ولو كان لرجل على رجل ذهب حالة وللآخر عليه مثلها جواز ، أن يتطارحها^(٤) صرفاً خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٥) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم)^(٦)، ولأن الحال كالمقبوض فكان كالعين بالعين سواء .

فصل [٥ - إذا وجد في أحد الثمنين في الصرف نقصاناً]

وإذا وجد في أحد الثمنين نقصاناً فإن رضي به جاز لأنه الثمن يكون بقدر ما حصل معه وإن طلب التمام انتقض الصرف لأن القبض يكون متأخراً عن

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧١٣) .

(٢) ما بين قوسين سقط من ق .

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع في اقتضاء الذهب من الورق ٦٥١/٣ ، والنسائي في البيوع باب بيع الفضة بالذهب ٢٤٨/٧ وابن ماجه في التجارات باب اقتضاء الذهب من الورق ٧٦/٢ والترمذي في البيوع باب ما جاء في الصرف ٥٤٤/٣ وأحمد ١٣٦/٢ وصحه الحاكم ٤٤/٢ ، وقال على شرط مسلم .

(٤) انظر المدونة ٩٤/٣ ، التفريع ١٥٤/٢ .

(٥) مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٣٩/٢ و ٤٧ ، الأم ٣٣/٣ - ٣٥ .

(٦) أخرجه مسلم في المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ١٢١١/٣ .

العقد، وكذلك إن وجد زائفا أو رديئا فإن رضي به وإلا بطل الصرف ثم ينظر فإن كان (سَمِيًّا لكل دينار سعرا معلوما انتقض صرف دينار واحد لأن كل دينار معقود عليه بنفسه عقدا يستغنى به عن ضم غيره إليه وإن كان) (١) سَمِيًّا للجمله ثمتنا لم تسقط التسمية على حساب كل دينار انتقض جميع الصرف لأن العقد واحد للجميع (٢) .

فصل ٦ - في تبديل السكة

إذا اقترض دراهم أو دنانير أو فلولاً أو باع بها بيعاً / ثم غيرت سكتها (٢) وصار النقد غيرها فله مثل ما اقترض أو باع وليس له النقد الجديد لأن النقد إذا تقرر (٤) وانبرم لم يبطل بالتعامل بغيره ولأن أكثر ما في ذلك أن يرخض ذلك النقد أو يفلى وذلك غير مؤثر كما لو رخص أو غلا والنقد باق في التعامل به (٥)

فصل ٧ - من اقترض ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم نسبها إلى قيمتها من الذهب

ومن اقترض من صيرفي أو غيره ذهباً ونسبها إلى قيمتها من الدراهم أو دراهم ونسبها إلى قيمتها من الذهب (٦) فليس له عليه إلا ما قبض (لأن ذلك هو الذي يستحق عليه) (٧) دون القيمة، ولأننا لو غالباه بالقيمة لصار صرفاً بنسيئة .

فصل ٨ - جواز التسامح للفرق

بدلاً الدينار الناقص بالوازن أو الدراهم الناقص بالوازن (٨) على وجه الفرق والمعروف جائز يداً بيد لأن كسر السكة غير جائز، والمعروف يجوز فيه ما لا يجوز في غيره ، وهذا إذا لم يعرض ما يمنع منه من اختلاف الفضتين والضرب بهما وأن يخاف كون غرضها التبائع لا المعروف .

- (١) ما بين قوسين : سقط من م .
- (٢) انظر المدونة ١١٠/٣ و ١١٥ ، التفريع ١٥٥/٢ - ١٥٦ ، الكافي ٣٠٤ .
- (٣) السكة : هي ضرب النقود (المعجم الوسيط ٤٤٠/١) .
- (٤) في م : تعذر .
- (٥) انظر المدونة ١٠٢/٣ ، التفريع ١٥٨/٢ ، الكافي ٣٠٩ .
- (٦) في م : بالذهب .
- (٧) ما بين قوسين سقط من م و من ر . (٨) الوازن : سقطت من م .

فصل [٩ - في عدم جواز بيع ذهب وفضة بذهب ولا ببيع تمر وبر ببر]

لا يجوز بيع ذهب وفضة بذهب ولا ببيع تمر وبر ببر وعقد هذا الباب: أن كل جنس فيه الربا إذا بيع بمثله فلا يجوز أن يكون مع أحد الجنسين (١) غيره ولا معهما جميعا وسواء كان الغير مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه (٢) .

وقال أبو حنيفة يجوز بيع صاع تمر وثوب بصاع تمر فيكون أحد الصاعين في مقابلة الصاع والثوب في مقابلة الصاع الآخر وكذلك دينار وشوب (٣) بدينارين (٤) .

وإنما منعنا ذلك لحديث فضالة بن عبيد (٥) قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير فقال صلى الله عليه وسلم (لا حتى تميز بينهما) ، فقال : إنما أردت الحجارة ، فقال : (لا حتى تميز بينهما) (٦) وهذا نص، ولأن مقابلة (٧) جنس آخر لأحدهما أو لهما يمنع المماثلة لأن الذهب المنفردة ليس في مقابلتها ذهب مثلهما وإنما في مقابلتها ذهب وعرض وهذا ضد المماثلة، ولأن الصفقة إذا تناولت أشياء كانت جملة (الثمن في مقابلة جملة جميع (٨) منقطة على المبلغ والقيمة فإذا تبايعا دينارا وثوبا بدينارين حصلت جملة الدينار والثوب في مقابلة الدينارين ولا نأمن أن تكون قيمة الثوب دينارا (٩) أو أكثر من دينار فيؤدي ذلك إلى أن يكون دينار في مقابلة أقل من دينار وذلك ربا لأن الجهل بالتماثل بمعنى تحقق التفاضل ..

-
- (١) في م : في أحد الجنس .
 (٢) انظر المدونة ٩٧/٣ - ٩٩ ، التفريع ١٥٥/٢ - ١٥٧ ، الكافي ٣٠٧ .
 (٣) في م : درهم .
 (٤) انظر مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٤٠/٢ - ٤١ .
 (٥) فضالة بن عبيد : بن نافذ بن قيس الأنصاري الأوسي أول ما شهد شهيد أحدا ، ثم نزل دمشق وولي قضاءها ومات سنة ثمان وخمسين (تقريب التهذيب ٤٤٥) .
 (٦) أخرجه مسلم في المساقاة باب بيع القلادة منها خرز وذهب ١٢١٣/٣ .
 (٧) في ق : مقارنة .
 (٨) ما بين قوسين سقط من م .
 (٩) في م : دينارين .

فصل [١٠ - في صرف الذهب الجيد بالردى]

لا يجوز دينار ذهب جيد ودينارين من ذهب ردى بدينارين دون الجيد وفوق الردى^(١)، وكذلك في التمر لا يجوز صاع معقلي^(٢) وصاع دقلى^(٣) بصاعين من برنى^(٤) خلافا لأبي حنيفة^(٥)، لأن التفاضل في القيمة في المماثلة يمنعها ويصير كالتفاضل في الوزن لأن هذا إنما رضي أن يوزن الدينار المتوسط ويأخذ الدون المكان الجيد الذي معه ولولا ذلك لم يفعل وكذلك إنما رضي بأخذ الدقلى بدلا من البرنى^(٦) لأجل ما معه من المعقلي، والآخر إنما رضي بأخذ البرنى بدل المعقلي لأنه يأخذ صاحبه معه دقلا وكل ذلك تخاطر^(٧) وقصد للمغابنة، ولأن الثمن ينقسط على الجملة فتمتنع المماثلة، وأما إن كانت الرديئة في جهة والجيدة في جهة فيجوز لأن القصد من ذلك المعروف والرفق لا المتاجرة .

فصل [١١ - في المراظلة]

المراظلة^(٨) بالذهب جائزة^(٩) وهي أن يوضع أحد الذهبين في كفة والآخر في كفة بغير صنجة^(١٠) فإذا استوى لسان الميزان بينهما أخذ كل واحد منهما ذهب صاحبه بدلا من ذهب نفسه لأن التماثل يحصل بهما كما لو كان بصنجة ولا يراعى في ذلك إلا الوزن دون العدد فإن كانت إحدى الذهبين أكثر عددا أو أقل وهما^(١١) متساويان في الوزن فلا بأس .

(١) انظر : المدونة ١١٥/٣ - ١١٦ ، التفريع ١٥٥/٢ ، الرسالة ٢١٧ ،

الكافي ٣٠٧ .

(٢) المعقلي : نوع من الرطب (الصحاح ١٧٦٩/٥)

(٣) الدقلى : أردأ التمر (المعجم الوسيط ٢٩٠/١) .

(٤) برنى : نوع جيد من التمر مدور أحمر مشرب بمفرة (المعجم الوسيط ٥٢/١) .

(٥) انظر مختصر الطحاوى ٧٧ ، مختصر القدورى - مع شرح الميداني ٢٨/٢ .

(٦) في م : بدل الدقلى برنيا . (٧) في ق : لخاطر .

(٨) المراظلة : لغة هي الوزن واصطلاحا : بيع ذهب به وزنا أو فضة كذلك

(المصباح المنير ٢٣٠ ، مع حدود ابن عرفة ٢٤٥) .

(٩) انظر : المدونة ١١٣/٣ ، الموطأ ٦٣٨/٢ ، الكافي ٣٠٥ .

(١٠) الصنجة : هو ما يتخذ مدورا على كفتى الميزان (المعجم الوسيط

٥٢٧/١) .

(١١) في م : ممسا .

فصل ١٢ - في عدم جواز انضمام عقد البيع إلى الصرف

ولا يجوز^(١) أن ينضم إلى الصرف عقد بيع إلا أن يكون يسيرا على وجه التبعية^(٢) لأن الصرف ضيق بابيه وغلظ فيه وأختص بأحكام لا يوجد في غيره فإذا انضم إليه غيره فاحتيج إلى اعتباره به وذلك غير جائز فإن كان يسيرا جاز لأن الضرورة تدعو إليه مثل أن يصرف دينارا بعشرة دراهم فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضا بقيمته أو يزيد الدينار والدراهم وكسره غير جائز هنا يجوز للضرورة لأنه يعلم أن البيع غير مقصود .

فصل ١٣ - في شراء تراب الذهب والفضة

يجوز شراء تراب المعادن من الذهب والفضة الجنس منهما بخلافه ولا يحق بجنسه^(٣) خلافا للشافعي في منعه أصل البيع^(٤) لقوله عز وجل : ﴿ وأحل الله البيع ﴾^(٥)، ولأنه مرئي^(٦) محذور ومعلوم بالعادة مقصود في غالب الحال فجاز بيعه وإن لم يعلم حقيقة وزنه كالجزاف .

فصل ١٤ - في عدم جواز شراء تراب الصاغة

ولا يجوز شراء تراب الصاغة خلافا لمن آجازه^(٧) لأنه غرر إذا لا يعلم هل فيه شيء أم لا ولو علم أن فيها شيئا لم يظهر / ولم يعلم قدره ولا حظه وذلك غرر مجهول^(٨) .

[٨٧/ب]

- (١) في ق : ولا يحق .
- (٢) انظر التفريع ١٥٩/٢ ، الكافي ٣٠٤ و ٣٠٧ .
- (٣) انظر التفريع ١٥٩/٢ ، الكافي ٣٠٦ - ٣٠٩ .
- (٤) انظر المذهب ٢٧٤/١ .
- (٥) سورة البقرة الآية ٢٧٥ . (٦) في م : مروي .
- (٧) قال ابن أبي موسى في " الارشاد " بجواز ذلك وهو قول مالك ؟ وروى عن الحسن والنخعي وربيعه والليث (المغنى ٦٥/٤) .
- (٨) وذلك غرر مجهول : سقطت من م .

باب [بيع الفرر]

بيع الفرر (١) غير جائز (٢) لنهي صلى الله عليه وسلم عنه (٣) ،
والفرر يكون بوجه : منها الجهل بجنس المبيع كقولك : بعتك مافى كفى أو
صندوقى أو كفى (٤) ويجوز أن يكون فى كفه جوزة أو لوزة (٥) أو بيضة ويجوز أن
يكون فيه درة أو ياقوتة ، ومنها الجهل بصفة المبيع وإن عرف جنسه
مثل أن يسلم إليه فى عبد أو ثوب ولا يذكر نوعه ولا صفته ومن هـذا
الباب بيع الساج (٦) فى جرابه والثوب المطوى فإذا عرف جنسه ووصفته
جاز وخرج عن الفرر ، ومنه بيع الملامسة والمنايذة (٧) نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عنه (٨) وبيع الحصة (٩) ، واللامسة أن يجلب
البيع بلمس الرجل الثوب وإن لم يبينه ولا عرف ما فيه ، والمنايذة أن
ينبذ الرجل ثوبه إلى الآخر (١٠) وينبذ الآخر ثوبه إليه فيجب
البيع بينهما بذلك من غير أن ينشر الثوبين ويتفقا (١١) على درعهم

-
- (١) بيع الفرر: أصل الفرر النقصان من قول العرب غارت الناقة إذا
نقص لبنها، واصطلاحاً قال ابن عرفة: الفرر ما تردد بين السلامة
والعطب (انظر فرر المقالة ٢١٢ ، حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع ٢٥٣) .
(٢) انظر الموطأ ٢/٢٥٣ ، التفرع ٢/١٦٥ ، الرسالة ٢١٢ ، الكافي ٣٢٠-٣٣١ .
(٣) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٣٤) .
(٤) أو صندوقى أو كفى : سقطت من م .
(٥) أو لوزة : سقطت من ق .
(٦) الساج : الطيلسان المقفور الضخم الغليظ (المصباح المنير ٢٩٣) .
(٧) فى م : السدى
(٨) أخرجه البخارى فى البيوع باب بيع الملامسة ٢/٢٥ ، ومسلم فى
البيوع باب إبطال بيع الملامسة والمنايذة ١١٥١/٢ .
(٩) أخرجه مسلم فى البيوع باب بطلان بيع الحصة ١١٥٣/٢ .
(١٠) فى ق : ثوبا الآخر .
(١١) فى م : أو بنيا .

وكذلك بيع الحصاة كانوا في الجاهلية إذا أعجب الرجل الثوب ترك عليه حصاة فيجب البيع بذلك ولا يكون له رد سواء وجدته (١) صحيحا أو معيبا، وقيل كان الرجل يسوم بالثوب ويبيده حصاة فيقول لصاحبه إذا سقطت هذه الحصاة من يدي فقد وجب البيع ، هذه البيوع من بيوع الجاهلية .

ومن بيع الغرر المزبنة : وهو بيع معلوم بمجهول من جنس أو مجهول بمجهول (٢) من جنس وقد بينها فإن كان ذلك مما فيه الربا حرم لأجل التفاضل وإن كان مما لا ربا فيه كان خطرا أو قمارا إلا أن يتبين (٣) الفضل فيجوز لأنه يخرج حينئذ عن التخاطر (٤) ، ومن الخطر أن يبيعه جزافا يعلم كيله ولا يعلمه به فيدخل المبتاع على ذلك .

ومن أنواع الغرر ما لا يقدر على تسليمه كالآبق (٥) والضالة والمغصوب والظير في الهواء والسماك في الماء وكل هذا لا يجوز بيعه لأنه لا يقدر على تسليمه ثم لا يخلوا أن تكون صفة البيع معلومة لهما أو مجهولة فإن كانت معلومة / والغرر من وجه واحد وهو العجز عن التسليم إلا أن يباع الآبق والضالة ممن قد (٦) وجدهما وحصلا تحت قبضته والمغصوب من غاصبه ولم يبعد عداهما عن مالكما أو يثبت عنده بقاؤهما (٧) على صفاتها أو عرف ما انتقل إليه فيجوز حينئذ بيعه بيعه لهما وإن كانت صفاتها غير معلومة للمالك دخل بيعهما الغرر من وجهين : الجهل والعجز عن التسليم .

ومن هذا الباب بيع الأجنة واستنباؤها وبيع حبل (٨) الحبله وهو نتاج ما تنتج الناقة والمضامين وهو ما في ظهور الفحول فهذا يجمع الأمرين الجهل بالمبيع والعجز عن التسليم .

ومنه أيضا السلم إلى أجل لا يوجد فيه المسلم فيه فيعجز المسلم إليه عن تسليمه .

ومن وجوه الغرر الجهل بالثمن أما في جنسه أو في مقداره (٩) أو أجله وكذلك في المثلون (١٠) فأما في الجنس فمثل أن يبيعه بما يحكم

-
- | | |
|--|---------------------------------|
| (١) في م : أصابه . | (٢) بمجهول : سقطت من ق . |
| (٣) في م : يتيقن . | (٤) في ق : المخاطر . |
| (٥) الآبق : الهارب (غرر المقالة ٢١٨) . | |
| (٦) قد : سقطت من ق . | (٧) بقاؤهما : سقطت من م . |
| (٨) حبل : سقطت من م . | (٩) في ق : إما جنسه أو مقداره . |
| (١٠) في م : المثلن . | |

به زيد أو يسميه عمرو أو يقع في يده (١) من رقاع يكتب فيها عدة أثمان أو يخرج به السهم في قرعة ، أو ما أشبه ذلك في المقدار مثل ما يخرج به سعر اليوم وما يبيع به فلان متاعه ، وفي الأجل نحو قدوم زيد وزفاف (٢) عمرو وموت فلان وما أشبه ذلك .

ومن هذا الباب بيعتان في بيعة: وضفته أن يبيعه هذا الثوب إما بعشرة نقدا أو بخمسة عشر إلى أجل على أنه قد وجب بأحد الثمنين فأما إن كان (٣) على أنه إن رضي أجاز (٤) وإن لم يرضرد ولم يجب (٥) فذلك جائز لأن العقد لم يجب فلا يحصل غرر وقد يقع على وجوه أخسر ، ومن الفرر بيع اللحم في جلده والحنطة في تبنيها (٦) وما أشبه ذلك ومن وجوه الفرر ما لا ترجى سلامته كالمریض في سياقه وما لا يدرى هل يسلم أم يتلف ولا أمانة على ذلك تغلب على الظن معها سلامته مثل بيع الثمار قبل قبل بدو صلاحها، وأبواب الفرر كثيرة وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه منها على ما أهملناه، ولا خلاف أن يسيره لا يمنع صحة البيع وإن ما تدعوا الحاجة إليه منه معفو عنه وأن (٧) الذي يمنع ما زاد على ذلك .

فصل ١ - في بيع الأعمى وشراؤه

يجوز بيع الأعمى وشراؤه (٨) خلافا للشافعي (٩) وذلك إذا كان يعرف ما يوصف له وسواء كان بصيرا فعمي أو ولد أعمى لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (١٠) ، وقياسا على البصير بعطل (١١) إما لأن كل من جاز تسليمه (١٢) جاز بيعه للأعميان أو لأن كل من صح (١٣) أن يوكل فبي البيع صح أن يليه بنفسه .

-
- | | |
|------|-------------------------------------|
| (١) | في ق أو برقاع وفي ر : أو ما يضع . |
| (٢) | في ق : وفاة . |
| (٣) | ان كان : سقطت من م . |
| (٤) | في م : جاز . |
| (٥) | ولم يجب : سقطت من م . |
| (٦) | في م : في بيتها . |
| (٧) | في ق : ولأن . |
| (٨) | انظر الكافي ٣٦٠ . |
| (٩) | انظر مختصر المزني ٨٨ ، الاقناع ٩٨ . |
| (١٠) | سورة البقرة الآية ٢٧٥ . |
| (١١) | بعطل : سقطت من ق . |
| (١٢) | في م : سلمه . |
| (١٣) | في م جاز . |

فصل [٢ - فى منع بيع الانسان على بيع أخيه]

لا يجوز بيع الانسان على بيع أخيه وذلك إذا أركن إليه وقسرب اتفاقهما على تقدير^(١) الثمن ولم يبق إلا العقد أو قريب منه فأما إن كان فى أول الغرض وابتداء السوم قبل التقدير والركون فلا بأس والقول فيه^(٢) وفى فسخه إن وقع كالقول فى النكاح وقد بيناه^(٣) .

فصل [٣ - فى بيع النجش]

بيع النجش غير جائز^(٤) وصفته : أن يزيد التاجر فى الثمن لا لنفسه بل ليغير غيره فينزل^(٥) على مزايده فهذا لا يجوز لنهيته صلى الله عليه وسلم عنه^(٦) ، وإن وقع فسخ خلافا لأبي حنيفة والشافعي^(٧) ، لأن النهي يقتضى على الفساد ، ولأن فيه مضرة على الناس وإفساد لمعايشهم لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوى ما يبذلونه فيها وذلك فساد وضرر فوجب فسخه .

فصل [٤ - فى تلقي السلع وبيع الحاضر للبادى]

ولا يجوز تلقي السلع قبل أن تورد الأسواق^(٨) لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك^(٩) ، وفائدته ألا يستبد الأقوياء بها دون الضعفاء ومن لا قدرة له على مشاركتهم وإذا ثبت المنع منه فمن فعل ذلك خير بقيسة أهل الأسواق فى أن يشاركوه فيما اشتراه أو يتركوه له ، ولا يبيع حاضر لباد^(١٠) لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وقال : (دعوا

(١) فى ق و ر : تقرير .

(٢) انظر الموطأ ٦٨٤/٢ ، التفريع ١٦٦/٢ ، الرسالة ٢١٨ .

(٣) انظر الصفحة ()

(٤) انظر الموطأ ٦٨٤/٢ ، التفريع ١٦٧/٢ ، الكافي ٣٦٥ .

(٥) فى ق : فيزيد .

(٦) أخرجه البخارى فى البيوع باب لا يبيع على بيع أخيه ٢٤/٣ ، ومسلم

فى البيوع باب تحريم بيع الحاضر للباد ١١٥٥/٣ .

(٧) انظر مختصر القدورى مع شرح الميداني ٢٩/٢ - ٣٠ مختصر المزني ٨٨ .

(٨) انظر التفريع ١٦٧/٢ ، الكافي ٣٦٧ .

(٩) هذا جزء من حديث نهيه صلى الله عليه وسلم عن النجش الذى سبق

تخريجه قريبا .

(١٠) انظر التفريع ١٦٧/٢ ، الكافي ٣٦٧ .

الناس يرزق الله بعضهم من بعض) (١)، وفائدة ذلك أن فيه إضرارا بالناس لأن أهل (٢) البادية لا يعرفون الأسعار ويضر بهم بيع ما يطلبونه بالرخس كما يضر بأهل الحضر شراؤه بالغلاء لأن أهل الحضر لا يصلون إليه إلا بعوض وأموال أهل البدو (٣) جلها من المباح الذى يؤخذ بغير عوض فيجب أن يقدم النظر لأهل الحضر عليهم فإذا باع لهم السماسرة والتجار باعوا بالأسعار الغالية والأثمان المستوفاة فأضر ذلك بالحاضرة (٤) .

وإذا ثبت منع ذلك فقليل يفسخ إن وقع وقيل لا يفسخ، فوجه الفسسخ عقوبة لفاعله للنظر العام ، ولأن قصده قطع أرزاق الناس ، ووجه الامضاء فلأن الفساد منتف عنه من جهة العقد أو المعقود عليه وإنما هو لحق الأدميين على وجه الرفق والأعانة فأما أن يكون قطع حق آدمى متعين فلا، وإما الشراء لهم فقال ما لك لا بأس به اعتبارا بالشراء لغيرهم لأن الحاضر يعرف ثمن ما يبيعه فلا يستضر بمن يشتري منه الحاضر للبسادى بخلاف البيع لهم، وقال بعض أصحابه لا يشتري لهم وهو والبيع سواء، ووجه هذا أنهم لا يعرفون الأسعار فيبدلون فيما يشترونه أكثر مما يبذلونه إذا تولى لهم التجار فيضر بالحاضرة كالبيع لهم .

فصل [٥ - في التسعير]

التسعير (٥) على أهل الأسواق غير جائز (٦) لأن الناس مالكون لأموالهم والتصرف فيها فلا يجبرون على بيعها إلا بما يخترونه، ولأن النبی صلى الله عليه وسلم امتنع من التسعير لما سئل فيه فقليل له : لو سعت لنا، فقال : (إن الله هو القابض والباسط والمغلى والمرخص وإنى لأرجو / أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندى مظلمة ظلمته إياها فى عرض ولا مال) (٧) .

(١) أخرجه البخارى فى البيوع باب لا بيع على بيع أخيه ٢٤/٣ ومسلم فى البيوع

باب تحريم بيع الحاضر للباد ١١٥٧/٣ .

(٢) أهل : سقطت من م . (٣) فى م البادية .

(٤) فى م : بالحاضر .

(٥) التسعير عرفه ابن عرفة بقوله : " تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه

قدرا للمبيع بدرهم معلوم (حدود ابن عرفة مع شرح الرضاع ٢٥٨) .

(٦) انظر الموطأ ٦٥١/٢ ، التفريع ١٦٨/٢ ، الكافى ٣٦٠ .

(٧) أخرجه أبو داود فى الاجارة باب التسعير ٧٣١/٢ ، وابن ماجه فى التجارات

باب من كره أن يسعر ٧٤١/٢ ، والشرمذى فى البيوع باب بعد ما جاء فى

المحاربة ٦٠٦/٣ ، وقال حسن صحيح .

فإذا ثبت ذلك فالذى يخاف ضرره بعقد التسعير هو الزيادة فيه وهذا يمكن حسمه بأن يقال لمن يحط السعر إما أن تلحق بالناس وإما أن تنصرف ومثاله أن يكون بيع الناس مثلاً للخبز عشرة أرطال بدرهم فيبتدىء هو البيع على ثمانية فيقال له إنما لا نسعر عليك ولا يلزمك البيع بما لا تختار ولكن نأمرك بأن لا تضر بالناس تغلى^(١) الأثمان زيادة على بيع غيرك لئلا يقتدى الباقون بك فيضر ذلك بالناس فأما بعه على بيعهم وإلا أزلنا الأضرار عن الناس^(٢) بصرفك عنهم، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قال لحاطب بن أبي بلتعة مثل ذلك^(٣) .

فصل ٦ - فى الحكمة

الحكمة^(٤) إذا أضرت بأهل البلد ممنوعة فى كل ما بهم حاجة إليه وضرورة إلى شرائه وكثرته سواء كان طعاماً أو ثياباً أو أي شيء كان من أنواع الأموال^(٥)، والأصل فى منعها قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحتكر إلا خاطيء)^(٦)، وروى: (المتربمون بالطعام هم الأثمون)^(٧)، وروى أن عمر رضي الله عنه خرج إلى المسجد فرأى طعاماً منشوراً فقال: ما هذا؟ قالوا طعام جلب إلينا، قال: بارك الله فيه وفيمن جلبه، قالوا: إنه قد احتكره فلان، وفلان فدعاهما فقالا لله نشترى بأموالنا ونبيع فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالفلاس أو جذام^(٨)، وهذا هو فى البلدان الصغار الذين يضربهم الاحتكار، فأما البلدان^(٩) الكبار والأمصار الواسعة التى يكثُر

-
- (١) فى م: بأن تقل . (٢) فى ق: بالناس .
 (٣) أخرجه مالك فى الموطأ ٦٥١/٢ ، وعبدالرزاق ٢٠٧/٨ .
 (٤) الحكمة: هو رصد الأسواق أى انتظار الأسواق أى انتظار ارتفاع الأثمان (انظر مواهب الجليل ٢٢٧/٤ - ٢٢٨) .
 (٥) انظر الموطأ ٦٥١/٢ ، الشريعة ١٦٨/٢ ، الكافي ٣٦٠ .
 (٦) أخرجه مسلم فى البيوع باب تحريم الاحتكار فى الأقوات ١٢٢٧/٣٠ .
 (٧) أخرجه عبدالرزاق ٢٠٤/٨ بلفظ قريب منه وهو " لا يحتكر إلا الخوانون أى الخاطئون الأثمون " .
 (٨) أخرجه ابن ماجة فى التجارات باب الحكمة والجلب ٧٢٩/٢ ، وإسناده صحيح ورجاله موثقون (مجمع الزوائد) .
 (٩) البلدان: سقطت من م .

إليها الجلب ويتسع الحمل والتجهيز فلا بأس لأن ذلك غير مضر بهم غالباً
إلا أن يتفق^(١) في بعض الأوقات غلاء أو شدة ويؤدى ذلك إلى الإضرار بالناس
فيمنع حينئذ .

فصل [٧ - في عدم التعرض لمن جلب طعاماً وعدم جبره على
بيعه ...]

لا يعرض لمن جلب طعاماً أو غيره إلى بلد ولا يجبر على بيعه ولا يمنع
من اختزانه^(٢) وحكرته لأنه لم يضر بالناس ولا على عليهم سراً ولا استبد بشيء
كان يجب أن يساووهم فيه بل في منعه من ذلك إضرار به وافتيات عليه لأنه
إنما تكلف جلبه وسائر في تخليصه^(٣) ليبقيه لنفسه فليس لأحد اعتراض عليه
فيه، وقد روى عن عمر^(٤) أنه قال : من جلب طعاماً على عمود ظهره فذلك
ضيف عمر يبيعه كيف شاء ويذهب به حيث شاء^(٥) .

فصل [٨ - بيع العربان]

بيع العربان منهي عنه إذا وقع على صفة دون صفته، وصفته الممنوعة
أن يشتري الرجل السلعة بثمن معلوم أو يكتري دابة بكراء معلوم وينقد
من ذلك شيئاً ليسكن البائع أو المكري إليه على أنه إن رضى امضاء^(٦)
البيع أو الكراء وينقد بقيته وإن كره لم يرجع بما نقده^(٧) .

وإنما قلنا أنه ممنوع لنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان^(٨)
ولأنه من أكل المال بالباطل لأنه يذهب بغير عوض ولا على وجه الهبة
والصدقة وإنما هو ضرب من القمار، ووقعه على الصفة الجائزة^(٩) فهو أن
يجعل العربان على يد غير البائع وعلى يده مختوماً لئلا ينتفع به ثم

-
- (١) في م : ينفق . (٢) في م : من حابه .
(٣) في م : تحصيله . (٤) في ق : ابن عمر .
(٥) أخرجه عبد الرزاق ٢٠٦/٨ . (٦) في م : أمضى .
(٧) انظر الموطأ ٦٠٩/٢ - ٦١٠ ، التفريح ١٦٨/٢ ، الكافي ٣٦٦ .
(٨) أخرجه مالك ٦٠٩/٢ ، وأبو داود في البيوع باب العربان ٢٨٣/٣ وابن
ماجة في التجارات باب بيع العربان ٧٣٨/٢ ، وأحمد ١٨٣/٢ .
(٩) الجائزة : سقطت من ق .

يرده إن كره المشتري فيكون بيعا وسلفا فإذا ختم عليه زال ما يخاف^(١)
من ذلك ثم ينظر فإن اختار الإمضاء احتسب به من الثمن أو الأجرة إن
كان كراة وإن كره استرجعه فهذا جائز لأنه ليس فيه ما يقتضي المنع .

فصل [٩ - بيع الدين بالدين]

الدين بالدين ممنوع^(٢) لأنه صلى الله عليه وسلم عن الكالس
بالكاس^(٤) وهو الدين بالدين وذلك إذا كان من الطرفين مثل أن يحل
له سلف من عروض على رجل فيجعلها ثمنًا لشيء آخر من سلم ينتقل إليه
أو أن يسلم إليه في شيء بثمن معلوم يكون دينًا في ذمة المسلم للمسلم
إليه فهذا كله ممنوع ، فأما فسخ الدين إذا حل في عين بتأخر قبضها
وتكون مضمونة على بائعها فمنعه مالك وابن القاسم وأجازة أشهب وغيره
وذلك كثمرة يجتنيها أو سلعة غائبة أو دار يسكنها مدة أو ما أشبه
ذلك فوجه المنع أنه مفسوخ فيما لا يتنجس وما هو في ضمان الغريم
فأشبه أن يفسخ شيء في الذمة ووجه الجواز أنه فسخ دين في عين
بالمقبوض .

فصل [١٠ - فيما لا يجوز في الدين إلى أجل وهو ما يعرف

بضع وتعجل]

الوضع على التعجيل ممنوع منه^(٥)، وصفته أن يكون على رجل دين
لم يحل^(٦) فيقول لصاحبه تأخذ بعضه معجلا وتبرئ سني من الباقي فهذا

(١) في م : يخافه .

(٢) قال ابن عرفة : هو بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر
أحدهما على الآخر (الرضاع على ابن عرفة ٢٥٢) .

(٣) انظر التفريع ٦٩/٢ ، الرسالة ٢١٧ ، الكافي ٣٦٤ .

(٤) أخرجه الدارقطني ٧١/٣ والحاكم ٥٧/٢ وقال صحيح على شرط مسلم ، غير
أن الحافظ ابن حجر نبه على خطأ الحاكم في ذلك وقال وفي إسناده
موسى بن عبيدة وهو متروك (الدراية ١٥٧/٢) كما أخرج الحديث
البيهقي ٢٩٠/٥ واليزار وابن أبي شبة وعبد الرزاق وغيرهم .

(٥) انظر المدونة ١٩٠/٣ - ١٩٤ ، التفريع ١٦٩/٢ ، الرسالة ٢١٣ ، الكافي

٣٢٤ - ٣٢٥ .

(٦) أي لم يحن وقت سداد الدين .

غير جائز لأمرين: أحدهما أنه يدخله الربا إن كان في ذهب أو فضة أو طعام أو ما يحرم التفاضل فيه، والآخر أنه قرض يجر نفعا (١) وروي ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت (٢)، وهو إجماع الصحابة وكذلك إذا عجل له بعضه قبل الأجل على إن أخره بالباقي زيادة على الأجل الأول لأنه ترك ذلك الأجل للتعجيل (٣).

فصل [١١ - في تصرف الفضولي]

إذا باع ملك غيره بغير إذنه انعقد البيع ووقف على إجازة المالك أو رده (٤)، وكذلك إذا اشترى له بغير إذنه (٥) وفرق أبو حنيفة بينهما فأجاز في البيع ومنعه في الشراء (٦)، ومنعه الثافعي (٧) في الموضعين (٨)، فدليلنا على الثافعي حديث حكيم بن حزام (٩) وعروة البارقي (١٠) أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إليه دينارا ليبتاع له شاة فابتاع شاة ثم باعها بدينارين فابتاع بأحدهما شاة وجاء بالدينار الآخر إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذه وبارك له في صفقته (١١)، ولأنه عقد تمليك يفتقر إلى الإجازة فجاز أن يتبع موقوفا عليها كالوصية، ولأنه تمليك

-
- (١) في م : منفعة . (٢) انظر المفنى ٥٧/٤ .
 (٣) في م : للتعجل . (٤) أورده : سقطت من م .
 (٥) انظر التفريع ٣١٨/٢ ، الكافى ٣٩٥ - ٣٩٦ .
 (٦) انظر مختصر الطحاوى ٨٢ - ٨٣ ، مختصر القدورى - مع شرح : الميداني ١٨/٢ .
 (٧) انظر الأم ١٥/٣ - ١٦ ، الاقناع ٩١ - ٩٢ .
 (٨) في م : الوجهين .
 (٩) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى الأسدى أبو خالد المكي ابن أخى خديجة أم المؤمنين ، أسلم يوم الفتح وصحب، كان عالما بالنسب مات سنة أربع وخمسين أو بعدها (تقريب التهذيب ١٧٦) .
 (١٠) عروة البارقي بن الجعد ويقال ابن أبي الجعد وقيل اسم أبيه عياض صاحبى سكن الكوفة وهو أول قاضي بها (تقريب التهذيب ٣٨٩) .
 (١١) أما حديث عروة فقد أخرجه البخارى فى المناقب باب ٢٨ ، ١٨٧/٤ ، وحديث حكيم فقد أخرجه أبو داود فى البيوع فى المضارب يخالف ٦٧٩/٣ وابن ماجه فى الصدقات باب الأمين يتجر فيربح ٨٠٣/٢ ، والترمذى فى البيوع باب ٣٤ ، ٥٥٠/٣ وفى إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه . (انظر تلخيص الحبير ٥/٣) .

لملك الغير بغير إذنه (١) كالتصدق باللقطة، ودليلنا على أبي حنيفة أن القبول أحد طرفي العقد فجاز أن يقف العقد (٢) على إمضاءه كالإيجاب . /

[٨٩/ب]

فصل [١٢ - فيمن اشترى عبدا نصرانيا]

إذا اشترى عبدا نصرانيا جاز أن يبيعه من نصراني لأنه مساوٍ له في الدين كبيع المسلم من المسلم .

فصل [١٣ - إذا اشترى نصراني عبدا مسلما]

إذا اشترى نصراني عبدا مسلما ففيها روايتان (٣): إحداهما أنه لا يصح ويفسخ والأخرى أن العقد يقع ويجبر على بيعه .

فوجه الأولى أن كل معنى إذا طرأ على ما يملكه النصراني قطع استدامته في حق المسلم فإذا وجد ابتداء منع العقد أصله النكاح لأنها إذا أسلمت تحته منع ذلك استدامة نكاحه (٤)، وكذلك وجود الاسلام يمنع ابتداء عقده (٥) عليها كذلك العقد على الرقبة .

وجه الثانية أنه قد ثبت له عليه ملك بوجه وهو أن يسلم فسي ملكه فيباع عليه، وإذا كان كذلك لم يفسخ عقده عليه وبيع عليه أصله إسلامه في ملكه .

فصل [١٤ - في بيع الكلاب]

اختلف أصحابنا في بيع ما أذن في اتخاذه من الكلاب فمنهم من قال يكره ، ومنهم من قال يحرم (٦) .

وجه الجواز ما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيّد أو زرع أو ماشية (٧) ، ولأنه جازح يصاد به كالبازي .

(١) بغير إذنه : سقطت من ق . (٢) العقد : سقطت من ق .

(٣) انظر

(٤) في م : استدامته نكاح . (٥) في ق : العقد .

(٦) انظر الرسالة ٢١٥ ، الكافي ٣٢٧ .

(٧) أخرجه البخاري في البيوع ثمن الكلب ٤٣/٣ ومسلم في المساقاة باب

تحريم ثمن الكلب ١١٩٨/٣ وفيهما من غير الاستثناء ، أما اللفظ

الذي أورده المصنف فقد أخرجه الترمذي في البيوع باب ما جاء في ==

ووجه الحظر نهيه صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب، ولأنه حيوان
منهي عن اتخاذه إلا للضرورة كالسباع ، وعلى من قتله قيمته لصاحبه
خلافاً (لشافعي^(١)) لأنه حيوان يصح الانتفاع به والوصية به كالخيل والبغال
ولأنه بهيمة يجوز الاصطياد به كالبازي (٢) .

فصل [١٥ - فى عدم جواز بيع الزيت النجس والعذرة]

لا يجوز بيع الزيت النجس ولا العذرة (٣) للتزبيل (٤) لأنها عين نجسة
كالدم .

== الثمن الكلب ٥٧٨/٣ عن أبي المہزم وهو متكلم فيه .

(١) انظر : الأم ١٢/٣ - ١٣ ، الاقناع ٩٢ .

(٢) ما بين قوسين سقط من م . (٣) انظر الكافي ٣٢٧ - ٣٢٨ .

(٤) التزبيل : هو تصليح الأرض بالزبل ونحوه حتى تجود الزراعنة

(المصباح المنير ٢٥١) .

باب [في الخيار]

البيع جائز بشرط الخيار^(١) (لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث حبان (واشترط الخيار ثلاثا)^(٢))^(٣) ، وقوله صلى الله عليه عليه وسلم : (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار)^(٤) ، ولأن الإنسان يحتاج إلى تأمل ما يبتاعه واختياره فجاز ذلك .

فصل [١ - في جواز اشتراط الخيار من البائع والمشتري]

يجوز أن يشترطه البائع والمشتري لقوله صلى الله عليه وسلم : (واشترط الخيار ثلاثا)^(٥) ولم يفرق ، ولأن الخيار وضع للتأمّل والاختبار وكل واحد منهما محتاج من ذلك إلى مثل ما يحتاج إليه الآخر فجاز اشتراط كل واحد منهما له .

فصل [٢ - انفراد من اشترط الخيار بالفسخ دون الآخر]

فإن اشترطه أحدهما انفراد بالفسخ ولم يكن للآخر مقال معه ، وإن اشترطاه معا فقد تعلق الحق بهما فلا يسقط حق أحدهما إلا بإسقاطه له ، ولا يثبت البيع إلا باجتماعهما على إجازة أو رد ، فإن اتفقا على إمضاء أو فسخ كان لهما وإن اختلفا فاختار أحدهما الرد والآخر الإمضاء فالقول قول^(٦) المختار للرد لأن مختار الإمضاء قد أسقط حقه من الفسخ وبقي حق الآخر ولا يسقط بإسقاط غيره له

فصل [٣ - في خيار المجلس]

خيار المجلس غير ثابت والعقد بالقول لازم^(٨) خلافا للشافعي^(٩)

(١) انظر المدونة ٢٢٣/٣ ، التفريع ١٧١/٢ ، الرسالة ٢١٤ ، الكافي ٢٤٣ .

(٢) أخرجه ابن ماجة في الأحكام باب الحجر على من يفسد ما له ٧٨٩/٢ ، وسنده حسن وفي إسناده محمد بن اسحق وهو مدلس .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) أخرجه البخاري في البيوع باب كم يجوز الخيار ١٧/٣ ومسلم في البيوع باب ثبوت خيار المجلس ١١٦٣/٣ .

(٥) في م : والمشتري . (٦) سبق تخريج الحديث قريبا .

(٧) قول : سقطت من م .

(٨) انظر التفريع ١٧١/٢ ، الرسالة ٢١٨ ، الكافي ٣٤٣ .

(٩) انظر الأم ٤/٣ - ٥ الاقناع ٩١ .

لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾^(١)، ولأنه عقد معاوضة كالنكاح، ولأن كل خيار كان من مقتضى العقد جاز أن يبقى بعد الافتراق كخيار العيب وكل خيار لا يثبت بعد الافتراق فليس من مقتضى العقد كالخيار في إغلاء^(٢) الثمن ورخصه، ولأنه لو كان ثابتاً بمقتضى العقد لم يصح وقوع العقد على وجه لا يتصور فيه فكان لا يصح للأب أن يشتري لابنه من نفسه لأن مفارقة^(٣) الإنسان من نفسه لا تصح .

فصل [٤ - في وضع الخيار لتمام البيع واستقراره]

الخيار موضوع لتمام البيع واستقراره لا للفسخ فإن اختار من له الخيار الامضاء تمّ البيع وانبرم، وإن اختار الفسخ تبيناً أن المالك لم ينتقل إليه^(٤) وأنه لم يزل على ملك البائع وفي الحاليتين فهو في الحكم على ملك البائع وتلفه منه ما لم يتقرر من المشتري إمضاء خلافاً لمن يقول أنه وضع للفسخ^(٥) وأن الملك قد انتقل بنفس العقد لأنه إيجاب لا يلزم البائع الثبوت عليه فلم ينتقل الملك به على التجريد أصله إذا وجب ولم يقل للمشتري قبلت، ولأن الإيجاب مع شرط الخيار غير محقق^(٦) لأنه متعلق بشيء يقع في المستأنف فالمشتري يقبل إيجاباً غير محقق فلم ينتقل به الملك .

فصل [٥ - في تصرف المالك في ملكه]

كل تصرف يفعله المالك في ملكه لا يحتاج إليه في اختبار^(٧) المبيع فإنه يعد رضا ممن له الخيار ويكون من البائع فسخاً ومن المشتري إمضاءً وذلك كالوطء والتقبيل واللمس للذة وكالهبة والصدقة بالمبيع والاعتاق والتدبير والكتابة، واختلف في الإجارة والرهن والتسوم^(٨) بالسلعة^(٩) : فعند ابن القاسم أنه اختيار لأنه تصرف من المالك لا يحتاج إليه فليس

- | | | | |
|-----|--|-----|------------------|
| (١) | سورة المائدة الآية ١ . | (٢) | في م : غلاء . |
| (٣) | في ق : معاوضة . | (٤) | إليه سقطت من ق . |
| (٥) | يقول بذلك الحنابلة (انظر مختصر الخرقي ٦٤ ، المغني ٥٧٣/٣) . | | |
| (٦) | في ق مستحق وفي ر : متحقق . | (٧) | في ر : اختبار . |
| (٨) | في م : التسوم . | | |
| (٩) | انظر : التفريع ١٧١/٢ - ١٧٣ ، الكافي ٣٤٣ ، المقدمات ٩٢/٢ . | | |

اختيار المبيع وليس باختيار عند أشهب لأنه قد يفعل نابة عن الغير، وتزويج الأمة اختيار وتزويج العبد وإسلامه في صنعه اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عن أشهب، وجنباية الخطأ ليست باختيار وجنباية العمد اختيار عند ابن القاسم وليست باختيار عند أشهب، والنظر في هذا كله مع ابن القاسم والاستخدام ليس باختيار لأنه اختبار .

فصل [٦ - في مدة الخيار]

مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار (١) المشتري المبيع في مثله (٢) خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قصرها ذلك على ثلاثة أيام (٣) (لقوله صلى اللع عليه وسلم : (لكل مسلم شرطه) (٤) ، وقوله : (إلا بيع الخيار) (٥) فأطلق، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يكون أكثر من ثلاثة أيام (٦) كالأجال لأنها مدة يحتاج فيها إلى اختبار المبيع كالثلاثة، ولأن الخيار موضوع لتأمل المبيع واختباره والمبيعات مختلفة في ذلك وفي قصرها على مدة محصورة إبطال لفائدته .

فصل [٧ - إذا مات مشترط الخيار]

إذا مات مشترط الخيار من المتبايعين قام ورثته مقامه (٧) خلافا لأبي حنيفة (٨) ، لقوله تعالى : ﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ (٩) فعم، ولقوله صلى الله عليه وسلم / : (من ترك ملكا وحقا فلورثته) (١٠) ، ولأنه

[٢/٩٠]

- (١) اختيار : سقطت من م .
- (٢) انظر : المدونة ٢٣٨/٣ التفريع ١٧٢/٢ ، الرسالة ٢١٤ ، الكافي ٣٤٣ .
- (٣) انظر مختصر الطحاوى ٧٥ ، الاقناع ٩١ .
- (٤) لم أعثر على تخريج لهذا الخبر ؟ ، ولعله يريد حديث (المسلمون عند شروطهم) .
- (٥) سبق تخريج الحديث قريبا .
- (٦) ما بين قوسين سقط من ق .
- (٧) انظر التفريع ١٧١/٢ ، الكافي ٣٤٤ .
- (٨) انظر مختصر الطحاوى ٧٥ ، مختصر القدورى - مع شرح الميدانى ١٤/٢ .
- (٩) سورة النساء الآية ١٢ .
- (١٠) أخرجه البخارى في الفرائض باب قول النبى صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلأهله ٥/٨ ومسلم في الفرائض باب من ترك مالا فلورثته .

خيار ثابت في عقد بيع كالخيار بالعيب، ولأن من ورث شيئا ورثه بحقوقه كالدين بالرهن وخيار التعيين^(١) والرد بالعيب ولا يلزم عليه الوطء لأن ذلك لا يتصور فيه على وجه .

فصل [٨ - في اختلاف الورثة بين الامضاء والفسخ]

إذا اختلف الورثة فأراد بعضهم الامضاء وبعضهم الفسخ، فإنما رضوا جميعا أو فسخوا لأنهم يقومون مقام موروثهم ولم يكن له تبعض الصفقة .

فصل [٩ - في وراثة خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب]

(لا فصل بين خيار الشرط أو الرؤية أو التعيين أو الرد بالعيب في أن ذلك كله موروث)^(٢) .

فصل [١٠ - حكم التبائع على خيار رضا فلان]

يجوز أن يتبايعا ويشترطا أو أحدهما رضا فلان أو اختيارة يوما أو أياما^(٣) خلافا لأصحاب الشافعي^(٤) لقوله صلى الله عليه وسلم : (واشترط الخيار ثلاثا)^(٥) ولم يفرق، ولأن الخيار وضع لتأمل المبيع وحظ مشروطه وقد لا يعرف ذلك فيشرطه لغيره ليُعرفه إياه .

فصل [١١ - إذا ثبت الخيار لغير المتبايعين فهل يثبت مع ذلك لهما]

إذا ثبت^(٦) الخيار ويكون لمن اشترط له فهل يثبت (مع ذلك لمشروطه من المتبايعين أم لا؟ فيه خلاف)^(٧) قال ابن القاسم يثبت^(٨) الخيار للأجنبي وللبيع إن كان هو الذي اشترطه^(٩)، فإن اختار الأجنبي ردا أو

-
- (١) في م : خيار التعمير . (٢) سقط هذا الفصل كاملا من م .
 (٣) انظر التفريع ١٧٢/٢ ، الكافي ٣٤٣ ، المقدمات ٨٩/٢ .
 (٤) انظر المذهب ٢٥٨/١ . (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٨٩) .
 (٦) في م : ثبت أن .
 (٧) انظر التفريع ١٧٢/٢ ، الكافي ٣٤٣ ، المقدمات ٩٠/٢ - ٩١ .
 (٨) ما بين قوسين سقط من م .
 (٩) في م : شرطه .

إجازة وأياه البائع فالقول للبائع، وإن كان المشتري هو الذى شرط
للأجنبى الخيار لم يثبت إلا للأجنبى فقط ولم يكن للمشتري أن يخالف^(١)
عليه ، وروى عنه أيضا أن لهما المخالفة عليه وهو قول ابن حبيب .

وإنما قلنا إن شرط الخيار للأجنبى لا يلزم البائع لأنه لم يشترط
له على وجه التملك ولكن على وجه تنبيهه^(٢) وإرساله، ولأن الخيار
للأجنبى فرع على ثبوته للبائع فيمتنع أن يثبت الفرع وينتفى به أصله .

ووجه التفريق بين البائع والمشتري أن حال المشتري^(٣) أضعف لأن
الإيجاب لا يتعلق بصفة والقبول يتعلق بها فجعل أمره على التملك
والنظر التسوية بينهما لأنهما متساويان في العقد وحقوقه ، لا يختلف
أصحابنا أن شرط مشاوراة الأجنبى جائزة ولا يلزم المتبايعين لأنه اشترطها
لنفسه لا لغيره .

فصل [١٢ - عدم اشتراط حضور العاقد الآخر عند

الامضاء أو الفسخ

إذا اختار مشروط الخيار أن يختار^(٤) أو يفسخ فله حضر الآخر أم
غاب^(٥) خلافا لأبي حنيفة في اشتراطه حضور صاحبه^(٦)، لقوله صلى الله
عليه وسلم فى المصراة^(٧) : (فهو بخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن
سخطها ردها)^(٨) ولم يفرق، ولأنه مختار^(٩) للفسخ مع بقاء مدة الخيار
كما لو حضر صاحبه، ولأنه معنى ينقطع به خيار فلم يفتقر إلى رضا الآخر
كالإجازة .

(١) فى م : يحلف . (٢) فى م : شبهة .

(٣) أن حال المشتري : سقطت من ق . (٤) فى م : أن يخير .

(٥) انظر الكافى ٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوى ٧٤ - ٧٥ ، مختصر القدورى - مع شرح

الميداني ١٤/٢ .

(٧) المصراه : التصرية حقن اللبن فى الثدي أياما حتى يوهم ذلك أن
الحيوان ذو لبن غزير (انظر بداية المجتهد ٢٣٢/٦ ومواهب الجليل

مع حاشية المواقي ٤٣٧/٤ - ٤٣٩) .

(٨) أخرجه البخارى فى البيوع باب النهى للبائع أن يحفل الابل ٢٥/٣ ،

ومسلم فى البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ١١٥٥/٣ .

(٩) فى م : محتاج

فصل [١٣ - الخيار المطلق]

إذا اشترط الخيار ولم يضرب له مدة صح العقد وضرب للسلعة مدة تختبر (١) في مثلها (٢) خلافا لمن قال أن البيع فاسد (٣)، لأن الإطلاق محمول على العرف فيصير كالمشترط في البيع كالحمولة والنقد .

فصل [١٤ - عدم جواز اشتراط النقد في بيع الخيار]

لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لا إلى أجل قريب ولا بعيد (٤) لأن ذلك يضارع البيع والسلف فيكون مرة ثمتا إن اختار المشتري الامضاء ومرة سلفا إن اختار الرد، فإذا ثبت منعه فاشتراطه يفسد البيع لأنه شرط ينافي في موجب العقد كما لو شرط ألا يملكه وإن لم يشترط وتبرع المشتري بالنقد جاز (٥) .

فصل [١٥ - تلف المبيع في أيام الخيار]

تلف المبيع في أيام الخيار من البائع إن كان في يده أو في يد غيرهما (٦) لأنه على ملكه لم يدخل في ضمان المشتري، وإن تلف في يد المشتري فتلفه منه وإن كان مما يغاب عليه لأنه قبضة لمنفعة نفسه وعلى وجه المبايعة دون مجرد الأمانة، ولا يضمنه إن كان مما لا يغاب عليه لأن الظاهر أن هلاكه بغير صنعة وأنه غير متعبد بقبضه كالرهن (٧) .

فصل [١٦ - اختلاط الثوبين الذين اشتراهما]

[بالخيار]

إذا ابتاع من رجلين ثوبين بشرط الخيار فاختلطا ولم يتميز ألزمه البيع ولا خيار له لأنه لا يصل إلى رد ملك أحدهما عليه فكان كالتالف (٨) .

- (١) في م : كثيرة .
- (٢) انظر المدونة ٢٤١/٣ ، التفريع ١٧٢/٢ ، الكافي ٣٤٣ .
- (٣) في أحد قولى الامام أحمد (المغنى ٥٨٩/٣) .
- (٤) انظر المدونة ٢٣٨/٣ - ٢٣٩ ، الرسالة ٢١٤ ، الكافي ٣٤٣ .
- (٥) في م : جائز . (٦) في م : ور : غيره .
- (٧) انظر المدونة ٢٣٣/٣ ، التفريع ١٧١/٢ - ٢٧٢ ، الكافي ٣٤٤ .
- (٨) انظر المدونة ٢٣٣/٣ ، التفريع ١٧٣/٢ ، الكافي ٣٤٤ .
- (٩) في م : كالمتلف .

فصل [١٧ - خيار الغبن]

أختلف أصحابنا في بيع السلعة بما لا يتغايين الناس بمثله مثل أن يشتري أو يبيع مما يساوي ألف يماعة فمنهم من نفى أن يثبت الخيار للمغبون^(١) منهما، ومنهم من قال لا خيار إذا كانا من أهل الرشاد والبصر بتلك السلعة وإن كان أو أحدهما بخلاف ذلك فللمغبون الخيار^(٢) .

فإذا قلنا لا خيار له فلأنه نقص في عين المعقود عليه كالقليل، ولأن المغبون مفرط لأنه كان يجب أن يوكل من يشتري له أو يبيع .

وإذا قلنا له الخيار فلقله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(٣) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا بعت فقل لا خلافة)^(٤) ونهيه عن إضاعة المال^(٥) ، وقوله : (لا ضرر ولا ضرار)^(٦) ، ولأنه نوع من الغبن في الأثمان فجاز أن يتعلق به الخيار أصله تلقي الركبان، ولأنه نقص بضمن المبيع^(٧) والغبن فكان مؤثرا في الخيار كالعيب .

-
- (١) المغبون : هو المنقوص في الثمن .
 - (٢) انظر المدونة ٢٢١/٣ ، الكافي ٣٦١ .
 - (٣) سورة البقرة الآية ١٨٨ .
 - (٤) أخرجه البخاري في البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع ١٩/٣ ، ومسلم في البيوع باب من يخدع في البيع ١١٦٥/٣ .
 - (٥) أخرجه البخاري في الزكاة باب لا صدقة إلا من ظهر غنى . ١٣٩/٢ ، ومسلم في الأقضية باب النهي عن كثرة المسائل ١٣٤٠/٣ .
 - (٦) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب من بنى في حق ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ ومالك مراسلا ٧٤٥/٢ ، وأحمد ٣١٣/١ و ٣٢/٥ .
 - (٧) المبيع : سقطت من م .

باب [فى الغش والتدليس فى البيوع]

ومن أراد بيع سلعة له معيبة فعليه أن يبين ذلك ويُعلم المشتري به (١) لأنه إن كتمه ذلك فقد غشه والغش ممنوع فى الدين .

وإنما قلنا أنه غش لأن المشتري يدخل على مبيع سليم والبائع يعلم أنه لا يعلم بالعيب وإنه لا يدري إذا علم به هل يرضى أم لا فإذا كتمه فقد غشه (ولقوله صلى الله عليه وسلم : (ولا تصروا الابل والغنم) (٢)) فنهى عن التصرية لأنها غش وتدليس لأن المشتري يظن أن ذلك قدر حلابها وروى أن رسول الله (٣) صلى الله عليه وسلم مر برجل يبيع طعاما فسأله كيف يبيع فأخبره فأومأ إليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فإذا هو مبلول فقال صلى الله عليه وسلم : (ليس منا من غش) (٤) .

فصل [١ - صحة البيع الذي فيه غش]

إذا ثبت أن ذلك ممنوع فلا يمنع صحة البيع (٥) خلافا لمن ذهب إلى ذلك (٦) لحديث المصراة ، وقوله (من ابتاعها بعد ذلك فهو يخير النظرين إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من تمر) (٧) فأثبت له الخيار فدل / أن العقد طحيح ، ولأن العيب ليس فيه إلا أنه نقص من المبيع وذلك لا يوجب الفساد كما لو اشترى رزمة على أن فيها عشرة أثواب فكانت تسعة .

فصل [٢ - فى أن العيب يثبت الخيار للمشتري]

إذا ثبت أن العيب لا يفسد العقد وإنه يوجب الخيار للمشتري في أن يرد ويرجع بالثمن أو يمسك ولا شيء له ما دام (٨) المبيع قائما بحاله

(١) انظر المدونة ٢٢١/٣ ، التفريع ١٧٣/٢ ، الرسالة ٢١٢ ، الكافي ٣٤٦ .

(٢) سبق تخريج الحديث فى الصفحة ٧٩٣ (٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) أخرجه مسلم فى الايمان باب قول النبى صلى الله عليه وسلم " من

غشنا فليس منا " ٩٩/١ .

(٥) انظر المدونة ٢٢١/٣ ، التفريع ١٧٣/٢ ، الرسالة ٢١٢ - ٢١٣ ، الكافي ٣٤٦ .

(٦) وحكى من أبى بكر عبدالعزيز أن البيع باطل لأنه منهى عنه والنهي

يقتضى الفساد (المغنى ١٥٩/٤) .

(٧) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٩٣) (٨) فى ق : فإذا .

لم يفت ولم يتغير لقوله في حديث المضرة (فمن ابتاعها فهو بخير
النظرين) (١) فأثبت له الخيار، ولأن المشتري إنما بذل الثمن ليحصل له
المبيع سليماً فإذا أصابه معيباً فلم يرض ببذل الثمن في معيب فكان
له رده ، وإن اختار رد البيع والرجوع بالثمن فذلك له أن يختار
إمساكه والرجوع بأرض العيب حتى تحصل السلعة المعيبة (٢) ببعض الثمن
فليس ذلك له إلا برضى البائع .

وإنما قلنا ذلك لأن البائع دخل على أن يحصل له الثمن كله وتحصل
السلعة للمشتري فلم يجبر على أن يحصل له بعض الثمن، ولأن المشتري لا
يستحق الأرض على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه ، (وفي حديث
المصراة إن رضيها أمسكها) (٣) وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) (٤)
ولم يجعل له إمساكها مع أخذ الأرض .

فصل [٣ - إذا بذل البائع الأرض على ألا يرد]

وإذا بذل البائع الأرض على ألا يرد فلا يلزم المشتري إلا برضاه
لقوله صلى الله عليه وسلم : (فهو بخير النظرين) (٥) فأثبت له الخيار
وذلك ينفي الإيجاب على أحدهما، ولأنه يقول إنما بذلت الثمن لتحصل لي
سلعة سليمة كما أن البائع دخل على أن له كل الثمن .

فصل [٤ - سقوط الخيار إلى مال]

وإنما قلنا إن ذلك جائز مع تراضيهما خلافاً لمن منعه (٦) لأن هذا
الخيار (٧) قد سقط إلى مال لأن المبيع لو فات لكان للمبتاع الأرض فجاء
إسقاطه الآن إلى مال كخيار القصاص، ولأن الجزء الفائت لما لم
يعاوض عليه وجب له الرجوع بما يقابله فإذا تراضيا بذلك جاز، وكيفية
الرجوع بالأرض أن ينظر إلى قيمة السلعة سليمة من العيب فيقال عشرون

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٧٩٣ (٢) المعيبة : سقطت من ق .

(٣) ما بين قوسين سقط من ق .

(٤) و(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٩٣)

(٦) قال أبو حنيفة والشافعي : ليس له إلا الإمساك أو الرد (انظر

بدائع الصنائع ٢٣٠٣/٧ ، المذهب ٢٨٣/١) .

(٧) في ر : عند مالك .

إحداهما أن لمن شاء منهما أن يرد وهو قول ابن القاسم، والأخرى أنه لا يجب الرد مع اختلافهما وليس لهما تبعيض الصفقة على البائع وهو قول أشهب .

ووجه ثبوت الرد أنه بيع اجتمع (١) في أحد طرفيه عاقدان فلم يتعلق رد المعيب في حق أحدهما برده فوجب (٢) في حق الآخر أصله إذا كان البائعان رجلين والمشتري واحداً، ولأنه مبتاع وجد بما ابتاعه عيباً فلم يرض به ولم يفت فكان له رده من غير اعتبار بغيره (٣) أصله إذا انفرد به، وإن هذا العقد في حكم الصفقتين بذليل أن جملة الثمن معلومة في الجملة وإن لم يعلم في حق كل واحد منهما ولو كان في حكم الصفقة الواحدة لم يصح .

ووجه سقوط الرد أن فيه تفريق الصفقة على البائع وذلك لإضرار به وخلاف لما دخل عليه، ولأنه رد لمبيع (٤) وجب لجماعة عن عقد بيع فوجب أن لا يملك أحدهم رد ما يخصه إلا برد الباقيين أصله إذا ابتاع بالخيار شيئاً فمات فليس لورثته أن ينفرد أحدهم بالرد دون الآخرين .

فصل [٨ - ادعاء أن بالمبيع عيباً]

إذا ادعى المبتاع أن بالمبيع عيباً فلا يخلوا من أحد أمرين: إما أن يعلم بالمشاهدة كالقطع وغيره من النقص في البدن، أو أن لا يعلم بالمشاهدة كالسرقة والاباق والتزويج في العبد والأمة وما أشبه ذلك، فإن كان ممناً يعلم بالمشاهدة لزمه إيقاف البائع عليه ثم ينظر فإن كان مثله لا يحدث عند المشتري ولا يكون إلا متقدماً على وقت الشراء فله الرد ولا مقسالة للبائع لأنه قد ثبت صدقه، فإن ادعى البائع عليه الرضا فله أن يحلفه على ذلك إن لم يقيم له بينة به فإن حلف المشتري ثبت له الرد وإن نكل ردت اليمين على البائع فإن حلف سقط عنه الرد فإن نكل ثبت للمشتري وإن لم يدع البائع على المشتري الرضا لم يكن له إخلافه ولزمه رد (٥) الثمن (٦) .

(١) في م : اجتماع . (٢) فوجب : سقط من م .

(٣) في م : من غير . (٤) في م : يمتنع .

(٥) رد : سقطت من ق .

(٦) انظر المدونة ٣٠٧/٣ و ٣١٣ ، التفريع ١٧٣/٢ - ١٧٧ الكافي ٣٥٠ .

فصل [٩ - إذا كان العيب حادثا]

[١/٩١]

فإن كان مثله حادثا مما يعلم / أنه لم يكن في ملك البائع وأنه لم يحدث إلا يعد البيع فالقول قول البائع لأنه قد ثبت صدقه وكذب المشتري، فإن كان مما يمكن حدوثه (١) عند البائع وحدثه عند المشتري فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل السلامة ولزم البيع والمشتري يدعي ثبوت خيار واستحقاق فلا يقبل ذلك منه إلا ببينة (٢) وإلا حلف وسقط عنه الحكم فإن نكل حلف (٣) المشتري ووجب البينة الباردة فإن نكل فلا شيء له وإن حلف رده على البائع هذا إذا كان العيب مشاهدا والأيمان هنا على البت دون العلم لأنه يوصل إلى اليقين فيه .

فصل [١٠ - إذا كان العيب لا يعلم بالمشاهدة]

وأما إن كان مما لا يعلم بالمشاهدة كالإباق والرقيق وغيره فلا يقبل من المشتري إلا ببينة وإلا حلف البائع ثم كان الحكم على ما قدمناه .

فصل [١١ - إذا حدث عند المشتري عيب ثم ظهر عيبا كان

عند البائع]

فإن لم يظهر المشتري على العيب حتى تصرف في البيع تصرفا ينقص منه أو حدث به عنده عيب آخر فإن البائع لا يخلو أن يكون دلس أو لم يدلس : فإن كان دلس للمشتري أن يطالبه بالأرض ويتمسك (٤) بالسلعة أو يرد ويرجع بالثمن ولا شيء عليه فيما تصرف فيه أو حدث به عنده إلا أن يكون في حكم ذلك المتلف فيكون ذلك فوتا وذلك مثل أن يشتري ثوبا معيبا (٥) ، فلا يعلم به حتى يقطعه قميصا أو سراويل أو غير ذلك مما يستعمل في مثله فله أن يرده ولا شيء عليه ولو مزقه أو أتلفه بتصرف الناس بمثله لم يكن له الرد وكان له الأرض وإن كان المبيع عبدا فتلف من ذلك العيب فللمبتاع الرجوع بالثمن ولا شيء عليه (٦) من تلفه، فأما إن كان البائع لم يدلس فالمبتاع بالخيار إن شاء أن يأخذ الأرض وإن شاء أن يرد وما نقص (٧)

(١) في م : وجوده . (٢) في م : بعينه .

(٣) في م : أحلف . (٤) في م : يمسك .

(٥) معيبا سقطت من ق . (٦) عليه سقطت من ق .

(٧) انظر المدونة ٢/٢٩٤ ، التفريع ٢/١٧٥ - ١٧٦ ، الكافي ٢٥٠ - ٢٥١ .

فصل [١٢ - دليل أن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد]

وإنما قلنا أن حدوث العيب عند المشتري لا يمنع الرد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(١)، لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد من سلامة المبيع فكان له الرد إذا لم يرض بالامساك أصله إذا لم يحدث عنده عيب ولأن الرد أحد نوعي الخيار الواجب للمشتري بالعقد فلم يمنعه حدوث العيب عنده كالامساك وأخذ الأرض، ولأنه نقص حدث بالمبيع فلم يمنعه رده مع أخذ أرضه أصله **حُلب المصراة** .

فصل [١٣ - في دليل أنه يمسك ويرجع بالأرض]

وإنما قلنا أن له أن يمسك ويرجع بالأرض خلافاً لمن قال ليس له إلا أن يرد^(٢)، لأن الرد حق له والأرض حق له فلم يجبر^(٣) على أحدهما .

وإنما قلنا في التدليس أن المشتري مخير إذا تصرف في المبيع تصرفاً يجوز مثله رده ولم يلزمه أرض لأن ذلك رضا من البائع لأنه لما كتم العيب وهو يعلم أن المشتري يتصرف في المبيع ، ولا يعد ذلك منه رضا لأنه تصرف عن غير علم بالغيب ، كان راضياً به لأنه هو الذي سلطه عليه فلم يلزم المشتري أرض .

فصل [١٤ - الرد يكون مع النقص]

وإنما قلنا أنه إذا قطعه بما لا يقطع مثله لم يكن له رده إلا مع النقص لأن البائع لم يسلطه على ذلك لأنه دخل على أن يتصرف فيه تصرف مثله المعهود فإن تصرف فيه المشتري بمثل ما يتصرف في مثله فلا شيء عليه لأن البائع سلطه عليه فإن خرج عن العادة لم يكن له رده إلا مع الأرض لأن البائع لم يسلطه على ذلك ولا رضي به .

(١) مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢١/٢ ، الأم ٦٨/٣ .

(٢) قاله أبو حنيفة والشافعي (انظر مختصر الطحاوي ٧٧ و ٨٠ ، والمهذب

٢٨٣/١ - ٢٨٤ ، المفنى ١٦٢/٤) .

(٣) في ر : فلا يجبر .

فصل [١٥ - مات العبد من ذلك العيب]

(وإنما قلنا إن العبد إذا مات من ذلك العيب فلا شيء على المشتري فلأن البائع قصد أخذ مال المشتري بغير حق لأنه لم يوفه المبيع سليماً بل دفع إليه ما لم يعاوض عليه فإذا لم يرضه لم يلزمه تلفه لأنه على ملك البائع حتى يعلم رضا المشتري .

فصل [١٦ - ليس للمبتاع رد المبيع إذا لم يدل البائع]

وإنما قلنا إن البائع إذا لم يدل للمبتاع رد المبيع إذا تصرف فيه إلا مع الأرش لأن البائع لم يسلطه على التصرف (١) ولا رضي به فلم يلزمه قبوله إلا مع الأرش وسواء في ذلك إذا كان لم يعلم بالعيب أو كان علم به وأنسيه .

فصل [١٧ - إذا وجد بالمبيع عيبان]

وإذا وجد بالمبيع عيبان: أحدهما يعلم أنه قبل البيع، والآخر يمكن (٢) فيه الأمرين فالرد للمشتري بالأول واليمين عليه لأن الآخر لم يحدث عنده لأنه لم يكن (٣) مدعى عليه استحقاق الأرش .

فصل [١٨ - الفوت الذي يصيب العبد من موت وزمانه]

وهرم غيره

موت العبد وزمانته وهرمه الذي لا يبقى معه انتفاع به وعتقه وتدبيره وكتابته واستيلاد الأصة على ذلك فوت والأصل فيه أن كل ما يتعذر معه الرد فوت وكل هذا إلتلاف منه مشاهدة ومنه من طريق الحكم فأما البيع (٤) ففيه ثلاث (٥) روايات :

إحداها (٦) أنه فوت ويرجع بالأرش على البائع وإن كان المشتري لم ينقص في الثمن كان له الأرش فإن كان قد نقص فالْبائع الأول بالخيار إذا اختار أن يعطيه الأرش أو يكمل له رأس ماله .

- (١) ما بين قوسين : سقط من ق . (٢) في م : ممكن .
 (٣) في م : يكون . (٤) في م : المبيع .
 (٥) انظر المدونة ٢٩٧/٣ و ٣٠٠ ، التفريع ١٧٤/٢ و ١٧٦ ، الكافي ٣٤٨ ، المقدمات ١٠٩/٢ .
 (٦) في م : أحدها .

والثانية أنه لا شيء له إلا أن يردده (١) الثاني أو يرجع إليه بشراء أو هبة أو غير ذلك وما لم يرجع إليه أو يردده الثاني فلا شيء له على الأول .

والثالثة أنه إن كان نقص لأجل العيب رجع بقدر ما (٢) نقص على البائع وإن لم ينقص فلا شيء له إلا أن يرجع إليه .

فوجه الأولى أن المبيع إخراج له عن الملك فكان فوتها كالمعتق والصدقة وإنما قلنا أنه إن كان قد نقص فالبائع الأول مخير بين إعطائه الأرض وتكميل رأس المال لأن رده غير ممكن والذي يلزم البائع تخليصه من العيب بأي الأمرين شاء ورجحنا في التخيير لأن جنبته أقوى بتعسُّد الرد .

وجه الثانية وهي أنه لا شيء له إلا أن يرد عليه أو يرجع إليه أن الرد غير ميثوس منه فلم يكن فوتها كالرهن والغارية فسببان عاد إليه كان له رده لإمكان الرد بعد عيوده .

وجه الثالثة أنه إذا لم ينقص فلإطلاقه بينه وبين البائع (٣) ولا سيما مع تعذر الرد والأقيس (٤) من هذا كله أن يكون له الأرض لأن البائع لم يوفه ما أوجب له العقد بالجزء (٥) الفائت عنده .

فصل [١٩ - في حكم الابقاق]

الابقاق فوت (٦) خلافا للشافعي (٧) ، لأن رده يتعذر معه ويجعله في حكم الميثوس منه، ولأن الابقاق يوجب له القيمة في العيب وكذلك يجب أن يكون له الأرض في العيب .

-
- | | |
|---|------------------------|
| (١) في ق : يزده . | (٢) في ق : بما . |
| (٣) في م : وسيمما . | (٤) في ق : والا فليس . |
| (٥) في م : بالجزاء . | |
| (٦) انظر التفريع ١٦٥/٢ - ١٦٦ ، الكافي ٣٤٧ - ٣٦٣ ، المقدمات ٧٥/٢ . | |
| (٧) انظر مختصر المزني ٨٧ ، الإقناع ٩١ - ٩٢ . | |

فصل [٢٠ - في وطء المشتري للثيب]

وطء المشتري للثيب لا يمنع الرد ولا يوجب غرضا (١) خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه يمنع الرد (٢) لأن القوت هو تلف المبيع أو تغيير بدنه أو عينة (٣) أو أن يعقد عليه عقدا يخرج عن الملك لا سبيل إلى رده وكسبل هذا معدوم لأنه استمتاع كالقبلة والوطء فيما / دون الفرج ولأنها وطئت في ملك المبتاع كوطء الزوج والإكراه وخلافا لابن أبي ليلى في قوله أنه يردّها ومعها مهر المثل (٤)، لأنه وطء ملك فلم يستحق عليه عوضه أصله إذا فاتت ولأنه لم ينقص شيئا منها كالاستخدام .

فصل [٢١ في وطء المشتري للبكر]

وطء البكر لا يمنع الرد خلافا للشافعي (٥)، لما بيناه أن حدوث العيب لا يمنع الرد وليس الافتراض بأكثر من قطع بعض الأعضاء وإذا ثبت أن له أن يرد فإنه يردّها وما نقصها كسائر العيوب .

فصل [٢٢ - وجوب الرد للمشتري إذا كان المبيع على حاله]

قد بينا أن الرد واجب (٦) للمشتري إذا كان المبيع على حاله (٧) لم ينم في يد المشتري ولا نقص ولا تغيير عن (٨) صفته وسواء دلّس به البائع أو نسيه ، وبيننا أنه إذا حدث به عيب عنده فإن ذلك لا يمنع الرد ويورد معه ما نقصه العيب، فأما إذا نسي فإنه لا يخلوا النماء أن يكون منفعة أو عيبا فإن كان المنفعة مثل استخدام العبد وسكنى الدار أو إجارتها أو ركوب الدابة وما أشبه ذلك فإن هذا لا يمنع الرد بالعيب ولا شيء على المشتري فيما استعمل أو استعان ولا يلزمه رد شيء لأجله لأن هذا خراج والخراج به بالضمن .

(١) انظر التفريع ١٧٤/٢ - ١٧٥ ، الكافي ٣٤٧ - ٣٤٨ .

(٢) انظر مختصر الطحاوى ٨٠ . (٣) في م : أو عيبته .

(٤) انظر المغنى ١٦٣/٤ - ١٦٤ .

(٥) انظر الأم ٦٨/٣ ، مختصر المزني ٨٣ .

(٦) في ق : أوجب . (٧) في م : حال .

(٨) عن سقطت من ق .

والأصل فيه ما روى ابن أبي ذئب عن مخلص بن خفاف^(١) أنه ابتاع غلاما فاستعمله ثم وجد به عيبا فقاضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته فأخبره عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان^(٢)، فرد^(٣) عمر قضاؤه وقضى لمخلص برده الخراج إليه ولا خلاف في ذلك أعلمه .

فصل [٢٣ - الرد إذا كان النماء عينا]

فأما إن كان النماء عينا فإنه يختلف، أما ولادة الأمة ونتساج الماشية فإنما ترد مع الأمهات وثمرات النخل بخلاف ذلك يرد أصل النخل ولا يرد الثمرة ، (وقال أبو حنيفة الولادة والنتاج والثمرات يبطل الرد ويوجب الأرض^(٤) لأن هذه الأشياء عنده عيوب وحدث العيب يمنع على أصله الرد)^(٥) وقال الشافعي يرد الأصل وحده في ذلك كله ولا يرد الفرع^(٦) .

فدللنا على أبي حنيفة أنه نماء يحدث في يده المشتري بعد العقد فلم يمنع الرد بالعيب أصله الفلّة والكسب ولأن أكثر ما فيه أن يكون عيبا وقد بينا أن العيب^(٧) لا يمنع الرد، ولأنهم قد وافقونا أن العبد إذا أقاد عند المشتري مالا^(٨) بهية أو النكاح أو ركاز فإن ذلك لا يمنع الرد بعيب إذا وجد به، وكذلك ولادة الأمة لأنه لو كان منفعة لم يمنع الرد فكذلك إذا كان عيبا كنماء العبد .

ودللنا على الشافعي في قوله أن الولد لا يرد أن الأصول موضوعة على أن كل حكم لازم في رقبة الأم فإن الولد يتبعها فيه كولد أم الولد

(١) مخلص بن خفاف بن إيماء بن رخصة الغفاري ، لأبيه وجده صحبة ، ذكره ابن حبان في الثقات ، وقال ابن وضاح: مخلص مدني ثقة (تقریب التهذيب ٧٤/١٠ - ٧٥) .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٣٠)

(٣) في ق : مودة .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ٨٠ - ٨٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢١/٢

(٥) ما بين قوسين : سقط من هنا، ثم ورد بعد قول الشافعي في م .

(٦) انظر : مختصر المزني ٨٦ - ٨٧ ، الاقناع ٩٤ .

(٧) في م : أنه

(٨) مالا : سقطت من م .

والمكاتبة والمديرة والمعتقة إلى أجل وقد ثبت أن حكم الرد لازم في رتبة هذه الأم المبيعة من وقت البيع فيجب أن يكون ما يحدث من ولد وحكمه حكمها فيه لأنه حدث بعد استقرار وجوب الرد ولا يشبه الشمرة إذا حدثت عنده لأنها خراج وغلة لأنها ليست كخلق الأصل والولد ليس بخراج فإن كانت الشمرة في النخل وقت الشراء ردها مع الأصل .

فصل - [٢٤ - في بيع الأصول وفيها الشمر، وبيع العبد له مال]

إذا ابتاع أصل النخل وفيها شمر فإن كان لم تؤبر فهو للمبتاع وإذا أراد رد الأصل كان حكمه حكم ما حدث عنده، فإن كان قد أبر لزمه أن يرده مع الأصل عند ابن القاسم لأنه إذا أبر فليس بيع (١) بل كان واجبا للبائع إلا أنه جعل للمبتاع اشتراطه رفقا به فسقط حق الشمر (٢) .

وعند أشهب لا ترد الشمرة مع الأصل أبرت أو لم تؤبر لأنه بيع (٣) وغلة فإن كان المشتري قد سقاها وأنفق عليها لزم البائع أن يعطيه ذلك كما لو سقاها أجنبي هذا إذا كانت الشمرة (٤) قائمة فأما إن كانت الشمرة (٥) قد فاتت نظر؛ فإن كان بغير فعل منه فله أن يرد الأصل ولا شيء عليه كولد الأمة الحادث بعد العقد إذا مات ومال العبد مشروط معه إذا تلف أن له أن يرد الأمة والعبد ولا شيء عليه، وإن أتلّفها هو بأكل أو بيع فإنه يرد مثل مكيلتها عند مالك لأنها قد أخذت قسطها (٦) من الثمن وله أجر السقي والعلاج لأنها كملت بسقيه، وعند أشهب أنها غلصة لا ترجع (٧) مع الأصل اعتبارا بما لم يؤبر، فأما إذا ابتاع غنما فجوز أوصافها فينظر؛ فإن كان حين ابتاعها كان (٨) عليها صوف تام فجزه فإنه يرده معها لأنه قد دخل في البيع، وإن كان حدث عنده فليس عليه أن يرده معها سواء كان بيده أو قد فات هذا كله على قول ابن القاسم .

- | | | | |
|-----|----------------------|-----|----------------------|
| (١) | في ق : يبيع . | (٢) | في م : الثمن . |
| (٣) | في م : بيع . | (٤) | الشمرة : سقطت من ق . |
| (٥) | الشمرة : سقطت من م . | (٦) | في م : قسطا . |
| (٧) | في م : لا ترد . | (٨) | كان : سقط من م . |

فأما أشهب فإنه يقول لا يرد ذلك سواء كان موجوداً يوم الصفقة أو حدث بعدها لأنه تبع (١) ولغو فأما الألبان والسُّمُون فإنها للمبتاع لأنها غلة فإن كان موجوداً يوم العقد لم يلزم شيء إذا رد عند ابسن القاسم وأشهب لأنه يبيع غير مقصود (٢) بالبيع، وإذا ابتاع عبداً وشرط ماله رده معه في العيب وليس له انتزاعه لأنه ليس بغلة ولا خراج، وإن تلف عنده فلا شيء عليه وحكم ما أفاد من مال عند المشتري ما كان معه يوم العقد (٣) .

فصل [٢٥ - العيوب التي توجب الرد]

الذي يوجب الرد من العيوب كل عيب ينقص الثمن ويؤثر نقصاً في المبيع أو يخاف عاقبته وذلك كالجنون والجذام والبرص والعنين والخصاء والافضاء (٤) والدفر (٥) وبياض الشعر والبخر (٦) والإباق والزنا والسرقة وما أشبه ذلك (٧) ومنه ما يختص بالرائعة والمرادة للوطء كالحمل وغيره مما ذكرناه، ومنه ما يعم كالجنون وغيره بحسب ما يعلم من العادة فيما تراد له الجارية أنه يؤثر فيه وينقص الثمن لأجله أم لا، فأما عدم الخفاض فعيب في رقيق العرب لأن العادة أنهم يخفضون وليس بعيب في / رقيق العجم لأنه يعلم أنهم لا يفعلونه وهذا مما يخص (٨)

فصل [٢٦ - إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري]

إذا زال العيب بعد العقد وقبل علم المشتري نظراً فإن كان ممسكاً تتقضى عاقبته فله رد العبد به وذلك كالزوجة في العبد والزوج في الأمة فإن الطلاق لا يسقط الرد فيهما، وكذلك ما أشبهه مما لا يؤمن عوده أو ضرره، وأما ما يؤمن ذلك فيه فإذا زال فلا رد له كالدين إذا قفلاه ولم يكن في [سفه] (٩) .

(١) في م : بيع . (٢) في م : معقود .

(٣) في جملة هذه الأحكام انظر المدونة ٢٦٥/٣ ، التفريع ١٤٦/٢ و ٢١٧ ،

٢١٨ ، الكافي ٣٣٥ - ٣٣٦ .

(٤) الافضاء : هو أن يكون مسلك البول والحيز واحد (انظر الصحاح ٢٤٥٥/٦)

(٥) الدفر : بالذال المهملة - نتن الأبط وكذا الأنف (المعجم الوسيط ٢١٨/١)

(٦) البخر : نتن الفم (المعجم الوسيط ٤٠/١) .

(٧) انظر التفريع ١٧٦/٢ ، الكافي ٣٤٨ - ٣٤٩

(٨) في ق يختص . (٩) طمس في ق و م .

بَاب [في عهدة الرقيق (١)]

إذا اشترى عبداً أو أمة فعهدته ثلاثة أيام بلياليها فما أصابه فيها من حدث فمن البائع وإن شاء المشتري أخذه (٢) بعيبه بجميع الثمن له ذلك ثم له عهدة السنة بعد عهدة الثلاث من ثلاثة أدواء وهي: الجنون والجذام والبرص فما حدث به من ذلك في السنة فالخيار للمشتري (٣) في إمساكه أو رده فإن تلف منها كان من البائع (٤)، وهذا لما كان أهـل المدينة يجرون أمرهم عليه واشترطوها في إبلهم ثم يبيتوا عليه (٥) ولذلك قال مالك لا يحمل عليها أهل الأمصار إلا أن يشترطوها (٦) والكلام فيهما إنما هو على تقدير بقاء ذلك اليوم بالمدينة ولو كان العرف جارياً به في بلادنا .

وقال أبو حنيفة والشافعي كل عيب حدث بعد قبض المشتري أى عيب كان فهو منه (٧)، ودليلنا ما روى الحسن عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (عهدة الرقيق ثلاثة أيام) (٨) وروى قتادة عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم : (لا عهدة بعد أربع) (٩)، ولأن

(١) عهدة الرقيق : هي بيع الرقيق على أن ضمانه في الثلاث من يباعه ولو بالسماوى (الفواكه الدوانى ٩١) .

(٢) فى م : أجازة . (٣) فى م : لمشتريه .

(٤) انظر الموطأ ٦١٢/٢ ، المدونة ٣٣٣/٣ ، التفریع ١٧٧/٢ ، الرسالة ٢١٦ ، الكافى ٣٥٢ .

(٥) حكى عمل أهل المدينة : المنتقى ١٧٣/٤ ، البيان والتحصيل ٢٤٨/٨ ، ترتيب المدارك ٢٨/١ .

(٦) الموطأ ٦١٢/٢ .

(٧) انظر المبسوط ٩٣/١٣ ، المذهب ٢٥٨/١ .

(٨) أخرجه أبو داود فى البيوع باب فى عهدة الرقيق ٧٧٦/٣ ، وابن ماجه فى التجارات باب عهد الرقيق ٧٥٤/٤ وأحمد ١٥٢/٤ والحاكم ٢١/٢ ، والحديث رواه الحسن واختلف عليه فيه فمرة قال عن سيرة ومرة قال عن عقبة (مجمع الزوائد ١١٠/٣) .

(٩) أخرجه ابن ماجه فى التجارات باب عهد الرقيق ٧٥٤/٢ ، وأبو داود فى البيوع باب فى عهد الرقيق ٧٧٦/٣ والبيهقى ٣٢٣/٥ وأحمد ١٥٢/٤ ، والحديث مختلف فيه أيضا (مجمع الزوائد ١١٠/٤) .

ذلك إجماع أهل المدينة نقلاً لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم فـسـى
العهد فقال : ما أجد لكم شيئاً أوسع مما جعل النبي صلى الله عليه
وسلم لحبان بن منقذ فإنه جعل له عهدة ثلاثة أيام فيما اشترى إن رضي
أخذه وإن سخط ترك^(٢).

وقال محمد بن يحيى بن حبان^(٣) ما جعل ابن الزبير عهدة الرقيق
ثلاثة أيام إلا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمنقذ بن عمرو^(٤) :
(وأنت بالخيار ثلاثاً)^(٥)، وروى مالك عن عبد الله بن أبي بكر^(٦) أن إبان
بن عثمان^(٧) وهشام بن اسماعيل^(٨) كان يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق
في الثلاثة الأيام من حين يشتري العبد أو الوليدة^(٩)، وهو قول عمر بن
عبد العزيز وأبي الزناد والزهرى ورووه عن المشيخة السبعة^(١٠)، فأما عهدة

-
- (١) في م : رسول الله .
(٢) أخرجه البيهقي ٢٧٤ / ٥ ، وتفرّد بهذا الخبر ابن لهيعة .
(٣) محمد بن يحيى بن حبان : بفتح المهملة وتشديد الموحدة ، ابن منقذ
الأنصاري ، المدني ، ثقة فقيه من الرابعة مات سنة إحدى وعشرين
ومائة (تقريب التهذيب ٥١٢) .
(٤) والحديث ورد في حبان بن منقذ وليس منقذ بن عمرو كما جاء في
متن الكتاب .
(٥) أخرجه الحاكم ٢٢ / ٢ ، والبيهقي في المعرفة ، والدارقطني ٥٤ / ٣ .
(٦) عبد الله بن أبي بكر : بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري المدني
ثقة من الخامسة مات سنة خمس وثلاثين ومائة (تقريب التهذيب ٢٩٧) .
(٧) إبان بن عثمان بن عفان الأموي ، أبو سعيد وقيل أبو عبد الله مدني ،
ثقة من الثالثة مات سنة خمس ومائة (تقريب التهذيب ٨٨٧) .
(٨) هشام بن اسماعيل الدمشقي العطار ، أبو عبد الله ، الزاهد
القدوري ، ثقة توفي سنة سبع عشر ومائتين (العبر ٣٧٢ / ١) .
(٩) الموطأ ٦١٢ / ٢ .
(١٠) أبو الزناد : عبد الله بن ذكوان القرشي ، أبو عبد الرحمن
المدني ، المعروف بابي الزناد ثقة فقيه من الخامسة مات
سنة ثلاثين ومائة وقيل بعدها (تقريب التهذيب ٣٠٢) .
(١١) يريد بذلك الفقهاء السبعة وهم : سعيد بن المسيب ، وعروة بن
الزبير والقاسم بن محمد ، وخارجة بن زيد ، وعبيد الله ، وسليمان
بن يسار ، وأبو سلمة (انظر الجواهر المضية ٥٤٨ / ٤) .

السنة من الادواء الثلاثة وإنها تكمن في البدن فتظهر في السنة فإذا ظهرت قبل كمال السنة علم أن أصلها كان عند البائع، وإذا حدثت بعده علم أنها حدثت في ملك المشتري .

فصل [١ - البيع بشرط البراءة]

(٢) اختلف قول مالك في البيع بشرط البراءة (١) فعنه فيه ثلاث روايات إحداها أنه جائز ويبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه وكتمه واشترط البراءة منه وهذا في الرقيق دون غيره من الحيوان والعروض وهذه الرواية هي المعتبرة وعليها النظر .

والثانية أن ذلك جائز في الرقيق وسائر الحيوان .
والثالثة أن بيع البراءة غير نافع ولا يبرأ إلا مما (٢) يقف المشتري عليه ويريه إياه .

فوجه القول بأن شرط البراءة جائز قوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ (٤) ولأن ابن عمر باع غلاماً له بثمان مائة درهم بالبراءة فقال المبتاع : به عيب لم تسمه فقال ابن عمر (بعت بالبراءة فاختصما إلى عثمان فقضى عليه أن يحلف لقد باعه العبد وما به داء يعلمه (٥) موضع الدليل) (٦) أن ابن عمر باع بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيب لا ينفع (٧) ولم يخالف عليه أحد، ولأنه شرط البراءة من عيب لم يدلس به ولا كتّمه فأشبهه إذا أراه إياه، ولا يدخل عليه العروض لأننا اعتلنا للجواز في الجملة .

فصل [في عدم البراءة مما علم من العيوب]

ودليلنا على أنه لا يبرأ مما علم خلافاً لأبي حنيفة (٨) ، لقوله صلى

(١) البيع بشرط البراءة : عرفها ابن عرفة بقوله : ترك القيام بعيب

قديم ، وقال ابن أبي زمنين : ترك القيام بكل عيب (انظر حدود

ابن عرفة - مع شرح الرصاع ٢٧٢/٤ - ٢٧٣) .

(٢) انظر الموطأ ٦١٣/٢ المدونة ٢٣٥/٣ - ٢٣٧ ، التفريع ١٧٩/٢ ، الكافي ٣٤٩ .

(٣) في ق : أن (٤) سورة المائدة الآية ١ .

(٥) انظر الموطأ ٦١٣/٢ (٦) ما بين قوسين سقط من ق .

(٧) في م : لا تقع .

(٨) انظر مختصر الطحاوي ٨١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢٠/٣ - ٢١ .

الله عليه وسلم : (إذا بعث فقل لا خلافة)^(١) وهذا موجود في مسألتنا ، وما روينا من حديث عثمان وابن عمر ، ولأنه عيب وجد بالمبيع لم يوجد رضا به ولا إبراء لبائعه على أنه عالم به فلم يلزم المشتري أصله . إذا لم يشترط البراءة منه .

فصل [٣ - وجه التفرقة بين الرقيق وغيره]

وجه التفرقة بين الرقيق وغيره من الحيوان : أن الرقيق يقدر على إخفاء ما بهم من العيوب وكتمانها فلا يصل المالك إلى علم ذلك فجوز له البيع بالبراءة للأمانة الدالة على صدقه في عدم علمه بعيب إن كان به وسائر الحيوان بخلافهم لأنه لا قدرة فيها^(٢) على كتم عيوبها فالبايع والمشتري يتساويان في ذلك فلم يجز له البيع بالبراءة إلا ما يسميه له .

وجه التسوية بينهما أن العيب قد يخفي ويستتر في الحيوان فلا يكاد يقف عليه إلا أهل الطب والبيطرة فجاز للمالك بيع البهيمة بشرط البراءة كجوازه في الرقيق .

وجه قوله أن شرط البراءة لا يبرأ مما يوجد فيها بعد نهيه على الله عليه وسلم عن بيع الغرر^(٣) وهذا منه ، ولأن شرط البراءة معنى يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح مع الجهالة وإمكان التحرز في الغالب أصله الأجل ، ولأن منع ذلك حسم للباب ، ولأنه إذا وجد بالمبيع عيب أمكن أن يكون عالماً به فيجد فيصير ذلك طريقاً إلى نفوذ حكم التدليس على المشتري وإلزامه بإياه والأول أصح .

فصل [٤ - في اشتراط البراءة من الحمل]

شرط البراءة من الحمل جائز عندنا في الوخش^(٤) والتي لا تراد للوطء وغير

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٩٥)

(٢) في م : فيهم .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٧٣٤)

(٤) الوخش : هي الدنية وصغار ورذالة الرقيق (انظر المصباح المنير

جائز في المرتفعات (١) إلا في الحمل الظاهر (٢)، والفرق أن ذلك فسي المرتفعات غرر لأن الأمة المرتفعة المتخذة للتسري المرغوب فيها للحسن والجمال ينقص الحمل ثمنها ويضعها وضعا بينا وربما أتى علي معظم قيمتها، فإذا لم يكن ظاهرا فإن البائع والمشتري / يدخلان على غرر ظاهر (٣) لأنها إن لم تكن حاملا فقد وضع البائع حقه خيفة (٤) أن تكون حاملا، وإن كانت حاملا فالمشتري قد دفع الثمن رجاء أن لا تكون حاملا وكبل ذلك غرر، ولأن السنة مع الجواز (٥) على المواضعة، وعليه مضى السلف: إذا ظهر الحمل زال الغرر ودخل كل واحد على بصيرة وعلم ما يزيده في الثمن وينقصه، ولأنه لا موضع حينئذ للمواضعة، فأما الوخش فإن الحمل لا يضع منهن ولا يبطل شيئا من أثمانهن بل لعله يزيد فيها فجاز شرطه البراءة منه لقلّة الغرر فيه .

فصل [٥ - في كون العبد يملك]

العبد يملك عندنا (٦) خلافا لأبي حنيفة والشافعي (٧) ، لقوله تعالى: ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ﴾ (٨) والفقر والغنى من صفات المالكين لأن من لا يصح عليه الملك لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر (٩)، وقوله: ﴿ أولم يروا أنا خلقناهم لهم مما عملت أيدينا أنعاما فهم لها مالكون ﴾ (١٠) فالمقصد من هذا التنبيه على الصانع تعالى وعمومه الحر والعبد كما أن التنبيه عام فيهما، وقوله صلى الله عليه وسلم: (من باع عبدا وله مال) (١١) وهذه لام التمليك فهي محمولة على حقيقتها ، ولأنه آدمي حي كالحر، ولأن الرق حال من أحوال الآدمي الحي فصح أن يملك معها كالحرية، ولأن المملوكات

(١) المرتفعة هي الجارية التي تراد للنكاح .

(٢) انظر المدونة ٣/٣٣٦ ، الكافي ٣٤٩ .

(٣) ظاهر : سقطت من م . (٤) خيفة : سقطت من م .

(٥) في ق : بيع الجوارى وهو خطأ .

(٦) انظر التفريع ٢/١٧٩ ، الكافي ٣٣٦ .

(٧) انظر المذهب ١/٢٦٧ . (٨) سورة النور الآية ٣٢ .

(٩) في م : والفقر . (١٠) سورة يس الآية ٧١ .

(١١) أخرجه البخاري في المساقاة والشرب باب الرجل يكون له ممر ٣/٨١ ،

ومسلم في البيوع باب من باع بخلا عليها ثمر ٣/١١٧٣ .

ضربان : أعيان ومنافع وقد ثبت أن العبد يملك المنافع كموطأ زوجته وغير ذلك فكذا الأعيان، ولأن من صح أن يملك في حال صح أن يملك في كل حال اعتبار بالحر عكسه البهائم لمالم يصح أن يملك في حال لم يصح أن تملك في كل حال .

فصل [٦ - في أن ملك العبد ناقص غير تام]

إذا ثبت أنه يملك فإن منكره ناقص غير تام ولا مستقر ليس له أن يتصرف فيه إلا بأذن سيده، وليس له انتزاعه منه ما لم يتعلق به حق للغير على ما ذكره في باب المأذون، فإن باعه السيد وله مال: فإن شرطه المبتاع لكان للعبد بالشرط، وإن سكت عن ذكره فهو للبائع لقوله صلى الله عليه وسلم (من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)^(٢)، وسواء كان عينا أو عرضا، ثم يكون المشتري فيها كالبائع إن شاء أقره في يده وإن شاء انتزعه، وله أن يطاء بملك اليمين إذا وهبه السيد أمة أو أدن له في ابتياعها .

فصل [٧ - مال العبد المعتق]

ومال العبد تابع له في العتق^(٣) إلا أن يشترطه المالك لقوله صلى الله عليه وسلم : (من أعتق عبدا فماله له إلا أن يستثنيه سيده)^(٤) فاختلف عنه في الوصية والهبة فعنه فيه روايتان^(٥) :

إحداهما أنه للواهب، والأخرى أنه تابع للعبد، وإنما اختلف ذلك لاختلاف التعليل في البيع والعتق: فمن أصحابنا من علل البيع بأنه عقد معاوضة فلذلك كان مال العبد لمن خرج عن ملكه وعلل العتق بأنه إخراج الملك عن غير عوض فلذلك كان مال العبد تابعا له، فعلى هذا يجب

(١) انظر الموطأ ٦١١/٢ ، التفريع ١٧٩/٢ ، الرسالة ٢١٨ ، الكافي ٣٣٦ .

(٢) سبق تخريج الحديث قريبا . (٣) في م : بالعتق .

(٤) سبق تخريج الحديث قريبا . (٥) انظر الموطأ ٦١٢/٢ ، الرسالة ١٨ .

أن يكون في الوصية والهبة المال للعبد دون الموصى والواهب لأنه
 خروج ملك عن غير عوض كالعتق، ومنهم من علل البيع بأنه خروج ملك إلى
 مالك (والعتق بأنه خروج ملك إلى غير مالك)^(١) فعلى هذا لا يكون
 في الهبة والوصية تابعا للعبد لأنه خروج ملك إلى مالك .

(١) ما بين قوسين سقط من م .

باب [التفرقة في البيع بين الأمة وولدها]

لا يجوز التفرقة بين الأمة (١) وولدها في البيع، ويفسخ ذلك إن وقع (٢) خلافا لأبي حنيفة (٣)، لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا توله والدته عمن ولدها) (٤)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته) (٥) يوم القيامة (٦)، ولأنه بيع منع منه لحق الله تعالى في أحكام المبيع فكان باطلاً أملاً بيع الخمر .

فصل [١ - في وقت جواز التفرقة بين الأمة وولدها]

فإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما فلا يجوز البيع أيضاً لأن المنع من ذلك لحق الله تعالى فلا يسقط بإسقاط الأدمى، وفي حد التفرقة روايتان : الإثفار (٧) لأنه يستقل عن ذلك بنفسه ولا يستتر بفراق أمه كاحتلام، والأخرى البلوغ لأنها حال صغر اعتباراً بما قبل الإثفار .

فصل [٢ - في التفرقة بين الأب وولده]

ويفرق بينه وبين الأب لأنه لا يستتر الطفل بمفارقة الأب كاستقراره بمفارقة الأم، ولأن الأم أولى بذلك لأن حق الحضانة يثبت لها دون الأب .

فصل [٣ - في عدم التفريق بين الأمة المسبية وبين

ولدها]

لا يفرق بين الأمة المسبية وبين ولدها لعموم الأخبار، ولأن المعنى في المسبية وغيرها سواء، ويقبل قولها في أنه ولدها لأنه لا ضرر علينا في ذلك إلا في التوارث فلا يقبل .

(١) في ق : الأم .

(٢) انظر الموطأ ٦١٦/٢ ، التفريع ١٧٩/٢ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ٨٥ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني .

(٤) ٢٠/٢ - ٣١ .

(٥) أخرجه البيهقي ٥/٨ من حديث أبي بكر بسند ضعيف وأبو عبيد في غريب الحديث من مرسل الزهري وروايه عنه ضعيف والطبراني وابن عدى (انظر تلخيص الحبير ١٥/٣) .

(٦) في ق : من أحبه .

(٧) أخرجه الترمذي في البيوع باب في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع ٥٨٠/٣ ، وأحمد ٤١٣/٥ والدارقطني ٦٧/٣ ، والحاكم ٥٥/٢ وقال صحيح على شرط مسلم .

(٨) الإثفار : هو اثبات الأسنان (لسان العرب ١٠٣/٤) .

باب [التصريفة]

التصريفة عيب وتدليس إذا قصد به البائع التدليس والمصراة هي: الشاة أو الناقة أو البقرة يجمع اللبن في ضرعها ليعظم (١) فيظن المشتري إذا حلبها أن ذلك قدر حلابها ، والتصريفة في اللغة الجمع ، يقال صريت الماء في الحوض إذا جمعته (٢) ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فاقبلت امرأته في صرة ﴾ (٣) قيل جمع من النساء (٤) ، فمن ابتاع مصراة ثم علم بذلك بحلابها فهو بالخيار إن شاء أمسكها بعيبها وإن شاء ردها ورد صاعا من تمر للبن الذي حلبه منها (٥) ، وقال أبو حنيفة ليست التصريفة بعيب ولا يثبت بها حق رد واللبن الذي في الضرع لا قسط له من الثمن (٦) .

ودليلنا أنها عيب قوله صلى الله عليه وسلم : (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعا من ثمر) (٧) ففيه أدلة : أحدها أنه نهى عنه فدل على أنها تدليس ، والثاني أنه أثبت للمبتاع الخيار ، والثالث أنه أوجب عليه إذا ردها صاعا من تمر وعندهم لا يجب وفيه دليل على أن اللبن يأخذ قسطا من الثمن ، ولأن قيمة الشاة التي تحلب عشرة أرتال أكثر من قيمة الشاة التي تحلب خمسة أرتال والرغبة في إحداها أزيد فصارت التصريفة تدليسا (٨) بالعيب فكان للمشتري أن يرد ، وليس يمكنه الحلب من الرد كما لو ابتاع ثوبا وقد دلس البائع فيه فلم يعلم حتى قطعه لكان له الرد .

[١/٩٣]

-
- (١) ليعظم : سقطت من ق .
 - (٢) قال ابن فارس : الصاد والراء والحرف المعتل أضل واحد صحيح يدل على الجمع يقال صرى الماء يصريه إذا جمعه (معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٤٦) .
 - (٣) سورة الذاريات الآية ٢٩ .
 - (٤) انظر أحكام القرآن - القرطبي - ٤٦/١٧ .
 - (٥) انظر المدونة ٣/ ٢٨٧ ، المقدمات ٢/ ١٠٢ ، الكافي ٣٤٦ .
 - (٦) انظر مختصر الطحاوي ٧٩ .
 - (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة .
 - (٨) في م : عيبا .

فصل [١ - في البيع الفاسد]

إذا ابتاع شيئا بيعا فاسدا فسخ البيع ورد الثمن على المبتاع: فإن تلف في يد البائع فتلفه منه لأنه على ملكه لم ينتقل عنه، فإن قبضه المبتاع وتلف في يده فضمانه منه لأنه لم يقبضه على الأمانة وإنما قبضه لشبهة العقد فضمنه، فإن كان مما له مثل ضمنه بمثله، وإن كان مما لا مثل له ضمنه بقيمته يوم القبض لا يوم العقد لأنه لم يضمنه بالعقد فيعتبر يوم العقد، وإنما يضمن يوم العقد ما يكون عقده صحيحا لا فاسدا، وإن كان المبتاع استغله (١) واستخدمه لم يلزمه شيء لذلك لأن الضمان منه فكان الخراج له ، والعقد فاسد لأنه لا يمكن رده معه لأنه ينفذ في شبهة العقد كنفوذه في العقد الصحيح لقوته وتغليبها ، وحوالة الأسواق فوت لأن فيه ضررا على البائع أن تتخذ السلعة منه وهي تساوي مائة وترد عليه وهي تساوي عشرين، والعيوب في البسطن فوت أيضا .

وقد اختلف أيضا (٢) عنه هل هذا حكم جميع المبيعات الفاسدة أو حكم نوع منها فعنه في ذلك روايتان (٣) :

إحداهما أنه حكم جميعها وهي رواية ابن نافع، والأخرى أنه ما اتفق على فساده وتحريمه كالربا والغرر وغير ذلك ، فأما ما اختلف في تحريمه فإنه إذا مات أمضى بالثمن .

فوجه الأولي أنه مبيع فاسد كالربا، ولأن الاتفاق لا مزية له على الاختلاف في الحكم بفساد العقد ما لم يفارق الاختلاف حكم الحاكم .

ووجه الثانية أن الاختلاف يقتضي شبهة للقابض فكان الثمن أولى من القيمة لأن الثمن متفق عليه مع الشبهة التي ذكرناها، وكان الفوت مشبها بحكم الحاكم بصحته والأول أقيس .

(١) في ق : استعمله .

(٢) أيضا : سقطت من م .

(٣) انظر : المدونة ٢٠٦/٣ - ٢٠٩ ، التفريع ١٨٠/٢ ، الرسالة ٢١٥ ،

الكافي ٣٥٤ - ٣٥٧ ، المقدمات ٦١/٢ - ٦٥ .

فصل [٢ - في تقسيم البيع الجائز الى مساومة ومراوحة]

البيع جائز مساومة ومراوحة، فالمساومة: ألا يخبر برأس ماله بل يبيع السلعة بما يسوم بها ويوافقه المبتاع عليه من مقدار الثمن، والمراوحة: أن يخبر برأس ماله (١) ويلتمس الربح على حساب معلوم مثل أن يقول رأس مالها مائة ويبيعها (٢) بربح كل عشرة واحدا أو اثنين أو غير ذلك مما يلتمسه، وكله جائز (٣) لقوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٤)، ولأن الغرض أن يكون الثمن معلوما فعلى أي وجه أوقعه جاز، وإذا ثبت هذا فقد ينفرد رأس المال من شيء يتبعه وقد ينضم إليه شيء يتبعه كالقسارة والخياطة والصيغ والطي والشد والسمسرة والكراء وغير ذلك فإن انفرد رأس المال عن شيء يتبعه (٥) لم يلزم سواء وما قدر من الربح له، وإن انضم إليه شيء من ذلك لم يخل من أحد امرين :

إما أن يخير البائع (٦) برأس المال وما لزمه ويشترط ضمه إلى رأس المال وطلب الربح لكل فهذا يكون له ما اشترطه لأن المشتري قد رضى بذلك، وكان البائع قال ابتداء لا أبيعها إلا بكذا فرضي المبتاع فيجوز .

وأما أن يطلق العقد ويسكت عن اشتراط ضم هذه التوابع إلى رأس المال وعن اشتراط ربح لها فهذا ينظر فيه: فيضم إلى رأس المال كل ما له عين قائمة في المبتاع مثل القسارة والخياطة والصيغ والطرز ويحسب لها بقسطها من الربح لأنها جارية مجرى أصل المبتاع، وما عدى ذلك من شيء وطي وسمسرة فلا يضم إلى رأس المال فلا يحسب له ربح لأنه ليس بمؤثر في المتاع ولا المبتاع مضطر إليه حتى يمكن حصوله إلا به لأن التاجر يفعل له ترفيها لنفسه عن التعب فليس له أن يلزم بذلك المبتاع مؤنة رائدة

-
- (١) في ق: برأس المال . (٢) في ق: وأن يبيعها .
 (٣) انظر الموطأ ٢/٦٦٨ - ٦٦٩ ، المدونة ٢/٢٤٤ - ٢٥٠ ، التفريع ٢/١٨١ ، الكافي ٣٤٤ - ٣٤٥ .
 (٤) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .
 (٥) عن شيء يتبعه : سقطت من ق .
 (٦) البائع : سقطت من ق .

إلا أن يعلم أن شراء ذلك المتاع لا يمكن أن يتولاه من يشتريه إلا بوسيط
 وسمسار والعادة جارية بذلك فيحسب في رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه
 ليست له عين قائمة مؤثرة في المتاع، ويحسب نقل المتاع من بلد
 إلى بلد، فأما كراء المنزل فإن كان التاجر اكتراه ليسكنه ويأوى فيه^(١)
 إلى وقت انصرافه فالمتاع تباع^(٢) فلا يحسب النفقة على نفسه طول
 مقامه، وإن كان اكتراه ليحرز المتاع فيه ولولا ذلك لم يحتج إليه
 فإنه يحسب بغير ربح يضرب له على ما ذكرناه .

(١) فأما كراء المنزل : سقط من م .

(٢) في م : بيع .

باب [إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن]

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن : ففيها ثلاث روايات (١) :
 إحداها أن التحالف والتفاسخ واجب بينهما على أي وجه كان
 سواء كانت السلعة في يد البائع أو المشتري باقية أو تالفة إلا أن
 يرضى المشتري أخذها بما يدعيه البائع وهو قول أشهب والشافعي (٢) .
 والثانية أنه إن كانت السلعة لم تقبض تحالفا وتفاسخا وإن كانت
 قد قبضت فالقول قول المشتري مع يمينه وهي رواية ابن وهب .
 والثالثة أن السلعة إن كانت باقية لم تفت ولا تغيرت فني بـدون
 ولا سوق وإن كانت قد قبضت فإنهما يتحالغان ويتفاسخان، وإن تلفت أو
 تغيرت بما ذكرناه فالقول قول المشتري مع يمينه وهذه رواية ابن القاسم
 وهو قول أبي حنيفة (٣) .

فوجه قوله انهما يتحالغان ويتفاسخان على كل وجه قوله صلى الله
 عليه وسلم : (إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ويتردان) (٤)
 وروي (يتحالغان ويتفاسخان) (٥) فعم ولم يخص، ولأن الاختلاف في ثمن
 المبيع يوجب التحالف أضله قبل القبض، ولأنه لما كان القول قول المالك
 في أصل البيع إذا قال بعثتها وقال الآخر وهبتها كان القول قوله
 أيضا في صفة ذلك الشيء ما أمكن .

ووجه اعتبار القبض دون الفوات أن الأصول موضوعة على أن اليمين
 في جنبة أقوى المتداعيين سببا، والمشتري بعد القبض أقوى سببا لما دفع
 إليه السلعة / واعتمنه عليها إذا لم يشهد عليه ويتوثق منه وجب أن [٩٣/ب]

(١) انظر المدونة ٢/٢٤٥ ، التفريع ٢/١٨٢ ، الكافي ٢٤٥ .

(٢) انظر مختصر المرنى ٨٦ - ٨٧ .

(٣) انظر مختصر الطحاوي ٨٢ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني ٢/٢٢ - ٣٣ .

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع باب إذا اختلف البيعان ٣/٧٨٣ والنسائي
 في البيوع باب خلاف المتبايعان في الثمن ٧/٢٦٦ ، وابن ماجه في
 التجارات باب البيعان يختلفان ٢/٧٣٧ ، والترمذي في البيوع باب ما
 جاء إذا اختلف البيعان ٣/٥٧٠ وأخرجه الحاكم ٢/٤٥ وقال صحيح
 الاسناد .

(٥) في م : تحالفا وتفاسخا .

يكون القول قوله كما كان للذى الشئ في يده من المتداعيين القول مع يمينه .

وجه اعتبار الفلوات والتغيير قوله صلى الله عليه وسلم : (إذا اختلف المتبايعان بالقول ما قال البائع فإن استهلك فالقول قول المشتري) وروي (والسلعة قائمة تحلفا وترادا)^(١)، ولأن التحالف سبب يثبت به فسخ البيع فسقط بتلف المبيع كالأقالة، ولأننا لو أوجبنا التحالف في هذا الموضع لكنا قد أوجبنا على المشتري القيمة وربما كانت أضعاف ما يدعيه البائع من الثمن فيكون قد ألزمناه ما لم يدعه عليه خصمه .

فصل [١ - ففة المسألة السابقة]

إذا ثبت هذا ففة المسألة على الروايات^(٢) الثلاث: أن الاختلاف لا يخلوا أن يكون قبل القبض أو بعده: فإن كان قبله فإنه يتخالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع باليمين فيحلف أنه لم يبع السلعة إلا بما ادعاه، فإن حلف قيل^(٣) للمشتري: إما أن تحلف على ما أدعيت ويفسخ البيع بينكما وإلا ألزمناكما بما حلف البائع عليه: فإن حلف سقط عنه ما ادعاه البائع وفسخ العقد، فإن نكل لزمه البيع بيمين البائع ويكون له بما يدعيه البائع نكل البائع أولاً نقلت اليمين إلى المشتري فإن حلف وجبت له ما يدعيه فإن نكل فاختلف فيه : ف قيل يترادان وقيل يكون القول قول البائع .

فوجه التراد أنهما قد استويا في الحال كما لو حلفا لأنه ليس أحدهما أرجح من الآخر .

وجه ترجيح البائع أنه أقوى سببا من المشتري لأن المشتري قد أضعف نفسه بنكوله هذا كله إذا كانت السلعة لم تقبض فأما إذا قبضت فعلى رواية اعتبار القبض تعرض على المشتري فإن حلف وجبت له حلف باليمين وقوة السبب وإن نكل ردت اليمين على البائع فإن حلف ثبت له ما يدعيه بنكول المشتري ويمينه، وإن نكل فقد ذكر الخلاف وترتيب الرواية الأخرى على مثل هذا .

(١) أخرجه الدارقطني ٢١/٣ لكن فيه من لا يعرف ، وانظر تخريج الأحاديث السابقة ، وقال الحافظ ابن حجر أن رواية التحالف لا ذكر لها في شئ من كتب الحديث (تلخيص الحبير ٣١/٣) .

(٢) في م : على الصفات . (٣) في م : قبل .

فصل [٢ - إذا كان الاختلاف في البيع]

وإن كان الاختلاف في البيع فادعى البائع أنه حال وادعى المشتري التأجيل فينظر^(١): فإن كان العرف جارياً في موضعها بأن ذلك النوع لا يباع إلا نقداً لا نساءً فاليمين على مدعى العرف لقوة سببه والقبض غير مؤثر، فإن كانا لم يفترقا: فقليل القول قول البائع (لأن العرف لا يثبت حال التبائع لأن تقدم النقد على العقد وتأخره على وجه واحد، وقيل القول قول المشتري)^(٢) لأن العرف في الجملة شاهد له، فأما إن لم يكن لذلك^(٣) النوع المبيع عرف من تعجيل أو غيره وادعى المشتري أجلاً يشبهه فقليل القول قول المشتري مع يمينه بعد القبض كالإختلاف في المقدار وهذه رواية ابن وهب، وقيل القول قول البائع فهو قبل القبض وإن تصادقا في الأجل واختلفا في مدته فكالقول في الاختلاف في مقدار الثمن سواء، فأما الاختلاف في عين الثمن وجنسه فإنهما يتحالفان ويترادان والقبض لا يؤثر لأن^(٤) عين الثمن لا يقع فيها اشتман وفيه نظر، وفروع هذا الباب تطول^(٥).

(١) في ق: فانظر . (٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) في م: في ذلك .

(٤) لا يؤثر القبض لأن: سقطت من م .

(٥) انظر: الكافي ٣٤٠ - ٣٤١ .

باب [فى الاستبراء]

ومن وطء أمه ثم أراد بيعها فعليه أن يستبرئها (١) قبل البيع، وعلى المشتري أن يستبرئها قبل أن يوطأها (٢)، وقال أبو حنيفة والشافعي الاستبراء على المشتري ويستحب للبائع (٣)؛ وحكي عن عثمان البتسى (٤) أنه يلزم البائع ولا يلزم المشتري (٥)، ودليلنا على وجوبه على البائع أنه إذا وطئها جاز أن تكون حاملا من ذلك الوطء فيكون بائعا لوليسده وم دخلا للشبهة في النسب لأن المشتري قد يبادرها فيوطأها قبل الاستبراء (٦) ولأنه أحد المتبايعين فلزمه كالمشتري، ولأن المشتري إنما لزم نفسه الاستبراء لحفظ مائه لئلا يدخل ماء على ماء غيره فالبائع يلزمه من حفظ مائه ما يلزم المشتري .

فصل [١ - دليل وجوب الاستبراء]

ودليلنا على وجوبه على المشتري خلافا للبتى قول النبى صلى الله عليه وسلم : (لا توطأ حامل حتى تفزع ولا حائل حتى تحيض) (٧)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي مائه زرع غيره) (٨)، ولأنه لا يأمن أن تكون حاملا فيكون بوطئه مدخلا للشبهة في النسب فلزمه الاستبراء، وكذلك لا يحل له تنويع الوطء من اللمس للذة والقبلة لأن حالها مترددة بين أن تكون مملوكة له وهو أن لا يظهر بها حمل وبين أن تكون أم ولد لغيره .

(١) الاستبراء : فى اللغة الاستقصاء والبحث عن كل أمر غامض، وشرعا : الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب (الفواكه الدواني ٦١/٢) .

(٢) انظر المدونة ٣٤٥/٢ - ٣٤٦ ، التفريع ١٧٨/٢ ، الرسالة ٢٠٧ - ٢٠٧ ، الكافى ٣٠٠ .

(٣) انظر مختصر الطحاوى ٩٠ ، مختصر المزنى ٢٢٥ .

(٤) عثمان البتسى : هو أبو عمر وعثمان بن مسلم البتسى ، فقيه البصرة حدث عن أنس بن مالك والشعبى عابوا عليه الافتاء بالرأى ، ت ١٤٣هـ (سير أعلام النبلاء ١٤٨/٦ ، تقريب التهذيب ٣٨٦) .

(٥) انظر المغنى ٥٠٩/٧ . (٦) فى م : أن تستبرى .

(٧) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٠٤) .

(٨) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٠٤) .

فصل [٢ - بم يكون الاستبراء ؟]

والاستبراء خيضة لقوله صلى الله عليه وسلم: (حتى تحيض)^(١) فأطلق، ولأن الغرض براءة الرحم ، وذلك يحصل بالمرة، وتفارق الحرة لأن الزيادة لحرمة الحرية فان اتفقا على استبراء واحد جاز لأن الغرض يحصل، ويستحب أن توضع على يدى امرأة من عدول النساء لأن ذلك أصون لها وأحفظ ويكره أن تكون عند المشتري لئلا يتعجل بوطئها .

فصل [٣ - إذا وطئت الأمة المبيعة قبل أن تستبرا]

إذا وطئ الأمة سيدها ثم باعها قبل أن يستبرئها فوطئها — المشتري قبل أن يستبرئها^(٢) فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطئ الأول أو الثاني نظر إليه القافة فبأيهما الحقوه لحق فإن الحقوه ببائعها أنفسخ بيعها وإن الحقوه بمشتريها لم يبعها وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لوطئ^(٣) الثانى وهو ستة أشهر من وطئ الأول فهو للأول دون الثانى .^(٤)

وأما ولد الزوجة فالظاهر من قول مالك أنه لا يحكم فيه بالقافة وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي يعقوب الراوى أن ابن وهب روى عن مالك أنه يحكم فيه بالقافة كولد الأمة^(٥)، وقد بينا أن الحكم بالقافة إنما هو في وطئ الرجلين الأمة في طهر واحد إذا أتت / به لما يشبه أن يكون منهما^(٥)، وعند أبي حنيفة أن الحكم بالقافة باطل ولا يراعى الشبه قال: فإذا تنازع الولد رجلان لحق بهما وكان ابنا لهما يرثانه ويرثهما وكذلك عشرون وثلاثون رجلا لو ادعوه إن أمكن ذلك^(٦) .

وقال الشافعى يحكم القافة فى ولد الأمة والحرة^(٧)، ودليلنا على وجوب الحكم بالقافة ما روى عن عائشة أنها قالت دخل رسول الله صلى

(١) سبق تخريج الحديث فى الصفحة (٧٠٤) .

(٢) فى م : يشتري . (٣) فى م : من وطئ .

(٤) انظر الموطأ ٧٣٩/٢ - ٧٤٠ ، المدونة ٢٤٧/٢ - ٢٥٩ ، التفریع ١٧٨/٢ ، الكافى ٣٠٠ .

(٥) انظر المدونة ٣٥٨/٢ . (٥) فى م : منها .

(٦) انظر مختصر الطحاوى ١٤١، مختصر القدورى مع شرح الميدانى ٢٥/٢ .

(٧) انظر مختصر المزنى ٣١٧ - ٣١٨ ، المذهب ١٢١/٢ .

الله عليه وسلم تبرق أسارير وجهه، فقال ألم تري إلى مجزر المدجلى (١)
نظر إلى أمامه وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدأت أقدامهما
فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض (٢) .

فوجه الدلالة (٣) أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أمامة لأنه
كان أسود وكان زيد أبيض وكان ذلك يشق على رسول الله صلى الله عليه
وسلم فسُرَّ بقول مجزر لكونه قائفا عارفا بالأنساب ولو كان ذلك ظنا
وتخمينا (٤) لا يتعلق به حكم لم يسر به، ولأنكر على مجزر إخباره به كما
ينكر (٥) كلما يذكر من أمر الجاهلية وأحكامها مما ليس في شرعه إقراره، ويدل
على أن اعتبار الشبه في اضطراب النسب واجب حديث سعد (٦) وعبد بن زمعة (٧)
لما تنازعا الولد فادعاه سعد لأخيه وأدعاه سعد زمعة لأبيه فحكم النبي صلى
الله عليه وسلم به لصاحب الفراش وهو زمعة ثم قال لسودة (٨) : (احتجى
منه) (٩) لما رأى من شدة شبهه بعينه مع ثبوت الأخوة بينها وبين هذا
الولد، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم في قصة هلال بن أمية (إن جاءت
به على نعت كذا فهو لشريك) فجاءت به على النعت المكروه، فقال : (لولا

(١) مجزر الدجلى : هو والد علقمة بن مجزر ، وسمي مجزرا لأنه كان إذا
أخذ أسيرا في الجاهلية جز ناصيته وأطلقه، وكان عارفا بالقيافة
وكان فيمن شهد فتح مصر (فتح الباري ٥٧/١٢) .

(٢) أخرجه البخارى في الفرائض باب القائف ١٢/٨ ، ومسلم في الرضاع
باب العمل بإلحاق القائف الولد ١٠٨١/٢ .

(٣) في م : موضع الدليل . (٤) في م : وحدها .

(٥) كان ينكر .

(٦) سعد بن أبي وقاص : مالك بن وهب بن عبد مناف بن زهر بن كلاب الزهرى،
أبو إسحاق أحد العشرة ، وأول من رمى بسهم في سبيل الله، مات بالعقيق
سنة خمس وخمسين وهو آخر العشرة وفاة (تقريب التهذيب ٢٣٢) .

(٧) عبد بن زمعة : ابن الأسود بن عبد المطلب بن أسد القرشى صحابي
مشهور ، استشهد يوم الدار مع عثمان (تقريب التهذيب ٣٠٣) .

(٨) سودة : بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس العامرية ، أم المؤمنين
تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم بعد خديجة وهو بمكة، وماتت سنة
خمس وخمسين على الصحيح (تقريب التهذيب ٧٤٨) .

(٩) أخرجه البخارى في البيوع باب تفسير المشبهات ٥/٣ ، ومسلم في
الرضاع باب الولد للفراش وتوفى الشبهات ١٠٨٠/٢ .

ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن (١) فدل على أن الشبه معتبر في إلحاق النسب ونفيه ، وروي عن عمر و أنس الحكم بالقافة (٢) ، وهو عمل أهل المدينة المنتشر بينهم ، ولأن حقيقة النسب من الأب لا يعلمها إلا الله تعالى أو من أطلع الله عليه ، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر ووجدنا القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذلك فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل في السلع المتلفات ولأهل الحرز مدخل في الخرز في الزكوات وغيرها .

فصل [٤ - في الدليل على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد]

ودليلنا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى :
 ﴿ وورثه أبواه ﴾ (٣) ، وقوله : ﴿ أن أشكر لي ولوالديك ﴾ (٤) وقوله :
 ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حسنا ﴾ (٥) ، ولأن استحالة ذلك في الشرع جواز مجرى استحالة الأمر من طريق المشاهدة .

فصل [٥ - في منع الحكم بالقافة في ولد الحرة]

فأما منع ذلك في ولد الحرة فلأن الحكم بالقافة لا يثبت بالقياس ولم يرد في الحرة شرعاً ، ولأن الحرة لا يتساوى فيها الوطئان في الفسراش لأنها لا بد أن تكون فراشا لأحدهما دون الآخر إذ لا يجوز أن يكون فراشا لهما جميعاً فيلحق الولد لصاحب الفراش ، وليس كذلك الأمة لأنه قد يستوى حكم الواطئين من جهة الملك لأنها إذا كانت بين شريكين فهما يتساويان (٦) في الملك ويشتريها واحد بعد واحد فيقع العقد صحيحاً فلذلك احتجنا إلى الترجيح ، واعتباره من الطريق الذي يعتبر منه وبالله التوفيق .

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة (٦٦٦) .

(٢) عبد الرزاق ٣٦٠/٧ ، وابن أبي شيبة ١٨٧/٢ .

(٣) سورة النساء الآية ١١ .

(٤) سورة لقمان الآية ١٤ .

(٥) سورة العنكبوت الآية ٨ .

(٦) في م : متساويان .

كتاب الاجارات

- (٢) (١) (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد) ، الأصل في جواز الاجارة في الجملة (٣) خلافا لمن لا يعتد له ، وقوله تعالى : * اني اريد ان أنكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثمانى حجج * فنص على جواز الاجارة والمعاوضة على المنافع ، وقوله في هذه القصة * يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين * ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " ، وقوله " ثلاثة أنا خصيمهم يوم القيامة فذكر رجل استأجر أجيرا فاستوفى عمله ولم يوفه أجره " ، ولأن الناس حاجة إلى تمليك (٧) المنافع كحاجتهم إلى تمليك الأعيان ، ولأنه إجماع السلف والخلف على مر الأعصار قبل خرق من خرقه فلا يعتد بخلافهم فيه . (١٠)

فصل [١] الاجارة على منافع الأعيان

- (١١) الاجارة هي عقد معاوضة على منافع الأعيان ، ولا تخلو المنافع من أحد أمرين : إما أن تكون معلومة الجنس كخياطة الثوب وبناء الحائط وركوب الدابة وسكنى الدار وما أشبه ذلك ، وغير معلومة مثل خدمة العبد وما في معناها .

- (١) ما بين قوسين سقط من م .
(٢) الاجارة : في اللغة من الأجر وهو الثواب والأجرة الكراء ، وفي الاصطلاح هي بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضها (انظر الصحاح ١٧٦/٢ ، حدود ابن عرفة ٣٩٢) .
(٣) انظر المدونة ٣٨٦/٣ - ٣٩٠ ، التفريغ ١٨٢/٢ ، الرسالة ٢١٨ ، الكافي ٣٦٨ .
(٤) يحكي ذلك عن عبدالرحمن بن الأصم أنه قال لا يجوز ذلك (انظر المغنى ٤٤٣ / ٥) .
(٥) سورة القصص ، الآية ٢٧ . (٦) سورة القصص ، الآية ٢٦ .
(٧) أخرجه ابن ماجة في الأحكام باب أجر الأجراء ٨١٧/٢ وفيه عبدالرحمن ابن زيد بن أسلم وهو ضعيف ، وأصله في صحيح البخاري (انظر نصب الراية ١٢٩/٤ ، مجمع الزوائد ١٠٠/٤) .
(٨) أخرجه البخاري في الاجارات باب إثم من منع أجر الأجراء ٥٠/٣ .
(٩) في م : تملك .
(١٠) انظر بداية المجتهد ٢١٨/٢ ، المغنى ٤٣٣/٥ ، نيل الأوطار ٢٨١/٥ .
(١١) في م : الاجارة في عقد معاوضة على منافع الأعيان جائزة .

فالقسم الأول لا يحتاج إلى ضرب أجل لأنه مستغنى بالعلم بجنسه عن أن يعلم بأجل يحصره .

والقسم الثاني يحتاج إلى أصل ينضبط به ^(١) لأنه غير معلوم في نفسه، ألا ترى أن خدمة العبد تختلف فتكون في خير أو طبخ أو خدمة دابة أو شراء حاجة أو غير ذلك مما يستخدم في مثله الأجراء، فلو لم ينضبط بمدة محصورة لدخل المنافع المستأجرة عليها الجهل والغرر فاحتيج لذلك إلى ضرب مدة تضبط بها. ^(٢)

فصل [٢ — في إجارة الدور والأرضين والحوانيت وغيرها]

تجوز إجارة الدور والأرضين والحوانيت والشياب والدواب والرقائق وأواني الحديد والخشب وغير ذلك من العروض .

ويجوز عقد الإجارة على كل منفعة يستباح تناولها ويجوز لمالكها منعها وبذلها؛ كخياطة الثوب وبناء الحائط والمياغة والقصابة والصيغ وسائر المنافع، وكذلك الخدمة وغيرها من المنافع. ^(٣)

فصل [٣ — في إجارة الأعيان]

تجوز إجارة الأعيان كالدار والدور والرقائق وغيرها على ثلاثة أوجه :

أحدها على مدة معلومة معينة مثل: أن يقول استأجرت منك هـ — هذه الدار سنة أو سنتين أولها يوم كذا وانتهائها وقت كذا لأن هذا حصر

(١) في م : لينضبط به .

(٢) انظر : التفريع ١٨٥/٢ - ١٨٦ ، الرسالة ٢١٨ ، الكافي ٣٦٨ .

(٣) فيما تجوز إجارته انظر : المدونة ٢٨٦/٣ - ٤٠٠ ، التفريع

١٨٢/٢ - ١٨٥ ، الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٦٨ - ٣٦٩ .

[٩٤/ب] للمنافع/المعقودعليها بمدة^(١) تغوت بغواتها ويلزم المستأجر رفع يده عند تقضيها، ونظيره في بيوع الأعيان : أن يقول ابتعت منك هذا الثوب أو ما في هذه الرزمة من الثياب وقد شاهدها وعرفها فيجوز ذلك ، والثاني أن يذكر المدة ولا يحدها^(٢) من أي وقت يكون فيقول استأجرت منك هذه الدار شهرا بدينار ولا يبين أي شهر هو فيصح عندنا ويكون من وقت العقد خلافا^(٣) للشافعي في قوله انه لا يصح إلا أن يبين أوله ، لأن الإطلاق في هذا محمول على العرف والعرف جار بين الناس في بياعاتهم وإجارتهم ومعاملاتهم أنهم إذا أطلقوا الأجل فالمراد به من وقت العقد، ألا ترى أن من باع من رجل ثوبا بدينار زلى شهر فإنه يحمل على أن ابتداءه من وقت العقد، وكذلك إذا أسلم إليه بشيء في ذمته وقدر الأجل ولم يعينه فإنه يكون من وقت العقد، وكذلك قلنا فيمن حلف ألا يكلم زيدا شهرا ولم يعينه فإن يمينه تنعقد من وقت حلفه لأن العرف جار في كل هذا بأن المراد به الفور والحال كذلك الاجارات .^(٦)

والثالث أن يستأجرها مشاهرة فيقول استأجرت منك هذه الدار على حساب الشهر بكذا أو السنة أو الأسبوع أو أي مدة قدر بها الأجرة فيجوز وإن لم يعين مدة ما يعقد عليه من ذلك خلافا للشافعي في قوله انه لا يصح إلا أن يقول استأجرتها شهرا أو شهرين أو مدة يذكرها على حساب كذا .^(٧)

وانما قلنا ان ذلك جائز لأن المنافع المعقود عليها يعلم قدرها باختيار المستأجر فكأن المؤجر قال : قد أجرتك هذه الدار ماشئت أن يسكنها من المدة على حساب كل شهر بكذا، فذكر الشهر يراد لتحديد المعقود

(١) تمده : سقطت من م .

(٢) في م : ولا يجردها .

(٣) أنظر المدونة ٣/٣٩٢ ، التفريع ٢/١٨٥ - ١٨٦ ، الكافي ٣٦٩ .

(٤) أنظر : الأم ٤/٢٦ - ٢٧ ، المهذب ١/٢٩٦ .

(٥) في ق : ابتدائه .

(٦) في م : الاجارة .

(٧) أنظر : الأم ٤/٢٦ - ٢٧ ، المهذب ١/٢٩٦ .

(١) عليه وهو آجرة المنافع واخراجه من حيز الغرر والجهل ليقع الحساب عليه عند استيفاء المنافع ، فيكون كقوله قد بعثك من هذا الكرماشيت على حساب كل قفيز بدرهم فمهما أخذ منه استحق ثمنه عليه بما يقدر له ، كذلك الاجارة فإذا ثبت هذا وقع العقد على هذا الحد : فلكل واحد منهما أن يترك إذا شاء فيسكن المستأجر ماشاء من المدة ويخرج إذا شاء وتلزمه الأجرة بحساب ماسكن ، وكذلك المالك له أن يطالبه بالخروج أي وقت شاء ، وقال عبدالملك تلزمه آجرة حد واحد مما جعله علما على حساب الأجرة من شهر كذا أو سنة ، كأنه قال : استأجرت منك هذه الدار كـ شهر بدينار فيلزمه كراء شهر ، وكذلك لو قال كل سنة لزمه كراء سنة واحدة .

فوجه الأول أن العقد لم يقع على شهر كامل وإنما وقع على حساب الشهر بكذا فلم يلزم نكني مالم يقع العقد عليه ، ووجه الثاني أنه إذا قال كل شهر بدينار فكأن الكراء إنما وقع على الحد الذي جعل علما على معرفة الأجرة المقدرة به .

فصل [٤] — آجرة الدنانير والدراهم

آجرة الدراهم والدنانير وكل ما لا يعرف بعينه لاتصح ، وإجارتـه قرضه ، والآجرة ساقطة عن مستأجره هذا قول ابن القاسم ، وشيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعمون أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضرا معه ، ولابن القاسم أن الآجرة معاوضة على منافع الأعيان وإذا كانت العين نفسها لا يصح الانتفاع بها مع تبقيتها وإنما يصح مع إبدالها ببيع وغيره لم تصح إجارتها ، وقد علم أن الدنانير والدراهم لا منفعة فيها مع بقاء العين فلا يستحق أن يبذل العوض في مقابلتها بخلاف الدور والدواب وغيرها فلم يصح إجارتها .

وإنما قلنا إن إجارتها قرضها لأن ربها ملك المدفوع إليه الانتفاع بها ولا ينتفع إلا باتلاف أعيانها فصار ذلك ملكا له ، فلو قلنا أنه تلزمه آجرة لكان في معناه قرض جر نفعاً ، ودراهم بدراهم متفاضلة وذلك غير جائز ، ووجه القول الآخر أن الانتفاع بهما يمكن بأن يضعها المستأجر بين يديه يتكثر بها ويتجمل ، وله غرض في أن يرى الناس معه دنانير ودراهم فينفعه ذلك فيما يقصده به ، وإذا كان كذلك صحت إجارتها .

- | | |
|---------------------|---|
| (١) في م : من جهة . | (٢) في م : بما يتقدر . |
| (٣) في م : إنشاء . | (٤) كذا أو : سقطت من م . |
| (٥) في م : وقول . | (٦) انظر : التفريع ١٨٢/٢ ، الكافي ٣٧٣ . |

وانما قلنا يجب أن يكون المالك معها لئلا ينقضيها المستأجر ويعطيه

بدلها وزيادة فيكون تفاضلا وقرضا جر نفعاً .

فصل [٥ — في حكم عقد الاجارة]

عقد الاجارة لازم من الطرفين ليس لأحد المتعاقدين فسخه مع امكان استيفاء المنافع المعقود عليها خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن العقد يجوز أن يفسخ بوجود العذر في حق المكتري أو المكري وإن أمكن استيفاء المنفعة مثل أن يكتري جمالا للحج ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ، أو داراً يسكنها ثم يريد السفر أو دكاناً ليتجر فيه فتحترق متاعه فله الفسخ عنده في ذلك كله .^(٢)

ودليلنا قوله تعالى ﴿ أوفوا بالعقود ﴾^(٣) ولأنه عقد معاوضة محضة فلم يكن لأحدهما فسخه لمعنى في العاقد كالبيع، ولا يدخل عليه النكاح لأنها ليست بمحضة، ولأن أحدهما إذا قال لا أريد السفر إلى الجهة التي وقع الكراء إليها فعندهم أن هذا عذر في حق المكتري دون المكري، فنقول: كل معنى لا يملك به المكري فسخ الاجارة لم يملك بمثله المكتري أصله غلاء الأجرة ورخصها .

فصل [٦ — متى يستحق تسليم الأجرة]

الأجرة لا تستحق تسليمها بمجرد العقد ولا بتسليم العين المستأجرة وإنما تستحق الأجرة أولاً بأول لكل جزء من المال يقابل كل جزء من المنافع، إلا أن يكون هناك عادة أو شرط فيستحق التسليم لها أو يكون تأخيرها يؤدي إلى أمر ممنوع فيلزم تقديمه لذلك لا بمجرد العقد .^(٦)

(١) انظر: المدونة ٤٢٩/٣، التفريع ١٨٧/٢ - ١٨٨، الكافي ٣٦٨ ،

المقدمات ١٦٦/٢ - ١٦٧ و ١٨٤ .

(٢) أنظر مختصر الطحاوي ١٢٨ - ١٢٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٠٥/٢٠

(٣) سورة المائدة، الآية ١ .

(٤) في ق : إذا أريد السفر .

(٥) في ق : غرر .

(٦) في م : أولاً أولاً .

(٧) أنظر التفريع ١٨٤/٢ ، الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٦٨ .

وقال الشافعي يستحق تسليم الأجرة بتمام عقد الاجارة وتسليم العين
المستأجرة شرط ذلك أو لم يشترط .^(١)

ودليلنا أن الأجرة ثمن للمنافع^(٢) كما أن الثمن في البيع لرقبة
المبيع ، وقد ثبت أن في البيع لا يلزم تسليم الثمن بمجرد العقد إلا بعد
تسليم المعقود عليه فكذلك يجب في الاجارة، ولا يلزم عليه الاجارة بثوب
بعينه أو بفاكهة رطبة^(٣) لأن هناك قارن العقد ما أوجب التعجيل فيكون له
كاشتراط التقديم .

فصل [٧ — في فسخ عقد الاجارة]

كل معنى طرأ بمنع استيفاء المنافع فإن العقد يفسخ معه، وذلك
كانهدام الدار واحتراقها وغصبها، وكذلك امتناع المؤجر من تسليمها حتى
فات وقت الاجارة ظلماً، وكذلك مرض العبد والدابة وهذا كله في الاجارة
المعينة دون المضمونة^(٤)، لأن امتناع استيفاء المنافع لا يلزم معه الأجرة
لما بيناه (أن العوض لا يستحق إلا بتسليم المنافع كالأعيان)^(٥) .

فصل [٨ — استقرار الأجرة بالتمكين من المنفعة ولو لم ينتفع المستأجر باختياره]

إذا تسلم المستأجر الدار أو الدابة المعينة وتمكن من استيفاء
المنفعة فلم يستوفها حتى انقضت المدة فقد استقرت الأجرة عليه^(٦)، لأن الذي
يجب على المكري تسليمها وتمكينه من المنفعة وقد فعل، فإذا اختار ألا

(١) انظر : الأم ٢٦/٤ ، مختصر المزني ١٢٦ ، الاقناع ١٠٠ .

(٢) ثمن سقطت من ق .

(٣) في م : رطب .

(٤) انظر : المدونة ٤٢٨/٣ - ٤٢٩ ، التفريع ١٨٤/٢ ، الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٦٩ .

(٥) مابين قوسين سقطت من ق .

(٦) انظر : المدونة ٤٢٦ / ٣ ، ٤٢٨ ، التفريع ١٨٤ / ٢ ، الكافي

(١) يستوفيها فلا يلزم المكري شيء كما لو ابتاع مأكولا رطباً وقبضه فلم يأكله حتى تلف لزمه الثمن ولم يلزم البائع شيء.

فصل [٩ — في أقسام الإجارة]

(٢) الإجارة على ضربين : إجارة عين وإجارة متعلقة بالذمة، وكل ذلك جائز لأن العين لما كان له بيعها كان له بيع منافعها، وكذلك لما كان له بيع شيء من الأعيان في ذمته أعني أعياناً مبيعة لا أعياناً معينة فكذلك المنافع لأن الإجارة معاوضة على المنافع كما أن الأثمان معاوضة على الرقاب فلما جاز العقد على رقبة الدابة بالوجهين جميعاً أعني بيع الدابة بعينها وأن يُسلم في دابة موصوفة في الذمة صح العقد على منافعها بالوجهين جميعاً.

فصل [١٠ — في كون المنفعة المعقود عليها معلومة]

فإذا ثبت ذلك فإن كان العقد على دابة معينة فلا بد أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة من ركوب أو طحن أو حمل أو غير ذلك، وإنما وجب ذلك للانتفاء الفرر بانتفاء الجهالة، وليعلم المكري ما الذي يعاوض عليه من المنافع وكذلك المكري، فإذا ثبت ذلك فإن الحق يتعلق بالذمة في المعين بل يتعين لتلك العين فإن تلف (قبل استيفاء المنفعة فإن العقد ينفسخ لتعذر استيفاء المنافع المعقود عليها لأنها مستحقة على وجه لا يمكن فيها القضاء ولا يلزم المكري أن يأتي بغيرها لأنه لا يستحق عليه منافع غيرها، وإن تلف (٣) بعد استيفاء بعض المنافع دون جميعها فإن العقد ينفسخ فيما بقي ويلزمه من الأجرة بقدر ما استوفاه من المنفعة بقيمته من الأجرة ويسقط عنه الباقي هذا الكلام في المعين .

(١) وقبضه : سقطت من ق .

(٢) انظر : التفريع ١٨٣/٢ - ١٨٨ ، الرسالة ٢١٨ - ٢١٩ ،

الكافي ٣٦٨ - ٣٧٤ .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

فصل [١١ — إجارة المضمون في الذمة]

فأما المضمون في الذمة فمثل: أن يستأجر منه دابة ليركبها إما إلى موضع معين أو أجل بعينه .^(١)^(٢)

وإنما قلنا أنه لا بد من أحد هذين ليحصل العلم بما يعاوض عليه لأن العمل يتقدر تارة بالمدة وتارة بنفسه بالركوب إلى موضع بعينه مقدر بنفسه مستغن عن ضرب مدة فيه كخياطة القميص وبناء الحائط، والركوب علسي الاطلاق من غير اشتراط مسافة معينة أو مقدرة لا بد فيه من ضرب مدة كخدمة العبد وإلا دخله الجهل، (فإذا ثبت ذلك فيجوز حالا إلى أجل)^(٣) لأننا لو لم نجزه إلى أجل لأدى إلى بطلان انتفاع الناس بالكراة أو انقطاع معاشهم وتجاراتهم، وصورته إلى أجل مثل: أن يكتري منه في رجب أو شعبان للحج وعادة الناس في الخروج عندنا ببغداد في ذي القعدة فيقول اكرت منك كراة في ذمتك إلى الحج بعشرين دينارا أو ما يتفقان عليه والأجل وقت خروج الناس فإذا ثبت ذلك فيجب تعجيل النقد فيما يؤجل اعتبارا بالسلم لأن في تأخير كونه دينا بدين، فأما في الحج فعنه روايتان:^(٤)^(٥)

أحدهما (أنه لا يجوز تأخير النقد إلا في اليسير وهو الثلاث فدونه،^(٦) والآخر) أنه يجوز ويكتفى فيه بالعربان كالدينارين والثلاثة .

فوجه الأولى أن في وجوب النقد ليخرج عن باب الدين بالدين، وإنما جاز التأخير في اليسير لأن الغالب في الأصول أن حكم الأكثر في حكم الجميع وأن الأقل لاحكم له .

(١) في م : أو أجلا .

(٢) أنظر : المدونة ٤٢٢/٣، التفريع ١٨٣/٢ - ١٨٥، الرسالة ٢١٩، الكافي ٣٧١ .

(٣) ما بين قوسين سقط من م .

(٤) في م : الانقطاع عن .

(٥) في ق : فلما .

(٦) انظر : المدونة ٤٤١/٣، التفريع ١٨٨/٢ - ١٨٩، الكافي ٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٧) ما بين قوسين سقط من ق .

ووجه الثانية أن تقديم العربان يخرجهم عن باب الدين بالدين فقد تعجل
الشيء من أحد الطرفين، ولم يكلف نقد الكل خيفة الفرر لأن المكري قد
ينتفع في الثمن ثم يخلفه، وقد جرت العادة بذلك منهم فكان الأصلح عقد
العربان ليخرج عن الدين بالدين في جميع العقد ثم يكون الباقي كالوديعة
عند المكري أو كالرهن .^(١)

فصل [١٢ — إذا كان الكراء المضمون حالا]

فأما إذا كان الكراء المضمون حالا وشرع في الركوب فلا يحتاج إلى
نقد لأن أحد الطرفين قد تعجل أخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم مقام
استيفائه، كما نقوله في المقايي والمباطخ أنه يجوز بيعها بالدين وان
كان المعقود عليه لم يخلق أكثره لأنه في حكم الموجود لتناسقه وتتابعه .

فصل [١٣ — إذا استأجر أرضا للزرع ففرقت]

إذا استأجر للزرع ففرقت سقط كراؤها لتعذر استيفاء المنفعة^(٢)
المعقود عليها، وإن زرعها وأمكنه شربها فلم ينبت زرعها فعليه الأجرة / [٩٥/ب]^(٤)
لأن الذي على المؤاجر: تسليم الأرض وتمكينه من استيفاء المنفعة وليس
عليه سلامتها، وكذلك إن نبت الزرع وأصابته جائحة من غير جهة الشرب لم
يسقط عنه الكراء لأن التمكين قد وجد واستيفاء المنفعة غير متعذر^(٥)
وامتناع خروج الزرع أو سلامته ليس من مقتضى العقد فلم يلزم .

(١) في ق: عند المكري .

(٢) انظر : المدونة ٤٣٥/٣ ، التفريع ١٨٦/٢ ، الكافي ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٣) في ق : ابتاع .

(٤) في م : زرع .

(٥) انظر : المدونة ٤٥٩/٣ ، التفريع ١٨٤/٢ ، الكافي ٣٧٧ - ٣٧٨ .

فصل [١٤ — عدم بطلان الاجارة بموت أحد المتعاقدين]

لا تبطل الاجارة لموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة
 وإمكان استيفاء المنافع ^(١) خلافا لأبي حنيفة، لأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت
 أحد المتعاقدين إذا لم يكن فيه تلف المنفعة أو تعذر استيفائها أصله
 عقد البيع، ولأنه عقد معاوضة من مالك على منفعة ماله فوجب ألا ينفسخ
 بموت المالك أصله إذا زوج أمته .

فصل [١٥ — إذا اكترى دارا فله أن يسكنها بنفسه

وله أن يكرئها من غيره]

إذا اكترى دارا فله أن يسكنها بنفسه وله أن يكرئها من غيره لأن
 ملك منافعتها ثابت له وليس بمستحق عليه في استيفائها محل مخصوص، وله أن
 يكرئها بمثل الكراء أو أقل وأكثر لأنه معاوضة على ملكه كبيع الأعيان،
 وله أن يكرئها من المالك ^(٢) خلافا لأبي حنيفة، لأن كل مملوك جاز أن يملك
 لغير من ملكه جاز أن يملك لمن ملكه أصله الأعيان .

فصل [١٦ — إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئا

فحمل عليها غيره فعطبت]

(٥) إذا اكترى دابة ليحمل عليها شيئا فحمل عليها غيره فعطبت، فإن كان
 أضربها ضمن قيمتها وإن كان مثله أو دونه فلا ضمان عليه لأنه إذا كان
 أضربها كان متعديا بحمله ^(٦) عليها لأنه لا يملك ذلك ولا إذن له فيه صاحبها،
 ولا بد أن العوض عليه فإذا كان مثله فهو كما لو تلفت فيما استأجرها له
 فلا يضمن، وإن كان دونه كان أولى ألا يضمن لأنه بعض حقه فإن سلمت فلربها
 أن يأخذه بما بين الأجرتين .

(١) انظر: التفریع ١٨٤/٢ - ١٨٥، الرسالة ٢١٩، الكافي ٣٦٩ .

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ١٢٨، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٠٥/٢ .

(٣) انظر: المدونة ٤٥١/٣، التفریع ١٨٥/٢، الكافي ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ١٢٩ .

(٥) كان : سقطت من م .

(٦) في م : بالجملة .

وإن اكتراها إلى مكان سار بها إلى غيره في قدر مسافته أو دونها
وقدر مشقته فلا ضمان عليه، وإن تعدى بها إلى غير مثله في المسافة والمثل
منه في المشقة أو مثله في المشقة وأبعد منه في المسافة فإن تلغت ضمنها،
وإن سلمت فلربها الكراء الأول وأخذه بكراء الزيادة أو إسلامها ويضمنه
القيمة يوم التعدي .

(١)
وصورتها أن يكتري دابة من بغداد إلى الكوفة فيمتد بها إلى فيل:
فقد بينا أن لصاحبها الكراء من بغداد إلى الكوفة لأن المكتري قد استوفى
المنفعة المعقودة عليها بالأجرة المسماة فاستقر البدل عليه في ذمته
وتعديه فيما بعد لا يقدح في ذلك الاستقرار، وبيننا أن صاحبها مخير فيما
زاد على ذلك إن شاء. أخذه بالكراء وإن شاء ضمنه القيمة. (٢)

(٣)
وقال أبو حنيفة لا كراء فيما زاده فدليلنا أنه انتفع بملك غيره من
غصب للعين فلزمه بدل ما انتفع به كغير المتعدي .

(٤) (٥)
ودليلنا على أن له تضمينه القيمة خلافا للشافعي، أنه متعدياً
بإلصاق وحبسها عن الأسواق فتعلق عليها الضمان، فإذا ثبت هذا فعلياً
كراء المثل كالمتعدي ابتداءً لأن هذه المنفعة مستوفاة بغير عقد ولا شبهة
عقد.

فصل [١٧ — حكم من استأجر أرضاً ليزرعها شيئاً بعينه فزرعها غيره]

إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره
مثل ضرر الحنطة أو دونه فذلك له خلافاً لداود، لأن تعيين صايزرع في الأرض (٦) (٧)

(١) في م: قبر، وفيل: كانت مدينة ولاية خوارزم يقال لها فيل ثم سميت
المنصورة (معجم البلدان ٢٨٦/٤) .

(٢) أنظر: المدونة ٤٣١/٣، التفريع ١٨٩/٢، الكافي ٣٧٢ .

(٣) أنظر: مختصر الطحاوي ١٢٨، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٠٦ و ٨٨/٢ .

(٤) القيمة: سقطت من ق .

(٥) أنظر: الأم ٣٥/٤، مختصر المزني ١٢٧، الاقناع ١٠٠ .

(٦) أنظر: المدونة ٤٧٣/٣، التفريع ١٨٩/٢، الكافي ٣٧٨ .

(٧) أنظر: المحلى ٧٧/٩، والمغنى ٤٨٤/٥ .

هو كتقدير المنفعة لا لكونه شرطاً، بدليل أنه لو لم يزرعها مع التمكين منها للزمه الكراء، وإذا كان كذلك كان له أن يستوفي ذلك القدر من المنفعة من المذكور وغيره .

فصل [١٨ — ليس للمستأجر أن يزرع الأرض المستأجرة ماضيه أشد من ضرر الحنطة]

وليس له أن يزرعها ماضره أشد من ضرر الحنطة، فإن فعل فلربها كراء الحنطة وقيمة الاضرار بالزيادة خلاف للشافعي في قوله أنه يلزمه كراء المثل في الجميع، ^(١) لأنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه ^(٢) فلزمه بقدر ما زاد أصله إذا اكرى جملاً ليسير عليه من بغداد إلى مكة فتعدى به إلى مصر .

فصل [١٩ — جواز اشتراط الخيار في الاجارة]

يجوز أن يشترط ^(٣) الخيار في الاجارة سواء كانت معينة أو مضمونه ^(٤) خلافاً لأصحاب الشافعي، لأن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضات المحضه ^(٥) فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان .

فصل [٢٠ — تعيين المركوب ووصفه]

المركوب لابد أن يعرف بتعيين أو وصف بالمشاهدة يشار إليه بأن يقال أكريتك هذه الدابة أو الناقة، والموصوف لابد فيه من ذكر الجنس والنوع ^(٦) والذكورية والأنوثة لأن الأغراض تختلف باختلاف الأجناس لأن الجمل يقوى

-
- (١) انظر : الأم ٣٥/٤ ، مختصر المزني ١٢٧ ، الاقناع ١٠٠ .
 (٢) مقدر : سقطت من م .
 (٣) في م : شرط .
 (٤) أنظر : المدونة ٤٢٣/٣ و ٤٧٢ ، الكافي ٣٦٩ .
 (٥) أنظر : الأم ٢٦/٤ ، الاقناع ١٠٠ .
 (٦) أنظر : المدونة ٤٢٢/٣ ، التفريع ١٨٥/٢ - ١٨٦ ، الكافي ٣٧١ .

على الحمل أكثر من الدابة^(١) والحصار والغرض بها مختلف، وكذلك أنواعها لأن النجيب لا يصلح للحمل وإنما يصلح للركوب، وكذلك الذكر يكون أضعف من الأنثى فلا بد أن يبين .

فصل [٢١ — في عدم الحاجة إلى وصف الراكب]

لا يحتاج إلى وصف الراكب خلافاً للشافعي^(٢)، لأن أجسام الناس متقاربة في العادة غير متفاوتة فلم يحتاج إلى رؤيته، فإن أتاه بفادح عظيم الخلق ليس هو الغالب فلا يلزمه .

فصل [٢٢ — في عدم تعيين استيفاء المنافع في الاجارة]

الظاهر من مذاهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يتعين في الاجارة، وأنه إن عين فذلك كالوصف لا يفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت، وذلك كما يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا يفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتيه بغنم مثله^(٤) ليرعاه أو قميص مثله ليخيطه، وقد قيل أنها يتعين^(٥) بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل المعين^(٦) .

فوجه الأولى أنه قد ثبت أن عقد الاجارة لازم من الطرفين وليس لأحدهما فسخه مع التمكين من استيفاء المنافع، فلو قلنا أن محل الاستيفاء يتعين لحصل منه^(٧) نقض الأصل لأن المستأجر يبيع الشيء المستأجر عليه فيفسخ العقد فيه باختياره وذلك ينفي اللزوم ولا يمكنه أن يأتي بمثله أو يمنعه

(١) لعله يقصد بالدابة البغل.

(٢) أنظر الأم ٣٥/٥ ، مختصر العزني ١٢٧ .

(٣) في م : فانه .

(٤) في ق : مثله .

(٥) في م : تتغير بالتغيير .

(٦) انظر : التفرع ١٨٤/٢ - ١٨٦ ، الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٦٩ - ٣٧٠ .

(٧) في ق : ليحصل .

من البيع والهبة فينقطع تصرفه في ملكه من غير تعلق حق لغيره فيه، ولأن محل الاستيفاء حق للمستأجر دون المؤجر ولأن المستأجر عقد على منافع يستوفيه فيلزم المؤجر أن يوفيه إياها وتعيين ما يستوفيه منه لا حق للمؤجر فيه .

(٢) ووجه الثاني أن أحد المحطين في الإجارة يصح معه تعيينه كالأجير لأنه إذا استأجر دابة ليركبها فماتت الدابة انفسخ العقد ولم يلزمه أن يأتي ببدلها، كذلك إذا عين من يركبها والقميص الذي يخطط أو الغنم التي يرعاها يجب أن ينفسخ العقد بتلف ذلك كما ينفسخ بموت الراعي والدابة، ولأنه قد ثبت تعيين ذلك في الظئر إذا استؤجرت لرضاع الصبي والطبيب لعلاج المريض (٣) أو لقلع الضرس إذا برأ أو مات الصبي، وكذلك في سائر ما يستأجر عليه .

فصل [٢٣ — استيفاء المنافع في الإجارة الفاسدة]

(٤) إذا استوفيت المنافع في الإجارة الفاسدة لزم بها أجرة المثل كالمبيع بيعا فاسدا إذا فات أنه يلزم بالقيمة دون الثمن لأن الأجرة ثمن للمنافع كما أن الأثمان في البياعات أعواض عن الأعيان، فإذا قبض العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة فعليه أجرة المثل سواء استعملها أو لم يستعملها خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه لا أجرة عليه إذا لم يستعملها، (٥) لأنها عين قبضت على وجه الإجارة فكان تلف المنفعة فيها مضمونا بالتبذل أصله الإجارة الصحيحة، وإن تلف المنافع في العين المقبوضة على وجه الإجارة الصحيحة يوجب بدلها على من تلفت في قبضه أصله إذا استوفها بنفسه . (٦) (٧)

- (١) في م : فيه .
- (٢) معه : سقطت من م .
- (٣) في م : العليل .
- (٤) في م : استوعبت .
- (٥) انظر : المدونة ٤٢٧/٣ ، التفريع ١٨٤/٢-١٨٦ ، الكافي ٣٦٨-٣٧٠ .
- (٦) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٨-١٢٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٠٣ / ٢ - ١٠٤ .
- (٧) الصحيحة : سقطت من ق .

فصل [٢٤ — أجرة الاجارة]

لايجوز أن تكون الأجرة في الاجارة مجهولة ولا غرر^(١) لأنها عوض في عقد معاوضة محضة كالثمن في البيع .

ولايجوز أن يستأجر ناسجا لينسج له غزلا بنصف الثوب ولا يقيمت له لأن الثوب الذي يخرج مجهول الصفة، ولأن نصف الغزل الذي استأجره به لايسلمه راليه إلا بعد مدة وهي حصول النسج .

ولايجوز في المبيع بعينه اشتراط الأجل في تسليمه إذا خيف منه الغرر وكذلك القيمة المجهولة لايدري كم يكون مقدارها، ويجوز أن يستأجره على عمل نصف الغزل بالنصف الآخر لأنه معلوم لا غرر فيه ولا جهالة، ومتى وقع العقد على الوجه الأول ونسج الثوب فجميعه لصاحب الغزل وللصانع أجرة المثل، ومثل ذلك أن يكري دابته أو غلامه من رجل بنصف الكسب لأنه عوض مجهول فإن وقع: فلصاحب الدابة أو الغلام أجرة بالمثل، وجميع الكسب للمستأجر.

ولو قال له أعمل على دابتي ولك النصف من الكسب لكان العقد فاسدا للجهل بمقدار الكسب لكنه إن وقع كان الكسب كله لصاحب الدابة وللأجير^(٢) أجرة المثل بخلاف الأولى لأن الاجارة في المسألة الأولى وقعت على الدابة والأجير كان محتبيا للكسب، وفي مسألتنا وقعت الاجارة على الرجل واجتبي الكسب من قبل الدابة فمن وقع عليه عقد الاجارة لم يكن له من الكسب شيء^(٣).

فصل [٢٥ — فيمن اكرى دابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة
ثم وجد حاجته دون ذلك]

يجوز أن يكتري الرجل الدابة إلى مكان معلوم بأجرة معلومة: فإن وجد حاجته دون ذلك فحسابه من الأجرة^(٤) لأنه يكون كأنه قال له أكرسك

(١) أنظر: المدونة ٣/ ٣٨٩، التفريع ٢/ ١٨٥-١٨٦، الرسالة ٢١٨-٢١٩، الكافي ٣٧٤-٣٧٧

(٢) في ق: وللآخر. (٣) الاجارة: سقطت من م.

(٤) أنظر: المدونة ٣/ ٤٣٣-٤٣٥، التفريع ٢/ ١٨٧، الكافي ٣٧٢-٣٧٣.

- (١) من هذا الطريق كل يريد بدينار، ويجوز ذلك على ما قدمناه من قوله أجرتك هذه الدار من حساب كل شهر بدينار ويكون ذكر الفراسخ والمسافة لتتقدر الأجرة به .

فصل [٢٦ — في إجارة المشاع]

- (٣) إجارة المشاع جائزة من الشريك وغيره ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله (٥) انه لا تجوز الا من الشريك، لأن كل معاوضة جاز أن يعاوض عليها الشريك جاز أن يعاوض عليها الأجنبي أصله البيع، ولأنه عقد إجارة على ملك له معروف يمكن تسليمه إلى المستأجر فجاز ذلك اعتباراً بالمحوز .

فصل [٢٧ — في إجارة دار يسكنى دار أخرى]

- يجوز أن يستأجر داراً يسكنى دار أخرى خلافاً لأبي حنيفة في قوله (٨) إن المنافع لا يكون أجرة للمنافع إلا أن يكون من جهة أخرى، لأنهم ————— منفعتان يجوز عقد الإجارة على كل واحد منهما في الأفراد فجاز أن يعقد على إحدهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين .

فصل [٢٨ — إجارة الظئر]

- (٩) يجوز أن يستأجر الظئر، وكل أجير بطعامه وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط (١٠) خلافاً للشافعي في منعه ذلك في كل أجيره ولأبي حنيفة (١١)

(١) بريد : البريد هو الرسول ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثني عشر ميلاً (المصباح المنير ٤٣) .

(٢) في ق : أكريتك من .
(٣) المشاع : وهو غير المتميز على حدة (الفواكه الدواني ١٦٥/٢) .

(٤) في م : بين . (٥) أنظر : المدونة ٤٤٨/٣ .

(٦) أنظر : مختصر الطحاوي ١٣١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٠٠/٢ وقال أبو يوسف ومحمد : إجارة المشاع جائزة .

(٧) أنظر : المدونة ٤٤٨/٣ ، الكافي ٣٦٩ - ٣٧٠ .

(٨) أنظر : فتح القدير ٢٢٤/٧ ، و ٢٠٩ .

(٩) الظئر : الموضع . (الكافي ٣٧٤) .

(١٠) أنظر : المدونة ٤١٠/٣ - ٤١٢ ، التفريع ١٨٧/٢ ، الكافي ٣٧٤ - ٣٧٥ .

(١١) أنظر : الأم ٢٥/٤ و ٢٨ ، مختصر المزني ١٢٦ ، القناع ١٠٠ .

(١) في منعه ذلك في كل أجير عدى الظئر .

فدليلنا أن الأعراس في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة، وصفة ركوب الراكب في الاجارة، ولأنه لما جاز أن تكون النفقة (٢) مجهولة وترجع إلى الوسط ويتبع في معرفتها العرف كذلك في الاجارة، وعلى أبي حنيفة (٣) ، لأنه عقد إجارة فصح بالطعام والكسوة اعتبارا بالرضاع .

فصل [٢٩ — إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها]

إذا اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها فالكرأء فاسد (٤) ، لأن المنفعة المستأجر عليها مجهولة فيكون غررا لأن الأشياء المحمولة تختلف في الأضرار بالدابة لأن حمل القطن والثياب أقل إضرارا من حمل الصخر والحديد، والأجرة مختلفة متفاوتة، وكذلك كراء الركوب بخلاف كراء الحمل فإذا لسم تكن المنفعة المكترى لها معلومة لم يصح .

فصل [٣٠ — إذا اكترى أرضا ليغرس فيها فانقضت مدة الاجارة]

إذا اكترى أرضا ليغرس فيها فانقضت مدة الاجارة: فإن صاحبها مخير بين أن يأخذ المستأجر بالقلع ولا شيء عليه من أجرة القلع، أو يعطيه قيمة الغراس مقلوما أو يبقيه في الأرض ويكونا شريكين، خلافا للشافعي في قوله (٥) إنه ليس له أن يطالبه بقلع الغراس إلا بعد أن يعطيه أرش القلع (٦) ، لأن الاجارة تقضي تسليم الأرض بعد انقضاء المدة فارغة من تعلق حق للمستأجر بها ويقل ما شغلها به، أصله إذا كان له فيها متاع أو طعام فإنه يؤمر بقلعه، ولأن قاعدة حصر العقد بالمدة تقدير المنفعة المستوفاة/بها وانقطاعها [٩٦/ب]

(١) انظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢ / ١٠١ .

(٢) في ق : القيمة .

(٣) أبي حنيفة : سقطت من م .

(٤) أنظر : المدونة ٤٢٧/٣ ، التفريع ١٨٦/٢-١٨٨ ، الكافي ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٥) أنظر : المدونة ٤٦٣/٣ ، التفريع ١٨٤/٢-١٨٥ ، الكافي ٣٧٨ .

(٦) أنظر : مختصر المزني ١٢٩ - ١٣٠ ، الاقناع ١٠١ .

فيما بعدها، وفي تبقية الغراس بعد المدة، إبطال لقاعدة التحديد والتقدير
وخلافاً لموجب العقد.

فصل [٣١ — اجارة نزو الفحل]

(١) يجوز أن يؤاجر الرجل فحله من إبله أو بقره أو غيرها على أن ينزوا
أكواماً معلومة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي، ^(٣) لأنه نوع من المنفعة كالركوب
لأن كل منفعة ملك لإباحتها للعين بغير عوض وملك منعه إياها فإن المعاوضة
جائزة عليها كالحمل، ولأن ذلك بمنزلة أن يستأجر رجلاً يلحق له نخلة
فيقول لأنه فعل يراد لحمل أنثى ينتفع به تجوز إباحته بغير عوض فجاز
بعوض أصل التلقيح.

فصل [٣٢ — استئجار الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه الأجير

كل يوم درهما]

لايجوز للرجل ^(٤) أن يستأجر الرجل الأجير شهراً بدينار على أن يعطيه
الأجير كل يوم درهما أو أقل أو أكثر ^(٦) لأن ذلك فضاء بذهب متأخرة، ولأنه
عمل وفاء بذهب.

فصل [٣٣ — يكتري الدار في رمضان لذي القعدة]

يجوز أن يكتري داره في رمضان لذي القعدة، فتكون هذه الاجارة بعد
العقد بشهر أو مايقاربه ^(٧) خلافاً للشافعي في قوله لايجوز إلا أن تكون
المدة عقيب العقد بلا فصل، ^(٨) لأن الاجارة عقد على مال يخلق من المنافع

(١) النزو : الوثوب . (المصباح المنير ٦٠١)

(٢) انظر : المدونة ٤٠١/٣ .

(٣) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٠٠/٢ ، المذهب ٤٠١/١ .

(٤) للرجل : سقطت من ق .

(٥) الأجير شهراً بدينار : سقطت من م .

(٦) أنظر : المدونة ٤٥٠/٣ ، التفريع ١٨٦/٢ ، الكافي ٣٧٣ - ٣٧٤ .

(٧) أنظر : المدونة ٤٥٢/٣ ، الكافي ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٨) أنظر : الأم ٢٧/٤ - ٢٩ ، مختصر المزني ١٢٦ - ١٢٧ ، المذهب ٣٩٩/١ - ٤٠٠ .

فجاز أن يتأخر شرط المدة واستيفائها ما لم يعد ذلك بتعذر قبضها عنسد الحاجة، ولأنه لو عقد على هذه الدار شهرا أو على شهر بعده لجاز كذلك في مسألتنا لأنه قد حصل العقد للشهر الثاني قبل مضي الأول، فلا فرق بين أن يكون الأول داخل في العقد أو خارجا عنه .

فصل [٣٤ — بيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره]

يجوز المؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الاجارة ما لا يكون غررا يخاف تغييرها في مثله ، خلافا لأبي حنيفة (١) وأحد قولي الشافعي ، لقوله تعالى ﴿ وَأَحْلِلْ لِلَّهِ الْبَيْعَ ﴾ ، ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر لأن المشتري إنما يسلمها بعد انقضاء مدة (٢) الاجارة فكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع ، أصله إذا باعها منه، ولأنه عقد على منفعة فلم يمنع العقد على الرقبة أصله إذا باع أمة قد زوجها

فصل [٣٥ — إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة]

تجوز إجارة الدور وسائر العقار أكثر من سنة ، وقال الشافعي في أحد (٣) قولييه لا يجوز ، فدليلنا أنها مدة تبقى المنافع إليها ويمكن استيفائها كالسنة .

إذا استأجرها عشر سنين بأجرة معلومة لجملة المدة جاز ولم يلزم أن يعين ما لكل سنة خلافا للشافعي، لأنها مدة تجوز الاجارة إليها فوجب أن يكون ذكر الأجرة لجملتها مغنيا عن ذكر ما يقابل تفصيلها أصله السنة والشهر .

(١) أنظر : المدونة ٤٣٣/٣ و الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٦٨ - ٣٦٩ .

(٢) أنظر : مختصر الطحاوي ١٣١ ، الأم ٢٨/٤ - ٢٩ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ .

(٤) في ق : سلمها .

(٥) أنظر : المدونة ٤٥٠/٣ و ٤٥٤ ، الكافي ٣٦٩ .

(٦) مختصر المزني ١٢٨ - ١٢٩ .

فصل [٣٦ — ضمان ما حمله المستأجر]

ومن استؤجر لحمل ما سوى الطعام فادعى تلفه أو كسره فلا ضمان عليه، لأن الأجير مؤتمن كالوكيل والرسول، فإن استؤجر على حمل طعام ضمن إن ادعى تلفه، خلافاً لمن منع ذلك،^(١) لأن العادة جارية بأن الأكرياء يتسرعون إلى أكل الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ويحملون على أن نفوس الناس وأهل المروءات والأقذار يأنفون من أن يطلبوهم بمثله من المأكولات لاسيما العرب مع كرمهم وعزة نفوسها واعتيادها بذله والسماحة به، وفي ذلك إضرار بالناس وليس كذلك العروض وغيرها لأنه لا يقيح في العادة المطالبة بها وإن قل ما يستأجر على حمله منها، ولا جرت عادة الأكرياء بالتسرع إلى تناولها كما جرت عادتهم بذلك في الطعام، ولأن بالحجار يتنافس في الطعام لضيق العيش هناك وشدة الحاجة إليه فلو لم يضمن الأكرياء لتسرعوا إلى تناوله ولحق الناس الضرر؛ إذا استؤجر على حمل شيء فتلّف منه من غير تعد ولا تفريط فلا ضمان عليه لأننا قد بينا أنه مؤتمن فلا يضمن إلا بالتعمدي والتقصير في ترك التحفظ.^(٢)

فصل [٣٧ — إذا ساق الدابة بالعصى وضربها فعطبت]

إذا ضرب الدابة أو ساقها بالعصى على عادة الناس من غير خرق فعطبت لم يضمن خلافاً لأبي حنيفة، لأن العرف جار به بأنه لا بد للدابة من سوق وزجر على السير، والضرب بالمعروف على قدر الحاجة فكان هذا القدر مأذوناً فيه فلم يضمن ما حدث عنه.

-
- (١) أنظر: المدوثة ٤١٣/٣ و ٤٣٦، الرسالة ٢١٩، الكافي ٣٧١.
 (٢) في أحد قولي الشافعي وروي عن عطاء وطاوس وزفر (أنظر: المهلب ١/٤٠٨)
 (٣) في م: ويحيلون على أنفسهم الناس.
 (٤) في ق: الحفظ.
 (٥) أنظر: التفريع ١٨٤/٢ - ١٨٥، الكافي ٣٧١.
 (٦) أنظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٩٢/٢.

فصل [٣٨ — إذا غرقت السفينة المستأجرة لحمل الطعام]

إذا استأجر سفينة لحمل طعام فغرقت فلا ضمان عليه ^(١) خلافا لأبي حنيفة، ^(٢)
لأن الملاح لم يتعد فأشبهه أن تغرق بالموج والريح، وقياسا عليه إذا كان
صاحبه معه .

فصل [٣٩ — في كراهة من غرقت سفينته]

واختلف في كراهة فقيل لاشيء له، وقيل له من الأجرة بقدر ما مضى من ^(٣)
المسافة، فوجه الأول أن العرف جار في مثل ذلك بأنه على البلاغ لأنه جار ^(٤)
مجرى الجمل: كأنه يقول إذا بلغت بالطعام إلى موضع كذا وكذا فهذه الأجرة ^(٥)
لك، فإذا لم يحصل الفرض لم يستحق شيئا، ووجه الآخر أنه إجارة وليس يجعل
لأن العمل والأجرة مقدران فكان له من الأجرة بحساب ماضى كسائر الاجارات

فصل [٤٠ — إذا اكترى إبلا إلى الحج فأخلفه الجمال]

إذا اكترى إبلا إلى الحج فأخلفه الجمال: فإن المكترى يأتي الامام ^(٦)
ويقيم عنده البيعة فإن كان الجمال له مال تكارى له الامام عليه لأن ^(٧)
القضاء على الغائب واجب إذا التمس ذلك صاحب الحق، وإذا لم يكن للجمال
مال لم يتكارى عليه لأنه لا يحصل لمن يتكارى منه عوض ما يكترى منه، فإن ^(٨)
كان المكترى هو الذي هرب فالجمال أيضا يقيم البيعة ويكرى الامام مكانه رجلا ^(٩)
إن كان اكترى للركوب أو حمولة مثله إن كان اكترى للحمل بسعر الوقت

(١) أنظر: التفريح ١٨٢/٢، الرسالة ٢١٩، الكافي ٣٧٢ .

(٢) أنظر: مختصر الطحاوي ١٢٩ - ١٣٠، مختصر القدوري - مع شرح
الميداني - ٩٣/٢ .

(٣) في ق: عليه . (٤) في م: الأولى .

(٥) كذا: سقطت من م .

(٦) الجمال: صاحب الجمل أو العامل عليه (المعجم الوسيط ٣٦/١) .

(٧) في م: للجمال .

(٨) أنظر: المدونة ٤٤١/٣ - ٤٤٣، الرسالة ٢١٩، الكافي ٣٧٢ .

(٩) عوض ما يكترى منه: سقطت من م .

يوم الحكم ويكون على الهارب ضمان نقصان إن كان في الكراء وله زيادة إن حصلت ويدفع الأجرة إلى الجمال، فإن تعذر ذلك إلى فوات الحج فقد انفسخ العقد لأن الاجارة هاهنا متعلقة بزمان، والمنافع المختصة بالأزمان لا يصح فيها القضاء ، والتراد واجب بينهما والكراء في غير الحج بخلاف ذلك لأن العادة لا تخصه بزمان فلا ينفسخ العقد، وتكون الحموله له أي وقت وجده . [١/٩٧]

فصل [٤١ — في عدم ضمان الراعي ما هلك من الغنم]

لا يضمن الراعي ما هلك من الغنم لأنه أمين كالوكيل، فإذا ذبح شاة وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان: إحداهما وجوب الضمان، والأخرى (١) نفيه، فوجه الوجوب أنه متعمد بذبحها لأنه لم يؤمر بذلك وإنما هو مؤتمن فيما أذن له فيه لا في غيره، ووجه النفي فلأن التهمة راثلة عنه فـ في العادة، والعرف يشهد أن في فعله مصلحة فلم يضمن .

فصل [٤٢ — سقوط الضمان على صاحب الحمام]

لا ضمان على صاحب الحمام (٢) لأنه لم يسلم إليه (٣) ما يلزم فيه ضمان، وإن كانت الشيا ب سلمت إليه فلا ضمان عليه لأنه أمين كالمودع إذ قبضه للشيا ب لمنفعة ربهـا دون منفعة نفسه .

فصل [٤٣ — من استعار عبدا بغير إذن سيده أو صغيرا بغير

[إذن وليه]

من استعار عبدا بغير إذن سيده أو صغيرا بغير إذن وليه في شيء فتلف فيه فينظر : فإن كان مما لا يتلف في مثله ولا يلحق ضرر بالاستعانة (٤) فيه فلا يضمن ما كان عنه مثل: أن يقول ناولني هذه المروحة أو هذه الخرقة

(١) أنظر : المدونة ٤٠٨/٣ ، التفريع ١٨٧/٢ ، الكافي ٣٧٤ .

(٢) أنظر : الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٧٥ .

(٣) في م : لم يتسلم ما يلزم .

(٤) أنظر : الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٨ ، المقدسات ٤٧٣/٢ - ٤٧٤ .

أو ما أشبه ذلك لأن ضرورة العادة قاضية بأن مثل هذا لا يكون منه تلسف وأن الناس يتسامحون به فيما بينهم فلا ضمان فيه إن كان عنه تلف ولا أجره فيه مع السلامة وإن كان الشيء المستعان فيه مما له بال وخطر وتطلب الأجرة في مثله فهو متعدد بذلك، ولولي الصغير وسيد العبد مطالبته بالأجرة إن سلم لأنه استوفى منافع لها قيمة بغير إذن من إليه^(١) الإذن فيها فكان ضامناً للبذل فيها بتعديه، وإن كان عن ذلك تلف ضمن دية الحر وقيمة العبد لأنه سبب تلفهما باستعمالهما على وجه التعدي .

فصل [٤٤ — في تضمين الصناع]

الصناع المؤثرون بصنائعهم في الأعيان كالقصارين والصباغين والصاغة وغيرهم ضامنون بما أسلم إليهم مما يتأجرون على عمله إذا غابوا عليه، ولا يقبل قولهم في تلفه فإن قامت لهم بينه به سقط الضمان عنهم عند مالك وابن القاسم ولا يسقط عند أشهب وسواء عملوا بأجر أو بغير أجر ولا يضمنون ما لم يقبضوه ويحملوه إلى منازلهم، وإذا سقط الضمان عنهم ففي وجوب الأجرة لهم خلاف؛ قال ابن القاسم ليس لهم أجره، وقال ابن الموار تكون لهم الأجرة^(٢) .

فصل [٤٥ — دليل تضمين الصناع في الجملة]

وإنما قلنا أن الصناع في الجملة يضمنون خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٤) في تغريقه بين الخاص والمشارك، لأن ذلك إجماع الصحابة، وروي عن عمر وعلي وقال علي : لا يصلح الناس إلا ذلك^(٥) .

- (١) في م : له .
- (٢) في ق : له .
- (٣) في جملة أحكام تضمين الصناع أنظر : المدونة ٣/ ٣٧٢ - ٣٧٨ ، التفريع ١٨٩/٢ ، الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٧٥ - ٣٧٦ .
- (٤) أنظر مختصر الطحاوي ١٣٠ ، الاقناع ١٠٠ ، خلافاً للشافعي في أحـد قوليـه (انظر : مختصر المزني ١٢٧) .
- (٥) في ق : تغريقهم .
- (٦) في م : الحاضر .
- (٧) أخرج هذه الآثار البيهقي ١٢٢/٦ و ١٢٣ ، عبد الرزاق ٨/ ٢١٨ و ٢١٩ ، والمحلى ٨ / ٢٠٢ .

ولأن في ذلك مصلحة ونظر للصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع إذ ليس كل أحد يحسن أن يخطط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبلنا قولهم في الاتلاف مع علمهم بضرورة الناس إليهم لتسرعوا إلى ادعائه ولأجبروا على الناس وللحق أرباب السلع أشد ضرر فكان الحظ للجميع دفعها على التضمنين ، ولأنه قبض العين لنفع نفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالمقترض والمستعير .

وإنما شرطنا في ذلك أن يتسلموه ويغيبوا عليه لأنهم إنما يضمنون بالقبض فإذا لم يسلم إليهم وكانوا في منازل أرباب السلع أو كان أرباب السلع معهم فلم ينفردوا بقبض يتهمون فيه بادعاء التلف فلا وجه للتضمنين مع عدم موجه .

فصل [٤٦] في وجه إسقاط الضمان عنهم ووجه إيجابه]

ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبيئة صدقهم فيه أنه أجبر ثبت هلاك مادفع إليه من غير تغريط فأشبه الخاص ، ولأن التهمة زائلة مع قيام البيئة .

ووجه إيجابه عليهم أن أصل قبضهم هو على الضمان فلم يسقط عنهم حسا للباب لأن ما طريقة المصلحة وقطع الذريعة لا يتخصص بالأعيان كمنع قبول شهادة الأب لابنه .

وإنما لم نفرق بين ما عملوه بأجر أو بغير أجر خلافا لأبي حنيفة لأن تركه الأجر لا يخرجهم عن سنة الصناع في الضمان كما لو عملوه بأجر ثم وهبه له، ولأنه صانع قبض السلعة ولم تتسم له بيئة على تلفها كما لو عملها بأجر .

(١) في م : يتقصدوا للقبض .

(٢) في ق : الحاضر .

(٣) في ق : كان .

(٤) في م : لا تتخفص .

(٥) قبول : سقطت من م .

فصل [٤٧ — في وجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه]

ووجه سقوط الأجرة فيما علم هلاكه بغير صنعتهم أن المالك لم يسلم له غرضه الذي تلزمه الأجرة في مقابلته فأشبه أن يهلك بتفريط من الصانع، ولأن الاجارة بيع منافع الأعيان، ولو تلف المبيع الذي يتعلق له حق توفيه قبل تسليمه إلى المشتري لم يلزمه ثمنه كذلك في مسألتنا.

ووجه إيجابها أنه أجبر وقتاً عمله فسقط ضمانه فكان له الأجر أصله الخاص، ولأن الأجرة في مقابلة العمل دون سلامة السلعة فإذا حصل العمل وجب استحقاق الأجرة أصله إذا حصلت عنده.

فصل [٤٨ — في اختلاف الصانع ورب السلعة في العمل]

إذا اختلف الصانع ورب السلعة في العمل: فقال الصانع أمرتني بكذا مثل الخياط يقول: أمرتني بقطع الثوب قميصاً، ويقول ربه بل قميصاً، فالقول قول الخياط إذا أتى بما يشبهه (٣) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي، لأن اليمين يتوجه على أقوى المتداعيين سبباً والخياط أقوى سبباً لأنه مسأذون له في التصرف ومؤتمن عليه فكان القول قوله مع يمينه، ولأن الظاهر معه لأنهم إنما يعملون الصنعة على أمر رب المال ويستحقون العوض في مقابلتها وبإزاء إمكان الغلط عليهم وادعائهم ذلك على أرباب السلعة (٤) لا تفوتهم الأجرة، [ولأن] (٦) أرباب السلع (٧) ومحبتهم ألا يصل إلى الصانع أجره فيسقط الاحتمالان ويبقى الظاهر.

(١) في ق: كالأعيان.

(٢) في ق: أصله الخاص.

(٣) أنظر: المدونة ٣/٢٧٥ - ٢٧٦.

(٤) أنظر: مختصر الطحاوي ١٣٠، مختصر المزني ١٢٨.

(٥) في ق: مأمون.

(٦) بياض في ق.

(٧) مابين قوسين سقط من م.

باب [في الجعالة]

الأصل في جواز الجعل قوله تعالى ﴿ ولَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (١) وقوله صلى الله عليه وسلم : « للذي رقى فأخذ عليه جعلا من [٩٧/ب] أكل يرقيه باطلٌ فلنقد أكلنا برقية حق » (٢) « وكان الجعالة كانت قبيل الاسلام وأقرها النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكرها ولا نهى عنها ».

فصل [١ — صفة الجعل]

وصفة الجعل: أن تكون الأجرة مقدرة والعمل غير مقدر فمتى قدر العمل لم يكن جعلا وصار إجارة، ولم يجز إلا فيما لا يتقدر من الأعمال، وصفته فيما لا يتقدر أن يجعل جعلا في المجيء بعبده الآبق وبميره الشارد: فإن جاء به استحق الجعل المقدر له وإن لم يأت به فلا شيء له، ولا يجوز ضرب أجل في ذلك لأنه يخرج عن بابه (٣) لأن وقت إصابته غير معلوم ولا يدري هل يكون أم لا (٤).

فصل [٢ — في حكم عقد الجعالة من حيث اللزوم والجواز]

الجعل جائز وليس يلزم إلا أن يشرع المَجْعُول له في العمل فيلزم (٥) وذلك لأن العمل جارٍ فالجواز فيه دون اللزوم فلم يجز إخراجه عن بابه وإدخاله في العمل فقد حصل أحد الطرفين فلا يجوز إبطاله (٦) وإنما يجوز عندنا

(١) الجعل : هو عقد معاوضة على عمل آدمي يعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه (الرضاع على ابن عرفة ٤٠٢)

(٢) سورة يوسف ، الآية ٧٢ .

(٣) في م : أكلت .

(٤) أخرجه البخاري في الإجارة باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب

بفاتحة الكتاب ٥٣/٣ ، ومسلم في السلام باب جواز أخذ الأجرة على

الرقية بالقرآن والأذكار ١٧٢٧/٤ .

(٥) أنظر : المدونة ٤١٩/٣ - ٤٢٢ ، التفريع ١٩٠/٢ ، الرسالة ٢١٨ ، الكافي ٣٧٦ .

(٦) مابين قوسين سقط من ق .

(٧) أنظر : التفريع ١٩٠/٢ ، الكافي ٣٧٧ .

(٨) فلا يجوز إبطاله : سقطت من ق .

في الشيء الخفيف الذي لا خطر له أو ما لا ينحصر بأجرة، فأما ما يمكن أن يعقد عليه إجارة فهي أولى لأنها أبعد عن الغرر، ولأن العقد ينحصر من الطرفين فكان أولى .

فصل [٣ —] عدم جواز كون الأجرة في الجعل مجهولة [

لا يجوز أن تكون الأجرة في الجعل مجهولة^(١) لأنه غرر، ولأن الجهل يدخل العقد من الطرفين، ولأن الجهل في العمل إنما يجوز للضرورة إليه لأنه لا يمكن حصره ولا ضرورة إلى ذلك في الجعل، فمن ذلك أن يجعل لمن جاء بعده الآبق أو جملة الشارد نصفه لا يجوز لأنه لا يعرف صفته وقت المجيء به .

يجوز حصاد الزرع وجذاذ الثمر بنصفه لأنه معلوم ، وإن قال : احصده فما حصدت من شيء فلك نصفه أو ثلثه^(٢) فجائر أيضا لأنه معلوم، ولأن كل جزئين من الزرع مستحق بإزائها جزء منه، فإن قيّد ذلك بزمان بعينه مثل: أن يقول احصد زرعي هذا اليوم فما حصد منه فلك نصفه: فقليل لا يجوز لأن قدر ما يحصد في اليوم غير معلوم، وقيل يجوز لأن الأجرة في الجملة مقدرة .

فأما نفخ الزيتون بنصف ما يسقط منه: فإن أراد تحريك الشجرة وله نصف ما يسقط فذلك مجهول، وإن أراد الجميع جاز .

فصل [٤ —] فيمن جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر [

من جاء بآبق أو شارد ابتداء ثم طلب الأجر: فإن كان ذلك شأنه وعادته ويعلم أنه يتكسب به فله أجرة مثله بقدر تعب وسفره وتكلف طلبه، خلافا^(٣) لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنه متطوع لشيء له^(٤) ، لأن منافعه فيما لو أقامه ربه لعدّ سقها منه يوجب له الأجر عليها أصله لو سقط من موضع

(١) أنظر : المدونة ٤١٩/٣ - ٤٢٠ ، التفريع ١٩٠/٢ ، الرسالة ٢١٨ ، الكافي ٣٧٦

(٢) أو ثلثه : سقطت من ق .

(٣) أنظر : التفريع ١٩٠/٢ .

(٤) أنظر : المبسوط ١٧/١١ ، المهذب ٤١٨/١ .

عال أو وقع في بئر فأخرجه فأثبت ذلك فله أجر مثله لأنه ليس هناك مسمى، فإن أبى صاحب العبد أن يدفع إليه خلاً بينه وبين العبد لأن امتناعه ممن ذلك رضا بإسلام العبد، وإن علم أن ذلك ليس من شأنه وعادته انه يرتفع عن مثله وإنما فعله على وجه الحسنة واكتساب المودة فليس له أجره إن طلبها لأن دعواه لذلك ينافي ظاهر حاله فكأنه ندم فاستدرك ندمه فلا يستحق شيئاً.

فصل [٥ — مشاركة المعلم على تعليم الصبي القرآن، ومشاركة الطبيب على برء العليل]

تجوز مشاركة المعلم على تعليم الصبي القرآن على الحذاق، ومشاركة الطبيب على برء العليل لأن الضرورة تدعو إلى ذلك فجوز لأجلها إذا كان مقامه في التعليم غير معلوم وبرء العليل غير معروف المدة.

فصل [٦ — الجعالة على حفر الآبار]

(٣) يجوز الجعل على استخراج المياه في الآبار والعين على صفة معلومة ومعرفة بعد الأرض وقربها وشدتها ولينها، فإن لم يعرف ذلك لم يجز لأنها (٤) معاوضة على عمل مجهول لا تدعوا ضرورة إليه وإن لم يأت الماء فلا شيء له إلا أن يكون رب الدار قد انتفع بشيء من عمله فتكون له الأجرة بقدره. (٥)
(٦) (تم البيوع والحمد لله رب العالمين)

-
- (١) في م : بتسليم .
 - (٢) أنظر : التفريع ١٨٦/٢ ، الرسالة ٢١٩ ، الكافي ٣٧٤ .
 - (٣) يجوز سقطت من ق .
 - (٤) أنظر : المدونة ٤٢١/٣ ، التفريع ١٩٠/٢ - ١٩١ ، الرسالة ٢١٨-٢١٩ ، الكافي ٣٧٧ .
 - (٥) في م : الأرض .
 - (٦) مابين قوسين : سقط من م .

(١)
كتاب القراض

(٢) لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة ، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه ، وروي عن عمر رضي الله عنه وعثمان وعلي (٣) وكثير من الصدر الأول ، ولأن الضرورة داعية إليه لأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فدعت الضرورة إلى استنابة غيره .

(٤) وإنما لم يدخل في ذلك من يدخل فيه بأجرة (٥) معلومة لأن العسادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القسراض بجزء من الربح فلما كان الأمر كذلك وجبت الرخصة فيه على نحو ما رخص في المساقات والأصل في البابين متقارب .

مسألة [١ — صفة القراض]

وصفة القراض: أن يدفع الرجل مالاً إلى غيره ليتجر فيه ويشتري ويبيع ويبتغي من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه من قليل أو كثير على ما نبينه .

(١) القراض: مأخوذ من القرض وأصل القرض ما يفعله الرجل ليجازي عليه من خير أو شر هذا في اللغة ، أما في الاصطلاح فهو: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الاجارة . (أنظر: المقدمات ٢ / ٥ ، جدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع - ٣٧٩) ويسمى عند أهل العراق مضاربة .

(٢) أنظر: الاجماع ١٢٤ ، المطر ١١٦/٩ ، بداية المجتهد ٤٩٣/٧ ، شرح النووي لمسلم ٤٢٠/٦ .

(٣) أنظر: الموطأ ٦٨٧/٢ - ٦٨٨ ، مصنف عبدالرزاق ٢٤٨/٨ ، البيهقي

(٤) في م : وربما .

(٥) في ق : بأجرة .

فصل [٢ — فيما يجوز القراض به]

ولا يجوز القراض الا بالدراهم والدنانير^(١) لأنهما أصول الأثمان التي تتمول ويفرق إليها في التعامل والبيع والشراء^(٢) وقيم المتلفات، وعنه^(٣) في جوازه بالتبر والنقار روايتان: وابن القاسم يحمل المنع على الكراهية ويقول إن نزل أمضيته .

فوجه الجواز أنه عين مال ذهب أو فضة لم يخرج عن حكم التعامل به كالمضروب، ولأنه ليس في كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب، والسكة لا تأشير لها في الجواز ولا في المنع بدليل أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق في الصرف قبل القبض وغير ذلك، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزافاً ومنعه في المضروب لأن ذلك لمعنى يرجع إلى الفرر وكثرته في المسكوك .

/ ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ماهي عليه وإنما يصير أثماناً [١/٩٨] متعاملاً بها بعلاج وصنعة، فإذا لم تصر أثماناً فهي في حكم العروض، ولأن العاصل يحتاج إلى بيعها لتصير أثماناً ولولا عقد القراض لم يفعل^(٤) ذلك، ولا يخلو أن يكون بأجرة أو بغير أجره فإن كان بغير أجره كان ذلك زيادة أرادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوي، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها .

(١) أنظر: الموطأ ٦٩٨/٢ ، المدونة ٤٧٠٤٦/٤ ، التفريع ١٩٤/٢ ، الرسالة ٢٢٠ ، الكافي ٣٨٤ .

(٢) يعني عن الإمام مالك - رحمه الله - .

(٣) أنظر المدونة ٤ / ٤٧ ، التفريع ١٩٤/٢ ، والمشهور في المذهب جوازه (الفواكه الدواني ٢ / ١٧٤) .

(٤) في م : لم يضر .

فصل [٣ — في عدم جواز القراض بشيء من العروض والحيوان]

- (١) ولا يجوز القراض بشيء من العروض والحيوان وما عدى الذهب والفضة
 (٢) خلافا لابن أبي ليلى، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من
 وجوه كثيرة منها: أنه إجازة مجهولة و أن العامل لا يدري هل يكون في المال
 ربح أو خسران إلا أنه (٣) جوز للضرورة فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع
 فقط، ولأن رأس المال لا بد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفس الميسر أو
 قيمته: فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل
 يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهي تساوي خمسة آلاف وفي ذلك تلف
 أجرته وإلحاق الضرر به وقد يأخذها تساوي ألفا فيردها تساوي مائة وفي
 ذلك تلف رأس المال، وإن جعل رأس المال قيمة السلعة بطل الأمرين: أحدهما
 أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها وهذه زيادة منه
 عليه وذلك غير جائز، والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت
 العقد أو وقت المعاملة وأي ذلك كان ففيه ما يؤدي إلى إتلاف المال وذهاب (٤)
 عمل العامل وكل ذلك إضرار وغرر فإن نزل فسخ ما لم يعمل فإن لم يفسخ
 حتى عمل فللعامل أجره المثل في بيع العرض، وقد اختلف قوله فيها يجب (٥)
 له في القراض الفاسد ونحن نذكره فيما بعد إن شاء الله. (٦) (٧) (٨)

فصل [٤ — في كون القراض عقد أمانة]

القراض عقد أمانة: فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما، فإن لم
 يكن ربح ولا وضیعة ونش رأس المال وأراد العامل أو رب المال فسخ العقد (٩)

(١) أنظر: المدونة ٤٧/٤، التطريع ١٩٤/٢، الرسالة ٢٢٠، الكافي ٣٨٤.

(٢) أنظر: المغنى ١٧/٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٩١/٣٠.

(٣) في م: ان غير أنه.

(٤) في م: المفاضلة.

(٥) في م: تلف.

(٦) في م: العروض.

(٧) في م: وقد اختلف في قوله.

(٨) ان شاء الله: سقطت من م.

(٩) نفى: يقال نفى الشيء حصل. ونفى الثمن حصل وتعجل وأهل الحجاز

يسمون الدراهم والدنانير نفا (انظر المصباح المنير ٦١٠).

(١) فذلك له، وكذلك لو أرادته قبل العمل لأنفسه عقد جائز وليس بلازم إلا أن يشرع العامل في العمل فلا يكون لأحدهما فسخه إلا برضا الآخر لتعلق حق كل واحد منهما به، وإن كان فيه وضعية فمن مال رب المال إلا أن يكون بتعد من العامل فيلزمه بتعديده، فإن شرط رب المال على العامل ضمان الخسران كان العقد فاسداً خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن القراض صحيح والشرط باطل، لأن (٢) أصل القراض موضوع على الأمانة فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه أصله إذا تزوج امرأة وشرط عليها ألا يطأها .

فصل [٥ — في معنى جواز القراض بما اتفقا عليه من الأجزاء]

وإنما قلنا يجوز القراض بما اتفقا عليه من الأجزاء قل أو كثر لأنه في معنى الإجارة، والعوض في الإجارة موكول في مقداره إلى تراضيهما فكذلك القراض .

فصل [٦ — اشتراط جميع الربح لأحدهما]

(٦) يجوز القراض بشرط أن يكون جميع الربح لأحدهما خلافاً لأبي حنيفة (٧) (والشافعي في قولهما أن العقد فاسد، ولأبي حنيفة (٨) في قوله أنه إذا كان بشرط جميع الربح للعامل كان قرضاً لا قراضاً، لأن تقدير الربح موكول إلى تراضيهما فجاز لأحدهما تركه للآخر ولا يجوز أن يصير قرضاً لأن (٩) رب المال قصد أن يكون قرضاً فلا يجوز أن يضمن العامل لأجل أن رب المال

(١) في ق : إلا بشرع .

(٢) مال : سقطت من م .

(٣) أنظر : الموطأ ٦٩١/٢، المدونة ٤٩/٤، التفريع ١٩٥/٢، الرسالة ٢٢٠ .

(٤) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٤ - ١٢٥ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني

١٢٧ / ٢ ، ١٣٠ .

(٥) في م : أصابه .

(٦) أنظر : الموطأ ٦٩٠/٢، المدونة ٤٨/٤، التفريع ١٩٣/٢ - ١٩٤ .

(٧) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٤ ، مختصر المزني ١٢٣ ، المذهب ٣٨٦/١ .

(٨) ما بين قوسين سقط من ق .

(٩) في م : يكون .

أسقط حقه من الربح .

فصل [٧ — في عدم جواز القراض الى أجل يلزمه العمل به]

ولا يجوز قراض إلى أجل يلزمه العمل به إلى ذلك الأجل^(١) لأن القراض عقد جائز فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك خلاف مقتضاه ووجب فسادة، ولأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز.

فصل [٨ — في نفقة العامل في القراض]

لأن نفقة للعامل إذا كان حاضراً^(٢) لأنه لم يتعلق عليه لأجل المال ما يحتاج معه إلى زيادة نفقة لأنه لو لم يكن بيعه قراض لكان لابد أن ينفق على نفسه وعياله، ولأن ذلك زيادة منه على رب المال فلم يجز، ولأنه النفقة إذا سافر والكسوة التي لولا الخروج بالمال لما احتج إليها في الحضر خلافاً للشافعي وغيره^(٤) لأنه لم يدخل على وجه التبرع وإنما سافر طلباً للفضل فلو ألزمناه مؤنة السفر من ماله لأحاطت نفقة سفره بربحه المشترط له وزادت عليه، ولأن سفره لما كان لأجل المال صار كبيع كلف المال ومؤنته، وكذلك البهائم تحمل متاعه، ولأن ذلك يكون زيادة من رب المال عليه وذلك غير جائز، وكذلك إذا كان أعرابياً أقام في الحضر لأجل المال فله النفقة في إقامته كنفقة الحاضر إذا سافر .

فصل [٩ — في كون النفقة ملفاة من الفضل]

إذا ثبت ما ذكرناه فهذه النفقة ملفاة من الفضل كبيع المؤن شسم يقتسمان الفضل الباقي بعدها اعتباراً بأجرة الأجراء وكراء البهائم لنقل

(١) أنظر : الموطأ ٦٩١/٢ ، الكافي ٣٨٦ .

(٢) ذلك : سقطت من م .

(٣) أنظر : الموطأ ١٩٦/٢ ، المدونة ٥١٠٤٩/٤ ، التفريع ١٩٤/٢ ، الرسالة ٢٢٠ ، الكافي ٣٨٥ .

(٤) أنظر : مختصر المزني ١٢٢ ، الاقناع ١٠٩ والمهذب ٢٨٧/١ .

المتاع، فإن لم يكن في المال ربح وقد خرجت منه نفقة العامل لم يلزمه
غرمها لرب المال لأن لو ضمناه ذلك كان زيادة من رب المال عليه واعتباراً
بسائر المؤن.

فصل [١٠] في عدم جواز انضمام عقد آخر إلى عقد القرض

لا يجوز أن ينضم إلى عقد القرض عقد غيره من بيع أو إجارة أو غير
ذلك، ولا يفرق يشترط أحدهما ليستبد بمنفعته على الآخر، لأن القرض عقود
ضيق لا يحتمل الشروط لانفراده عن الأصول، وتجويزه للضرورة فلا يجوز منه
إلا قدر ما ورد الشرع به فقط فمتى زيد عليه ما يخرج عن باب رخصته بطل.

فصل [١١] في سفر العامل بالمال

للعامل أن يسافر بالمال إن أطلق العقد إلا أن يشترط عليه ترك السفر
وليس له أن يبيع بدين إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ضمن والغصبي
بينهما لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به وقدم عرف أن [٩٨/ب]
من عادة التجار التقلب بالمال حضراً وسفراً وطلب النماء فيه بسائر
الوجوه، كما أنهم يتقلبون به في سائر السلع بل قد علم من عادتهم أن من
السلع ما يبتاع للسفر بها كما أن منها ما يبتاع للتربية وقت تغيير
سوقه فالإطلاق محمول على العرف والنسيئة بخلاف ذلك لأن إطلاق العقد
لا يقتضي إخراج المال عن يده وتعليقه بذمة غيره وحسبه عليه، فإذا ثبت
ذلك ضمن متى أنسأ المال أو شيئاً منه ولم يضمن في السفر إلا أن يشترط
عليه تركه، وله ذلك إذا كان مندوحة في الحضر تغنيه عن السفر وكذلك له.

(١) منه : سقطت من ق .

(٢) أنظر : الموطأ ٦٩١/٢، المدونة ٥٨/٤، التفريع ١٩٥/٢، الكافي ٣٨٦-٣٨٧.

(٣) أنظر : المدونة ٦١/٤ - ٦٣، التفريع ١٩٤/٢، الكافي ٣٨٦.

(٤) في ق : يتلفون .

(٥) جاء في الإشراف : لأن بالنسيئة قد أخرج المال عن يده وذلك خلاف

مطلق العقد ٥٨/٢ وقال في التلقين : ولا يجوز التأجيل فيه ٤١٢/٢.

أن ينهائه عن بعض السلع، ولأن له في غيرها سعة، ولأن نهيه عنها لا يمنع من
التقلب في المال وطلب الربح، وليس له أن يقصره على بعض السلع لأن منعه
عن سلعة معينة بخلاف قصره على سلعة معينة لأن قصره يمنعه مقتضى العقد
والمطلوب به من التقلب في المال ورجاء النماء فيه لأن ذلك إنما يكون^(١)
في الاضطرار المتسع فيه دون المضيق إلا أن يكون النوع الذي قصره عليه
متسعا في الوجود يعتمد على مثله ولا يمنع القصر عليه من الربح في المال
مأمون العدم في وقت من الأوقات فيجوز.

فصل [١٢] منع مشاركة العامل غيره في المال

لا يجوز للعامل أن يشارك غيره في المال لأن رب المال إنما رضي^(٢)
بأمانته في المال وكون المال في يده ولم يأذن له في تسليمه إلى غيره،^(٤)
فإن فعل وسلم فهما على شرطهما، وإن تلف المال أو وضع ضمن العامل بتعديه.^(٥)

فصل [١٣] إذا مات أحد المتقارضين

إذا مات أحد المتقارضين، فإن كان العامل نظراً، فإن كان مات والمال
عين بحاله ما ابتاع به شيئاً فله به أخذه ولا مقال لورثة العامل سواء
كانوا أمناً أو غير أمناً، وليس لرب المال أيضاً إلزامهم بالعمل بالمال^(٦)
لأن موروثهم لو كان حياً فأراد رد المال وهو عين لكان ذلك له فكذلك
الورثة، وإنما لم يكن لهم مقال لأن الميت لم يتعلق له في المال حق
فيجب لهم ما وجب له، وإن كان موته بعد أن اشترى السلع وتصرف في المال
فقد تعلق لكل واحد من الفريقين حق بالمال: أما الورثة فإنهم مخيرون بين
أن يعملوا بالمال إن كانوا أمناً قادرين على العمل لا يخاف على المال

(١) في م : طلب .

(٢) أنظر : المدونة ٥٤/٤ ، التفريع ١٩٥/٢ ، الكافي ٣٨٧ .

(٣) إنما : سقطت من م .

(٤) في المال : سقطت من م .

(٥) في ق : ودام فهو .

(٦) أنظر : المدونة ٦٨/٤ ، الكافي ٣٨٧ .

(١) منهم إتلاف أو إضاعة فإن لم يكونوا أمناء أو كانوا أمناء^(١) إلا أنهم لا يحسنون التصرف بنفوسهم فإن أتوا بأمين ثقة يبصر العمل ويعرفه لزم تسليم المال إليه وقام مقامهم في البيع وتصحيح الثمن لرب المال ، فإن عجزوا عن ذلك كله سلموا المال ولم يكن لربه مطالبتهم بشيء .

وإنما قلنا أن لهم المطالبة به لأنه قد تعلق فيه حق الربح السدي يرجونه فيما ابتاعه موروثهم فليس لرب المال إبطاله عليهم والاستبداد به دونهم، ولأنه حق أوجبه عقد معاوضة فجاز أن ينتقل إلى الورثة كخيار العيب .

(٢) وإن قال الورثة لرب المال نحن نبيع ونوفيك رأس مالك وتخلي بيننا وبين السلع فليس ذلك لهم إلا أن يرضاه^(٣) لأنه قد تعلق له حق في المبتاع لأنه مشترى بماله فله من حق الربح مثل مالهم، وأما إن مات رب المال فإن العامل على حاله فإن مات قبل العمل فإن كل واحد من الفريقين بالخيار على صاحبه في فسخ العقد والمضي عليه، وإن كان بعد الشراء فليس لأحدهما^(٤) فسخه إلا أن يرضى^(٥) الآخر: أما الورثة فإنهم يقولون لما كان لأبينا المطالبة برد ماله عينا فكذلك لنا مثل ما كان له، وأما العامل فقد تعلق له فسخي المال حق ما يرجوه من الربح ببيعه فليس لهم فسخه عليه .

فصل ١٤ — لكل من المتفاوضين فسخ العقد قبل الشروع

قد بينا أن لكل واحد من المتفاوضين فسخ العقد قبل الشروع في العمل: فإذا عمل العامل فليس لأحدهما المطالبة برده رأس المال إلا أن يرضى الآخر ويلزم العامل التقاضي في البيع حتى يرده عينا لأن الجزء المشترك من الربح إنما يستحقه بعمله الذي هو البيع والشراء والتقلب بالمال حتى ينمى، وفي رده إياه عروضاً إسقاط أكثر العمل لأن العروض يحتاج إلى كلفة وموثة لمن يبيعها، إلى أن يحصل عينا .

(١) أمناء : سقطت من م .

(٢) في ق : قالوا .

(٣) في م : يرضى .

(٤) ليس : سقطت من ق .

(٥) في م : برضا .

فصل ١٥ — إذا خسر في مال القراض ثم عمل به من بعد فريح

إذا خسر في مال القراض ثم عمل به من بعد فريح نظر: فإن كان تفاصلاً بعد الخسران لم يجبر الخسران بالربح الثاني وكان رأس المال مابقي بعد الخسران يجبر من هذا الربح فإن فضل شيء تقاسمه وإلا لم يكن للعامل شيء ولا يرجع عليه بخسران^(١) وإنما وجب ذلك لأن الحق للعامل في الربح لا في رأس المال ولا يكون ربح إلا بعد حصول رأس المال، فإذا حصل في المال خسران لم يستحق العامل شيئاً لأنه لا يصل إلى شيء من الربح إلا إذا وصل رب المال إلى جزئه ولا سبيل إلى ذلك ما لم يكن رأس المال .

فصل ١٦ — في المستحق بالقراض الفاسد

اختلف قول مالك في المستحق بالقراض الفاسد^(٢) فعنه في ذلك روايتان: (٣)
إحدهما أن للعامل قراض المثل، والآخرى أجره المثل .

وفصل ابن القاسم فقال: إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل وإن كان من جهة الزيادة زادها أحدهما على الآخر رد إلى أجره المثل .

وذكر ابن المَوَّاز عن مالك في العامل يشترط عليه الضمان أن له الأقل من قراض المثل أو مما سمي له من الربح .

فوجه اعتبار قراض المثل في الجملة أن الأصول موضوعة على أن شبهة كل أصل مردودة إلى صحيحه كالنكاح والبيع والاجارة فكذلك القراض .

(١) أنظر: المدونة ٥٣/٤ ، التفريع ١٩٦/٢ ، الكافي ٣٨٧ .

(٢) المقصود بالقراض الفاسد مثل أن يشترط على العامل شروطاً فاسدة كأن يوكله على خلاص دينه أو وديعته غير أمين ويجعل ذلك الدين أو ثمن الوديعة قراضاً، والمشهور في هذا أن له أجره المثل .

(أنظر: الشرح الصغير ١٣٦/٤) .

(٣) أنظر المدونة ٤٧/٤ ، التفريع ١٩٦/٢ - ١٩٧ ، الكافي ٣٨٧ .

(٤) والمالكية يقولون إن كان الفساد تطرق إلى رأس المال يكون فيه أجره المثل، وأما إن تطرق إلى الربح فيكون فيه قراض المثل .

فوجه اعتبار أجرة المثل هو أن كل عقد صحيح يوجب عوضاً مسمى للعامل

بالعمل فإذا كان فاسداً فللعامل أجرة / المثل في عمله أصله الاجبارة [١/٩٩]
الفاصلة، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس .

وجه اعتبار أقل الأمرين أن قراض المثل وإن كان الأقل فقد رضي به
العامل لأنه إذا رضي أن يعمل على أن يكون عوضه على العمل من الربح على
الفساد بما ذكرناه فقد رضي أن يكون له فيما يصح بحسابه، وإن كان المسمى
الأقل فليس له زيادة عليه لأن رب المال يقول أنت رضيت بالمسمى عوضاً عن
عملك فليس فساد العقد موجبا لك زيادة في العوض .

فصل [١٧ — فائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل]

وفائدة الفرق بين أجرة المثل وقراض المثل: أن أجرة المثل تتعلق
بذمة رب المال كان في المال ربح أم لا، وقراض المثل يتعلق بربح إن كان
في المال فإن لم يكن فيه ربح فلا شيء للعامل، ومن أصحابنا من يجعل قراض
المثل مع الربح وعدمه يفرق بينهما بأن يجعل حظ العامل بقدر ما يساوي
عمله مما رضي به عوضاً لو صح العقد فيكون له بقيمة ذلك .^(٢)

فصل [١٨ — عدم المفاضلة في الربح إلا بحضور رأس المال]

لا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضور رأس المال^(٣) لما بينا أن^(٤)
الربح لا يستحق إلا بعد حصول رأس المال، ومتى كان عروضا وتقاسما الربح لم
يأمن أن ينقص السعر فيخسر رأس المال، أو ينظر^(٥) إن كان ديناً فيؤدي ذلك
إلى ما منعناه .

(١) على العمل من الربح : سقطت من م .

(٢) في م : بصحة ذلك .

(٣) في م : على .

(٤) أنظر : الموطأ ٧٠٢/٢ ، التفريع ١٩٧/٢ ، الكافي ٣٨٧ .

(٥) في م : ينكسر .

فصل [١٩ — زكاة القراض]

زكاة رأس مال القراض على رب المال، وزكاة الربح تابعة لأصله فلزم العامل في حصته إذا كان الحول قد حال على رأس المال سواء كان في حصته نصاب أو أقل لأن الربح تابع للأصل، وإن كان العامل عبداً أو ذمياً فلا زكاة عليه في حصته من الربح عند ابن القاسم لأنه ليس من أهل الزكاة، وقال عبد الملك تلزمه الزكاة لأن الجملة على ملك رب المال، ولأن الربح تابع للأصل .

فصل [٢٠ — إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل]

إذا اشترط رب المال الزكاة على العامل نظراً: فإن شرط عليه زكاة رأس المال والربح لم يصح لأن ذلك يؤدي إلى الجهل بجزء العامل، ولأنه قد يأتي على أجرته ويزيد عليها وإن شرط عليه زكاة رأس الربح وحده جاز أيهما شرطه على الآخر جاز لأن ذلك جزء معلوم مستثنى من جزئه كأنه إن قارضه على النصف وشرط زكاة الربح في حصته، قال قارضك على النصف إلا ربع العشر وذلك معلوم فيجوز، وما ابتيع من ماشية تجب فيها الزكاة فزكاتها ملغاة من أصل المال لأنها مؤنة من المومن والله أعلم .

(١) أنظر : المدونة ٥٣٠٥٢/٤ ، التفريع ١٩٧/٢ - ١٩٨ ، الكافي ٣٨٨ .

(٢) في ق : المال .

(٣) في ق : بجزء .

(٤) وحده : سقطت من م .

(٥) في م : الأجير .

(٦) والله أعلم سقطت من ق .

(١) كتاب المساقاة وكراة الأرض والمزارعة

المساقاة جائزة (٢) خلافاً لأبي حنيفة (٣) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر من شمر وزرع (٤) وروي أنه ساقى أهل خيبر (٥) وكان يبعث عبدالله بن رواحة فيحرص عليهم (٦) ولأن ذلك فعل الأئمة أبي بكر وعمر وغيرهما ولا مخالف من السلف فيه (٧) ولأنه مال لا ينمى بنفسه ولا تجوز إجارته وإنما ينمى بالعمل عليه فجاز العمل عليه ببعض ما يخرج منه أصله مال القراغة ولأن الغرر والخطر فيها أقل منه في القراض فكان بالجواز أولى .

فصل [١] فيما تجوز فيه المساقاة

تجوز المساقاة في الأصول كلها والشجر خلافاً للشافعي في قوله أنها لا تجوز إلا في النخل والكرم (١٠) لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر على ما فيها من زرع وشجر فعم، وكأنه أصل له شمر فجازت المساقاة عليه أصله النخل والكرم (١١) (١٢) (١٣)

- (١) في م : باب .
- (٢) المساقاة : في اللغة استعمال رجل رجلاً في نخل أو كرم يقوم بإصلاحهما وفي الاصطلاح قال ابن عرفة في تعريفها : عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل .
- () أنظر : الرضاع على ابن عرفة ٣٨٦ .
- (٣) أنظر : الموطأ ٧٠٤/٢ ، المدونة ٢/٤ ، التفريع ٢٠١/٢ ، الرسالة ٢٢٠ ، الكافي ٣٨١ .
- (٤) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٧ ، مختصر القندوري - مع شرح الميداني ٢٣٣/٢ .
- (٥) أخرجه البخاري في الإجارة باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما ٥٥/٣ ، ومسلم في المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ١١٨٦/٣ .
- (٦) هو الحديث السابق .
- (٧) عبدالله بن رواحة : بن شعبة بن أمية القيس الخزرجي الأنصاري ، أحد السابقين ، شهد بدرًا واستشهد بمؤتة وكان ثالث الأمراء بها في جمادي الأولى سنة ثمان (تقريب التهذيب ٣٠٣) .
- (٨) أخرجه مالك في الموطأ ٧٠٣/٢ وهو مرسل .
- (٩) فعل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما - أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب الرخصة في المزارعة ٨٢٣/٢ .
- (١٠) أنظر : المدونة ٢/٤ ، التفريع ٢٠١/٢ ، الرسالة ٢٢٠ ، الكافي ٣٨١ .
- (١١) أنظر : الأم ١١/٤ ، مختصر المزني ١٢٣ ، الاقناع ١١٠ .
- (١٢) سبق تخريج الحديث قريباً .
- (١٣) في ق : له ثمن .

(فصل ٢ — جواز مساقاة الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه)

الزرع إذا ظهر وعجز عنه زارعه تجوز المساقاة عليه لأنه يصير حينئذ كالأصل المرتجى ثمرته، ولا يجوز وهو مغيب لم يظهر، ولأنه ليس باطل ولا يدري هل ينبت فيه أم لا ينبت وكذلك المقاشى والمطابخ إذا ظهرت كالزرع (١)

(فصل ٣ — صفة المساقاة)

صفة المساقاة: أن يدفع الرجل حائطه وفيه النخل والشجر إلى من يعمل فيه على جزء من الثمر يتفقان عليه قل أو أكثر من نصف أو ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر من الأجزاء المقدرة المعلومه على أن يكون العمل والكلف والنفقة فيما يحتاج إليه الثمرة المساقاة عليها، وجميع المؤون على العامل مثل السقي والآبار والجاذ وعلوفة الدواب ونفقة الغلمان وما يتعلق بمصلحة الثمر وما لا يبقى بعد انصراف العامل.

وإنما قلنا ذلك لأن الجزء إنما يستحقه العامل بعمله الذي يصلح به الثمرة، ولا يجوز أن يكون بعضه على رب الحائط (٢) لأن ذلك زيادة يزدادها العامل، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما ساقى أهل خيبر لم يلزم لهم مؤنة بل انفقوا من أموالهم، وأما ما عدى ذلك مما يبقى بعد انصرافه فلا يجوز ولا يلزمه اشتراطه عليه وذلك كحفر بئر ابتداء أو إنشاء غراس أو بناء بيت يجي فيه الثمر أو ما أشبه ذلك لأن كل هذا زيادة مشترطة على العامل ينفرد بهارب المال، وذلك غير جائز لأنه يخرج المساقاة عن بابها ويلحقها بالاجارة المجهولة، وبيع الشمار قبل أن يبدو صلاحها، والمساقاة عقد خارج عن الأصول فلا يجوز منه إلا ما قد جوزه الشرع، ومن ذلك اشتراطه ضفيرة بينها، فاختلفت عبارات أصحابنا في ذلك فمنهم من

(١) سقط هذا الفصل كاملاً من ق .

(٢) في م : الثمرة .

(٣) في م : المال .

(٤) في م : الا قدر .

(٥) ضفيرة بينها : عبارة وردت في موطأ مالك ٧٠٦/٢ واختلفت تفسيرات

الأصحاب فيها (الرسالة ٢٠٢) .

قال الحائظ حول المراح، ومنهم من قال موضع مجتمع الماء، ومنهم من قال هي الشجرة يفرسها وجعل موضع دنيتهما بينها ويشبه أن يكون تصحيفاً، وكل ذلك يصح حمل الكلام عليه وإن كنا نعلم أن المراد واحد منها، وما شعث من آلة الحائظ فعلى رب المال صلاحه كالدولاب ينكسر أو يموت بعض البقر (٢) أو يذهب بعض الآلة أو يغور العين أو تنهار البئر وما أشبه ذلك وإنما قلنا ذلك ليمثل العامل إلى العمل، ويتمكن منه ولا يبطل حقه .

فصل [٤] جواز تراضيهما على ما شاء من الأجزاء في المساقاة

وإنما قلنا أن لهما أن يتراضيا على ما شاءا من الأجزاء لأنه عوض على صنائع يجوز بغير بدل فلم يتعذر البذل فيها كالأجارات والقراغ، وإذا ساقاه على عدة أحقة متفقة الثمار أو مختلفة فلا يخلو أن يكون في عقد واحد أو / عقود مفترقة: فإن كان في عقد واحد جاز على أجزاء متفقة ولم يجز على أجزاء مختلفة، وإن كان في عقود مفترقة جاز على أجزاء متفقة ومختلفة، وحكم كل صفقة منفردة بنفسها، وإنما منعنا اختلاف الأجزاء في العقد الواحد لأنها كالقراض الواحد إذا ضمها عقد واحد فلا يجوز أن يساقى بعضه على جزء وبعض على خلافه، ولأنه صلى الله عليه وسلم ساقى أهل خيبر على اختلاف حواشها سقياً واحداً فلا يجوز خلاف ذلك لأن المساقاة عقد خارج على الأصول ولا يجوز أن يتعدى قدر ماورد الشرع به، وعليه أصحابنا بأن فيه يرد فضل في أحد الحائطين لفضل أو نقص في الحائظ الآخر.

فصل [٥] في حكم المساقاة من حيث الجواز وال لزوم

عقد المساقاة لازم ليس لأحدهما تركه بعد عقده إلا برضا الآخر لأنه (٨) إجارة في خدمة عين قائمة كسائر الإجازات، وإن مات العامل قام ورثته

- | | |
|---|----------------------|
| (١) منهما : سقطت من ق . | (٢) في م : النقر . |
| (٣) في م : فأما إذا . | (٤) في م : أفرقة . |
| (٥) في م : متفرقة . | (٦) في ق : كالقراح . |
| (٧) في ق : ضيفا . | |
| (٨) أنظر : المدونة ٩٠٨/٤ ، التفريع ٢٠٢/٢ ، الكافي ٣٨٢ . | |

مقامه، فإن كان فيهم من يتولى ذلك وإلا أگروا له من ماله، وإن مات رب الحائط فالعامل على حاله .

فصل ٦ — مساقاة الحائط وفيه بياض ونخل وشجر

إذا ساقى حائطاً فيه نخل وشجر وأرض بياض^(١) وسكتنا عن ذكر البياض فلا شيء للعامل فيه، ولرب الحائط زرعه أو إجارته فإن شرطه العامل لنفسه يزرعه جاز إن كانت قيمة أجرته بقدر ثلث ثمن الثمرة^(٢) بعد حط قيمة ما يلزم العامل عليها أو أقل منه فإن زاد عليه لم يجره.

وإن شرط رب الأرض على العامل جزءاً مما يخرج من البياض^(٤) جاز.

وإنما أجزنا ذلك في اليسير لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ساقى أهل خيبر ألفى البياض الذي كان فيها، ولم ينقل أنه منع اليهود منه ولا أنه استثناه ولا طلب منهم أجرته.

وإنما شرطنا الثلث لأنه معتبر في الأصول في البيع، والمقصود إذا أريد الفرق بينهما كمعاقلة المرأة الرجل واكتراء الدار فيها نخلة أو شجرة إذا استثنيت فذلك هاهنا ومنعناه فيما زاد عليه لأنه يصير مقصوداً بالشرط وزيادة يتفرد بها العامل ويخرج على التبع، وإنما جاز لرب الأرض أن يشترط بعض ما يخرج منها لأنه لما جاز له إلغاء الجميع للعامل وجعل تبعاً معفوا عنه جاز له اشتراط بعضه تبعاً للسقاء، ويجب أن يكون الجزء الذي يشترطه موافقاً لجزء عقد السقاء لا مخالفاً له.^(٧)

(١) أرض بياض: هي الأرض التي خلت من الزرع والشجر، فهل تدخل في عقد المساقاة أم لا" (الفواكه الدواني ١٣٨/٢) .

(٢) في م : كان .

(٣) ثلث : سقطت من ق .

(٤) أنظر : الموطأ ٧٠٧/٢، المدونة ١٢/٤، التفريع ٢٠٤/٢، الرسالة ٢٢١، الكافي ٣٨٢ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٨٦٦ .

(٦) في ق : الى .

(٧) في م : يشترط .

فصل [٧ — استثناء المكثري الجزء اليسير من البياض لنفسه]

يجوز أن يكتري الرجل الدار يسكنها أو الأرض البياض يزرعها وفيها نخلة أو شجرة قيمة ثمرتها الثلث فدون فيستثنىها المكثري، وإن زادت على ذلك لم يجز له استثنائها، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز ذلك في القليل والكثير، وإنما أجزنا ذلك في اليسير لأن الضرورة تدعو إليه لتطرق صاحب الدار عليه كل وقت إذا أراد أخذ ثمرته فربما كره المكثري مروره عليه ونظره إلى منزله واحتاج إلى تكلف ستر ما يكون في الدار عنه وغير ذلك مما يشق إذا تكرر فجعل له إزالة الضرر عنه باستثناء ذلك ليقطع تطرق المالك عليه كما أجزنا للمعري شراء القرية فحرمها لقطع تطرق المعري عليه.

فصل [٨ — تعليل الفصل بين الثلث وما زاد عليه]

وإنما فصلنا بين الثلث وما زاد عليه للاجماع على منع ذلك فيما زاد على الثلث لأن ما دون الثلث يسير بيع لا يهتم أن يقصد به شراء الشمة قبل بدو صلاحها، كما لا يهتم بذلك في العرية، وإذا كان زاد على ذلك صار مقصوداً أو خرج أن يكون تبعاً كزيادة العرية على خمسة أو سق.

فصل [٩ — جواز مساقاة البعل]

تجوز مساقاة البعل وهو الذي يشرب من أصله من غير سقى، وكذلك كل ما يسقى على اختلاف أنواع السقى لأن ذلك محتاج إلى خدمة وتعهد وآبار ومراعاة وقطع جريد وغير ذلك فجاز السقا عليها.

- (١) أنظر: الموطأ ٧٠٨/٢، المدونة ٦/٤، التفريع ٢٠٢/٢، الرسالة ٢٢١، الكافي ٣٨٢
 (٢) أنظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢٢٨/٢ و ٢٣٣، مختصر المزني ١٢٤.
 (٣) في م: من .
 (٤) في م: رب المال .
 (٥) عليه: سقطت من ق .
 (٦) منع: سقطت من ق .
 (٧) في م: بدو الصلاح .
 (٨) في ق: كان .
 (٩) في م: بيعاً .
 (١٠) أنظر: المدونة ١١/٤، الرسالة ٢٢١، الكافي ٣٨١ .

فصل [١٠] — انتهاء المساقاة

انتهاء المساقاة إلى الجذاذ إذا كان السقاء لسنة واحدة لأن الحقوق تنقطع عنه ويقع الاستيفاء فلا يبقى شيء من خدمة الثمرة فيما بعد ذلك يستحق لثمره العام المقبل فلا يلزم إلا بعقد مستأنف، فأما إذا كان عقد السقاء لعدة أعوام فإن العامل لازم له إلى انقضاء المدة التي عقدا عليها.

فصل [١١] — المساقاة على ثمرة بعد ظهورها

تجوز المساقاة على ثمرة بعد ظهورها خلافاً للشافعي، لأن المساقاة إنما تجوز لحاجة الثمرة إلى السقى والخدمة والضرورة من المالك إلى استيعابه غيره وهذا يستوي فيه المعلوم والموجود، ولأن ذلك إذا جاز قبل وجودها مع كثرة الخطر كان جوازه بعد الوجود مع قلة الخطر أولى.

فصل [١٢] — المساقاة على ثمرة بعد طيبها

واختلف في جواز المساقاة يليها بعد طيبها: قال ابن القاسم لا تجوز، وقال سحنون تجوز، فلابن القاسم أنه لا ضرورة إلى المساقاة لجواز بيعها والاجارة عليها، ولسحنون أن الضرورة إلى سقيها وتعهدا باقية لحاجتها إلى قيامها في النخل فكانت كالتي لم يبد صلاحها.

فصل [١٣] — الزكاة هي المساقاة

إذا أخرج الحائط خمسة أومق ففيه الزكاة، بخلاف الشركة في الثمرة لأن العامل لا يستحق إلا بعد الصلاح، ويبدو الصلاح قد وجبت الزكاة،

- (١) في ق : المستقبل .
- (٢) أنظر : الموطأ ٧٠٦/٢ ، المدونة ٥/٤ ، الكافي ٣٨٣ .
- (٣) أنظر : الأم ١١/٤ ، مختصر المزني ١٢٤ .
- (٤) في م : استثنائه .
- (٥) أنظر : الموطأ ٧٠٧/٢ ، المدونة ٥/٤ ، الكافي ٣٨٣ .

فكان الوجوب يتناولها على ملك صاحب الأصل ويجوز أن يشترط أحدهما الزكاة
على الآخر في حصته بخلاف القراض لأن ذلك جزء معلوم. ^(١) ^(٢)

فصل [١٤] مساقاة النصراني

مساقاة النصراني جائزة إذا كان هو العامل، فإن كان المسلم هو
فكره لأن فيه إذلالاً للمسلم باستخدام النصراني له وتواضعه لشيء يناله ^(٣)
من الدنيا. ^(٤) ^(٥)

فصل [١٥] عدم جواز اشتراط زيادة في المساقاة لأحدهما على الآخر

لا يجوز في المساقاة زيادة يشترطها أحدهما على الآخر كالتقراض لأن ^(٦)
بهما ضيق لا يحتمل الشروط لخروجها عن الأصول فيجب الاقتصار بها على ماورد ^(٧)
به الشرع .

-
- (١) في م : الأخرى .
(٢) أنظر : المدونة ٧/٤ ، التفريع ٢٠٣/٢ ، الكافي ٣٨٣ .
(٣) في ق : فكره .
(٤) في م : يتناوله .
(٥) أنظر : المدونة ١١/٤ ، التفريع ٢٠٢/٢ ، الكافي ٣٨٣ .
(٦) أنظر : الموطأ ٧٠٧/٢ ، المدونة ١٢/٤ ، التفريع ٢٠٢/٢ ، الرسالة ٢٢١ ،
الكافي ٣٨٢ .
(٧) في ق : لخروجه .

باب [كراء الأرض]

(١) يجوز كراء الأرض للزرع بالذهب والفضة والعروض والحيوان ولا يجوز
بالطعام كله على اختلاف أصنافه؛ كان مما تنبته كالحنطة والشعير وسائر
الحبوب والثمار، وما لا تنبته كالعسل واللحم وغير ذلك، ولا ببعض ما تنبته
من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر والزعفران، ويجوز بالخشب والقصب
(٢) وما في معناهما.

فصل [١ — جواز كراء الأرض بالذهب والفضة وسائر العروض]

(وإنما أجزأه بالذهب والفضة وسائر العروض لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (٣) والاجارة بيع المنافع، وفي حديث رافع أنه
صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، فأما الذهب
والفضة فلا بأس به، ولأن كل ما جاز بيعه جازت الاجارة به.

فصل [٢ — تعليل منع كراء الأرض بالطعام]

(٧) فأنما منعنا أن تكرى بالطعام فلأن ذلك هو المحاقلة المنهى عنها
والمخابرة كراؤها ببعض ما يخرج منها، وقال أبو حنيفة كل ما جاز أن يكون
شمتاً في البياعات جاز أن تكرى به الأرض، وقال الشافعي يجوز بالحنطة في
الذمة ولا يجوز إذا شرط أنه مما تنبته تلك الأرض، ويجوز بالطعام الذي
لا يخرج منها كالعسل والسمن. (٩)

- (١) الكراء: هو بيع منفعة ما لا يمكن نقله (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع - ٣٩٨).
- (٢) أنظر: الموطأ ٧١١/٢ - ٧١٢، المدونة ٤٥٩/٣ وما بعدها، التفريع ١٨٣ / ٢، الرسالة ٢٢١، الكافي ٣٧٧.
- (٣) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.
- (٤) رافع بن خديج: بن رافع بن عدي الحارثي الأوسي الأنصاري أول مشاهدة أحد ثم الخندق، مات سنة ثلاث أو أربع وسبعين وقيل قبل ذلك (تقريب التهذيب ٢٠٤).
- (٥) أخرجه مسلم في البيوع باب كراء الأرض بالذهب والفضة ١١٧٦/٣.
- (٦) المحاقلة: كراء الأرض بالطعام (النهاية ٤١٦/١).
- (٧) أخرجه البخاري في المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط ٨١ / ٢، ومسلم في البيوع باب النهي عن المحاقلة ١١٧٥ / ٣.
- (٨) أنظر: مختصر الطحاوي ١٣٢، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٨٨-٨٩.
- (٩) أنظر: الأم ٢٥/٤، مختصر المزني ١٢٨.

فدليلنا على منع ذلك حديث رافع قال كنا نخبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روي لنا عنه أنه قال : " من كانت لـه أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلاث أو بربع ولا بطعام مسمى ^(١) وهذا نص ولأنه طعام فأشبه ما تنبته، ولأن ذلك بيع طعام بطعام متأخير ومجهول لأن المالك كأنه باعه بهذا الطعام أو ما تنبته أرضه أو كراء من طعام بمثلها إلى أجل وابتاع منه عبداً أو لبنا بما تخرجه أرضه إلى أجل فدليلنا على منع إجارتها ببعض ما يخرج منها من غير الطعام أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن تستأجر الأرض ببعض ما يخرج منها ^(٢) ولأن الكتان والقطن وغيرهم مما تنبته الأرض فأشبه إذا اشترط الثلاث أو الربع ، وأما القصب والخشب فإنه ليس مما يزرع أو يقصد كراؤها لزرعه فجاز ^(٣) .

فصل [٣ — اشتراط النقد في كراء الأرض]

لا يجوز شرط النقد إلا في المأمون منها دون ما لا يؤمن إخلافه وتلف الزرع فيها، والاعتبار في ذلك بحال الأرض وعادتها في الشرب، وإنما ^(٤) منعنا ذلك بمثل ما منعناه في البيع، وهو أن يكون بيعاً وسلفاً، وقرضاً جر نفعاً وقد فسرناه في الاجارة .

فصل [٤ — الشركة في الزرع]

الشركة في الزرع جائزة وصفتها: أن يتكافيا في العمل والمؤنة والأرض والبذر، فإن كان البذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر فلا يجوز: كان العمل عليهما أو على أحدهما ^(٥) لأن الذي له البذر قد باع حصته من شريكه

(١) أخرجه مسلم في البيوع باب كراء الأرض ١١٧٦/٣ .

(٢) أخرجه بمعناه البخاري في البيوع باب المزارعة بالشطر ٦٨/٣ ، ومسلم

في البيوع باب كراء الأرض بالطعام ١١٨١/٣ .

(٣) مابين غوسين سقط من م .

(٤) أنظر: المدونة ٤٥٩/٣ ، الرسالة ٢٢١ ، الكافي ٣٧٧ .

(٥) أنظر: المدونة ٢٩/٤ - ٣٠ ، الرسالة ٢٢١ ، الكافي ٣٧٩ .

بما تخرجه أرضه وذلك طعام بطعام متأخر إن زرعاً طعاماً ومخابرة وكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وصاحب الأرض قد أكرى حصته ببعض ما يخرج منها وذلك غير جائز، فإن زرعها على ذلك وتكافيا فيما سواه من العمل والبقـر فالزراع لمن وليه منهما: فإن وليه صاحب الأرض فالزراع له وتغرم لصاحب البذر مثل مكيلة بذرته، وإن وليه صاحب البذر (فالزراع له ويغرم لصاحب الأرض نصف كراء أرضه، فإن ولياه جميعاً اقتسماه نصفين فكان على صاحب الأرض نصف مكيلة البذر) (٢) وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض ويجوز أن يكون الأرض بينهما أو لأحدهما ومن الآخر البقر والمؤنة ويكون البذر من عندهما والذي يحترز منه في هذا الباب أن يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام أو ببعض ما يخرج منها أو بانتفاء التساوي فإذا سلم من ذلك جاز.

(١) في م : نصف .

(٢) مابين قوسين سقط من ق .

(١) (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)

كتاب الشركة

(٢) الشركة على ضربين بمال وبدن : فأما شركة الأموال فعلى ضربين: شركة عنان^(٣) وشركة مفاوضة ، والعنان هي أن يخرج كل واحد منهما رأس مال مثل ما يخرج صاحبه أو أكثر أو أقل ويخطاه ويكون في حكم المختلط وإن لم تكن عينه مخالطة للآخر مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما عليه ويكون العمل عليهما بحسب رؤوس أموالهما والربح بينهما على مثل ذلك، فهذا نوع^(٤) جائز من الشركة، ولا يجوز أن يشترط العمل أو الربح بخلاف رؤوس الأموال، فإن عقد الشركة على ذلك وعملا فالشركة فاسدة ويكون الربح والخسران بينهما على قدر المالين ويرجع من قل رأس ماله على صاحبه بأجرة المثل في نصف الزيادة ، والمفاوضة أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر التصرف والبيع والشراء حضر الآخر أو غاب وتكون يده كيده، ولا يكونان شريكين إلا بقدر ما يعقدان الشركة عليه دون ما ينفرد أحدهما بملكه مما لم يدخله في رأس مال الشركة ويجوز فيها تساوي رؤوس الأموال وتفاضلها إذا كان العمل والربح بقدره الله .

-
- (١) ما بين قوسين سقط من م .
 (٢) الشركة : لغة : الاختلاط، وفي الاصطلاح : تقرير متمول بين مالكيهين فأكثر ملكا فقط هذا بالمعنى الأعم، أما بالمعنى الأخص : فهي بيع مال كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع (حدود ابن عرفة ٣٢٢) .
 (٣) شركة العنان - بكسر العين - وقد اختلف في تفسيرها فقليل الشريك المخصوص وقليل الشركة في شيء معين ، وقيل هذا على أنه لا يبيع أحدهما إلا بلذن الآخر (حدود ابن عرفة ٣٢١) .
 (٤) نوع : سقطت من م .

(١) وشركة الوجوه باطلة ، فأما شركة الأبدان فتجوز بشرطين : أحدهما (٢)
اتفاق الصناعتين كالاشتراك في الخياطة والقصارة والنجارة وغير ذلك من
الصناعات وتجوز عندنا في الاصطياد والاحتطاب ولا تجوز مع اختلاف الصناعتين
كقصار وحداد وصباغ وصواغ ، والثاني أن يكونا في موضع واحد فإن اختلفت
الأمكنة لم تجز الشركة اتفقت الصناعات أو اختلفت ، وإن اختلفت الصناعتان
لم يجز اختلفت الأمكنة أو اتفقت وتجوز الشركة بالمعروض على القيمة . (٥)

فصل [١] وجه جواز شركة العنان

(٦) وجواز الشركة في المال على الشرط الذي قدمناه مجمع عليه ، وإنما
الخلاف في انخراط بعض أوصافها على ما سنذكره ، وذكر بعض أصحاب المال
عنه أنه سئل عن شركة العنان فقال لا أعرفها ، ومن سماها بذلك فسرّها
على وجوه من الاشتقاق : قيل معناها تساوي الشريكين / في التصرف والمال (٨)
في الكثير والقليل كتساوي الفارسين في السير ، وقيل لأنها شركة ظاهرة
مأخوذة من عناني الشيء إذا خطر ببالك فأظهرته ، وقيل إنها معروفة في
اللغة كقول الشاعر : (٩)

وشركنّا قريشاً في غلاها . . وفي أحسابها شرك العنان

-
- (١) شركة الوجوه : هي أن يشتركا على الذمم دون مال ولا صنعة على أن
ما اشترياه يكون في ذمتهم وريحه بينهما ، وقيل هي أن يبيع الوجه
مال الخامل بزيادة راسخ ليكون له بعضه (حدود ابن عرفة ٣٢٦-٣٢٧)
(٢) شركة الأبدان : هي أن يشترك الاثنان أو أكثر على أن يعملوا معاً
ويقتسمان أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة
والمكان متحد كذلك . (أسهل المدارك ٢/٣٥٨) .
(٣) شرطين أحدهما : سقطت من م .
(٤) في ق : الصناعتان .
(٥) في جملة هذه الأحكام أنظر : المدونة ٢٢/٤ وما بعدها ، التفرع ٢/٢٠٥-٢٠٦
الرسالة ٢١٩ - ٢٢٠ ، الكافي ٣٩٠ - ٣٩٣ .
(٦) في ق : وجواره في المال .
(٧)
(٨) في م : المشتركين .
(٩) البيت الشعري قاله البانعة الجعدي (انظر الصحاح ٦/٢١٦٦) .

وفي الجملة فمن أي شيء ثبت أنها أخذت إذا كانت على الصفة التي ذكرناها فإنها جائزة^(١) ، وإنما شرطنا أن تكون أيديهما على المالكين بخلط أو جعله في صندوق أو غيره خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن الشركة تصح وإن كان مال كل واحد منهما في يده إذا غيناه واحصاه ، لأن الشركة تقتضي تساويهما في الاشتراك بالمال فإذا انفرد أحدهما بشيئ يده عليه لم توجد حقيقة الشركة (لأنهما على ما كانا عليه من انفراد المالكين فلم يحصل منهما إلا القول، ومجرد القول لا يأتي له بدليل: أنهما لو تعاقدتا إلى الشركة^(٢)) على مال ولم يعيناه فإنها لاتنعقد لأن الشركة لاتحصل على مال لم تثبت أيديهما عليه، ولأن كل واحد من المالكين يثبت على ملك صاحبه فلم تثبت به شركة أصله سائر أمواله عكسه إذا خلطاه أو كانت أيديهما عليه .

وإنما شرطنا خلطهما حتى لا يتميزا إذا كانا بحيث ينالهما أيديهما^(٤) بالتصرف خلافاً للشافعي في قوله أن الشركة لاتنعقد إلا بخلط المالكين، لأن أيديهما ثابتة على المالكين كما لو خلطاهما .^(٥)
^(٦)
^(٧)

وإنما شرطنا أن يكون العمل والربح على قدر رؤوس الأموال خلافاً لأبي حنيفة في قوله يجوز أن يخرج أحدهما ألفاً والآخر ألفين ويعملا بالمال على أن الربح بينهما نصفين ، لأنه قد ثبت أن عقد الشركة يوجب في جهة^(٨)
^(٩)

-
- (١) في م : فهي .
(٢) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٢٦ / ٢ .
(٣) مابين قوسين سقط من ق .
(٤) في م : لم يشرط .
(٥) في م : تصرفهما .
(٦) أنظر : مختصر المزني ١٠٩ ، الاقناع ١٠٧ .
(٧) في ق : خلطاه .
(٨) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٢٥ / ٢ .
(٩) في م : وجب في وجهه .

كل واحد من الشريكين قسما من الربح والخسران ثم اتفقا على أن أحدهما لو شرط على الآخر جزءا من الخسران أن ينفرد به كان ذلك غير جائز كذلك إذا شرط جزءا من الربح بعلقة أنهما شمرتا مال الشركة فوجب تساويهما فيه بقدر المال، ولأن الربح ثمنه المال والمال أصله فوجب أن يتقسط بين الشريكين على قدر الملك كأجرة العقار.

فصل [٢] وجوب التساوي في العمل على قدر رؤوس الأموال

وإنما قلنا في العمل أنه يجب التساوي فيه على قدر رؤوس الأموال كالربح لما ذكرناه في الربح، ولأن اشتراط الزيادة استعجار من مشروطها للآخر بغضل ربح ماله وذلك غرر، ولأن كل واحد ترك العمل (يستحق عليه بحق الشركة بما بذله من فضل ربح ماله كما لو شرط العمل)^(١) على صاحب الألفين والربح بينهما نصفين أو شرط أكثر الربح للذي لا يعمل وأقله للذي يعمل .

وإنما قلنا شركة المفاوضة جائزة خلافا للشافعي ، لأن تقدير الشركة^(٢) أنهما أخرجا المالين ثم وكل كل واحد منهما الآخر في التصرف فيه على الإغلاق وذلك جائز^(٣)، ولأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة وتعلق الوكالة بها كتعلقها بالعنان لكن تزيد المفاوضة بالكفالة فيما يثبت لأحدهما قبل صاحبه من الحقوق والضمان يصح في الذمة لمجهول كمن استهلك شيئا لمن لا يعرفه .

وإنما قلنا إنه يجوز أن ينفرد أحدهما بمال لا يدخله في الشركة وإن تفاضل رؤوس الأموال، خلافا لأبي حنيفة في منعه كل ذلك، وقوله إن موضوع^(٤) (٥)

- (١) مابين قوسين سقط من م .
- (٢) أنظر : مختصر المزني ١٠٩ ، الاقناع ١٠٨ .
- (٣) في م : غير جائز .
- (٤) في ق : كما .
- (٥) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٢٢/٢
- (٦) في ق : أن موضع

المفاوضة يقتضي التساوي ، لأن كل شركة جازت مع تساوي رؤوس الأموال جازت مع اختلافهما كالعنان، ولأنها شركة بمال في مكسب مباح فوجب أن يستوي في الجواز استواء المالكين واختلافهما كالعنان، ولأن عقد الشركة هو بيع نصيب أحدهما بقسطه من نصيب الآخر وتوكيل أحدهما الآخر في التصرف وذلك لا يفتقر إلى تساوي المالكين .

وإنما قلنا أن شركة الوجوه باطلة وهو أن يشتركا بغير مال بل بالذمم مثل أن يشتريا شيئا في ذمتها (٤) على أن يبيعا ويقتسما ربحه (٥) خلافا لأبي حنيفة، لأنها شركة بغير مال ولا صناعة فلم تصح أصله إذا قال بع عبدك وأنا شريكك في ثمنه أو ابتع ما تبتاعه ولي نصف ربحه، ولأنه كل واحد يستعير وجه صاحبه ووجهه أو مستأجر له بشرط ضمان النقصان ورجاء الربح وذلك من الغرر وأكل المال بالباطل، ولأن كل واحد يصير بائعا لنصف ما يشتري الآخر ونصف ربحه وذلك غرر ومجهول .

وإنما قلنا أن شركة الأبدان في الجملة جائزة - خلافا للشافعي، لأن العمل مما يجوز المضاربة عليه فجازت الشركة عليه من جهتهما كالمال، ولأنه أحد أصلي عقد القراض كالمال، ولأن المقصود من شركة المال هو العمل بدليل أن نماء المال واستحقاق الربح يكون على العمل وأنهما لو شرطا العمل على أحدهما لم يجز، ولو شرطا المال من عند أحدهما والعمل من الآخر لجاز وكان مضاربة وإذا صح هذا وجب متى اشتركا في عمل

-
- (١) في م : بيع
 (٢) نصيب : سقطت من م .
 (٣) في م : بالدرهم .
 (٤) في م : في ذمتها .
 (٥) في ق : يقتسما .
 (٦) أنظر : المراجع السابقة .
 (٧) في م : وجاهة .
 (٨) في م : وأما .
 (٩) أنظر : مختصر المزني ١٠٧ ، الاقناع ١٠٨ .
 (١٠) في م : وأنا لو شرطنا .

البدن أن يصح لايقاعهما العقد على الوجه الذي له يقصد وهو الأصل فيه، ولأن العمل نوع من الشركة فصح أن يكون من جهة^(١) أحد الشريكين ويستحق به الربح بدليل المضاربة، وكل ماجاز أن يستفاد به الربح في حق أحدهما جاز أن يشتركا عليه كالمال .

وإنما أجزناها - في الاصطيد والاحتطاب خلافا لأبي حنيفة، لأنه عمل مباح يكسبه فجارت الشركة فيه كالخياطة، ولأن الحاجة داعية إلى التعاون^(٢) على ذلك كسائر الصنائع^(٣) .

فصل [٣ — اشتراط الاتفاق في الصنعة المشتركة]

وإنما شرطنا الاتفاق في الصنعة المشتركة خلافا لأبي حنيفة في تجويزه شركة القصار والدباغ، لأن أحدهما لا وفق^(٤) له في مشاركة الآخر فلا حاجة به إلى معاونته ولا تعلق لكسبه بعمله فإنما قصد الغرر والقمار فقط فلأن كل واحد / منهما يشارك الآخر فيما ينفرد بكسبه ليشركه الآخر في مثل [١/١٠١] ذلك فلم يصح، أصله إذا قال : اتجر في مالك لنفسك واتجر أنا في مالي لنفسي فما ربحت فلك نصفه وما ربحت أنت فلي نصفه، وإنما شرطنا أن يكونا في موضع واحد لأن التساوي في العمل لما كان معتبرا وكان لا يمكن الفرق والمعاونة إلا على هذا الوجه وجب اعتباره .

وإنما أجزنا الشركة بالعروض وصفتهما: أن يخرج أحدهما شوبا والآخر شوبا أو عرضا غيره ويعقدا الشركة بينهما على أن يكون الربح بقسـدر رأس المال فيصح عندنا وإن لم يذكر أثمانا ولا قالا أن ثمن هذا الشوب

-
- (١) جهة : سقطت من م .
 (٢) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٢٩/٢ .
 (٣) في م : كسائر الاشتراك .
 (٤) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٢٧/٢-١٢٨ .
 (٥) في ق : لا وفق له .
 (٦) في ق : أو عوضا .

كذا وضمن هذا الآخر كذا وإذا سكتا عن ذلك انعقدت الشركة بينهما على قيمة العروض فيكون رأس مال كل واحد قيمة عرضه وسواء كانت العروض مما يتميز أعيانها كالثياب والدراهم السود مع البيض، أو مما لا يتميز كالحنطة والعسل ، وقال الشافعي إن كانت الشركة على أثمان العروض صحت مثل أن يقول أحدهما ثمن عرضي مائة ويقول الآخر ثمن عرضي مائتان فيعقدوا الشركة على ذلك ويكون رأس المال ثمن العرضين، فأما إن سكتا فينظر: إن كان العرضان لا يعرفان بأعيانها ولا يتميزان بالخلطة فإن الشركة تصح بينهما وإن كانتا مما يتميز كالثياب وغيرها فلا تصح مع سكوتهما، ودليلنا على جواز الشركة بالعروض على الوجه الذي قدرناه قوله تعالى ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (١) ولأن العروض أعيان أموال فجازت الشركة فيها وإن لم يسميا أثمانها اعتبارا بما لا يتميز.

(١) أنظر: مختصر المزني ١٠٩ ، الاقناع ١٠٧ .

(٢) في ق : جوزناه .

(٣) سورة المائدة ، الآية ١ .

(١)
(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب الرهنون

(٢) الأصل في جواز الرهن قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ
تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً ﴾ (٣) وقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يغلق الرهن " (٤) وقوله : " الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه " (٥) وقوله :
" الرهن محلوب ومركوب " (٦) ولأنه صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير
أخذه لأهله ، ولأنه وثيقة بالحق كالكفالة ولأن الحق يتعلق تارة بالذمة
وتارة بعين المال فوجب أن يكون التوثيق منه بمنزلته في تعلقه بالأمريين . (٧)
(٨)

مسألة [١] — جواز الرهن في الحضر والسفر

(٩) الرهن جائز في الحضر والسفر خلافاً لمن قصره على السفر لما روي
أنه صلى الله عليه وسلم مات ودعه مرهونة عند يهودي على شعير أخذه

- (١) مابين قوسين سقطت من م .
- (٢) الرهن : في اللغة : قال ابن فارس : الرء والهء والنون أصل يدل
على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره (معجم مقاييس اللغة ٤٥٢/٢) وفي
الاصطلاح : قال ابن عرفة : الرهن مال قبضه توثق به في ديـــــــــــــــــن
(الرضاع على ابن عرفة ٣٠٤) .
- (٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٣ .
- (٤) و(٥) أخرجه ابن ماجة في الرهنون باب لا يغلق الرهن ٨١٦/٢ وفي اسناده
محمد بن حميد الرازي مختلف فيه ، كما أخرجه الدارقطني ٣٢/٣ ،
والبيهقي ٣٩/٦ ، وابن حبان والحاكم ٥١/٢ وقال حديث صحيح ———
(أنظر نصب الراية ٣٢٠/٤) .
- (٦) أخرجه الدارقطني ٣٤/٣ ، وابن عدي في الكامل ٢٧٢/١ ، والبيهقي ٣٨/٦ ،
والصحيح أنه مرفوع وأعله بعضهم بالوقف وأخرجه الحاكم ٥٨/٢ ، وقال
صحيح على شرط الشيخين (أنظر تلخيص الحبير ٣ / ٢٦) .
- (٧) أخرجه البخاري في الرهن باب من رهن درعه ، ١١٥ / ٣ .
- (٨) في ق : وتارة بالمال .
- (٩) في الرهن أنظر : الموطأ ٧٢٨/٢ - ٧٣٣ ، المدونة ١٥١/٤ وما بعدها ،
التفريع ٢٥٨/٢ - ٢٦٧ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤١٠ - ٤١٢ .
- (١٠) قال مجاهد : ليس الرهن إلا في السفر (المغني ٣٦٢/٤) .

(١) لأهله ، وهذا رهن في الحضر واعتبارا بالسفر لأن الحاجة تدعو إليه فـي
الموضعين ، ولأن كل وثيقة جاز أن يستوثق بها في السفر جاز أن يستوثق بها
في الحضر كالضمين . (٢)

مسألة [٢ — الدين الذي يجوز أخذ الرهن به]

كل دين لازم أمكن استيفاؤه من ثمن الرهن فإن أخذ الرهن به جائز
خلافاً لمن حكى عنه أنه لا يجوز إلا في السلم ، لقوله تعالى ﴿ وإن كنتم
على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً ﴾ (٣) ، وروي أنه صلى الله عليه
وسلم رهن درعه عند يهودي على شعير اقترضه ، ولأنه دين لازم تمكن أخذه
ثمن الرهن كالسلم . (٤)

فصل [٣ — وجوب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه]

إذا ثبت هذا فيجب بيان ما يصح أخذ الرهن عليه من ذلك الأثمان في
البياعات إلا الصرف والسلم المتعلق بالذمة فإن الصرف من شرطه التقابض
عقب العقد ورأس المال في السلم لا يجوز أن يكون ديناً لأنه يكون ديناً
بدين ، فأما المسلم فيه المتعلق بالذمة وإلى الأمل فيجوز أخذ الرهن به ،
وكذلك القرض والغصب وقيم السلع المتلفات وأروش الجنائيات في الأموال ،
وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة ، فأما قتل العمد
والجراح التي لا يقاد منها فعلي قول مالك أنه ليس فيها إلا القود
لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاؤه منه ، وعلى قوله أن الواجب
به التخيير بين القود والدية فإذا لزمت الدية جاز أخذ الرهن بها ، ويجوز
في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن تتعين الدية عليه من العاقلة وذلك بـعد
(٥)

(١) أخرجه البخاري في الرهن باب الرهن عند اليهود وغيرهم ١١٦/٣ ، ومسلم

في المساقاة باب الرهن في الحضر والسفر ١٢٢٦/٣ .

(٢) في ق : كالضمين .

(٣) قاله زفر .

(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .

(٥) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٦) في ق : فأما السلم .

(٧) في م : المال .

(٨) الدية سقطت من م .

(١) الحول ويجوز في العارية التي يضمن أخذ الرهن فيها ولا يجوز فيما لا يضمن منها، ويجوز أخذ الرهن في الأجرة على الإجارة كالثمن في البياعات وفي المنافع المستأجرة عليها المضمونة في الذمة دون الأعيان، وكذلك جعل بعد العمل لأنه قد لزم ولا يجوز قبله، ويجوز الرهن في المهر، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة .

مسألة [٤] في صحة عقد الرهن من غير قبض

يصح عقد الرهن من غير قبض لكن القبض شرط في صحته فإذا عقد الرهن صح ولزم الاقباض فإن امتنع الراهن منه أجبر على ذلك، ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما لم يكن من المرتهن تراخ في المطالبة به ورضا بتركه في يد الراهن، وقال أبو حنيفة والشافعي إذا عقده من غير قبض فهو جائز وليس يلزم فإن شاء الراهن قبضه ولزم وإلا فله ألا يقبضه ولا يلزم، ودليلاً (٢) قوله : **﴿ فرهان مقبوضة ﴾** وليس يخلو أن يكون شرطاً أو أمراً وأياً كان ذلك فالعقد حاصل وإن لم يوجد وكذلك الاسم، ولأنه عقد من العقود فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود عليه أصله سائر العقود، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس انعقاده كالبيع .

فصل [٥] إذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء

وثبت أنه رهن شيئاً لبعضهم

وإذا تعلق بمال الغريم حقوق الغرماء وثبت أنه كان رهن شيئاً من ماله لبعضهم وأقر أنه أقبضه إياه فلا يقبل إلا ببينة تشهد بمعاينة القبض (٥) خلافاً للشافعي في قوله أنه يكفي التقارير في ذلك ، لأن إقرار المقر على نفسه إنما يقبل فيما لا يسقط حق غيره ويمكن أن يكونا قد تراضيا على

(١) فيها : سقطت من ق .

(٢) أنظر : المدونة ٤/١٥١، التفريع ٢/٢٦٣، الرسالة ٢٣١، الكافي ٤١٠ .

(٣) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٥٥/٢ ، الاقناع ١٠١ .

(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .

(٥) أنظر : المدونة ٤/١٥٧-١٥٨ ، التفريع ٢/٢٦٤، الكافي ٤١٥ .

(٦) أنظر : الأم ٣/١٧٦ - ١٧٨ ، مختصر المزني ٩٥ و ٩٧ - ٩٨ .

على الاقرار بذلك ليسقط حق باقي المرماء فلم يقبل إلا بشهادة البينة عليه .

فصل [٦ — اشتراط استدامة القبض في صحة الرهن]

استدامة القبض شرط في صحة الرهن فمتى حصل مقبوضا ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج / من الرهن خلافا للشافعي ، لقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ^(١) ^(٢) ^(٣) [١٠١/١٠١] فعم سائر أحوالها ، ولأنها حال من أحوال الرهن فكانت تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن مخرجه له عن الرهن أصله الابتداء .

فصل [٧ — في عقد الرهن قبل وجوب الحق]

يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق فإذا وجب الحق كان رهنا به بذلك العقد ولا يحتاج إلى استثناء عقد شأنه وكذلك يصح تقدم الضمان على الحق المضمون ، وقال الشافعي لا يصح ، ودليلنا قوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ^(٥) ^(٦) ^(٧) فعم ، ولأنه أذن له في قبضه على وجه الأمانة والضمان فصح كالوديعة والقضاء إذا قال له اقبض ما يجيئك به فلان من متاعي وديعة لي عندك أو أخذ هذا الكيس فاقبض منه حقه .

فصل [٨ — وضع الرهن عند أمين]

يجوز أن يتفقا على أن يكون الرهن عند أمين يتراضيان به وإن لم يقبضه المرتهن ، خلافا لمن قال لا يصح إلا إذا قبضه المرتهن بنفسه ، ^(٨) ^(٩) ^(١٠)

- (١) أنظر : التفريع ٢/٢٦٣ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤١٠ .
- (٢) أنظر : الأم ٣/١٣٩ - ١٤١ ، مختصر المزني ٩٣ - ٩٤ .
- (٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .
- (٤) في م : فكان .
- (٥) أنصر : الكافي ٤١٠ .
- (٦) أنظر : الأم ٣/١٤٥ ، مختصر المزني ٩٣ .
- (٧) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ . (٨) في م : يقبضا .
- (٩) أنظر : المدونة ٤/١٥٢ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤١٠ .
- (١٠) قاله الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى (انظر المغني ٤/٢٨٨) .

لقلوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾^(١) معناه من الراهن وهذا موجود، ولأنه مقبوض من الراهن بحق برضا المرتهن فأشبهه أن يقبضه بنفسه .^(٢)

فصل ٩ — في جواز رهن المشاع

يصح رهن المشاع خلافا لأبي حنيفة ، لأنهم إن سلموا أن قبضه يصح فالظاهر يتناول له لقلوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾^(٣) وإن متعوه دللتنا عليه بأن صفة القبض متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه من كونه بيعا أو رهنا، وقد ثبت أن بيع المشاع جائز وأن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح وصح إن كان قبضه ممكن، ولأنه^(٤) مما يصح قبضه بالبيع فصح ارتهانه^(٥) كالمقسوم، ولأن الأشاعة لا تمنع صحة الرهن كما لو رهن دارا من رجلين في عقد واحد .

فصل ١٠ — في باقي المشاع المرهون

إذا ثبت أن رهن المشاع جائز ولا يخلو باقيه أن يكون له أو لغيره، فإن كان للراهن لم يصح الرهن إلا أن يقبضه الكل لأنه ما لم يقبضه فيد الراهن باقية عليه، وإن كان للمرتهن أو لأجنبي صح إذا خرجت يد الراهن عنه .

فصل ١١ — إذا تأخر الاقتباس إلى أن مات الراهن

إذا تأخر الاقتباس إلى أن مات الراهن أو أفلس بطل الرهن لأن^(١) حق جميع الغرماء يتعلق بالتركة فلا يجوز أن يختص بها بعضهم دون بعض، وإنما

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .

(٢) في م : نحو .

(٣) أنظر : المدونة ١٥١/٤ و ١٥٣ ، التفريع ٢٦٢/٢ ، الكافي ٤١٠ .

(٤) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٢ ، مختصر القدوري = مع شرح الميداني ٥٦/٢ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .

(٦) كان : سقطت من ق .

(٧) في م : بعضه .

(٨) في م : ولكنه .

(٩) في م : الأمر جاز .

(١٠) أنظر : المدونة ١٥٨/٤ ، الكافي ٤١٠ - ٤١١ .

(١) يكون المرتهن أحق يتقدم الحيازة قبل موت الراهن وتعلق حقوق الغرماء كلهم بالمال، وهذا متى أمكن الاقتباس فلم يفعل فأما إذا لم يمكنه بأن لم يزل يطالبه بالاقتباس والراهن يمنعه ويوافقه إلى أن مات أو أفلس فإن حق الراهن ثابت للمرتهن .

مسألة [١٢] — ضمان الأشياء المرهونة [

الأشياء المرهونة: منها ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالعقار والحيوان فهذا الضرب لا يكون مضموناً على المرتهن ويكون تلفه من المالك مالم يكن من المرتهن تعد فيه، ومنها ما يخفى هلاكه وهو صا يغاب عليه ويبطل كالذهب والفضة والحلي والعروض فهذا عندنا مضمون على المرتهن إذا قبضه فادعى تلفه يقاوم به من حقه، إلا أن تقوم بينة أو يعلم الراهن أنه تلف بغير صنعة ففيها روايتان: إحداهما سقوط الضمان، والأخرى ثبوته عليه وإن شرط فيما يضمن إلا ضمان عليه لم ينفعه، وإن شرط فيما لا يضمن أن عليه ضمانه لم يلزمه، وإذا كان الرهن على يد أمين لم يضمن المرتهن هلاكه وكان هلاكه من ربه . (٢)

فصل [١٣] — وجه التفريق بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر [

وإنما فرقنا بين ما يخفى هلاكه وبين ما يظهر خلافاً لأبي حنيفة فسي إيجابه الضمان في الجميع ، (٣) وخلافاً للشافعي في إسقاط الضمان في الجميع (٤) (٥) وقوله أنه أمانة كالوديعة، لأن الرهن ليس بجارٍ مجرى الأمانات المحضنة ولا مجرى المضمون المحض لأنه قد أخذ شبهاً من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد، وذلك أن الأمانة المحضة هي ما لا نفع فيه لقابضه بل

(١) في ق: بتقديم .

(٢) في جملة هذه الأحكام أنظر: الموطأ ٢/٧٣١ - ٧٣٢ ، المدونة ٤/١٥٥ ،
التفريع ٢/٢٥٩ ، الرأية ٢٣١ ، الكافي ٤١٢ - ٤١٣ .

(٣) أنظر: مختصر الطحاوي ٩٤ - ٩٥ ، مختصر القدوري - مع شرح
الميداني ٢ / ٥٦ - ٥٧ .

(٤) أنظر: الأم ٣/١٦٧ و ١٧٦ ، مختصر المزني ١٠١ ، الاقناع ١٠١ .

(٥) مابين قوسين سقط من ق .

النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه
 كالمشتري أو بتعد أو جناية، وما خرج عن هذا وأخذ شيها من الأمرين
 ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وفي مسألتنا فلم يكن تعد
 ولا جناية فيضمن، ولا مما ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن
 المرتهن بل المنفعة لهما للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملكه وبقي
 الدين في ذمة لأجل الرهن ولولاه لم يملكه فقد انتفع به والمرتهن بحصول
 التوثيق به فلم يقبضه لمالكه، كالوديعة وإنما قبضه ليكون على وثيقة
 بحقه، وإذا أخذ شيها من الأمرين لم يجر أن ينفرد بحكم أحدهما على
 التحديد (٥) فيجب الفصل بينه وبينها وفي ذلك ثبوت ما قلناه (٦) لأن أحدا لم
 يفصل بينهما بما نواه.

(٧) ووجه قوله أنه إذا قامت بينة بهلاكه أو علم بأنه من غير صنعة
 فلا ضمان عليه إذ سبب الضمان معدوم لأنه وإنما يضمن لئلا يكون قد أتلّفه
 وادعى أنه تلف بغير صنعة، فإذا علم صدقه فلا ضمان ألا ترى أن العرف لما
 كان يشهد له فيما يظهر تلفه قبل قوله ولم يضمنه، ووجه إيجاب الضمان
 أن أصله مقبوض على ذلك فلا ينتفى عنه حسما للباب، والأول أصح.

فصل [١٤] — الضمان بقيمة الرهن والمقاصة به

وإنما قلنا يضمن بقيمة ويقاص به من دينه لأن الضمان يتعلق بما
 حصل في قبضه، فإن جاء به وإلا فعليه بدله وهو القيمة، وإذا قلنا يقاص به
 من دينه لأن رب الرهن قد استحق في ذمة المرتهن حقا فلم يكن لأحدهما

-
- (١) في م : خيانة .
 - (٢) في م : خال م .
 - (٣) في م : خيانة .
 - (٤) في ق : هي .
 - (٥) في ق : التجريد .
 - (٦) في م : ما قلنا به .
 - (٧) في م : صيفته .
 - (٨) في م : صيغة .

مطالبة الآخر بما يستحقه، إلا ويتوجه للآخر عليه مثل ذلك فوجب القصاص وترادى الفضل بينهما، فإن كان فيه فضل عن الحق غرمه المرتهن وإن كان أقل منه لزم الراهن بقية الحق، وإن كان بقدره كان قصاصاً.

فصل [١٥ — إذا شرط في الرهن خلاف موجه]

(٢) وإنما قلنا إذا شرط (في نوع منه خلاف موجه لم ينفعه لأنه شرط) ينافي حكم أصل العقد فلم يثبت، أصله إذا شرط في الوديعة أنه ضامن أو شرط (في القرض أنه غير ضامن، ولأن ما يلزم العقد ويكون هو أصل في)^(٣) قبضه إذا شرط فيه انتفاؤه لم يصح / كما لو شرط في النكاح أنه لا يبطأ وفي [١/١٠٢] البيع أنه لا يتصرف في المبيع.

فصل [١٦ — تلف الرهن على يد أمين]

وإنما قلنا أن الرهن إذا كان على يد أمين، فإن تلفه من ربه لأن المرتهن إنما يضمنه بالقبض والحوز وهذا معدوم، والأمين هو في يده أمانة لأنه قبضه لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنه، ولأن ربه لم يرض بأمانة المرتهن فلم يكن له عليه سبيل .

فصل [١٧ — في تلف الرهن المضمون في يد المرتهن]

إذا ثبت ما ذكرناه فتلف الرهن المضمون في يد المرتهن، فإن اتفقا على قيمته وقدر الدين فلا كلام، وإن اختلفا لم يخلو اختلافهما أن يكون في قدر الحق أو في قيمة الرهن أو فيهما، فإن كان في قيمة الرهن وصفه المرتهن وقوم على صفته فإن وافقه الراهن على صفته قوم على تلك الصفته،

(١) في م : وإن أقامته لرهن الراهن .

(٢) مابين قوسين سقط من م .

(٣) مابين قوسين سقط من م .

فان خالفه فالقول قول المرتهن مع يمينه في ذلك لأنه غارم، والأصول موضوعة على أن القول قول الغارم مع يمينه، فإذا قومه أهل الخبرة على الصفة التي حلف عليها المرتهن حظ مقدار دينه من القيمة وأخذ فضلا إن بقي له أو رجع عليه بفضل إن بقي عليه، فإن امتنع المرتهن أن يحلف على الصفة التي ادعاهها ثم ردت اليمين على الراهن فحلف على ما يدعيه من الصفة ثم قُوم الرهن على صفته ، وإن جهلت صفته حلف المرتهن على قيمته فقط لأنه لا يوصل إلى أكثر من ذلك، ومن ادعى منهما في الصفة ما يكذب العرف لم يلتفت إلى دعواه، فأما إن اتفقا على صفته واختلفا في قدر الحق الذي رهن به: فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت له منه قدر قيمة الرهن ويقال (١) للراهن إما أن تحلف على ما يدعيه ويسقط عنك قدر ما زاد على قيمة الرهن، وإلا لزمك ما حلف عليه المرتهن، وكذلك لو كان الرهن قائما بحاله .

وإنما قلنا ذلك لأن المرتهن إذا قبض الرهن وحازه مار شاهداً له بقدر ما يدعيه لأن العادة جارية بأن الناس إنما يرتهنون ما يساوي ديونهم أو يقاربها لا ما لا يفي بهاء، فإذا ادعى أحدهما ما يصدق العرف (٢) وادعى الآخر ما يكذب العرف كانت اليمين في جنبه ما يصدق العرف، وإن (٣) أحدا لا يرتهن على ألف درهم ما يساوي عشرين درهما ولا على عشرين درهما (٤) ما يساوي مائتين . (٥)

وإنما شرطنا أن يكون في يد المرتهن لأنه إذا كان في يد أمين سواه فإذا الراهن لم يرد ائتمانه عليه ولا أن يكون الرهن شاهداً له بدعواه فكان القول قول المدعى عليه منهما مع يمينه، فأما إذا كان الخلاف في أصل هلاك الرهن فادعى المرتهن هلاكه وأكذبه الراهن فزعم أنه غيبه وأنه باق بحاله: فإن المرتهن يحلف على أنه قد هلك ثم يكون الحكم في الصفة والتقويم على ما وصفناه .

-
- (١) في م : الراهن .
 (٢) في م : لا ما بقي .
 (٣) في م : في جنبه .
 (٤) درهما : سقطت من ق .
 (٥) في م : مائتي درهم .
 (٦) منهما : سقطت من م .

فصل [١٨ — إذا اختلفا على عين رهن]

(١)
إذا اختلفا على عين رهن؛ فقال الراهن ليس هذا رهن، وقال المرتهن هذا الذي رهنته عندي، فالقول قول المرتهن لأن المرتهن مؤتمن على عيـن الرهن فالراهن يريد تضمينه وإثبات دعوى^(٢) عليه لا يعترف بها، ولأنه لما رضي بأمانته وأن يكون الرهن في قبضته ولم يتوثق منه بالاشهاد على عيـنه وجب أن يكون القول قوله في ذلك^(٣).

فصل [١٩ — من أقر لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها]

(٤)
ومن أقر لرجل بسلعة في يده وادعى أنه رهنها منه على حق له عليه وأنكر ربهـا أن يكون رهنها منه وأنكر الدين، فالقول قول رب السلعة مع يمينه^(٥) لأن الذي هي في يده معترفـا له بها ويدعى تعلق من له بعينها فلا يقبل منه إلا ببينة، ولا يكفي في ذلك كوشها بيده لأن ذلك لا يوجب تعلـسـق حقه بها.

مسألة [٢٠ — في نماء الرهن]

نماء الرهن على ضربين : أعيان وغير أعيان، فغير الأعيان لا يدخل مع الرهن في كونه رهنـا مع أصله، وذلك مثل الأجرة والغلة وما أشبه ذلك .

والأعيان ضربان: منها ما ينفصل ويتميز عن الأصل، ومنها ما لا يتميز، فالذي لا يتميز هو مثل كبر الصغير وسمن المهبول هذا لا خلاف أن حكمه حكم العين المرهونة، والمتميز نوعان : نوع منه نسل أو ما يجرى مجرى النسل^(٦) في الحكم فهذا يكون رهنـا مع الأصل كولد الأمة والدابة وفصيل النخل^(٧)

(١) في م : الراهن .

(٢) في م : دعواه .

(٣) أنظر : المدونة ١٦٧/٤ ، التفريع ٢٦٤/٢ ، الكافي ٤١٣ - ٤١٤ .

(٤) في م : أقره .

(٥) في م : وأنكر الدين واعترف به .

(٦) أنظر : التفريع ٢٦٤/٢ ، الكافي ٤١٥ .

(٧) فصيل النخل : صغار النخل . (المصباح المنير ٤٧٣)

وفراخ الشجر، والنوع الآخر لا يوصف بذلك فلا يكون رهنا مع أصله كثمار النخل والشجر وألبان الماشية وأصوافها وما أشبه ذلك^(١)

وإنما قلنا إن الأجرة والغلة لا يكونان رهنا لأنهما أعيان منفصلة من الرهن لا يكون حكمها حكم الأصل فيما يعقد عليه من عقود المنافع والاجارات فلم يدخل معه في الرهن لأن ذلك غلة وخراج والرهن تناول العين دون المنافع، ولقوله صلى الله عليه وسلم : " الرهن ممن رهنه له غنمه "^(٢) وذلك يفيد أنه منفرد به لا يتعلق لغيره حق فيه .

فصل [٢١] — في حكم النماء الذي لا يتميز

وإنما قلنا أن ما لا يتميز مثل السمن والكبر حكمه حكم الأصل لأنه نفس العين ليس بعين زائدة عليها، ولأنه لو نقص من العين لم يكن له حكم فذلك إذا طرأ عليه ، وإنما قلنا النسل رهن مع الأمهات لأن كل حكم استقرار في رقبة الأم دون منافعها فإنه يسري إلى ولدها أصله ولد أم الولد (وولد المدبرة، ولأن الأصول موضوعة على أن كل حكم يشبث في الأمهات فإن الولد يتبع أمه فيه من ذلك الزكاة وولد أم الولد^(٣)) والمعنى نصفه وإلى أجل والمدبرة والمكاتبه فذلك حكم الرهن، ولأنه نماء من جنس الرهن ومن خلقته وصورته كنماء المتصل به ، وإنما قلنا أن الشمن وغيره من خراجه ليس برهن معه خلافا لأبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم : " الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه "^(٤) وهذه الإضافة تفيد إفرادته ونفي الشركة عنه، ولقوله " الرهن محلوب و مركوب "^(٥) ، وفائدة ذلك استحقاق الراهن لممسنا^(٦)

(١) أنظر : المدونة ٤/١٥٤، ١٥٥، التفريع ٢/٢٦٠ ، الرسالة ٢٣١، الكافي ٤١٢ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٨٨٣ .

(٣) مابين قوسين سقط من م .

(٤) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢/٦٢ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٨٨٣ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٨٨٣ .

(١)

يجلب منه ولأجرة ركوبه، و / لأنه نماء مميز^(٢) عن الأصل مخالف له بالخلق [١٠٢/ب] والصورة كالكسب أو لأنه نماء من غير جنسه كالأجرة .

فصل [٢٢ — نفقة الرهن]

(٣)

نفقة الرهن على راهنه^(٣) لأن الذي للمرتهن فيه حق التوثيق وذلك لا يستحق به نفقة عليه كالكفارة ومنفعته وخراجه له دون مرتته لأنه على ملكه وإنما للمرتهن منه حق التوثيق وهو أخذ دينه ثمنه عند تعذر أدائه .

فصل [٢٣ — إذا غصب عينا ثم رهنها مالكا منه]

إذا غصب عينا فهي مضمونة عليه بالغصب ويصح أن يرهنها مالكا منه وهي في يده قبل أن يقبضها من الغاصب فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن وزال^(٤) ضمان الغصب خلافا للشافعي غني قوله أنه لا يزول ضمان الغصب^(٦) وإن كان رهنا ، لأنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك فوجب أن ينتفي حكم الغصب حال حصوله كالوديعة، ولأن ابتداء إمساك العين بإذن مالكا يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب أصله إذ ابتداء إرهان شيء عنده ابتداء، وإذا أقبضه منه ثم أعاده إليه، ولأن الرهن عقد يتعلق به الضمان فإذا طرأ على الغصب سقط به ضمان الغصب أصله البيع .

مسألة [٢٤ — في تعلق الرهن بحملة الحق وأبعاضه]

الرهن يتعلق بحملة الحق وأبعاضه، وفائدة ذلك أن يرهنه عبيدين على ألف درهم فيقبض منها تسعمائة: فإن العبيدين يبقيان رهنا بالمائة الباقية

(١) غي م : يجلب منه .

(٢) في م : متميز .

(٣) أنظر : المدونة ١٦١/٤ ، التفريع ٢٦٠/٢ ، الكافي ٤١٢ .

(٤) في ق : زوال .

(٥) أنظر : المدونة ١٧٤/٤ ، الكافي ٤١١ - ٤١٢ .

(٦) ضمان : سقطت من ق .

(٧) أنظر : الأم ٢٥٤/٣ - ٢٥٦ ، مختصر المزني ١٠٨١، ١٠٨١، الاقناع ١٠١ .

(١) ولا يستحق على المرتهن بتسليمهما ولا تسليم واحد منهما، وكذلك لو أقبضه العبدان فتلف أحدهما كان الباقي رهنا بجميع الدين، وكذلك لو كان الرهن مما ينقسم مثل أن يرهنه كرين من حنطة على مائة درهم فيقبض خمسين درهما فلا يستحق عليه أن يرد من الرهن بقدر ما في مقابلة الحق خلافاً (٢) لمن ذهب إلى أنه يستحق رد ما أدى بقدره، ولأن الرهن مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بكل حق منه أصله لو مات وعليه دين وخلف تركته فإن بيعها محبوس على الدين، (٣) ولا يستحق الورثة منها شيئاً إلا بأداء جميع الدين (٤) ولأنه وثيقة بحق فوجب أن يكون وثيقة به وكل جزء منه أصله الضمان.

فصل [٢٥ — فيمن أراد أخذ زيادة على حقه ويكون الرهن بها]

(٥) إذا رهنه رهنا بحق له ثم أراد أن يأخذ زيادة على ذلك الحق ويكون الرهن رهنا بها جميعاً جاز خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي (٦) أنه يكون رهنا بالحق الأول دون الثاني، لأنه وثيقة بالحق فإذا اشتغلت بحق جاز أن يشتغل بحق آخر مع بقاء شغلها بالحق الأول كالضمين، ولأنها زيادة (٨) في التراهن في حق المتراضين كالزيادة في الرهن لأنه حق تعلق بعيين (٩) يستوفى من ثمنها فجاز أن يراحمه في التعلق بها حق آخر أصله أرش الجناية إذا طرأت عليه جناية أخرى.

-
- (١) في م : الراهن .
 - (٢) أنظر : المدونة ١٥٩/٤ ، التفريع ٢٦٦/٢ ، الكافي ٤١٤ .
 - (٣) لم أقف على من قال بذلك ، بل كلام صاحب المغني يفيد الإجماع عليها (أنظر : المغني ٣٩٩/٤) .
 - (٤) ما بين قوسين سقط من م .
 - (٥) في م : يحق له عليه .
 - (٦) أنظر : التفريع ٢٦٢/٢ - ٢٦٣ ، الكافي ٤١٤ - ٤١٦ .
 - (٧) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٣ ، الأم ١٦١/٣ .
 - (٨) في م : دون الثاني لأنه وثيقة كالضمين .
 - (٩) في ق : الرهن .
 - (١٠) في ق : بدين .

فصل [٢٦ — في الرهن يرهن فضله من دائن ثان]

إذا رهن رهنا على مقدار قيمته أو أقل فأراد أن يرهن فضله من آخر فليس له ذلك إلا بإذن مرتهنه: فإن رضي جاز وإن لم يرضَ نظر: فإن كان الحق بقدر الرهن^(١) أو قيمته أقل من قدر الحق لم يجر له ذلك، وإن كانت قيمة الرهن زيادة على قدر الحق فأراد أن يرهن فضله فاختلف فيه: فقليل أنه يجوز وإن لم يرضَ وقيل لا يجوز إلا بإذنه.^(٢)

وإنما قلنا أنه لا يجوز إذا كان بقيمة الحق إلا بإذن مرتهنه لأن في ذلك رجوعاً عن الرهن، كما لو رهن عبيدين ثم أراد انتزاع أحدهما وذلك لأن المرتهن الثاني يزاحم الأول في الرهن بعد تعلق حق الأول به وانفراجه باستحقاقه فلم يجر إلا برضاه ، وإنما قلنا أنه يجوز بإذن المرتهن الأول على كل وجه لأن المنع من ذلك لحقه فإذا رضي بإسقاطه لم يبق ما يمنع لأجله، ولأنه إن كان بقدر الحق فقد رضي بأن يزاحمه غيره كالمرتهن عنده عبيدين فأراد أن يرجع في أحدهما أو يرهنه من آخر: فإن المرتهن إذا رضي بذلك جاز فإن كان بأكثر من قدر الحق كان أولى بالجواز لأن الضرر مأمون فيه ووجه القول بأنه إن رضي جاز ولا يجوز بغير إذنه لأن في ذلك إسك وإضراره ومشاركة لغيره في حقه وذلك رجوع في الرهن، ولأنه رضي بحق فإذا روجم فيه لم يجر إلا بإذن من تعلق حقه به أصله إذا كان بقدر الحق ، ووجه القول بأنه جائز وإن لم يأذن فلأنه لا ضرر عليه في ذلك لأن حقه تقدم على حق الآخر إنما يستحق ما فضل عن قدر حقه وليس له حق فيما زاد على قدر حقه .

فصل [٢٧ — إذا رهن عبداً ثم أعتقه]

إذا رهن عبداً ثم أعتقه فلا يخلو أن يكون موسراً فإن كان موسراً نفذ^(٣) عتقه وعجل المرتهن حقه ، وإنما قلنا ذلك لأن العتق مبني على التغليب^(٤)

(١) في م : القيمة .

(٢) أنظر : المدونة ١٦١/٤ ، التفريع ٢٦٦/٢ ، الكافي ٤١٤ .

(٣) في ق : بعد .

(٤) في م : وإن كان .

{ وفي إيقاع الرهن له رضا بتعجيل الحق لأن الرجوع في الرهن غير جائز، ولا يجوز الرجوع في العتق لقوته وأنه مبني على التغليب (١) فلو لم نقل أن الحق يتعجل لكان فيه رجوع الرهن عن الرهن وذلك غير جائز، فإن أراد أن يعطيه رهنا غيره فقليل يجوز إلى أجل الدين قاله شيخنا أبو بكر ويشبه أن يكون برضاه، وقال ابن القاسم ليس له ذلك وهو الصحيح لأنه ليس له أن يتلف حقه من الوثيقة إلا بإداء الدين لأن ذلك إن جُوز له جاز أن يبدل الرهن بغير رضاه وذلك غير جائز، فأما إن كان الرهن معسرا فإن العتق لا ينفذ ويبقى رهنا، فإن أفاد مالا قبل الأجل نفذ العتق وعجل حق المرتهن على مذكرناه، وإن بقي على إعساره بيع العبد عند حلول الأجل وقال أبو حنيفة ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا،

(٢) فدلينا على أنه لا ينفذ مع الإعسار قوله تعالى / ﴿أوفوا بالعقود﴾ (٤) ولأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن فلم ينفذ مع الإعسار كالبيع، ودلينا على نفوذه مع اليسار (٥) لأنه لا يبطل حق المرتهن من التوثيق لأنه إما أن يعجل له حقه فذلك مقدم على التوثيق أو أن يوضع له رهـن مكانه، فحق التوثيق باق لهذا فارق الإعسار. (٦)

وإنما قلنا في الإعسار أنه إذا أفاد مالا قبل الأجل نفذ العتق وعجل المرتهن حقه لأن المنع من نفوذه إنما كان لحق المرتهن فإذا زال هذا المعنى لم يبق ما يمنع العتق لأجله كالياسر، وإنما قلنا يعجل له حقه لما بيناه من أن إعتاقه رضا بتعجيل الحق، وإنما قلنا إن بقي على إعساره بيع عند الأجل لأنه باق على الرق لأن العتق لم ينفذ فحق التوثيق متعلق به. (٧) (٨) (٩)

- (١) بين قوسين سقط من م .
- (٢) مختصر الطحاوي ٩٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٥٨/٢ - ٥٩ .
- (٣) على أنه لا ينفذ : سقطت من م .
- (٤) سورة المائدة ، الآية ١ .
- (٥) في ق : الإيسار .
- (٦) في م : الاعتبار .
- (٧) في م : المبيع .
- (٨) في ق : بتعجيل .
- (٩) في م : على الإعسار بيع العبد للأجل .

فصل [٢٨ — عدم جواز وطء الأمة بعد رهنها]

(١) إذا رهن أمته لم يجر له وطؤها لأن في ذلك إعادتها إلى قبضه وتعريضا لبطلان حق المرتهن منها لأنها قد تحمل فتكون أم ولده فلا يجوز رهنها، فإن فعل نظر: فإن كان بإذن المرتهن بطل الرهن لأن إذنه له في التصرف رضا منه بإعادته إلى قبض الراهن، فقد بينا أن استدامة القبض من شرط صحة الرهن، وإن كان بغير إذنه فإن لم تحمل فهي رهن بحالها، وإن حملت وله مال كانت أم ولده وعجل للمرتهن حقه اعتبارا بالعق، وإن لم يكن له مال بيعت وقضى الحق من ثمنها اعتبارا بالعق المنجز، فإن كان ثمنها أقل من الحق ابتعه بالباقي في ذمته، وإن كان ثمنها أكثر بيع منها بمقدار الحق وكان ما بقي بحساب أم الولد لأن الزيادة لا حق للمرتهن فيها، ولا يباع الولد بحال لأنه وأطيه لأمته داخل على حرية ولده، وإن كان فيه شبهة على ما ذكرناه: فإن وطئها المرتهن فهو زان والحد لازم له والولد لا يلحق ويكون معها رهنا يباع ببيعها، وإنما قلنا أنه زان لأن السوط لا يستباح إلا بنكاح أو ملك وكل ذلك معدوم وليس بواطئ شبهة فلذلك يلزم ما يلزم الزاني، وقلنا أن الولد رهن معها اعتبارا بزناها بغيره، وإن وطئها بإذن الراهن وإحلالها (فذاك شبهة إن كان يظن أن مثل هذا يبيح الوطء وتلزم قيمتها للراهن) لتكامل أم ولده ، وتكون أم ولده (٦) إن حملت ولا تلزمه قيمة الولد لأن السيد لما أباحه وطأها صار منتفعا بها بإذنه ودخل على أن ولده حر.

فصل [٢٩ — في غلق الرهن]

(٧) نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن غلق الرهن، ووصفه أن يرهن منه

(١) أنظر: المدونة ١٧٥/٤ ، التفريح ٢/٢٦١ ، الكافي ٤٠٥ .

(٢) في ق : ضبطه .

(٣) في م : بقدر .

(٤) في م : يرتهن .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) وتكون أم ولده سقطت من م .

(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٨٨٣ .

رهنا على أنه إن جاءه بحقه عند أجله وإلا فالرهن له، ومتى شرط ذلك لم يصح
والرهن على ملك راهنه، وإنما قلنا ذلك لنهييه صلى الله عليه وسلم عن
غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد، ولأنه بيع غرر ومجهول لأنه لا يعلم كيف
يكون السرهن وقت أخذه ولا صفته، ولأنه تعليق بيع بصفة وعقود المعاوضة لا تقف
على الصفات كقوله إذا قدم زيد بعثك سلعتي هذه .

فصل [٣٠] منع بيع الرهن بغير إذن المرتهن

إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن لم يجز بيعه^(٢) لأن في ذلك
إبطال حق الوثيقة، وإن باعه بإذنه جاز ولم يلزمه تعجيل الحق إلا بعد
يمين المرتهن له أنه ما آذن له في ذلك إلا ليتعجل حقه^(٣) .

فصل [٣١] جواز توكيل الراهن المرتهن في بيع الرهن

يصح توكيل الراهن للمرتهن في بيع الرهن وأخذ ثمنه عند حلول الأجل
وتعذر أداء الحق ويكون له بيعه^(٤) خلافا للشافعي، اعتبارا بتوكيل الأجنبي،^(٥)
فلذا ثبت جوازها فإنها تكره عند مالك فيما له خطر وبإل، ويجوز عند
أشهب وإنما كرهت لأن بيعه عند الحاكم أحوط لهما وأحسم لدعوى الراهن
محابة المرتهن نفسه بترك الاستقصاء، وليكون أسلم للمرتهن .

فصل [٣٢] عدم جواز فسخ وكالة التوكيل في الرهن

فإن أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل لم يكن له ذلك، وقال إسماعيل
ابن إسحق له ذلك، وهو قول الشافعي، ودليلا أن هذه الوكالة قد تعلق^(٦)
^(٧)

(١) أنظر : الموطأ ٧٢٨/٢ - ٧٢٩ ، المدونة ١٦٤/٤ .

(٢) أنظر : المدونة ١٧٢/٤ ، التفريع ٢٦٥/٢ ، الكافي ٤١٤ .

(٣) في ق : ليعجل .

(٤) أنظر : التفريع ٢٦٥/٢ ، الكافي ٤١٦ .

(٥) أنظر : الأم ١٧٠/٣ ، مختصر المزني ٩٤ - ٩٥ ، المهذب ٣١٠/١ .

(٦) أنظر : التفريع ٢٦٥/٢ ، الكافي ٤١٦ .

(٧) أنظر : مختصر المزني ٩٤ ، المهذب ٣١٠/١ .

بها حق المرتهن وهو تولي بيع الرهن ليصل المرتهن إلى أخذ^(١) حقه، وفي
فسخها إبطال هذا المعنى، واعتبرها اسماعيل بسائر الوكالات وبأنها مسن
العقود الجائرة.

فصل [٣٣] في مال العبد المرهون

مال العبد ليس برهن معه^(٢) لأنه ملك له دون السيد ما لم ينزعه
السيد منه، ورهن العبد ليس بانتزاع لما له بخلاف البيع .

(١) أخذ : سقطت من م .

(٢) أنظر : التفريع ٢/٢٦١ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤١٢ .

(١) (بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) صلى الله على محمد (

(٢) كتاب الحجر

ويحجر على الأصغر حتى يبلغوا (٣) ويؤنس منهم الرشد، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ﴾ وقوله ﴿ وَابْتَغُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ وقوله ﴿ إِنْ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا ﴾ الآية، ولأن الصغير لا يعرف حظه ولا يحسن التصرف في مال نفسه فكان كالمجنون فوجب الحجر عليه، وأن ينظر وليه في صائه (فجعل فيه بالصلاح فإذا بلغ لم يدفع) إليه دون أن يختبره ويعرف رُشدَه (١٠) من فماده وإمساكه على نفسه من تذييره وإضاعته لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ فعلق انفكاك الحجر بالبلوغ وإيناس الرشد، وكان الحجر عليه في الصغير إنما كان لهذا المعنى فإذا بلغ فهو على تلك الحال فالحجر عليه مستحب، واعتبارا ببلوغه مجنوناً.

-
- (١) مابين قوسين سقط من م .
 (٢) الحجر : في اللغة قال ابن فارس الحاء والجيم والراء أصل واحد وهو المنع والاحاطة على الشيء ، وفي الاصطلاح : صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بزائد عن ثلث ماله (معجم مقاييس اللغة ١٣٨/٢ ، حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ٢١٢) .
 (٣) في م : يكبروا .
 (٤) أنظر : المدونة ١٠٥/٤ و ١١٥ ، التفريع ٢٥٦/٢ ، الكافي ٤٢٣ .
 (٥) سورة البقرة ، الآية ٢٢٠ .
 (٦) سورة النساء ، الآية ٦ .
 (٧) سورة النساء ، الآية ١٠ .
 (٨) في م : ماله .
 (٩) مابين قوسين سقط من ق .
 (١٠) في م : ويعرف سداده .
 (١١) في م : وإصلاحه لنفسه .
 (١٢) سورة النساء ، الآية ٦ .
 (١٣) انفكاك : سقطت من ق .

فصل [١ — إيناس الرشيد]

إيناس الرشيد الذي ينفك معه الحجر هو: إصلاح المال وضبطه وترك
تبذيره وانفاقه في وجوهه، فإذا بلغ الصبي وهو بهذه الصفة انفك حجره
سواء كان فاسقا في دينه أو عدلا، خلافا للشافعي في قوله أنه يحجر على
الفاسق وإن كان مصلحا لماله، لأن الحجر في المال لمعنى يرجع إلى
إضاعته وتبذيره لا إلى قلة الدين، ألا ترى أنه يبتدى الحجر على البالغ
مضى وجد فيه هذا المعنى كما يستدام في الصغير، وقد ثبت أن الفسق لو
شراً على الكبير / لم يحجر عليه فكذلك إذا بلغ وهو موجود به، ولأنه
معنى لا يؤثر في تبذير ماله ولا إضاعته فلم يوجب الحجر كسائر أفعاله
وتنقله في المذاهب. (٤)

فصل [٢ — جواز بدأ الحجر على الأكابر]

ويبتدأ الحجر على الأكابر المبذرين لأموالهم خلافا لأي حنيفة، لأنه
إجماع الصحابة. روي عن عثمان وعلي والزبير وابن عباس وعائشة رضي الله
عنهم، وذلك أن عبد الله بن جعفر (٨) اشترى أرضا (سبعة بمال عظيم غبن فيه)
فقال علي رضوان الله عليه قم لأحجر عليك، فشكى (عبد الله إلى الزبير
فقال أنا شريكه) (١٠) فحملته علي إلى عثمان فطلب منه أن يحجر عليه فقال

- (١) في ق: الحال .
- (٢) أنظر: التفريع ٢ / ٢٥٦، الكافي ٤٢٤ .
- (٣) أنظر: الأم ٢١٥/٣، مختصر المزني ١٠٥، الاقناع ١٠٤ .
- (٤) في ق: ومنتلقه .
- (٥) أنظر: التفريع ٢ / ٢٥٦، الكافي ٤٢٣ - ٤٢٤ .
- (٦) أنظر: مختصر الطحاوي ٩٧، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٦٨/٢ .
- (٧) الزبير: بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي
ابن كلاب، أبو عبد الله القرشي، أحد العشرة المشهود لهم بالجنة
قتل سنة ست وثلاثين بعد منصرفه من وقعة الجمل (تقريب التهذيب ٢١٤) .
- (٨) عبد الله بن جعفر: بن أبي طالب الهاشمي أحد الأجواد ولسد بن أراض
الحبشة وله صحبة، مات سنة ثمانين وهو ابن ثمانين . (تقريب
التهذيب ٢٩٨) .

(٩) و(١٠) ما بين قوسين سقط من م .

عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزبير^(١) وهذا يدل على استحقاق الحجر لولا أن شريكه ضابط لا يخاف منه الدخول فيما يتلف ماله ولم يظهر لهم مخالفة، ولأن كل من في منعه من ماله صلاح له وفي تركه معه إرضاعه^(٢) له وخوف الفقر عليه فإن الحجر عليه مستحق أصله الصغير، ولأن البلوغ لا يمنع الحجر مع تبذير المال وإضاعته أصله إذا بلغ مبذرا .

فصل [٣ — انفكك الحجر عن الصغيرة]

لا ينفك الحجر عن الصغيرة حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها زوجها وتكون مملحة لمالها^(٣)، خلافا لأبي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥) في قولهما أن الحجر يفسك عنها بمجرد البلوغ وإيناس الرشد من غير حاجة إلى الزواج^(٦)، لأنها بالبلوغ لم تخبر الرجال ولا عرفت المعاملات ولا تقف على إصلاح المال ووجوه الغبن فكان الحجر عليها مستصحا حتى إذا دخل بها الزوج وعرفت الرجال وما يرد عنها ويرز وجهها وعرفت المعاملات وعلم منها ضبطها لمالها فك حرمها، وهذا هو الفرق بينها وبين الغلام .

فصل [٤ — في حد البلوغ]

حد البلوغ في الذكور: الاحتلام أو الانبات أو أن يبلغ من السن ما يعلم أن من بلغه فقد بلغ في العادة، ولم يحد مالك رحمه الله غيرها حداً، وقال أصحابنا مثل سبعة عشر سنة أو ثمان عشرة سنة، وهذه الأوصاف هي علامات في النساء ويزدن على الذكور بالحيض والحمل^(٨)، وقال أبو حنيفة

-
- (١) أخرجه البيهقي ٦ / ٦٠ .
 - (٢) في م : إضاعته .
 - (٣) أنظر : التفريع ٢ / ٢٥٦ ، الكافي ٤٢٣ ، المقدمات ٢ / ٣٤٥ .
 - (٤) لأبي حنيفة : سقطت من م .
 - (٥) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢ / ٧١ ، مختصر المزني ١٠٥ .
 - (٦) في م : زوج .
 - (٧) في م : ولا وقفت .
 - (٨) أنظر : التفريع ٢ / ٢٥٦ ، الكافي ٤٢٤ ، المقدمات ٢ / ٣٤٥ .

لا معتبر بالانبات في البلوغ، وقال الشافعي يحكم به ^(٢) في المشركين، وله قولان في أنه بلوغ أو دلالة على البلوغ وفي أنه يكون بلوغاً في المسلمين ^(٣) أم لا، فدليلنا على اعتباره ما روى عطية عن سعد قال حكمني رسول الله صلى الله عليه وسلم في بني قريظة فحكمت ^(٤) بقتل مقاتلتهم وسي ذراريهم فكاننا نكشف عن مؤترهم فمن ^(٥) أنبت منهم قتلناه، ومن لم ينبت جعلناه في الذراري فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ^(٦) حكمت بحكم الله ^(٧) وقوله " الجزية على من جرت عليه المواسي " ^(٨) وكذلك كتب عمر رضي الله عنه في أخذ الجزية، ^(٩) وما روي عن عثمان رضي الله عنه في الغلام الذي سرق: إن كان أخضر مؤتره فاقطعوه، ولأننا لو قصرنا البلوغ على السن لم يكن لنا دلالة عليه فأمكن حرجها فيؤدي إلى إسقاط الأحكام فوجب اعتبار معنى زائد عليها وليس إلا ما قلناه.

فصل [هـ] في الرد على قول الشافعي في فصله بين المسلمين والمشركين

دليلنا على الشافعي في فصله بين المسلمين والمشركين أن كل ما جاز أن يكون بلوغاً أو دالاً على البلوغ في الكافر جاز في المسلم أصله السن والاحتلام، ولأن دلالته على ذلك ليست بمعنى يرجع إلى الدين وإنما هو بمعنى يتعلق بالعادات وهذا يستوي فيه المسلم والكافر، والخمسة عشرة سنة

-
- (١) أنظر: مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٧١/٢ .
 - (٢) في م: بالانبات .
 - (٣) أنظر: مختصر المزني ١٠٥ ، المذهب ٢٢٠/١ - ٢٢١ .
 - (٤) في م: فحكم .
 - (٥) في ق: هل .
 - (٦) في م: حكم .
 - (٧) أخرجه البخاري في المغازي باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ٥٠/٥ ، ومسلم في الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد ١٣٨٩/٣ .
 - (٨) هو من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه . أخرجه البيهقي ١٩٨/٩ .
 - (٩) أخرجه البيهقي ١٩٨/٩ .
 - (١٠) أخرجه عبد الرزاق ٣٢٨/٧ .

ليست ببلوغ ولا حدا له ، وحكي عن ابن وهب اعتبارها وهو قول الشافعي لأن ذلك لا يخلو أن يكون معلقا بأكثر منها في العادة أو بإقصاء وكلا الأمرين باطل^(١) وحديث ابن عمر مختلف عليه فيه فروي أنه صلى الله عليه وسلم رده في ثلاثة عشرة سنة وأجازه في أربع عشرة سنة^(١) ولأن ذلك يرجع إلى إبطاء القتال لا إلى البلوغ .

فصل [٦ — اشتراط حكم الحاكم في ابتداء الحجر]

(٣) البالغ إذا ابتدئ^(٢) الحجر عليه لم يحجر عليه إلا بحكم الحاكم^(٣) خلافا لمحمد بن الحسن ، لأنه أمر مختلف فيه محتاج إلى احتياط ونظر في حاله واختيار لأمره فاحتيج في قطعه وكونه بصفة من يلزمه الحجر إلى حكم الحاكم .

فصل [٧ — اشتراط حكم الحاكم لانفكاك الحجر عن المحجور عليه]

(٥) لا ينفك الحجر عن محجور عليه بحكم أو بغير حكم إلا بحكم الحاكم^(٤) لأنه محتاج إلى اختبار حاله وزوال المعنى الذي حجر عليه لأجله وسواء في ذلك الصبي والمجنون^(٦) والبالغ والمفلس والحجر ينفك عن البكر ببلوغها ودخول الزوج بها ومعها إيناس الرشد على ما بيناه .

فصل [٨ — في استدانة السفية بغير إذن وليه]

إذا استدان السفية بغير إذن وليه لم يلزمه بعد فك حجره وإذا استدان العبد بغير إذن سيده ثم أعتق اتبع به^(٨) إلا أن يكون سيده^(٩) ، والفـرق أن

(١) أخرجه البخاري في الشهادات باب بلوغ الصبيان وشهادتهم ١٥٨/٣ ، ومسلم في الامارة باب البيعة على السمع والطاعة فيما استطاع ١٤٩/٣ .

(٢) في م : إلا بالحكم .

(٣) أنظر : الكافي ٤٢٣ .

(٤) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٦٩/٢ .

(٥) أنظر : الكافي ٤٢٣ .

(٦) في م : المحجور

(٧) في م : كذلك .

(٨) في م : أبيح .

(٩) أن يكون سيده : سقطت من ق .

المحجور عليه لسفهه حجر عليه لحق نفسه، فلو كان ^(١) الدين يلحقه لم ينفع الحجر عليه شيئاً، والعبد حجر عليه لحق سيده فإذا اعتق زال حق السيد ^(٢) فأتبع به .

فصل ٩ — في اختبار المحجور عليه والصغير
بالأذن له في التجارة

لولي المحجور عليه بالسفه أو الصغير أن يأذن له في التجارة في قدر من ماله يعينه ليختبره وينظر هل تغيرت حاله وهل قد صار موضعاً لتسليم ماله إليه، وما استدان من شيء وجب في المال الذي بيده ^(٣) لأن إذن الولي له في التجارة به يقتضي تعلق حق من يستدينه لأنه دأبه عليه ولا يلحق ذمته لبقاء الحجر فإن زاد الدين على قدر ما في يده لم ينتفع به .

فصل ١٠ — في تصديق الوصي فيما ينفقه على اليتيم

يصدق الوصي على ما يذكره من نفقة اليتيم إذا أتى بما يشبه ذلك إذا كان في منزله وحاضنته، وإن لم يكن عنده وكان عند أم أو حاضنة يدفع الوصي إليها نفقته فعليه أن يقيم البينة بما دفع إليهما، ونفقة الأيتام تختلف بحسب اختلاف أحوالهم وأموالهم فإن كان لليتيم مال واسع وقد أُلِف ^(٤) النعمة والسعة والتوسعة والرفاهة وسع عليه على قدر ماله في إدامته وكسوته، وإن كانت أمه فقيرة، فالنفقة لها في مال ابنها ولا نفقة لها إن كانت موسرة إلا أن تكون هي حاضنته، ولأنها تتشاغل به عن أمورها وتستحق عليه أجره و / لا يوجد من يقوم بحضنته بغير أجره فإنها تُعطى بقدر [١٠٤/١] ما تستحقه من القيام عليه .

(١) في م : فلولا أن .

(٢) أنظر : التفريع ٢٥٧/٢ ، الكافي ٤٢٣ ، المقدمات ٣٤٢/٢ .

(٣) أنظر : الكافي ٤٢٣ - ٤٢٤ ، المقدمات ٣٤٢/٢ - ٣٤٥ .

(٤) والسعة : سقطت من م .

ولا بأس بتأديب اليتيم وبضربه ^(١) بالرفق والمعروف إذا احتيج إلى ذلك لأن فيه مصلحة له وتأديبا وحسن تربية، ولأن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الإمام على رعيته تؤدي إلى ^(٢) الحظ والصالح له في تأديبه، فأما خلط نفقة اليتيم بنفقة الوصي فجائز إذا عادت بالرفق والتوفير ^(٣) على اليتيم فإن عادت برفق الوصي فلا يجوز، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ ^(٤) ^(٥)

فصل [١١] — التجارة في مال اليتيم

التجارة في مال اليتيم جائزة إذا كان في ذلك حظا له ^(٦) لقوله تعالى : ﴿ قل إصلاح لهم خير ﴾ ^(٧) وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة ^(٨) " وقد ورد مرفوعا، ^(٩) ولأن ذلك نظر له ومصلحة وتنمية لماله وتعريضا للتشجيع فيها أمكن من فعله به وكان فيه الحظ له جاز، وسواء كان بتجارة أو شراء ضيقة أو عقار ليستغل أو ما يراه الناظر له حظا وصلاحا، ولا ضمان على الوصي في نقص إن حدث لأنه أمين .

فصل [١٢] — الأكل من مال اليتيم

إذا كان وصي اليتيم أو الأمين محتاجا جاز أن يأكل من مال اليتيم ^(١٠) بقدر أجر مثله ، خلافا لأبي حنيفة في قوله أنه لا يجوز له أخذ شيء من ماله ، ^(١١) لقوله تعالى : ﴿ فمن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل ﴾ ^(١٢) بالمعروف ، وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت رخص رسول الله

- (١) في م : ويضرب .
- (٢) في م : تؤديه من ولى .
- (٣) في م : والترفق .
- (٤) أنظر : في جملة هذه الأحكام : المدونة ٤ / ١١٣ - ١١٥ و ٢٨٨ - ٢٩٠ التفريع ٢٥٧/٢ - ٢٥٨ ، الرسالة ٢٥٠ ، الكافي ٥٤٨ - ٥٥٠ .
- (٥) سورة البقرة ، الآية ٢٢٠ .
- (٦) أنظر : المدونة ٤/١١٥ ، الموطأ ١ / ٢٥١ .
- (٧) سورة البقرة ، الآية ٢٢٠ .
- (٨) أخرجه مالك في الموطأ ١ / ٢٥١ ، البيهقي ١٠٧/٤ .
- (٩) أخرجه الطبراني بسند ضعيف (أنظر : نصب الراية ٣٣٣/٢) .
- (١٠) أنظر : التفريع ٢٥٧/٢ ، أحكام القرآن - ابن العربي - ١٤٠٥/٣ .
- (١١) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٢٢٤/٢ - ٢٢٥ ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٦٩٦ .
- (١٢) سورة النساء ، الآية ٦ .

صلى الله عليه وسلم لولي اليتيم أن يأكل بالمعروف^(١)، ولأنه ناظر فـي مصلحة غيره وقيم عليه فـجائز^(٢) له أن يأخذ بقدر الحاجة أصله الإمام .

فصل [١٣] طلب الوصي بماله

إذا بلغ اليتيم فطالب الوصي بماله فزعم أنه قد دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة^(٣) خلافاً لأبي حنيفة في قوله أن القول قوله مع يمينه^(٤)، لقوله تعالى : ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾^(٥) فأمر الولي بالتوثق لنفسه بالاشهاد عند تسليم الأمانة التي في يده إلى غير من أئتمنه عليها فلولا أنه يضمن متى جحد وإلا لم يكن للأمر بالتوثق فائدة ولأنه مأمور بدفع المال المؤتمن عليه إلى غير من أئتمنه عليه^(٦) فوجب ألا يقبل قوله إلا ببينة مع الإنكار له أصله المودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي وقال الأجنبي لم آخذ شيئاً .

فصل [١٤] في عدم جواز تصرف الزوجة فيما زاد على ثلث مالها إلا بإذن زوجها

لا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تأخذ شيئاً من مالها ولا تتصدق ولا تعتق^(٨) ولا تخرجه فـي معاوضة أو مصلحة فيما زاد على الثلث إلا بإذن زوجها^(٩)، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أنه لا حق لزوجها في منعها، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها عطية في مالها إلا بإذن " وهذا نص وقوله : " تنكح المرأة لدينها ومالهـا وجمالها... " ^(١٠) ^(١١)

(١) أخرجه البخاري في التفسير باب سورة النساء ١٧٧/٥ ، ومسلم فـي التفسير ٤ / ٢٣١٥ .

(٢) في م : فـجاز .

(٣) أنظر : التفريع ٢٥٧/٢ .

(٤) أنظر : المبسوط ٢٠ / ١٧٨ - ١٧٩ .

(٥) سورة النساء ، الآية ٦ .

(٦) وإلا : سقطت من ق .

(٧) عليه : سقطت من ق .

(٨) أنظر : التفريع ٢٥٦/٢ ، الكافي ٤٢٤ .

(٩) هو رأي جمهور العلماء (أنظر المغني ٤٦٤/٤) .

(١٠) أخرجه أبوداود في البيوع باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها ٨١٦/٣ ، وابن ماجة في الهبات باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ٧٩٨/٢ وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(١١) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٥٣٩

وذلك يفيد أن للزوج حقا في تبقية مالها ^(١) بيدها، ولأن العادة جارية بأن ^(٢) الزوج يتجمل بمال زوجته وله فيه معونة وتبقية، ويبين ذلك أن مهر المثل يقل ويكثر بحسب مالها وكثرته كما يقل ويكثر بحسب بروزها في الجمال، وإذا ثبت ذلك فليس لها إبطال غرض الزوج مما لأجله رغب في نكاحها. وكمل لأجله صداقها .

فصل [١٥ — إذا زادت عطية الزوجة على الثلث]

إذا ثبت منعها من ذلك فإن زادت على الثلث: فقال مالك رد جميعه لأنه من الضرر ، وقال المغيرة يجوز منه قدر الثلث ^(٣) (فلسظنه الرواية اعتبارا بالمرض وإنما أجزنا لها الثلث لأن) ^(٤) الحديث مقيد في المنع بما زاد عليه، ولأن كل من منع من إخراج ماله على غير معاوضة لحق الغير الذي يعاوض عليه فإن المنع يتعلق بما زاد على الثلث أصله المريض .

(١) في م : المال .

(٢) في م : على أن .

(٣) أنظر : التفريع ٢/٢٥٦ ، الكافي ٤٢٤ .

(٤) ما بين قوسين سقط من م .

باب [- في الحجر على المفلس وحبس المديان]

- إذا طلب الغرماء الحجر على المفلس فإن الحاكم يحجر عليه ^(٢) خلافاً ^(١) لأبي حنيفة في قوله ليس له أن يحجر عليه بل يأخذه بقضاء الدين ويحبسه حتى يبيع ويقضي ، لأنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وقسالة لغرمائه: خذوا ما معه ليس لكم غيره ، وقال الزهري إذا كان معيذاً ديناً ^(٤) فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ما له حتى قضى دينه ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ألا أن أسيفج جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقال سبق الحاج ثم اذان مقرضاً فمن كان له عليه شيء فليحضر فإننا نبيع ماله ، ولا مخالف له فإذا ثبت استحقاق الحجر عليه فإن الحاكم يبيع ماله من عروض وعقار وحيوان وغير ذلك ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يبيع عليه العقار ، للأخبار التي روينها وهي عامة ، ولأن كل دين يباع فيه الذهب والفضة جاز أن يباع فيه العقار كنفقة الزوجات ، واعتباراً بموت المفلس إذا ادعى المديان الإفلاس ولا يعلم صدق مقولته من كذبه فإن ^(١٠) الحاكم يحبسه ليتبين أمره ، والأصل ^(١١) في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ^(١٢)

- (١) المفلس : التفليس يعني الإعدام يقال منه أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم ، هذا في اللغة ، أما في الاصطلاح : فالتفليس الأخص : حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ماله ، والأعم : قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به (غرر المقالة ٢٤٩ ، حدود ابن عربة - ٣١١) .
- (٢) أنظر : المدونة ١١٦/٤ ، التفريع ٢٤٩/٢ - ٢٥٤ ، الرسالة ٢٤٩ ، الكافي ٤١٢
- (٣) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٥ - ٩٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٧٢ / ٢ - ٧٣ .
- (٤) ديناً : سقطت من م .
- (٥) أخرجه مسلم في المساقاة باب استحباب الوضوء من الدين ١١٩٣/٣ .
- (٦) الحاج : سقطت من م .
- (٧) أخرجه البيهقي ٤٩/٦ .
- (٨) أنظر : المدونة ١١٦/٤ ، التفريع ٢٥٠/٢ - ٢٥١ ، الكافي ٤٢٠ .
- (٩) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٦ - ٩٧ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٧٢ / ٢ - ٧٥ .
- (١٠) في م : قوله .
- (١١) أنظر : المدونة ١٠٥/٤ ، التفريع ٢٤٧/٢ .
- (١٢) في ق : واليقين .

" لي الواجد يحل عرضه وعقوبته ^(١) والعقوبة ها هنا الحبس ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم : حبس في تهمة ^(٢) ، وقد حبس كثير من الصدر الأول .

فصل [١] — في كون تقدير الحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم

والحبس موكول إلى اجتهاد الحاكم على قدر ما يغلب في ظنه من تهمة الغريم من غدره وإلطائه ^(٣) وتغيب ماله وليس بمقدر بمدة محصورة خلافاً لأبي حنيفة في تقديره إلى شهرين أو ثلاثة ^(٤) ، لأن الغرض هو اعتبار حاله وتبين إفساره من إيساره ، والعلم بذلك ربما وقع في المدة اليسيرة وربما وقع بالمدة الطويلة فوجب ألا يتقدر إلا بغلبة الظن .

فصل [٢] — تخليه سبيل المدين إذا ثبت عسره

إذا ثبت عسره ^(٥) خلى سبيله ولم يكن / للغرماء أن يعرضوا له إلى ^(٦) يسره خلافاً لأبي حنيفة في قوله لهم أن يلزموه لا على معنى أنهم يطلبونه ولكنهم يكونون معه يدورون حيث دار ، ودليلنا قوله تعالى : * وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة * ^(٧) وذلك ينفي الملازمة لأنها في معنى الحبس ، وقوله صلى الله عليه وسلم في رجل ابتاع تمر فأصيب به فقال عليه الصلاة والسلام : " تصدقوا عليه " فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال : " خذوا ما معه ليس لكم غيره " ^(٨) ولأن المعسر ليس لغرمائه مطالبته بالديون ما معه ليس لكم غيره ^(٩)

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية باب الحبس في الدين ٥٤/٤ ، والنسائي في البيوع باب مطل الغني ، وابن ماجة في الصدقات باب الحبس في الدين والملازمة ٨١١/٢ ، وأحمد ٢٨٨/٤ ، والحاكم ١٠٢/٤ وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية باب الحبس في الدين ٤٦/٤ ، والنسائي في قطع السارق باب امتحان السارق بالضرب والحبس ، والترمذي في باب الديات باب الحبس في التهمة ٢٠/٤ ، وقال حديث حسن .

(٣) إلطائه : من لَطَطَّ وهو الجحود ، وألَطَّ أي اشتد في الأمر والخصومة (الصالح ١١٥٦ / ٢) .

(٤) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٧٤/٢ : والمذهب أن القاضي

(٥) في م : عسره . يحبس بما يرى أنه صادق في دعواه أنه لا مال له كما يقول المالك

(٦) أنظر : المدونة ١٠٥/٤ ، التفريع ٢٤٧/٢ .

(٧) مختصر الطحاوي ٩٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٧٤/٢ .

(٨) سورة البقرة ، الآية ٢٨٠

(٩) أخرجه مسلم في المساقاة باب استحباب الوضع من الدين ١١٩١/٣ .

ومن لا تلزم مطالبته بالدين لم تجب ملازمته كالذي عليه دين مؤجل، ولأن
الحبس لما زال عنه لثبوت عسرته فكذلك الملازمة .

فصل [٣ — عدم جواز إجارة المفلس]

لاتجوز إجارة المفلس وإن كانت له صنعة ^(١) يتكسب بها ^(٢) خلافا لأحمد
وغيره، لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ^(٣) ، ولأنه ^(٤)
ابتداءً تملك فلا يجبر عليه كالهبة والوصية، يحبس في الديون الشاتية
كلها المعاوضة وغيرها لاستحقاق جميعها ووجوب المطالبة بها .

(١) في م : صيغة .

(٢) أنظر : الكافي ٤٢٢ .

(٣) في أحد قولي الإمام أحمد ، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار العنبري

واسحاق . (أنظر المغني ٤/٤٩٥) .

(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٠ .

باب [- حلول الدين المؤجل]

يحل الدين المؤجل بالموت^(١) خلافا للحسن وغيره^(٢) لأنه لو لم يحل لم يخل أن يكون متعلقا بذمة الميت وذلك باطل بخرابها أو يذمم الورثة وذلك غير جائز لأنه لا شيء يوجبه ولا يلزم صاحب الدين الرضا بذمتهم وتسليم الشركة إليهم، ولأن الدين متقدم على الميراث أو ينتقل إلى التركة ويمنع من أخذه إلى حلول الأجل فلا فائدة في ذلك ولا نفع للورثة وإنما هو تعريض المال للتلف فقط فلم يبق إلا حله وتسليمه إلى الغريم .

فصل [١ - حلول الدين المؤجل بالفلس]

ويحل بالفلس خلافا للشافعي^(٣) ، لأن الفلس يوجب تفرقة المال بين غرمائه كالديون الحالة، ولأنه معنى يوجب تعلق الديون التي في الذمة بأعيان الأموال كالموت .

فصل [٢ - في عدم حلول الديون التي للميت أو المفلس بل تبقى إلى أجلها]

والديون التي للميت أو المفلس لا تحل بل تبقى إلى أجلها ، لأن محالها المتعلقة بها لم تبطل ولم تغب وإنما حلت الديون التي عليه لبطولان محلها وغيبته .

-
- (١) أنظر : المدونة ١٠٨/٤ - ١١١ ، الكافي ٤١٩ .
 (٢) أنظر : المبسوط ٢٨/٢٠ ، البدائع ٦ / ٣ .
 (٣) أنظر : التفريع ٢٤٩/٢ ، الكافي ٤١٧ - ٤١٨ .
 (٤) أنظر : الأم ٢١٢/٣ ، مختصر المزني ١٠٤ - ١٠٥ ، الاقناع ١٠٥ .
 (٥) في م : ماله .
 (٦) أنظر : الكافي ٤١٨ ، .

فصل [٣ — من باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها]

ومن باع سلعة فأفلس المبتاع قبل أن يقبض البائع ثمنها فالبائع إن وجدها لم تفت مخير بين أن يأخذها بالثمن الذي باعها به وبين تركها ومحاصة الغرماء وإن كان قبض بعض ثمنها فله الخيار بين رد ما أخذ والرجوع بها أو التمسك بها والحصاص بما بقي ولو مات المشتري لم يكن للبائع أخذ السلعة. (١)

فصل [٤ — في أحقية البائع بعين ماله في الفلوس]

وإنما قلنا إنه أحق بعين ماله في الفلوس خلافا لأبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم : " أيما رجل أفلس فأدرك رجل ما له بعينه فهو أحق به " (٢) ولأن فلوس المبتاع بثمن المبيع مع بقاءه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ أصله قبل القبض. (٤)

فصل [٥]

(٥) وإنما قلنا إنه له تركها أو المحاصة لأن أخذها حق له غير مستحق عليه فإذا لم يختار لم يجبر عليه، وإنما قلنا له أخذها (٦) وإن قبض بعض الثمن إذا رد ما قبضه خلافا للشافعي، للعموم الخبر، ولأن الرجوع بسلعته إذا لم يقبض شيئا من الثمن إنما وجب له لقوة سببه بوجود عين ماله وذلك يستوي فيه الفلوس بجميع الثمن أو ببعضه.

(١) أنظر : التفريع ٢٤٩/٢ - ٢٥٠ و ٢٥٤ ، الرسالة ٢٤٩ ، الكافي ٤١٧ - ٤١٨ .

(٢) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٥ - ٩٦ ، مختصر القدوري - مع ششرح

الميداني - ٧٣/٢ - ٧٤ .

(٣) أخرجه البخاري في الاستقراغ باب إذا وجد ماله عند مغلوس ٥ / ٦٢ ،

ومسلم في المساقاة باب من أدرك ما باعه عند المشتري ١١٩٤/٣ .

(٤) قبل : سقطت من م .

(٥) في م : من يحق .

(٦) في م : قبضها .

(٧) أنظر : الأم ١٩٩/٣ ، مختصر المزني ١٠٢ ، الاقناع ١٠٥ .

وانما قلنا إنه يكون في موت المشتري إسوة الفرماء خلافاً للشافعي^(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم : " فإن مات فالبائع إسوة الفرماء^(٤) " ففرق بين الموت والفلس لأن حظ البائع بتقديمه على غيره من الفرماء لا إسقاط الفرماء واستبداده^(٥) والفرق بين الفلس والموت أن في الفلس الذمة باقية يرجع الفرماء إليها ومع الموت تبطل الذمة فيكون ذلك إسقاطاً لباقيسي الفرماء .

فصل [٦] — إذا تلف مال المفلس بعد أن جمعه
الحاكم وقبل أن يبيعه^(٦)

إذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لفرمائه فتلف قبل بيعه فالتلف من المفلس وديون الفرماء ثابتة لأن تلفه^(٥) كان على ملك المفلس قبل انتقاله إلى ملك الفرماء، ولا شيء على الحاكم لأنه أمين فإن باعه الحاكم وتلف ثمنه قبل قبض الفرماء فالتلف من الفرماء لأنه ملك لهم والحاكم قابض لهم وقد بريء المفلس منه وقال محمد بن عبد الحكم الضمان من المفلس حتى يقبضه الفرماء لأن الفرماء إنما يضمنونه بالقبض دون البيع^(٦)، والأول أصح، وفرق عبد الملك بين أنواع المال فقال إن كان ذهباً أو ورقاً ودينه من جنسه فالتلف بعد جمعه من الفرماء لأنه لم يبق إلا تسليمه إليهم وقبض الحاكم هو قبض لهم؛ ف ضمان الذهب ممن دينه ذهب و ضمان الورق ممن دينه ورق، وإن كان عروضاً فتلفها من المفلس لأن الفرماء يستحقون أثمانها دون أعيانها .

-
- (١) موت : سقطت من قريش . سقطت من قريش . سقطت من قريش .
(٢) خلافاً للشافعي : سقطت من ق .
(٣) أنظر : الأم ٢١٢/٣ ، مختصر المعزني ١٠٢ .
(٤) أخرجه أبو داود في الإجارة باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ٧٩٢/٣ ومالك ٦٧٨/٢ وهو مرسل (تلخيص الجبير ٣٩/٣) .
(٥) لأن تلفه : سقطت من ق .
(٦) في م : يضمنوا .

فصل [٧] في تفليس الصناع

الصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فهم أحق بها في ديونهم إذا كانوا قد عملوها في الموت والفلس لقبضهم إياها وحوزهم لها كالرهن، وكذلك لو استأجر أرضا يزرعها ثم مات أو أفلس قبل قبض الأجرة فربها أحق بالزرع ، وكذلك لو استأجر دارا للسكنى ولم ينقذ أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس فربها أحق بما بقي من مدة الاجارة ويحاص الفرما^(١) بما مضى من السكنى ، وكذلك ما يرد من مسائل هذا الباب .

(١) أنظر : الكافي ٤٢٢ .

باب [— في تجارة ودين العبد بغير إذن سيده]

إذا اتجر العبد فأدان بغير إذن سيده فللسيد فسخ الدين ^(١) عنه بما له كسبه وله انتزاع ماله فليس لغرمائه ^(٢) إلتلاف ماله على سيده واستبدادهم به / فإن أعتق العبد أتبعه الغرماء لزوال حق السيد عنه ^(٣) بعد عتقه، وله أن يسقط الدين عنه ^(٤) لأن تبيخه عليه إذا أراد بيعه والذي دانه هو الذي عرض ماله للتلف فإذا أسقطه عنه لم يتبعه الغرماء بعد العتق .

فصل [١ — في إفلاس المأذون له في التجارة]

إذا أذن له في التجارة جاز: فإن أفلس فدينه في ذمته وفي ماله الذي ^(٥) في يديه ^(٦) لأن الغرماء دائنوه على ماله وذمته، ولأن السيد لما أذن له في التجارة كان ذلك رضا منه بتعلق الديون بماله وذمته، وليس لسيد انتزاع ماله لأن غرماء العبد أولى بماله من سيده لأنهم دائنوه على ماله، ولأنه بمنزلة عين ماله ^(٧) ولو أفلس السيد كان غرماء العبد أولى بمال العبد ^(٨) من غرماء السيد، وغرماء السيد أولى برقبة العبد لأن رقبة العبد ملك لسيد لا حق فيها لغرماء العبد، وإذا دابن السيد عبده كان كأحد الغرماء ^(٩) يقاض بدينه كما يقاض سائر الغرماء .

-
- (١) في م : المال .
 (٢) في م : لغرماء العبد .
 (٣) أنظر : المدونة ١٢٤/٤ ، التفريع ٢٥٥/٢ ، الكافي ٤٢٢ .
 (٤) في م : للسيد .
 (٥) في م : فلس .
 (٦) في ق : سيده .
 (٧) عين : سقطت من ق .
 (٨) في م : فلس .
 (٩) أنظر : المدونة ١٢٤/٤ ، ١٢٨ ، التفريع ٢٥٥/٢ ، الكافي ٤٢١ - ٤٢٢ .

فصل [٢] — ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته

- (١) ليس لغرماء العبد المأذون سبيل على رقبته ولا على مال سيده ،
 خلافا لأبي حنيفة في قوله أن لهم بيعه ، لأن الدين الحاصل عن مراضاة
 لا يتعلق بالرقبة وإنما يتعلق بالمال أو بالذمة كالحرة إذا دأبت ثم أفلس
 فإن رقبته لا تباع ولا تواجر ، ولأن الغرماء إنما يداينون على مال العبد
 لا على مال غيره ورقبته ليست بمال له ، وإنما قلنا إنه لا سبيل لهم على
 السيد لأن السيد إنما أذن له في التجارة بالمال المدفوع إليه دون غيره
 إلا أن يضمن السيد عنه فليزمه الضمان .

(١) أنظر : المدونة ١٢٦/٤ ، التفريع ٢٥٥/٢ ، الكافي ٤٢٢ .
 (٢) أنظر : مختصر الطحاوي ٩٨ ، مختصر القدوري مع شرح الميداني - ٢٢٥/٢ .
 (٣) في ق : يؤجره .
 (٤) في م : الغريم .
)

(١) بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح

(٢) الأصل في جواز الصلح قوله تعالى : ﴿ وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ ﴾ ، وقوله
 صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما
 أو حرم حلالا " ، ولأن فيه قطعاً للخصومة وداعياً (٥) إلى التواصل والألفة .

فصل [١] في جواز الصلح على الإنكار والاقرار

(٦) وهو عندنا جائز على الاقرار والإنكار خلافاً للشافعي في قوله أنه
 لا يجوز مع الإنكار، لقوله صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين
 إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا " فعم، ولأنها دعوى مالم يحكم
 ببطلانها فجاز الصلح معها أصله مع الاقرار، ولأنها أحد حالي المنكسر
 كالاقرار، ولأن كل صلح جاز مع الاقرار جاز مع الإنكار أصله الإبراء، ونفرض
 الكلام في أن افتداء اليمين جائز وهو أن يلزم أحد المتداعيين اليمين
 فيبذل المدعى عليه للمدعي شيئاً على ألا يحلفه . (١٠) (١١)

(١٢) والدليل على جواز ذلك أنه مروي عن عثمان وابن مسعود ولا مخالف
 لهما، ولأن المدعى عليه لا يخلو أن يكون محقاً في إنكاره أو مبطلاً، وإن كان

-
- (١) بسم الله الرحمن الرحيم : سقطت من م .
 (٢) الصلح : في اللغة الصلح ضد الفساد (الصحاح ٢٨٣/١ ، معجم مقاييس
 اللغة ٣٠٣/٣) ، وفي الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله : انتقال عن حق
 أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه (حدود ابن عرفة ٣١٤) .
 (٣) سورة النساء ، الآية ١٢٨ .
 (٤) أخرجه أبو داود في الأقضية باب في الصلح ١٩/٤ ، وابن ماجه في الأحكام
 باب في الصلح ٧٨٨/٢ ، والترمذي في الأحكام باب ما ذكر من رسول الله
 صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس ، وقال حسن صحيح ٦٣٤/٣ .
 (٥) في م : داعية .
 (٦) أنظر : المدونة ٣٤٥/٣ وما بعدها ، التفريع ٢٨٩/٢ ، الكافي ٤٥١ .
 (٧) أنظر : الأم ٢٢١/٣ ، مختصر المزني ١٠٦ ، الاقتناع ١٠٦ .
 (٨) سبق تخريج الحديث قريباً . (٩) في م : جائز .
 (١٠) للمدعى : سقطت من م . (١١) في م : تلحقه .
 (١٢) أنظر : سنن البيهقي ١٧٧/١٠ .

(١) ميظلا فقد أحسن إذ لم يحلف على باطل ودفع الحق وإن كان محقا فقد دفع
عن نفسه شر المدعي وتبذيله وإياه ونزه نفسه عن اليمين التي تثقل على
أهل المروءات والدين وتستيق الظنة إلى المقدم عليها .

فصل [٢] في ضرب الملح

الملح على ضربين: منه معاوضة كالبيع فهذا حكمه حكم البيع يدخله
من الجواز والمنع ما يدخل البيع ، ومنه إسقاط وإبراء .

(٣) فأما القسم الأول: فهو أن يدعي على غيره شيئا ثم يبيعه منه فلا
يجوز إلا في معلوم ولا يجوز أن يفسخ في دين إذا كان المدعي ديناء ولا في
طعام قبل قبضه ولا عن دعوى في جنس باثنين من جنسه إلى أجل ولا عن مجهول
ولا غرر ولا على ضع وتعجل قبل حلول الأجل، وجملته أنه يمتنع فيه ما يمتنع
في البيع .

فأما القسم الثاني : فهو وضع بعض الحق المدعي وإبراء منه مثل
أن يكون على رجل مال حال فيصالحه على بعضه وإسقاط باقيه وإن كان
مؤجلا فلا يجوز أن يصالحه قبل حلوله على تعجيل بعضه وإسقاط باقيه ويجوز
أن يصالحه عيّن ذهب له على ورق يأخذها منه نقداً، وعلى ذهب عن ورق
إذا كان ذلك كله حالا وانتقد ما يصالحه عليه، والوضعية في الملح لازمة
لا يجوز الرجوع بها لأن ذمة الغريم قد برئت . (٥)

(١) في ق : إذا .

(٢) في م : رد .

(٣) في م : لم يبيعه .

(٤) في م : تعجل له .

(٥) أنظر : في جملة هذه الأحكام : المدونة ٣/٢٤٥ وما بعدها ، التفريع

باب [— في إحياء الموات]

(١) ومن أحياء أرضاً ميتة غير مملوكة لمسلم (٢) ولا ذمي بالوجه الذي يكون إحياء لمثلها من بناء أو حفر بئر وجصها أو غرس أو غير ذلك من وجوه الأحياء وأنواع العمارة فهي له إذا كانت في فيافي الأرض وفلواتها بعيدة من العمران والمواضع التي لا يتشاح الناس فيها من غير حاجة إلى استئذان الإمام، وأما إن كانت بقرب العمران في حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام، والأصل في جواز الأحياء قوله صلى الله عليه وسلم — " من أحيى أرضاً ميتة فهي له " (٣) وهذا نص وإنما لم نشترط إذن الإمام فيما بعد عن العمران خلافاً لأبي حنيفة، لهذا الخبر وهو عام، ولقوله صلى الله عليه وسلم " من أحاط حائطاً على أرض فهي له " (٤) ولأنه ليس في ذلك إلتلاف حق غيره ولا ما يؤدي إلى التخاصم والعداوة فكان مملك بالأحياء مباحاً (٥) كتمليك الحشيش والصيد بالأخذ، وإنما شرطنا إذن الإمام فيما قرب من العمران خلافاً للشافعي، لأن ما قرب من البلد في حكم فناءه فالانتفاع به مشترك بين أهل البلد من الاحتطاب فيه والاصطياد والرعي وغير ذلك من وجوه

(١) إحياء الأرض الميتة : قال ابن عرفة عن الأحياء : لقب لتعمير دامر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها (الرصاع على ابن عرفة ٤٠٧) .

(٢) في م : لم تكن لمسلم مملوكة .

(٣) فيافي : جمع فيف : وهي الصحراء الواسعة المستوية ، (المعجم الوسيط ٧٠٨/٢) .

(٤) الفلاة : هي الأرض لا ماء فيها . (المصباح المنير ٤٨١) .

(٥) أنظر : الموجز ٧٤٣/٢ ، المدونة ٣٧٧/٤ ، التفريع ٢٩٠/٢ .

(٦) أخرجه أبو داود في الخراج باب إحياء الموات ٤٥٤/٣ والترمذي في

الأحكام باب ما ذكر في إحياء الموات وقال حديث حسن قريب ٦٦٢/٣ وله شاهد في البخاري في الحرك والمزارعة باب من أحيى أرضاً مواتاً ١٨/٥

(٧) أنظر : مختصر الطحاوي ١٣٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢١٩/٢ .

(٨) أخرجه أبو داود في الخراج باب إحياء الموات ٤٥٦/٣ وأحمد ١٢/٥ و ٢١ والبيهقي ١٤٨/٦ والطبراني والحديث مختلف فيه (أنظر تلخيص

الحبير ٦٢/٣) .

(٩) في م : بلا إحياء .

(١٠) في ق : كتمليك .

(١١) أنظر : الأم ٤١/٤ - ٤٢ ، مختصر المزني ١٣٠ - ١٣١ ، الاقناع ١١٨ .

(١) الارفاق فلو أُجيز لكل واحد اقتطاعه لأرض ذلك بأهل البلد فلم يكن بد من نظر الامام ليكون كالحكم لمن يحييه، فإذا أحيا أرضاً ثم خرجت ودشـسـرت وعادت إلى ما كانت عليه ثم أحياها آخر بعده فهي للشاني دون الأول بنساء على الصيد إذا أفلت وعاد إلى الاستيحاش ولحق بالوحش وطال زمانه وقـسـد بيـناه .

فصل [١] في حد حريم البئر

(٢) حريم البئر ليس فيه حد إلا الاجتهاد وما يعلم أنه لا يضر / بالبئر [١٠٥/ب] الأول، وذلك يختلف باختلاف الأراضي والمواضع من الصلابة والرخاوة: فما علم أنه لا يضر بما تقدمه جاز، وما علم فيه ضرر منع، وذلك في الآبار التي تحفر في الصحاري والفلوات للماشية ، فأما إذا أراد أن يحفر بئراً في ملكه ^(٣) بقرب من بئر جاره ويخاف منه الأضرار بها فإن كان له مندوحة عنه وسعة فليس له ذلك لأن قصده حينئذ الأضرار بجاره من غير ضرورة فلا يترك في ذلك ، وأما إن لم تكن مندوحة عنه ففيها روايتان: إحداهما أنه ليس له ذلك، والأخرى أنه يجوز له فعله. ^(٤)

(٥) فوجه الأولى قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا اضرار "، واعتبار به إذا كانت له مندوحة عنه، ولأن الضررين إذا تقابلا فالأول أولى بالمراعات لفضل سبق ، ووجه الثانية أن للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يحتاج إليه من وجوه التصرف، ولا يجب أن يمنع لحق الغير لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ولا أن يراعى فضل سبق لأن الأول قد عرض تصرفه للبطلان إذا علم أن لجاره أن يتصرف في ملكه .

فصل [٢] في عدم جواز منع فضل مياه البراري

الآبار المحفورة في البراري وحيث لا ملك لأحد عليها ليس لأحد أن يمنع فضل ماشئها ، لأن الناس كلهم شركاء فيها، ولقوله صلى الله عليه وسلم :

- (١) في م : الاتفاق .
- (٢) حريم البئر : حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه ، سمي بذلك لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به (المصباح المنير ١٣٣) .
- (٣) في م : في ملك نفسه .
- (٤) أنظر : المدونة ٣٧٣/٤ ، التفريع ٢٩١/٢ ، المقدمات ٢٩٥/٢ - ٣٠٢ .
- (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٧٩٥ .
- (٦) أنظر : المدونة ٣٧٤/٤ ، التفريع ٢٩١/٢ ، الكافي ٤٩١ ، المقدمات ٢٩٧/٢ .

" الناس شركاء في ثلاث : فذكر الماء والكلاء^(١) ، وإن كان هو الذي حفرها في ذلك الموضع فليس له منع فضلها، فالذي يحتاج إليه أولى فإذا استغنى وحصل له قدر كفايته كان مابقي للمسلمين ولم يكن له من منع الفضل خلافا لمن جعل له ذلك ؛ لأن آبار الماشية التي تحفر في البراري إنما تحفر للسبيل ولينتفع بها الحافر وغيره ولا تحفر للتمليك والاحياء^(٢) ، ولأنه ليس لأحد أن يجي في المواضع التي يتشاح الناس فيها بغير إذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم " لا حمى إلا لله ولرسوله " ^(٣) وإذا منع الماء الفاضل عن قدر حاجته كان ذلك منعا من الرعي لأن أحدا لا يرعى إلا على ماء، فإذا ثبت ذلك فليس له أخذ عوض عليه لأن حفرها على وجه السبيل على ما بيناه لأن الموضع ليس بملك له ولا حفرها على وجه الاحياء فتكون ملكا له ، فإذا ثبت هذا فإنما يلزمه بذل ما زاد على قدر كفايته ويكون أحق بما يحتاج إليه منه لأنه إنما حفرها هو ليختص هو بمنفعتها أو قـدر ما يحتاج إليه منها، ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن منع فضل الماء^(٤) ، وذلك عما زاد على قدر الكفاية، فأما ^(٥) إن حفر بشرا على وجه التملك ^(٦) والاحياء ليبني ويغرس في ذلك الموضع فله منع ما فضل من ماشها لأن المكان يملك بالاحياء، وكذلك إذا حفر بشرا في أرضه أو داره فإن البشر ملكه لأنه أحدثها في ملكه، وكذلك إذا ابتاع الدار والأرض وفيها البشر فإن البشر مع الأرض ملكا له فالماء الذي فيها ملكه فله منعه إلا يعوض كعاشر أملاكه إلا أن تنهدم بشر جاره وله زرع يخاف عليه التلف فإنه يلزمه أن يبذل له

(١) أخرجه أبو داود في البيوع باب منع الماء ٧٥١/٣ بلفظ المسلمون ، وابن ماجه في الأحكام باب الرهون ٨٢٦/٢ ، بسند صحيح ، وأحمد ٣٦٤/٥ ، والطبراني والبيهقي ١٥٠/٦ ، وفيه عبدالله بن خراش ضعفه البخاري وأبو زرعه وغيرهما (تلخيص الحبير ٦٥/٣) .

(٢) في م : مالكا له .

(٣) أخرجه البخاري في المساقاة باب لاحمى إلا لله ولرسوله ٧٨/٣ .

(٤) أخرجه البخاري في المساقاة باب من قال : ان صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ٧٥/٣ ومسلم في المساقاة باب تحريم فضل بيع الماء

الذي يكون بالفلاة ١١٩٨/٣ .

(٥) في ق : فلو .

(٦) في ق : التملك .

فضل ماءه ليحيي به زرعه ويجبر على ذلك لأن فيه إحياء زرع وإعانتة من حيث لا ضرر عليه ببذله كما لزمه بذله لشربه إذا اضطر إليه، ويقال لصاحب الزرع خذ أنت في إصلاح بئرك وهذا إذا كان صاحب الزرع قد زرع على أصل ماء ثم اضطر بأن انهارت بئرته وانقطع مائه، وأما إن كان ابتداء البئر على غير ماء اتكالا على جاره فإن لجاره أن يمنعه لأن الماء ملك له فلا يلزمه بذله إلا إذا شاء ما لم تكن ضرورة وهاهنا لا ضرورة لأن الزارع هو الذي ^(١) أتلف زرع نفسه حين زرع على غير ماء، وكذلك إذا زرع على ماء ^(٢) فانقطع، وإنما قلنا إن على جاره أن يمكنه من فضل ماءه وأن ذلك يلزمه ويتشاغل هو بإصلاح بئرته، فأما إن ترك التشاغل بإصلاح بئرته اتكالا على بئر جاره لم يلزم جاره فضل الماء لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء، وقد اختلف أصحابنا فيه إذا أجبرناه على بذل الماء لجاره عند انقطاع مائه هل له مطالبة بعوض أم لا؛ فإذا قلنا ليس له فلأن ذلك حق على الجار على غريق الإعانة مع كون أصله مباحا كما لو احتاج إليه للشرب وإذا قلنا أن له منعه فلأن وجوب البذل لا يتضمن الاتلاف اعتبارا بالعلم.

فصل [٣ — فيمن سأل جاره بغير خشية في جداره]

وينبغي لمن سأل جاره أن يفرز خشية في جداره أن يجبيه إلى ذلك ولا يمنعه، فإن أبى لم يجبر عليه، وإنما استحجبتنا له لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يمنعن أحدكم أخاه أن يضع خشية على جداره " ^(٤)، ولأن في ذلك رفقا بالجار ومعونة له وهو من مكارم الأخلاق ومعالي الأمور مع الوصية بالجار وحسن المجاورة، وإنما قلنا لا يقضى بذلك عليه خلافا لمن أوجبته،

(١) هو الذي : سقطت من م .

(٢) أنظر : المدونة ٣٧٤/٤ ، التفريع ٢/٢٩١ ، المقدمات ٢/٢٩٨ - ٣٠٢ .

(٣) أنظر : التفريع ٢ / ٢٩٢ .

(٤) أخرجه البخاري في المظالم باب لا يمنع جار جاره أن يفرز ٣/١٠٢ ،

ومسلم في المساقاة باب غرز الخشب في جدار الجار ٣/١٢٣٠ .

لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ^(١) ، ولأن الحائط ملك له فلم يكن عليه بذله لغيره ليتصرف فيـه كما لو أراد أن يفتح فيه باباً أو كوة .

فصل [٤ — إذا أذن له بغير الخشب في جداره ثم طالبه بقلعه]

وإذا أذن له في ذلك ثم طالبه بقلعه؛ فإن كان لحاجته إلى بناء جداره أو لأمر لابد له منه كان له ذلك لأنه لم يكلف من حق الجار ما يضر نفسه كما لا يكلف بذل مائه لزرع جاره وهو محتاج إليه؛ وإن لم يكن به ضرورة إليه وإنما أراد الأضرار بجاره وأذيته لم يمكن من ذلك؛ ويفارق حال الابتداء لأنه إذا لم يأذن في الابتداء فلم يتعلق عليه حق فإذا أذن فقد ضمن تبقية ما أذن فيه على الوجه الذي يؤدي إلى مثله في العادة ^(٢) فليس له الرجوع فيه .

فصل [٥ — إذا أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة]

إذا ما أراد الرجل أن يفتح في جداره المنفرد بملكه كوة ^(٤) ليضيء منها منزله فله ذلك لأن به حاجة إلى ذلك وليس لجاره منعه مما يحتاج إليه ^(٥) [١/١٠٦] ولا يضر به، فأما إن كان يتشرف منها على جاره فيمنع منه ^(٥) لأن في ذلك إضرار بالجار، ولأن الحائط وإن كان ملكه فليس له أن يفعل فيه ما يضر بالغير ابتداء مما لا ضرورة فيه .

- (١) أخرجه الدارقطني ٢٦/٣ ، والبيهقي ١٠٠/٦ ، وأبو يعلى ١٤٠/٣ ، كاسناده جيد (تلخيص الحبير ٤٥/٣ ، ونصب الراية ١٦٩/٤) .
- (٢) منه كان : سقطت من م .
- (٣) أنظر : التفريع ٢٩٢/٢ .
- (٤) الكوة : هو الخرق في الجدار منه الهواء والضوء [المعجم الوسيط ٨٠٦/٢] .
- (٥) أنظر : المدونة ٤ / ٣٧٨ ، التفريع ٢ / ٢٩٢ ، الكافي ٤٩٣ .

فصل [٦] — علو الدار التي بين اثنتين [

(١)
علو الدار التي بين اثنتين مملوك سقفه لصاحب الدار لأن عليه إطلاقه
ورم شعثه وبناءه إن انهدم ولصاحب العلو حق الجلوس عليه ، وإنما قلنا
أن عمارته على صاحب السفلى لأن السقف ملك له وحق الأعلى فيما زاد عليه
لأن البيت لا يكون بيتاً إلا بسقفه في العادة، وإذا ثبت ذلك لزم لصاحب
السفلى بناءه ليصل صاحب العلو إلى حقه ويتمكن من الانتفاع به فإن امتنع
صاحب السفلى من الانتفاع ورجم الشعث من السقف أجبر على ذلك أو على البيع
(٢)
ممن يبني وإلا أدى إلى إبطال ملك الأعلى .

فصل [٧] — إذا تنازع السقف بين صاحب السفلى وصاحب العلو [

(٤)
وإن تنازعا السقف حكم به لصاحب السفلى خلافاً للشافعي في قوله أنه
يكون بينهما ، لأن السقف محمول على ملك صاحب السفلى غير متيقن ملكه
لغيره فإذا تنازعا عليه حكم به لمن هو على ملكه كالحمل على الدابة
يدعيه مالك الدابة وأجنبي، ولأن العرف جار بأن البيت إنما يكون بيتاً
بسقفه وأن الناس لا يسكنونه إلا مسقفاء، والحكم عند التنازع لمن شهد له
العرف، ولأنه لو باع بيتاً لدخل سقفه في البيع بالاطلاق فعلم أنه منه وكذلك
إذا قُسم بأنه يقسم سقفه .

فصل [٨] — إذا تنازعا حائطاً بين دارين [

إذا تنازعا حائطاً بين دارين حكم به لمن يشهد له العرف بأن يكون
قد فعل فيه ما يفعله الملاك في أملاكهم ويتصرفون غالباً فيه من الرباط

(١) في ق : مملوكة .

(٢) أنظر : المدونة ٣٧٨/٤ ، التفريع ٢٩٤/٢ ، الكافي ٤٩٣ .

(٣) يبني : سقط من م .

(٤) أنظر : التفريع ٢٩٤/٢ ، الكافي ٤٩٥ .

(٥) أنظر : المهذب ٣٣٧/١ ، المغني المحتاج ١٨٩/٢ .

ومعاقد القمط ^(١) ووجوه الآجر واللبن ^(٢) وما أشبه ذلك ^(٤)، وقال الشافعي لا يحكم بشيء من ذلك بل يكون بينهما ^(٥)، ودليلنا قوله تعالى : ﴿ وأمر بالعرف ^(٦) ﴾ وروي أن رجلين تنازعا جدارا فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجدار لمن رآه ^(٧)، ومعاقد القمط، ولأن العادة أن مثل هذا التصرف إنما يكون من الملاك فوجب أن يكون الحكم لمن شهد له العرف، وكما يجب مثل ذلك إذا تنازعا في النقد أو صفة السير أو مقدار الحمولة.

فصل ٩ — التصرف في الحائط المشترك

الحائط المشترك ليس لأحد الشريكين أن يتصرف فيه ولا أن يحدث فيه شيئا ^(٨) إلا بإذن شريكه، لأنه ليس لأحد أن يتصرف في ملك غيره بغير إذنه ^(٩) وحقه غير متميز من حق الشريك فكان كالشوب والعبد، فإن اتهدم وكسبان يستره لهما فأراد أحدهما بناؤه وأبى الآخر ففيها روايتان : إحداهما ^(١٠) إيجاب الممتنع، والآخرى نفي إجباره، فوجه إثباته ^(١١) قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ^(١٢) وفي ترك البناء إضرار بالشريك لأنه يطلع عليه

- (١) في م : شهد.
- (٢) معاقد القمط : القمط جمع قماط وهي الشريط التي يشد بها الخوص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرهما، ومعاقد القمط: تلي صاحب الخوص (النهاية ١٠٨/٤) .
- (٣) اللين : بكسر الباء - ما يعمل من الطين ويبنى به الواحدة لبننة (المصباح المنير ٥٤٨) .
- (٤) أنظر : التفريع ٢/٢٩٣ ، الكافي ٤٩٣ .
- (٥) أنظر : المذهب ١/٣٣٦ .
- (٦) سورة الأعراف ، الآية ١٩٩ .
- (٧) أخرجه ابن ماجه في الأحكام باب الرجلان يدعيان في خص ٧٨٥/٢، وفيه نمران بن حاربة قال ابن القطان : حاله مجهول وذكره ابن حبان في الثقات ، وأخرجه الدارقطني ٢٢٩/٤ .
- (٨) أنظر : التفريع ٢/٢٩٣ ، الكافي ٤٩٣ .
- (٩) في م : لا .
- (١٠) أنظر : التفريع ٢/٢٩٣ ، الكافي ٤٩١ .
- (١١) فوجه إثباته : سقطت من م .
- (١٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٧٩٥

ويتشرف على منزله، ولأنه لو أراد أن يفتح كوة ويشرف منها عليه لم يكن له ذلك وهذا بمنزلة، ووجه نفيه أن أحدا لا يجبر على البناء في حقه كما لو انفرد به، وليس إذا تعلق بذلك حق الشريك يوجب إيجاب الشريك الآخر عليه لأن حق الشريك هو منع هذا من الإطلاع عليه، فأما في وجوب البناء فلا، وإذا ثبت أنه لا يجبر فإنهما يقتسمان العروة ثم يبنى من يشاء منهما لنفسه، والبشر بين اثنين إذا غارت فإصلاحها عليهما فإن أبي أحدهما فإنما يتخرج على روايتين كالجدار.

فصل [١٠ — فيمن له مسيل ماء على سطح جاره أو شرب في بستان غيره]

من له مسيل ماء على سطح لرجل فالنفقة للسطح على مالكه دون من له حق المسيل، ومن له شرب في بستان لرجل فاحتاجت ساقيته أو نهـره إلى نفقة فهي عليهما جميعا، قال (٤) والفرق أن صاحب المسيل له حق مرور الماء على (السطح فعلى صاحب) (٥) السطح تمكينه من ذلك وليس له ملك في السطح فلم تلزمه نفقة عليه، وليس كذلك صاحب الشرب لأن موضع الماء ملك بينه وبين صاحب البستان فلذلك لزمه الاتفاق على الساقية معه.

فصل [١١ — في طرح ما في السفينة خشية الفرق]

إذا خيف على المركب الفرق فطرح بعض ما فيه من المتاع بإذن أربابه أو بغير إذنه فإنه يكون منهم على قدر أموالهم، ولا يجوز لأحد الامتناع (٧) (٨)

-
- (١) في ق : وجوبها .
 - (٢) في ق : كالجبر .
 - (٣) في ق : بالقرعة .
 - (٤) أنظر : المدونة ٣٧٦/٤ ، التفريع ٢٩٣/٢ ، الكافي ٤٩٥ .
 - (٥) قال : سقطت من م .
 - (٦) ما بين قوسين سقط من م .
 - (٧) في م : فإنهم .
 - (٨) في م : لأحدهما .

من طرح متاعه إن احتيج تخفيف المركب ورجيت بذلك نجاته^(١) لأن في الامتناع من ذلك تلفه وتلف غيره وسواء طرح الرجل متاعه بنفسه أو طرحه غيره الحكم فيه سواء ولا فرق بين إذنه وعدم إذنه فيما يلزمه فعله لأن الطارح فعسل ما يلزم هذا فعله فكان كالثائب عنه ، وإنما قلنا إنه يكون بينهم على قدر أموالهم لأن الحق في ذلك لجميعهم، ولأن غرق المركب إنما خيف لأجل متاعهم فكانوا شركاء فيما يحتاج^(٢) إليه من التخفيف، وقد اختلف في اعتبار القيمة: فقليل يكون في وقت الطرح لأن سائر المتلفات تقوم حال الاتلاف في المواضع التي يتعلق بها الضمان، وقيل في أقرب المواضع إليه لأنه في البحر لا قيمة له لأنه لا يساوي شيئا وهو يطرح في الماء ويتلف كما لا يقوم المرتد وقت قتله، وقيل الثمن الذي اشترى به لأنه ليس ما يرجع^(٣) إليه سواء إذ هو أولى من أقرب المواضع إلى موضع الغرق، ولا يلزم عمال المركب شيء لأنه لم يكن الخوف لأجلهم .

فصل [١٢] — اصطدام مركبين في جريهما

إذا اصطدم مركبان في جريهما فانكسر أحدهما فلا ضمان على الآخر لأنه لا صنع له في ذلك إذ لا يقدر على ضبطه ولا على دفع الريح والموج، وذلك بخلاف الراكبين على فرسين^(٤) لأن التفريط من قبل الصادم إذ هو قادر على ضبط الفرس وعلاجه وإلا فكان يجب ألا يركب فرسا لا يضبط لئلا يجني على غيره .

(١) أنظر : التفريع ٢ / ٢٩٥ ، الكافي ٤٩٢ .

(٢) في ق : يحتاجوا .

(٣) في م : ما يرجع .

(٤) أنظر : التفريع ٢ / ٢٩٥ ، الكافي ٤٩٣ .

باب: الوديعة (١)

الأصل في الوديعة (٢) قوله تعالى : ﴿ إِنْ أَمَرَكَ اللَّهُ أَنْ تَدُونَ الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ (٣) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك " (٤) ، ولأن عمل المسلمين جارٍ بها منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا، وهي أمانة محضة، ولا يضمنها المودع لأن قبضها ينفع / صاحبها على التجريد، فإن ادعى أنها تلفت فالتقاول قوله فيها لأن يده عليها يد أمانة، وسواء كان متهمًا أو غير متهم لأن ربهما رضي بأمانته سواء قبضها ببينة أو بغير بينة .

فصل [١] — ادعاء المودع ردها على مالكها

فإن ادعى ردها على مالكها فذلك على وجهين: إن قبضها بغير بينة فالتقاول قوله في ردها كالتلف، وإن كان قبضها ببينة لم تقبل منه إلا ببينة (٥) ، خلافاً للشافعي ، لأن رب المال لم يرض بأمانته على التجريد، وإنما رضي بها في الحفظ دون القبض لأنه توثق منه بما أشهد عليه (حين قبضها فوجب الضمان وإلا لم ينتفع بالاشهاد بهاء ولا يلزم عليه (٧) التلف لأنه لا يمكن الاشهاد عليه .

- (١) عنوان الباب : سقط من م .
- (٢) الوديعة : قال ابن فارس: الواو والذال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخليّة ودعه : تركه (معجم مقاييس اللغة ٩٦/٦) وفسي الاصطلاح هي : صال وكَلَّ على حفظه (الفواكه الدواني ١٨٥/٢) .
- (٣) سورة النساء ، الآية ٥٨ .
- (٤) أخرجه أبو داود في البيوع باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ٨٠٥/٣ والترمذي في البيوع بعد باب ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر يبيعهها له ٥٦٤/٣ وقال حسن غريب ، والحاكم ٤٦/٢ وقال على شرط مسلم .
- (٥) أنظر : المدونة ٣٥١/٤ وما بعدها التفريع ٢٦٩/٢ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٣ .
- (٦) أنظر : الأم ٢٤٥/٣ ، مختصر المزني ١٤٧ ، الاقناع ١١٣ .
- (٧) ما بين قوسين سقط من م .

مسألة [٢ — إذا عرض للمودع سفر]

إذا عرض للمودع سفر لم يجز له أن يسافر بالوديعة، فإن سافر بها ضمن إن تلفت كان السفر آمناً أو مخوفاً، خلافاً لأبي حنيفة في تضمينه مع الخوف، لما روي ^(٢) " أن المسافر من نفسه وماله لعلّ قلّت إلا ما وفّس الله تعالى " ^(٣) يعني الهلاك، ولأن السفر غرر ولم يأذن له صاحبها بالتفريط بها، واعتباراً بالسفر المخوف .

فصل [٣ — إذا أراد المودع السفر فأودعها عند ثقة]

إذا ثبت أنه لا يسافر بها فإنه يودعها ثقة ولا ضمان على واحد منهما لأنه لا يمكنه حفظها بآكد من هذا الوجه .

فصل [٤ — في المستودع يودع الوديعة غيره]

إذا ^(٤) استودعها من غير عذر ^(٥) ضمن لأن مالكها رضي بأمانته دون أمانة غيره، ولم يأذن له في دفعها إلى غيره فكان متعدياً بذلك فلزمه الضمان، ويفارق ذلك حاجته إلى السفر لأن هناك ضرورة داعية إلى ما فعله، وكذلك إذا خاف عورة منزله فله أن يودعها غيره ولا ضمان عليه لأن ذلك يجري مجرى إرادة السفر ولكن لا يصدق على الخوف على منزله، إلا بأمر يظهر يعلم صدقه فيه .

-
- (١) أنظر: المدونة ٣٥٢/٤ ، الشفيع ٢٧٠/٢ ، الكافي ٤٠٣ .
 (٢) أنظر: مختصر الطحاوي ١٦٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٩٨ / ٢ .
 (٣) ذكره ابن قتيبة في غريب الحديث ٥٦٤/٢ ، وقال الحافظ ابن حجر : رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري وأسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس ، وأنكره النووي في شرح المهذب ، (أنظر تلخيص الحبير ٩٨ / ٣) .
 (٤) في م : وان .
 (٥) أنظر: المدونة ٢٥١ / ٤ و ٢٥٥ ، الشفيع ٢٧٠/٢ ، الكافي ٤٠٣ .

فصل [٥ — إذا دفع إليه مالا في السفر يحمله
إلى بلد قبعته مع غيره]

إذا دفع إليه مالا في السفر يحمله إلى بلد فعرضت له إقامة فله أن يبعثه مع غيره ولا ضمان^(١) والفرق بينه وبين مبتديء السفر أن هذا قد أذن له في السفر به إلى ذلك البلد فلم يتعد بدفعها إلى غيره مع الضرورة والحاضر يخالفه .

فصل [٦ — إذا أنفق بعض الوديعة]

إذا أنفق بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق دون جميعها وإن أنفق الكل أو البعض ثم رد ما أنفق فلا ضمان عليه خلافا لعبد الملك في إلزامه^(٢) الضمان ، لأن الذي أوجب عليه الضمان تعديده بالأخذ فإذا ردها فقد زال التعدي فسقط الضمان ولأنه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كالابتداء^(٣) ، ووجه قول عبد الملك أنه قد خرج عن الأمانة وصار متعديا بأخذها فرددها لا يزيل عنه الضمان كما لو جدها ثم اعترف بها .

فصل [٧ — سقوط الضمان بالرد فيما له مثل مما يكال أو يوزن]

وسقوط الضمان بالرد فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال أو يوزن فأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان^(٤) لأن القيمة محتاجة إلى اجتهاد وحكم فلا يقبل حكمه لنفسه والمثل لا اجتهاد فيه .

-
- (١) أنظر : المدونة ٣٥٤/٤ ، التفريع ٢ / ٢٧٠ .
(٢) أنظر : المدونة ٣٥٦/٤ ، التفريع ٢ / ٢٧١ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٤ .
(٣) في ق : فيه .
(٤) أنظر : المدونة ٣٥٩/٤ ، التفريع ٢ / ٢٧١ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٣ - ٤٠٤ .

فصل ٨ — في قبول قوله أنه رد ما أخذ [

(١) وفي قبول قوله أنه رد ما أخذ أو مثله من غير بينة روايتان: فإذا قلنا إنه يقبل فلأنه موكول (٢) إلى أمانته كادعائه التلّف أو الرد، ولأنه منفق لها على وجه التأويل واعتقاد ردها فلم يخرج ذلك عن الأمانة، وإذا قلنا إنه لا يقبل فلأن الدين المتعلق بالذمة لا يبرأ المقر به منه إلا ببينة أو بإقرار الغريم اعتباراً بسائر الديون .

مسألة ٩ — كراهية التجارة بالوديعة [

يكره أن يتجر بالوديعة (٣) لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها عليه لا لينتفع بها، وإن فعل فعليه الضمان وله الربح، ومن أبضع معه بضاعة ليشتري بها شيئاً فاتجر فيها فإن تلفت ضمن وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة لأن المبضع طالب التنمي والربح فليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، وإن تلف المال ضمن بتعديه والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم (٤) يكن له من الربح شيء .

-
- (١) أنظر : المدونة ٣٥٤/٤ ، التفريع ٢٧٠/٢ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٣ .
 (٢) في ق : موكولة .
 (٣) أنظر : التفريع ٢٧١/٢ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٥ .
 (٤) في م : لا الربح

(١) باب : العارية

- (٢) العارية: تمليك منافع العين بغير عوض، وهي جائزة مندوب إليهما لقوله تعالى : ﴿ وافعلوا الخير ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ إلا من أمر بصدقة ﴾ (٣) أو معروف ﴿ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " كل معروف صدقة " ، وقوله : (٤) " العارية مؤداة " ، ولأنه صلى الله عليه وسلم استعار وكذلك الصحابة . (٥) (٦) (٧)

فصل ١ ————— أنواع العارية [

العارية نوعان : نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان فهذا لا يضمن إلا بالتعدي ، وضرب آخر يخفى هلاكه ويغاب عليه فهذا يضمن إذا لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد كان من المستعير ففيه روايتان : إحداهما لا يضمن وهو الصحيح، والأخرى أنه يضمن وهو قول أشهب ، وعند الشافعي أنها مضمونة على كل وجه ، (٨) وعند أبي حنيفة أن العارية لا تضمن على كل وجه (٩) ، فدليلنا على سقوط الضمان في الحيوان والرباع ماروي : " ليس على المستعير ضمان " (١٠) (١١) (١٢)

(١) العارية : بتشديد الياء لأن الأصل فيها عاوره من قولك تعاور القوم الشيء إذا تداولوه بينهم قال الشاعر: إذا رد المعاور ما استعارا (غرر المقالة ٢٢٧) .

(٢) أنظر : المدونة ٣٦٠/٤ ، التفريع ٢٦٧/٢ - ٢٦٩ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٧ .

(٣) سورة الحج ، الآية ٧٧ .

(٤) سورة النساء ، الآية ١١٤ .

(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٧٥١

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع باب في تضمين العارية ٨٢٥/٣ ، وابن ماجه في الصدقات باب الكفالة ٨٠٤/٢ ، والترمذي في البيوع باب ماجاء أن العارية مؤداة ٥٦٥/٣ وقال حسن غريب ، وهو صحيح بمجموع طرقه (أنظر نصب الراية ٥٨/٤ ، وتلخيص الحبير ٥٤/٣) .

(٧) كما جاء في حديث صفوان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعا . أخرج الحديث أبو داود في البيوع باب تضمين العارية ٨٢٢/٣ ، وأحمد ٤٠١/٣ ، والدارقطني ٣٩/٣ والحاكم ٤٧ / ٢ ،

والبيهقي ٨٩/٦ .

(٨) أنظر : المدونة ٣٦١/٤ ، التفريع ٢٦٨/٢ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٠٧ .

(٩) أنظر : الأم ٢٤٤/٣ ، مختصر المزني ١١٦ ، الاقناع ١١٤ .

(١٠) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢٠٢/٢ .

(١١) ما بين قوسين سقط من ق .

(١٢) أخرجه الدارقطني ٤١/٣ ، والبيهقي ٩١/٦ عن عمرو بن عبد الجبار عن

مبيده بن حسان وهما ضعيفان (نصب الراية ١١٥/٤) .

ولأنه حيوان وعقار قبضه لاستيفاء منفعة فلم يضمن تلفه كالعبد المستأجر والدارء ولأنه مستعار تلفاً من غير تفريط فلم يضمن كالأجراء^(١) ، ودليلنا على وجوب الضمان عليه فيما يفتاب عليه أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد ، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله لزمه الضمان^(٢) فأما إذا قامت به بيئة فوجه قوله لاضمان عليه أن التهمة قد انتفت عنه بقيام البيئة على أنه لا صنع له بتلفه فلم يلزمه الضمان كالعبد المحروس^(٣) ووجه قوله أن عليه الضمان فلأن أصله مأخوذ على الضمان لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله حسماً للباب .

فصل [٢] في الاعارة لمدة معلومة أو مطلقة

إذا أعار شيئاً إلى مدة لم يكن له أخذه قبلها^(٤) لأن المدة قد صارت حقاً للمستعير فلم يكن للمعير الرجوع فيها كما ليس له الرجوع في الهبة ، وأما العارية المطلقة فليس له الرجوع فيها إلا بعد أن ينتفع المستعير بها انتفاع / مثلها خلافاً للشافعي ، لأن العارية هي هبة المنافع أو [١/١٠٧] تملكها ، فإن كانت مدة معلومة^(٥) انحصرت عليها ولا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدة لأنه لو جاز له أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً ففسى العارية لأنه قد جعل على نفسه إباحة المنفعة وقد ملك ذلك المستعير فلم يكن للمعير إبطاله عليه .

(١) في م : لأنها .

(٢) يعلم : سقطت من م .

(٣) في م : المحرم .

(٤) أنظر : التفريع ٢/٢٦٩ ، الكافي ٤٠٨ .

(٥) أنظر : المدونة ٤/٣٦٢ ، التفريع ٢/٢٦٨ ، الكافي ٤٠٨ .

(٦) أنظر : مختصر المزني ١١٦ ، الاقناع ١١٤ .

(٧) في ق : جازت .

(١) (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)

(٢) كتاب الغصب والتعدي

مسألة [١] — فيمن أتلف على غيره شيئاً

إذا أتلف على غيره شيئاً ظلماً لزمه بدل ما أتلف لقوله تعالى :
 ﴿ إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ﴾ (٤) ، وقوله : ﴿ جزاء سيئة
 سيئة مثله ﴾ (٥) ، وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
 اعتدى عليكم ﴾ (٦) ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " طعام كطعام وصحفة
 كصحفة " (٧) ، ولأنه أتلف ملك غيره من غير استحقاق عليه فلزمه بدل ما أتلف
 لأن الأبدال في المتلفات كالقصاص في النفوس ، وقال تعالى : ﴿ ولكم في
 القصص حياة ﴾ (٨) معناه أن القاتل أو الجارح إذا علم أنه يفعل به مثل
 ما فعل ارتدع عن أن يفعل ذلك وأنزجر خيفة أن يقتص منه فكان في ذلك
 حياة للنفوس ، وإلا اجتراً الناس بعضهم (على بعض) كذلك الجناية على المال
 لو لم يجب فيها البديل لاجتراً الناس بعضهم (على أموال بعض) إذا لا بدل
 يلزمهم .

- (١) مابين قوسين سقط من م .
- (٢) الغصب : في اللغة هو أخذ الشيء ظلماً (الصحاح ١/١٩٤) وهو فـي الاصطلاح : أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال (حدود ابن عرفة ٣٥٠) ، أما التعدي : فهو التصرف في الشيء بغير إذن ربه قصد تملكه (حدود ابن عرفة ٣٥٠) .
- (٣) أنظر : المدونة ٤/١٧٦ ، التفريع ٢/٢٧٤ ، الرسالة ٢٣٢ ، الكافي ٤٢٨ .
- (٤) سورة الشورى ، الآية ٤٢ .
- (٥) سورة الشورى ، الآية ٤٠ .
- (٦) سورة البقرة ، الآية ١٩٤ .
- (٧) القصة . في البخاري في المظالم باب إذا كسر قصعة ١٠٨/٣ . ولفظ الحديث في الترمذي في الأحكام باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ٦٣١/٣ . وقال حسن صحيح .
- (٨) في م : وقد قال الله تعالى .
- (٩) سورة البقرة ، الآية ١٧٩ .
- (١٠) مابين قوسين سقط من ق .

فصل [٢] — في دفع بدل المتلف [

(كذلك الحناية على المال لو لم يجب فيها البذل لاجترأ الناس بعضهم على بعض)^(١) ، فإذا ثبت ذلك فعلى المتلف دفع بدل المتلف إلى صاحبه والبذل نوعان:

مثل من طريق الخلقة والصورة: فهو كل ما يكال ويوزن، فمن أتلف على غيره شيئاً مما يكال أو يوزن لزمه رد مثله لا قيمته وذلك كالذهب^(٢)، والفضة، والحديد، والصفرة، والنحاس، والحنطة، والشعير وسائر المأكولات ولا تلزمه القيمة لأن القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنها ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديلها بالمتلف فالمثل من طريق الخلقة لا اجتهد فيه فكان ذلك كالاكتفاء مع وجود النص إذ لا فائدة فيه.

فأما ما لا يكال ولا يوزن: كالشباب وسائر العروغ والرقيق والحيوان فيلزمه بإتلافه قيمته دون مثله، خلافاً لمن حكى عنه أنه يلزمه مثله من جنسه، لقوله صلى الله عليه وسلم: " من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العبد فأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد "، والعقود إتلاف ثم أوجب القيمة فيه دون المثل فكان ذلك أصلاً في بابيه، ولأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه أعيانه دون مبلغه فوجب قيمة العين، وما يكال ويوزن الغرض منه مبلغه فكان فيه مثله، والقيمة المعتبرة يوم التعدي والجنائية لا يوم الحكم لأن الحكم معلّق بدمته بالتعدي لا بالحكم إذ مطالبة الحاكم إنما هي بأمر قد تقدم وجوبه وإنما ينكشف بالحكم بمقدار ما اشتغلت به دمه.

(١) ما بين قوسين سقط من م .

(٢) في ق : كذلك .

(٣) الصفرة : بضم وكسر الصاد - النحاس (المصباح المنير ٣٤٢) .

(٤) أنظر : المدونة ١٨٢/٤ - ١٨٨ ، التفريع ٢٧٤/٢ - ٢٧٥ ، الرسالة ٢٣٢ .

الكافي ٤٢٨ - ٤٢٩ .

(٥) يحكى عن عبد الله بن الحسن العنبري أنه يضمن بمثله من جنسه .

(أنظر المغني ٢٣٩/٥) .

(٦) قيمة : سقطت من م .

(٧) أخرجه البخاري في الشركة باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل .

١١١/٣ ومسلم في العتق ٢ / ١١٣٩ .

فصل [٣ — عدم مراعاة ارتفاع الأسواق وانخفاضها في بدل المتلف]

(١) ولا يراعى ارتفاع الأسواق وانخفاضها كما لا يراعى ذلك في السرقة لأن القيمة متعلقة بالذمة تعلقا منبزا ما حين التعدي ولا يؤثر ذلك بغيرها .

مسألة [٤ — في أضرب الجنايات]

الجناية على ضربين: جناية تبطل يسيرا من المنفعة وجلها من السلعة باقٍ فهذا يجب فيه ما نقص؛ وذلك بأن تقوم وقت الجناية صحيحة وتقوم بالجناية فيلزم الجاني مابين القيمتين ، وإنما قلنا ذلك لأن الذي يلزمه بدل مما أتلّف والاتلاف إنما يكون لهذا القدر من المنافع فلم يضمن ما زاد عليه ، والضرب الآخر جناية تبطل الفرض المقصود من الشيء والذي له يراد وإن بقيت فيه منافع تابعة غير مقصودة: فهذا يكون صاحبه مخيرا إن شاء أخذ مابين قيمته صحيحا ومعيبا وإن شاء أسلمه وأخذ قيمته وذلك مثل أن يكون لرجل عبد يزيده لبعض المنافع فتعدي عليه رجل فيقطع يده أو يعميه فيبطل عليه الفرض الذي له يراد في العادة، وكذلك المركوب الذي يراد للجمال والركوب يقطع أذنيه أو ذنبه فيبطل الفرض المقصود منه وإن كان يبقى فيه استعماله في الحمل ونقل التراب أو ما أشبه ذلك، وقال أبو حنيفة والشافعي عليه في ذلك مثل مابين القيمتين ، وإنما قلنا ذلك لأنه قد أتلّف عليه بهذا الفعل غرضه المقصود منه فلزم ضمانه اعتبارا به لو أحرقه أو أتلّف جميعه .

(١) أنظر : الصراج السابقة .

(٢) أنظر : المدونة ١٨٢/٤ وما بعدها ، التفريع ٢٧٤/٢ - ٢٧٥ ، الرسالة

٢٢٢ - ٢٣٣ ، الكافي ٤٢٨ - ٤٣٠ .

(٣) في م : فتقدر .

(٤) في م : أو يعميه .

(٥) في ق : معه .

(٦) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٧ - ١٢٠ ، مختصر المزني ١١٧ .

(٧) في ق : في ذلك مابين القيمتين .

مسألة [٥ — في ضمان الشيء المغمصوب باليد]

الشيء المغمصوب مضمون باليد فمن غصب شيئا فقد ضمنه إلى أن يردده: فإن رده كما غصبه سقط عنه الضمان ولزم المالك قبوله، فإن تلف عنده على أي وجه تلف ضمنه بقيمته يوم الغصب، إما بمثله إن كان مما له مثل أو بقيمته إن كان مما لا مثل له أي نوع كان من ذهب أو فضة أو حيوان أو متاع أو عروض أو عقار، خلافا لأبي حنيفة في قوله [إن كل ما لا يصح نقله كالضياع والعقار فإن الغاصب لا يضمنه] بإخراجه عن يد مالكة إلا بأن يجني هو عليه فيتلف فيضمنه (٢) بالإتلاف (٣) ، ودليلنا أن كل معنى يضمن به ما ينقل ويحول من الأعيان فإنه يضمن له ما لا ينقل منها ولا يحول كالقبض في البيع، واعتبارا بما لا ينقل ولا يحول بعلة أنها أعيان مقصورة ولأن الغصب سبب للضمان فوجب أن يضمن به العقار والنخل كالإتلاف به .

فصل [٦ — زوال الضمان بإعادة المغمصوب إلى يد مالكة]

وإنما قلنا إنه إذا رده فلا شيء عليه لأنه قد فعل ما كان عليه أن يفعله من إزالة يده عنه وترك إمساكه ظلما وإعادته إلى يد مالكة فزال عنه الضمان لزوال السبب الموجب له وهو الغصب .

فصل [٧ — إذا زاد المغمصوب عند الغاصب بسمن وغيره]

إذا زاد المغمصوب عند الغاصب بسمن أو فراهة في تعلم صنعة أو زيادة تسوق أو ما أشبه ذلك فإنما للمالك أخذه ولا شيء للغاصب ولا أجره عليه لما علم من ذلك لأن المالك لم يأذن له، وليس بعين يمكنه ارتجاعه فلم يكن له شيء فأما إن زاد عنده بسمن أو غيره ثم تلفت تلك الزيادة ورجع / [١٠٧ ب] إلى ما كان عليه عند الغاصب فردّه على الحال التي غصبه عليها لزم

(١) في م : عمده .

(٢) أنظر : المدونة ١٨٤/٤ ، التفريع ٢٧٤/٢ - ٢٧٦ ، الرسالة ٢٣٢ ، الكافي ٤٢٨ .

(٣) مابين قوسين سقط من ق .

(٤) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١٨٩/٢ .

(٥) في ق : كل وصي .

(٦) فإنما : سقطت من م .

المالك أخذه ولا ضمان على الغاصب ، خلافا للشافعي في قوله إنه يضمن ما نقص عنده فيرد الأرض معه ، ودليلنا أن من أصلنا أنه ضامن لها يوم الغصب وما طرأ على أعضائها أو شتمها من نقصان أو زيادة فلا حكم له لأنه طارئ على عين مضمونه ، ولأن رجوع العين المغصوبة إلى مالكها على الصفة التي غصبت يوجب القبول فوجب سقوط الضمان أصله لو لم تزد عنده واعتبار بحوالة الأسواق .

فصل [٨ — إذا رده الغاصب ناقصا في بدنه عما غصبه عليه]

إذا رده ناقصا في بدنه عما غصبه عليه فإن المالك مخير بين أن يأخذه وبين أن يردده ويضمنه القيمة يوم الغصب ، وإنما قلنا ذلك لأنه متعدي عليه والغاصب هو المتعدي فكان أولى بالحمل عليه لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ ﴾ ، ولأن المتعدي عليه مخير فسي الأصول لأنه مجنى عليه في ماله ^(٨) فله أن يقول لا أخذا كسيرة وقد غصبت مني صحيحة ، فإذا ثبت أنه مخير بأن كان أخذها ناقصة فينظر : فإن كان ما حدث بها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل من الغاصب فليست للمالك إلا أخذها بغير أرش أو إسلامها وأخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب ، وإنما قلنا ذلك لأن الغاصب كان ضامنا لها يوم الغصب فلم يكن لما حدث ^(٩) ^(١٠)

- (١) أنظر : المدونة ١٧٦/٤ ، التفريع ٢٧٦/٢ - ٢٧٨ ، الكافي ٤٢٨ .
- (٢) أنظر : الأم ٢٤٦/٣ - ٢٤٧ ، مختصر المزني ١١٧ ، الاقناع ١١٤ - ١١٥ .
- (٣) في م : على انقاضها أو بدنها .
- (٤) في م : لو لم ترد عينه .
- (٥) في م : يسلمه .
- (٦) أنظر : المدونة ١٧٦/٤ و ١٨٤ ، التفريع ٢٧٤/٢ - ٢٧٨ ، الرسالة ٢٣٢ ، الكافي ٤٢٨ .
- (٧) سورة الشورى ، الآية ٤٢ .
- (٨) في م : ملكه .
- (٩) تعالى : سقطت من ق .
- (١٠) لها يوم الغصب : سقطت من م .

من العيب فيها حكم في الضمان لأنه طارئ على أصل مضمون فإذا اختسار المالك أخذها فقد رضي بعيبها لأنه لو لم يرض به لكان يسلمها ويرجع بالقيمة، فإذا قال أريد الأرش لم يكن له ذلك لأن الغاصب لم يكن ضامناً لما حدث بانفراده وإنما كان ضامناً له بضمان الجملة وأبعاضها تابعة لها.

فصل [٩] — إذا كانت الجناية على المغصوب بفعل الغاصب

فأما إن كانت الجناية بفعل الغاصب مثل أن يقطع يدها أو يفقأ عينها واختار أخذها فهل يجب له أخذ أرش النقص فيه خلاف : قال ابن القاسم (١) له ذلك، وقال سحنون وابن المواز ليس له إلا أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها والرجوع بالقيمة يوم الفص ، وجه قول ابن القاسم أنه جناية على ملك كالمبتدأة، ولأن المالك متعدى عليه بشيئين بالغصب (وبالجناية (٢) فله أخذ الغاصب بأيهما شاء) ، ووجه قول سحنون وابن المواز أنه ضامن لقيمتها بالغصب والجناية الطارئة بعد الضمان لا حكم لها أصله إذا كانت من قبل الله تعالى، ولأن الجناية على النفس أكد وأغلظ من الجناية على الأطراف وقد ثبت أن الغاصب لو قتلها لم يلزمه زيادة على قيمتها يوم الفص ففي الجناية على الأطراف أولى .

مسألة [١٠] — إذا لم ينتفع بما غصبه من دار أو عبد أو ثوب .

إذا غصب داراً أو عبداً أو دابة أو ثوباً فلم ينتفع به بسكنى ولا بركوب أو استخدام أو ليس أو غير ذلك ولا بإكراه ولا أغله فلا شيء عليه ولا يطالب بأجرة المدة التي بقيت غصبا في يده ، وقال الشافعي (٣) تلزمه أجرة المثل للمدة التي قامت في يده ، ودليلنا أنها منافع للم

(١) أنظر : المدونة ١٧٨/٤ ، الرسالة ٢٣٣ ، الكافي ٤٢٨ — ٤٣٠ ، المقدمات ٤٩١/٣

(٢) ما بين قوسين سقط من م .

(٣) أنظر : المدونة ١٨٤/٤ ، الرسالة ٢٣٢ ، الكافي ٤٣٠ .

(٤) أنظر : الأم ٢٤٧/٣ ، مختصر المزني ١١٧ .

تستوف من المفصوب فلم يضمنها الغاصب أصله منافع البضع وهو أن يحبس حرة لا يمكنها التزويج وأخذ بدل بضعها حتى مضت مدة من الزمان فإنسه لا يضمن مهر مثلها، ولأنها منافع تلفت في يد الغاصب من غير أن ينتفع بها أو يأخذ لها بد لا فلم يضمنها كبضع الأمة .

فصل [١١ — إذا انتفع الغاصب بالمفصوب بنفسه أو بغيره]

فأما إذا انتفع الغاصب بالمفصوب إما بنفسه مثل أن يسكن الدار أو يركب الدابة أو يستخدم العبد أو يزرع الأرض، أو بأن يؤجر ذلك يأخذ غلته فقد اختلف فيه: ففرق ابن القاسم بين العقار وبين الحيوان فقال في الربع إن سكنه بنفسه أو زرع الأرض لزمه أجره المثل، وإن كسـان (١) أكرها من غيره لزم غرم ما أكرها به إن كان بقدر أجره المثل وإن كان دون ذلك لزمه تمام الأجرة، وفي الدواب والرقيق لا رجوع للمالك على الغاصب لا فيما انتفع به بنفسه ولا فيما أكرها واغتله ، وقيل لا فرق بين ذلك كله ويرجع المالك عليه بكراء ما أكرها وغلة ما اغتله ولا يرجع عليه بما ركب بنفسه أو استخدم ، وقيل عن مالك إن المالك لا يرجع بشيء (٢) أصلا لا من أجره ولا من كراء لا فيما انتفع الغاصب بنفسه ولا فيما أكرها في كل شيء من الرباع والحيوان وغيرها، وأن المنافع بالضمن . (٤)

(٥) فوجه التفريق بين الحيوان والرباع أن الحيوان غير مأمون لأن التغيير يسرع إليه والتلف غالبا يجوز عليه فيمكن أن يتلف باستعماله فيلزمه قيمته فكان الخراج له وليس كذلك الرباع لأنها مأمونة في الغالب ، ولأن (٦)

(١) في م : فصل .

(٢) من غيره : سقطت من ق .

(٣) في ق : حق ملك .

(٤) في جملة هذه الأحكام أنظر : المدونة ١٨٥/٤ ، التفريع ٢ / ٢٧٦ ، الرسالة ٢٢٣ ، الكافي ٤٣٠ .

(٥) في ق : التغيير .

(٦) في ق : ولا ضمان .

الحيوان محتاج إلى نفقة ومؤونة والغاصب لا يرجع بما أنفق عليه فكانت
المنافع غير مضمونة عليه والرباع يرجع بما أنفق فيها أو عمره فأخذ
منه قيمة ما انتفع وأجرة ما اغتسل .

ووجه التفريق بين انتفاعه بنفسه وبين ما أكراه واغتله ^(٢) في
الحيوان والرقيق أن ما أكراه ^(٣) عوضاً في منافع ملك الغير فكان كالعين
القائمة فلزمه ردها، وما سكن بنفسه لم يأخذ عليه عوضاً يستحق رده عليه،
ولأنه إن تلف ذلك في استخدامه أو ركوبه غرم القيمة ولم يأخذ شيئاً يغرم
منه، فإن أكراه ثم تلف فقد اعتاض الكراه الذي يغرم منه ^(٤) .

ووجه القول بأن المنافع غير مضمونة أصلاً قوله صلى الله عليه وسلم
" الخراج بالضمان " ^(٥) ولأن الغاصب لما كان ضامناً للعين بقيمتها يوم
الغصب لم يكن لمنافعها حكم في الضمان لأنها تابعة للعين، فأما إن اختار
المالك أخذ العين ولا يرجع بشيء أو ضمنه قيمتها يوم الغصب، ولأن الضمان
بالجناية أكد من الضمان بالاستخدام / وغيره وقد بينا أن الغاصب لو ^(٦)
جنى على بعض أطراف المغمصوب لم يكن للمالك إلا أخذه ناقصاً بالأرثاء أو
إسلامه والرجوع بالقيمة يوم الغصب فكان بأن لا يرجع في المنافع أولى .

ووجه القول بأنه يرجع عليه في كل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم:
" لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه " ^(٧) ولأنه انتفع بملك غيره من
غير ملك ولا شبهة فلزمه قيمة ما انتفع به أصله إذا ابتداءً الاستخدام ^(٨)
والسكنى من غير غصب .

-
- (١) في م : عليهم .
(٢) في م : ما اكتراه وأغله .
(٣) في م : ما اكتراه .
(٤) في م : يعدم .
(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٣٠
(٦) في م : وقد ثبت .
(٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٢٥
(٨) في ق : فلزم .

مسألة [١٢] — إذا غصب ساحة فبنى فيها [

إذا غصب ساحة فبنى عليها لزمه قلع البناء وردها ^(١) خلافا لأبي حنيفة
في قوله لا يقلعه ، ولصاحبها القيمة ، ^(٢) لقوله صلى الله عليه وسلم :
" على اليد ما أخذت حتى تؤديه " ^(٣) ، ولأنها عين اغتصبها فإذا جاز
ردها لزمه أصله لو لم يبدأ فيها في البناء ، ولأنه شغل ملك الغير بملكه
الذي لا حزمة له غصبه فوجب أن يلزمه رده أصله لو غصب أرضا فزرعها .

فصل [١٣] — إذا غصب أرضا فزرعها [

إذا غصب أرضا فزرعها ثم أدركت والزرع قائم فيها ، فإن كان وقت
الزرع لم يفت كان للمالك ^(٤) قلع زرعها ^(٥) لقوله صلى الله عليه وسلم :
" ليس لعرق ظالم حق " ^(٦) وهذا عرق ظالم ، ولأن منافعتها غير مملوكة فليس
له شغلها على صاحبها ولا لعرقه حرمة كزرع المستحق من يده فيلزم المالك
تبقيته ^(٧) وأخذ الأجرة ، وإذا كان كذلك كان له قلعه .

- (١) أنظر : المدونة ١٩٠/٤ - ١٩١ ، التفريع ٢٧٧/٢ ، الكافي ٤٣٢ .
- (٢) في م : لا تقلع .
- (٣) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٧ - ١١٨ ، مختصر القدوري - مع شرح
الميداني - ١٩٢/٢ - ١٩٣ وهذا على خلاف المشهور في المذهب .
- (٤) أخرجه أبو داود في البيوع باب في تضمين العارية ٨٢٢/٣ ، وابن ماجه
في الصدقات باب العارية ٨٠٢/٢ ، والترمذي في البيوع باب ما جاء في
أن العارية مؤداة ٥٥٧/٣ ، وقال حسن صحيح والحاكم ٤٧/٢ وقال هذا
حديث صحيح على شرط البخاري .
- (٥) أنظر : المدونة ١٩٠/٤ ، التفريع ٢٧٩/٢ ، الكافي ٤٣٠ و ٤٣٢ .
- (٦) في ق : زرعه .
- (٧) هذا الحديث جزء من حديث " من أحيا أرضا ميتة فهي له " الذي سبق
تخريجه في الصفحة ٩٢١ .
- (٨) في ق : بقيته .

فصل [١٤ — إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك بقلعه]

فأما إن كان وقت الزرع قد فات ولا ينتفع المالك به ، إن قلع الزرع ففيها
(١) روايتان : أحدهما أن له قلعه ، والآخرى أن ليس له قلعه ويكون على
الغاصب أجرة المثل، فوجه قوله أن يقلعه قوله صلى الله عليه وسلم :
" وليس لعرق ظالم حق " واعتبارا به إذا كان وقت الزرع لم يفت ، (وجه
قوله ليس له قلعه وأنه لا ينتفع بذلك ويضر بالزرع) (٢) فكان قصده مجرد
الاضرار بالغاصب فلا يترك لذلك والأول أصح .

فصل [١٥ — إذا أراق المسلم على ذمي خمرًا]

إذا أراق على ذمي خمرًا فعليه قيمته عند مالك ، وقال عبدالمالك
(٣) (٤) لقيمة عليه ، وهو قول الشافعي ، فوجه قول مالك أنه أتلف عليه ظلمًا
ما يعتقده ملكا له ويعمر عليه فلزمه قيمته أصله إذا أتلف عليه ثوبا أو
غيره من العروض ، ووجه قول عبدالمالك أنه لا قيمة للخمر فلم يلزمه بوى
الأدب بإتلافه ما لم يكن له أن يتولى إتلافه ، كما لو عدى على صرند فقتله
لم تلزمه دية ولم يكن عليه إلا الأدب بافتياته على الإمام .

فصل [١٦ — حكم من غصب أمة فوطئها]

إذا غصب أمة فوطئها فإنه زان لأنه وطئ عن غصب كوطئ الحرة وولده
(٥) ملكا لسيده لأن ولد الأمة من غير سيدها تابع لها في الحرية والرق .

(١) أنظر : المدونة ١٩٠/٤ ، التفريع ٢٧٩/٢ ، الكافي ٤٣٢ .

(٢) مابين قوسين سقط من ق .

(٣) أنظر : المدونة ١٩٠/٤ .

(٤) أنظر : مختصر المزني ١١٩ ، الاقناع ١١٦ .

(٥) أنظر : المدونة ١٨١/٤ ، التفريع ٢٨٠/٢ ، الكافي ٤٣٠ .

فصل [١٧ — إذا أخذ القيمة من الغاصب ثم وجد الشيء المغصوب]

إذا أخذ القيمة من الغاصب ثم وجد الشيء المغصوب فهو للغاصب
ولا رجوع للمالك عليه ^(١) خلافا للشافعي ؛ لأنه لما أدى القيمة صار ملكا له ^(٢)
لأنه عوض عن رقبته فأشبه الثمن وهذا إذا لم يكن الغاصب أخفاه .

فصل [١٨ — ضمان فتح قفص عن طائر فطار]

إذا فتح قفصا عن طائر فطار ضمنه طائر عقيب الفتح أو بعد مهلة ^(٣) ،
خلافا لأبي حنيفة والشافعي ؛ لأن سبب إتلافه الفتح لأن بالفتح خرج من القفص ^(٤)
ولوله لم يكن له سبيل إليه فاذا ثبت أن فتحه سبب لإتلافه لزمه ضمانه .

-
- (١) أنظر : التفريح ٢/٢٧٩ ، الكافي ٤٣٣ .
(٢) أنظر : مختصر المزني ١١٨ - ١١٩ ، المهذب ١/٣٦٧ .
(٣) أنظر : الساج والاكليل - للمواق - بهامش مواهب الجليل ٥/٢٧٨ .
(٤) أنظر : مختصر المزني ١١٨ ، المهذب ١/٣٧٤ .

(١) باب : الاستحقاق

إذا ابتاع رجل أمة فأولدها ثم استحقها رجل فقد اختلف قوله في أخذها فعنه في ذلك روايتان : إحداهما أن المستحق يأخذها ، والأخرى أن ليس له أخذها وله قيمتها .

(٢) فوجه قوله : إن له أخذها لأنها باقية على ملكه واستيلاد الغير إليها لا يمنع المالك أخذها ولا يوجب لها حرمة الاستيلاد لأن ذلك إنما يكون بفعل من السيد ، وأما على وجه لا صنع له فيه فلا ، ولأنها ولدت من غير مالك فلم يشب لها حرمة الاستيلاد أصله إذا ولدت من نكاح ، ولأن اعتقاد الوطء استحابة ووطئها بالملك كاعتقاده ذلك في النكاح وقد ثبت أنه لو غرت من نفسها فتزوجها رجل على أنها حرة ووطئها فإن ذلك لا يمنع سيدها أخذها فكذلك في البيع .

ووجه قوله إنه ليس له أخذها فلأنه واغىء بشبهة ملك وشبهة كل عقد مردود إلى صحيحه ، وإذا ثبت أنه ليس له أخذها فله القيمة وتكون يوم فانت بالوطء كما تكون على الغاصب يوم الغصب وإن لم يختار أخذ الثمن ولا أخذها واختار الثمن الذي باعها به الغاصب فله ذلك لأنه متعدي عليه والخيار له ، فإذا قلنا له أخذها أو ليس له أخذها فإن الولد لا يأخذه بحال لأن الأب دخل على أنه وطاء ملكه وإن ولده أحرار فلا يجوز استرقاقهم فأما أخذ قيمتهم من الأب ففيه خلاف :

(١) الاستحقاق : في اللغة إضافة الشيء لمن يصلح به وله فيه حق ، وفي الاصطلاح : رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع - ٣٥٣)

(٢) أنظر : المدونة ١٩١/٤ ، التفريع ٢٨٢/٢ ، الكافي ٤٣٣ ، المقدمات ٥٠٣/٢

(٣) في م : لها .

(٤) في م : له .

(٥) في م : لم يجبر .

(٦) الأب : سقطت من ق .

فوجه أخذها أن الأصل أن ولد أمته ملك له إلا أنه منع ذلك لحرمة (١)
الاستيلاء الشابت بالشبهة فكان له الرجوع بالقيمة على الأب لأنه سبب يمنع
أخذ السيد لهم، ووجه نفي أخذها أنهم ولدوا في ضمان الأب بعد ثبوت القيمة
عليه للألم وثبوت حرمتها فلا ضمان عليه فيما يتبع الأصل، وإذا وجدها قد
ولدت من غاصب فإنه يأخذها لأن حرمة الاستيلاء لا تثبت لها ويأخذ الولد
لأنهم ملك له لأن الأب لم يدخل على أنهم أحرار والواطيء زان إذا وطء على
الغصب يلزمه الحد ولا يلحق به الولد وقد بيناه .

فصل [١] — إذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة

فأما إذا غرت الأمة من نفسها فتزوجت على أنها حرة فللسيد أخذها
لأن منافع بضعها ملك له وغرورها لا يزيل ملكه، وله أخذ قيمة الولد من أخذه (٢)
لأنه سبب زوال ملك السيد عنهم — لأنه دخل على أن يكونوا أحرارا بمـ
غرته من نفسها وهذا إذا / كان الواطيء أجنبيا أو ممن لا يعتق ولده على [١٠٨/ب]
المستحق، فأما إن كان أباً أو ابناً أو ممن يعتق ولده على المستحق فسلـ
رجوع له بقيمة الولد على الواطيء (٣) خلافاً لمن يقول إن له القيمة (٤) لأن الولد
إذا وجب عتقه عليه فأخذ العوض عليه غير جائز، والقيمة تكون يوم الحكم
لأن ذلك وقت استحقاقها، ويرجع الأب بالصداق على من غره لأن العوض لم يسلم (٥)
له ولا يرجع بقيمة الولد (٦) إذا أخذت منه على من غره لأن الغرر لم يتعلق (٧)
بالولد وإنما يتعلق بالاستمتاع .

(١) في ق : منه .

(٢) في م : الأب .

(٣) أنظر : الصدونة ١٩٧/٤ ، التفريع ٢٨٣/٢ ، الكافي ٤٣٣ .

(٤) هو رواية عن الامام أحمد واختاره الخرقى (أنظر مختصر الخرقى ٩٤ ،

المفني ٥٢١/٦ - ٥٢٢) .

(٥) في ق : لو يعلم .

(٦) في ق : بالقيمة .

(٧) في م : الغرور .

مسألة [٢ — من أحيا مواتا أو ابتاع خرابا
فعمرها ثم جاء مستحق لها]

من أحيا مواتا أو ابتاع خرابا فعمرها ثم جاء مستحق: فإنه يأخذ ملكه إن أحب بعد دفع قيمة العمارة قائمة، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه فإن لم يختَر المستحق ذلك قيل للثاني ادفع إليه قيمة أرضه براحا وتكون لك فإن أبى كانا شريكين بقدر قيمة البراح من غير عمارة وقيمة العمارة قائمة^(١).

وإنما قلنا إن المستحق يبدأ بالخيار لأنه أقوى سببا لكون الأرض له والمشتري أو المحيي عمر في شبهة ملك فكان صاحب الملك مقدما عليه ، وإنما قلنا يعطيه قيمة البناء قائما لأنه لم يتعد في البناء فيسقط فيطالب بالقلع ، وإنما دخل على أنه يبني في ملكه فلم يكن ظالما بل كان لبنائه حرمه .

وإنما قلنا إنه إذا بذل القيمة لزم الثاني أخذها لأن الضرر قد زال عنه بالاستحقاق بحصول القيمة ، وإنما قلنا إن القيمة تكون وقت الحكم لأن ما قبل ذلك لم يجب أخذها للمستحق .

وإنما قلنا إن الخيار ينتقل إلى الثاني إذا أبى المستحق ليزول الضرر عنهما فيقال للباني ادفع إليه قيمة براحه فإن أجاب إلى ذلك وأبى المالك أجبر على أخذه لأن الباني يقول لست أختار أن يكون لي بناء في ملك غيري فيكون له ذلك .

وإنما قلنا {نهما يكونان شريكين إذا أبى كل واحد أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله لأن كل واحد منهما له حق لا يجوز إبطال الآخر له، وليس إلا الإيجاب أو البقاء على الشركة .

(١) أنظر : المدونة ١٩٣/٤ - ١٩٥ ، التفريع ٢٨٢/٢ ، المقدمات ٥٠٩-٥٠٧/٢

(٢) في ق : أفاء .

(٣) في م : الثاني .

(٤) في م : الثاني .

فصل [٣] — في الاستحقاق من يد غاصب

وأما الاستحقاق من يد غاصب قد بنى وغرس فإن المالك مخير: إن شاء
(١) قلع بناءه وغرسه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً بعد طرح أجره القلع.

(٢) وإنما وجب ذلك لأن عرق الغاصب لا حرمة له لأنه عرق ظالم فكان لرب
الأرض قلعه إذا اختاره وله دفع قيمته مقلوعاً. إن اختاره، ولا مقال للغاصب
إن قال أريد عين مالي ولا أريد قيمته لأن المالك يقول لا أدعك تعـ
أرضي بقلع غراسها أو بنائها أو بإخراجها وإحواجي (٣) إلى عمارتها فيكون
ذلك له ، وإنما قلنا إنه يدفع إليه قيمته مقلوعاً لأن تبقيته غير مستحقة
عليه، ولأن القيمة في هذا الموضع بدل عن العين للغراس والبناء فلما كان
للغاصب أخذه بنقضا وخشياً كان على المالك أن يعطيه قيمته بما كان
يأخذه لو أخذه، وإنما قلنا يحط عنه أجره القلع لأن قلعه مستحق على
الغاصب لأن (٤) عليه تسليم الأرض إلى المالك فارغة فيجب أن يحط عن المالك
قدر الأجرة وليس للغاصب قيمة ما لا قيمة له إن قلع (٥) ولا قلعه مثل الجسم
الذي لا مرجوع له وإزالة النقوش والتزاويق وما أشبه ذلك لأن قلع ذلك
إضرار برب الأرض ويعوي أرضه من غير نفع يحصل للغاصب فلم يكن منه ولا معتبر
لقوله أن هذا غير شيء فلي أخذه لأن ذلك يكون له فيما ينتفع به، فأما
فيما يقصد به إضرار غيره فلا يمكن منه والله أعلم وأحكم (٦).

(١) أنظر: المدونة ١٨٤/٤ و ١٩٠ ، التفريع ٢٧٩/٢ ، الرسالة ٢٣٢ - ١٣٣ ،
الكافي ٤٣٢ .

(٢) لأنه : سقطت من م .

(٣) في م : بأجزائها وإحراجي .

(٤) على الغاصب لأن : سقطت من ق .

(٥) في م : أن قلعه .

(٦) أحكم : سقطت من م .

(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد (١))

(٢) كتاب الحوالة

لا خلاف في جواز الحوالة (٣) والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا أحيل أحدكم على مليء فليتبّع" (٤) وهي في الحقيقة بيع الدين بالدين لأن المحيل باع الدين الذي له على المحال عليه من غريمه بدينه الذي كان عليه واستثنيت من الكاليء بالكاليء وهو الدين بالدين لأن المقصود بها المعروف والرفق دون المتاجرة والمكايسة كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر في نظائر لذلك .

مسألة [١] شروط الحوالة [

إذا أحوالك غريمك بدينك الذي لك عليه على من له عليه دين لــــم يلزمك ذلك إلا برضاك فإن رضيت باتباعه تحول حقه وبرئت ذمة غريمك المحيل ولا اعتبار برضا من أحيل عليه ولا رجوع لك على من أحوالك إن فات من أحت عليه أو غاب أو أفلس إلا أن يكون غريمك علم منه حين أحوالك عليه وإفلاسا فقد غرك ولم يعلمك فيكون لك الرجوع على غريمك (٦) .

وإنما شرطنا رضا صاحب الدين بالحوالة خلافا لداود في قوله أنه يلزمه قبول الحوالة شاء أم أبى (٧) لأن صاحب الدين رضي بذمة غريمه دون

- (١) صابن قوسين سقطت من م .
- (٢) الحوالة : في اللغة الإحالة أو التحويل وفي الاصطلاح طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى . (حدود ابن عرفة - مع شرح الرصاع ٣١٦) وسيأتي تعريف المصنف للحوالة قريبا في النص .
- (٣) في م : في جوازها .
- (٤) أنظر : الإجماع - لابن المنذر - ١٢٥ ، المغني ٥٧٦/٤ ، فتح الباري ٣٦٦/٤
- (٥) أخرجه البخاري في الحوالة باب الحوالة ٥٥/٣ ، ومسلم في المساقاة باب تحريم مطل الغني ١١٩٧/٣ .
- (٦) في جملة هذه الأحكام أنظر : المدونة ١٤٨/٤ ، التفريع ٢ / ٢٨٨ ، الكافي (٤٠) ، المقدمات ٤٠٣/٢ .
- (٧) أنظر : المحلى ٥٢٠/٨ ، بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية ٨ / ١١٤ .

غيرها فلا يلزمه الانتقال إلى ذمة لم يرض بها مع بقاء الذمة الأولى، ولأنه حق يتعلق بذمته فلم يجبر على نقله إلى شيء آخر كما لا يجبر على نقله إلى شيء آخر. (١)

وإنما شرطنا أن يكون للمحيل على المحال عليه دين لأنه إن لم يكن له عليه دين كانت حمالة لا حوالة لأن حقيقة الحوالة : بيع الدين الذي على المحال بالدين الذي للمحيل، وتحول الحق من ذمة (٢) إلى ذمة وذلك يقتضي أن يكون هناك دين تحصل الحوالة به .

وإنما قلنا إن ذمة المحيل تبرأ إذا رضي صاحب الدين بالحوالة، خلافا لأبي حنيفة في قوله إن له الرجوع إن مات المحال عليه مقلداً أو جحد الحق، لقوله / صلى الله عليه وسلم : " إذا أحيل أحدكم على مـلـيـة [١/١٠٩] فليتبع (٣) " فأطلق، ولأنها حوالة برأت ذمة المحيل بها فلم يكن له الرجوع على المحيل بها أصله إذا لم تتغير حاله، ولأن عقد الحوالة إذا انبرم منع رجوع المحال على المحيل أصله ما ذكرناه، ولأن الحوالة بمنزلة الإبراء، والقبض لأن المطالبة بالدين تسقط معها والاعتبار حادث بعد القبض فلا رجوع للمحال به .

(٥) وإنما قلنا إذا غره كان له الرجوع، خلافاً للشافعي في قوله لا رجوع له، لقوله صلى الله عليه وسلم : " وإذا أحيل أحدكم على مـلـيـة فليتبع (٦) " وهذا غير مـلـيـة، ولأن المحال إنما أبرأ المحيل على شرط وهو علمه بسلامة ذمة من يحمله عليه، وإذا غره كان له الرجوع لأنه قصد إتلاف ماله . (٧)

(١) في م : كما على يجبر على بقاء إلى شيء آخر .

(٢) في ق : ذمته .

(٣) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٣ - ١٠٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني

١٦١ / ٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٥) أنظر : الأم ٢٢٩/٣ ، مختصر المزني ١٠٧ ، الاقناع ١٠٧ .

(٦) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٧) في م : يحال .

وانما قلنا إن رضا من يحال عليه غير معتبر، خلافا لداود في قوله
لا تلزمه حوالة صاحب الدين لغيره إلا برضا^(١)، لقوله صلى الله عليه وسلم:
" وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتب^(٢) " ولم يشترط رضاه، ولأن الحق هو
للمالك له أن يملكه من شاء وينقله إلى ملك من يختاره وكسائر الحقوق.^(٣)

(١) أنظر: المحلى ٥٢٠/٨ ، بداية المجتهد - مع الهداية في تخريج
أحاديث البداية ٨ / ١١٤ .
(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٥١ .
(٣) في ق : لمالكه .

(١) باب : الحمالة

(٢) الأصل في جواز الحمالة قوله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير ﴾ وأنا به زعيم ﴿٣﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم " الزعيم غارم " ﴿٤﴾ ولأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولا خلاف في جوازها، ولها عبارات هي الحمالة والكفالة والضمان والرعاة كل ذلك بمعنى واحد.

فصل [١] ————— فيما تجوز فيه الحمالة

(٦) وهي جائزة بكل حق يمكن استيفاءه من الضامن لأن فاعدها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق للذي عليه، ولا يجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز.

فصل [٢] ————— الكفالة بالوجه

(٧) (٨) (٩) الكفالة بالوجه جائزة خلافاً للمشافعي، لأنها وثيقة بالحق كالرهن، ولأنه سبب يتوصل به إلى ماله على طريق الوثيقة كالوثيقة بالمال، ولأن

-
- (١) الحمالة : الحمل والحمالة في اللفظة بمعنى واحد لأنهما جميعاً مصدران من حمل يحمل حملاً وحمالة ، وفي الاصطلاح الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له (المقدمات ٣٧٦/٢ ، حدود ابن عرفة ٣١٩) .
- (٢) في م : جوازها .
- (٣) سورة يوسف ، الآية ٧٢ .
- (٤) هو جزء من حديث " العارية مؤداة " الذي سبق تخريجه في الصفحة ٩٣٤ .
- (٥) أنظر : الاجماع - لابن المنذر - ١٢٥ ، المغني ٥٩٠/٤ ، بدايية المجتهد - مع الهداية في تخريج أحاديث الهداية ٩٩/٨ .
- (٦) في ق : من الضمان .
- (٧) وهو أن يتكفل بوجه رجل يات به .
- (٨) أنظر : المدونة ١٢٩/٤ ، التفريع ٢٨٧/٢ ، الكافي ٣٩٨ .
- (٩) في م : عليه .

على من عليه المال أن يحضر أو يوكل من يحضر؛ وإذا ثبت أن ذلك عليه صح أن يضمن عنه، ولا يلزم عليه الحدود ولا^(١) يقال إن عليه أن يحضر ويقتل^(٢) أو يحد .

فصل [٣] متى يبرأ في الكفالة بالوجه

إذا ثبت جواز الكفالة بالوجه: فإن جاء الكفيل بالمتكفل به فقد بريء، وإن لم يأت به غرم ما عليه، لقوله صلى الله عليه وسلم: " الزعيم غارم"^(٣)
لأن الفائدة في الحماله بالوجه استيفاء الحق من الحميل إن لم يمكنه إحضار الغريم بدليل امتناع الكفالة^(٥) في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها، وسواء شرط ذلك عليه أم لا في أنه يكون ضامنا للمال^(٦) إلا أن يشترط أني متكفل بوجهه، فإن هرب لم يكن علي من المال الذي عليه شيء فلم يلزمه حينئذ بشرطه إلا أن يمكنه إحضاره فيفرض فليزمه بتفريطه لأنه كمن تعمد إتلاف مال غيره، ولو مات المتحمل بوجهه لم يلزم الحميل شيء بشرط أنه غير متحمل بالمال أو أطلق لأنه لا صنع له في موته فينسب إلى تفريط .

فصل [٤] الضمان لا يبريء ذمة المضمون عنه

الضمان لا يبريء ذمة المضمون عنه، خلافا لابن أبي ليلى لقوله صلى الله عليه وسلم: " نفس المؤمن مرتبهة بدينه متى يقضى عنه"^(٩)، ولأن^(١٠)

- (١) في م : ولأنه لا .
- (٢) في م : وليقيل أو ليحد .
- (٣) صلى الله عليه وسلم : سقطت من م .
- (٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة
- (٥) في م : الحماله .
- (٦) عليه : سقطت من ق .
- (٧) للمال : سقطت من ق .
- (٨) أنظر : التفريح ٢/٢٨٦ ، الكافي ٣٩٨ - ٣٩٩ .
- (٩) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٢ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢/١٦٠
- (١٠) أخرجه ابن ماجه في الصدقات باب التشديد في الدين ٢/٨٠٦ ، والترمذي في الجنائز باب ما جاء أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " نفس المؤمن ... " ٣/٢٨٠ ، وقال حسن ، والحاكم ٢/٢٦ ، وقال صحيح على شرط الشيخين .

الضمان مأخوذ من الضمن وهو شغل ذمة أخرى بالحق بخلاف الحوالة التي هي مأخوذة من تحول الحق، ولأنها وثيقة فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

فصل [٥ ————— فيما تصح فيه الحماله]

(١) يصح في المعلوم والمجهول خلافاً للشافعي ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " الزعيم غارم " (٤) ولم يفرق، ولأنه تطوع بإلزام نفسه ما لم يكن يلزمه على وجه المعروف فجاز كالنذر. (٦)

فصل [٦ ————— جواز الضمان عن الميت]

الضمان عن الميت جائز إذا خلف وفاءً من غير خلافاً ويجوز عندنا أن يضمن عنه وإن لم يخلف وفاءً ، خلافاً لأبي حنيفة ، لحديث أبي قتادة (١٠) في الرجل الذي مات وعليه ديناران فامتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه فلما ضمنها أبو قتادة صلى عليه ، ولأن كل دين لو كان به وفاء صح ضمانه فإنه يصح وإن لم يكن به وفاء أصله الضمان عن الحي. (١١)

(١) يقصد بالضمان أنه يصح في المعلوم والمجهول .

(٢) أنظر : التفریع ٢/ ٢٨٥ ، الكافي ٣٩٨ ، المقدمات ٢/ ٣٧٦ .

(٣) أنظر : الأم ٣/ ٢٢٩ ، الاقناع ١٠٢ .

(٤) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٥٢ .

(٥) في م : شيعاً .

(٦) في م : كالبدن .

(٧) في م : خاف .

(٨) أنظر : المدونة ٤/ ١٣١ - ١٣٢ ، المقدمات ٢ / ٣٧٨ .

(٩) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢ / ١٥٩ .

(١٠) أبو قتادة : الأنصاري هو الحارث ويقال عمرو أو النعمان بن ربيع ابن بلدمه السلمي المدني ، شهد أحداً وما بعدها ولم يصح شهوده

بدرا ومات سنة أربع وخمسين (تقريب التهذيب ٦٦٦) .

(١١) أخرجه البخاري في الحوالة باب ان أحال دين الميت على رجل جاز ٣/ ٥٥٠ .

فصل [٧] — براءة ضمين المال ومطالبة الكفالة

(١) لا يبرأ ضمين المال إلا أن يحضر وجه المتكفل به لأن التكفل يغير وجهه والبراءة إنما تكون بخروجه مما تكفل به، اختلف عنه في مطالبة الكفيل مع القدرة على أخذ الحق من الغريم فعنه في ذلك ثلاث روايات: (٢) إحداها أن له ذلك وهو قول أبي حنيفة والشافعي، والأخرى أن ليس له مطالبة الكفيل إلا أن يتعذر أخذ الحق من الغريم وهو قول عبد الملك، والثالثة أنه ابتداءً بمال الغريم فإن وفى لم تكن له مطالبة الكفيل، فإن عجز أخذ باقي الحق من مال الكفيل، وهذا على التحقيق ليس برواية ثالثة وإنما رجوع إلى الثانية.

(٥) فوجه الأولى قوله صلى الله عليه وسلم: " الزعيم غارم " ولم يفرق، ولأنها حال ضمان كحال إفلاس الغريم، ولأن الضامن أقام نفسه مقام الغريم في شغل ذمته بالحق على الوجه الذي كانت ذمة الغريم مشغولة به فإذا كان له مطالبة الغريم فكذلك له مطالبة الكفيل.

وجه الثانية ما احتج به أحمد بن المعذل وهو الضمان في العادة (٦) إنما هو لحفظ الحق من التوى والهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة فإذا صح ذلك لم تكن له المطالبة إلا على الوجه الذي عليه دخل الضامن.

فأما الثالثة فمرتبة على ذلك وذلك أنه يبدأ بمال الغريم لأنه أحق بالمطالبة فإن وفى به سقط عن الضمين، وإن عجز تم من مال الضمين لأن استيفاءه متعذر من الغريم وهذه فائدة الضمان.

-
- (١) في ق: وجه .
 (٢) أنظر: المدونة ١٣٦/٤ و ١٣٩ ، التفريع ٢٨٦/٢ ، الكافي ٣٩٩ .
 (٣) أنظر: مختصر الطحاوي ١٠٢ - ١٠٣ ، الأم ٢٢٩/٣ .
 (٤) مال : سقطت من ق .
 (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٥٢ .
 (٦) التوى : الهلاك (المصباح المنير ٧٩) .

فصل [٨] ————— في موت الضمين دون حلول الحق [

واذا مات الضمين دون حلول الحق ^(١) ففيها روايتان : ^(٢) إحداهما أن المال يؤخذ من تركة الضمين فيدفع إلى صاحب الدين ويرجع به ورثة الضمين على المضمون عنه فيأخذونه منه عند أجله ^(٣) ، والثانية أنه يؤخذ قدر الحق من تركته فيعزل إلى أن يحل الأجل فإن أمكنه أخذه من الغريم / رد على [١٠٩/ب] ورثته الضمين، وإن تعذر ذلك أخذ حينئذ من مال الضمين، والأولى مخرجة على أن له أن يطالب في حلول الحق أيهما شاء لأن موت الضمين يحل الحق عليه، والثانية مبنية على أنه ليس له مطالبة الضمين إلا أن يتعذر أخذه من الغريم، وإنما يعزل لئلا يتلفه الورثة .

فصل [٩] ————— بطلان الحماله بالكتابة [

الحماله بالكتابة لا تصح ^(٤) لأنها ليست بدين ثابت مستقر، ولأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة .

فصل [١٠] ————— إذا قال له دايين فلانا وأنا ضامن [

وإن قال لرجل دايين فلانا وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك ولزمه ضمان ما يداين به مثله ^(٥) وذلك مبني على ثلاثة أصول: أحدها أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه وقد ذكرناه في الرهن، والثاني أن ضمان المجهول جائز وقد قدمناه ، والثالث أن الإطلاق في مثل ذلك ^(٦) محمول على العادة دون ما يخرج عنها .

(١) في م : قبل حلول أجل الحق .

(٢) أنظر : المدونة ١٣١/٤ ، التفريع ٢٨٦/٢ ، الكافي ٣٩٩ .

(٣) في ق : المدة .

(٤) أنظر : المدونة ١٣٩/٤ ، التفريع ٢٨٥/٢ ، الكافي ٣٩٨ .

(٥) أنظر : المدونة ١٣٣/٤ ، الكافي ٣٩٩ .

(٦) في ق : مثل في ذلك .

(١) (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله عليه وسلم)

(٢) كتاب الوكالة

تصح الوكالة من الحاضر والغائب والرجل والمرأة^(٣) خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنها لا تصح إلا من غائب أو مريض أو امرأة غير برزة^(٤) ، لأن علياً رضي الله عنه وكل عقيلًا وقال : هذا عقيل ما قضي عليه فعلي وما قضي له فلي ولم ينكر ذلك أحد، ولأن كل وكيل صح مع الغيبة صح مع الحضور أصله توكيل المريض، ولأن كل وكالة صحت برضا الموكل عليه^(٥) صحت وإن لم يرض كوكالة الغائب والمرأة غير البرزة .

فصل [١] — عدم افتقار التوكيل الى حضور الخصم

(٨) لا يفتقر التوكيل إلى حضور الخصم، وكذلك إثبات الوكالة عند الحاكم خلفاء لأبي حنيفة في منعه ذلك إلا أن تتعلق الخصومة بحاضر مثل أن يدعي على جماعة فيحضروا واحدا منهم ويغيب الباقيون^(٩) ، لأنه توكيل فني استيفاء حق فلم يكن من شرطه حضور الموكل عليه أصله إذا وكله على جماعة فحضر واحد وغاب الباقيون، ولأنها استنابة فيما تصح فيه النيابة لم يفتقر إلى حضور الغير كالتوكيل في البيع .

(١) مابين قوسين من م .

(٢) الوكالة : قال ابن فارس : الواو والكاف واللام : أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك (معجم مقاييس اللغة ١٣٦/٦) ، وفني اصطلاح : نيابة ذي حق غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته (حدود ابن عرفة ٣٢٢) .

(٣) أنظر : المدونة ٢٦٥/٣ ، التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ٣٩٤ .

(٤) مختصر الطحاوي ١٠٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٣٩/٢ .

(٥) عقيل بن أبي طالب : أخو علي وجعفر وكان الأسن ، صحابي عالم بالنسب مات سنة ستين وقيل بعدها (تقريب التهذيب ٣٩٦) .

(٦) أخرجه البيهقي ٨١/٦ .

(٧) عليه : سقطت من م .

(٨) أنظر : التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ٣٩٤ .

(٩) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٨ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني -

فصل [٢] — فيما تجوز فيه الوكالة

الوكالة جائزة في كل الحقوق التي تصح فيها النيابة من البيع والشراء، والاجارة، وعقد النكاح، والطلاق، واقتضاء الدين وقضائه، وخصومة الخصم، وتزويج الولي وغير ذلك مما يجري مجراه. (١) (٢) (٣)

فصل [٣] — إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه

إذا استوفى الوكيل ما أمر بابتياعه (٤) فإن كان بضمن مثله جاز (٥) وقال الشافعي لا يجوز ، وكذلك عندنا للوصي والآب أما الدلالة على جواز ذلك للوصي والآب فلقوله تعالى : ﴿ ويسئلونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير ﴾ ولأنه (٦) إنما أقيم للنظر في مال من يلي عليه فإن كان الذي يشتريه بزيادة فذلك أحظ لليتيم وأسوأ أحواله أن يكون كالأجنبي، وأما الوكيل فلأن غرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشتري ولأن ذلك هو المقصود فيجب بحموله أن يصح .

فصل [٤] — فيما يجوز للوكيل وكالة مطلقة من بيعه

إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له أن يبيع إلا بضمن مثله نقدا بنقد ذلك البلد، فإن باع بما لا يتغابن الناس بمثله أو بتأخير أو بنقد يخالف نقد البلد لم يلزم ذلك الموكل إلا برضاه، وكذلك لو وكله في شراء شيء وكالة مطلقة لم يكن له أن يشتريه إلا بضمن مثله، (٨) وقال أبو حنيفة يجوز في البيع أن يبيع إلى أجل وبغير نقد البلد وينقصان

- (١) في م : الديون .
- (٢) في م : الولية .
- (٣) أنظر : التفريع ٣١٥/٢ - ٣١٦ ، الكافي ٣٩٤ .
- (٤) في م : بيعه .
- (٥) أنظر : المدونة ٣٦٥/٣ - ٣٧٠ ، التفريع ٣١٨/٢ ، الكافي ٣٩٦ .
- (٦) أنظر : مختصر المزني ١١١ ، الاقناء ١١٢ - ١١٣ .
- (٧) سورة البقرة ، الآية ٢٢٠ .
- (٨) أنظر : التفريع ٣١٧/٢ ، الكافي ٣٩٤ .

(١) من ثمن المثل أو بما لا يتغابن الناس بمثله ، ووافقنا فيه إذا وكله بشراء عبد أنه ليس له أن يشتريه بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل .

(٢) فدليلنا على أنه لا يجوز بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله أنه توكيل في مساومة فلم يجر فيه التغابن المتفاوت كالتوكيل في الشراء ، ولأن المحابة في حكم الهبة بدليل اعتبارها من الثلث حال المريض ومنعها للوارث وقد ثبت أن الوكيل ليس له هبة الشيء الذي وكل فيه وكذلك لا يملك المحابة فيه ، ودليلنا على أنه لا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد أن التوكيل إنما كان في بيع مطلق والبيع المطلق في الشرع يقتضي النقد بنقد البلد: كما لو قال رجل لرجل بعني هذا الثوب بمائة درهم فقال بعته لكان هذا الاطلاق يقتضي التعجيل بنقد البلد ، وإنما قلنا إنه يكون بالخيار لأن من باع ملكاً غيره أو وهبه وقف على إجازته وقد ذكرناه في البيوع .

فصل ٥ — إذا وكله في قبض دين له على رجل [

إذا وكله في قبض دين له على رجل أو وديعة عنده فصدق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم على دفع الشيء إلى الوكيل ، خلافاً (٦) لأبي حنيفة في قوله إنه يجبر إذا كان الحق في الذمة ولا يجبر إذا كان في غير ذمته ، ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به بدليل أنه لو كان عليه حق ببينة فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر

(١) أنظر : مختصر الطحاوي ١١١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٤٧/٢ .

(٢) في ق : إلا بما لا .

(٣) في م : مفاوضة .

(٤) في م : أو للوكيل .

(٥) في م : ملكه .

(٦) أنظر : التفريع ٣١٦/٢ ، الكافي ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(٧) أنظر : مختصر الطحاوي ١٠٩ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني -

الوثيقة وتسقط شهادة الشهود، والدفع بالاقرار لا يبرأ به بدليل أن صاحب الدين لو جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية، وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع، وتحريره أن يقال : كل من لم يبرأ بالدفع إليه لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبي، ولأنه أقر على غيره بالتوكيل فلم يلزم بحكم ذلك الاقرار تسليم ما في يده إلى الوكيل اعتباراً بما في يده من العين .

فصل ٦ — إذا دفع الدين إلى من يعترف بأنه وكيل

إذا ثبت أنه لا يجبر على الدفع فمتى دفع إلى من يعترف بأنه وكيل بغير بينة على الوكالة، فلو اعترف له صاحب الحق فقد بريء وإن أنكر الوكالة وأقر بأنه قبض الحق بريء الغريم أيضاً لأن ثبوت الوكالة ليس بشرط في الإبراء، كما لو بعث به الغريم على يد رسول ابتداءً واعترف صاحب الحق بقبضه لبريء الغريم: فإن أقر صاحب الحق بالوكالة وأنكر أن يكون الغريم دفع الدين إلى الوكيل لم يلتفت إلى أقوال الوكيل بالقبض وإنكاره ولزم / الغريم إقامة البينة بالدفع إلى الوكيل، فإن لم يقسم [١/١١٠] بينة غرم في ذلك لصاحب الحق لأن الغريم هو الذي ألتف ماله لأنه حينئذ دفعه إلى من يبرأ بالدفع إليه وكذلك لو كانت الوكالة ببينة فدفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله لا فيما بينه وبين غيره، وإذا كان كذلك فإن الغريم يغرم المال ثانية وله إخلاف صاحب الحق أنه لم يقبضه ولم يعلم بدفع الحق إلى وكيله فان ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه ببينة وأقامها فإن الغريم يبرأ (٦)

(١) في ق : العين .

(٢) في م : فان .

(٣) أنظر : التفريع ٢/٢١٦ ، الكافي ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(٤) في م : صاحب الدين .

(٥) في م : الحق .

(٦) في م : وكيله .

بذلك، ولا يحتاج إلى إقامة بينة على الدفع إلى الوكيل لأن البينة قد شهدت بقبض صاحب الحق (بحقه فإن ادعى الدفع إلى صاحب الحق) بغير بينة فلا يلزم ذلك صاحب الحق على ما بيناه .

فصل ٧ — في كون الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله [

الوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله: فإن ادعى رد ما ^(٢) أودعه أو أسلمه إليه ليشتري به أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان صدق مع يمينه، فإن وكله بقبض دين وادعى أنه قبضه وسلمه إلى موكله أو أنه ضاع منه قبل تسليمه إلى الموكل: فإن ثبت قبضه إياه ببينة من الغريم صدق في الضياع وفي إقباض الموكل ، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقراره أو بإقرار الغريم ^(٤) فالدين باق على الغريم لا يبرأ إلا ببينة على دفعه إلى الوكيل على ما بيناه، ولو وكله على أن يقبض عنه ديناً لم يكن له أن يدفعه إلا ببينة ^(٥) فإن دفعه بغير بينة لم يبرأ الوكيل إن جحد صاحب الحق ويغرم الوكيل لأنه أتلف على الموكل ماله بترك التوثيق، وعليه أنه لا يبرأ ^(٦) بذلك وليس له أن يتلف ماله، وكذلك الوصي يقضي غرم الميت بغير بينة فهو ضامن لأنه ^(٨) أتلف ذلك على الأصغر ^(٩).

فصل ٨ — في حكم عقد الوكالة [

الوكالة عقد جائز وليس من العقود اللازمة، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أي وقت شاء من غير اعتبار برضا الآخر

- (١) ما بين قوسين سقط من م .
- (٢) في م : رد مال .
- (٣) في ق : الذي .
- (٤) باق : سقطت من ق .
- (٥) في م : بأن يقبضه له .
- (٦) في م : الدين .
- (٧) في م : وعلمه أنه يبرأ .
- (٨) غرم الميت : سقطت من ق .
- (٩) في جملة هذه الأحكام أنظر : المدونة ٢٦٥/٣ ، التفريع ٢١٦/٢ - ٢١٧ ، الكافي ٣٩٥ - ٣٩٧ .

ولا خلاف أن الموكل له عزل الوكيل حضر الوكيل أم غاب، وكذلك للوكيل —
عندنا عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل وغيبته، خلافاً لأبي حنيفة في
قوله ليس ذلك للوكيل إلا مع حضور الموكل، لأنه عقد لا يفتقر إلى شخص
فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق والعتاق بعكسه البيع، ولأنه أحد متعاقدي
الوكالة فلم يقف فسخه على حضور الآخر كالموكل .

فصل ٩ — إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له

إذا تصرف الوكيل بعد علمه بعزل الموكل له فتصرفه باطل ويضمن
ما أتلفه له لتعديده، وإن علم ذلك غريم أو معامل للموكل لم يجرّ تعليمه
لشيء مما كان يجوز له أن يسلمه بحق الوكالة إلى الوكيل: فإن فعل ذلك
لم يبرأه وضمن من غير اعتبار بعلم الوكيل، فأما إذا تصرف الوكيل بعد
ثبوت عزل الموكل له ببينة أو بموته والوكيل لا يعلم فاختلف فيه: فقال
ابن القاسم تصرفه مردود، وقال غيره من أصحابنا تصرفه صحيح، فدلّلنا
على البطلان أن العزل معنى يسقط الوكالة فلم يختلف بعلم الوكيل بموجبه
وجهله أصله الموت .

فصل ١٠ — إذا وكله في شراء جارية أو ثوب أو عید ولم يصفه له

إذا وكله في شراء جارية للوطء أو الخدمة أو تزويج أو شراء ثوب
أو عید لم يصفه له جاز، ويلزمه من ذلك ما يشبهه دون ما لم يشبه لأن إطلاق
الوكالة يقتضي ما يشبه، فإذا ادعى غيره لم يقبل منه لأنه خلاف العرف كما
لو ادعى في بيع سلعة أنه وكله في بيعها بما لا يتغابن الناس بمثله
لم يصدق لأنه خلاف العرف .

(١) أنظر: مختصر الطحاوي ١٠٩، مختصر القدوري - مع شرح الميداني

٢ / ١٤٥ .

(٢) في م: دفع حق . (٤) في ق: ما أتلف .

(٣) في م: الفراق . (٥) في م: يلزمه .

(٦) أنظر: التفريع ٢ / ٣١٧، الكافي ٣٩٥ .

(٧) بموجبه: سقطت من م . (٨) في م: لزمه .

(٩) أنظر: المدونة ٢ / ٢٦٥ - ٢٦٧، التفريع ٢ / ٣١٦، الكافي ٣٩٦ .

(١٠) لا: سقطت من ق .

(١) بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد (١)

(٢) كتاب الإقرار

(٣) إذا أقر بمال ولم يذكر مبلغه اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال يرجع في تفسيره إليه فيلزمه قدر ما يقربه من قليل أو كثير ولو قيروط أو حبة وهو قول الشافعي ، ومنهم من قال يجيء على أصول مالك أن يلزمه ربع دينار إن كان من أهل الذهب وثلاثة دراهم إن كان من أهل السورق ، وذكر عن ابن الموز أنه يلزمه عشرون دينارا إن كان من أهل الذهب أو مائتا درهم إن كان من أهل الورق ، وقال بعض أصحابنا ويجيء على هذا أن يلزمه إن كان من أهل الابل والبقر والغنم أول نصاب منهما .

فوجه القول بنفي التقدير قوله تعالى : ﴿ إِن الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا ﴾ وقوله : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم ﴾ ولا خلاف أن هذا ينتظم القليل والكثير ، ولأن هذا الاسم لجنس ليس له تقدير في شرع ولا لغة فوجب أن يلزم الاسم لقليله وكثيره .

ووجه القول بمراعاة نصاب القطع أنه لما عدم المقدار من جهة المقر وكان لنا سبيل إلى تقديره وجب تقديره ولا يجب نفيه لنفي المقر وجدنا المقادير تعلم من ثلاثة أوجه : إما لغة ، أو شرعا ، أو عادة وقد انتفت من طريق اللغة والعادة وثبتت من طريق الشرع في صواضع منها نصاب الزكاة ، ومنها تقدير المهور ، والقطع فأخذنا بأقل المقادير لأنه المتيقن وأول ما يتناول الاسم ، ووجه اعتبار نصاب الزكاة أن اسم المال لما كان

(١) مابين قوسين سقط من م .

(٢) الإقرار : في اللغة الاعتراف (الصحاح ٢ / ٧٩٠) ، وفي الاصطلاح : خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ ناشبه (حدود ابن عرفة

- مع شرح الرصاع - ٣٣٢) .

(٣) أنظر : الكافي ٤٥٧ - ٤٦٠ ، مواهب الجليل ٥ / ٢١٧ .

(٤) أنظر : الأم ٣ / ٢٢٧ ، مختصر المزني ١١٣ ، الاقناع ١٩٩ .

(٥) سورة النساء ، الآية ١٠ .

(٦) سورة النساء ، الآية ٥ .

لا يكفي فيه الجنس ووجدنا العادة تمنع إطلاق الاسم على ثلاثة دراهم أو ربع دينار وهي أن تكن فيها تقدير فإنها لا تثبت الاسم إلا في حد من الكثرة فكان أولى المقادير ما اتفق عليه العادة من طريق الجملة والشرع من طريق التفضيل وهو مائتا درهم أو عشرون ديناراً.

فصل [١] إذا أقر بمال عظيم أو كثير

إذا أقر بمال عظيم أو كثير: فمن أصحابنا من قال هو بمنزلة مال على التحديد ويرجع في تفسيره إليه (٢) وهو قول الشافعي، ومنهم من قال ثلاثة دراهم أو ربع دينار، ومنهم من اعتبر نصاب الزكاة، ويحتمل عندي قولين زائدين على هذا أحدهما: ألف دينار وهو قدر الدية، والآخر ما زاد على نصاب الزكاة.

فوجه القول بأنه لا حد في ذلك أن وصف / الشيء بالعظم لا يفيد حداً [١١٠/ب] لأنه يختلف بإضافته إلى ما دونه وإلى ما فوقه وإذا كان كذلك لم يكن هاهنا طريق بتقديره فوجب الرجوع إلى تفسيره.

وجه اعتبار نصاب القطع أنه قد ثبت أن وصفه بالعظم يقتضي صفته زائدة على الاسم لأن قوله عظيم يفيد ثبوت زيادة (٤) على مادونه، ومتى رجعنا في تفسيره إليه ففسره بأقل ما يقع عليه اسم المال مثل حبة وقيراط لم يستحق الاسم لأنه ليس دون لكون هو أعظم منه، فإذا ثبت ذلك وجب سبب تقديره بزيادة عليه وقد ثبت اسم العظم لما يقطع فيه اليد ويستباح به البضع في مواضع منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحْ﴾

(١) في ق : ان لم يكن .

(٢) أنظر : مواهب الجليل ٥ / ٢١٨ - ٢١٩ .

(٣) أنظر : الأم ٣ / ٢٣٧ ، الاقناع ١٩٩ .

(٤) في م : قولنا .

(٥) في م : عند زيادة .

(١) يريد المهر، وقول عائشة رضي الله عنها: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع في التافه وكان يقطع في ربيع الدينار، فثبت أن هذا ليس بتافه، والتافه هو اليسير الحقيق الذي لا قدر له وإذا انتفى هذا الاسم عنه دخل في أول اسم العظم.

(٢) وجه اعتبار نصاب الزكاة أن ذلك إنما ضرب لأنه أقل لما يحتمل (٤) المواساة، وما دونه لا يحتمل ذلك لضعفه عنه وإذا كان كذلك فإن تقديره بهذا أولى، والذي ذكرته أقوى في الاحتمال وأولى في التقدير من كل هذا لأنه إذا ثبت أن العظيم يتضمن أن هناك دونه امتنع قول من يعتبره بأنه يرجع إلى ما يقربه، وإن كان حبة أو فلسا لأنه لا شيء في الحق والدناءة (٥) أقل من هذا وذلك يناهي في وصفه بالعظم وهذا واضح الفساد وإذا بطّل ذلك وجب التحديد، ثم رجعنا إلى قول من حده بربع دينار وبعشرين دينارا فوجدنا من يذهب إلى ذلك بقدر إقراره بأن له مالا مجردا عن ذكر العظم والكثرة فلم يجز أن يكون الموصوف بالعظم والذي لم يوصف به بقدر (٦) (واحد فلم يكن بد من زيادة عليه، فإذا ثبت ذلك وجب أحد أمرين: إما تقدير يوصف بأنه عظيم وكثير وهو الدية لأنها لا تختلف أنها لا يتقدر بها اسم المال على الإطلاق فوجب أن يكون مقدارا لما يسمى مالا عظيما أو أن يلزمه زيادة على المقدار الذي يلزمه بمجرد قوله له: عليّ مــــال

(١) سورة النساء، الآية ٢٥.

(٢) أنظر: تفسير الطبري ١٥/٥، والجامع في أحكام القرآن - للقرطبي -

١٣٦ / ٥

(٣) أخرج الحديث بهذا اللفظ ابن أبي شيبة ٩ / ٤٧٧، وعبد الرزاق ١٠ / ٢٣٥ مرسلًا وابن عدي مسندًا (أنظر نصب الراية ٣ / ٣٦٠)، أما حديث أنه صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فقد أخرجه البخاري في الحدود باب قوله تعالى: ﴿ والسارق والسارقة ٠٠ ﴾ ٨ / ١٧، ومسلم في الحدود باب حد السرقة ونصابها ٣ / ١٣١٢.

(٤) في م: مال.

(٥) في ق: قال.

(٦) في م: قوله.

(٧) في ق: بها.

وتكون الزيادة مؤثرة بحسب^(١) العرف في وصف ذلك المقدار بالعظم^(٢) ويرجع في تقديره إليه ..

فصل [٢] إذا أقر بأن عليه دراهم أو دنانير

إذا قال له: عليّ دراهم أو دنانير لزمه له ثلاثة دراهم أو ثلاثة دنانير وهذا مبني على أصل مالك رحمه الله أن أقل الجمع ثلاثة، ودليلنا عليه أن أهل العربية قسموا الأسماء إلى آحاد وتثنية وجمع وجعلوا لكل قسم من ذلك صيغة وعادة موضوعة له تفيد معناه دون غيره: فقالوا رجسـل^(٣) ورجلان ورجال، وإن جار اتفاق التثنية والجمع في كتابات^(٤) آخر فغير منكر أن يتجاوز بذلك كما يجوز كناية الجمع على الواحد، ويجب على قول من يقول من أصحابنا أن أقل الجمع اثنان يلزمه درهمان وهو قول عبدالمـلـك^(٥) وابن الماجشون .

فصل [٣] إذا أقر له بدراهم كثيرة

ولو قال له دراهم كثيرة: فذكر ابن عبدالحكم لأصحابنا فيها قولين: أحدهما ما زاد على ثلاثة دراهم، والآخر أنه يلزمه تسعة دراهم، ويـعـضـضـ شيـوخـنا الدين درسنا عليهم يقول يلزمه مائتا درهم، وقال أبو حنيفة^(٦) تلزمه عشرة دراهم، وقال الشافعي تلزمه ثلاثة دراهم^(٧) .
^(٨)

-
- (١) في ق : بسبب .
(٢) في ق : بالعظيم .
(٣) في م : وعاده موصوفة .
(٤) في ق : روايات .
(٥) في م : وهو قول عبدالمـلـك وابن الماجشون أن أقل الجمع اثنان .
(٦) أنظر : مواهب الجليل ٥ / ٢٢٧ - ٢٢٨ .
(٧) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٧٧/٢ ، تحفة الفقهاء ١٩٧/٣٦ .
(٨) أنظر : مختصر المزني ١١٢ ، الاقناع ٢٠٠ .

(١) ودليلنا على فساد قول أبي حنيفة والشافعي أن الإقرار يتضمن مالا بصفة وهي الكثرة فلم يكن بد من اعتبارها، وقد ثبت أنه لو لم يصفه بذلك للزمه هذا القدر، وكذلك لو وصفه بالقلّة للزمه أيضا ثلاثة دراهم، وبقي (٢) في هذا أمران فاسدان: إما أن يفيد وصفه بالقلّة والكثرة فائدة واحدة وذلك باطل، أو أن يلغي الصفة ولا يؤخذ بها وذلك أيضا باطل، فإذا بطل ذلك لم يبق إلا ما قلناه من زيادة على ما يتضمنه (٣) إقراره بدراهم مجردة عن صفة الكثرة، فإذا تقدر هذا فوجه القول بأنه يلزمه زيادة على الثلاثة دراهم (٤) اتفاقنا على أنه لو أقر بدراهم قليلة لكانت ثلاثة، فوجب أن يفيد إقراره بالكثرة زيادة على ما يفيد إقراره بالقلّة وليس في الكثرة حد فيرجع في ذلك إليه.

(٥) ووجه القول بأنه تسعة دراهم أن وصفها بالكثرة مبالغة في زيادة المقدار والتباعد عن القلة فوجب أن يضاعف ثلاثة أضعاف: أعني يكون مثلها ثلاث مرات لأن الكثرة اسم يجمع الكثير فلما كان اسم الدراهم يفيد في الأصل ثلاثة لكونه أقل الجمع فكذلك الكثرة قد تفيد ما يقع عليه اسم الدراهم ثلاث مرات، ووجه قول شيخنا إنه يلزمه مائتا درهم هو أن من أصله (٦) إذا قال علي مال عظيم إنه يلزمه مائتان وعظيم وكثير واحد فكذلك إذا قال دراهم عظيمة أو كثيرة.

فصل [٤ — إذا أقر له بدراهم لا قليلة ولا كثيرة]

ولو قال له علي دراهم لا قليلة ولا كثيرة قال محمد بن عبد الحكم يلزمه أربعة، ووجه ذلك أنه نفى عنها القلة. وجب بذلك زيادتها على الثلاثة التي لو وصفها بالقلّة للزمته، وإذا وجب ذلك لزمه زيادة جزء

(١) في م : يتضمن .

(٢) بقي : سقطت من ق .

(٣) في م : تضمنه .

(٤) دراهم : سقطت من م .

(٥) في ق : في اللفظة .

(٦) في ق : أصلية .

(٧) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٩ .

من أحاد ما أقرب فتكون أربعة، وذلك يحتمل وجها آخر وهو أنه يلزمه زيادة على الثلاثة ويرجع في ذلك إلى تفسيره على القول بأنه إذا قال له علي دراهم كثيرة لزمه زيادة على الثلاثة ويرجع إلى تفسيره، وكان هذا أولى لأن الغرض خروج الدراهم المقربها عن اسم البقلة .

فصل [٥ — إذا أقر له بدريهمات أو دنيترات]

إذا قال له علي دريهمات أو / دنيترات فهو بمنزلة دنانير ودراهم [١١١ / ٤]
لأن التصغير لا يؤثر في نقل المعنى عن أصله .

فصل [٦ — إذا أقر له بقوله : علي ألف ودرهم]

إذا قال له علي ألف ودرهم ^(١) قال شيوخنا يلزمه الدرهم ^(٢) الذي عليه ويرجع في تفسير الألف إليه، ولم يكن قوله ودرهم تفسيراً للألف، ويقال له سم ألف شئت فأني نوع فسر به لزم بقوله وأخذ به جملة من غير تفصيل، وكذلك لو قال ألف ودينار أو وثوب أو وعبد ودابة وغير ذلك ^(٣) .

وقال أبو حنيفة ^(٤) : إن كان المفسر المعطوف به على الألف مما يكال أو يوزن أو يباع عدداً كالدراهم والدنانير والطعام وغير ذلك كان تفسيراً للألف فإن كان مما يباع بعينه لا بمقدار من وزن أو كيل أو عدد كالشباب والعبيد لم يكن تفسيراً ^(٥) (لها، ودليلنا أن كل ما لزم به حق بنفسه لم يكن تفسيراً) لما تقدمه أصله إذا قال له علي ألف ووثوب، ولأن المعطف قد يكون عطفاً على الجنس وعلى غير الجنس فلا يقضى بالمحتمل ووجب الرجوع في تفسيره إلى المقر .

- (١) في ق : دراهم .
- (٢) الدرهم : سقطت من م .
- (٣) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٧ - ٢٢٨ .
- (٤) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢٩٢ / ٢ .
- (٥) ما بين قوسين سقطت من ق .

فصل [٧] إذا أقر بأنه غصب له شيئا

إذا قال غصبت له شيئا أو له عندي شيء، رُجع في تفسيره إليه وقبل منه ما يقع عليه اسم الشيء، وكذلك إذا أقر بثوب أو عبد حلف على ما يقربه إن أنكره المدعى عليه، وفروع هذا الباب كثيرة. (١)

فصل [٨] إذا أقر بكذا درهم

إذا قال له علي كذا درهم: قال محمد بن عبد الحكم تلزمه عشرون درهماً، وإن قال كذا وكذا درهم تلزمه أحد عشر درهماً، (٢) فإن قال كذا وكذا درهم تلزمه أحد وعشرون درهماً (٣)، وقال الشافعي في قوله كذا وكذا إنه يلزمه درهماً واحداً (٤) وفي قوله كذا وكذا تلزمه درهماً، (٥) ودليلنا أن قوله كذا وكذا لا يطلق إلا على وصف عدد ولا يراد به درهم واحد ههنا (٦) ظاهر الاستعمال في عادة اللغة فيطل حملُه على درهم واحد، وإذا بطس (٧) ذلك فقد علمنا أن الكناية تفسرها بما لو صرح به لصح ولم يمتنع وأول عدد يصح أن يقال فيه درهم واحد عشر فحملناه عليه، وإنما حملنا كسدا (٨) درهماً على عشرين لأنه أول عدد مستقل بنفسه يقال فيه درهماً وحملنا كذا وكذا على أحد وعشرين لأن ذلك متيقن لكونه أقل ما في بابه وما زاد عليه مشكوك فيه. (٩) (١٠)

(١) أنظر: مواهب الجليل ٢٢٧/٥ - ٢٢٨ .

(٢) في م: دراهم .

(٣) مابين قوسين سقط من ق .

(٤) في ق: كذا كذا درهم إنه يلزمه درهم واحد .

(٥) أنظر: مختصر المزني ١١٢ .

(٦) في م: كذا وكذا .

(٧) واحد: سقطت من ق .

(٨) في ق: أحد .

(٩) في م: يقل .

(١٠) في ق: بجنسه .

فصل [٩ ——— إذا أقر له بيضة عشر درهما]

إذا قال له عليّ بيضة عشر درهما كان له ثلاثة عشر درهما لأن البضع^(١)
من الثلاثة إلى التسعة وقيل في قوله تعالى : ﴿ فليث في السجن بضع سنين ﴾^(٢)
أنه سبع .^(٣)

فصل [١٠ ——— إذا قال له عليّ ثوب في منديل أو في صندوق]

إذا قال له عليّ ثوب في منديل أو في صندوق كان مقرا بالثوب دون
الوعاء ، ولو قال له عندي عسل في زق^(٤) لكان مقرا بالعسل والزق ، وفارق
أصحابنا بينهما بأن العسل يفتقر إلى الوعاء لأنه لا يمكن أخذه إلا في
وعاء والثوب يمكن أخذه بغير منديل فلم يتضمن الاقرار به إقرارا بظرفه .^(٥)

فصل [١١ ——— في صحة الاستثناء من غير الجنس]

يصح الاستثناء من غير الجنس وصورته : أن يقول له عليّ ألف درهم
إلا ثوبا أو عبدا أو دابة فيقال له أذكر قيمة العبد أو الثوب الذي
استثناءه ويكون مقرا بما فضل من ألف عن قدر قيمته ، وقال أبو حنيفة^(٦)
يجوز ذلك فيما يكال أو يوزن ولا يجوز فيما لا يكال ولا يوزن ، مثلا : أن
يقول له عليّ ألف درهم إلا كر حنطة فيلزمه ، ولو قال ألف إلا دابة لم يصح ،
وقال زفر لا يصح استثناء من غير الجنس ، ودليلنا على جوازه ورود اللغة
به قال الله تعالى : ﴿ فسجد الملائكة كلهم أجمعين إلا إبليس ﴾^(٧) وقال^(٨)

-
- (١) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٩ .
(٢) سورة يوسف ، الآية ٤٢ .
(٣) أنظر : تفسير الطبري ١٢ / ٢٢٤ .
(٤) الزق : بالكسر - الظرف ، والجمع أزقاق (المصباح المنير ٢٥٤) .
(٥) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٣٠ .
(٦) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٣١ .
(٧) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٧٩/٢ .
(٨) في م : مثاله .
(٩) سورة الحجر ، الآية ٣٠ .

(١)
الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس . . . إلا اليعافير وإلا العيس
(٢)
ولا يقال شيء من هذا أنيس ؛ وقال آخر : وما بالزيع من أحد إلا الأواري ،
ودليلنا على أنه لا فرق بين ما يكال ويوزن وبين غيره أن أهل اللغة لم
يفرقوا بين ذلك ولا اعتبروا هذا الفرق ، واعتبارا بما يكال ويوزن .

فصل [١٢ — في استثناء الأكثر من الأقل]

استثناء الأكثر من الأقل يجوز خلافا لعبد الملك وغيره ، ولأن معنى (٤)
الاستثناء أن يخرج من الكلام ما لولاه لوجب تناوله له وهذا يصح في الكثير
إذا أخرج عن القليل كصحته في القليل إذا أخرج من الكثير ، وليس فيه (٥)
إلا أن استعمالهم له يقل أو يستقبح وذلك لا يمنع تعلق الأحكام به ، ولأنه
لو قال بعثك هذه الدار إلا خمسة أسداسها لصح ولكان بيعا للسدس وكل
استثناء صح في البيع صح في الإقرار كالقليل . (٦)
(٧)

فصل [١٣ — إذا قال لزيد علي مائة درهم ثم قال
بعد ذلك لزيد علي مائة درهم]

إذا قال لزيد علي مائة درهم ثم قال بعد ذلك لزيد علي مائة درهم
فإنهما مائة واحدة كان في ذلك المجلس أو في مجلس آخر ، خلافا لأبي حنيفة (٨)
في قوله إنه إن كان في مجلس آخر لزمه مائتان ، لأنه أعاد الإقرار على (٩)
لفظه ومعناه فلم يلزمه بمجرد الثاني حق أصله إذا كان ذلك في المجلس .

- (١) الرجز لجران العود ، وهو من الشواهد النحوية (أنظر معجم الشواهد
النحوية ٤٨١) واليعافير : تيروس الظباء (الصحاح ٢ / ٧٥٢) .
- (٢) والعيس : ابل بيض في بياضها ظلمة خفية ، الواحدة عيساء (الصحاح ٣ / ٩٥٤)
هو النابغة الذبياني (أنظر ديوانه ٢ ، ٣) والأواري : حرارة النار
والشمس وحرارة العطش أيضا (الصحاح ٢ / ٥٨٣) .
- (٣) مراده مع بقاء الأقل من المستثنى منه .
- (٤) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٣٠ - ٢٣١ .
- (٥) و (٦) في ق : خرج .
- (٧) في م : كالكثير .
- (٨) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٩ .
- (٩) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٣ .

فصل ١٤ — إذا قال لفلان علي ألف درهم وفلان أو فلان

إذا قال لفلان علي ألف درهم وفلان^(١) أو فلان : فنصف ألف للمقر له أولاً والنصف الباقي بين المشكوك فيهما^(٢) ، وذلك أن الأول غير مشكوك فيه وإنما الشك فيمن يحصل شريكاً له في الإقرار والشك لا يقدر في الإقرار الأول وإنما يقدر في الاثنين الآخرين فيكون بينهما .

فصل ١٥ — إذا قال لفلان علي ألف درهم وإلا فعبيدي حر

إذا قال لفلان علي^(٣) ألف درهم وإلا فعبيدي حر لزمه الألف لأن قوله وإلا فعبيدي حر حلف على تقرير الإقرار .

فصل ١٦ — إذا قال له علي دينار ولم يبين

إذا قال له علي دينار ولم يقل جيداً ولا ردياً ولا وارناً ولا ناقصاً ومات حكم عليه بدينار جيد وازن بنقد ذلك البلد لأن إطلاق الكلام محمول على التعارف كالبيع والشراء والاجارة^(٤) ، وإن كان نقد البلد مختلفاً فاختلف أصحابنا : قال محمد بن عبد الحكم يلزمه دينار من أي الأصناف شاء ويحلف إن طلب ذلك المقر له ، وقال شيخنا أبو بكر الأبهري يحتمل هذا والأجود أن يلزم الورشة أو وسط النقود .

فصل ١٧ — الإقرار للأجانب الذي لا يتهم لهم

الإقرار للأجانب الذين لا يتهم لهم في الصحة والمرض سواء يتحاصون بينهم على قدر حقوقهم لا يقدم / من أقر له في الصحة على من أقر له في المرض^(٥) ، خلافاً لأبي حنيفة في قوله يبدأ غرماء الصحة على غرماء المرض

- (١) وفلان : سقطت من ق .
- (٢) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٢٣٠/٥ - ٢٣١ .
- (٣) في م : عندي .
- (٤) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٩ ، وقد نقل المواق في حاشيته كلام القاضي عبد الوهاب - هذا في المعونة .
- (٥) الأبهري : سقطت من ق .
- (٦) أنظر : الكافي ٤٥٧ ، مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢١٩ .

(١) فيوفون ديونهم فإن فضل فضل كان للغرماء المقر لهم في المرض ، لأن المقر ممن لا يتهم المقر في إقراره فأشبه إذا أقر له في الصحة واعتباراً أنه إذا قامت له البيئة .

فصل [١٨ — إذا أقر في مرضه المخوف لوارث]

إذا أقر في مرضه المخوف لوارث نظر: فإن كان ممن يتهم في إقراره له لم يقبل إقراره، وإن كان ممن لا يتهم في إقراره له قبل مثل أن يتـرك ابناً وابنة وزوجة ومولى أو بعض العصبة الأبعد فيقر له بدين فهذا يبعد أن يتهم له في العادة فيقبل (إقراره) وقال أبو حنيفة لا يقبل إقراره لوارث جملة ، وقال الشافعي يقبل (٤) (٥) على كل وجه . (٦)

(٧) فدليلنا على أبي حنيفة أن منع إقراره للوارث للتهمة بالازواء ولمحبة صرف ماله إلى الأقرب إليه ومن يعلم محبته له من ورثته فإن انتفى هذا المعنى وجب قبوله ، ودليلنا على الشافعي أنه لما كان متهماً في إقراره له بالدين ليزوي عنه من الورثة وجب رد إقراره له وإلا كان في ذلك ذريعة إلى تمكينه في الأزواء ، ومن الوصية للوارث وإذا كان كذلك وجب منعه .

فصل [١٩ — إقراره للصديق الملائف]

(٨) وفي إقراره للصديق الملائف روايتان : إحداهما رده ، والأخرى قبوله ويكون في الثلث ، فوجه الرد أنه متهم في إقراره له أن يكون أزواً

(١) أنظر : مختصر الطحاوي ١١٦ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٨٤ / ٢ - ٨٥ ، تحفة الفقهاء ٣ / ٢٠١ - ٢٠٢ .

(٢) أنظر : الكافي ٤٥٧ ، مواهب الجليل - مع حاشية المواق ٢١٨/٥ - ٢١٩ .

(٣) في م : بابن .

(٤) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٨٥/٢ ، تحفة الفقهاء

٢ / ٢٠٢ .

(٥) مابين قوسين سقط من م .

(٦) أنظر : مختصر المزني ١١١ .

(٧) الأزواء : وهو الجمع والضم ، وقيل من الزوج (لسان العرب ٨٦/١) .

(٨) في ق : للمدين .

(٩) أنظر : الكافي ٤٥٨ ، مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٢١٩/٥ - ٢٢٠ .

المسلمين أو الأبعاد من عصيته والوصية له بزيادة على الثلث فجعله إقرار له فيجب رده، ووجه القبول أن أكثر ما في ذلك أن يكون هبة ووصية فالذي يخشى منه أن يكون من رأس المال، فإذا أحسمنا هذا الباب فجعلناه من الثلث جاز.

فصل [٢٠] — فيمن ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث

إذا ترك ابنين فأقر أحدهما بثالث فإن النسب لا يثبت لأنه مقر على غيره ويعطيه عندنا ثلث ما في يديه وهو قدر ما يخصه من الميراث على هذا المقرر لو أقربه الأخ الآخر، وعلى هذا الحساب يثبت الإقرار من بعض الورثة لو ارث.

فصل [٢١] — في الرد على قول الشافعي أنه لا يعطى شيئاً

وقال (الشافعي لا يعطى شيئاً، وقال أبو حنيفة يعطيه نصف ما في يديه (٤) فدليلنا على (٥) الشافعي أن إقراره يتضمن شيئين: أحدهما على نفسه، والآخر على غيره فالذي على نفسه استحقاق المقرر له ما في يده من المال زيادة على قدر ميراثه، والذي على غيره كون المقرر به ابناً لأبيه فقبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره، ولأن الميراث يستحق بنسب وبسبب ثم قد ثبت أنه لو قال هذه المرأة زوجة أبي ومات عنها وهي زوجته لا أعلمها ماتت منه فأنكر ذلك الابن الآخر فإنه يؤخذ منه قدر نصيبها من الميراث مما في يده ولا تثبت الزوجية، وكذلك في اعترافه بالنسب (٨).

(١) أنظر : المراجع السابقة .

(٢) في م : يترتب .

(٣) أنظر : مختصر المزني ١١٢ .

(٤) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ٨٦/٢ - ٨٧ ، تحفصة الفقهاء ٣ / ٢٠٣ .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) في ق : نصيب .

(٧) في ق : الزوجية .

(٨) في م : بالسبب .

فصل [٢٢] — في الرد على قول أبي حنيفة أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره

ودليلنا على أبي حنيفة أن الواجب أن يعطيه قدر ما تضمنه إقراره وذلك هو قدر ما حصل في يده من الزيادة على ميراثه لأن تمام الميراث في يد الابن الآخر فلم يلزم المقر دفع ما ظلم الجاحد للمقر له .^(١)

فصل [٢٣] — لو ترك أبنا واحدا ثم أقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه

ولو ترك أبنا واحدا لا وارث له غيره فأقر لرجل بأنه أخوه ابن أبيه لأعطاه نصف ما في يده ولم يثبت نسب (المقر له ، خلافا للشافعي في قوله أنه يثبت نسبه)^(٢) ، لأنه إقرار في حق غيره فلم يقبل كما لو كانا اثنين فأقر أحدهما وجد الآخر، ولأن إقراره ليس بأكثر من شهادته وشهادة الواحد غير مقبولة بإقراره على الغير أولى، ويفارق الجماعة لأن شهادتهم تقبل في حق الغير .

فصل [٢٤] — إذا قال أقررت لهذا وأنا غير بالغ

إذا قال أقررت لي بمائة دينار وأنت بالغ، فقال بل أقررت بها لك وأنا غير بالغ: قال محمد بن عبد الحكم القول قول المقر مع يمينه، وأظن غيره من أصحابنا من يقول القول قول المدعي، فوجه الأول أن المدعي [يدعي] إلحاق دين بذمة المقر والمقر ينفي ذلك فلا يقبل منه إلا ببينة ، ووجه الثاني أن الإقرار متفق على حصوله إلا أن المقر يزعم

- (١) في م : المقر .
- (٢) في م : أعطاه .
- (٣) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٠ .
- (٤) أنظر : مختصر المزني ١١٤ - ١١٥ .
- (٥) ما بين قوسين سقط من م .
- (٦) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق ٥ / ٢٢٦ - ٢٢٧ .
- (٧) ما بين قوسين سقط من ق و م .

أنه لا حكم له فلا يقبل منه إلا أن تقوم له بينة بما يدعيه، وكذلك لو كان مجنوناً فبريء فاختلفا في الإقرار، فأما لو ادعى أنه كان مجنوناً وقال أقدرت لك في حال الجنون ولم يعلم أنه كان مجنوناً والمدعى يزعم أن الإقرار وقع في الصحة فلأصحابنا فيها مذهبان :

(٣) أحدهما أن القول قول المقر مع يمينه ووجه هذا اعتباره به إذا قال أقدرت لك وأنا صبي لأنه أضاف الإقرار إلى حال لا يتعلق بها حكم، والآخر أن القول قول المدعى، والفرق على هذا بينه وبين الصبي أن الصبي معلوم حصوله والمدعى زعم بعد زواله فيحتاج إلى بينة، وليس كذلك الجنون لأنه لم يثبت ما يدعيه المقر منه فلم تقبل إضافته الإقرار إلى حال لا يعلم أنه كان عليها، ومثل ذلك لو قال: قذفتني وأنت بالغ، فقال: قذفتك وأنا صبي الحكم فيه واحد، ولو أقروا وهو بالغ عاقل أنه كان استهلك له مائة دينار حال صغره أو جنونه غرم له لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك بدليل أن البينة لو قامت بذلك للزمه فكذلك إقراره يلزمه به ما يلزمه بالبينة .

فصل [٢٥ — إذا قال له أقدرت لك في حال لست أدري حال صغراً أو بلوغاً أو عقل أو جنوناً]

(٤) ولو ادعى عليه أنه أقدر له بمائة دينار وهو بالغ عاقل: فقال أقدرت لك في حال لست أدري هل كانت حال صغراً أو بلوغاً أو عقل أو جنوناً : فقال محمد بن عبد الحكم لا يلزمه بذلك بشيء لأنه لم يقر على نفسه بما يلزمه شيء، وفيها نظره ويشبه أن يلزمه على قول من ذكرناه من أصحابنا لأن هذا

(١) في ق : المقدار .

(٢) في ق : لأنه .

(٣) في ق : ببينة .

(٤) عليه : سقطت من ق .

(٥) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواقي - ٢٢٦/٥ - ٢٢٧ .

ليس بجواب فيلزم أبداً إلى أن يقر / وهو كمن قيل له : أقررت لي بالـ [١/١١٢]
وأنت بالغ، فقال: لا أدري هل تستحق عليّ هذه الألف أم لا ^(١) أنه لا يتسرك
وما يدعيه .

فصل [٢٦] — إذا أتى بالاقرار على وجه الشكر والتحدث به لا على وجه الاقرار

إذا أتى بالاقرار على غير وجه الاقرار بل على وجه الشكر والتحدث به،
مثل أن يجري ذكر إنسان قد مات فوصف بأنه كان يسعف من يسأله ويقرضه
فيقول رحم الله فلانا لقد سألته مرة - أن يقرضني شيئاً وأنا مضيق أو مفلس
وأجاب مسألتي فيقوم ورثة ذلك الإنسان فيطالبون هذا المقر فـ ^(٢)
روايتان: إحداهما أن ذلك إقرار، والأخرى أنه ليس بإقرار ولا يلزم به شيء .

فوجه الأولى أنه معترف بأن الرجل دفع إليه المال على وجه القرض
ومدع للبراءة منه فلا يقبل منه إلا ببينة أصله الاقرار المبتدأ عند دعوى
الخصم، ووجه الثانية أنه لم يورده على وجه الاقرار وإنما أورده على
وجه الشكر أو لغير ذلك، ولفظ الاقرار مفتقر في كونه إقراراً إلى قصد ^(٣)
لذلك، وهذه الرواية أحسن وأوقع في مقتضى العادة والأول أقيس .

فصل [٢٧] — التفريق بين الاقرار بأن هذا سرج دابة فلان وبين أن هذا باب داره

فرق محمد بن عبد الحكم بين أن يقر بأن هذا سرج دابة فلان أو لجام
دابته وبين أن يقر بأن هذا باب داره فزعم في السرج والجام أنه لا يكون
إقراراً بأنه يكون لفلان، وفي هذا الباب يكون إقراراً به لصاحب الدار قال ^(٤)
لأن الباب من الدار فإذا ثبت أن الدار لفلان فما كان منها فقد تضمنه
هذا الاقرار، وليس كذلك السرج والجام لأنه ليس بجزء من الدابة بل هو
غيرها فكأنه قال هذا السرج يسرج به دابة فلان وهذا اللجام يلجم به
دابته، وفي موضع آخر سوى بينهما إما قولاً له آخر حكاه عن غيره، ووجه
ذلك أنه أضاف ما أقربه إلى ملك المقر له فيضمن الاقرار له كباب الدار .

(١) أم لا : سقطت من م .

(٢) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٢٧ .

(٣) في كونه : سقطت من م .

(٤) أنظر : مواهب الجليل - مع حاشية المواق - ٥ / ٢٣٠ .

(١) بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد (

(٢) كتاب اللقطة

(٣) الأصل في اللقطة قوله صلى الله عليه وسلم لمن سألته عنها : " أعرف عفاصها ووكاءها " ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها ^(٤) ولا فشأنك بها ^(٥) ، والشئ الملتقط على ضربين : منها ما له خطر وبال يمكن تعريفه فينبغي لملتقطه أن يأخذه ويعتقد بأخذه حفظه على صاحبه ، وإنما استحبابنا له ذلك لأن الانسان مندوب إلى فعل الخير والبر وهذا منه ، ولأنها قد تحصل مع من ربما لا يؤدي الأمانة فيها فيتلف على صاحبها ويأثم أخذها ، فإذا علم ملتقطها من نفسه حفظها كان مندوبا إلى ذلك ، والضرب الآخر ما لا خطر له ولا بال ولا يمكن تعريفه كالكر من الدرهم والشئ اليسير من المأكول وما أشبه ذلك فهذا لا فائدة في أخذه فإن أخذه جاز .

فصل [١] في جملة أحكام اللقطة

تعرف اللقطة سنة عند الموضع الذي أصابها فيه وفي أقرب المواضع إليه وعند مجتمع الناس بالقرب من ذلك الموضع ، فإن جاء من يدعيها بعلامتها من العفاص والوكاء أو بزيادة على ذلك من ذكر ما فيها من ورق

- (١) مابين قوسين سقط من م .
- (٢) اللقطة : في اللغة : أخذ الشئ من الأرض (معجم مقاييس اللغة ٢٦٢/٥) وفي الاصطلاح : مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما (حدود ابن عرفة ٤٢٩) .
- (٣) أنظر : المدونة ٤ / ٢٦٥ ، التفريع ٢ / ٢٧٢ ، الرسالة ٢٣١ ، الكافي ٤٢٥ .
- (٤) العفاص : هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد ونحوه ، والوكاء الخيط الذي يشد به العفاص . (النهاية في غريب الحديث) .
- (٥) أخرجه البخاري في اللقطة باب ضالة الابل ٩٢/٣ ، ومسلم في اللقطة ٣ / ١٣٤٦ .

أو ذهب أو وزنه وما يغلب معه على الظن صدقه في دعواه دفعت إليه بغير بينة، وإن مضت السنة ولم يأت لها طالب فهو بالخيار بين أن يتركها وتكون في يده أمانة لا شيء عليه في تلفها وبين أن يتصدق بها بشرط الضمان، فإن جاء صاحبها فأجاز التصدق بها وإلا غرمها له، وبين أن يملكها فتكون ديناً في ذمته يدفعها إلى صاحبها، ويكره له تملكها وإذا رد اللقطة إلى موضعها يعد أخذها فإن كان أخذها بنية الالتقاط وحفظها على صاحبها ضمنها إن ردها، فإن لم يأخذها بنية الالتقاط بل ليتبينها متروياً بين أخذها وتركها فلا ضمان عليه.

وضالة الأبل لا ينبغي لواجدها أن يتعرض لها وليتركها، فأما ضالة الغنم فإن وجدها في مدينة فهي كسائر اللقطة، وإن وجدها في صحراء، فإن كان بقرب موضعها قرية أو موضع يضمها إليه فعل ذلك، وإن كان مفاضة ولا قرية بقربها ولا موضع يحفظ فيه ويخاف عليها إن تركت الذئب فإن شاء تركها، وإن شاء أكلها ولا ضمان عليه في ظاهر الروايتين، ومن وجد طعاماً يفسد بتركه فإن شاء تصدق به أو أكله وضمنه إن كان في العمران ولا يضرب له أجل (٢).

فصل [٢] في دليل تعريف اللقطة سنة

وإنما قلنا إنها تعرف سنة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي سألته عن اللقطة: " أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة " (٣) ولأنه لما احتيج في تعريفها إلى أمد ومهلة ليعثر على مالِكها وأمكن أن يكون صاحبها حاضراً لها أو غائباً أو ممن يتعذر عليه الحضور إلا بعد مدة وجب أن

(١) في ق: وأكره.

(٢) في جملة هذه الأحكام أنظر: الموطأ ٢ / ٧٥٧ - ٧٥٨ ، المدونة

٤ / ٣٦٥ - ٣٦٧ ، التفريع ٢ / ٢٧٢ - ٢٧٤ ، الرسالة ٢٣١ - ٢٣٢ .

الكافي ٤٢٥ - ٤٢٧ ، المقدمات ٢ / ٤٧٥ - ٤٨٥ .

(٣) سبق تخريج الحديث قريباً .

(٤) لها : سقطت من م .

يزاد في المهلة وأن يوسع في المدة ليحصل الغرض الملتزم، وإذا ثبت ذلك ولم يكن بعض المدة بأولى من بعض كانت السنة أولى ما ضربت حد لأنها قد جعلت حداً في غير موضع مما يختبر حاله مثل العنة، وعهدة، والأدواء الثلاثة، ووجوب الزكاة، وغير ذلك .

وإنما قلنا إنه يعرفها في المواضع التي ذكرناها لأن الغرض بالتعريف في التوصل إلى علم صاحبها بموضعها كما يجب أن يكون ذلك في المواضع التي يغلب على الظن الوصول إلى ذلك معها ، وفي حديث عمر بن الخطاب (١) رضي الله عنه أنه قال لمن ذكر له أنه وجد بطريق الشام صرة فيها ثمانون ديناراً: عرفها على أبواب المسجد وأذكرها لمن يقدم من الشام . (٢)

فصل ٣ — في دفع اللقطة لمن عرف عفاصها ووكاءها

وانما قلنا إنها تدفع لمن يعرف عفاصها ووكاءها ولا يكلف على ذلك (٣) بينة ، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي ، لقوله صلى الله عليه وسلم: " أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها فادفعها إليه " ، وروي " باغيها " ، وروي " فإن جاء أحد يخبرك بعدتها " ، / ففي هذا دليلان: أحدهما أمره صلى الله عليه وسلم بدفعها [١١٢/ب] إلى مدعيها يدفعها إلى من عرف العفاص والوكاء من غير مطالبة ببينة ، والآخر قوله: " أعلم عفاصها ووكاءها " ولا فائدة في ذلك إلا دفعها إلى من عرف ذلك منها لأن الضرورة قد تدعو إلى ذلك وإلا أدى إلى أن لا يصل أحد إلى ما يضيع من ماله لأنه لا يمكنه الاثبات على ضياعه والبيانات مترتبة في الأصول على حسب الأشياء المشهود فيها فيجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها .

- (١) ابن الخطاب : سقطت من م .
- (٢) أخرجه مالك في الموطأ ٢ / ٧٥٨ .
- (٣) في م : إقامة بينة .
- (٤) أنظر : مختصر الطحاوي ١٣٩ ، الاقناع ١٢١ .
- (٥) سبق تخريج الحديث قريباً .
- (٦) لفظ " باغيها " أخرجه أبو داود في كتاب اللقطة باب تعريف اللقطة ٣٢٩/٢ .
- (٧) أخرجه أبو داود في اللقطة باب تعريف اللقطة ٣٣٠/٢ ، بلفظ " فعرف عددها ووكائها فادفعها إليه " .
- (٨) قد : سقطت من م .

(١) ابن الضحاك ووجد بعيرا فعرفه ثم قال : قد شغلني عن ضعيتي فقال عمر : أرسله حيث وجدته (٢) ، وإنما قلنا إنه في ضالة الغنم أنه يأخذها لقوله صلى الله عليه وسلم " هي لك أو لأخيك أو للذئب " (٣) والفرق بينهما وبين ضالة الابل أن الابل تحفظ نفسها من الوحش إن أرادها وتعيش بنفسها وتقدر (٤) على الشرب من الغدر والأكل من الشجر فيبعد خوف الهلاك عليها وربما يجيء صاحبها فيجدها وليس كذلك ضالة الغنم لأنها لا تعيش بنفسها ولا تقدر على (٥) الشرب من الغدر ولا تمتنع من الوحش والحيوان المفترس وكان الغالب هلاكها حتى لم تؤخذ ، وإنما قلنا إنه إذا وجدها إلى جنب قرية أو موضع يمكن ضمها إليه لم يجز له أخذها (٦) لأنه يصل إلى حفظها على صاحبها ممن غير مشقة عليه فلم يجز إتلافها ولها قيمة في الموضع الذي وجدها به .

وإنما قلنا إنه إن وجدها في فلاة لا قرية بقربها فله أن يأكلها (٩) ولا غرم عليه لربها خلافا لأبي حنيفة والشافعي ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " هي لك أو لأخيك أو للذئب " (١٠) وفي حديث آخر : " خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب " (١١) وهذا تنبيه على أنها في حكم المتلصق ولا قيمة

(١) الثابت بن الضحاك : بن خليفة الأشعري صاحب مشهور ، روى عنه

أبو قلابة ، مات سنة خمس وأربعين قاله الفلاس والمواب سنة أربع

وستين (تقريب التهذيب ١٣٢) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ٢ / ٧٥٩ .

(٣) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٠ .

(٤) الغدر : النهر (المصباح المنير ٤٤٣) .

(٥) في ق : لا تفتقر .

(٦) في ق : ولا تبلغ .

(٧) في ق : .. أكلها .

(٨) في ق : لا يقدر .

(٩) أنظر : مختصر الطحاوي ١٤٠ ، مختصر المزني ١٣٦ .

(١٠) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٠ .

(١١) أخرجه البخاري في اللقطة باب ضالة الابل ٩٢/٣ ، ومسلم في اللقطة ١٣٤٦/٣

في إتلافه، ولأنه أضافها إلى واجدها كإضافتها إلى أنها للدب فدل على أن
 إتلافها لا يستحق به غرم، ولأن ما هذا سبيله لا قيمة له في موضعه ولا يمكن
 تعريفه فلا يخلوا أن يمنع أخذها وذلك خلاف الإجماع، وأن يلزم حفظها
 وسوقها إلى العمران وفي ذلك مشقة وكلفة مستطتان عنه، أو أن يباح أكلها
 بشرط الضمان فما هذا سبيله إنما يكون بعد التعريف إذا كان مصيبا
 يبقى فلم يبق إلا ما نقوله من إباحة الأكل بغير ضمان له .

وإنما قلنا في الطعام الذي لا يبطل أنه لا يعرف بأجل لأن توقيته
 إلى الأجل إتلاف له على مالكه وواجده، وقلنا إن له أن يأكله لأنه إن لم
 يفعل ذلك تلف ويضمنه لأنه منتفع بملك غيره إلا أن يكون مما لا قيمة له
 والله أعلم .^(٢)

(١) في م : لا يتعلق .

(٢) في م : والله الموفق .

(بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد) (١)

(٢) كتاب الشفعة

(٣) لا خلاف في وجوب الشفعة للشريك المخالط، والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم " ، وروي " الشفعة في كل شرك " . (٤) (٥) (٦)

فصل [١] في عدم الشفعة للجار

(٧) ولا شفعة لجار خلافاً لأبي حنيفة ، لقوله صلى الله عليه وسلم " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " (٨) (٩) ففيه أدلة : أحدها أنه أخبر عن جملة محلها وهو غير المقسوم فلم يبق شفعة في غيره ، والثاني دليل الخطاب ، والثالثة نصه على أن القسمة إذا وقعت انتهت الشفعة ، ولأنه ملك محوز كالجار المقابل . (١٠)

فصل [٢] فيما تستحق فيه الشفعة

والشفعة مستحقة في العقار من الدور والحوانيت والبساتين دون العروض والحيوان والرقائق ، خلافاً لمن يحكى عنه وجوبها في كل ذلك إن صح . (١١) (١٢)

- (١) مابين قوسين سقط من م .
- (٢) الشفعة : في اللغة : مشتقة من الشفع وهو الزوج لأنها ضم جزء إلى جزء فيصير به شفعاً (غرر المقالة ٢٢٧) ، وفي الاصطلاح : هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه (حدود ابن عرفة ٣٥٦) .
- (٣) أنظر الإجماع - لابن المنذر - ١٢١ ، المغني ٣٠٧/٥ ، فتح الباري ٣٤٥/٤ .
- (٤) أخرجه البخاري في الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم إذا وقعت الحدود فلا شفعة ٣ / ٤٦ .
- (٥) في ق : شركة .
- (٦) أخرجه مسلم في المساقاة باب الشفعة ٣ / ١٢٢٩ .
- (٧) أنظر : الرسالة ٢٢٧ ، الكافي ٤٣٦ ، المقدمات ٦١/٣ .
- (٨) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٠٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٤٩/٣ .
- (٩) سبق تخريج الحديث قريباً .
- (١٠) في م : يجوز .
- (١١) أنظر : الموطأ ٧١٣-٧١٧ ، المدونة ٢٠٧/٤ ، التنوير ٢٩٩/٢ ، الرسالة ٢٢٨ ، الكافي ٤٣٦ .
- (١٢) يحكى ذلك عند بعض أهل مكة ، وقال ابن حزم الشفعة في كل شيء مما ينقسم ومما لا ينقسم من أرض أو عبد أو ثوب ... (المقدمات ٦٤/٣ ، المحلى ٣/١٠)

والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم "، وروي :
 فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة "، وهذا إخبار عن محل الشفعة وهو
 مستغرق له ، ولأنه مما ينقل ويحول كالذهب والفضة ، والفرق بين العسروض
 والحيوان وبين الأرضين وجود الضرر في الشركة في الأرض على وجه الدوام،
 ولأن التخلص منه لا يمكن إلا بضرر يلحق الشريك وسائر العروض بخلاف ذلك .

فصل [٣] — الشفعة في الثمار

وعنه في وجوب الشفعة في الثمار إذا كان الأصل / بأيديهم ملكا [١/١١٣]
 أو حبا أو مساقاة أو مبتدأ الشراء روايتان : إحداهما ثبوتها — (٤)
 والأخرى نفيها وهو قول المفيرة وعبد الملك ، فوجه إثباتها أنها معلقة
 من غير صنع آدمي بأصل تجب فيه الشفعة يخاف منه سوء المشاركة فأشبهه
 الفحل والبئر ، ووجه نفيها قوله صلى الله عليه وسلم : " فإذا وقعت
 الحدود فلا شفعة " فعلقها بما يقسم من الأراضي، ولأن الشفعة فيما يدوم
 فيه الضرر وذلك معدوم في الثمار فكانت كالعروض .

فصل [٤] — لا شفعة فيما لا يمكن قسمته أو فيما قسمته ضرر

لا شفعة في طريق ولا عرصعة قسمت بيوتها وبقيت مرتفقا لأهلها، لأن ذلك
 تبع لأصل لا شفعة فيه وهو البيوت المقسومة .

(١) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .

(٣) في ق : الفرر .

(٤) في م : متبع .

(٥) أنظر : المدونة ٤ / ٢٠٧ ، الكافي ٤٣٨ .

(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .

(٧) أنظر : المدونة ٤ / ٢٠٧ ، التفريع ٢ / ٢٩٩ ، الكافي ٤٣٧ .

ولا شفعة في البئر والفحل ، وإن كانت الأرض التي فيها مشاعة ففيها الشفعة لأن في أصلها الشفعة فهما تبج لهما، وإن كانت الأرض مقسومة فلا شفعة في البئر والفحل لأن أعيانها لا شفعة فيها إذ لا يصح قسمها ولا هي متصلة بأصل تبج الشفعة فيه فتكون ثابتة له .

فصل [ه — في عدم الشفعة في ممر أرض أو مسيل ماء أو طريق إلى علو]

من له ممر في أرض قوم أو مسيل ماء أو طريق إلى علو له فلا شفعة له فيما بيع من الدار والأرض^(١) لأنه ليس بشريك فيها، وإنما له حق متعلق على الملك دون أن يكون له حق في نفس الملك، وكذلك الدار علوها لرجل وأسفلها^(٢) آخر فلا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر لأن أملكهما متميزة والشركة^(٣) منتفية .

مسألة [٦ — في كون الشفعة بين الشركاء على قدر الحصص]

والشفعة بين الشركاء على قدر الحصص، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه على عدد الرؤوس ، لأن الشفعة معنى مستفاد بالملك فوجب أن يكون معتبراً بعدد الأملك لا بعدد الملاك ، أصله غلة الدار وكسب العبد، ولأن مرافق الأموال تتوزع على حسب مقادير أملك الشركاء في القلة والكثرة كالربح في التجارة ، ولأن الشفعة مستحقة لإزالة الضرر المتأبد لولاها ولا يمكن إزالته بحق واجب وهو أن يطالب المشتري الشريك بالقسمة فيلزمه ذلك فيدخل عليه الضرر من عدة وجوه : من نقصان قيمة نصيبه إذا قسم، ولزوم

-
- (١) أنظر : المدونة ٤ / ٢٠٧ ، التفريع ٢ / ٢٩٩ ، الكافي ٤٣٧ .
 (٢) في ق : سفلاهما .
 (٣) في م : منبته .
 (٤) أنظر : المدونة ٤ / ٢٠٧ ، التفريع ٢ / ٢٩٩ ، الكافي ٤٣٩ .
 (٥) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢١ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١١٦/٢ .
 (٦) في ق : بقدر أملك لا بقدر الملاك .

أجرة القسام، واستحداث مرافق أخرى، وزيادة مؤنة، ووجدنا هذا الضرر يدخل عليه على حسب ملك الملاك لا على عدد رؤوسهم، فإذا كانت الشفعة مستحقة لهذا وجب أن يستحق بقدر الملك لأن هذا الضرر إذا وجد يسقط حسب الملك وكذلك إذا رفع .

مسألة [٧] — الشفعة بين أهل الميراث

الشفعة بين أهل الميراث على قدر رؤوسهم، ومن باع أهل سهم منهم فشركاؤه في ذلك السهم أحق بالشفعة^(١) من باقي الورثة، فإن باع جميع أصل سهم سهمهم الذي ورثوه فالشفعة لبقية أهل الميراث دون الشركاء الأجانب، ولو كان أهل السهام عصبة فباع بعض العصبة حق فالشفعة لبقية العصبة ولأهل السهام جميعا، ولو باع بعض أهل سهم حقه كانت الشفعة لأهل السهم دون العصبة^(٢).

مثال جملة المسألة أن يترك الميت جدتين وأختين لأم وأخوة لأب، وله ستة أسهم من إثني عشر سهما من دار أو دكان، فأرادت إحدى الجدتين بيع حقه من السدس فالجدة الأخرى أحق بالشفعة من الشركاء، فإن باعست الجدتان جميعا فالشفعة لباقي الورثة، وإن باعت إحدى الأختين للأم حصتها فالأخت أحق بالشفعة من الأخوة لأب، فإن باع بعض الأخوة لأب حصتهم فالشفعة بين بقية الأخوة للأب وبين باقي أهل الميراث، فإن كان جميع من ورث الميت عصبة شافعوا بينهم دون الشركاء الأجانب .

فصل [٨] — في كون أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء

وإنما قلنا إن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من بقية الشركاء^(٣)،
^(٤) خلفا لأبي حنيفة والشافعي، لقوله صلى الله عليه وسلم " الشفعة في كل
 شرك "، والسهم نوع من الشرك^(٥) فوجب الشفعة فيه، ولأنه نوع من الشركة^(٦)

- (١) في ق: بالشركة .
- (٢) أنظر: المدونة ٤ / ٢٠٦ ، التفريع ٢ / ٢٩٩ - ٣٠٠ ، الكافي ٤٣٩ .
- (٣) أهل : سقطت من م .
- (٤) أنظر: المدونة ٤ / ٢٠٦ ، التفريع ٢ / ٢٩٩ ، الكافي ٤٣٩ .
- (٥) أنظر: مختصر الطحاوي ١٢١ ، الاقناع ١١٧ .
- (٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .
- (٧) والسهم نوع من الشرك : سقطت من ق .

فوجب أن يثبت الشافع فيه اعتبارا بالشركة في نفس العقار، وإنما قلنا إن بقية أهل السهم أولى من العصبة، لأنهم أخص منهم بالشركة وأكد أمرا، لأن سهمهم معلوم مقدرا، (وإنما قلنا إن أهل السهام يشاركون في العصبة لما ذكرناه من قوتهم عليهم)^(١)، وإنما قلنا إن جميع ورثة الميـت إذا كانوا عصبة تشافعوا بينهم لأنهم أهل ميراث واحد كأهل السهام.

مسألة [٩ — ثبوت الشفعة في كل شقص ملك بعوض]

كل شقص ملك بعوض ففيه الشفعة إلا أن يعرض ما يقطعها بأي نوع كان من التمليكات، من بيع، أو إجارة، أو خلع، أو مهر، أو صلح من أرش جنائية، أو قيمة متلف، أو دم عمد، أو خطأ أو غير ذلك من أنواع المعاوضات، فأما ما ملك بغير عوض مثل الهبة بغير الثواب والصدقة ففيها روايتان : إحداهما وجوب الشفعة، والأخرى سقوطها . ولا شفعة في الميراث .^(٢)

فصل [١٠ — وجوب الشفعة في أنواع المعاوضات]

وإنما قلنا إن الشفعة واجبة في أنواع المعاوضات لاتفاقهم على ذلك في البيع فكان كل عوض بمثابة ، (وقلنا إن الشفعة في النكاح والخلع خلافا لأبي حنيفة ، لأن النكاح نوع معاوضة فإذا ملك به ما يجب فيه الشفعة)^(٣) جار أن يستحق به كالبيع .^(٤)

فصل [١١ — أخذ الشفعة في المهر بقيمة الشقص]

إذا وجبت الشفعة في المهر فإنها تؤخذ بقيمة الشقص، خلافا للشافعي في قوله إنها تؤخذ بمهر المثل، لأن ذلك أعدل بين الشفيع والمرأة، وذلك^(٥)

- (١) مابين قوسين سقط من ق . . .
- (٢) في جملة هذه الأحكام أنظر: المدونة ٤/ ٢١٠، الكافي ٤٤٢ - ٤٤٣ .
- (٣) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢١، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ٢/ ١١٠ .
- (٤) مابين قوسين سقط من م في هذا الفصل، ويوجد هذا الشقص بعد فصول قليلة قادمة .

(٥) أنظر : المدونة ٤ / ٢٢٤ ، الكافي ٤٤٤ .

(٦) أنظر : الأم ٤ / ٣ ، الاقناع ١١٧ .

أن النكاح طريقه المواصله والمكارمة دون محض المعاوضة ، فقد يكون مهر المثل ألف دينار وقيمة الشقص مائة فتسامحه فتأخذ الشقص بمهرها ، فمتى ألزمتنا الشفيع أخذ الشقص بمهر المثل وهو ألف دينار كنا قد حفنا عليه وألزمناه أن يدفع إلى المرأة أكثر مما عاوضت / عليه، وكذلك [١١٣/ب] قيمة الشقص ألفا ومهر مثلها مائة؛ فلو جعلنا للشفيع أخذ الشقص بمائة وهو يساوي ألفا كنا قد حفنا على المرأة لأن الزوج يقول أنا أصدقها (١) هذا الشقص (على أنه يقدر مهر المثل فكان الأعدل في ذلك قيمة الشقص).

فصل [١٢ — في أخذ الشقص في الصلح عن دم العمد

بقيمته وعن دم الخطأ بالدية

ويؤخذ الشقص في الصلح عن دم العمد بقيمته وعن دم الخطأ بالدية، لأن الواجب بالعمد القودوا نما تجب الدية بالتراضي أو بتعذر القود، وليس كذلك الخطأ لأن الواجب به الدية والشقص بدل منها، ووجه قوله في الهبة والصدقة إنه لا منفعة فيها، اعتبارا بالميراث لأنه انتقال ملك بغير عوض، ووجه إيجاب الشفعة فيها، اعتبارها بالبيع بعله أنه انتقال ملك باختيار.

مسألة [١٣ — إذا بيع مع الشقص عرض بثمن واحد

ومن باع صفقة واحدة شقفا تجب فيه الشفعة ومعه عروض وحيدان للشفيع أخذ شفعته بحصتها من الثمن، وليس للمشتري أن يقول لا أدعك تفرق الصفقة، لأن الشفيع لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه والمشتري دخل على تفريق الصفقة.

(١) ما بين قوسين سقط من ق ، - وخلاصة هذا التعليق أن الشقص إذا كان مهرا فالشفعة فيه أن يؤخذ الشقص بقيمته لا بمهر مثله لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى ، لتسامح الناس فيه في العادة بخلاف البيع .

(٢) أنظر : المدونة ٤ / ٢٣٩ ، الكافي ٤٤٣ - ٤٤٤ .

(٣) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٠ ، الكافي ٤٤٤ .

فصل [١٤] — لو اشترى أشقاصا شفيعها واحد

لو اشترى أشقاصا شفيعها واحد فأراد الشفيع أن يأخذ شفעתه من واحد منها ويترك بقيتها لم يكن له ذلك إلا برضى المشتري، بخلاف الأولى لأن الحق له في الجميع فهو المختار لتبعض الصفقة على المشتري فلا يترك وذلك.

فصل [١٥] — من باع شقصا وله عدة شفعاء

(٢)
ومن باع شقصا من رجل وله عدة شفعاء فأراد بعضهم الأخذ بحصته من الشفعة وسلم سائرهم: فليس لمريد الشفعة إلا أن يأخذ الكل أو يترك (٣) لأن الباقي إذا تركوا حصل الشقص كأنه ليس له إلا شفيع واحد فلم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك ، ولو كان بعض الشفعاء حاضرا وباقيهم غائب فأراد الحاضر أن يأخذ نصيبه بحصته لم يكن له ذلك لأن تبعض الصفقة غير جائز ما لم يرضى المشتري، وهو ممن له في الشفعة حق، فإن أخذ الكل ثم قسّم الغائبون أخذوا بقدر حقوقهم إن أحبوا لأن أخذ هذا الشفيع للجميع إنما كان لحق المشتري في منع تفريق الصفقة عليه، ولأنه مشتري من المشتري وليس لمن يأخذ الشفعة تفريق الصفقة عليه.

مسألة [١٦] — الشفعة على التراخي أو على الفور، وحكم شفعة الغائب

الأخذ بالشفعة ثابت للشفيع ، مالم يترك ، أو يظهر منه ما يدل على الترك ، أو يأت من طول المدة ما يعلم معه أنه تارك للشفعة ، فإن كان غائبا فلا تنقطع شفעתه ولو طال غيبته ما طال (٥) ، وإن كان حاضرا فعنه روايتان : إحداهما أنه لا حد في بطلان الشفعة من المدة، والأخرى أنه

(١) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٠ - ٢١١ ، الكافي ٤٤٤ .

(٢) من رجل : سقطت من م .

(٣) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٠ ، التفريع ٢ / ٣٠١ .

(٤) ليس له إلا : سقطت من م .

(٥) ما طال : سقطت من ق .

(٦) أنظر : الموطأ ٢ / ٧١٥ ، المدونة ٤ / ٢٠٨ ، التفريع ٢ / ٣٠١ ،

الرسالة ٢٢٨ ، الكافي ٤٤٣ .

(١) ينتظر عليه سنة ثم لا شفعة له بعدها، وعند أبي حنيفة أنها على الفور
 كالتدبير فإن أمسك عن المطالبة بما مع عليه وتمكينه منها بطلت،
 وقول الشافعي الصحيح عن أصحابه مثل ذلك، فدليلنا أن المطالبة بالشفعة
 حق للشفيع، ومن له حق المطالبة في أي وقت شاء إلا أن يعلم منه ترك
 له، هذا أصل بني عليه هذا الباب ولا ينتقض بأعيان المسائل، ولأنه حق في
 استيفاء مال لم يكن فيه تفريط أو تدليس فلم يجب المطالبة به على الفور،
 وأصله الديون، وفيه احتراز من الرد بالعيب، ولأن في إيجابه المطالبة
 فوراً ضرر على الشفيع، لأنه قد يعلم ولم يحصل الثمن ولا باع ما يحصل
 من جهته، فيؤدي ذلك إلى تفويته إياه متى لم يمهل مدة يتمكن فيها من
 ذلك، وكذلك قد يكون المشتري قد عمّر وغرس فيلزم الشفيع دفع القيمة إليه،
 فلا يجوز أن يثبت له حق ويؤخذ باستيفائه على وجه يتقضي تغريمه إياه،
 وإنما قلنا إن الغائب لا تنقطع شفعته لقوله صلى الله عليه وسلم:
 " فينتظر بها وإن كان غائباً "، ولأنه معذور، ولأن تركه المطالبة لغيبته
 ولا يمكنه غالباً المطالبة مع الغيبة.

فصل [١٢] في توجيه القول في مدة الشفعة

فأما الحاضر فوجه القول بأن مدته سنة: فلأنه إذا ثبت أن المطالبة
 ليست على الفور، وكان الأجل القريب في معنى الفور، لأنه قد يكون له عذر
 في إمساكه عن المطالبة ليحصل الثمن وقيمه، عمارة إن كانت للمشتري

(١) أنظر: مختصر الطحاوي ١٢٠، مختصر القدوري، مع شرح الميداني -

١٠٨ / ٢

(٢) في م: وتمكنه .

(٣) أنظر: الأم ٣ / ٤، مختصر المزني ١٢٠ .

(٤) في ق: فلم يبق .

(٥) في ق: الشيء .

(٦) أخرجه ابن ماجة في الشفعة باب الشفعة بالجوار ٨٣٣/٢، وأبو داود في

المبيوع باب الشفعة ٧٨٩ / ٣ والترمذي في الأحكام باب الشفعة للغائب

وقال حديث حسن غريب ٦٥١ / ٣، وأحمد ٣٥٣ / ٣

(٧) في ق: لقيمه .

(٨) في م: وفيه .

فيخاف أن يؤخذ بوزن ما يلزمه في الحال وربما لا يحضره، فوجب ضرب مدة (له ليتسع لما يمكنه معه الأخذ، وكانت السنة أولى الآجال بأن تحدد لأنها تجمع ما تجتمع معه العلل في الصبر والامهال، وقد جعلت في الشرع حداً لأحكام عدة فكذا في مسألتنا، ووجه رواية التأييد قوله " الشريك أحق به " ^(١) ولم يعلقه بمدة، ولأنه استيفاء مال فلم يبطل بترك المطالبة كأروش الجنايات .

فصل [١٨ — هبة الشفيع شفعتاه]

إذا وهب الشفيع شفعتاه قبل وجوبها له ^(٢) / لم يلزمه ^(٣) لأنه لم يملك [١/١١٤] شيئاً يهبه، ومن وهب ما لا يملك لم تصح هبته .

فصل [١٩ — فيما إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أو طعام]

إذا بيع الشقص بعرض أو حيوان أخذه الشفيع بقيمة ذلك الغرض وإن كان بطعام أو غيره مما يكال أو يوزن أخذه بمثله، ^(٤) ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالقدر الذي عاوض المشتري به، فإن كان مما له مثل لزم الشفيع مثله، وإلا فقيمته لأن القيمة تقوم مقام المثل عند تعذره .

فصل [٢٠ — في عهدة الشفيع]

عهدة الشفيع على المشتري دون البائع، ^(٦) ودركه ^(٧) في الاستحقاق لازم للمشتري، وعليه يرجع بالثمن ويرجع المشتري على البائع، وسواء أخذ الشقص

(١) سبق تخرج الحديث في الصفحة ٩٩٣ .

(٢) مابين قوسين مضموس في ق . .

(٣) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٢ ، التفريع ٢ / ٣٠١ ، الرسالة ٢٢٨ .

(٤) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٩ ، التفريع ٢ / ٣١٢ ، الكافي ٤٤٢ .

(٥) العهدة : مشتقة من العهد، والعهد هو الأمان والموثق والذمة والحفاظ

ومن لزمته العهد لزمه الوفاء بموجبها (الصحاح ٢ / ٥١٥) .

(٦) يعني أن عهد الشفيع باعتبار الثمن، والرد بالعيب والاستحقاق وشبه

ذلك (الفواكه الدواني ٢ / ١٦٧) .

(٧) الدرك : اللقوق والومول (الصحاح ٤ / ١٥٨٢) ومنه ضمان الدرك في

عهدة المبيع ، وضمان الدرك عند الفقهاء هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع .

قبل قبض المشتري إياه أو بعده في حياة المشتري أو بعد موته،^(١) وقال ابن أبي ليلى : العهدة على البائع في كل وجه، وقال أبو حنيفة : هي على من يؤخذ الشقص منه كان البائع أو المشتري.^(٢)

فدليلنا أن الشفعة تؤخذ من ملك المشتري دون البائع وذلك أن المبيع حصل في ملك المشتري بنفس العقد المطلق ، ومنه يتلف قبل القبض وبعدة، وإن حصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري فقد صح أن يأخذ من المشتري بعد تقرر ملكه عليه فيجب أن تكون العهدة عليه .

فصل [٢١] في كون الاقالة لا تسقط الشفعة

الاقالة لا تسقط الشفعة ، لأنها بيع حادث بعد تقرر الملك للمشتري^(٣) ووجوب الشفعة للشفيع ، فأشبهت بيعها^(٤) من غير البائع . وقد اختلف قوله على من تكون العهدة بعد الاقالة ، فقال : تكون على المشتري وتبطل الاقالة ، ووجه ذلك ما ذكرناه من اعتباره ببيعه من غير البائع أن للشفيع الأخذ بأول البيعتين ويبطل ما بعده ، وقال هو بالخيار إن شاء كتبها على البائع وإن شاء على المشتري، وهذا لأن الشفعة تجب له بالصفقتين بأي ذلك شاء أخذ ، والعهدة على من يأخذها منه .

فصل [٢٢] إذا بيع سهم فيه الشفعة مرارا

إذا بيع سهم فيه الشفعة مرارا والشفيع غائب أو حاضر لم يعلم ثم أراد الأخذ بالشفعة فله أخذها بأي الصفقات فإن أخذها بآخر صفقة صح ما تقدم من الصفقات، وإن أخذها بالأولى بطل ما بعدها (وترادوا بأصل الأثمان وسواء اتفقت الأثمان أو اختلفت، وإن أخذها)^(٥) بوسطها صح ما قبلها وبطل ما بعدها.^(٦)

(١) أنظر : المدونة ٤ / ٢٠٩ ، التفريع ٢ / ٣٠٢ ، الرسالة ٢٢٨ ، الكافي ٤٤٤ .

(٢) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٣ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١١٢ / ٢ .

(٣) أنظر : التفريع ٢ / ٣٠٢ ، الكافي ٤٤٤ .

(٤) في م : بيعة .

(٥) ما بين قوسين سقط من م .

(٦) أنظر : التفريع ٢ / ٣٠٣ ، الكافي ٤٤١ .

مسألة [٢٣ — إذا أراد المشتري التصرف وخاف
مطالبة الشريك بالشفعة]

وإذا أراد المشتري التصرف وخاف مطالبة الشريك بالشفعة فله إيقافه
عند الحاكم، فيما أخذ أو ترك ليتمكن المشتري مما يريد من البناء
والهدم والفرس وغير ذلك مما يتصرف الملاك في أملاكهم .^(١)

فصل [٢٤ — في منع هبة الشفعة أو بيعها]

ولا تجوز هبة الشفعة ولا بيعها ، لأن الشريك إنما جعلت له الشفعة^(٢)
ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد شركته ولا عرف معاملته ، وربما طلب^(٣)
بالقسمة فاحتاج إلى استئذان صرافق ، فيلحقه في ذلك ضرر وهذا معنى
يختص الشريك به لا يوجد في غيره ، ولأنه إذا رضي بقطع حقه من تملك الشقص
كان المشتري أولى بثبوت ملكه عليه .

فصل [٢٥ — إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع]

إذا بنى المشتري وغرس وعمر ثم جاء الشفيع : فإن شاء أخذ بالثمن^(٤)
وقيمة البنيان والغراس قائما يوم يأخذه ، وإن شاء ترك ، وقال أبوحنيفة
يأخذها بالثمن ويجبر المشتري على قلع البناء والغراس إلا أن يكون زرعاً
يترك إلى أن يحصد ، فدلينا قوله صلى الله عليه وسلم : " ليس لصرق ظالم^(٥)
حق " وهذا ليس عرق ظالم ، ولأنه غرس أو بناء في ملك صحيح يملك نفعه^(٦)
فلم يستحق عليه إلتافه أصله ما لا يستحق عليه فيه شفعة ، وإنما قلنا إن^(٧)

- (١) أنظر : التفريع ٢ / ٣٠٣ ، الكافي ٤٤٢ .
- (٢) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٦ ، التفريع ٢ / ٣٠١ ، الرسالة ٢٢٨ ، الكافي ٤٣٩ .
- (٣) في ق : من لم يعتد .
- (٤) في م : طالبه .
- (٥) أنظر : المدونة ٤ / ٢٣٦ ، الكافي ٤٤٢ - ٤٤٣ ، المقدمات ٣ / ٧١ .
- (٦) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٣ - ١٢٤ ، مختصر القدوري - مع شرح
الميداني ٢ / ١١٩ .
- (٧) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٢١ .
- (٨) في م : ألا .

القيمة يوم الأخذ لأنه في ذلك الوقت يحصل منه مشتريا له فاستحق العرض عليه حينئذ .

فصل [٢٦]

ويتمور ذلك بوجوه منها أن يكون الشريك لم يعلم بالبيع فطالبه شريكه بالبناء والفرس وكتمه البيع ثم ظهر على ذلك، ومنها أن يكون طالبه بالقيمة فقامه فبنى وعرس ثم علم بذلك، ومنها أن يكون الشفيع غائبا فأذن الحاكم للمشتري في البناء والفرس ثم جاء الشفيع .

فصل [٢٧] في أخذ الشفيع بالنخل بشمرها

ولو بيعت نخلة بشمرها فإن الشفيع يأخذها مع ثمرتها قائمة كانت أو مجذوة وللمشتري ما سقى وأنفق ، وقال أبو حنيفة ؛ إن كانت قائمة في رؤوس النخل أخذها مع الأصل فإن كانت قد جذت أخذ الأصل بقسطه من الثمن ، وقال الشافعي لا يأخذ الثمرة على وجه ، فدليلنا أن الثمرة ثابتة في أصل المبيع غير مزايلة له قد ضمنه الصفقة من غير فعل آدمي فكانت الشفعة ثابتة فيها كالشجر .

مسألة [٢٨] — إرث خيار الشفعة

خيار الشفعة موروث ، خلافا لأبي حنيفة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " من ترك مالا أو حقا فلورثته " ، ولأنه خيار لدفع الفرع عن ماله فجاز

- (١) في ق : بناء .
- (٢) أنظر : المدونة ٤ / ٢٢١ ، التفريع ٣٠٢/٢ ، الكافي ٤٤٣ ، المقدمات ٧٥/٣
- (٣) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١١٩/٢ - ١٢٠ ، تحفة الفقهاء ٣ / ٥٩ .
- (٤) أنظر : مختصر المزني ١٢٠ ، المهذب ١ / ٣٧٧ .
- (٥) المزايلة : هي المفارقة (أنظر الصحاح ٤ / ١٧٢٠) .
- (٦) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٦ ، الموطأ ٧١٥/٢ ، الكافي ٤٤٠ ، المقدمات ٣ / ٦٨ .
- (٧) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٣ و مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١١٣/٢
- (٨) أخرجه البخاري في الكفالة باب الدين ٦٠/٣ ، ومسلم في الفرائض باب من ترك مالا فلورثته ٣ / ١٢٣٧ .

أن يقوم فيه وارثه مقامه كخيار الرد بالعيب ، ولأنه حق مستفاد بالملك
فجاز أن يكون موروثا كثمر الشجر ونماء الماشية .

فصل [٢٩ — متى تتم شفعة الخيار]

(١) إذا بيع شقص بالخيار فلا شفعة حتى يتم البيع ويحصل الاختيار، وقال
أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع فلا شفعة وإن كان للمشتري وجبت
الشفعة ، (٢) وإنما قلنا لا شفعة قبل انبرام الخيار اعتباراً به لو كان الخيار
للبيع، ولأن الشفعة تستحق بتمام العقد ، وما لم يقع الخيار فالعقد غير
تام ، بدليل أن المشتري ربما لم يشتتر فرد الشقص .

فصل [٣٠ — إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل]

(٣) إذا بيع الشقص بثمن إلى أجل : فإن شاء الشفيع أخذه بمثل ذلك
الثمن إلى أجل إن كان ثقة ملياً أو أتى بثقة مليء يضمن الثمن عنه عند
الأجل ، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس له أخذه إلا بالثمن حالاً أو
الانتظار إلى أن يحل فيأخذه بالنقد ، ودليلنا أن الشفعة / تستحق بمثل [١١٤/ب
الثلث الذي بيع الشقص به حتى يدخل الشفيع مدخل المشتري من غير زيادة
ولا مرفق بدليل أنه لو اشترى بغلة لم يأخذ صاحبا ، ولو ابتاع بصحاح لم
يعط غلة ، ولو ألزمت الشفيع النقد وقد ابتاع نساء لكان ذلك زيادة على
الشفيع للمشتري ، لأن العرف جار بأن الثمن بالنقد أقل منه بالنسيئة ، ولأن
المشتري لا يلزمه أن ينقد ، فلا يلزم الشفيع إلا ما يلزم المشتري ، وإن
منعناه الأخذ إلى المدة أضربنا به طول تلك المدة فلم يبق إلا ما قلناه .

- (١) أنظر : الموطأ ٢ / ٧١٤ و ٧١٧ ، الكافي ٤٣٩ .
- (٢) أنظر : مختصر الطحاوي ١٢٤ ، مختصر القدوري - مع شرح الميداني ١١٤/٢
- (٣) في ق : حاء .
- (٤) في م : عند وجوب الأجل .
- (٥) أنظر : المدونة ٢١٨/٤ - ٢١٩ ، الموطأ ٢ / ٧١٥ .
- (٦) أنظر : مختصر القدوري - مع شرح الميداني - ١٢٠/٢ ، مختصر المزني ١٢٠ .

فصل [٣١] — الشفعة في الحمام

واختلف عنه في الحمام : ففيه روايتان : (١) إحداهما وجوب الشفعة ،
والأخرى سقوطها وذلك مبني على وجوب قسمته ، فالشفعة تتبع القسمة فـ (٢)
الاثبات والنفي .

فصل [٣٢] — الشفعة في العقار الذي لا ينقسم

وقد اختلف قوله في العقار الذي لا ينقسم إذا طلب الشريك الشفعة :
فقال فيه الشفعة ، وقال لا شفعة إلا فيما ينقسم ، فوجه إثباتها قوله (٤)
صلى الله عليه وسلم : " الشفعة في كل شرك " ، ولأنه عقار كالذي ينقسم (٥)
ووجه نفيها قوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم فـ إذا
وقعت الحدود فلا شفعة " فنبّه على اعتبار المقسوم ، ولأن كل مبيع لا ينقسم (٦)
فلا تدخله الشفعة كالثوب والعبد .

فصل [٣٣] — في شفعة أهل الذمة

للذمي الشفعة فيما باع شريكه المسلم ، خلافا لأحمد وداود لقوله (٨)
صلى الله عليه وسلم : " الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لا يحل له أن
يبيعه حتى يعرضه على شريكه فإن باعه فالشريك أحق به بالثمن " فعم ، ولأنه (٩)
حق موضوع لإزالة الضرر عن الملك فاستوى فيه المسلم والكافر كالرّدب العيب .

-
- (١) أنظر : المدونة ٤ / ٢٢٤ ، الكافي ٤٣٦ .
(٢) في ق : النهي .
(٣) في م : لا ينقسم .
(٤) أي أن فيه قولين أنظر : المدونة ٤ / ٢٢٤ ، التفريع ٢ / ٣٠٠ ، الكافي ٤٣٦ .
(٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .
(٦) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .
(٧) أنظر المدونة ٤ / ٢٠٥ ، الكافي ٤٣٨ .
(٨) أنظر : مسائل الامام أحمد - برواية ابنه عبدالله - ٢٩٨ ، مختصر
الخرقي ٧٦ ، المحلى ١٠ / ٢٥ .
(٩) سبق تخريج الحديث في الصفحة

مسألة [٣٤ — إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن]

إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن: فالقول قول المبتاع لأنه مدعى عليه والشفيع مدعى لاستحقاق الشقص وإزالة ملكه بدون ما يذكره ، فكان على المشتري اليمين فإن حلف فيما أخذ الشفيع ما حلفه عليه — وإلا ترك، وإن نكل حلف الشفيع وأخذ ما يدعيه ، وكل ذلك إذا كان التذاعس فيما يشبه ، فإن أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول مدعي المشبه مع يمينه لأن العرف يصدقه ويكذب خصمه، إلا أن يكون المبتاع ممن يعلم أنه يبذل مثل ذلك الثمن لكونه ملكا لا يبالى فيما يبذل ، أو جارا يزيد في الثمن لحاجته إلى الشقص ، وما أشبه ذلك ، فإن العرف يجوز فيه ذلك، فإن أقام أحدهما بينة ثبت له ما يدعيه مما تشهد به: فإن أقام الآخر بينة حكم بأعدلها على ما يبينه ، فإن تكافأ سقطتا وعاد الأمر إلى أن القول قول المبتاع مع يمينه . (٤)

فصل [٣٥ — إذا حط البائع عن المبتاع شيئا من ثمن الشفعة]

إذا حط البائع عن المبتاع شيئا من ثمن الشفعة نظر: فإن كان مثلها مما يحط في البيوع والباقي يشبه أن يكون ثمننا للشقص وجب حطه عن الشفيع، وإن كان شيئا متفاوتا لا يصلح أن يكون الباقي ثمننا للشقص فذلك هبة لا شوضع عن الشفيع، وسواء كان ذلك قبل الأخذ بالشفعة أو بعده ، وقال الشافعي : لا يحط عن الشفيع شيئا أصلا ، فدليلنا أن الذي يلزم الشفيع أن يؤدي إلى المشتري ما عاوض على الشقص ، والذي عاوض عليه هو مادونه دون ما يحط عنه، ولأنه إذا حط عنه بعضه علمنا أن الذي أظهره لم يكن الثمن فإن الثمن هو ما بقي بعد الحطيطة ، فإذا وضع ما لا يشبه فبي الباقي أن يكون ثمننا فإننا نعلم أن ذلك هبة لاتعلق باستفلاء الشقص واستعلاء ثمنه فلا يحط عن الشفيع .

- (١) في ق : الثمن .
- (٢) أي بما يشبه أن يكون ثمننا للشقص .
- (٣) الآخر : سقطت من م .
- (٤) أنظر : المدونة ٤ / ٢٠٨ ، الكافي ٤٤٤ .
- (٥) في م : الشقص .
- (٦) في ق : الثاني .
- (٧) في ق : كما .
- (٨) أنظر : المدونة ٤ / ٢١٢ ، الكافي ٤٤٢ .
- (٩) أنظر : مختصر المزني ، ١٢٠ - ١٢١ ، المهذب ١ / ٣٨٥ .

(١) (بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله على محمد)

(٢) كتاب القسمة

(٣) الأصل في القسمة قوله تعالى : ﴿ وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين ﴾ الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٥) وما روي عن قسمته صلى الله عليه وسلم الفنائم وإسهامه بين العبيد المعتقين في المرض ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " كل مال أدركه قسم الجاهلية فهو على قسم الجاهلية وما أدركه قسم الاسلام فهو على قسم الاسلام " (٨) ، ولأن أحدا لا يجبر على مشاركة غيره إذا لم يخترها .

فصل [١] فيما يصح قسمه

الأعيان المملوكات ضربان : ضرب يصح قسمه وضرب لا يصح قسمه فالذي لا يصح قسمه هو : الثياب ، والحيوان ، والرقائق ، والعروض وغيرها فهذا يصح قسمة النوع منه دون الأعيان ، ولا يصح قسمة أعيان هذه الأشياء كالشوب والعبيد والدابة والسفينة وما في حكم العين الواحدة كالخفين والنعلين والبابيين وكل ما في قسمه إتلاف عينه أو إتلاف النفع به ، فهذا النوع لا يصح قسمه

- (١) مابين قوسين سقط من م .
- (٢) القسمة : في اللغة الفرز وتجزئة الشيء (معجم مقاييس اللغة ٨٦/٥ ، المصباح المنير ٥٠٣) وفي الاصطلاح : تعيين مشاع من مملوك مالكين معينين ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض (حدود ابن عرفة ٣٧٢)
- (٣) أنظر : المدونة ٢٤١/٤ ، التفريع ٢٩٦/٢ ، الكافي ٤٤٥ ، المقدمات ٩١/٣ .
- (٤) سورة النساء ، الآية ٨ .
- (٥) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٩٨٦ .
- (٦) أخرجه مسلم في الأيمان باب ما أعتق شركا له في عبد ١٢٨٨/٣ .
- (٧) قسم : سقطت من م .
- (٨) أخرجه مالك ٧٤٦/٢ ، وأبو داود في الغرائض باب فيمن أسلم على ميراث ٣٣٠/٣ ، وابن ماجه في الرهن باب قسمة المال ٨٣١/٢ ، وأخرجه الشافعي عن الامام مالك .

العين منه^(١) لأن القسمة هي في إقرار الحقوق وأن يميز الإنسان حقه وينفرد به فينتفع به^(٢) على ما يريده، وقسم هذه الأعيان يغيثها هذا المعنى فيجب منعه، ولأن طالب قسمة العبد والدابة والثوب والسطل وما أشبهه كأنه يقول أريد أن أتلفه على شريك ملكه وأبطل عليه الانتفاع به ولا أبالي إن أدى ذلك إتلاف ملكي فلا يمكن من ذلك .

فصل ٢ — إذا تشاح الشريكان فيما لا يصح قسمته

إذا ثبت أن قسمة كل واحد من هذه الأعيان لا يصح بانفرادها فإذا تشاح الشريكان فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشيع وأراد أحدهما البيع فله ذلك فإن أجابه الآخر أن يبيع حصته معه جاز، وإن أبى أجبر على البيع معه، لأن في بيع هذا حصته عنه وحده^(٣) ضرراً عليه لنقص قيمتها إذا أفردت بالبيع عنها إذا بيعت بالجملة فلا يجوز أن يقال أن الشريك غير مختار لإخراج ملكه، ولا يجبر عليه لأنه إذا تعلق بذلك حق لغيره أجبر عليه ولم يلتفت إلى اختياره كالشفعة، ولأن الشركة لما لم يلزم البقاء عليهما كان لمن أراد الانفراد منهما بحقه أن ينفرد به، فإن / أمكن بالقسمة^(٤) [١/١١٥] وإلا بالبيع لأنه لا طريق له إلا ذلك، فإذا ثبت أن الشريك يجبر على البيع بما دفع به كان له ذلك لإزالة الضرر عنه إلا أن شاء الشريك بيع حصته مشاعة فلا يلزم الشريك بيع حصته معه، فإن اختار أن يتقاوما رقبة المبيع، فإن زاد على صاحبه سلمه الآخر له، هذا الحكم فيما لا ينقسم آحاده .

(١) أنظر : المدونة ٤ / ٢٤٢ - ٢٤٨ ، التفريع ٢ / ٢٩٦ ، المقدمات ٣ / ٩٤-٩٥

(٢) فينتفع به : سقطت من ق .

(٣) أنظر : التفريع ٢ / ٢٩٦ ، الكافي ٤٤٩ ، المقدمات ٣ / ٩٨ - ٩٩ .

(٤) في م : منع .

(٥) وحده : سقطت من م .

(٦) في ق : بالقيمة .

(٧) في م : فلم .

فصل [٢ ————] قسمة الذي تنقسم أعيانه

فأما الذي ينقسم أعيانه كالعقار والرباع فما أمكن قسمه منها ولم يعد بالضرر وإتلاف حصة أحد الشركاء قسم بينهم، وما لا يمكن قسمه إلا بلحوق الضرر لجماعتهم وإن يصير لكل واحد ما لا ينتفع له فلا يجوز قسمه لأن ذلك إضرار بنفسه وشركائه، وإن كان تصير لأحد الشركاء ما ينتفع به فطالما سبب بالقسمة وفي القسم إبطال انتفاع الباقي بحصصهم: فقليل يقسم بينهم ويجب على القسم من أبى منهم، وقيل لا تقسم، وقد قيل إن العقار إذا كان ممسكاً ينقسم قسم على كل حال إذا دعى بعض الشركاء إلى القسمة^(١).

فوجه القول بأنه يقسم وإن كان يصير لكل واحد منهما ما لا ينتفع به أن القسمة هي تمييز الحقوق فمن دعى إليها كان له ذلك اعتباراً به إذا حصل للآخر ما ينتفع به، ولأنه يقول أريد أن أنفرد بملكي وليس عليّ شيء ممن غيري فيكون له ذلك، ووجه القول إنه لا يقسم قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا إضرار"^(٢) وهذا من الإضرار، ولأن قسم رقاب العروض والحيوان إنما امتنع لهذا المعنى.

فصل [٤٠ ————] في أوجه القسمة

والقسمة في الأصل على ثلاثة أوجه: قسمة مهياة: وهي أن يتهايا الشريكان فيأخذ هذا داراً يسكنها وهذا أرضاً يزرعها فيجوز ذلك بالتراضي وليست بواجبة يجبر عليها من أباهاء، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة للرقاب، وقسمة بيع: وصفتها أن يأخذ أحد الشريكين داراً على أن يأخذ الآخر داراً أخرى أو بستاناً أو دكاناً فهذه قسمة جائزة، لأنها بيع ومصولها أن^(٣)

(١) أنظر: المدونة ٢٤١/٤ - ٢٤٢ ، التفريع ٢٩٦/٢ ، الكافي ٤٤٩ ،

المقدمات ٩٤ / ٣ - ٩٥ .

(٢) سبق تخريج الحديث في الصفحة ٧٩٥ .

(٣) في م : زائدة .

أحدهما باع حصته من الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى، والثالث قسمة قيمة وتعديل: وذلك إذا كانت الدار مختلفة البناء، والبستان مختلف الغراس يختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر وبسط فإنها تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم، وصفة ذلك تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراسها ثم تعدل على أقل السهام بالقيمة فربما كانت جريب من موضع بإزاء ثلاثة أجربة من موضع آخر (١) على حسب اختلاف قيم الأرض في مواضعها، فمن حصل له سهم من طرف فإن كان بقدر حقه فقد استوفاه، وإن كان أقل من حقه ضم إليه مما يليه (٢) تمام حقه.

ووجه ذلك: أن القيمة إذا عرفت وعدلت على أقل السهام نظر: فإن تراضوا على أن يجعل لأحدهم من طرف وللآخرين من الطرف الآخر جاز، وإن تشاحوا (٣) ضرب بالسهم بينهم فمن حصل له سهم من جهة كانت له، فإن اختلفوا بأي الجهات يبدأ في الاسهام عليه أسهم على الجهتين فأيتهما خرج سهمها أسهم عليها ثم كان الحكم فيه على ما بيناه، وصفة القرعة: أن يكتب أسماء الشركاء في رقاع وتجعل في طين أو شمع ثم ترمى كل بندقية في جهة فمن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة، وقيل تكتب الأسماء وتكتب الجهات (٤) (ثم يخرج أول بندقية من الأسماء ثم أول بندقية من الجهات) فيعطى من خرج اسمه نصيبه من تلك الجهة.

فصل [٥ ————— في قسمة الدور والدكاكين والضياع]

(٥) إذا أراد الشريك قسمة دور أو دكاكين أو ضياع: فطلب بعضهم القسم (٦) له بحقه في كل دار أو دكان، وطلب الباقيون القسمة على العدد نظر: فإن

-
- (١) في ق: في حكم آخر.
 (٢) أنظر: المدونة ٢٤١/٤، التفريع ٢٩٧/٢، الكافي ٤٤٥ - ٤٤٦، المقدمات ٣ / ١٠٠ - ١٠١.
 (٣) في ق: في أي.
 (٤) ما بين قوسين سقط من م.
 (٥) في ق: دكان.
 (٦) في م: أن يتقسم.

كان المنافع متساوية أو متقاربة والمواضع متصلة أو متقاربة ورغبة الناس فيها غير متباعدة. قسمت على العدد، وإن كانت المنافع مختلفة والمواضع متصلة (والمناافع متساوية والمواضع) متباعدة. قسمت كل دار على حدة، وقال أبو حنيفة والشافعي يقسم في الوجهين كل دار على حدة. (٢) (٣)

ودليلنا أن القسمة بالعدد أنفع للغريقتين وأبعد على الغرر وأعود بالصلاح لأن الدار الواحدة إذا قسمت ربما فسدت وقل الانتفاع بما يصير لكل واحد منهما، وإذا حصل لكل واحد دار كاملة كمل انتفاعهم بها فكان عدولهم عن هذا إلى قسمة أجزاء الدار إيثارا للأضرار بنفسه وبالشرية (٥) فلا يترك وذلك، ولا يلزم عليه الدار الواحدة لأنه لا يمكن فيها إلا قسمة كل عين، فأما إذا كانت المنافع مختلفة مثل السيح والنضح والدار للسكنى والأرض للزراعة فإن كل ملك يقسم على حدة. لاختلاف الأغراض فيه ولحقوق الضرر بقسمتها على العدد، وكذلك اختلاف المواضع فإنه قائم مقام اختلاف الأغراض والمنافع.

فصل [٦] في قسمة الحمام والرحى ٠٠]

الحمام والرحى وكل ما لا يحتل القسم إلا أنه إذا قسم بطول الانتفاع به من ذلك الوجه وان كان ينتفع به لغيره ففي قسمه روايتان: (٧) فإذا قلنا يقسم فإن الانتفاع يحصل بقسمه ما أشبه سائر العقار، وإذا قلنا لا يقسم لأن في قسمه إبطال المنفعة المقصودة منه وإتلافها وذلك ضرر فلم يجوز.

- (١) مابين قوسين سقط من ق .
- (٢) أنظر : المدونة ٤ / ٢٤١ و ٢٤٤ و ٢٦٦ و ٢٧١ ، التفريع ٢ / ٢٩٧ ، الكافي ٤٤٨ - ٤٥٠ ، المقدمات ٣ / ٩٨ - ٩٩ .
- (٣) أنظر : مختصر الطحاوي ٤١٠ ، المذهب ١ / ٣٨٤ .
- (٤) في م : عن الأضرار .
- (٥) في ق : للضرورة .
- (٦) في ق : وكذلك .
- (٧) أنظر : المدونة ٤ / ٢٦٩ ، التفريع ٢ / ٢٩٨ ، الكافي ٤٤٧ - ٤٤٨ .
- (٨) في ق : فكان .

فصل [٧ . ————— في أجرة القسام]

(١) أجرة القسام على عدد الرؤوس دون الأنصباء ، خلافاً للشافعي في قوله إنها (٢) على الأنصباء ، لأن اختلاف المقادير لا توجب زيادة في فعل القاسم (٤) بزيادة السهم بل التعب فيه واحد بل ربما تعب بتميز السهم القليل وإفراده أكثر مما يتعب بتميز الكثير، يبين ذلك أن الدار تكون فيها ثلثان وثمان فيحتاج إلى قسمتها أثماناً ولو كانت نصفين/لكان أسهل عليه ، والأجرة تستحق على حسب العمل في الكثرة والقلة فإذا كان اختلاف مقادير الأنصباء يؤثر (٥) في زيادة العمل ونقصانه أو ربما أثر في القليل مثلاً (٦) تأثيره في الكثير أو أكثر وجب اطراح هذا الاعتبار وأن يكون معتبراً بعدد الرؤوس .

فصل [٨ ————— في القول بأنه يقسم على أقل السهام]

وإنما قلنا يقسم على أقل السهام لأن صاحب السهم القليل يحتاج إلى إغراء حقه فلو لم يقسم على أقل السهام لم يصل إلى غرضه ، وليس في ذلك إضرار بصاحب السهم الكبير لأنه يستوفي حقه متصلاً ولا يحتاج معه إلى استئناف قسمة لصاحب السهم القليل .

فصل [٩ ————— إذا اشترك جماعة في سهم]

وإذا اشترك جماعة في سهم قسم ذلك السهم مع بقية السهام قسمًا واحداً ثم استؤنف القسم بين أهل ذلك السهم إن أرادوا ، لأن القسم على قدر أهل السهام وحكم أهل السهم الواحد حكم المالك الواحد فإذا انفردوا بسهمهم صار لهم حكم أنفسهم ألا ترى أن الشفعة بين أهل سهمهم لا يدخل (٨) عليها أهل سهم آخر .

- (١) أنظر : المدونة ٤ / ٢٧١ ، التفريع ٢ / ٢٩٧ ، الكافي ٤٥٠ .
 (٢) في ق : انه .
 (٣) أنظر : المهذب ٢ / ٣٠٧ .
 (٤) في ق : فصل .
 (٥) في م : لا يؤثر .
 (٦) في م : بعدة .
 (٧) أنظر : المدونة ٤ / ٢٧١ و ٢٧٧ ، التفريع ٢ / ٢٩٧ ، الكافي ٤٤٦-٤٤٧ .
 (٨) عليها : سقطت من م .

(١) باب اللقيط

لا يتبع الصبي أمه في الاسلام خلافا لابن وهب، وإليه ذهب أبو حنيفة (٢) والشافعي، لأنه يتبع في الذمة أباه دون أمه فكذلك في الاسلام ، ولأن كل من لا يتبعها في عقد الذمة لم يتبعها في عقد الاسلام كالجد والعم.

فصل ١ — في اسلام الصغير بإسلام أبيه

والصغير مسلم بإسلام أبيه لا بنفسه خلافا لأبي حنيفة، لأنه غير مكلف (٥) كالمجنون، ولأن كل من يتبع غيره في الاسلام لم يصح إسلامه بنفسه كالذي يقصر عن التمييز.

فصل ٢ — لا يتبع اللقيط بما أنفق عليه

ومن التقت لقيطا فأنفق عليه فهو متطوع، وإن أراد أن ينفق عليه ويتبعه به فليس ذلك له إما أنفق عليه محتسبا وإما تركه، وإنما قلنا ذلك لأنه فقير من فقراء المسلمين تلزم الكفاة إعانته فليس له أن يجعل عليه ديناً، وسواء استأذن الامام في أن ينفق عليه أم لم يستأذنه، خلافاً لمن يقول أنه يتبعه إذا استأذن الامام لأنه ليس للحاكم أن يلزم ذمم الصغار ديوناً يتبعون بها مع الغنى عنها، ولأن النفقة على أمثال هؤلاء يكون على وجه الحسبة.

فصل ٣ — ميراث المنبوذ لبيت المال

وميراث المنبوذ لبيت المال، لأنه مسلم لا وارث له وليس لملتقطه شيء من ميراثه، لأن الميراث لا يكون إلا بنسب أو ولاء أو نكاح وكل ذلك معدوم بين المنبوذ وملتقطه، والله أعلم وأحكم.

- (١) اللقيط : هو صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه (حدود ابن عرفة ٤٣٣)
- (٢) أنظر : الموطأ ٢ / ٧٣٨ - ٧٤١ .
- (٣) أنظر : حاشية ابن عابدين ٢٤٩/٣ ، مختصر المزني ١٣٦ ، ١٣٧ .
- (٤) أنظر : مواهب الجليل ٦ / ٨١ - ٨٢ .
- (٥) أنظر : حاشية ابن عابدين ٢ / ٢٤٩ و ٥ / ٤٩١ .
- (٦) في م : يبيعه .
- (٧) أنظر : مواهب الجليل وحاشية المواق ٦ / ٨٠ - ٨١ .
- (٨) المنبوذ : هو الصبي المطروح ، وهو اللقيط (المصباح المنير ٥٩٠) .
- (٩) أنظر : الموطأ ٢ / ٧٤١ ، التفريع ٢ / ٣٣٧ .