

كتاب الفروع
ومعه تصحيح الفروع



شركة أبناء شريف الانصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية •

الخندق العميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥

تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١

بيروت - لبنان

• الدار السنوية •

الخندق العميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥

تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١

بيروت - لبنان

• المطبعة العصرية •

بوليفار نزيه البرزي - ص.ب: ٢٢١

تلفاكس: ٧٢٠٦٢٤ - ٧٢٩٢٥٩ - ٧٢٩٢٦١ ٧ ٠٠٩٦١

صيدا - لبنان

الطبعة الأولى

٢٠١١م - ١٤٣٢هـ

جميع حقوق هذه الطبعة محفوظة للناشر

حقوق التأليف والاعداد محفوظة لدار ابن الأثير/جامعة الموصل
لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو اختزان
مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على أي نحو أو
بأي طريقة، سواء كانت الكترونية أو بالتصوير،
أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من
الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb

E. Mail alassrya@cyberia.net.lb

info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت

www.almaktaba-alassrya.com

**كتاب الفروع
ومعه تصحيح الفروع
لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي**

**المؤلف: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين
المقدسي الراميني ثم الصالحي (المتوفى: ٥٧٦٣هـ)**

المجلد الثالث

كتاب البيع

ينعقد بالإيجاب والقبول بعده بلفظ دالّ على الرضا، وعنه: بعته و: اشترت فقط، فلو قال: بعته بكذا، فقال: أنا آخذه، لم يصح، بل أخذه، نقله مهنا، فإن تقدم القبول بالإيجاب بماض أو طلب صح، وعنه: بماض، وعنه: لا، اختاره الأكثر، كنكاح، نص عليه، وذكر ابن عقيل: فيه رواية، اختاره بعضهم، وإن تراخى عنه في مجلسه صح إن لم يتشاغلا بما يقطعه عرفاً، وإلا فلا. وكذا نكاح، وعنه: لا يبطل بالتفرق، وعنه: مع غيبة الزوج.

ويصح بيع المعاطاة، نحو: أعطني بدرهم خبزاً، فيعطيه ما يرضيه، أو خذ هذا بدرهم فياخذه. وعنه: في اليسير، اختاره القاضي، وعنه: لا، ومثله وضع ثمنه عادة وأخذه، وكذا هبة، فتجهيز بنته بجهاز إلى زوج تمليك، في الأصح، وذكر ابن عقيل: وغيره صحة الهبة. ولا بأس بدوقه حال الشراء، نص عليه، وقال أيضاً: لا أدري إلا أن يستأذن.

وله شروط:

أحدها: الرضا، فإن أكره بحق صح، وإن أكره على وزن مال فباع ملكه كره الشراء، ويصح على الأصح وهو بيع المضطر، ونقل حرب تحريمه وكرهته، وفسره في روايته فقال: يجيئك محتاج فتبيعه ما يساوي عشرة بعشرين، ولأبي داود، عن محمد بن عيسى، عن هشيم، عن صالح بن عامر كذا قال محمد قال حدثنا شيخ من بني تميم قال: خطبنا علي، أو قال: قال علي: «نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك»^(١). صالح: لا يعرف، تفرد عنه هشيم، والشيخ لا يعرف أيضاً.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٨٢) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٧٣).

ولأبي يعلى الموصلي في مسنده: حدثنا روح بن حاتم، حدثنا هشيم، عن الكوثر بن حكيم، عن مكحول قال: بلغني عن حذيفة أنه قال: قال رسول الله ﷺ. فذكر الحديث، وفيه: «ألا إن بيع المضطرين حرام، ألا إن بيع المضطرين حرام»^(١). الكوثر: ضعيف بإجماع، قال أحمد: أحاديثه بواطيل، ليس بشيء. وقال ابن هبيرة: رأيت بخط ابن عقيل: حكى عن كسرى أن بعض عماله أراد أن يجري نهرًا، فكتب إليه أنه لا يجري إلا في بيت لعجوز، فأمر أن يشتري منها، فضوعف لها الثمن فلم تقبل، فكتب كسرى أن خذوا بيتها فإن المصالح الكليات تغفر فيها المفاسد الجزئيات. قال ابن عقيل: وجدت هذا صحيحًا، فإن الله وهو الغاية في العدل - يبعث المطر والشمس، فإن كان الحكيم القادر لم يراع نواذر المضار لعموم المنافع فغيره أولى.

الثاني: الرشد، وعنه: يصح تصرف مميز ويقف على إجازة وليه، نقل حنبل: إن تزوج الصغير فبلغ أباه فأجازه جاز، قال جماعة: ولو أجازه هو بعد رشده لم يجز. وقال شيخنا: رضاه بقسمه هو قسمة تراض، وليس إجازة لعقد فضولي، وقال: إن نفذ عتقه المتقدم أو دل على رضاه به عتق، كمن يعلم أنه يتصرف كالأحرار، وعنه: لا يقف. ذكرها الفخر، وفي الانتصار وعيون المسائل: ذكر أبو بكر صحة بيعه ونكاحه، وفيه نقل ابن مشيش صحة عتقه إذا عقله، وكذا في عيون المسائل صحة عتقه، وأن أحمد قاله. وفي المبهم والترغيب: في عتق محجور عليه وابن عشر وابنة تسع، وفي الموجز ومميز، روايتان، وهما في الانتصار: في سبقه. وقال ابن عقيل: الصحيح عن أحمد لا تصح عقوده، وأن شيخه قال: الصحيح عندي في عقوده كلها روايتان، وقدم في التبصرة صحة عتق مميز وسفيه ومفلس، نقل صالح: إذا بلغ عشرًا زوج وتزوج وطلق وفي طريقة بعض أصحابنا في صحة تصرف مميز ونفوذه بلا إذن ولي وإبرائه وإعتاقه وطلاقه روايتان. ويصح تصرفه بإذنه، على الأصح، والسفيه مثله إلا في عدم وقفه، ويجوز إذنه لمصلحة، ويصح في يسير منهما، وكذا من دون المميز في أحد الوجهين «م ١» ومن عبد، وشرأوه في ذمته واقتراضه لا يصح،

مسألة - ١: قوله: ويصح في يسير منهما، يعني من المميز والسفيه، وكذا من دون المميز، في أحد الوجهين، انتهى.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قطع به في المغني، والشرح، قلت: وهو

كسفيه، في الأصح، وعنه: يصح ويتبع به بعد عتقه، والروايتان في إقراره. وللبيع أخذه منه لإعساره.

ونقل حنبل: من بائعه بعد ما علم أن مولاه حجر عليه ومنعه لم يكن له شيء، لأنه هو أ تلف ماله. وفي قبولهم هبة ووصية بلا إذن أوجه. الثالث: يجوز من عبد، نص عليه.

وفي المغني: يصح قبول مميز «م ٢» وكذا قبضه، وفيه احتمال، ويقبل من مميز، وذكر أبو الفرج: دونه هدية أرسل بها، وإذنه في دخول دار. وفي جامع القاضي: ومن فاسق وكافر، وذكره القرطبي «ع» وقال القاضي أيضًا: إن ظن صدقه، وهذا متجه. قال: وإن حذر من سلوك طريق لزم قبوله، وظاهر كلام غيره: لا، وهو أظهر، ولهذا ذكر في التمهيد مسألة التعبد بالقياس: أن من أخبر بملصوص في طريقه وظن صدقه لزمه تركه. وفي واضح ابن عقيل عن المخالف في خبر واحد، ولو حذر فاسق من طريق وجب قبوله عرفًا، فقال: لا نسلم، لاحتمال قصد تعويقه أو التهزي، والأصل السلامة. وما سبق من كلامه في الجامع ذكره في استقبال القبلة، قال: لأن الاستئذان والهدية موضوعهما على حسن الظن، بدليل قبوله من الصبي، والقبلة موضوعة على الاحتياط، لعدم قبوله من الصبي. ويحتج لذلك أن النبي ﷺ قبل هدايا

الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح، قطع به في الرعاية الكبرى، وهو مفهوم كلام كثير من الأصحاب.

مسألة - ٢: قوله: وفي قبولهم - يعني المميز والسفيه والعبد - هبة ووصية بلا إذن أوجه، الثالث: يجوز من عبد، نص عليه. وفي المغني: يصح قبول مميز، انتهى. وأطلق القبول وعدمه في السفيه والمميز في الرعايتين والحاويين، وأطلقهما في الفائق، في الصغير.

أحدهما: يصح من الجميع. قلت: وهو الصواب، واختاره في المغني، والشرح، والحاوي في قبول المميز.

والوجه الثاني: لا يصح. وقال الحارثي - وتبعه في القواعد الأصولية -: لا يصح قبض مميز هبة ولا قبولها، على أشهر الروايتين، وعليه معظم الأصحاب، قلت: وهذا المذهب، وقد مر للمصنف في باب ذكر أصناف الزكاة.

والوجه الثالث: يصح من العبد دون غيره، وهو المنصوص عن الإمام أحمد، وينبغي أن يكون هذا المذهب.

المشركين وهي على أيدي الكفار، لكن قد يقال هذا مع قرينة ربما أفادت العلم فضلاً عن الظن، نحو مكتابة وعلامة برسالة وغيرها، فلا يفيد الإطلاق، ولعل هذا أولى.

الثالث: أن يكون مباح النفع والاقتناء بلا حاجة، كعقار وبغل وحمار، والقياس فيهما، لا إن نجسًا، قاله في الهداية، ودود قر، وحرمة في الانتصار، وبزره. وفيه وجه، وجزم به في عيون المسائل قال: كبيض ما لا يؤكل، لا حشرات وآلة لهو وكلب وخمر ولو كانا ذميين، ذكره الأزجي عن الأصحاب، وسرجين نجس، وفيه تخريج من دهن نجس. وقال مهنا: سألت أحمد عن السلف في البعر والسرجين قال: لا بأس. وأطلق ابن رزين في بيع نجاسة قولين، وسم قاتل، مطلقًا، وقيل: يقتل به مسلمًا، ويجوز بيع السقمونيا ونحوه.

وفي بيع علق لمص دم وديدان لصيد سمك وما يصاد عليه كبومة شباشا وجهان «م ٣ و ٤».

ويجوز بيع طير لقصد صوته، قاله الجماعة، وعند شيخنا: إن جاز حبسه، وفيه احتمالان لابن عقيل: «م ٥» وفي الموجز: لا يصح إجارة ما قصد صوته، كديك

مسألة - ٣ و ٤: قوله: وفي بيع علق لمص دم، وديدان لصيد سمك، وما يصاد عليه كبومة شباشا وجهان. انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٣: بيع العلق لمص دم، وبيع الديدان لصيد سمك هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الفائق.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح من المذهب، صححه في المغني، والشرح، والنظم، والحاوي الكبير، وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى. قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الثانية - ٤: بيع ما يصاد عليه كبومة شباشا هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وهما احتمالان مطلقان في المغني، والشرح، والرعاية الكبرى، وأطلق الوجهين في الحاوي الكبير.

أحدهما: يصح مع الكراهة، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يصح، صححه الناظم.

مسألة - ٥: قوله: ويجوز بيع طير لأجل صوته ذكره جماعة، وعند شيخنا: يجوز إذا جاز حسبه. وفيه احتمالان لابن عقيل. انتهى، قال في الآداب الكبرى: فأما حبس

وقمري، وفي التبصرة: لا يصح إجارة ما لا ينتفع به كغنم ودجاج وبلبل وقمري. وفي الفنون: يكره. وفي بيع هر وما يعلم الصيد أو يقبل التعليم كفيل وفهد وباز وصقر وعقاب وشاهين ونحوها روايتان، فإن جاز ففي فرخه وبيضه وجهان «م ٦ - ٨».

المتروحات من الأطيوار، كالقماري والبلابل، لترنمها في الأقفاص، فقد كرهه أصحابنا، لأنه ليس من الحاجات إليه، لكنه من البطر والأشر ورقيق العيش، وحبسها تعذيب، فيحتمل أن ترد الشهادة باستدامته، ويحتمل ألا ترد، ذكره في الفصول، انتهى. وقال في الفصول في موضع آخر: وقد منع من هذا أصحابنا وسموه سفهاً، انتهى. فقطع في الموضع الثاني بالمنع وأن عليه الأصحاب، وهو قوي، وقال في باب الصيد: نحن نكره حبسه للتربية لما فيه من السفه، لأنه يطرب بصوت حيوان صوته حنين إلى الطيران وتأسف على التخلي في الفضاء.

تنبيه: قوله: ويجوز بيع طير لأجل صوته ذكره جماعة. قلت: من الجماعة صاحب المستوعب، والمغني، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والنظم، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وهو ظاهر ما قدمه المصنف.

مسألة - ٦ - ٨: قوله: وفي بيع الهر وما يعلم الصيد أو يقبل التعليم كفيل وفهد وباز وصقر وعقاب وشاهين، ونحو ذلك روايتان، فإن جاز ففي فرخه وبيضه وجهان، انتهى ذكر المصنف مسائل:

المسألة الأولى - ٦: بيع الهر هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والمحزر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والزركشي، وتجريد العناية وغيرهم.

إحدهما: يجوز ويصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والكافي، والنظم، وغيرهم. واختاره الشيخ الموفق والشارح، وابن رزين في شرحه وغيرهم. وقدمه في الحاوي الكبير، وقطع به الخرقى وصاحب الوجيز، والمنور، ومنتخب الآمدي وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح البيع، واختاره أبو بكر وابن أبي موسى، والآمدي، وصاحب الهدى، والفائق، وغيرهم. قال في القواعد الفقهية: لا يجوز بيع الهر، في أصح الروايتين، للنهي الصحيح عن بيعه.

المسألة الثانية - ٧: بيع ما يعلم الصيد، كما مثل المصنف، هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والزركشي، وتجريد العناية

وإن لم يقبل الفيل والفهد التعليم لم يجز، كأسد وذئب ودب وغراب.

قال في عيون المسائل: ونسر ونحوها، وقال: ونمر، ويأتي في الصيد، ونقل مهنا عن أحمد أنه كره بيع الفهود وجلودها وجلد النمر. وكذا بيع قرد للحفظ «م ٩»

وغيرهم.

إحدهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والكافي، والنظم، وغيرهم. واختاره الشيخ والشارح، وابن رزين وغيرهم. وقدمه في الحاوي الكبير، وقطع به الخرقى وصاحب الوجيز والمنور، ومنتخب الأمدي وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح، اختاره أبو بكر وابن أبي موسى، وحاصله أن من اختار الصحة هنا اختارها في الهر، إلا صاحب الهدى والفائق، وابن رجب، وأظن والشيخ تقي الدين، فإنهم اختاروا عدم الجواز في الهر، لأنه قد ثبت في صحيح مسلم النهي عن بيعه، والله أعلم.

تنبيه: قوله: في المسألة: وما يعلم الصيد مما يقبل التعليم كفيل، وإلى آخره، وقال بعد ذلك: فإن لم يقبل الفيل أو الفهد التعليم لم يجز بيعه، كأسد إلى آخره، فلعله أراد أن تعليم كل شيء بحسبه، فتعليم الفيل للركوب والحمل عليه ونحوهما، وتعليم غيره للصيد، إلا أنه أراد تعليم الفيل للصيد، وإن كان ظاهر عبارته الأولى، فإن هذا لم يعهده ولم يذكره الأصحاب فيما يصاد به، ولشيخنا عليه كلام في حواشيه.

المسألة - ٨ الثالثة: إذا قلنا يصح البيع، فهل يصح بيع فراخه وبيضه أم لا؟ أطلق الخلاف قلت: وعلى قياسه ولد الفهد الصغير، وأطلقه في الرعاية الكبرى، في البيض.

أحدهما: يصح فيهما إذا كان البيض ينتفع به، بأن يصير فرخاً، وهو الصحيح، اختاره الشيخ والشارح، وصححه في النظم، وقدمه في الكافي، والحاوي الكبير، وشرح ابن رزين، قال الزركشي: إن قبل التعليم جاز، على الأشهر، كالجحش الصغير، قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح. وقال القاضي: لا يجوز بيع البيض لنجاسته، ورده الشارح، وهو كما قال.

مسألة - ٩: قوله: «وكذا بيع قرد للحفظ» يعني أن فيه الخلاف المطلق الذي في سباع البهائم، وأطلقهما في المستوعب والرعايتين، والفائق، وظاهر ما في المغني، والشرح، إطلاق الخلاف كالمصنف:

أحدهما: يصح، اختاره ابن عقيل، وقدمه في الحاوي الكبير. قلت: هو الصواب، وهو أقبل للتعليم مما تقدم، وعمومات كلام كثير من الأصحاب تقتضي ذلك، وقد أطلق

وقيل: وغيره، قال مهنا: سألت أحمد عن بيع القرد وشرائه فكرهه، ويجوز بيع عبد جان، في المنصوص، كمرتد، فلجاهل أرشه وفي مسألة مرتد احتمال ثمنه ومريض، وقيل: غير مأبوس. وفي متحتم قتله لمحاربة ولبن آدمية وقيل: أمة وجهان «م ١٠ و ١١». قال أحمد: أكره للمرأة أن تبيع لبنها، واحتج ابن شهاب وغيره بأن الصحابة

الإمام أحمد كراهة بيع القرد. وقال في آداب الرعايتين: يكره اقتناء قرد لأجل اللعب، وقيل: مطلقاً، انتهى. وظهره أن المذهب لا يكره اقتناؤه لغير اللعب.

والوجه الثاني: لا يصح بيعه، وقال الشيخ الموفق والشارح: وهو قياس قول أبي بكر وابن أبي موسى، واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

مسألة - ١٠ و ١١: قوله: وفي متحتم القتل للمحاربة ولبن آدمية وقيل: أمة، وجهان انتهى ذكر مسألتين.

المسألة الأولى: هل يصح بيع المتحتم القتل للمحاربة أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه في الكافي، والمقنع، والمحزر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في المغني، والشرح، والنظم، والتصحيح وغيرهم. وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والوجيز والمنور، وغيرهم. وقدمه في المستوعب والحاوي الكبير.

والوجه الثاني: لا يصح، قال القاضي: إذا قدر عليه قبل التوبة لم يصح بيعه، لأنه لا قيمة له، انتهى. وهو قوي.

المسألة الثانية: هل يصح بيع لبن الآدميات أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، وتجريد العناية وغيرهم.

أحدهما: يصح مطلقاً، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام الخرقى، صححه الشيخ الموفق والشارح، والناظم وصاحب التصحيح وغيرهم. وجزم به في الوجيز ومنتخب الأمدى، واختاره ابن حامد وابن عبدوس في تذكرته.

والوجه الثاني: لا يصح مطلقاً، قال الشيخ الموفق ومن تابعه: ذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وجزم به في المنور، وقدمه في المحزر، وقد أطلق الإمام أحمد الكراهة.

والوجه الثالث: يصح من الأمة دون الحرة. وأطلقهن في الفائق.

تنبيه: قوله: وفي منذور عتقه نظر، قاله القاضي والمنتخب: يعني نذر تبرر لا نذر

ﷺ قضوا فيمن غر بأمة بضمان الأولاد، ولو كان للبن قيمة لذكروه. ونقل ابن الحكم فيمن عنده أمة رهن فسقت ولده لبنًا وضع عنه بقدره. وفي منذور عتقه نظر، قاله القاضي والمنتخب والأشهر المنع، وفي جواز بيع المصحف «وه» وكرهته «وم ش» وتحريمه روايات «م ١٢» فإن حرم قطع بسرقة ولا يباع في دين، ولو وصى ببيعه لم يبع، نص عليهما، ونقل ابن إبراهيم بيع التعاويذ أعجب إليّ من أن يسأل الناس، والتعليم أحب إليّ من بيع التعاويذ.

وفي القراءة فيه بلا إذن ولا ضرر وجهان «م ١٣» وجوزه أحمد لمرتهن، وعنه.

لججاج وغضب، قاله ابن نصر الله والأشهر المنع، انتهى. الأشهر هو الصحيح من المذهب، جزم به في المحرر والفائق، والمنور، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والنظم. وقيل: يصح بيعه. قال ابن نصر الله في حواشيه: ولا تردد في جواز بيعه. قال في الرعايتين: قلت: إن علقه بشرط صح بيعه قبله، وجزم به في الحاويين، وهو الصواب.

المسألة - ١٢: قوله: وفي جواز بيع المصحف وكرهته وتحريمه روايات، انتهى.

إحداهن: لا يجوز بيعه، وهو الصحيح، على ما اصطلاحناه. قال الإمام أحمد: لا أعلم في بيعه رخصة، وجزم به في الوجيز وغيره، واختاره الشيخ موفق، والشارح، وابن رزين وغيرهم. وقدمه في المغني، والكافي، والشرح، والرعاية الكبرى، والنظم، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والرواية الثانية: يجوز بيعه مع الكراهة، صححه في مسبوك الذهب والخلاصة، والتصحيح. قال في الرواية الكبرى: وهو أظهر. وجزم به في المنور ومنتخب الآمدي وإدراك الغاية، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والهادي، والمحرر، والرعاية الصغرى، والحاويين، ونظم المفردات وغيرهم. واختاره ابن عبدوس وغيره قلت: وعليه العمل، ولا يسع الناس غيره، وأطلقهما في المقنع.

والرواية الثالثة: يجوز بيعه من غير كراهة، وذكرها أبو الخطاب فمن بعده.

تنبيه: قوله: فإن حرم قطع بسرقة، قال بعض الأصحاب المتأخرين: هذا سهو من المصنف، وصوابه فإن جاز قطع بسرقة، وإن حرم لم يقطع، انتهى، وهو كما قال، اللهم إلا أن يريد التحريم مع الصحة، وهو أولى، وفي عبارته ما يدل عليه، لأنه قال: وفي جواز بيعه وكرهته وتحريمه. مراده بقوله: فإن حرم، وهو التحريم الثاني، يعني مع الصحة، والله أعلم.

مسألة - ١٣: قوله: وفي القراءة فيه بلا إذن ولا ضرر وجهان، انتهى.

وفيه: يكره، ونقل عبد الله: لا يعجبني بلا إذنه. ويلزم بذله لحاجة، وقيل: مطلقاً، وقيل: عكسه، كغيره. وإجارته كبيعته «م ١٤» وكذا إبداله وشراؤه والأصح لا يحرمان «م ١٥». روي عن عمر رضي الله عنه: لا تبيعوا المصاحف ولا تشتروها. وعن ابن عمر: وددت أن الأيدي تقطع في بيعها، وعن ابن مسعود وجابر؛ أنهما كرهما بيعها وشراءها. وعن ابن عباس أنه كره بيعه وأنه لا بأس به. وعنه، وعن جابر: ابتعها ولا تبعها. قال القاضي: ويجوز وقفه وهبته والوصية به واحتج بنصوص أحمد، ولا يصح

أحدهما: لا يجوز، وهو الصواب، وقدمه في الرعاية الكبرى، في باب الرهن قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وهو ظاهر ما قطع به في المغني، والشرح، فإنهما قالوا: والرواية الثانية: يجوز رهنه، قال الإمام أحمد: إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه، انتهى. ونقل عبد الله: لا يعجبني بلا إذنه.

والوجه الثاني: يجوز بشرطه المتقدم، اختاره في الرعاية الكبرى، ويؤيده أن الإمام أحمد جوز القراءة فيه للمرتهن، وقد قال في القاعدة التاسعة والتسعين: تجب إعارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد مصحفاً غيره، ونقله القاضي في الجامع الكبير. وذكر ابن عقيل في كلام مفرد له: أن الأصحاب عللوا قولهم لا يقطع بسرقة المصحف، فإن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه، وعلى صاحبه بذله لذلك، انتهى. وهنا يقوى الجواز، وعنه: يكره.

مسألة - ١٤: قوله: وإجارته كبيعته. انتهى. قد علمت الصحيح من الروايات التي في البيع، فكذا يكون الصحيح في الإجارة، كما قال المصنف وغيره من الأصحاب، والله أعلم.

مسألة - ١٥: قوله: وكذا إبداله وشراؤه، والأصح لا يحرمان، انتهى. انتفى التحريم من إطلاق الخلاف، وبقي رواية الجواز والكراهة، وظاهر كلامه إطلاق الخلاف فيهما، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافي، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والبلغة، والحاويين، والفاثق، وغيرهم.

إحداهما: لا يكره، وهو الصحيح، فقد رخص الإمام أحمد في شرائها، وجزم به في الوجيز والمنور، وصححه في التصحيح، وقدمه في المحرر وغيره، واختاره الشيخ والشارح، في الشراء واختار ابن عبدوس كراهة الشراء، وعدم كراهة الإبدال.

والرواية الثانية: يكره، قدمه في الخلاصة، والرعايتين، وذكر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا؟ روايتين، وأنكر القاضي ذلك وقال: هي بيع، بلا خلاف، وإنما أجاز أحمد إبدال المصحف بمثله، لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال بعوض دنيوي بخلاف أخذ ثمنه، ذكره في القاعدة الثالثة والأربعين بعد المائة.

بيعه لكافر «هـ ق» ويجوز نسخه بأجرة، نقله الجماعة. واحتج بقول ابن عباس، ففيه لمحدث بلا حمل ولا مس روايتان «م ١٦» وكذا كافر، وفي النهاية: يمنع. وقال أبو بكر: لا يختلف قول أبي عبد الله أن المصاحف يكتبها النصارى، على ما روي عن ابن عباس، ويأخذ الأجرة من كتبها من المسلمين والنصارى. وروى الخلال في كتاب المصحف، عن البغوي، عن أحمد أنه قال: نصارى الحيرة كانوا يكتبونها، لقلة من كان يكتبها، قيل: له: يعجبك هذا؟ قال: لا، ما يعجبني، قال في الخلاف: يمكن حمله على أنهم يحملونه في حال كتابتهم. وقال في الجامع: ظاهره: كراهته لذلك، وكرهه للخلاف، وقال: ويحمل قول أبي بكر: يكتبه بين يديه لا يحمله، وهو قياس المذهب «م ١٧» أنه يجوز، لأن مس القلم للحرف كمس العود للحرف، ويجوز

مسألة - ١٦: قوله: ويجوز نسخه بأجرة، ونقله الجماعة ففيه لمحدث بلا مس ولا حمل روايتان. انتهى.

إحداهما: يجوز، وهو الصحيح، قطع به الشيخ الموفق وغيره، واختاره القاضي في التعليق وغيره، وهو مقتضى كلام الخرقى، وهو ظاهر ما اختاره الزركشي.

والرواية الثانية: لا يجوز، وللمجدد: احتمال بالجواز للمحدث دون الجنب، وأطلقهن في الرعاية، وحكاهن أوجهها، وقيل: هو كالتقليب، وقيل: لا يجوز وإن جاز التقليب بالعود.

مسألة - ١٧: قوله: وهما في كافر، وفي النهاية يمنع، وقال أبو بكر: لا يختلف قول أبي عبد الله أن المصاحف يجوز أن تكتبها النصارى. قال القاضي: يحمل قول أبي بكر على ما إذا كتبه وهو بين يديه من غير مس، ولا حمل، وهو قياس المذهب. انتهى، وأطلق الروائين صاحب التلخيص، وابن تميم وابن حمدان.

إحداهما: يجوز، وهو الصحيح، اختاره القاضي في التعليق وغيره. قال ابن عقيل في التذكرة: ويجوز استئجار الكافر على كتابة المصحف إذا لم يحمله، وجزم به في الآداب الكبرى وغيره وقال: نص عليه، وتقدم كلام أبي بكر والقاضي أيضًا.

والرواية الثانية: المنع، قيل للإمام أحمد: يعجبك أن تكتب النصارى المصاحف؟ قال: لا يعجبني. قال الزركشي: فأخذ من ذلك رواية بالمنع، انتهى. قلت: رواية المنع في حق الكافر أقوى من رواية المنع في حق المسلم، والله أعلم.

تنبيه: يحتمل أن قوله: «وكذا في كافر» لا يقتضي إطلاق الخلاف، بل يكون ذلك مجرد إخبار، ويحتمل أن الخلاف مطلق عنده، وتقديره: والروائتان المطلقتان في جواز نسخ المحدث مطلقتان في جواز ذلك من الكافر، فلذلك صححنا الخلاف وبيئنا

للمحدث تقليب الورق بعود، نقله الجماعة. ويتوجه من المنع تخريج: لا يجوز نسخه بأجرة، لاختصاص كون فاعله من أهل القرية، وكرهه ابن سيرين كتعليم القرآن، قال أحمد: نفس ما في المصحف يكتب كما في المصحف، يعني لا يخالف حروفه. وقال القاضي: لا يجوز، وقال بعد كلام أحمد: إنما اختار ذلك لأنهم أجمعوا على كتبه بهذه الحروف فلم تحسن مخالفته ونقل أبو طالب: لا تباع كتب العلم، وكرهه «م» وقيل: لا يقطع بسرقتها محتاج.

ويصح شراء كتب زندقة ونحوها ليتلفها، ذكره في الرعاية، وذكره في الفنون عن بعض أصحابنا وزاد: لا خمر ليريقها، لأن في الكتب مالية الورق، قال ابن عقيل: يبطل بآلة اللهو، وسقط حكم مالية الخشب وفي جواز الاستصباح بدهن نجس روايتان «م ١٨» نقل الجماعة: ما لم يمسه بيده، يأخذه بعود. وخرج منه جواز بيعه، كييعه لكافر عالم به، في رواية.

الرابع: القدرة على تسليمه. فلا يصح بيع السمك في الماء «و» والطير في الهواء «و» وقيل: لا يألف الرجوع، واختاره في الفنون وأنه قول الجماعة، وأنكره من لم يحقق، فإن أمكن أخذه ومكانه مغلق أو أخذ سمك في ماء من مكان له وطالت المدة فلم يسهل أخذه لم يجز، لعجزه في الحال والجهل بوقت تسليمه، وظاهر الواضح وغيره: بلى، وهو ظاهر تعليل أحمد بجهالته، وإلا فوجهان «م ١٩» وصححه

المذهب، والله أعلم.

المسألة - ١٨: قوله: وفي جواز الاستصباح بالدهن النجس روايتان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والإيضاح والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغني، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والمحزر، ومختصر ابن تميم، والشرح، وشرح ابن منجا، والمذهب، الأحمد والرعاية الصغرى، والحاويين والفائق، وغيرهم.

إحداهما: يجوز وهو الصحيح صححه في التصحيح والخلاصة، والرعاية الكبرى، قال الزركشي: هذا أشهر الروايتين، ونصرها في المغني، واختارها الخرقى، والشيخ تقي الدين وغيرهما، وجزم به في الإفادات في باب النجاسة.

والرواية الثانية: لا يجوز جزم به في الوجيز.

مسألة - ١٩: قوله: فإن أمكن أخذه - يعني الطير - ومكانه مغلق، أو أخذ سمك في ماء من مكان له وطالت المدة فلم يسهل أخذه لم يجز. وظاهر الواضح وغيره: بلى وإلا فوجهان، انتهى. يعني إذا طالت المدة وأمكن أخذه، ولكن بتعب ومشقة فهذا محل الوجهين، قاله الشيخ الموفق والشارح.

بعضهم في الأولى، لقصر المدة، ولا بيع مغضوب إلا لغاصبه «و» وعلى الأصح: أو قادر عليه «و هـ» وكذا آبق، اختاره الشيخ وغيره، وذكره القاضي في موضع «و هـ» وكذا آبق، اختاره الشيخ وغيره، وذكره القاضي في موضع «و هـ م» والأشهر المنع. وإن عجز فله الفسخ.

ويصح بيع النحل بكوارته أو فيها مفردًا، في الأصح فيهما، والأكثر إذا شوهد داخلًا، قال جماعة: لا بما فيها من نحل وعسل، وظاهر كلام بعضهم صحته.

الخامس: معرفته، فلا يصح إلا برؤية مقارنة له أو لبعضه إن دلت على بقيته، نص عليه، فرؤية أحد وجهي ثوب خام تكفي، لا منقوش ولا بيع الأنموذج، بأن يريه صاعًا ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه، وقيل: ضبط الأنموذج كذكر الصفات. نقل جعفر فيمن يفتح جرابًا ويقول: الباقي بصفته، إذا جاءه على صفته ليس له رده، واحتج به القاضي على أنه إذا كان لنوع من العرض عُرف في المعاملة فهو كالوصف، والشرط كالثمن، قال القاضي وغيره: وما عرفه بلمسه أو شمه أو ذوقه فكرؤيته، وعنه: ويعرف صفة المبيع تقريبًا، فلا يصح شراء غير جوهري جوهرة، وقيل: وشمه وذوقه، وعلى الأصح: أو رؤية سابقة بزمان لا يتغير فيه ظاهرًا، وقيل: بغير ظن بقاء ما اضطرفا به، وعلى الأصح: أو بصفة تكفي في السلم «ق» فيصح بيع أعمى وشراؤه، كتوكيله «و» وعنه: أو لا يكفي «خ» وعنه: وبغير صفة «و هـ» اختاره شيخنا في موضع، وضعفه أيضًا، هذا إن ذكر جنسه، وإلا لم يصح، رواية واحدة، قاله القاضي وغيره، فعليها: له خيار الرؤية، على الأصح، وله قبلها فسخ العقد. وقال ابن الجوزي: كإمضائه.

ولا يبطل العقد بموت وجنون، وللمشتري الفسخ، بخلاف رؤية سابقة أو صفة، لا مطلقًا «هـ ق» على التراخي إلا بما يدل على الرضا من سوم ونحوه، لا بركوبه الدابة في طريق الرد، وعنه: على الفور، وعليها متى أبطل حقه من رده فلا

أحدهما: يصح وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق والشارح، وغيرهما، وقدمه في الفائق.

والوجه الثاني: لا يصح والحالة هذه، اختاره القاضي.

تنبيه: لو لم تطل المدة في تحصيله جاز بيعه، قطع به في المغني، والشرح، والرايعتين، والحاويين، وغيرهم. وقاله القاضي وغيره، وظاهر كلام المصنف أن فيه وجهين مطلقين، وليس الأمر كذلك، وعلى تقدير أن يكون فيه خلاف فضعيف، والله أعلم.

أرش، في الأصح، فإن اخ تَلَفًا فيهما قبل قوله مع يمينه، وفي الرعاية: وفيه نظر. وقال صاحب المحرر: وقد ذكر القاضي وابن عقيل: وأبو الخطاب بعموم كلامه إذا اخ تَلَفًا في صفة المبيع هل يتحالفان أو قول البائع؟ فيه روايتان، وسيأتي، وعند «م» قول البائع. وبيع موصوف غير معين يصح في أحد الوجهين اعتبارًا بلفظه، والثاني: لا، وحكاة شيخنا عن أحمد، كالسلم الحال. والثالث: يصح إن كان ملكه «م ٢٠» فعلى الأول حكمه كالسلم، ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس، في وجه. وفي آخر: لا «م ٢١» فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى،

مسألة - ٢٠: قوله: وبيع موصوف غير معين يصح في أحد الوجهين اعتبارًا بلفظه، والثاني: لا، وحكاة شيخنا عن أحمد، كالسلم الحال، والثالث: يصح إن كان في ملكه، انتهى.

أحدها: يصح، وهو الصحيح، قطع به القاضي في الجامع الكبير، وصاحب المستوعب والمغني، والشرح، والوجيز وغيرهم. قال في النكت: قطع به جماعة، قال في الرعاية الكبرى: صح البيع، في الأقيس، انتهى. وذلك لأنه في معنى السلم.

والوجه الثاني: لا يصح، وحكاة الشيخ تقي الدين رواية، وهو ظاهر ما قطع به في التلخيص، لأنه اقتصر عليه، قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثالث: يصح إن كان في ملكه، وإلا فلا، اختاره الشيخ تقي الدين. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام الشيخ في المقنع، حيث قال: ولا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتريه ويسلمه.

تنبيه: كان الأحسن أن يقول في العبارة: يصح في أحد الوجوه أو الأوجه، لا في أحد الوجهين، لأنه ذكر ثلاثة أوجه، والظاهر أنه أراد ما قلنا ولكن سبق القلم منه أو من الكاتب، والله أعلم.

مسألة - ٢١: قوله: فعلى الأول حكمه كالسلم ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس، في وجه، وفي آخر: لا، انتهى.

الوجه الأول: هو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، والرعاية الكبرى، وغيرهم وجزم به في الوجيز. والوجه الثاني: اختاره القاضي، وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب في أول باب السلم، فإنه قال: الثالث: ما لفظه لفظ البيع ومعناه معنى السلم، كقوله: اشتريت منك ثوبًا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون موجودًا ولا معينًا، فهذا سلم، ويجوز التفرق فيه قبل القبض، اعتبارًا باللفظ دون المعنى، انتهى. ولكن يحتمل قوله: «بهذه الدراهم» أن القبض يحصل في المجلس والله أعلم. قال

ليخرج عن بيع دين بدين، وجوز شيخنا بيع الصفة والسلم حالاً إن كان في ملكه، قال: وهو المراد بقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١) فلو لم يجز السلم حالاً لقال: لا تبع هذا، سواء كان عنده أو لا، وأما إذا لم يكن عنده فإنما يفعله لقصد التجارة والربح، فيبيعه بسعر، ويشتريه بأرخص، ويلزمه تسليمه في الحال، وقد يقدر عليه وقد لا وقد لا تحصل له تلك السلعة إلا بثمن أعلى مما تسلف فيندم، وإن حصلت بسعر أرخص من ذلك ندم المسلف. إذ كان يمكنه أن يشتريه هو بذلك الثمن، فصار هذا من نوع الميسر والقمار والمخاطرة، كييع العبد الأبق والبغير الشارد يباع بدون ثمنه، فإن حصل ندم البائع، وإن لم يحصل ندم المشتري. وأما مخاطرة التجارة فيشتري السلعة بقصد أن يبيعها بربح ويتوكل على الله تعالى في ذلك، فهذا الذي أحله الله.

وذكر القاضي وأصحابه: لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، وأنه لا يصح بيع ثوب نسج بعضه على أن ينسج بقيته، لأن البقية سلم في أعيان، وإن قال: بعثك هذا البغل، فبان فرساً، لم يصح. وقيل: له الخيار، وفي الانتصار: مع معرفة مشتر بجنسه منع وتسليم ولا يصح بيع مجهول مفرد كحمل «ع» وهو بيع المضامين وهو المجر - قيل: بفتح الميم وقيل: بكسرهما - «م ٢٢» ولبن

المصنف هنا، على هذا الوجه: ظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى، ليخرج من بيع دين بدين، انتهى. وهو كما قال، والظاهر أنه عنى بظاهر المستوعب ما نقلناه عنه.

مسألة - ٢٢: قوله: ولا يصح بيع مجهول مفرد كحمل، وهو بيع المضامين وهو المجر - قيل بفتح الميم وقيل بكسرهما - انتهى. الظاهر أن هذا ليس من الخلاف المطلق. إذ الأصحاب ليس لهم في هذا الكلام، ولا يترتب عليه حكم شرعي، وإنما مرجعه إلى اللغة. ولكن المصنف لما لم ير أن أحد القولين أقوى من الآخر أتى بهذه الصيغة، ليدل على أن كلا القولين قوي في نفسه، ويحتمل أن يكون أهل اللغة اختلفوا في الراجح منهما، وهو بعيد.

تنبيه: نزيد شيئاً لم يذكره المصنف، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: المجر يسكون

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٠٣) والنسائي في سننه (٢/٢٢٥) والترمذي في سننه (٢٣٢/١) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٨٧) وأحمد في المسند (٤٠١/٣، ٤٠٣) والبيهقي في سننه (٢٦٧/٥، ٣١٧، ٣٣٩) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٢٩٢).

في ضرع «م» وقال شيخنا: إن باعه لبنًا موصوفًا في الذمة واشترط كونه من هذه الشاة أو البقرة جاز، واحتج بما في المسند أن النبي ﷺ؛ نهى أن يسلم في حائط بعينه إلا أن يكون قد بدا صلاحه^(١)، قال: فإذا بدا صلاحه وقال أسلمت إليك في عشرة أوسق من تمر هذا الحائط جاز، كما يجوز أن يقول: ابتعت منك عشرة أوسق من هذه الصبرة ولكن التمر يتأخر قبضه إلى كمال صلاحه، هذا لفظه. قال الأصحاب: والمسك في فارته كالنوى في التمر، ويتوجه تخريج واحتمال: يجوز، لأنها وعاء له تصونه وتحفظه، فيشبه ما مأكوله في جوفه، وتجار ذلك يعرفونه فيها، فلا غرر، واختاره في الهدى.

قال الأصحاب: وعبد مبهم في أعبد، وظاهر كلام الشريف وأبي الخطاب: يصح إن تساوت القيمة، وفي الانتصار: إن ثبت للشباب عرف وصفة صح إطلاق العقد عليها، كالنقود، أو مأ إليه. وفي مفردات أبي الوفا: يصح بيع عبد من ثلاثة بشرط الخيار. ولا هؤلاء العبيد إلا واحدًا مبهمًا، ولا عطاء قبل قبضه لأنه غرر، ولا رقعة به، وعنه: بيعها بعرض مقبوض، قال أحمد: لأنه إنما يحتال على رجل مقرر بدين عليه، والعطاء معيب. ونقل حرب في بيعها بعرض: لا بأس به.

ولا بيع المعدن وحجارته والسلف فيه، نص عليه، قال أحمد في من يتقبل الآجام أو الطرح لا يدري ما فيه: أشر ما يكون، وأنه لا يصح.

ولا ملاسة ومنابذة، نحو أي ثوب لمسته أو نبذته أو إن لمست أو نبذت هذا فهو بكذا. ولا صوف على ظهر، وعنه: يجوز بشرط جزه في الحال «وم». ولا فجل ونحوه قبل قلعه، في المنصوص، وقتاء ونحوه، إلا لقطة لقطة، نص عليه، إلا مع أصله، وجوز ذلك شيخنا وقال: هو قول كثير من أصحابنا «وم» لقصد الظاهر غالبًا. ولا ثوب مطوي.

ويصح بيع الثمار والحبوب المستترة في أكمامها، قال في التلخيص: على المشهور عنه، سواء كان في إبقائه فيه صلاح ظاهر أو لم يكن، وإنما نهى الشارع عن بيع الغرر.

الجيم. وقال أبو عبيدة والفتيبي: هو بفتحها، والمعنى واحد. فيصير فيه أربع لغات، من ضرب اثنين في اثنين، والله أعلم.

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/٤٦، ٥١، ١٤٥).

ورخص في الثمر بعد بدو صلاحه، قال شيخنا: وبعضه معدوم. ويصح بيع قفيز من صبرة إن علمًا زيادتها عليه، وقيل: ومن صبرة يقال القرية، ولو تلفت إلا قفيزًا فهو المبيع، ولو فرق القفزان فباعه أحدها مبهمًا فاحتمالاً «م ٢٣» أظهرهما يصح.

قال الأزهرى: الصبرة: الكومة المجموعة من الطعام سميت صبرة لإفراغ بعضها على بعض، ومنه قيل: للسحاب فوق السحاب: صبير.

وإن باع ذراعًا مبهمًا من أرض أو ثوب لم يصح، في الأصح، باتفاق الأئمة، قال صاحب المحرر، لأنه لا معينًا ولا مشاعًا، إلا أن يعلم ذرع الكل فيصح مشاعًا. وقال القاضي في الثوب: إن نقصه القطع فلا، وفي بيع خشبة في سقف وفص في خاتم الخلاف، وإن باع عشرة أذرع وعين الابتداء ولم يعين الانتهاء لم يصح، نص عليه، ومثله: بعتك نصف هذه الدار الذي يليني، قاله صاحب المحرر.

وإن استثنى من حيوان يؤكل رأسه وجلده وأطرافه صح، في المنصوص، وإن لم يجز بيعه وحده، لعدم اعتياده ولأن الاستثناء استبقاء وهو يخالف العقد المبتدأ، لجواز استبقاء المتاع في الدار المباعة إلى رفعه المعتاد. وبقاء ملك النكاح على المعتدة من غيره والمرتدة، ولصحة بيع الورثة أمة موصى بحملها، لا بيع الحمل. فإن أبى ذبحه لم يجبر، في المنصوص، وله قيمته، قاله أحمد: ونقل حنبل مثله.

مسألة - ٢٣: قوله: ولو فرق القفزان ثم باعه أحدها مبهمًا ففيه احتمالان، انتهى. وأطلقهما في القواعد.

أحدهما: يصح، قدمه في الرعاية الكبرى، قال في القاعدة الخامسة بعد المائة: ظاهر كلام القاضي الصحة، لأنه ذكر في الخلاف صحة إجارة عين من أعيان متقاربة النفع، لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان، انتهى. قلت: وهو الصواب.

والاحتمال الثاني: لا يصح، صححه في التلخيص، قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، ومحل الخلاف إذا كانت متساوية الأجزاء.

تنبيه: قوله: وإن استثنى. صاعًا من ثمرة بستان، وقيل: أو شجرة، لم يصح، في ظاهر المذهب، انتهى. فقدم أن استثناء صاع من شجرة يصح، وهي طريقة القاضي في جامعہ وشرحه، وقاسها على سواقات الشاة، وهي إحدى الطريقتين، والطريقة الأخرى هي كاستثناء صاع من ثمرة بستان، وهو الصحيح، وهي طريقة الشيخ الموفق، والشارح، وابن رزين، وصاحب المستوعب، والمحرر، والرعايتين، والوجيز والحاوي الصغير، وغيرهم.

وللمشتري الفسخ بعيب يختص هذا المستثنى، ذكره في الفنون، ويتوجه: لا، وأنه إن لم يذبحه للمشتري الفسخ، وإلا فقيمته، كما روي عن علي، ولعله مرادهم.

ومثله إن استثنى حملاً من حيوان، أو أمة، أو رطلاً من اللحم، أو الشحم، أو قفيزاً من صبرة، أو صاعاً من ثمرة بستان، وقيل: أو شجرة، لم يصح، في ظاهر المذهب «و هـ ش» كاستثناء الشحم، وعنه: يصح. نقله ابن القاسم وشندي في حمل، وذكره أبو الوفاء المذهب في رطل من اللحم، وجزم به أبو محمد الجوزي في آصع من بستان، كاستثناء جزء مشاع معلوم، على الأصح، ولو فوق ثلثها «م» وكبيع صبرة بألف إلا بقدر رבעه لا ما يساويه، لجهالته. وفي عيون المسائل في: إلا بقدر رבעه، معناه إلا ربعها، لأنه إذا باعها بأربعة آلاف فكل ربع بألف، فكأنه باع ثلاثة أرباعها بأربعة آلاف.

ويصح بيع حيوان مذبوح أو لحمه أو جلده. وفي التلخيص وغيره: لا يصح بيع لحم في جلد أو معه اكتفاء برؤية الجلد، بل بيع رؤوس وسموط. قال شيخنا: في حيوان مذبوح: يجوز بيعه مع جلده جميعاً، كما قبل الذبح، كقول جماهير العلماء، كما يعلمه إذا رآه حيّاً، ومنعه بعض متأخري الفقهاء، ظاناً أنه بيع غائب بدون رؤية ولا صفة، قال شيخنا: وكذلك يجوز بيع اللحم وحده والجلد وحده. وأبلغ من ذلك أن النبي ﷺ وأبا بكر في سفر الهجرة اشتريا من رجل شاة واشترطا له رأسها وجلدها وسواقطها، وكذلك كان أصحابه ﷺ يتبايعون.

السادس: معرفة الثمن، فلا يصح برقم مجهول، أو بما ينقطع سعره، أو كما يبيع الناس، على الأصح فيهن، وصححه شيخنا بثمان المثل، ككنكاح، وأنه مسألة السعر، وأخذه من مسألة التحالف ومن جهالة الثمن: بعني هذا بمائة على أن أرهن بثمانه بالمائة التي علي هذا. ولا بمائة ذهباً وفضة، وبناءه القاضي وغيره على إسلام ثمن في جنسين، وصحح ابن عقيل: إقراره بذلك مناصفة، ويتوجه هنا مثله «و هـ» ولا بدينار إلا درهماً، نقله أبو طالب «و» وقيل: يصح، فتنقص قيمته، وصححه ابن عقيل: بالمستثنى منه كله، ولا بدينار مطلق وهناك نقود، والأصح يصح، وله الغالب، فإن عدم لم يصح، وعنه: يصح، وله الوسط، وعنه: الأدنى، ولا بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة، في المنصوص، ما لم يفترقا على أحدهما، ويصح بوزن صنجة لا يعلمان وزنها، وصبرة، في الأصح.

وصححه في الترغيب في الثانية، ومثله: ما يسع هذا الكيل، ونصه: يصح، «ش وم» بموضع فيه كيل معروف، ويصح بيع الصبرة كل قفيز بدرهم، لا منها، في

الأصح فيهما. وفي عيون المسائل: إن باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم صح، لتساوي أجزائها، بخلاف: من الدار كل ذراع بدرهم، لاختلاف أجزائها.

ثم قال بعد ذلك: إذا باعه من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح، لأنه لم يبعه كلها ولا قدرًا معلومًا، بخلاف أجرتك داري كل شهر بدرهم، يصح في الشهر الأول فقط، للعلم به وبقسطه من الأجرة. ويصح بيع دهن في ظرف معه موازنة كل رطل بكذا، مع علمهما بمبلغ كل منهما، وإلا فوجهان، وصححه صاحب المحرر إن علما زنة الظرف «م ٢٤» وإن احتسب بزنة الظرف على المشتري وليس مبيعًا وعلما مبلغ كل منهما صح، وإلا فلا، لجهالة الثمن، أو باعه جزأً بظرفه أو دونه صح، وإن باعه إياه في ظرفه كل رطل بكذا على أن يطرح منه وزن الظرف صح «و ه م ش» قال صاحب المحرر: لا نعلم فيه خلافًا، مع أنه ذكر ما ذكره صاحب الحاوي من الشافعية: إذا باعه جامدًا في ظرفه كدقيق وطعام موازنة على شرط حط الظرف، في جوازه وجهان لهم، وذكر أيضًا قول حرب لأحمد: الرجل يبيع الشيء في الظرف مثل قطن في جواليق فيزنه ويلقي للظرف كذا وكذا؟، قال: أرجو أن لا بأس، ولا بد للناس من ذلك، ثم قال: وقد حكينا عن القاضي بخلاف ذلك، ولم أجده ذكر إلا قول القاضي الذي ذكره الشيخ إذا باعه معه، والله أعلم.

وإن اشترى سمناً أو زيتاً في ظرف فوجد فيه رُباً صح في الباقي بقسطه، وله الخيار، ولم يلزمه بدل الرُّبِّ.

وإن باع عبداً بينهما، أو عبده وعبد غيره، أو عبداً وحرّاً، أو خلاً وخمراً، صح فيما يصح إفراده، في ظاهر المذهب، اختاره الأكثر، وعنه: لا، واختار الشيخ الصحة في الصورة الأولى. ومتى صح فكيل: بالثمن، والأشهر يقسط على قدر قيمة العبدین، والخمر كيل: يقدر خلاً، كالحر عبداً، وقيل: تعتبر قيمتها عند من لها قيمة عنده «م ٢٥ و ٢٦» وعند صاحب الترغيب وغيره: إن علما بالخمر ونحوه لم يصح، وكذا إن

مسألة - ٢٤: قوله: ويصح بيع دهن ونحوه في ظرف معه موازنة كل رطل بكذا مع علمهما بمبلغ كل منهما، وإلا فوجهان، وصححه في المحرر فيما إذا علماً زنة الظرف، انتهى.

أحدهما: يصح مطلقاً، وهو الصحيح، صححه الشيخ والشارح، وقدماه.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي في المجرد، وجزم به في الرعاية الكبرى، والحاوي الكبير.

مسألة - ٢٥ و ٢٦: قوله: وإن باعه عبداً بينهما، أو عبده وعبد غيره، أو عبداً

تفرقا وإن لم يتفرق وكيلاهما في صرف أو سلم عن قبض بعضه ولو باع معلوماً ومجهولاً تجهل قيمته مطلقاً لم يصح، فلو قال كل منهما بكذا فوجهان، بناء على أن علة المنع اتحاد الصفقة أو جهالة الثمن في الحال «م ٢٧» وإن باعه بمائة ورطل خمر

وحرّاً، أو خلاً وخمرّاً، صح ثم قال: ومتى صح فقيّل بالثمن كله والأشهر بقسطه على قدر قيمة العبدین، والخمر قیل يقدر خلاً، كالحرّ يقدر عبداً. وقيل: تعتبر قيمتها عند من لها قيمة عنده، انتهى، ذكر مسألتين.

المسألة الأولى ٢٥: إذا باعه ذلك وقلنا: يصح، فهل يأخذ ما صح بيعه كله أو يقسطه على قدر قيمة العبدین؟ أطلق فيه الخلاف، ثم قال: والأشهر يقسط، وهو المذهب بلا ريب، وعليه أكثر الأصحاب، وقيل: يأخذه بالثمن كله. قلت: وهو ضعيف جداً، وإتيان المصنف بهذه الصيغة فيه نظر، قال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في باب الضمان: يصح العقد بكل الثمن أو برد، قال ابن رجب في آخر الفوائد: وهذه في غاية الفساد، اللهم إلا أن يخص هذا بمن كان عالماً بالحال وإن بعض العقود عليه لا يصح العقد عليه، فيكون قد دخل على بدل الثمن في مقابلة ما يصح العقد عليه خاصة كما يقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته: إن الوصية كلها للحي، انتهى. فعلى المذهب يأخذ عبد البائع بقسطه على قدر قيمة العبدین، قال المصنف: هذا الأشهر، وذكر القاضي وابن عقيل وجهاً في باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول أن الثمن يقسط على عدد المبيع لا القيمة، ذكراه فيما إذا باع عبيد أحدهما له والآخر لغيره، كما لو تزوج امرأتين، قال في آخر الفوائد: وهو بعيد جداً، ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنساً واحداً.

المسألة الثانية ٢٦: هل يقدر الخمر خلاً، كالحرّ يقدر عبداً؟ أو يعتبر قيمتها عند أهلها؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في التلخيص.

أحدهما: يقدر خلاً ويقوم، وهو الصحيح، جزم به في البلغة وغيره، وقدمه في الرعايتين والحاويين، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: يعتبر قيمتها عند أهلها، قال ابن حمدان: قلت: إن قلنا نضمن لهم، انتهى. قلت: وهذا الوجه ضعيف، وأيضا القول بأنه يأخذه بالثمن كله ضعيف جداً، وإطلاق الخلاف في ذلك فيه شيء، والله أعلم.

مسألة - ٢٧: قوله: ولو باع معلوماً ومجهولاً تجهل قيمته مطلقاً لم يصح. فلو قال كل منهما بكذا فوجهان، بناء على أن علة المنع اتحاد الصفقة أو جهالة الثمن في الحال، انتهى. وأطلقهما في الرعايتين والحاويين، والفائق، وغيرهم. قال في

التلخيص: أصل الوجهين إن قلنا العلة اتحاد الصفقة لم يصح البيع، وإن قلنا:

فسد. وفي الانتصار بتخريج صحة العقد فقط على رواية. وفي عيون المسائل: إن سلم أن العقد يفسد في الجميع فالأن الخمر لا قيمة لها في حقنا بالاتفاق، وما لا قيمة له لا ينقسم عليه البذل بل يبقى العقد بالمائة ويبقى الرطل شرطاً فاسداً، فيدخل في العقد، ودخل على الكل ففسد كله، قال: ولا يلزم إذا اشترى درهماً بدرهم وثوب، فإن العقد يفسد كله، قال ولا يلزم إذا اشترى درهماً بدرهم وثوب، فإن العقد يفسد كله، لأن الدرهم متى قبل بالدرهم من حيث المقابلة وزناً يقدر شرعاً فيبطل، فيبقى الثوب ربا فيفسد العقد، وإن باع عبده وعبد غيره بإذنه بثمن واحد صح، في المنصوص، فيسقط على قدر القيمة. ومثله بيع عبده لاثنين بثمن واحد لكل منهما عبد، أو اشتراها منهما، وفيها في المنتخب وجه على عددهما، فيتوجه في غيرها، ومثلها الإجارة.

وإن جمع مع بيع إجارة أو صرفاً أو خلعاً صح فيهن، نص عليه، وقيل: لا يصح. وذكره أبو الخطاب رواية، وبين بيع ونكاح يصح النكاح، في الأصح، وفي البيع وجهان «م ٢٨» وبين كتابة وبيع يبطل البيع، في الأصح، وفي الكتابة وجهان

العلة جهالة الثمن في الحال صح البيع، وعلى التعليل الأول يدخل الرهن والهبة والنكاح ونظائرها. انتهى. فالمصنف تابع صاحب التلخيص، على ذلك.

أحدهما: يصح في المعلوم، وهو الصحيح، جزم به ابن عبدوس في تذكرته، وهو ظاهر ما علل به الشيخ والشارح، وغيرهما قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح، لما علله به صاحب التلخيص، و المصنف.

تنبيه: أطلق كثير من الأصحاب الجهالة، وحرر المصنف فقال: مجهولاً تجهل قيمته مطلقاً، يعني بحيث لا يمكن الاطلاع عليها، وهذا هو الصواب. قال في التلخيص، والبلغة: مجهولاً لا تطمع في قيمته، وهو ظاهر كلامه في المغني، والشرح، وغيرهما، فإنهم صوروا المجهول بالحمل في البطن. وقال في الرعايتين، وإن جمع بين معلوم ومجهول وقيل: يتعذر علم قيمته فذكر ذلك قولاً، والصحيح ما قلناه، والله أعلم.

المسألة - ٢٨: قوله: إن جمع بين بيع ونكاح صح في النكاح، في الأصح. وفي البيع وجهان انتهى وأطلقهما في المستوعب والكافي، والمغني، والتلخيص، والبلغة، والمحزر، والنظم، والحاوي الكبير، والفائق، والرعاية الكبرى، في موضع.

أحدهما يصح البيع، وهو الصحيح، واختاره الشيخ وغيره، وجزم به في الوجيز وغيره.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الرعاية

«م ٢٩» وقيل: نصه: صحتها، ويقسط على قيمتهما، وإن تأخر قبض فيما يعتبر له ففسخ العقد ففي فسخ الآخر ما سبق.

السابع: أن يكون مملوكًا له حتى الأسير، أو مأذونًا فيه وقت إيجابه وقبوله، فلا يصح بيع معين لا يملكه ليشتريه ويسلمه، وإن باع أو اشترى بمال غيره أو طلق زوجته أو غير ذلك من التصرفات، قاله شيخنا، وهو ظاهر كلام غيره، وصرح به ابن الجوزي في طلاق زوجة غيره بلا إذنه لم يصح، اختاره الأكثر، وعنه: يصح ويقف على الإجازة «و هـ» قال بعضهم في طريقته: ولو لم يكن له مجيز في الحال «هـ» وعنه: صحة تصرف غاصب، والروايات في عبادته، وإن اشترى له في ذمته صح، على الأصح، وإن لم يسمه في العقد، وقيل: أو سماه، ثم إن أجازته المشتري له ملكه من حين العقد، وقيل: الإجازة، وإلا لزم من اشتراؤه يقع الشراء له، كما لو لم ينو غيره. وفي الرعاية: إن سماه فأجازته لزمه، وإلا بطل، ويحتمل إذن: يلزم المشتري، وقدمه في التلخيص «هـ» إلغاء للإضافة.

وإن قال: بعته من زيد، فقال: اشتريته له، بطل، ويحتمل يلزمه إن أجازته، وإن حكم بصحته بعد إجازته صح من الحكم، ذكره القاضي. ويتوجه كالإجازة. وفي الفصول في الطلاق في نكاح فاسد، أنه يقبل الانبرام والإلزام بالحكم، والحكم لا ينشئ الملك بل يحققه.

ولا يصح شراؤه بعين ماله ما يملكه غيره ذكره القاضي واختار الشيخ وقوفه على الإجازة، ومثله شراؤه لنفسه بمال غيره وإن ظنه لغيره فبان وارثًا أو وكيلًا فروايتان ذكرهما أبو المعالي وغيره «م ٣٠».

الصغرى، والحاوي الصغير، والرعاية الكبرى، في موضع آخر، وجزم به في المنور.

المسألة - ٢٩: قوله: وإن جمع بين بيع وكتابة لم يصح البيع، في الأصح، وفي الكتابة وجهان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمقنع والمحرم والنظم، والفائق. والرعاية الكبرى، في موضع. قال في الفصول في باب الكتابة والشارح: وهل تبطل الكتابة؟ ينبنى على الروايتين في تفريق الصفقة.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في المغني، والحاويين، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وهو ظاهر كلام ابن عقيل والشارح، المتقدم، وجزم به في المنور. والوجه الثاني: لا يصح صححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاويين، وفي الكبرى في موضع آخر.

المسألة - ٣٠: قوله: وإن ظنه لغيره فبان وارثًا أو وكيلًا فروايتان. ذكرهما أبو

ولا يصح بيع أرض موقوفة مما فتح عنوة ولم يقسم، كالشام والعراق ومصر ونحوها. وعنه: يصح «و هـ ق» ذكره الحلواني، اختاره شيخنا، وذكره قولاً لنا، وقال: جوز أحمد إصداقها، وقاله جده وتأوله القاضي على نفعها، وسأله محمد بن أبي حرب: يبيع ضيعته التي بالسواد ويقضي دينه؟ قال: لا. قلت: يعطيها من صداقها؟ قال: امرأته وغيرها بالسواد، لكن يسلمها إليها.

ونقل أبو داود: يبيع منه ويحج؟ قال: لا أدري، أو قال: دعه. وعنه: يصح الشراء، وعنه: لحاجته وعياله، ونقل حنبل: أمقت السواد والمقام فيه، كالمضطر يأكل من الميتة ما لا بد منه.

وتجوز إجارتها. وعنه: لا، ذكره القاضي وجماعة، كرباع مكة، قال جماعة: أقر عمر الأرض في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام، ولم يقدر مدتها، لعموم المصلحة فيها. وقال في الخلاف في مسألة اجتماع العشر والخراج: إن الخراج: على أرض الصلح إذا أسلم أهلها سقط عنهم بالإسلام، لأنه في معنى الجزية عن رقابهم، ويجب العشر، كما فعل عمر ببني تغلب. وهذا الخراج المختلف فيه على وجه الأجرة عن الأرض. فإن قيل: كيف يكون أجرة وهي إجارة إلى مدة مجهولة؟ قيل: إنما لا يصح ذلك في أملاك المسلمين فأما في أملاك المشركين أو في حكم أملاكهم فجائز، ألا ترى أن الأمير لو قال: من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية، صح وإن كانت جعالة بجعل مجهول، كذا هذا لما فتح عمر السواد وامتنع من قسمته بين الغانمين ووقفه عاد بمعناه الأول، فصارت في حكم أملاك المشركين، فصح ذلك فيها، فإن قيل: لو كانت أجرة لم تؤخذ عن النخل والكرم، لأنه لا يصح إجارة تلك

المعالي وغيره، انتهى. أكثر الأصحاب حكى الخلاف وجهين، وأطلقهما في المحرر، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والقواعد الفقهية، والأصولية، والمغني، في آخر الوقف.

أحدهما: يصح البيع، وهو الصحيح، قال في التلخيص: صح، على الأظهر، وقدمه في المغني، في باب الرهن.

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به في المنور، قال القاضي: أصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يعتقدها أجنبية فبانت امرأته، أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته، في وقوع الطلاق والحرية روايتان، انتهى. قلت: قد أطلق المصنف الخلاف أيضاً في هذه المسألة ويأتي تصحيحها إن شاء الله تعالى في محلها، وللشيخ زين الدين بن رجب في قواعده قاعدة بذلك فيمن تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه.

الأشياء، قيل: له المأخوذ هناك عن الأرض إلا أن الأجرة اختلفت لاختلاف المنفعة، فالمنفعة بالأرض التي فيها النخل أكثر، كذا قال. وقيل: له: لو كان الخراج أجرة لم يكره أحمد الدخول فيها، وقد كره ذلك قيل: إنما كره أحمد ذلك لما شاهده في وقته، لأن السلطان كان يأخذ زيادة على وظيفة عمر، ويضرب ويحبس، ويصرفه إلى غير مستحقه.

ولا يجوز صرف كلامه إلى الخراج الذي أمرت الصحابة به ودخلت فيه، وجوزها في الترغيب مؤقتة، لأن عمر لم يقدر المدة للمصلحة العامة، احتمل في واقعة كلية. قال: وليس لأحد أخذ شيء ممن وقع بيده من آبائه، ويقول: أنا أعطيت غلته، لأن الإجارة لا تنفسخ بموت، والمزارعة أولى، والمؤثر بها أحق، قال شيخنا: بلا خلاف.

وبيع بناء ليس منها وغرس محدث. ونقل المروذي ويعقوب المنع، لأنه تبع، وهو ذريعة، وذكر ابن عقيل: الروايتين في البناء، وجوزه في غرس، وجوز جماعة بيع المساكن مطلقاً. نقل ابن الحكم: أوصى بثلث ملكه وله عقار في السواد؟ قال: لا تباع أرض السواد إلا أن تباع آلتها. ونقل المروذي المنع، وظاهر كلام القاضي والمنتخب وغيرهما التسوية، وجزم به صاحب المحرر وإن أعطى إمام هذه الأرض أو وقفها ففيل: يصح، وفي النوادر: لا «م ٣١» واحتج بنقل حنبل: مثل السواد كمن وقف أرضاً على رجل أو على ولده لا يحل منها شيء إلا على ما وقف. وفي المغني: ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لكان من افتتحها أحق، مع أنه ذكر أن للإمام البيع، لأن فعله كحكم وأنه يصح بحكم حاكم، كبقية المختلف فيه، نقل حنبل: لا يعجبني بيع منازل السواد ولا أرضهم، قيل له: فإن أراد السلطان ذلك؟ قال: له

مسألة - ٣١: قوله: وإن أعطى الإمام هذه الأرض لأحد أو وقفها عليه ففيل: يصح. وفي النوادر لا، انتهى. يعني به أرض ما فتح عنوة ولم يقسم. قال في الرعاية الكبرى، وفي حكم الأراضي المغنومة: وله إقطاع هذه الأراضي والدور والمعادن إرفاقاً لا تمليكاً، نص عليه. وقال في المغني، في باب زكاة الخارج من الأرض، وحكم إقطاع هذه الأرض حكم بيعها، وقدم في البيع أنه لا يجوز، وقال أيضاً: ولا يخص أحد بملك شيء منها، ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لكان الذين فتحوها أحق بها. قلت: وهذا هو الصواب بالأولى من البيع بعدم الصحة، ولكن في هذه الأزمنة الأمر على خلاف ذلك، والله أعلم،

والقول الآخر: يصح ذلك.

ذلك، يصرفه كيف شاء إلا الصلح لهم ما صولحوا عليه. وقال شيخنا: إذا جعلها الإمام فيئًا صار ذلك حكمًا باقياً فيها دائماً، فإنها لا تعود إلى الغانمين، وليس غيرهم مختصاً بها وفتح بعض العراق صلحاً، والحيرة وأليس وبانقياء وأرض بني صلوبا.

ولا يملك ماء عد وكلاً ومعدن جار بملك الأرض قبل حيازته «و هـ» فلا يجوز بيعه «و هـ» كأرض مباحة «ع» فلا يدخل في بيع بل مشتر أحق به، وعنه: يملكه فيجوز، لأنه متولد من أرضه كالنتاج «و ش م» في أرض عادة ربها ينتفع بها لا أرض بور، وجوزه شيخنا في مقطع محسوب عليه يريد تعطيل ما يستحقه من زرع وبيع الماء، وإنما يجوز في الكلاً ونحوه إذا نبت لا عامين «و» فعلى الرواية الثانية لا يدخل الظاهر منه في بيع إلا بشرطه، قال: بحقوقها أو لا، صرح به أصحابنا.

وذكر صاحب المحرر احتمالاً: يدخل، جعلاً للمقرينة العرفية كاللفظ، وله الدخول لرعي كلاً وأخذه. ونحوه إذا لم يُحط عليها بلا ضرر، نقله ابن منصور، قال: لأنه ليس لأحد أن يمنعه، وعنه: مطلقاً، نقله المروذي وغيره، وعنه: عكسه، وكرهه في التعليق والوسيلة والتبصرة، فعلى المذهب: يملك بأخذه، نص عليه، واختار ابن عقيل: عدمه، وخرجه رواية من أن النهي يمنع التملك ويحرم منعه، والطلول التي يجني منها النحل كالكلأ وأولى، ونحل رب الأرض أحق، فله منع غيره إن أضر به، ذكره شيخنا.

فصل

ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعصير لمتخذه خمراً، قطعاً، نقل الجماعة: إذا علم، وقيل: أو ظناً، واختاره شيخنا، نقل ابن الحكم: إذا كان عندك يريده للنبيذ فلا تبعه، إنما هو على قدر الرجل، قال أحمد: أصحاب النبي ﷺ كرهوا بيع العصير وسلاح في فتنة، لأن النبي ﷺ نهى عنه^(١)، قاله أحمد، قال: وقد يكون يقتل به، ويكون لا يقتل به، وإنما هو ذريعة، له أو لحربي، ومأكول ومشوم لمن يشرب عليهما المسكر، وأقداح لمن يشربه فيها، وجوز لقمار، وأمة وأمرد لواطئ دبر ويصح بيع من قصد أن لا يسلم مبيعاً أو ثمنًا، ذكروه في كتب الخلاف قبيل الجهاد ومن اتهم بغلامه فدبره فنقل أبو داود: يحال بينهما إذا كان فاجرًا معلناً، وهذا كما نقله أبو

(١) أخرجه العقيلي في الضعفاء (ص ٤٠١) والبيهقي في سننه (٣٢٧/٥) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن بيع السلاح في الفتنة» والحديث ضعفه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (١٢٩٦).

داود في المجوسي تسلم أخته يحال بينهما إذا خافوا عليه أن يأتيها، قيل: لأحمد: مات وترك سيوفًا؟ قال: لا تباع ببغداد وتباع بالشعر. ويتوجه أنه ندب. وفي المنشور: منع منه لاستعمالها في الفتن غالبًا، ويحرم فيها.

ولا بيع من تلزمه الجمعة بلا حاجة، وعنه: وغيره، وعنه: مريض ونحوه بندائها الثاني، وعنه: الأول، وعنه: أو الوقت، قدمه في المنتخب، وهي في عيون المسائل والروايتين والترغيب: بالزوال. وقيل: وبنداء صلاة غيرها وإن تضيق وقتها فوجهان (م ٣٢). وقيل: إن لم تلزم أحدهما لم تحرم عليه، قال في الفصول: يحرم على من تجب عليه ويأثم فقط، كالمحرم يشتري صيدًا من محل، ثمه حلال للمحل والصيد حرام على المحرم، كذا قال. وقيل: يصح في الكل، ويحرم واحد شقيقه، كهو، وتحرم مساومة ومناداة، ولا تحرم باقي العقود، واختيار إمضاء البيع، في الأصح.

ولا بيع عبد مسلم لكافر، نص عليه، لأنه محرم، ككنكاح واسترقاق «ه» وعنده: يؤمر ببيعه أو كتابته، وذكره بعضهم في طريقته رواية، وله رده بعيب، كما يرثه، زاد بعض أصحابنا في طريقته ملك الوارث ملك بقاء لا ملك ابتداء وقال: لهذا يبنى حوله على حوله ويرد بالعيب، وإن عتق بالشراء فروايتان (م ٣٣). وإن وكله

المسألة - ٣٢: قوله: وإن تضيق وقتها فوجهان، انتهى، يعني إذا ضاق وقت الصلاة فباع أو اشترى قبل فعلها يصح أم لا؟ وأطلق الخلاف، أطلقه في الرعايتين والحاويين.

أحدهما: لا يصح، قال في الرعاية: البطلان أقيس، قال في الفائق بعد ذكر حكم الجمعة: ولو ضاق وقت صلاة فكذا حكمه في التحريم والانعقاد، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به الناظم وغيره قلت: وهو الصواب وقواعد المذهب تقتضي ذلك، وهي شبيهة بانعقاد النافلة مع ضيق الوقت عن فعل الفريضة، والصحيح فيها عدم الانعقاد، فكذا هنا.

والوجه الثاني: يصح مع التحريم. قال في الرعاية: وهو أشهر قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، لاقتصارهم على صلاة الجمعة

المسألة - ٣٣: قوله: في أحكام شراء الكافر عبدًا مسلمًا: وإن عتق بالشراء فروايتان، انتهى، وأطلقهما في المذهب، ومسبوك الذهب، والمغني والكافي، والمقنع، والهادي، والمحرم، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

إحدهما: يصح، وهو الصحيح، قال في الرعاية الكبرى، في أواخر العتق: وإن

مسلم فوجهان، وقيل: إن سمي الموكل في العقد صح «م ٣٤» وفي الواضح: إن كفر بالعتق وكل من يشتريه له ويعتقه. وفي الانتصار لا يبيع أبَقًا، ويصح أن يوكل فيه من هو بيده ويحرم سومه على سوم أخيه مع الرضى صريحًا، وقيل: أو ظاهرًا، وقيل: أو تساوى الأمران، وقيل: ولا يصح، كشرائه وبيعه عليه زمن خيار، على الأصح، وإن رده أو بذل لمشتري أكثر مما اشتراها فوجهان «م ٣٥ و ٣٦».

اشترى الكافر أباه المسلم صح في الأصح وعتق، انتهى، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وصححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز، ومال الشيخ الموفق والشارح. قلت: وهو الصواب. ويغفر هذا الزمن اليسير لأجل العتق، والله أعلم.

والرواية الثانية: لا يصح، جزم به في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وقال: نص عليه، وقدمه الناظم.

المسألة - ٣٤: قوله: وإن وكله مسلم فوجهان، وقيل، إن سمي الموكل في العقد صح، وإلا فلا، انتهى، وأطلقهما في المغني، والنظم.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، جزم به في الرعايتين والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: يصح. قلت: وهو قوي. وقال الأزجي في نهايته: فإن قال: اشترت لموكلي، صح، وإن أطلق ولم يعين، لم يصح، وفيه احتمال.

المسألة ٣٥ و ٣٦: قوله: ويحرم سومه على سوم أخيه مع الرضا صريحًا، وقيل: أو ظاهرًا، وقيل: أو تساوى الأمران، وقيل: لا يصح، كشرائه وبيعه عليه زمن خيار، على الأصح، وإن رده أو بذل لمشتري بأكثر مما اشتراها فوجهان، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٣٥: لو رده فهل تحرم المساومة أم لا؟ أطلق الخلاف، ولم تظهر لي صورة هذه المسألة، وظاهر عبارته أنه لو ساوم شخصًا سلعة ورده من بيعها صريحًا وقلنا: يحرم عليه السوم لو تساوى الأمران، فهل يحرم السوم إذا رده؟ أطلق وجهين فإن كان هذا مراده فالذي يقطع به أنه لا يحرم مساومة الثاني مع رده، والله أعلم. ولعله أراد ما قاله في المغني، والشرح، وغيرهما أن يقول له: أبيعك خيرًا منها بثمنها، أو يعرض عليه سلعة يرغب فيها المشتري ليفسخ البيع ويعقد معه، فإن كان أراد ذلك، وهو بعيد، فالصحيح أن ذلك ملحق بالبيع والشراء، جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وعبارته لا تعطي ذلك.

المسألة الثانية: لو بدل لمشتري سلعة بأكثر مما اشتراها فهل يحرم أم لا؟ أطلق الخلاف، قال بعضهم: فإن بدل للمشتري أجنبي من البيع سلعة بأكثر من ثمن الذي

وعند شيخنا: للمشتري الأول مطالبة البائع بالسلعة وأخذ الزيادة أو عوضها. وقسم في عيون المسائل السوم كالخطبة على خطبة أخيه.

وإن حضر باد لبيع شيء بسعر يومه جاهلاً بسعره وقصده حاضر يعرف السعر وعنه: أو لا - وبالناس إليه حاجة - ولم يذكر أحمد هذا الشرط حرم وبطل، رضوا أو لا، في ظاهر المذهب. وعنه: لا. وعنه: مثله إن قصد الحاضر أو وجه به إليه

اشتراها ففي جواز ذلك احتمالان، انتهى. قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب عدم التحريم في هذه الصورة، ولم يظهر لي معنى هذه المسألة أيضاً، ولا رأيها مسطورة «إلا ما تقدم عن بعضهم»، ثم رأيت ابن نصر الله في حواشيه ذكر عن كلام المصنف كله هنا أنه يحتاج إلى تحرير، وهو كما قال.

تنبيهان:

أحدهما: ظاهر: قوله: «كشرائه وبيعه عليه زمن خيار» أن محل ذلك في زمن الخيارين لا غير، أعني خيار المجلس وخيار الشرط، وجزم به في المحرر والرعائيتين، والحاويين، وغيرهم. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابن مشيش. قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب من تعاليلهم. وقال ابن رجب في شرح النووي في الحديث الخامس والثلاثين: ومال الإمام أحمد إلى قول بأنه عام في الحالين، يعني مدة الخيار وبعدها ولو لزم العقد، قال: وهو قول طائفة من أصحابنا، وهو أظهر، لأن المشتري وإن لم يتمكن من الفسخ بنفسه بعد انقضاء الخيار فإنه إذا. رغب في رد السلعة الأولى على بائعها فإنه يتسبب إلى ردها بأنواع من الطرق المقتضية لضرورة ولو بالإلحاح عليه في المسألة، وما أدى إلى ضرر المسلم كان محرماً، انتهى.

وتبع في ذلك الشيخ تقي الدين، فإنه سئل عن ذلك في المسائل البغدادية، وأجاب بأن الذي يدل عليه كلام الإمام أحمد وقدماء أصحابه مثل أبي بكر أنه لا فرق بين زمن الخيار وعدمه، فما أطلقه أبو الخطاب ذكره أبو بكر، وكذلك ذكره القاضي وغيره، وإن كان هذا القيد ذكره جماعة منهم القاضي في بعض المواضع، وابن عقيل فيما أظن، وأبو حكيم وصاحبه السامري، وأسعد بن منجا وأبو محمد وأبو البركات وغيرهم. وأطال في ذلك واختاره، وذكر المسألة أيضاً في كتاب إبطال التحليل.

التنبيه الثاني: قوله: ويحرم ويبطل تفريق الملك ببيع وقسمة وغيرهما بين ذي رحم محرم، انتهى هذا المذهب، وعليه الأصحاب. قال الموفق: قال أصحابنا: إلا الخرقى، فدخل في ذلك العمة مع ابن أخيها، والخالة مع ابن أختها. وظاهر كلام الخرقى اختصاص الأبوين والجدين والأخوين بذلك، نصره في المغني، والشرح. وقيل: ذلك مخصوص بالأبوين، ولم يذكر المصنف هذين القولين.

ليبيعه، نقله ابن هانئ. ونقل المروذي: أخاف أن يكون منه، جزم بهما خلال. وإن أشار حاضر على باد ولم يباشر له بيعاً لم يكره «م» ويتوجه إن استشاره وهو جاهل بالسعر لزمه بيانه، لوجوب النصح، وإن لم يستشره ففي وجوب إعلامه إن اعتقد جهله به نظر، بناء على أنه هل يتوقف وجوب النصح على استنصاحه؟ ويتوجه وجوبه، وكلام الأصحاب لا يخالف هذا. ويصح شراؤه له، ونقل ابن هانئ: لا يشتري له.

ويحرم ويبطل تفريق الملك ببيع وقسمة وغيرهما، كأخذه بجناية بين ذي رحم محرم، رضوا أو لا، نص عليه. وعنه: قبل البلوغ إلا بعثت وافتداء أسير، وعنه: وفيهما، وهو ظاهر كلام ابن الجوزي وغيره، قال الخطابي: لا أعلمهم يختلفون في العتق، لأنه لا يمنع من الحضانة، ويبطل بيع ونحوه، وللبائع الفسخ أو الأرش إن ظهر بعد البيع عدم النسب.

وسأله أبو داود: اشترى جاريتين من السبي على أنهما أختان فإذا ليست بينهما قرابة؟ قال: إذا ثبت عنده، قلت: بإقرارهما، قال: لا بأس أن يفرق بينهما، قلت: فيلزمه ردهما إلى المقسم قال: لم يلزمه قلت: اشترى جارية من السبي معها أمها فتخلى عن الأم ببلد الروم ليكون أئمن لابنتها قال: هذه يطمع في إسلامها، وكره أن يخلي عنها. قلت: فإن تهاون في تعاهدها رجاء أن تهرب؟ فقال: هذا قد انتهى أن تهرب، وكأنه كرهه وبيع التلجنة والأمانة وهو أن يظهر بيعاً لم يلتزمه بائناً بل خوفاً من ظالم دفعاً له باطل. قال القاضي وأصحابه والشيخ: كهازل. وفيه وجهان «م ٣٧»

مسألة - ٣٧: وقوله: وبيع التلجنة والأمانة باطل كهازل. وفيه وجهان انتهى.

أحدهما: هو باطل، وهو الصحيح، جزم به الشيخ الموفق والشارح، واختاره القاضي وغيره، وهو ظاهر ما جزم به في الرعاية الكبرى، قال في القواعد الفقهية، وتبعه في الأصولية: المشهور البطلان، وهو ظاهر كلام المصنف الأول، وصححه في الفائق. والوجه الثاني: يصح، اختاره أبو الخطاب، قاله في القواعد الفقهية والأصولية.

تنبيهان:

الأول: ظاهر قوله: كهازل، وفيه وجهان «أن في بيع التلجنة والأمانة وجهين، واعلم أن الأصحاب قالوا: إن بيع التلجنة والأمانة باطل، وهو أن يظهر بيعاً لم يلتزمه بائناً بل خوفاً من ظالم دفعاً له عنه، وذكره القاضي وأصحابه، والشيخ في المغني، والشارح، وابن حمدان في الرعاية وغيرهم. وقال في الرعاية أيضاً: ومن خاف أن يضيع ماله أو ينهب أو يسرق أو يغصب أو يؤخذ ظلماً صح بيعه، فقطع الأصحاب بالأول،

ففي الانتصار يقبل منه بقرينة، قال في الرعاية: ومن خاف ضيعة ماله، أو نهبه أو سرقة أو غصبه أو أخذه ظلماً صح بيعه، وظهره أنه لو أودع شهادة فقال: اشهدوا أني أبيعه أو أتبرع به خوفاً وتقية أنه يصح «م» في التبرع، قال شيخنا: من استولى على ملك رجل بلا حق فطلبه صاحبه فجحده أو منعه إياه حتى يبيعه إياه فباعه إياه على هذا الوجه فهذا مكره بغير حق، فإن أسراً الثمن ألفاً بلا عقد، ثم عقداً بالفين ففي أيهما الثمن وجهان «م ٣٨» ومن قال لآخر: اشترني من زيد فإني عبده، فاشتراه، فبان حرّاً، لم تلزمه العهدة، حضر البائع أو غاب، نقله الجماعة، كقوله: اشتر منه عبد هذا ويؤدب هو وبائعه، لكن ما أخذ المقر غرمه، نص عليهما.

وسأله ابن الحكم عن رجل يقر بالعبودية حتى يباع، قال: يؤخذ البائع والمقر بالثمن، فإن مات أحدهما أو غاب أخذ الآخر بالثمن، واختاره شيخنا ويتوجه هذا في كل غار، ولو كان الغار أنثى حدث، ولا مهر، نص عليه، ويلحقه الولد، وإن أقر أنه

ولم نطلع على من قال بصحة البيع وانتقال الملك إلى المشتري، وكلام صاحب الرعاية الثاني ليس في بيع التلجئة والأمانة، والله أعلم.

الثاني: في كلام المصنف نظر، وهو كونه جعل القياس عليه وهو الهازل أصلاً للمقيس وهو التلجئة والأمانة، وإنما ينبغي أن يكون الأمر بالعكس، لأن التلجئة والأمانة هما الأصل، لكونهما لا خلاف فيهما، والهازل فيه الخلاف، وإنما يقاس على الذي لا خلاف فيه على ما فيه الخلاف، والله أعلم. وعذره أنه تابع الشيخ في المغني، فإن التلجئة والأمانة قاسهما على الهازل، لكن الشيخ قطع ببطلان بيع الهازل، فقاس ما لا خلاف فيه على ما لا خلاف فيه عنده، وهو قياس صحيح. والمصنف حكى الخلاف في الهازل، وهو المقيس عليه، فحصل ما حصل، ولو قال: «وقال الشيخ كهازل وفيه وجهان» سلم من ذلك ويكون في المسألة طريقان، والواقع كذلك.

مسألة - ٣٨: قوله: فإن أسرا الثمن ألفاً بلا عقد ثم عقده بالفين ففي أيهما الثمن وجهان، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى، والحاويين.

أحدهما: الثمن ما أسراه، قطع به ناظم المفردات وقال: بنيتهما على الصحيح الأشهر،

وحكاه أبو الخطاب وأبو الحسين عن القاضي. قلت: وهو الصواب، وهو قريب من المعاطاة

والوجه الثاني: الثمن ما أظهره، قطع به القاضي في الجامع الصغير، قال ابن نصر الله في كتاب الصداق: هذا أظهر الوجهين، كالنكاح، ويأتي في الصداق بآتم من هذا.

عبده فرهه فتوجه كبيع، ولم ينقل عن أحمد فيه إلا رواية ابن الحكم، وقال بها أبو بكر.

فصل

يحرم التسعير، ويكره الشراء به وإن هدد من خالفه حرم وبطل، في الأصح، مأخذهما هل الوعيد إكراه؟

ويحرم: بع كالناس. وفيه وجه «و م» وأوجب شيخنا إلزامهم المعاوضة بثمن المثل «ش» وأنه لا نزاع فيه، لأنها مصلحة عامة لحق الله، فهي أولى من تكميل الحرية قال: ولهذا حرم «ه» وأصحابه من يقسم بالأجر الشركة لئلا يغلو على الناس، فممنع البائعين والمشتريين والمتواطئين أولى، وأنه أولى من تلقي الركبان وحرم غيره «م ر» وألزم بصناعة الفلاحة للجند، وكذا بقية الصناعة وأن ابن الجوزي وغيره ذكروا ذلك، لأن مصلحة الناس لا تتم إلا بها، كالجهاد وطلب العلم إذا لم يتعينا.

وكره أحمد البيع والشراء من مكان ألزم الناس بهما فيه، لا الشراء ممن اشترى منه، وكره الشراء بلا حاجة من جالس على الطريق ومن باع مضطر ونحوه، قال في المنتخب: لبيعه بدون ثمنه. ويحرم الاحتكار في المنصوص في قوت آدمي وعنه: وما يأكله الناس، وعنه: أو يضرهم ادخاره بشرائه في ضيق. وقال الشيخ: من بلده لا جالبًا، والأول قاله القاضي وغيره، ونقل حنبل: الجالب مرزوق إذا لم يحتكر، وكرهه في رواية صالح فيه.

ويصح شراء محتكر. وفي الترغيب احتمال، وفي كراهة التجارة في الطعام إذا لم يرد الحكرة روايتان «م ٣٩» قال القاضي: يكره إن تربص به السعر لا جالبًا يبيع بسعر يومه نقل عبد الله وحنبل: الجالب أحسن حالاً وأرجو أن لا بأس ما لم يحتكر.

مسألة - ٣٩: قوله: وفي كراهة التجارة في الطعام إذا لم يرد الاحتكار روايتان، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: ومن جلب شيئاً، أو استغله من ملكه أو مما استأجره، أو اشتراه زمن الرخص، ولم يضيق على الناس إذن، أو اشتراه من بلد كبير كبغداد والبصرة ومصر ونحوها، فله حبسه حتى يغلو. وليس محتكراً، نص عليه. وترك ادخاره لذلك أولى، انتهى. قلت: إن أراد بفعل ذلك وتأخيرته مجرد الكسب فقط كره، وإن أراد للتكسب ونفع الناس عند الحاجة إليه لم يكره، والله أعلم، وقد ذكر المصنف كلام القاضي وصاحب الرعاية والشيخ تقي الدين.

فهذه تسع وثلاثون مسألة في هذا الباب قد صححت بحمد الله.

قال أحمد: لا ينبغي أن يتمنى الغلاء. وفي الرعاية: يكره، واختاره شيخنا. ويجبر المحتكر على بيعه كما يبيع الناس «ش» فإن أبى وخيف التلف فرّقه الإمام ويردون مثله، ويتوجه: قيمته، وكذا سلاح لحاجة قاله شيخنا.

ولا يكره ادخار قوت أهله ودوابه، نص عليه، ونقل جعفر: سنة وستين ولا ينوي التجارة فأرجو أن لا يضيق، وذكر في رواية ابن مشيش حديث عمر أنه رضي الله عنه أحرز لأهله قوت سنة^(١).

ومن ضمن مكاناً لبيع ويشترى فيه وحده كره الشراء منه بلا حاجة، ويحرم عليه أخذ زيادة بلا حق، ذكره شيخنا.

قال أحمد: استغن عن الناس فلم أر مثله، الغنى من العافية ودعا لعلي بن جعفر ثم قال لأبيه: ألزمه السوق وجنبه أقرانه. وقال له رجل: ما ترى مكاسب الناس؟ فقال: انظروا إلى هذا الخبيث، يريد أن يفسد على الناس معاشهم. وقال له رجل: إن لي كفاية، قال: ألزم السوق تصل به الرحم وتعد به على نفسك. وقال: لا ينبغي أن تدع العمل وتنتظر ما بيد الناس، وقال عمن فعل هذا: هم مبتدعة قوم سوء يريدون تعطيل الدنيا. وقد أجاز التوكل لمن استعمل فيه الصدق، قاله المروزي، وقال: من لم يطمع من آدمي أن يجيئه بشيء رزقه الله وكان متوكلاً.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٩٠٢، ٤٨٨٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٥٧).

باب الشروط في البيع

وهي قسمان: صحيح لازم، فإن عدم الفسخ أو أرش فقد الصفة. وقيل: مع تعذر الرد، كالتقايض وتأجيل الثمن أو بعضه. قاله أحمد، والرهن والضمين المعينين، وليس له طلبهما بعد العقد لمصلحة، ويلزم بتسليم رهن المعين إن قيل: يلزم بالعقد. وفي المنتخب: هل يبطل بيع لبطلان رهن فيه لجهالة الثمن أم لا؟ كمهر في نكاح، فيه احتمالان، وكون العبد كاتباً وخصياً وفحلاً، والأمة بكرًا أو حائضًا، نص عليه، والدابة هملاجة أو لبونًا والفهد صيودًا، والأرض خراجها كذا، ذكره القاضي. وقال ابن شهاب: إن لم تحض فإن كانت صغيرة فليس عيبًا فإنه يرجى زواله، لأنه العادة، بخلاف الكبيرة، لأنها إن لم تحض طبعًا ففقده يمنع النسل، وإن كان لكبر فعيب، لأنه ينقص الثمن.

وكذا نقد ثمن ولو كان المبيع منقولاً غائبًا مع البعد «م» وإن شرط ثيبًا أو كافرة وقال أبو بكر: أو كافراً، فلم يكن فلا فسخ، كاشتراط الحمق ونحوه، وقيل: بلى، وذكر أبو الفرج: إن شرط كافراً فلم يكن روايتين، قال في عيون المسائل: وإن شرط أمة سبطة فبانت جعدة فلا رد، لأنه لا عيب، بخلاف العكس، وإن شرطها حائلاً أو الطير مصوتاً أو يبيض أو يجيء من مسافة كذا أو يوقظه للصلاة فوجهان «م ١ - ٦».

تنبيه: قوله: في الشروط الصحيحة: أو الدابة هملاجة أو لبونًا، انتهى. ظاهر هذا أنه قطع بصحة شرط كون الدابة لبونًا، وقد جزم به في المغني، والكافي، والشرح، وغيرهم. وجزم به في التلخيص: أنه لا يصح شرط كونها لبونًا، قال في الرعاية: وهو أشهر. ولم يذكره المصنف.

مسألة - ١ - ٦: قوله: وإن شرطها حاملاً أو الطير مصوتاً أو يبيض أو يجيء من مسافة كذا أو يوقظه للصلاة فوجهان. انتهى، اشتمل كلامه على مسائل:

المسألة الأولى: إذا شرطها حاملاً وفيها مسألتان:

ولو أخبره البائع وصدقه بلا شرط فلا خيار، ذكره أبو الخطاب في المصراة.

المسألة الأولى: إذا كانت أمة وشرطها حاملاً فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والكافي، والشرح، والرعاية الكبرى، وغيرهم. وجزم به في التلخيص، والحاوي الكبير، في أواخر التصرية قلت: وهو أولى.

والوجه الثاني: لا يصح، قال القاضي: قياس المذهب لا يصح، وصححه الأزجي في نهايته، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته، وصاحب المنور.

المسألة الثانية: إذا كانت دابة وشرطها حاملاً فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، ونصراه. قلت: وهو الصواب

والوجه الثاني: لا يصح. قال في الرعاية: أشهر الوجهين البطلان، واختاره القاضي، وقدمه في التلخيص، وجزم به في الحاوي الكبير. قلت: ويحتمل أن يكون الخلاف إنما هو في الأمة لا الدابة، بدليل ما قبله، لكن يبقى حكم الدابة الحامل لم يذكره.

المسألة الثالثة - ٣: إذا شرط الطائر مصوتاً فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف،

وأطلقه في الرعاية الصغرى، وشرح ابن منجا.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح على المصطلح، جزم به في العمدة والوجيز ومنتخب الأمدي وغيرهم. واختاره صاحب المغني، والشارح، وابن عبدوس في تذكرته. قال في الفائق: صح في أصح الوجهين، وقدمه في الكافي والمقنع.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي، قال في الرعاية: هذا الأشهر. قال الناظم: هذا الأقوى، وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادي، والتلخيص، والمحرر، والمنور، وإدراك الغاية، وغيرهم. وقدمه في الحاويين. قلت: قد اتفق عليه الشيخان بالنسبة إلى الهادي.

المسألة الرابعة - ٤: إذا شرط الطائر يبيض فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف وأطلقه

في الشرح.

أحدهما: يصح، قال الشيخ في المغني: الأولى الصحة قلت: هي قريبة من المسألة التي قبلها، وقد جعلها مثلها بل هي أولى بالصحة من التي قبلها.

ويتوجه عكسه. وشرط أنها لا تحمل فاسد، وإن شرط حائلاً فسخ في الأمة، وقيل: وغيرها، ويصح شرط البائع نفع المبيع مدة معلومة، على الأصح، غير الوطاء، واحتج في التعليق والانتصار والمفردات وعيون المسائل بشراء عثمان من صهيب أرضاً وشرط وقفها عليه وعلى عقبه، وكحبسه على ثمنه والانتفاع به، والأشهر لا ينتفع

والوجه الثاني: لا يصح، وهو قياس قول من قال بعدم الصحة في التي قبلها.

المسألة الخامسة: إذا شرط أنه يجيء من مسافة كذا فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المستوعب والخلاصة، والمغني، والتلخيص، والمحزر، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز والمنور، ومنتخب الأمدي وغيرهم. واختاره أبو الخطاب في الهداية، والشيخ الموفق والشارح، وابن عبدوس في تذكرته وغيرهم. قال في الفائق: صح في أصح الوجهين، وقدمه في الكافي، والمقنع، وإدراك الغاية، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي، وصححه في المذهب ومسبوك الذهب. قال في الرعاية الكبرى: أشهرهما بطلانه.

المسألة السادسة: إذا شرط أن يوقظه للصلاة فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف فيه

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح. قال في الرعاية: الأشهر البطلان. قال في الفائق: بطل في أصح الوجهين، وجزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادي، والتلخيص، والشرح، وغيرهم. وقدمه في الحاويين

والوجه الثاني: يصح، ونسبه في الحاويين إلى اختيار الشيخ الموفق قال في الكافي: إن شرط في الديك أنه يصيح في وقت من الليل صح. وقال بعض أصحابنا: لا يصح، انتهى. فتلخص في هذه المسألة طريقان: هل هي كالمسائل التي قبلها؟ أو هذه أقوى في البطلان وهي طريقة صاحب المستوعب والشرح، والحاويين، والفائق، وغيرهم وهو الصواب.

تنبيه: قوله: ويصح شرط البائع نفع المبيع مدة معلومة، على الأصح، غير الوطاء. وكحبسه على ثمنه والانتفاع به، والأشهر: لا ينتفع، انتهى. قال ابن نصر الله في حواشيه: لعل صوابه: «والأشهر ينتفع» بإسقاط لا، واستدل عليه بما في المغني، من التعليل، ولم يظهر لي ما قال، ولو كان مراد المصنف ما قال المحشي لقال: والانتفاع به في الأشهر «ظاهر بل عبارته أن في جواز الانتفاع وجهين مع شرط حبسه على ثمنه وأن الأشهر لا ينتفع».

وقيل: يلزم تسليمه ثم يرده إلى بائعه ليستوفي المنفعة، ذكره شيخنا.

قال: وإن شرط تأخير قبضه بلا غرض صحيح لم يجز، وللبائع إجارته وإعارته كعين مؤجرة، وإن تلف ضمنه مشتر، ويضمن النفع بأجرة مثله، نقله الأثرم إن فرط، اختاره الشيخ، واختار القاضي ضمانه مطلقاً بما نقصه البائع لأجل الشرط.

وإن شرط المشتري نفع البائع كحمل المبيع وحصاده صح، على الأصح. ولم يصح جمعه شرطين، على الأصح. وعنه: ولو كانا من مصلحة العقد، ويصح من مقتضاه بلا خلاف. وإن رضيا بعوض النفع ففي جوازه وجهان «م ٧» وهو كأجير، فإن مات أو تلف أو استحق فللمشتري عوض ذلك، نص عليه. وإن قال: بعثك على أن تنقدي ثمنه إلى ثلاث وإلا فلا بيع، صح. نص عليه، وانفسخ، وقيل: بطل بفواته.

ويصح شرط رهن المبيع على ثمنه، في المنصوص، فيقول: بعثك على أن ترهننيه بثمنه: وإن قال: إن أو إذا رهننيه فقد بعثك، فبيع معلق بشرط، وأجاب أبو الخطاب وأبو الوفاء: إن قال: بعثك على أن ترهنني، لم يصح البيع، وإن قال: إذا رهننيه على ثمنه وهو كذا فقد بعثك، فقال: اشتريت ورهنته عندك على الثمن، صح الشراء والرهن، وبيع العربون على الأصح، وهو دفع بعض ثمنه ويقول: إن أخذته أو جئت بالباقي وقيل: وقت كذا وإلا فهو لك، وكذا إجارته.

القسم الثاني: فاسد يحرم اشتراطه، كتعليقه بشرط، نحو: بعثك إن حبيتني بكذا أو إن رضي زيد، فلا يصحان، وعنه: صحة عقده، وحكى عنه صحتهما «م» اختاره شيخنا في كل العقود والشروط التي لم تخالف الشرع، لأن إطلاق الاسم يتناول المنجز والمعلق والصريح والكناية، كالنذر، وكما يتناوله بالعربية والعجمية،

مسألة - ٧: قوله: ولا يصح أن يجمع بين شرطين منهما، ويصح إذا كانا من مقتضاه، وإن رضيا بعوض النفع، ففي جوازه وجهان، انتهى، وهما احتمالان مطلقان في المغني، والشرح، فقالا: وإذا اشترط المشتري نفع البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك، وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله، وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله، وإن تراضيا عليه احتمل الجواز، واحتمل ألا يجوز، انتهى:

أحدهما: يجوز. وهو الصحيح، جزم به في الرعاية الكبرى، وغيره، وقدمه في شرح ابن رزين وغيره قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يجوز ولا يصح.

وقد نقل علي بن سعيد - فيمن باع شيئاً وشرط إن باعه فهو أحق به بالثمن - جواز البيع والشرطين، وأطلق ابن عقيل: وغيره في صحة هذا الشرط ولزومه روايتين، قال شيخنا: عنه نحو عشرين نصاً على صحة هذا الشرط، وأنه يحرم الوطاء لنقص الملك، وسأله أبو طالب عمن اشترى أمة بشرط أن يتسرى بها لا للخدمة، قال: لا بأس به، واحتج أحمد في شرط العتق بخبر جابر وقال: إنما هذا شرط واحد، والنهي إنما هو عن شرطين، ونقل حرب ما نقله الجماعة: لا بأس بشرط واحد، قال حرب: ومذهبه على أن قوله: بعثك على أن لا تباع ولا تهب شرط واحد، وقد فسر أحمد الشرطين بهذين ونحوهما، في رواية جماعة، فدل على جواز واحد، ويصح تعليق الفسخ بشرط، ذكره في التعليق والمبهم، وذكر أبو الخطاب والشيخ: لا، قال صاحب الرعاية فيما إذا أجره كل شهر بدرهم إذا مضى شهر فقد فسختها: إنه يصح، كتعليق الخلع، وهو فسخ على الأصح، قال في الفصول والمغني في الإقرار: فإن قال: بعثك بألف إن شئت فشاء لم يصح وقيل: يصح لأنه من موجب العقد، لأن الإيجاب إذا وجد كان القبول إلى مشيئة المشتري، ويأتي في الإقرار. وإن باع بشرط عقد سلف أو قرض أو شركة أو صرف للثمن أو غيره لم يصح العقد، على الأصح، قال أحمد: هذا بيعتان فيبيعة، وعنه: بل هو نسيئة بكذا، وبند بكذا، وعنه: هذا شرطان في بيع، ونقل أبو داود: إن اشتراه بكذا إلى شهر كل جمعة درهمان؟ قال: هذا بيعتان في بيع، وربما قال: بيعتان فيبيعة. وإن شرط مناف مقتضاه. قال ابن عقيل وغيره: في العقد، وكذا في الانتصار كابن عقيل: في الفاسد هل ينتقل الملك، ويأتي كلام شيخنا في النكاح نحو: أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يعتقه، أو إن أعتقه فالولاء له، أو لا خسارة عليه، أو إن نفق وإلا رده، أو شرط رهناً فاسداً أو خياراً أو أجلاً مجهولين، أو نفع بائع ومبيع إن لم يصحاً، أو تأخير تسليمه بلا انتفاع، أو فناء الدار لا بحق طريقها، صح العقد فقط، نص عليه اختاره الشيخ وغيره، كعود الشرط على غير العاقد، نحو: بعثك على ألا ينتفع به فلان، يعني غير المشتري، ذكره ابن عقيل: وغيره وعنه: لا، نصره القاضي وأصحابه.

ولا أثر لإسقاط الفاسد بعد العقد، وعلى الصحة للفائت غرضه، وقيل: لجاهل فساد الشرط الفسخ أو أرش نقص الثمن بالغائه، وقيل: لا أرش، ذكره شيخنا ظاهر المذهب. وفي صحة شرط العتق روايتان «م ٨» فإن صح فأبى أجبر لأنه حق لله

مسألة - ٨: قوله: وفي صحة شرط العتق روايتان، انتهى، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والشرح، والحاويين، والزرکشي، وغيرهم.

كالنذر، وقيل: هو حق للبائع فيفسخ، نقل الأثرم: إن أبي عتقه فله أن يسترده وإن أمضى فلا أرش، في الأصح، وهل له المطالبة به وإسقاطه؟ على الخلاف «*» قيل: وشرط الوقف مثله، وتعتبر مقارنة الشرط، ذكره في الانتصار، ويتوجه كنكاح، وشرط البراءة من عيب كذا أو كل عيب فاسد لا يبطل العقد ولا يبرأ منه، في ظاهر المذهب فيهن.

قال أبو الخطاب وجماعة: لأنه خيار يثبت بعد البيع فلا يسقط قبله، كالشفعة، واعتمد عليه في عيون المسائل، وعنه: يبرأ إن لم يكتمه، ونقل ابن هانئ: إن عينه صح، ومعناه نقل ابن القاسم وغيره: لا يبرأ إلا أن يخبر بالعيوب كلها، لأنه مرفق في البيع كالأجل والخيار. وفي الانتصار: الأشبه بأصولنا أن ننصر الصحة، كبراءة من مجهول وذكره أيضًا هو وغيره رواية، فهذه خمس روايات «*» وفيه في عيب باطن وجرح لا يعرف غوره احتمالان «م ٩ و ١٠».

إحدهما: يصح، وهو الصحيح من المذهب، صححه في التصحيح والفائق، والقواعد الفقهية، قال الناظم: وهو الأقوى، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، قال الزركشي في الكفارات: المذهب من الروايتين عند الأصحاب جواز ذلك وصحته، وجزم به في المنور وتذكرة ابن عبدوس، وقدمه في المحرر والرايعتين.

والرواية الثانية: لا يصح، قدمه في إدراك الغاية، قال الزركشي في الكفارات: وهو ظاهر كلام صاحب الوجيز، لأنه مناف لمقتضى البيع.

تنبيهان:

الأول: قوله: «وهل له المطالبة به وإسقاطه، على الخلاف، يعني أن الحق لله أو له، وقدم المصنف أنه حق لله.

الثاني: قوله: فهذه خمس روايات، كذا في النسخ، قال ابن نصر الله: صوابه أربع روايات، وهو الظاهر.

مسألة - ٩ - ١٠: قوله: في البراءة من كل عيب، وفيه في عيب باطن وجرح لا يعرف غوره احتمالان، انتهى شمل كلامه مسألتين:

المسألة الأولى: هل العيب الباطن كالظاهر أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: هو كالعيب الظاهر، وهو الصحيح، قال في الرعاية الكبرى: والعيب الظاهر والباطن في ذلك سواء، انتهى. قلت: وهو ظاهر كلام الأصحاب، وهو الصواب والاحتمال الثاني: تصح البراءة من ذلك.

وإن باعه على أنه به وأنه بريء منه صح. وإن باعه أرضًا أو ثوبًا على أنه عشرة أذرع فبان أكثر فعنه: يبطل، جزم به ابن عقيل: وعنه: يصح «م ١١» فلمشتريه فسخره، ما لم يسلمه البائع زائدًا، وأخذه بثمنه وقسط الزائد، فإن رضي بالشركة ففي البائع وجهان «م ١٢» وإن بان أقل فالروايتان «م ١٣» فإن أخذه بقسطه فللبائع الفسخ، وإلا فلا، ولا يجبر أحدهما على معاوضة، ويصح في الصبرة، ولا خيار للمشتري. وقيل: بلى إن بان أقل والزائد مشاعًا لصاحبه وينقص من الثمن بالقسط.

المسألة الثانية: إذا شرط البراءة من جرح لا يعرف غوره فهل هو كالعيب الظاهر أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: هو كالعيب الظاهر، وهو الصواب، وهو ظاهر كلام الأصحاب، وكلام ابن حمدان يشمل هذه الصورة أيضًا.

والقول الثاني: تصح البراءة منه، ويحتمل أن الاحتمال الثاني يكون بعدم الصحة مطلقًا ولم نر من صرح بهذا الخلاف غير المصنف.

مسألة - ١١: قوله: وإن باعه أرضًا أو ثوبًا على أنه عشرة أذرع فبان أكثر فعنه: يبطل، جزم به ابن عقيل، وعنه: يصح، انتهى. وأطلقهما في المذهب والمستوعب، والمغني، والتلخيص، وشرح ابن منجا، والرعاية الكبرى.

إحدهما: يبطل، جزم به ابن عقيل، قال الناظم: وهو أولى، وقدمه في المقنع، والشرح، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح ابن رزين، وغيرهم. والرواية الثانية: يصح، جزم به في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس والمنور، وغيرهم. وقدمه في المحرر وغيره.

مسألة - ١٢: قوله: فإن رضي بالشركة ففي البائع وجهان، انتهى. يعني: هل له خيار الفسخ أم لا؟ وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: له الفسخ، قال الشارح: أولاهما له الفسخ، وقدمه ابن رزين في شرحه، قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا خيار له، وظاهر تعليل الشيخ ترجيحه.

مسألة - ١٣: قوله: وإن بان أقل فالروايتان، انتهى. من أطلق الروايتين في المسألة الأولى أطلق في هذه، ومن قدم هناك أو صحح فعل هنا كذلك، وقد علمت الحكم هناك، فكذا هنا. والله أعلم،

فهذه ثلاث عشرة مسألة.

باب بيع الأصول والثمار

إذا باع دارًا شمل ما اتصل بها لمصلحتها، كباب منصوب، ورف مسمور، ورحى منصوبة، وخابية، مدفونة، ومعدن جامد، وعنه: وجار، وقيل: ومفتاح وحجر رحي فوقاني دون مودع فيها كحجر وكنز ومنفصل كدلو وقفل، فإن طالت مدة نقله - وذكر جماعة فوق ثلاثة أيام - فعيب، والأصح تثبت اليد عليها، والخلاف في أرض بها زرع البائع. وإن تركه له ولا ضرر فلا خيار.

وفي الترغيب وغيره: لو قال تركته له ففي كونه تملكًا وجهان، ولا أجرة مدة نقله، وقيل: مع العلم، وقيل: بلى، وينقله بحسب العادة، فلا يلزم ليلاً وجمع الحمالين ويسوي الحفر، وإن لم ينضر مشتر ببقائه ففي إجباره وجهان. «م ١» وإن باع أو رهن أرضًا بحقها شمل غرسها وبناءها، كذا إن أطلق، وقيل: لا، كثمرة مؤبرة، والفرق أنها تراد للنقل، وليست من حقوقها. وعلى هذا الوجه للبائع تبقيته. وفي الترغيب: هل يتبعها في الرهن كالبيع إذا قلنا يدخل؟ فيه الوجهان، لضعفه، وكذا الوصية.

مسألة - ١: قوله: ويسوي الحفر، وإن لم ينضر مشتر ببقائه ففي إجباره وجهان، انتهى. وإن لم ينضر بقاء الحفر هذا ظاهر كلامه وهو بعيد، ومراده ما ذكره في الرعاية، فإنه قال: وعليه تسويته إن أضرم عرقه بالأرض، كالقطن والذرة ونحوهما، وإن كان لا يضر أرض المشتري بقاءه فهل له إجباره؟ فيه وجهان، انتهى. فلعل في كلام المصنف نقصًا.

أحدهما: له إجباره قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: ليس له إجباره قلت: وهذه المسألة قريبة مما إذا غرس الغاصب أو بنى، فإنه يلزمه القلع، فلو وهبها للمغصوب منه ليدفع عن نفسه، كلفة ذلك فهل يجبر على إبقائه إذا لم يكن في قلعه غرض صحيح؟ أطلق المصنف في الغصب الوجهين، وقريب منها في الصداق.

وفي بناء في بستان الوجهان. ولا تدخل مزارع القرية إلا بذكرها. وقال في المغني: أو قرينة، وهو أولى، وشجرها بين بنيانها، وأصول بقولها كما تقدم، ولا يدخل زرع وبذر، وإن باعه شجرة فله تبقيتها في أرض البائع كالثمر على الشجر، قال أبو الخطاب وغيره: ويثبت حق الاختيار وله الدخول لمصالحها.

وإن باع أرضاً فيها زرع أو شجراً بدا ثمره أو نخلاً تشقق طلعته، وعنه: بل أبر، فالزرع والثمرة للبائع بلا أجرة يأخذه أول وقت أخذه حسب العادة، زاد الشيخ: ولو كان بقاءه خيراً له، وقيل: عادته إن لم يشترطه المشتري، وقيل: يلزمه قطع الثمرة «و» هـ لتضرر الأصل. زاد الشيخ: كثيراً، في أحد الوجهين. وما لم يتشقق طلعته لمشتري «هـ» وفي صحة اشتراط بذر تبعاً وجهان، وقيل: إن ذكر قدره ووصفه صح «م ٢» والبذر إن بقي أصله فكشجر، وإلا كزرع، عند القاضي، وعند ابن عقيل: لا يدخل «م ٣» وأطلق في عيون المسائل أن البذر لا يدخل، لأنه مودع.

وقال في المبهج في بذر وزرع لم يبد صلاحه: قيل: يتبع الأرض، وقيل: لا، ويؤخذ البائع بأخذه إن لم يستأجر الأرض، وإن ظن المشتري دخوله أو ادعى الجهل به ومثله يجهل فله الفسخ. وقصب سكر كزرع، وقيل: كفارسي، فعروقه لمشتري، وهو كثمرة، ويتوجه مثله جوز، ويصح شرط بائع ما لمشتري ولو قبل تأبير «م» ولبعضه خلافاً لابن القاسم المالكي، وله تبقيته إلى جذاه ما لم يشترط قطعه، ولكل واحد السقي من ماله لمصلحته وقيل: لحاجة، وإن ضر صاحبه، ويقبل قول البائع في بدو الثمرة، ويتوجه وجه من واهب ادعى شرط ثواب.

مسألة - ٢: قوله: وما لم يتشقق طلعته لمشتري، وفي صحة اشتراط بذر تبعاً وجهان، وقيل: إن ذكر قدره ووصفه صح، انتهى.

أحدهما: يصح مطلقاً، اختاره القاضي في المجرد قلت: وهو الصواب، لأنه دخل تبعاً، كالحمل، وكالنبات من الزرع، أو باعه مع الأرض، وهو ظاهر ما جزم به في الرعاية الكبرى، وقطع به المغني، والشرح.

والوجه الثاني: لا يصح مطلقاً، اختاره ابن عقيل.

والوجه الثالث: إن ذكر قدره ووصفه صح وإلاً فلا، وهو احتمال لابن عقيل.

مسألة - ٣: قوله: والبذر إن بقي أصله فكشجر، وإلاً كزرع عند القاضي، وعند ابن عقيل: لا يدخل، انتهى. وكذا قال في الفائق، وأطلقهما في التلخيص. قول القاضي هو الصحيح، جزم به الشيخ في المغني، والشارح، وابن رزين في شرحه، وقدمه في الرايتين والحاوي الصغير، وقول ابن عقيل: لا أعلم من اختاره غيره.

وما بدا من ثمرة نوع وقيل: وجنس - قدمه في التبصرة - من بستان لبائع، وما لم يبد لمشتري، نص عليه. وفي الانتصار رواية: كله للبائع، اختاره ابن حامد وغيره، كشجرة. فلو أبر الكل إلا نخلة فأفرداها بالبيع ففي أيهما له وجهان «م ٤».

وفي الواضح: فيما لم يبد من ثمرة شجرة لمشتري، وذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبي بكر، كحدوث طلع بعد تأبيرها أو بعضها، ذكره الشيخ، لأنه لا اشتباه، لبعدهما بينهما، وظاهر كلام غيره: لا فرق، وقيل: ما ثمرته في نوره ثم يتناثر عنه كتفاح وسفرجل قال الشيخ: وعنب أو ثمرته في قشرته، كجوز ولوز يمتنع دخوله بتناثر نوره وتشقق قشره الأعلى كالطلع، لا بظهوره، وجزم به في عيون المسائل في جوز ولوز؛ وقال: ولا يلزم الرمان والموز والحنطة في سنبلها والباقلا في قشره لا يتبع الأصل، لأنه لا غاية لظهوره، وطلع الفحال يراد للتلقيح، كالإناث، وقيل: للبائع لأكله قبل ظهوره، وما خرج من أكمامه كورد ونرجس وينفسج كالثمرة والورق للمشتري، وقيل: ورق التوت المقصود كثمره، ويجوز بيع الكثر، وهو الطلع، نص عليه.

ولا يجوز بيع ثمر قبل بدو صلاحه، ورطبة وزرع قبل اشتداده، نص عليه، إلا بشرط القطع في الحال، وعنه: أو العزم، إلا أن يبيعه بأصله، وقيل: لا، كبيعه لمالك الأصل، في أحد الوجهين «م ٥ و ٦» وقيل: إطلاقه كشرط، قدمه في الروضة.

مسألة - ٤: قوله: فلو أبر الكل إلا نخلة فأفرداها بالبيع ففي أيهما له وجهان،

انتهى.

أحدهما: تكون ثمرة هذه النخلة للمشتري، لأنها لم تؤبر، وما لم يؤبر يكون للمشتري، ولا يكون تبعاً للذي أبر، وهو الصحيح من المذهب، وهو ظاهر كلام الأصحاب ممن لم يصرح بذلك، قال في الرعاية الكبرى: وإن أبر بعضه فباع ما لم يؤبر وحده فهو للمشتري، وقيل: بل للبائع، انتهى. وقال في المغني، والشرح: ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه، ولا يتبع غيره. وخرج القاضي وجهاً أنه يتبع للذي أبر، فلا يدخل في البيع، بل يكون للبائع، كما لو باعها بعد أن تؤبر، ورد هذا التخريج في المغني، وقدم ابن رزين أنه للمشتري. وقال عن القول بأنه للبائع: ليس بشيء.

والوجه الثاني: لا يدخل في المبيع ويكون للبائع، وهو تخريج القاضي قلت: وهو ضعيف، وإطلاق المصنف فيه شيء، والله أعلم.

المسألة - ٥ و ٦: قوله: ولا يجوز بيع ثمر قبل بدو صلاحه، ورطبه وزرع قبل

والحصاد واللقاط على المشتري، ويصح شرطه على البائع خلافاً للخرقي. قال القاضي: ولم أجد بقوله في رواية. وقال في الروضة: ليس له وجه، وفي الإرشاد: في صحته روايتان، فإن بطل ففي العقد روايتان وكذا الجذاذ.

اشتداده، نص عليه، إلا بشرط القطع في الحال... إلا أن يبيعه بأصله، وقيل: لا، كبيعه لمالك الأصل، في أحد الوجهين، انتهى. يعني إذا باع ذلك لمالك الأصل من غير شرط القطع وفيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٥: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الأصل من غير شرط القطع هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والمحزر، والشرح، والفائق، الزركشي.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، من المذهب، صححه في المستوعب والتلخيص، والرعاية الكبرى، والحاوي الصغير، وغيرهم. واختاره في الحاوي الكبير وجزم به في الرعاية الصغرى.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو ظاهر كلام الخرقي وصاحب المقنع، وجماعة.

المسألة الثانية - ٦: بيع الزرع ونحوه قبل اشتداد حبه لمالك الأرض من غير اشتراط القطع هل يصح أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه في المغني، والمحزر، والشرح، والفائق، والزركشي.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وصاحب الحاوي الكبير وابن عبدوس في تذكرته، وصححه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: لا يصح، قدمه في الرعاية الكبرى، وهو ظاهر كلامه في المقنع، وغيره. قد جعل المصنف المسألتين على حد واحد، وكذا أكثر الأصحاب، وابن حمدان في الرعاية الكبرى، قدم هنا ما صحح خلافه في التي قبلها.

تنبيه: قوله: والحصاد واللقاط على المشتري، ويصح شرطه على البائع، خلافاً للخرقي. وفي الإرشاد في صحته روايتان، فإن بطل ففي العقد روايتان، انتهى.

اعلم أن الخلاف في صورتين ذكره الإرشاد فقال: فإن باعه رطبة واشتراط على البائع جزها لم يجز، وقيل: وإذا قلنا لا يجوز هذا الشرط فهل يصح البيع ويبطل الشرط؟ أو يبطل البيع لبطلان الشرط؟ على روايتين، انتهى. فحكى في الأول قولين، وفي الثاني روايتين، واعلم أن الصحيح من المذهب على قول الخرقي يصح البيع، وعليه الأصحاب، وصاحب الإرشاد حكى رواية بعدم الصحة، فليس الخلاف هنا من الخلاف المطلق الذي اصطلاح عليه المصنف، وإنما حكى الخلاف على صفته في الإرشاد.

ولا يجوز بيع مزارع لغير رب المال، وكذا له من غير شرط القطع، وسأله ابن منصور: يبيع الزرع؟ قال: لا يجوز حتى يبدو صلاحه، وكذا نقل: لا يبيع عمله قبل ظهور زرع لم يجب له شيء. وقال القاضي: قياس المذهب جوازه ويكون شريكاً بعمارته، قال شيخنا: لو تفايلا الإجارة أو فسخها بحق فله قيمة حرثه، وإن آخر القطع مع شرطه حتى صلح الثمر وطالت الحجة واشتد الحب فسد العقد، في ظاهر المذهب، وهو الزيادة للبائع، وعنه: لهما، فتقوم الثمرة وقت العقد وبعد الزيادة، وعنه: لا يفسد، والزيادة لهما. وقال القاضي: للمشتري، وعنه: يتصدقان بها على الروائتين وجوباً، وقيل: ندباً، وعنه: يفسد إن أخره عمداً بلا عذر، وعنه: يفسد لقصد حيلة، ذكرها جماعة. وكذا لو اشترى رطباً عرية فأثمر ويتوجه تقييد الصحة بالمساواة، وحيث بطل البيع زكاه البائع، وحيث صح فإن اتفقا على التبقية جاز وزكاه المشتري، وإن قلنا الزيادة بينهما فعليهما إن بلغ نصيب كل منهما نصاباً، وإلا انبنى على الخلطة في غير الماشية، وإن اتفقا على القطع أو طلبه البائع فسخنا البيع «هـ ر» لأن إلزام البائع بالتبقية يضر بنخله، وتمكين المشتري من القطع يضر بالفقراء، ويعود ملكاً للبائع ويزكيه، وفي إلزام المشتري بالتبقية إن بذلها البائع وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه خير مما شرطه له.

والثاني: لا، لأنه قد يكون له غرض صحيح «م ٧».

هذا كله إذا قلنا الواجب فيما يقطع قبل كماله لحاجة عشره رطباً، فأما إن قلنا: يخرج يابساً فلا يفسخ البيع في المسألتين، ذكره في منتهى الغاية، وإن اختلط بغيره فلم يتميز فكسب اختلط بغيره لا يفسد، في ظاهر المذهب.

وإن آخر قطع خشب، مع شرطه فزاد فقل: الزيادة للبائع وقيل: الكل، وقيل:

مسألة - ٧: قوله: فيما إذا باع ثمرًا قبل صلاحه بشرط القطع وأخره حتى صلح وقلنا: يصح البيع، وإن اتفقا على القطع أو طلبه البائع فسخنا البيع، وفي التزام المشتري بالتبقية إن بذلها البائع وجهان: أحدهما: نعم، لأنه خير مما شرطه له. والثاني لا، لأنه قد يكون له غرض صحيح، انتهى.

أحدهما: يلزمه قبوله، لما علله به المصنف، وهو الصحيح، جزم به في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: لا يلزمه، لما علله به المصنف قلت: والصواب أن ينظر في ذلك، فإن كان للمشتري غرض صحيح في قطعه لم يلزم بالتبقية، لأن حقه مقدم، وإلا ألزم، لمراعاة حق الفقراء. وفي تعليل المصنف ما يؤيد هذا، والله أعلم.

للمشتري، وعليه الأجرة، ونقل ابن منصور: الزيادة لهما، اختاره البرمكي «م ٨».

فصل

وإذا طاب أكل الثمر وظهر نضجه جاز بيعه بشرط التبقية ومطلقاً. وفي الترغيب وقال بظهور مبادئ الحلاوة، ويلزم البائع سقيه مطلقاً، ولمشتريه، تعجيل قطعه، وله بيعه قبل جذه، لأنه وجد من القبض ما يمكن، فكفى للحاجة المبيحة لبيع الثمر بعد بدو صلاحه، وعنه: لا، اختاره أبو بكر وإذا بدا صلاح بعض نوع - ونقل حنبل: غلب. وقاله القاضي وغيره في شجره - بيع جميعه، وعلى الأصح: وبستان، وعنه: وما قاربه، وأطلق في الروضة في البساتين روايتين، وعنه: الجنس كالنوع واختار

مسألة - ٨: قوله: فإن آخر قطع خشب مع شرطه فزاد فقل: الزيادة للبائع، وقيل: الكل وقيل: للمشتري وعليه الأجرة، ونقل ابن منصور: الزيادة لهما، اختاره البرمكي، انتهى. قدم في الفائق أن البيع لازم والزيادة للبائع فقال: ولو اشترى خشباً ليقطعه فتركه فنما وغلظ فالزيادة لصاحب الأرض، نص عليه. واختاره البرمكي. وقال ابن بطة: هي لصاحب الخشب، انتهى. فنسب إلى البرمكي أن الزيادة لصاحب الأرض، وأنه المنصوص، وهو مخالف لكلام المصنف، وقد نقل ابن رجب الاشتراك في الزيادة عن البرمكي، كما قال المصنف، والقول بأن الكل للبائع، اختاره أبو الحسن الخريزي فقال: ينسخ العقد والكل للبائع. والقول بأن الكل للمشتري اختاره ابن بطة. وقال في الفائق بعد قول الخريزي: قلت: ويتخرج الاشتراك، فوافق ما نقله المصنف عن الإمام أحمد في رواية ابن منصور.

تنبيه: تلخص مما تقدم في انفساخ العقد قولاً: الانفساخ اختاره الخريزي، وعدمه وهو الصحيح نص عليه واختاره ابن بطة وأبو حفص البرمكي، وهو ظاهر ما قدمه في الفائق، فعلى الأول الكل للبائع، وعلى الثاني اختلف في الزيادة على أقوال:

أحدها: الاشتراك فيها، وهو الصحيح، نص عليه، واختاره البرمكي.

والثاني: هي للمشتري، اختاره ابن بطة.

والثالث: هي للبائع، وهو ظاهر ما قدمه في الفائق ونسبه إلى النص، واختار البرمكي، قال الشيخ شمس الدين بن عبد الدائم تلميذ صاحب الفائق: الزيادة لصاحب الأرض، نص عليه، واختاره أبو حفص العكبري، ذكره في تعليقه، فالظاهر أن صاحب الفائق حصل منه سبق قلم في قوله: البرمكي، وإنما هو العكبري، وأما البرمكي فإنه اختار الاشتراك في الزيادة، ذكره في القاعدة الحادية والثمانين المصنف، والله أعلم.

شيخنا: وبقية الأجناس التي تباع جملة عادة. وإن أفرد بالبيع ما لم يصلح منه لم يصح، وفيه وجه، وما تلف من ثمر. وقال القاضي: يستبقى بعد بدو صلاحه إلى وقت.

وقال في الكافي والمححر: وزرع «و م» مع أنه إنما يباع بعد تنمة صلاحه، فلهذا قال ابن عقيل: فإذا تركه فرط فضمنه في أحد الاحتمالين، وفيه نظر، وفي الروضة وغيرها: إن اشتراه بعد بدو صلاحه - وهو اشتداد حبه - فلو تركه إلى حين حصاده وفي عيون المسائل: إذا أتلّف الباقلاء والحنطة في سنبلها، فلنا وجهان، الأقوى يرجع بذلك على البائع كمسألتنا، ونقل حنبل إنما الجوائح في النخل بأمر سماوي، وقيل: ولص ونحوه قبل قطعه، وعنه: قدر الثلث، جزم به في الروضة، قيل: قيمة، وقيل: ثمنًا، وقيل: قدرًا «م ٩» بعد قبض المشتري وتسليمه فمن ضمان البائع، لأنه لم يحصل قبض تام، لأن عليه المؤنة، إلى تنمة صلاحه كمدة الإجارة، واحتج ابن عقيل: وغيره بأنها غير مقبوضة، لأنها لو تلفت بعطش ضمنها البائع، والمقبوض لا يبقى بعد قبضه ضمان على بائه ولأن القبض بحسب العادة ولهذا لو باع مكيلًا ليلًا فكاله ليلًا لم يكن كيله قبضًا، ويوضع من الثمن بقدر التالف، نقله أبو طالب، وأبطل في النهاية العقد كتلف الكل، ولا جائحة في مشتري مع أصله.

وكذا إن فات وقت أخذه. وقال القاضي: ظاهر كلامه وضعها عنه، واختار شيخنا ثبوتها في زرع مستأجر وحانوت نقص نفعه عن العادة، وأنه خلاف ما رواه عن أحمد، وحكم به أبو الفضل بن حمزة في حمام. وقال شيخنا: أيضًا: قياس نصوصه وأصوله إذا عطل نفع الأرض بأفة انفسخت فيما بقي كانهدام الدار ونحوه وأنه لا جائحة فيما تلف من زرعه، لأن المؤجر لم يبعه إياه، ولا ينازع في هذا من فهمه.

مسألة - ٩: قوله في الجائحة: وعنه: قدر الثلث. قيل: قيمة، وقيل: ثمنًا،

وقيل: قدرًا، انتهى

أحدها: يعتبر قدر ثلث الثمرة، وهو الصحيح، قدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والتلخيص، والبلغة، والشرح، والرعايتين، والحاويين، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: يعتبر قدر الثلث بالقيمة، قدمه في المحرر والنظم، وتجريد العناية وغيرهم. وأطلقهما في الفائق والزركشي.

والوجه الثالث: يعتبر قدر ثلث الثمن،

فهذه تسع مسائل قد فتح الله تصحيحها.

وإن أتلّفه آدمي فسيأتي في إتلاف المكيل قبل قبضه، وجزم في الروضة هنا بأنه من مال المشتري، لأنه يمكنه أن يتبع الآدمي بالغرم. قال ابن عقيل: وغيره: المسألة أخذت شبهاً من المتميز وغيره فعملنا بهما فضمنها: البائع بالجائحة والمشتري إذا أتلّفها آدمي.

وما له أصل يتكرر حملة كقثاء فكالشجر، وثمره كثمره، فيما تقدم، ذكره جماعة، لكن لا يؤخر البائع اللقطة الظاهرة، ذكره في الترغيب وغيره، وإن تعيب فالفسخ أو الأرش، وقيل: لا يباع إلا لقطه لقطه، كثمر لم يبد صلاحه، ذكره شيخنا، وجوزّه مطلقاً تبعاً لما بدا كثمر، وصلاح قثاء وخيار ونحوه أكله عادة. وعند القاضي: تنهى عظمه.

ومن باع عبداً شمل لباسه المعتاد فقط، إلا بشرط، وقياس قول الشيخ في مزارع القرية أو قرينة، واختار في شراء أمة من غنيمة يتبعها ما عليها، مع علمهما به، ونقل الجماعة: لا، فإن شرط المشتري ما له فإن قصده اعتبر علمه وشروط المبيع وإلا فلا، واختاره الشيخ وذكره نص أحمد والخرقي، وذكره في المنتخب عن أصحابنا، نقل صالح وأبو الحارث واقتصر عليه في زاد المسافر إذا كان إنما قصد العبد كان المال قل أو كثر تبعاً له.

وقال القاضي: إن قيل: يملك لم يعتبر، وإلا اعتبر، قطع به في المحرر وزاد: إلا إذا كان قصده العبد فلا، وله الفسخ بعيب ماله، كهو، وقيل: لا، ومقود دابة ونعلها ونحوهما يدخل في مطلق بيع، كلبس عبد، وفي الترغيب: وأولى.

باب الخيار

لا يثبت خيار المجلس إلا في بيع غير كتابة وصلاح بمعناه وإجارة، وقيل: لا تلي مدتها العقد، وعلى الأصح: وما يشترط فيه قبض، كصرف وسلم. وفي الأصح: وقسمة، وقيل: ومساقاة ومزارعة وسبق، ولمحيل وشفيع أخذ بها. وفي شراء من يعتق عليه وجهان «م ١» والأصح لا يثبت فيما تولاه واحد

مسألة - ١: قوله: وفي شراء من يعتق عليه وجهان، انتهى. يعني هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا؟ وأطلقها في التلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وتجريد العناية. وغيرهم.

أحدهما: لا خيار له، وهو الصحيح، قال الأزجي في نهايته: الظاهر في المذهب عدم ثبوت الخيار في شراء من يعتق عليه، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته والزركشي. قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: يثبت له الخيار كغيره، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

تنبيه: إذا قلنا: لا يثبت للمشتري فهل يثبت للبائع أم لا؟ فقول: لا يثبت له أيضًا، قلت: وهو قوي، مراعاة للعتق، وقيل: يثبت له الخيار وإن لم يثبت للمشتري، قاله في الرعاية، وهو ظاهر كلام المصنف، فإن ظاهره اختصاص ذلك بالمشتري، فعلى هذا يكون الصحيح من المذهب الاختصاص. وقال الزركشي: وفي سقوط حق صاحبه وجهان، انتهى.

تنبيه: قوله: ولو كرهها، عائد إلى عدم التفرق، أي أكره على عدم التفرق، وأما الإكراه على التفرق فهي التي ذكر فيها المصنف الخلاف وأطلقه، ونبه عليه شيخنا. قلت: الذي يظهر أن قوله: ولو كرهها عائدًا إلى التفرق لا إلى عدم التفرق كما قاله شيخنا، ويقويه: قوله: ما لم يتفرقا بأبدانهما عرفًا، والعرف إنما يكون في التفرق لا في عدم التفرق، وأيضًا فإني لم أطلع على كلام أحد من الأصحاب نص على ما إذا أكره

كأب، وفي طريقة بعض أصحابنا رواية: لا يثبت خيار مجلس في بيع وعقد معاوضة. ولكل من البيعين، الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما عرفاً، ولو كرهاً أو تساوقاً بالمشي أو في سفينة، ولهذا لو أقبضه في الصرف وقال: امش معي لأعطيك ولم يتفرقا جاز، نقله حرب، وفي بقاء خيار المكره وجهان «م ٢».

وينقطع بموته لا بجنونه، ولا يثبت لوليه خيار، وهو على خياره بإفاقته. وفي الشرح: إن خرس ولم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه فوليه مقامه.

على عدم التفرق، بل عموم كلامهم ذلك، وإنما حكوا الخلاف في الإكراه على التفرق. إذا علم ذلك فيكون المصنف تابع صاحب المغني، فقطع بأنه إذا أكرها معاً بطل خيارهما، وإذا أكره أحدهما بطل خيار صاحبه، وفي بطلان خيار المكره وجهان، وهذا والله أعلم مراد المصنف، وموافق للنقل، ويكون قوله، «ولو كرها» عائداً إلى المفهوم، والتقدير فلو تفرقا عرفاً ولو كرهاً لم يكن لهما الخيار. بقي هذه الطريقة التي تبع بها صاحب المغني، هل هي المذهب أم لا؟ وعنده أنها المذهب، والذي يظهر أن الصحيح أن الإكراه لا يبطل خيار المجلس، سواء كان الإكراه لهما أو لأحدهما، كما تقدم.

مسألة - ٢: قوله: ولكل من البيعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما عرفاً ولو كرهاً وفي بقاء خيار المكره وجهان، انتهى. اعلم أن للأصحاب في حصول الفرقة بالإكراه طريقين:

أحدهما: وهي طريقة الأكثر منهم الشيخ في الكافي، قال الزركشي: وهو أجود أن الخلاف جار فيما إذا أكرها معاً أو أحدهما، فقبل تحصل الفرقة به مطلقاً، وهو ظاهر كلام جماعة، وهو احتمال في المغني، والشرح، وقدمه الزركشي وشرح ابن رزين، وقيل: لا يحصل به مطلقاً، وهو الصحيح، اختاره القاضي، وجزم به في الفصول والمستوعب، والحاويين، وصححه في الرعاية الكبرى، فعلى هذا القول يبقى الخيار في مجلس زال عنهما الإكراه فيه حتى يفارقه، وأطلقهما في الكافي، والفائق. قال في المغني، والشرح، فيما إذا أكره أحدهما: احتمال بطلان الخيار. وقال القاضي: لا ينقطع الخيار، وفيه وجه ثالث: إن أمكنه ولم يتكلم بطل خياره، وإلا فلا، وهو احتمال في التلخيص.

الطريق الثاني: إن حصل الإكراه لهما انقطع خيارهما قولاً واحداً، وإن حصل لأحدهما فالخلاف، وهي طريقة الشيخ في المغني، والشارح، وهو ظاهر كلام المصنف، إذا علم ذلك فقد عرفت الصحيح من الوجوه المتقدمة، فكذا الصحيح هنا، والله أعلم.

ويسقط خيار من قال لصاحبه: اختر، على الأصح، وتحرم الفرقة خشية الاستقالة على الأصح، فإن أسقطاه سقط، وعنه: لا، نصره القاضي وأصحابه، وعنه: في العقد، ويسقط بعده.

ويصح شرط الخيار في العقد مدة معلومة، وعنه: ومطلقاً، فتبقى إلى قطعها وإن شرطه حيلة ليربح فيما أقضه لم يجز، نص عليه. ولا يثبت إلا في بيع وصلاح بمعناه وقسمة. وقال ابن عقيل: إن كان رد وأنه يحتمل دخوله في سلم رواية واحدة لعدم اعتبار قبضهما، وإجارة، وقيل: ولو وليت مدتها العقد.

وقال ابن حامد: وضمان وكفالة، وقاله ابن الجوزي، وفي الروضة: يثبت كخيار المجلس، وقال شيخنا: يجوز في كل العقود، وإن شرطاه إلى الغد سقط بأوله، وعنه: آخره، وإلى الظهر إلى الزوال، كالغدو، وقيل: الغروب كالعشاء. والعشي والعشية من الزوال، وذكرهما الجوهري من الغروب إلى العتمة، كالعشاء، وأن قومًا زعموا أن العشاء من الزوال إلى طلوع الفجر، والمساء والغبوق من الغروب، والغدوة والغداة من الفجر إلى طلوع الشمس، كالصباح، والصباح خلاف المساء، والإصباح نقيض الإماء، وظاهر اللغة أن البكرة كالغدوة والآصال من العصر إلى الغروب وذكر الآجري وغيره في الصلاة على الميت: إن صلى من الفجر إلى الزوال قال: أصبح عبدك فلان، ومن الزوال إلى آخر النهار قال: أمسى عبدك فلان. وسبق الظرف في المواقيت، ويتوجه تقديم العرف في الأصح، وإن شرطاه يومًا نعم ويومًا لا، فقليل: يبطل، وقيل: يصح، وقيل: في اليوم الأول «م ٣» وإن شرطاه أو أجلاً في سلم أو بيع إلى حصاد لم يصح، على الأصح، كشرطه مبهمًا في أحد العبدین.

وفي الترغيب: وفي أحدهما بعينه يخرج على تفريق الصفقة في الجمع بين مختلفي الحكم، وأوله منذ العقد، وقيل: التفرق. وإن شرطه لغيره وله صح، وإن

مسألة - ٣: قوله في خيار الشرط: وإن شرطاه يومًا ويومًا لا، فقليل: يبطل، وقيل: يصح، وقيل: في اليوم الأول، انتهى.

القول الأول: احتمال في المغني، وهو قوي

والقول الثاني: قدمه في الرعاية الكبرى.

والقول الثالث: أصح، واختاره ابن عقيل، وجزم به ابن الجوزي في المذهب، وقدمه في الفائق وشرح ابن رزين، وأطلق الأول والثالث في الكافي، وهو ظاهر المغني، والشرح، وتأتي نظيرتها في آخر الوديعة.

أطلق فوجهان «م ٤» وإن قال: دوني، لم يصح، وظاهر كلامه: يصح، اختاره الشيخ، ويكون توكيلاً لأحدهما في الفسخ، وقيل: للموكل إن شرطه لنفسه وجعله وكيلاً، ويلزم بمضي مدته، في الأصح، وله الفسخ، وأطلقه الأصحاب، ونقل أبو طالب: يرد الثمن، وجزم به شيخنا، كالشفيع، ويتخرج من عزل الوكيل لا فسخ في غيبته حتى يبلغه في المدة. والملك في مدة الخيارين للمشتري، في ظاهر المذهب، فيعتق قريبه وينفسخ نكاحه ويخرج فطرته، قال أبو الخطاب وغيره: ويأخذ بالشفعة، وعنه: إن فسخ أحدهما فالنماء المنفصل، وعنه: وكسبه للبائع، كرواية الملك له، وقيل: هما لمشتري إن ضمنه.

والحمل وقت العقد مبيع، وعنه: نماء، فترد الأم بعيب بالثمن كله، قطع به في الوسيلة، فعلى الأول هل هو كأحد عيينين أو تبع للأم لا حكم له؟ فيه روايتان ذكره في المنتخب في الصداق «م ٥».

مسألة - ٤: قوله: وإن شرطه لغيره وله صح، وإن أطلق فوجهان، انتهى. يعني إذا شرطه لغيره وأطلق، لا شرطه لنفسه معه ولا نفاه، وأطلقهما في الخلاصة، والمححر، والنظم، والفائق.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره الشيخ في المغني، والشارح، قال في الفائق: اختاره الشيخ وغيره، انتهى. وجزم به في التلخيص، والحاوي الكبير، وهو ظاهر ما جزم به في المنور وتجريد العناية، وصححه في تصحيح المححر، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي في المجرد، وجزم به في الكافي.

مسألة - ٥: قوله: والحمل وقت العقد مبيع، فعليه هل هو كأحد عيينين أو تبع للأم لا حكم له؟ فيه روايتان ذكرهما في المنتخب في الصداق، انتهى. يعني المنتخب الذي لوالد الشيرازي.

إحدهما: هو كأحد عيينين، صرح به القاضي في المجرد، فقال في أثناء الفلس: فإن كانت حين البيع حاملاً ثم فلس المشتري فله الرجوع فيها وفي ولدها، لأنها إذا كانت حاملاً حين البيع فقد باع عيينين، وقد رجع فيهما، انتهى. قلت: وهو الصواب، وقال في أول القاعدة الرابعة والثمانين: قال القاضي وابن عقيل وغيرهما: والصحيح من المذهب أن للحمل حكماً.

والرواية الثانية: هو تبع للأم لا حكم له، قال في القاعدة الرابعة والثمانين: ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والصداق، قال القاضي وابن عقيل: إن قلنا

وتصرف البائع في المبيع محرم لا ينفذ، أطلقه جماعة، وقيل: إلا إن قيل: الملك له والخيار له. وقال في المغني: أو لهما. وليس فسحاً، على الأصح، كإنكاره شرط الخيار، قاله في الترغيب وغيره، وتصرف المشتري محرم لا ينفذ، وعنه: بلى، كما لو كان الخيار له، على الأصح، وعنه: موقوف، وفي طريقة بعض أصحابنا: له التصرف ويكون رضا بلزومه، وإن سلم فلائنه منع نفسه منه، قال: وإذا قلنا بالملك قلنا بانتقال الثمن إلى البائع، وقال غيره: وفي تصرفه مع البائع روايتان، بناء على دلالة التصرف على الرضى «م ٦» وتصرف المالك منهما بإذن وتصرف وكيلهما نافذ في الأصح فيهما، وبالعق، وقيل: والوقف، وقيل: إن دل التصرف على الرضى.

وتصرف المشتري ووطؤه ولمسه بشهوة وسومه إمضاء، قال أحمد: وجب عليه حين عرضه، وعنه: لا، كتقيل الجارية ولم يمنعها، وقيل: بشهوة، في المنصوص. وفي استخدامه، وقيل: لا لتجربة روايتان «م ٧».

للحمل حكم فهو داخل في العقد ويأخذ قسطاً من العوض، وإن قلنا لا حكم له لم يأخذ قسطاً، وكان بعد وضعه كالنماء المنفصل، و مالاً إلى أنه لا حكم له، قالوا: وقياس المذهب يقتضي أن حكمه حكم الأجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين، وإن قلنا: لا حكم له وهو الأصح، انتهى.

مسألة - ٦: قوله: وفي تصرفه مع البائع روايتان، بناء على دلالة التصرف على الرضى، انتهى.

إحداهما: ينفذ، وهو الصحيح، جزم به في المحرر والمنور، ومنتخب الآمدي والحاويين، والفاثق، وغيرهم. وهو ظاهر كلامه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين. والرواية الثانية: لا ينفذ قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وقدمه في الرعاية، وللقاضي في المحرر احتمالان.

تنبيه: قوله: «بناء على دلالة التصرف على الرضا» اعلم أن الصحيح أن التصرف من البائع أو المشتري دليل على الرضا، واختاره الشيخ في المغني، والشارح، وغيرهما، وقدموه وصححوه في مسائل.

مسألة - ٧: قوله: وفي استخدامه وقيل: لا لتجربة روايتان، انتهى. وأطلقهما في المذهب ومسبوك الذهب، والمحرر، والشرح، والرعاية الكبرى.

إحداهما: لا يبطل خياره، قال الشيخ في المقنع: لا يبطل خياره في أصح الروايتين، وصححه في النظم وشرح ابن منجا، وقدمه في الحاوي الكبير.

وإن تلف عنده فهل يبطل خيار البائع، كخياره في الأشهر؟ فيه روايتان «م ٨»

والرواية الثانية: يبطل خياره، قال في الخلاصة، والحاوي الصغير: بطل خياره، على الأصح، وجزم به في المنور ومنتخب الآمدي، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، وغيرهم. قال في الوجيز: وإن استخدم المبيع للاستعلام لم يبطل خياره، فدل كلامه أنه لو استخدمه لغير الاستعلام أنه يبطل، وعبرة جماعة من الأصحاب كذلك.

تنبيه: أدخل المصنف في الروايتين ما إذا استخدمه للتجربة، وكذلك صاحب الرعاية الصغرى والفائق، وهو ظاهر كلامه في التلخيص، والمحزر، وكذلك القاضي في المجرد، وذكر عدم البطالان في استخدامه للتجربة قولاً مؤخراً والمقدم خلافه صاحب الرعاية الصغرى، والفائق، والمصنف، وهو بعيد جداً، قال في الحاويين: وما كان على وجه التجربة للمبيع، كركوب الدابة لينظر سيرها، أو الطحن عليها ليعلم قدر طحنها، أو استخدام الجارية في الغسل والطبخ والخبز، لا يبطل الخيار، رواية واحدة. وقال في الرعاية الكبرى: وله تجربته واختباره بركوب وطحن وحلب وغيرها. انتهى. وتقدم كلامه في الوجيز. وقال في المنور ومنتخب الآمدي: وتصرفه بكل حال رضاً إلا لتجربة، وقال الشارح: فأما ما يستعلم به البيع، كركوب الدابة ليختبر فراحتها، والطحن على الرحي ليعلم قدره، ونحو ذلك، فلا يدل على الرضا، ولا يبطل به الخيار، انتهى. وقال في المقنع: وليس لواحد منهما التصرف إلا بما تحصل به تجربة المبيع، وجعل في الكافي، محل الخلاف في غير تجربة المبيع، وقطع في تجربة المبيع أنه لا يبطل، قلت: الصواب أن الاستخدام للتجربة والاختبار يستوي فيه الآمدي وغيره، ولا تشمل الرواية المطلقة، ومنشأ هذا القول أن حرباً نقل عن الإمام أحمد أن الجارية إذا غسلت رأسه أو غمزت رجليه أو طبخت يبطل خياره، فقال الشيخ والشارح: يمكن أن يقال: ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار، كركوب الدابة ليعلم سيرها، وما لا يقصد به ذلك يبطل، كركوب الدابة لحاجته، انتهى. وهذا هو الصواب، بل الغالب لا يكون الخيار إلا للتروي ولمعرفة المبيع، وذلك لا يحصل إلا بالتجربة، والمقصود أن إدخال المصنف الاستخدام للتجربة في الروايتين مع إطلاقهما فيه نظر، والرواية على إطلاقها لا تقاوم الرواية الأخرى، بل الصواب أن محل الروايتين المطلقتين في غير الاستخدام للتجربة، وأن الاستخدام للتجربة لا يبطل خياره وإن قيل فيه قول المصنف، والله أعلم.

مسألة - ٨: قوله: وإن تلف عنده فهل يبطل خيار البائع كخياره في الأشهر؟ فيه

روايتان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والهادي، والحاوي الكبير، والزركشي، وغيرهم.

إحداهما: لا يبطل وله الفسخ والرجوع بالقيمة أو مثله إن كان مثلياً، اختاره

فإن بطل أو أمضى فالثمن، وإن فسخ أحدهما فمثله أو قيمته يوم التلف وقبل القبض. أصل الوجهين انتقال الملك.

وإن باع عبدًا بجارية فمات العبد ووجد بها عيبًا فله ردها ويرجع بقيمة العبد، وفرق بأن هنا تلف بعض المبيع، وفي مسألة الخلاف: كله. وفي الروضة: يرجع بقيمة العبد على رواية، وإن قلنا يبطل خياره رجع بأرش عيبها.

وخيار المجلس لا يورث، نص عليه، وقيل: كالشرط، وفي خيار صاحبه وجهان «م ٩».

وخيار الشرط والشفعة وحد القذف لا يورث إلا بمطالبة الميت، نص عليه، كخيار الرجوع في هبة ولده، ولأن معنى الخيار تخيره بين فسخ وإمضاء، وهو صفة ذاتية كالاختيار، فلم يورث، كعلمه وقدرته، قال في عيون المسائل: ولهذا لا تصح المصالحة على الخيار بمال، ولو أخذ قسطًا من المال لصح الصلح عليه بالمال، كخيار المجبرة والصغيرة والمعتقة، وقيل: لا يبطل، وذكر في عيون المسائل في مسألة حل الدين بالموت رواية كالحج، نقله ابن منصور، كخيار قبول الوصية له، وإلا حل، وفي الانتصار رواية: لا يورث حد قذف ولو طلبه مقذوف كحد زنا.

ومن باع بشرط فمات مشتر لزم، إلا أن تقوم بينة أنه رده، نقله ابن منصور. وإن علق عتق عبده ببيعه فباعه عتق، نص عليه، كالتدبير، ولم ينتقل الملك. وتردد فيه شيخنا وقال: وعلى قياس المسألة تعليق طلاق وعتق بسبب يزيل ملكه عن الزوجة والعبد، وقيل: يعتق في موضع يحكم له بالملك.

القاضي وابن عقيل، وحكاه في الفصول في موضوع عن الأصحاب، وقدمه في الخلاصة، والكافي، والرايعتين، والحاوي الصغير.

والرواية الثانية: يبطل، وهو الصحيح، اختاره الخرقى وأبو بكر وغيرهما، وقدمه في المقنع، والمحزر، والنظم، والفائق، وغيرهم. وجزم به في المنور ومنتخب الآمدي.

مسألة - ٩: قوله: وخيار المجلس لا يورث، نص عليه كالشرط، وفي خيار صاحبه وجهان، انتهى. وأطلقهما في الكافي، والشرح:

أحدهما: يبطل، وهو الصحيح، قدمه في المغني، وشرح ابن رزين.

والوجه الثاني: لا يبطل، وهو احتمال في المغني، قلت: وهي قريبة من مسألة شراء من يعتق عليه إذا قلنا: لا خيار له، فهل يثبت خيار للبائع، على ما تقدم قريبًا، والله أعلم.

فهذه تسع مسائل قد صححت بحمد الله تعالى.

باب خيار التدليس والغبن

يثبت بكل تدليس يزيد به الثمن، كتسويد الشعر وتجعيده، وتحمير الوجه وجمع ماء الرحي، واللبن في ضرع بهيمة الأنعام، وإن حصل بلا تدليس فوجهان «م ١» وقيل: وكذا تسويد كف عبد أو ثوبه، وعلف شاة، ومتى علم التصرية خير ثلاثة أيام منذ علم، وقيل: بعدها على الفور: يخير مطلقاً، ما لم يرض، كبقية التدليس، بين إمساكها، وفي التنبيه والمبهج والترغيب ومال إليه صاحب الروضة: مع الأرض، ونقله ابن هانئ وغيره، وردّها مع صاع تمر سليم ولو زادت قيمته، نص عليه إن حلبها، وقيل: إن ردها بها، وقيل: أو قمح، فإن تعذر التمر فقيمته موضع العقد، قال الشيخ: كعين أتلّفها، عليه قيمتها، فظاهره ما يأتي من الخلاف، ويقبل رد اللبن بحاله بدل التمر، كردها به قبل الحلب، وقد أقر له بالتصرية، وقيل: ولو تغير، وقيل: لا، مطلقاً، ولا خيار إن زال العيب أو صار لبنها عادة، نص عليه في شراء أمة مزوجة فطلقت، قال في الفصول: لا رجعيّاً، وإن في طلاق بائن فيه عدة، احتمالين، وترد المصرة من أمة وأنان، في الأصح، مجاناً. لأنه لا يعتاض عنه عادة، كذا قالوا، وليس بمانع.

مسألة - ١: قوله: وإن حصل بلا تدليس فوجهان، انتهى.

أحدهما: لا خيار له، وهو ظاهر كلام جماعة.

والوجه الثاني: يثبت كفعله، وهو الصحيح، اختاره القاضي، واقتصر عليه في الفائق، وقطع به الكافي، وقدمه في الرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين.

قلت: الصواب أنه لا خيار له في حمرة الخجل أو التعب، وله الخيار إذا حصل التدليس من غير قصد، كتسويد شعرها لشيء حصل فيه ونحو ذلك، وذكر في المغني، والشرح، احتمالاً بعدم الخيار في حمرة الخجل والتعب، ومالا إليه، وقطعا بثبوت الخيار في غيرهما، وهو الصواب.

ويحرم كتم العيب، ذكره الترمذي عن العلماء، وذكر أبو الخطاب: يكره. وفي التبصرة: هو نص أحمد، ويصح، وعنه: لا، نقل حنبل: يبيعه مردود، اختاره أبو بكر وكذا لو أعلمه به ولم يعلمًا قدر عيبه ذكره شيخنا، وأنه يجوز عقابه بإتلافه والتصدق به، وقال: أفتى به طائفة من أصحابنا سأله أبو داود: أتيت صيرفيًا بدينار فقال: له وضیعة، فأتيت به آخر فأخذه، على أن أبينه له؟ قال: لا ليس عليك. وقيل: لأحمد فيمن يدخل بشيء إلى بلاد إن كان مغشوشًا اشتروه وإلا فلا، قال: إن كانوا يأخذونه لأنفسهم ويعلمون غشه فجائز، وإن كنت لا تأمن أن يصير إلى من لا يعرفه فلا، نقله ابن القاسم، ويتوجه إن ظن معرفته لشهرته جاز. وإذا علم مبلغ شيء فباعه صبرة لجاهل بقدره فعنه: يكره، فيقع لازمًا، وعنه: يحرم، فله الرد «م ٢» وقاله القاضي وأصحابه، ما لم يعلم البائع بقدره.

وقال أبو بكر وابن أبي موسى: يبطل. قدمه في الترغيب وغيره، ومثله علم المشتري وحده، كما لم يفرقوا في الغبن بين البائع والمشتري، وقدم ابن عقيل: في مفرداته: لا، لأن المقلب في العلم البائع، بدليل العيب لو علمه المشتري وحده جاز، ومع علمها يصح. وفي الرعاية وجهان وهو ظاهر الترغيب وغيره، وذكرهما جماعة في المكيل، نقل الميموني: إذا عرفًا كيله فلا أحب أن يشتريه حتى يكتاله، نقل المروذي وابن حسان التحريم. ونقل حنبل فيمن بينهما كُرَّ طعام فأراد أحدهما شراء نصيب الآخر: يجوز ولا يسمى كيلًا، فإن سماه كال، وإن تلقى الركبان - والمنصوص: ولو لم يقصد - فاشترى منهم وغبنوا، وعنه: أو لا، أو باعهم، فلهم الخيار. وعنه: يبطل، اختاره أبو بكر. ولمن زايدة من لا يريد شراء ليغره إذا غبن، وقيل: بمواطأة البائع، وهو النجش، وعنه: يبطل، اختاره أبو بكر، كما لو نجش البائع أو واطأ، في أحد الوجهين «م ٣» وعنه: يقع لازمًا، فلا فسخ من غير رضا،

مسألة - ٢: قوله: وإن علم مبلغ شيء فباعه صبرة لجاهل بقدره فعنه: يكره، فيقع لازمًا، وعنه: يحرم فله الرد، انتهى.

إحداهما: يكره، اختارها القاضي في المجرد وصاحب الفائق.

والرواية الثانية: يحرم، وهو الصحيح، نص عليه، اختاره الخرقى وأبو بكر في التنبيه، وابن عبدوس وغيرهم. قال الزركشي: هذا منصوص أحمد، وعليه الأصحاب، انتهى. وقدمه في المستوعب والمغني، والشرح، وغيرهم. وهو ظاهر كلامه في المحرر والرعاية، وغيرهما.

مسألة - ٣: قوله في النجش: وعنه: يبطل النجش اختاره أبو بكر، كما لو نجش

ذكرها في الانتصار في الفاسد هل ينقل الملك؟ وإن أخبر بأكثر من الثمن فله الخيار. وفي الإيضاح: يبطل مع علمه، وقولهم في النجش: ليغر المشتري، لم يحتجوا لتوقف الخيار عليه. وفيه نظر، وأطلقوا الخيار فيما إذا أخبر بأكثر من الثمن، لكن قال بعضهم: لأنه في معنى النجش، فيكون القيد مرادًا، ويشبه ما إذا خرج ولم يقصد التلقي، وسبق المنصوص الخيار، ويثبت على الأصح لمسترسل جاهل بالقيمة إذا غبن.

وفي المذهب: أو جهلها لعجلته، وعنه: ولمسترسل إلى البائع لم يماكسه، اختاره شيخنا، وذكره المذهب، وفي الانتصار: له الفسخ ما لم يعلمه أنه غال وأنه مغبون فيه، قال أحمد: اشترى وماكس، قال: والمساومة أسهل من بيع المرابحة، لأنه أمانة ولا يأمن الهوى، ونص أحمد: الغبن عادة، وقيل: الثلث، وقيل: السدس، والغبن محرم، نص عليه، ذكره أبو يعلى الصغير، وحرمه في الفنون، وأن أحمد قال: أكرهه، وفي مفرداته: يتخرج البطلان بالغبن، لقوله: النهي يدل على الفساد، وهل غبن أحدهما في مهر مثله كبيع أو لا فسخ؟ فيه احتمالان في التعليق والانتصار، وفي عيون المسائل: منع وتسليم، ثم فرق وقال: لهذا لا يرد الصداق عندهم. وفي وجه لنا: بعب يسير ويرد المبيع بذلك «م ٤».

ويحرم تغير مشتري بأن يسومه كثيرًا لبذل قريبه ذكره شيخنا. قال: وإن دلس مستأجر على مؤجر وغيره حتى استأجره بدون القيمة فله أجره المثل، وفي مفردات أبي الوفاء في المسألة الأولى كقوله: وأنه كالغش والتدليس سواء، ثم سلم أنه لا

البائع أو واطأ، في أحد الوجهين، انتهى. وأطلقهما في الفائق.

أحدهما: لا يبطل البيع، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب وهو كالصريح في المغني، والشرح، وقدمه الزركشي وقال: هذا المشهور.

والوجه الثاني: يبطل البيع، قال في الرعايتين والحاويين: وعنه: لا يصح بيع النجش، كما لو زاد فيها البائع أو واطأ عليه، قال في الرعاية الكبرى: أو زاد زيد بإذنه، في أصح الوجهين، انتهى. وجزم به في المنور وتذكرة ابن عبدوس، وقدمه في المحرر.

مسألة - ٤: قوله: وهل غبن أحدهما في مهر مثله كبيع أو لا فسخ؟ فيه احتمالان في التعليق والانتصار. وفي عيون المسائل منع وتسليم، ثم فرق وقال: ولهذا لا يرد الصداق عندهم. وفي وجه لنا: بعب يسير، ويرد المبيع بذلك، انتهى. قلت: الصواب أنه لا غبن في ذلك، وهو ظاهر كلام الأصحاب، والله أعلم: والقول بثبوت الغبن قياسًا على البيع.

يحرم، ونصه: من قال عند العقد لا خلاية فله الخيار إن خلبه خلافًا للشيخ وغيره، لخبر حبان أنه ﷺ قال له: «إذا بايعت فقل: لا خلاية، ولك الخيار ثلاثاً»^(١). وفي عيون المسائل وغيرها أنه خاص به، ولهذا جعل له الخيار بلا شرط، كذا قالوا. وهل للإمام جعل علامة تنفي الغبن عمن يغبن كثيرًا؟ فيه احتمالان «م ٥» والله أعلم.

مسألة - ٥: قوله: وهل للإمام جعل علامة تنفي الغبن عمن يغبن كثيرًا؟ فيه احتمالان:

أحدهما: له فعل ذلك قلت: وهو الصواب. ويكون مقتديًا بصاحب الشريعة عليه من الله أفضل الصلاة والسلام، قال في المغني، ومن تبعه: فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد: لا خلاية، فقال أحمد: أرى ذلك جائزًا وله الخيار إن كان خلبه، وإن لم يكن خلبه فليس له خيار، ويحتمل ألا يكون له خيار ويكون خاصًا بالذي قال له النبي ﷺ، انتهى.

والاحتمال الثاني: يكون ذلك خاصًا بالنبي ﷺ، ومال إليه الشيخ في المغني، كما تقدم، فهذه خمس مسائل في هذا الباب.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٠٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٣٣).

باب خيار العيب

وهو ما نقص قيمة المبيع عادة، وفي الترغيب وغيره: نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبًا، كزنا بالغ عشرين، نص عليه، وشربه وسرقته وإباقه وبوله في فراشه، وقيل: من بول كبير وتكرر وفي الواضح: بالغ، وقيل: ومميز، وجزم به في المحرر في الكل، وجزم به غيره وزاد: وتكرر، وحمق، نص عليه وقال: إن شريحًا كان يرد من الحمق الشديد «ه».

قال الأصحاب: والحمق من الكبير وهو ارتكاب الخطأ على بصيرة.

وفي المغني وغيره: وحمق شديد واستطالة على الناس، وكذا في عيون المسائل: إن بان العبد طويل اللسان على الناس أو أحمق ملك الرد، نص عليه، لأنه ربما احتاج أن يؤدب، وربما تكرر منه فيصير كالزنا، ولأن الأحمق قد يضع الشيء في غير موضعه. واعتبر القاضي وغيره العادة، وخصاء وبخر وبرص وأصبع زائدة وكلفوعور وحول وخرس وطرش وقرع، وتحريم عام، كمجوسية، وحمل أمة دون بهيمة، وكون ثوب غير جديد ما لم يبين أثر استعماله، ذكره في الواضح، وعدم ختان في عبد كبير للخوف عليه. وقال الشيخ: ليس من بلد الكفر.

وفي الثبوة ومعرفة الغناء والكفر وجهان «م ١ و ٢» وقيل: وفسق باعتقاد أو

مسألة - ١ - ٢: قوله: وفي الثبوة ومعرفة الغناء والكفر وجهان، انتهى. ذكر

مسألتين:

المسألة الأولى: هل الثبوة عيب أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: ليس بعيب، وهو الصحيح، وعليه أكثر الأصحاب منهم القاضي وغيره، وجزم به في الكافي، وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، والحاوي الكبير، وغيرهم.

والوجه الثاني: هي عيب، قال ابن عقيل: إن ظهرت ثيبًا مع إطلاق العقد فهو

عيب قلت: وهذا ضعيف.

فعل، وتغفيل وليس عجمة لسان وفأفاء وتمتام وقرابة وإرث وألثغ وعدم حيض - في المنصوص عليه - عيباً، ويتوجه مثله عقيم فيه، ولهذا قيل: للقاضي في الحامل: هل يختص العقم بمنع الحمل ولا يمنع الحيض؟ فقال: لا نسلم هذا، ومتى حكمنا أنها عقيم لم يصح الحيض منها، وفي الانتصار: ليس عيباً مع بقاء القيمة.

وفي الترغيب وغيره: كون الدار ينزلها الجند عيب، وعبرة القاضي: وجدها بمنزلة قد نزلها الجند، قالوا: أو اشترى قرية فوجد فيها سبعا أو حية عظيمة تنقص الثمن. وقال ابن الزاغوني: وجدها كان السلطان نزلها ليس عيباً، من جهة أنه ظلم يمنع منه الدين وتحسم مادته سياسة العدل، وتجوز عوده متوهم، ونقص القيمة به عادة إن غبن لذلك الثلث وكان مستسلماً فله الفسخ للغبن، لا للعيب، وأجاب أبو الخطاب: لا يجوز الفسخ لهذا الأمر المتردد، وظاهر كلامهم: وبقي ونحوه غير معتاد بالدار، وقاله جماعة في زمننا، وقرع شديد من كبير، وهو متجه، وكونه أعسر، والمراد لا يعمل باليمين عملها المعتاد. وإلا فزيادة خير.

وفي المغني: ليس بعيب، لعمله بإحدى يديه، خلافاً لشريح، قال شيخنا: والجار السوء عيبه، فمتى اشترى شيئاً فبان معيباً، وقال في الانتصار: أو عالمًا عيبه، ولم يرض أمسكه، والمذهب: له أرشه، وعنه: إن تعذر رده، اختاره شيخنا، لأنه معاوضة عن الجزء الفائت فلا يلزم، قال: وكذا يقال في نظائره كالصفقة إذا تفرقت، وهل يأخذه من عين الثمن أو حيث شاء البائع؟ فيه احتمالان «م ٣».

المسألة الثانية: هل معرفة الغناء وظهور الرقيق كافراً عيب أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: ليس بعيب، وهو الصحيح، على ما اصطلاحناه، جزم به في الكافي، والمغني، والشرح، والرعاية، وغيرهم.

والوجه الثاني: هو عيب قلت: وهو الصواب، قال ابن عقيل: الغناء في الأمة عيب، وكذا الكفر.

مسألة - ٣: قوله: فمن اشترى شيئاً فبان معيباً، ولم يعلم به أمسكه، والمذهب، له أرشه، وهل يأخذه من عين الثمن أو حيث شاء البائع؟ فيه احتمالان، انتهى. وأطلقهما في التلخيص، والرعاية، والزركشي، وغيرهم.

أحدهما: يأخذه من عين الثمن مع بقاءه، لأنه فسخ أو إسقاط، قاله القاضي في موضع من خلافه قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: يأخذه من حيث شاء البائع، وقاله القاضي أيضاً في موضع من خلافه قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وصححه ابن نصر الله في حواشي

وفي الانتصار ومفردات أبي يعلى الصغير: لا فسخ بعيب يسير، كصداع وحمى يسيرة، وآيات في المصحف، للعادة، كغبين يسير، ولو من ولي، قال أبو يعلى: ووكيل، وقال في ولي ووكيل: لو كثر الغبن بطل. وقال أيضًا: يوجب الرجوع عليهما، وذكر أيضًا الفسخ بعيب يسير، وأن المهر مثله، في وجهه، وأن له الفسخ بغبين يسير، كدرهم في عشرة بالشرط. وفي مفردات أبي الوفاء وغيره أيضًا: لا فسخ بعيب أو غبن يسير وأن الكثير يمنع الرشد ويوجب السفه والرجوع على ولي ووكيل، وإن شرط الخيار له الفسخ غبن أم لم يغبن.

قال أحمد في ذلك: من اشترى مصحفًا فوجده ينقص الآية والآيتين ليس هذا عيبًا، لا يخلو المصحف من هذا. وفي جامع القاضي بعد هذا النص قال: لأنه كغبين يسير، قال: وأجود من هذا أنه لا يسلم عادة من ذلك، كيسير التراب والعقد في البُر. وقال ابن الزاغوني: لا يسقط شيء من أجره الناسخ بعيب يسير، وإلا فلا أجره لما وضعه في غير مكانه، وعليه نسخه في مكانه، ويلزمه قيمة ما أتلّفه بذلك من الكاغد، وأطلق أبو الخطاب: لا يستحق الأجرة، بل يلزمه عوضه وغرامة الكاغد.

الفروع في باب الإجارة، فقال: لا يجب كونه من عين الثمن في الأصح، قال في القاعدة التاسعة والخمسين: اختلف الأصحاب في أخذ أرش العيب، فمنهم من يقول: هو فسخ العقد في مقدار العيب والرجوع بقسطه من الثمن، ومنهم من يقول: هو عوض عن الجزء الفائت، ومنهم من قال: هو إسقاط جزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذر تسليمه، وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضي في موضع من خلافه، وينبغي على الخلاف في أن الأرش فسخ أو إسقاط لجزء من الثمن أو معاوضة أنه إن كان فسخًا أو إسقاطًا لم يرجع إلا بقدره من الثمن، ويستحق جزءًا من عين الثمن مع بقاءه، بخلاف ما إذا قلنا إنه معاوضة، انتهى.

قلت: قد صرح الشيخ الموفق والشارح، وغيرهما أن الأرش عوض عن الجزء الفائت من المبيع، وقال في القاعدة المذكورة: إذا قلنا: هو عوض عن الجزء الفائت، فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته؟ ذهب القاضي في خلافه إلى أنه عوض عن القيمة، وذهب ابن عقيل في فنونه وابن البنا إلى أنه عوض عن العين الفائتة وينبغي على ذلك جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته فإن قلنا: المضمون العين، فله المصالحة عنها بما شاء، وإن قلنا: القيمة، لم يجز أن يصالح عنها بأكثر من جنسها، انتهى.

تنبيه: قوله: في النماء المتصل: وفي المغني، في مسألة صبغه ونسجه له أرشه إن رده، كذا في النسخة. وصوابه: «له أرشه لا رده» صرح به في المغني، نبه عليه شيخنا، وهو واضح، والمعنى يساعده.

وفي الروضة وغيرها: يسير عيب مبيع كالكثير، وهو نسبة قدر النقص إلى قيمته صحيحًا، فيرجع من ثمنه بنسبته، وله رده وأخذ ثمنه المعقود عليه بلا رضا وحضور الآخر، وعليه مؤنته. ولا يرد نماء منفصلاً إلا لعذر، كولد أمة، وقيل: يجوز، كيبيعها دون ولد حر، وعند الشيخ: أو دون حمل حر، وعنه: يرد النمء من عينه، وعنه: مطلقًا، قال ابن عقيل: ومثله المتصل. وفي المغني فيه في مسألة صبغه ونسجه: له أرشه إن رده،*» وعنه: لا رد ولا أرش لمشتري وهبه بائع ثمنًا أو أبراه منه، كمهر، في رواية، وخيار العيب كخلف في الصفة. قال شيخنا: وعلى المذهب يجبر المشتري على رده أو أرشه، لتضرر البائع بالتأخير، وإن عاب المبيع عنده ثم علم عيبه، كقطع ثوب ووطء بكر، فعنه: له الأرش، ونقل الجماعة قال في الترغيب: وعليه الأصحاب ورده مع أرش نقصه الحادث عنده «م ٤».

ولو أمكن عوده، وفيه رواية: كزواله قبل رده، وإن زال بعده ففي رجوع مشتر على بائع بما دفعه إليه احتمالان «م ٥» ونصه: له رده بلا أرش إذا دلس البائع

مسألة - ٤: قوله: وإن عاب المبيع عنده ثم علم عيبه كقطع ثوب ووطء بكر، فعنه: له الأرش، ونقل الجماعة قال في الترغيب: عليه الأصحاب ورده مع أرش نقصه الحادث عنده، انتهى. وأطلقهما في المذهب والكافي، والشرح، وغيرهم.

إحداهما: يتعين له الأرش، قال ابن أبي موسى: هذه الصحيحة عن الإمام أحمد، قال ابن منجا في شرحه: هذا الصحيح من المذهب وجزم به في الوجيز والمنور، ومنتخب الآمدي وغيرهم. وقدمه في المقنع، والمحزر، والنظم، وغيرهم. واختاره أبو بكر وابن أبي موسى وأبو الخطاب في خلافه وغيرهم.

والرواية الثانية: هو مخير بين أخذ الأرش وبين رده وأرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن، نقله الجماعة، قال في التلخيص، والترغيب: عليها الأصحاب، زاد في التلخيص: وهي المشهورة، قال الزركشي: هي أشهرهما، واختارها أبو الخطاب في الانتصار والقاضي أبو الحسين، ونصرها الشيخ في المغني، ومال إليها الشارح وصححها القاضي في الروايتين، واختارها الخرقى فيما إذا لم يدلس العيب، وجزم به في الخلاصة، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وقال: هذا المذهب قلت: وهو الصواب.

مسألة - ٥: قوله: وإن زال بعده - يعني بعد رده - ففي رجوع مشتر على بائع بما دفعه إليه احتمالان، انتهى.

أحدهما: ليس له الرجوع قلت: وهو الصواب، أشبه ما لو زاد البيع، وهو ظاهر

العيب، نقله حنبل وابن القاسم، وله رد ثيب وطئها، على الأصح، مجانًا، ولهذا له بيعها مرابحة بلا إخبار، قاله في الانتصار، وعنه: بمهر مثلها، والعيب بعد العقد قبل قبض المشتري كالعيب قبله فيما ضمانه على البائع. وقال جماعة: لا أرش إلا أن يتلفه آدمي فيأخذه منه، والعيب بعد القبض من مشتري، وعنه: عهدة الحيوان ثلاثة أيام، وعنه: ستة.

وقال في المبهم: وبعدها، والمذهب لا عهدة، قال أحمد: لا يصح فيه حديث، وإن زال ملكه عنه غير عالم بعيبه فله الأرش ويقبل قوله في قيمته، ذكره في المنتخب، وعنه، إن أعتقه في واجب وحكي مطلقًا، قال جماعة: ولم يمنع عيبه الإجزاء، صرفه في الرقاب، ويحتمل لا أرش، كقريب عتق، لأن القصد عتقه، ويتخرج من خيار الشرط أن يفسخ ويغرم القيمة، وعنه: لا أرش له لما باعه، فإن رد عليه فله رده أو أرشه، أو إن أخذ منه أرشه فله الأرش.

ولو باعه مشتر لبائعته له فله رده على البائع الثاني، ثم للثاني رده عليه، وفائدته اختلاف الثمنين، ويحتمل هنا لا رد، وإن فعله عالمًا بعيبه أو تصرف فيه بما يدل على الرضا أو عرضه للبيع أو استغله فلا، ذكره ابن أبي موسى والقاضي، واختلف كلام ابن عقيل، وعنه: له الأرش، وهو أظهر، لأنه وإن دل على الرضا فمع الأرش كإمساكه، اختاره الشيخ. قال: وهو قياس المذهب، وقدمه في المستوعب، قال: وذكر في التنبيه ما يدل عليه، فقال: والاستخدام والركوب لا يمنع أرش العيب إذا ظهر قبل ذلك أو بعده، وأحمد في رواية حنبل إنما نص أنه يمنع الرد فدل على أنه لا يمنع الأرش وإن احتلب المبيع ونحو ذلك لم يمنع الرد لأنه ملكه فله أخذه، قال في عيون المسائل: أو ركبها لسقيها أو علفها.

وقال في المغني: إن استخدم للبيع لا للاختبار بطل رده بالكثير، وإلا فلا. قيل: لأحمد: إن هؤلاء يقولون: إذا اشترى عبدًا فبان معيبًا فاستخدمه بأن يقول: ناولني الثوب، بطل خياره. فأنكر ذلك وقال: من يقول هذا؟ أو: من أين أخذوا هذا؟ ليس هذا برضى حتى يكون شيء يبين ويطول. قال: وقد نقل عنه في بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان، فكذا يخرج هنا، وإن باع بعضه فله أرش الباقي، وعنه: ورده بقسطه، اختاره الخرقى، وفي أرش المبيع الروايتان، ونص أحمد: لا شيء للبائع مع تدليس، وله الفسخ في ربوي بجنسه مطلقًا، للضرورة. وعنه: له

كلام كثير من الأصحاب.

والاحتمال الثاني: له الرجوع.

الأرّش، وقيل: من غير جنسه على مد عجوة. وفي المنتخب: يفسخ العقد بينهما ويأخذ الجيد ربه ويدفع الرديء. وإن صبغه أو نسجه فالأرّش، وعنه: والرد، ويكون شريكاً بقيمة الزيادة، ولا يجبر البائع على بذل عوضها على الأصح، ولا المشتري على قبوله، في الأصح.

وإن اشترى ما لا يعلم عيبه إلا بكسره ولمكسوره قيمة كجوز الهند، فعنه: له الأرّش، وعنه: له رده: وخيره الخرقى بينهما «م ٦» وفي رد أرش الكسر المستعلم به والرد إن زاد على قدر الاستعلام وجهان «م ٧ و ٨» وإن لم يكن لمكسوره قيمة،

مسألة - ٦: قوله: وإن اشترى ما لم يعلم عيبه إلا بكسره، ولمكسوره قيمة كجوز الهند، فعنه: له الأرّش، وعنه: له رده، وخيره الخرقى بينهما، انتهى.

إحداهن: هو مخير بين رده ورد ما نقص وأخذ الثمن وبين أخذ الأرّش، وهو الصحيح، اختاره الخرقى والشيخ الموفق والشارح، وصاحب الفائق، قال الزركشي: هذا أعدل الأقوال، وجزم به الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والخلاصة، والتلخيص، والمحزر، والشرح، والنظم، وشرح ابن رزين، وإدراك الغاية، وغيرهم.

والرواية الثانية: يتعين له الأرّش قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وقدمه في المقنع، والرعايتين، والحاويين، وهي وجه في المذهب، وتخريج في الهداية.

والرواية الثالثة: له رده، ولم أرها لغيره بهذه الصفة، وقيل: يتعين له الأرّش إذا زاد في الكسر على قدر الاستعلام، وإن لم يزد خير، وهو رواية في الشرح وغيره، وعنه: ليس له ردّ ولا أرّش في ذلك كله إلا أن يشترط البائع سلامته، وأطلقهن في المذهب.

مسألة - ٧ و ٨: قوله: وفي ردّ أرش الكسر المستعلم به والرد إن زاد على قدر الاستعلام وجهان. فيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا كسره كسرًا لا يمكن استعلامه بدونه فهل يرد أرشه أم لا؟ أطلق الخلاف فيه. أحدهما: يرد أرش الكسر، وهو الصحيح، وهو ظاهر ما جزم به الخرقى وغيره، وجزم به في الوجيز والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم. وقدمه في التلخيص، والبلغة، والرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين، والمغني، والشرح، ونصراه، وهو ظاهر ما قاله المجد في محرره، والشيخ في مقنعه وغيرهما.

والوجه الثاني: له الرد بلا أرّش قال القاضي: عندي له الرد بلا إرش عليه لكسره، لأنه حصل بطريق استعلام العيب، والبائع سلط عليه، انتهى. وقيل: يخرج على الروايتين فيما إذا غاب عند المشتري، على ما تقدم، ذكره في التلخيص، والبلغة، وغيره.

كبيض دجاج، رجع بالثمن، وعنه: لا شيء له مطلقاً إلا مع شرط سلامته. وإن اشترى شيئاً فبان معيباً فرضي أحدهما فلأخر رد نصيبه، كشرطهما الخيار، على الأصح، وكشراء واحد من اثنين، وعنه: لا، كما لو ورثاه، وقياس الأول للحاضر منهما نقد نصف ثمنه وقبض نصفه، وإن نقد كله قبض نصفه، وفي رجوعه الروايتان، ذكره في الوسيلة وغيرها، وعلى الأول لو قال: بعثكما، فقال أحدهما: قبلت، جاز، وإن سلمنا فلملاقاة فعله ملك غيره، وهنا لا قى فعله ملك نفسه، ذكره بعضهم في طريقته وقال: ليست الشركة عيباً، وإن سلمنا فشركة المشتريين زالت بالرد وشركة البائع مع المشتري حكم الرد، وحكم الشيء لا يسبقه، كالمعلول لا يسبق علته، والرد وضع سبباً لنقل الملك، فلا عبرة بحصول الشركة به ضرورة، كفوات الزوجية بقتل منكوحة الغير.

وإن اشترى شيئين أو طعاماً في وعاءين، ذكره في الترغيب وغيره، صفقة، فوجدتهما أو أحدهما معيباً وأبى الأرش، فعنه: يردهما، وعنه: وأحدهما بقسطه من ثمنه، وعنه: يتعين وقال القاضي في المعيين: ولا يملك رد صحيح مفرداً ولا رد

المسألة الثانية: إذا كسره كسرًا يمكن استعلامه بدونه فهل له الرد أم لا؟ أطلق الخلاف.

واعلم أن الحكم هذا كالحكم فيما إذا غاب عنده، على ما تقدم خلافاً ومذهباً، قطع به في الرعاية الكبرى، وغيره، وقد علمت المذهب فيما تقدم فكذا في هذه. قال الشيخ الموفق والشارح، وابن رزين وغيرهم. حكمه حكم الذي قبله عند الخرقى والقاضي، والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر، وأخذ الثمن، وبين أخذ أرش العيب، وهذه إحدى الروايتين.

والرواية الثانية: ليس له رده ولا أرش العيب. على ما تقدم، انتهى. قال الزركشي: حكمه حكم ما إذا غاب عند المشتري، على ما تقدم، نعم على قول القاضي في الذي قبله هل يلزمه أرش الكسر أم لا يلزمه إلا الزائد على استعلام المبيع؟ على تردد، انتهى.

قلت: يشبه ما قال الزركشي ما قاله الأصحاب فيما إذا وكله في بيع شيء فباعه بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له وقلنا يصح ويضمن النقص، فإن في قدره وجهين: هل هو بين ما باع به وضمن المثل؟ أو بين ما يتغابن به الناس وما لا يتغابنون؟ على ما ذكره في الوكالة، وتقدم نظيرها في زكاة الزرع والثمر فيما إذا ادعى غلط الخارص وفحش.

بعض شيء «م ٩ و ١٠».

وإن حرم التفريق كأخوين، أو نقص كمصراعي باب تعين ردهما، ومثله بيع جان له ولد صغير يباعان وقيمة الولد لمولاه، وإن تلف أحدهما قبل قول المشتري في قيمته، في الأصح. وإن اخ تلفاً عند من حدث العيب، فعنه: يقبل قول المشتري بيمينه على البت، وعنه: البائع بيمينه بحسب جوابه «م ١١».

مسألة - ٩ و ١٠: قوله: وإن اشترى شيئين وطعاماً في وعاءين - ذكره في الترغيب - وغيره صفقة فوجدهما أو أحدهما معيباً وأبى الأرش فعنه: يردهما. وعنه: وأحدهما بقسطه من ثمنه، وعنه: يتعين. وقال القاضي في المعيين: ولا يملك ردّ صحيح مفرداً ولا ردّ بعض شيء، انتهى. اشتمل كلامه على مسألتين:

المسألة الأولى: إذا اشترى شيئين صفقة واحدة فوجدهما معيين وأبى الأرش فهل له ردّ أحدهما وأخذ أرش الآخر أو أنه ليس له إلا ردهما؟ أطلق الخلاف فيه.

إحداهما: ليس له ردّ أحدهما، وهو الصحيح، قطع به في المقنع، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس ومنتخب الآمدي وغيرهم. واختاره القاضي وغيره، وقدمه في الشرح وشرح ابن منجا، والنظم، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وهو الصواب.

والرواية الثانية: له ردّ أحدهما بقسطه من الثمن.

المسألة الثانية: إذا وجد أحدهما معيباً فهل له ردهما أو أحدهما أم ليس له إلا ردهما أم ليس له إلا ردّ العيب؟ أطلق الخلاف.

إحداهن: ليس له إلا ردهما. وليس له ردّ العيب وحده، قدمه في الهداية، والخلاصة، والهادي، والمحزر، والرعايتين، والنظم، والفائق، وغيرهم. وجزم به في الفروق الزيرانية.

والرواية الثانية: له ردّ العيب وحده وردهما معاً، قال في المحزر: وهو الصحيح، قال في الفائق: وهو الأصح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

والرواية الثالثة: ليس له إلا ردّ المعيب فقط، جزم به في الوجيز والمنور، ومنتخب الآمدي، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وقدمه في المقنع، وهذه الرواية هي التي عنها المصنف بقوله: «وعنه: يتعين»، وأطلق الأولى والثانية في المغني، والمذهب، والكافي، والشرح، والله أعلم.

مسألة - ١١: قوله: وإن اختلفا عند من حدث العيب، فعنه: يقبل قول المشتري بيمينه على البت، وعنه: البائع بيمينه بحسب جوابه، انتهى. وأطلقهما في المذهب ومسبوك الذهب، والمغني، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والشرح، وشرح

وعنه: على العلم. وفي الإيضاح: يتحالفان، وإن لم يحتمل إلا قول أحدهما قبل، وقيل: بيمينه، وإن خرج من يده إلى يد غيره لم يجز أن يرده، نقله مهنا، ويقبل قول البائع: إن المبيع ليس المردود قال في المغني هنا إن جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن أحمد أن القول قول المشتري، وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد في العيب بخلافه ويقبل قول المشتري في خيار الشرط، نص عليهما، وقول المشتري في ثمن معين بالعقد، وفي أيهما يقبل قوله في ثابت في الذمة من ثمن مبيع أو قرض أو غيره وجهان «م ١٢». ولبائع عبد بأمة ردها بعيب وأخذه عبده أو قيمته

ابن منجا، والرعاية الكبرى، والفائق والقواعد الفقهية والزرکشي، وغيرهم.

إحداهما: يقبل قول المشتري، صححه في التصحيح والنظم، قال في إدراك الغاية: يقبل قول المشتري، في الأظهر، وقطع به الخرقى وصاحب الوجيز ونظم المفردات وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، وشرح ابن رزين، والرعاية الصغرى، والحاويين.

والرواية الثانية: القول قول البائع، وهي أنصفهما، واختارها القاضي في الرويتين وأبو الخطاب في الهداية، وابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في المنور ومنتخب الأمدي، وقدمه في المحرر. وقال في القواعد الفقهية: وفرق بعضهم أن يكون المبيع عيناً معينة أو في الذمة، فإن كان في الذمة فالقول قول القابض، وجهاً واحداً، لأن الأصل اشتغال ذمة البائع، ولم تثبت براءتها، انتهى

مسألة - ١٢: قوله: ويقبل قول المشتري في ثمن معين بالعقد، وفي أيهما يقبل: قوله: في ثابت من ثمن مبيع أو قرض أو غيره، وجهان، انتهى، يعني إذا باع سلعة بنقد أو غيره معين حال العقد، وقبضه البائع، ثم أحضره وبه عيب، وادعى أنه الذي دفعه إليه المشتري، وأنكر المشتري كونه الذي دفعه إليه، ولا بينة لواحد منهما، ففي هذه الصورة القول قول المشتري مع يمينه، لأن الأصل براءة ذمته وعدم وقوع العقد على هذا العيب، وهو الذي قطع به المصنف هنا. وإن كان الثمن في الذمة ثم نقده المشتري، أو قبضه من قرض أو سلم أو غير ذلك، مما هو في ذمته، ثم اختلفا كذلك ولا بينة، فهل القول قول الدافع أو القابض؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية الكبرى، في آخر باب القرض.

أحدهما: القول قول البائع، وهو القابض ومن في معناه، مع يمينه، وهو الصحيح، لأن القول في الدعاوى قول من الظاهر معه، والظاهر مع البائع، لأنه ثبت له في ذمة المشتري ما انعقد عليه العقد غير معيب، ولم يقبل: قوله: في براءة ذمته، جزم

لعتق مشتر.

به السامري والزريراني في فروقيهما، وصححه في الحاوي الكبير في باب أحكام القبض في أثناء الفصل الرابع، وصححه في الحاوي الصغير في باب السلم. وقال في الرعاية الكبرى: قبل القرض بفصل: ولو قال المسلم: هذا الذي أقبضتني وهو معيب، فأنكر أنه هذا، قدم قول القابض، انتهى

والوجه الثاني: القول قول المشتري ومن في معناه، وهو الدافع، لأنه قد أقبض في الظاهر ما عليه.

تنبيه: هذا الذي ذكره المصنف في هذه المسألة من المتفق عليه. والمختلف فيه طريقة السامري والزريراني في فروقيهما، وابن حمدان في الرعاية الكبرى، وصاحب الحاويين وغيرهم.

وقال ابن رجب في الفائدة السادسة: لو باعه سلعة بنقد معين ثم آتاه به فقال: هذا الثمن وقد خرج معيًّا، وأنكر المشتري، ففيه طريقان:

أحدهما: إن قلنا: النقود تتعين بالتعيين فالقول قول المشتري، وهو الدافع، لأنه يدعي عليه استحقاق الرد، والأصل عدمه، وإن قلنا: لا تتعين فوجهان:

أحدهما: القول قول المشتري أيضًا، لأنه أقبض في الظاهر ما عليه.

والثاني: قول القابض لأن الثمن في ذمته، والأصل اشتغالها به، إلا أن تثبت براءتها منه، وهي طريقته في المستوعب.

والطريق الثاني: إن قلنا: النقود لا تتعين، فالقول قول البائع وجهًا واحدًا، لأنه ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن، ولم تثبت براءتها منه، وإن قلنا تتعين فوجهان مخرجان مما إذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة.

أحدهما: القول قول البائع، لأنه يدعي سلامة العقد، والأصل عدمه، ويدعي عليه ثبوت الفسخ والأصل عدمه.

والثاني: القول قول القابض، لأنه منكر التسليم، والأصل عدمه، وهي طريقة القاضي في تعاليقه، وجزم صاحب المغني، والمحرر، بأن القول قول البائع إذا أنكر أن يكون المبيع في الذمة أو معيًّا، نظرًا إلى أنه يدعي عليه استحقاق الرد، والأصل عدمه. وذكر الأصحاب مثل ذلك في مسائل الصرف. وفرق السامري في فروقه بين أن يكون المردود بعيب وقع عليه معيًّا، فيكون القول قول البائع، وبين أن يكون في الذمة، فيكون القول قول المشتري، لما تقدم، وهذا فيما إذا أنكر المدعى عليه العيب أن ماله كان معيًّا. أما إن اعترف بالعيب، فقد فسخ صاحبه وأنكر أن يكون هذا هو المعين، فالقول

.....

قول من هو في يده، صرح به في التفليس، في المغني، معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر، والأصل معه، ويشهد له أن المبيع في يده الخيار إذا رده المشتري بالخيار فأنكر البائع أن يكون هو المبيع، فالقول قول المشتري، حكاه ابن المنذر عن أحمد، لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بالخيار، وقد ينبغي على ذلك أن المبيع بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه؟ فيه خلاف، وقد يكون مأخذه أنه أمانة عنده. ومن الأصحاب من علل بأن الأصل براءة ذمة البائع مما يدعى عليه، فهو كما لو أقر بعين ثم أحضرها فأنكر المعتزلة أن تكون هي المقر بها، فإن القول قول المقر مع يمينه، انتهى كلامه في الفوائد.

فهذه اثنتا عشرة مسألة قد صححت.

باب الخيار في البيع بتخيير الثمن والإقالة

يثبت في التولية، ك: وليتكه أو بعته، برأس ماله أو برقمه المعلوم. والشركة: بيع بعضه بقسطه، نحو أشركتك في ثلثه ونحوه. وأشركتك ينصرف إلى نصفه، وقيل: لا يصح. فعلى الأول إن قاله الآخر عالمًا بشركة الأول فله نصف نصيبه الربع، وإن لم يعلم فالأصح يصح، فيأخذ نصيبه، وقيل: نصفه، وقيل: ونصف نصيب شريكه إن أجيز، ولو قال: أشركاني فأشركاه معًا ففي أخذه نصفه أو ثلثه احتمالان (م ١) فلو شركه أحدهما فنصف نصيبه أو ثلثه.

والمرابحة بيعه بثمنه وربح معلوم، وإن قال: على أن أربح في كل عشرة درهماً، كره، في المنصوص. نقله الجماعة، واحتج بكراهة ابن عمر وابن عباس، ونقل أبو النضر: هو الربا، واقتصر عليه في زاد المسافر، ونقل أحمد بن هاشم. كأنه دراهم بدراهم لا يصح. وفي الرعاية: إن جهل مشتر ثمنه عند عقد لم يصح.

والمواضعة: عكسها، ويكره فيها ما يكره فيها، ولو قال: الثمن مائة، بعته به، ووضع درهم من كل عشرة حط من الثمن عشرة فيلزمه تسعون، وقيل: من أحد

تنبيه: قوله: «فعلى الأول إن قاله الآخر عالمًا» كذا في النسخ وصوابه إن قاله الآخر عالم، أو قاله آخر والسياق يدل عليه.

مسألة - ١: قوله: وإن قال: أشركاني فأشركاه معًا ففي أخذه نصفه أو ثلثه احتمالان، انتهى.

أحدهما: له الثلث، وهو الصحيح، صححه الشيخ في المغني، والشارح، وقدمه في الرعايتين والفائق.

والاحتمال الثاني: له النصف، قدمه ابن رزين في شرحه.

عشر، كعن كل، ولكل. وقيل: تسعون وتسعة أعشار درهم، وحكاة الأزجي رواية، ويعتبر للأربعة علمهما برأس المال، ومتى بان الثمن أقل حط الزيادة، ويحط في المرابحة قسطها، وينقصه في المواضعة، أو بان مؤجلاً أخذ به مؤجلاً، ولا خيار فيهن، نص عليه، اختاره الأكثر، وعنه: بلى، وعنه: في مؤجل يأخذ به حالاً أو يفسخ.

وإن ادعى البائع الغلط وأن الثمن أكثر مما أخبر، فعنه: يقبل قوله، اختاره الخرقى والقاضي وأصحابه، فيخير مشتر، وله يمين بائع أنه لم يعلم وقت البيع أن شراءها أكثر، وعنه: قول معروف يصدق، وعنه: بيينة، وعنه: لا «م ٢». ولا يحلف مشتر بدعوى بائع عليه علم الغلط، وخالف الشيخ، وإن باع بدون ثمنها عالماً به لزمه، وخرجه الأزجي على التي قبلها.

وإن اشتراه ممن ترد شهادته له أو ممن حباه أو أراد بيع الصفقة بقسطها من الثمن قيمة بين في تخيير الثمن، فإن كتم فللمشتري الخيار، وعنه: يجوز بيع نصيبه مما اشترياه واقتسماه مرابحة مطلقاً، وعنه: عكسه. وهل يخبر بأرشف العيب أو يحطه من الثمن ويخبر بالباقي؟ فيه وجهان «م ٣»، وكذا أرشف جناية

مسألة - ٢: قوله: وإن ادعى البائع الغلط، وأن الثمن أكثر مما أخبر، فعنه: يقبل قوله، اختاره، الخرقى والقاضي وأصحابه، فيخير المشتري. وعنه: قول معروف بصدق، وعنه: بيينة، وعنه: لا، انتهى. وأطلقهن الزركشي.

إحداهن: يقبل قول البائع، وعليه أكثر الأصحاب، منهم الخرقى والقاضي وأصحابه، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والمحزر، والرعيتين، والحاويين، والفائق، ونظم المفردات وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته. قال ابن رزين في شرحه: وهو القياس. وجزم به في المنور وغيره.

والرواية الثانية: يقبل قول معروف بالصدق، وإلاً فلا قلت: وهو قوي جداً، ويعرف ذلك بالقرائن.

والرواية الثالثة: لا يقبل: قوله: إلا بيينة. اختاره الشيخ الموفق والشارح، وقدماه ونصراه وحمل كلام الخرقى عليه، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والرواية الرابعة: لا يقبل: قوله: وإن قام بيينة حتى يصدقه المشتري، ولأنه أقر بالثمن، وتعلق به حق الغير، فلا يقبل رجوعه وإن أقام بيينة لإقرارها بكذبها.

مسألة - ٣: قوله: وهل يخبر بأرشف العيب أو يحطه من الثمن ويخبر بالباقي؟ فيه وجهان، انتهى. وأطلقهما الشارح:

عليه «م ٤»، وقيل: لا يحطها. وإن أخذ نماء أو استخدم أو وطئ لم يجب بيانه،

أحدهما: يخبر بأرش العيب، يعني يخبر بذلك على وجهه، وهو الصحيح، على ما اصطلاحناه، اختاره القاضي، وقدمه في الكافي، والمغني، وقال: هو أولى، وجزم به في المحرر والمنور، والفصول.

والوجه الثاني: يحطه من الثمن ويخبر بالباقي. وعليه الأكثر، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، والوجيز والفائق، وغيرهم وصححه ابن نصر الله في حواشي الفروع.

مسألة - ٤: قوله: وكذا أرش جناية عليه، يعني فيه الوجهان المتقدمان مطلقاً وأطلقتهما في الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والشرح، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم

أحدهما: يخبر بذلك على وجهه، وهو الصحيح على المصطلح، اختاره القاضي وغيره وقدمه في الكافي، وقال: هو أولى، وقدمه في المغني، وانتصر له، وجزم به في الفصول والمحرر، المنور.

والوجه الثاني: يحطه من رأس المال ويخبر بالباقي، اختاره أبو الخطاب، قاله الشارح، وصححه في المذهب ومسبوك الذهب، وجزم به الشيخ في المقنع، والهادي، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الخلاصة، وغيره.

تنبيهات:

الأول: قوله: وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة أو بالحال، ونصه: يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه عليه بما بقي. انتهى. ما قدمه المصنف اختاره الشيخ الموفق والشارح، وهو الصواب، ولكن المنصوص وهو الصحيح من المذهب وعليه جمهور الأصحاب. قال في المقنع، وغيره: اختاره أصحابنا.

الثاني: قوله: والإقالة فسخ فتجوز قبل القبض ولا استبراء قبله. أي قبل القبض، نظرًا لأن الصحيح من المذهب أنه لو باع أمته أو وهبها ونحوه ثم عادت إليه بفسخ يجب استبراؤها، حيث انتقل الملك، ولو قبل القبض، وقد قدمه المصنف في باب الاستبراء فقال: ولا استبراء بفسخ ولم ينتقل الملك، وإلا لزم، وعنه: إن قبضت منه، انتهى. فالذي قطع به المصنف هنا ليس هو المذهب، بل المذهب كما قلنا، وحمله على القول بأنه لم ينتقل الملك بعد، والله أعلم

الثالث: قوله: بعد أن قدم أنها فسخ، وعنه: بيع، اختاره في التنبيه، فينعكس ذلك إلا مثل الثمن في وجهه، انتهى. ظاهر هذا أن المقدم إذا قلنا إنها بيع تجوز بزيادة على

وفيه رواية كنقصه، وفي رخصه احتمال: يبينه؛ وإن اشتراه بعشرة وقصره لا بنفسه بعشرة أخبر به. ولا يجوز: تحصل بعشرين، في الأصح، ومثله أجرة متاعه وكيله ووزنه.

قال الأزجي: وعلف الدابة، وذكر الشيخ: لا، قال أحمد: إذا بين فلا بأس، ولا يقومه ثم يبيعه مرابحة، وبيع المساومة أسهل منه، لأن عليه أن يبين، وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة أو بالحال، ونصه: يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه عليه بما بقي فإن لم يبق شيء أخبر بالحال.

وإن اشتراه بخمسة عشر ثم باعه بعشرة ثم اشتراه بأي ثمن كان بين ولم يضم خسارة إلى ثمن ثان، ولو اشترى بثمان لرغبة تخصه كحاجة إلى إرضاع لزمه أن يخبر بالحال، ويصير كالشراء بثمان غال لأجل الموسم الذي كان حال الشراء، ذكره في الفنون. ولو اشترى ثياباً وأمره بدفعها إلى قصار وأن يرقم ثمنها عليها لم يجز بيعها مرابحة حتى يرقمها بنفسه، لأنه لا يعلم ما صنع القصار، ذكره في المستوعب، ويتوجه عكسه، وزيادة الثمن أو المثلث ونقصه.

وقال بعض أصحابنا في طريقته: وأجل أو خيار زمن الخيارين، يلحق، وقيل: لا، وبعدهما لا، على الأصح، كالخيار والأجل. وهبة مشتر لو كيل باعه كزيادة، ومثله عكسه، وإن باعاً شيئاً مرابحة فثمنه بحسب ملكهما، كمساومة، ونقل ابن هانئ وحبل: على رأس مالهما وخرج أبو بكر مثله في مساومة كشركة اختلاط، وعنه: لكل واحد رأس ماله والربح نصفان.

والإقالة فسخ، فتجوز قبل القبض، ولا استبراء قبله وبعد نداء الجمعة، لا من وارثه، ولا يلزم إعادة كيل ووزن، ولا شفعة، ويعتبر مثل الثمن، وعنه: بيع، اختاره أبو بكر في التنبيه فينعكس ذلك إلا مثل الثمن في وجه وفي الانتصار: وقبل قبضه، لعدم تعلق غيره به، وفيه: يصح في احتمال إضافتها إلى جزء كاليد إن قيل: فسخ، ويصح مع تلف الثمن. وفي تلف المثلث إن قيل: فسخ وجهان «م ٥» وفارق الرد بالعيب لأنه يعتمد مردوداً.

مثل الثمن، وهو أحد الوجهين، وصححه القاضي في الروايتين.

والوجه الثاني: لا يصح إلا بمثل الثمن، صححه الشيخ الموفق والشارح، وصاحب المستوعب والحاوي الكبير، والفائق، وهو مذهب القاضي في خلافه. قال في القواعد الفقهية: وهو ظاهر ما نقله ابن منصور.

مسألة - ٥: قوله في الإقالة: ويصح مع تلف الثمن، وفي تلف المثلث إن قيل:

وفي المستوعب والرعاية على أنها فسخ النماء للبائع مع ذكرهما أن نماء المعيب للمشتري، وفي تعليق القاضي والمغني وغيرهما أن الإقالة فسخ للعقد من حينه، وهذا أظهر، وإن قال: أقلني. ثم غاب فأقاله، لم يصح، لاعتبار رضاه، وقدم في الانتصار: يصح على الفور.

وقال ابن عقيل: وغيره في عزل وكيل: الإقالة لما افتقرت إلى الرضا وقفت على العلم، ومؤنة الرد في الانتصار لا تلزم مشترياً، وتبقى بيده أمانة، كوديعة. وفي التعليق: يضمه، فيتوجه: تلزمه المؤنة، وقطع به في الرعاية في معيب، وفي ضمانه النقص خلاف في المغني، وإن قيل: الإقالة بيع يتوجه على مشتر والله أعلم.

فسخ وجهان، انتهى، وأطلقهما في الرعاية الكبرى، قال في التلخيص: إذا كان المبيع تالفاً ففي جواز الإقالة مع كونها فسخاً وجهان، أصلهما الروايتان إذا تلف المبيع في يده الخيار، انتهى. يعني هل يبطل الخيار أم لا؟ والصحيح أنه يبطل بالتلف، قال ابن رجب في الفوائد: لو تلفت السلعة فقل: لا تصح الإقالة، على الروايتين، وهي طريقة القاضي في خلافه، والشيخ في المغني، وقيل: إن قيل هي فسخ صحت وإلا لم تصح. قال القاضي في موضع من خلافه: هو قياس المذهب، وفي التلخيص، وجهان، انتهى. وقال في القاعدة التاسعة والخمسين. وقال القاضي في موضع آخر: قياس المذهب صحتها بعد التلف إذا قلنا: هي فسخ. وتابعه أبو الخطاب في انتصاره، وابن عقيل في نظرياته، انتهى. وقال في الرعاية الصغرى: قلت: وتصح مع تلف الثمن مع بقاء المثل، فتلخص أنها تصح مع تلف المثل إذا قلنا: هي فسخ عند أبي الخطاب في انتصاره، وابن عقيل في نظرياته. وقال القاضي في موضع من خلافه: إنه قياس المذهب. وعند القاضي في موضع آخر والشيخ في المغني: لا تصح. واختاره ابن حمدان. فهذه خمس مسائل في هذا الباب.

باب الخيار لاختلاف المتبايعين

إذا اخ تلفاً في قدر الثمن تحالفاً، نقله الجماعة، لأن كلاً منهما مدّع ومنكر صورة، وكذا حكماً، لسماع بيّنة كل منهما.

قال في عيون المسائل: ولا تسمع إلا بيّنة المدعي، باتفاقنا، فيحلف البائع أنه ما باعه إلا بكذا، ثم المشتري أنه ما اشتراه إلا بكذا، والأشهر يذكر كل منهما إثباتاً ونفيّاً، يبدأ بالنفي، وعنه: الإثبات، ثم لكل منهما الفسخ، وقيل: يفسخه حاكم ما لم يرض الآخر.

ومن نكل - قال بعضهم: أو نكل مشتر عن إثبات - قضي عليه، وعنه: يقبل قول بائع مع يمينه، وذكره في الترغيب المنصوص، كاختلافهما بعد قبضه، وفسخ العقد، في المنصوص وعنه: مشتر، ونقل أبو داود: قول البائع أو يتراذان، قيل: فإن أقام كل منهما بيّنة؟ قال: كذلك، وإذا فسخ العقد انفسخ ظاهرًا وباطنًا، وقيل: مع ظلم البائع ظاهرًا، وقيل: وباطنًا في حق المظلوم.

ومن مات فوارثه بمنزلته، وإن كان المبيع تالفًا فعنه: يقبل قول المشتري، وعنه: يتحالفاً «م ١» ويغرم المشتري القيمة، ويقبل قوله - فيما نقله محمد بن

مسألة - ١: قوله: وإن كان المبيع تالفًا فعنه: يقبل قول المشتري، وعنه: يتحالفاً، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والفصول والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمغني، والشرح، والحاوي الكبير، والقواعد الفقهية وغيرهم.

إحدهما: يتحالفاً، وهو الصحيح، قال في التلخيص: أصح الروايتين التحالف، قال الزركشي: هو اختيار الأكثرين، قال ابن منجا في شرحه: هذا أولى، وجزم به الخرقى وصاحب الوجيز وتذكرة ابن عبدوس والمنور، وغيرهم. ونصره الشيخ في المغني، وقدمه في المقنع، والمحزر، والمذهب، الأحمد والرعايتين، والنظم، والفاثق،

العباس - وفي قدره وصفته، وإن تعيب ضم أرشه إليه، وكذا كل غارم، وقيل: ولو وإدراك الغاية، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يتحالفان، والقول قول المشتري، اختاره أبو بكر، قال الزركشي: هي أتقنهما.

تنبيه: قال الشيخ في المغني، والشارح، ومن تابعهما: ينبغي ألا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، لأنه لا فائدة في ذلك، لأن الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري، وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ، فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ، لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري، انتهى.

تنبيهان:

الأول: قوله: وإن اختلفا في صفة الثمن أخذ نقد البلد ثم غالبه، وعنه: الوسط، اختاره أبو الخطاب، وعنه: الأقل، انتهى. قال ابن نصر الله: في حكايته ثلاث روايات نظر فيما إذا اجتمعت النقود واختلفت قيمتها، بل متى كان بعضها أغلب رواجاً تعين إذا لم نقل بالتحالف، وإن استوت في الرواج أخذ الوسط، أي في القيمة، وعنه: الأقل، أي قيمة، انتهى. ما قاله المحشي موافق لما قاله في المحرر والرايعيتين، والحاوي وغيرهم. لكن صرح به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والكافي، والنظم، وغيرهم بأنه إذا كان في البلد نقود مختلفة رجع إلى أوسطها، قال في المغني، وغيره: نص عليه، فالظاهر أن المصنف حكى الرواية من هنا، لكن قال في المغني، لما ذكر النص: يحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر، ويحتمل أنه ردهما إليه مع التساوي، انتهى. إذا علم ذلك فيحتمل ما قاله في الهداية، وغيره: إجراء على ظاهره، فيكون موافقاً لما قاله المصنف، ويحتمل أنه أراد إذا لم يكن فيها نقد غالب، فيكون موافقاً لما قاله في المحرر وغيره.

الثاني: قوله: قال القاضي وغيره: ويتحالفان. قال ابن نصر الله: ظاهر هذه العبارة تحالفهما مع الرجوع إلى الغالب أو الوسط أو الأقل، ولم أجد بذلك قائلًا، ولا هو قول القاضي، فإن كل من يقول بالرجوع إلى شيء من النقود لا يرى التحالف، بل اليمين على من أخذ بقوله، انتهى. وهو ظاهر عبارة المصنف، والذي يظهر أن في كلامه نقصاً وزيادة، وتقديره: «وقال القاضي: يتحالفان» قالوا: وفي قوله: «ويتحالفان» زيادة «الواو» ونقص قبل «قال» «الواو»، وهذا عين الصواب. وهو مذهب القاضي، والله أعلم. وبهذا يزول الإشكال.

وصفه بعيب، كما لو ثبت العيب فادعى غاصبه تقدمه على غصبه، في الأصح، وذكر أبو محمد الجوزي في كتابه الطريق الأقرب: يقبل قول المغصوب منه في صفته وفي ردّه، وفي مختصر ابن رزين: يقدم قول مُعير فيهما، مع أنه ذكر هو وغيره: يصدق غاصب في قيمة وصفة وتلف، وعمل شيخنا بالاجتهاد في قيمة المتلف، فتخرص الصبرة، واعتبر في مزارع أتلف مغل سنتين بالسنين المعتدلة، وفي ربح مُضارب بشراء رفقته من نوع متاعه وبيعهم في مثل سعره. وإن اخ تلفاً في صفة الثمن أخذ نقد البلد ثم غالبه، وعنه: الوسط، اختاره أبو الخطاب، وعنه: الأقل.

قال القاضي وغيره: ويتحالفان وإن اخ تلفاً في شرط صحيح أو فاسد أو قدر ذلك فعنه: التحالف، وعنه: قول منكره، كمفسد للعقد «م ٢ - ٤». نص عليه، في

مسألة ٢ - قوله: وإن اختلفا في شرط صحيح أو فاسد أو قدر ذلك فعنه: التحالف، وعنه: قول منكره كمفسد للعقد، انتهى ذكر مسائل.

المسألة الأولى: إذا اختلفا في شرط صحيح فهل القول قول من ينفيه أو يتحالفان؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب، ومسبوك الذهب، والكافي، والتلخيص، والبلغة، والشرح، والنظم، والفائق، وغيرهم.

إحدهما: يتحالفان، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمحزر، والرايعتين، والحاويين وشرح ابن رزين، ونهايته ونظمها وإدراك الغاية، وهو المذهب على ما اصطلاحناه.

والرواية الثانية: القول قول من ينفيه، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، قال في تجريد العناية: يقدم قول من ينفي أجلاً وشرطاً، على الأظهر، وجزم به في الفصول والمذهب، الأحمد والوجيز والمنور، ومنتخب الآمدي وغيرهم. وقدمه في المقنع، والهادي، قلت: وهو الصواب.

المسألة الثانية: إذا اختلفا في شرط فاسد غير مبطل للعقد فهل يتحالفان أو القول قول من ينفيه؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: القول قول من ينفيه، وهو الصحيح وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وقدمه في المقنع، وجزم به، وقدمه ابن رزين في شرحه، وقطع به الشارح أو قدمه. والرواية الثانية: يتحالفان.

المسألة الثالثة: قوله: أو قدر ذلك، لعل مراده قدر الأجل، لكنه لم يذكر مسألة الأجل ولم يذكر سوى هذا، والذي يظهر لي أن لفظ «أو أجل» سقط من الكاتب بعد قوله: «أو فاسد» ويدل عليه: قوله: «أو قدر ذلك» وهذا ظاهر جداً ومما يؤيده ذكر

دعوى عبد عدم الإذن ودعوى الصغر.، وفيه وجه.

وفي الانتصار: في مد عجوة لو اختلفا في صحته وفساده قبل قول البائع مدعي فساد، وإن اختلفا في قدر المبيع فنصه: قول بائع، وقيل: بتحالفهما، وذكره ابن عقيل: رواية وصححها، كثرته، وقدمه في التبصرة وغيرها، وفي عينه قيل: كذلك، نقل ابن منصور: قول البائع، وقيل: بالتحالف «م ٥ و ٦»

الشيخ في المغني، والشارح، ذلك عقيبه، والله أعلم. إذا علمت ذلك فاعلم أنهما إذا اختلفا في أجل أو قدره كان الحكم كما لو اختلفا في شرط صحيح، على ما تقدم، وإن كانت الإشارة راجعة إلى الشرط الصحيح، وهو ظاهر العبارة فيمكن حمله على ما قلناه. مسألة - ٥ و ٦: قوله: وإن اختلفا في قدر المبيع فنصه: قول البائع، وقيل: يتحالفان، وفي عينه قيل كذلك، نقل ابن منصور قول البائع، وقيل: بالتحالف، انتهى، ذكر مسألتين:

المسألة الأولى: إذا اختلفا في قدر المبيع فهل القول قول البائع أو يتحالفان؟ ظاهر كلامه إطلاق الخلاف.

أحدهما: القول قول البائع، وهو الصحيح من المذهب، نص عليه وعليه أكثر الأصحاب، وجزم به في الهداية، والفصول، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والهادي، والوجيز وإدراك الغاية، والمنور، وغيرهم. وقدمه في المستوعب والتلخيص، والبلغة، والمحزر، والرعايتين، والحاويين، والفاثق، وغيرهم.

والقول الثاني: يتحالفان، اختاره القاضي وذكره ابن عقيل رواية وصححها، وقدمه في التبصرة وغيرها. قال الشارح: هذا أقيس وأولى إن شاء الله تعالى. وقال في التلخيص: هذا أقيس، قال في المجرد في باب المزاعة وفي باب دعاوى والبيئات: إذا اختلف المتبايعان في قدر البيع تحالفا، ذكره عنه في التلخيص.

المسألة الثانية: إذا اختلفا في عينه بأن قال: بعثني هذا؟ قال: بل هذا، فهل هي كالمسألة الأولى أو يتحالفان؟ أطلق الخلاف فيه.

أحدهما: يتحالفان هنا وإن لم نقل به في التي قبلها، وهي طريقة الشيخ في المقنع، والهادي، وصاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والبلغة، والشرح، وإدراك الغاية، والحاوي الكبير، وغيرهم.

والقول الثاني: وهو أن حكمها حكم المسألة التي قبلها هو الطريق الثاني، وهو المنصوص عن الإمام أحمد، وهي طريقة صاحب المحزر والنظم، وتذكرة ابن عبدوس وتجريد العناية وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

ثم ما ادعاه البائع مبيعاً إن كان بيد المشتري ففي المنتخب: لا يرد إليه. وفي المغني: يرد، كما لو لم يدعه، قال: ولا يطلبه البائع إن بذل ثمنه «م ٧». وإلا فسخ، وإن أنكر المشتري بيع الأمة لم يطأها البائع هي ملك لذلك، نقله جعفر.

قال أبو بكر: لا يبطل البيع بجحوده، ويأتي في الوكالة خلاف خرجه في النهاية من الطلاق، ولو ادعى البيع ودفع ثمنها قال: بل زوجتك وقبضت المهر فقد اتفقا على إباحة الفرج له، ويقبل دعوى النكاح بيمينه، وذكر أبو بكر قولاً تقبل دعواه البيع بيمينه، ويأتي عكسها في أوائل عشرة النساء، وذكرها الشيخ أواخر إذا وصل بإقراره ما يغيره، وإن تشاحا في التسليم والثلث عین جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم المبيع ثم الثمن، وقيل: معاً، ونقله ابن منصور، وقيل: أيهما تلزمه البداءة يحتمل وجهين، وعنه: البائع، وإن كان ديناً فنصه: لا يحبس المبيع على قبض ثمنه حالاً أو مؤجلاً، وخالف الشيخ، واختاره في الانتصار «م ٨» وإن كان عرضاً بعرض لا يجب تسليم البائع، بلا خلاف في المذهب. وفي الانتصار: يثبت شرعاً لا شرطاً، وفيه: يضمن نفعه، ومن سلمه قال: إن دخل في ضمان مشتر، والأصح المنع. وإذا ظهر عسر مشتر - قال شيخنا: أو مطله - فله خيار الفسخ، كمفلس وكمبيع نقل الشالنجي: لا يكون مفلساً إلا أن يفلسه القاضي أو يبين أمره في الناس، وطلب البائع ما باع فله ذلك، وفي الانتصار وغيره: إن قبضه ثم أفلس فله الفسخ، نص عليه، وذكر شروط المفلس، قال: وإن قارن الإفلاس العقد ولم يعلم لم يصح، وإن سلم فهو كالكتابة لا يمنع صحتها، وله الفسخ دواماً، فلو اشترى حال الحجر لم يصح، وإن سلم فربما حدث به قُدرة ولم تدخل تحت الحجر لعدم تعلق حقهم بها، وإن غيب ماله مسافة

مسألة - ٧: قوله: ثم ما ادعاه البائع مبيعاً - يعني إذا قلنا بالتحالف وتحالفا فيما ادعاه البائع مبيعاً - إن كان بيد المشتري ففي المنتخب لا يرد. وفي المغني، يرد كما لو لم يدعه، قال: ولا يطلبه إن بذل ثمنه، انتهى، ما قاله في المغني، هو الصحيح، وجزم به الشارح قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب وقال في الرعاية الكبرى: لو قال: بعثك هذا العبد بألف فقال المشتري: لا بل هذا الثوب، وتحالفا، والعبد بيد بائعه، لم يأخذ منه البائع إلا أن يتعذر ثمنه فيفسخ البيع، ويأخذه ويقر الثوب بيده ويرد المشتري إليه إن كان عنده، قلت: وإن كان البائع قبض الثمن وتعذر رده إلى المشتري فله أخذ العبد به، انتهى.

مسألة - ٨: قوله: وإن كان ديناً فنصه: لا يحبس المبيع على قبض ثمنه حالاً أو مؤجلاً وخالف الشيخ، واختاره في الانتصار، انتهى المنصوص هو المذهب وعليه الأكثر، وتابع الشيخ جماعة على ما اختاره.

قصر، وقيل: ودونها، وقيل: فيها، يحجر عليه، فله الفسخ، وإن أحضر نصف ثمنه فقيل: يأخذ المبيع، وقيل: نصفه «م ٩» وقيل: لا يستحق مطالبة بثمان ومثن مع خيار شرط، ومثله المؤجر بالنقد في الحال، وله الفسخ للخلف في الصفة.

مسألة - ٩: قوله: وإن أحضر نصف ثمنه فقيل: يأخذ المبيع، وقيل: نصفه، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: لو أحضر نصف الثمن فهل يأخذ المبيع كله؟ أو نصفه؟ أو لا يأخذ شيئاً حتى يزن الباقي؟ أو يفسخ البيع ويرد ما أخذه؟ يحتمل أوجهها، انتهى.

قلت: أخذ المبيع كله فيه ضرر على البائع، وأخذ النصف فيه أيضاً ضرر بالتشقيص، فالأظهر إذن أنه لا يأخذ شيئاً من البائع حتى يكمل الثمن، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وهو بالخيرة في دفع نصف الثمن الذي معه إن شاء دفعه إلى البائع وإن شاء أبواه حتى يكمله، والله أعلم. وعلى القول بالأخذ أخذ النصف أصح من أخذ الكل، لأنه أقل ضرراً، والله أعلم.

تنبيه: في كلام المصنف نظر من وجهين:

أحدهما: إطلاق الخلاف، والخلاف إنما هو من ابن حمدان، فليس هنا اختلاف ترجيح حتى يطلق الخلاف، وقد تقدم الجواب عن ذلك في المقدمة.

الثاني: أنه لم يستوعب الخلاف الذي ذكره ابن حمدان، بل ترك ما هو أصح مما ذكره فيما يظهر، والله أعلم.

فهذه تسع مسائل في هذا الباب.

باب التصرف في المبيع وتلفه

من اشترى شيئاً بكيل أو وزن، نقله جماعة وعنه: المطعوم منهما وعنه: المطعوم، وظاهر المذهب: أو عدد، والمشهور: أو ذرع ملكه بالعقد «و» وذكره شيخنا «ع» وفي الانتصار رواية لا في مسألة نقل الملك زمن الخيار، نقل ابن منصور: ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري، والأول نقله ابن مشيش وغيره، ويلزم بالعقد، وقيل: في قفيز من صبرة ورطل من زبرة يقبضه.

وفي الروضة: يلزم البيع بكيله ووزنه، ولهذا نقول: لكل منهما الفسخ بغير اختيار الآخر ما لم يكيلاً أو يزناً، كذا قال. فيتجه إذاً في نقل الملك روايتا الخيار، قال: ولا يحيل به قبله. وإن غير مكيل وموزون كهما، في رواية، ولا يتصرف فيه ولا بإجارة قبل قبضه، وعنه: يجوز من بائعه، وفي رهنه وهبته بلا عوض بعد قبض ثمنه وجهان «م ١» ويصح عتقه، قولاً واحداً، وذكره شيخنا «ع».

مسألة - ١: قوله: وفي رهنه وهبته بلا عوض بعد قبض ثمنه وجهان، انتهى. يعني إذا كان مكياً أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً ولم يقبضه فهل يصح رهنه وهبته بلا عوض بعد قبض ثمنه أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وقال في الكافي، في الهبة: ولا يجوز هبة المبيع قبل قبضه، وهو ظاهر كلامه في المحرر، وظاهر كلامه في المقنع، في الرهن حيث قال: ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه، قال في التلخيص: ذكر القاضي وابن عقيل أنه لا يصح رهنه. وقال في القاعدة الثانية والخمسين: قال القاضي في المجرد وابن عقيل: لا يجوز رهنه ولا هبته ولا إجارته قبل القبض كالبيع، وقطع في الحاوي الكبير أنه لا يصح رهنه ولا هبته، وهو ظاهر كلامه في الرايتين في هذا الباب.

والوجه الثاني: يصح فيهما، اختاره القاضي والشيخ تقي الدين. وقال في التلخيص

قال أبو يعلى الصغير: والوصية به والخلع عليه، قال بعضهم في طريقتة: وتزويجه، وجوز شيخنا التولية والشركة، وخرجه من بيع دين، وجوز التصرف بغير بيع وبيعه لبائعه، ويجعل علة النهي توالي الضمانين، بل عجزه عن تسليمه، لسعي بائعه في فسخه مع الربح أو أداه إن لم يسع لدينه. وإن قبضه جزافاً لعلمهما قدره جاز، وفي المكيل روايتان «م ٢» ذكره في المحرر، وذكر جماعة فيمن شاهد كيله قبل شرائه روايتين في شرائه بلا كيل ثان، وخصهما في التلخيص بالمجلس وإلا لم يجز. وأن الموزون مثله، ونقل حرب وغيره: إن لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا إلا بكيل.

أيضاً، وذكره القاضي وابن عقيل في موضع آخر: إن كان الثمن قد قبض صح رهنه. ونقل في القواعد أن القاضي وابن عقيل ذكراً في الرهن: أن الأصحاب قالوا: يصح رهنه قبل قبضه، انتهى. وقدم في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والنظم، وغيرهم صحة رهنه، وصححه في الرعاية الكبرى، وذكروا ذلك في باب الرهن، وللأصحاب وجه آخر بجواز رهنه على غير ثمنه، نقله في القواعد وغيره:

مسألة - ٢: قوله: وإن قبضه جزافاً لعلمهما قدره جاز، وفي المكيل روايتان، انتهى ذكره في المحرر، وذكر جماعة فيمن شاهد كيله قبل شرائه روايتين في شرائه بلا كيل ثان، وخصهما في التلخيص، بالمجلس، وإلا لم يجز، وأن الموزون مثله، انتهى. وقال في الرعاية الصغرى، والنظم، كما قال في المحرر، وزاد: وقيل: إن رأى كيله في المجلس. انتهى. وقال في الحاوي الصغير: وإن تقابضا مكيلاً أو موزوناً جزافاً لعلمهما قدره جاز. وعنه: في المكيل لا يجوز قبضه جزافاً، انتهى. فقدم الجواز في المكيل أيضاً. وقال في الحاوي الكبير: وإن اشترى طعاماً مكايلاً لا صبرة وكان قد شهد كيله قبل العقد فهل يصح قبضه بذلك الكيل؟ على روايتين، نص عليهما، انتهى. وقال في الرعاية الكبرى: وإن اشترى شيئاً شاهد كيله فهل يصح قبضه بذلك الكيل ويكفي؟ على روايتين، وعنه: إن رأى كيله في المجلس، انتهى.

قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب أنه لا يكفي ذلك، ولا بد من كيل ثان، وقد قال الأصحاب فيما إذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه: لو قال أنا أقبضه لنفسي وحذه بالكيل الذي تشاهده فهل يجوز؟ على روايتين، وهو فرد من أفراد مسألة المصنف، وأطلقهما في مسألة السلم في المغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، وابن رزين والرعايتين، والحاوي الصغير، والزركشي، في الرهن وغيرهم. وجزم في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس بالصحة، وصححه في التصحيح، وصحح النازم عدم الصحة، واختاره أبو بكر والقاضي، ويأتي في آخر باب السلم إذا قبضه جزافاً هل تكون يده يد أمانة أو يضمنه؟ وقد أطلق الخلاف المصنف هناك.

وقال في الانتصار: ويفرغه من المكيال ثم يكيّله، وإن أعلمه بكيّله ثم باعه به لم يجز، نقله الجماعة، وكذا جزافاً، ذكره الشيخ وغيره، والمبيع بصفة أو رؤية سابقة كذلك، وما عداه كعبد وصبرة وشبهها فالمذهب يجوز تصرفه فيه، كأخذه شفعة، وعنه: إن لم يكن صبرة مكيل أو موزون، نصره القاضي وأصحابه، وذكر شيخنا ظاهر المذهب، وعنه: إن لم يكن مطعوماً، وفي طريقة بعض أصحابنا رواية يجوز في العقار فقط، وعنه: لا، مطلقاً، ولو ضمنه، اختاره ابن عقيل: وشيخنا وجعلها طريقة الخرقى وغيره، وأن عليه تدل أصول أحمد، لتصرف المشتري في الثمرة والمستأجر في العين، مع أنه لا يضمنهما وعكسه كالصبرة المعينة كما لو شرط قبضه، لصحته كسلم وصرف، وفيه في الانتصار: إن تميز له الشراء بعينه ويأمر البائع بقبضه في المجلس. وفي الترغيب: المتعينان بالصرف قيل: من صور المسألة، وقيل: لا، لقوله: «إلا هاء وهاء»، وما لم يجز تصرفه فيه إذا تلف أو بعضه قبل قبضه من البائع، وينفسخ العقد فيه، وهل يخير المشتري في باقيه أو ينفسخ؟ فيه روايتا تفريق الصنفقة.

وإن أتلّفه بائع أو غيره فللمشتري الفسخ وأخذ ثمنه، وله الإمضاء ومطالبة المتلف ببذله، ففي المكيل والموزون بمثله، نقله الشالنجي، وقال جماعة: بقيمته، ومرادهم إلا المحرر ببذله، وقيل: إن أتلّفه بائع أو فسخ، ولو باع ما اشتراه بطعام أو أخذ بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه غرم المشتري الأول للبائع قيمة المبيع وأخذ من الشفيع مثل الطعام، وما جاز تصرفه فيه من ضمانه إذا لم يمنعه البائع، نص عليه، فظاهره تمكن من قبضه أولاً، وجزم به في المستوعب وغيره. وقال شيخنا: إذا تمكن من قبضه. وقال: ظاهر المذهب الفرق بين ما تمكن من قبضه وغيره ليس هو الفرق بين المقبوض وغيره، كذا قال، ولم أجد الأصحاب ذكره، وقد قال صاحب المحرر في أن الزكاة لا تسقط قبل التمكن: إنها دين لا يؤثر في سقوطه استهلاك المال، فلا يسقط بتلفه، كبعد التمكن، وكدين الرهن وغيره، وعكسه ثمن المبيع الهالك قبل القبض ونفقة الأقارب. وقال الشيخ فيها: ما وجب في الذمة لم يشترط في ضمانه إمكان الأداء كثمن المبيع، وذكر القاضي في تصرفه في صبرة المكيل مع ضمانه لها روايتين، وأنه لو اشترى بكيل وقبضه بلا كيل ضمنه مع منع تصرفه، وفي طريقة بعض أصحابنا أنه نصر جواز التصرف في المتعين، قال: ولا ينفسخ بتلفه قبل قبضه، وإن سلمنا فلائنه عقد معاوضة، تسليم بإزاء تسليم، ولو أفلس بالثمن ثبت الفسخ،

قال: والزوائد الحادثة قبل قبضه لا يتقسط الثمن عليها، وإن سلمنا فبقدر حدوثها قبيل العقد، قال: ولا نسلم رده بتعييه بعيب قبل قبضه وإن سلمنا فلائنه مقابلة

تسليم بتسليم، وفي الترغيب وغيره: لو تلف بعضه لم يفسخ في بقيته ولو ضمنه البائع، لاستقراره، والثلث الذي ليس في الذمة كالمثلث، وإلا فله أخذ بدله، لاستقراره. وقال الشيخ في فتاواه: اشترى شاة بدينار فبلعته إن قلنا يتعين الدينار بالتعيين ويفسخ العقد بتلفه قبل قبضه انفسخ هنا، وإن لم نقل بأحدهما لم يفسخ، وكل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه، كبيع، وجوز شيخنا البيع وغيره، لعدم قصد الربح، وما لا يفسخ بهلاكه - كنكاح وخلع وعتق وصلح عن دم عمد - قيل: كبيع، لكن يجب بتلفه مثله أو قيمته ولا فسخ، واختار شيخنا لهما فسخ نكاح، لفوت بعض المقصود، كعيب مبيع. وقيل: له التصرف قبل قبضه فيما لا يفسخ «م ٣» فيضمنه.

وفي المستوعب والتلخيص: بل ضمانه كبيع. وإن تعين ملكه في موروث أو وصية أو غنيمة لم يعتبر قبضه، ذكره شيخنا، بلا خوف، لعدم ضمانه بعقد معاوضة، كمبيع مقبوض، وكوديعة ونحوها، وقيل: وصية، وقيل: وإرث كبيع. وفي الإفصاح عن أحمد: منع بيع الطعام قبل قبضه في إرث وغيره.

وفي الانتصار منع تصرفه في غنيمة قبل قبضها «ع» ويأتي حكم قرض وعارية كوديعة، ويضمنها مستعير.

وقبض ما ينقل بنقله، وما يتناول بتناوله، والعقار ونحوه بتخليته، قال في المغني والترغيب وغيرهما: مع عدم المانع، وما قدر بكيل وغيره بتوفيته نص عليه، بحضور المستحق أو نائبه، ونصه: زلزلة المكيل مكروهة ويصح استنابة من عليه الحق للمستحق وقيل: لا قبضه، قال القاضي وأصحابه: ظرفه كيده، بدليل تنازعهما ما فيه، وقيل: لا «وش» ونص أحمد: صحة قبض وكيل من نفسه لنفسه.

وفي الترغيب وغيره وعليه الجمهور: ومتى قبضه مشتر فوجده زائدًا ما لا يتغابن به أعلمه، ونقل المروذي: برده، وإن قبضه مصدقًا لبائعه في كيله أو وزنه برئ عن

مسألة - ٣: قوله: وما لا يفسخ بهلاكه، كنكاح وخلع وعتق وصلح عن دم عمد قيل: كبيع، وقيل: له التصرف قبل قبضه فيما لا يفسخ، انتهى.

القول الأول: اختاره القاضي في المجرد، وجزم به في المحرر والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والنظم، وغيرهم

والقول الثاني: هو الصحيح، جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والحاوي الكبير، وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى، والفائق. وقال أبو الخطاب: لا يجوز التصرف في المهر غير المتعين، ورده في المغني، وغيره.

عهدته، ولا يتصرف فيه، لفساده، وفيه في قدر حقه فأقل وجهان «م ٤» وإن لم يصدقه قبل قوله في قدره، ومؤنة توفية العوضين على باذله، وفي النهاية: أجرة نقله بعد قبض البائع له عليه ومؤنة المتعين على المشتري إذا قلنا كمقبوض، وأطلق الشيخ وغيره، قال: لأنه لم يتعلق به حق توفية، نص عليه، ولا يضمن النقاد خطأ، في المنصوص. وإتلاف المشتري وقيل: عمدًا، قبض، لا غصبه. وفي الانتصار خلاف إن قبله هل يصير قابضًا أم ينفسخ ويغرم قيمته؟ وكذا متهب بإذنه هل يصير قابضًا؟ وفيه في غصب عقار: ولو استولى وأحال بينه وبين بائعه صار قابضًا، ويصح قبضه بغير رضا البائع، وحرمة في الانتصار في غير متعين، وغصب بائع ثمنًا أو بلا إذنه ليس قبضًا إلا مع المقاصة، وعنه: قبض الكل بتخليته وتمييزه، نصره القاضي وغيره.

ويحرم تعاطيهما بيعًا فاسدًا، فلا يملك به، لأنه نعمة ولا ينفذ تصرفه، وخرج فيه أبو الخطاب من طلاق في نكاح فاسد، وهو كمغصوب. وقال ابن عقيل: وغيره: كمقبوض للسوم، ومنه خرج ابن الزاغوني: لا يضمنه، وذكروا في ضمانه روايتين، نقل أبو طالب وحرب وغيرهما عدمه، فإن قبضه بثمن مستقر ضمنه به إن صح بيع معاطاة.

مسألة - ٤: قوله: وإن قبضه مصدقًا لبائعه في كيله أو وزنه برئ عن عهدته، ولا يتصرف فيه لفساده، وفيه في قدر حقه فأقل وجهان، انتهى. وأطلقهما في المغني، والكافي، والشرح، قال في الرعاية الكبرى: وما انفرد بائعه فيه بكيله أو وزنه فحضر المشتري ونقله مصدقًا له في ذلك لم يتصرف فيه بهذا القبض قبل اعتباره، ويقبل: قوله: فيما يدعيه من نقصه، انتهى.

قال في الحاوي الكبير: ولو كان له في ذمته عشرة أقفزة أو اشتراها منه فكالها له وأفرداها بغير حضور المستحق فلما جاء قال: خذ هذا حقك، فقبضها بذلك مصدقًا له فالقبض فاسد، ذكره القاضي في المجرد، وعمله بأنه جزاف ما استحق قبضه كيلاً، ولسنا نريد بقولنا القبض فاسد بمعنى أنه لا تبرأ ذمة الدافع عما دفعه، وإنما نريد أن القول قول القابض فيما يدعيه من نقصانه، وأنه لا يصح تصرفه فيه بذلك القبض، انتهى. وقدم ابن رزين صحة التصرف فيه بقدر حقه عند كلام الخرق في الصبرة.

تنبيه: قوله: وفي النهاية أجرة نقله بعد قبض البائع له عليه، قال ابن نصر الله: لعله: بعد بذل البائع له، وما قال ظاهر في أن نقله على المشتري إذا بذله البائع له، ولكن المنقول في النهاية وتعليق القاضي: أجرة نقده «بالدال» فاختلطت مع الهاء، فظن الناسخ أنها لام، والصواب نقده. فإن عند القاضي وصاحب النهاية أن أجرة النقد إن كان قبل قبض البائع فهي على المشتري، وإن كان بعده فهي على البائع، وقد صرح بذلك في التعليق وعمله، وبذلك يصح كلام المصنف وينتظم.

وقد نقل حرب وغيره فيمن قال: بعني هذا فقال: خذه بما شئت فأخذه فمات بيده قال: هو من مال بائعه، لأنه ملكه حتى يقطع ثمنه، ونقل حنبل: إذا ضاع من المشتري ولم يقطع ثمنه أو قطع ثمنه لزمه، ونقل ابن مشيش، فيمن قال بعينه فقال: خذه بما شئت فأخذه فمات بيده: يضمنه ربه هذا بعد لم يملكه «م ٥».

مسألة - ٥: قوله: وذكروا في ضمانه روايتين، يعني في ضمان المقبوض على وجه السوم نقل حرب وأبو طالب وغيرهما عدمه، فإن قبضه بثمن مستقر ضمنه به، إن صح بيع معاطاة، وقد نقل حرب وغيره فيمن قال بعني هذا، فقال: خذه بما شئت فأخذه فمات بيده قال: هو من مال بائعه، لأنه ملكه حتى يقطع ثمنه. ونقل حنبل: إذا ضاع من المشتري ولم يقطع ثمنه أو قطع ثمنه لزمه. ونقل ابن مشيش فيمن قال: بعني هذا فقال: خذه بما شئت فأخذه فمات بيده: يضمنه ربه هذا بعد لم يملكه. انتهى، كلام المصنف.

قال في القواعد الفقهية: من الأصحاب من حكى في ضمانه روايتين، سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه، وهي طريقة القاضي وابن عقيل، وصحح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض، فهو كمقبوض بعقد فاسد، انتهى. قلت: ذكر كثير من الأصحاب في المقبوض على وجه السوم ثلاث صور:

الأولى: أن يساوم إنساناً في ثوب أو نحوه ويقطع ثمنه ثم يقبضه ليريه أهله فإن رضوه وإلا رده فيتلف، ففي هذه الصورة يضمن إن صح بيع المعاطاة، والصحيح من المذهب صحة بيع المعاطاة، وقطع بالضمان في هذه الصورة في المستوعب والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم. وهو ظاهر كلام المصنف هنا. قال ابن أبي موسى: يضمنه بغير خلاف. قال ابن رجب: وهذا يدل على أنه يجري فيه الخلاف إذا قلنا إنه لم ينعقد البيع بذلك. وفي كلام أحمد إيماء إلى ذلك.

الثانية: لو ساومه وأخذه ليريه أهله إن رضوه وإلا رده من غير قطع ثمنه فيتلف ففي ضمانه روايتان، وأطلقهما في المستوعب والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

إحدهما: يضمنه القابض، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز في باب الضمان. قال ابن أبي موسى: فهو مضمون، بغير خلاف، نقل عن الإمام أحمد: هو من ضمان قابضه كالعارية.

والرواية الثانية: لا يضمنه. قال في الحاويين: نقل ابن منصور وغيره: هو من ضمان المالك كالرهن وما يقبضه الأجير.

الثالثة: لو أخذه بإذن ربه ليريه أهله إن رضوه اشتراه وإلا رده فتلف من غير تفریط لم يضمن، قال ابن أبي موسى: هذا أظهر عنه، وقدمه في المستوعب، والرعايتين،

قال صاحب المحرر: يدل على أنه أمانة وأنه يخرج مثله في بيع خيار على قولنا لا يملكه. وقال: تضمينه، منافعه كزيادة وأولى، وسوم إجارة كبيع في الانتصار «م ٦» وولده كهو، لا ولد جانبية وضامنة وشاهدة وموصى بها وحق جائز وضامنه. وفيه في الانتصار إن أذن لأتمته فيه سرى.

وفي طريقة بعض أصحابنا وولد موصى بعثتها لعدم تعلق الحكم بها، وإنما المخاطب الموصى إليه، ويضمنه بعقد فاسد بقيمته، قال شيخنا: قد تراضوا بالبدل الذي هو القيمة، كما تراضوا في مهر المثل، أو حيث يجب المثل أو القيمة على شيء مسمى، فيجب ذلك المسمى، لأن الحق لهما، فالفساد يظهر أثره في الحل وعدمه فقط، كما لا يظهر أثره في أصل الضمان، فإذا استويا فيه فكذا في قدره، وهذه نكتة حسنة.

وذكر أبو بكر يضمنه بالمسمى لا القيمة ككناح وخلع، حكاه القاضي في الكفاية وفي الفصول: يضمنه بالثمن، والأصح بقيمته، كمغصوب، وفيه في أجرة المثل في مضاربة فاسدة أنها كبيع فاسد إذا لم يستحق فيه المسمى استحق ثمن المثل وهو القيمة، كذا تجب قيمة المثل لهذه المنفعة، وفي المغني في تصرف العبد والمستوعب أو مثله يوم تلفه، وخرج القاضي وغيره فيه وفي عارية كمغصوب، وقاله في الوسيلة، وقيل: له حبسه على قبض ثمنه، وفي ضمان زيادته وجهان «م ٧».

والحاويين، والفائق، فقال: لا ضمان عليه، في أظهر الروايتين، انتهى. وعنه: يضمنه بقيمته.

مسألة - ٦: قوله: وسوم إجارة كبيع في الانتصار، انتهى. قد علمت حكم المقبوض على وجه السوم في البيع، فكذا يكون في الإجارة على ما قاله في الانتصار ولم يخالفه المصنف، ولا نقل غيره عن غيره.

مسألة - ٧: قوله في المقبوض بعقد فاسد: وفي ضمان زيادته وجهان، انتهى. وأطلقهما في المحرر والنظم، والقواعد الفقهية.

أحدهما: يضمنها وهو الصحيح. قال في الرعاية الكبرى، وله مطلقاً نماؤه المتصل والمنفصل وأجرته مدة قبضه بيد المشتري وأرش نقصه، وقيل: هو أجرته، وزيادة مضمونة أو أمانة على وجهين، انتهى وقال في الصغرى ونماؤه وأجرته وأرش نقصه لمالكة. وقيل: عليه أجرة المثل لنفعه، وضمانه إن تلف بقيمته، وزيادته أمانة، انتهى.، وقدم في الزبدة الضمان أيضاً، وصححه في تصحيح المحرر.

والوجه الثاني: لا يضمنها.

وفي المغني والترغيب وغيرهما: إن سقط الجنين ميتاً فهدر. وقاله القاضي،
وعند أبي الوفاء يضمنه، ويضمنه ضاربه، ومتى ضربه أجنبي فللبائع من الغرة قيمة
الولد والبقية لورثته. والله تعالى أعلم.

باب الربا

وهو محرم مطلقًا، نص عليه، كدار البغي، لأنه لا يد للإمام عليهما، قال في عيون المسائل: والباغي مع العادل كالمسلم مع الحربي، لأن كلاً منهما لا يضمن مال صاحبه بالإتلاف، فهي كدار حرب، كذا قال.

وفي المستوعب في الجهاد والمحرر: إلا بين مسلم وحربي لا أمان بينهما، ونقله الميموني، وهو ظاهر كلام الخرقى في دار حرب، ولم يقيد بها في التبصرة وغيرها بعدم الأمان وفي الموجز رواية: لا يحرم في دار حرب، وأقرها شيخنا على ظاهرها، وعنه: لا ربا بينه وبين مكاتبه، كعبده، فعلى المنع فلو زاد الأجل والدين جاز، في احتمال.

وفي الانتصار في حديث الرقبة: مال كافر مصالح مباح بطيب نفسه، والحربي يباح أخذه على أي وجه، وقال: كل شرط يعتبر في معاملة المسلمين يعتبر في معاملة ذمي ومستأمن، والمذهب: لا يحرم ربا الفضل إلا في بيع كل مكيل أو موزون بجنسه، قال أحمد: قياسًا على الذهب والفضة وإن قلًا، كتمر بتمر أو بتمرتين، لأنه مال يجوز بيعه، ويحتمل من حلف لا يبيع مكيلًا به فيكال، وإن خالف عادة، كموزون، فالعلة على المذهب كونه مكيل جنس.

وقال بعضهم: الكيل بمجرد علة، والجنس شرط فيه وقال: أو اتصافه بكونه مكيل جنس هو العلة، وفعل الكيال شرط، أو نقول: الكيل أمانة، والحكم على المذهب بإيجاب المماثلة، مع أن الأصل إباحة بيع الأموال الربوية بعضها ببعض مطلقًا، والتحريم لعارض، وعلى رواية الطعم الحكم بتحريم بيع هذه الأموال بعضها ببعض مطلقًا إلا مع وجود التساوي، للحاجة.

وعلى المذهب: يجوز استلام النقدين في الموزون، وبه أبطلت العلة، لأن كل شيئين شملهما إحدى علتى ربا الفضل يحرم النساء فيهما، وفي طريقة بعض أصحابنا:

يحرم سلمهما فيه، فلا يصح، وإن صح فللحاجة، وأجاب القاضي وغيره، بأن القياس المنع، وإنما جاز للمشقة، ولها تأثير، ولاختلاف معانيها لأن أحدهما ثمن والآخر مثنى، ولاختلافهما في صفة الوزن، لأنه يتسامح بهذا دون هذا، فحصل في حكم الجنسين من هذا الوجه. وعنه: في النقيدين والمطعوم للآدمي، وعنه: فيهما ومطعوم مكيل أو موزون، اختاره الشيخ وشيخنا، فعليهما العلة في النقيدين الثمنية، وهي علة قاصرة لا يصلح التعليل بها في اختيار الأكثر، ونقضت طردًا بالفلوس، لأنها أثمان، وعكسها بالحلي، وأجيب لعدم النقدية الغالبة.

قال في الانتصار: ثم يجب أن يقولوا: إذا نفقت حتى لا يتعامل إلا بها أن فيها الربا، لكونها ثمنًا غالبًا. وقال في التمهيد: إن من فوائدها أنه ربما حدث جنس آخر يجعل ثمنًا، فتكون تلك علة، فتباع بيضة ببيضة وبيضتين، وخيارة وبطيخة ورمانة بمثلها، ونحوه، نص عليه، قال: لأنه ليس مكيلًا ولا موزونًا، ونقل مهنا وغيره أنه كره بيضة ببيضة وقال: لا يصلح إلا وزنًا بوزن، لأنه طعام، وجوز شيخنا بيع المصوغ المباح بقيمته حالًا، وكذا نساء ما لم يقصد كونها ثمنًا. وما خرج عن القوت بالصنعة كنشا فليس بربوي، وإلا فجنس بنفسه، فبياع خبز بهريسة، وجوز بيع موزون ربوي بالتحري، للحاجة «وم» ورجح ابن عقيل: أخيرًا قصره على الأعيان الستة، لخفاء العلة، ولا ربا في ماء، في الأصح، لإباحته أصلاً، وعدم تموله عادة، وعلى المذهب فيما لا يوزن لصناعة روايتان «م ١» وقال القاضي: يحرم مع قصد وزنه.

تنبيه: قوله: عن كلام شيخه: «وإنما خرج عن القوت» صوابه: «وما خرج عن القوت» وهو في الاختيارات كذلك.

مسألة - ١: قوله: وعلى المذهب فيما لا يوزن لصناعته روايتان، انتهى. وأطلقهما في المذهب والفائق. وأطلقهما في التلخيص، فيما لا يقصد وزنه، انتهى. وذلك مثل المعمول من الذهب والفضة والصفرة والحديد والرصاص والقطن والكتان والصوف والحريز ونحوه كالخواتم والأسطال والإبر والسكاكين والثياب والأكسية ونحوها.

إحداهما: يجوز التفاضل، وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق والشارح، والشيخ تقي الدين وغيرهم. وقدمه ابن رزين في شرحه.

والرواية الثانية: لا يجوز، اختاره ابن عقيل في الفصول، وقدمه في المستوعب والرايعتين، والحاويين. قال الزركشي: اختاره جماعة منهم ابن عقيل وغيره قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. وقال القاضي في التعليق والجامع الصغير: ما قصد وزنه كالأسطال ونحوها لا يجوز التفاضل فيه، وجزم به في التلخيص. قال الزركشي: وهو

وعليها يخرج بيع فلس بفلسين، وفيه روايتان منصوصتان «م ٢ و ٣» وإن جاز وكانت نافقة فوجهان، وكذا الزكاة «م ٤» ولم يوجبها «م» ووافقه «هـ» في كاسدة، والروايتان في السلم فيها، نقل أبو طالب الجواز، وعلي بن سعيد المنع، وحنبل يكره «م ٥».

قول جماعة، وهو أوجه، وقاله في الكافي، في الموزون.

مسألة - ٢: قوله بعد ذكر المسألة المتقدمة: وعليها يخرج بيع فلس بفلسين، وفيه روايتان منصوصتان، انتهى. وأطلقهما في التلخيص.

إحدهما: لا يجوز التفاضل، نص عليه في رواية جماعة، وقدمه في المستوعب، والحاوي الكبير.

والرواية الثانية: يجوز، وهذه هي الصحيحة على تخريج المصنف، فإنه خرجها على التي قبلها، وقد صححنا هنا الصحة، فعلى هذه الرواية إذا كانت نافقة فوجهان.

وهي: **مسألة - ٣:** وأطلقهما في التلخيص.

أحدهما: لا يجوز، جزم به أبو الخطاب في خلافه، وقدمه في المستوعب والحاوي الكبير.

والوجه الثاني: يجوز، قال الزركشي: قال القاضي في الجامع وابن عقيل والشيرازي وصاحب المستوعب والتلخيص، وغيرهم. سواء كانت نافقة أو كاسدة، بيعت بأعيانها أو بغير أعيانها، انتهى.

مسألة - ٤: قوله: وكذا الزكاة. يعني إذا كانت نافقة هل تلحق بالأثمان في وجوب الزكاة فيها أم لا؟ قال المجد: فيها الزكاة إذا كانت أثمانًا رائجة، أو للتجارة وبلغت قيمتها نصابًا، في قياس المذهب، انتهى. وقال في الحاوي الكبير: والفلس عرض فتزكى إذا بلغت قيمتها نصابًا وهي نافقة. وقال في الحاوي الصغير: والفلس ثمن في وجه فلا تزكى، وقيل: سلعة فتزكى إذا بلغت قيمتها نصابًا وهي رائجة. وقال ابن تميم: ولا زكاة في فلس، وفيه وجه: يجب إذا بلغت قيمتها نصابًا وكانت رائجة. وقال في الرعاية الصغرى: والفلس ثمن فلا تزكى. وقيل: بل سلعة فتزكى إذا بلغت قيمتها نصابًا وهي رائجة. وكذا قال في الكبرى ثم قال: وقيل: في وجوب الزكاة في الفلس: إذا بلغت قيمتها نصابًا وجهان أشهرهما عدمه لأنهما أثمان. قلت: ويحتمل الوجوب أيضًا، وإن قلنا: هي عروض فلا إلا أن تكون للتجارة فلا تزكى، انتهى، ويأتي كلام الأصحاب في المسألة الآتية بعدها.

مسألة - ٥: قوله: والروايتان في السلم فيها، نقل أبو طالب الجواز، وعلي بن سعيد المنع، وحنبل يكره، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى، ثم قال: قلت: هذا إن

ونقل يعقوب وابن أبي حرب: الفلوس بالدرهم يدا بيد ونسيئة إن أراد به فضلاً لا يجوز.

ويحرم بيع مكيل بجنسه إلا كيلاً حالة العقد، وموزون بجنسه إلا وزناً، نقله الجماعة، ويجوز في وجه جزافاً بغير جنسه، وهو أظهر كمكيل بموزون جزافاً، نص عليه، ونصه: لا، اختاره جماعة «م ٦» واحتج بخبر فضالة وبما لو بان مستحقاً رجع

قلنا هي سلعة. انتهى. اختار ابن عقيل في باب الشركة أن الفلوس عروض بكل حال، واختاره علي بن ثابت الطالباني من الأصحاب، ذكره عنه ابن رجب في الطبقات في ترجمته، وهي قبل ترجمة الشيخ الموفق بيسير، فعليه يجوز السلم فيها، وصرح به ابن الطالباني، واختاره وتأول رواية المنع قلت: جزم في الحاوي الكبير أنها عرض أيضاً. وقال أبو الخطاب في خلافه الصغير وغيره: الفلوس النافقة أثمان، وهو قول أكثر الأصحاب، قاله ابن رجب، واختاره الشيرازي في المبهم أنها أثمان بكل حال، فعلى هذا حكمها حكم الأثمان في جواز السلم فيها وعدمه، وتوقف الشيخ الموفق في جواز السلم فيها فقال: أنا متوقف عن الفتيا في هذه المسألة، نقله ابن رجب في طبقاته قلت: الصحيح من المذهب جواز السلم فيها، لأنها إما عرض وإما ثمن، لا تخرج عن ذلك. «فإن قلنا: إنها عرض جاز السلم فيها، وإن قلنا: إنها ثمن فالصحيح من المذهب جواز السلم في الأثمان، والذي يظهر أن محل الخلاف المذكور إذا قلنا بعدم صحة السلم في الأثمان، والله أعلم.

مسألة - ٦: قوله: ويحرم بيع مكيل بجنسه إلا كيلاً حالة العقد، وموزون بجنسه إلا وزناً، نقله الجماعة، ويجوز في وجه جزافاً بغير جنسه، وهو أظهر، كمكيل بموزون جزافاً، نص عليه، ونصه: لا، اختاره جماعة، انتهى. يعني إذا باع مكيلاً بمكيل، أو موزوناً بموزون، جزافاً، واختلف الجنس، فأطلق المصنف فيه وجهاً ونصاً. فالوجه الذي قال المصنف عنه: إنه أظهر اختاره ابن عقيل والشيخ الموفق والمجد وصاحب التلخيص وابن منجا في شرحه وابن عبدوس في تذكرته وغيرهم، وجزم به في المقنع، والوجيز ونهاية ابن رزين والمنور وغيرهم، وقدمه في الهداية، والمستوعب والخلاصة والشرح، والرعاية الكبرى والفائق، وغيرهم. والمنصوص في رواية الحسن بن ثواب وغيره: لا يجوز ذلك جزافاً، اختاره جماعة، منهم أبو بكر وابن أبي موسى، والقاضي في المجرد والخلاف، والشريف أبو جعفر وغيرهم. قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً، اتفقت الأجناس أو اختلفت، قال في الرعاية الكبرى: وقيل: يحرم، وهو أظهر، وجزم به النظم المفردات، قلت: المنصوص هو المذهب، لأن صاحب المذهب نص على ذلك، وإن كان اختار كثير من الأصحاب

واحتج القاضي وأصحابه بنهيه ﷺ في خبر جابر عن بيع الصبر بالصبر من الطعام^(١) لا يدري ما كيل هذا وما كيل هذا، قال ابن عقيل: لا وجه للتعليق بالتفاضل، فلم يبق إلا أن المجازفة في الطعام جعل طريقًا بالخبر، كالنسيئة والمصارفة والمساواة، فتصير طرق الربا عندنا أربعة.

وإن باع صبرة بجنسها وعلمها كيلهما وتساويهما صح، وإن باعها بها مثلاً بمثل، فكيلتا فكانتا سواء، صح، واختار شيخنا في الاعتصام بالكتاب والسنة ما ذكره عن مالك أنه يجوز بيع الموزونات الربوية بالتحري، للحاجة، ومرد الكيل عرف المدينة، والوزن عرف مكة زمن النبي ﷺ، فإن تعذر فعرفه بموضعه، وقيل: إلى شبهه هناك، وقيل: الوزن، والمائع مكيل، زاد في الرعاية: وفي اللبن وجهان، وأن الزبد مكيل، وأن في السمن وجهين، وجعل في الروضة العسل موزوناً، قال في النهاية والترغيب وغيرهما: ويجوز التعامل بكيل لم يعهد. والجنس: ما شمل أنواعاً، كتمر وبُر وشعير وملح، نص عليه، قال في الطريق الأقرب: والأبازير جنس، وفروع الأجناس أجناس، كأدقة وأدهان وخلول وألبان ولحمان، وعنه: اللبن، وخل تمر، وخل عنب، واللحم جنس، وخرج منها في النهاية أن الأدهان المائعة جنس، وأن الفاكهة كتفاح وسفرجل جنس. وعنه: اللحم ثلاثة، لحم أنعام وطيور ودواب الماء. وعنه: ورابع لحم وحش، واللحم والكبد والقلب ونحوها أجناس، وقيل: الرؤوس من جنس اللحم، وقيل: لا.

وفي عيون المسائل: لا يجوز بيع لحم بشحم متفاضلاً، لأنه لا ينفك عنه، ولهذا من حلف لا يأكل لحماً فأكل شحمًا حنث، كذا قال، وفي الشحم والألية وجهان «م ٧». ويحرم بيع اللحم بحيوان. وقال شيخنا: مقصود اللحم من جنسه

الجواز وأطلقهما في المذهب والرعاية الصغرى والحاويين وغيرهم.

مسألة - ٧: قوله: وفي الشحم والألية وجهان، انتهى، يعني هل هما جنسان أو جنس واحد.

أحدهما: هما جنسان، وهو الصحيح، اختاره القاضي وغيره، قال الزركشي: وهو المشهور عند الأصحاب، وجزم به في التلخيص، والمحذر، والرعاية الصغرى،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٣٠) والنسائي في سننه برقم (٤٥٦١) من حديث جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا يعلم مكيهه بالكيل المسمى من التمر».

ومن غير جنسه مأكول، وقيل: وغيره وجهان «م ٨» قال شيخنا: يحرم به نسيئة عند جمهور الفقهاء.

والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: هما جنس واحد، وهو ظاهر ما قدمه الناظم، واختاره الشيخ الموفق وقال: ظاهر كلام الخرقى أن كل ما هو أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهنًا فهو جنس واحد، قال: وهو الصحيح، وقدمه ابن رزين في شرحه، وقال عن الأول: ليس بشيء.

مسألة - ٨: قوله: ويحرم بيع لحم بحيوان، من جنسه ومن غير جنسه مأكول، وقيل: وغيره وجهان، انتهى. وأطلقهما في البداية والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغني، والمقنع، والخلاصة، والمذهب، الأحمد والتلخيص، والبلغة، والمحزر، والشرح، والنظم، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يجوز، قال الزركشي: هو ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي وأبي بكر وابن أبي موسى، والقاضي في تعليقه وجامعه الصغير، وأبي الخطاب في خلافه الصغير، وغيرهم. انتهى وصححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز، وقدمه في الرعايتين والحاويين، وشرح ابن رزين، وقال: هو ظاهر كلامه، واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

والوجه الثاني: يجوز، قال الشيخ والشارح: اختاره القاضي، انتهى. وجزم به في المنور ومنتخب الأمدي، وصححه في تصحيح المحرر وقال: صححه المجدد في شرحه قلت: وهو الصواب، ويأتي كلامه في الكافي، والشرح.

تنبيهان:

الأول: قال الزركشي وبعض المتأخرين: بنى القولين على الخلاف في اللحم هل هو جنس أو أجناس، وصرح أبو الخطاب أنهما على القول بأنه أجناس، وهو الصواب، انتهى.

قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب حيث قالوا: وفي بيعه بغير جنسه، ولكن قال في الكافي: وإن باع الحيوان بلحم مأكول غير أصله، وقلنا: هما أصل واحد لم يجز، وإلا جاز. وقال في المغني: احتج من منعه بعموم الأخبار وبأن اللحم كله جنس واحد، ومن أجازه قال: مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه، فجاز، كما لو باعه بالأنثمن، انتهى. وقال في إدراك الغاية: وعنه: اللحم أجناس باختلاف أصوله، فلا يصح بيعه بحيوان من جنسه، وفي غيره وجه، فبني الخلاف، على القول بأن اللحم أجناس. وقال الشارح: والظاهر أن الخلاف مبني على الاختلاف في اللحم، فإن قلنا: إنه جنس

ويجوز بيع رطب وعنب بمثله، نص عليه، خلافاً لأبي حفص وابن شهاب، كما لو لم يصير تمرًا أو زبيبًا، ودقيقه بدقيقه إن استويا في النعومة، خلافاً لما قدمه في التبصرة، ويباع كيلاً كسويق بمثله، وقيل: وزنًا، وخبز بمثله.

قال في المبهج: لا فطير بخمير، ولحم بمثله، نص عليه، ومنع منه الخرفي رطبًا، ويعتبر نزع عظمه، في الأصح، كتصفية عسل، لأن الشمع مقصود، وإلا فمد عجوة، والنوى في التمر غير مقصود، فهو كخبز بخبز وخل بخل، وإن كان في كل منهما ملح وماء لكنه غير مقصود. وفي زبد بسمن وجهان، وذكر ابن عقيل: روايتين «م ٩». ويجوزان بمخيض، في ظاهر المذهب، وفي الأصح عصيره بجنسه ولو مطبوخين، وقيل: إن استويا في عمل نار وبتفله الخالي منه وإلا فمد عجوة، ونحو: خل ودبس بمثلهما، لا نوع بآخر، ولا خل عنب بخل زبيب، لأن في أحدهما ماء.

ويحرم بيع حب جيد بمسوس، ذكره ابن عقيل: وغيره، لنقص الكيل بخلوه من طعام، بل يصح بخفيف مع نقص الطعام، لكونه ملأ الكيل، قال: وعفنه بسليمه يحتمل كذلك، وإن سلمنا فالعفة في نقصان الأكل طرأ عليها، ويحرم حب بدقيقه أو أحدهما بسويقه، وعنه: يجوز وزنًا، وعلل أحمد المنع بأن أصله كيل فيتوجه من الجواز بيع مكيل وزنًا وموزون كيلاً، اختاره شيخنا، وكذا نصوصه في خبز بحبه ودقيقه، ونقل ابن القاسم وغيره المنع، لأن فيه ماء، وعلله ابن شهاب بأنهما إذا صارا خبزًا كان أكثر من هذا، وجزم بالجواز في الأول، وأنه لا يناقض أصلنا، لأن الدقيق موزون، كالحيوان عددًا، فإذا ذبح صار وزنًا، ويحرم نيئه بمطبوخه وأصله بعصيره، كزيتون بزبيب، وفيه نقل مهنا: يكره، وخالصة أو مشويه بمشويه على مد عجوة،

واحد لم يجز، وإن قلنا: إنه أجناس جاز بيعه بغير جنسه، انتهى.

الثاني: قوله: «وقيل: وغير مأكول». هذا القول جزم به ابن عقيل في التذكرة وصاحب المستوعب وغيرهما.

مسألة - ٩: قوله: وفي زبد بسمن وجهان، وذكر ابن عقيل روايتين، انتهى.

وأطلق الوجهين في المستوعب وقال: ذكرهما ابن عقيل خلاف ما نقل المصنف عنه، ويمكن أنه ذكرهما تارة وجهين وتارة روايتين.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وجزم به في الكافي، وقدمه في الرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين.

والوجه الثاني: يصح، اختاره القاضي، ورده في المغني. قال في المحرر: وعندي أنه جائز. واقتصر عليه وصححه في النظم، وهو ظاهر كلامه في المذهب وغيره.

ورطبه بياسه، ومزابنة إلا في العرايا وهو بيع الرطب، وعنه: الموهوب لبائعه، اختاره الخرقى وغيره في نخله بماله يابسًا بتمر مثله، وعنه: بتمر مثل رطبه كيلاً يقضيه به بائعه قبل تفرقهما وقبض مشتر بالتخلية فيما دون خمسة أوسق، وعنه: وفيها لفقير محتاج إلى أكل الرطب.

وقال في التنبيه والمحذر: أو أكل الثمر، وقيل: وتعتبر حاجة بائع إلى بيعها، وجوز ابن عقيل: بيعها لوأهبها، لثلا يدخل رب العرية حائطه، ولغيره لحاجة أكل، ويحتمله كلام أحمد. وفي جوازها في بقية التمر وجهان «م ١٠» وقيل: يجوز في عنب، وجوزها شيخنا في الزرع.

وتحرم المحاقلة، وهي بيع الحب المشتد - ولم يقيده جماعة بمشتد - في سنبله بجنسه، وفي بيعه بمكيل غير جنسه وجهان «م ١١» ويصح بغير مكيل، وخص الشيخ وغيره الخلاف بالحب. وبيع ربوي بجنسه، ومعه أو معهما من غير جنسهما، كمد

مسألة - ١٠: قوله في العرية: وفي جوازها في بقية الثمر وجهان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح ولا يجوز، وهو الصحيح، اختاره ابن حامد وابن عقيل، والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم. وصححه في التصحيح والنظم، وجزم به في المحرر وتذكرة ابن عبدوس، وهو ظاهر كلام الخرقى وصاحب الوجيز والمنور، وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح.

والوجه الثاني: يصح ويجوز: قاله القاضي، وهو مقتضى اختيار الشيخ تقي الدين، وقدمه ابن رزين في شرحه، قلت: وهو الصواب عند من اعتاده.

مسألة - ١١: قوله: وتحرم المحاقلة وهي بيع الحب المشتد، في سنبله بجنسه، وفي بيعه بمكيل غير جنسه وجهان، انتهى، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمقنع، والمحذر، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والتلخيص، والنظم، وغيرهم. وهو ظاهر ما صححه في البلغة، وجزم به في المنور، وقطع به أيضًا في المغني، في باب الربا عند مسألة: والبُرّ والشعير جنسان.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو ظاهر كلامه في الوجيز، فإنه قال: ولا يجوز بيع المحاقلة. واقتصر عليه.

عجوة ودرهم بمثلهما أو بدرهمين أو بمدين، فإن علم بعد العقد تساوي القيمة أو معه لكونهما من شجرة ونقد واحد، فاحتمالان «م ١٢».

وعنه: يجوز إن لم يكن المفرد مثل الذي معه غيره فأقل، اختاره شيخنا في موضع، وعنه: يجوز إن لم يكن الذي معه مقصودًا، كالسيف المحلى، اختاره شيخنا، وذكره ظاهر المذهب، وأنه يجوز فضة لا يقصد غشها بخالصة مثلاً بمثل، فإن كانت الحلية من غير جنس الثمن جاز، وعنه: لا.

وفي الإرشاد: هي أظهرهما، لأنه لو استحق وتلف لم يدر بم يرجع، ولو باع بُرًا بشعير فيه من جنسه بقصد تحصيله منع، على الأصح، وإلا فلا، وكذا تراب يظهر أثره، وفي بيع شاة ذات لبن أو صوف بمثلها، أو لبن شاة فيها لبن، أو درهم فيه نحاس بنحاس، أو بمثله. أو نوى بتمر فيه نواه، ونحوه، روايتان «م ١٣» وإن باع

مسألة - ١٢: قوله: وبيع ربوي بجنسه، ومعه أو معهما من غير جنسهما، كمد عجوة ودرهم بمثلهما أو بدرهمين أو بمدين، فإن علم بعد العقد تساوي القيمة أو معه لكونهما من شجرة ونقد واحد فاحتمالان، انتهى. هذان الاحتمالان ذكرهما القاضي في خلافه، وأطلقهما ابن رجب في قواعده. انتهى

أحدهما: لا يصح قلت: وهو ظاهر كلام الأصحاب، لإطلاقهم المنع، وصححه أبو الخطاب في الانتصار، وقال في الرعاية الكبرى: وعنه: يجوز إن زاد المفرد أو استويا قدرًا ومعهما غيرهما من ربوي أو غيره. قال المصنف: وأخبر بعضهم وأهمل بعضهم التساوي. وفيه نظر، انتهى.

والاحتمال الثاني: يصح، وذكرهما في القواعد وجهين وقال:

أحدهما: الجواز لتحقيق التساوي.

الثاني: المنع، لجواز أن يعيب أحدهما قبل العقد فتنقص قيمته وحده، انتهى والذي يظهر على هذا التعليل أن الجواز أقيس وتعليل الثاني ضعيف.

مسألة - ١٣: قوله: وفي بيع ذات لبن أو صوف بمثلها، أو لبن بشاة فيها لبن أو درهم فيه نحاس بنحاس، أو بمثله أو نوى بتمر فيه نوى، ونحوه، روايتان، انتهى، وأطلقهما في النوى بتمر فيه نوى، واللبن بشاة ذات لبن، والصوف بنعجة عليها صوف في البداية والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والرعايتين، والحاويين، والنظم، وغيرهم.

إحدهما: يجوز ويصح وهو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وصححه في التصحيح وغيره، في بعض الصور، واختاره ابن حامد وابن أبي موسى والقاضي في

نوعي جنس مختلفي القيمة بنوع منه أو نوعين، فقيل: كمد عجوة، وعنه: في النقد، وعنه: يجوز، اختاره صاحب التنبيه والمغني والترغيب وغيرهم (م ١٤).

ويشترط في بيع كل جنسين اتفقا في علة ربّا الفضل ليس أحدهما نقدًا الحلول والقبض في المجلس، نص عليه، فيحرم مَدُّ بُرٍّ بمثله بجنسه أو شعير ونحوه نسيئة، وكذا إن صرف الفلوس النافقة بنقد، ونقل ابن منصور: لا، اختاره ابن عقيل:

المجرد والشارح، وغيرهم. وقدمه في بعض الصور في المحرر وشرح ابن رزين، قال في الكافي: ويجوز بيع شاة ذات صوف بمثلها وجهًا واحدًا قلت: وهذا مما لا شك فيه، وكذا بيع شاة ذات لبن بمثلها.

والرواية الثانية: لا يجوز، اختاره أبو بكر والقاضي في خلافه، وقدمه في الهادي. وقال ابن عبدوس في تذكرته: يجوز بيع اللبن والصوف بشاة ذات لبن أو صوف، ولا يجوز بيع نوى بتمر بنواه، قال الشارح على رواية الجواز: يجوز بيع ذلك متفاضلاً أو متساوياً، انتهى. وقال في القواعد الفقهية: ولعل المنع يتنزل على ما إذا كان الربوي مقصوداً، والجواز على عدم القصد، وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره، ويشهد له تعليل الأصحاب كلهم الجواز بأنه تابع غير مقصود، قلت: وهو الصواب.

تنبيه: في إطلاق المصنف في بيع ذات اللبن والصوف بمثلهما نظراً، إذ المذهب الصحة في ذلك، كما جزم به في الكافي، في الثانية، والقول بعدم الصحة فيهما ضعيف جداً، فيما يظهر، لأن ذلك يدخل تبعاً، ويدخل في عموم قولهم: يجوز بيع الحيوان بالحيوان

مسألة - ١٤: قوله: وإن باع نوعي جنس مختلفي القيمة بنوع منه أو نوعين، فقيل: كمد عجوة، وعنه: في النقد، وعنه: يجوز، اختاره صاحب التنبيه والمغني، والترغيب وغيرهم. انتهى. وأطلقتهم في القواعد الفقهية.

رواية: الجواز هي الصحيحة، اختارها أبو بكر في التنبيه وصاحب المغني، والترغيب وغيرهم. كما قال المصنف، قال في التلخيص: وهو الأقوى عندي، وصححه الناظم، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الشرح والفائق.

والقول بأنها كمد عجوة اختاره القاضي، قال في القواعد الفقهية: وهي طريقة القاضي وأصحابه. وجزم به في الخلاصة، والمنور، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في المحرر وغيره، وأطلقهما في المستوعب والكافي، والرعاية الصغرى، والحاويين، قال في الرعاية الكبرى: وجهان، وقيل: روايتان.

ورواية: أنها كمد عجوة في النقود لا في غيرها، لم أطلع على من اختارها.

وشيوخنا، وذكره رواية.

ولا يشترط قبض مكيل بموزون، على الأصح، وفي النساء روايتان «م ١٥». وذكرهما جماعة فيما إذا اختلفا في العلة، أو كان أحدهما غير ربوي.

وما جاز تفاضله كثياب وحيوان يجوز النساء فيه لأمر النبي ﷺ ابن العاص بابتياح بغير بيعيرين وثلاثة نسيئة لينفذ جيشاً^(١)، قال في الانتصار: فإن قيل: لعله ابتاع على بيت المال لا في ذمته، لأنه قضاء من الصدقة، قلنا: إنما ابتاع في ذمته، وللإمام ذلك للمصلحة، ويقضيه من بيت المال، وكذا أجاب ابن عقيل: المال لا يثبت في مال، والدين لا يثبت إلا في الذمم، ومتى أطلقت الأعواض تعلقت بالذمم، ولو عينت الديون في أعيان أموال لم يصح، فكيف إذا أطلقت؟ فعلى هذا قال بعض أصحابنا: الجنس شرط محض، فلم يؤثر قياساً على كل شرط، كالأحصان مع الزنا، وعنه: يحرم فعلة النساء المالية، وعنه: يحرم إن بيع بجنسه، فالجنس أحد وصفي العلة، فأثر، وعنه: متفاضلاً، اختاره شيخنا، ومتى حرم، فإن كان مع أحدهما نقد، فإن كان وحده نسيئة جاز، وإن كان نقداً والعوضان أو أحدهما نسيئة لم يجز، نص عليه. وفي الواضح رواية يحرم رباً فضل، لأنه ذريعة إلى قرض جر منفعة.

فصل

وإن تصارفا ذهباً بفضة عيناً بعين ولو بوزن متقدم أو خبر صاحبه فوجد أحدهما

مسألة - ١٥: قوله: ولا يشترط قبض مكيل بموزون، على الأصح، وفي النساء روايتان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والمستوعب، والتلخيص، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، وابن رزين والرعايتين، والحاويين، والزركشي، وغيرهم.

إحدهما: يجوز، وهو الصحيح، صححه في الخلاصة، والنظم، وغيرهما، وجزم به في المنور وتذكرة ابن عبدوس وغيرهما، وقدمه في المحرر والفائق، وغيرهما والرواية الثانية: لا يجوز، قطع به الخرقى وصاحب الوجيز، وصححه في التصحيح.

(١) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٥٧) وأحمد في المسند (١٧١/٢، ٢١٦) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفذت الإبل، فأمره أن يأخذ من قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة.

عيبًا من غير جنسه بطل، قال الشيخ، كقوله: بعثك هذا البغل فإذا هو حمار، وعنه: يصح لازمًا، وعنه: له رده وأخذ البدل، وإن كان من جنسه ففي الواضح وغيره: بطل، وهو ظاهر نقل جعفر وابن الحكم، والأشهر: له قبوله وأخذ أرش العيب في المجلس، وكذا بعده إن جعلاً أرشه من غير جنس الثمن، لأنه لا يعتبر قبضه، كبيع بُر بشعير فيجد أحدهما عيبًا فيأخذ أرشه درهمًا بعد التفرق، وله رده ولا بدل له، لأنه يأخذ ما لم يشتره، إلا على رواية: لا تتعين النقود.

ونقل الأكثر: له رده وبدله، ولم يفرق في العيب، وإن تصارفا ذلك بغير عينه صح، لأن المجلس كحالة العقد، فإن وجد أحدهما عيبًا فله بدله، وله الرضا بعيب من جنسه، فإن تفرقًا والعيب من جنسه - وذكر جماعة: أو غيره - فعنه: له بدله، لأنه بدل عن الأول، كالمسلم فيه، فليس له الفسخ إن بذل له، وله أخذ أرش بعد التفرق وعنه: ليس له بدله، فيفسخ أو يمسك في الجميع، ولا أرش بعد الفرقة «م ١٦» ويعتبر قبض

مسألة - ١٦: قوله: في الصرف: وإن تصارفا ذلك بغير عينه صح. فإن وجد أحدهما عيبًا فله بدله، وله الرضا بعيب من جنسه، فإن تفرقا والعيب من جنسه، وذكر جماعة: أو غيره، فعنه: له بدله.، وله أخذ الأرض بعد التفرق، وعنه: ليس له بدله، فيفسخ أو يمسك في الجميع، ولا أرش بعد التفرقة، انتهى.

إحداهما: ليس له بدله، فيفسخ أو يمسك في الجميع ولا أرش بعد التفرقة، قدمه في الرعاية.

والرواية الثانية: له بدله، وليس له الفسخ، وله أخذ الأرض بعد التفرق.

واعلم أن الصرف إذا وقع في الذمة وتفرقا ثم وجد أحدهما ما قبضه معيبًا من جنسه فالصرف صحيح، ثم هو مخير بين الرد والإمسك، فإن اختار الرد فهل يبطل العقد أم لا؟ فيه روايتان، وأطلقهما في المقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والزركشي، وغيرهم.

إحداهما: لا يبطل، وهو الصحيح، اختاره الخراقي والخلال والقاضي وأصحابه وغيرهم. وجزم به في الوجيز، وهو ظاهر ما جزم به في المحرر، فعلى هذه الرواية له البدل في مجلس الرد، فإن تفرقا قبله بطل العقد.

والرواية الثانية: يبطل العقد، اختاره أبو بكر، وإن اختار الإمساك فله ذلك بلا ريب، لكن إن طلب معه الأرض فله ذلك في الجنسين، على الروائتين، قال الزركشي: هذا هو المحقق. وقال أيضًا: وقال أبو محمد: له الأرض، على الرواية الثانية لا الأولى، انتهى.

البدل في مجلس الرد، وإن تصارفا ما يجب فيه التماثل فكذلك، وقيل: وفي الأرض، وهو سهو، ويحتمل أن يبطل كل عقد صرف إن تخايرا قبل القبض في المجلس.

وفي مفردات أبي الوفاء: يحتمل أن يحصل التعيين قبضاً في الصرف، وأنه لا يعتبر فيه غير التسليط بالقول مع تعيين الثمنين، وإن سلمنا فلائنه اختص بشروط، وله التوكيل في قبض في صرف ونحوه ما دام موكله بالمجلس، لتعلقه بعينه. وفي نهاية الأزجي: إن مات الموكل بالمجلس هل يقوم وارثه في قبض حتى يبقى العقد؟ الصحيح لا يبقى، فيتوجه منه تخريج في الوكيل. ويجوز اقتضاء نقد من آخر، على الأصح، إن حضر أحدهما، والآخر في الذمة مستقر بسعر يومه، نص عليه، لخبر ابن عمر في بيع الإبل بالبيع، ولأنه قضاء، فكان بالمثل، لكن هنا بالقيمة، لتعذر المثل، وهل يشترط حلوله؟ على وجهين «م ١٧» وإن كانا في ذمتيهما فاصطرفا، فنصه: لا يصح، وخالفه شيخنا ومن وكل غريمه في بيع سلعة وأخذ دينه من ثمنها فباع بغير جنس ما عليه، فنصه: لا يأخذ، ويتوجه كسراء وكيل من نفسه. ومن عليه دينار فبعث إلى غريمه ديناراً وتمتمته دراهم، أو أرسل إلى من له عليه دراهم، فقال للرسول: خذ حقك منه دنانير، فقال الذي أرسل إليه: خذ صحاحاً بالدنانير، لم يجز، لأنه لم يوكله في الصرف، نص عليه، ولهذا لو بعث المدين مع الرسول بغير نقد عليه رهناً أو قضاء، فذهب، فمن الباعث، ومتى صارفه فله الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة، وعنه: يكره في المجلس، ومنعه ابن أبي موسى إلا أن يمضي ليصارف غيره فلم يستقم، ونقل الأثرم وغيره: ما يعجبني إلا أن يمضي فلم يجد، ونقل حرب وغيره: من غيره أعجب إليّ.

وإن شرط شرطاً في صرف، نحو: إن خرج رديئاً رددته، فقال أحمد: لا يجوز، وقال: مكروه. ونقل المروذي وأبو الحارث: إن تصارفا فخرج في الدراهم رديء له ما لم يشترط والدراهم تتعين بالتعيين في العقد، فلا تبدل، وإن بانت مغصوبة بطل، ومعيبه من جنسها له الرد، ومن غيره يبطل، وعنه: لا يتعين، فتبدل

مسألة - ١٧: قوله: في المقاصة: وهل يشترط حلوله؟ على وجهين، انتهى. وأطلقهما ابن رزين في شرحه، والزركشي، قال ابن رزين: توقف الإمام أحمد.

أحدهما: لا يشترط، وهو الصحيح، صححه في المغني، والشرح، والنظم، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

والوجه الثاني: يشترط، قال في الوجيز: حالاً.

فهذه سبع عشرة مسألة.

مع غصب وعيب، وإن نذر صدقة بدرهم بعينه لم يتعين، ذكره القاضي وحفيده. وفي الانتصار: يتعين، فلو تصدق به بلا أمره لم يضمه، ويضمه على الأول، وسلم الحنفية التعيين في هبة وصدقة ووصية ونذر، قالوا: لأن التعيين في ذلك حكم القبض، وفي غيره الثمن حكم العقد يأتي عقبه.

وتجوز معاملة بمغشوش جنسه لمن يعرفه، وكرهه أبو المعالي لغيره، ويجوز بغير جنسه، على الأصح، وهما في ضربه، وجوز أبو المعالي المعاملة إن اشتهر قدره، وإن جهل وغشه مقصود يجوز معيّنًا إن مازج لا في الذمة، وغير المقصود باطنًا يجوز معيّنًا إن لم يمازج.

قال شيخنا: الكيمياء غش، وهي تشبيه المصنوع من ذهب أو فضة أو غيره بالمخلوق، باطلة في العقل، محرمة بلا نزاع بين علماء المسلمين، ثبت على الروباص أو لا، ويقترب بها كثيرًا السيمياء، التي هي من السحر، والزجاج مصنوع لا مخلوق، ومن طلب زيادة المال بما حرمه الله عوقب بنقيضه، كالمرابي، وهي أشدّ تحريمًا منه، ولو كانت حقًا مباحًا لوجب فيها خمس أو زكاة، ولم يوجب عالم فيها شيئًا. والقول بأن قارون علمها باطل، ولم يذكرها ويعملها إلا فيلسوف أو اتحادي أو ملك ظالم.

ولو باع شيئًا نسيئة أو بضمن لم يقبضه، في ظاهر كلامه، وذكره القاضي وأصحابه والأكثر، ثم اشتراه بأقل مما باعه، قال أبو الخطاب والشيخ: نقدًا، ولم يقله أحمد والأكثر، ولو بعد حل أجله، نقله ابن القاسم وسندي، بطل الثاني نص عليه وذكره الأكثر، لم يجز استحسانًا، وكذا في كلام القاضي وأصحابه القياس صحة البيع، ومرادهم أن القياس خولف للدليل إلا أن يتغير في نفسه أو بقبض ثمنه أو بغير جنس ثمنه.

وفي الانتصار وجه: بعرض، اختاره الشيخ، أو يشتريه بمثل ثمنه، أو من غير مشتريه، لا من وكيله، وسأله المروزي: إن وجده مع آخر يبيعه بالسوق أيشتره بأقل؟ قال: لا، لعله دفعه ذاك إليه يبيعه. وتوقف في رواية مهنا فيما إذا نقص في نفسه، وحمله في الخلاف على أن نقصه أقل من النقص الذي اشتراه به، فتكون علة المنع باقية، وهذه مسألة العينة، وعند أبي الخطاب: يجوز قياسًا، وكذا في الترغيب: لم يجز استحسانًا، وكذا في كلام القاضي وأصحابه: القياس صحة البيع، ومرادهم أن القياس خولف للدليل راجح، فلا خلاف إذا في المسألة، وذكر شيخنا أنه يصح الأول إذا كان بتأنا بلا مواطاة، وإلا بطلا، وأنه قول أحمد «و هو م».

ويتوجه أن مراد من أطلق هذا، إلا أنه قال في الانتصار إذا قصد بالأول الثاني

يحرم، وربما قلنا ببطلانه. وقال أيضًا: يحتمل إذا قصد أن لا يصحها، وإن سلم فالبيع الأول خلا عن ذريعة الربا. وأجاب عن قول عائشة رضي الله عنها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أنه للتأكيد.

قال أحمد رضي الله عنه فيمن فعلها: لا يعجبني أن يكتب عنه الحديث، وحمله القاضي وغيره على الورع، لأنه مما يسوغ فيه الاجتهاد، مع أنه ذكر عن قول عائشة رضي الله عنها: إن زيد بن أرقم أبطل جهاده، أنها أوعدت عليه. ومسائل الخلاف لا يلحق فيها الوعيد، وعكس العينة مثلها، نقله حرب، ونقل أبو داود: يجوز بلا حيلة، ونقل المروزي فيمن يبيع الشيء بم يجده يباع أيشتره بأقل مما باعه بالنقد قال: لا، ولكن بأكثر لا بأس، ولو احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مائة بمائتين فلا بأس، نص عليه، وهي التورق، وعنه: يكره، وحرمة شيخنا. نقل أبو داود: إن كان لا يريد بيع المتاع الذي يشتريه منك هو أهون فإن كان يريد بيعه فهو العينة، وإن باعه منه لم يجز، وهي العينة، نص عليه، وكره أحمد رضي الله عنه أن لا يبيع الرجل إلا نسيئة، مع جوازه، ومن باع غريمه بزيادة ليصبر عليه لم يجز، ولو باع ربويًا نسيئة حرم أخذه عن ثمنه ما لا يباع به نسيئة، لأنه يبيع دين بدين، قاله أحمد، وجوزه شيخنا لحاجة، واختاره الشيخ مطلقًا، وقال: قياس مسألة العينة أخذ غير جنسه.

ويحرم قطع درهم وقطعة ودينار وكسره ولو بصياغة، وإعطاء سائل إلا الرديء، نص عليه. واحتج بنهيه ﷺ عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس^(١)، وهو خبر ضعيف، وبأنه فساد في الأرض، وعنه: كراهة التنزيه، قاله القاضي، وعنه: لا يعجبني، قال: والبأس أن يختلف في درهم أو دينار هل هو رديء أو جيد فيكسر لهذا المعنى، واحتج بأن ابن مسعود رضي الله عنه كان يكسر الزیوف وهو على بيت المال. وقال أبو المعالي: يكره كتابة القرآن على الدراهم عند الضرب. وقد نهى ﷺ عن الكسر، لما عليها من أسماء الله تعالى، فيتناثر عند الكسر، قال: ويكره نشرها على الراكب، لوقوعها تحت أرجل الدواب، كذلك قال: ولم يضرب النبي ﷺ ولا الخلفاء الأربعة الدراهم وإنما ضربت على عهد الحجاج، قاله أحمد. قال أحمد فيمن معه دينار، ففيل: له: هو رديء أو جيد، فجاء به رجلاً فاشتره على أنه رديء: لا بأس به، وقال في الوزن بحب الشعر، قد يتفاضل: يُعير ثم يوزن به.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٤٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢٦٣) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ أن تكسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس.

والحديث ضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٧٨ - ٢٧٩).

باب السلم والتصرف في الدين

يصح بلفظه ولفظ السلف والبيع بشروط:

أحدها: ضبط صفاته، كمكيل وموزون، والمذهب: ومزروع، وفيه رواية، وعلى الأصح: وحيوان آدمي وغيره، وفي معدود كفواكه وبقول وجلود ورؤوس وبيض روايتان «م ١ - ٣» السلم في الثياب المنسوجة من نوعين وفيما خلطه مقصود

مسألة - ١: قوله: وفي معدود كفواكه وبقول وجلود ورؤوس وبيض روايتان، انتهى، ذكر مسائل:

المسألة الأولى: هل يصح السلم في الفواكه والبقول أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الإرشاد والهداية وعقود ابن البنا والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والبلغة، والمحزر، والشرح، والنظم، والفائق، وغيرهم.

إحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، قال في الرعاية الكبرى: ولا يصح في معدود مختلف، على الأصح، قال أبو الخطاب: لا أرى السلم في الرمان والبيض، وجزم به في الوجيز، وقدمه في الخلاصة، وشرح ابن رزين، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والرواية الثانية: يصح، جزم به ابن عبدوس في تذكرته، وصححه في تصحيح المحزر.

المسألة الثانية - ٢: هل يصح السلم في البيض أم لا؟ أطلق الخلاف، والحكم فيه كالحكم في الفواكه والبقول خلافاً ومذهباً، وتقدم كلام أبو الخطاب وغيره.

المسألة الثالثة - ٣: هل يصح السلم في الجلود والرؤوس ونحوها أم لا يصح؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والمحزر، والشرح، والفائق، والزرکشي، وغيرهم.

متميز كشياب منسوجة من نوعين وخفاف ونشاب ونبل ورماح، وقيل: وقسي وجهان «م ٤ و ٥» لا جوهر ونحوه ويصح في جبن وخل وتمر ولبن وخبز ولحم ولو مع عظمه، ويعتبر موضع لحم من الحيوان كلحم فخذ أو جنب، نقله الجماعة. ونقل أبو داود: السلم فيه لا بأس به، ويسمى ماعز غث أو سمين، ويصح في شحم، قيل: لأحمد: إنه يختلف، قال: كل سلف يختلف، وسكنجيين ونحوها، لأن خلطه لمصلحته، ولبن فيه ماء يسير ودهن بنفسج وورد ونحوها.

وفي عيون المسائل: لا في لبن حامض، لأنه عيب ولا ينضبط، ولا ما خلطه مالا ينفعه كما في لبن ومش في ذهب، أو لا يتميز كنقد مغشوش ومعاجين وند وغالية، وفيها في الانتصار منع وتسليم، وحيوان حامل وأمة وولدها، لندرة جمعها

إحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز، وصححه في التصحيح والرعاية الكبرى، وقدمه ابن رزين في شرحه، وهو ظاهر ما قدمه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير.

والرواية الثانية: يصح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، قال الناظم: وهو أولى، وقدمه في التلخيص، في مكان آخر، وجزم به القاضي يعقوب في التبصرة، وصححه في تصحيح المحرر.

مسألة - ٤، ٥: قوله: وفيما خلطه مقصود متميز كشياب منسوجة من نوعين وخفاف ونشاب ونبل ورماح، وقيل: وقسي وجهان، انتهى. مسألتان:

المسألة الأولى: هل يصح السلم في الثياب المنسوجة من نوعين أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمستوعب، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والمحرر، والرايعتين، والحاويين، والفائق، والزركشي، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قطع به في المغني، والوجيز وغيرهما، وصححه في التصحيح وتصحيح المحرر والكافي، والشرح وغيرهم. وقدمه في النظم وشرح ابن رزين، وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي وابن عبدوس في تذكرته.

المسألة الثانية - ٥: هل يصح السلم في الخفاف والنشاب والنبل المريش والرماح أم لا يصح؟ أطلق الخلاف فيه. واعلم أن حكم ذلك حكم الثياب المنسوجة من نوعين، على الصحيح من المذهب، كما قاله المصنف. وقاله المجد وغيره، وقدم في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم الصحة هنا أيضًا، وهو الصحيح كما تقدم في التي قبلها.

الصفة، وقيل: ولحم مطبوخ ومشوي. وفي طريقة بعض أصحابنا في لؤلؤ ونحوه وخلفات ومعاجين منع في الكل، ثم تسليم في اللؤلؤ، ثم تسليم في الكل. وفي شهد وعقيق وآنية مختلفة الرأس والوسط وجهان «م ٦ - ٨».

الثاني: ذكر ما يختلف به ثمنه غالباً، كقدره ونوعه وبلده وحدائته وجودته وضدهما، ويذكر في الأصح ما يميز مختلف النوع، وسن الحيوان وذكرته وأنوثته وسمنه وهزاله، وراعياً أو معلوفاً، وهل الآلة أحبولة أو كلب أو فهد أو صقر. وعند الشيخ: لا يشترط هذا، لأنه يسير، قال: وإذا لم يعتبر في الرقيق ذكر سمن وهزال ونحوهما مما يتباين به الثمن فهذا أولى، والطول بالشبر معتبر في الرقيق. وفي الترغيب: فإن كان رجلاً ذكر طويلاً أو ربعاً أو قصيراً. وفي ذكر الكحل والدعج

مسألة - ٦: قوله: وفي شهد وعقيق وآنية مختلفة الرأس والوسط وجهان، انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى: هل يصح السلم في الشهد أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الرعاية الكبرى.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الرعاية الصغرى، والحاويين، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وصححه في التلخيص. والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الثانية - ٧: هل يصح السلم في العقيق أم لا؟ أطلق الخلاف فيه.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، وعليه الأكثر، وجزم به في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب. والوجه الثاني: يصح السلم فيهما.

المسألة الثالثة ٨: هل يصح في الآنية المختلفة الرؤوس والأوساط أم لا يصح؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب والخلاصة والكافي، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والحاوي الكبير، والفائق، والزركشي، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، جزم به في مسبوک الذهب والوجيز وإدراك الغاية، وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في المغني، وشرح ابن رزين. والوجه الثاني: يصح، صححه في التصحيح، فعلى هذا الوجه يضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلى.

والبكاورة والثبوبة ونحوها وجهان «م ٩». وفي عيون المسائل: يعتبر ذكر الوزن في الطير كالكركي والبوط، لأن القصد لحمه وينزل الوصف على أقل درجة. وفي الترغيب: ولا بد من ذكره بلغة يفهمها غيرها ليرجع إليهم عند التنازع.

قال في عيون المسائل: ويذكر في العسل المكان بلدي جبلي، والزمان ربيعي خريفي، واللون، لأقدمه وحدائته. ولا يصح شرط الأجود، وفي الأردأ وجهان «م ١٠» وله أخذ نوع آخر من جنسه، كدون شرطه من نوعه. وقال القاضي وغيره: يلزمه. وعنه: يحرم، كغير جنسه، نقله جماعة. ونقل فيه جماعة: يأخذ أدنى، كشعير عن بر بقدر كيله، ولا يربح مرتين، واحتج بابن عباس، وبأنه أقل من حقه، ويلزمه أخذ أجود من نوعه، في الأصح كشرطه ولو تضرر، وقيل: يحرم. وحكى رواية، نقل صالح وعبد الله: لا يأخذ فوق صفته بل دونها، ويجوز دفع عوض زيادة

مسألة - ٩: قوله: وفي ذكر الكحل والدعج والبكاورة والثبوبة ونحوها وجهان، انتهى. وأطلقهما في البلغة، قال في الرعاية الكبرى: وفي اشتراط ذكر الكحل والدعج وثقل الأرداف ووضاءة الوجه، وكون الحاجبين مقرونيين والشعر سبطاً أو جعداً أو أشقر، أو أسود، والعين زرقاء، والأنف أقنى، في صحة السلم وجهان، انتهى.

أحدهما: يعتبر ذكر ذلك، وعليه أكثر الأصحاب، قال في التلخيص: قاله غير القاضي من أصحابنا، قال الشيخ في المغني، والشارح، ومن تبعهما، ويذكر الثبوبة والبكاورة، ولا يحتاج إلى ذكر الجعودة والسبوبة، انتهى. واختار الاشتراط في الجميع صاحب المستوعب.

والوجه الثاني: لا يعتبر ذكر ذلك، ويصح السلم بدون ذكره، اختاره القاضي في المجرد والخصال.

مسألة - ١٠: قوله: ولا يصح شرط الأجود، وفي الأردأ وجهان. انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح. وجزم به في المنور ومنتخب الآمدي، وصححه في التلخيص، والبلغة، والزركشي، وغيرهم. قال في التلخيص: لأن طلب الأردأ من الأردأ عناد، فلا يثور فيه نزاع.

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس، وصححه في التصحيح وتصحيح المحزر، وقدمه ابن رزين في شرحه، وتجريد العناية، وهو الصواب.

القدر لا الجودة ولا الرداءة. وإن وجد عيباً فله أرشه أو رده.

الثالث: ذكر قدره بالذرع في المذروع. وقال شيخنا: فيمن أسلف دراهم إلى أجل على غلة بحكم أنه إذا حل دفع الغلة بأنقص مما تساوي بخمسة دراهم: هذا سلف بناقص عن السعر بشيء مقدر، فهو بمنزلة أن يبيعه بسعر ما يبيع الناس أو بزيادة درهم في الغرارة أو نقص درهم فيها.

وفي البيع بالسعر قولان في مذهب أحمد، الأظهر جوازه، لأنه لا خطر ولا غرر، ولأن قيمة المثل التي تراضيا بها أولى من قيمة مثل لم يراضيا بها، ومن قال إن مثل ذلك لا يلزم فإذا تراضيا به جاز.

وفي صحة السلم في مكيل وزناً وفي موزون كيلاً روايتان منصوصتان «م ١١» فإن شرط مكيال رجل أو ميزانه أو ذراعه وليس لها عرف لم يصح، كقوله: في مثل هذا الثوب، وإلا صح، ولا يتعين في الأصح وفي فساد العقد وجهان «م ١٢». وأطلق أبو الخطاب روايتين في صحة عقد بتعيين مكيال، ويسلم في معدود غير

مسألة - ١١: قوله: وفي صحة السلم في مكيل وزناً وموزون كيلاً روايتان، منصوصتان، انتهى. وأطلقهما في الكافي، والمحزر، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

إحدهما: لا يصح، وهو الصحيح. نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب، قال الزركشي: هذا المشهور والمختار للعامة، انتهى. قلت: منهم ابن أبي موسى والقاضي وجزم به في المقنع، والهادي، والخلاصة، والمذهب، الأحمد والبلغة، ونظم المفردات وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والزبدة والحاويين، وإدراك الغاية، والفائق، وغيرهم. وصححه في تصحيح المحزر.

والرواية الثانية: يصح، زادها الشارح في متن المقنع، واختارها هو والشيخ موفق وابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الوجهين والمنور، ومنتخب الأمدي وغيرهم. ويحتمله كلام الخرقى.

مسألة - ١٢: قوله: فإن شرط مكيال رجل أو ميزانه أو ذراعه وليس لها عرف لم يصح، وإلا صح. ولا يتعين في الأصح، وفي فساد العقد وجهان، انتهى، وأطلقهما في التلخيص، والزركشي.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الرعاية الكبرى، وهو ظاهر كلام الشيخ موفق والشارح، وابن رزين، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح.

حيوان يتقارب عددًا. وعنه: وزنًا، مطلقًا وعنه: عكسه.

الرابع: ذكر أجل معلوم. نقله الجماعة له وقع في الثمن عادة، قاله أصحابنا كشهر، وليس هذا في كلام أحمد، واحتج الأصحاب بأن الأصل أنه لا يجوز السلم، لأنه باع مجهولاً لا يملكه يتعذر تسليمه، فرخص فيه لحاجة المفلس، ولا حاجة مع القدرة، وهذا إنما يدل على اعتبار الأجل في الجملة، مع أنه قال في عيون المسائل: هو معتمد المسألة وسرها. وفي الواضح: قدره أصحابنا بشهر. وفي الانتصار رواية: يصح حالاً، من نقل أبي طالب: أهل المدينة يقولون: لا يحتاج إلى أجل، وهو قياس، ولكن إلى أجل أحب إليّ، وهي مع بقية النصوص تدل على الأجل القريب. وحملها القاضي وغيره على الأول، كذا قال. والأول أظهر، لإطلاق الأمر بالأجل. وقيل: لا يصح في شهر كذا وتأجيله بشهر رومي ونيروز ونحوه، وقيل: يصح توقيته بجمادى، وينزل على الأول، ولو قال: إلى شهر رمضان، حل بأوله.

وإن أسلم في شيء يأخذه كل يوم جزءاً معلوماً صح، نص عليه، وقيل: إن بين قسط كل أجل وثمانه. وإن أسلم ثمنًا في جنسين لم يصح حتى يبين ثمن كل جنس، نقله الجماعة. وفيه رواية، ومثله ثمنين في جنس، نقله أبو داود، وقيل: يجوز، فيرجع إن تعذر بقسطهما. وإن أتاها بالسلم أو غيره قبل محله ولا ضرر في أخذه لزمه، نقله الجماعة، ونقل بكر وحنبل في دين الكتابة: لا يلزمه، وذكرها جماعة، لأنه قد يعجز فارق، ولأن بقاء في ملكه حق له لم يرض بزواله.

وذكر في المذهب فيه يلزمه مع ضرر في ظاهر المذهب، وأطلقه فيه أحمد والخرقي وأبو بكر. وفي الروضة، في المسلم فيه إن كان مما يتلف أو يتغير قديمه أو حديثه لزمه قبضه وإلا فلا، وجزم القاضي وابن عقيل: والشيخ وغيرهم أنه إذا كان مما يتلف أو يتغير قديمه أو حديثه لا يلزمه قبضه، للضرر، ويتوجه تخرج رواية: لا يلزمه في غير دين الكتابة أو أولى، ولهذا في لزومه فيه مع ضرر خلاف، يؤيده أنهم قاسوا اللزوم على لزومه أخذ زيادة في الصفة، وسبق فيه خلاف، وإن أبي برئ، ذكره الشيخ في المكفول به، والمشهور: يرفعه إلى حاكم فينوب عنه في قبضه ويحكم بعقله، نقل حرب: إن أبي مولاه الأخذ ما أعلم زاده إلا خيرًا. وقال فيه حديث يروى، قلت: حديث عثمان؟ قال: نعم، قال له: ضعها في بيت المال، وخلى سبيله. ويقبل قول المسلم إليه في مكان تسليمه، نقله حرب، وقدر أجله، والأصح: وحلوله، قال أبو بكر: نقل حرب: إذا اخ تلفًا في أجله قبل قول المسلم إليه.

الخامس: غلبة المسلم فيه في محله، وإن عدم حين العقد أو عين ناحية تبعد

فيها آفة، فإن أسلم في نتاج من فحل فلان أو من غنيه ونحوه أو في ثمرة بستان بعينه أو زرعه لم يصح.

ونقل أبو طالب وحنبل: يصح إن بدا صلاحه أو استحصد، واحتج بابن عمر، وقاله أبو بكر: إن أمن عليها الجائحة. وفي الروضة: إن كانت الثمرة موجودة، فعنه: يصح السلم فيها، وعنه: لا، وأن عليها يشترط عدمه عند العقد، وإن تعذر أو بعضه وقيل: أو انقطع وتحقق بقاؤه فله الصبر أو فسخ الكل أو البعض، ويأخذ الثمن الموجود أو بدله، وقيل: ينفسخ بالتعذر، وقيل: إن تعذر بعضه فسخ الكل أو صبر.

السادس: قبض الثمن قبل التفرق، نص عليه، وهل يشترط معرفة قدره وصفته أم تكفي مشاهدته؟ على وجهين «م ١٣» ويقع العقد بقيمة مثلي، لأنه قد يضمنه بأقل أو أكثر، وهو ربًا، ذكره في الانتصار وهو ظاهر كلام غيره بمثله، وكذا الأجرة. ويصح إسلام عرض في عرض أو في ثمن، على الأصح، قال أبو الخطاب: وبالمنافع كمسألتنا ويسلم في الذمة ولا يصح في عين كذا أو شجرة نابتة. وفي الواضح: إن كانت حاضرة فيبيع بلفظ سلم فيقبض ثمنه فيه.

وذكر في التبصرة الإيجاب والقبول من الشرط. ويجب الوفاء موضع العقد، نص عليه، وله أخذه في غيره إن رضا لا مع أجرة حمله إليه، قال القاضي: كأخذ بدل السلم، ويصح شرطه فيه وفي غيره، وعنه: لا، وعنه: لا في غيره، فإن لم يصلح للوفاء كبر أو بحر اشترط ذكره. وقال القاضي: لا. ويوفي بأقربه له وتصح الإقالة في السلم لا له مع الغريم لا الضامن، وعنه: لا، ذكرها ابن عقيل: وابن الزاغوني وصاحب الروضة، وفي بعضه روايتان «م ١٤» ولا يشترط قبض الثمن أو بدله إن تعذر في مجلس الإقالة، خلافاً لأبي الخطاب وغيره، وفي المغني: لا يشترط

مسألة - ١٣: قوله: في قبض الثمن: وهل يشترط معرفة قدره وصفته أو تكفي مشاهدته؟ على وجهين، انتهى. وأطلقهما في المغني، والمقنع، والمحرم، والفائق.

أحدهما: يشترط، وهو الصحيح، جزم به في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والهادي، والتلخيص، والوجيز وغيرهم. وصححه في التصحيح والنظم، وقدمه في الكافي، والرايعتين، والحاويين، وغيرهم. واختاره القاضي وغيره.

والوجه الثاني: لا يشترط، وتكفي مشاهدته، وهو ظاهر كلام الخرقى، لأنه لم يذكره في شروط السلم، وإليه ميل الشيخ والشارح، وقطع به في التلخيص، واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

مسألة - ١٤: قوله: وتصح الإقالة في السلم. وفي بعضه روايتان، انتهى.

في ثمن، لأنه ليس بعوض ويلزم رد الثمن الموجود فإن أخذ بدله ثمنًا وهو ثمن فصرف، وإلا فبيع، يجوز التفرق قبل القبض.

فصل

يصح بيع الدين المستقر من الغريم لا من غيره، وفي رهنه عند مدين يحق له روايتان في الانتصار «م ١٥» وعنه: يصح منهما. قاله شيخنا، نص عليه في مواضع، وعنه: لا، اختاره الخلال، وذكره في عيون المسائل عن صاحبه، كدين السلم، وفي المبهج وغيره رواية: يصح فيه، اختارها شيخنا وأنه قول ابن عباس، لكن بقدر القيمة فقط لثلا يريح فيما لم يضمن، قال: وكذا ذكره أحمد في بدل القرض وغيره، ولأنه مبيع، وجواز التصرف ليس ملازمًا للضمان، في ظاهر مذهب أحمد، وكالثلثين، لكن منعه أحمد بمكيل أو موزون، ولم يفرق ابن عباس، وأحمد تبعه فيحمل كلامه على التنزيه أو إذا أخر قبض ما يعتبر قبضه في ربأ النسئة، وهذا الثاني أشبه بنصوصه وأصوله، وهو موجب الدليل، لأنه لا محذور، ولأن بيعه إنما هو من بائعه، فلا قبض، لأنه لا فائدة في قبضه منه ثم رده إليه، ونقل حرب وغيره: أنه كره لمقرض بُر أن يأخذ بثمنه شعيرًا إلا مثل كيله، وفي دين الكتابة مع أنه غير مستقر وجهان «م ١٦» لا رأس مال سلم بعد فسخه، في المنصوص، وإن باعه بدين لم يجز، ويشترط

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمغني، والمقنع، والهادي، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم.

إحدهما: يجوز، وهو الصحيح، وجزم به في العمدة والوجيز والمنور، وغيرهم وصححه في التصحيح والكافي، والنظم، والفائق، وغيرهم، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وهو ظاهر ما اختاره أبو بكر وابن أبي موسى.

والرواية الثانية: لا يجوز ولا يصح، صححه في التلخيص، وقدمه في المستوعب والخلاصة، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

مسألة - ١٥: قوله: يصح بيع الدين المستقر من الغريم لا من غيره، وفي رهنه عند مدين بحق له روايتان في الانتصار، ذكرهما في المشاع، قلت: الصواب صحة رهنه عند مدين، وهو الذي عليه الدين، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب حيث قالوا: يجوز رهن ما يصح بيعه، والله أعلم. وقال في الرعاية الكبرى، في أثناء باب الرهن: فصل، ولا يصح رهن دين بحال.

مسألة - ١٦: قوله: وفي دين الكتابة مع أنه غير مستقر وجهان، انتهى، وأطلقهما في المحزر والرعاية الصغرى، والنظم.

قبضه في المجلس إن باعه بما لا يباع به نسيئة أو بموصوف في الذمة، وإلا فلا، وقيل: بلى.

ولا تصح هبة دين لغير غريم، ونقل حرب يصح «و م» وأطلق شيخنا روايتين فيه وفي بيعه من غيره. ومن قبض دينًا جزائيًا قبل قوله في قدره مع يمينه، ويده قيل: يد أمانة، وقيل: يضمه لمالكه، لأنه قبضه على أنه عوض عما له «م ١٧» وفي طريقة بعض أصحابنا في ضمان الرهن لو دفع إليه عينًا وقال خذ حَقَّك منها تعلق حقه بها ولا يضمها بتلفها. قال: ومن قبض دينه ثم بان لا دين له ضمنه ش» قال: ولو اشترى به عينًا ثم بان أن لا دين له بطل البيع «ه» قال: ولو أقر بأخذ مال غيره لم يبادر إلى إيجاب ضمانه حتى يفسر صفته أعدوانًا أم مباحًا، وإن بادرنا فلأن الأصل فيه عدم صفة العدوانية، كاليد دليل الملك إلى أن يقوم دليل عدمه، وفي جواز تصرفه في قدر حقه قبل اعتباره وجهان «م ١٨».

أحدهما: لا يصح. قلت: وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وقدمه في الرعاية الكبرى، في باب القبض والضمان من البيوع، وصححه في تصحيح المحرر وقال: جزم به في الهداية، وأقره في شرحها، ولم يزد، انتهى. والوجه الثاني: يصح، وهو ظاهر كلامه في المنور.

مسألة - ١٧: قوله: ومن قبض دينًا جزائيًا قبل: قوله: في قدره مع يمينه، ويده قيل: يد أمانة، وقيل: يضمه لمالكه، لأنه قبضه على أنه عوض عما له، انتهى. أحدهما: لا يضمه، وقد اختاره بعض الأصحاب في طريقته كما حكاه عند المصنف.

والوجه الثاني: يضمه، لما علله به المصنف، وهو ظاهر كلامه في الكافي، في تعليقه، وهو الصواب. وقال في التلخيص، في مسألة الكيس وتبعه في الرعاية الكبرى: ولو قال: خذ من هذا الكيس قدر حَقَّك ففعل لم يكن قابضًا حقه قبل وزنه، وبعده وجهان، ومع عدم الصحة يكون كالمقبوض للسوم، والكيس وبقيته في يده أمانة، كالوكيل، انتهى. فحكم بأن قدر حقه مع عدم الصحة كالمقبوض على وجه السوم، وأن الزائد في يده أمانة، وهو تفصيل حسن، والمصنف أطلق من غير تفصيل.

تنبيه: محل الخلاف قبل أن يزنه أو بعده؟ إن قلنا: لا يصح قبضه، وظاهر كلام المصنف: والزائد على قدر حقه أيضًا.

مسألة - ١٨: قوله: وفي جواز تصرفه في قدر حقه قبل اعتباره وجهان، انتهى. وأطلقهما في المغني، والكافي، والشرح، وتقدم لفظه في التلخيص، ومن تبعه.

وإن قبضه بما قدره ثم ادعى ما يغلظ بمثله فوجهان «م ١٩» قال جماعة: وإن وجد زيادة فمضمونة في يده وقد تقدم والمذهب من أذن لغريمه في الصدقة بدينه عنه أو صرفه أو المضاربة لم يصح ولم يبرأ، وعنه: يصح، بناء القاضي على شرائه من نفسه، وبناء في النهاية على قبضه من نفسه لموكله، وفيهما روايتان «م ٢٠» وكذا:

أحدهما: يجوز ويصح التصرف في قدر حقه منه، قدمه ابن رزين في شرحه، عند كلام الخرقى في الصبرة.

والوجه الثاني: لا يصح تصرفه فيه والحالة هذه، واختاره القاضي في المجرد، وهو ظاهر كلامه في الرعاية الكبرى، ولكن ذكروا ذلك فيما إذا ذكر من هو في ذمته أنه كاله في غيبته، وهي فرد من أفراد هذه المسألة فيما يظهر، وتقدم لفظ القاضي وابن حمدان في باب التصرف في البيع، واقتصر في الحاوي الكبير على كلام القاضي في المجرد هناك، والمصنف قد أطلق الخلاف هناك في باب التصرف في المبيع، فالظاهر أن في كلامه نوع تكرار، والله أعلم.

مسألة - ١٩: قوله: وإن قبضه بما قدره ثم ادعى بما يغلظ بمثله فوجهان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والمذهب، الأحمد والتلخيص، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يقبل قوله، صححه في التصحيح، قال في الخلاصة: لم يقبل في الأصح، قال في تجريد العناية: لم يقبل: قوله: في الأظهر، وجزم به في الوجيز وقدمه في الرعاية الكبرى

والوجه الثاني: يقبل: قوله: إذا ادعى غلطاً ممكناً عرفاً، صححه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والنظم، وتصحيح المحرر وغيرهم. وجزم به في تذكرة ابن عبدوس، ومنتخب الآمدي، وقدمه في إدراك الغاية وغيره قلت: والنفس تميل إلى ذلك مع صدقه وأمانته، والله أعلم.

مسألة - ٢٠: قوله: والمذهب، من أذن لغريمه في الصدقة بدينه عنه أو صرفه أو المضاربة لم يصح ولم يبرأ، وعنه: يصح، بناء القاضي على شرائه من نفسه، وبناء في النهاية على قبضه من نفسه لموكله، وفيهما روايتان، انتهى. الظاهر أنه أراد بشرائه من نفسه شراء للغير من نفسه فيما إذا وكله في الشراء فاشتري من نفسه، والصحيح من المذهب في هذه المسألة أنه لا يصح شراؤه من نفسه لموكله، وقد قدمه المصنف في باب الوكالة. وفيه رواية: يصح، فبناء القاضي عليها، وأما مسألة قبضه من نفسه لموكله، فالصحيح من المذهب صحة استنابة من عليه الحق للمستحق في القبض. قال في

اعزله وضارب به، ونقل ابن منصور: لا يجعله مضاربة، إلا أن يقول: ادفعه إلى زيد ثم يدفعه إليك، ولو قال لغريمه: أسلف ألفاً في ذمتك في طعام، ففعل، ثم أذن له في قضائه بالثمن الذي له عليه، فقد اشترى غيره بمال ذلك الغير، ووكله في قضاء دينه بما له عليه من الدين، وإن قال: أعط فلاناً كذا، صح وكان قرضاً، وذكر في المجموع والوسيلة فيه روايتي قضاء دين غيره بغير إذنه، وظاهر التبصرة: يلزمه إن قال: عني فقط، وإن قاله لغير غريمه صح إن قال: عني، وإلا فلا، ونصر الشريف: يصح، وجزم به الحلواني.

وإن دفع نقدًا لغريمه وقال: اشتر لك به مثل ما لك علي، لم يصح، لأنه فضولي، ويتوجه في صحته الروايتان بعدها، وإن قال: لي، صح، ثم إن قال: اقبضه لنفسك، لم يصح لنفسه، وله روايتان «م ٢١» وإن قال: لي، ثم: لك، صح، على

التلخيص: صح، في أظهر الوجهين، وقدمه المصنف في باب التصرف في المبيع، ولكن لم يحك فيها هو وغيره إلا قولين، وقدمه في الرعاية وغيره، فبناه في النهاية عليها أو أعلم ذلك، فظاهر كلام المصنف إطلاق الخلاف في إلحاق المسائل التي ذكرها على رواية الصحة بالشراء من نفسه لموكله أو يقبضه من نفسه لموكله.

أحدهما: يلحق بقبضه من نفسه لموكله، وهو الذي قاله في النهاية قلت: وهو الأظهر.

والقول الآخر: يلحق بشرائه من نفسه لغيره، وهو الذي قاله القاضي.

مسألة - ٢١: قوله: وإن دفع نقدًا لغريمه وقال: اشتر لك مثل ما لك علي صح. ثم إن قال: اقبضه لنفسك، لم يصح لنفسه، وله، روايتان، انتهى.

إحدهما: يصح قبضه لموكله، وهو الصواب، قال في الرعاية الكبرى، وإن قال: اشتر لي بهذه الدراهم قدر حقك واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك، صار للأمر، وفي قبضه من نفسه الوجهان، والنص أنه يصح قبض الوكيل من نفسه لنفسه، وهو أشهر وأظهر، انتهى. ذكره في باب القبض والضمان. وقال في أواخر السلم: وإن قال: اشتر لي بهذا المال مثل ما لك علي من الطعام، ثم قال: خذه لنفسك، صح الشراء دون القبض لنفسه، انتهى. فهذه مسألة المصنف، وظاهره صحة القبض للموكل، وهو صحيح.

والرواية الثانية: لا يصح قبضه لموكله، والذي يظهر أن محل الخلاف فيما إذا وكله في الشراء فقط، مع قبضه لنفسه، أو يكون أولاً وكله في الشراء، فإذا قال له بعد ذلك: اقبضه لنفسك، لم يصح، وهل يملك قبضه لموكله؟ فيه الخلاف الذي ذكره، وهو ظاهر عبارته، وهو أولى، فعلى هذا يكون الأظهر أنه لا يصح قبضه لموكله، والله أعلم.

الأصح. ومن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه قدرًا وصفة وحالًا ومؤجلًا لا حالًا ومؤجلًا ذكره في المنتخب والمغني في وطء المكاتب، وذكره في المغني أيضًا في مسألة الظفر تساقطًا، أو قدر الأقل، وعنه: برضاهما، وعنه: أو أحدهما، وعنه: لا، كما لو كان أحدهما دين سلم، وفي الفروع: أو كانا من غير الأثمان، وفي المغني: من عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به مع عسرتها، لأن قضاء الدين فيما فضل.

ومن أراد قضاء دين عن غيره فلم يقبله ربه أو أعسر بنفقة زوجته فبذلها أجنبي لم يجبراً وفيه احتمال: كوكيله وكتمليكه الزوج والمديون، ومتى نوى مديون وفاء دينه، وإلا فمتبرع، وإن وفاه حاكم قهراً كفت نيته إن قضاها من مديون، وفي لزوم رب دين نية قبض دينه وجهان «م ٢٢».

وإن رد بدل عين نوى، ذكره في الفنون، وإن أبرأ من دينه أو أجله أو أسقطه أو تركه أو وهبه أو ملكه أو تصدق به عليه أو عفا عنه برئ ولو لم يقبله «م» في المنصوص، ولو رده المبرأ «هـ» وعلله الأصحاب بأنه إسقاط حق، كالقود والشفعة وحد القذف والخيار والعنق والطلاق، لا تملك كهبة العين، ويأتي في المغني في إبرائها له من المهر، هل هو إسقاط أو تملك؟ فيتوجه منه احتمال: لا يصح به، وإن صح اعتبر قبوله، وفي الموجز والإيضاح: لا تصح هبة إلا في عين، وفي المغني: إن حلف لا يهبه فأبرأه لم يحنث، لأن الهبة تملك عين، قال الحارثي: تصح بلفظ الهبة والعطية مع اقتضاءهما وجود معين، وهو منتف لإفادتهما لمعنى الإسقاط هنا، قال: ولهذا لو وهبه دينه هبة حقيقة لم يصح لانتفاء معنى الإسقاط وانتفاء شرط الهبة، ومن هنا امتنع هبته لغير من عليه، وامتنع إجزاؤه عن الزكاة لانتفاء حقيقة الملك.

وفي الانتصار: إن أبرأ مريض من دينه وهو كل ملكه ففي براءته من ثلثه قبل دفع ثلثيه منع وتسليم، وتصح مع جهل المبرئ، وعنه: إن لم يعرفه المبرأ، زاد في المحرر: وظن المبرئ جهله به، وعنه: إن تعذر علمه به صح وإلا فلا ولو جهلاه، وعنه: لا يصح، كبراءة من عيب، ذكرها أبو الخطاب وأبو الوفاء كما لو كتبه ربه

مسألة - ٢٢: قوله: وفي لزوم رب دين نية قبض دينه وجهان، انتهى. يعني إذا قضاها أجنبي وظاهر عبارته أنه الحاكم إذا قضى عنه قهراً.

أحدهما: لا يلزمه نية قبض دينه. قلت: وهو الصواب، كما لو قبضه من الأصيل، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: يلزمه، ولم يظهر لي وجه هذا الوجه، والذي يظهر أنه ضعيف.

خوفاً من أنه لو علمه لم يبرئه، ومن صور المجهول الإبراء من أحدهما وأبرأ أحدهما، قاله الحلواني، وأنه يصح، ويؤخذ بالبيان، كطلاقه وعتقه إحداهما، يعني ثم يقرع على المذهب وفي صحة الإبراء من شيء لا يعتقده وجهان «م ٢٣».

ولا يصح تعليقه بشرط، نص عليه فيمن قال: إن مت فأنت في حل، لأنه إن كان تمليكاً فكتعليق الهبة، وإلا فقد يقال: هو تمليك من وجه، والتعليق مشروع في الإسقاط المحض فقط «و هـ» وذكره بعض أصحابنا في طريقته وزاد: وتنفيه الجهالة، فإن ضم التاء فوصية، وجعل أحمد رجلاً في حل من غيبته بشرط أن لا يعود، وقال: ما أحسن الشرط، فيتوجه فيهما روايتان، وأخذ صاحب النوادر من شرطه أن لا يعود رواية في صحة الإبراء بشرط، وذكر الحلواني صحة الإبراء بشرط، واحتج بنصه المذكور هنا أنه وصية وأن ابن شهاب والقاضي قالا: لا يصح على غير موت المبرئ، وأن الأول أصح، لأنه إسقاط، فقيل: التعليق كقود وأرش جنائية وخيار شرط، قال: وحد قذف - كذا قال - قال: ولا يصح الإبراء منه، قبل وجوبه، ذكره الأصحاب، لقوله: لا طلاق ولا عتق فيما لا يملك. والإبراء في معناهما، وجزم جماعة بأنه تمليك، واحتجوا بأن الشرع نزل الدين منزلة العين الموجودة في الحيز بدليل، وبأنه غير قابل للتعليق، ولا يصح مع إبهام المحل كأبرأت أحد غريمي، ومنع بعضهم أنه إسقاط، وأنه لا يصح بلفظ الإسقاط، وإن سلمنا فكأنه ملكه إياه ثم

مسألة - ٢٣: قوله: وفي صحة الإبراء من شيء لا يعتقده وجهان، انتهى. قال الشيخ الموفق ومن تابعه: قال أصحابنا: لو أبرأه من مائة وهو يعتقده ألا شيء عليه وكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان، انتهى. وأطلقهما في القواعد الفقهية.

أحدهما: لا يصح، صححه في النظم.

والوجه الثاني: يصح، وهو قياس الأصل الذي بناه الشيخ الموفق وغيره عليه.

تنبيه: قال الشيخ الموفق: أصل الوجهين لو باع مالاً لمورثه يعتقده أنه حي وكان قد مات وانتقل ملكه إليه، فهل يصح البيع؟ فيه وجهان، انتهى، وأدخلها في القواعد في جملة من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه قلت: الصحيح في هذه المسألة صحة البيع، صححه في التلخيص، وغيره، وقدمه في المغني، في باب الرهن وغيره، وقد أطلق المصنف الخلاف في هذه المسألة في كتاب البيع، وتقدم تصحيح ذلك هناك. وقال القاضي: أصل الوجهين من باشر امرأة بالطلاق يظنها أجنبية فبانت امرأته، أو واجه بالعتق من يعتقدها حرة فبانت أمته، انتهى، وقد أطلق أيضاً المصنف الخلاف في هذه المسألة على ما يأتي في باب الشك في الطلاق، وأن الصحيح أنه لا يقع.

سقط، إذ لا يتصور أن يملك على نفسه لنفسه، وصار كقوله لعبده: ملكتك نفسك، ومنع أيضًا أنه لا يعتبر قبوله، وإن سلمنا فلائنه ليس مالا بالنسبة إلى من هو عليه، وقال: العفو عن دم العمد تمليك أيضًا. وفي مسلم: أن أبا اليسر الصحابي قال لغريمه: إن وجدت قضاء فاقض وإلا فأنت في حل، وأعلم به الوليد بن عباد بن الصامت، وابنه عباد وهما تابعيان فلم ينكراه وهذا متجه، واختاره شيخنا.

وما قبضه من دين مشترك بإرث أو إتلاف. قال شيخنا: أو ضريبة سبب استحقاقها واحد - فلشريكه الأخذ من الغريم، وله الأخذ منه، جزم به الأكثر، وعنه: لا، كما لو تلف المقبوض في يد قابضه تعين حقه ولم يرجع على الغريم، لعدم تعديه، لأنه قدر حقه، وإنما شاركه لثبوته مشتركًا، مع أنهم ذكروا لو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين فله أخذه من يده، كمقبوض بعقد فاسد، فيتوجه منه تعديه في التي قبلها، ويضمنه، وهو وجه في النظر واختاره شيخنا، ويتوجه من عدم تعديه صحة تصرفه، وفي التفرقة نظر ظاهر، وإن كان القبض بإذن شريكه أو بعد تأجيل شريكه حقه، أو كان الدين بعقد، فوجهان، ونصه في شريكين وليا عقد مداينة لأحدهما أخذ نصيبه «م ٢٤ - ٢٦».

مسألة - ٢٤ - ٢٦: قوله: وما قبضه من دين مشترك بإرث أو إتلاف، فلشريكه الأخذ من الغريم، وله الأخذ منه، فإن كان القبض بإذن شريكه أو بعد تأجيل شريكه حقه، أو كان الدين بعقد، فوجهان، ونصه في شريكين وليا عقد مداينة لأحدهما أخذ نصيبه، انتهى. ثلاث مسائل يشبه بعضهن بعضًا:

المسألة الأولى: إذا كان الدين بعقد، هل حكمه حكم الميراث ونحوه أو لا يشاركه فيما قبضه؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاويين.

أحدهما: هو كالميراث ونحوه وهو الصحيح قال الشيخ في المغني، والشارح: هذا ظاهر المذهب وقال في الفائق: وإن كان بعقد فلشريكه حصته على أصح الروايتين. والوجه الثاني: لا يشاركه فيما قبضه.

المسألة الثانية: لو أجل أحدهما حقه فهل يشارك من لم يؤجل كالميراث ونحوه أم لا؟ أطلق الخلاف:

أحدهما: هو كالميراث ونحوه فله الرجوع وهو الصحيح قال في المغني الشرح: والأولى أن له الرجوع.

والوجه الثاني: لا يشاركه فيما قبضه ذكره القاضي نقله عنه في المغني.

المسألة الثالثة - ٢٦: لو قبضه بإذن شريكه فهل للآخر أن يشاركه فيما قبض أم لا؟

وفي الترغيب في دين من ثمن مبيع أو قرض أو غيره وجهان «م ٢٧» فأما الميراث فيشاركه، لأنه لا يتجزأ أصله، ولو أبرأ منه صح في نصيبه، ولو صالح بعرض أخذ نصيبه من دينه فقط ذكره القاضي، وللغريم التخصيص مع تعدد سبب الاستحقاق، قال شيخنا: لكن ليس لأحدهما إكراهه على تقديمه. قال أحمد رحمته الله: الدين أوله هم وآخره حزن، قال بعضهم: كان يقال: الدين هم بالليل وذلل بالنهار وإذا أراد الله أن يذل عبداً جعل في عنقه ديناً، وكان يقال: الأذلاء أربعة: النمام والكذاب والفقير والمديان، وكان يقال: لا هم إلا هم الدين، ولا وجع إلا وجع العين.

قال ابن عبد البر: وقد روي هذا القول عن النبي صلوات الله عليه من وجه ضعيف^(١).

وقال جعفر بن محمد: المستدين تاجر الله في أرضه. وقال عمر بن عبد العزيز: الدين وقر طالما حملة الكرام.

ولو تباراً ولأحدهما على الآخر دين بمكتوب فادعى استثناءه بقلبه ولم يبرئه منه قبل ولخصمه تحليله، ذكره شيخنا، وتتوجه الروايتان في مخالفة النية للعام بأيهما يعمل، والله أعلم.

أطلق الخلاف:

أحدهما: ليس له ذلك، وهو الصحيح. قال في المحرر والرايعتين، والحاويين، والفائق: وإن قبضه بإذنه فلا يخاض في الأصح، واختاره الناظم، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته. وهو الصواب.

والوجه الثاني: يشاركه كالميراث.

مسألة - ٢٧: قوله: وفي دين من ثمن مبيع أو قرض أو غيره وجهان، انتهى. قلت: الذي يظهر أنه كالدين الذي بعقد، بل هو من جملته، فإن ثمن المبيع من عقد، وكذا القرض، ففي كلامه نوع تكرر فيما يظهر، والله أعلم. ثم رأيت في بعض النسخ حكى ذلك عن صاحب الترغيب، فيزول الإشكال، وغالبها ليس فيها ذلك، والصواب جعله من كلام صاحب الترغيب إذا علمت ذلك فقد علمت الصحيح من مسألة ما إذا كان الدين بعقد فكذا، أي هذه، فهذه سبع وعشرون مسألة قد صححت في هذا الباب.

(١) أخرجه ابن حبان في الضعفاء (٣٤٦/١) والطبراني في معجمه الأوسط (٦٨/١) والقضاعي في مسنده (٧٢/٢) وهو حديث موضوع كما قال العلامة الألباني رحمته الله في السلسلة الضعيفة برقم (٧٤٦).

باب القرض

وهو مستحب، نص عليه، يصح فيما يصح السلم فيه وفي غيره من عين يصح بيعها ورقيق وجهان «م ١ و ٢» وقيل: عبد لا جارية، وقيل:

مسألة - ١ و ٢: قوله: يصح فيما يصح السلم فيه وفي غيره من عين يصح بيعها ورقيق وجهان، انتهى. يعني في غير ما يصح السلم فيه ويصح بيعه كالجواهر والرقيق ونحوهما، فشمّل كلامه مسألتين:

المسألة الأولى: هل يصح قرض كل عين يصح بيعها ولا يصح السلم فيها كالجواهر ونحوها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب والمستوعب، والكافي، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والحاوئين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح قرضه، اختاره القاضي في المجرد وغيره، وجزم به في الوجيز وتجريد العناية وغيرهما، وصححه في التصحيح وتصحيح المحزر وغيرهما، فعلى هذا الوجه يرد المقرض القيمة.

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به في المنور ومنتخب الآمدي وتذكرة ابن عبدوس والمذهب، الأحمد، وصححه في النظم، وقدمه في الخلاصة، وشرح ابن رزين، والرايعتين، وغيرهم. واختاره أبو الخطاب في الهداية، قال في التلخيص: أصل الوجهين هل يرد في المتقومات القيمة أو المثل؟ على روايتين يأتیان. وقال في المغني: ويمكن بناء الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون، فإن قلنا: الواجب ردّ المثل، لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلمًا، لتعذر ردّ مثلها، وإن قلنا: الواجب ردّ القيمة، جاز قرضه، لإمكان ردّ القيمة، انتهى.

المسألة الثانية: هل يصح قرض الرقيق إذا قلنا: لا يصح السلم فيه أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والكافي، والمغني، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

في غير مباحة للمقترض وجهان ومعرفة قدره بمقدر معروف ووصفه شرط، وسأله أبو الصقر: عين بين أقوام لهم نوائب في أيام يقترض الماء من نوبة صاحب الخميس ليسقى به ليرد عليه يوم السبت؟ قال: إذا كان محدودًا يعرف كم يخرج منه لا بأس وإلا أكرهه.

ويتم بقبوله، قال جماعة: ويملك، وقيل: ويثبت ملكه بقبضه، كهبة، وله الشراء به من مقرضه، نقله مهنا، ويلزم مكيل وموزون بقبضه، وفي غيره روايتان «م ٣» ومن شأنه أن يصادف ذمة لا على ما يحدث، ذكره في الانتصار، وأنه لا يجوز

أحدهما: لا يصح، صححه في التصحيح، قال في تجريد العناية: لا يصح قرض آدمي في الأظهر، واختاره القاضي وغيره، وجزم به في المذهب الأحمد والوجيز ونهاية ابن رزين وتذكرة ابن عبدوس ومنتخب الآمدي والمنور، وغيرهم. وقدمه في المستوعب والخلاصة، والنظم، والرعايتين، والزبدة والحاويين، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: يصح مطلقًا، قال ابن عقيل في العمد: أجود المذاهب عندي وأصحها مذهب ذا وهو جواز قرض الآمدي ذكوره وإنائه. انتهى وقيل: يصح في عبد لا جارية، وهو احتمال في المغني، قال ابن عقيل في موضع: ولهذا منعنا من قرض الإماء وإن صح قرض سائر الأموال لأجل ما فيه من استباحة الأبضاع. انتهى

وقدمه في النظم، وأطلقهما في الشرح والفائق، وقيل: يصح في الأمة إذا كانت غير مباحة للمقترض، قال في الرعاية الكبرى: وقيل: يصح قرض الأمة لمحرمها، وجزم أنه لا يصح لغير محرمها.

مسألة - ٣: قوله: ويلزم مكيل وموزون بقبضه، وفي غيره روايتان، انتهى.

قلت: حكم المعدود والمذروع حكم المكيل والموزون، حيث صححنا قرضه، وهو عجيب من المصنف كونه لم يذكرها.

إحداهما: لا يلزم إلا بقبضه أيضًا كالمكيل والموزون قلت: وهو قياس الرواية الصحيحة التي في الهبة، فإن صاحب الخلاصة، والمحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والمصنف والحرثي وغيرهم قدموا في الهبة أنها لا تلزم إلا بالقبض، وجزم به في الوجيز وغيره، واختاره القاضي وابن عبدوس في تذكرته، وهو المذهب عند ابن أبي موسى وابن منجا وغيرهم فكذا يكون هنا، والله أعلم.

وقد قال أكثر الأصحاب: إن المقترض يملكه بالقبض، فظاهره أنه لا يلزم قبل القبض، وأنه يكون جائزًا لا لازمًا، وهذا هو الصحيح.

والرواية الثانية: لا يشترط في لزومه قبضه، بل حيث تميز لزوم، وهو قياس الرواية

قرض المنافع، وفي الموجز: يصح قرض حيوان وثوب لبيت المال ولأحد المسلمين، ولا يلزمه رد عينه، بل يثبت بدله في ذمته حالاً ولو أجله، وخالف شيخنا وذكره وجهاً، ويحرم تأجيله، في الأصح، قطع به أبو الخطاب وغيره، قال أحمد: القرض حال وينبغي أن يفي بوعده، وإن رده بعينه لزمه قبول المثلي وقيل: وغيره، فإن كان فلوساً أو مكسرة فحرمها السلطان وقيل: ولو لم يتعاملوا بها فله القيمة من غير جنسه وقت العقد، نص عليه، وقيل: وقت فسدت، والخلاف فيما إذا كان ثمنًا، وقيل: يوم الخصومة، وقيل: إن رخصت فله القيمة، كاختلاف المكان، ونصه: يرد مثله، وإن شرط رده بعينه أو باع درهمًا بدرهم هو دفعه إليه لم يصح قاله في الانتصار فيما لا يدخله ربّ الفضل، لأنه يفضي أن يجد البائع والمقرض عيبًا بالدراهم فيطالبان المشتري والمستقرض فيطالبها بها، فيكون كل منها مطالبًا ومطالبًا، ولا يجوز ويرد المثل في المثلي مطلقًا، فإن أعوزه فقيمته إذن ويرد قيمة جوهر ونحوه يوم قبضه، وفيما عداهما وجهان «م ٤» وإن اقترض خبزًا أو خميرًا عددًا ورد عددًا بلا قصد زيادة

التي في الهبة وعلى الرواية التي في الهبة: الأكثر، قاله المصنف. وقال الحارثي وصاحب الفائق: اختاره القاضي وأصحابه، قال ابن عقيل: هذا المذهب، وقدمه في المغني وشرح ابن رزين، فكذا يكون في القرض، وقد قال في التلخيص، والرعاية، في باب القبض والضمان: يجوز التصرف في القرض إذا كان معيّنًا، فظاهره اللزوم في المتميز، ولم أر من صرح بالروايتين في القرض غير المصنف، وقد قال في القاعدة التاسعة والأربعين: القرض والصدقة والزكاة وغيرهما فيه طريقان.

إحداهما: لا يملك إلا بالقبض، رواية واحدة، وهي طريقة المجرد والمبهم، ونصّ عليه في مواضع.

والثانية: لا يملك المبهم بدون القبض، بخلاف المعين فإنه يملك فيه بالعقد، وهي طريقة القاضي في خلافه، وابن عقيل في مفرداته والحلواني وابنه، إلا أنهما حكيا في المعين روايتين كالهبة، انتهى. فظاهر كلام من يقول: لا يملك إلا بالقبض أنه لا يلزم إلا بالقبض، ويحتمل قول من يقول: يلزم بالعقد اللزوم وعدمه. وقال في القاعدة المذكورة قبل ذلك: واعلم أن كثيرًا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرًا للزومها واستمرارها، وصرح به صاحب المغني، والتلخيص، وأبو الخطاب في انتصاره وغيرهم. فهذا موافق لما قلنا. والله أعلم.

مسألة - ٤: قوله: ويرد المثل في المثلي مطلقًا، فإن أعوزه فقيمته إذن ويرد قيمة جوهر ونحوه يوم قبضه وفيما عداهما وجهان، انتهى. يعني من المعدود والمذروع والحيوان ونحوه، وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والمذهب، والكافي، والمغني،

جاز، نقله الجماعة. وعنه: لا.

ويحرم شرط وقرض جر نفعًا، كتعجيل نقد ليرخص عليه في السعر، وكاستخدامه واستتجاره منه، نقله الجماعة، وفي فساد القرض روايتان «م ٥» وإن فعله بلا شرط ولا مواطأة - نص عليه - أو أعطى أجود أو هدية بعد الوفاء جاز، على الأصح، وحرّم الحلواني أخذ أجود مع العادة، وإن فعله قبله بلا عادة سابقة حرم، على الأصح، إلا أن ينوي احتسابه من دينه أو مكافأته، نص عليه، وكذا غريمه، فلو استضافه حسب له ما أكله، نص عليه، ويتوجه: لا، وظاهر كلامهم أنه في الدعوات كغيره، وقيل: علمه أن المقترض يزيده شيئًا كشرطه، وقيل: لا «م ٦».

والمقنع، والمحرم، والشرح، والنظم، والحاويين، والفائق، وتجريد العناية وغيرهم. أحدهما: يرد القيمة، اختاره الأكثر، وقطع به في المذهب الأحمد والوجيز ونهاية ابن رزين وتذكرة ابن عبدوس ومنتخب الأمدي وتسهيل البعلي، وصححه في التصحيح، وقدمه في الخلاصة، والهادي، والرعايتين، والزبدة وشرح ابن رزين، وغيرهم. والوجه الثاني: يجب ردّ مثله من جنسه بصفاته، وإليه ميله في الكافي، والمغني، والشرح، وهو ظاهر كلامه في العمدة قلت: وبعضه كون النبي ﷺ استسلف بكرة فرد خيرًا منه ولم يعطه القيمة، والله أعلم.

مسألة - ٥: قوله: ويحرم شرط وقرض جر نفعًا، كتعجيل نقد ليرخص عليه في السعر، وكاستخدامه واستتجاره منه، نقله الجماعة، وفي فساد القرض روايتان، انتهى. وأطلقهما في المستوعب والتلخيص، والرعايتين، والحاويين. إحداهما: يفسد، جزم به ابن عبدوس في تذكرته.

الرواية الثانية: لا يفسد. قلت: وهو الصواب، وهي من جملة المسائل التي قارنها شرط فاسد، وهو ظاهر كلامه في المغني، والشرح، بل أكثر الأصحاب لأنهم قالوا: يحرم ذلك، ولم يتعرضوا لفساد العقد.

تنبيه: قوله: ويحرم شرط وقرض جر نفعًا انتهى، قال شيخنا: كذا في النسخ، والذي يظهر «شرط قرض» بالإضافة وحذف الواو، انتهى. والذي يظهر أن الدين في الأصل أولى، وأن مراده بالشرط غير الذي جر نفعًا كما إذا نافاه ونحوه، وعلى قول شيخنا لا تفي العبارة بما قال.

مسألة - ٦: قوله: وقيل: علمه أن المقترض يزيده شيئًا كشرطه وقيل: لا، انتهى إن كانت النسخ بالواو في قوله، وقيل: علمه، فيكون المقدم عند المصنف خلاف ذلك، إذ الإتيان بواو العطف يقتضي تقدم شيء، ولكن يرده: قوله: بعده، وقيل: لا. فيكون

وإن قضاه صحاحاً عن مكسرة أقل لعله الفضل لم يجز، وإلا جاز، نص عليه، وشرط نقص كشرط زيادة، وقيل: لا، ويتوجه أنه فيما لا رباً فيه. وفي قرض غريمه ليرهنه بهما روايتان «م ٧». وكذا شرط القضاء في بلد آخر «م ٨» وفي المغني: إن لم يكن لحمله مؤنة وإلا حرم. وعنه: أكرهه إن كان لبيع، وعنه: لا بأس على وجه

في العبارة نوع خفاء، ويحتمل أن يكون هذا كله طريقة، وأن المقدم التحريم مطلقاً، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، ولصاحب الرعاية عبارات كثيرة تشبه هذه العبارة، وإن كانت النسخ بالفاء فيكون الخلاف مطلقاً، ويكون كلامه الأول مخصوصاً بغير هذه المسألة، وكذا إن كانت الواو زائدة، وعلى كل تقدير نذكر الصحيح من القولين فنقول: القول الأول: اختاره القاضي، وقطع به في الحاوي الصغير، وقدمه في الرعايتين، وهو قياس المسائل التي قبلها.

والقول الثاني: هو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق والشارح، وصاحب الحاوي الكبير، وقالوا: لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام كان معروفاً بحسن الوفاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: إن إقراضه مكروه؟ وعللوه بتعاليل جيدة، وقدمه ابن رزين في شرحه، وصححه الناظم، وهو الصواب، وأطلقهما في الفائق، وقيل: إن زاده مرة في الوفاء فزيادة مرة ثانية محرمة، ذكره في النظم، قال ابن أبي موسى: إن زاد مرة لم يجز أن يأخذ في المرة الثانية، قولاً واحداً، انتهى.

مسألة - ٧: قوله: وفي قرض غريمه ليرهنه بهما روايتان، انتهى. وأطلقهما في المستوعب والمغني، والرعاية الكبرى، قال في الحاوي الكبير: لو قال صاحب الحق: أعطني رهناً وأعطيك مالاً تعمل فيه وتقتضيني، جاز، وكذا قال في الرعاية الكبرى، وجزم به في موضع آخر. إذا علم ذلك فرواية البطلان نقلها حنبل، ورواية الجواز نقلها مهنا، وقدم ابن رزين في شرحه، في باب الرهن عدم الصحة، لأنه يجز نفعا قلت: الصواب أنه إن كان لا يقدر أن يتوصل إلى حقه إلا بذلك ساغ وإلا فلا، والله أعلم.

مسألة - ٨: قوله: وكذا شرط القضاء في بلد آخر، يعني هل يجوز هذا الشرط أم لا؟ وأطلقهما في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم

إحداهما: لا يجوز ولا يصح، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والمقنع، والرعايتين، والحاويين وشرح ابن رزين وغيرهم

والرواية الثانية: يجوز هذا الشرط، وهو احتمال في المقنع، واختاره الشيخ تقي الدين وصححه في النظم والفائق، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى، قلت: وفيه قوة واختار الشيخ الموفق الجواز فيما إذا لم يكن لحمله مؤنة، وعنده فيما لحمله مؤنة. فهذه ثمان مسائل قد صححت، ولله الحمد والمنة.

المعروف، وإن كان لينتفع بالدراهم ويؤخر دفعها لم يصح، أو قال: أقرضني ألفاً أو ادفع إلي أرضك أزرعها بالثلث.

ولو أقرض غريمه ليوفيه كل وقت شيئاً جاز، نقله مهنا، ونقل حنبل: يكره. وإن أقرض أكاره في شراء بقر أو بذر، أو قال: أقرضني ألفاً أو ادفع إلي أرضك أزرعها بالثلث بلا شرط، حرم عند أحمد، وجوزه الشيخ، وكرهه في الترغيب في الأولى، ولو أمره ببذره وأنه في ذمته كالمعتاد ففاسد، له تسمية المثل، ولو تلف لم يضمنه، لأنه أمانة، ذكره شيخنا. ولو أقرض من له عليه بر ما يشتريه به يوفيه إياه فقال سفيان: مكروه، أمر بين، قال أحمد: جود، وفي المستوعب: يكره، وفي المغني: يجوز.

ولو جعل جعلاً على اقتراضه له بجاهه صح، لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه فقط لا كفالته عنه، نص عليهما، لأنه ضامن، فيكون قرضاً جر نفعاً، ومنع الأزجي، ولو اقترض ببلد فطلب منه في غيره بذله لزمه، إلا ما لحمله مؤنة قيمته في بلد القرض أنقص فيلزمه إذا قيمته فيه فقط، وذكر الشيخ أن ما لحمله مؤنة فطلب ببلد آخر لا يلزمه، لأنه لا يلزمه حمله إليه، وذكر هو وغيره في الأثمان: يلزمه. وفي المستوعب: الأثمان مما لا مؤنة لحمله فيلزمه، فإن بذله له المقترض ولا مؤنة لحمله لزم قبوله مع أمن البلد والطريق، وبدل المغصوب التالف ذكر مثله، قال أحمد: ما يعجبني أن يستقرض ولا يعلمه بحاله إلا ما يقدر أن يؤديه. وكره الشراء بدين ولا وفاء عنده إلا اليسير، وما أحب أن يقترض بجاهه لإخوانه.

باب الرهن

يصح ممن يصح بيعه، قال في الترغيب وغيره: وصح تبرعه لأنه تبرع. وفي المستوعب وغيره: لولي رهنه عند أمين لمصلحة، كحل دين عليه مع الحق وبعده، واختار أبو الخطاب: وقبله، وأنه يحتمله كلام أحمد قاله في الانتصار لا معلقاً بشرط، بكل دين واجب أو ماله إليه، ونفع إجارة في الذمة. ولا يصح بمسلم فيه، ونقل حنبل: يصح، وفيه برأس مال سلم روايتان في الترغيب «م ١» وغيره، وفي عين مضمونة كعارية، وقيل: وجعل قبل العمل ودية قبل الحول وجهان، كدين كتابة، وفيه في الموجز روايتان، «م ٢ - ٤» ولا يصح بعهدة مبيع وعين ومنفعتها. وتصح

مسألة - ١: قوله: ولا يصح بمسلم فيه، ونقل حنبل: يصح، وفيه برأس مال سلم روايتان في الترغيب، انتهى. وكذا قال في التلخيص.

إحدهما: لا يجوز ولا يصح، قدمه في المستوعب والرعايتين، والحاويين، وعزاه في المجد في شرحه إلى اختيار القاضي في المجرد في الرهن، نقله في تصحيح المحرر.

والرواية الثانية: يصح، صححه في الرعاية الكبرى، في آخر باب السلم، وقال في باب الرهن: ويصح الرهن برأس مال السلم، على الأصح. وقال في الوجيز: ويجوز شرط الرهن والضمان في السلم والقرض قلت: وهذا هو الصواب.

مسألة - ٢: قوله: وفي عين مضمونة كعارية، وقيل: وجعل قبل العمل، ودية قبل الحول، وجهان كدين كتابة وفيه في الموجز روايتان، انتهى. ذكر المصنف مسائل:

المسألة الأولى: هل يصح الرهن على العين المضمونة كالعارية والمغصوب والمقبوض على وجه السوم ونحوه أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، قال في الكافي: هذا قياس المذهب، وقدمه في الرعاية

عين يجوز بيعها، وقيل: غير مكاتب، فإن صح مكن من الكسب كما كان، وما أدا

الكبرى، قال في الفائق: وعليه يخرج الرهن على عواري الكتب الموقوفة ونحوها، انتهى.

والوجه الثاني: يصح الرهن على ذلك، قال القاضي: هذا قياس المذهب. قلت: وهو أولى.

المسألة الثانية - ٣: الرهن على الدية قبل الحول، يعني التي على العاقلة، فيحتمل قول المصنف: ودية قبل الحول، أنه معطوف على: قوله: «كعارية» فيكون قد أطلق الخلاف فيها أيضاً، ويرده كونه أدخل بينهما مسألة قدم فيها حكماً، ويحتمل أن يكون معطوفاً على قوله: «وجعل» وهو الصواب، فيكون قد قدم فيهما حكماً مثل حكم الجعل قبل العمل، وهو عدم الصحة، ولكن لأجل الاحتمال الأول نذكر المسألة والصحيح من المذهب فيها فنقول: ذكر الأصحاب فيها قولين:

أحدهما: لا يصح أخذ الرهن على ذلك، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في الكافي، والنظم، والرعاية الصغرى، والحاويين، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والرعاية الكبرى، والفائق، وغيرهم. وهذا مما يقوي أنه معطوف على: قوله: «وجعل» ويؤيده أن الشيخ في المغني، والشارح، جعلاً حكم الجعل والدية واحداً.

والقول الثاني: يصح، وهو احتمال في المغني، والشرح. وقال في الرعاية: وقيل: يصح إن صح الرهن بدين قبل وجوبه، انتهى.

المسألة الثالثة - ٤: دين الكتابة هل يصح أخذ الرهن عليه أم لا؟ أطلق الوجهين فيه، وحكاهما في الموجز روايتين، وأطلقهما، في المحرر وشرحه والنظم، والرعايتين، والزبدة والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح أخذ الرهن عليه، وهو الصحيح، جزم به ابن عقيل في التذكرة، والشيرازي في الإيضاح، والشيخ الموفق في المغني، والكافي، والمجد في شرحه، قاله في تصحيح المحرر والشارح، وابن رزين في شرحه، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وصححه في تصحيح المحرر.

والوجه الثاني: يصح، ولم أطلع على من اختاره قلت: في إطلاق المصنف في هذه المسألة الخلاف نظر. والظاهر أنه تابع المجد في محرره، أو نقول: قوله «كدين كتابة» لا يقتضي إطلاق الخلاف، وإنما هو حكاية خلاف من غير إطلاقه، وهو بعيد، وقيل: جاز أن يعجز الكاتب نفسه لم يصح وإلاً صح.

رهن معه. وإن رهن ذمي عند مسلم خمراً بيد ذمي لم يصح، فإن باعه الوكيل حل ويقبضه أو يبرئ، أو مأ إليه.

ويحرم رهن مال يتيم لفاسق، ومثله المكاتب والمأذون له، ذكره في الترغيب وغيره، ويتوجه: إن خرج بفسقه عن الأمانة وإلا لم يحرم، وأن الكافر في رهنه منه وتوكيله فيه مثله وأولى، بدليل عامل الزكاة، واللقطة.

وفي ثمر وزرع قبل بدو صلاحه بشرط التبقية وعبد مسلم ومصحف لكافر في يد مسلم وجهان «م ٥ و ٧». وما يفسد قبل الأجل إن صح رهنه في المنصوص بيع

مسألة - ٥ - ٧: قوله: وفي ثمر وزرع قبل بدو صلاحه بشرط التبقية، وعبد مسلم، ومصحف لكافر وجهان، انتهى، في ذلك مسائل:

المسألة الأولى - ٥: هل يصح رهن الثمر والزرع قبل صلاحه بشرط التبقية أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والمقنع، والشرح، والرعاية الصغرى، والحاويين، والنظم، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الخلاصة، والمحزر، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس ونظم المفردات وغيرهم. واختاره القاضي وغيره، وصححه في التصحيح وشرح ابن منجا، وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، قال في الرعاية الكبرى: وإن رهنها قبل بدو صلاحها بدين مؤجل صح، في الأصح، إن شرط القطع لا الترك، وكذا الخلاف إن أطلقا، فتباع إذن على القطع، ويكون الثمر رهناً، وإن رهننا بدين حال بشرط القطع صح، وتباع لذلك، انتهى. قلت: ويحتمل صحته بمؤجل يحلّ عند جواز بيعه. ولم أره.

المسألة الثانية - ٦: هل يصح رهن العبد المسلم لكافر أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب والفائق.

أحدهما: لا يصح، جزم به في الهادي وغيره، وقدمه في الخلاصة، والكافي، والمقنع، والرعايتين، والحاويين، والنظم، وغيرهم. واختاره القاضي وغيره.

والوجه الثاني: يصح بشرط أن يكون بيد مسلم عدل، اختاره أبو الخطاب، والشيخ الموفق في المغني، والشارح، والشيخ تقي الدين وقال: اختاره طائفة من أصحابنا، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته. وقال في المحزر: ويصح في كل عين يجوز بيعها، وكذا قال في التلخيص، والوجيز وغيرهما قلت: وهو الصواب والصحيح من المذهب.

المسألة الثالثة - ٧: هل يصح رهن المصحف لكافر أم لا؟ أطلق الخلاف.

وجعل ثمنه رهناً، نقل أبو طالب فيمن رهن وغاب وخاف المرتهن فساداً أو ذهابه فليات السلطان حتى يبيعه، كما أرسل ابن سيرين إلى إياس بن معاوية يأذن له في بيعه، فإذا باعه حفظه حتى يجيء صاحبه فيدفعه إليه بأسره، حتى يكون صاحبه يقضيه ما عليه، وإن لم يرض المرتهن والشريك في المشاع بيد أحدهما أو غيرهما، عدله الحاكم، وهل يؤجره؟ فيه وجهان «م ٨». وإن رهن حصته من معين فيه يمكن قسمته فوجهان كبيعه «م ٩ - ١٠».

أحدهما: يصح، صححه في الرعاية الكبرى، قلت: وهو الصواب، ويكون بيد عدل مسلم إن جوزنا بيعه، وهو ظاهر كلامه في التلخيص، والمحرم، وغيرهم. كما تقدم في التي قبلها.

والوجه الثاني: لا يصح رهنه، وهو المذهب على ما اصطالحناه، جزم به في الكافي، والفائق، وهو ظاهر ما قدمه في الرعاية الصغرى، والحاويين، فإنهما قدما عدم الصحة في رهن العبد المسلم لكافر ثم قالوا: وكذا المصحف إن جاز بيعه.

مسألة - ٨: قوله: وإن لم يرض المرتهن والشريك في المشاع بيد أحدهما. أو غيرهما عدله الحاكم، وهو يؤجره؟ فيه وجهان، انتهى. يعني هل للحاكم إجارتها كما له أن يجعله عند عدل والحالة هذه؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: له إجارتها، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في التلخيص، والرعاية الصغرى، والحاويين، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم.

والوجه الثاني: ليس له ذلك، وهو قوي، لأننا إنما أجزنا للحاكم التعديل لكون كل واحد منهما له حق فيه، وقد حصل لهما التنازع، وأما الإجارة فمحض حق الراهن، لكن يقال في الأول: زاده الحاكم خيراً، لأنه عدله بإجارة، والله أعلم.

مسألة - ٩ - ١٠: قوله: وإن رهن حصته من معين فيه يمكن قسمته فوجهان كبيعه، انتهى. فيه مسألان:

المسألة الأولى - ٩: إذا كان له نصف دار مثلاً مشاعاً مشتملة على بيوت وتنقسم، ففرن نصيبه من بيت منها، فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف فيه.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، ونصراه، وصححه في الفائق، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو احتمال للقاضي، وجزم به في التلخيص لغير الشريك، وحكى في الشريك احتمالين عن القاضي في المجرد، قال في الرعاية: ولا يصح رهن حقه من معين من دار مشتركة تنقسم. وفيه احتمال، وإن رهنه عند شريكه

وفي الانتصار: لا يصح بيعه، نص عليه. وإن اقتسما فوق غيرَه فهل يلزمه بذله أو رهنه لشريكه فيه وجهان «م ١١». ويصح رهن أمة دون ولدها، وعكسه،

فاحتمالان، وإن لم ينقسم صح، وقيل: إن لزم الرهن بالعقد صح وإلا فلا، انتهى. تنبيه: قوله: «من معين فيه» لعله «في مشاع» قاله ابن نصر الله، وليس كما قال، وإنما هو كما قال المصنف، وقد مثلنا صورته، وكلامه قبل ذلك يدل عليه، وقاله في المغني، وغيره، وقول ابن نصر الله: قوله، وفي الانتصار لا يصح بيعه، نص عليه. أي بيع المشاع ليس كذلك، وإنما مراده بيع هذه الحصة من هذا البيت قبل القسمة. **المسألة الثانية - ١٠:** بيع نصيبه من بيت منها والحالة ما تقدم هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح من المذهب، وجزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح قال في الانتصار: لا يصح بيعه، نص عليه، انتهى. قلت: لعل الخلاف في الرهن مبني على صحة بيعه وعدمها، وهو ظاهر كلام المصنف.

مسألة - ١١: قوله: فإن اقتسما - يعني في المسألة التي قبلها، وقلنا يصح - فوق غيرَه فهل يلزمه بذله أو رهنه لشريكه؟ فيه وجهان، انتهى. يعني إذا وقع المرهون لشريك الراهن في القسمة فهل يلزم الراهن بذله ليكون رهناً أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يلزمه بدله يكون رهناً مكانه، لكونه انتقل إلى ملك الشريك. قلت: وهو الصواب، أشبه ما لو بان مستحقاً، وهو ظاهر كلام القاضي.

والوجه الثاني: يرهن ما صار له عند الشريك على ما بيد المرتهن ويبقى الرهن على حاله.

تنبيهات:

الأول: يحتمل أنه أراد بقوله: «أو رهنه لشريكه» رهن ما وقع له من القسمة عند شريكه، ويبقى ما كان مرهوناً عند المرتهن كما كان قبل القسمة، كما تقدم، وهو بعيد في المعنى، ولم أجده مذكوراً، والعبارة لا تساعد، وقد قطع الشيخ في المغني، والشارح، بأن الراهن ممنوع من القسمة في هذه المسألة، والله أعلم.

قال ابن نصر الله: أي هل يلزم الغير الذي وقع له المعين المرهون أن يبذله لشريكه ليرهنه كما كان أو يرهنه هو لشريكه، انتهى، وهو ظاهر عبارة المصنف، وقوله: «يلزمه بذله» بالذال المعجمة، فعلى هذا يكون في كلام المصنف إضمار تقديره: فهل يلزمه بذله أو رهنه لشريكه أم لا يلزمه شيء من ذلك، فعلى هذا يكون الصحيح من

وبإعان. وشرط خلوة محرمة فاسد وحده واستئجار شيء ليرهنه ورهن المعار بإذن ربه بين الدين أو لا، وله الرجوع قبل إقباضه، كقبل العقد، وقدم في التلخيص: لا، كبعده، خلافاً للانتصار فيه، فإن بيع رجع بقيمته أو بمثله لا بما بيع، نص عليه، وقطع في المحرر، واختاره في الترغيب، بأكثرهما*»، ويضمنه مستعير فقط، ويتوجه الوجه في مستأجر من مستعير، ولا يلزم إلا في حق الراهن إذا قبضه، ذكره الشيخ وغيره: المذهب المرتهن أو من اتفقا عليه، ويحرم نقله عنه مع بقاء حاله إلا باتفاقهما، ويضمنه مرتهن بغصبه في الأصح يزول برده، وأن نيابته باقية ولا يزول برده من سفر، وصفة قبضه كمبيع، ويعتبر فيه إذن ولي أمر، وعنه: لورثته إقباضه منه وثم غريم لم يأذن، ويبطل إذنه بنحو إغماء وخرس، فإن رهنه ما في يده ولو غصباً فكهنته إياه، ويزول ضمانه، فإن أخذه الراهن بإذن المرتهن ولو نيابة له، وفي الانتصار احتمال: ولو غصباً زال لزومه، فإن رده إليه عاد، وإن أجره أو أعاره من المرتهن أو غيره بإذنه فلزومه باق، اختاره في المغني والمحرر، وفي الانتصار هو المذهب، كالمرتهن، وعنه: لا، نصره القاضي، وقطع به جماعة، فإن استأجره المرتهن عاد بمضيها، ولو سكنه بأجرته بلا إذنه فلا رهن، نص عليهما. ونقل ابن منصور: إن أكره بإذن الراهن أو له فإذا رجع صار رهناً والكراء للراهن، وأنه لو قال: البسه، لم يجز إذا كان يأخذ القضاء، وعنه: رهن المعين يلزم بالعقد، وهو المذهب عند ابن عقيل: وغيره، وفي التعليق: هو قول أصحابنا، فمتى أبى الراهن تقيضه أجبر، وذكر جماعة: لا يصح الرهن إلا مقبوضاً. وإن وهبه أو رهنه ونحوه بإذن المرتهن صح وبطل الرهن، وإن زاد دين الرهن لم يجز، لأنه رهن مرهون. وقال القاضي وغيره: كالزيادة في الثمن. وتجوز زيادة الرهن توثقة، وفي الروضة: لا تجوز تقوية الرهن بشيء آخر بعد عقد الرهن، ولا بأس بالزيادة في الدين على الرهن الأول، كذا قال.

الوجهين عدم اللزوم، وقد وافق شيخنا في حواشيه له على الثاني ووافقنا على الأول.

الثاني: قوله: ويصح استئجار شيء ليرهنه ورهن المعار بإذن ربه، فإن بيع رجع بقيمته أو بمثله لا بما بيع، نص عليه، وقطع في المحرر واختاره في الترغيب بأكثرها، انتهى. هذا القول الثاني هو الصواب، وقطع به في المنور وغيره، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وغيره، وصححه في الرعاية الكبرى، قال ابن نصر الله في حواشي الفروع: وهو الصواب قطعاً، وهو كما قال، وبأي شيء يستحق الراهن الزائد وهو ملك غيره؟

الثالث: قوله: ولا يزول برده من سفر، انتهى. لا معنى للسفر هنا، وصوابه برده من نفسه، أي إذا كان الرهن بيده فتعدى فيه ثم زال تعديده لا يزول ضمانه بذلك، صرح به في الرعاية، نبه عليه ابن نصر الله.

وإن باعه بإذن بعد حل الدين أو بشرط رهن ثمنه مكانه صح وصار رهناً، في الأصح وبدونهما يبطل الرهن، وقيل: لا، ويشترط تعجيل دينه المؤجل من ثمنه لا يصح البيع وهو رهن، وقيل: يصح ويكون الثمن رهناً في الأصح.

وذكر الشيخ صحة الشرط، وذكره في الترغيب، وأن الثواب في الهبة كذلك، وله الرجوع فيما أذن فيه قبل وقوعه، فلو ادعى أنه رجع قبل البيع أو تصرف الراهن جاهلاً برجوعه فوجهان «م ١٢ - ١٣».

مسألة - ١٢: قوله: وله الرجوع فيما إذا أذن فيه قبل وقوعه، فلو ادعى أنه رجع قبل البيع أو تصرف الراهن جاهلاً برجوعه فوجهان، انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى: لو أذن المرتهن للراهن في البيع ثم رجع جاز، لكن لو ادعى أنه رجع قبل البيع فهل يقبل: قوله: أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الرعاية الكبرى.

أحدهما: يقبل قوله، اختاره القاضي، واقتصر عليه في المغني.

والوجه الثاني: لا يقبل. قلت: وهو الصواب، لأن الأصل عدمه وقد تعلق به حق ثالث، ثم وجدت الشيخ تقي الدين اختار مثل ذلك، ذكره المصنف عنه في الوكالة فقال: قال شيخنا: لو باع أو تصرف فادعى أنه عزله قبله لم يقبل، انتهى. ثم وجدته في الفصول، قطع بما قاله الشيخ تقي الدين.

المسألة الثانية - ١٣: إذا ثبت رجوعه وتصرف الراهن جاهلاً فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المحرر والرعايتين، والحاويين، والنظم، والفائق، والمغني، والكافي، والشرح، وقالوا: بناء على تصرف الوكيل بعد عزله قبل علمه، انتهى. وهو الصواب. والصحيح من المذهب أنه ينعزل، فكذا هنا، فلا يصح تصرف الراهن على الصحيح عند من بناء، والمصنف قد أطلق الخلاف في الوكالة أيضاً، لكن قال: اختار الأكثر الانعزال، على ما يأتي هناك، ويكفينا تصحيح من بناء على الوكالة، لكن الذي اخترناه في الوكالة أنه لا ينعزل قبل علمه.

تنبيه: قوله: «وكل شرط وافق مقتضاه لم يؤثر، وإن لم يقتضه أو نافاه، نحو كون منافعه له، وإن جاءه بحقه في محله وإلاً فهو له أو لا يقبضه، فهو فاسد. وفي العقد روايتا بيع، انتهى. أحال المصنف هذه المسألة على مسألة البيع، يعني فيما إذا شرط فيه ما لم يقتضه أو نافاه، وقد قدم في باب الشروط في البيع الصحة فقال: صح العقد فقط، نص عليه، واختاره الشيخ وغيره، وعنه: لا، نصره القاضي وأصحابه، انتهى، فيكون المذهب هنا الصحة، وليس هذا من الخلاف المطلق إذا علم ذلك، فقد أطلق الخلاف هنا صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والحاويين،

وكل شرط وافق مقتضاه لم يؤثر، وإن لم يقتضه أو نافاه، نحو: كون منافعه له، أو إن جاءه بحقه في محله وإلا فهو له أو لا يقبضه، فهو فاسد، وفي العقد روايتا بيع وقيل: إن نقص حق المرتهن فسد وإلا فالروايتان وقيل: إن سقط به دين الرهن فسد وإلا فالروايتان، إلا جعل. الأمة في يد أجنبي عزب، لأنه لا ضرر، وفي الفصول احتمال: يبطل، بخلاف البيع، لأنه القياس ثم إذا بطل وكان في بيع ففي بطلانه لأخذه حظًا من الثمن أم لا، لانفراده عنه، كمهر في نكاح، احتمالان «١٤».

والفائق، وغيرهم.

إحدهما: لا يصح، جزم به في الوجيز وغيره، وصححه في التصحيح.

والرواية الثانية: يصح، وهي المذهب، على ما قاله المصنف، ونصره أبو الخطاب في رؤوس المسائل فيما إذا شرط ما ينافيه، وقطع به ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الرايتين وغيره. وقال في المغني، والشرح: فقال القاضي: يحتمل أن يفسد الرهن. وقيل: إن شرطًا الرهن مؤقتًا، أو رهنه يومًا ويومًا لا، فسد الرهن، وهل يفسد بسائرهما؟ على وجهين، بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته، انتهى، وقول المصنف بعد ذلك وقيل: إن نقص حق المرتهن فسد وإلا فالروايتان، وقيل: إن سقط به دين الرهن فسد وإلا فالروايتان. انتهى. مراده بالروايتين الروايتان المتقدمتان اللتان في أصل المسألة. وأحالهما على البيع فذكر في محل الروايتين ثلاث طرق.

مسألة - ١٤: قول المصنف بعد ذكر المسألة التي فيها ذكر الخلاف كله، ثم إذا بطل وكان في بيع ففي بطلانه لأخذه حظًا من الثمن أم لا، لانفراده عنه، كمهر في نكاح احتمالان، انتهى، يعني إذا باعه شيئًا بشرط رهن، وشرط في الرهن ما لم يقتضه أو نافاه، وقلنا: يبطل، فهل يبطل البيع أم لا؟ أطلق احتمالين، هذا ما يظهر من كلامه.

أحدهما: لا يبطل. قلت: وهو ظاهر كلام الأصحاب.

الثاني: يبطل، لما علله به المصنف، وهو الصواب، ثم رأيت في الفصول ذكر الاحتمالين، فظهر أن كلام المصنف هذا والذي قبله من كلامه في الفصول، فإنه قال: وكل موضع قلنا الرهن باطل فإن كان الرهن بحق مستقر بطل الرهن وألحق بحاله، وإن كان الرهن في بيع فإذا بطل الرهن فهل يبطل البيع؟ يحتمل ألا يبطل، لأن عقد الرهن ينفرد عن البيع. ويحتمل أن يبطل البيع، لأنه قد أخذ حظًا من الثمن، وذلك القدر الناقص مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم أو حط منه جهل الكل، وجهالة الثمن تفسد البيع، انتهى.

فصل

ويحرم عتقه، على الأصح، فإن أعتقه أو أقر به فكذبه، وقيل: أو وقفه، وقيل: أو أقر ببيعه أو غصبه أو جنايته وهو موسر، كإقراره بنسب مطلقاً، أو أحبل الأمة بلا إذن المرتهن في وطئه، والقول قوله وقول وارثه في إذنه فيه أو ضربه بلا إذنه فيه لزمته قيمته رهناً، وقيل: إن أقر بطل مجاناً، وفي طريقة بعض أصحابنا: يصح بيع الراهن له «و هـ» ويلزمه، ويقف لزومه في حق المرتهن كبيع الخيار، وإن ادعى الراهن أن الولد منه وأمكن، وأقر مرتهن بإذنه وبوطئه وأنها ولدته قبل قوله، وإلا فلا، وعنه: لا يصح عتق معسر، اختاره أبو محمد الجوزي، وقيل: وغيره، وذكره في المبهم رواية.

وفي طريقة بعض أصحابنا: إن كان معسراً استسعى العبد بقدر قيمته تجعل رهناً، وقيل: إن أقر بعتقه لم يقبل كعبد بيع، وكإقراره على مكاتبه أنه كان جنى بيع أو أنه باعه أو أعتقه فيعتق كإبرائه، ذكره في المنتخب، وإن لم تحبل فأرث البكر فقط. كجنائته، وإن أقر بوطء بعد لزومه قبل في حقه ويحتمل: وحق مرتهن، ولا يصح تصرفه بغير عتقه ولو بكتابة. ولا ينتفع به بلا إذن، قيل: له في رواية ابن منصور: أله أن يطاء؟ قال: لا، والله.

وقال القاضي: له تزويج الأمة دون تسليمها، وقاله أبو بكر، وذكره عن أحمد. وفي غرسه الأرض والدين مؤجل احتمالان «م ١٥» ولا يمنع من سقي شجرة وتلقيح وإنزاء فحل على إناث قطع به في المذهب وقدمه في التبصرة مرهونة ومداواة وفصد ونحوه، بل من قطع سلعة فيها خطر، ويمنع من ختانه إلا مع دين مؤجل يبرأ قبل أجله. قال الشيخ: وللمرتهن مداواة ماشية للمصلحة فيتوجه وكذا غيرها، وفي الترغيب وغيره: يمنع من كل تصرف قولاً وفعلاً. ونماؤه والأصح ولو صوفاً ولبناً وكسبه ومهره وأرث جناية عليه رهن فإن أوجبت الجناية قصاصاً أو جنى على سيده فاقتص بلا إذن المرتهن لزم سيده أو وارثه أرشها في المنصوص، رهناً، وهل لوارثه العفو على مال كأجنبي مجني عليه أم لا كموروثه؟ في الأصح، فيه وجهان «م ١٦».

مسألة - ١٥: قوله: وفي غرسه الأرض والدين مؤجل احتمالان، انتهى. يعني هل يسوغ للمرتهن منع الراهن من ذلك أم لا؟

أحدهما: ليس له ذلك. قلت: وهو الصواب.

والاحتمال الثاني: له منعه، لأنه تصرف في الجملة.

مسألة - ١٦: قوله: وهل لوارثه العفو على مال كأجنبي مجني عليه، أم لا،

وقيل: يقتض بإذن، وحكاه ابن رزين رواية.

وإن عفا سيد عن مال واختار الشيخ: لا يصح، والأشهر يصح في حقه فيرهن الجاني بدله، فإذا انفك استرده، وإن استوفى الدين من البدل ففي رجوعه على عاف احتمالان «م ١٧». وإن أسقط مرتهن أرشاً أو أبراً منه لم يسقط، وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان «م ١٨» ومؤنته وأجرة مخزنه وكفنه ورده من إياقه على مالكة نص عليه فإن أنفق المرتهن عليه بنية الرجوع فلا شيء له وحكى جماعة رواية: كإذنه أو إذن

كموروثه، في الأصح؟ فيه وجهان، انتهى، يعني إذا كانت الجناية على النفس وكان المجني عليه هو السيد، وأطلقهما في الكافي.

أحدهما: ليس لهم العفو على مال، لأن العبد مال لهم، وهم مهتمون في إسقاط حق المرتهن، وهذا هو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لهم ذلك، ذكره القاضي، لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم قبل أن تصل إليهم، أشبه ما لو جنى على أجنبي، قال في الرعاية الكبرى: وإن عفوا عنه على مال صح في الأصح، وبقي رهناً، انتهى.

مسألة - ١٧: قوله: وإن عفا سيد عن مال، واختار الشيخ: لا يصح، والأشهر يصح في حقه فيرهن الجاني بدله، فإذا انفك استرده، وإن استوفى الدين من البدل ففي رجوعه على عاف احتمالان، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والفائق، والزرکشي.

أحدهما: يرجع الجاني وهو المعفو عنه على العافي وهو الراهن، لأن ماله ذهب في قضاء دين العافي، وهو الصواب، وهو ظاهر ما جزم به في الحاوي الكبير، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يرجع عليه، لأنه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان، وإن استوفى بسبب كان منه حال ملكه فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده ثم رهنه لغيره فتلف بالجناية السابقة.

مسألة - ١٨: قوله: فإن أسقط مرتهن أرشاً أو أبراً منه لم يسقط، وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان، انتهى، وأطلقهما في المغني، والشرح، والفائق.

أحدهما: يسقط حقه، اختاره القاضي.

والوجه الثاني: لا يسقط. قلت: وهو الصواب، لأنه أسقط وأبراً من شيء لا يملكه.

حاكم، فإن تعذر رجوع إن أشهد بالأقل مما أنفق أو نفقة مثله، وإلا فروايتان «م ١٩». وكذا حكم حيوان مؤجر أو مودع «م ٢٠ - ٢١» ولو عمر في دار ارتهنها رجوع

مسألة - ١٩: قوله: فإن أنفق المرتهن عليه بنية الرجوع فلا شيء له وحكى جماعة رواية: كإذنه وإذن الحاكم، فإن تعذر رجوع إن أشهد بالأقل مما أنفق أو نفقة مثله، وإلا فروايتان، انتهى، يعني إذا تعذر إذن الراهن أو إذن الحاكم ولم يشهد، فهل يرجع بما أنفق إذا نوى الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحدهما: يرجع، وهو الصحيح، صححه في المغني، وغيره، وعليه أكثر الأصحاب، وهو ظاهر ما جزم به في المحرر والرعاية الكبرى، وغيرهما، قال في القاعدة الخامسة والسبعين، وإذا أنفق المرتهن على الرهن بإطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً ففيه طريقتان، أشهرهما أنه على الروايتين، يعني اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره، كما قدمه، قال: كذلك قال القاضي في المجرد والروايتين وأبو الخطاب وابن عقيل والأكثر: المذهب عند الأصحاب الرجوع، ونص عليه في رواية أبي الحارث، والطريق الثاني: أنه يرجع، رواية واحدة، انتهى.

والرواية الثانية: لا يرجع.

تنبيه: قوله: في صدر المسألة: فإن أنفق المرتهن عليه بنية الرجوع فلا شيء له يعني إذا قدر على إذن الراهن أو الحاكم، ومحل الخلاف فيما إذا تعذر الإذن ولم يشهد، مع أن ظاهر كلام صاحب القواعد المتقدم أنه لا يشترط استئذان الحاكم في ذلك، وصرح به في المسألة الآتية، وأنه قول الأكثرين، وهذا خلاف ما قدمه المصنف في صدر المسألة، والله أعلم.

مسألة - ٢٠ - ٢١: قوله: وكذا حكم حيوان مؤجر أو مودع. يعني لا ينفق إلا بإذن ربه إن قدر، فإن تعذر فإذن الحاكم، فإن تعذر ولم يشهد فالخلاف المتقدم، وهو مطلق، وقد ذكر مسألتين:

المسألة الأولى: الإنفاق على الحيوان المؤجر، وقد علمت الصحيح من المذهب في المسألة التي قبلها، فكذا هذه. وقد قال في القواعد: إذا أنفق عليها بغير إذن حاكم ففي الرجوع الروايتان، يعني بهما اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره.

وقال: الصحيح من المذهب الرجوع فيمن أدى حقاً واجباً، وقال هناد: مقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة، قال: ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم بخلاف ما ذكروه في الرهن، واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة. وفي المغني، إشارة إلى التسوية بين الكل في عدم الاعتبار، وأن الإنفاق بدون إذنه يخرج على الخلاف في قضاء

بآلته وقيل: وبما يحفظ به مالية الدار، وأطلق في النوادر: يرجع، وقاله شيخنا فيمن عمر وقتاً بالمعروف ليأخذ عوضه أخذه من مغله، وله أن يركب ويحلب حيواناً، على الأصح، بقدر نفقته، وذكر جماعة: مع غيبة ربه، ولا ينهكه، نص عليه، ونقل حنبل ويستخدم العبد، وبإذن الراهن يجوز إن كان بغير قرض، نص عليهما. وفي المنتخب: أو جهلت المنفعة، وكره أحمد أكل الثمرة بإذنه، ونقل حنبل: لا يسكنه إلا بإذنه، وله أجره مثله. وإذا حل الحق والمرتهن أو العدل وكيل في بيعه باعه، نص عليه، وفي قيمته وجهان «م ٢٢» بإذن مرتهن، وقيل: وراهن، بأغلب نقد البلد، فإن

الدين، ولذلك اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع. وفي المغني وغيره وجه آخر أنه لا يعتبر، وهو الصحيح، انتهى. فتلخص أن المذهب الرجوع.

المسألة الثانية: الإنفاق على الحيوان المودع، وقد علمت الصحيح من المذهب في مسألة الأصل. وقال في القواعد أيضاً: وإذا أنفق على المستودع ناوياً للرجوع فإن تعذر استئذان مالكة رجع، وإن لم يتعذر فطريقان:

أحدهما: أنه على الروايتين في قضاء الدين، وأولى، لأن للحيوان حرمة في نفسه، فوجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً، وهي طريقة صاحب المغني.

والطريقة الثانية: لا يرجع، قولاً واحداً، وهي طريقة المحرر متبعة لأبي الخطاب، انتهى. وهذه الطريقة هي الصحيحة عند المصنف، وقد تقدم كلام صاحب القواعد في التي قبلها، وأن أكثر الأصحاب اعتبروا استئذان الحاكم في الحيوان المودع والمؤجر، والصحيح من المذهب الرجوع في مسألة المصنف، والله أعلم.

مسألة - ٢٢: قوله: وإذا حل الحق والمرتهن أو العدل وكيل في بيعه باعه، نص عليه، وفي قيمته وجهان، انتهى. يعني إذا جنى على الرهن وأخذت قيمته فجعلت رهناً مكانه هل للمرتهن أو العدل بيعه كأصله أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: له بيعه. قلت: وهو الصواب، كأصله، ثم وجدت الشيخ في المغني، والشارح، نقلاً عن القاضي أنه قال: قياس المذهب له بيعه، واقتصر عليه، وقطع به ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يبيعه إلا بإذن متجدد، وله قوة.

تنبيه: حمل شيخنا البعلي مسألة المصنف على بيع الرهن بقيمته لا بما أخذ من القيمة عوضاً عن الرهن كما قلنا. وقال: فلو لم يحصل من يشتريه لم يبيعه في أحد الوجهين، بل يترك حتى يحصل له راغب يشتريه بقيمته قال: والمسألة قريبة من بيع مال المفلس من أنه لا يباع إلا بثمنه المستقر، انتهى. قلت: ما قلناه أولى، والظاهر أنه لم

تساوت فقيـل: بالأحظ، وقيل: بجنس الدين «م ٢٣».

وإن لم يكن أو عزله الراهن، وصح عزله في المنصوص، لم يبعه، ويأمره الحاكم بالوفاء أو البيع، فإن امتنع حبسه أو عزز، فإن أصرَّ باعه عليه، نص عليه، وعنه: وثمنه بيد العدل أمانة، ولا يصدق عليهما في تسليمه للمرتهن، فيرجع على رهنه، وهو على العدل، وقيل: يصدق على رهنه، وقيل: عليهما في حق نفسه، ولا ينفك بعضه حتى يقضي الدين كله، تلف بعضه أو لا، نص عليه وإن رهنه عند اثنين فوفى أحدهما أو رهنه اثنان شيئاً فوفاه أحدهما انفك في نصيبه، كتعدد العقد، وقيل: لا، ونقله مهنا في الثانية، وإذا قضى بعض دينه أو أبرئ منه وبيع بعضه رهن أو كفيل فعما نواه، فإذا طلق فإلى أيهما شاء، وقيل: بالحصص، وإذا اخ تلفاً في قدر الرهن، نحو: رهنك هذا، قال: والآخر، قبل قول الراهن كقدر الحق وعين الرهن، لأنه لا ظاهر ولا عادة، وعنه: في المشروط يتحالفان، وذكر أبو محمد الجوزي: يقبل قول المدعى عليه، وإن ادعى أنه قبضه منه قبل قوله إن كان بيده، فلو قال: رهننتيه، وقال الراهن: غصبتنيه أو وديعة أو عارية، فوجهان «م ٢٤». وإن ادعى

يطلع على النقل في المسألة، وما قاله فيه عسر، لاحتمال ألا يوجد من يشتريه بذلك، فيحصل الضرر، والضرر لا يزال بالضرر، بل يباع بالسعر الواقع في ذلك الوقت إذا وجد من يشتري، والله أعلم.

مسألة - ٢٣: قوله: بأغلب نقد البلد، فإن تساوت فقيـل: بالأحظ، وقيل بجنس الدين انتهى، وأطلقهما في الشرح.

أحدهما: يباع بجنس الدين، وهو الصحيح وعليه الأكثر، وجزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، والمححر، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس والفائق، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يباع إلا بالأحظ، اختاره القاضي، واقتصر عليه في المغني. قلت: وهو الصواب، وقال ابن رزين في شرحه: فإن تساوت النقود باعه بجنس الحق لأنه أحظ، انتهى. كذا قال، ولعله أراد بالأحظية بالنسبة إلى المرتهن، أو أراد: إذا لم يحصل زيادة في غير جنس الحق، فإن كان أراد هذا الأخير فهو متفق عليه.

مسألة - ٢٤: قوله: فلو قال رهننتيه. وقال الراهن: غصبتنيه أو وديعة أو عارية فوجهان، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى، وأطلقهما وفي الفائق في الأولى، فذكر ثلاث مسائل يشبه بعضهن بعضاً.

أحدهما: القول قول الراهن، وهو الصحيح، جزم به في الحاويين، وجزم به في

الراهن تلفه بعد قبض المرتهن فلا خيار له في البيع قبل قول المرتهن. وإن قال في المشروط: رهنك عصيراً قال: خمراً، قُبِل قول الراهن، وعنه: المرتهن، وجعلها القاضي كخلف في حدوث عيب، وإن قال: أرسلت زيذاً لترهنه بعشرين وقبضها، فصدقه، قبل قول الراهن بعشرة.

فصل

والرهن بيد المرتهن أمانة ولو قبل عقد الرهن، نقله ابن منصور، كبعد الوفاء، وإن تعدى فكوديعة، وفي بقاء الرهينة، لأنه يجمع أمانة واستيثاقاً فيبقى أحدهما، وجهان «م ٢٥». ولا يسقط بتلفه شيء من دينه، نص عليه كدفع عبد يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه وكحبس عين مؤجرة بعد الفسخ على الأجرة، بخلاف حبس البائع المتميز على ثمنه، فإنه يسقط في إحدى الروايتين بتلفه، لأنه عوضه، والرهن ليس بعوض الدين، لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما، ذكره في الانتصار وعيون المسائل «م ٢٦» وقال: العلة

الرعاية الصغرى، في الوديعة والعارية، وقدمه في الغصب، وقدمه في الفائق في الوديعة والعارية، وجزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، في العارية والغصب، وقطع به في التلخيص، في الوديعة.

الوجه الثاني: القول قول المرتهن. قال في التلخيص: الأقوى أن القول قول المرتهن في أنه رهن وليس بغصب، انتهى. قلت: وهو الصواب إن كان له عليه من الدين ما يرهن عليه، لأن بقرينة الدين يقوي: قوله: في الرهن، والأصل عدم الغصب، والعارية الوديعة، وإن كان الأصل أيضاً عدم الرهينة، لكن يتقوى جانبها بوجود الدين على الراهن، والله أعلم.

مسألة - ٢٥: قوله: والرهن بيد المرتهن أمانة، فإن تعدى فكوديعة، وفي بقاء الرهينة - لأنه يجمع أمانة واستيثاقاً فيبقى إحداهما - وجهان، انتهى.

أحدهما: بقاء الرهنية قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام الشيخ في المقنع وكثير من الأصحاب قياساً على تعديه في الوكالة، على ما يأتي. وقد قال ابن رجب في قواعده: لو تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه ولم تبطل توثيقته. وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالاً ببطالان الرهن، وفيه بُعد، لأنه عقد لازم، وحق للمرتهن على الراهن، انتهى.

والوجه الثاني: زوال الرهينة، وهو الاحتمال الذي ذكره ابن عقيل.

مسألة - ٢٦: قوله: ولا يسقط بتلفه شيء من دينه، نص عليه، بخلاف حبس

الجامعة أنها عين محبوسة في يده بعقد على استيفاء دين له عليه، ولم يقيد المبيع بالتميز، ويقبل قوله في التلف، وقيل: والرد، وقال أحمد في مرتين ادعى ضياعه: إن اتهمه أحلفه وإلا لم يحلفه، وكذا إن ادعاه بحادث ظاهر وشهدت بينة بالحادث قبل قوله فيه، وكذا وكيل أو وصي بجعل ومضارب، وفيه في الموجز روايتان في رد. والأصح: وأجير ومستأجر، ويقبل قول وكيل ووصي متبرعين، ومودع في الرد مع يمينه وفيهما وجه، وجزم به القاضي في قوله تعالى: ﴿فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ذكره ابن الجوزي، ولم يخالفه، والتلف مع يمينه وفيهما رواية، إذا ثبت الحادث الظاهر ولو باستفاضة، وكذا حاكم. وفي التذكرة: إن من قبل قوله من الأمانة في الرد لم يحلف، وفي الرهن رواية: يضمه كما لو أعاره أو ملكه غيره أو استعمله، نص عليه، وفي وصي رواية في الرد، ذكره القاضي، وكذا مودع ذكره في الوسيلة، وعنه: إن قبضها بينة، وذكره في الروضة عن بعض أصحابنا، وعنه: أو تلفت من بين ماله، وفي وكيل قول، وهو قياس هذه الرواية، ولا ضمان بشرط، وعنه: المسلمون على شروطهم، وعقد فاسد كصحيح في ضمان وعدمه، ومن طلب منه الرد وقبل قوله فهل له تأخيره ليشهد؟ فيه وجهان إن حلف، وإلا فلا، وفيه احتمال «م ٢٧» وكذا مستعير ونحوه لا

البائع المتميز على ثمنه، فإنه يسقط في إحدى الروايتين بتلفه، لأنه عوض، والرهن ليس بعوض، لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما، ذكره في الانتصار وعيون المسائل، انتهى.

إحدهما: يسقط حقه بتلف البيع المتميز المحبوس على ثمنه، وهي قريبة من حبس الصانع الثوب على الأجرة، والصحيح من المذهب فيها الضمان، فكذا في مسألتنا، والله أعلم.

والرواية الثانية: لا يسقط حقه بتلف ذلك قلت: وهو قوي.

مسألة - ٢٧: قوله: ومن طلب منه الرد وقبل قوله: فهل له تأخيره ليشهد؟ فيه وجهان إن حلف وإلا فلا، وفيه احتمال، انتهى. أطلق الوجهين في الرعاية الصغرى، والحاويين. وقال في الرعاية الكبرى، في الوكالة: وكل أمين يقبل: قوله: في الرد وطلب منه فهل له تأخيره حتى يشهد عليه؟ فيه وجهان إن قلنا يحلف، وإلا لم يؤخره لذلك، وفيه احتمال، والظاهر أن المصنف تابعه.

أحدهما: ليس له التأخير، وهو الصحيح، وقطع به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. ذكروه في باب الوكالة، واختاره ابن عقيل في الفصول.

والوجه الثاني: له التأخير حتى يشهد، قلت: وهو قوي، خصوصاً في هذه الأزمنة، ومحلها إذا قلنا: قوله: بيمينه، كما قاله المصنف وغيره.

حجة عليه، وإلا آخر «م ٢٨» كدين بحجة، ذكره أصحابنا، ولا

يلزمه دفع الوثيقة بل الإشهاد بأخذه، قال في الترغيب: ولا يجوز لحاكم إلزامه لأنه ربما خرج ما قبضه مستحقاً فيحتاج إلى حجة بحقه، وكذا تسليم بائع كتاب ابتاعه إلى مشتر، وذكر الأزجي: لا يلزمه دفعه حتى يزيل الوثيقة، ولا يلزم رب الحق الاحتياط بالإشهاد، وعنه: في الوديعة يدفعها ببينة إذا قبضها ببينة، قال القاضي: ليس هذا للوجوب، كالرهن والضمين، وكالإشهاد في البيع مع ورود النص به. وقال ابن عقيل: حملة على ظاهره للوجوب أشبه، ويكون دلالة على أن أحمد أوجب الشهادة في كل ما ورد به النص قال: والأول أشبه.

وإن جنى الرهن فله بيعه في الجناية أو تسليمه، ويبطل الرهن أو فداؤه، وهو رهن، وإن نقص الأرض عن قيمته فهل يباع بقدره أو كله والفاضل عن الأرض رهن؟ فيه وجهان «م ٢٩».

مسألة - ٢٨: قوله: وكذا مستعير ونحوه لا حجة عليه، وإلا آخر، انتهى. اعلم أن الصحيح من المذهب أن حكم هذه المسألة حكم التي قبلها، خلافاً ومذهباً، وقد علمت الصحيح فيها، فكذا في هذه، وقطع به في المغني، والشرح، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم. كالمصنف. وقال في الرعاية الكبرى: لا يؤخره، ثم قال: قلت: بلى.

مسألة - ٢٩: قوله: وإن جنى الرهن فله بيعه في الجناية أو تسليمه، ويبطل الرهن، أو فداؤه وهو رهن، فإن نقص الأرض عن قيمته فهل يباع بقدره أو كله والفاضل عن الأرض رهن به؟ فيه وجهان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والتلخيص، والفائق، والزرکشي، وغيرهم.

أحدهما: يباع بقدره وباقيه رهن، وهو الصحيح، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وجزم به في الكافي، والوجيز وغيرهما، وقدمه في الخلاصة والمغني، والمقنع، والشرح، والرعايتين، والحاويين، وشرح ابن رزين، وغيرهم. قال في المغني، وغيره: بيع منه بقدر أرض الجناية، وباقيه رهن، إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهناً، انتهى. والظاهر أن هذا متفق عليه.

والوجه الثاني: يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهناً، وهو احتمال في الحاويين، وجزم به في المنور، وقدمه في المحرر. وقال ابن عبدوس في تذكرته: يباع بقدر الجناية، فإن نقصت قيمته بالتشقيص بيع كله، انتهى. قلت: وهذا هو الصواب، ولعله مراد الجماعة، ومحل الخلاف في غير ذلك، والله أعلم.

وإن فداء المرتهن بلا إذن ونوى الرجوع فروايتان «م ٣٠».

وإن شرط كونه رهناً بفدائه مع دينه الأول ففي جوازه وجهان «م ٣١» وإن جني عليه فالخصم سيده فإن أخره لغيبة أو عذر أو غيره فالمرتهن، ولو وطئ المرتهن المرهونة حد، وفيه رواية: لا والمذهب يحد، قاله القاضي، ورق ولده، فإن كان مثله يجهل الحظر وادعاه فلا يفدي ولده إن وطئ بلا إذن الراهن، وإلا فوجهان «م ٣٢». ويجب المهر، وقيل: ومع إذنه لمكرهة وكمفوضة، والفرق أنه في عقد. وله

مسألة - ٣٠: قوله: وإن فداء المرتهن بلا إذن ونوى الرجوع، فروايتان، انتهى. إذا اختار المرتهن فداه أو فداءه بغير إذن الراهن أو نوى الرجوع فهل له الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والفائق، والزركشي، وغيرهم.

إحدهما: يرجع، قاله أبو الخطاب والشيخ الموفق والشارح، وصاحب المستوعب والتلخيص، والحاويين، والزركشي وغيرهم، بعد أن أطلقوا الخلاف بناء على من قضى دين غيره بغير إذنه، انتهى. والصحيح من المذهب أن من قضى دين غيره بغير إذنه ناوياً للرجوع، له الرجوع، فكذا في هذه المسألة عند هؤلاء.

والرواية الثانية: لا يرجع، وهو الصحيح، قطع به القاضي والشراف وأبو الخطاب في خلافيهما، وصاحب المحرر والوجيز، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وصححه في التصحيح والنظم، وغيرهما، قال في القواعد: أكثر الأصحاب القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب وغيرهم قالوا: إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع، انتهى. قلت: وهو الصواب.

مسألة - ٣١: قوله: وإن شرط كونه رهناً بفدائه مع دينه الأول ففي جوازه وجهان، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، قدمه في الكافي، والرعاية الكبرى، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يصح، اختاره القاضي، قال في الفائق: جاز، في أصح الوجهين، وقدمه الزركشي.

مسألة - ٣٢: قوله: ولو وطئ المرتهن المرهونة حُدَّ. فإن كان مثله يجهل الحظر وادعاه فلا يفدي ولده، إن وطئ بلا إذن الراهن، وإلا فوجهان، انتهى. يعني إذا وطئ بإذن الراهن مع جهله فهل يفدي ولده أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والرعاية الصغرى، والحاويين، والنظم، والفائق، وغيرهم.

بيع ما جهل ربه إن أيس من معرفته والصدقة به بشرط ضمانه، نص عليه، وفي إذن حاكم في بيعه مع القدرة وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه روايتان كسواء وكيل «م ٣٣ - ٣٥».

أحدهما: لا يلزمه فداؤه، وهو الصحيح، قال أبو المعالي في النهاية: هذا الصحيح، واختاره القاضي في الخلاف، وهو ظاهر كلامه في الكافي، وقطع به في الهداية، والفصول والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الشرح وشرح ابن منجا. والوجه الثاني: يفديه بقيمته، اختاره ابن عقيل، وقدمه في المغني، وصححه في الرعاية الكبرى.

مسألة - ٣٣ - ٣٥: قوله: وله بيع ما جهل ربه إن أيس من معرفته والصدقة به بشرط ضمانه، نص عليه، وفي إذن حاكم في بيعه مع القدرة وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه روايتان، كسواء وكيل، انتهى. ذكر المصنف ثلاث مسائل:

المسألة الأولى - ٣٣: إذا قلنا له بيعه فهل يبيعه من غير إذن حاكم مع القدرة عليه أم لا بد من إذنه؟ أطلق الخلاف.

المسألة الثانية ٣٤: هل له أخذ حقه من ثمنه إذا عجز عن إذن الحاكم أم لا؟ أطلق الخلاف.

المسألة الثالثة - ٣٥: المسألة المقيس عليها وهي شراء الوكيل.

إذا علم ذلك فظاهر كلامه في المغني والشرح إطلاق الخلاف في المسألتين الأوليين، وقال في الفائق: لا يستوفي حقه من الثمن، نص عليه، وعنه: بلى ولو باعها الحاكم ووفاه جاز، انتهى. وقدم في الرعاية الكبرى: ليس له بيعه بغير إذن حاكم، انتهى. وقد ذكر كثير من الأصحاب إذا جهل بذاك الودائع جواز التصديق بها دون إذن حاكم، قال الحارثي: وكذا الرهون، وذكر نصوصاً في ذلك، قلت: الصواب استئذان الحاكم في بيعه إن كان أميئاً، وقد ذكر في الرعايتين وغيره أن الحاكم ينظر في أموال الغياب، وقال المصنف في باب دعاوى في آخر الفصل الثاني: ذكر الأصحاب أن الحاكم يقضي عن الغائب ويبيع ماله، انتهى. والصواب أيضاً أن الحاكم إذا عدم يجوز له أخذ حقه من ثمنه، والله أعلم. وأما مسألة شراء الوكيل، فلم يظهر لي صورتها، فلعلة أراد إذا وكله في شراء شيء أو بيعه ويأخذ حقه منه فيقبض من نفسه لنفسه وأنه منصوص الإمام أحمد، قال في الرعاية الكبرى: وهو أشهر وأظهر، فإن كان مراده هذا ففي إطلاقه الخلاف نظر ظاهر، أو يقال: لم يطلق الخلاف في هذه المسألة وإنما أخبر أن فيها روايتين، أو يكون مراده إذا وكله في الشراء فاشترى من نفسه لموكله، فإن كان

.....

أراد ذلك فالمذهب أنه لا يصح شراؤه لموكله نفسه، والصورة الأولى أولى، والله أعلم.
فهذه خمس وثلاثون مسألة في هذا الباب قد أطلق فيها الخلاف، وصححنا ما يسر
الله تصحيحه منها.

باب الضمان

وهو التزام من يصح تبرعه ويعتبر رضاه فقط، أو مفلس، وفيه رواية في التبصرة، فيتوجه عليها عدم تصرفه في ذمته، وقيل: وسفيه، ويتبع بعد فك حجره، وعنه: ومميز، وعنه: وعبد، فيطالبه بعد عتقه، وفي مكاتب وجهان «م ١» ما وجب على غيره مع بقاءه، وقد لا يبقى، وهو دين الميت، وعنه: المفلس في رواية. وما قد يجب بلفظ ضمين وكفيل وقبيل وحميل وصبي وزعيم، ونحوه لا أؤدي أو أحضر، ويتوجه: بل بالتزامه، وهو ظاهر كلام جماعة في مسائل، كظاهر كلامهم في

مسألة - ١: قوله: وفي مكاتب وجهان، انتهى. يعني: هل يصح ضمان المكاتب لغيره أم لا، وأطلقهما في التلخيص، والنظم، والرعاية الصغرى، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، قال في المحرر وغيره: ولا يصح إلا من جائز تبرعه سوى المفلس المحجور عليه، انتهى. وكذا قال غيره. وقال في الرعاية الكبرى: ومن صح تصرفه بنفسه وتبرعه بماله صح ضمانه، فظاهر كلام هؤلاء عدم صحة الضمان منه، وهو الصواب إن لم يأذن له سيده، وهو الذي قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين.

والوجه الثاني: يصح. قال في الحاويين وغيره: ومن صح تصرفه بنفسه صح ضمانه انتهى. فظاهر هذا الصحة لأن تصرفه يصح بنفسه قال ابن رزين: ويتبع به بعد العتق كالقن. وقيل: يصح بإذن سيده، وهذا الصحيح من المذهب، جزم به في الكافي وغيره، وقدم في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين وغيرهم عدم الصحة بدون إذن سيده. وأطلقوا الوجهين إذا كان بإذن سيده.

تنبيه: الذي يظهر أن محل الخلاف الذي ذكره المصنف في غير المأذون له، أما المأذون له فإنه يصح ضمانه، على الصحيح من المذهب، فإن الصحيح من المذهب صحة ضمان العبد القن بإذن سيده، فالمكاتب بطريق أولى، أو يقال: لما تعلقت به شائبة الحرية لم نصح الضمان، وإن أذن له سيده، لاحتمال أن يكون ذلك سبب عجزه، بخلاف القن، والله أعلم.

النذر، وقوله في الانتصار فيمن لا يستطيع الحج بنفسه أو ماله: إذا بذل له لا يلزمه لأنه وعد لا يلزم، بخلاف الضمان فإنه أتى فيه بلفظ الالتزام، وهو قوله: ضمنت لك ما عليه، أو ما عليه علي، فلهذا لزمه، فنظيره هنا: الله علي أن أحج عنك إن أمرتني، فإذا أمر لزمه.

وقال شيخنا: قياس المذهب بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً، ويثبت في ذمتهم لمنعه الزكاة عليهما وصحة هبته لهما، ولأن الكفيل لو قال: التزمت وتكفلت بالمطالبة دون أصل الدين لم يصح «و» وفي الانتصار وغيره لا ذمة ضامن، لأن شيئاً لا يشغل محلين، ولربه مطالبتهما معاً وأحدهما، ذكره شيخنا، وغيره المذهب «و هـ ش» حياة وموتاً، قال أحمد: يأخذ من شاء بحقه، فإن برئ المديون برئ ضامنه، ولا عكس، ولو ارتد ضامن ولحق هو أو ذمي بدار حرب «هـ»، ولو اقترض أو غصب ذمي من ذمي خمراً فنصه لا شيء له بإسلام أحدهما، وعنه: إن لم يسلم هو فله قيمتها، وقيل: أو يوكل ذمياً يشتريها، ولو أسلم ضامنهما برئ وحده، ولو أسلمه فيها فله أرش ماله، وإن أبرئ أحد ضامنيه برئ وحده وإن ضمن أحدهما صاحبه لم يصح، بل أخذ كفيلين بالآخر، فلو سلمه أحدهما برئ وبرئ كفيله به لا من إحضار مكفول به.

ويصح ضمان مفلس ومجنون، فلو مات لم يطالب في الدارين، ذكره في الانتصار، ودين ميت وضامن وكفيل، فيبرأ الثاني بإبراء الأول، ولا عكس، وإن قضى الدين الضامن الأول رجع على المضمون عنه، وإن قضاه الثاني رجع على الأول، ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان واحد أذن، وإلا ففي الرجوع روايتان «م ٢» وكل دين صح أخذ رهن به وعلى الأصح: وضمان عين مضمونة، وعنه: ودين كتابة ضمنها

مسألة - ٢: قوله: وإن قضى الدين الضامن الأول رجع على المضمون عنه، وإن قضاه الثاني رجع على الأول، ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان واحد أذن، وإلا ففي الرجوع روايتان، انتهى، وأطلقهما في الفصول والمغني، والشرح. وقال في الرعاية الكبرى: فإن كان الأول ضمن بلا إذن، والثاني ضمن بإذن، رجع الثاني على الأول، ولم يرجع الأول على أحد، على الأظهر، انتهى.

أحدهما: له الرجوع عليه، وهو الصحيح من المذهب، قدمه ابن رزين وغيره قلت: الصواب أن هذه المسألة من جملة مسائل من أدى حقاً واجباً عن غيره.

والصحيح من المذهب أن من أدى حقاً واجباً عن غيره ناوياً للرجوع كان له الرجوع سواء أذن له المدفوع عنه أم لا؟ وعليه أكثر الأصحاب، ونص عليه وقدمه المصنف وقال: اختاره الأصحاب، ولو كان غير ضامن فرجوع الضامن بغير إذنه أولى،

حر أو عبد. وقال القاضي: حر لسعة تصرفه، لا أمانة كوديعة.

قال في عيون المسائل: لأنه لا يلزمه إحضارها، وإنما على المالك أن يقصد الموضع فيقبضها، وعنه: صحته، حملة على تعديه، كتصريحه به. ويصح ضمان عهدة بيع وهو ثمنه لأحد المتبايعين عن الآخر، وفي دخول نقض بناء المشتري في ضمانها ورجوعه بالدرك مع اعترافه بصحة البيع وقيام بينة ببطلانه وجهان «م ٣ و ٤».

فيحتمل أن مراد المصنف فيما إذا لم ينو الرجوع، وهو بعيد، لأنه إذا لم ينو الرجوع فإن نوى التبرع لم يرجع قولاً واحداً. وإن أطلق ذاهلاً عن النية وعدمها فالمصنف قد قدم أنه لا يرجع، فانتفى كونه لم ينو أو ذهل، فما بقي إلا أنه نوى الرجوع، والصحيح من المذهب أنه إذا نوى الرجوع كان له الرجوع، وعليه أكثر الأصحاب، فعلى هذا يكون في إطلاق المصنف الخلاف في هذه المسألة نظر، وعذره أنه لم يبيضه، والظاهر أنه تابع الشيخ في المغني في إطلاق الخلاف. وقد حررت مسألة من أدى حقاً واجباً عن غيره، في هذا المكان من الإنصاف تحريراً شافياً، ولله الحمد والمئة.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن محل الخلاف فيما إذا لم يأذن أحد في الضمان، وهو متجه، لكن المنقول في المغني، والشرح، وغيرهما أن محله إذا أذن واحد، ولهذا قال شيخنا في حواشيه: ولعله «إذا كان كل واحد أذن» فسقطت لفظة «كل» من الكاتب فهذه الصورة لا خلاف فيها، وقوله: « وإلا ففي الرجوع روايتان إذا أذن أحد» وهو موافق لما في المغني وغيره.

مسألة - ٣، ٤: قوله: وفي دخول نقض بناء المشتري في ضمانها - أي العهدة - ورجوعه بالدرك مع اعترافه بصحة البيع وقيام بينة ببطلانه وجهان، انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى: هل يدخل في ضمان ضامن العهدة نقض بناء المشتري، أعني إذا بنى ونقضه المستحق فإن الانقاض للمشتري ويرجع بقيمة التالف على البائع، فهل يدخل هذا في ضمان العهدة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في التلخيص، والفائق.

أحدهما: يدخل ذلك في ضمانهما وهو ظاهر ما قطع به في الفصول، وقدمه في الرايتين والحاويين، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يدخل، وهو ظاهر كلامه في المغني، والشرح، فإنهما لم يضمناه إلا إذا ضمن ما يحدث في المبيع من بناء وغراس.

المسألة الثانية: هل يرجع بالدرك مع اعترافه بصحة البيع وقيام بينة ببطلانه أم لا؟ أطلق الخلاف فيه.

أحدهما: ليس له الرجوع لاعترافه بصحة البيع. قلت: وهو الصواب، لاعتقاده

وإن باع بشرط ضمان دركه إلا من زيد ثم ضمن دركه منه أيضًا لم يعد صحيحًا، ذكره في الانتصار، ويصح ضمان نقص صنجة ويرجع بقوله مع يمينه، وقيل: بينة في حق الضامن، وضمان ما لم يجب، وفي المغني في الرهن قبل وجوبه احتمال، وله إبطاله قبل وجوبه، في الأصح ويصح: ألق متاعك في البحر وأنا ضامنه، وإن قال: وأنا وركبان السفينة ضامنون وأطلق، ضمن وحده بالحصّة. وفي الترغيب وجهان: بها أو الجميع، وإن رضوا لزمهم، ويتوجه الوجهان. وإن قالوا: ضمانه لك، فبالحصّة، وإن قال: كل واحد منا ضامنه لك، فالجميع، وكذا ضمانهم ما عليه من الدين، ومن قضى كله أو حصته رجع على المضمون عنه فقط، لأنه أصل منهم لا ضامن عن الضامن الآخر، وما أعطيت فلانًا علي ونحوه ولا قرينة قبل منه، وقيل: للواجب، ومنه ضمان السوق، وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونة، قاله شيخنا، قال: ويجوز كتابته. والشهادة به لمن لم ير جوازه، لأنه محل اجتهاد. وإن جهل الحق أو ربه أو غريمه صح إن آل إلى العلم، وقيل: يعتبر معرفة ربه، وقيل: وغريمه، ولا تصح كفالته بعض الدين، وصححه أبو الخطاب، ويفسره وكذا قال في عيون المسائل: لا نعرف الرواية فيه عن إمامنا، فيمنع، وقد سلمه بعض الأصحاب لجهالته حالاً ومالاً، واختار شيخنا صحة ضمان حارس ونحوه وتجار حرب ما يذهب من البلد أو البحر، وأن غايته ضمان ما لم يجب. وضمان المجهول كضمان السوق، وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التجار للناس من الديون، وهو جائز عند أكثر العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد، لقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

ولأن الطائفة الواحدة الممتنعة من أهل الحرب التي ينصر بعضها بعضًا تجري مجرى الشخص الواحد في معاهدتهم، فإذا شرطوا على أن تجارهم يدخلون دار الإسلام بشرط أن يأخذوا للمسلمين شيئاً وما أخذوه كانوا ضامين له والمضمون يؤخذ من أموال التجار جاز ذلك كما تجوز نظائره، لهذا لما قال الأسير العقيلي للنبي ﷺ: يا محمد، علام أخذتني وسابقة الحاج - يعني ناقته - قال: «بجريرة حلفائك من ثقيف»^(١)، فأسر النبي ﷺ هذا العقيلي وحبسه لينال بذلك من حلفائه مقصوده، قال: ويجب على ولي الأمر إذا أخذوا مالاً لتجار المسلمين أن يطالبهم بما ضمنوه

كذب البيئة ظاهراً، ثم وجدته في الرعاية الكبرى، قال: أصحهما لا يرجع.

والوجه الثاني: له الرجوع، لقيام البيئة بذلك.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٤١).

ويحبسهم على ذلك، كالحقوق الواجبة..

ويصح ضمان حال مؤجلاً، نص عليه، ويصح عكسه، في الأصح مؤجلاً، وقيل: حالاً وللضامن مطالبة المديون بتخليصه، في الأصح إذا طوّل، وقيل: أو لا إذا ضمنه بإذنه، وقيل: أو لا، وإذا قضى عنه بنية رجوعه وقيل: أو أطلق، وهو ظاهر نقل ابن منصور، قال: هل ملكه شيئاً؟ إنما ضمن عنه، كالأسير يشتريه، أليس كلهم قال يرجع؟ وإن لم يأمره أو أحال به رجوع بالأقل مما قضى، أو قدر دينه، مطلقاً، نص عليه، اختاره الأصحاب، لإطلاق الآية: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وأبو حنيفة يقول به في الأم، لكونها أحق برضاعه، وكإذنه في ضمانه أو قضائه، وعنه: لا، اختاره أبو محمد الجوزي. وقال ابن عقيل: يظهر فيها كذب أضحية غيره بلا إذنه في منع الضمان والرجوع، لأن القضاء هنا إبراء، كتحصيل الإجزاء بالذبح ولو تعيب مضمون - أطلقه شيخنا، وقيده أيضاً بقادر - فأمسك الضامن وغرم شيئاً بسبب ذلك وأنفقه في حبس رجوع به على المضمون، قاله شيخنا، ولا يرجع بمؤجل قبل أجله حتى يحل، ولا مع إنكار الآخرين القضاء، لتصرفه بالشرع، فيتصرف بالمصلحة، والوكيل يتبع لفظ الأمر ويرجع مع تصديق رب الدين، في الأصح، ومع تصديق المديون إن قضى بإشهاد، والأصح أو بحضرته، وإلا فلا، وفي رجوعه بشاهد ميت أو غائب وشهادة عبيد والرد بفسق باطن احتمالان (م ٥). وفي شاهد ودعواه موتهم وأنكر الإشهاد وجهان (م ٦ - ٧). وإن قضى الضامن ثانياً ففي رجوعه

مسألة - ٥: قوله: ويرجع مع تصديق رب الدين، في الأصح، ومع تصديق المديون إن قضى بإشهاد، والأصح: أو بحضرته، وإلا فلا، وفي رجوعه بشاهد ميت أو غائب وشهادة عبيد والرد بفسق باطن احتمالان، انتهى. ذكر أربع مسائل حكمهن واحد، وأطلقتهن في المغني، والشرح، والنظم، في الجميع. قال في التلخيص، والرعاية الكبرى: ولو أشهد فماتوا أو غابوا رجع، انتهى.

قلت: الصواب الرجوع مع موت الشهود وغيبتهم إذا صدقه المضمون عنه على ذلك دون غيرهم. والظاهر أن المصنف أراد إذا كان شاهداً واحداً ومات أو غاب، وقلنا: يقبل ويرجع بشهادته إذا كان حاضراً، والمصنف تابع الشيخ في المغني.

مسألة - ٦، ٧: قوله: وفي شاهد ودعواه موتهم فأنكر الإشهاد، وجهان، انتهى، فيه مسألتان.

المسألة الأولى - ٦: إذا أشهد شاهداً واحداً فهل له الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف، وهما احتمالان مطلقان في المغني والشرح وقالوا: إذا ردت شهادته لكونه واحداً.

بالأول للبراءة به باطنًا أو الثاني احتمالان «م ٨». وإذا قال المضمون له: للضامن برئت إليّ من الدين - وقيل: أو لم يقل: إلي - فهو مقر بقبضه، لا أبرأتك، وقوله له: وهبتك الحق تملك له، فيرجع على المديون، وقيل: إبراء، فلا.

فصل وتصح كفالته برضاه بإحضار من لزمه حق، حضر أو غاب، وقيل: بإذنه معين، وقيل: وأحد هذين، واحتجوا بقوله: ﴿لَتَأْتُنِي بِهِ﴾، [يوسف: ٦٦] الآية، فإن قيل: لم يثبت على المكفول به هنا شيء، قيل: بل عليه حق، لأنه إذا دعا ولده لزمته الإجابة، وقيل: لا تنعقد بحميل وقبيل، وعين مضمونة كضمانها. وقال أبو

أحدهما: لا رجوع له بذلك ولا يكفي، قطع به في التلخيص، والرعايتين، والحاويين.

والوجه الثاني: يكفي ذلك ويرجع عليه، واختاره في الرعاية الكبرى. قلت: وهو الصواب، ويحلف، وينبغي أن يكون هذا المذهب، لأن من قواعد المذهب قبول شهادة الشاهد الواحد مع اليمين في المال وما يقصد به المال، وهنا كذلك، فعلى هذا في إطلاق المصنف شيء.

المسألة الثانية - ٧: لو ادعى أنه أشهد وماتوا وأنكر المضمون عنه الإشهاد فهل يقبل قول الضامن ويرجع أم لا؟ أطلق الخلاف. قال في التلخيص: ولو ادعى موت الشهود وأنكر الرجوع عليه فوجهان، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أحدهما: يرجع، إذ الاحتراز عنه متعذر.

والوجه الثاني: لا يرجع، لأن الأصل عدم الإشهاد، والمضمون عنه يدعيه.

قلت: الصواب في هذه الأزمنة الرجوع إلى القرائن من صدق المدعي وغيره.

مسألة - ٨: قوله: وإن قضى الضامن ثانيًا ففي رجوعه بالأول للبراءة منه باطنًا أو الثاني احتمالان، انتهى، وأطلقهما في الكافي، ونظم الزوائد.

أحدهما: يرجع بما قضاه ثانيًا، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وقالوا: هذا أرجح، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والاحتمال الثاني: يرجع بما قضاه أولاً.

وهذان الاحتمالان طريقة موجزة في الرعاية الكبرى، والذي قدمه فيها أنه يرجع عليه مرة واحدة، وكأنه تبع عبارة من أطلقها، وإلا فلا منافاة بين ما قدمه وبين الثاني، لأن كلام من أطلق محتمل لهما، والتحقيق ما قاله المصنف والشيخ وغيرهما، وليس في كلام صاحب الرعاية فائدة، والله أعلم.

الخطاب: وإحضار وديعة وكفالة بركة وأمانة، لنصه فيمن قال: ادفع ثوبك إلى هذا الرءاء فأنا ضامنه لا يضمن حتى يثبت أنه دفعه إليه، ويلزمه الحضور معه إن كفله بإذنه أو طولب به، وقيل: بهما وإلا فلا، وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو وقيل: لا تبقى الحياة معه، وقيل: وجهه فقط؟ فوجهان «م ٩ - ١١». ولا تصح ببدن من عليه حد أو قود، أو بزوجة أو شاهد، وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب

مسألة - ٩ - ١١: قوله: وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو، وقيل: لا تبقى الحياة معه، وقيل: وجهه فقط، فوجهان، انتهى، ذكر ثلاث مسائل:

مسألة الكفالة بالجزء الشائع ومسألة الكفالة بعضو، ومسألة الكفالة بوجهه.

أما مسألة - ٩: الكفالة بالجزء الشائع فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المقنع، والمححر، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وغيره، وصححه في التصحيح والمغني، وغيرهما، قال في تجريد العناية: هذا الأظهر، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي.

وأما مسألة - ١٠: الكفالة بعضو غير الوجه فهل تصح أم لا؟ أطلق الخلاف وأطلقه في المقنع، والمححر، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: تصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وغيره، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته وغيره، صححه في التصحيح وغيره، قال في تجريد العناية: هذا الأظهر، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة والتلخيص والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح، قال القاضي: لا تصح ببيع البدن، انتهى. وقيل: إن كانت الحياة تبقى معه كاليد والرجل ونحوهما لم تصح، وإن كانت لا تبقى كرأسه وكبده ونحوهما صح، جزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، وغيرهما.

قال في الكافي: قال غير القاضي: إن كفل بعضو لا تبقى الحياة بدونه كالرأس والقلب والظهر صح، وإن كان غيرها كاليد والرجل فوجهان، انتهى.

وأما مسألة - ١١: الكفالة بالوجه فقط فالصحيح من المذهب صحتها، وقطع به الأكثر، منهم صاحب المغني، والكافي، والمححر، والشرح، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وإدراك الغاية، والمنور، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: وهو الظاهر.

الحق وتوقيتهما وجهان «م ١٢ و ١٣».

فلو تكفل به على أنه إن لم يأت به فهو ضامن لغيره أو كفيل به أو كفله شهراً

وقيل: لا تصح. قال القاضي: لا تصح ببعض البدن، ولم أر من صرح بهذا القول، وكلام المصنف إنما هو الكفالة به دون غيره، فلذلك قال: فقط.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف إطلاق الخلاف في المسائل الثلاث، وفيه نظر، لا سيما مسألة الوجه فقط، إذ القول بعدم الصحة فيه ضعيف جداً، فما اختلف الترجيح حتى يطلق الخلاف فيه، والأحسن في العبارة، والله أعلم، أن يقول: وإن كفل بجزء شائع فوجهان، ويصح بعضو. وقيل: لا تبقى الحياة معه، وقيل: وجهه فقط، والله أعلم.

مسألة - ١٢ و ١٣: قوله: وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق وتوقيتهما وجهان، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ١٢: لو علق الضمان أو الكفالة بغير سبب الحق فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب والفائق، وظاهر كلامه في المغني، والشرح، إطلاق الخلاف أيضاً.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب والشراف أبو جعفر وغيرهما، وجزم به في الوجيز والمنور، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والمحزر، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. ونقل مهنا الصحة في كفيل به، وجزم في الرعاية الكبرى، بصحة تعليق الكفالة على شرط وتوقيتها في باب الكفالة.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي في الجامع.

المسألة الثانية - ١٣: توقيت الضمان والكفالة هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، واعلم أن حكم توقيتهما حكم تعليقهما بغير سبب الحق خلافاً ومذهباً، لكن قال في الرعاية الكبرى، في مسألة التوقيت، ويحتمل عدم الصحة، وهو أقيس، لأنه وعد مع تقديمه الصحة في تعليقهما، والله أعلم.

تنبيه: لعل في كلام المصنف نقصاً وتقديره: «وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بشرط»، فقوله: «بشرط» نقص كما قاله غيره، والتعليق لا يكون إلا بشرط هنا. وقوله: بغير سبب الحق، مثال تعليقهما بسبب الحق، العهدة والدرك، وما لم يجب ولم يوجد سببه، وقوله: إن أقرضت فلائاً كذا فضمانها عليّ، أو ما أعطيته فأنا ضامنه، فهذا تعلق بشرط، لكنه سبب للحق، فذلك يصح.

فوجهان «م ١٤» ونقل مهنا الصحة في كفيل به، وإن قال: أبرئ الكفيل وأنا كفيل فسد الشرط، في الأصح، فيفسد العقد، ويتوجه وجهه، ومتى أحضره - قال في المستوعب، ولم يكن حائل - برئ، نص عليه، وعنه: ويبرأ منه، وقيل: إن امتنع أشهد، وقيل: إن لم يجد حاكماً، وكذا قبل أجله، ولا ضرر، ويتعين مكان العقد، وقيل: مع ضرر، وقيل: يبرأ ببقية البلد، وعنه: وغيره وفيه سلطان، اختاره القاضي وأصحابه.

قال شيخنا: إن كان المكفول في حبس الشرع فسلمه إليه فيه برئ، ولا يلزمه إحضاره منه إليه عند أحد من الأئمة، ويمكنه الحاكم من إخراجه ليحاكم غريمه ثم يرده، هذا مذهب الأئمة، كمالك وأحمد وغيرهما، وفي طريقة بعض أصحابنا: فإن قيل: دلالة عليه وإعلامه بمكانه لا يعد تسليماً، قلنا: بل يعد، ولهذا إذا دل على الصيد محرماً كُفِّر، وإذا تعذر إحضاره مع بقاءه أو غاب - نص عليهما - ومضى زمن يمكنه رده، أو مضى زمن عينه لإحضاره الدين لزمه الدين أو عوض العين، وفي المبهج وجهه، كشرط البراءة منه. وقال ابن عقيل: قياس المذهب لا يلزمه إن امتنع بسلطان، وألحق به معسر ومحبوس، ونحوهما، لاستواء المعنى، والسجان كالكفيل، قاله شيخنا. ومتى أدى ما لزمه ثم قدر على المكفول فظاهر كلامهم أنه في رجوعه عليه كضامن، وأنه لا يسلمه إلى المكفول له ثم يسترد ما أداه، بخلاف مغضوب تعذر إحضاره مع بقاءه، لامتناع بيعه، وإن مات المكفول به في المنصوص أو تلفت العين بفعل الله تعالى في أحد الوجهين قبل ذلك، أو سلم نفسه، برئ الكفيل «م ١٥» لا

مسألة - ١٤: قوله: فلو تكفل به على أنه إن لم يأت به فهو ضامن لغيره أو كفيل به أو كفله شهراً فوجهان، انتهى، وهما مبنيان على الوجهين المتقدمين في تعليقهما وتوقيتهما لكن قال الشيخ والشارح، هنا: قول القاضي، وهو عدم الصحة أقيس وقدمه ابن رزين، واختار الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في الانتصار وغيرهما الصحة، وهو الصحيح، كما تقدم، وقدم في الرعايتين والحاويين، وغيرهما الصحة في المسألة الأولى.

مسألة - ١٥: قوله: وإن مات المكفول به - في المنصوص - أو تلفت العين بفعل الله في أحد الوجهين قبل ذلك، أو سلم نفسه برئ الكفيل، انتهى. إذا تلفت العين المكفولة بفعل الله تعالى كالمغضوب والعواري ونحوهما فهل يبرأ الكفيل كما لو مات أو لا يبرأ؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يبرأ، وهو الصحيح، جزم به في الهداية، والمذهب والمستوعب

بموت الكفيل أو المكفول له، وفي طريقة بعض أصحابنا وقولهم تبطل بموت الكفيل أو المكفول، فدل أنها غير لازمة، بخلاف الكفيل بالدين.

قلنا: وكذا إذا مات الكفيل بالدين بطلت الكفالة، فهما سيان. ومن كفّل أو ضمن ثم قال لم يكن عليه حق صدق خصمه، وفي يمينه وجهان «م ١٦». ومن كفله اثنان فسلمه أحدهما - في المنصوص - أو كفّل لهما فأبرأه أحدهما بقي حق الآخر، ومن عليهما مائة فضمن كل منهما الآخر فقضاه أحدهما نصفها أو أبرأه منه ولا نية، فقل: إن شاء صرفه إلى الأصل أو الضمان، وقيل: بينهما نصفان «م ١٧». وإن

والخلاصة، والكافي، والمقنع، والمحرم، والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح، ونصراه.

والوجه الثاني: لا يبرأ. وقال في الرعاية الكبرى: فإن سلمها وإلا ضمن عوضها، وقيل: إلا أن تتلف بفعل الله تعالى فلا يضمها، وفيه احتمال، انتهى.

مسألة - ١٦: قوله: وإن كفّل أو ضمن ثم قال: لم يكن عليه حق، صدق خصمه، وفي يمينه وجهان، انتهى. وكذا قال في الرعاية، وأطلقهما في الكافي، وقال: مضى توجيههما في الرهن يعني إذا أقر بالرهن ثم ادعى أنه لم يقبضه. وأطلق الخلاف أيضًا هناك.

أحدهما: عليه اليمين، وهو الصحيح، قدمه في المغني والشرح وقالوا: هذا أولى.

والوجه الثاني: لا يمين عليه، وهو احتمال في المغني والشرح.

مسألة - ١٧: قوله: ومن عليهما مائة فضمن كل منهما الآخر فقضاه أحدهما نصفها أو أبرأه منه ولا نية فقل: إن شاء صرفه إلى الأصل أو الضمان، وقيل: بينهما نصفان، انتهى. هما احتمالان مطلقان في الفصول والمغني والشرح، والظاهر أن المصنف تابع صاحب المغني، واعلم أنه لو قضى بعض دينه أو أبرأ منه وبعبضه رهن أو ضمّن كان عما نواه الدافع أو المبرئ من القسمين، والقول: قوله: في النية. وإن أطلق ولم ينو شيئًا صرفه إلى أيهما شاء، على الصحيح من المذهب، قدمه في المحرم والرعايتين، والحاويين، والفائق، والمصنف في هذا الكتاب وغيرهم. وقطع به في المغني، والكافي، والشرح، وغيرهما، وقيل: يوزع بينهما بالحصص. ومسألة المصنف هنا مثل هذه، بل هي فرد من أفرادها، فإن أحد الضامنين إذا قضى نصفها داخل في كلام الأصحاب في هذه المسألة وكذلك لو أبرأه المضمون له من نصفها وأطلق كان له صرفه إلى ما أراد، وهو داخل في كلام الأصحاب في هذه المسألة، فإذا في إطلاق المصنف في هذه المسألة نظر واضح، ولعله لم يتذكر أصل المسألة التي ذكرها هو وغيره، فتابع

أحال عليهما ليقبض من أيهما شاء صح، وذكر ابن الجوزي وجهًا: لا كحوالته على اثنين له على كل منهما مائة، وإن أبرأ أحدهما من المائة بقي على الآخر خمسون أصالة، وإن ضمن ثالث عن أحدهما المائة بأمره وقضاها رجع عليه بها، وهل له أن يرجع بها على الآخر؟ فيه روايتان «م ١٨».

وإن ضمن معرفته أخذ به، نقله أبو طالب. ومتى أحال رب الحق أو أحيل أو زال العقد برئ الكفيل، وبطل الرهن ويثبت لوارثه، ذكره في الانتصار. وفي الرعاية في الصورة الأولى احتمال وجهين في بقاء الضمان، ونقل مهنا فيها يبرأ، وأنه إن عجز مكاتب رق وسقط الضمان، وذكر القاضي أنه لو أقاله في سلم به رهن حبسه برأس ماله، جعله أصلًا لحبس رهن بمهر المثل بالمتعة.

الشيخ في المغني، هنا، ولم يذكر ذلك، والله أعلم.

والمصنف لم يبيض هذا الجزء، ولعل بين هذه المسألة وبين تلك فرقًا لم يحرره، فإن صاحب المغني، ذكر هنا احتمالين، وقطع هناك، لكن صاحب المغني، لم يشترط في كتابه ما اشترطه المصنف، والله أعلم.

مسألة - ١٨: قوله: وإن ضمن ثالث عن أحدهما المائة بأمره وقضاها رجع عليه بها، وهل له أن يرجع بها على الآخر؟ فيه روايتان، انتهى

قلت: الصواب أن له الرجوع على الآخر أيضًا، لأنه أدى حقًا واجبًا عليه ونوى الرجوع، فهذه المسألة قريبة من مسألة ذكرها المصنف قريبًا، وأطلق فيها الخلاف، وهي ما إذا ضمن الضامن آخر فإنه قال: وإن قضاها الثاني رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان واحد أذن، وإلا ففي الرجوع روايتان، وذكرنا هناك أن الصحيح له الرجوع، وأن في إطلاق المصنف الخلاف شيئًا، على الصحيح، فكذا هذه، هذا ما يظهر لي، بل هي من جملة المسألة لأن الضامن الثالث ضامن عنه خمسين بالأصالة، فهو ضامن أول، وخمسين بالضمان هو فيها ضامن ثان، فهي كتلك المسألة بالنسبة إلى الخمسين التي ضمنها الشريك. فهذه ثمان عشرة مسألة قد أطلق فيها الخلاف.

باب الحوالة

تصح بلفظها أو بمعناها الخاص برضى المحيل بشرط المقاصة وعلم المال، وفي مذروع ومعدود وجهان «م ١» واستقرار المحال عليه، نص عليه، وقيل: والمحال به، جزم به الحلواني، فلا يصحان في دين سلم وفي رأس ماله بعد فسخه وجهان «م ٢».

مسألة - ١: قوله: تصح بلفظها أو معناها الخاص برضا المحيل بشرط المقاصة وعلم المال، وفي مذروع ومعدود وجهان، انتهى. يعني يشترط علم المال وأن يكون فيما يصح فيه السلم من المثليات، ففي غير المثلي من المذروع والمعدود الوجهان، وأطلقهما في المغني، والشرح، والفائق، والزرکشي، قال في الرعايتين والحاويين: إنما يصح في دين معلوم يصح السلم فيه. وأطلقا في إبل الدية الوجهين.

أحدهما: يصح في المذروع والمعدود. قال القاضي في المجرد: تجوز الحوالة بكل ما صح السلم فيه، وهو ما يضبط بالصفات، سواء كان له مثل كالحبوب والأدهان والثمار، أو لا مثل له كالحيوان والثياب. وقد أوماً إليه أحمد في رواية الأثرم، قال الناظم: يصح فيما فيه السلم، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا تصح الحوالة بذلك. وقد قال أبو الخطاب: لا تصح الحوالة في الإبل. قال الشيخ في المغني، والشارح: ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الأموال، انتهى. قلت: قد أطلق المصنف الخلاف في مسألة القرض، وصححناها هناك، فليراجع..

مسألة - ٢: قوله: فلا يصحان في دين سلم، وفي رأس ماله بعد فسخه وجهان، انتهى. وأطلقهما في المحرر وشرحه والرعايتين، والحاويين، والنظم، والفائق، والزرکشي، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح. قال في الرعاية الكبرى، في باب القبض والضمان في البيع:

وفي طريقة بعضهم في لحوق الزيادة المسلم فيه منزل كموجود، لصحة الإبراء منه والحوالة عليه وبه. ولا يصح على دين كتابة ولو حل في المنصوص، ومهر وأجرة بالعقد، وفيهن بها وجهان «م ٣». ومتى رضي المحتال برئ محيله.

ولا يصح التصرف مع المديون وعليه بحال في دين مستقر قبل قبضه، وكذا رأس مال السلم بعد فسخه مع استقراره أيضًا. وقيل: يصح تصرفه، انتهى. فقدم عدم صحة تصرفه.

والوجه الثاني: يصح قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، ثم وجدته في تصحيح المحرر قال: وهو أصح، على ما يظهر لي، قال: ومستندي عموم عبارات الأصحاب أو جمهورهم، لأن بعضهم يشترط في الدين أن يكون مستقرًا، وهذا مستقر، وبعضهم يقول: يصح في كل دين عدا كذا، ولم يذكروا هذا في المستثنى، وهذا دين، فصحت الحوالة به وعليه على العبارتين، انتهى.

مسألة - ٣: قوله: ولا يصح على دين كتابة، ومهر وأجرة بالعقد، وفيهن بها وجهان، انتهى، وأطلقهما في الرعايتين والحاويين والفائق، في الحوالة بدين الكتابة والمهر. قال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. يشترط لصحتها أن يكون بدين مستقر وعلى دين مستقر. وقال في الحاويين: ولا تصح إلا بدين معلوم يصح السلم فيه مستقر على مستقر. وقال في الرعايتين: إن ما يصح بدين معلوم يصح السلم فيه مستقر، في الأشهر، على دين مستقر. وقال في الفائق: ويختص صحتها بدين يصح السلم فيه، ويشترط استقراره في أصح الوجهين على مستقر. وقال في التلخيص: لا تصح الحوالة بغير مستقر ولا غير مستقر، فلا تصح في مدة الخيار، على ظاهر كلام أبي الخطاب وقال القاضي وابن عقيل: تصح حوالة المكاتب لسيده بدين الكتابة على من له عليه دين ويبرأ العبد ويعتق ويبقى الدين في ذمة المحال عليه للسيد، انتهى. وقال الزركشي تبعًا لصاحب المحرر: الديون أربعة أقسام: دين سلم، ودين كتابة، وما عداهما وهو قسمان: مستقر وغير مستقر، كثن البيع في مدة الخيار ونحوه، فلا تصح الحوالة بدين السلم ولا عليه، وتصح بدين الكتابة على الصحيح دون الحوالة عليه، ويصحان في سائر الديون مستقرها وغير مستقرها. وقيل: لا تصح على غير مستقر بحال، وإليه ذهب أبو محمد وجماعة من الأصحاب. وقيل: ولا بما ليس بمستقر، وهذا اختيار القاضي في المجرد، وتبعه أبو الخطاب والسامري، انتهى.

وقال في المقنع: يشترط أن يحيل على دين مستقر، فإن أحال على مال الكتابة أو السلم أو الصداق قبل الدخول لم يصح، وإن أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح،

وكذا إن رضي وجهله، أو ظنه مليئاً فبان مفلساً، نص عليه، وعنه: يرجع، كشرطها، وكما لو بان مفلساً بلا رضا، وإن لم يرض أجبر على الأصح على قبولها على مليء بماله، وقوله: وبدينه فقط، ويبرأ بها محيله ولو أفلس المحال عليه أو جحد أو مات، نقله الجماعة، وعنه: إذا أجبره حاكم، فيتوجه قبله مطالبة محيله، وذكر أبو حازم وابنه أبو يعلى: لا، كتعيينه كيساً فيريد غيره.

قال أبو يعلى: والوكالة في الإيفاء يحرم امتناعه ولا يسقط حقه بها بل مطالبته، ولا يعتبر رضا المحال عليه، ومتى صحت فرضياً بخير منه أو بدونه أو تعجيله أو تأجيله أو عوضه جاز، ذكره الشيخ، وذكر في الترغيب الأولى فظاهاه منع عوضه، ونقل سندي فيمن أحاله عليه بدينار فأعطاه عشرين درهماً لا ينبغي إلا ما أعطاه وإذا أحيل على المشتري بثلث المبيع أو أحال به فلم يقبض حتى فسخ البيع بخيار أو غيره

انتهى. وقال في الكافي: يشترط أن يحيل على دين مستقر، ولا يعتبر استقرار المحال به، فلو أحال الزوج زوجته قبل الدخول بصداقها، أو أحال المشتري البائع بثلث المبيع في مدة الخيار، أو أحال المكاتب سيده بنجم قد حل، صح في ذلك، وإن أحالت الزوجة أو البائع أو السيد والحالة ما تقدم لم يصح، انتهى، ملخصاً، وكذا قال الشارح وغيره فتلخص أن الصحيح أنه يشترط لصحة الحوالة أن تكون على دين مستقر وقدمه المصنف قبل ذلك وقال: نص عليه، ولا يشترط استقرار المحال به، كما هو مختار الشيخ الموفق وغيره، وتقدم كلام القاضي وابن عقيل الذي في التلخيص، وكلام صاحب المحرر والزرکشي، وهو ظاهر ما قدمه المصنف قبل ذلك، وإن كان اختيار كثير من الأصحاب اشتراط استقرار المحال عليه والمحال به، كالقاضي في المجرد والحلواني وأبي الخطاب وابن الجوزي والسامري والفخر ابن تيمية وأبي المعالي وابن حمدان وصاحب الحاويين والفائق، وغيرهم. وتلخص مما تقدم أن في المسألة عدة طرق، والله أعلم.

تنبيهات:

الأول: أخل المصنف رحمه الله بقوله في المهر والأجرة بالعقد، فإن فيهما قولاً كبيراً بجواز الحوالة عليهما، قدمه في المحرر والزرکشي، وغيرهما، وجزم المصنف بغيره تبعاً لجماعة.

الثاني: في إطلاقه الخلاف مع تقديمه أولاً اشتراط استقرار المحال عليه دون المحال به نظر.

الثالث: قول المصنف «وفيهن بها وجهان» صوابه: «وفيهما بهن وجهان» يعني وفي الحوالة بدين الكتابة والمهر والأجرة وجهان، والله أعلم.

لم تبطل الحوالة، كأخذ البائع بحقه عرضاً، وقيل: بلى، كما لو بان باطلاً، بيينة أو اتفاقهما، فعلى هذا في بطلان إذن المشتري للبائع وجهان «م ٤» وأبطل القاضي الحوالة به لا عليه، لتعلق الحق بثالث، وكذا إن انفسخ النكاح بعد الحوالة بين الزوجين وإن اتفقا على قوله: أحلتك أو أحلتك بديني وقال أحدهما: المراد به الوكالة، فقيل: يقبل قوله، وقيل: مدعي الحوالة، كقوله: أحلتك بديني «م ٥ و ٦». وإن قال زيد لعمر: أحلتي بديني على بكر، واخ تلفاً في جريان لفظ الحوالة فقيل: يصدق عمرو، جزم به جماعة، فلا يقبض زيد من بكر، لعزله بالإنكار، وفي طلب

مسألة - ٤: قوله: وإذا أحيل على المشتري بثمان المبيع أو أحال به فلم يقبض حتى فسخ البيع بخيار أو غيره لم تبطل الحوالة، وقيل: بلى، فعلى هذا في بطلان إذن المشتري للبائع وجهان، انتهى. أطلق الخلاف على القول بالبطلان: أحدهما: يبطل، قدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: لا يبطل، وهو الصحيح. وقال في التلخيص: فعلى وجه بطلان الحوالة لا يجوز له القبض، فإن فعل احتمال ألا يقع عن المشتري، لأن الحوالة انفسخت فبطل الإذن الذي كان ضمنها. واحتمل أن يقع عنه، لأن الفسخ ورد على خصوص جهة الحوالة دون ما تضمنه الإذن، فيضاهي تردد الفقهاء في الأمر، إذا فسخ الوجوب هل يبقى الجواز؟ والأصح عند أصحابنا بقاءه، وإذا صلى الفرض قبل وقتها انعقد نفلاً، انتهى. قال شيخنا في حواشيه: هذا يرجع إلى قاعدة، وهي إذا بطل الوصف هل يبطل الأصل أم لا؟ ويرجع إلى قاعدة، وهي إذا بطل الخصوص هل يبطل العموم؟ فيه خلاف، ذكرها في القواعد الأصولية، انتهى.

مسألة - ٥ و ٦: قوله: وإن اتفقا على قول أحلتك أو أحلتك بديني. وقال أحدهما: المراد به الوكالة، فقيل: يقبل قوله، وقيل: مدعي الحوالة، كقوله أحلتك بديني، انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٥: إذا اتفقا على: قوله: أحلتك، وقال أحدهما: المراد به الوكالة، وأنكر الآخر، ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان، وأطلقها في المغني، والكافي، والمقنع، وشرح ابن منجا، والنظم، والحاويين، وغيرهم.

أحدهما: القول قول مدعي الوكالة، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز والمنور، ومنتخب الأمدي وغيرهم. وصححه في التصحيح، وقدمه في المحرر والرعائيتين.

والوجه الثاني: القول قول مدعي الحوالة، صححه في التلخيص، والفائق، وتجريد العناية وغيرهم قلت: وهو الصواب.

المسألة الثانية - ٦: لو اتفقا على قوله: أحلتك بديني، وقال أحدهما: المراد به

دينه من عمرو وجهان لأن دعواه الحوالة براءة، وما قبضه وهو قائم لعمرو أخذه، في الأصح، والتالف من عمرو، وقيل: يصدق زيد فيأخذ من بكر «م ٧، ٨». ولو قال زيد: وكلتني، وقال عمرو: أحلتك، فمن رجح في الأولى قول عمرو

الوكالة، ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان، والحكم هنا كالحكم في التي قبلها، كما قال المصنف، خلافاً ومذهباً، وقد علمت الصحيح في التي قبلها، فكذا يكون فيها، لكن قدم في الرعاية الكبرى، هنا: أن القول قول مدعي الحوالة، وفيه قوة..

مسألة - ٧ و ٨: قوله: فإن قال زيد لعمرو: أحلتني بديني على بكر، واختلفا في جريان لفظ الحوالة، فقيل: يصدق عمرو، جزم به جماعة، فلا يقبض زيد من بكر، لعزله بالإنكار، وفي طلب دينه من عمرو وجهان، لأن دعوى الحوالة براءة وما قبضه وهو قائم لعمرو أخذه في الأصح والتالف من عمرو، وقيل: يصدق زيد فيأخذ من بكر، انتهى ذكر مسألتين.

مسألة الأولى - ٧: إذا اختلفا في جريان لفظ الحوالة ومعناه هل جرى بينهما لفظ الحوالة أو غيره بدليل عكسها، وهي المسألة الآتية، وبدليل المسألة الرابعة التي تقدم الكلام عليها، نبه عليه شيخنا، فإذا قال المحيل وهو عمرو للمحتال وهو زيد: إنما وكلتك في القبض لي بلفظ الوكالة. وقال زيد: بل أحلتني بديني على فلان وهو بكر، فهل القول قول المحيل وهو عمرو، أو قول المحتال وهو زيد؟ فيه وجهان، أطلقهما المصنف، وأطلقهما في المغني والشرح.

أحدهما: القول قول المحيل وهو عمرو، قدمه في الرعايتين والحاويين، والفائق، وغيرهم. قال المصنف هنا: جزم به جماعة.

والوجه الثاني: القول قول مدعي الحوالة وهو زيد، لأن الظاهر معه، قدمه ابن رزين في شرحه، فعلى القول الأول: يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه، قاله في المغني، والشرح. وقال المصنف هنا تبعاً لصاحب الرعاية الكبرى: لا يقبض المحتال وهو زيد من المحال عليه وهو بكر، لعزله بالإنكار، وفي طلب دينه من عمرو وهو المحيل وجهان، وهي:

المسألة الثانية - ٨: وأطلقهما في الرعايتين والحاويين، والفائق.

أحدهما: له طلبه منه، لإنكاره الحوالة، وهو الصحيح، صححه في المغني والشرح، وهو الصواب.

والوجه الثاني: ليس له طلبه، لأن دعوى الحوالة براءة وهو مدعيها.

رجح هنا قول زيد، ومن رجع في الأولى قول زيد رجع هنا قول عمرو «م ٩». وإن اتفقا على قوله: أحلتك أو أحلتك بديني، وقال أحدهما: المراد به الوكالة فقول: يقبل قوله، وقيل: مدعي الحوالة كقوله: أحلتك بديني. قال شيخنا: والحوالة على ماله في الديوان إذن في الاستيفاء فقط، وللمحتال الرجوع ومطالبة محيله وإحالة من لا دين عليه على من دينه عليه وكالة، ومن لا دين عليه على مثله وكالة في اقتراض، وكذا مدين على بريء فلا يصارفه، نص عليه. وفي الموجز والتبصرة إن رضي البريء بالحوالة صار ضامناً يلزمه الأداء.

مسألة - ٩: قوله: ولو قال زيد: وكلتني، وقال عمرو: أحلتك، فمن رجع في الأولى قول عمرو رجع هنا قول زيد، ومن رجع في الأولى قول زيد رجع هنا قول عمرو، انتهى. فالمصنف قد أطلق الخلاف في المسألة الأولى، وكذا يكون في هذه، لكن الترجيح يختلف، لأنها عكسها، والله أعلم. وما قاله صحيح، فقد قطع في الرعاية الصغرى، وقدمه في الحاويين والفتاوى: أن القول في هذه المسألة قول مدعي الوكالة، وهو زيد، وفي التي قبلها رجحوا قول عمر، والله أعلم.

وتبع المصنف في هذه العبارة ابن حمدان في الرعاية الكبرى، فإنه قال: ولو قال زيد: وكلتني، وقال عمرو: أحلتك، فمن رجع في الأول قول عمرو رجع هنا قول زيد، فإذا حلف قبل القبض أنه وكيل رجع على عمرو، وفي رجوع عمرو على بكر وجهان، وإن كان قبضه فقد ملكه، وإن كان تلف بلا تفریط لم يضمه ويرجع بدينه على عمرو، ومن رجع في الأول قول زيد رجع هنا قول عمرو، فلا يرجع عليه، وإذا حلف أنه أحاله قبض زيد من بكر بالوكالة على قوله، وبالحوالة على قول عمرو، وبرئت ذمتها، انتهى. فهذه تسع مسائل قد أطلق فيها الخلاف في هذا الباب..

تنبيه: قوله: «وإن بذلته الزوجة ليقربه» في فهمه غموض، والمعنى ليقرب لها أنها غير زوجة، ولا يفهم هذا المعنى من كلامه إلا بتقدير، والله أعلم.

باب الصلح وحكم الجوار

إذا أقر له بدين أو عين فوهب أو أسقط بعضه وطلب باقيه صح، لا بلفظ الصلح، على الأصح، لأنه هضم للحق، خلافاً لظاهر الموجز والتبصرة، أو جعله شرطاً في الأصح، كما لو منعه المديون حقه بدونه، ويصح ممن لا يصح تبرعه مع إنكار ولا بينة، وكذا من ولي، وقيل: لا. قطع به في الترغيب، ويصح عما ادعى على موليه وبه بينة، وقيل: أو لا. ولو صالح عن المؤجل بيعه حالاً لم يصح، نقله الجماعة. وفي الإرشاد والمبهج رواية اختارها شيخنا، لبراءة الذمة هنا، وكدين الكتابة، جزم به الأصحاب، ونقله ابن منصور، قال: ليس بينه وبين سيده رباً، فدل أنه إنما جوزه على هذا الأصل، والأشهر عكسه، ونقل ابن ثواب فيمن قال لرجل أعطاه دراهم بربح إلى أجل: عجل لي وأضع عنك، قال: من أخذ دراهمه بعينها فلا بأس، وكره أكثر. وسأله أبو طالب عن هذه الصورة، فقال: كذا يقول ابن عباس: ماله يضع منه ما شاء. قلت: ما تقول أنت؟ قال: قول ابن عمر: هو ربا. ولو وضع بعض الحال وأجل باقيه صح الإسقاط، وعنه: لا، كالتأجيل، على الأصح، لأنه وعد، وكذا لو صالحه عن مائة صحاح بخمسين مكسرة هل هو إبراء من الخمسين ووعد في الأخرى؟. ولو صالح عن حق كدية خطأ وقيمة متلف غير مثلي بأكثر منه من جنسه لم يصح، وصححه شيخنا، وأنه قياس قول أحمد، كعرض وكالمثلي، ويخرج على ذلك تأجيل القيمة، قاله القاضي وغيره.

وذكر الشيخ: إن صالح عن المائة الثانية بالتلف بمائة مؤجلة رواية: يصح، وذكر شيخنا رواية بتأجيل الحال في المعاوضة لا التبرع «و هـ»، والظاهر أنها الرواية المذكورة. ولو صالحه عن بيت أقر به على سكنه سنة أو بناء غرفة له فوقه، أو ادعى رق مكلف، أو زوجية امرأة، فأقرا له بعوض، لم يصح، وإن بذلته الزوجة أو طلقها ثلاثاً فدفعت له مالا ليقر به فقيل: يجوز كبذل المدعي رقه، وفي إنابتها به في المسألة

الأولى وجهان. وقيل: لا. «م ١ و ٢». ولو قال: أقر بديني وخذ مائة، صح إقراره، لا الصلح، والمصالحة بنقد عن نقد صرف، وبعرض، أو عنه بنقد أو عرض بيع، ويصح بلفظ الصلح على ظاهر كلامه في المجرد والفصول.

وقاله في الترغيب، وعن دين يجوز بغير جنسه مطلقاً، ويحرم بجنسه بأكثر أو بأقل على سبيل المعاوضة، وبشيء في الذمة يحرم التفريق قبل القبض، وبمنفعة كسكنى وخدمة إجارة، وذكر صاحب التعليق والمحرم: لو صالح الورثة من وصى له

مسألة ١ - ٢: قوله: ولو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بعوض لم يصح، وإن بذلت الزوجة أو طلقها ثلاثاً فدفعت له مالاً ليقر به فقيل: يجوز، كبذل المدعي رقه، وفي إبانيتها به في المسألة الأولى وجهان، وقيل: لا، انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى: إذا ادعى زوجية امرأة فأقرت له بعوض لم يصح، وإن بذلت الزوجة العوض ليقر لها بأنها غير زوجته أو ليقر لها بالطلاق فهل يجوز أم لا؟ أطلق الخلاف. والأحسن في العبارة، «فهل يصح أم لا؟» وأطلقه في المغني، والشرح، والرايعتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الكافي، وغيره، وصححه في النظم وغيره.

والوجه الثاني: لا يصح، قدمه ابن رزين في شرحه، وهو ظاهر كلامه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، وغيرهم. لأنهم قطعوا بالصحة في دفع المدعى عليه العبودية مالاً صلحاً عن دعواه، ولم يذكروا دفع المرأة إليه.

المسألة الثانية - ٢: إذا بذلت المرأة للزوج مالاً ليقرّ بأنها غير زوجته وكيف نفسه عنها ففعل وقلنا يصح، فهل تبين بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وهما احتمالان مطلقان في المغني، والشرح.

أحدهما: تبين منه بأخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً، كما لو أقرت بالزوجية فخالعها.

والوجه الثاني: لا تبين بذلك، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وهو قوي جداً. وإطلاق المصنف الخلاف فيه شيء.

تنبيه: قوله: «وإن بذلت الزوجة ليقرّ به» في فهمه غموض، والمعنى ليقرّ لها أنها غير زوجة، ولا يفهم هذا المعنى من كلامه إلا بتقدير. والله أعلم.

بخدمة أو سكنى أو حمل أمته «م» بدراهم مسماة جاز لا بيعاً «و ه م». ولو صالح عن عيب مبيع بشيء صح ويرجع به إن زال العيب فلو صالحت عنه المرأة بتزويجها صح، وأرشه مهرها ورجعت إن زال بأرشه لا بمهرها.

ويصح الصلح عن مجهول يتعذر علمه بمعلوم، نص عليه، بنقد ونسيئة، فإن لم يتعذر كبراءة من مجهول، وجزم صاحب المحرر وغيره: بالمنع، لعدم الحاجة، كالبيع، وهو ظاهر نصوصه، وظاهر ما جزم به في الإرشاد وغيره «و م» وخرج في التعليق والانتصار وغيرهما في صلح المجهول والإنكار من البراءة من المجهول عدم الصحة، وخرجه في التبصرة من الإبراء من عيب لم يعلمًا به، وقيل: لا يصح عن أعيان مجهولة، لكونه إبراء، وهي لا تقبله، وفي الترغيب: هو ظاهر كلامه.

ولو ادعى عليه حق فسكت أو أنكر وهو يجهله ثم صالح بمال صح، وهو للمدعي بيع يؤخذ منه بشفعة ويرد معيبه ويفسخ الصلح، فإن صالح ببعض عين المدعي فهو فيه كمنكر، وفيه خلاف، وهو للآخر إبراء، فلا شفعة ولا رد، وفي الإرشاد: يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة، لأن المدعي ملجئ إلى التأخير بتأخير خصمه، قال في الترغيب: وظاهره لا يثبت فيه أحكام البيع إلا فيما يختص بالبائع من شفعة عليه وأخذ زيادة مع اتحاد الجنس، واقتصر صاحب المحرر على قول أحمد: إذا صالحه على بعض حقه بتأخير جاز، وعلى قول ابن أبي موسى: الصلح جائز بالنقد والنسيئة «م» ومعناه ذكر أبو بكر فإنه قال: الصلح بالنسيئة، ثم ذكر رواية منها: يستقيم أن يكون صلحًا بتأخير، فإذا أخذه منه لم يطالبه بالبقية، وإن كذب أحدهما فحرام عليه ما أخذ، ولا يشهد له إن علم ظلمه، نقله المروذي، ولو صالح عن المنكر أجنبي والمدعي دين صح، وإن كان عيّنًا ولم يذكر أن المنكر وكله فوجهان «م ٣».

ويرجع مع الإذن، وفيه بنية رجوع وجهان «م ٤». ولو قال: صالحني عن

مسألة - ٣: قوله: ولو صالح عن المنكر أجنبي والمدعي دين صح، وإن كان عيّنًا ولم يذكر أن المنكر وكله فوجهان، انتهى.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلامه في المقنع، والوجيز وغيرهما، وجزم به في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والفاائق.

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به في الفصول والمحرر، والحاويين، وهو ظاهر ما جزم به ابن رزين في نهايته، وقدمه في النظم.

مسألة - ٤: قوله: ويرجع مع الإذن، وفيه بنية رجوع وجهان، انتهى وأطلقهما في

الملك الذي تدعيه، ففي كونه مقرراً به وجهان «م ٥».

ولو صالح الأجنبي ليكون الحق له مع تصديقه للمدعي فهو شراء دين أو مغصوب، تقدم بيانه، ويصح الصلح عن قود، ولم يفرقوا بين إقرار وإنكار، قال في المجرد: يجوز عن قود وسكنى دار وعيب وإن لم يجز بيع ذلك، لأنه لقطع الخصومة، وقاله في الفصول في فصول صلح الإنكار، وأن القود له بدل هو الدية كالمال، وذكره صاحب المحرر في فصول الإنكار قال إن أرادا بيعها من الغير صح،

الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والرعاية الصغرى، والحاوي الكبير، وغيرهم.

أحدهما: لا يرجع، وهو الصحيح، صححه في الخلاصة، والمقنع، وشرح ابن منجا، قال في الرعاية الكبرى: أظهرهما لا يرجع، واختاره في الحاوي الكبير، وهو ظاهر ما جزم به في الحاوي الصغير فإنه قال: ورجع إن كان إذن. وجزم به في المحرر والوجيز، وقدمه في الشرح والنظم، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: يرجع. قال الشيخ الموفق ومن تبعه: خرجه القاضي وأبو الخطاب، على الرويتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذن، قال الشيخ وغيره: وهذا التخريج لا يصح، وفرق بينهما، قال في الفائق: هذا التخريج باطل، انتهى. فقد لاح لك من هذا أن إطلاق المصنف الخلاف فيه شيء.

مسألة - ٥: قوله: ولو قال: صالحني عن الملك الذي تدعيه، ففي كونه مقرراً به وجهان، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: من عنده، قلت: وإن قال صالحني عن الملك الذي تدعيه فهل يكون مقرراً؟ يحتمل وجهين، فالظاهر - والله أعلم - أن المصنف تابع صاحب الرعاية، فحينئذ يبقى في إطلاقه نظر ظاهر على مصطلحه، خصوصاً ولم يعزه إلى صاحب الرعاية كما يفعله به وبغيره، ويحتمل أن يكون اطلع على هذا الخلاف من غير صاحب الرعاية، وأنهم اختلفوا في الترجيح، فأطلقه، وهو بعيد لا سيما وصاحب الرعاية قد صرح أنه هو خرج الوجهين، ولم نر هذه المسألة في غير هذين الكتابين، والله أعلم، وعلى كل تقدير الصواب أنه لا يكون مقرراً بذلك.

تنبيه: قوله: ولو صالح عن دار فبان عوضه مستحقاً رجع بها، وقيل: بقيمته مع إنكار لأنه فيه بيع، انتهى، ظاهر عبارته إدخال صلح الإنكار في ذلك، وأنه يرجع بالدار فيه على المقدم عنده، وليس الأمر كذلك، وإنما محل الرجوع بالدار في صلح الإقرار لا غير، وأما صلح الإنكار فإنما يرجع إذا بان عوضه مستحقاً بالدعوى أو بقيمة المستحق، وهو اختياره في الرعاية الكبرى، نبه عليه شيخنا في حواشيه وأطنب فيها.

ومنه قياس المذهب جوازه «و م» فإنه معنى الصلح بلفظ البيع، وأنه يتخرج فيه كالإجارة بلفظ البيع، وأنه صرح أصحابنا بصحة الصلح عن المجهول بلفظ البيع في صبرة أتلّفها جهلاً كيلها، ذكره القاضي، والمنع قول أبي حنيفة ويصح بما يثبت مهرًا، ويصح بفوق دية. وفي الترغيب: لا يصح على جنس الدية إن قيل: موجه أحد شيئين، ولم يختَر الوالي شيئًا إلا بعد تعيين الجنس من إبل أو غنم، حذرًا من الربا، وظاهر كلامهم يصح حالاً ومؤجلاً، وذكره صاحب المحرر، وفي المفردات مصالحته بفوق دية ليست من ثلثه.

ومع جهالته تجب دية أو أرش الخرج، ومع خروجه مستحقًا أو حرًا قيمته، لأنه ليس ببيع، ولو صالح عن دار فبان عوضه مستحقًا رجع بها، وقيل: بقيمته مع إنكار، لأنه فيه بيع. ولا يصح صلح بعوض عن خيار، ولا عن حد قذف، لأنه لا يدخله العوض، أو لأنه حق لله وشفعة. نقل ابن منصور: الشفعة لا تباع ولا توهب، وفي سقوطها به وجهان «م ٦ و ٧».

مسألة - ٦ و ٧: قوله: ولا يصح الصلح عن...، شفعة... وفي سقوطها به وجهان، انتهى. وأطلقهما في المحرر والفائق:

أحدهما: تسقط، وهو الصحيح وعليه أكثر الأصحاب وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والشرح، والوجيز والمنور، وغيرهم. قال في الرعايتين: وتسقط الشفعة، في الأصح، قال في الحاويين: وتسقط، في أصح الوجهين.

والوجه الثاني: لا تسقط، اختاره القاضي وابن عقيل، قال في تجريد العناية: وتسقط في وجه.

تنبيه: الموجود في النسخ «وفي سقوطها» بإفراد الضمير، المؤنث في «سقوطها» فيحتمل أنه عائد إلى الشفعة. وقال شيخنا في حواشيه: ظاهره أنه عائد إلى الثلاثة، وهي الخيار وحد القذف والشفعة، وهو كما قال، لكن لم نطلع على مسألة الخيار، وهي قياس الشفعة. ويحتمل أن يكون «وفي سقوطها» بالثنائية، كما في المحرر وغيره، فيعود الضمير إلى حد القذف والشفعة. وفي الرعاية الكبرى: وتسقط الشفعة في الأصح، وكذا الخلاف في سقوط حد القذف، فدل كلام هؤلاء أن حد القذف كالشفعة. ويدل عليه أن المصنف لم يحك خلافًا فيه على تقدير أن يكون الضمير مفردًا، مع أن الخلاف فيه مشهور أكثر من الشفعة، إذا علم ذلك ففي سقوط الحد وجهان، وأطلقهما في الخلاصة، والمقنع، والمحرر، والفائق، وغيرهم. بناهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب،

ولا عن شهادة أو سارقاً أو شارباً ليطلقه . .

فصل

من صلح بعوض على إجراء ماء معلوم في ملكه صح، ويحرم بلا إذنه، كتضرره أو أرضه، وعنه: لا، قيل: لضرورة، وقيل: حاجة، ولو مع حفر «م ٨» وأطلقهما ابن عقيل: في حفر بئر أو إجراء نهر أو قناة، نقل أبو الصقر: إذا أساح عيناً تحت أرض، فانتهى حفره إلى أرض لرجل أو دار فليس له منعه من ظهر الأرض ولا بطنها إذا لم يكن عليه مضرة، وفيه حديث عن النبي ﷺ «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه في جداره»^(١) هذا للجار القريب لا يمنع، ومتى صالحه بعوض فإن كان

والمغني، والتلخيص، والشرح، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاوي وغيرهم على أن حدّ القذف حق لله أو للآدمي. وفيه روايتان، فإن قلنا: لله، لم يسقط، وإلا سقط. والصحيح أنه حق للآدمي، وعليه الأصحاب، قاله الزركشي وغيره، وقدمه المصنف وغيره هناك، فيسقط هنا على الصحيح، وصححه في التصحيح، وقدمه في التلخيص. قال في الرعاية الكبرى: وتسقط الشفعة، في الأصح، وكذا الخلاف في سقوط حدّ القذف. وقيل: إن جعل حق آدمي سقط وإلاً وجب، انتهى. والمصنف قال: لأنه لا يدخله العوض، أو لأنه حق لله، فظاهر هذا أن محل الحكم إذا قلنا إنه غير حق آدمي.

وهذه مسألة - ٧: أخرى قد صححت أيضاً، وعلى تقدير تشية الضمير أو جمعه في كلام المصنف، وأن الخلاف مبني على أن حدّ القذف هل هو حق لله أو للآدمي؟ يكون في إطلاقه الخلاف فيه نظر ظاهر، إذ هو قد قدم في القذف أنه حق للآدمي . .

مسألة - ٨: قوله: ومن صلح بعوض على إجراء ماء معلوم في ملكه صح، ويحرم بلا إذنه كتضرره، أو أرضه، وعنه: لا، فقيل: لضرورة، وقيل: حاجة ولو مع حفر، انتهى. يعني إذا قلنا لا يحرم فهل المجوز لذلك الضرورة أو الحاجة؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يجوز إلا لضرورة، وهو الصحيح، وهو ظاهر ما قطع به في المغني، والشرح، والحاوي الكبير، وقدمه في الفائق.

والوجه الثاني: يجوز ذلك للحاجة، وهو ظاهر ما قطع به في الرعايتين والحاوي

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٦٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٠٩).

مع بقاء ملكه عليه إجارة، وإلا فبيع، ولا يعتبر بيان عمقه، ويعلم قدر الماء بتقدير الساقية، وماء مطر برؤية ما يزول عنه الماء أو مساحته، ويعتبر فيه تقدير ما يجري فيه الماء لا قدر المدة، للحاجة، كالنكاح. ولمستأجر ومستعير الصلح على ساقية محفورة لا على ماء المطر على سطح، وفيه على أرض بلا ضرر احتمالان «م ٩» ولا يحدث ساقية في وقف، ذكره القاضي وابن عقيل، وقالوا: لأنه لا يملكها، كالمؤجرة، وجوزه الشيخ، لأنها له، وله التصرف ما لم ينتقل الملك، فدل أن الباب والخوخة والكوة ونحو ذلك لا يجوز في مؤجرة، وفي موقوفة الخلاف، أو يجوز قولاً واحداً، وهو أولى، لأن تعليل الشيخ لو لم يكن مسلماً لم يفد، وظاهره لا يعتبر المصلحة وإذن الحاكم، بل عدم الضرر وأن إذنه يعتبر لدفع الخلاف، ويأتي كلام ابن عقيل: في الوقف، وفيه إذنه فيه لمصلحة المأذون الممتاز بأمر شرعي، فلمصلحة الموقوف أو الموقوف عليه أولى، وهو معنى نصه في تجديده لمصلحة، وذكره شيخنا عن أكثر العلماء في تغيير صفاته لمصلحة، كالحكورة، وعمله حكام أصحابنا بالشام، حتى صاحب الشرح في الجامع المظفري، وقد زاد عمر وعثمان في مسجد النبي ﷺ، وغيرا بناءه، ثم عمر بن عبد العزيز وزاد فيه أبواباً، ثم المهدي، ثم المأمون، نقل أبو داود فيمن أدخل بيتاً في المسجد أنه يرجع فيه؟ قال: لا إذا أذن، قال الحارثي بعد ذكر رواية البخاري وغيره الزيادة في مسجده ﷺ وخبر عائشة: «لولا أن قومك حديثو

الصغير، فإنهما إنما حكيا الروايتين مع الحاجة..

مسألة - ٩: قوله: ولمستأجر ومستعير الصلح على ساقية محفورة لا على ماء المطر على سطح، وفيه على الأرض بلا ضرر احتمالان، انتهى. يعني هل للمستأجر والمستعير أن يصالحا غيرهما على إجراء ماء سطح يمر في أرضيهما المستأجرة والمستعارة مدة الإجارة والإعارة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والحاوي الكبير.

أحدهما: لا يجوز قلت: وهو الصواب، لأنه يجعل لصاحب السطح رسماً في ملك غيره، فربما ادعى استحقاق ذلك بعد تطاول المدة، ثم رأيت ابن رزين في شرحه، قدم ذلك، بل الذي يظهر أن الإجارة والإعارة لم تقع على ذلك ألبتة ولا تناولاها والظاهر أن محلها في الإعارة المؤقتة لا في مطلق الإعارة.

والاحتمال الثاني: يجوز، لأنهما مالكان المنافع في هذه المدة، وهو ظاهر كلام جماعة، وهو بعيد، والظاهر أن المصنف تابعه في المغني، قلت: ويحتمل الجواز في الإجارة دون الإعارة، ولعل محل الخلاف في الإعارة إذا كانت مدة وقفنا بتعيين بتعيينها، وإلاً فالجواز ضعيف جداً.

عهد^(١) قال: إذا ثبت ما ذكرنا فيطرد في سائر الأوقاف بالأولى والأخرى.

وإن صلح على سقي أرضه من نهريه أو عينه يومًا ونحوه حرم لعدم ملكه، وقيل: لا، للحاجة، وكسهم منهما تبعًا. وإن صلح على ممر في ملكه أو فتح باب في حائط أو وضع خشب عليه أو علو بيت لبني عليه، والأصح: أو إذا بنى وكان ذلك معلومًا، صح. وفي المغني في وضع خشب أو بناء معلوم يجوز إجارة مدة معلومة، ويجوز صلحًا أبدًا، ومتى زال فله إعادته مطلقًا، ورجع بأجرة مدة زواله عنه، والصلح على زواله أو عدم عوده، قال في الفنون في أصل المسألة: فإذا فرغت المدة يحتمل أنه ليس لرب الجدار مطالبته بقلع خشبه، قال: وهو الأشبه، لإعادته لذلك لما فيه من الخروج عن حكم العرف، لأن العرف وضعها للأبد وهو كإعادة الأرض للدفن لما كان يراد، لإحالة الأرض للأجسام لم يملك الرجوع قبل ذلك، ثم إما أن يتركه بعد المدة بحكم لعرف بأجرة مثله إلى حين نفاذ الخشب لأنه العرف فيه، كالزراع إلى حصاده، للعرف، أو يجدد إجارة بأجرة المثل، وهي المستحقة بالدوام بلا عقد، لئلا يفضي إلى تملك المؤجر ما يفضي إلى القلع، وهو زيادة للأجرة، فيلجئه إلى القلع، كما لو غاب المستأجر فإنه يتركه بأجرة المثل، لأن العرف يقضي عليه، لأنه يعلم أنها لا تستأجر لذلك إلا للتأييد، ومع التساكت له أجرة المثل.

وإن حصل غصن شجرته في هواء غيره لزمه إزالته، فإن أبى فله إزالته بلا حكم، قاله أصحابنا، وقيل: لأحمد: يقطعه هو؟ قال: لا، يقول لصاحبه حتى يقطع. وفي إجباره وضمان ما تلف به وجواز صلحه بعوض، وفي التبصرة: مع معرفة قدر الزيادة بالأذرع، وقيل: مع يسه أو جعل الثمرة بينهما أو له، وجهان «م ١٠ - ١٣» قال أحمد في جعل الثمرة بينهما: لا أدري.

مسألة - ١٠ - ١٣: قوله: وإن حصل غصن شجرته في هواء غيره لزمه إزالته، فإن أبى فله إزالته بلا حكم، وفي إجباره وضمان ما تلف به وجواز صلحه بعوض، وقيل: مع يسه أو جعل الثمرة بينهما أو له، وجهان. انتهى، فيه مسائل:

المسألة الأولى - ١٠: إذا امتنع من إزالة ذلك فهل يجبر على الإزالة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في النظم والفائق.

أحدهما: لا يجبر، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (١٢٦، ١٥٨٣ - ١٥٨٦، ٣٣٦٨، ٤٤٨٤، ٧٢٤٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٣٣٣).

وقال في رواية عبد الله عن مكحول مرفوعاً: فصاحبها بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها. وعرقها في أرضه كغصن، وقيل: عنه: وتضرر، وصلح من مال حائطه أو زلق من خشبه إلى ملك غيره كغصن، وهو ظاهر رواية يعقوب. وفي

وغيرهم. وهو ظاهر كلامه في الرعاية والحاوي، فعلى هذا يكتفى بإزالة صاحب الهواء. والوجه الثاني: يجبر، وهو احتمال في المغني، والشرح، وقطع به في فصول قلت: وهو الصواب.

المسألة الثانية - ١١: هل يضمن ما تلف به أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يضمن ما تلف به، وهو الصحيح. قال الشيخ في المغني، والشارح، وابن رزين في شرحه: ويضمن ما تلف به إن أمر بإزالته فلم يفعل، وهو الصواب. والوجه الثاني: لا يضمن قلت: وهو ضعيف.

المسألة الثالثة - ١٢: لو صالحه عن ذلك بعوض فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والمحزر، والشرح.

أحدهما: لا يصح، جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمقنع، ونهاية ابن رزين وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: يصح. قال الشيخ في المغني: اللائق بمذهبنا صحته، واختاره ابن حامد وابن عقيل في الفصول، وجزم به في المنور، وقدمه ابن رزين في شرحه، واختار القاضي أنه لا يصح إذا كان الغصن على مجرد الهواء، وظاهر كلامه في الفصول: أن محل هذا الخلاف.

المسألة الرابعة - ١٣: لو جعل الثمرة بينهما أو له هل يصح أم لا؟ فيه وجهان، وكلام المصنف في قوله: «وجعل الثمرة بينهما أو له» يحتمل أن يكون معطوفاً على المسائل التي أطلق فيها الخلاف، وهو الظاهر. ويحتمل أن يكون معطوفاً على قوله: «وقيل: مع يسه» لكنه بعيد، بل لا يصح. إذا علمت ذلك فقد أطلق الخلاف في المغني والشرح.

أحدهما: لو اتفقا على ذلك جاز، وهو الصحيح، جزم به في المقنع، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس والرعاية الصغرى، والحاويين، وغيرهم. وقدمه في الفائق وشرح ابن منجا. قال في الرعاية الكبرى: جاز في الأصح.

والوجه الثاني: لا يصح. قال الإمام أحمد في جعل الثمرة بينهما: لا أدري، واقتصر عليه في الفصول. وقال الشيخ في المغني، بعد أن حكى الخلاف: والذي يقوى عندي أن ذلك إباحة لا صلح..

المبهج في الأطعمة ثمرة غصن في هواء طريق عام للمسلمين.

ويحرم إخراج جناح أو ميزاب ونحوه إلى درب نافذ، فيضمن ما تلف به، وحكي عنه: يجوز بلا ضرر، ذكره في شرح العمدة، وفي سقوط نصف الضمان بتأكل أصله وجهان «م ١٤» وجوزه الأكثر بإذن إمام. وفي الترغيب: وأمكن عبور محمل، وقيل: ورمح قائماً بيد فارس، وقيل: وكذا دكان، مع أنهم لم يجوزوا حفر البئر والبناء، وكأنه لما فيهما من الدوام، ويتوجه من هذا الوجه تخريج، ويحرم إلى هواء جاره أو درب مشترك، ويصح صلحه عن معلومه بعوض، في الأصح.

ويحرم فتح باب في ظهر داره في درب مشترك إلا لغير الاستطراق، في المنصوص فيهما، ويصح صلحه عنه، ويجوز في درب نافذ، ويجوز نقل بابه في درب مشترك إلى أوله بلا ضرر. وفي الترغيب، وقيل: لا محاذياً لباب غيره، ويحرم إلى صدره، في المنصوص، بلا إذن من فوقه، وقيل: وأسفل منه، وتكون إعاره في الأشبه، وجوزه ابن أبي موسى إن سد الأول، وهو ظاهر نقل يعقوب، ويحرم تصرفه في جدار لجار أو لهما حتى بضرب وتد ولو بستره، ذكره جماعة، وحمل القاضي نصه يلزم الشريك النفقة مع شريكه على السترة على سترة قديمة فانهدمت، واختار في المستوعب وجوبها مطلقاً على نصه، وله وضع خشب، في المنصوص، بلا ضرر، نص عليه، لضرورة.

وفي المغني: لحاجة، نص عليه، ولم يعتبر ابن عقيل: الحاجة، وأطلقه أحمد أيضاً والمحرم وغيرهما، كعدمها دواماً، بخلاف خوف سقوطه، ولربه هدمه لغرض صحيح، ومن له حق ماء يجري على سطح جاره لم يجز لجاره تعلية سطحه ليمنع الماء ولا له تعليته لكثرة ضرره ذكره ابن عقيل: وغيره، وله الاستناد إليه أو إسناد قماشه. وفي النهاية: في منعه احتمالان، وله الجلوس في ظله ونظره في ضوء

مسألة - ١٤: قوله: ويحرم إخراج جناح، ونحوه إلى درب نافذ، ويضمن ما تلف به، وفي سقوط نصف الضمان بتأكل أصله وجهان، انتهى.

أحدهما: لا يسقط شيء بل يضمن الكل، وهو الصحيح. قال الشيخ في المغني، والشارح، في كتاب الغصب لمن قال من أصحاب الشافعي إنه لا يضمن إلا النصف لأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل، لأنه المعهود في الضمان، انتهى. وقال الحارثي: قال الأصحاب: وبأن النصف عدوان فأوجب كل الضمان، انتهى. فظاهر كلام هؤلاء أنه يضمن الجميع وهو الصواب.

والوجه الثاني: أنه لا يضمن إلا النصف.

سراجة، نقل المروذي: يستأذنه أعجب إليّ، فإن منعه حاكمه، ونقل جعفر: يضعه ولا يستأذنه؟ قال: نعم إيش يستأذنه؟ قال شيخنا: العين والمنفعة التي لا قيمة لها عادة لا يصح أن يرد عليها عقد بيع وإجارة، اتفاقاً كمسألتنا، وهل جدار مسجد كجار، أو يمنع؟ فيه روايتان، وقيل: وجهان لأن القياس ترك للخبر، وهو في مالك معين، فمنعه في جدار جاره أولى، واختار أبو محمد الجوزي أنه لا يضع «م ١٥». ومتى وجده أو بناء أو مسيل مائه في حق غيره فالظاهر وضعه بحق، وله أخذ عوض عنه، وإن انهدم جدارهما وطلب أحدهما أن يعمر معه الآخر أجبر عليه اختاره أصحابنا كنقضه عند خوف سقوطه، وعنه: لا، اختاره الشيخ وأبو محمد الجوزي وغيرهما، كبناء حاجز بين ملكيهما، لكن لشريكه بناؤه، فإن بناءه بآلته فليس له منعه من الانتفاع به قبل أخذه نصف قيمة تأليفه، في الأشهر، كما ليس له نقضه، وإن بناءه بغيرها فله منعه من غير رسم طرح خشب حتى يدفع نصف قيمة حقه.

وعنه: ما يخصه لغرامة لأنه نائبه معنى، ويلزمه قبولها، فيمتنع إذن نقضه على الأولى، وعلى الثانية لو نقضه لأنه غير نائبه، وله طلب نفقته مع إذن، وفيه بنية رجوع على الأولى الخلاف وإن بنيا جداراً بينهما نصفين والنفقة كذلك على أن ثلثه لواحد وثلثيه لآخر، وأن كلاً منهما يحمله ما احتاج لم يصح، ولو وصفا الحمل فالوجهان «م ١٦».

مسألة - ١٥: قوله: وهل جدار المسجد كجار أو يمنع؟ فيه روايتان، وقيل: وجهان، واختار أبو محمد الجوزي أنه لا يضع، انتهى. وأطلقهما في الكافي، والتلخيص، والمحزر، والشرح، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: المنع منه، وإن جوزناه في حائط الجار، اختاره أبو بكر وأبو محمد الجوزي، كما قال المصنف، وصححه في الرعايتين، وجزم به في الخلاصة، وغيره، وقدمه في المذهب وغيره.

والرواية الثانية: حكمه حكم جدار الجار، وهو ظاهر ما قدمه الشيخ في كتاب المقنع، والحاويين، وهو المذهب عند ابن منجا، وجزم به في المنور، واختاره في الفصول وقال: بل هو أولى من جدار الجار بالوضع عليه.

تنبيه: قوله: وفيه بنية رجوع على الأولى الخلاف، انتهى يعني الخلاف الذي فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره، والمذهب، الرجوع، ومعنى المسألة إذا قلنا يجبر على البناء مع شريكه، وهو المذهب، وامتنع وتعدّر إجباره، أو أخذ شيء من ماله كذلك وعمر الشريك ونوى الرجوع، صرح به في المغني، والشرح، وغيرهما.

مسألة - ١٦: قوله: وإن بنيا جداراً بينهما نصفين والنفقة كذلك على أن ثلثه لواحد

وكذا بئر وقناة لهما ونحوهما وماء معدن جار على ما كان مطلقاً، ولو اتفقا على بناء حائط بستان فبنى أحدهما، فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر ضمن نصيب شريكه، قاله شيخنا، وسأله حرب: قَوْمٌ لهم في قناة حق فعجزوا عنها فأعطوها رجلاً ليعمرها لهم وله منها الثلث أو الربع؟ قال: أرجو أن لا بأس، وتتوجه الروايتان، وإن أخذها أو أخذ قرية قَوْمٌ على أن ينفق عليها كذا وكذا ويأخذها كذا وكذا، فقال: لا أدري. وإن هدم أحدهما جدارهما لزمته إعادته، وقيل: لحاجة فقط.

وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر روايات، الثالثة يجبر صاحبه وينفرد به «م ١٧ و ١٨» وعنه: يشاركه صاحب العلو فيما يحمله، ومن له طبقة ثالثة في

وثلثيه لآخر، وأن كلا منهما يحمله ما احتاج، لم يصح، ولو وصفا الحمل فالوجهان، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، قال في المغني، والشرح، في هذه المسألة: لو اتفقا على أن يحمله كل منهما ما شاء لم يجز، لجهالة الحمل، وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز، انتهى.

والوجه الثاني: يصح، وهو ضعيف.

تنبيه: لم يظهر لي عود هذين الوجهين إلى أي مسألة، فإنه أتى بهما معرفين.

مسألة - ١٧ و ١٨: قوله: وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر روايات، والثالثة يجبر صاحبه وينفرد به، انتهى في ضمن هذا الكلام مسألتان.

المسألة الأولى ١٧: هل يجبر الممتنع من بناء السفلى بطلب الآخر أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الفصول والمستوعب، والمغني، والمحرم والشرح وغيرهم.

إحداهما: يجبر، وهو الصحيح. قال في التلخيص، والبلغة، والرعايتين، والفائق: أجبر، في أصح الروايتين. واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الحاويين، وقدمه في القواعد الفقهية وشرح ابن رزين.

الرواية الثانية: لا يجبر.

المسألة الثانية ١٨: إذا قلنا يجبر، وهو الصحيح من المذهب، فهل يتفرد بالبناء أو يشاركه صاحب العلو؟ ظاهر كلامه إطلاق الخلاف، وأطلقهما في المستوعب والتلخيص، والفائق، والقواعد الفقهية.

إحداهما: ينفرد، وهو الصحيح، جزم به في المغني، والشرح، وقدمه في المحرم والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. واختاره ابن عقيل في الفصول.

اشترك الثلاثة في بناء السفلى، ثم الاثنان في الوسط الروايتان «م ١٩ و ٢٠». فإن بنى رب العلو ففي منعه رب السفلى الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة احتمالان «م ٢١» ويلزم الأعلى بناء سترة تمنع مشاركة الأسفل، نقله ابن منصور. وقيل: ويشاركه، كاستوائهما.

ومن أحدث في ملكه ما يضر بجاره - كحمام وكنيف ورحى وتنور - فله منعه، كابتداء إحيائه، بإجماعنا، ذكره القاضي وغيره، وكدق وسقي يتعدى إليه، بخلاف

والرواية الثانية: يشاركه صاحب العلو فيما يحمله ويجبر عليه إذا امتنع، قال ابن عقيل في الفصول: وهو المنصوص. إذا علمت ذلك فيكون تقدير الكلام: وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر روايات. إحداهن: لا يجبر.

والثانية: يجبر ويشاركه صاحب العلو ويجبر إن امتنع.

والثالثة: يجبر صاحب السفلى وينفرد به.

هذا ما ظهر لي، فإذا جمعت الروايات وجعلتها مسألة واحدة كانت ثلاثاً، وإذا جعلتها مسألتين كانت أربع روايات، والله أعلم.

مسألة - ١٩ و ٢٠: قوله: ومن له طبقة ثالثة في اشتراك الثلاثة في بناء السفلى ثم الاثنان في الوسط الروايتان، يعني بهما اللتين تقدمتا قريباً حكماً ومذهباً، وقد علمت الصحيح منهما، فهذه كذلك وفي ضمنها مسألتان: مسألة - ١٩: اشتراك الثلاثة.

مسألة - ٢٠: اشتراك الاثنین. وحكمهما واحد.

مسألة - ٢١: قوله: وإن بنى رب العلو ففي منعه رب السفلى الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة احتمالان، انتهى. وهما مطلقان في المعنى، والشرح.

أحدهما: له منعه من ذلك قلت: وهو الصواب، قال في الرعاية الكبرى: وإن عمره صاحب العلو فله - في الأصح - منع صاحب السفلى من سكناه قبل وزن ما عليه من الغرامة، وقال فيما إذا كانوا ثلاثة، واحد فوق واحد. وإن قلنا لا؛ يجبر صاحب السفلى فلصاحب العلو بناؤه ومنع صاحب السفلى من الانتفاع به قبل وزن القيمة أو بعضها، انتهى قد يقال ظاهره: أن له منعه الانتفاع بالعرصة.

والاحتمال الثاني: ليس له ذلك، ويحتمله كلامه في الرعاية، فهذه إحدى وعشرون مسألة قد صححت.

طبخه في داره وخبزه، لأنه يسير، وعنه: ليس له منعه، كتعلية داره، في ظاهر ما ذكره الشيخ، ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره، قاله شيخنا، وقد احتج أحمد بالخبر: «لا ضرر ولا ضرار»^(١) فيتوجه منه منعه، وروى أبو حفص العكبري في الأدب عن أبي هريرة مرفوعاً: «من حق الجار على الجار أن لا يرفع البنيان على جاره ليسد عليه الريح» قال شيخنا: وليس له منعه خوفاً من نقص أجرة ملكه، بلا نزاع، كذا قال. وفي الفنون: من أحدث في داره دباغ الجلود أو عمل الصحناء، هل يمنع؟ يحتمل المنع على ما ذكره بعض أئمة الشافعية، وهو أنه لا يختص ضرر البدن، بل يتعدى إلى الإضرار بالعقار بنقصان أجرة الدور، وفيها أيضاً: هل له أن يحدث قناة في ملكه تنز إلى حيطان الناس؟ جوزه قوم من الشافعية. وقال ابن عقيل: لا يجوز، لأنه لو أوقد ناراً في يوم ريح في ملكه لم يجز، لئلا يفضي إلى حملها إلى ملك غيره، فكذا هنا.

قال الخلال وصاحبه: ومن له نخلة في أرض رجل فلحق رب الأرض من دخوله ضرر، روى حنبل أن سمرة كان له نخل في حائط أنصاري، فأذاه بدخوله، فشكاه إلى النبي ﷺ، فقال لسمرة: «بعه» فأبى، فقال: «ناقله» فأبى، فقال: «هبه لي ولك مثله في الجنة». فأبى، فقال: «أنت مضار اذهب فاقلع نخله»^(٢).

قال أحمد: كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع منه وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان مرفقاً له، وقاله شيخنا محتجاً بهذا الخبر، وهو من حديث أبي جعفر الباقر عن سمرة - منقطع - لأن أبا جعفر ولد سنة ست وخمسين، ومات سمرة سنة ثمان أو تسع وخمسين، ورواه أبو داود من حديث أبي جعفر عن سمرة وظاهر كلام الأصحاب: لا، قال شيخنا: الضرر محرم بالكتاب والسنة، ومعلوم أن المشاققة والمضارة مبناها على القصد والإرادة أو على فعل ضرر لا يحتاج

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٣٤٠) وأحمد في المسند (٣٢٦/٥) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

وأخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٣٤١) وأحمد في المسند (٣١٣/١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٥٧/٢) والبيهقي في سننه (٦٩/٦) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله بمجموع الطرق كما في الإرواء برقم (٨٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٣٦) وضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٩٢).

إليه فمتى قصد الإضرار ولو بالمباح أو فعل الإضرار من غير استحقاق فهو مضار، وأما إذا فعل الضرر المستحق للحاجة إليه والانتفاع به لا لقصد الإضرار فليس بمضار، ومن ذلك قوله ﷺ في حديث النخلة التي كانت تضر صاحب الحديقة لما طلب من صاحبها المعاوضة عنها بعدة طرق فلم يفعل، فقال: «إنما أنت مضار»^(١) ثم أمر بقلعها، قال: فدل ذلك على أن الضرار محرم لا يجوز تمكين صاحبه منه، والله أعلم..

(١) انظر التخریج السابق.

باب التفليس

الفلس: لغة العدم، والمفلس المعدم، ومنه الخبر المشهور: «من تعدون المفلس فيكم؟» ومنه قوله: «أفلس بالحجة إذا عديمها».

وشرعاً: من لزمه أكثر مما له يحرم طلب وحجر وملازمة بدين حال عجز عن وفاء بعضه، للآية، وكذا بمؤجل، فإن أراد سفرًا يحل قبل مدته، وعلى الأصح وبعدها، كجهاد وأمر مخوف. وفي الواضح: وحج، فلغريمه منعه حتى يأتي برهن أو كفيل مليء ولا يملك تحليله وقال شيخنا: وله منع عاجز حتى يقيم كفيلًا بدينه وهو متجه، ومن ماله يقدر دينه الحال لم يحجر عليه، ويتعين دفعه بطلبه.

قال جماعة منهم صاحب المغني والمحرم في وجوب زكاة الفطر على المدين: يجب أداء الدين عند طلبه، والمراد كما قال صاحب المحرم يجب، إذن على الفور، وقيل: وقبله، ويمهل بقدر ذلك، اتفاقاً، لكن إن خاف غريمه منه احتاط عليه بملازمته أو كفيل أو ترسيم عليه، قاله شيخنا. وكذا لو طلب تمكينه منه محبوس أو موكل فيه، وإن أبى حبس، وليس لحاكم إخراجه حتى يتبين له أمره أو يبرئه غريمه، وإن لم يبرئه وصح عند الحاكم أمره أخرجه، ولم يسعه حبسه، نقل ذلك حنبل، فإن أصر ضرب، ذكره في المنتخب وغيره، وكذا قال في المنصوص وغيره: يحبسه، فإن أبى عزره، قال: ويكرر حبسه وتعزيزه حتى يقضيه، كقولنا فيمن أسلم على أكثر من أربع.

قال شيخنا: نص عليه الأئمة من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، ولا أعلم فيه نزاعاً، لكن لا يزداد كل يوم على أكثر من التعزير إن قيل: يتقدر، وللحاكم أن يبيع عليه ويقضيه.

وقال شيخنا: ولا يلزمه، وذكر جماعة أنه يحبس، وإن لم يقضه باع حاكم وقضاه، وظاهره: يجب، نقل حرب: إذا تقاعد بحقوق الناس يباع عليه ويقضى. ومن طلب منه دين حال يقدر عليه بلا سفر لم يترخص، في الأصح، وإن لم يطلبه

أو يحل في سفره فقليل: له السفر والقصر والترخص، لكي لا يحبس قبل طلبه كحبس الحاكم، وقيل: لا، إلا أن يوكل، لئلا يمنع به واجباً، وقيل: إن سافر وكيل في القضاء قبله لم يترخص «م ١».

وقد قال ابن هبيرة في الإفصاح في حديث أبي موسى من أفراد البخاري: الحبس على الدين من الأمور المحدثّة، وأول من حبس على الدين شريح القاضي، ومضت السنة في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم أنه لا يحبس على الديون، ولكن يتلازم الخصمان، فأما الحبس الذي هو الآن على الدين لا أعرف أنه يجوز عند أحد من المسلمين، وذلك أنه يجمع الجمع الكثير بموضع يضيق عنهم غير متمكنين من الوضوء والصلاة، وربما رأى بعضهم عورة بعض، وإن كانوا في الصيف آذاهم الحر، وفي الشتاء آذاهم القر، وربما يحبس أحدهم السنة والستين والثلاث، وربما يتحقق القاضي أن ذلك المحبوس لا جدّة له، وأن أصل حبسه كان على طريق الحيلة من أن ذلك الكاتب للحجة عليه كتب ما لم يعلم لجعله فأسجل فيه

مسألة - ١: قوله: ومن طلب منه دين حال يقدر عليه بلا سفر لم يترخص، في الأصح، وإن لم يطلب أو يحلّ في سفره فقليل: له السفر والقصر والترخص لئلا يحبس قبل طلبه كحبس الحاكم، وقيل: لا، إلا أن يوكل لئلا يمنع به واجباً، وقيل: إن سافر وكيل في القضاء قبله لم يترخص، انتهى.

أحدهما: له السفر والقصر والترخص، لما قال المصنف، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب.

والقول الثاني: ليس له ذلك إلا أن يوكل في قضائه، لما قاله المصنف. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر ما قطع به في الرعاية الكبرى، في أنه لا يسافر، ذكر هذين الوجهين ابن عقيل، وأطلقهما في القاعدة الثالثة والخمسين، وأطلقهما ابن تميم في باب قصر الصلاة، وكذا ابن حمدان في رعايته قلت: ويحتمل بناء الخلاف في مسألة ما إذا لم يطالبه على وجوب الدفع قبل الطلب، فإن قلنا: يجب لم يكن له الترخص وإلاّ ترخص والصحيح من المذهب أنه لا يجب الدفع قبل الطلب وقدمه المصنف وغيره.

والقول الثالث: إن سافر وكيل في القضاء قبله لم يترخص.

تنبيه: الذي يظهر أن هذا القول الآخر ليس متعلقاً بالقولين اللذين قبله، وإنما هذا القول من مفهوم مسألة قدم فيها حكماً، وهو أنه إذا سافر ووكل من يقضي ما عليه من الدين وسافر الوكيل قبل القضاء فهل يترخص أم لا؟ قدم أنه يترخص، بدليل هذا القول الذي ذكره، والله أعلم.

عليه بما لا يعرف معناه من إقراره بالملاءة، وأنه قد حكم به عليه حاكم من حكام المسلمين، وهذا أمر لم يكن، وأنه قد وكل فلانًا المدير وغير ذلك مما لم يعرف المشهود عليه ما المقصود به، فإن الله تعالى يقول: ﴿وَلْيَكُتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقال: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فهذا كله مما قد حدث في الإسلام، ولقد حرصت مرارًا على فك ذلك فحال دونه ما قد اعتاده الناس منه، وأنا في إزالته حريص. هذا كلامه. ولا عذر بفوت رفقة ومرض ونحوه، ذكره في الانتصار. قال شيخنا: من أقر بالقدرة فادعى إعسارًا وأمکن عادة قبل، وليس له إثباته عند غير من حبسه بلا إذنه، فدل أن حاكمًا لا يثبت بسبب نقض حكم حاكم آخر وينقضه بل من حكم، ويوافقه قوله في المغني وغيره في الأعذار: إن كان قاذح فبينه عندي، وحكم القاضي جمال الدين الزواوي المالكي بإقامة دم شمس الدين محمد بن جمال الدين الباجرقي وإن تاب وأسلم، ثم بعد مدة حكم القاضي تقي الدين سليمان المقدسي بحقن دمه بعد أن ثبت عنده بيينة عداوة بينه وبين من شهد عليه، ونفذ حكمه القاضي شمس الدين الأذري، فقال الزواوي: أنا مقيم على حكمي، فاختفى الباجرقي لأجل اختلاف الحكام.

ويقضى دين الغريم بمال له فيه شبهة، ذكره أبو طالب المكي وغيره عن أحمد، قال شيخنا: لأنه لا تبقى شبهة بترك واجب، وكل الخلق عليهم واجبات من نفقة نفسه وقريبه وقضاء دينهم وغير ذلك، فترك ذلك ظلم محقق، وفعله بشبهة غير محقق، فكيف يتورع عن ظلم محتمل بظلم محقق؟ ولهذا قال سعيد بن المسيب: لا خير فيمن لا يحب المال يعبد به ربه ويؤدي به أمانته، ويصون به نفسه، ويستغني به عن الخلق.

ومن مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك لزم المماطل، ونقل ابن الحكم: لا أرى بيع السواد في حج ولا غيره. وإن ادعى الإعسار حلف وخلي.

وفي الترغيب: يحبس، إلى ظهور إعساره، وفي البلغة: إلى أن يثبت، وظاهر الخرقى أنه كمن عرف بمال أو دينه عن عوض أخذه، كبيع وقرض، فيحبس، إلا أن يقيم بينة بتلف ماله، ويحلف معها، في الأصح، أو بيينة خبيرة بباطنه بعسرتة، ولم يحلف، في الأصح، لئلا يكون مكذبًا للبيينة، وذكر ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا: يحلف مع بينته أنه معسر، لأنها تشهد بالظاهر.

وفي الترغيب: إن حلف أنه قادر حبسه، وإلا حلف المنكر عليهما وخلي، نقل

حنبل: يحبس إن علم له ما يقضي .

وفي المستوعب: إن عرف بمال أو أقر أنه مليء به وحلف غريمه أنه لا يعلم عسرته حبس .

وفي المغني: إذا حلف أنه ذو مال حبس .

وفي الكافي: يحلف أنه لا يعلم عسرته، وظاهر كلام جماعة لا يحلف إلا أن يدعي المطلوب تلقاً أو إعساراً أو يسأل سؤاله فتكون دعوى مستقلة، فإن كان له بقاء ماله أو قدرته بينة فلا كلام، وإلا فيمينه بحسب جوابه، كسائر الدعاوى، وهذا أظهر، وهو مرادهم، لأنه ادّعى الإعسار وأنه يعلم ذلك فأنكره، ومتى لزمته اليمين فطلبها فنكل لم يحبس، ذكره ابن عقيل: وغيره، وإن لم يحلفه فلا وجه لعدم حبسه .

قال شيخنا: فيما إذا كان المدعي امرأة على زوجها: فإذا حبس لم يسقط من حقوقه عليها شيء قبل الحبس يستحقها عليها بعد الحبس، كحبسه في دين غيرها، فله إلزامها ملازمة بيته ولا يدخل إليه أحد بلا إذنه، فإن خاف أن تخرج منه بلا إذنه فله أن يسكنها حيث لا يمكنها الخروج، كما لو سافر عنها أو حبسه غيرها، ولا يجب حبسه في مكان معين، بل المقصود تعويقه عن التصرف حتى يؤدي ذلك، فيجوز حبسه في دار ولو في دار نفسه، بحيث لا يمكن من الخروج. ويجوز أن يحبس وترسم هي عليه إذا حصل المقصود بذلك بحيث يمنعه من الخروج، وهذا أشبه بالسنة، فإن النبي ﷺ أمر الغريم بملازمة غريمه وقال له: «ما فعل أسيرك؟»^(١) وإنما المرسم وكيل الغريم في الملازمة، فإذا لم يكن للزوج من يحفظ امرأته غير نفسه، وأمكن أن يحبسهما في بيت واحد، فتمنعه هي من الخروج، ويمنعها هو من الخروج، فعل ذلك، فإن له عليها حبسها في منزله، ولها عليه حبسه في دينها، وحقه عليها أوكد، فإن حق نفسه في المبيت ثابت ظاهراً وباطناً، بخلاف حبسها له فإنه بتقدير إعساره، لا يكون حبسه مستحقاً في نفس الأمر إذ حبس العاجز لا يجوز، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولأن حبسها له عقوبة حتى يؤدي الواجب عليه، وحبسه لها حق يثبت بموجب العقد، وليس بعقوبة، بل حقه عليها كحق المالك على المملوك، ولهذا كان النكاح بمنزلة الرق والأسر للمرأة. قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: النكاح رق، فلينظر أحداكم عند من يرق كريمته.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٢٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٢٨) وضعفه العلامة الألباني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٩١).

وقال زيد بن ثابت: الزوج سيد في كتاب الله وقرأ قوله: ﴿وَأَلْفَيَْا سَيِّدَهَا لَدَا أَلْبَابٍ﴾ [يوسف: ٢٥] وقال النبي ﷺ: «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم»^(١) والعاني: الأسير، وإذا كان كذلك ظهر أن ما يستحقه عليها من الحبس أعظم مما تستحقه عليه، إذ غاية الغريم أن يكون كالأسير، ولأنه يملك مع حبسها في منزله الاستمتاع بها متى شاء، فحبسه لها دائماً يستوفي في حبسها ما يستحقه عليها، وحبسها له عارض إلى أن يوفى حقها، والحبس الذي يصلح لتوفية الحق مثل المالك لأتمته، بخلاف الحبس إلى أن يستوفي الحق، فإنه من جنس حبس الحر للحر، ولهذا لا يملك الغريم منع المحبوس من تصرف يوفي به الحق، ولا يمنعه من حوائجه إذا احتاج الخروج من الحبس مع ملازمته له، وليس على المحبوس أن يقبل ما يبذله له الغريم مما عليه منة فيه.

ويملك الرجل منع امرأته من الخروج مطلقاً إذا قام بما لها عليه، وليس لها أن تمتنع من قبول ذلك، وبهذا وغيره يتبين أن له أن يلزمها ويمنعها من الخروج أكثر مما لها أن تلزمه وتمنعه من الخروج من حبسه، فإذا لم يكن له من يقوم مقامه في ذلك لم يجز أن يمنع من ملازمتها، وهذا حرام بلا ريب.

ولا ينافي أحد من أهل العلم أن حبس الرجل إذا توجه تتمكن معه امرأته من الخروج من منزله، وإسقاط حقه عليها حرام لا يحل لأحد من ولاية الأمور والحكام فعل ذلك، حرة عفيفة كانت أو فاجرة، فإن ما يفضي إلى تمكينها من الخروج إسقاط لحقه، وذلك لا يجوز لا سيما وذلك مظنة لمضارتها له أو فعلها للفواحش إلى أن قال: فرعاية مثل هذا من أعظم المصالح التي لا يجوز إهمالها، قال: وهي إنما تملك ملازمته، وملازمته تحصل بأن تكون هي وهو في مكان واحد، ولو طلب منها الاستمتاع في الحبس فعليها أن توفيه ذلك، لأنه حق عليها، وإنما المقصود بالحبس أو الملازمة أن الغريم يلازمه حتى يوفيه حقه، ولو لازمه في داره جاز، فإن قيل: فهذا يفضي إلى أن يملكها ولا يوفي، فالجواب: أن تعويقه عن التصرف هو الحبس، وهو كاف في المقصود إذا لم يظهر امتناعه عن أداء الواجبات فإن ظهر أنه قادر وامتنع ظلماً، عوقب بأعظم من الحبس بضرب، مرة بعد مرة حتى يؤدي، كما نص على ذلك أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، لأن النبي ﷺ قال: «مطل الغني

(١) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٢١٨) وأبو داود في سننه برقم (١٩٠٥).

ظلم»^(١) والظالم يستحق العقوبة، فإن العقوبة تستحق على ترك واجب أو فعل محرم، ولقوله ﷺ: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(٢) ومع هذا لا يسقط حقه الذي على امرأته، بل يملك حبسها في منزله.

وأما تمكين مثل هذا يعني الممتنع عن الوفاء ظلمًا من فضل الأكل والنكاح فهذا محل اجتهاد، فإنه من نوع التعزير، فإن رأى الحاكم أن يعزره به كان له ذلك، إذ التعزير لا يختص بنوع معين، وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد ولي الأمر في تنوعه وقدره إذا لم يتعد حدود الله، ولكن المحبوسون على حقوق النساء ليسوا من هذا الضرب، فإن لم يحصل المقصود بحبسهما جميعًا إما لعجز أحدهما عن حفظ الآخر أو لشر يحدث بينهما ونحو ذلك، وأمكن أن تسكن في موضع لا تخرج منه، وهو ينفق عليها، مثل أن يسكنها في رباط نساء أو بين نسوة مأمونات فعل ذلك، ففي الجملة لا يجوز حبسه لها وتذهب حيث شاءت، باتفاق العلماء، بل لا بد من الجمع بين الحقين ورعاية المصلحتين، لا سيما إذا كان ذهابها مظنة للفاحشة، فإن ذلك يصير حقًا لله يجب على ولي الأمر رعايته وإن لم يطلبه الزوج.

وفي إنظار المعسر فضل عظيم، وأبلغ الأخبار فيه عن بريدة مرفوعًا: «من أنظر معسرًا فله بكل يوم مثله صدقة قبل أن يحل فإذا حل الدين فأنظره فله بكل يوم مثليه صدقة»^(٣). رواه أحمد. حدثنا عفان حدثنا عبد الوارث حدثنا محمد بن جحادة عن سليمان بن بريدة عن أبيه، فذكره، إسناد جيد، ورواه ابن ماجه وأبو يعلى الموصلي من حديث الأعمش عن نفع أبي داود - وهو متروك - عن بريدة.

وإن قامت بينة بمعين له فأنكر ولم يقرّ به لأحد، أو قال: لزيد، فكذبه، قضى منه، وإن صدقه فوجهان «م ٢». ولا يثبت الملك للمدين، لأنه لا يدعيه. وظاهر هذا

مسألة - ٢: قوله: وإن قامت بينة بمعين له فأنكر ولم يقرّ به لأحد، أو قال:

لزيد، وكذبه، قضى منه، وإن صدقه فوجهان، انتهى.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٨٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٤).
(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٢٨) والنسائي في سننه (٢٣٣/٢) وابن ماجه في سننه برقم (٣٦٢٧) وأحمد في المسند (٢٢٢/٤)، ٣٨٨، ٣٨٩) والحاكم في المستدرک (٤/ ١٠٢) والبيهقي في سننه (٥١/٦) وحسنه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي الْإِرْوَاءِ برقم (١٤٣٤).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٦٠/٥) والحاكم في المستدرک (٢٩/٢) والبيهقي في سننه (٣٥٧/٥) وصححه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي الْإِرْوَاءِ برقم (١٤٣٨).

أن البينة هنا لا يعتبر لها تقدم دعوى، وإن كانت له بينة قدمت لإقرار رب اليد. وفي المنتخب: بينة المدعي، لأنها خارجة. . ويحرم أن يحلف معسر لا حق عليه وبتأول نص عليه، ومن سأل عن غريب وظن إعساره شهد. وإن وفى ماله ببعض دينه لزم الحجر عليه بطلب غرمائه، والأصح: أو بعضهم.

وفي الترغيب: إن زاد دينه على المال وقيل: أو هو من الحاكم. وتصرفه قبل الحجر نافذ، نص عليه، مع أنه يحرم إن أضرب بغريمه، ذكره الآمدي البغدادي. وقيل: لا ينفذ، ذكره شيخنا واختاره، وذكره أيضًا رواية. وسأله جعفر: من عليه دين أيتصدق بشيء؟ قال: الشيء اليسير، وقضاء دينه أوجب عليه.

وعنه: له منع ابنه من تصرفه في ماله بما يضره، ونقل حنبل فيمن تصدق وأبواه فقيران: رد عليهما، إلا لمن دونهما، للخبر، ولا يصح بعده، نص عليه، إلا في ذمته، وعنه: وعق كتديير، اختاره أبو بكر.

وفي المستوعب: وصدة بيسير. وإن أقر بعين قبل على نفسه، ونقل موسى بن سعيد: إن تصرف قبل طلب رب العين لها جاز، لا بعده.

وإن باع ماله لغريم بكل الدين فوجهان «م ٣». ومن دينه ثمن مبيع وجده ولو هزل، وقيل: ونسي صنعة وقيل: أو صار الحب زرعًا وعكسه، أو النوى شجرًا، ولو باعه بعد حجره جاهلاً به، وقيل: أو عالمًا، فله أخذه بحقه، لتعيينه كوديعة، وقيل: بحاكم، بناء على تسويغ الاجتهاد، مترخيًا، وقيل: فورًا.

أحدهما: يكون لزيد، جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والنظم، وغيرهم. وصححه ابن نصر الله في حواشيه، ويحلف. قال في الرعاية الكبرى: فإن أقر به لزيد مضاربة قبل: قوله: بيمينه إن صدقه زيد أو كان غائبًا.

والوجه الثاني: لا يكون له، وهو قوي، والصواب أن يرجع في ذلك إلى القرائن خوفًا من التهمة.

مسألة - ٣: قوله في المحجور عليه: وإن باع ماله لغريم بكل الدين فوجهان، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: فإن باع ماله لغرمائه أو بعضهم بكل الدين احتمل وجهين، انتهى.

أحدهما: لا يصح قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كلام جماعة، لاحتمال ظهور غريم آخر، وللجهل بالثمن.

والوجه الثاني: يصح بيع ذلك، لرضاهما به قلت: يتوجه الصحة إن علم الدين، وإلا فلا.

وفي الترغيب والرعاية: وعلى الأصح أو مات البائع ولو مع بذل غريم ثمنه، نص عليه. وإن قال المفلس: إنما لك ثمنه فأنا أبيع وأعطيك، فربه أحق به، نقله أبو الحارث.

وإن مات المفلس، أو برئ من بعض ثمنه، أو زال ملكه عن بعضه بتلف أو غيره، وعنه: ولو أنه عينان، أو تعلق به حق شفعة، في الأصح، وقيل: مع طلبه، أو جناية أو رهن، أو تغير بما يزيل اسمه، أو خلطه بما لا يتميز، أو وطئ البكر، وفيه وجه، وقيل: أو الثيب، أو صبغه، أو قصره، في وجه فيهما، كنقصه بهما، في الأصح، فهو أسوة الغرماء.

وفي الموجز: إن أحدث صنعة كنسج غزل، وعمل الدهن صابوناً، فروايتان. وفي التبصرة: لا يأخذه، وعنه: بلى، قال: ويشاركه المفلس في الزيادة. ولو أفلس بعد رجوعه إلى ملكه، ففيل: لا يرجع، وقيل: بلى إن رجع بفسخ، وقيل: مطلقاً، فلو اشتراها ثم باعها ثم اشتراها، ففيل: البائع الأول، لسبقه، وقيل: يقرع «م ٤ و ٥» ويأخذه بزيادة منفصلة ومتصلة، نص عليه، وقال جماعة: المنفصلة للمفلس،

مسألة - ٤ و ٥: قوله: ولو أفلس بعد رجوعه إلى ملكه، ففيل: لا يرجع، وقيل: بلى إن رجع بفسخ، وقيل: مطلقاً، فلو اشتراها ثم باعها ثم اشتراها ففيل: البائع الأول، لسبقه، وقيل: يقرع، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٤: إذا أفلس بعد رجوع السلعة إلى ملكه، فهل له بها الرجوع أم لا؟ أو يرجع إن رجعت إليه بفسخ وإلاً فلا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والقواعد الفقهية والزرکشي، وأطلق الأول والأخير في الكافي، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: له الرجوع. قال الناظم: عاد الرجوع على القوي، وقدمه ابن رزين في شرحه. قال في التلخيص: هو كعود الموهوب إلى الابن بعد زواله هل للأب الرجوع أم لا؟ انتهى. قلت: الصحيح أن له الرجوع في مسألة الهبة.

والوجه الثاني: ليس له الرجوع مطلقاً، لأنه زال عن ملكه.

والوجه الثالث: له الرجوع إن عادت السلعة إليه بفسخ، كالإقالة والرد بالعيب والخيار ونحوه، وإن عادت إليه بسبب جديد كبيع وهبة، وإرث، ووصية ونحوه لم يرجع، وهو قوي.

المسألة الثانية - ٥: إذا قلنا له الرجوع فاشترها ثم باعها ثم اشتراها فهل يختص بها البائع الأول لسبقه، أو يقرع بينه وبين البائع الثاني؟ أطلق الخلاف.

والمتمصلة تمنع. وفي الإرشاد والموجز: تمنع متصلة، وفي منفصلة روايتان، وهما في التبصرة، وعند ابن أبي موسى: يمنع الولد الرجوع في ولد، وإن كان حاملاً عند البيع وكذا عند الرجوع فوجهان «م ٦ و ٧» والأصح: له الرجوع قبل قلع غرس أو بناء،

أحدهما: يختص بها البائع الأول لسبقه.

والوجه الثاني: يقرع بينهما، وهو أقوى من الأول. قلت: ويحتمل أن يختص بها البائع الثاني ويكون القول بالرجوع مخصوصاً بغير البيع..

مسألة - ٦ و ٧: قوله: وإن كان حاملاً عند البيع وكذا عند الرجوع فوجهان. انتهى، شمل مسألتين.

مسألة - ٦: ما إذا كانت حاملاً عند البيع.

ومسألة - ٧: ما إذا حدث حمل ووجد عند الرجوع. والذي يظهر أن مبنى الوجهين على أن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع، والمنفصلة لا تمنع، وهو المذهب فيهما، فعلى هذا هل يلحق الحمل بالمتصلة أو المنفصلة؟ أطلق الوجهين، فمن ألحقه بالمتصلة منع الرجوع ومن ألحقه بالمنفصلة لم يمنع، والظاهر أن مراده إذا كانت حاملاً عند البيع منفصلاً عند الرجوع في الأولى، وفي الثانية إذا كانت حائلاً عند البيع حاملاً عند الرجوع، لا أنها تكون حاملاً عند البيع متصلاً عند الرجوع. قال في التلخيص، والرعاية الكبرى: إن كان حاملاً عند البيع والرجوع لم يمنع الرجوع، كالسمن، وإن كان حاملاً عند البيع منفصلاً عند الرجوع فوجهان. وقال في الرعاية الصغرى، والحاويين: والحمل كالسمن، فإن كان منفصلاً عند الرجوع فوجهان.

وقال في الكبرى: وإن كانت حائلاً عند البيع حاملاً عند الرجوع فوجهان، ومع الرجوع لا أرش، انتهى. وقال في التلخيص: وإن كانت حائلاً عند البيع حاملاً عند الرجوع فهو كالسمن. والأظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع، انتهى. وقطع في الفصول أنه لو أفلس المشتري وهي حامل كان له الرجوع، وكذا قطع: لو كانت حاملاً حين البيع أن له الرجوع. وقال الشيخ الموفق والشارح: لو اشتراها حاملاً وأفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبر وكثرت قيمتها بسببه فيكون من الزيادة المتصلة، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي: له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل. قال الشيخ: والصحيح أنا إن قلنا لا حكم للحمل فهو زيادة منفصلة، وإن قلنا له حكم، وهو الصحيح، فإن كان هو والأم قد زادا بالوضع فزيادة متصلة، وإن لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين تلف بعض أحدهما، وإن كانت عند البيع حائلاً و حاملاً عند الرجوع وزادت قيمتها فزيادة متصلة، وإن أفلس بعد الوضع فزيادة منفصلة. وقال القاضي: وإن وجدها

فيضمن غريم نقصاً حصل به، ويسوي حفراً، وإن أبى قلعه فللبائع - في الأصح - أخذه وقلعه وضمن نقصه، وإن أبى فلا رجوع ويرجع عند القاضي في أرض، وهل يباع الغرس مفرداً أو الجميع ويقسم الثمن على القيمة؟ فيه وجهان «م ٨» ولو كان ثمنه مؤجلاً أخذه عند الأجل، وقيل: في الحال، وقيل: يباع. ومن وجد عين قرضه أو غيره فكمبيع، وكذا عيناً مؤجرة، وقيل: ولو مضى بعض المدة وكذا مكر نفسه. ورجوع البائع فسخ للمبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا إلى القدرة على تسليمه، فلو رجع فيمن أبق صحت وصار له، فإن قدر أخذه، وإن تلف فممن ماله وإن بان تلفه حين استرجعه بطل استرجاعه. وإن رجع في مبيع اشتبه بغيره قدم تعيين المفلس، لإنكاره دعوى استحقاق البائع، وإن مات بائع مديناً فمشتتر أحق بطعام وغيره، ولو قبل قبضه، نص عليه.

فصل

يلزم الحاكم قسمة ماله على الغرماء إذا كان من جنس الدين، إلا باعه على الفور، لأن ذمته لم تخرب - بخلاف الميت - بلا إذنه، ولا يباع إلا بثمن مثله المستقر، وفي وقته أو أكثر ذكره شيخنا وغيره، ويستحب إحضاره وغرمائه وبيع كل

حاملاً انبنى على أن الحمل هل له حكم فيكون زيادة منفصلة يترتب به حتى تضع، أو لا حكم له فزيادة متصلة، انتهى كلام الشيخ ملخصاً، وقد اختار القاضي في المجرد: أن الحمل في المبيع وغيره كأحد عينين، فنلخص أن ابن حمدان في الرعاية الكبرى، أطلق الخلاف في المسألتين، وأن صاحب التلخيص، جعل الحمل عند الرجوع كالسمن. واختار أنه يتبع في الرجوع، وأما: قوله: في الرعاية الصغرى، والحاويين: إن الحمل كالسمن، فمرادهم، والله أعلم، إذا تجدد بعد البيع، سواء بقي حاملاً إلى الرجوع أو لا، فشمل مسألة المصنف الثانية، وكلام المصنف فيما إذا كان حاملاً عند البيع ومولوداً عند الرجوع في المسألة الأولى، واختار القاضي في هذه المسألة أن له الرجوع فيهما مطلقاً، وأن الشيخ فصل التفصيل المتقدم.

مسألة - ٨: قوله: وهل يباع الغرس مفرداً أو الجميع ويقسم الثمن على القيمة؟ فيه وجهان، انتهى، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والحاويين، والفائق، وغيرهم. وظاهر المغني، والشرح، إطلاق الخلاف أيضاً.

أحدهما: يباع الجميع، قدمه في الخلاصة، والرعاية، الصغرى.

والوجه الثاني: يباع الغراس مفرداً، قدمه في الرعاية الكبرى.

شيء في سوقه، ويبيع أولاً أقله بقاء وأكثره كلفة، ونفقته أدنى نفقة مثله وكسوته وعياله من ماله حتى يقسم، ذكر الشيخ إن لم يكن ذا كسب، ويترك لهم ما لا بد منه، كمسكن لا سعة فيه وخادم ليسا نفيسين، نص على ذلك، ولا عين مال غريم وآلة حرفة، وما يتجر به إن عدمها، ونص عليه. وفي الموجز والتبصرة: وفرس يحتاج ركوبها.

وفي الروضة: ودابة يحتاجها، ونقل عبد الله: يباع الكل إلا المسكن وما يواريه من ثياب، وخادماً يحتاجه، وأجرة المنادي ونحوه، ولا متبرع من الثمن، وقيل: من بيت المال مع إمكانه، وإن عيناً منادياً غير ثقة ردّه، بخلاف بيع المرهون، فإن اختلف تعيينهما ضمهما إن تبرعا، وإلا قدم من شاء، ويقدم المرتهن برهن لازم، ولم يقيده جماعة كالمحرر والوجيز باللزوم وعنه: إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به، ولم يعتبر وجود قبضه بعد موته أو قبله. وفي الرعاية: يختص بثمن الرهن، وعلى الأصح، وذكرهما ابن عقيل: وغيره في صورة الموت، لعدم رضاه بذمته، بخلاف موت بائع وجد متاعه والمجني عليه عنده بثمنه، ويشارك المرتهن بالفضل، وصاحب العين أو مستأجرها يأخذها ويقسم الباقي بقدر ديون غرمائه، ولا يلزمهم بيان أن لا غريم سواهم، ويلزم الورثة بينة تشهد: لا نعلم له وارثاً سواهم، ذكره في الترغيب والفصول وغيرها، لئلا يأخذ أحدهم ما لا حق له فيه، ثم إن ظهر غريم لم ينقض ويرجع على كل واحد بقدر حصته.

وفي المغني: قسمة بان الخطأ فيها كقسمة أرضاً أو ميراثاً ثم بان شريك أو وارث.

قال الأزجي: فلو كان له ألف اقتسمها غريمَاه نصفين ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما رجع على كل واحد بثلث ما قبضه، وإن كان أحدهما قد أتلّف ما قبضه فظاهر المذهب أن الثالث يأخذ من الآخر ثلث ما قبضه من غير زيادة، وأصل هذا ما لو أقر أحد الوارثين بوارث، فإنه يأخذ ما في يده إذا كان ابناً وهما ابنان، كذا قال. وظاهر كلامهم يرجع على من أتلّف ما قبضه بحصته، ويتوجه كمفقود رجع بعد قسمة ماله وتلفه. وفي فتاوى الشيخ: لو وصل مال الغائب فأقام رجل بينة عليه أن له عليه ديناً، وأقام آخر بينة أن له عليه ديناً أيضاً إن طالبا جميعاً اشتركا، وإن طالب أحدهما اختص به، لاختصاصه بما يوجب التسليم وعدم تعلق الدين بماله، ومراده: ولم يطالب أصلاً، وإلا شاركه، ما لم يقبضه، ولا مشاركة فيه بما ادّاناه بعد حجره، وذكر في المبتهج في جاهل به وجهين، أو أقرّ به، وعنه: بلى إن أضاف إلى إقراره قبل الحجر أو ادّاناه عامل قبل قراضه: قاله شيخنا، ونكوله كإقراره، ويشاركهم المجني عليه قبل حجره وبعده.

ولا يحل دين بفلس ولا موت إذا وثق الورثة الأقل من تركة أو دين، فيختص به الحال، وعنه: يحل، فيشارك به، وقيل: على الأول في موته هل في تركه حصته ليأخذه إذا حل دينه؟ أو يختص به الحال؟ أو يرجع عليه إذا حل؟ يحتمل أوجهًا، وعنه: يحل بموت ولو قتله ربه لا بفلس، وعنه: بلى إن عدم التوثيق، وعنه: لا يحل بهما، اختاره أبو محمد الجوزي كدينه وفي التلخيص: وكذا في حله بجنون وفي الانتصار يتعلق بدمتهم، وذكره عن أصحابنا في الحوالة، فإن كانت مالية وإلا وثقوا. ولو ورثه بيت المال احتمل انتقاله، ويضمن الإمام للغرماء، واحتمل حله، وذكرهما في عيون المسائل، وذكرهما في التعليق، لعدم وارث معين «م ٩» ولهذا للإمام أن يقطع الأراضي وإن كانت لجميع المسلمين، ولو كانت لواحد معين لم يجز. وفي الفنون: لو تعلق بالأعيان لما استحق من طراً حقه بوقوعه في بئر حفرها لميت حال الحياة، كالرهن، ولما سقط الحق بالبراءة.

وفي الانتصار: الصحيح أنه في ذمة ميت والتركة رهن. وفي الترغيب: الدين وإن قل يمنع من التصرف نظراً له، وإن ضمنه ضامن وحل على أحدهما لم يحل على الآخر، وهل للضامن مطالبة رب الحق بقبضه من تركة المضمون عنه بعد موته أو يبرئه؟ فيه وجهان «م ١٠». وإن أبى مفلس أو وارث الحلف مع شاهده لم يحلف

مسألة - ٩: قوله: ولو ورثه بيت المال احتمل انتقاله، ويضمن الإمام للغرماء، واحتمل حله، وذكرهما في عيون المسائل، وذكرهما في التعليق، لعدم وارث معين، انتهى.

أحدهما: يحل. قال القاضي في المجرد وابن عقيل والشيخ في المغني: إذا لم يكن وارث حل الدين؛ لأن الأصل يستحقه الوارث وقد عدم هنا، وقدمه في القواعد الفقهية قلت: وهو عين الصواب في هذه الأزمنة.

والاحتمال الثاني: انتقاله إلى بيت المال، ويضمن الإمام للغرماء إلى أن يحل الدين، وهذا كالمعتذر في هذا الزمان، فالاعتماد على القول الأول.

مسألة - ١٠: قوله: وإن ضمنه ضامن وحل على أحدهما لم يحل على غيره، وهل للضامن مطالبة رب الحق بقبضه من تركة المضمون عنه بعد موته أو يبرئه؟ فيه وجهان، انتهى.

أحدهما: له ذلك قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: ليس له ذلك، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب في باب الضمان. وفي هذه المسألة على القول الأول: نوع شبه بمسألة السلم والكتابة والدين إذا أتى

الغرماء، ويلزم إجبار محترف على الكسب فيما يليق بمثله لبقية دينه، كوقف وأم ولد، في الأصح، لا في لزوم حج وكفارة، وعنه: لا يجوز، كقبول هبة وصدقة ووصية وتزويج حتى أم ولد وخلع ورد مبيع وإمضائه. وفيه وجه مع الأخط، وأخذ دية عن قود، فعلى الأولى يبقى الحجر بقاء دينه إلى الوفاء، ولو طلبوا إعادته لما بقي بعد فك الحاكم لم يجبههم، وإذا أعيد وقد ادان شارك غرماء الحجر الثاني الأول، ولو فلسه القاضي ثم ادان لم يحبس، لأن أمره قد وضع، نقله حنبل، وإن عفا مطلقاً أو مجاناً وجبت على موجب العمد أحد شيئين وإلا سقطت.

وفي الترغيب: اختار الأكثر: لا يصح مجاناً، والخلاف في سفيه ووارث مع ديون مستغرقة، ومريض، ويصح منه في ثلثه، ولا يصح عفوهم عن الدية، في الأصح، وقيل: للمفلس العفو مجاناً، نص عليه، ولا يجوز ملازمته. وفي الموجز والتبصرة: والإشراف على تصرفه والله سبحانه وتعالى أعلم.

أصحابه بالحق قبل محله إلى ربه، ولا ضرر عليه في قبضه، فهذه عشر مسائل في هذا الباب.

باب الحجر

وهو لغة: المنع، وشرعاً المنع من التصرف بحجر على صغير ومجنون وسفيه لحظهم، ومن دفع إليهم ماله بيعاً أو قرضاً رجع بعينه وإن أتلّفوه لم يضمنوا، وقيل: مجنون، وقيل: يضمن سفيه جهل حجره، ويلزمهم أرش جناية وضمان ما لم يدفع إليهم، ومن أعطوه مالاً ضمنه حتى يأخذه وليّه، وإن أخذه ليحفظه لم يضمنه، في الأصح، وكذا إن أخذ مغصوباً ليحفظه لربه، وإن أودعهم أو أعارهم أو عبداً مالاً فأتلّفوه أو تلف بتفريط سفيه وعبد، فقيل: بالضمان وعدمه، وضمان عبد، وقيل: وسفيه «م ١ و ٢» وإن تم لصغير خمس عشرة سنة أو أنزل أو نبت شعر خشن حول

مسألة ١ - ٢: قوله: «وإن أودعهم أو أعارهم» يعني الصغير والمجنون والسفيه أو عبداً مالاً فأتلّفوه، أو تلف بتفريط سفيه وعبد، فقيل: بالضمان وعدمه، وضمان عبد، وقيل: وسفيه، انتهى. اشتمل كلامه على مسألتين:

المسألة الأولى - ١: إذا أودع الصبي أو المجنون أو السفيه أو العبد مالاً فأتلّفوه، فهل يضمنونه أم لا؟ أم يضمن العبد وحده؟ أم هو والسفيه؟ ذكر فيه أقوالاً، أطلق الخلاف. أما الصبي إذا أتلّف الوديعة فهل يضمنها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والفائق، في هذا الباب، وأطلقه في باب الوديعة في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: لا يضمن، قدمه في الخلاصة، والمقنع. قال في الفصول: وهو أصح عندي. قال في الهداية، والمستوعب، والتلخيص: قال غير القاضي من أصحابنا: لا يضمن. قال الحارثي: قال ابن حامد: قياس المذهب لا يضمن، وإليه صار القاضي أخيراً، ذكره عنه ولده أبو الحسين، ولم يذكر القاضي في رؤوس المسائل سواه، واختاره القاضي أبو الحسين وأبو الحسن بن بكروس. قال ابن عقيل: وهو أصح عندي، انتهى.

والوجه الثاني: يضمن، اختاره القاضي في الخلاف، واختاره أيضاً الشيخ الموفق والشارح، قال الحارثي: واختاره أبو علي بن شهاب، ولم يورد الشريفان أبو جعفر

قبله، نقله الجماعة، وحكي فيه رواية، أو عقل مجنون ورشدا بلا حكم، فك حجرهما بلا حكم، نص عليه، وفيه وجه، وقيل: في صغير، وسواء رشده الولي أو لا، قال شيخنا: وإن نوزع في الرشد فشهد شاهدان قبل، لأنه قد يعلم بالاستفاضة، ومع عدمها له اليمين على وليه أنه لا يعلم رشده، ولو تبرع وهو تحت الحجر فقامت بينة برشده نفذ، وتزيد جارية بحيض، وعنه: لا يحكم ببلوغها بغيره، ونقلها جماعة، قال أبو بكر: هي قول أول، وحملها دليل إنزالها، وقدره أقل مدة حمل، ولا ينفك قبل ذلك، وعنه: يعتبر لرشدتها أيضًا تزوجها وتلد أو تقيم سنة مع زوج، واختاره جماعة، فلو لم تتزوج فقليل: يدوم، وقيل: ما لم تعنس «م ٣».

والزبيدي وأبو المواهب الحسين بن محمد العكبري والقاسم بن الحسين الحداد سواء، انتهى. وصححه الناظم، وقدمه في الفصول في موضع، وهذا الصحيح من المذهب على ما اصطلاحناه.

تنبيهات:

الأول: ألحق المصنف السفية بالصغير، وكذلك الشيخ الموفق والشارح، والمجد وابن حمدان وجماعة، وقدم في الرعاية الكبرى، في هذا الباب أن إتلاف السفية الوديعية هدر، وقطع القاضي في المجرد بأنه كالبالغ الرشيد، وكذلك صاحب التلخيص، قال الحارثي: وإلحاقه بالرشيد أقرب، انتهى. قلت: وهو الصواب.

الثاني: ألحق المصنف أيضًا العبد بالصغير، وكذلك صاحب المحرر والرعايتين، واختاره القاضي، والذي قطع به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، وشرح ابن منجا، وغيرهم وقدمه في المستوعب والتلخيص، قال الحارثي: به قال الأكثر أبو الخطاب وابن عقيل وأبو الحسين والشريفان أبو جعفر والزبيدي وابن بكروس وغيرهم. إن العبد يضمن إذا أتلّف الوديعية، واختاره الحارثي، ورد غيره.

الثالث: المجنون كالصغير فيما تقدم من الأحكام، قاله الأصحاب.

الرابع: العارية كالوديعية، قاله المصنف والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم.

المسألة الثانية - ٢: إذا تلف ما تقدم ذكره من الوديعية والعارية ونحوهما بتفريط العبد والسفيه فهل يضمنان أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يضمنان، وهو الصحيح، قطع به في الرعايتين والحاوي الصغير، وهو احتمال في المغني، والشرح، في السفية، وقطع به في الفائق في السفية.

والوجه الثاني: يضمنان، واختاره القاضي في السفية.

مسألة - ٣: قوله: «وعنه: يعتبر لرشدتها تزوجها وتلد وتقيم سنة مع زوج، واختاره

والرشد: إصلاح المال، وقال ابن عقيل: والدين، وهو الأليق بمذهبنا، قال في التلخيص - ونص عليه - وقيل: ودوامًا، وهو أن يتصرف مرارًا فلا يغبن غالبًا، ولا يصرفه في حرام أو غير فائدة، قال ابن عقيل: وجماعة: ظاهر كلام أحمد أن التبذير والإسراف ما أخرجه في الحرام، لقوله ﷺ: «لو أن الدنيا لقمة فوضعها الرجل في في أخيه لم يكن إسرافًا»^(١) قال في النهاية: أو صدقة تضر بعياله، أو كان وحده ولم يثق بإيمانه عائلته وقال شيخنا: أو مباح قدرًا زائدًا على المصلحة. وقال القاضي: يجب إنكار صرفه في المحرم، فإن أسرف في إنفاقه في الملاذ أو الشهوات، فإن لم يخف الفقر لم يكن مسرفًا، وإلا فهو من السرف المنهي عنه، قال ابن الجوزي: في التبذير قولان:

أحدهما: أنه إنفاق المال في غير حق، قاله ابن مسعود وابن عباس ومجاهد، قال الزجاج: في غير طاعة.

والثاني: الإسراف المتلف للمال: ﴿إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ﴾ [الإسراء: ٢٧] لأنهم يوافقونهم فيما يدعونهم إليه ويشاركونهم في معصية الله ﴿وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِلرِّبِّ كَفُورًا﴾ [الإسراء: ٢٧] أي: جاحدًا لنعمه، قال: وهذا يتضمن أن المسرف كفور للنعمة، ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر بما يليق به ويؤنس رشده، قال أحمد: إذا أنس منه رشدًا أعطاه ماله وإلا لم يعطه، ذكره أبو يعلى الصغير قول الجماعة، وأن الغلام بالبلوغ يملك النكاح لنفسه، ونقل البغوي أن وصيا سألته أن اليتيم يريد ماله وهو مفسد ورفعني إلى الوالي وأبلغ قال: إن لم تقدر له على حيلة فأعطه، وزمن الاختبار قبل البلوغ، وقيل: لا، للجارية، لنقص خبرتها بالخفر، وعنه: بعده فيهما، وبيع الاختبار وشراؤه صحيح.

جماعة، فلو لم تتزوج فقيل: يدوم وقيل: ما لم تعنس، انتهى.

أحدهما: يدوم الحجر عليها، وهو احتمال للشيخ وغيره، وهو قوي، بل هو ظاهر الرواية، وجزم به في الفصول.

والقول الثاني: يدوم ما لم تعنس. قال القاضي: عندي أنها إذا لم تتزوج يدفع إليها ما لها إذا عنست وبرزت للرجال قلت: وهو الصواب، واقتصر عليه في الكافي.

(١) لم أفق عليه.

فصل

وولي صغير ومجنون أب رشيد، قيل: عدل، وقيل: ومستور «م ٤» ثم وصيه ولو بجعل وشم متبرع، ذكره في الخلاف كذلك مع ثبوت ولايته، نقل ابن منصور: لا يقبض للصبي إلا الأب أو وصي وقاض، وعنه: يلي الجد ففي تقديمه على وصيه وجهان «م ٥». وقال شيخنا: لو وصى من فسقه ظاهر إلى عدل وجب إنفاذه، كحاكم فاسق حكم بعدل وكصحة وصية الفاسق بثلثه «ع». ثم حاكم، ومرادهم فيه الصفات المعتمدة وإلا أمين يقوم به، اختاره شيخنا رحمته الله وقال في حاكم عاجز كالعدم، نقل ابن الحكم فيمن عنده مال يطالبه الورثة، فيخاف من أمره: ترى أن يخبر الحاكم ويدفعه إليه؟ قال: أما حكامنا هؤلاء اليوم فلا أرى أن يتقدم إلى أحد منهم ولا يدفع إليه شيئاً، ترجمه الخلال: الرجل بيده مال فيموت وله أولاد صغار.

ونقل أبو طالب: إن كان القاضي جهماً زوج والي البلد، ونقل مهنا إن مات المودع وله صبي فكأنه أوسع أن يدفع المستودع إلى رجل مستور ينفق عليه، وقاله الحارثي، وحمله القاضي على عدم الحاكم، ونقل أبو داود: لا يرد على المرأة شيئاً تعطي نصيبها، فإن لم يكن عصبة فليتصدق به، فظاهره حاكم أو غيره، ونقل أيضاً

مسألة - ٤: قوله: «وولي صغير ومجنون أب رشيد، قيل: عدل، وقيل:

ومستور،» انتهى.

أحدهما: يكفي مستور الحال، وهو الصحيح، قال في المحرر والنظم، والرايعتين، والحاويين، والفاثق، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وليهما الأب ما لم يعلم فسقه، فظاهره الاكتفاء بمستور الحال قلت: وهو الصواب. وأطلق في المغني، والمقنع، والوجيز وغيرهم. ولاية الأب.

والقول الثاني: تشترط العدالة ظاهراً وباطناً. قال في المنور: وولي الصبي والمجنون الأب ثم الوصي العدلان. وقال في الكافي: ومن شرط ثبوت الولاية العدالة، بلا خلاف، فظاهره العدالة ظاهراً وباطناً.

مسألة - ٥: قوله: «وعنه: يلي الجد، ففي تقديمه على وصيه وجهان»، انتهى

وأطلقهما في المحرر والنظم، والفاثق.

أحدهما: يقدم على الوصي، كالأب، وهو الصحيح، قدمه في الرايعتين والحاويين، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يقدم الوصي عليه.

فيمن عليه مال فادعى رجل أنه قرابته لا يعطيه إلا بينة، فقال: لا بينة، كيف أصنع؟ قال: إن كان قاضيكم لا بأس به فأعطه، قال: لا قاضي لنا، قال: إن لم تخف تبعه من وارث فتصدق به، وسأله الأثرم عمن له على رجل شيء فمات وله ورثة صغار كيف أصنع؟ فقال: إن كان لهم وصي، فإن لم يكن إن كانت لهم أم مشفقة دفع إليها.

وفي إيلاء كافر عدل في دينه مال ولده الكافر وجهان «م ٦» وإذا سفه بعد رشده لزم الحاكم الحجر عليه، نقله الجماعة، وهو وليه، وقيل: أو أبوه، وقيل: وليه

مسألة - ٦: قوله: «وفي إيلاء كافر عدل في دينه مال ولده الكافر وجهان»، انتهى، وأطلقهما في المحرر والنظم.

أحدهما: يليه، وهو الصحيح. قال في الحاويين والفائق: ويلى الكافر العدل في دينه مال ولده، على أصح الوجهين، وقدمه في الرعايتين، وصححه في تصحيح المحرر، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يليه، وإنما يليه الحاكم. وقال القاضي: لا يلي مال موليته على قياس قولنا: لا يباشر عقدها لمسلم.

تنبيهان:

أحدهما: قوله: «وله... السفر بماله خلافاً للمجرد والمغني، والكافي»، انتهى. ظاهره سواء سافر به لتجارة أو غيرها، وليس كذلك، بل السفر للتجارة يجوز بلا نزاع في المواضع الآتية، قطع به في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. ومحل الخلاف إذا سافر به لغير تجارة، فهذا الذي خالف فيه في المغني، والكافي، وغيرهما، وكلامه مطلق وليس بمراد.

والثاني: قوله: بعد ذكر أحكام ودیعة مال الصغير ونحوه: «وظاهر كلام الأكثر يجوز إيداعه، لقولهم: يتصرف بالمصلحة، وقد يراه مصلحة، ولهذا جاز مع إمكان قرضه أن يملكه الشريك، في إحدى الروايتين، دون القرض، لأنه تبرع، والوديعة استئابة في حفظ»، انتهى، معنى كلام المصنف أنه يستدل على جواز إيداع المولى مال الصغير وإن لم يجز قرضه، بدليل ما قال الأصحاب: إن الشريك في شركة العنان يملك إيداع المال المشترك، وفي إحدى الروايتين، ولا يجوز له قرضه، فذكره للروايتين هنا إنما هو على سبيل الاستشهاد لجواز إيداع مال الصغير وعدم جواز قرضه، والمصنف قد أطلق الروايتين في باب الشركة في جواز إيداع مال الشركة على ما يأتي هناك محرراً مصححاً، لأنه محل التصحيح لا هنا، والله أعلم.

الأول، كبلوغه سفيهاً. وفي الانتصار: يلي على أبويه المجنونين، ونقل المروذي: أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف يضعه في الفساد وشراء المغنيات.

وقيل: إن زال الحجر برشده بلا حكم عاد بالسفه ويستحب إظهار حجر سفيه، وفلس، ويفتقر زوالهما - وقيل: سفه - إلى حكم، في الأصح، كابتدائهما، وفي سفه وجه ابتداء، وفي الانتصار - نقله المروذي وأنه أوماً إليه - في حجر فلس، ويحرم تصرفه لموليه إلا بما فيه حظه، فيلزمه قبول وصية له بقريب يعتق عليه، فإن لزمته نفقته حرم.

وله بيع عقاره لمصلحة، وقيل: بل لضرورة أو غبطة، وقيل: بزيادة الثلث فأكثر في ثمنه، ولو قامت بينة أن ما باعه قيمته مائة وخمسون، فباعه الولي وحكم حاكم بصحته، ثم قامت بينة أن قيمته وقت بيعه مائتان، فيتوجه فيها كنظيرها في أول باب تعارض البيتين.

وله تزويج رقيقه، على الأصح، وعنه: لخوف فساد، وعنه: لا يزوج أمة لتأكد حاجته إليها، وهبته بعوض، قاله القاضي وأصحابه، وكتابته، وفيها في الترغيب لغير حاكم، وعتقه بمال، وعنه: ومجاناً لمصلحة، اختاره أبو بكر بأن تساوي أمته وولدها مائة وأحدهما مائة، وإذنه في تجارة والسفر بماله، خلافاً للمجرد والمغني والكافي.

وله يبيعه نساء وقرضه، على الأصح فيها لمصلحته، جزم به في المحرر والوجيز وغيرهما. وفي المغني يقرضه لحاجة سفر أو خوف عليه أو غيرهما، وقيل: برهن، وفي «المذهب» وغيره: يقرضه برهن، وسياق كلامهم لحظه. وفي الترغيب: في قرضه برهن زاد في المستوعب وإشهاد روايتان.

وله إيداعه مع إمكان قرضه، ذكره في المغني، وظاهره متى جاز قرضه جاز إيداعه، وظاهر كلام الأكثر يجوز إيداعه، لقولهم يتصرف بالمصلحة، وقد يراه مصلحة، ولهذا جاز مع إمكان قرضه، أنه يملكه الشريك في إحدى الروايتين، دون القرض، لأنه تبرع، الوديعة استنابة في حفظ، لا سيما إن جاز للوكيل التوكيل، فلهذا يتوجه في المودع رواية، ويتوجه أيضاً في قرض الشريك رواية.

وفي الكافي: لا يودعه إلا لحاجة، وأنه يقرضه لحظه بلا رهن، وأنه إن سافر أودعه، وقرضه أولى، ولا يقرضه لمودة ومكافأة، نص عليه، وله في شراء عقار به ودفعه مضاربة على الأصح وبيع بعض ربحه وقيل: بأجرة مثله، وعند ابن عقيل: بأقلهما، وإن اتجر بنفسه فلا أجرة له، في الأصح، وتعليمه الخط وما ينفعه ومداواته بأجرة بلا إذن حاكم، نص عليه، وتعتبر المصلحة في جميع ذلك، وحمله بأجرة

ليشهد الجماعة، قاله في الفصول والمجرد، وإذنه في تصدقه بيسير، قاله في المذهب.

والتضحية له، على الأصح، مع كثرة ماله، ويحرم صدقته منها. وفي الانتصار عن أحمد: تجب الأضحية، لقوله: للوصي التضحية عن اليتيم من ماله، فدل أنها كزكاة وفطرة، وإلا لما جاز، كصدقة. وعلل في الفصول عدم التضحية بالتبرع، وله الإذن لصغيرة في لعب بلعب غير مصورة، وشراؤها بمالها، نص عليهما، وقيل: بماله، وإن لم يمكن الولي تخليص حق موليه إلا برفعه إلى والٍ يظلمه، فقد يقال: يرفعه، لأنه هو الذي جر الظلم إلى نفسه، كما لو لم يمكن رد المغصوب إلا بكلفة عظيمة. وقد يقال: لا، لما فيه من تسليط الوالي الظالم على ظلم غير مستحق، مضرت أكثر من منفعة عدله، ذكره شيخنا «م ٧».

قال: ولو مات من يتجر ليتيمه، ولنفسه بماله وقد اشترى شيئاً لم يعرف لمن هو لم يقسم بينهما «ه». ولم يوقف الأمر حتى يصطلحا «ش» بل مذهب الإمام أحمد رحمته الله يقرع، فمن قرع حلف وأخذ، وينفق عليه بمعروف ولو أفسدها دفعها يوماً بيوم، فلو أفسدها أطعمه معاينة، ولو أفسد كسوته ستر عورته فقط في بيت إن لم يمكن التحيل ولو بتهديد، ومتى أراه الناس ألبسه، فإذا عاد نزع عنه. وسأله مهنا: المجنون يقيد بالحديد إذا خافوا عليه؟ قال: نعم، ويقبل قوله فيهما ما لم يخالفه عادة وعرف، في مصلحة وتلف لا قول وارثه ويحلف غير حاكم، على الأصح، وله تزويج سفيه بلا إذنه، في الأصح، وفي إجباره وجهان «م ٨».

مسألة - ٧: قوله: «وإن لم يمكن الوالي تخليص حق موليه إلا برفعه إلى والٍ يظلمه فقد يقال: يرفعه، لأنه هو الذي جر الظلم إلى نفسه كما لو لم يكن رد المغصوب إلا بكلفة عظيمة، وقد يقال: لا، لما فيه من تسليط الوالي الظالم على ظلم غير مستحق، مضرت أكثر من منفعة عدله، ذكره شيخنا»، انتهى. قلت: الصواب رفعه في هذه الأزمنة، وهذا مما لا شك فيه الآن، والله أعلم.

مسألة - ٨: قوله: «وله تزويج سفيه بلا إذنه، في الأصح، وفي إجباره وجهان»، انتهى. وأطلقهما في البلغة والرعايتين، والحاوي الصغير، في النكاح. أحدهما: ليس له إجباره قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: له ذلك. قلت: وهو الصواب إن كان في ذلك مصلحة، وإلا فلا، قال في المغني، والشرح. قال أصحابنا: لو زوجه بغير إذنه صح، لأنه عقد معاوضة، فملكه الولي، كالبيع، ولأنه محجوز عليه أشبه الصغير والمجنون، ويحتمل ألا يملك

وإن أذن له ففي لزومه تعيين المرأة وجهان «م ٩» ويتقيد بمهر المثل، ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها، كتزويجه بها، في أحد الوجهين، والثاني: تبطل هي للنهي عنها، فلا تلزم أحدًا «م ١٠».

وإن عضله استقل، وإن علمه يطلق اشترى له أمة. وفي إجبار السفية الخلاف، ذكره في الترغيب في تفويض البضع «م ١١».

وإن تزوج بلا إذنه لحاجة صح، وإلا فلا، في الأصح فيهما. ويكثر بصوم، كمفلس. وقيل: إن لم يصح عتقه. وإن فك حجره قبل تكفيره وقدر أعتق، ويستقل بما لا يتعلق بالمال مقصوده.

ولا يحل للولي من مال موليه إلا الأقل من أجره مثله أو كفايته. وفي الإيضاح: إذا قدره حاكم، وللشافعية في اعتباره وجهان مع فقره، وقال ابن عقيل: أو

تزويجه بغير إذنه، لأنه يملك الطلاق، فلم يجبر على النكاح، كالرشيد والعبد الكبير، و مالا إلى هذا الاحتمال ونصره، فتلخص أن الأكثر سوغوا إجباره على ذلك إذا رآه مصلحة، وأن الشيخ ومن تابعه نصره عدم الإجبار، والله أعلم.

مسألة - ٩: قوله: «وإن أذن له ففي لزومه تعيين المرأة وجهان» انتهى.

أحدهما: لا يلزم تعيينها، بل هو مخير، وهو الصحيح، قال في المغني، والشرح: الولي مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقًا، ونصره، وهو الصواب، وكذا قال ابن رزين في شرحه: وقطعوا به.

والوجه الثاني: يلزمه تعيين المرأة له وهو قوي. قلت: ينبغي أن تقيد المسألة بما إذا تزوج من تقاربه في الكلفة ونحوها، ولعله مراد الأصحاب، ويدل على ذلك قول المصنف بعد ذلك: «ويتقيد بمهر المثل».

مسألة - ١٠: قوله: ويتقيد بمهر المثل، ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها لتزويجه بها في أحد الوجهين: والثاني: تبطل هي للنهي عنها، فلا تلزم أحدًا، انتهى.

أحدهما: ليس له تزويجه بزيادة على مهر المثل، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. والوجه الثاني: له ذلك إذا رآه مصلحة، وما هو بعيد.

مسألة - ١١: قوله: «وفي إجبار السفية الخلاف، ذكره في الترغيب في تفويض البضع»، انتهى. الظاهر أن مراده بالإجبار هنا إجباره على التسري، لأنه ذكره عقيب، ولأنه ذكر إجباره على النكاح قبل ذلك وأطلق الخلاف، فأحال الخلاف على الأول، والله أعلم.

غناه، وحكاه رواية. وقال ابن رزين: يأكل فقير ومن يمنعه عن معاشه بمعروف، ولا يلزمه عوضه بيساره، على الأصح، وخرج أبو الخطاب وغيره مثله في ناظر وقف، ونصه فيه: يأكل بمعروف، وعنه: أيضًا: إذا اشترط، قيل: له: فيقضي دينه؟ قال: ما سمعت. قال شيخنا: لا يقدم بمعلومه بلا شرط إلا أن يأخذ أجرة عمله مع فقره، كوصي اليتيم، وفرق القاضي بين الوصي والوكيل بأنه لا يمكنه موافقته على الأجرة، والوكيل يمكنه، ونقل حنبل في الولي والوصي يقومان بأمره: يأكلان بالمعروف، كأنهما كالأجير والوكيل، قال: وظاهر هذا النفقة للوكيل.

ولا يحجر حاكم على مقتر على نفسه وعياله، واختار الأزجي: بلى. قال الأزجي: في الإقرار لحمل: إذا خرج أجبر المقر على دفع المال إلى الولي ويبرأ، لأنه قائم مقامه شرعًا، وقال أيضًا: الحمل لا يثبت له حقًا من ناحية التصرف، فلم يصح الإقرار له، فدل أنه لا ولي لحمل في مال، وقال الشيخ: إن خرج ميتًا وكان عزاه إلى إرث أو وصية عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل. وقد أفتى أبو الخطاب وأبو الوفاء وابن الزاغوني في مدين مات: أنه إذا ثبت دينه فللحاكم بطلب ربه بيع عقاره بقدر دينه ويكتب أنه باعه في دينه الثابت عنده، ولا يعوقه الحمل.

ولرشيعة التبرع من مالها بدون إذن زوج، وعنه: لا، صححها في عيون المسائل، وعنه: بزيادة على الثلث، نصره القاضي وأصحابه، ولامرأته ونحوها الصدقة من بيته بيسير، للأخبار الصحيحة الخاصة، ولأنه العرف، والمراد إلا أن يضطرب العرف ويشك في رضاه، أو يكون بخيالًا ويشك في رضاه فلا يجوز، وعنه: لا، نقله أبو طالب، كهو، وكمن يطعمها بفرض ولا تعلم رضاه، ولم يفرق أحمد.

فصل

من أذن لعبده أو موليه في تجارة صح وانفك حجره في قدره، كوكيل ووصي في نوع، وتزويج معين، وبيع عين ماله، والعقد الأول، وفي طريقة بعض أصحابنا منع فك حجره، لأنه لو انفك لما تصور عوده ولما اعتبر علم العبد بإذنه له كما لو أعتقه، ولكان: فككت عنك، مطلقًا في التصرف، لأنه أتى بالمقتضى، كقوله: ملكتك، بدل: بعثك. وفي الانتصار رواية: إن أذن لعبده في نوع ولم ينه عن غيره ملكه وظاهر كلامهم أنه كمضارب في البيع نسيئة وغيره. ونقل مهنا فيه: للسيد فداؤه، وإلا فللبائع أخذ العبد حتى يأخذ حقه منه، ويتعلق دينه - نقله الجماعة وقاله جماعة. وفي الوسيلة: قدر قيمته، ونقله مهنا - بمأذون فيه وغيره، - نقله أبو طالب وغيره - بذمة سيده لأنه تصرف لغيره، ولهذا له الحجر عليه بعد.

وتصرفه في بيع خيار يفسخ إمضاء بذمة سيده لأنه تصرف وثبوت الملك له، وينعزل وكيله بعزل سيد المأذون كوكيل ومضارب، لا كصبي ومكاتب، ومرتهن أذن لراهن في بيع. وعنه: برقبته، كجنايته، وعنه: بهما. وفي الوسيلة رواية: بذمته. ونقل صالح وعبد الله: يؤخذ السيد بما أذن لما أذن له فيه فقط. ونقل ابن منصور: إذا أذن فعلى سيده، وإذا جنى فعلى سيده. وفي الروضة: إن أذن له مطلقاً لزمه كلما أذن، وإن قيده بنوع لم يذكر فيه استدانة فبرقبته، كغير المأذون، وإن باعه سيده شيئاً لم يصح. وقيل: بلى. وقيل: وعليه دين قدر قيمته، وإن لم يأذن له لم يصح تصرفه، ولو رآه يتجر فسكت كتزويجه وبيعه ماله، ويتعلق دينه برقبته، نقله الجماعة، وعنه: بذمته، فعلى المذهب إن أعتقه فعلى مولاه، نقله أبو طالب، وإن أذن له في كل تجارة لم يتوكل لغيره، وتوكيله كوكيل، ولا يؤجر نفسه، وفي عبيده وبهائمه خلاف في الانتصار «م ١٢».

واختصاصه ونحوه لا يتصرف فيه، ولا يتعلق به دينه، وفي صحة شراء من يعتق على سيده وامراته وزوج ربة المال وجهان. «م ١٣ - ١٥».

مسألة - ١٢: قوله: في تصرفات الرقيق: «ولا يؤجر نفسه، وفي عبيده وبهائمه خلاف، في الانتصار»، انتهى. والصواب الجواز إن رآه مصلحة، وإلاً فلا؛ والله أعلم.

مسألة - ١٣ - ١٥: قوله: في أحكام الرقيق: وفي صحة شراء من يعتق على سيده وامراته وزوج ربة المال وجهان، انتهى. شمل كلامه مسائل:

المسألة الأولى - ١٣: إذا اشترى من يعتق على سيده فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح في أحكام المضاربة، والمحرر والرعاية الصغرى والحاويين والفاائق وغيرهم.

أحدهما: يصح، قال في الرعاية الكبرى: صح، في الأصح، واختاره أبو الخطاب، فقطع به في الهداية، ورؤوس المسائل، وأقره في شرح الهداية، عليه، قاله في تصحيح المحرر، وقطع به أيضاً في المذهب والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. وقدمه ابن رزين في شرحه، في باب المضاربة.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي، وصححه في النظم، و«تصحيح الحرر» وهو الصواب.

المسألة الثانية - ١٤: إذا اشترى امرأة سيده فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية الكبرى، فقال في باب الكتابة: وإن اشترى زوجته انفسخ نكاحها، وإن اشترى زوجة سيده احتمل وجهين، وأطلقهما في المغني، والشرح، في أحكام

فإن صح وعليه دين فقيل: يعتق، وقيل: يباع فيه «م ١٦» ومثله مضارب «م ١٧».

المضاربة وقالوا: حكمها كالتى قبلها قلت: الصواب هنا صحة الشراء.

المسألة الثالثة - ١٥: لو اشترى زوج صاحبة المال فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف وظهره أنه اشترى بمال سيدته زوجها، وأطلقه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين وحكم هذه المسألة والتي قبلها حكم المسألة الأولى، قاله في المغني، وتبعه الشارح وابن رزين، وقد علمت الصحيح في المسألة الأولى فكذا في هاتين المسألتين.

تنبيه: كلام المصنف وحكايته الخلاف في أن المشتري هو العبد المأذون له، وهو ظاهر كلام صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمغني، والشرح، وغيرهم في المسألة الثانية وأن الذي اشتراها زوجة سيده، وأما صاحب المستوعب، فإنه صرح في المسألة الثانية والثالثة أن المشتري هو المضارب، وقد ذكر المصنف بعد هذه مسألة المضارب، وأن الأشهر فيها كمن نذر عتقه.

مسألة - ١٦: قوله: فإن صح وعليه دين فقيل: يعتق، وقيل: يباع فيه، انتهى. يعني، إذا صح الشراء في المسائل التي قبل هذه وكان عليه دين فهل يعتق أو يباع؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يعتق، قال في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين: إذا اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بإذنه صح وعتق، فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء، لأنه الذي أتلّفه عليهم بالعتق، انتهى. فظاهر هذا أنه يعتق ولا يباع في الدين، وحكموا بأن الدين على المأذون له لا على السيد.

والوجه الثاني: لا يعتق، ويباع في الدين، قال في الرعاية الكبرى: وإذا اشترى من يعتق على سيده بلا إذنه صح، في الأصح، وعتق، وإن كان عليه دين بيع فيه، ويحتمل عتقه مطلقاً، انتهى. فقدم أنه يباع فيه.

مسألة - ١٧: قوله: «ومثله مضارب»، يعني أن فيه الخلاف والأحكام التي في العبد المأذون له إذا اشترى من يعتق على رب المال أو اشترى زوجته أو زوج صاحبة المال. واعلم أن المضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف على هذه الطريقة:

أحدهما: يصح، نص عليه، وهو الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، منهم أبو بكر والقاضي، وقطع به في الهداية، والفصول والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادي، والتلخيص، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الكافي،

والأشهر يصح، كمن نذر عتقه وشرائه من حلف لا يملكه، ويضمن مضارب، في الأصح، وقيل: مع علمه، جزم به في عيون المسائل، قال: لأن الأصول قد فرقت بين العلم وعدمه في باب الضمان كالمعذور، وكمن رمى إلى صف المشركين، وكمن وطئ في عقد فاسد، فإنه إن علم بالفساد لزمه بكل وطأة مهر، وإن لم يعلم فمهر واحد.

ويضمن ثمنه، وعنه: قيمته، ففي الحط عنه قسطه منها وجهان «م ١٨»، وقيل:

والمغني، والمقنع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. وصححه في النظم وغيره، قال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد صحة الشراء.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو تخريج في الكافي، واحتمال في المقنع، وأطلق احتمالين في المغني، والشرح.

تنبيهان:

الأول: قوله: والأشهر كمن نذر عتقه وشرائه من حلف لا يملكه، انتهى. يعني أن هذه المسألة كما لو اشترى المضارب من نذر رب المال عتقه أو حلف لا يملكه، فاشتراه العامل، وقد قطع القاضي والشيخ في المغني، والشارح، وغيرهم بصحة شراء المضارب من نذر رب المال عتقه، «ويعتق على رب المال، قال في التلخيص: لو اشترى من يعتق على رب المال بالرحم صح وعتق، نص عليه، كما لو صادف من كان المالك نذر عتقه»، أو علق عتقه قبل الملك عليه، وقلنا بصحة التعليق. وقال في الرعاية الكبرى: ويحتمل ألا يصح الشراء إلا ما نذر رب المال عتقه أو علقه على شرائه، وقلنا: يصح التعليق، انتهى. وأما مسألة شراء من حلف لا يملكه فلم أرها، وقد حكم المصنف بأنها مثل من نذر عتقه، ولعله أراد ما قاله في التلخيص، والرعاية.

الثاني: دخل في كلام المصنف لأجل تمثيله لو اشترى المضارب زوجة رب المال أو زوج صاحبة المال، وهو كذلك، وقد صرح به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والرعاية، والفصول وغيرهم. وقطعوا بالصحة، وقد قال المصنف بعد ذلك: وقالوا: يصح شراؤه زوجاً وزوجة، لعدم إتلاف مال المضاربة. وفي الوسيلة الخلاف، انتهى. فإن مراد المصنف بقوله: «ومثله مضارب» يعني في شراء من يعتق عليه، لا في شراء زوجة رب المال أو زوج ربة المال. وقال في الفصول في ما إذا اشترى المضارب زوج ربة المال هي مثل ما إذا اشترى من يعتق على رب المال بالرحم ولكن يفارقها أنه لا يضمن شيئاً إذا اشترى زوج ربة المال، والله أعلم.

مسألة - ١٨: قوله: «ويضمن ثمنه، وعنه: قيمته، ففي الحط عنه قسطه منها وجهان» انتهى، ذكر هذين الوجهين أبو بكر، قال في الرعاية الكبرى: وهل يسقط عن

يصح موقوفًا، وقالوا: يصح شراؤه زوجًا وزوجة لعدم إتلاف مال المضاربة، وفي الوسيلة الخلاف. ولا يبطل إذنه بإيقاعه، في الأصح، كندبير واستيلاد، وفيه بكتابة وحرية وأسر خلاف في الانتصار وفي الموجز والتبصرة: يزول ملكه بحرية وغيرها، كحجر على سيده «م ١٩» وليس إيقاعه فرقة، نص عليه، وله هدية مأكول وإعارة دابة وعمل دعوة ونحوه بلا سرف، ومنعه الأزجي، كهبة نقد وكسوة، ونكاحه، وكمكاتب، في الأصح، ذكره الشيخ، وجوزه له في الموجز، وفيه في الترغيب: لا يتوسع فيه. ولغير المأذون الصدقة من قوته بما لا يضره. وعنه: لا، ويأتي في الوليمة: هل للشريك الصدقة؟ وما كسبه عبد غير مكاتب فليسيده، وفي ملكه بتمليك سيده، وقيل: وغيره، روايتان، فإن لم يملك، واختاره الأصحاب فهو لسيده «م ٢٠»

العامل قسطه منها؟ على وجهين:

أحدهما: يحط عن العامل قسطه منها، اختاره في التلخيص. فقال: وهل يحط عن المضارب قسطه منها؟ على وجهين، والأصح أنه يحط، انتهى، وجزم به في المغني والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. والوجه الثاني: لا يحط عنه.

مسألة - ١٩: قوله: «ولا يبطل إذنه بإيقاعه، في الأصح، كندبير واستيلاد، وفيه بكتابة وحرية وأسر خلاف في الانتصار. وفي الموجز والتبصرة يزول ملكه بحرية وغيرها، كحجر على سيده»، انتهى. ذكر ثلاث مسائل حكمها واحد عنده، والصواب عدم بطلان إذنه بذلك، ومسألة الحرية قريبة من مسألة الحرية في الوكالة، والصحيح فيها أنه لا يبطل، فكذا هذه، على ما يأتي في الوكالة.

مسألة - ٢٠: قوله: «وفي ملكه بتمليك سيده، وقيل: وغيره، روايتان، فإن لم يملك واختاره الأصحاب فهو لسيده»، انتهى. وأطلق الروايتين في التلخيص، والشرح، ومجمع البحرين، والحاوي الكبير، وغيرهم.

إحدهما: لا يملك، قال المصنف هنا: «اختاره الأصحاب» قلت: منهم الخرقى وأبو بكر والقاضي، قاله في القواعد الفقهية وغيره، قال في التلخيص، في هذا الباب: هذا الذي عليه الفتوى، قال في القواعد الأصولية: هذه الرواية أشهر عند الأصحاب.

والرواية الثانية: يملك بالتمليك، اختاره أبو بكر وأبو إسحاق بن شاقلا وابن عقيل، قاله المصنف، وصححها الشيخ في المغني، قال في القواعد الأصولية: وهي أظهر، قال في الحاوي الصغير والفائق: ويملك بتمليك سيده وغيره، في أصح الروايتين. وقال في الرعايتين: لو ملك ملك في الأقيس، انتهى. وجزم به في المنور وغيره، وقدمه في المحرر وغيره.

يعتقه ولا يتسرّى منه، ولا به، ولا يكفر.

وإن ملك - واختاره أبو بكر وأبو إسحاق وابن عقيل - انعكس ذلك، وجوز أبو بكر وأبو إسحاق تسرية عليهما. ونقل أبو داود وجعفر: يتسرى من مال سيده بإذنه؟ قال. نعم. ونقل الجماعة: لا يتسرى بلا إذنه، وله التسري بإذن ورثة مفقود، نص عليه، ذكره الخلال، ويتوجه: لا. وفي الانتصار: إن ملك اشترى منه واقترض وقضى، وغرم ما أتلّفه برضاه، ولا يطالبه، كالأب، وإن تسرّى بإذنه لم يصح رجوعه، نقله الجماعة، قال: كنيّاح، وقيل: لا. وحكى رواية، ولو باعه وله سرية لم يفرق بينهما، كأمراته، وهي ملك لسيده، نقله حرب.

ويكفر بإطعام بإذنه. وقيل: ولو لم يملك، وفيه بعثت روايتان «م ٢١». فإن

تنبيهان:

الأول: في كلام المصنف نظر من وجوه:

أحدها: إطلاقه للخلاف، مع: قوله عن إحدى الروائيتين: «اختاره الأصحاب» فما اختلف الترجيح حتى يطلق الخلاف، لأن الأصحاب اختاروا إحداهما على زعمه، وتقدم الجواب عن ذلك في المقدمة.

الثاني: كونه قال: «اختاره الأصحاب» مع اختيار هؤلاء الجماعة للرواية الثانية، ولعله أراد المتقدمين، لكن أبو بكر وابن شاقلا من أعظم المتقدمين، والظاهر أنه أراد أن يقول: واختاره أكثر الأصحاب فسبق القلم فسقطت لفظة: «أكثر» أو وقع ذلك من الكاتب.

الثالث: قوله: «اختاره أبو بكر» والذي نقله في المغني، والشرح، والقواعد الفقهية وغيرهم أن أبا بكر إنما اختار أنه لا يملك، لا أنه اختار أنه يملك، وصرح بذلك عنه في المغني، والشرح، وذكرنا لفظه، ولعل له اختياريين، لكن لم نر أحداً من الأصحاب عزا ذلك إليه.

التنبيه الثاني: قوله: «بتمليك سيده وقيل: وغيره» فقدم أن محل الروائيتين في تمليك سيده له، وأنه لا يملك من غير جهته، واختاره في التلخيص، وقدمه في الرعايتين.

والقول الثاني: جزم به في الحاويين والفائق، قال في التلخيص: وأصحابنا لم يقيّدوا الروائيتين بتمليك السيد، بل ذكروهما مطلقاً في ملك العبد إذا ملك، قال في الفوائد: عليه كلام الأكثرين.

مسألة - ٢١: قوله: «ويكفر بإطعام بإذنه، وقيل: ولو لم يملك، وفيه بعثت

جاز وأطلق ففي عتقه نفسه وجهان «م ٢٢». وليس لسيدته منعه التكفير بصوم نص عليه. وقيل: إن حلف بإذنه، وكذا النذر، وله التنفل به بلا مضرة، وله معاملة عبد ولو لم يثبت كونه مأذوناً له، خلافاً للنهاية، نقل مهنا فيمن اشترى من عبد ثوباً فوجد به عيباً فقال العبد: أنا غير مأذون لي في التجارة، قال: لا يقبل منه، إنما أراد أن يدفع عن نفسه.

ونقل حنبل: إن حجر على عبده فمن بايعه بعد علمه لم يكن له شيء، لأنه المتلف، ونقل مهنا فيمن قدم ومعه متاع يبيعه فاشتراه الناس منه، فقال: أنا غير مأذون لي في التجارة، قال: هو عليه في ثمنه، كان مأذوناً له أو غير مأذون، ولو أنكر السيد إذنه فيتوجه الخلاف.

وقال شيخنا: إن علم بتصرفه لم يقبل ولو قدر صدقه، فتسليطه عدوان منه فيضمن، وفي طريقة بعض أصحابنا: التجار أتلّفوا أموالهم لما لم يسألوا المولى، إذ الأصل في حق العبد الحجر، وسكت بناء على الأصل وهو الحجر، فلم يغزهم، بل البائع اغتر لما قدم ولم يسأل.

فإن قيل: يؤدي إلى تلف أموالهم لثبوتها في ذمته، ولهذا منعنا من ثبوت الحجر الخاص بعد الإذن الشائع، لأنه تغير، قيل: هذا نظر إلى الحكم والمصالح، والحكم إنما ينبني على الأسباب، وإلا أدى إلى أطراحها. ويثبت الحجر الخاص وإن لم

روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير، في كتاب الظهار، والقواعد الفقهية والأصولية.

إحداهما: يجوز تكفيره بالعتق، اختاره أبو بكر، ومال إليه الشيخ والشارح، وغيرهما، قال في التلخيص: وعلى رواية أنه يملك بتمليكه يكفر بالعتق، انتهى. والرواية الثانية: لا يجوز.

مسألة - ٢٢: قوله: «فإن جاز وأطلق ففي عتقه نفسه وجهان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والقواعد الأصولية والفقهية والرعايتين، والحاوي الصغير، في كفارة الظهار:

أحدهما: يجوز ويجزئ. قلت: وهو الصواب، قال الزركشي: جاز ذلك على مقتضى قول أبي بكر.

والوجه الثاني: لا تجزئه.

فهذه اثنتان وعشرون مسألة قد أطلق فيها الخلاف، وصحح أكثرها.

يعلم، وكذا نقول في حق أهل قباء، وإن سلمنا فلائنه يشبث الإطلاق شائعاً، فكذا الحجر، ولهذا بنى أهل قباء على صلاتهم.

وهو المطالب بالثمن بخلاف الوكيل لتمحض نيابته، وإن تلف نقد اشترى بعينه بطل، وإلا لزم السيد، ففي دفع العبد له بلا إذن جديد خلاف، ذكر ذلك في النهاية، وظاهر كلام الأكثر لا يطالب بثمان، كوكيل، ولا يعامل صغير إلا في مثل ما يعامل به مثله، نص عليه، ونقل الأثرم: لا في نحو خمسة دراهم، وللمعتق بعضه وطء أمة ملكها بجزئه الحر، والأصح بلا إذن، والله أعلم.

باب الوكالة

تصح ممن يصح تصرفه بنفسه وإلا فلا فلو وكله في بيع ما سيملكه أو طلاق من يتزوجها لم يصح، إذ الطلاق لا يملكه في الحال، ذكره الأزجي، وذكر غيره إن قال: إن تزوجت هذه فقد وكلتك في طلاقها، وإن اشتريت هذا العبد فقد وكلتك في عتقه، صح، إن قلنا يصح تعليقهما على ملكهما، وإلا فلا، وقيل: بلى.

فلا يصح توكيل فاسق في إيجاب نكاح، إلا على رواية، وفي قبوله وجهان «م ١». ووكالة مميز في طلاق وغيره مبني على صحته منه، وفيه في الرعاية روايتان لنفسه أو غيره بلا إذن، وفيه في المذهب لنفسه روايتان، ويصح توكيل عبد غيره بإذن، وفيه في نكاح بلا إذن وجهان «م ٢».

مسألة - ١: قوله: فلا يصح توكيل فاسق في إيجاب نكاح إلا على رواية، وفي قبوله وجهان، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق، والرعاية الكبرى، في النكاح.

أحدهما: يصح قبوله النكاح لغيره بالوكالة، وهو الصحيح، واختاره أبو الخطاب وابن عقيل، وابن عبدوس في تذكرته، قال الشيخ الموفق والشارح: وهو القياس، وقدمه في المغني، والكافي، قال ابن نصر الله في حواشيه: أصحهما يصح.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره الأكثر، منهم القاضي، قال في التلخيص: اختاره أصحابنا إلا ابن عقيل، وقدمه في الرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين، وصححه الناظم وغيره، قال في الوجيز: ولا يوكل فاسق في نكاح. انتهى. وهذه المسألة بعينها ذكرها المصنف في باب أركان النكاح، فحصل التكرار.

تنبيه: قوله: إلا على رواية يعني بها: رواية عدم اشتراط عدالة الوالي.

على ما يأتي في باب أركان النكاح.

مسألة - ٢: قوله: «ويصح توكيل عبد غيره بإذن، وفيه في نكاح بلا إذن وجهان»،

وهما في سفيه «م ٣» ولا يعتبر إذنه فيما يملكه وحده، كطلاق، كسفيه، وهل يصح أن يوكل إنسان عبداً في شراء نفسه من سيده بإذنه وقيل: أو لا؟ روايتان «م ٤».....

انتهى. وأطلقهما في الرعاية الصغرى، والحاويين، والرعاية الكبرى، في النكاح، والفائق، في صحة قبوله النكاح:

أحدهما: لا يصح التوكيل في الإيجاب ولا القبول، قال الشارح: ولا يجوز توكيل العبد بغير إذن سيده، وهو ظاهر كلامه في الكافي، والمقنع، والوجيز، وجزم به في التلخيص، وقدمه في الرعاية الكبرى، والقواعد الأصولية.

والوجه الثاني: يصحان منه، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقيل: يصح القبول دون الإيجاب، وهو ظاهر كلامه في المغني.

مسألة - ٣: قوله: «وهما في سفيه»، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الصغرى، والحاويين، والرعاية الكبرى، في النكاح.

أحدهما: يصح أن يكون وكيلاً في الإيجاب والقبول، اختاره ابن عقيل في تذكرته.

والوجه الثاني: لا يصح فيهما، قدمه في الرعاية الكبرى، وصححه الناظم، وجزم به في الهداية، والمستوعب، والمغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وقيل: يصح في قبول النكاح دون إيجابه، قال في الرعاية الكبرى: قلت: إن قلنا يتزوج السفيه بغير إذن وليه فله أن يوكل ويتوكل في إيجابه وقبوله، وإلا فلا، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

مسألة - ٤: قوله: وهل يصح أن يوكل إنسان عبداً في شراء نفسه من سيده بإذنه، وقيل: أو لا؟ روايتان، انتهى. وكذا حكاهما في المغني، والشرح، والفائق، وغيرهم. وهما وجهان في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمقنع، والتلخيص، والشرح، والحاوي الكبير، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الكافي، والوجيز وغيرهما، وصححه في التصحيح والنظم، وغيرهما، واختاره الشيخ والشارح، وابن عبدوس في تذكرته وغيرهم. قال في الرعاية الكبرى: صح، في الأصح، قال في القواعد الأصولية، الصحيح الصحة، وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والمغني، وشرح ابن رزين، والخلاصة، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح.

وكذا توكيله في شراء عبد من سيده غير نفسه «م ٥».

وفي المغني: ولا يتوكل مكاتب بلا جعل إلا بإذن، ويصح أن يتوكل واجد للطول في قبول نكاح أمة لمباح له، وغني لفقير في قبول زكاة، لأن سلبهما القدرة تنزيه، ويوكل مفلس ويتوكل فيما يصح منه، ويوكل مكاتب، ويعتبر تعيين الوكيل، قاله القاضي وأصحابه في مسألة: تصدق بالدين الذي عليك وفي الانتصار: لو وكل زيداً وهو لا يعرفه أو لم يعرف موكله لم يصح.

وتصح بكل قول يفيد الإذن، نص عليه، ونقل جعفر: إذا قال: بع هذا، ليس بشيء، حتى يقول: قد وكلتك، وتأوله القاضي على التأكيد، لنصه على انعقاد البيع باللفظ والمعاطة، كذا الوكالة. وقال ابن عقيل: هذا دأب شيخنا أن يحمل نادر كلام أحمد رحمته الله على أظهره ويصرفه عن ظاهره، والواجب أن يقال: كل لفظ رواية ونصح الصحيح، قال الأزجي: ينبغي أن يعول في المذهب على هذا، لئلا يصير المذهب رواية واحدة.

ودل كلام القاضي على انعقادها بفعل دال كبيع، وهو ظاهر كلام الشيخ فيمن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط، وهو أظهر، وكالقبول، موقته ومعلقة بشرط، نص عليه، كوصية وإباحة أكل وقضاء وإمارة، وكتعليق تصرف.

وفي عيون المسائل في تعليق وقف بشرط: لا يصح تعليق توكيل، لأنه علقه بصفة وأنه يصح تعليق تصرف، وقيل: لا تعليق فسخها فوراً وتراخيًا بقول، والأصح: وفعل دال فيما لا تدخله نيابة، كظهار ولعان ويمين، وشهادة وعبادة بدنية محضة، ومعصية، ويصح: أخرج زكاة مالي من مالك.

وهي عقد جائز، كشركة وجعالة، تبطل بفسخ أحدهما، فإن كان قال: كلما عزلتك فقد وكلتك، انعزل بكلمة وكلتك فقد عزلتك، فقط، وهي الوكالة الدورية، وهو فسخ معلق بشرط، وبموته وحجر سفه وجنون، وفيه وجه، وإقراره على موكله

مسألة - ٥: وقوله: «وكذا توكيله في شراء عبد من سيده غير نفسه»، انتهى. قال

في الرعاية الكبرى: احتمل وجهين:

إحداهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الكافي، وغيره، وقدمه في المغني، وغيره، ونصره، قال في الوجيز: ومن وكل عبد غيره بإذن سيده صح، فظاهره دخول هذه المسألة، وهو ظاهر بحسب الشارح.

والرواية الثانية: لا يصح، قدمه ابن رزين

بقبض ما وكل فيه، ولو كان وكيلاً في خصومة، وكذا شركة ومضاربة. ولا تبطل وكالة بإغماء وطلاق، ولا بسكر، فإن فسق به بطلت فيما ينافيه، وحرية عبد غيره.

وفي جحدها من أحدهما، وقيل: عمداً، وبيع عبده وحرية، وبيع عبد غيره وتعدي وكيل، كلبس ثوب، وجهان «م ٦ - ١٠». وبالردة فيه الخلاف وكذا توكيله

مسألة - ٦ - ١٠: قوله: «وفي جحدها من أحدهما، وقيل: عمداً، وبيع عبده وحرية، وبيع عبد غيره، وتعدي وكيل، كلبس ثوبه، وجهان»، انتهى. اشتمل كلامه على مسائل أطلق فيها الخلاف.

المسألة الأولى - ٦: لو جحد الموكل أو الوكيل الوكالة فهل هو عزل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم. أحدهما: تبطل الوكالة، اختاره ابن عبدوس فيما إذا جحد التوكيل.

والوجه الثاني: لا تبطل، جزم به في الوجيز، وهو ظاهر ما قطع به في التلخيص، وقيل: تبطل إن تعمد الجحد، وإلا فلا، وهو قوي، وعند المصنف أن الخلاف المطلق جاز فيه وفي غيره، وهذا القول طريقة.

المسألة الثانية - ٧: لو وكل عبده ثم أعتقه فهل تبطل الوكالة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمقنع، والهادي، والنظم، والرعاية الصغرى، والحاويين، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

أحدهما: لا تبطل، وهو الصحيح، صححه في المغني، والشرح، والتصحيح وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الكافي، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: تبطل، قدمه في الرعاية الكبرى.

المسألة الثالثة - ٨: لو وكل عبده ثم باعه فالحكم فيها كالتي قبلها خلافاً ومذهباً، قاله الشيخ الموفق والشارح، والمصنف وغيرهم. قلت: يتوجه أن تبطل فيما إذا باعه دون ما إذا أعتقه. وقال في الرعاية الكبرى: قلت: أو وهبه أو كاتبه، يعني أنه كبيعته، وقدم البطالان هنا كما قدم في التي قبلها.

المسألة الرابعة - ٩: لو وكل عبد غيره فباعه سيده فهل تبطل الوكالة أم لا؟ أطلق الخلاف، والحكم فيها كالحكم في بيع عبده بعد توكيله، خلافاً ومذهباً، قاله الشيخ أيضاً والشارح، والمصنف وغيرهم.

فائدة: لو عبد غيره بإذن سيده ثم عتق، لم ينعزل. قاله في الرعاية الكبرى، وجزم

«م ١١ - ١٤» وإن لم يبطل بتعديده، صار ضامناً، فإذا تصرف كما قال وكله برئ

به في المغني، وغيره. قلت: يتوجه البطلان. ولم يذكر المصنف هذه المسألة.

المسألة الخامسة - ١٠: لو تعدى الوكيل فلبس الثوب ونحوه، فهل تبطل الوكالة وينعزل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والرعاية الكبرى، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا تبطل بذلك، وهو الصحيح، جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والشرح، وشرح ابن منجا، وابن رزين والوجيز وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته، قال في القاعدة الخامسة والأربعين: والمشهور أنها لا تنفسخ، قال في الرعاية الصغرى: نفذ تصرفه، في الأصح، انتهى. وذلك لأن الوكالة إذن في التصرف مع الاستئمان، فإذا زال أحدهما: لم يزل الآخر.

والوجه الثاني: تبطل الوكالة، حكاه ابن عقيل في نظرياته وغيره، وجزم به القاضي في خلافه. وقال في المستوعب ومن تابعه: أطلق أبو الخطاب القول بأنها لا تبطل بتعدي الوكيل فيما وكل فيه. وهذا فيه تفصيل، وملخصه أنه إن أئلف بتعديه عين ما وكل فيه بطلت الوكالة، وإن كان عين ما تعدى فيه باقية لم تبطل انتهى، وهو ظاهر كلام الشيخ في المغني، والشارح، والمصنف وغيرهم. قلت: وهو مراد أبي الخطاب وغيره، والذي يظهر أن هذا محل وفاق. وقال في القاعدة الخامسة والأربعين: وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها، فيفسد العقد ويصير متصرفاً بمجرد الإذن، انتهى.

مسألة - ١١ - ١٤: قوله: «وبالردة فيه الخلاف، وكذا توكيله»، انتهى. اشتمل كلامه على أربع مسائل:

المسألة الأولى - ١١: هل تبطل الوكالة بردة الوكيل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا تبطل، وهو الصحيح، صححه في المغني، والشرح، والتصحيح وغيرهم. وجزم به في الكافي، والوجيز وغيرهما، قال في الفصول والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. لا تبطل الوكالة بردة الوكيل وإن لحق بدار الحرب، وقدمه ابن رزين.

والوجه الثاني: تبطل.

بقبضه العوض، فإن رد بعيب صار مضموناً.

المسألة الثانية - ١٢: هل تبطل بردة الموكل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه من تقدم في المسألة التي قبلها.

أحدهما: تبطل، وهو الصحيح، قال في الفصول والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. هل ينزل الوكيل بردة الموكل؟ على وجهين، أصلهما هل ينقطع ملكه وتصرفه أو يكون موقوفاً. انتهى، قال في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. لو ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه، فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرف نفسه، فإن قلنا: يصح تصرفه لم يبطل توكيله وإن قلنا: هو موقوف، فوكالته موقوفة، وإن قلنا: يبطل تصرفه، بطل توكيله، انتهى.

والوجه الثاني: لا يبطل، بناء على صحة تصرف الموكل بعد ردته، والصحيح من المذهب منعه من التصرف.

المسألة الثالثة - ١٣: لو وكله ثم ارتدا معاً فهل تبطل أم لا؟ أطلق الخلاف، واعلم أن كلاً منهما يعطى حكمه لو انفرد بالردة كما تقدم.

المسألة الرابعة - ١٤: توكيله في ردته هل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، هذا ظاهر عبارته، فعلى هذا يكون الخلاف فيه مبنياً على صحة تصرفه حال ردته وعدمها، قال في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم بعد أن حكوا الخلاف في ارتداد الموكل كما تقدم، وإن وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة، انتهى. والصحيح من المذهب أنه لا يصح.

تنبيه: يحتمل أن يكون مراده بقوله: «وبالردة فيه الخلاف وكذا توكيله» الخلاف الذي تقدم قريباً في كلامه، وأطلقه، وهو ظاهر عبارته، لكن يشكل على هذا كون الأصحاب جعلوا المسألة الثانية والثالثة مبيتان على تصرف المرتد، والمذهب، أنه ممنوع منه، قدمه المصنف وغيره في بابه، واختاره الشيخ الموفق وغيره. وقال ابن منجا: إن المذهب الوقف، فحينئذ يبقى في إطلاقه الخلاف نظر ظاهر، لكونه قدم في باب المرتد منعه من التصرف، وأطلق الخلاف هنا، ويحتمل أن يريد بقوله الخلاف، الخلاف الذي في تصرف المرتد، وهو الصواب، ويقويه كلامه في المغني، وغيره، لما ذكروا ذلك وأحالوه على صحة تصرفه وعدمها، وأيضاً لو أراد الخلاف الذي قبله لقال: «وكذا الردة وتوكيله» لكن يرد على هذه المسألة الأولى، فإنها ليست مبنية على ذلك، فيما يظهر، لأنهم لم يذكروها، أو يقال: هي داخلة في ذلك، لأنه إذا كان ممنوعاً من التصرف في ماله فغيره بطريق أولى، فعلى ما اخترناه إنما قصد حكاية الخلاف وإحالة الصحيح على الأصل، كما هي عادته، لا أنه قصد إطلاق الخلاف، وهذا أيضاً صحيح، والله أعلم.

ويبطل بتلف العين، ودفعه عوضاً لم يؤمر به، واقتراضه كتلفه، ولو عزل عوضه، وهل ينزل قبل علمه بعزله؟ اختاره الأكثر، وذكر شيخنا: أنه أشهر أم لا يصح؟ فيه روايتان «م ١٥» وينبغي عليهما تضمينه. قال: شيخنا: لا يضمن، لأنه لم

مسألة - ١٥: قوله: «وهل ينزل قبل علمه بعزله؟ اختاره الأكثر، وذكر شيخنا أنه أشهر، أم لا يصح؟ فيه روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والمغني، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والمحرم، والشرح، والرعاية الكبرى والفائق، وشرح ابن رزين، وشرح المجد، وشرح المحرم وغيرهم.

إحداهما: ينزل، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام الخرقى، قال في المذهب ومسبوك المذهب: انزل، في أصح الروايتين، وصححه في الخلاصة، واختاره أبو الخطاب والشريف وابن عقيل وغيرهم. قال المصنف هنا: اختاره الأكثر، قال القاضي: هذا أشبه بأصول المذهب، وقياس لقولنا: إذا كان الخيار لهما كان لأحدهما الفسخ من غير حضور الآخر، وجزم به في الوجيز والمنور، ونهاية ابن رزين وغيرهم.

الرواية الثانية: لا ينزل، نص عليها في رواية ابن منصور وجعفر بن محمد وأبي الحارث، وصححه في النظم، وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاويين، قلت: وهو الصواب. وقال القاضي: محل الروايتين فيما إذا كان الموكل فيه باقياً في ملك الموكل، أما إن أخرجه عن ملكه بعق أو بيع انفسخت الوكالة، وجزم به، قلت: وهو قوي.

تنبيهات:

الأول: قوله: «وتبطل في طلاق زوجته بوطئه، على الأصح، وفيه بقية خلاف، كرجعة وعق عبد بتدبيره وكتابته ودلالة رجوعه»، انتهى. أحال المصنف الخلاف في القبلة في إبطال الوكالة على الخلاف في القبلة في حصول الرجعة بها، والصحيح من المذهب عدم حصول الرجعة بها، فكذا الصحيح من المذهب لا تبطل الوكالة في طلاقها بتقبيلها، والذي يظهر أن: قوله: «وعق عبد بتدبيره» إلى آخره معطوف على: قوله: في طلاق زوجته من قوله: «وتبطل في طلاق زوجته بوطئه على الأصح» لا على قوله: «كرجعة» إذ الصحيح من المذهب بطلان الوكالة في العتق بالتدبير والكتابة، وكذلك دلالة الحال على رجوعه، وتقديره وتبطل الوكالة في طلاق زوجته بوطئه وعق عبده بتدبيره، يعني تبطل الوكالة في عتق عبده بتدبيره على الأصح، كالوطء، والله أعلم.

الثاني: قول المصنف هنا: «وله التوكيل إن جعله له، وعنه: مطلقاً، ثم: قوله: «وكذا حاكم ووصي ومضارب وولي في نكاح في غير مجبر» انتهى، ظاهر ما قدمه أن الولي غير المجبر لا يوكل إلا بإذن، وقد قال في أركان النكاح: «ووكيله كهو وقيل: لا يوكل غير مجبر بلا إذن إلا حاكم، انتهى. فقدم هناك أن له الوكالة إذا كان غير مجبر من

يفرط، وقال في تضمين مشتر لم يعلم الأجرة: نزاع في مذهب أحمد رحمته الله. واختار أنه لا يضمن، وإذا ضمن رجوع على الغار، في ظاهر مذهبه، وذكر وجهًا: ينعزل بالموت لا بالعزل. «و ه م» قال شيخنا: لو باع أو تصرف فادعى أنه عزله قبله لم يقبل، فلو أقام به بينة ببلد آخر وحكم به حاكم فإن لم ينعزل قبل العلم صح تصرفه، وإلا كان حكمًا على الغائب.

ولو حكم قبل هذا الحكم بالصحة حاكم لا يرى عزله قبل العلم، فإن كان قد بلغه ذلك نفذ والحكم الناقض له مردود، وإلا وجوده كعدمه، والحاكم الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم، أو علم ولم يره، أو رآه ولم ير نقض الحكم المتقدم، فحكمه كعدمه.

وقبض الثمن من وكيله دليل بقاء وكالته، وأنه قول أكثر العلماء، ويتوجه خلاف، ولا ينعزل مودع قبل علمه، خلافًا لأبي الخطاب فما بيده، أمانة وأن مثله مضارب. ومن قيل: له: اشتر كذا بيتًا، فقال: نعم، ثم قال لآخر: نعم، فقد عزل نفسه، فيكون له وللثاني، ويبطل في طلاق زوجته بوطنه، على الأصح، وفيه بقبلة خلاف، كرجعة، وعق عبد بتدبيره وكتابتة ودلالة رجوعه لا بيعه فاسدًا أو سكناه، وله التوكيل إن جعله له، وعنه: مطلقًا، كما لا يباشره مثله أو يعجز عنه.

وقيل: في زائد عن عمله، أو قيل: له: اصنع أو تصرف كيف شئت، وفيه وجه، ولعل ظاهر ما سبق يستنب نائبًا في الحج لمرض، «ه ش» ويتعين أمين إلا مع تعيين موكل، وإن منعه فلا، وكذا حاكم ووصي ومضارب وولي في نكاح غير مجبر، وقيل: يجوز: ووكل عنك وكيل وكيله، وقيل: ووكل عني، وإن أطلق فوجهان «م ١٦» والأصح: له عزل وكيل وكيله.

غير إذن، فحصل التناقض، والمعتمد على ما قاله في باب أركان النكاح، وهو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقد حررت ذلك في الإنصاف.

الثالث: قوله: «وولي في نكاح غير مجبر» الأحسن في العبارة أن يقول: وولي غير مجبر في نكاح فالظاهر أن في كلامه تقديمًا وتأخيرًا وزيادة.

مسألة - ١٦: قوله: «ووكل عنك وكيل وكيله». وقيل: ووكل عني، وإن أطلق ذلك فوجهان، انتهى. يعني إذا قال: وكل، ولم يقل: عنك، ولا: عني، فهل يكون وكيل الموكل أو وكيل الوكيل؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في التلخيص، والرعاية.

أحدهما: يكون وكيلًا للموكل، وهو الصحيح، جزم به في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين، وقواعد ابن رجب في القاعدة الحادية والستين، وهو الصواب.

وكذا: أوص إلى من يكون وصياً لي، وذكر الأزجي احتمالاً: لا يصح، لعدم إذن الموصي حين إمضاء الوصية، ولا يوصي الوكيل مطلقاً، وعلى ما في التعليق والمغني وغيرهما، وإن استتاب حاكم من غير أهل مذهبه، إن كان لكونه أرجح فقد أحسن، وإلا لم تصح الاستتابة، ذكره شيخنا رحمته الله.

ويتوجه أنه يجوز الاستتابة إذا لم يمنع إن جاز له الحكم، وهو مبني على تقليد غير إمامه، وإلا انبنى على أنه هل له أن يستنيب فيما لا يملكه، كتوكيل مسلم ذمياً في شراء خمر، وأنه نائب المستنيب أو الأول؟.

ويجوز التوكيل في الخصومة، يروى عن علي، نقله حرب وليس لوكيل في خصومة قبض ولا إقرار على موكله، مطلقاً نص عليه، كإقراره عليه بقود وقذف، وكالولي، ولهذا لا يصح منهما يمين، وإن أذن له ففيه منع وتسليم «م ١٧» وله إثبات وكالته مع غيبة موكله، في الأصح، وإن قال: أجب خصمي عني، احتمال كخصومة، واحتمل بطلانها «م ١٨» ولا يصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة، قاله في الفنون.

فظاهره: يصح إذا لم يعلم، فلو ظن ظلمه جاز، ويتوجه المنع، ومع الشك يتوجه احتمالان، ولعل الجواز أولى، كالظن، فإن الجواز فيه ظاهر وإن لم يجز الحكم مع الريبة في البينة. وقال القاضي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥] تدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره، وكذا في المغني في الصلح عن المنكر يشترط أن يعلم صدق المدعي، فلا يحل دعوى ما لم يعلم ثبوته.

والوجه الثاني: يكون وكيلاً للوكيل قلت: وهو بعيد.

مسألة - ١٧: قوله: «وليس الوكيل في خصومة قبض ولا إقرار على موكله مطلقاً، نص عليه كإقراره عليه بقود وقذف، وكالولي ولهذا لا يصح منهما يمين، وإن أذن له ففيه منع وتسليم انتهى، ليس هذا المنع والتسليم عائداً إلى الإقرار على الموكل إذا أذن له، لأن المسألة ذكرها المصنف وتكلمنا عليها، على ما يأتي. والظاهر أنه أراد اليمين إذا أذن له فيها، ولكن المذهب وعليه الأصحاب أنه لا يصح التوكيل في اليمين، وقطع به المصنف وغيره.

مسألة - ١٨: قوله: «وإن قال: أجب خصمي عني، احتمال أنها كخصومة، واحتمل بطلانها»، انتهى. قلت: الصواب في ذلك الرجوع إلى القرائن، فإن دلت على شيء كان، وإلا فهي إلى الخصومة أقرب.

وجزم ابن البنا في تعليقه أنه وكيل في القبض، لأنه مأمور بقطع الخصومة، ولا تنقطع إلا به وإن وكله في القبض ففي خصومة وجهان «م ١٩» وفي الوسيلة: لا يجوز إقرار الوكيل على موكله بحال، نص عليه، ويقبل إقراره بعيب فيما باعه، نص عليه. وفي المنتخب - واختاره الشيخ -: لا، فلا يردده على موكله، وإن رد بنكوله ففي رده على موكله وجهان «م ٢٠» وإن وكل اثنين لم ينفرد واحد بلا إذن، وقيل: إن وكلهما في خصومة انفراد، للعرف.

فصل

ويقبل إقراره بكل تصرف وكل فيه، وعنه: قول موكله في النكاح، لاعتبار البينة فيه، اختاره القاضي وغيره، وذكره في الترغيب عن أصحابنا كأصل الوكالة، ويحلف مع تصرفه لو باشره شرعت اليمين فيه، فلا يقبل قوله في دفع المال إلى غير ربه،

مسألة - ١٩: قوله: «وإن وكله في القبض ففي خصومة وجهان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والكافي، والمقنع، والمحزر، وشرحه والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يكون وكيلًا في الخصومة، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وصححه في التصحيح وتصحيح المحرر والرعيتين، والحاويين، والنظم، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. وإليه ميل صاحب المغني، والشرح.

والوجه الثاني: لا يكون وكيلًا في الخصومة، وقال الشيخ الموفق والشارح: ويحتمل إن كان الموكل عالمًا بجحد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلًا في تثبितه والخصومة فيه، لعلمه بوقوف القبض عليه، وإلا فلا، انتهى. وهو قوي جدًا، بل هو الصواب، ويزاد في ذلك الرجوع إلى القرائن والعرف، والله أعلم.

مسألة - ٢٠: قوله: «وإن ردّ بنكوله ففي رده على موكله وجهان»، انتهى. يعني إذا باع شيئًا بطريق الوكالة فادعى عليه بعيب وقلنا يقبل إقراره وتوجهت عليه اليمين، ونكل عنها ورد عليه لنكوله فهل يرد على الموكل؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يرد على موكله قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يرد عليه بل على الوكيل.

تنبيه: قوله: «ويعتبر لصحة عقد نكاح فقط تسمية موكل، ذكره في الانتصار والمنتخب والمغني»، انتهى. سيأتي في أركان النكاح أن المصنف أطلق الخلاف في هذه المسألة وعزاه إلى الترغيب، ويأتي تحريرها هناك.

وإطلاقهم: ولا في صرفه في وجوه عينت له من أجرة لزمته، وذكره الأمدي البغدادي، وعلى هذه الرواية لا يلزم وكيله نصف مهر إلا بشرط، لتعلق حقوق العقد بالموكل، وعنه: يلزمه، كضمان وكيل في الشراء بالثمن وفرق الشيخ بأنه مقصود البائع، والعادة تعجيله وأخذه ممن تولى الشراء، ومثله إنكار موكله وكالته، فلا يحلف، نص عليه، ومثله الوكيل في الاقتراض، ويلزم موكله طلاقها، في المنصوص، وقيل: إن قال: بعته، أو قال: وقبضت ثمنه قبل قول موكله، ويعتبر لصحة عقد نكاح فقط تسمية موكل، ذكره في الانتصار والمنتخب والمغني.

ولو أنكر موكله وكالته في بيع وصدق بائع بها لزم وكيله، في ظاهر كلام الشيخ، وظاهر كلام غيره كمهر، أو لا يلزمه لعدم تفريطه هنا بترك البينة، وهو أظهر «م ٢١» وليس لوكيل في بيع تقلبيه على مشتر إلا بحضرته، وإلا ضمن، ذكره في النوادر، ويتوجه العرف، ولا بيعه ببلد آخر، في الأصح فيضمن، ويصح ومع مؤنة نقل: لا، ذكره في الانتصار، ولا قبض ثمنه.

وإن تعذر قبضه لم يلزمه شيء، كظهور مبيعه مستحقاً أو معيلاً كحاكم وأمينه. وقال صاحب المغني والمحرم: يملكه بقرينة، وقيل: مطلقاً، فلا يسلمه قبله، وكذا وكيل في شراء في قبض مبيع، وإن أخر تسليم ثمنه بلا عذر ضمنه، في المنصوص، وحقوق العقد متعلقة بموكل، لأنه لا يعتق قريب وكيل عليه. وقال الشيخ: إن اشترى وكيل في شراء في الذمة فكضامن.

وقال شيخنا: فيمن وكل في بيع أو شراء أو استئجار، فإن لم يسم موكله في العقد فضامن، وإلا فروايتان، وأن ظاهر المذهب يضمنه، «و هـ ش» قال: ومثله الوكيل في الإقراض، وليس له البيع من نفسه، ويجوز بإذنه وتولية طرفه، في الأصح فيهما، كأب الصغير.

وكذا توكيله في بيعه وآخر في شرائه، ومثله نكاح ودعوى. وقال الأزجي في الدعوى: الذي يقع الاعتماد عليه: لا يصح، للتضاد، وفي ولده ووالده. ومكاتبه وجهان «م ٢٢» وذكر الأزجي الخلاف في الأخوة والأقارب، عنه: يبيع من نفسه إذا

مسألة - ٢١: قوله: «ولو أنكر موكله وكالته في بيع وصدق بائع بها لزم وكيله، في ظاهر كلام الشيخ، وظاهر كلام غيره كمهر، أو لا يلزمه، لعدم تفريطه هنا بترك البينة، وهو أظهر. انتهى. قلت: الصواب ما قال المصنف أنه أظهر.

مسألة - ٢٢: قوله: «وفي ولده ووالده ومكاتبه وجهان»، انتهى. وهما احتمالان مطلقان في الهداية، وأطلقهما في المذهب والمستوعب، والمقنع، والتلخيص،

زاد ثمنه في النداء، وقيل: أو وكل بائعًا، وهو ظاهر رواية حنبل، وقيل: هما، وذكر الأزجي احتمالاً: لا يعتبران، لأن دينه وأمانته تحمله على الحق، وربما زاد، وكذا شراؤه له من نفسه.

وكذا حاكم وأمينه وناظر ووصي ومضارب، ولعبده وغريمه عتق نفسه وإيرائها بوكالته الخاصة لا بالعمامة. وفيه قول، وهو معنى ما جزم به الأزجي، كبيع وكيل من نفسه، وفرق الأزجي بينه وبين تصدق به، بأن إطلاقه ينصرف إلى إعطاء الغير، لأنه من التفضل، وتوكيل زوجة في طلاق كعبده في عتق ولا يجوز له شراء معيب، فإن فعل عالمًا لزمه ما لم يرضه موكله ولم يردده ولا يردّ موكله. وإن اشتراه بعين المال ففضولي، وإن جهل عيبه لم يضمّنه، وله رده قبل إعلام موكله، وأخذ سليم إلا في شراء معين، ففي رده وجهان «م ٢٣» فإن ملكه فله شراؤه إن علم عيبه قبله، وإن

والمحرر، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، فهو كسواء الوكيل من نفسه، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وجزم به في المغني، والكافي، والوجيز والمنور ومنتخب الآمدي وغيرهم. وقدمه في الخلاصة، والرعاية الكبرى، وغيرهما. قال المجد في شرحه. اختاره القاضي وابن عقيل، نقله في تصحيح المحرر.

والوجه الثاني: يصح هنا وإن منعنا صحة البيع والشراء من الوكيل نفسه أو من نفسه.

وقال في الكافي، والمغني، والشرح: هنا الوجهان مبنيان على الروايتين في أصل المسألة وحكاها في المغني، والشرح، عن الأصحاب قلت: الصواب أن محل الخلاف على القول بعدم الصحة من الوكيل لنفسه أو من نفسه. أما على القول بالصحة فهنا بطريق أولى وأحرى، وعلى القول بعدم الصحة فهو محل الخلاف هنا، هذا ما يظهر، وهو كالصريح في كلام كثير من الأصحاب، منهم الشيخ في المقنع.

مسألة - ٢٣: قوله: «وأما إن جهل عيبه لم يضمّنه، وله رده قبل إعلام موكله، وأخذ سليم إلا في شراء معين، ففي رده وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والبلغة، والمحرر، والشرح، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: له الرد، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر والنظم، وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعايتين والحاويين، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

أسقط خياره فحضر موكله ورضي به لزمه، وإلا فله رده.

وفي المغني: على وجه، وإن أنكر البائع أن الشراء وقع له لزم الوكيل، وقيل: الموكل، وله أرشه فيه وذكر الأزجي: إن جهل عيبه وقد اشترى بعين المال فهل يقع عن الموكل؟ فيه خلاف، وقال: إذا اشتراه. مع علمه بالعيب فهل يقع عن الموكل؟ لأن العيب إنما يخاف منه نقص المالية، فإذا كان مساوياً للثمن فالظاهر أنه يرضى به، أم لا يقع عن الموكل؟ فيه وجهان، فإن ادعى بائعه علم موكله الغائب بعيبه ورضاه حلف الوكيل أنه لا يعلم ذلك، ورده وأخذ حقه في الحال، وقيل: يقف على حلف موكله.

وكذا قول غريم لوكيل غائب في قبض حقه: أبرأني موكلك، أو: قبضه، ويحكم بينة إن حكم على غائب وإن حضر الموكل وصدق البائع فهل يصح الرد؟ فيه وجهان «م ٢٤».

وفي النهاية: يطرد فيه روايتان منصوصتان، وفي استيفاء حد وقود وسائر حق مع غيبة موكل وحضور وكيله، وحكاهما غيره في قود وحد قذف، اختارها ابن بطه، ورضاء موكل غائب بمعيب عزله عن رده، ولا يصح. بيعه نساء ولا بغير نقد البلد أو غالبه، كنفع وعرض. وفيه احتمال، وهو رواية في الموجز، وكما لو وكله في شراء ثلج في الصيف، وفحم في الشتاء فخالف، ذكره أبو الخطاب وغيره، وعنه: بلى، كقوله: كيف شئت، كمضارب، على الأصح.

وذكر ابن رزين يبيع وكيل حالاً بنقد مصره وغيره لا نساء وفي الانتصار يحتمل

والوجه الثاني: ليس له الرد، قال في الرعايتين: هذا أولى، قال في تجريد العناية: لا يرده، في الأظهر، وقدمه في الخلاصة، قلت: وهو الصواب.

مسألة - ٢٤: قوله: «وإن حضر الموكل وصدق البائع فهل يصح الرد؟ فيه وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، والشرح، وشرح ابن منجا، والفاوق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح الرد، وهو باق للموكل، صححه في التصحيح، وقدمه في المغني، والرعايتين، والحاويين.

والوجه الثاني: يصح، فيجدد الموكل العقد، صححه في النظم، وجزم به في الوجيز. قال الشيخ الموفق والشارح: يصح الرد بناء على أن الوكيل لا ينزل قبل علمه انتهى. قلت: الصواب إن كان الرد قبل الإخبار انبنى على عزل الوكيل قبل علمه وعدمه، وإن كان بعد الإخبار لم يصح الرد، والله أعلم.

يلزمه النقد أو ما نقص وإن ادعى إذناً فيهما أو اخ تلفاً في صفتيهما أو في الشراء بكذا قبل قولهما، نص عليه في المضارب، وعلمه أحمد بأنه ليس هنا شيء يريد أن يأخذه، واختاره الشيخ فيه.

وقيل: لا، فيهما، فإن كان الوكيل كاذباً في دعواه حلّ وإلا اشتراه ممن هو له باطناً ليحل، فإن قال: بعته إن كان لي، أو: إن كنت أذنت في شرائه بكذا، فقيل: يصح، لعلمهما وجود الشرط، كبعته هذه الأمة إن كانت أمة، وكذا كل شرط علماً وجوده لا يوجب وقوف البيع ولا شكاً فيه، وقيل: لا يصح، لتعليقه بشرط «م ٢٥» وفي الفصول: أصل هذا إن كان غداً من رمضان ففرض، وإلا فنفل.

وإن لم يبع أذن حاكم له في بيعه أو باع له أو لغيره، قال في المجرد والفصول: ولا يستوفيه من تحت يده كسائر الحقوق، قال الأزجي: وقيل: يبيعه ويأخذ ما غرمه من ثمنه وإن لم يبع باع حاكم وفي الترغيب: الصحيح لا يحل، وهل يقر بيده أو يأخذه حاكم كمال ضائع؟ على وجهين.

وإن كذب البائع الوكيل في أن الشراء لغيره أو بمال غيره صدق، فإن ادعى الوكيل علمه حلف ولزم الوكيل، وذكر الأزجي: إن كان الشراء في الذمة وادعى أنه يتناع بمال الوكالة فصدقه البائع أو كذبه فقيل: يبطل، كما لو كان الثمن معيناً، وكقوله: قبلت النكاح لفلان الغائب فينكر الوكالة، وقيل: يصح، فإذا حلف الموكل: ما أذن له، لزم الوكيل، وفي التبصرة: كل التصرفات كالبيع نساء، وبيعهما بدون ثمن المثل نقصاً وشراؤهما بأكثر قيل: كفضولي، نص عليه، فإن تلف. فضمن الوكيل رجع على مشتر لتلفه عنده وقيل: يصح، ونص عليه مع ضمانه زيادة ونقصاً، قيل:

مسألة - ٢٥: قوله: فيما إذا قلنا: القول قول الوكيل والمضارب في أنه أذن لهما في البيع نساء: «لو قال: بعته إن كان لي، أو إن كنت أذنت في شرائه بكذا، فقيل: يصح، لعلمهما وجود الشرط، كبعته هذه الأمة إن كانت أمة، وكذا كل شرط علماً وجوده لا يوجب وقوف البيع» فلا يؤثر «شكا فيه، وقيل: لا يصح، لتعليقه بشرط». انتهى، وأطلقهما في المغني، والشرح، والقواعد الفقهية، وظاهر الكافي، إطلاق الخلاف.

أحدهما: لا يصح، اختاره القاضي، وقدمه في الرعاية الكبرى.

والقول الثاني: يصح، وهو احتمال في الكافي، ومال إليه هو وصاحب القواعد. قلت: وهو الصواب، وذكر المصنف كلامه في الفصول.

لا يغبن به، وقيل: مطلقاً «م ٢٦ و ٢٧» وعلى الصحة لا يضمن عبد لسيدته وصبي

مسألة - ٢٦ - ٢٧: قوله: «وبيعهما بدون ثمن المثل نقصاً وشراؤهما بأكثر قيل: كفضولي، نص عليه، فإن تلف فضمنه الوكيل رجع على المشتري، كتلفه عنده، وقيل: يصح، ونص عليه مع ضمانه زيادة ونقصاً، وقيل: لا يغبن عادة، وقيل: مطلقاً» انتهى، ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٢٦: إذا باع بدون ثمن المثل نقصاً أو اشترى بأكثر منه زيادة فهل هو كفضولي أو يصح؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب، منهم الخراقي، والقاضي في الخلاف، وغيرهما. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمحزر، والنظم، والرعيتين، والحاويين، والفائق، ونظم المفردات وقال: قاله الأكثر وغيرهم. وقدمه في المستوعب والمقنع، في المسألة الأولى.

والقول الآخر: هو كفضولي. والصحيح في تصرف الفضولي أنه لا يصح. قال في المحزر والفائق: ويتخرج أنه كتصرف الفضولي. انتهى. وعن أحمد رواية في أصل المسألة: أنه لا يصح، نص عليها، وصححها القاضي في المجرد، وابن عقيل، وجزم به في التلخيص، وقال: إنه الذي يقتضيه أصول المذهب، وجزم به في المستوعب والمقنع، في المسألة الثانية، واختاره الشيخ الموفق وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. قلت: وهذه الرواية تنزع إلى تصرف الفضولي، وأطلقهما في الكافي.

تنبيه: سؤى المصنف بين ما إذا باع بدون ثمن المثل نقصاً وبين ما إذا اشترى بأكثر منه زيادة، وهو صحيح، وعليه أكثر الأصحاب، وهو الصحيح، وذهب بعضهم إلى عدم الصحة في مسألة ما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل، وقطع به في المستوعب وشرح ابن رزين، وهو ظاهر كلام الشيخ في المقنع، حيث قدم في المسألة الأولى الصحة، وقطع في المسألة الثانية بعدمها. وقد ذكر الزركشي في المسألتين ثلاثة أقوال: الثالث: الفرق، كما تقدم.

المسألة الثانية - ٢٧: إذا قلنا بالصحة فإنه يضمن الزيادة والنقص، وأطلق في قدره الخلاف، وأطلقه في المغني، والكافي، والشرح، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: هو قدر ما بين ما باع به وضمن المثل، وهو الصحيح. قال الشيخ في المغني، والشارح: هذا أقيس، واختاره ابن عقيل، نقله عنه في القواعد الفقهية، وقدمه

لنفسه، ويحتمل فيه: يبطل، وهو أظهر. ويصح البيع بأكثر، وقيل: من جنس المعين، ولا يلزمه الفسخ، لزيادة مدة خيار، وفيه وجه.

وهل للوكيل البيع أو الشراء بشرط خيار له؟ وقيل: مطلقاً، وتزكية بينة خصمه، والمخاصمة في ثمن مبيع بان مستحقاً؟ فيه وجهان «م ٢٨ - ٣٠» وإن شرط الخيار

ابن رزين في شرحه، والرعاية الكبرى.

والقول الثاني: هو قدر ما بين ما يتغابن به الناس وما لا يتغابنون، واختار الشيخ تقي الدين: أنه لا يضمن شيئاً إذا لم يفرط، وهو الصواب.

مسألة ٢٨ - ٣٠: قوله: «هل للوكيل البيع أو الشراء بشرط الخيار له؟ وقيل: مطلقاً وتزكية بينة خصمه والمخاصمة في ثمن مبيع بان مستحقاً؟ فيه وجهان»، انتهى. شمل كلامه مسائل أطلق فيها الخلاف.

المسألة الأولى - ٢٨: هل للوكيل البيع أو الشراء بشرط الخيار له أم لا؟ أطلق الخلاف. قال في الرعاية: ومن وكل في بيع لم يشترط للمشتري خياراً، وإن وكل في شراء لم يشترط الخيار للبائع، وهل له شرطه لنفسه أو لموكله؟ يحتمل وجهين انتهى. وظاهر كلامه في المحرر والرعاية الكبرى: في خيار الشرط صحة ذلك ويكون للموكل. وقال القاضي في المجرد: وإن شرطه لنفسه دون موكله أو شرطه لأجنبي لم يصح. وقال في الرعاية أيضاً: إن شرطه في العقد وأطلق فهو لموكله، كما لو قال: له، وإن قال: لي، فهو لهما، وإن قال: لي وحدي، أو شرطه لغيرهما؟ لم يصح، وقيل: يحتمل أن يصح شرطه لغيرهما إن قلنا للوكيل التوكيل. وفيه نظر، انتهى. وقد ذكر المصنف هذا بعد هذه المسألة قلت: الصواب أنه إن رأى في شرطه الخيار مصلحة كان له ذلك، وإلا فلا، والله أعلم.

المسألة الثانية - ٢٩: هل يسوغ للوكيل تزكية بينة خصمه أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يسوغ. قلت: وهو الصواب، بل هو أولى من الأجنبية، وهي قريبة من تعديل الخصم لبينة خصمه، على ما يأتي في المسألة الثامنة من باب طريق الحكم ووصفه.

والوجه الثاني: لا يسوغ له ذلك.

المسألة الثالثة - ٣٠: هل يسوغ للوكيل في البيع المخاصمة في ثمن مبيع بان مستحقاً أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يسوغ له.

فلموكله. وإن شرط لنفسه فلهما، ولا يصح له فقط، ويختص بخيار المجلس، ويختص به موكله إن حضره وحجر عليه فيه، وصحة توكيل في إقرار وصلاح وبيع ما استعمله، مع أنه يضمنه إن تلف ولا يضمن ثمنه ولزوم فسخه لزيادة في المجلس وبيعه ثانيًا إن فسخ وبيع بدله وجهان.

وفي طريقة بعضهم - وذكره في المحرر -: توكيله في إقرار إقرار «م ٣١ -

والوجه الثاني: يسوغ. قلت: وهو أقوى من الأول، والصواب في ذلك الرجوع إلى القرائن، فإن دلت قرينة على ذلك كبعده عن موكله ونحوه ساغ، والله أعلم. وللشيخ الموفق تعاليل مثل ذلك في مسائل الوكالة.

مسألة ٣١ - ٣٦: قوله: «وفي صحة توكيل في إقرار وصلاح وبيع ما استعمله مع أنه يضمنه إن تلف ولا يضمن ثمنه، ولزوم فسخه لزيادة في المجلس وبيعه ثانيًا إن فسخ وبيع بدله وجهان. وفي طريقة بعضهم - وذكره في المحرر - توكيله في إقرار إقرار» انتهى، ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ٣١: هل يصح التوكيل في الإقرار أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية الكبرى. قال في الإرشاد: ولو جعل إليه أن يقر عليه جاز إقراره عليه، في أحد الوجهين، انتهى.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، وبه قطع في الهداية، والفصول والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين وغيرهم. ونصره في المغني، وغيره، وقدمه في التلخيص. قال في المغني، وغيره: لأنه إثبات حق في الذمة بالقول، فجاز التوكيل فيه، كالبيع. انتهى.

والوجه الثاني: لا يصح، وهو ظاهر كلام جماعة يأتي ذكرهم في التنبيه الخامس.

المسألة الثانية - ٣٢: هل يصح التوكيل في الصلح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية الكبرى، وظاهر الإرشاد إطلاق الخلاف، وتبعه في التلخيص.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، وبه قطع في الفصول والمغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والزرکشي، وغيرهم. قال في المغني، والشرح: لا نعلم فيه خلافًا. قال ابن رزين: يصح إجماعًا، وعللوه بأنه في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيه، انتهى. قلت: بل هو أولى.

والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الثالثة - ٣٣: هل يصح بيع ما استعمله أم لا؟ أطلق الخلاف. والظاهر أنه أراد إذا وكله في بيع شيء فتعدى فيه باستعماله ثم أراد بيعه فهل يصح أم لا؟.

٣٦»، وذكر الأزجي: يعتبر تعيين ما يقر به وإلا رجع في تفسيره إلى الموكل. قال: ولا خلاف أن وكيل الخصومة يملك الطعن في الشهود ومدافعتهم وسماع البيئة

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، لأن الوكالة إذن في التصرف مع الاستئمان، فإذا زال أحدهما: لم يزل الآخر. وقد أطلق المصنف قبل ذلك في عزل الوكيل إذا تعدى وجهين، وذكرنا أن الصحيح عدم العزل، وذكرنا من اختار كل قول، فليعاود. والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الرابعة - ٣٤: هل يلزم الوكيل فسخ العقد لزيادة حصلت في المجلس أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يلزمه، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والرعاية الكبرى، وغيرهم وقالوا: لأن الزيادة ممنوع منها منهي عنها، فلا يلزم الرجوع إليها، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة، فلا يلزم الفسخ بالشك، انتهى.

والوجه الثاني: يلزمه قال في الرعاية: قلت: ويحتمل لزومه إن صح بيعه على بيع أخيه. وقال في المغني، والشرح: ويحتمل أن يلزمه لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها، فأشبهه ما لو جاءته قبل البيع، والنهي يتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل، انتهى. قلت: والنفس تميل إليه.

المسألة الخامسة - ٣٥: هل يصح بيع الوكيل له ثانيًا إن فسخ العقد مثل أن يظهر فيما باعه ما يوجب الرد فيرد عليه أو يفسخ المشتري العقد في مدة الخيار ونحوه أم لا؟ أو يفسخ المشتري العقد في مدة الخيار ونحوه؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يصح. قلت: وهو الصواب، لأن العادة جارية بذلك.

والوجه الثاني: لا يصح. قلت: وهو ضعيف.

المسألة السادسة - ٣٦: هل للوكيل بيع بدله أم لا؟ أطلق الخلاف والظاهر أنه أراد لو أتلف متلف ما وكل فيه وأخذ بدله.

أحدهما: له ذلك ويصح.

والوجه الثاني: لا يصح، والصواب الرجوع في ذلك إلى القرائن، فإن دلت على شيء عمل به وإلا فلا يصح، وتقدم نظير ذلك في الرهن فيما إذا جنى على الرهن وأخذ قيمته هل للمرتهن أو العدل المأذون له بيعه أم لا؟ أطلق الخلاف هناك وذكرنا أن الشيخ في المغني، والشارح، نقلًا عن القاضي أنه قال: قياس المذهب أنه له بيعه، واقتصرنا عليه، وقطع به ابن رزين.

لضرورة المخاصمة، ويلزمه طلب الحظ لموكله.

تنبيهات:

الأول: قوله: «وفي صحة توكيل» الموجود في النسخ القديمة «وصحة توكيل» بإسقاط لفظة «في» ووجد على الهامش «الظاهر أن هنا لفظة في» ونبه عليه أيضًا ابن نصر الله، وهو الصواب والظاهر أنه تابعه في الرعاية الكبرى، فإنه قال: وفي صحة التوكيل في الإقرار والصلح وجهان، انتهى. وقول المصنف: «ولا يضمن» الموجود في النسخ القديمة: «لا يضمن» بإسقاط «الواو» ومكانها بياض، وكتب على الهامش: الظاهر أن في هذا البياض واو وهو كما قال، ونبه عليه أيضًا ابن نصر الله.

الثاني: في إطلاق المصنف الخلاف في الإقرار والصلح نظر، مع قطع هؤلاء الجماعة بالصحة، لا سيما في الصلح. وقد قال في المغني، وغيره: لا نعلم فيه خلافًا. وقال ابن رزين: يصح فيه إجماعًا.

الثالث: الظاهر أن مراده بقوله: «وبيع ما استعمله» إذا تعدى باستعماله هل يصح بيعه بعد ذلك أم لا؟ فإن كان هذا مراده فقد قال في أوائل الباب: وفي تعدي وكيل كلبس ثوب وجهان، فحصل منه تكرار فيما يظهر.

الرابع: قوله: «ولزوم فسخه لزيادة في المجلس وجهان» مع: قوله: قبل ذلك بيسير: «ولا يلزمه الفسخ لزيادة مدة خيار. وفيه وجه» فقدم عدم اللزوم، ولعله أراد بهذه خيار الشرط، وبذلك خيار المجلس، لكن ظاهر تعليقه في المغني، وغيره شمول الخيارين، وهو الصواب، ولم نر من فرق بينهما. قال في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين: وإن باع بضمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار. وكذا قال في الرعاية الكبرى، ولم نر المسألة في غير هذه الكتب، والله أعلم.

الخامس: ظاهر كلام المصنف أن المقدم أن التوكيل في الإقرار ليس بإقرار وهو ظاهر كلام من قال بصحة التوكيل فيه، وقد قاسوه على البيع، وهو ظاهر ما قدمه في الرعاية الكبرى، فإنه قال: وفي صحة التوكيل في الإقرار وجهان، وقيل: التوكيل في الإقرار إقرار، انتهى. ولنا قول إن التوكيل فيه إقرار، وهو الذي قاله الفخر في طريقته، وبه قطع في المحرر والحاويين، والفائق، وغيرهم. قال في الرعاية الصغرى: والتوكيل في الإقرار إقرار، في الأصح، انتهى.

قلت: الظاهر أن محل هذا الخلاف على القول بعدم صحة التوكيل فيه. أما على القول بالصحة فلا يكون التوكيل فيه إقرارًا، قولاً واحداً، أو يقال: القولان مبنيان على القولين هناك إذا قلنا: يصح التوكيل، لم يكن إقرارًا، وإن قلنا: لا يصح، كان إقرارًا، والله أعلم.

وفي طريقة بعضهم: دليل العرف في إبطال بيعه بدون ثمن المثل ضعيف، لأنه بالطبع يرغب في بيعه بفوق ثمن المثل، ومع هذا لو قدر الوكيل على بيعه بزيادة فباع بالمثل لزم البيع الموكل بلا خلاف، فبطلت قرينة العرف إذاً، كذا قال، ويشبه هذا من وكل في الصدقة بمال هل له دفعه إلى مستحق غيره أحق؟ ويتوجه الفرق، لأن القصد غالباً مع الإطلاق الصدقة على مستحق لا طلب الأحق، هنا بالعكس، ونصر هذا في طريقته إبطال البيع في بيعه بدون ثمن المثل واحتج عليه بثبوت الشفعة تثبت بما هو بيع من وجه، ولهذا يثبت بإقرار البائع وحده بالبيع، وهذا سهو.

وفي النوادر تنازعا في كتاب وبينهما عارف فحكماء فوكله بإقرار معلقة بشرط فتصح، لا حكم.

فصل

ولا يصح توكيله في كل قليل وكثير زاد الأزجي: باتفاق الأصحاب وأن مثله وكلتك في شراء ما شئت من المتاع الفلاني، وأنه إن قال: وكلتك بما إليّ من التصرفات احتمل البطلان، واحتمل الصحة. كما لو نص على الأفراد، وقيل: يصح في كل قليل وكثير، كبيع ماله أو المطالبة بحقوقه أو الإبراء أو ما شاء منه.

قال المروذي: بعث بي أبو عبد الله في حاجة، وقال: كل شيء تقوله على لساني فأنا قلته، وظاهر كلامهم في: بع من مالي ما شئت، له بيع كل ماله، وذكر الأزجي في: بع من عبيدي من شئت أن من للتبعيض، فلا يبيعهم إلا واحداً ولا الكل، لاستعمال هذا في الأقل غالباً، وقال: وهذا ينبني على الأصل، وهو استثناء الأكثر، كذا قال، ويأتي في آخر الموصى إليه: تصدق من مالي، وفي طريقة بعضهم إن وكله في أحد شيئين لا بعينه كطلاق وعتق إحداهما لم يصح، لجهالة الوكالة، وإن قال: اشتر عبداً أو ما شئت. فعنه: يصح، وقيل: إن ذكر نوعه، وعنه: وقدر ثمنه، وقيل: أقله وأكثره «م ٣٧» والإطلاق يقتضي شراء عبد مسلم، عند ابن عقيل، لجعله

مسألة - ٣٧: قوله: «وإن قال اشتر عبداً أو ما شئت، فعنه: يصح، وقيل: إن ذكر نوعه، وعنه: وقدر ثمنه، وقيل: أقله وأكثره»، انتهى. الصحيح من المذهب أنه لا يصح ذلك حتى يذكر النوع وقدر الثمن، اختاره القاضي وغيره، قاله في التلخيص، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وقطع به في الوجيز وغيره، وصححه في النظم وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والرعائيتين، والحاويين، والفاائق، وغيرهم. وعنه: يصح، قال في المقنع، وغيره: وعنه: ما يدل

الكفر عيباً. وإن أمره بشراء في ذمته ثم ينقد ثمنه فاشترى بعينه صح، في الأصح، وإن أمره بعكسه فخالفه لم يلزمه، وإن أطلق جاز، وليس له العقد مع فقير وقاطع طريق إلا أن يأمره، نقله الأثرم، ويتعين مكان عينه لغرض ومشتري.

وقال الشيخ. إلا مع قرينة. وإن أمره بشراء بكذا حالاً أو لا يبيع بكذا نساء فخالف في حلول وتأجيل صح، في الأصح، وقيل: إن لم يتضرر وإن أمره ببيعه بدرهم فباع بدينار فوجهان «م ٣٨» وبدرهم وعرض فالأصح لا يبطل في زائد بحصته، وإن اختلط الدرهم بآخر، له عمل بظنه. ويقبل قوله حكماً، ذكره القاضي. وإن قال: اشتر هذا بمائة، صح بأقل، نقله ابن منصور، بخلاف: لا تشتريه إلا بها، لأنه صريح، وإن قال بمائة لا بخمسين ففيما دون الخمسين وجهان «م ٣٩».

على أنه يصح، وهو ظاهر ما اختاره الشيخ الموفق والشارح. قال أبو الخطاب: ويحتمل أن يجوز، بناء على ما قاله الإمام أحمد في رجلين، قال كل واحد منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك: إنه جائز، وأعجبه، وقال: هذا توكيل في كل شيء، وكذا قال ابن أبي موسى: إذا أطلق وكالته جاز تصرفه في سائر حقوقه، وجاز بيعه عليه وابتياعه له، وكان خصماً فيما يدعيه لموكله ويدعي عليه بعد ثبوت وكالته عنه، انتهى. وقيل: يكفي ذكر النوع، اختاره القاضي، نقله الشيخ والشارح، واختاره ابن عقيل في الفصول، قال في الرعاية: وقيل: يكفي ذكر النوع أو قدر الثمن، انتهى.

تنبيه: قوله: بعد المسألة: «والإطلاق يقتضي شراء عبد مسلم عند ابن عقيل، لجعله الكفر عيباً»، انتهى. ظاهره: أن غير ابن عقيل يجوز شراء الكافر لكونه ليس بعيب عنده، وهو كذلك، إلا أن تدل قرينة فيتعين شراء مسلم.

مسألة - ٣٨: قوله: «وإن أمره ببيعه بدرهم فباعه بدينار فوجهان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والرعايتين، والحاويين، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في المذهب ومسبوك الذهب، والنظم، والتصحيح والقواعد الفقهية وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الشرح والفائق، وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، اختاره القاضي، وهو ظاهر ما قدمه في المغني، وظاهر ما اختاره ابن عبدوس في تذكرته.

مسألة - ٣٩: قوله: «وإن قال بمائة لا بخمسين ففيما دون الخمسين وجهان»، انتهى. قال في الكافي، والرعاية الكبرى: وإن قال اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين فله

وإن قال: اشتر عبدًا بدينار فاشتري ما يساويه بأقل أو اثنين أحدهما يساويه أو كل منهما، صح، وإلا فلا، وفي الصورة الأخيرة رواية في المبهج: فضولي وإن بقي ما يساويه ففي بيع الآخر وجهان «م ٤٠».

وفي عيون المسائل: إن ساوى كل منهما نصف دينار صح للموكل لا للوكيل، وإن كان كل واحد لا يساوي نصف دينار فروايتان: إحداهما يصح، ويقف على إجازة الموكل، لخبر عروة. وإن أمره ببيع فاسد كشرطه على وكيل في بيع أن لا يسلم المبيع لم تصح الوكالة. ووكيله في خلع بمحرم كهو، فلو خالغ بمباح صح بقيمته، وإن أمر ببيع عبد فباع بعضه بثمن كله صح، وله بيع بقيته، في الأصح، وإلا لم يصح، إن لم يبيع بقيته وقيل: يصح، وقيل: عكسه. ويصح بيع أحد عبيدين وبعض صبرة لم يؤمر بالبيع صفقة، وإن أمره بشراء عبد لم يصح شراء اثنين معًا، ويصح

شراؤه بما فوق الخمسين، لأنه باق على دلالة العرف، انتهى. فدل كل منهما على أنه لا يشتريه بدون الخمسين، وقطع به في الفصول، وهو الصواب، لأنه منهي عنه بطريق أولى. وقال في المغني، والشرح: فإن اشتراه بما دون الخمسين جاز، في أحد الوجهين، والثاني: لا يجوز»، انتهى. وقدم ابن رزين الصحة.

مسألة - ٤٠: قوله: «وإن قال اشتر عبدًا بدينار فاشتري ما يساويه بأقل أو اثنين أحدهما: يساويه أو كل منهما، صح، وإلا فلا. وفي الصورة الأخيرة رواية في المبهج، كفضولي وإن بقي ما يساويه فوجهان» انتهى وأطلقهما في المغني، والشرح، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح بيعه إن كانت الباقية تساوي الدينار. قال الشيخ والشارح: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد لأنه أخذ بحديث عروة. قال في القواعد: وهو المنصوص، وقدمه في الرعاية الكبرى، قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح بيعه مطلقًا، لأنه باع مال موكله بغير إذنه، وقيل: يصح مطلقًا، ذكره ابن رزين وقدمه. قلت: ويحتمل أن هذا ظاهر حديث عروة لا القول الأول، لأنه لم يذكر في الحديث أن الشاة التي أتى بها عروة تساوي دينارًا، وإنما أتى بدينار وشاة، وقطع به ابن رزين في شرحه، ولكن يرد كونه وكله في شراء شاة بدينار، والله أعلم. والمصنف رحمه الله تابع الشيخ في المغني، وكذلك ابن حمدان. وقال في الفائدة العشرين من القواعد: لو باع أحدهما: بدون إذنه ففيه طريقان:

أحدهما: يخرج على تصرف الفضولي.

والثاني: أنه صحيح، وجهًا واحدًا، وهو المنصوص، انتهى.

شراء واحد ممن أمر بهما، قاله في الانتصار وإن وكل في قبض درهم أو دينار لم يصارف، وإن أخذ رهناً أساء ولم يضمه، قاله أحمد، وإن عين قبضه من زيد تعين أو وكيله، وإن قال: حقي الذي قبله أو عليه فمنه أو من وارثه، وإن قال: أقبضه اليوم لم يقبضه غداً، ولو وكيله في شراء حنطة أو طعام شراء بر فقط، للعادة، ذكره القاضي وغيره، لا دقيقه «ه».

وفي المنتخب: يشتري خبز بر مع وجوده، للعادة، ومن أمر بدفع ثوب إلى قصار معين فدفعه ونسيه لم يضمه، وإن أطلق المالك فدفعه إلى من لا يعرف عينه ولا اسمه ولا مكانه ضمنه، لتفريطه، ذكره ابن الزاغوني، وأطلق أبو الخطاب: إذا دفعه إليه لم يضمن إذا اشتبه عليه، وإن وكل مودعاً أو غيره في قضاء دين ولم يؤمر بإشهاد. وقيل: وتمكن منه فقضاه بدونه ضمن، ويتوجه احتمال إن كذبه، وعنه: لا، مطلقاً، اختاره ابن عقيل، كقضائه بحضرته، ووكيل في إيداع، في الأصح فيهما، وذكره القاضي في الثانية رواية، وإن قال: أشهدت فماتوا، أو أذنت فيه بلا بينة، أو قضيت بحضرتك، صدق الموكل، للأصل، ويتوجه في الأولى لا، وأن في الثانية الخلاف، كما هو ظاهر كلام بعضهم.

ويجوز توكيله بجعل معلوم أياماً معلومة، أو يعطيه من الألف شيئاً معلوماً، لا من كل ثوب كذا لم يصفه ولم يقدر ثمنه، في ظاهر كلامه، وله أجر مثله وإن عين الثياب المعينة في بيع، أو شراء من معين، ففي الصحة خلاف «م ٤١» وبعه بكذا فما زاد لك، قال أحمد: هل هذا إلا كالمضاربة، واحتج أحمد بأنه يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما ويستحقه ببيعه نسيئة إن صح، وهل يستحقه قبل تسليم ثمنه؟ يتوجه الخلاف. وفي المغني: يستحقه ما لم يشترطه عليه «م ٤٢».

مسألة - ٤١: قوله: «يجوز التوكيل بجعل معلوم أياماً معلومة أو يعطيه من الألف شيئاً معلوماً، لا من كل ثوب كذا لم يصفه، ولم يقدر ثمنه، وإن عين الثياب المعينة في بيع أو شراء من معين ففي الصحة خلاف». انتهى.

أحدهما: يصح. قلت: وهو الصواب.

والقول الآخر: لا يصح.

مسألة - ٤٢: قوله: «وبعه بكذا فما زاد لك» صحيح... «ويستحقه ببيعه نسيئة إن صح، وهل يستحقه قبل تسليم ثمنه؟ يتوجه الخلاف. وفي المغني: يستحقه ما لم يشترط عليه». قال في الرعاية الكبرى: وله الجعل بالبيع قبل قبض الثمن إلا أن يشترطه انتهى، وقاله في الكافي وغيره، قلت: الصواب الاستحقاق إلا إذا قلنا له قبض الثمن بقول

ويفسد بجعل مجهول. ويصح تصرفه بالإذن بأجرة مثله، وإن ادعى وكالة في قبض حق لم يلزمه تقبيضه مع تصديقه، ولا الحلف مع تكذيبه، كدعوى وصية، وعكسه دعواه موت رب الحق، وأنه وارثه وحده وصدقه، وإن ادعى أنه محتال فأولى الوجهين كالوكالة «م ٤٣» وتقبل بينة المحال عليه على المحيل، فلا يطالبه وتعاد لغائب محتال بعد دعواه، فيقضي بها له إذن، ومتى أنكر رب الحق الوكالة حلف ورجع على الدافع إن كان دينًا، وهو على الوكيل مع بقاءه أو تعديه، وإن كان عينًا أخذها. ولا يرجع من ضمنه بها على الآخر، ومتى لم يصدق الدافع الوكيل رجع عليه، ذكره شيخنا «و» قال: ومجرد التسليم ليس تصديقًا قال: وإن صدقه ضمن أيضًا، وفي أحد القولين في مذهب أحمد، بل نصه «و م» لأنه متى لم يتبين صدقه فقد غره، نقل مهنا - فيمن بعث رجلًا إلى من له عنده دراهم أو ثياب يأخذ درهمًا أو

الموكل أو بقرينة فلا يستحقه حتى يتسلم الثمن، والله أعلم.

تنبيه: لعل مراده بالخلاف الخلاف في وقت ملك المضارب حصته من الربح هل هو بالظهور؟ وهو المذهب، أو بالقسمة؟ وقال شيخنا: يحتمل أن تكون من مسألة الوكيل هل يقبض الثمن؟ واقتصر عليه. وفي قبضه ثلاثة أقوال ذكرها المصنف وقدم عدم الجواز.

مسألة - ٤٣: قوله: «وإن ادعى أنه محتال فأولى الوجهين أنه كالوكالة» انتهى، هذا الوجه الذي قال: إنه أولى الوجهين هو الصحيح. قال الشيخ في المغني، والشارح: هذا الوجه أشبه وأولى، وجزم به الآمدي في منتخبه، وقدمه ابن رزين في شرحه، وذكر ابن مصنف المحرر في شرح الهداية، لوالده: أن عدم لزوم الدفع اختيار القاضي، نقله عنه في تصحيح المحرر، وولد المجد له زوائد على شرح الهداية، التي لوالده، والظاهر أن هذا منها. قال الشيخ في المغني: لأن العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرأ. وهي موجودة هنا، والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقًا، والدفع إليه يبرئ، وهو مختلف هنا، فإلحاقه بالوكيل أولى. انتهى.

والوجه الثاني: يجب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الإنكار، وصححه في التصحيح وتصحيح المحرر والنظم. قال في الرعايتين: لزمه ذلك، في الأصح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في تجريد العناية، وأطلقهما في الهداية، وعقود ابن البنا والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والبلغة، والمحرر، والحاويين، والفائق، ونهاية ابن رزين ونظمها وإدراك الغاية، وغيرهم.

فهذه ثلاث وأربعون مسألة الخلاف فيها مطلق.

ثوبًا فأخذ أكثره - الضمان على الباعث، ويرجع على الرسول، وهو ظاهر كلام أبي بكر.

ومن أخبر بتوكيل وظن صدقه تصرف وضمن في ظاهر قوله. وقال الأزجي: إذا تصرف بناء على هذا الخبر فهل يضمن؟ فيه وجهان، ذكرهما القاضي في الخلاف، بناء على صحة الوكالة وعدمها، وإسقاط التهمة في شهادته لنفسه، والأصل في هذا قبول الهدية إذا ظن صدقه وأذن الغلام في دخوله بناء على ظنه.

ولو شهد بالوكالة اثنان ثم قال أحدهما: قد عزله لم تثبت الوكالة، ويتوجه: بلى، كقوله بعد حكم الحاكم بصحتها، وكقول واحد غيرهما، ولو أقاما الشهادة حسبة بلا دعوى الوكيل فشهدا عند حاكم أن فلانًا الغائب، وكُل هذا الرجل في كذا فإن اعترف أو قال ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه ثبتت وكالته، وعكسه ما أعلم صدقها، وإن أطلق قيل: فسّر، ومن قصد بيان تعليق الحكم بالوصف رتبته عليه ولم يتعرض لجميع شروطه وموانعه، لأنه عسر إذ القصد بيان اقتضاء السبب للحكم فلو قال: أعط هذا للفقراء أو نحوهم استأذنه في عدوه وفاسق.

ولو قال: إلا أن يكون أحدهم كذا وكذا عد لكنة وعيًا، ولو قال: من سرق منهم فاقطعه حسن أن يراجعه فيمن سعى له في مصلحة عظيمة، وإن لم يحسن التقيد منه، وكذا قول الطبيب: اشربه للإسهال فعرض ضعف شديد أو إسهال، ذكر ذلك شيخنا.

كتاب الشركة

لا تكره مشاركة كتابي إن ولي المسلم التصرف، نص عليه، وقيل: ذمي، وكرهه الأزجي، كمجوسي، نص عليه. وتكره معاملة من ماله حلال وحرام يجهل، ذكره جماعة، وعنه: يحرم، قطع به في المنتخب، وذكره الأزجي قياس المذهب، ونقل جماعة: إن غلب الحرام، وقيل: أو جاوز ثلثه. وإن خلط زيت حرام بمباح تصدق به، هذا مستهلك، والنقد يتحرى، قاله أحمد، ذكره ابن عقيل في النوادر، ونقل أبو طالب في الزيت: أعجب إليّ يتصدق به، هذا غير الدراهم، ونقل الجماعة في الدراهم تحرم إلا أن يكثر الحلال، واحتج بخبر عدي في الصيد، وعنه: أيضًا: إنما قلته في درهم حرام مع آخر، وعنه: في عشرة فأقل لا تجحف به، واختار الأصحاب: لا يخرج قدر الحرام.

وقال شيخنا: ثم لا يتبين لي أن من الورع تركه، وفي الخلاف في اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة ظاهر مقالة أصحابنا - يعني أبا بكر وأبا علي النجاد وأبا إسحاق -: يتحرى في عشرة طاهرة فيها إناء نجس، لأنه قد نص على ذلك في الدراهم فيها درهم حرام، فإن كانت عشرة أخرج قدر الحرام منها، وإن كانت أقل امتنع من جميعها.

قال: ويجب أن لا يكون هذا حدًا، وإنما يكون الاعتبار بما كثر عادة، وقيل: له بعد ذلك: قد قلتم إذا اختلط درهم حرام بدراهم يعزل قدر الحرام ويتصرف في الباقي؛ فقال: إن كان للدرهم مالك معين لم يجز أن يتصرف في شيء منها منفردًا وإلا عزل قدر الحرام وتصرف في الباقي، وكان الفرق بينهما أنه إذا كان معروفًا فهو شريك معه، فهو يتوصل إلى مقاسمته وإذا لم يكن معروفًا فأكثر ما فيه أنه مال للفقراء فيجوز له أن يتصدق به، وقال بعد ذلك: قياس كلامه أنه لا يتحرى في المسلوختين، لأنه قال في درهم غصب اختلط بعشرة دراهم: يعزل قدر الحرام ويتصرف فيما بقي، ولم يتحر في الدراهم، ومتى جهل قدره تصدق بما يراه حرامًا، قاله أحمد، فدل أنه

يكفيه الظن. وقال ابن الجوزي: قال أحمد: لا تبحث عن شيء ما لم تعلم فهو خير، وبأكل الحلال تطمئن القلوب وتلين، ويعتبر في الشركة العاقدان كوكالة. وأقسامها الصحيحة أربعة:

أحدها: المضاربة: وهي دفع ماله المعلوم، لا صبرة نقد ولا أحد كيسين سواء إلى من يتجر فيه بجزء من ربحه له أو لعبده أو أجنبي مع عمل منه كنصف ربحه. وفي عيون المسائل: من أحد الشريكين فيها عمل بدن ومن الآخر مال هو أعيان تتميز بالعمل عليها، ويكون العمل عليها ببعض نمائها، فظاهره لا يعتبر حضور المال وقت العقد، فإن قال: وربحه بيننا، فنصفان، وإن قال: لك، والأصح: أو لي ثلثه، صح، والباقي للآخر، وإن أتى معه بربع عشر الباقي ونحوه صح، في الأصح، ولو اخ تلفاً لمن المشروط فللعامل، وإن قال: خذه فاتجر به والربح كله لي، فبضاع، وإن قال: لك، فقرض، وإن قال: خذه مضاربة وربحه لي أو قال: لك، فسدت ولا تصح هي. وشركة عنان بعرض، في ظاهر المذهب، وفي الصحة بمغشوشة وفلوس نافقتين، وقيل: أو لا، وجهان. وفي الترغيب: في فلوس نافقة روايتان «م ١».

مسألة - ١: قوله: «وفي الصحة بمغشوشة وفلوس نافقتين - وقيل: أو لا - وجهان. وفي الترغيب: في فلوس نافقة روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، ذكروه في المضاربة، والكافي، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والمحزر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم. وأطلقهما في الشرح في المغشوشة:

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وغيره، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، في الفلوس وقالوا: حكم المغشوش حكم المعروض، وقد قالوا: لا يصح بالعروض، في ظاهر المذهب، نص عليه.

والوجه الثاني: يصح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته. وقال في الرعاية: قلت: إن علم قدر الغش وجازت المعاملة صحت الشركة، وإلا فلا، وإن قلنا: الفلوس موزونة كأصلها أو أثمان صحت، وإلا فلا، انتهى.

قلت: الصواب الصحة فيها، وفي المغشوشة المتعامل بها أولى بالصحة من الفلوس.

تنبيه: قوله: «نافقتين وقيل: أو لا» يعني على هذا القول لا يشترط أن يكونا نافقتين، أما المغشوشة فلم أر ذلك فيها صريحاً إلا ما تقدم من كلام ابن حمدان،

ولا أثر هنا، وفي الربا وغيرهما لغش يسير لمصلحته، كحبة فضة ونحوها في دينار، ذكره الشيخ، وعنه: الصحة بقيمة عرض وقت العقد، وفي مختصر ابن رزين: يصح، وقيل: في الأظهر يصح بمثلي، ويصح تعليقها، والمنصوص: بيع هذا وما حصل من ثمنه فقد ضاربتك به، لأضارب بديني على زيد فأقبضه، ويصح: أقبضه وضارب به، وبوديعتي عندك وأقبضها من فلان وضارب بها، وضارب بعين مالي الذي غصبته مني، وقيل: لا يزول ضمانه إلا بدفعه ثمنًا، ولا يعتبر قبض رأس المال، ويكفي مباشرته، وقيل: يعتبر نطقه. وتصح من مريض ولو سمي لعامله أكثر من أجرة مثله، ويقدم بها على الغرماء.

ومساقاة ومزارعة، قيل: مثلها، وقيل: من ثلثه، كأجير «م ٢» ويصح فيهن شرط العامل عمل المالك معه أو عبده. وقال الشيخ: مع علم عمله ودون النصف، وقيل: لا يصح، وقيل: يصح في عبده، كبهيمته، نقل أبو طالب فيمن أعطى رجلًا مضاربة على أن يخرج إلى الموصل فيوجه إليه بطعام فيبيعه ثم يشتري به ويوجه إليه إلى الموصل قال: لا بأس إذا كانوا تراضوا على الربح، ولا يضر عمل المالك بلا شرط، نص عليه ولو قال رب المال لرجل: اعمل معي، فما كان من ربح فينننا، صح، نقله أبو داود.

ويصح توقيتها، على الأصح، فلو قال: فإذا مضى شهر فهو قرض فمضى وهو متاع فلا بأس إذا باعه كان قرضًا، نقله مهنا. ويصح: إذا انقضت السنة فلا تشتت، وفيه احتمال.

والظاهر أن الذي قدمه مراد الأصحاب، وأنه لا بد أن يكون متعاملًا بها، وأما الفلوس فما قدمه المصنف هو المذهب، والقول بعدم اشتراط النفاق فيها هو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب، منهم الشيخ في المقنع، وغيره، وحكاه في الشرح وغيره قولاً كالمصنف.

مسألة - ٢: قوله: «وتصح من مريض ولو سمي لعامله أكثر من أجر مثله، ويقدم بها على الغرماء، ومساقاة ومزارعة، قيل: مثلها، وقيل: من ثلثه، كأجير» انتهى.

أحدهما: تحسب المحاباة في المساقاة والمزارعة من الثلث، وهو الصحيح، جزم به في البلغة والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. قال في القواعد الفقهية: أشهر الوجهين أنه يعتبر من الثلث.

والوجه الثاني: هو كالمضاربة، جزم به في الوجيز، وقدمه ابن رزين في شرحه، وأطلقهما في المغني، والشرح.

وللمضارب أن يبيع ويقبض ويحيل ويؤجر وعكس ذلك، ويرد بعيب للحظ، ولو رضي به شريكه ويقرّ به، وفي التبصرة: ولو بعد فسخها، ويسافر به. وفيه رواية صححها الأزجي: ويرهن ويرتهن ويقابل، في الأصح فيهن، بمجرد العقد، وعنه: بإذن، وإن سافر والغالب العطب ضمن، ذكره أبو الفرج، وظاهر كلام غيره: وفيما ليس الغالب السلامة، ويأتي في المودع، وذكر جماعة في ولي يتيم يتجر موضع أمن، ويتوجه التسوية، ومتى لم يعلما بخوفه أو بفلس مشتر لم يضمنا، ذكره أبو يعلى الصغير في شرائه من يعتق، ويتوجه الخلاف، وله شراء معيب، بخلاف وكيل، ولا يبيع، على الأصح. وفي الإيداع وفي المبهج والزراعة روايتان «م ٣».

مسألة - ٣: قوله: «وفي الإيداع. وفي المبهج والزراعة روايتان»، يعني هل له أن يودع أم لا؟ وحكاهما جماعة وجهين، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: يجوز عند الحاجة، وهو الصحيح، قال في المغني، والشرح: والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة. قال الناظم: وهو أولى، وصححه في التصحيح وغيره، وجزم به في الوجيز وغيره، وهو الصواب.

والرواية الثانية: ليس له ذلك، قال في المحرر والفائق: ولا يملك الإيداع، في أصح الوجهين، وجزم به في المنور ومنتخب الأمدي قلت: وهو ضعيف مع الحاجة.

تنبيهان:

الأول: قوله: «ولو لقيه ببلد أذن له في السفر إليه وقد نض الثمن كله فقبضه منه فله نفقة رجوعه في وجهه». انتهى. ظاهر هذا أن المقدم: لا نفقة له في رجوعه وهو كذلك، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم وجزم به في الرعاية.

والوجه الثاني: له النفقة في رجوعه. قلت: وهو الصواب.

الثاني: قوله: «وله التسري بإذنه، وفي رواية في الفصول، والمذهب، أنه يملكها ويصير ثمنها قرضًا، ونقل يعقوب اعتبار تسمية ثمنها». انتهى.

اعلم: أن الصحيح من المذهب أنه لو أذن له في التسري فاشترى جارية صح التسري وملكها وصار ثمنها قرضًا، نص عليه في رواية يعقوب بن بختان، وعليه الأصحاب، وقطعوا به. وقال في الفصول: فإن شرط المضارب أن يتسرى من مال المضاربة، فقال في رواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث: يجوز أن يشتري المضارب جارية من المال إذا أذن له، وقال في رواية يعقوب بن بختان: يجوز ذلك ويكون دينًا عليه،

ولو اشترى خمرًا جاهلاً ضمن، ونقله ابن منصور، ولا يملك دفعه مضاربة، نقله الجماعة، وفيه تخريج من توكيله، ولا أجرة للثاني على ربه، وعنه: بلى، وقيل: على الأول مع جهله، كدفع غاصب وإن مع علمه لا شيء له، وربحه لربه، وذكره جماعة إن تعذر رده، وإن كان شراؤه بعين المال، وذكروا وجهًا: إن كان في ذمته أنه للثاني، ولا خلطة بغيره، وعنه: يجوز بمال نفسه، نقله ابن منصور ومهنا، لأنه مأمور، فيدخل فيما أذن فيه، ذكره القاضي، ولا الاستدانة عليه، في المنصوص، بأن يشتري بأكثر من المال، وكذا بثمن ليس معه من جنسه، وجوزه الشيخ، كشرائه بفضة ومعه ذهب أو عكسه، ولا أخذ سفتجة به ولا دفعها، فإن قال: اعمل برأيك، ورأى مصلحة، جاز الكل، فلو كان مضاربًا بالنصف فدفعه لآخر بالربع عمل بذلك، نص عليه، والأصح: ويجوز أخذ سفتجة. وقال في المحرر: والاستدانة وعلى الأصح: والزراعة. وقال ابن عقيل: وقرضه، وقيل: وكذا مكاتبه رقيق وعتقه بمال وتزويجه، والمذهب: لا، إلا بإذن، كتبرع ونحوه، نقل حنبل: يتبرع ببعض الثمن لمصلحة.

فأجاز له ذلك بشرط أن يكون المال في ذمته، قال أبو بكر: اختياري ما نقله يعقوب، فكأنه جعل المسألة على روايتين، واختار هذه، قال شيخنا: وعندي أن المسألة رواية واحدة، وأنه لا يجوز الشراء من مال المضاربة إلا أن يجعل المال في ذمته، وعلى هذا يحمل قوله: في رواية الأثرم، لأنه لو كان له ذلك لاستباح البضع بغير ملك يمين ولا عقد نكاح، انتهى كلامه في الفصول، فنقل صاحب الفصول لا ينافي المذهب، أكثر ما فيه أن الإمام أحمد أطلق الرواية بالجواز إذا أذن له. وفي الرواية الأخرى قال يجوز ويكون ثمنها دينًا عليه، وقول أبي بكر يحتمل ما قاله ابن عقيل من أنه جعل المسألة على روايتين، وهو بعيد، ويحتمل أنه أراد أن تكون رواية الأثرم وإبراهيم كرواية يعقوب مبينة لروايتهم، وأن أبا بكر اختار الحمل، وهو الصواب، وكلام القاضي يدل على ذلك، فابن عقيل لم يثبت رواية مخالفة للحكم من قول أبي بكر، بل قال: كأنه جعل المسألة على روايتين، والمصنف أثبت رواية في الفصول بأن له التسري بإذنه من غير أن يكون ثمنها في ذمته، وليس هذا برواية، بل مجرد احتمال لكلام أبي بكر، ورواية الأثرم وإبراهيم بن الحارث ويعقوب منقولاً في غير الفصول، فكون المصنف يخص الرواية بالفصول إما من نقل الرواية أو من قول أبي بكر فيه نظر فيما يظهر. والله أعلم. وقال شيخنا: يمكن حمل كلامه في رواية الأثرم على أنه أذن له في التملك من مال المضاربة ما يشتري به جارية له، فلا يثبت في ذمته الثمن، ويصير الثمن كالهبة، وليس دخول الجارية في ملكه موقوفًا على كون المال في ذمته، وهذا ظاهر، انتهى.

فصل

وله أن يضارب لآخر فإن أضر بالأول حرم، فإن خالف وربح رد نصيبه منه في شركة الأول، نص على ذلك، واختار شيخنا لا يرده، كعمله في ماله أو إيجار نفسه. ونقل الأثرم: إذا اشترط النفقة فقد صار أجيرًا له ولا يضارب لغيره، قيل: فإن كانت لا تشغله؟ قال: لا يعجبني، لا بد من شغل، وعليه أن يتولى ما جرت العادة به، فإن فعله بأجرة غرمها. وله الاستئجار للنداء على المتاع وما العادة جارية به، وليس له فعله ليأخذ أجرته بلا شرط، على الأصح، وبذله خفارة وعشرًا على المال. قال أحمد: ما أنفق على المال فعلى المال، وقاله شيخنا في البذل لمحارب ونحوه.

وإن عين لمضاربة بلدًا أو متاعًا، وقال في الرعاية: عام الوجود، أو نقدًا، أو من يبيع أو يشتري منه. وفي المستوعب وغيره: أو جمعهما، وذكر في المغني: لا جمعهما، تعين، وللمضارب النفقة بشرط فقط، نص عليه، كوكيل، وقال شيخنا: أو عادة، فإن شرطها مطلقة فله نفقة مثله والكسوة، ونصه من المأكول فقط، وظاهره إلا أن يطول سفره ويحتاج تجديد لها فله، جزم به في المغني. ونقل حنبل: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد ولا مضر بالمال، ولو لقيه ببلد أذن في السفر إليه وقد نض فأخذه فله نفقة رجوعه، في وجه. وله التسري بإذنه، في رواية في «الفصول»، والمذهب أنه يملكها ويصير ثمنها قرضًا، ونقل يعقوب اعتبار تسمية ثمنها ويعزر بوطئه، نقله ابن منصور.

وقيل: يحد قبل الربح، ذكره ابن رزين، وذكره غيره: إن ظهر ربح عزز ويلزمه المهر وقيمتها إن أولدها، وإلا حد عالمًا، ونصه: يعزر، ولا يطاء ربّه الأمة ولو عدم الربح. ونقل ابن هانئ أنه سئل: يشتري جارية أو يكتسي ويأكل؟ قال: لا يجوز هذا إلا أن يقول: كل شيء تأخذ من مضاربتك. ونقل ابن القاسم: إن ضارب لآخر لم يجز، فإن أنفق على نفسه في طريقه فعليهما بالحصص، وإن تلف بعض المال قبل تصرفه فباقيه رأس المال، وإن تلف أو تعيب أو خسر أو نزل سعره بعد التصرف، ونقل حنبل: وقبله جبر الوضعية من ربح باقيه قبل قسمته ناضًا أو تنضيضه مع محاسبته، نص عليهما. ونقل ابن منصور وحرب: إذا احتسبا وعلمًا ما لهما، واحتج به في الانتصار، وأنه يحتمل أن يستحق ربح ربحه. ونقل حنبل: إذا حال حوله من يوم احتسبا زكاة المضارب، لأنه علم ماله في المال، والوضعية بعد ذلك على رب المال وأحب أن لا يحاسب نفسه، يكون معه رجل من قبل رب المال، كالوصي لا يشتري من نفسه لنفسه يكون معه غيره. قال الأزرعي: لا يجوز أن يختص رب المال

بحساب المال ليس معه أحد، نقله حنبل، للتهمة، ولا تختص المفاضلة بمكان العقد.

وفي الترغيب: هل تستقر بمحاسبة دون قسمة وقبض؟ فيه روايتان، وفيه في مضاربة فيخرج مثله إذا نص، فلو كان مائة فخر عشرة ثم أخذ ربه عشرة نقص بها وقسطها مما خسر درهم وتسع، ولو ربح في المائة عشرين فأخذها فقد أخذ سدسه، فنقص رأس المال سدسه ستة عشر وثلثين، وقسطها ثلاثة وثلث.

ومن الربح مهر وثمر وأجرة وأرش وكذا نتاج، ويتوجه وجه، وإن دفع إليه ألفين في وقتين لم يخلطهما، نص عليه، ويتوجه جوازه، وإن أذن قبل تصرفه في الأول أو بعده وقد نص جاز.

ولو تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فكفضولي، وإن اشتراها في الذمة ثم تلف المال قبل نقد ثمنها أو تلف هو والسلعة فالثمن على رب المال، ولرب السلعة مطالبة كل منهما بالثمن، ويرجع به العامل، وإن أتلّفه ثم نقد الثمن من مال نفسه بلا إذن لم يرجع رب المال عليه بشيء، وهو على المضاربة، لأنه لم يتعد فيه، ذكره الأزجي قال: وإن أتلّفه انفسخت، لأنه لا يملكه ما لم يقبضه، ومن أتلّفه ضمن الربح للآخر، ثم إن كان تلفه بعد التصرف فالمضاربة بحالها وإلا فهي في قدر ثمنها، ولو قتل العبد فالأمر لرب المال، فإن عفا على مال فالمضاربة بحالها كبذل البيع، والزيادة على قيمته ربح، ويحتمل لرب المال، لعدم عمل من العامل، قال الأزجي: وفيه نظر، كبيع بعض السلع ومع ربح القود إليهما.

فصل

ويحرم قسمة الربح والعقد باق إلا باتفاقهما، وأن يأخذ المضارب منه بلا إذن، نص عليه، والمذهب: يملك حصته منه بظهوره، كالمالك، وكمساقاة، في الأصح، وعنه: بالقسمة، اختاره القاضي وغيره، لأنه لو اشترى بالمال عبيدين كل واحد يساويه فأعتقهما رب المال عتقًا ولم يضمن للعامل شيئًا، ذكره الأزجي، مع أنه ذكر أنه لو اشترى قريبه فعتق لزمه حصته من الربح كما لو أتلّفه، وعنه: بالمحاسبة والتنضيض والفسخ، فعلى الأول لا يستقر لشرطه ورضاه بضمانه وفي عتق من يعتق عليه، وقيل: ولو لم يظهر ربح وجهان «م ٤».

مسألة - ٤: قوله: «وفي عتق من يعتق عليه وقيل: ولو لم يظهر ربح وجهان». انتهى، وأطلقهما في المغني، والمقنع، والخلاصة، والشرح، وغيرهم.

وإتلاف المال كقسمه، فيغرم نصيبه، وكذا الأجنبي ويقبل قول مضارب في أنه ربح أم لا، وكذا قدره، نقله ابن منصور، وذكر الحلواني فيه روايات كعوض كتابة، الثالثة يتحالفان، وجزم أبو محمد الجوزي بقول رب المال. ولو أقر به ثم ادعى تلفاً أو خسارة قبل قوله، وإن ادعى غلطاً أو كذباً أو نسياناً لم يقبل، كدعواه اقتراضاً تتم

واعلم: أنه إذا اشترى من يعتق عليه بعد ظهور الربح فهل يعتق عليه أم لا؟ في المسألة طريقان:

أحدهما: وهو الصحيح أنه مبني على الملك بالظهور وعدمه، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به كثير، منهم القاضي في خلافه، وابنه أبو الحسين، وأبو الفتوح الحلواني، وأبو الخطاب وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، والشيخ في المغني، والشارح، وابن منجا، فإن قلنا: يملك بالظهور عتق، على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب منهم القاضي، وقطع به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. قال ابن رجب في قواعده: وهو أصح، وإن قلنا: لا يملك إلا بالقسمة لم يعتق، وإن قلنا: يملكه بالظهور عتق عليه قدر حصته وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وغرم قيمته، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك، انتهى. وقاله في المغني، والشرح، والمستوعب، والتلخيص، وغيرهم. قلت: وهو مراد من أطلق.

والطريق الثاني: لا يعتق مطلقاً، أعني سواء ظهر ربح وقلنا يملكه بالظهور أم لا؟ أو لم يظهر ربح، وهو قول أبي بكر في التنبيه، فإن الملك فيه غير تام، وصححه ابن رزين في نهايته.

تنبيه: ظهر مما تقدم أن الأصحاب متفقون إذا ظهر ربح في هذه المسألة على أنها مبنية على أن المضارب هل يملك حصته بالظهور أم لا؟ وهو قول الجمهور، أو أنه لا يعتق مطلقاً، وهو قول أبي بكر، والمصنف قد أطلق الخلاف مع ظهور الربح في عتقه، فإن قلنا: هو مبني على ملك العامل حصته بالظهور وعدمه كان في إطلاقه نظر ظاهر، إذ الصحيح من المذهب أنه يملكها بالظهور، والمصنف قد قال: المذهب يملكها بالظهور، وإن قلنا إنه عائد إلى قول جمهور الأصحاب وقول أبي بكر، وهو الظاهر، لأنه تابع الشيخ في المغني، فيما يظهر، فاخترار أبي بكر لا يقاوم قول جمهور الأصحاب حتى يطلق الخلاف من غير ترجيح، لكن الشيخ قال: إن ظهر فيه ربح فوجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح، فإن قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق، وإن قلنا: يملكه بالظهور فوجهان، عدم العتق قول أبي بكر، والعتق قول القاضي، انتهى. والأصحاب تابعوا القاضي في هذه المسألة، والله أعلم.

به رأس المال بعد إقراره به لرب المال، وعنه: يقبل، نقل أبو داود ومهنا: إذا أقر بربح ثم قال: إنما كنت أعطيك من رأس مالك، يصدق، قال أبو بكر: وعليه العمل، وخرج بيينة. ويضمن ثمنًا مؤجلًا مجحودًا لا بينة به لا حالًا، ولو قضى بالمضاربة دينه ثم اتجر بوجهه وأعطى رب المال نصف الربح فنقل صالح: أما الربح فأرجو إذا كان هذا متفضلًا عليه، ويقبل قول المالك بعد الربح فيما شرط للمضارب، كقبوله في صفة خروجه عن يده، ونقل حنبل قول مضاربة وأنه إن جاوز أجره المثل رجع إليها. وقال ابن عقيل: إلا ما يتغابن به، وبينته أولى لأنه خارج، وقيل: عكسه، ونقل مهنا فيمن قال: دفعته مضاربة، قال: قرضًا، ولهما بينتان، فالربح بينهما نصفان، وهو معنى كلام الأزجي. وقال: وعن أحمد في مثل هذا فيمن ادعى ما في كيس وادعى آخر نصفه؟ روايتان.

إحدهما: أنه بينهما نصفين.

والثانية: لأحدهما ربه وللآخر ثلاثة أرباعه.

ولو طلب مضارب بيعًا مع بقاء قراضه وفسخه فأبى رب المال أجبر مع ربح، نص عليه، وقيل: أو لا، فعلى تقدير الخسارة يتجه منعه من ذلك ذكره الأزجي، ولو انفسخ مطلقًا والمال عرض فاختار المالك تقويمه ودفع حصته ملكه، نص عليه، ثم إن ارتفع السعر لم يطالبه بقسطه، في الأصح، قال ابن عقيل: وإن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترى خزانة في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل وأن حقه يبقى في الربح، قال الأزجي: أصل المذهب أن الحيل لا أثر لها، وإن لم يختلزم المضارب بيعه، وقيل: إن لم يكن ربح أو أسقط حقه منه فلا، فإذا لم يلزمه ففي استقراره بالفسخ وجهان «م ٥».

وذكر الشيخ وغيره، يلزمه بقدر رأس المال ولو كان رأس المال دراهم فصار دنائير أو بالعكس فكعرض، ذكره الأصحاب. وقال الأزجي: إن قلنا هما شيء واحد

مسألة - ٥: قوله: «ولو انفسخ مطلقًا والمال عرض فاختار المالك تقويمه ودفع حصته ملكه، نص عليه، وإن لم يختلزم المضارب بيعه، وقيل: إن لم يكن ربح أو أسقط حقه منه فلا، فإذا لم يلزمه ففي استقراره بالفسخ وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير، والفائق.

أحدهما: يستقر، وهو ظاهر ما قطع به في المغني، والشرح، وغيرهما، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يستقر بالفسخ.

وهو قيمة الأشياء لم يلزمه، ولا فرق، لقيام كل واحد مقام الآخر، فعلى هذا يدور الكلام، قال: ولو كان صحاحاً فنض قراضه أو مكسرة لزم العامل رده إلى الصحاح، فيبيعها بصحاح أو بعرض، ثم يشتريها به، وإن كان ديناً لزمه تقاضيه مطلقاً، نص عليه، وقيل: في قدره، ولا يلزم وكيلاً، وذكر أبو الفرج: يلزمه رده على حاله إن فسخ بلا إذنه، قال: وكذا شريك، وليس لرب المال شراء المال لنفسه أو من عبده المأذون، وعنه: بلى، صححها الأزجي، كمكاتبه، فعليها يأخذ بشفعة، وكذا مضارب مع ربح، والأصح في المنصوص: وله الشراء من غير المضاربة، قال أحمد: إن لم يبعه مرابحة فهو أعجب إلي. ومن اشترى نصيب شريكه صح، إلا أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة، وإلا جاز بكيله أو وزنه، ونقل حنبل المنع في غير مكيل وموزون، وعلمه في النهاية بعدم التعيين فيهما وإن مات مضارب، نص عليه، وعنه: غير فجأة وجهل بقاء المضاربة فهو في تركته، عملاً بالأصل، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه فكأنه غاصب، فيتعلق بذمته، وقيل: كوديعة فهي في تركته، في الأصح، وفيها في الترخيب: إلا أن يموت فجأة، وزاد في التلخيص: أو بوصي إلى عدل ويذكر جنسها، كقوله قميص فلم يوجد، وإن مات وصي وجهل بقاء مال موليه فيتوجه كذلك، قال شيخنا: هو في تركته ولو أراد المالك تقرير وارثه فمضاربة مبتدأة، ولا يبيع عرضاً بلا إذنه، فيبيعه حاكم ويقسم الربح ووارث المالك فهو فيقرر ما لمضارب ويقدم على غريم ولا يشتري وهو في بيع، واقتضاء دين كفسخها والمالك حي، وإن أراد المضاربة والمال عوض فمضاربة مبتدأة، وظاهر كلامه: يجوز ولو لم يعمل المضارب، إلا أنه صرف الذهب بالورق فارتفع الصرف استحق لما صرفها، نقله حنبل، ولو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة أو ثوباً يخطه أو غزلاً ينسجه ونحوه بجزء من ربحه أو بجزء منه جاز، نص عليه، وعنه: لا، اختاره ابن عقيل، ومثله حصاد زرعه وطحن قمحه ورضاع رقيقه، وكذا بيع متاعه بجزء من ربحه، واستيفاء مال بجزء مشاع منه ونحوه وكذا غزوه بدابة بجزء من السهم، ونقل ابن هانئ، وأبو داود: يجوز، وحمله القاضي على مدة معلومة، كأرض ببيع بعض الخارج، وهي مسألة قفيز الطحان.

وفي عيون المسائل: مسألة الدابة، وأنه يصح على رواية المضاربة بالعروض وأنه ليس شركة نص عليه، في رواية ابن أبي حرب، وأن مثله الفرس بجزء من الغنيمة، ونقل مهنا في الحصاد هو أحب إلي من المقاطعة، وعنه: وله معه جعل نقد معلوم لعامل. قال أبو داود: باب الرجل يكرى دابته على النصف وبالسهم: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الدمشقي أبو النضر، حدثنا محمد بن شعيب، أخبرني أبو زرعة

يحيى بن أبي عمرو الشيباني، عن عمرو بن عبد الله، أنه حدثه عن وائلة بن الأسقع قال: نادى رسول الله ﷺ في غزوة تبوك، فخرجت إلى أهلي فأقبلت وقد خرج أول صحابة رسول الله ﷺ فطفقت في المدينة أنادي: من يحمل رجلاً له سهمه؟ فنادى شيخ من الأنصار: لنا سهمه على أن نحمله عقبة وطعامه معنا. قلت: نعم. قال: فسر على بركة الله. قال: فخرجت مع خير صاحب، حتى أفاء الله علينا فأصابني قلائص فسقتهن حتى أتيته. إلى أن. قال: إنما هي غنيمتك التي شرطت. قال: خذ قلائصك يا ابن أخي فغير سهمك أردنا^(١). عمرو تفرد عنه أبو زرعة ووثقه ابن حبان، وقوله: «غير سهمك أردنا». قال الخطابي: يشبه أن معناه إنما أردت مشاركتك في الأجر.

وعنه: وله دفع دابته أو نخله لمن يقوم به بجزء من نمائه، اختاره شيخنا، والمذهب لا، لحصول نمائه بغير عمله، وبجزء منه يجوز مدة معلومة، ونماؤه ملك لهما.

فصل

الثاني: شركة العنان وهي: أن يشتركا بماليهما المعلومين بما يدل على رضاهما بمصير كل واحد منهما لهما، ولو اشتركا في مختلط بينهما شائعاً صح إن علماً قدر ما لكل منهما. ويغني لفظ الشركة - على الأصح - عن إذن صريح بالتصرف، وهو المعمول عليه عند أصحابنا قاله في الفصول.

ويعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل، وتحقيق الشركة إذن كمضاربة، قال أحمد: إنما تكون المضاربة على شيء حاضر، وقيل: أو أحدهما، ولو اختلفا جنساً وقدرًا وصفة ليعملا فيه - والأصح أو أحدهما - لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله، وبقدره إضاع وبدونه لا يصح، وفيه وجه، ولا يعتبر خلطهما، لأن مورد عقد الشركة ومحل العمل، والمال تابع، لا العكس، والربح نتيجة مورد العقد قال: والعمل يصير معلومًا بإعلام الربح، ويتوجه: أو لا كجعالة، وإن تلف أحدهما قبل الخلط فمنهما كنمائه لصحة القسمة بالكلام، كخرص ثمار، فكذا الشركة، احتج به أحمد، قاله شيخنا، وعنه: من ربه، ويقبل إقرار أحدهما بعين ودين على المال قبل الفرقة بينهما،

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٦٧٦) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٠٥).

في وجهه، وفي آخر: في نصيبه «م ٦» وكذا مضارب «م ٧» وفي حبس غريم مع منع الآخر منه روايتان «م ٨». وله تأخير حقه من الدين، وقيل: وحق الآخر، ويضمنه، وفي تقاسم دين في ذمم لا ذمة روايتان «م ٩».

مسألة - ٦: قوله: في شركة العنان: «ويقبل إقرار أحدهما: بعين ودين على المال قبل الفرقة بينهما، في وجهه، وفي آخر في نصيبه»، انتهى.

القول الأول: اختاره القاضي في خصاله، وصححه الناظم. قلت: وهو الصواب، وهل هو إلا وكيل في حصة شريكه، وقد قال الأصحاب: يقبل إقرار الوكيل في كل تصرف وكل فيه، وهذا كذلك.

والقول الثاني: هو الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به في الكافي، والمغني، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، وابن رزين وغيرهم. وقال في المغني، أيضًا وغيره: وإن أقر ببقية ثمن المبيع أو بجميعة أو بأجر المنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل، لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك، كتسليم المبيع وأداء ثمنه، انتهى.

مسألة - ٧: قوله: «وكذا مضارب»، يعني: أن حكم إقرار المضارب حكم إقرار أحد شريكي العنان خلافًا ومذهبًا على ما تقدم، والصواب هنا أيضًا القبول، والصحيح من المذهب عدمه.

مسألة - ٨: قوله: «وفي حبس غريم مع منع الآخر منه روايتان». انتهى. وأطلقهما أبو بكر في التنبيه، نقله عنه في المستوعب.

إحداهما: له ذلك. قلت: وهو الصواب، لأنه ربما كان في تركه هلاك مال من أراد حبسه، وهو واضح جدًا، وأيضًا فالذي يريد حبسه له عنده حق قطعًا فما المانع من حبسه؟.

والرواية الثانية: ليس له ذلك، قال أبو بكر وقد مثله بعض أصحابنا بالقاتل إذا طلب أحد الوليين قتله ومنع منه الآخر لم يجز قتله حتى يتفق عليه، انتهى. قلت: ليست هذه المسألة كمسألة القتل لمن تأمله.

مسألة - ٩: قوله: «وفي تقاسم دين في ذمم لا ذمة روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمقنع، وشرح ابن منجا، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: لا يصح، وهو الصحيح، قال في المغني: هذا الصحيح، وصححه في

فإن تكافت فقياس المذهب من الحوالة على ملء وجوبه، قاله شيخنا. والشريك كمضارب فيما له وعليه، ويمنع منه، ولا يصح شراؤه في حصته وفي حصة شريكه تفريق الصفقة، ويتخرج الصحة من شراء رب المال وإن عزل أحدهما الآخر تصرف المعزول في قدر نصيبه، ولو قال: فسخت الشركة، انعزلا، وعنه: إن كان المال عرضًا لم ينزل كل منهما حتى ينض، والمذهب الأول، لأنها وكالة، والربح يدخل ضمناً، وحق المضارب أصلي وهل كل منهما أجير مع صاحبه؟ فيه خلاف، فإن كان فما ادعي تلفه بسبب خفي خرج على روايتين، قاله في الترغيب وإلا قبل «م ١٠».

ويقبل قول رب اليد أن ما بيده له، وقول منكر القسمة، وإن علم عقوبة سلطان ببلد بأخذ مال فسافر فأخذه ضمنه، لتعريضه للأخذ، ذكره في النوادر، وإن استأجر

التصحيح، قال ابن رزين في شرحه: لا يصح، في الأظهر، قال في تجريد العناية: لا يقسم، على الأشهر، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الخلاصة، والشرح.

والرواية الثانية: يصح، صححه الناظم، واختاره الشيخ تقي الدين، وقدمه في الرايتين.

مسألة - ١٠، ١١: قوله: «وهل كل منهما أجير مع صاحبه؟ فيه خلاف، فإن كان فما ادعي تلفه بسبب خفي خرج على روايتين، قاله في الترغيب، وإلا قبل»، انتهى. فيه مسألان:

المسألة الأولى - ١٠: ومسألة صاحب الترغيب قال في الرعاية الكبرى: وكل منهما أمين الآخر ووكيله، فإن ادعى هلاكه بسبب خفي صدق، في الأصح، وإن ادعى هلاكه بسبب ظاهر لم يضمه إذا أقام بينة وحلف معها أنه هلك به، انتهى، فصحح أنه يصدق إذا ادعى أنه هلك بسبب خفي. وقال في المغني، والشرح، وغيرهما: وتصرف كل واحد منهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه انتهى، وكذا قال في التلخيص. وقال أيضاً: كل واحد منهما أمين في حق صاحبه، فلا ضمان عليه فيما تلف في يده من مال الشركة بغير تفريط منه ولا تعد، وما يدعي هلاكه بسبب خفي يخرج على تردد الأصحاب في كون كل واحد منهما أجيراً مع صاحبه أم لا؟ فمن قال: هو أجير، خرج على روايتين سبقتا، ومن قال: ليس بأجير، قبل: قوله: مع خفاء السبب، لأن إقامة البينة عليه عسير، وما يدعيه بسبب ظاهر، فلا ضمان عليه، ويكلف إقامة البينة عليه، ثم القول: قوله: في هلاكه بذلك السبب مع يمينه انتهى، فكلامه في التلخيص، ككلامه في الترغيب، كما نقله المصنف عنه، والذي يظهر أن المسألتين من كلام صاحب الترغيب، يدل عليه كلامه في التلخيص.

أحدهما الآخر في ما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه، كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته، جاز، نقله الأكثر، كداره، وعنه: لا، لعدم إمكان إيقاع العمل فيه، لعدم تمييز نصيبهما، اختاره ابن عقيل، ويحرم على شريك في زرع فرك شيء من سنبله يأكله بلا إذن، ويتوجه عكسه، ولو كتب رب المال للجابي والسمسار ورقة ليسلمها إلى الصيرفي المتسلم ماله وأمره أن لا يسلمه حتى يقبض منه فخالف، ضمن، لتفريطه، ويصدق الصيرفي مع يمينه، والورقة شاهدة له لأنه العادة، ذكره شيخنا.

الثالث: شركة الوجوه: وهي: أن يشتريا في ذمهما بجاههما شيئاً يشتركان في ربحه، عيناً جنسه أو قدره أو وقته أو لا، فلو قال كل منهما للآخر: ما اشتريت من شيء فبيننا، صح، والملك بينهما على ما شرطاً، وهما كشريكي عنان. وهل ما يشتريه أحدهما بينهما أم بالنية كوكيل؟ فيه وجهان، ويتوجه في عنان مثله، وقطع جماعة بالنية «م ١٢».

الرابع: شركة الأبدان، وهي: أن يشتركا فيما يتقبلان في ذمهما من عمل قال أحمد: الشركة عندنا بالكلام واحتج بأن ابن مسعود وعماراً وسعداً اشتركوا قالوا: ما أصبنا من شيء فبيننا. وما تقبله أحدهما ففي ضمانهما ويلزمهما عمله، وذكره الشيخ

مسألة - ١٢: قوله: في شركة الوجوه: «وهل ما يشتريه أحدهما: بينهما أم بالنية كوكيل؟ فيه وجهان، ويتوجه في عنان مثله، وقطع جماعة بالنية»، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: وهما في كل التصرف وما لهما وعليهما كشريكي العنان، وقال في شريكي العنان: وكل واحد منهما أمين الآخر ووكيله، وإن قال لما بيده هذا لي أو لنا أو اشتريته منها لي أو لنا صدق مع يمينه، سواء ربح أو خسر»، انتهى. فدل كلامه أنه لا بد من النية. قلت: وهو الصواب، وكذلك هو الصواب في شركة العنان، والله أعلم.

تنبيه: قوله: في شركة الأبدان: «وذكر الشيخ احتمالاً» انتهى، الاحتمال الذي ذكره المصنف عن الشيخ إنما ذكره الشيخ عن القاضي لا عن نفسه، فلاحتمال للقاضي لا للشيخ.

فائدة: قال أبو العباس عن رواية أبي داود: هذا نص منه على جواز اشتراك الدالين، فإن بيع الدلال وشراء بمنزلة خياطة الخياط ونجارة النجار وسائر الأجراء المشتركين، ولكل منهم أن يستنيب وإن لم يكن للوكيل أن يوكل، وإنما مأخذ المانعين كالقاضي ومن تبعه أن الدلالة من باب الوكالة، وسائر الصناعات من باب الإجارة، وليس الأمر كذلك، وقال أبو العباس أيضاً: محل الخلاف الاشتراك في الدلالة التي فيها عقد، فأما مجرد النداء والعرض وإحضار الديون فلا خلاف فيه، والله أعلم.

احتمالاً. ويقبل إقراره بما في يده عليهما، ويصح مع اختلاف الصنعة، في الأصح. والشركة والوكالة في تملك مباح، في الأصح، كالاستئجار عليه، ولو مرض أحدهما والأصح أو تركه بلا عذر، فالكسب بينهما، وله مطالبته وله مطالبته بمن يقوم مقامه، وإن اشتركا بدابتيهما ليحملا عليهما ما تقبلا حملة في الذمة صح، وإن اشتركا في أجرة عين الدابتين أو أنفسهما إجارة خاصة لم يصح، في الأصح، وتصح شركة شهود، قاله شيخنا، قال: وللشاهد أن يقيم، مقامه إن كان على عمل في الذمة، وإن كان الجعل على شهادته بعينه فالوجهان، وصح جوازه، وللحاكم إكراههم، لأن له نظرًا للعدالة وغيرها، وقال أيضًا: إن اشتركوا على أن كل ما حصله كل واحد بينهم، بحيث إذا كتب أحدهم وشهد شاركه الآخر وإن لم يعمل فهي شركة الأبدان، تجوز حيث تجوز الوكالة، وأما حيث لا تجوز ففيه وجهان، كشركة الدالين، وموجب العقد المطلق التساوي في العمل والأجر، وإن عمل واحد أكثر ولم يتبرع طالب بالزيادة. ولو اشترك ثلاثة: لواحد دابة ولآخر رواية وثالث يعمل صح في قياس نصح، اختاره الشيخ على شرطهم، وكذا أربعة، لواحد دابة وآخر رحي ولثالث دكان ورابع يعمل، وعند الأكثر فاسدتان وللعامل الأجرة، وعليه لرفقته أجرة آلتهم، وقيل: إن قصد السقاء أخذ الماء فلهم، ومن استأجر من الأربعة ما ذكر صح، والأجرة بقدر القيمة أو أرباعًا، كتوزيع المهر، وإن تقبل الأربعة الطحن في ذممهم صح، والأجرة أرباعًا، ويرجع كل واحد على رفقته لتفاوت قدر العمل بثلاثة أرباع أجر المثل، وإن قال: أجر عبدي وأجرته بيننا فله أجر مثله.

ولا تصح شركة الدالين، قاله في الترغيب وغيره، لأنه لا بد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصح، كأجر دابتك والأجرة بيننا، وفي الموجز: تصح. وقاله في المحرر إن قيل: للوكيل التوكيل، وهو معنى المجرد. وقال شيخنا: وتسليم الأموال إليهم مع العلم بالشركة إذن لهم.

قال: وإن باع كل واحد ما أخذ ولم يعط غيره واشتركا في الكسب جاز، في أظهر الوجهين، كالمباح، ولثلاث تقع منازعة، ونقل أبو داود في رجل يأخذ ثوبًا يبيعه فيعطيه آخر يبيعه ويناصفه الكراء: الكراء لبائعه إلا أن يكونا اشتركا فيما أصابا وذكر الشيخ أن قياس المذهب في الإجارة جوازه. وقال القاضي وأصحابه: إذا قال: أنا أقبل العمل وتعمله أنت والأجرة بيننا، جاز، جعلًا لضمان المتقبل كالمال، وليس لولي الأمر المنع بمقتضى مذهب في شركة الأبدان والوجوه والمساقاة والمزارعة ونحوها مما يسوغ فيه الاجتهاد، قاله شيخنا.

فصل

وربح كل شركة على ما شرطوا ولو تفاضلاً وما لهما سواء، نص عليه. وقال القاضي وابن عقيل: في شركة الوجوه: على قدر ملكيهما، لئلا يأخذ ربح ما لم يضمن، والوضيعة على المال، نص عليه، فإن شرطاً لهما أو لأحدهما ربحاً مجهولاً أو مثل ما شرط فلان لفلان أو معلوماً وزيادة درهم أو إلا درهماً أو ربح نصفه أو قدر معلوم أو سفرة أو عام أو أهملاه فسد العقد، وإن شرط فاسداً لا يعود بجهالة ربح، كوضيعة ماله أو بعضه على صاحبه، أو لزوم العقد أو خدمة أو قرض أو مضاربة أخرى أو شرطه لأجنبي أو إن أعجبه أخذه بضمنه أو الارتفاق بالسلع فالمذهب صحة العقد، نص عليه وعنه: لا. ولا ضمان في مضاربة فاسدة وإن اشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما، فإن لم يدخل فيها كسب نادر وغرامة كلقطة وضمنان مال صح، وإن دخل فيه فشركة مفاوضة فاسدة، نص عليه، وأطلق في المحرر: إن شرط أن يشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما كشرط فاسد، كما سبق، وذكره في الرعاية قولاً، وفي طريقة بعض أصحابنا: شركة المفاوضة أن يقول: أنت شريك لي في كل ما يحصل لي بأي جهة كانت من إرث وغيره، لنا فيها روايتان، المنصور: لا يصح وذكر في المحرر: أنه كشرط فاسد، وإذا فسد فربح المضاربة للمالك، وللعامل أجره مثله، ولو خسر وربح شركة عنان ووجوه بقدر ملكيهما، وأجره ما تقبله في الأبدان بالسوية، ويرجع كل واحد على الآخر في الثلاثة بنصف أجره عمله، في الأصح، وعنه: إن فسد لا بجهالة الربح وجب المسمى، وذكره شيخنا ظاهر المذهب.

وأطلق في الترغيب روايتين، وأوجب شيخنا في الفاسدة نصيب المثل، فيجب من الربح جزء جرت به العادة في مثله، وأنه قياس مذهب أحمد، لأنها عنده مشاركة لا من باب الإجارة، وإن تعدى ضمن وربحه لربه، نقله الجماعة، واحتج بخبر عروة، وهو المذهب عند أبي بكر والشيخ وغيرهما.

وذكر جماعة: إن اشترى بعين المال ففضولي، ونقله أبو داود وهو أظهر، وذكر بعضهم: إن اشترى في ذمته لرب المال ثم نقده وربح ثم أجاز له الأجرة، في رواية، وإن كان الشراء له فلا، وعنه: له أجر مثله.

وفي المغني: ما لم يحط بالربح، ونقله صالح، وأنه كان يذهب إلى أن الربح لرب المال، ثم استحسن هذا بعد، وعنه: له الأقل أو ما شرطه، وعنه: يتصدقان به، وذكر شيخنا: ظاهر المذهب أنه بينهما، وفي بعض كلامه: إن أجاز به بقدر المال والعمل، وجعل مثله من اتجر بمال الغير أو قام بعين فسخت أو زرع أرضاً فتيين هي

أو بعضها لغيره أو الفلاح الأول حرثها، وقال: كذا جعله عمر لما أقرض أبو موسى لابنه وأخذه من بيت المال.

وفي «الموجز» فيمن اتجر بمال غيره مع الربح: وله أجره مثله، وعنه: يتصدق به وإن قال: اتجر به في هذا الموضع، ضمن النقد، لأنه قرض، وفي المنفعة احتمالان في الانتصار، وفي الفصول: لو قال: اشتر به كذا، ولم يقل: وبعه، فعند شيخنا مضاربة فاسدة، والأصح توكيل «م ١٣».

مسألة - ١٣: قوله: «وإن قال: اتجر به في هذا الموضع، ضمن النقد، لأنه قرض، وفي المنفعة احتمالان في الانتصار. وفي الفصول لو قال: اشتر به كذا، ولم يقل: وبعه، فعند شيخنا مضاربة فاسدة، والأصح توكيل»، انتهى. يعني إذا خالف و تعدى هل يضمن المنفعة. قلت: الصواب أنه يضمن المنفعة أيضًا، كالنقد، لتعديده، والله أعلم.

قال في الرعاية الكبرى: وإن تعدى المضارب الشرط أو فعل ما ليس له فعله أو ترك ما يلزمه ضمن المال، ولا أجره له، وربحه لربه، وعنه: له أجره المثل، انتهى. فهذه ثلاث عشرة مسألة في هذا الباب.

باب المساقاة والمزارعة

يعتبر كون العاقد جائز التصرف، وتصح بلفظهما، ومعناه على كل شجر معلوم له ثمر مأكول، وقال الشيخ: مقصود لا كصنوبر، وقال: أو يقصد ورقه أو زهره، بجزء مشاع معلوم من ثمره، وعنه: على نخل وكرم فقط، وعلى الأصح: وعلى ثمر بدا ولم يكمل بجزء منه. ومثله مزارعة، والمنصوص وعلى شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من ثمره، وظاهر نصه: وبجزء منه ومنهما، كالمزارعة وهي المغارسة والمناصفة، واختاره أبو حفص العكبري والقاضي في تعليقه، وشيخنا، وذكره ظاهر المذهب وقال: ولو كان مغروساً ولو كان ناظر وقف، وأنه لا يجوز لناظر بعده بيع نصيب الوقف من الشجر بلا حاجة، وأن لحاكم الحكم بلزومها في محل النزاع فقط، والحكم به من جهة عوض المثل ولو لم يقيم به بينة، لأنه الأصل في العقود، ويتوجه اعتبار بينة.

وقد قال شيخنا: في الفتاوى المصرية: يجوز تصرفه فيما بيده بالوقف وغيره حتى تقوم حجة شرعية بأنه ليس ملكاً له، لكن لا يحكم بالوقف، حتى يثبت الملك. ولو عملاً في شجر بينهما نصفين وشرطاً التفاضل في ثمره صح، وقيل: لا، كمساقاة أحدهما الآخر بنصفه ففي أجرته احتمالان «م ١». وهي عقد جائز فلا تفتقر

مسألة - ١: قوله: «ولو عملاً في شجر بينهما نصفين وشرطاً التفاضل في ثمره صح، وقيل: لا، كمساقاة أحدهما الآخر بنصفه ففي أجرته احتمالان»، انتهى. يعني إذا قلنا: لا يصح وأطلقهما في الرعاية الكبرى:

أحدهما: له الأجرة قياساً على المضاربة الفاسدة وغيرها.

والقول الثاني: ليس له شيء، وهو ظاهر ما قدمه الشيخ في المغني، والشرح، ونصراه فإنهما قالوا: ولو ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل الثمرة بينهما نصفين المساقاة فاسدة، فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق

إلى القبول لفظاً، ويعتبر ضرب مدة معلومة تكمل في مثلها الثمرة، فإن جعلها إلى الجذاذ أو إدراكها فوجهان «م ٢».

وكذا مدة محتملة الكمال «م ٣» فإن لم يصرح ففي أجرة عمله وجهان «م ٤»

شيئاً بعمله لأنه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض. وذكر أصحابنا وجهاً له أجر المثل، ورداه. قلت: ما قدماه ونصرناه هو الصواب إلا أن يكون جاهلاً فله أجر المثل، والله أعلم. وقالوا: فأما إن ساقى شريكه على أن يعمل معاً ففاسدة والثمره على قدر ملكيهما، فإن كان لأحدهما فضل، فإن كان قد شرط فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل من أجر المثل، وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا، انتهى.

مسألة - ٢: قوله: «يعتبر ضرب مدة معلومة تكمل في مثلها الثمرة، فإن جعلها إلى الجذاذ أو إدراكها فوجهان»، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أحدهما: لا يصح قلت: وهو الصواب هنا، بل الصحة هنا أولى من المسألة الآتية بعدها، والمصنف قد جعلها مثلها.

والوجه الثاني: لا يصح. قلت: وهو ضعيف جداً، وإطلاق المصنف الخلاف فيه نظر.

مسألة - ٣: قوله: «وكذا مدة محتملة الكمال» انتهى، يعني لو جعلاً مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وهما احتمالان مطلقان في الفصول:

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يصح، قال الناظم: هذا أقوى، وجزم به ابن رزين في نهايته ونظمها.

مسألة - ٤: قوله: «فإن لم يصح ففي أجرة عمله وجهان» انتهى، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والهادي، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: له الأجرة، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والنظم، وقطع به في الفصول، وقدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. ومال إليه ابن منجا في شرحه.

والوجه الثاني: لا أجرة له. قلت: وهو ضعيف، وفي إطلاق المصنف الخلاف نظر.

وتنفسخ كوكالة، فمتى انفسخت بعد ظهورها فللعامل حقه وعليه بقية ما عليه من العمل، وإن فسخها هو فلا شيء له، وإن فسخها غيره فله أجره عمله، كجعالة، لا كمضاربة، وفيها في الانتصار، كمساقاة.

وقيل: لازم، فتنعكس الأحكام، فلو مات العامل أو هرب فوارثه كهو، فإن أبي استأجر حاكم من التركة أو اقترض عليه إن هرب فإن تعذر فله الفسخ، فإن فسخ وقد صلحت فله الشراء، وله البيع هو عن نفسه، وحاكم عن عامل، وبقيّة العمل عليهما، وإن لم يبيع باع حاكم نصيب عامل وما يلزمه يستأجر عنه، والباقي لوارثه، وإن لم تصلح، ففي أجرته لميت، وقيل: وهارب وجهان «م ٥» ولا يبيع إلا بشرط القطع، ولا يباع نصيب عامل وحده، وفي شراء المالك له وجهان «م ٦».

تنبيهان:

الأول: عكس المصنف فوائد الخلاف فيما إذا قلنا: إنها عقد جائز ولازم، فجعل فوائد القول بأنها جائزة للقول بأنها لازمة، وفوائد القول بأنها لازمة للقول بأنها جائزة. والظاهر أنه من الكاتب حين التبييض، لأجل تقديم وتأخير أو شيء كان على الحاشية أو سبقة قلم من المصنف، فليعلم ذلك، والله أعلم.

مسألة - ٥: الثاني: قوله: «فيما إذا مات العامل أو هرب»: إن لم تصلح ففي أجرته لميت وقيل: وهارب، وجهان»، انتهى. فجعل المصنف هنا محل الخلاف فيما إذا لم تصلح، يعني إذا مات العامل وأبى الورثة العمل وتعذر الاستئجار عليه وفسخ رب المال العقد فأطلق الخلاف فيما إذا لم تصلح. والمعروف في المذهب أن محل الخلاف فيما إذا لم تظهر لا فيما إذا لم تصلح، وهو الصواب، فليعلم ذلك، ثم وجدت ابن نصر الله في حواشي الفروع نبه على ما قلنا، فله الحمد، ويحتمل أن يؤول عدم الصلاح بعدم الظهور، وهو خلاف الظاهر، إذا علم ذلك فنقول: إذا فسخ قبل الظهور فهل للعامل الذي مات أجره أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والهادي، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: له الأجرة، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وجزم به الآمدي في منتخبه، وهو الصواب.

والوجه الثاني: ليس له أجرة، قدمه في الرعايتين.

وهذه مسألة - ٥: قد صححت.

مسألة - ٦: قوله: «ولا يباع نصيب العامل وحده، وفي شراء المالك له وجهان»،

وإن عمل المالك أو استأجر أو اقترض بإذن حاكم رجع، وإن عجز عنها ونوى الرجوع رجع، وإن قدر فالخلاف، وتنفسخ بموت عامل إن كانت على العين ولو بان الشجر مستحقاً فله أجره مثله على غاصبه. واختار في التبصرة أنها جائزة من جهة عامل، لازمة من جهة مالك، مأخوذ من إجارة.

وتصح المزارعة بجزء معلوم من الزرع إذا كان البذر من رب الأرض ولو أنه العامل ويقر العمل من الآخر، وفي منع المزارعة رواية حكاهما أبو الخطاب في مسألة المساقاة.

وقال شيخنا: هي أحل من الإجارة، لاشتراكهما في المغرم والمغنم، ولا تصح إن كان البذر من العامل أو من غيره والأرض لهما أو منهما، وعنه: تصح، اختاره الشيخ وأبو محمد الجوزي وشيخنا وغيرهم، فإن رد على عامل كبذره فروايتان، في الواضح «م ٧».

وإن كان من ثالث أو من أحدهما والأرض والعمل من الآخر أو البقر من رابع ففي الصحة تخريج، وذكره شيخنا رواية واختاره. وفي مختصر ابن رزين أنه الأظهر، وفي الأربعة خبر مجاهد، وضعفه أحمد، لأنه جعل فيه الزرع لرب البذر، والنبى ﷺ جعله لرب الأرض، بهذا ضعفه، وقيل: لعبد الرحمن بن مهدي: لم يحدث به يحيى

انتهى. وأطلقهما في الفصول والمغني، والشرح، والفتاوى، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، قدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: يصح، قلت: وهو الصحيح من المذهب، فإن المسألة مذكورة في باب بيع الأصول والثمار، وقد قال أكثر الأصحاب هناك: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجر، وجزم بذلك في الرعاية الصغرى، واختاره في الحاوي الكبير، وصححه في المستوعب والتلخيص، والرعاية الكبرى، والحاوي الصغير، وغيرهم. وظاهر كلام الخرقى والشيخ في المقنع، وغيرهما هناك عدم الصحة، وأطلقهما المصنف هناك، وتقدم ذلك هناك، فليعاود، والله أعلم.

مسألة - ٧: قوله: في المزارعة: «فإن ردّ على عامل كبذرة فروايتان، في

الواضح»، انتهى.

إحدهما: لا يصح، وهو الصواب. قلت: وهو الذي قطع به أكثر الأصحاب حيث

اشتروا ذلك.

والرواية الثانية: يصح.

بن سعيد، فقال: أحسن، مثل هذا الحديث لا يحدث به. وإن كان من أحدهما الماء فقط فروايتان «م ٨»، واحتج للمنع بالنهي عن بيع الماء^(١)، فدل على أنه إن جوزه جاز بيعه، ونقل الأكثر الجواز، منهم حرب، وسأله: من له شرب في قناة هل يبيع ذلك الماء؟ فلم يرخص فيه، وقال: لا يعجبني، واحتج بالنهي عن بيع الماء. وهي كمساقاة في صحتها بلفظ إجارة وجهان «م ٩».

فصل

وعلى العامل ما فيه صلاح ثمر وزرع، كسقي وطريقة وتلقيح وتشميس وإصلاح مكانه وآلة حرث وبقره. وقال ابن أبي موسى والشيخ: وبقر دولاب، قال في الفنون: والفأس النحاس تقطع الدغل فلا ينبت، وهو معنى في المحرر وغيره، وقطع حشيش مضر، وعلى رب المال ما يحفظه كسد حائط وحفر نهر، وبئر ودولاب وشراء ما يلحق به وماء.

مسألة - ٨: قوله: «وإن كان من أحدهما: الماء فروايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمقنع، والهادي، والمحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، ونهاية ابن رزين ونظمها وغيرهم.

إحدهما: لا يصح وهو الصحيح، اختاره القاضي في المجرد وغيره، وصححه في التصحيح وتصحيح المحرر، قال الشيخ في المغني، والشارح: هذا أصح، وقدمه في الخلاصة، والكافي، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم.

والرواية الثانية: يصح، اختاره أبو بكر وابن عبدوس في تذكرته.

مسألة - ٩: قوله: «وفي صحتها - يعني المساقاة والمزارعة - بلفظ إجارة وجهان»، انتهى. وأطلقهما في المذهب ومسبوك الذهب، والمقنع، والمذهب، الأحمد والنظم، وشرح ابن منجا، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق والشارح، وابن رزين في شرحه وقالوا: هذا أقيس، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وصححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٥٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء» وفي لفظ: «لا يباع فضل الماء ليباع به الكلاء».

وذكر ابن رزين روايتين في بقر حرث وسناية وما يلحق به. والحصاد على العامل، نص عليه، وقيل: عليهما، وفي الموجز فيه وفي دياس وتذرية وحفظه ببدره روايتا جذاذ، وهو عليهما، على الأصح، بحصتهما، إلا أن يشترطه على العامل، نص عليه، وأخذ منه صحة شرط كل واحد ما على الآخر أو بعضه، لكن يعتبر ما يلزم كلاً منهما معلوماً. وفي المغني: وأن يعمل العامل أكثر العمل، والأشهر يفسد الشرط، ففي العقد روايتان «م ١٠».

وذكر أبو الفرج تفسد بشرط خراج أو بعضه على عامل، ويكرهان ليلاً، نص عليه، واللقاط كحصاد. وفي الموجز روايتان، وهو كمضارب في قبول ورد ومبطل للعقد وجزء مشروط، وفي الموجز: إن اخ تلقاً فيما شرطه له صدق عامل، وفي أصح الروايتين، وإن خان فمشرف يمنعه، فإن تعذر فعامل مكانه، وأجرتهما من العامل وإن اتهم ففي المغني: يحلف، وفي غيره: للمالك ضم أمين بأجرة من نفسه. وفي المنتخب: تسمع دعواه المجردة «م ١١» قال: وإن لم يقع النفع به لعدم بطشه

والوجه الثاني: لا يصح، قدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص والبلغة، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وقيل: إن صحت بلفظهما كانت إجارة.

مسألة - ١٠: قوله: «فيما إذا شرط أحدهما ما عليه على الآخر: والأشهر يفسد الشرط، ففي العقد روايتان»، انتهى. وأطلقهما في المستوعب والرعايتين والحاوي الصغير والنظم، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: يفسد العقد أيضاً، وهو الصحيح، جزم به في المغني، والشرح، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والرواية الثانية: لا يفسد، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، والنفس تميل إليه، وهو من جملة ما إذا اقترن بالعقد شرط فاسد.

مسألة - ١١: قوله: «وإن اتهم»، يعني العامل «ففي المغني: «يحلف، وفي غيره: للمالك ضم أمين بأجرة من نفسه. وفي المنتخب: تسمع دعواه المجردة»، انتهى. قلت: الذي يظهر أنه لا تنافي بين ما قاله في المغني، وبين ما قاله غيره، فيحمل كلامه في المغني، على ما إذا اتهم بعد فراغ العمل «أو في أثنائه وادعي عليه»، فيكون القول: قوله: مع يمينه، وغيره لا يخالفه في ذلك، بل يوافقه عليه، ويحمل كلام غيره على ما إذا اتهم في أثناء العمل، فلذلك قال: للمالك ضم أمين بأجرة، وليس في كلامه في المغني، ما يمنع ذلك، ولا في كلامهم ما ينفي اليمين إذا ادعي عليه بعد فراغ العمل «أو في أثنائه»، هذا ما يظهر، قال في المغني، والشرح: حكم العامل حكم المضارب فيما

أقيم مقامه أو ضم إليه، وشرط أخذ مثل بذره واقتسام الباقي فاسد، نص عليه «و» ويتوجه تخريج من المضاربة، وجوز شيخنا أخذه أو بعضه بطريق القرض، قال: يلزم من اعتبار البذر من رب الأرض، وإلا فقله فاسد. وقال أيضًا: يجوز، كالمضاربة، وكاقتسامهما ما يبقى بعد الكلف، ويعتبر معرفة جنس البذر ولو تعدد، وقدره.

وفي المغني: أو تقدير المكان وتعيينه، وإن شرط إن سقى سيحًا أو زرعها شعيرًا فالربع، وبكلفة وحنطة فالنصف، لم يصح، كما زرعت من شعير فلي رבעه، ومن حنطة فنصفه، أو زارعتك أو ساقيتك هذا بالنصف على أن الآخر بالربع، وكنصف هذا النوع وربع الآخر ويجهل العامل قدرهما، ولك الخمسان إن لزمك خسارة وإلا الربع، في المنصوص فيهما.

وقيل: يصح، ك: ما زرعت من شيء فلي نصفه. وإن أجره الأرض وساقاه على الشجر فكجمع بيع وإجارة، وإن كان حيلة فذكر القاضي في إبطال الحيل جوازه، والمذهب لا. ثم إن كانت المساقاة في عقد ثان فهل تفسد أو هما؟ فيه وجهان «م ١٢».

وإن جمعهما في عقد فتفريق الصفقة وللمستأجر فسخ الإجارة. وقال شيخنا: سواء صحت أو لا، فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابله من العوض.

ولا تجوز إجارة أرض وشجر فيها، قال أحمد: أخاف أنه استأجر شجرًا لم يثمر، وذكر أبو عبيد تحريمه «ع» وجوزه ابن عقيل: تبعًا ولو كان الشجر أكثر، لأن عمر رضي الله عنه ضمن حديقة أسيد بن حضير لما مات ثلاث سنين لوفاء دينه. رواه حرب

يقبل: قوله: فيه وفيما يرد، لأن رب المال ائتمنه، فأشبه المضارب، فإن اتهم حلف، وإن ثبت خيانتة ضم إليه من يشارفه، كالوصي، انتهى. وكذا قال في الرعايتين والحاوي وغيرهم. وعلى تقدير التنافي القول الثاني: أصوب مع يمين العامل إن اتهمه فيما عمله بغير أمين، والله أعلم.

مسألة - ١٢: قوله: «وإن أجره الأرض وساقاه على الشجر فكجمع بين بيع وإجارة، وإن كان حيلة فذكر القاضي في إبطال الحيل جوازه، والمذهب لا، ثم إن كانت المساقاة في عقد ثان فهل تفسد أو هما؟ فيه وجهان» انتهى. أحدهما: تفسد المساقاة وحدها، قدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: يفسدان، وهو ظاهر ما جزم به في المغني، والشرح، إذا فعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يصح، سواء جمعًا بين العقدين أو عقد أحدهما: قبل الآخر، وهو الصواب.

وغيره، ولأنه وضع الخراج على أرض الخراج، وهو أجرة، وقاله مالك بقدر الثلث، وجوز شيخنا إجارة الشجر مفردًا ويقوم عليها المستأجر كأرض لزراع وإن ما استوفاه الموقوف عليه والمستعير بلا عوض يستوفيه المستأجر بالعوض بخلاف بيع السنين، فإن تلفت الثمرة فلا أجرة، وإن نقصت عن العادة فالفسخ أو الأرض، لعدم المنفعة المقصودة بالعقد، وهو كجائحة واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه.

قال شيخنا: والسياج على المالك، ويتبع في الكلف السلطانية العرف ما لم يكن شرط، قال: وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها فعلى قدر الأموال، وإن وضعت على الزرع فعلى ربه، وعلى العقار على ربه ما لم يشرطه على مستأجر، وإن وضع مطلقًا فالعادة. ومتى فسد العقد فالثمره والبذر لربه وعليه الأجرة، وكذا العشر، وإن صحت لزوم المقطع عشر نصيبه، ومن قال العشر كله على الفلاح فخلاص الإجماع قاله شيخنا، وإن ألزموا الفلاح به فمسألة الظفر، وقال شيخنا: الحق ظاهر، فيأخذه، وقيل: إن شرط لأحدهما الثمرة ففي الأجرة وجهان، وحكم بذرين منهما كمالي عنان. وفي إيجار أرضه بطعام معلوم من جنس خارج منها روايتان «م ١٣».

وعنه: يكره، وحمل القاضي الجواز على الذمة، والمنع على أنه منه، ويجوز بغير جنسه، وعنه: ربما تهيبته، ولا يكره بنقد وعرض، ويجوز بجزء مشاع من الخارج، نص عليه، اختاره الأكثر، وعنه: لا، اختاره أبو الخطاب والشيخ، وعنه: يكره، فإن صح إجارة أو مزارعة فلم يزرع نظر إلى معدل المغل، فيجب القسط المسمى فيه، وإن فسدت وسميت إجارة فأجر المثل، وقيل: قسط المثل، واختاره شيخنا.

مسألة - ١٣: قوله: «وفي إيجار أرضه بطعام معلوم من جنس خارج منها روايتان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح.

إحادهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب.

قال في الفائق: وهو المختار، وأظن أن الشيخ تقي الدين اختاره، وقطع به ناظم المفردات وقال: بنيتها على الصحيح الأشهر وقدمه في المستوعب والرعاية الكبرى، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح، اختاره القاضي «وابن عقيل في الفصول» وصححه الناظم، قال ابن رزين في شرحه: لا يصح. وفي الأظهر، وقطع به في نهايته، ومال إليه شيخنا في حواشيه.

فهذه ثلاث عشرة مسألة في هذا الباب.

وسأله ابن منصور: يشرط على الأكار أن يعمل له في غير الحرث؟ قال: لا يجوز. وسأله الأثرم: يشارطه على كراء البيوت وما أحدث من عمارة فيها وفي الأرض فهو لرب الأرض ثم يخرج الأكار من قبل نفسه هل يطيب لرب الأرض ما عمله؟ قال: إذا شرط فأرجو أن لا بأس، قال شيخنا: لا يجوز أن يشرط عليه شيئاً مأكولاً ولا غيره، وقال - فيما يؤخذ من نصيب الفلاح للمقطع، والعشر والدياسة ونحو ذلك - إن كانت لو دفعت مقاسمة قسمت أو جرت بمقدار فأخذ قدره فلا بأس، قال: وهديته له إنما هي بسبب الإقطاع، فينبغي أن يحسبها مما له عنده أو لا يأخذها.

وما سقط من حب وقت حصاد فنبت عامًا آخر فلرب الأرض، نص عليه. وفي المبهج وجه: لهما، وفي الرعاية: لرب الأرض مالكاً أو مستأجراً أو مستعيراً، وقيل: له حكم عارية، وقيل: حكم غصب، وكذا نص فيمن باع قصيلاً فحصد وبقي يسير فصار سنبلاً فلرب الأرض، وفي المستوعب: لو أعاره أرضاً بيضاء ليجعل بها شوكة أو دواب فتناثر بها حب أو نوى فلمستعير، وللمعير إجباره على قلعه بدفع القيمة لنص أحمد على ذلك في الغاصب.

واللقاط مباح، قال في الرعاية: ويحرم منعه، نقل المروذي: إنما هو بمنزلة المباح، ونقل حرب فيمن حصد زرعه فسقط سنبل فلقطه قوم، يقاسمهم؟ قال: سبحانه الله لا، ونقل حنبل: إذا أخذ السلطان حقه فعلى صاحبه أن يعطي المساكين مما يصير له لقوله: ﴿وَأَتُوا حَقَّهُ﴾ [الأنعام: ١٤١] والحصاد ألا يمنع الرجل، ويكون ذلك بعلم صاحب الزرع، ونقل أيضاً: لا ينبغي أن يدخل مزرعة أحد إلا بإذنه، وقال: لم ير بأساً بدخوله يأخذ كلاً وشوكاً، لإباحته ظاهراً وعرفاً وعادة، والله تعالى أعلم.

باب الإجارة

وهي عقد لازم، نص عليه، على النفع، يؤخذ شيئاً فشيئاً، وانتفاعه تابع له، وقد قيل: هي خلاف القياس، والأصح لا، لأن من لم يخصص العلة لا يتصور عنده مخالفة قياس صحيح، ومن خصصها فإنما يكون الشيء خلاف القياس إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجوداً فيه ويخلف الحكم عنه. تتعقد بلفظها ومعناه إن أضافه إلى العين، وكذا إلى النفع، في الأصح، وفي لفظ البيع وجهان «م ١».

قال شيخنا: بناء على أن هذه المعاوضة نوع من البيع أو شبيه به، وفي التلخيص مضافاً إلى النفع، نحو: بعثك نفع هذه الدار شهراً، وإلا لم يصح، نحو: بعثتها شهراً ومضافاً إلى النفع وإلا لم يصح ويشترط معرفة نفع كمبيع بعرف،

مسألة - ١: قوله: «وفي لفظ البيع وجهان» انتهى، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والمذهب، الأحمد والتلخيص، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، والرعائتين، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح الخرقى للطوفي والقواعد الفقهية والزركشي، وغيرهم. قال في التلخيص، والفائق: وأما لفظ البيع فإن أضافه إلى الدار لم يصح، وإن أضافه إلى المنفعة فوجهان»، انتهى. وهو مراد من أطلق.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، والشيخ تقي الدين فقال في قاعدة له في تقرير القياس بعد إطلاق الوجهين: والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفاً المقصود انعقدت بأي لفظ كان من الألفاظ التي عرف بها المتعاقدان مقصودهما، وهذا عام في جميع العقود، فإن الشارع لم يحد حداً لألفاظ العقود، بل ذكرها مطلقة، انتهى. وكذا قال ابن القيم في إعلام الموقعين، واختاره وقدمه ابن رزين في شرحه، قال في إدراك الغاية: لا يصح بلفظ البيع، وفي وجه فدل أن المقدم الصحة، قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح، صححه في التصحيح والنظم.

كسكنى، فلا يعمل فيها حدادة ولا قصارة ولا دابة، والأشهر: ولا مخزنًا للطعام.

قيل: لأحمد: يجيء إليه زوار عليه أن يخبر صاحب البيت بذلك؟ قال: ربما كثروا وأرى أن يخبر، وقال: إذا كان يجيئه الفرد ليس عليه أن يخبره، وذكر الأصحاب: له إسكان ضيف وزائر، واختار صاحب الرعاية: يجب ذكر السكنى وصفتها وعدد من يسكنها، وصفتهم إن اختلفت الأجرة، وخدمة آدمي شهرًا أو شهرًا للخدمة. وفي النوادر والرعاية: يخدم ليلاً ونهارًا، وإن استأجره للعمل استحقه ليلاً وحمل معلوم إلى موضع معلوم، فلو كان المحمول كتابًا فوجد المحمول إليه غائبًا فله الأجر لذهابه وردّه. وفي الرعاية - وهو ظاهر الترغيب - إن وجدته ميتًا فالمسمى فقط ويرده، نقل حرب: إن استأجر دابة أو وكيلًا ليحمل له شيئًا من الكوفة، فلما وصلها لم يبعث له وكيله بما أراد فله الأجرة من هنا إلى ثم، قال أبو بكر: هذا جواب على أحد القولين، والآخر: له الأجرة في ذهابه ومجيئه، فإن جاء والوقت لم يبلغه فالأجرة له، ويستخدمه بقية المدة. ومعرفة مركوب كمبيع، وما يركب به، وكيفية سيره، وقدم فيه في الترغيب: لا، وفي ذكوريته وأنوثيته وجهان «م ٢».

وفي الموجز: يعتبر نوعه، وراكب كمبيع، وقيل: برؤية، وقيل: لا يلزم ذكر توابعه العرفية، كزاد وأثاث ونحوه، وله حمل ما نقص عن معلومه، وقيل: لا بأكل معتاد وفاقًا لأحد قولي الشافعي والترغيب وغيرهما، ومعرفة حامل خرف أو زجاج ونحوه، في الأصح، وقيل: مطلقًا ويتوجه مثله ما يدير دولابًا ورحى، واعتبره في التبصرة ومعرفة محمول، واكتفى ابن عقيل: والترغيب وغيرهما بذكر وزنه مما شئت، ومعرفة أرض لحراث، ومعرفة الأجرة، فهي في الذمة كثمان، والمعينة كمبيع.

وتصح بمنفعة وتصح في أجير وظئر بطعامهما وكسوتهما، وهما عند التنازع كزوجة، نص عليه، وعنه: كمسكين في كفارة، وعنه: المنع، وعنه: في أجير، وعنه: يصح في دابة بعلفها.

ويستحب عند فطام إعطاؤها عبدًا أو أمة مع القدرة، وأوجب أبو بكر، ولو

مسألة - ٢: قوله: «معرفة مركوب كمبيع وفي ذكوريته وأنوثيته وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أحدهما: لا يشترط، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والكافي، والشرح، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: يشترط معرفة ذلك، اختاره القاضي في الخصال، وابن عقيل في الفصول، واقتصر عليه في المستوعب، وقدمه ابن رزين في شرحه.

اكترى لمدة غزاته أو غيرها كل يوم بكذا جاز، وعنه: لا. ولو اكترى دارًا كل شهر بكذا ونحو ذلك ففي صحة العقد، وقيل: بعد الأول روايتان «م ٣» فإن صح ففسخ بعد دخول الثاني وقال القاضي والمحضر: إلى تمام يوم. وقال الشيخ: أو قبله وقال أيضًا، وأبو الخطاب وشيخنا: بل قبله، وقال أي الشيخ أو ترك التلبس به، فلا أجرة، وفي الروضة: إن لم يفسخ حتى دخل الشهر الثاني فهل له الفسخ؟ فيه روايتان، ولو قال شهرًا بكذا وما زاد بكذا صح في الأول، وفي الثاني وجهان «م ٤».

مسألة - ٣: قوله: «ولو اكترى دارًا كل شهر بكذا ونحو ذلك ففي صحة العقد، وقيل: بعد الأول روايتان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والمحضر.

إحدهما: يصح، وهو الصحيح، نص عليه في رواية ابن منصور، وعليه أكثر الأصحاب، قال الزركشي: هو المنصوص، واختاره القاضي وعامة أصحابه والشيخان انتهى، قال الناظم: يجوز في الأولى، وصححه في تصحيح المحضر، وجزم به الخرقى وصاحب الوجيز وغيرهما، وقدمه في الكافي، والمقنع، والرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح، اختاره أبو بكر وابن حامد وابن عقيل وغيرهم. قال في الكافي: وقال أبو بكر وجماعة من أصحابنا بالبطلان، قال الشارح: والقياس يقتضي عدم الصحة، لأن العقد تناول جميع الأشهر، وذلك مجهول، انتهى.

مسألة - ٤: قوله: «ولو قال شهرًا بكذا وما زاد بكذا صح في الأول، وفي الثاني: وجهان» انتهى، الظاهر أن في كلام المصنف نقصًا في قوله: «وما زاد بكذا» فإن هذا الحكم لم يقله أحد من الأصحاب، وإنما ذكروا الوجهين فيما إذا قال آجرتك هذا الشهر بكذا وما بعده كل شهر بكذا، كما قاله في المغني، والشرح، والرعاية، وغيرهم. فعلى هذا يقدر وما زاد فله بكل يوم أو شهر كذا والله أعلم. إذا علم ذلك فأطلق الوجهين في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، نص عليه، وهي شبيهة بالمسألة التي قبلها، وأولى بالصحة، وقدمه في الخلاصة، والمقنع، والرعاية، والنظم، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم، وجزم به في الوجيز وغيره، ونصره الشيخ الموفق والشارح، وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يصح، قال في الرعاية الكبرى، أيضًا: وإن اكترى شهرًا معينًا بدرهم وما زاد فبحسابه صح في الشهر الأول وحده، ويحتمل الصحة فيما زاد من الشهور، وإن قال: آجرتك هذا الشهر بدرهم وما بعد كل شهر بدرهمين فوجهان،

ولو قال: إن خطته اليوم أو رومياً فبكذا، أو إن خطته غداً أو فارسياً فبكذا، لم يصح، على الأصح وكذا إن زرعته بُراً فبخمسة وذرة بعشرة ونحوه. وتجب الأجرة بالعقد، وله الوطء، ويتوجه فيه قبل القبض رواية، وتستحق بتسليم العين أو بفراغ عمل لما بيد مستأجر أو بذلها وعنه: قدر ما سكن، وحمله القاضي على تركها لعذر، ومثله تركه تنمة عمله، وفيه في الانتصار كقول القاضي، وله الطلب بالتسليم، ولا يستقر إلا بمضي المدة، بلا نزاع، فإن بذل تسليم عين لعمل في الذمة فوجهان «م» .

ويجوز تأجيلها، وقيل: إن لم يكن نفعاً في الذمة وقيل: ويجب قبضها في المجلس ولا تحل في أصح قولي العلماء مؤجلة بموت وإن حل دين؛ لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم، قاله شيخنا، قال: وليس لناظر وقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة، ولو شرطه لم يجز، لأن الموقوف عليه يأخذ ما لا يستحقه الآن، كما يفرقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت وورثت، فإن الحكر من الانتقال يلزم المشتري والوارث، وليس لهم أخذه من بائع وتركه في أصح قوليهما. ولا أجرة ببذل عين في إجارة فاسدة، فإن تسلمها فأجرة المثل، لتلف المنفعة بيده، وعنه: إن لم ينتفع فلا أجرة، وفي التعليق: يجب المسمى في نكاح فاسد، فيجب أن نقول مثله في الإجارة، وعلى أن القصد فيها العوض، فاعتبارها بالأعيان أولى. وفي الروضة: هل يجب المسمى في الإجارة أم أجرة المثل وهي الصحيحة؟ فيه روايتان. ولو أعطى ثوبه قصاراً أو خياطاً بلا عقد إجارة أو استعمل حملاً أو شاهداً ونحوه جاز، وله

والقول بعدم الصحة اختاره القاضي وتأول قول أحمد في رواية أبي الحارث هو جائز على الزمن الأول لا على الثاني، قال الشيخ الموفق: والظاهر عن «أحمد خلاف ذلك قال في الهداية»: الظاهر أن قول القاضي رجع إلى ما فيه الإشكال، قال في المستوعب: وعندي أن حكم هذه المسألة حكم ما إذا أجره عينا لكل شهر بكذا، يعني التي تقدمت.

مسألة - ٥: قوله: «ولا يستقر إلا بمضي المدة بلا نزاع، فإن بذل تسليم عين لعمل في الذمة فوجهان» انتهى، قال الشيخ في المغني: وإن بذل تسليم عين وكانت الإجارة على عمل فقال أصحابنا: إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الأجر وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه، وهو أصح عندي» انتهى، وكذا قال الشارح، ولم يختر ما اختاره في المغني، «وجزم في الكافي، بما اختاره في المغني، أنه لا يستقر ببذل التسليم»، وقطع في الرعاية الكبرى، بما قاله الأصحاب، وقدمه ابن رزين وغيره، وهو الصحيح من المذهب، وكان الأولى بالمصنف أن يفصح باختيار الأصحاب إن لم يقدمه، والله أعلم.

الأجرة، في الأصح، وذكر الشيخ وغيره لمنتصب، كتعريضه بها، وكدخول حمام وركوب سفينة ملاح.

فصل

ما حرم بيعه فإجارته مثله، إلا الحر والحررة، ويصرف بصره في النظر، نص عليه، والوقف وأم الولد، ولا ينعقد إلا على نفع مباح لغير ضرورة مقدور عليه يستوفى دون الأجزاء، كإجارة دار يجعلها مسجداً أو كتاب للنظر، وفي المصحف الخلاف، وفي الموجز روايتان «م ٦» وحلي. وذكر جماعة فيه: يكره بجنسه، وعنه: لا يصح، وقيل: له: فثوب يلبسه؟ قال: لا بأس به، لأنه لا ينقص، وحيوان، وقيل: حتى كلب لصيد وحراسة، وشجر لنشر ثياب وقعود بظله، وبقر لحمل وركوب وغنم لدياس زرع، وبيت في دار ولو أهمل استطرافه، وآدمي لقود أو إراقة خمر، وعنه: يكره فيها، ويحرم حملها لشرب، على الأصح، ومثلها ميتة لطرح أو أكل، وتحرم إجارة دار لبيعه ونحوه، شرط في العقد أو لا، وغناء وفحل لنزو، وفيه تخريج «وم» وكرهه أحمد لهما، زاد حرب: جداً.

قيل: فالذي يعطي ولا يجد منه بدءاً؟ فكرهه. ونقل ابن القاسم: وقيل: له: ألا يكون مثل الحجام يعطي وإن كان منهياً عنه؟ فقال: لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجام، وحمله القاضي على ظاهره وقال هذا مقتضى النظر ترك في الحجام، وحمل في المغني كلام أحمد هذا على الورع لا التحريم.

قال شيخنا: ولو أنزاه على فرسه فنقص ضمن ناقصه، ونفع مغصوب وأرض سبخة لزرع، قال في الموجز: وحمام لحمل الكتب لتعديده، وفيه احتمال، قال في التبصرة: وهو أولى، وأنه تصح إجارة هر وفهد وصقر معلم للصيد، مع أنه ذكر في بيعها الخلاف، وشمع ليشعله، وجعله شيخنا مثل كل شهر بدرهم، فمثله في الأعيان نظير هذه المسألة في المنافع، ومثله كلما أعتقت عبداً من عبيدك فعلي ثمنه، فإنه

مسألة - ٦: قوله: «وفي المصحف الخلاف. وفي الموجز روايتان»، انتهى. يعني بالخلاف الخلاف الذي في بيعه، وقد أطلق الروايات في كتاب البيع، وتقدم تحرير ذلك، وأن الصحيح لا يصح، هكذا هنا، فليراجع، وقد قال المصنف هناك: وإجارته كبيعه، فحصل التكرار.

ولعله أراد بقوله: «وفي الموجز روايتان» إحداهما: كبيعه، والثانية: ليس كبيعه، فيجوز، وإن منعنا البيع لعدم رغبته عنه مطلقاً.

يصح وإن لم يبين العدد والضمن، وهو إذن في الانتفاع بعوض، واختار جوازه، وأنه ليس بلازم بل جائز، كالجعالة، وكقوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فإنه جائز، أو من ألقى كذا فله كذا ومن ألقى كذا فله كذا، وجواز إجارة ماء قناة مدة، وماء فائض بركة رأياه وإجارة حيوان لأخذ لبنه قام به هو أو ربه، فإن قام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربه يأخذ المشتري لبنًا مقدراً فبيع محض، وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً فبيع أيضاً، وليس هذا بغرر، لأن الغرر ما تردد بين الوجود والعدم، فهو من جنس القمار الذي هو الميسر، وهو أكل المال بالباطل، كبيع الآبق والشارد.

قال: والمنافع والفوائد تدخل في عقود التبرع سواء كان الأصل محتسباً بالوقف أو غير محتبس، كالعارية ونحوها، كما نص عليه الشارع في منيحة الشاة، وهو عاريتها للانتفاع بلبنها، كما يعيره الدابة لركوبها، ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً، فهو بالمنافع أشبه، فإلحاقه بها أولى، ولأن المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عين من الأعيان، وهو وما يحدثه من الحب بسقيه وعمله، وكذا مستأجر الشاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله من لبنها بعلفها والقيام عليها، فلا فرق بينهما، والآفات والموانع التي تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن، لأن الأصل في العقود الجواز والصحة.

قال: وكظئر، ومثلها نفع بئر وفي المبهج وغيره ماء بئر، وفي الفصول: لا يستحق بالإجارة، لأنه إنما يملك بحيازته. وفي الانتصار قال أصحابنا: لو غار ماء دار مؤجرة فلا فسخ، لعدم دخوله في الإجارة. وفي التبصرة: لا يملك عيناً ولا يستحقها بإجارة إلا نفع بئر في موضع مستأجر، ولبن ظئر فإنهما يدخلان تبعاً، وذكر صاحب المحرر وغيره: إن قلنا يملك الماء لم يجز مجهولاً وإلا جاز. ويكون على أصل الإباحة، وهل المعقود عليه اللبن أو الحضانة أو يلزمه أحدهما بعقده على الآخر واعتبار رؤية مرتضع؟ فيه وجهان «م ٧ - ١٠».

مسألة - ٧ - ١٠: قوله: «وهل المعقود عليه اللبن أو الحضانة أو يلزمه أحدهما بعقده على الآخر واعتبار رؤية مرتضع؟ فيه وجهان»، انتهى. يعني في كل مسألة وجهان، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: هل المعقود عليه في الرضاعة اللبن أو الحضانة؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والفائق:

أحدهما: المعقود عليه الحضانة، وهي خدمة الولد، وحمله، ووضع الثدي في

وقيل: الحضانة تتبع للعرف، وقيل: عكسه، ويعتبر محل رضاع، ورخص

فيه، وأما اللبن فيدخل تبعًا، وهو الصحيح، قال في الرعاية الكبرى: وقع العقد على المرضعة واللبن تبع يستحق إتلافه بالرضاعة، وقدمه الشارح وابن رزين في شرحه، قال ابن عقيل في الفصول: الصحيح أن العقد وقع على المنفعة، ويكون اللبن تبعًا. وقال القاضي في الخصال: لبن المرضعة يدخل في عقد الإجارة، وإن كان يهلك بالانتفاع لأنه يدخل على سبيل التبع، انتهى.

قلت: ويحتمله كلام صاحب المقنع، وغيره، وكذا المصنف وغيره، حيث قالوا: يعقد على نفع العين دون إجرائها إلا في الظئر، ونقع البئر يدخل تبعًا وصرح به في المستوعب وغيره، حيث قال: ولا تستحق بعقد الإجارة عين إلا في موضعين؛ لبن الظئر ونقع البئر، فإنهما يدخلان تبعًا، وكذا قال في التبصرة كما حكاها المصنف عنه.

والوجه الثاني: العقد وقع على اللبن، قال القاضي: وهو الأشبه، قال ابن رزين في شرحه: وهو الأصح، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] واختاره الشيخ تقي الدين، قال في الهدى: والمقصود إنما هو اللبن، قوي ذلك بعشرة وجوه ذكرها في آخر الهدى، قال الناظم: وفي الأجود المقصود بالعقد درها... والإرضاع لا حضن ومبدأ مقصد. انتهى، وهو ظاهر ما قطع به في الكافي، فإنه قال: ولا يجوز عقد الإجارة على ما يذهب إجراؤه بالانتفاع به «إلا في الظئر» يجوز الرضاع لأن الضرورة تدعو إليه وقوله وقولهم، إلا في الظئر ونقع البئر يدخل تبعًا يعود: قوله: تبعًا إلى نقع البئر لا إلى الظئر ومال إليه ابن منجا في شرح المقنع، فعلى هذا يكون الاستثناء لجواز هلاك العين في الإجارة في الظئر، والله أعلم.

المسألة الثانية - ٨ - ٩: إذا عقد على أحدهما هل يلزمها الآخر أم لا؟ أطلق

الخلاف، وفيه مسألتان.

المسألة الأولى - ٨: لو استؤجرت للرضاع وأطلق فهل تلزمها الحضانة أم لا؟

أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. وذكره القاضي ومن بعده:

أحدهما: تلزمها الحضانة أيضًا، قدمه في الرعاية الكبرى، في الفصل الأربعين من

باب الإجارة.

والوجه الثاني: لا يلزمها سوى الرضاع، قدمه ابن رزين في شرحه، قلت:

الصواب في ذلك الرجوع إلى العرف والعادة، فيعمل بهما.

المسألة الثانية - ٩: وهي الثالثة لو استؤجرت للحضانة فهل يدخل الرضاع أم لا؟

أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية الكبرى، في موضع:

أحمد في مسلمة ترضع طفلاً لنصارى بأجرة، لا لمجوسي، وسوى أبو بكر وغيره بينهما، لاستواء البيع والإجارة. ومن أعطى صياداً أجرة ليصيد له سمكاً ليختبر بخته فقد استأجره ليعمل له بشبكته، قاله أبو البقاء. ومنع في المغني وغيره إجارة نقد أو شمع للتجمل، وثوب لتغطية نعش، وما يسرع فساده، كرياضين.

قال في الترغيب وغيره: وتفاحة للشم، بل عنبر، لأنه المقصود منه، وظاهر كلام جماعة جوازه، وتصح الإجارة لحجامة، كفصد، ويكره للحر أكله، وعنه: يحرم، واختار في التعليق: على سيده، وعنه: لا يصح، اختاره القاضي والحلواني، وكذا أخذه بلا شرط، وجوزه الحلواني وغيره لغير حر. وتجاوز إجارة مسلم لذمي في الذمة، قال ابن الجوزي: على المنصوص، وفي مدة روايتان «م ١١» لا للخدمة، على

أحدهما: يلزمها الرضاع أيضاً، قدمه في الرعاية الكبرى، في الفصل الأربعين. والوجه الثاني: لا يلزمها، قال في «التلخيص»: لم يلزمها وجهاً واحداً، انتهى. قلت: وهو أقوى في هذه المسألة، والصواب الرجوع إلى العرف، وإن دلت قرينة عمل بها.

المسألة الرابعة - ١٠: هل تعتبر رؤية المرتضع لصحة العقد أم تكفي صفته؟ أطلق الخلاف فيه:

أحدهما: تكفي صفته، وهو الصحيح، جزم به في الرعايتين والفائق، وهو الصواب.

والوجه الثاني: تشترط رؤيته لصحة العقد، جزم به في المذهب، وقدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والنظم، وهذا الصحيح، على ما اصطلاحناه، والله أعلم.

مسألة - ١١: قوله: «وتجاوز إجارة مسلم لذمي في الذمة. وقال ابن الجوزي: على المنصوص، وفي مدة روايتان» انتهى، يعني في جواز «إجارته لعمل» غير الخدمة مدة معلومة، وأطلقهما الناظم.

إحدهما: يجوز، وهو الصحيح، صححه الشيخ في المغني، والشارح. وقال في المغني، أيضاً المصرة هذا أولى وجزم به في المحرر والوجيز وقدمه في الشرح والرعايتين، والحاوي الصغير.

والرواية الثانية: لا يجوز ولا يصح.

تنبيه: قوله: بعد ذلك: لا للخدمة، على الأصح، وكذا إعارته، انتهى. فظاهر هذه العبارة أنه لا يجوز إعارة عبد مسلم لذمي للخدمة، على أصح الروايتين، وهو الصحيح،

الأصح، وكذا إعارته، ولا إجارة مشاع مفردًا، وعنه: بلى، اختاره العكبري وأبو الخطاب، وقدمه في التبصرة، كشريكه، وفي طريقة بعض أصحابنا ويتخرج لنا من عدم إجارة المشاع أن لا يصح رهنه، وكذلك هبته، ويتوجه: ووقفه، قال: والصحيح صحة رهنه وإجارته وهبته، ولا خلاف في صحة بيعه، والمراد عند الأئمة الأربعة وإلا ففي بيعه خلاف ذكره ابن حزم، وهو قول الحنفية في مشاع من غرس.

وهذا التخريج خلاف نص أحمد في رواية سندي: يجوز بيع المشاع ورهنه، ولا يجوز أن يؤجر، لأن الإجارة للمنافع، ولا يقدر على الانتفاع، وهل مثله إيجار حيوان ودار لاثنين وهما لواحد أو يصح؟ فيه وجهان «م ١٢».

وكذا وصية بمنفعه، ولا امرأة بلا إذن الزوج، ولا يقبل قولها: إنها ذات زوج أو إنها مؤجرة قبل نكاح. ويحرم على أذان وإمامة صلاة وتعليم قرآن ونياحة حج، وفي حديث وفقه وجهان «م ١٣» وذكر شيخنا وجهًا: يجوز لحاجة، واختاره، وعنه:

وقيل: في العارية: إعارة كل ذي نفع جائز منتفع به مع بقاء عينه إلا البضع وما حرم استعماله لمحرّم. وفي التبصرة: وعبدًا مسلمًا لكافر، ويتوجه لإجارة، انتهى. فقطع هنا: أن إعارته كإجارته، وظاهر ما قدمه في العارية الجواز، وما منع إلا صاحب التبصرة، ثم وجه من عنده أنه كالإجارة، فحصل الخلل من وجهين فيما يظهر، والله أعلم.

مسألة - ١٢: قوله: بعد ذكر حكم إجارة المشاع: «وهل مثله إيجار حيوان ودار لاثنين وهما لواحد أو يصح؟ فيه وجهان»، انتهى.

أحدهما: هو كإجارة المشاع، جزم به المغني، والشرح، والوجيز، وفرضها في الحيوان والدار كالمصنف، وفرضها في المغني، والشرح في الدار فقط، يعني إذا كانت لواحد وأجرها لاثنين، وظاهر كلام المصنف إيجار الحيوان والدار لاثنين.

والوجه الثاني: يصح هنا وإن منعنا الصحة في المشاع.

قلت: وهو الصواب، وعليه العمل.

مسألة - ١٣: قوله: «ويحرم على أذان وإمامة صلاة وتعليم قرآن ونياحة حج، وفي حديث وفقه وجهان» انتهى.

أحدهما: هما ملحقان بما قبلهما، فتحرم الإجارة عليهما، جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرم، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وصححه الناظم.

والوجه الثاني: يصح هنا، وهو الصحيح اختاره الشيخ موفق، والشارح، وغيرهما، وجزم به في الكافي، والوجيز وشرح ابن رزين، وغيرهم.

مطلقًا كأخذه بلا شرط، نص عليه «وش» ومنع في إمامة وكذا مالك إلا في إمامة تبعًا لأذان.

وكجعلالة وقال الشيخ: فيها وجهان، وهو ظاهر الترغيب وغيره. وفي المنتخب: الجعل في حج كأجرة، ونصه: الجواز على الرقية «و» لأنها مداواة، ونقل حنبل: يكره للمؤذن أن يأخذ على أذانه أجرًا، قال شيخنا: وهو معنى كلام بعضهم، من لم يجوزه لم يجوز إيقاعها على غير وجه العبادة لله، كصلاة وصوم وقراءة، والاستئجار يخرجها عن ذلك، ومن جوزه فلائنه نفع يصل إلى المستأجر كسائر النفع، وجوز إيقاعها غير عبادة في هذه الحال، لما فيها من النفع.

قال: وأما ما يؤخذ من بيت المال فليس عوضًا وأجرة، بل رزق للإعانة على الطاعة، فمن عمل منهم لله أثيب، وما يأخذه رزق للإعانة على الطاعة، ويأتي ما يؤيده في آخر الجهاد، وقيل: للقاضي: لو خرج الأذان عن كونه قربة لم يقع صحيحًا، وقد قلتم يقع به الإجزاء دل على أنه قربة، فقال: الحكم بصحته لا يدل على كونه قربة، كالتق على مال يصح، وليس بقربة، ثم فرق بينهما بين البناء والخيطة بأنهما يقعان قربة وغير قربة، والأذان شرطه أن يقع قربة، كالصلاة، ويجوز على حساب وخط، وفي المبهم: لا مشاهرة.

وتحرم أجرة وجعالة على ما لا يتعدى نفعه، كصوم وصلاة خلفه ويجوز الرزق على متعد. وفي التذكرة: في غزو لا، كأخذ الرزق في بناء ونحوه، ذكره في الخصال والتلخيص، وذكره في التعليق، نقل صالح وغيره: لا يعجبني أن يأخذ ما يحج به إلا أن يتبرع. وقال شيخنا: المستحب أن يأخذ ليحج، لا أن يحج ليأخذ، فمن يحب إبراء ذمة الميت أو رؤية المشاعر يأخذ ليحج، ومثله كل رزق أخذ على عمل صالح، ففرق بين من يقصد الدين، والدنيا وسيلته، وعكسه، والأشبه أن عكسه ليس له في الآخرة من خلاق، قال: وحجه عن غير ليستفضل ما يوفي دينه الأفضل تركه، لم يفعل السلف، ويتوجه فعله لحاجة، ونقل ابن ماهان فيمن عليه دين وليس له ما يحج به أيجب عن غيره ليقضي دينه؟ قال: نعم.

وفي الغنية: إن فرط فيه حتى افتقر فعليه الخروج ببدنه مفلسًا، فإن لم يقدر فعليه أن يتكسب، فإن لم يقدر فليسأل الناس، وقيل: للقاضي وغيره: أخذ الأجرة لا يخرج عن القرية، بدليل الرزق، فقالوا: الرزق ليس في مقابلة العمل، بدليل أنه لا يختص بزمان معلوم وأجرة معلومة، وإنما يأخذه لأن له حقًا في بيت المال، ولهذا يستحقه الغني والفقير ولا يختص بزمان معلوم وأجرة معلومة.

وفي الفنون أن بعض أصحابنا قال: عبادات، فاعتبر لها الإخلاص، فقال ابن عقيل: لو كانت الأجرة قاذحة في الإخلاص ما استحققت الغنائم وسلب القاتل، وكذا أخذ مؤذنين وقضاة من بيت المال. وقال: تجوز الأجرة على ذبح الأضحية والهدي بلا خلاف، كتفرقة الصدقة ولحم الأضحية، والذي هو محض القرية ما كان بالإهداء، فأما الذبح فهو تقرب لها إلى الفقراء.

وتجوز إجارة العين مدة، ويشترط كونها معلومة لا يظن عدمها فيها، وإن طالت، وقيل: إلى سنة، وقيل: ثلاث، وقيل: ثلاثين، وظاهره: ولو ظن عدم العاقد ولو مدة لا يظن فناء الدنيا فيها، وفي طريقة بعض أصحابنا: في السلم الشرع يراعي الظاهر، ألا ترى لو اشترط أجلا تفي به مدته صح، ولو اشترط مائتين أو أكثر لم يصح، وسواء وليت العقد أو لا، أو كانت مشغولة بإجارة أو غيرها، وظن التسليم في وقته المستحق، أو لم تكن، فإن كانت مرهونة وقت العقد فوجهان «م ١٤».

مسألة - ١٤: قوله: «وتجوز إجارة العين مدة وسواء وليت العقد أو لا أو كانت مشغولة بإجارة أو غيرها وظن التسليم في وقته المستحق، أو لم تكن، فإن كانت مرهونة وقت العقد فوجهان»، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: وإن آجره شيئاً مدة لا تلي العقد صح إن أمكن تسليمه في أولها، سواء كان فارغاً وقت العقد أو مؤجراً. قلت: فإن كان ما آجره مرهوناً وقت العقد لا وقت التسليم المستحق بالأجرة احتمل وجهين، انتهى.

قلت: الصواب أنه إن ظن تسليمها وقت الوجوب صحت، وإلا فلا، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وداخل في عموم كلامهم، ويعرف ذلك في هذه المسألة بحال الراهن، بأن يكون قادراً أو باذلاً مع القدرة على التحصيل وقت الحلول، والله أعلم.

تنبيه: الظاهر أن المصنف تابع ابن حمدان في رعايته في إطلاق الخلاف، والظاهر من كلام صاحب الرعاية أن هذين الوجهين لم يسبق إليهما، بل هو استنبطهما وخرجهما، وهو كالصريح في كلامه، فإذا في إطلاق المصنف الخلاف نظر ظاهر، لأن الأصحاب لم يختلفوا في الترجيح في هذه المسألة حتى يطلق الخلاف فيها، بل ولا يعرف لهم كلام فيها، ولم نر هذين الوجهين إلا لهذين الرجلين، والله أعلم.

ويمكن الجواب بأن يقال: المقيس عليه والمشابه لهذه المسألة اختلف الأصحاب في الترجيح فيها، لأن المجتهد إذا خرج مسألة فلا بد من تخريجها على أصل مشهور في المذهب، والله أعلم.

ويمكن أن يكون المصنف اطلع على خلاف في المذهب في هذه المسألة، واختلفوا في الترجيح، وهو بعيد، والمعتمد عليه الأول.

وقولنا: وظن التسليم، كذا قاله بعضهم، وفي الرعاية: إن أمكن التسليم. وقال الشيخ وغيره لمن علل في منع إجارة المضاف بأنه لا يمكن تسليمه في الحال، كالعين المغصوبة، قالوا: إنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه، كالسلم فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد، قالوا: ولا فرق بين كونها مشغولة أو لا، لما ذكرنا.

وكذا قال ابن عقيل: في الفنون أو في الفصول: لا يتصرف مالك العقار في المنافع بإجارة ولا إعارة إلا بعد انقضاء المدة واستيفاء المنافع المستحقة عليه بعقد الإجارة، لأنه ما لم تنقض المدة له حق الاستيفاء، فلا تصح تصرفات المالك في محبوس بحق، لأنه يتعذر التسليم المستحق بالعقد، فمراد الأصحاب متفق، وهو أنه تجوز إجارة المؤجر، ويعتبر التسليم وقت وجوبه، وأنه لا يجوز إيجاره لمن يقوم مقام المؤجر كما يفعله بعض الناس.

وأفتى جماعة من أصحابنا وغيرهم في هذا الزمان أن هذا لا يصح، وهذا واضح، ولم أجد من كلامهم ما يخالف هذا، ومن العجب قول بعضهم في هذا الزمان إن الذي يخطر بباله من كلام أصحابنا أن هذه الإجارة تصح، كذا قال، وقد قال شيخنا: فيمن استأجر أرضاً من جندي وغرسها قصباً ثم انتقل الإقطاع عن الجندي: إن الجندي الثاني لا يلزمه حكم الإجارة الأولى وإنه إن شاء أن يؤجرها لمن له فيها القصب أو غيره، وليس لوكيل مطلق الإيجار مدة طويلة، بل العرف، كستين ونحوهما، قاله شيخنا.

ولو قال: أجرتك شهراً، لم يصح، نص عليه، وعنه: صحته، اختاره الشيخ، وابتدأه من حين العقد، ولو أجره في أثناء شهر سنة فشهراً بالعدد ثلاثين، نص عليه في نذر وصوم، وبأقيها بالأهلة، وعنه: الجميع بالعدد، وكذا ما اعتبرت الأشهر فيه، كعدة، ونص عليهما في نذر، وعند شيخنا: إلى مثل تلك الساعة.

فصل

والإجارة أقسام: عين موصوفة في الذمة، فيشترط صفات سلم، ومتى غصبت أو تلفت أو تعينت لزمه بدلها، فإن تعذر فللمكثري الفسخ، وتنفسخ بمضي المدة إن كانت إلى مدة. وعين معينة، فهي كميعة، وتنفسخ بتعطيل نفعها ابتداءً أو دواماً فيما بقي وقيل: وما مضى، ويسقط المسمى على قيمة المنفعة، فيلزمه بحصته، نقل الأثرم فيمن اكرى بغيراً بعينه فمات أو انهدمت الدار، فهو عذر يعطيه بحساب ما ركب، وقيل: يلزمه بحصته من المسمى، وعنه: لا فسخ بموت مرضع، اختاره أبو بكر، وقيل: لا فسخ بهدم دار، فيخير، وله الفسخ بعيب أو بانة معيبة، وهو ما يظهر به

تفاوت الأجرة إن لم يزل بلا ضرر يلحقه، وقياس المذهب: أو الأرش. وقال شيخنا: وإلا ورد ضعفه على أصل أحمد بين. قال في الترغيب: ولو احتاجت الدار تجديدًا فإن جدد وإلا فسخ، وله إجباره على التجديد، وقيل: بلى، وإن شرط عليه مدة تعطيلها، أو أن يأخذ بقدرها المدة، أو شرط عليه النفقة، أو جعلها أجرة، لم يصح، ومتى أنفق بإذن على الشرط أو بنى رجع بما قال مؤجر، ذكره الشيخ. وفي الترغيب وغيره في الإذن مستأجر كإذن حاكم في نفقته على جمال هرب مؤجرها، ولو غصبت وإجارتها لعمل الفسخ أو الصبر، ومدة الفسخ أو الإمضاء وأخذ أجرة مثلها من صاحبها إن ضمنت منافع غصب، وإلا فسخ، وفي الانتصار: تنفسخ تلك المدة والأجرة للمؤجر لاستيفاء المنفعة على ملكه، وأن مثله وطء مزوجة وحدوث خوف عام، كغصب، لا خاص، ولو غصبها المكري فلا شيء له مطلقًا، نص عليه، وقيل: كغصب غيره.

الثالث: عقد على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف، كخياطة، ويشترط ضبطه بما لا يختلف، ويلزمه الشروع عقيب العقد، وإن ترك ما يلزمه قال شيخنا: بلا عذر فتلف بسببه ضمن، وله الاستنابة، فإن مرض أو هرب أكثرى من يعمل عمله فإن شرط مباشرته فلا ولا استنابة إذن.

نقل حرب فيمن دفع إلى خياط ثوبًا ليخيطه فقطعه ودفعه إلى خياط آخر قال: لا، إن فعل ضمن، قال في المغني: فإن اختلف القصد فيه كنسج لم يلزمه، ولا المكثري قبوله، وإن تعذر فله الفسخ. وينفسخ العقد بتلف محل عمل معين، ويشترط تقدير نفع بعمل أو مدة، فإن جمعهما مثل: استأجرتك لخياطة هذا الثوب اليوم لم يصح، وعنه: بلى، كجعالة، وفيها وجه، قال في التبصرة: وإن اشترط تعجيل العمل في اقتضاء ممكن فله شرطه، ولا فسخ بموت، وعنه: بلى بموت مكتر لا قائم مقامه، كبرء ضرر أكثرى لقلعه، اختاره الشيخ، ولا بعذر لمكتر كمكر.

ويصح بيع عين مؤجرة، في المنصوص، ولمشتر يجهله الفسخ، ذكره الشيخ، وفي الرعاية: أو الأرش، قال أحمد: هو عيب. وفي الانفساخ بشراء مستأجر أو إرثه روايتان «م ١٥». ولو أجرها لمؤجرها فإن قلنا لم تنفسخ صح، وإلا فلا.

مسألة - ١٥: قوله: «في شراء العين المأجورة، وفي الانفساخ بشراء مستأجر أو إرثه روايتان»، انتهى. وهما وجهان عند كثير من الأصحاب، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والشرح، والفائق، وغيرهم.

ولو أجر ولي موليه أو ماله، وقيل: ولو مدة يعلم فيها بلوغه، أو سيد عبدًا ثم بلغ وعتق، أو الموقوف عليه الوقف ثم مات، لم تنفسخ، وللبطن الثاني حصته، كعزل الولي وناظر الوقف، وكملكه المطلق ذكره الشيخ وغيره.

وقيل: ينفسخ فيرجع في الأجرة مستأجر على مؤجر قابض أو ورثته، وقيل:

إحداهما: لا تنفسخ، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، قال في القاعدة الخامسة والثلاثين: وهو الصحيح، اختاره القاضي وابن عقيل والأكثرون، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعاية الكبرى، وغيره.

والرواية الثانية: تنفسخ، قال في القاعدة الصغرى والحاوي الصغير: انفسخت الإجارة، على الأصح، قال في الخلاصة: انفسخت، في الأصح.

تنبيه: قوله: «ولو أجر... الموقوف عليه الوقف ثم مات لم تنفسخ...» وقيل: تنفسخ انتهى. قدم المصنف أن الإجارة لا تنفسخ إذا أجر الموقوف عليه، وصححه في التصحيح والنظم، وجزم به في الوجيز، وقدمه في الرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين، قال القاضي في المجرد: هذا قياس المذهب.

والوجه الثاني: تنفسخ، جزم به القاضي في خلافه، وأبو الحسين أيضًا، وحكاه عن أبي إسحاق بن شاقلا، واختاره ابن عقيل، وابن عبدوس في تذكرته، والشيخ تقي الدين، وغيرهم. قال الشيخ تقي الدين: هذا أصح الوجهين، قال القاضي: هذا ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية صالح، قال ابن رجب في قواعده: وهو المذهب الصحيح؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى، انتهى. وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير. وقال ابن رجب أيضًا في قواعده: واعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظرًا؛ لأن القاضي إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه يكون النظر له مشروطًا، وهذا محل تردد، أعني إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له هل يلحق بالناظر العام فلا ينفسخ بموته أم لا؟ فإن من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام، انتهى.

فقد ظهر لك أن الصحيح من المذهب الوجه الثاني، وهو الانفساخ من جهة النقل والدليل وكثرة الأصحاب وتحقيقهم، وأن الذي قدمه المصنف ليس هو المذهب، والله أعلم.

وأطلق الخلاف في المسألة، في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، والفائق، والزرکشي، وتجريد العناية وغيرهم.

فيها: تبطل، وقيل: يرجع العتيق على معتقه بحق ما بقي، كما يلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجر، ويتوجه مثله فيما آجره ثم وقفه.

وتجوز إجارة الإقطاع كموقوف، قاله شيخنا قال ولم يزل يؤجر من زمن الصحابة إلى الآن، ولم أعلم عالمًا منع.

فصل

ويعتبر كون المنفعة للمستأجر، فلو اكرى دابة لركوب المؤجر لم يصح، قاله القاضي والأصحاب، وله الإجارة لقائم مقامه، وفي ضمان مستعير وجهان «م ١٦».

ويعتبر كونه كراكب في طول وقصر، وقيل: لا، كمعرفة بالركوب، في الأصح، فإن شرط استيفاءها بنفسه صح العقد، في الأصح، وقيل: والشرط، ومثله شرط زرع بُر فقط، وله إجارتها، على الأصح، وعنه: بإذنه ولو بزيادة.

وعنه: إن جدد عمارة ولو قبل قبضها. وفيه وجه، وقيل: فيه من مؤجر.

مسألة - ١٦: قوله: «وله الإجارة لقائم مقامه، وفي ضمان مستعير وجهان» انتهى.

أحدهما: لا يضمن، وهو الصحيح، قال في التلخيص: ولا ضمان «على المستعير» من المستأجر، على الأصح، واقتصر عليه في القواعد الفقهية، وقدمه في الرعاية الكبرى، في باب العارية، قلت: فيعابا بها.

والوجه الثاني: يضمن، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

تنبيه: قوله: «في إجارة المستأجر العين المأجورة، وله إجارتها، على الأصح ولو قبل قبضها. وفيه وجه، وقيل: فيه من مؤجر»، انتهى. فقدم المصنف أن للمستأجر إجارة المأجور قبل قبضه مطلقًا، وذكر وجهًا بعدم الجواز مطلقًا، وهذا الوجه جزم به في الوجيز، وصححه في الرعايتين والحاوي الصغير، وغيرهما.

وقيل: بالجواز للمؤجر دون غيره، وهذا القول قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، واختاره القاضي، ذكره في الفصول، وأطلقهن في المغني، والشرح، قالوا: أصل الوجهين بيع الطعام قبل قبضه هل يصح من بائعه أم لا؟ والصحيح من المذهب عدم الجواز، وعليه الأصحاب، فعلى هذا يكون المذهب عدم الجواز عند الشيخ والشارح، كما جزم به في الوجيز، وصححه في الرعايتين والحاوي الصغير، وغيرهم. وظاهر كلام المصنف عدم البناء، وهو ظاهر كلام الأكثر، والله أعلم. وهو الصواب، إلا أن يتوقف المأجور على تميز، فالصواب عدم الجواز، كما قاله الشيخ وغيره.

وإذا اُكترى أرضاً لزرع ما شاء أو غرسه أو وغرسه صح، في الأصح فيهما، كزرع ما شئت، وإن قال: لزرع، فوجهان، وكذا الغراس «م ١٧».

وإن أطلق وتصلح لزرع وغيره صح، في الأصح. وقال شيخنا: إن أطلق، أو إن قال: انتفع بها بما شئت، فله زرع وغرس وبناء، وإذا اُكترى لزرع بر فله زرع ما دونه ضرراً من جنسه، كشعير وبقلا، لا فوقه كقطن ودخن، فإن فعل فنصه لزوم المسمى، مع تفاوتهما في أجر المثل، وأوجب أبو بكر والشيخ أجر المثل خاصة، ومثله سلوك طريق أشق، ويجوز مثلها، ومنعه الشيخ، ولو جاز المكان أو زاد على المحمول فالمسمى مع أجر المثل للزائد، وذكر القاضي فيهما قول أبي بكر، وتلزمه قيمة الدابة إن تلفت، وقيل: نصفها، كسوط في حد، فإن لم يكن له عليها شيء وهو بيد ربها بلا سبب منه لم يضمن.

ومن اُكترى زورقاً فزواه مع زورق له فغرقا ضمن، لأنها مخاطرة، لاحتياجها إلى المساواة ككفة الميزان، كما لو اُكترى ثوراً لاستقاء ماء فجعله فداناً لاستقاء الماء فتلف ضمن، وإن آجر أرضاً بلا ماء صح، فإن أطلق فاختر الشيخ الصحة مع علمه بحالها، وقيل: لا، كظنه إمكان تحصيله «م ١٨».

وإن ظن وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار صح، جزم به في المغني وغيره، كالعلم. وفي الترغيب وجهان، ومتى زرع فغرق أو تلف أو لم يثبت فلا خيار، وتلزمه الأجرة، نص عليه، وإن تعذر زرعها لغرقها فله الخيار، وكذا لقلّة ماء قبل زرعها أو بعده، أو عابت بعرق يعيب به بعض الزرع واختار شيخنا أو برد أو فأر أو عذر.

مسألة - ١٧: قوله: «وإن اُكترى أرضاً لزرع ما شاء أو غرسه أو وغرسه صح، في الأصح فيهما، كزرع ما شئت وإن قال: لزرع، فوجهان، وكذا الغراس»، انتهى. فيه مسألان الخلاف فيهما مطلق، مسألة الزرع ومسألة الغرس والحكم واحد.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في المغني، والشرح، ونصراه، وجزم به ابن رزين في شرحه، أيضاً، اختاره القاضي وابن عقيل، قال في الرعاية الكبرى: وإن اُكترى لزرع وأطلق زرع ما شاء، انتهى.

والوجه الثاني: لا يصح. قلت: وهو قوي، وقدمه في التلخيص.

مسألة - ١٨: قوله: «وإن آجر أرضاً بلا ماء صح، فإن أطلق فاختر الشيخ الصحة مع علمه بحالها، وقيل: لا، كظنه إمكان تحصيله»، انتهى. الصحيح ما اختاره الشيخ وقدمه في الشرح، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يصح، جزم به ابن رزين في شرحه.

قال: فإن أمضى فله الأرش، كعيب الأعيان، وإن فسخ فعليه القسط قبل القبض، ثم أجرة المثل إلى كماله، قال: وما لم يرو من الأرض فلا أجرة له، اتفاقاً، وإن قال في الإجارة مقيلاً أو مراحاً أو أطلق، لأنه لا يرد عليه عقد، كأرض البرية ومن ائترى لنسج أو خياطة أو كحل ونحوه لزمه خبر وخبوط وكحل، كأرض لزرج، وقيل: يلزم المستأجر، وقيل: يتبع به العرف، والمشي المعتاد قرب المنزل لا يلزم راكباً ضعيفاً أو امرأة، وفي غيرهما وجهان «م ١٩».

ويلزم رب الدابة ما يتوقف النفع عليه، كتوطئة مركوب عادة، وزمامه ورحله وشد محمل ورفع وحط وقائد وسائق، لا محمل ومظلة ووطاء فوق الرحل وحبل قران بين المحملين.

قال في الترغيب: وعدل لقماش على مكر إن كانت في الذمة. وفي المغني: إن كانت على تسليم الراكب البهيمة ليركبها لنفسه فالكمل عليه، وأن الدليل لا يلزم مكر، وقيل: بلى، في الذمة، وجزم به في عيون المسائل، لأنه التزم أن يوصله، ويلزمه حبسها له لنزوله لحاجة، وقال غير واحد: وسنة راتبة، وتبريك بغير لشيخ وامرأة، وفيه لمرض طارئ وجهان «م ٢٠».

ويلزم المكثري تفريغ الدار من فعله، كبالوعة وقمامة، ويلزم المكري تسليمها منظفة، وتسليم المفتاح، وهو أمانة مع مكتر.

مسألة - ١٩: قوله: «والمشي المعتاد قرب المنزل لا يلزم راكباً ضعيفاً أو امرأة، وفي غيرهما وجهان» انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح: أحدهما: لا يلزمه، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: يلزمه، قال في الرعاية الكبرى: وإن جرت العادة بالنزول فيه لزم الراكب القوي في الأقيس.

قلت: وهو قوي جداً، لغير ذوي الهيئات، كالفلاحين والعرب والتركمان ونحوهم.

مسألة - ٢٠: قوله: «ويلزمه حبسها لنزوله لحاجة، وقال غير واحد: وسنة راتبة، وتبريك بغير لشيخ وامرأة، وفيه لمرض طارئ وجهان»، انتهى.

أحدهما: يلزمه، وهو الصحيح. جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يلزمه، وهو ظاهر كلام جماعة.

فصل

من استؤجر مدة فأجير خاص لا تضمن جنايته، في المنصوص، إلا أن يعتمد، قال جماعة: أو يفرط ولا يستنيب، وله فعل الصلاة في وقتها بسننها والعيد، وإن عمل لغيره فأضر مستأجره فله قيمة ما فوته عليه، وقيل: يرجع بقيمة ما عمله لغيره، وقال القاضي: بالأجر الذي أخذه من غير مستأجره ومن قدر نفعه بعمل فأجير مشترك يضمن ما تلف بفعله، كزلق حمال أو سقط من دابته، وطباخ وخباز وحائك، في المنصوص، واختار جماعة إن عمله في بيت ربه أو يده عليه فلا، وما تلف بغير فعله ولا تعديه لا يضمنه، في ظاهر المذهب، ولا أجرة له.

وقال في المحرر: إلا ما عمله في بيت ربه، وعنه: له أجرة بناء، وعنه: ومنقول عمله في بيت ربه. وفي الفنون: له الأجرة مطلقاً، لأن وضعه النفع فيما عينه له كالتسليم إليه، كدفعه إلى البائع غرارة وقال: ضع الطعام فيها، فكاله فيها، كان ذلك قبضاً، لأنها كيده، ولهذا لو ادعى طعاماً في غرارة أحدهما كان له، وإن استأجر مشترك خاصاً فلكل حكم نفسه، وإن استعان ولم يعمل فله الأجر لأجل ضمانه، لا لتسليم العمل وإن أتلفه أو حبسه فلربه قيمته غير معمول، ولا أجرة وقيمتة معمولاً، ويلزمه أجرته، وتقدم قوله في صفة عمله ذكره ابن رزين، ومثله تلف أجير مشترك، ذكره القاضي وغيره. وقال أبو الخطاب: تلزمه قيمته موضع تلفه وله أجرته إليه، وكذا عمله غير صفة شرطه، وذكر الشيخ: له المسمى إن زاد الطول وحده ولم يضر الأصل، وإلا فوجهان، وإن نقصهما أو أحدهما فقبل: بحصته منه، وقيل: لا أجرة له ويضمن كنقص الأصل، وقيل: إن كان صبغه منه فله حبسه، وإن كان من ربه أو قصره فوجهان.

وفي المنثور: إن خاطه أو قصره وغزله فتلّف بسرقة أو نار فمن مالكة ولا أجرة، لأن الصنعة غير متميزة، كقفيز من صبرة. فإن أفلس مستأجره ثم جاء بائه يطلبه فللصانع حبسه، وإن أخطأ قصار ودفعه إلى غير ربه ضمنه، فإن قطع قابضه بلا علم غرم أرش قطعه، كدراهم أنفقها، وعنه: لا، وله مطالبة القصار بثوبه، فإن تلف ضمنه، وعنه: لا، كعجزه عن دفعه.

ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا طبيب ولا بيطار عرف حذقهم ولم تجن أيديهم، خاصاً كان أو مشتركاً، لأن ما أذن فيه لا تضمن سرايته، كحد وقود، لأنه لا يمكن أن يقال اقطع قطعاً لا يسري، ويمكن أن يقال: دق دقاً لا يخرقه، ولأن الفصد ونحوه فساد في نفسه، لأنه جرح فقد فعل ما أمر به، ثم ما يطرأ من فساد عاقبته

وصلاحها لا يكون مضاعفاً إليه بل إلى الأمر، والأمر أذن في قصارة سليمة فأتاه بمخرقة لم يتناولها العقد، واختار في الفنون أن هذا في المشترك، لأنه الغالب في هؤلاء، وأنه لو استؤجر لحلق رؤوس يومًا فجنى عليها بجراحة لا يضمن، كجنايته في قصارة وخياطة، ونجارة، واختار صاحب الرعاية إن كان أحد هؤلاء خاصًا أو مشتركًا فله حكمه، ويعتبر لعدم الضمان في ذلك وفي قطع سلعة ونحو ذلك إذن مكلف أو ولي، وإلا يضمن، لعدم الإذن. واختار في كتاب الهدى: لا يضمن، لأنه محسن، وقال: هذا موضع نظر، ولا راع لم يتعد بنوم وغيبته عنه وغيره، وإن عقد في الرعي على معينة تعينت، وفي الأصح، فلا يبدلها، ويبطل العقد فيما تلف.

وإن عقد على موصوف ذكر نوعه وكبره وصغره، وعند القاضي: لا عدده، ويحمل على العادة، ولا يلزمه رعي سخالها، وإن ضرب سلطان رعيته قدر العادة، أو معلم صبيًا أو والد ولده، أو زوج امرأته، أو مكتر دابة، لم يضمن، في المنصوص، نقله أبو طالب، وأبو بكر في الزوج، وسقوطه بإذن سيده يحتمل وجهين «م ٢١» لا أبيه.

وقيل: إن أدب ولده فقلع عينه ففيها وجهان، وإن ادعى إباق العبد أو مرضه أو شروء الدابة أو موتها بعد فراغ المدة أو فيها أو تلف المحمول قبل قوله، وعنه: قول ربه، وقطع به في المغني في صورة المرض إن جاء به صحيحًا، وخرج في الترغيب في دعواه التلف في المدة روايتين من دعوى راع تلف شاة، واختار في المبهج: لا تقبل دعوى هربه أول المدة. وفي الترغيب: يقبل وأن فيه بعدها روايتين، وله في تلف المحمول أجرة ما حملة، ذكره في التبصرة، واختلافهما في قدر الأجرة كالبيع، نص عليه، وكذا المدة وعلى التخالف إن كان بعد المدة فأجرة المثل لتعذر رد المنفعة، وفي أثنائها بالقسط.

مسألة - ٢١: قوله: «وإن ضرب سلطان رعيته قدر العادة أو معلم صبيًا أو والد ولده أو زوج امرأته أو مكتر دابة لم يضمن، في المنصوص... وسقوطه بإذن سيده يحتمل وجهين»، انتهى. وكذا قال في الرعاية الكبرى.

أحدهما: لا يسقط، قلت: وهو الصواب، لأن فيه حقًا لله تعالى لا يباح له فعله بإذن سيده، فهو ممنوع منه متعد شرعًا، وإن كان لسيده حق منعه في المالية، والله أعلم.

والوجه الثاني: يسقط، وهو قوي، لإذن سيده، لكنه مأثوم قطعًا، مع عدم الجهل، والله أعلم.

وإن ادعى على صانع أنه فعل خلاف ما أمره به فاختار الشيخ قبول قوله ولا أجره، ونص أحمد: قول صانعه، لئلا يغرم نقصه مجاناً بمجرد قول ربه بخلاف وكيل «م ٢٢» وله أجره مثله، وعنه: يعمل بظاهر الحال، وقيل: بالتخالف. وفي المحرر: إن ادعى على خياط أنه فصل خلاف ما أمره قبل قوله، وإن اخ تلفاً في صفة الانتفاع فللمؤجر الاعتراض، ذكره أبو الفرج، وإذا انقضت رفع يده ولم يلزمه الرد، ومؤنته - في الأصح - كمودع. وفي التعليق، وأوماً إليه: بلى، بالطلب كعارية، لا مؤنة العين، فعلى الأصح لا يضمن تالفاً أمكنه رده. وفي الرعاية: يلزمه رده مع القدرة بطلبه، وقيل: مطلقاً، ويضمنه مع إمكانه، قال: ومؤنته على ربه، وقيل: عليه، قال في التبصرة: يلزمه رده بالشرط، وإنه يلزم المستعير مؤنة البهيمة عادة مدة كونها بيده.

مسألة - ٢٢: قوله: «وإن ادعى على صانع أنه فعل خلاف ما أمره به فاختار الشيخ قبول قوله، ولا أجره، ونص أحمد: قول صانعه، لئلا يغرم نقصه مجاناً بمجرد قول ربه، بخلاف وكيل»، انتهى. الصحيح من المذهب هو المنصوص عن الإمام أحمد، وعليه أكثر الأصحاب، قال في التلخيص: القول قول الأجير، في أصح الروايتين، قال الشيخ في المقنع: فالقول قول الخياط، نص عليه، فقطع به، وكذا قطع به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمحرر، والوجيز وغيرهم. وقدمه في المستوعب والمغني، والشرح، والفاثق، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وما اختاره الشيخ رواية عن أحمد. فهذه اثنتان وعشرون مسألة في هذا الباب.

باب الجعالة

وهي أن يجعل معلومًا كأجرة، كمن رد عبدي أو بني لي هذا فله كذا أو مائة، لأنه في معنى المعاوضة، لا تعليقًا محضًا، أو فأنت بريء من المائة، لأن تعليق الإسقاط أقوى، واختار الشيخ أو مجهولاً لا يمنع التسليم، كربع الضالة لمن يعمل له. وفي التلخيص أو الأجنبي قال: أو يخبره أن ربه جعله، ويصدق ربه، وإلا لم يستحق.

وقيل: ولو للعامل، حتى مع جهالة عمل، ومدة، كرد عبد ولو إلى وارثه ولقطة: وبناء حائط وإصابته بهذا السهم، أو إن كان صوابه أكثر لا، وإن أخطأ لزمه كذا، وفي شرح الحارثي: إن كان للعامل استحق الجعل للوعد، ويتوجه أنه سهو على المذهب، وفي عيون المسائل في أنه يعتبر في الكفارة وقت الوجوب لوجوب العتق أو لا، للترتيب، وما يثبت في الذمة لا يجوز إسقاطه إلا بدليل، ألا ترى أنه لو قال: إذا دخل زيد الدار فأعطه درهمًا، فإذا دخل الدار ثبت له الدرهم في ذمته، فلا يسقط، وقوله: من وجد لقطتي كمن ردها، فمن فعله بعد علمه بقوله استحقه، كدين، وإلا حرم.

نقل حرب في اللقطة: إن وجد بعد ما سمع النداء فلا بأس أن يأخذ منه، وإلا ردّها ولا جعل له، وفي أثناؤه يستحق حصة تمامه، والجماعة تقتسمه، وفي التبصرة: إن عين عوضًا ملكه بنفس العمل، فلو تلف فله أجرة مثله. وإن رده من نصف المسافة المعينة، أو قال: من رد عبدي، فردّ أحدهما فنصفه، وإن رده من أبعد فالمسمى، ذكره في التلخيص. ويقبل قول جاعله في قدره والمسافة كأصله وقيل: بالتحالف، ومع جهالته له أجرة مثله.

وقيل: في آبق: المقدر شرعًا، ولا يستحق شيئًا بلا شرط، اختاره القاضي، ونصه فيمن خلص متاعًا: يستحق أجر مثله، بخلاف اللقطة، ويستحق بردّ آبق مطلقًا، لئلا يلحق بدار الحرب أو يشتغل بالفساد دينارًا أو اثني عشر درهمًا، وعنه: أربعين

درهماً من خارج المصر، وعنه: ومنه عشرة استقرت عليه الرواية، قاله الخلال، وجزم به في عيون المسائل، وأن الرواية الصحيحة من خارج المصر ديناراً، أو عشرة. ونقل حرب: لا يستحقه إمام، لأنه ينبغي له رده على ربه، وعنه: ولا غيره، اختاره الشيخ، ويرجع بنفقته ولو لم يستحق جعلاً، كرده من غير باب سماه أو هزبه منه، نص عليه، وقيل: بنية رجوعه، وفي جواز استخدامه بها روايتان في الموجز والتبصرة «م ١».

ومن وجد آبقاً أخذه، وهو أمانة، ومن ادعاه فصدقه العبد أخذه، ولنائب إمام بيعه لمصلحة، فلو قال: كنت أعتقته، فوجهان «م ٢».

مسألة - ١: قوله: في ردّ الآبق: «وفي جواز استخدامه بها روايتان في الموجز، والتبصرة»، انتهى. قلت: وحكماهما أبو الفتح الحلواني في الكفاية أيضاً، كالعبد المرهون، والصحيح من المذهب أنه لا يجوز ذلك في العبد المرهون، فكذا في هذا بطريق أولى وأحرى، قال الشيخ في المغني، وغيره: ليس له ذلك، في ظاهر المذهب، يعني في العبد المرهون، وقدمه في الكافي، والمصنف وغيرهما، وصحح في الرعاية الكبرى، أن له ذلك. والله أعلم.

مسألة - ٢: قوله: «فيما إذا وجد آبقاً، ولنائب الإمام بيعه لمصلحة، فلو قال: يعني سيده: كنت أعتقته، فوجهان»، انتهى. وأطلقهما الحارثي في شرحه في باب اللقطة.

أحدهما: يقبل قوله، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والرعاية الصغرى، والكبرى القديمة والحاوي الصغير، وغيرهم. وهو الصواب. والوجه الثاني: لا يقبل، وهو احتمال في المغني، والشرح، قلت: وهو ضعيف فعليه يكون ثمنه لبيت المال، والله أعلم، فهاتان مسألتان في هذا الباب قد صححتا.

باب السبق

يجوز بلا عوض، مطلقًا. وقال الآمدي: بغير حمام، وقيل: وطير، وكره أبو بكر الرمي عن قوس فارسية.

يقال: رمى عن القوس وعلى القوس وبها لغة.

وفي كراهة اللعب غير معين على عدو وجهان «م ١».

وفي الوسيلة: يكره الرقص واللعب كله ومجالس الشعر، وذكر ابن عقيل: وغيره: يكره لعبه بأرجوحة ونحوها. وقال أيضًا: لا يمكن القول بكراهة اللعب، وفي النصيحة للأجري: من وثب وثبة مزحًا ولعبًا بلا نفع فانقلب فذهب عقله عصى وقضى الصلاة.

وذكر شيخنا: يجوز ما قد يكون فيه منفعة بلا مضرة، وظاهر كلامه لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة، وقال: كل فعل أفضى إلى المحرم كثيرًا حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة، لأنه يكون سببًا للشر والفساد، وقال: وما ألهى وشغل عما أمر الله به فهو منهى عنه وإن لم يحرم جنسه، كبيع وتجارة وغيرهما.

ويستحب بألة حرب، قال جماعة: والثقاف، نقل أبو داود: لا يعجبني أن يتعلم بسيف حديد بل بسيف خشب، لقوله ﷺ: «لا يشر أحدكم بحديد»^(١) وإذا أراد به

مسألة - ١: قوله: «وفي كراهة لعب غير معين على عدو وجهان»، انتهى.

أحدهما: يكره. قلت: وهو الصواب، اللهم إلا أن يكون له فيه قصد حسن،

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٦١٦) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال أبو القاسم ﷺ: «من أشار إلى أخيه بحديدة فإن الملائكة تلعنه، حتى وإن كان أخاه لأبيه وأمه».

غیظ العدو لا التطرف فلا بأس، وليس من اللهو تأديب فرسه وملاعبة أهله ورميه، لأنه ﷺ قال: «كل شيء يلهو به ابن آدم باطل»^(١) ثم استثنى هذه الثلاث، رواه أحمد وأبو داود والنسائي، والترمذي وحسنه، من حديث عقبة.

والمراد ما فيه مصلحة شرعية، ومنه ما في الصحيحين من لعب الحبشة بدرقهم وحراهم وتوثبهم بذلك على هيئة الرقص في يوم عيد في مسجد النبي ﷺ، وستر النبي ﷺ عائشة وهي تنظر إليهم، ودخل عمر فأهوى إلى الحصباء يحصبهم، فقال النبي ﷺ: «دعهم يا عمر»^(٢).

وقد يكون من هذا ما روي عن جعفر بن أبي طالب رضي الله عنه أنه لما قدم ونظر إلى النبي ﷺ في فتح خيبر حجل - يعني مشى على رجل واحدة - إعظاماً لرسول الله ﷺ، وقد يدل على أنه لا يحرم الرقص، ولا ينفي الكراهة، مع أنه لا يصح.

قال البيهقي: وقد رواه من طريق الثوري عن أبي الزبير عن جابر، وفي إسناده إلى الثوري من لا يعرف، وقال بعض أصحابنا في كتابه الهدي: لو صح لم يكن حجة لمن جعله أصلاً له في الرقص، فإن هذا كان من عادة الحبشة تعظيماً لكبرائها، كضرب الجوك عن الترك، فجرى جعفر على تلك الحالة، وفعلها مرة ثم تركها بسنة الإسلام.

وقال الخطابي في حديث عقبة المذكور: في هذا بيان أن جميع أنواع اللهو محظورة، وإنما استثنى رسول الله ﷺ هذه الخلال من جملة ما حرم منها، لأن كل واحدة منها إذا تأملتها وجدتها معينة على حق أو ذريعة إليه، ويدخل في معناها ما كان من المثاقفة بالسلاح والشد على الأقدام ونحوهما، مما يرتاض به الإنسان فيقوى بذلك بدنه، ويتقوى به على مجالدة العدو.

فأما سائر ما يتلهم به البطالون من أنواع اللهو وسائر ضروب اللعب، مما لا

وذكر المصنف هنا أشياء تدل على ما قلناه، قال في المستوعب: وكل ما سمي لعباً مكروه إلا ما كان معيناً على قتال العدو، وذكره ابن عقيل، واقتصر عليه. والوجه الثاني: لا يكره.

(١) أخرجه الترمذي في سننه (٣٠٨/١) والدارمي في سننه (٢٠٥/٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨١١) وأحمد في المسند (١٤٤/٤، ١٤٨) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة برقم (٣١٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٩٠١) ومسلم في صحيحه برقم (٨٩٣).

يستعان به في حق، فمحظور كله، وكانت عائشة وجوار معها يلعبن بالبنات^(١)، وهي اللعب، والنبي ﷺ يراهن^(٢)، رواه أحمد والبخاري ومسلم، وكانت لها أرجوحة قبل أن تتزوج، رواه أبو داود وغيره، وإسناده جيد، وأظنه في الصحيح، فيرخص فيه للصغار ما لا يرخص فيه للكبار، قاله شيخنا. وفي خبر ابن عمر في زمارة الراعي، ويتوجه: وكذا في العيد ونحوه؛ لأن أبا بكر دخل على عائشة وعندها جاريتان في أيام منى يدفعان ويضربان ويغنيان ما تقاولت به الأنصار يوم بعث فانتهرهما أبو بكر وقال: أبزممار الشيطان عند رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «دعهما فإنها أيام عيد»^(٣).

وروى أحمد حدثنا مكِّي بن إبراهيم حدثنا الجعيد عن يزيد بن خصيفة عن السائب بن يزيد أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقال لعائشة: «هذه قينة بني فلان، تحبين أن تغنيك؟» قالت: نعم فأعطاهما طبقاً فغنتها، فقال: «قد نفخ الشيطان في منخريها»^(٤) إسناده صحيح، فيحمل على غناء مباح.

ويحرم بعوض إلا في إبل وخيل وسهام، وذكر ابن البنا وجهًا، وطير معدة لأخبار الأعداء، وقد صارع النبي ﷺ ركانة على شاة فصرعه، فأخذها، ثم عاد مرارًا، فأسلم، فردَّ النبي ﷺ غنمه^(٥)، رواه أبو داود في مراسيله عن موسى بن إسماعيل عن حماد بن سلمة عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير.

قال البيهقي: مرسل جيد، وأنه متصل ضعيف، ورواه أبو الشيخ: حدثنا إبراهيم بن علي، حدثنا ابن المقري، حدثنا أبي حدثنا حماد عن عمرو عن سعيد عن ابن عباس، قال شيخنا: إسناده جيد، وروى أبو الشيخ السبق فيه من وجه آخر، فأراد النبي ﷺ إظهار الحق، وهذا وغيره مع الكفار من جنس الجهاد، فهو في معنى الثلاثة وجنسها جهاد. وهي مذمومة إذا أريد بها الفخر والظلم.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦١٣٠) ومسلم في صحيحه برقم (٢٤٤٠) وأحمد في المسند (٥٧/٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩٣٥) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢١٠/٣ - ٢١١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٩٥٢) ومسلم في صحيحه برقم (٨٩٢).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٤٩/٣).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٠٧٨) والترمذي في سننه برقم (١٧٨٤) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٣٣١).

والصراع والسبق بالأقدام ونحوهما طاعة إذا قصد به نصر الإسلام، وأخذ السبق عليه أخذ بالحق، فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما ينفع في الدين، كما في مراهنة أبي بكر، اختار ذلك شيخنا، وقال: إنه أحد الوجهين، معتمداً على ما ذكره ابن البناء، وظاهره جواز الرهان في العلم، وفقاً للحنفية، لقيام الدين بالجهاد والعلم، ونقل حنبل السبق في ريش الحمام: ما سمعنا، وكرهه.

وفي الروضة: يختص جواز السبق ثلاثة أنواع:

الحافر: فيعم كل ذي حافر.

والخف: فيعم كل ذي خف.

والنصل: فيختص النشاب والنبل.

ولا يصح السبق والرمي في غير هذه الثلاثة مع الجعل وعدمه، كذا قال، ولتعميمه وجه ويتوجه عليه تعميم النصل، وذكر ابن عبد البر تحريم الرهن في غير الثلاثة «ع» ويشترط كونه معلوماً مباحاً، وهو تمليك بشرط سبقه، فلهذا قال في الانتصار القياس لا يصح، وإن شرط أنه أو بعضه لأصحابه أو غيرهم، أو قال: إن سبقتني فلك كذا ولا أرمي أبداً، أو شهراً، بطل الشرط، وقيل: والعقد، فلغير مخرجه بسبقه أجر مثله، وعند شيخنا: يصح شرطه للإسناد وشراء قوس وكراء الحانوت وإطعام الجماعة، لأنه مما يعين على الرمي، وتعيين المركوبين بالرؤية، وتساويهما في ابتداء عدو، وانتهائه، واتحادهما نوعاً، وفيه تخريج من تساويهما في الغنيمة.

قال في الترغيب: وتساويهما في النجابة والبطء وتكافئهما وتعيين رماة يحسنونه، وإن عقدوا قبل التعيين على أن يقتسموا بعد العقد بالتراضي جاز، لا بقرعة، وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه، فادعى ظن خلافه، لم يقبل، ويعتبر تساويهما في عدد رمي وإصابة وصفتها وأحوال الرمي. وفي الترغيب: في عدد الرماة وجهان «م ٢».

مسألة - ٢: قوله: «ويعتبر تساويهما في عدد رمي وإصابة وصفتها وأحوال الرمي، وذكر في الترغيب في عدد الرماة وجهين»، انتهى. وكذا قال في البلغة، وأطلقهما في الرايتين والحاوي الصغير.

أحدهما: لا يشترط استواء عدد الرماة، وهو الصحيح، صححه في النظم، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته، وهو ظاهر ما قدمه المصنف.

وفي الموجز: والرمي متساويان، لا يكون بعضهم صلباً، والآخر رخواً، ومسافة بقدر معتاد، والمركوبين دون الراكبين وكذا القوسين، ولا يعتبر تعيينهما بل جنسهما. وفي النوع وصحة شرط ما لا يتعين وجهان «م٣، ٤» ويبدل منكسر مطلقاً، ولا يصح - في الأصح - تناضلهما على أن السبق لأبدهما رمياً.

زاد في الترغيب: من غير تقدير، ويبدأ بالرمي من قرع، وقدم القاضي: من له مزية ببذل السبق، واختار في الترغيب يعتبر ذكر المبتدئ به، فإن كان العوض من أحدهما أو غيرهما فسبق مخرجه أو جاء معاً أخذه فقط، وهو كبقية ماله، قاله في المنتخب وغيره، وإن سبق من لم يخرج أخذه، ويحرم العوض منهما إلا بمحلل لا يخرج شيئاً، يكافئهما مركوباً ورمياً بينهما، فإن سبقهما أحرزهما وإن سبقاه فلا شيء له وأحدهما يحرزهما، ومع المحلل سبق الآخر فقط لهما، نص أحمد على معنى

والوجه الثاني: يشترط، وهما احتمالان في الرعاية الكبرى، واحتمال وجهين في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير.

مسألة - ٣ - ٤: قوله: «ولا يعتبر تعيينهما» يعني القوسين «بل جنسهما، وفي النوع وصحة شرط ما لا يتعين وجهان» انتهى، ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٣: هل يشترط في القوسين أن يكونا من نوع واحد أو يصح أن يكونا من نوعين كقوس عربي وفارسي؟ أطلق الخلاف في ذلك، وأطلقه في المغني، والشرح، والفائق.

أحدهما: يشترط، فلا يصح بين عربي وفارسي، وهو الصحيح، جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحرر، والوجيز والمنور، وغيرهم. وقدمه في المقنع، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، وغيرهم. قال الزركشي: هذا المذهب، قال الشيخ والشارح: هذا قول غير القاضي.

والوجه الثاني: لا يشترط، اختاره القاضي، وهو احتمال في المقنع.

المسألة الثانية - ٤: لو اشترطوا شرطاً لا يتعين بتعيينه، فيحتمل أن مراده لو شرطاً تعيين قوسين ونحوه هل يصح أم لا؟ ويحتمل أن مراده لو شرطاً شرطاً لا يصح، مثل أن يشترط أن السابق يطعم السبق أصحابه أو غيرهم، لكن هذه المسألة لا يصح الشرط فيها عند الأصحاب، وهل يصح العقد أم لا؟ أطلق جماعة الخلاف فيها، والصواب أن مراده المسألة الأولى، وهو ظاهر كلام المصنف، لكن لم أرها، وقد ذكر الشيخ في المغني، وتبعه الشارح: لو عقد النضال جماعة ليتناضلوا حزينين جاز عند القاضي، وذكر احتمالاً بعدم الجواز.

ذلك بالعدل ويكفي محلل واحد.

قال الآمدي: لا يجوز أكثر، لدفع الحاجة. وفي الرعاية: وقيل: بل أكثر، واختار شيخنا: لا محلل، وأنه أولى بالعدل من كون السبق من أحدهما وأبلغ في تحصيل مقصود كل منهما، وهو بيان عجز الآخر، وأن الميسر والقمار منه لم يحرم لمجرد المخاطرة، بل لأنه أكل للمال بالباطل أو للمخاطرة المتضمنة له، وضعف جماعة خبر أبي هريرة في المحلل، لأنه من رواية سفيان بن حسين وسعيد بن بشير عن الزهري، وهما ضعيفان فيه، ورواه أئمة أصحابه عنه عن ابن المسيب، من قوله، وقال أيضًا: إن سمح أحدهما للآخر بالإعطاء فلا إثم، قال: ولو جعله الأجنبي لأحدهما إن غلب دون الآخر لم يجز، لأنه ظلم، ولو قال المخرج: من سبق أو صلى، فله عشرة لم يصح إذا كانا اثنين، فإن زادا، أو قال: ومن صلى فله خمسة، صح، وكذا على الترتيب للأقرب إلى السابق، وهي جعالة، فإن فضل أحدهما فله الفسخ فقط.

وفي المذهب وغيره: يجوز على هذا فسخه وامتناعه منه وزيادة عوضه، زاد غيره: وأخذه به رهناً أو كفيلاً، وقيل: لازم، فيمتنع ذلك، لكن تنفسخ بموت المعينين، وفي الترغيب احتمال: لا يلزم في حق المحلل، لأنه مغبوط، كمرتهن. ووارث راكب كهو، ثم من أقامه حاكم، وإن قلنا جائزة فوجهان «م ٥».

مسألة - ٥: قوله: «وارث راكب كهو ثم من أقامه حاكم، وإن قلنا جائزة فوجهان» انتهى.

أحدهما: لا يكون الوارث كالमित في ذلك، وهو الصحيح، وهو كالصريح المقطوع به في كلام كثير من الأصحاب، لقطعهم بفسخها بموت أحد المتعاقدين، على القول بأنها عقد جائز، كما قطع به الشيخ في المقنع، وغيره، وهو ظاهر كلامه في الحاوي الصغير وغيره.

والوجه الثاني: وارثه كهو في ذلك، ثم الحاكم، جزم به ابن عبدوس في تذكرته، وهو ظاهر كلامه في الرعاية الصغرى، والفائق، وهو كالصريح في كلام صاحب البلغة، وصرح به في الكافي، وقطع به، لكن جعل الوارث بالخيرة في ذلك. وقال في المستوعب: «فإن مات أحد الركابين قام وارثه مقامه، فإن عدم الوارث استأجر الحاكم من ينوب عنه» انتهى، فأطلق العبارة، فظاهره أنه كالوارث على القول باللزوم والجواز، ولعل هذا المذهب.

تنبيه: جعل المصنف وغيره محل الخلاف على القول بأنها عقد جائز، وهو

قال في الترغيب: ولا يجب تسليم عوضه في الحال وإن قلنا بلزومه، على الأصح، بخلاف أجره، بل يبدأ بتسليم عمل. والسبق بالرأس في تماثل عنقه، وفي مختلفه وإبل بكتف، وفي المحرر الكل بالكتف، وقيل: بالقدم، قال الشيخ: ولا تصح بأقدام معلومة لأنه لا ينضبط. وفي الترغيب: الأول، وزاد بالرأس في الخيل، قال: وكذا ابتداء الموقف. ويحرم جنبه مع فرسه أو وراءه فرسًا يحرضه على العدو، وجلبه، وهو أن يصيح به في وقت سباقه. وفي مختصر ابن رزين يكرهان.

والسبق في الرمي بالإصابة المشروطة، وهي إما مبادرة: بأن يجعل السبق لمن سبق إصابته من عشرين رمية، مع تساويهما في الرمي، أو مفاضلة: بأن يجعله لمن فضل الآخر بإصابته من عشرين رمية، ولا يصح شرط إصابة نادرة قاله في المغني وغيره.

وفي الترغيب وغيره: يعتبر إصابة ممكنة، ويشترط معرفة الغرض قدرًا وصفة ولو وقع السهم موضعه بعد أن أطارته الريح احتسب به، فإن شرط إصابة مقيدة وشك فيما لو بقي موضعه فلا، وإن عرض ما يمنع ككسر قوس أو قطع وتر أو ريح شديدة لم يحتسب عليه، وحكي وجه، والأشهر: ولا له. ويكره مدح المصيب منهما وعيب المخطئ، وحرمة ابن عقيل، ويتوجه: يجوز مدح المصيب ويكره عيب غيره، ويتوجه في شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة وعيب غيره لذلك، والله أعلم.

مشكل، إذ العقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، ولعل الميت أحد الراكبين لا المتعاقدين، قاله ابن نصر الله في حواشيه.
فهذه خمس مسائل في هذا الباب.

باب العارية

يعتبر كون المعير أهلاً للتبرع شرعاً، وأهلية مستعير للتبرع له، ويتوجه في مال صغير كقرضه، وتجاوز إعارة ذي نفع جائز ينتفع به مع بقاء عينه إلا البضع وما حرم استعماله لمحرّم، وقيل: وكلّياً لصيد وفحلاً لضراب، وقيل: وأمة شابة لغير محرّم أو امرأة، جزم به في التبصرة والكافي.

والأشهر: يكره، وفي المغني: إن خلا أو نظر، وأنه لا بأس بشوّهاء أو كبيرة، ويجوز لهما، وقيل: يكره. وفي الترغيب: إلا البرزة وفي التبصرة: وعبدًا مسلمًا لكافر، ويتوجه كإجارة، وقيل: فيه بالكراهة وعدمها، وقيل: تجب أي العارية مع غنى ربه، اختاره شيخنا.

ويكره أحد أبويه لخدمة وللمعير الرجوع، وعنه: إن عين مدة تعينت، وعنه: ومع إطلاقه لا يرجع قبل انتفاعه، قال القاضي: القبض شرط في لزومها، وقال: يحصل بها الملك مع عدم قبضها. وفي مفردات أبي الوفاء في ضمان المبيع المتعين بالعقد: الملك أبطأ حصولاً وأكثر شروطاً من الضمان، لسقوط الضمان بإباحة الطعام بتقديمه، وضمان المنفعة بعارية العين ولا ملك، فإذا حصل بالتعيين هنا الإبطاء فأولى حصول الأسرع، وهو الضمان.

وقال أبو الخطاب: لا يملك مكيلاً وموزوناً بلفظها، ولو سلّم ويكون قرضاً فإنه يملك به وبالقبض، وفي الانتصار لفظ العارية في الأثمان قرض، وفي المغني: إن استعارها للنفقة فقرض، وقيل: لا يجوز، ونقل صالح منحة لبن هو العارية، ومنحة ورق هو القرض، وذكر الأزجي خلافاً في صحة إعارة دراهم ودنانير للتجمل والزينة، ولا رجوع لمعير سفينة لمتاع في اللجة حتى ترسو، وحائط لخشب حتى يسقط فلا يردان بلا إذن، وفي الحائط احتمال: يرجع إن ضمن النقص، وكذا أرضاً لدفن ميت حتى يبلى، وقيل: ويصير رميمًا.

وقال ابن الجوزي: يخرج عظامه ويأخذ أرضه، ولا أجره في الكل، وإن أعاره أرضاً لزراع لا يقصل ويترك حتى يحصد ولغرس أو بناء وشرط قلعه عند رجوعه أو في وقت قلعه فيه مجاناً، وإلا فلرب الأرض أخذه بقيمته أو قلعه، ويضمن نقصه، خلافاً للحلواني فيه، ولا يلزم المستعير تسوية الحفر، قاله جماعة. وفي المستوعب: إلا مع شرط القلع، وعند الشيخ: إلا مع إطلاقه، ويلزمه بشرطها، ومثله غرس مشتر وبناءه لفسخ بعب أو فلس، وفيه وجه: لا يأخذه ولا يقلعه، وقيل: إن أبى المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص أو أبى دفع قيمته رجع أيضاً، والمبيع بعقد فاسد كمستعير فقط «وش» ذكره صاحب المجرد والفصول والمغني في الشروط في الرهن، لنضمه إذناً، وصاحب المحرر، ولا أجره.

وفي المجرد: لو غارسه على أن الأرض والغرس بينهما فله أيضاً تبقيته بالأجرة، ويتوجه في الفاسد وجه كغصب، لأنهم ألحقوه به في الضمان، وفاقاً لأبي يوسف ومحمد، ولا يقال لرب الأرض قيمتها فقط «هـ م»، ومستأجر كمستعير، ولم يذكر جماعة فيه أخذه بقيمته. زاد في التلخيص: كما في عارية مؤقتة، ولم يفرقوا بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا، مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً، فإن لم يترك بالأجرة فيتوجه أن لا يبطل بالوقوف مطلقاً، وتقدم في الصلح كلامه في الفنون، وهو هنا أولى، وقال معناه شيخنا، فإنه قال فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً أو بنى وقفه عليه: متى فرغت المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها، وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجره المثل، كوقف علو ربيع أو دار مسجداً، فإن وقف علو ذلك لا يسقط حق ملاك السفلى، كذا وقف البناء لا يسقط حق ملاك الأرض، وإن شرط في إجارة بقاء غرس فكإطلاقه.

وقيل: تبطل، ولو اكترى مدة لزراع ما يتم فيها وشرط قلعه بعدها صح، وإن

تنبيه: قوله: «ولا رجوع لمعير... حائط الخشب حتى يسقط فلا يردان». انتهى. الصحيح من المذهب أنه ليس له ردّ الخشب مكانها إذا سقط، كما قطع به المصنف، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحرر، والشرح، وشرح ابن منجا، والرايعتين والحاوي الصغير والنظم، والفائق، وغيرهم. قال الحارثي: قاله المصنف يعني به الشيخ الموفق والقاضي وابن عقيل، في آخرين من الأصحاب وقال القاضي والمصنف يعني به صاحب المغني، في الصلح له إعادته إلى الحائط، قال: وهو الصحيح اللائق بالمذهب، لأن السبب مستمر، فكان الاستحقاق مستمراً، انتهى. ولم يطلع المصنف على كلام الحارثي أو لم يستحضره، فلذلك جزم بالحكم تبعاً لغيره، والله أعلم.

شرط بقاءه ليتم أو سكت فسد، فإن زرع فأجرة مثله، وقيل: يصح إن سكت فإذا تمت والزرع باق فقيل: كفراغها وفيها زرع بقاءه بتفريط مكتر فهو كغاصب، ولربه نقله، وذكر القاضي أنه يلزمه، وقيل: كمبقي بلا تفريط تركه بالأجرة «م ١».

وله أجرة مثله في إجارة، وهنا قال الأكثر: له أجرة في زرع من رجوعه، فخرجه بعضهم في غرس وبناء، وقيل: وغيرهما، وجزم به في التبصرة في مسألة السفينة، واختاره أبو محمد يوسف الجوزي فيما سوى أرض للدفن، ولرب الأرض التصرف بما لا يضرهما، ولربها دخولها لمصلحتها خاصة، وأيهما طلب البيع ففي إيجاب الآخر معه وجهان «م ٢» ولو حمل سيل بذراً فنبت فلرب الأرض أجرة مثله، في الأصح، وحمله غرساً كغرس شفيح، وقيل: فيه، وقيل: وفي زرع كغاصب.

مسألة - ١: قوله: «وإن اكرى مدة لزرع ما يتم فيها وشرط قلعه بعدها صح، وإن شرط بقاءه ليتم أو سكت فسد، وإن زرع فأجرة مثله، وقيل: يصح إن سكت، فإذا تمت والزرع باق فقيل كفراغها، وفيها زرع بقاءه بتفريط مكتر فهو كغاصب، ولربه نقله، وذكر القاضي أنه يلزمه، وقيل: كمبقي بلا تفريط تركه بالأجرة» انتهى، وهذان القولان على القول بالصحة فيما إذا سكت، وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: حكمه حكم الزرع المبقى بتفريط المستأجر، قدمه في الرعاية الكبرى، فقال: فإذا فرغت المدة والزرع باق فهو كمفريط، وقيل: لا، انتهى. قلت: وما قدمه هو الصواب.

والوجه الثاني: هو كالمبقي بلا تفريط، فيترك بالأجرة.

تنبيه: قوله: «وإن اكرى مدة لزرع ما يتم» قال شيخنا: كذا في النسخ، والذي يظهر أنه ما لا يتم، بزيادة «لا» بعد «ما» دليل: قوله: «وإن شرط بقاءه ليتم، ويحتمل أن يكون لزرع منون، و «ما» نافية، وقوله: «تركه بالأجرة» هنا نقص، وتقديره والله أعلم «يلزم تركه» «فيلزم» هو النقص.

مسألة - ٢: قوله: «ولرب الأرض التصرف بما لا يضرهما، ولربها دخولها لمصلحتها خاصة، وأيهما طلب البيع ففي إيجاب الآخر معه وجهان»، انتهى. وأطلقهما في المحرر والفائق.

أحدهما: يجبر، جزم به في الوجيز وغيره، قال في الرعايتين والحاوي الصغير، أجبر، في أصح الوجهين.

والوجه الثاني: لا يجبر، صححه في تصحيح المحرر والنظم، وتجريد العناية.

فصل

العارية المقبوضة مضمونة، نص عليه، لأن النفع غير مستحق، بخلاف عبد موصى بنفعه، وقاسها جماعة على المقبوض على وجه السوم، فدل على رواية مخرجة، وهو متجه، وذكر الحارثي خلافاً: لا يضمن، وذكره شيخنا عن بعض أصحابنا، واختاره صاحب الهدي فيه وعنه: بلى إن شرطه، اختاره أبو حفص وشيخنا، وعنه: إن لم يشرط نفيه جزم به في التبصرة بقيمتها يوم التلف، ولا يضمن وقف بلا تفريط، في ظاهر كلامه وأصحابه.

وإن تلفت أو جزؤها بانتفاع بمعروف أو الولد أو الزيادة لم يضمن، في الأصح، وفي ولد مؤجرة الوديعة الوجهان، ويصدق في عدم تعديه، ولا يضمن رائض ووكيل، لأنه غير مستعير، ويستوفي المنفعة كمستأجر، وليس له أن ينتفع إلا بمنفعة معهودة، ويؤجر بإذن، وقيل: وبدونه إن عين مدة، ولا يضمن مستأجر منه، في الأصح، والأجرة لربها، وقيل: له، وفي جواز إعاره المستعير وجهان أصلهما هل هي هبة منفعة أو إباحة؟ «م ٣» ويتوجه عليهما تعليقها بشرط. وفي المنتخب: يصح،

مسألة - ٣: قوله: «وفي جواز إعاره المستعير وجهان، أصلهما هل هي هبة منفعة أو إباحة»، انتهى. فتكلم أولاً على أصل الوجهين وبه يعرف الصحيح منهما في جواز إعاره المستعير وعنده، فنقول: نفس الإعاره هل هي هبة منفعة أو إباحة منفعة، فيه وجهان، وأطلقهما الناظم.

أحدهما: هي إباحة منفعة، وهو الصحيح، اختاره ابن عقيل، وابن حمدان في الرعاية الصغرى، وابن عبدوس في تذكرته، قال الحارثي: وهو أمس بالمذهب، واختاره غير واحد، انتهى. وجزم به في المغني، والتلخيص، والشرح، والفائق، وغيرهم. وقدمه في المستوعب والرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: هي هبة منفعة، جزم به في الهداية، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والهادي، والمذهب، الأحمد والوجيه وإدراك الغاية، وشرح ابن رزين، وغيرهم وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، قال الحارثي: ويدخل على هذا الوجه الوصية بالمنفعة، وليس بإعاره، وقال: الفرق بين القولين أن الهبة تملك يستفيد به التصرف في الشيء، كما يستفيدة فيه بعقد المعاوضة، والإباحة رفع الحرج من تناول ما ليس مملوكاً له، فالتناول مستند إلى الإباحة، وفي الأول مستند إلى الملك، وقال في تعليل الوجه الأول: فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعاره لا يستقل المستعير بالإجارة والإعاره، كما في الشفعة والمملوكة بعقد الإجارة، انتهى.

قال في الترغيب: يكفي ما دل على الرضى من قول أو فعل، فلو سمع من يقول أردت من يعيرني كذا فأعطاه كفى، لأنه إباحة لا عقد، وسهم فرس لغزو له كحبس ومستأجر، وعنه: لمالكه، وسهم فرس مغصوب كصيد جارج ويعطي نفقة الحبس، نقله أبو طالب، ومن قال: ما أركبها إلا بأجرة قال ربها ما أخذ لها أجرة، ولا عقد بينهما فعارية، ولو أركب دابته منقطعاً لله لم يضمن، وفيه وجه، وكذا رديف، وقيل: يضمن نصف القيمة.

يقال: ردفته بكسر الدال أردفه بفتحها إذا ركبت خلفه، وأردفته أنا، وأصله من ركوبه على الردف، وهو العجز، ويقال ردف بكسر الراء وسكون الدال ورديف. ولو سلم شريك شريكه الدابة فتلفت بلا تفريط ولا تعد، بأن ساقها فوق العادة ونحوه، لم يضمن، قاله شيخنا، ويتوجه كعارية إن كان عارية وإلا لم يضمن وإن ردها إلى من عرف بقبضها عادة كزوجة أو سائس - خلافاً للحلواني فيه - برئ، وإلا فلا، كإصطبل مالكة وغلأمه، وخالف فيه صاحب الرعاية، وظاهر تقديم المستوعب ببرأ ربها ووكله فقط.

وإذا قال: أعرتني، أو أجرتني، قال: بل غصبتني، أو قال: أعرتك، قال: أجرتني والبهيمة تالفة، أو اختلفا في ردها قبل قول المالك، وكذا: أعرتني، قال:

إذا علمت ذلك فمن قال: هي إباحة منفعة، لم تجز له الإعارة، وهذا هو الصحيح كما تقدم، ومن قال: هي هبة منفعة، أجاز للمستعير أن يعير، والله أعلم.

قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب عدم جواز إعارتها على كلا الوجهين، ففي الهداية، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والهادي، والمذهب، الأحمد وإدراك الغاية، وشرح ابن رزين، وغيرهم أنها هبة منفعة، وقالوا: ليس له أن يعير، وهو الصواب، ولا يمتنع هبة شيء مخصوص وعدم التصرف فيه، وصحح في النظم عدم الجواز أيضاً مع إطلاقه الخلاف في كونها هبة منفعة أو إباحة منفعة، ولكن ظاهر كلامه في المغني، والشرح، الجواز على القول بأنها هبة منفعة، وتابعها المصنف على ذلك. وقال الحارثي: أصل هذا ما قدمنا من أن الإعارة إباحة منفعة، وقال عن الوجه الثاني: يتفرع على رواية اللزوم في العارية المؤقتة، انتهى.

قلت: قطع في القاعدة السابعة والثمانين بجواز إعارة العين المعارة المؤقتة إذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها، انتهى. فتلخص أن المصنف تابع الشيخ في المغني، على هذا البناء، وأن ظاهر كلام أكثر الأصحاب منعوا من الإعارة ولم يبنوا، وهو الصواب. فهذه ثلاث مسائل قد صححت.

أودعتك، صدق المالك، فيضمن ما انتفع، ولو قال: آجرتك، قال: أعرتني عقيب العقد، قبل قول القابض، فلا يغرم القيمة، وبعد مضي مدة لها أجرة يقبل قول المالك، في الأصح في ماضيها، وله أجرة المثل.

وقيل: المسمى، وقيل: أقلهما، وكذا لو ادعى أنه زرع عارية وقال ربها: إجارة، ذكره شيخنا، وكذا في الأجرة: أعرتني أو آجرتني، قال: غصبتني، وقيل: إن قال: أودعتني، قال غصبتني، فوجهان، والله تعالى أعلم.

باب الوديعة

وهي وكالة في الحفظ، فيعتبر أركانها، وينفسخ بموت وجنون وعزل، كوكالة، ويلزمه حفظها في حرز مثلها عرفاً، كسرقة، وإن عينه ربها فأحرزها بمثلها أو فوقه بلا حاجة كالبس الخاتم في خنصر فلبسه في بنصر لا عكسه لم يضمن، وقيل: بلى، وهو رواية في التبصرة، وقيل: بمثلها كدونه، وقيل: فيه: إن رده إليه فلا، وإن نهاه عن إخراجها لزمه إخراجها عند الخوف، ويحرم لغيره، في الأصح فيهما، وإن قال: لا تخرجها وإن خفت عليها لم يضمن، وقيل: إن وافقه أو خالفه ضمن، كإخراجها لغير خوف، وإن ترك علف الدابة ضمن، وقيل: لا كلا تعلقها، وإن حرم، وإن أمره به لزمه، وقيل: بقبوله، ويعتبر حاكم.

وفي المنتخب: لا وإن عين جيبه ضمن في كمه ويده، لا عكسه، وإن عين كمه ففي يده أو عين يده ففي كمه وجهان «م ١ و ٢» وإن جاءه بالسوق وأمره بحفظها

مسألة - ١ - ٢: قوله: «وإن عين كمه ففي يده أو عين يده ففي كمه وجهان»، انتهى. فيه مسألتان.

المسألة الأولى - ١: لو قال: اتركها في كمك فتركها في يده فتلفت فهل يضمن أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والهادي، والتلخيص، والشرح، والرعايتين، والنظم، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يضمن، قال الحارثي: وهو الأظهر عند القاضي وابن عقيل.

والوجه الثاني: يضمن، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وقدمه في الكافي، قال الحارثي: وإليه ميل المصنف في كتابيه: يعني به الشيخ في المغني، والكافي، وقدمه في إدراك الغاية.

المسألة الثانية - ٢: عكسها ما لو قال: اتركها في يدك فتركها في كمه، حكمها

بيته فتركها عنده إلى مضيه لمنزله ضمن، وقيل: لا، وهو أظهر، ومتى أطلق، فتركها بجيبه أو يده، أو شدها في كفه أو عضده - وقيل: من جانب الجيب - أو ترك في كفه ثقيلًا بلا شد، أو تركها في وسطه وحرز عليه سراويل، لم يضمن. وضمنه في الفصول في جيب وكم، على رواية أن الطرار لا يقطع وذكر إن تركه في رأسه وغرزه في عمامته أو تحت قلنسوته احتمل أنه حرز، وإن دفعها إلى من يحفظ ماله أو مال ربها عادة، كزوجة وخادم، وفي الروضة: وولد ونحو ذلك، لم يضمن، في المنصوص، كوكيل ربها، وإن أراد سفرًا لضرورة، أو لا ولم ينه عنه ولا خوف وفي المبهج والموجز: والغالب السلامة، زاد في عيون المسائل والانتصار: كأب ووصي، فله السفر بها، نص عليه، لا لمستأجر لحفظ شيء سنة لملكه، منفعه، وله ما أنفق عليه بنية الرجوع، قاله القاضي، ويتوجه كنظائره، وقيل: مع غيبة ربها أو وكيله إن كان أحرز، وإن استويا فوجهان «م ٣».

ويلزمه مؤنته، وفي مؤنة رد من بعد خلاف في الانتصار «م ٤». وإن لم يسافر بها أو حضرته الوفاة سلمها أحدهما ثم حاكمًا، وفي لزومه قبولها وقبول مغضوب

حكم التي قبلها، خلافًا ومذهبًا.

قلت: الصواب أن اليد أحرز من الكم في المسألتين، والله أعلم.

وقال القاضي: اليد أحرز عند المغالبة، والكم أحرز عند عدم المغالبة، فعلى هذا إن أمره بتركها في يده فشدّها في كفه في غير حال المغالبة فلا ضمان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن.

مسألة - ٣: قوله: «وإن أراد سفرًا، فله السفر بها، نص عليه، وله ما أنفق بنية الرجوع». وقيل: مع غيبة ربها أو وكيله إن كان أحرز، وإن استويا فوجهان، انتهى. وأطلقهما في التلخيص، والرعايتين، والنظم، وشرح الحارثي والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يحملها معه، فإن فعل ضمن، وهو ظاهر النص، وظاهر كلام كثير من الأصحاب، وهو الصواب، قال في المبهج: لا يسافر بها إلا إذا كان الغالب السلامة. انتهى، فظاهره أنه لا يسافر بها مع استواء الأمرين.

والوجه الثاني: له السفر بها.

مسألة - ٤: قوله: «ويلزمه مؤنته، وفي مؤنة رد من بعد خلاف في الانتصار»، انتهى. قلت: ظاهر كلام أكثر الأصحاب اللزوم، لأنهم لم يفرقوا بين القريب والبعيد، بل أطلقوا، وهو ظاهر ما قدمه المصنف.

ودين غائب وجهان «م ٥».

وقيل: أو لثقة، وذكره الحلواني رواية، كتعذر حاكم، في الأصح، وفي النوادر أطلق أحمد الإيداع عند غيره لخوفه عليها، وحمله القاضي على المقيم لا المسافر، وإن أودعها، بلا عذر ضمنها وقراره عليه، فإن علم الثاني فعلية، وعنه: لا يضمن الثاني إن جهل، اختاره شيخنا، كمرتهن، في وجه. واختاره شيخنا، ويتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل: له الإيداع بلا عذر، فإن دفنها بمكان وأعلم ساكنه فكإيداعه، وإلا ضمن، وإن تعدى فيها بانتفاعه أو أخذها لا لإصلاحها كنفقة أو شهوة رؤيتها ثم ردها، وفيهما وجه، أو كسر ختمها أو حله، وفي الثلاثة رواية، أو جحدتها ثم أقر، أو منعها بعد طلب طالبها شرعاً والتمكن ولو كان مستأجراً لها، وفي أجرة ما مضى خلاف في الانتصار، ضمن وكذا إن خلطها بغير متميز وإن تميز فلا، على الأصح، وظاهر نقل البغوي: وإن لم يميز، ولم يتأوله في النوادر.

وذكره الحلواني، ظاهر كلام الخرقى، وجزم به في المنشور عن أحمد، قال: لأنه خلطه بماله، وجزم به في المبهج في الوكيل، كوديعته، في أحد الوجهين «م ٦»

مسألة - ٥: قوله: «وفي لزومه» أي الحاكم «قبولها وقبول مغضوب ودين غائب وجهان» وكذا مال ضائع انتهى، ذكر أربع مسائل يشبه بعضهن بعضاً حكمهن واحد، وأطلق الوجهين في الرعاية الكبرى:

أحدهما: يلزمه، وهو الصحيح، قال في التلخيص: الأصح اللزوم في قبول الوديعة والمغضوب والدين، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يلزمه، وهو ضعيف، اللهم إلا أن يكون هذا المال في يد ثقة قادر فإنه يضعف اللزوم الحاكم، والله أعلم.

مسألة - ٦: قوله: «وكذا إن خلطها بغير متميز» يعني أنه يضمن بتعديه بخلطها بغير متميز «وإن تميز فلا، على الأصح، وظاهر نقل البغوي: وإن لم يميز، ولم يتأوله في النوادر، وذكره الحلواني ظاهر كلام الخرقى، وجزم به في المنشور عن أحمد، وجزم به في المبهج في الوكيل، كوديعته في أحد الوجهين»، انتهى. يعني: إذا ادّعى في الوديعة بالخلط. والظاهر: أنه أراد بقوله: كوديعته في أحد الوجهين إذا خلط وديعة شخص بوديعة الأخرى خلطاً لا يميز هل يضمن أم لا؟ أطلق الوجهين.

قال في الرعاية: وإن خلط إحدى وديعتي زيد بالأخرى بلا إذنه وتعذر التمييز احتمال وجهين، انتهى. وقال بعد ذلك قلت: وإن أودعه كيسين فخلطهما بلا إذن ضمن، انتهى.

وإن لم يدر أيهما ضاع ضمن، نقله البغوي، وذكره جماعة، وإن أخذ درهماً ثم رده ضمنه، في الأصح، وعنه: وغيره، وكذا إن رد بدله متميزاً، وعنه: أو غيره، وكذا إن أذن في أخذه منها فرد بدله بلا إذنه، ومتى جدد له استئماناً أو أبرأه برىء، في الأصح، كرده إليه، أو إن خنت ثم تركت فأنت أمين، ذكره في الانتصار، وفيه وجه: يضمن بنية التعدي، كملتقط، في أحد الوجهين في الترغيب «م ٧»، وإن خرق فوق المسدود فأرشف الكيس، وإن قال: استخدمه ففعل صار عارية، وإن ادعى إذنه في دفعها لفلان وأنه دفع قبل، في المنصوص، خلافاً للأئمة، ذكره صاحب المحرر وقال: وافقوا إن أقر بإذنه، وقيل: ذلك كوكالة بقضاء دين، ولا يلزم المدعى عليه للمالك غير اليمين ما لم يقر بالقبض، وذكر الأزجي: إن ادعى الرد إلى رسول موكل ومودع فأنكر الموكل ضمن، لتعليق الدفع بثالث، ويحتمل: لا، وإن أقر وقال: قصرت لترك الإشهاد احتمل وجهين، واتفق الأصحاب لو وكله بقضاء دينه فقضاه في

وظاهر كلامه في المغني، والشرح، أن يضمنهما، فإنهما قالوا: إذا خلط الوديعة بما لا يتميز من ماله أو مال غيره ضمنها، وقالوا: لما نصرنا هذا القول: ولنا أنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز، فوجب ضمانها، انتهى. قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب حيث قالوا: إذا خلطها بماله على وجه لا يتميز ضمنها.

والوجه الثاني: لا يضمنها، وقد ذكر الأصحاب في تعليل ما إذا خلطها بماله على وجه لا يتميز: ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها، والله أعلم.

مسألة - ٧: قوله: «وفيه وجه: يضمن بنية التعدي كملتقط، في أحد الوجهين في الترغيب» انتهى، وكذا قال في التلخيص:

أحدهما: لا يضمن اللقطة بنية التعدي فيها، كما لا يضمن الوديعة بذلك، قال الحارثي: وهو اختيار المصنف، يعني صاحب المقنع، قلت: وهو الصواب، قال الحارثي: وهو الصحيح، انتهى.

والوجه الثاني: يضمن، قال في التلخيص: وهو الأشبه بقول أصحابنا في التضمن بمجرد اعتقاد الكتمان، ويخالف المودع فإنه مسلط من جهة المالك، انتهى.

قال في الرعاية الكبرى: فإن نوى الملتقط اختزاله أو تملكه في الحال أو كتمه ضمنه ولم يملكه، وإن عرفه بعد، وفيه احتمال، انتهى.

تنبيه: قوله: «وإن أقر وقال: قصرت لترك الإشهاد احتمل وجهين» انتهى، هذا من تنمة كلام الأزجي وليس من الخلاف المطلق، لأنه قد قدم حكمها، والله أعلم.

غيبته وترك الإشهاد ضمن، لأن مبنى الدين على الضمان، ويحتمل إن أمكنه الإشهاد فتركه ضمن، كذا قال، ولو قال: لم تودعني ثم ثبتت لم يقبل دعوى رد وتلف، فإن أقام بينة بهما متقدماً جحوده لم تسمع، في المنصوص، وبعده تسمع برد، والأصح وتلف، ويقبل قوله فيهما في: ما لك عندي شيء، ولو قال: لك وديعة، ثم ادعى ظن البقاء، ثم علم تلفها، أو ادعى الرد إلى ربها فأنكره ورثته فوجهان «م ٨ و ٩» ودعواه الرد إليهم أو دعوى ورثته الرد إلى ربها تقبل ببينة.

ولو تلفت عند ورثته بعد إمكان ردها فقبل: بعدم الضمان، وقطع به في المحرر إن جهلها ربها «م ١٠». ويعمل بخط أبيه على كيس لفلان، في الأصح، كخطه بدين

مسألة - ٨ - ٩: «ولو قال: لك وديعة ثم ادعى ظن البقاء ثم علم تلفها أو ادعى الرد إلى ربها فأنكره ورثته فوجهان» انتهى، ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: لو قال: لك وديعة ثم ادعى ظن البقاء ثم علم تلفها فهل يقبل: قوله: أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الرعاية الكبرى، وهو ظاهر كلام الرعاية الصغرى.

أحدهما: يقبل قوله، اختاره القاضي. قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يقبل قوله، قدمه في المغني، عند قول الخرقى، وإن قال: له عندي عشرة دراهم ثم قال: وديعة، وهو ظاهر ما جزم به ابن رزين، وقدمه الشارح، ذكره في باب ما إذا وصل بإقراره ما غيره، قلت: ويحتمل الرجوع إلى حال المودع والرجوع إلى القرائن.

المسألة - ٩: الثانية: لو ادعى الرد إلى ربها فأنكر الورثة فهل يقبل: قوله: أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يقبل قوله. قلت: وهو الصواب، وقد قبلنا: قوله: في الرد في حياة صاحبها فكذا بعد موته.

والوجه الثاني: لا يقبل إلا ببينة، جزم به في الرعاية الكبرى، ويحتمل إلى الرجوع إلى حال المودع.

مسألة - ١٠: قوله: «ولو تلفت عند ورثته بعد إمكان ردها فقبل بعدم الضمان وقطع به في المحرر إن جهلها ربها»، انتهى. وأطلقهما في الفائق.

أحدهما: يضمن مطلقاً، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والنظم، وشرح الحارثي، قال في القاعدة الثالثة والأربعين: والمشهور الضمان، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والهادي، والوجيز وغيرهم. وقدمه في التلخيص،

له، فيحلف، وفي عكسه وجهان «م ١١».

وقال: ذكره أكثر أصحابنا، وقدمه في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: لا يضمنها، قال الحارثي: لا أعلم أحدًا ذكره إلا المصنف، يعني به الشيخ قلت: قد ذكره في التلخيص، وغيره وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعاية الكبرى، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

وقيل: يضمنها إن لم يعلم بها صاحبها، جزم به المحرر وتذكرة ابن عبدوس، قال في الرعاية الصغرى: وهو أولى.

تنبيه: ظهر من نقل ما تقدم في هذه المسألة أن في إطلاق المصنف الخلاف نظرًا، لكون الأصحاب على الضمان مطلقًا، أو مع جهل ربها، والقول بعدم الضمان مطلقًا لا نعلم أحدًا اختاره، ويقوي ذلك قول الحارثي المتقدم، فما حصل اختلاف في الترجيح بين الأصحاب في المسألة، والله أعلم.

مسألة - ١١: قوله: «ويعمل بخط أبيه على كيس لفلان، في الأصح، كخطه بدين له، فيحلف، وفي عكسه وجهان»، انتهى. يعني إذا وجد خط أبيه بدين عليه فهل يعمل بهذا الخط أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية.

أحدهما: لا يعمل به ويكون تركة مقسومة، اختاره القاضي في المجرد، وجزم به في الفصول والمذهب، وقدمه في المغني، والشرح.

والوجه الثاني: يعمل به وبدفع إلى من هو مكتوب باسمه، قال القاضي أبو الحسين: المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه، وأومأ إليه، وجزم به في المستوعب، وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف قاطعًا به، ونصره وقدمه في التلخيص، وصححه في النظم، وهو المذهب عند الحارثي، فإنه قال: والكتابة بالديون عليه كالكتابة بالوديعة، كما قدمنا، حكاه غير واحد منهم السامري وصاحب التلخيص، انتهى. قلت: وهو الصواب، والذي يظهر أنه أولى من خطه بدين له.

تنبيه: قوله: «كخطه بدين له فيحلف» قال الشيخ في المغني والشارح في أقسام المشهود به وغيرهما: يجوز أن يحلف على ما لا يجوز الشهادة به، مثل أن يجد بخطه دينًا له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقًا، ولم يذكره، أو يجد في زورمانج أبيه دينًا له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقًا فله أن يحلف عليه، ولا يجوز أن يشهد به، انتهى. فقيده بكونه لا يكتب إلا حقًا، وأنه لم يعرف من أبيه إلا الأمانة، ويتصور اليمين من الورثة في هذه المسألة فيما إذا ادعوا عليه فأنكر ورد اليمين، فلهم أن يحلفوا ويستحقوا ما كتب به أبوه، فيما يظهر، والله أعلم.

وأستاذ الدار والكاتب ودفتره ونحوهما وكلاء كالأمر في هذا، وإن استعمل كاتبًا خائنًا أو عاجزًا أثم بما أذهب من حقوق الناس، لتفريطه، ذكره شيخنا. وإن طلب أحد المودعين نصيبه من مكيل أو موزون ينقسم وهو معنى قول بعضهم: لا ينقص بتفرقة لزمه دفعه، وحرمة القاضي إلا بإذنه أو إذن حاكم، وفرض في التبصرة المسألة في عين يمكن قسمتها، ويلزم المستودع مطالبة غاصبها، وقيل: ليس له، ومثله مرتين ومستأجر ومضارب، وذكر الشيخ فيه مع حضور رب المال: لا يلزمه، ولو سلم وديعة كرها لم يضمن.

وإن صادره سلطان لم يضمن، قاله أبو الخطاب، وضمنه أبو الوفاء إن فرط، وإن أخذها منه قهراً لم يضمن عند أبي الخطاب، وعند أبي الوفاء إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالاً ويضمن، وفي الخلاف والانتصار: يضمن المال بالدلالة، وهو المودع، وفي فتاوى ابن الزاغوني: من صادره سلطان ونادى بتهديد من له عنده وديعة فلم يحملها إن لم يعينه أو عينه وتهدده ولم ينله بعذاب أثم وضمن وإلا فلا «م ١٢ و١٣» ومن آخر ردها بعد طلبها بلا عذر ضمن، ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام

وكذا لو أقاموا شاهداً ويحلفون معه، أو أقر له بمجهول أو قال: لا أعلم قدره، فلهم أن يحلفوا على قدر ما وجد مكتوباً من أبيهم، على قول.

مسألة - ١٢ - ١٣: قوله: «وإن صادره السلطان لم يضمن، قاله أبو الخطاب، وضمنه أبو الوفاء إن فرط، وإن أخذها منه قهراً لم يضمن عند أبي الخطاب، وعند أبي الوفاء إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالاً ويضمن، وفي الخلاف والانتصار يضمن المال بالدلالة، وهو المودع. وفي فتاوى ابن الزاغوني: من صادره سلطان ونادى بتهديد من له عنده وديعة فلم يحملها إن لم يعينه أو عينه وتهدده ولم ينله بعذاب أثم وضمن، وإلا فلا» انتهى كلام المصنف، ذكر المصنف مسألتين.

مسألة - ١٢: ما إذا صادره السلطان.

ومسألة - ١٣: ما إذا أخذها منه قهراً، فما قاله أبو الخطاب في الثانية قطع به في التلخيص، والفائق، قال في الرعاية الكبرى، وإن أخذها منه قهراً أو دفعها إليه مكرهاً لم يضمن، وإن سأله عنها ورأى عنها، وإن ضاق النطق عنها جحدتها وتأول أو استثنى بقلبه، وكذا إن أحلف عليها، وقيل: له جحدتها وكتمها. انتهى.

قال الحارثي: وإذا قيل: التواعد ليس إكراهاً فتوعده السلطان حتى سلم فجواب أبي الخطاب وابن عقيل وابن الزاغوني وجوب الضمان ولا إثم، وفيه بحث، وإذا قيل: إنه إكراه فنأدى السلطان إن لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا فحملها من غير

ونحوه بقدره. وفي الترغيب: إن آخر لكونه في حمام أو على طعام إلى قضاء غرضه ضمن، وإن لم يَأْثُم على وجه، واختاره الأزجي، فقال: يجب الرد بحسب العادة، إلا أن يكون تأخيرها لعذر سببًا للتلف، فلم أر نصًّا، ويقوى عندي: يضمن، لأن التأخير إنما جاز بشرط سلامة العاقبة، وإن أمره بالرد إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن، والأصح ولو لم يطلبها وكيله، وإن منعه أو مطله بلا عذر ثم ادعى ردًّا أو تلفًا لم يقبل إلا ببينة، لخروجه عن الأمانة به، ومن آخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر ضمن، وقيل: لا، واختاره أبو المعالي، بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع. وإن قال: هذا وديعة اليوم لا غدًا وبعده يعود وديعة فقيل: لا وديعة، وقيل: بلى في اليوم، وقيل: وبعد غد «م ١٤».

مطالبة أثم وضمن، وبه أجاب أبو الخطاب وابن عقيل في فتاويهما، وإن آل الأمر إلى اليمين ولا بد حلف متأولًا. وقال القاضي في المجرد: له جحدها، فعلى المذهب إن لم يحلف حتى أخذت منه وجب الضمان، للتفريط، وإن حلف ولم يتأول أثم، وفي وجوب الكفارة روايتان، حكاهما أبو الخطاب في الفتاوى. قلت: الصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه وعلمه بذلك ولم يفعل.

ثم وجدت المصنف قال في باب جامع الأيمان: يكفر، على الأصح، وإن أكره على اليمين بالطلاق فأجاب أبو الخطاب؛ بأنها لا تنعقد، كما لو أكره على إيقاع الطلاق، قال الحارثي: وفيه بحث، وحاصله إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيرًا يوازي الضرر في صورة الإكراه فهو إكراه لا يقع، وإلا وقع على المذهب، انتهى كلام الحارثي.

وقال المصنف في باب جامع الأيمان: وعند ابن عقيل لا يسقط ضمان بخوفه من وقوع طلاق، بل يضمن بدفعها اقتداءً عن يمينه. وفي فتاوى ابن الزاغوني: إن أبى اليمين بالطلاق أو غيره فصار ذريعة إلى أخذها فكإقراره طائعًا، وهو تفريط عند سلطان جائر، انتهى.

مسألة - ١٤: قوله: «وإن قال هذا وديعة اليوم لا غدًا وبعده يعود وديعة فقيل: لا وديعة، وقيل: بلى في اليوم، وقيل: وبعد غد»، انتهى. قال القاضي في التعليق: هي وديعة على الدوام، نقله الحارثي.

قلت: وهي قريبة مما إذا شرط في الخيار يومًا له ويومًا لا، وقد أطلق المصنف فيها الخلاف، وتكلمنا عليها في باب الخيار في البيع.

فهذه أربع عشرة مسألة في هذا الباب.

وإن أمره برده في غد وبعده تعيين رده، ومن استأمنه أمير على ماله فخشي من حاشيته إن منعهم من عاداتهم المتقدمة لزمه فعل ما يمكنه، وهو أصلح للأمير من توليه غيره فيرتع معهم لا سيما ولالأخذ شبهة، ذكره شيخنا.

باب الغصب

وهو استيلاء على حق غيره قهراً وظلماً، كأم ولد وعقار، وفيه رواية لا بدخوله فقط، وقيل: يعتبر في غصب ما ينقل نقله، وفي الترغيب إلا في ركوبه دابة وجلوسه على فراش، ويرد كلباً يقتنى لا قيمته، وفي الإفصاح: يضمه ويرد خمر ذمي مستورة، وعنه: وقيمتها، وقيل: ذمي، وقال في الانتصار: لا يردها وأنه يلزم إراقتها إن حدّ وإلا لزم تركه، وعليهما يخرج تعزيز مريقه، ويأتي في أحكام الذمة.

قال في عيون المسائل: لا نسلم أنهم يقرون على شربه واقتنائه، لأن في رواية يجب الحدّ عليهم بالشرب ولا يقرون، وإن سلمنا فإننا لا نعرض لهم، فأما أن نقرهم فلا، ثم يبطل بالمجوس يقرون على نكاح المحارم المجوس ولا يقضى عليهم بمهر ونفقة وميراث، والمسلم يقر عند أبي حنيفة ومالك على الخمر للتخليل وجلود الميتة للدباغ والزيت النجس للاستصباح، ثم لا يضمن من أتلفه، وقال هو والترغيب وغيرهما: يرد الخمر المحترمة، ويرد ما تخلل بيده لا ما أريق فجمعه آخر فتخلل، لزوال يده هنا، وسبق في إزالة النجاسة أن الأشهر أن لنا خمراً محترمة، وفي رد صيده أو أجرته أو هما أوجه «م ١ و ٢».

مسألة - ١ - ٢: قوله: «وفي ردّ صيده أو أجرته أو هما أوجه» انتهى، شمل كلامه مسألتين.

المسألة الأولى - ١: إذا غصب جارحاً وصاد به فهل يرد الصيد على المغصوب منه الجارح أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية.

أحدهما: يرده: فيكون لمالك الجارحة، وهو الصحيح، قال الحارثي: هذا المذهب، قال في تجريد العناية: فلربه، في الأظهر، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في المغني، والشرح.

والوجه الثاني: الصيد للغاصب، وعليه الأجرة، قال الحارثي: وهو قوي، وجزم

ومثله فرس «م ٣ و ٤» يرد صيد عبد، وفي أجرته الوجهان «م ٥».

قيل: وكذا أحبولة، وجزم به غير واحد في كتب الخلاف قالوا على قياس

به في التلخيص، فعلى الأول هل يلزم الغاصب أيضًا أجرة مدة اصطياه أم لا؟ أطلق الخلاف وهي:

المسألة الثانية - ٢: وأطلقه في المغني، والشرح، والرعاية.

أحدهما: لا يلزمه، قدمه الحارثي وقال: هو الصحيح، قال في تجريد العناية، ولا أجرة لربه مدة اصطياه، في الأظهر.

والوجه الثاني: يلزمه. قلت: وهو قوي، وهو قياس قول صاحب التلخيص، في صيد العبد.

مسألة - ٣ - ٤: قوله: «ومثله فرس»، انتهى. أطلق الخلاف في صيد الفرس، هل هو لربها

أو للغاصب؟ وأطلقه في الرعاية.

أحدهما: هو لمالكها، وهو الصحيح، قال الحارثي: هذا المذهب، قال في تجريد العناية: فله، في الأظهر، وجزم به في الوجيز والرعاية، وغيرهما، وقدمه في المغني، والشرح.

والوجه الثاني: هو للغاصب، وعليه الأجرة، وهو احتمال في المغني، والشرح، قال الحارثي: وهو قوي، انتهى. وقال الشيخ تقي الدين: ويتوجه فيما إذا غصب فرسًا وكسب عليه مالا أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما، بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس ثم يقسم الصيد بينهما، انتهى.

قلت: ويحتمل أن يجعل لرب الفرس الثلثان وللغاصب الثلث، قياسًا على الغنيمة، وقد يفرق بينهما، والله أعلم.

تنبيه: شمل قوله: ومثله فرس مسألتين: ما تقدم، وتكلمنا عليه.

والمسألة الثانية - ٤: أجرته مدة اصطياه هل تلزم الغاصب أم لا؟ أطلق الخلاف، وحكمها حكم أجرة الجارح الذي صاد به، على ما تقدم، خلافًا ومذهبًا، والله أعلم.

مسألة - ٥: قوله: «ويرد صيد عبد، وفي أجرته الوجهان»، انتهى. يعني بهما الوجهين المتقدمين في الجارح والفرس، وقد علمت الصحيح من ذلك، فكذا يكون الصحيح هنا، لكن قال في التلخيص: ولا تدخل أجرته تحته إذا قلنا بضمان النافع، انتهى.

قوله: ربح الدراهم لمالكها، ويسقط عمل الغاصب. وفي رد جلد ميتة ولو دبغ غاصبه وجهان، وقيل: ولو طهر «م ٦ و ٧».

مسألة - ٦ - ٧: قوله: «وفي جلد ميتة ولو دبغ غاصبه وجهان، وقيل: ولو طهر» انتهى، فيه المسألتان:

المسألة الأولى - ٦: إذا غصب جلد ميتة ولم يدبغه غاصبه فهل يجب رده أم لا؟ إذا قلنا: لا يطهر؟ وهو محل الخلاف المطلق في كلام المصنف، وقد قال في الرعاية الكبرى: وإن غصب جلد ميتة فأوجه: الرد، وعدمه، والثالث: إن قلنا يطهر بدبغه أو ينتفع به في يابس رده وإلا فلا، وإن أتلفه فهدر، وإن دبغه وقلنا يطهر رده وقال في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وفي رد جلد لميتة وجهان، وإن دبغ فطهر، رده، انتهى.

وأطلق الوجهين في رده مطلقاً إذا غصبه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والهادي، والفائق، وغيرهم. لكن قال في المغني، والشرح، وشرح ابن منجا، والحاوي: الوجهان هنا مبنيان على طهارته بالدبغ وعدمه، فإن قلنا: يطهر وجب رده، وإن قلنا: لا يطهر لم يجب رده، وقطعوا بذلك، وقدم هذه الطريقة في الكافي، فقال: وإن غصب جلد ميتة ففي وجوب رده وجهان مبنيان على طهارته بالدبغ، وإن قلنا: يطهر وجب رده، وإن قلنا لا يطهر لا يجب رده ويحتمل أن يجب إذا قلنا بجواز الانتفاع به في اليابسات، ككلب الصيد، انتهى. وقدم هذه الطريقة أيضاً ابن رزين في شرحه، فتلخص لنا أننا إذا قلنا يطهر بالدبغ ودبغه رده على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطعوا به، وقدمه المصنف، وحكى تبعاً لصاحب الرعاية قولاً بعدم الرد، وهو احتمال للشيخ، على ما يأتي، وهو ظاهر الوجه الذي في الهداية، وغيرها، وأنه إذا لم يدبغه هل يجب رده أم لا؟

أطلق الخلاف فيه وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والهادي، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. وأن الصحيح من المذهب لا يجب رده، بناء على ما بناه عليه في المغني، والشرح، وشرح ابن منجا، والحاوي وغيرهم.

وقطعوا به وقدمه في الكافي، وشرح ابن رزين، فإنهم قالوا: إن لم يطهر لم يجب رده، وكذا حكم ما قبل الدبغ إذا لم يطهر بالدبغ، والصواب أننا إن قلنا: يجوز الانتفاع به في اليابسات يجب رده، انتهى.

المسألة الثانية - ٧: إذا دبغ غاصبه وقلنا لا يطهر، فهل يجب رده أم لا؟ أطلق الخلاف، والصحيح من المذهب أنه لا يجب رده إلا إذا قلنا ينتفع به في اليابسات، على

قيل: لأحمد - في رواية علي بن زكريا التمار - الدابة إذا أصابها إنسان ميتة يأخذ ذنبها؟ قال: إذا كانت قد تركها صاحبها. احتج به في الخلاف على طهارة شعرها. ولا تثبت يد على بضع، فيصح تزويجها، ولا يضمن نفعها، خلافاً لعيون المسائل في أمة حبسها، كما يضمن بقية منافعها، وكذا في الانتصار، وفيه: لو خلا بها لزمه مهر، واحتج بنكاح فاسد. ولا يضمن حر وقيل: كبير بغصبه، في الأصح، وفي ثيابه التي لم ينزعها عنه وأجرته

مدة حبسه وإيجار المستأجر له وجهان «م ٨ - ١٠» ولو استخدمه كرهاً لزمته

ما تقدم من التفصيل، وقد قال الحارثي: وإن كان الغاصب دبغه ففي رده الوجهان المبينان أيضاً، إن قيل بالطهارة وجب رده، لأنه مال، فأشبهه الخمر المتخللة، وذكر الشيخ احتمالاً بعدم الوجوب، لصيرورته مالاً بفعله، بخلاف الخمرة المتخللة، فإنه لا فعل له فيها، وفي هذا الفرق بحث، فإن قيل بعدم الطهارة لم يجب، لأنه لا ينتفع به ولا قيمة له إلا أن يقال بالانتفاع به في الياسات، فتجب وإن كان قبل الدبغ، انتهى.

مسألة - ٨ - ١٠: قوله: «ولا يضمن حر - وقيل: كبير - بغصبه، وفي الأصح، وفي ثيابه التي لم ينزعها عنه وأجرته مدة حبسه وإيجار المستأجر له وجهان. انتهى، في هذه الجملة مسائل.

المسألة الأولى - ٨: هل يضمن الثياب التي عليه أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المقنع والشرح، وشرح ابن منجا، والرعايتين، والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم. وكذا حكم الحلية التي عليه.

أحدهما: يضمنها، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والفائق، قال الحارثي: وهو أصح، قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يضمنها، جزم به في المغني، والوجيز.

المسألة الثانية - ٩: هل يجب عليه أجرته مدة حبسه أم لا؟ أطلق الخلاف، وهما احتمالان مطلقان في الهداية، وأطلق الخلاف أيضاً في المذهب ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والهادي، والمحرر، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يلزمه، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وغيره، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره، قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يلزمه، صححه النازم، قال الحارثي: وهو الأصح، وعليه دل نصه، انتهى.

أجرته ولو منعه العمل ولو عبداً فلا، ويتوجه بلى فيهما.

وفي الترغيب: في منفعة حر وجهان. وفي الانتصار: لا تلزمه بإمساكه، لعدم تلفها تحت يده، بخلاف العبد، وكذا في عيون المسائل: لا يضمنه إذا أمسكه، لأن الحر في يد نفسه، ومنافعه تلفت معه، كما لا يضمن نفسه وثوبه الذي عليه، بخلاف العبد، فإن يد الغاصب ثابتة عليه ومنفعته بمنزلته، ويلزمه رده إن بعده ورد مغضوب بزيادته مطلقاً.

وفي مسألة الساجة تخريج في الانتصار «وه» فإن قال ربه: دعه وأعطني أجرة رده إلى بلد غصبه لم يلزمه، فإن رقع به سفينة لم تقلع في اللجة، وقيل: مع حيوان محترم أو مال الغير، جزم به في عيون المسائل، وإن خاط به جرح حيوان محترم وخيف ضرر آدمي، وقيل: تلفه كغيره بقلعه، فالقيمة، فإن كان مأكولاً لغاصبه فأوجه، الثالث: يذبح المعد للأكل «م ١١» وإن مات رده.

وقيل: ولو آدمياً، قال ابن شهاب: الحيوان أكثر حرمة من بقية المال، ولهذا لا يجوز منع مائه منه، وله قتله دفعاً عن ماله، قيل: لا عن نفسه، وإن بنى في الأرض أو غرس لزمه القلع، وفي الرعاية قول: والتسوية والأرث والأجرة، فإن كانت آلات

المسألة الثالثة - ١٠: حكم إيجار المستأجر له حكم إيجارته مدة حبسه، خلافاً ومذهباً. قلت: بل هنا أولى بلزوم الأجرة، والله أعلم. قال في الرعاية الكبرى: وإن صح غصبه صح أن يؤجره مستأجره، وإلا فله الفسخ، انتهى.

وقال في التلخيص: ليس لمستأجر الحر أن يؤجره من آخر إذا قلنا لا تثبت يد غيره عليه، وإنما هو يسلم نفسه، وإن قلنا: تثبت صح، انتهى.

مسألة - ١١: قوله: «وإن خاط به جرح حيوان محترم وخيف ضرر آدمي وقيل: تلفه... فالقيمة، فإن كان مأكولاً لغاصبه فأوجه، الثالث: يذبح المعد للأكل»، انتهى. وأطلقهما الشارح:

أحدهما: يذبح ويلزمه رده، وهو الصحيح، اختاره القاضي وغيره، قاله الحارثي، وصححه في التصحيح والنظم، وغيرهما، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الفصول والكافي، وغيرهما.

والوجه الثاني: لا يذبح ويرد قيمته، قدمه في المستوعب والتلخيص، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. وأطلقهما في المقنع، والهداية والمذهب، وشرح ابن منجا.

والوجه الثالث: إن كان معداً للأكل كبهيمة الأنعام والدجاج ونحوها ذبح وإلا فلا، وهو احتمال للشيخ الموفق، قال الحارثي: وهو حسن.

البناء عن المغصوب فأجرتها مبنية، وإلا أجرتها، فلو أجرها فالأجرة بقدر قيمتها.

نقل ابن منصور فيمن يبني فيها ويؤجرها: الغلة على النصف، ونصه: الثمرة لرب الأرض، وعليه النفقة، واختار الشيخ: له، ونقل ابن منصور: يكون شريكاً بزيادة بناء، ولا يملك أحدهما بقيمته، وفي البناء قول، ولا غرض صحيح في نقضه، وذكر ابن عقيل: رواية فيه: لا يلزمه ويعطيه قيمته، ونقله ابن الحكم، وروى الخلال فيه عن عائشة مرفوعاً: «له ما نقص» قال أبو يعلى الصغير: هذا منعا من القياس.

ونقل جعفر: فيهما لرب الأرض أخذه، وجزم به ابن رزين وزاد: وتركه بأجرة، وإن وهبها له، وفي القلع غرض صحيح لم يجبر، وإلا فوجهان «م ١٢» وإن زرع وحصده فالأجرة.

ونقل حرب: كما لم يحصد، فيخير رب الأرض بين أخذه بنفقته، وعنه: بقيمته زرعاً، فله أجرة أرضه إلى تسليمه، وذكر أبو يعلى الصغير: لا، نقله إبراهيم بن الحارث ونقل مهنا: بأيهما شاء، ويزكيه إن أخذه قبل وجوبها، وإلا فوجهان «م ١٣» وبين تركه إلى حصاده بأجرته، وقيل: للغاصب بالأجرة، وقيل: له قلعه إن ضمنه.

مسألة - ١٢: قوله: «وإن وهبها» يعني لو وهب الغاصب لرب الأرض الغراس والبناء ليدفع عن نفسه كلفة ذلك وفي القلع غرض صحيح لم يجبر، وإلا فوجهان انتهى، يعني وإن لم يكن فيه غرض صحيح، وهما احتمالان مطلقان في المغني، والشرح، وشرح الحارثي، قال في الرعاية الكبرى: وإن وهبها لرب الأرض لم يلزمه القبول إن أراد القلع، وإلا احتمل وجهين، انتهى.

أحدهما: لا يجبر، وهو الصحيح، وقد قدم في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم في نظيرتها في الصداق عدم اللزوم، فكذا هنا، ويأتي أيضاً هناك. والوجه الثاني: يجبر، إذ لا ضرر له، واختاره القاضي في نظيرتها في الصداق، على ما يأتي:

مسألة - ١٣: قوله: «ويزكيه إن أخذه قبل وجوبها وإلا فوجهان»، انتهى. يعني وإن أخذه بعد وجوبها، وأطلقهما في القواعد الفقهية.

أحدهما: يزكيه الغاصب، قلت: وهذا الصحيح، وقواعد المذهب تقتضيه، لأنه ملكه إلى حين أخذ رب الأرض، على الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: يزكيه أخذه، وهو مقتضى النصوص، واختيار الخرقى وأبي بكر وابن أبي موسى والحارثي وغيرهم. لأنهم اختاروا أن الزرع من أصله لرب الأرض، ولكن المذهب الأول.

وقال شيخنا: فيمن زرع بلا إذن شريكه والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ولربها نصيب: قسم ما زرعه في نصيب شريكه، كذلك قال، ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايته فأبى، فلأول الزرع في قدر حقه بلا أجره، كدار بينهما فيها بنیان سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه، واختار ابن عقيل: وغيره أنه لرب الأرض، كالحمل لرب الأم، لكن المني لا قيمة له، بخلاف البذر، ذكره شيخنا، وهل الرطبة ونحوها كزرع أو غرس؟ فيه احتمالان «م ١٤».

وإن حفر بئرًا فله طمها لغرض صحيح، وقيل: لا، وإن أبرأه ربها، وقال الشيخ وغيره: أو منعه فوجهان «م ١٥» وإن زال اسمه كنسج غزل، وطحن حب ونجر خشبة

مسألة - ١٤: قوله: «وهل الرطبة ونحوها كزرع أو غرس؟ فيه احتمالان» انتهى، وأطلقهما في المغني، والشرح، والفتاوى، والقواعد الفقهية والزركشي، وغيره. أحدهما: هو كالزرع، قدمه ابن رزين وقال: لأنه زرع ليس له فرع قوي، فأشبهه الحنطة، قال الزركشي: ويدخل في عموم كلام الخرقى، قلت: وكلام غيره. والوجه الثاني: هو كالغراس، اختاره الناظم فقال:

وكالغرس في الأقوى المكرر جزء

مسألة - ١٥: قوله: «وإن حفر بئرًا فله طمها لغرض صحيح وقيل: لا، وإن أبرأه ربها، وقال الشيخ وغيره: أو منعه، فوجهان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والمقنع، والمحرم، والشرح، وشرح ابن منجا، والحرثي وغيرهم. أحدهما: لا يملك طمها، وهو الصحيح، نصره في المغني، والشرح، وصححه في التصحيح، واختاره أبو الخطاب وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره.

والوجه الثاني: يملكه، اختاره القاضي، وقال في المستوعب وتبعه في التلخيص: وإن غصب دارًا وحفر فيها بئرًا فأراد الغاصب طمها لم يكن له ذلك. وقال القاضي: له ذلك من غير رضى المالك. وقال في الهداية: ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما تلف بها، انتهى كلامه في المستوعب والتلخيص، وأطلقهما في المذهب. وقال في التلخيص: أصل الاختلاف بين القاضي وأبي الخطاب: هل الرضى الطارئ كالمقارن للحفر أم لا؟ والصحيح أنه كالمقارن، انتهى. وقطع به في الفصول. وقال في الرعايتين والحاوي الصغير، والفتاوى: فله طمها، مطلقًا، وإن سخط ربها فأوجه: المنع والإثبات، والثالث: إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها وصح في وجه فلا، زاد في الكبرى رابعًا: وهو إن كان غرضه فيه صحيحًا لدفع ضرر وخطر ونحوهما فله ذلك، وإلا فلا، وخامسًا: وهو إن ترك ترابها في أرض غير ربها فلا، وقيل: بلى، لغرض صحيح، انتهى.

وضرب مطبوع وطين لبناء وذكر جماعة: أو قصره أو ذبحه وشواه رده ونقصه، ولا شيء له، وأخذ القاضي عدم ملكه من ذبح السارق له ثم أخرجه، وعنه: يملكه بعوضه قبل تغييره، اختاره أبو بكر، نقل ابن الحكم في جعل حديد سيوفًا: يقوم فيعطيه الثمن على القيمة حديث النبي ﷺ في الزرع: «أعطوه ثمن بذره» وعنه: يخير المالك بينهما، وعنه: يصير شريكًا بزيادته، ذكر في المذهب والمستوعب أنه ظاهر المذهب، وإن غصب حبًا فزرعه أو بيضًا فجعله تحت دجاجة ففرخ أو نوى فغرسه وفي الانتصار أو غصنًا فصار شجرة، رده ونقصه، ويتخرج فيه كما قبله.

فصل

ويلزمه ضمان نقصه، ولو بنبات لحية أمرد أو قطع ذنب حمار، وعنه: يضمن رقيقًا أو بعضه بمقدر ولو شعرا من حر بمقدر من قيمته كجنايته عليه، وفيها رواية: بما نقص، اختارها الخلال وصاحب المغني والترغيب وشيخنا، وأبو محمد الجوزي، والمذهب يضمنه مطلقًا بقيمته ما بلغت، ونقل حنبل: لا يبلغ بها دية حر، وقيل: بأكثرهما، كغصبه وجنايته عليه، على الأصح، وعنه: في عين خيل وبغل وحمار ربع قيمتها، نصره القاضي وأصحابه، وخص في الروضة هذه الرواية بعين الفرس، وأن عين غيرها بما نقص، وأحمد قاله في عين الدابة، وكذا قاله عمر، وإن لم يستقر نقصه ك: بُرَّ ابتلَّ وعفن فقيل: يلزمه أرشه، وقيل: بدله، وخيره في الترغيب، وخبره في الهداية بين بدله أو يصبر ليستقر فأخذه وأرشه «م ١٦».

مسألة - ١٦: قوله: «وإن لم يستقر نقصه ك: بُرَّ ابتلَّ وعفن، فقيل: أرشه، وقيل: بدله وخيره في الترغيب، وخيره في الهداية، بين بدله أو يصبر ليستقر فأخذه وأرشه» انتهى.

أحدهما: له أرش ما نقص من غير تخيير، اختاره الشيخ في المغني، وقدمه في الشرح.

والوجه الثاني: له بدله كما في الهالك، قال الحارثي، وهو قول القاضي وأصحابه: الشريف أبي جعفر وابن عقيل والقاضي يعقوب بن إبراهيم والشيرازي، وأبي الخطاب في رؤوس المسائل، والشريف الزيدي، واختاره ابن بكروس، انتهى.

قال في التلخيص: قال القاضي في التعليق الكبير: لصاحبها أن يضمنها النقصان إن كان قد استقر، وإن لم يستقر وخيف الزيادة في الباقي فله بدله، كما لو استهلكه، وكذا قال غيره من الأصحاب.

ولا يضمن نقص سعر كسمين هزل فزادت قيمته وعنه: بلي، اختاره ابن أبي موسى كعبد خصاه فزادت قيمته، وقيل: مع تلفه، ولا مرضاً عاد ببراء، ونصه: يضمن، كزيادة في يده، على الأصح، فإن عاد مثلها من جنسها، كسمن مرتين أو صنعة أخرى، وقيل: أو جنسين كسمن وتعلم، فوجهان «م ١٧ و ١٨»، ويضمن جنابة

والوجه الثالث: يخير بينهما، قاله في الترغيب.

والوجه الرابع: يخير بين أخذ مثله وبين تركه حتى يستقر فسادَه فيأخذه وأرش نقصه، جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، وشرح ابن منجا، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والوجيز والفائق، وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى، والنظم، قال الشيخ الموفق: قول أبي الخطاب في الهداية: لا بأس به انتهى، قلت: وهو أعدل الأقوال وأصحها.

مسألة - ١٧ - ١٨: قوله: «فإن عاد مثلها من جنسها، كسمن مرتين أو صنعة أخرى، فوجهان». انتهى، فيه مسألتان.

المسألة الأولى - ١٧: إذا عاد مثل الزيادة التي ذهبت من جنسها، مثل أن كانت قيمته مائة فزادت إلى ألف لسمن ونحوه، ثم هزل فعادت إلى مائة ثم سمن فزادت إلى ألف، فهل يضمن الزيادة الأولى أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وهما احتمالان للقاضي في المجرد، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والشرح، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: لا يضمنها، وهو الصحيح، قال الحارثي: هذا المذهب، لنصه في الخلخال يكسر، قال: يصلحه أحب إلي، وهو أحد صور المسألة، قال الشيخ الموفق والشارح: هذا أقيس، وجزم به في الوجيز وغيره، وصححه في التصحيح وغيره.

والوجه الثاني: يضمنها، قال في الرعايتين والفائق: ضمنها، في أصح الوجهين، وقدمه ابن رزين في شرحه.

المسألة الثانية - ١٨: لو تعلم صنعة غير الصنعة التي نسيها عند الغاصب، فهل يضمنها أم لا؟ أطلق الخلاف، والحكم كالمسألة التي قبلها خلافاً ومذهباً قلت: ويتوجه الضمان هنا وإن لم يضمنه في التي قبلها.

تنبيه: قوله: «وإن خلطه بما لا يتميز - كزيت ونقد بمثلهما - لزمه مثله منه»، انتهى. أخل المصنف بقول كثير في المسألة وهو أنه يلزمه مثله من حيث شاء، واختاره القاضي في المجرد وقال: هذا قياس المذهب وقول المصنف: وقال المصنف: وقال في الوسيلة والموجز: يقسم بينهما بقدر قيمتها». انتهى.

المغصوب وإتلافه مال ربه، ولرب الجناية مطلقاً القود، وقيل: لا يضمن جنايته على سيده، لتعلقها برقبته، وإن خلطه بما لا يتميز كزيت ونقد بمثلهما لزمه مثله منه.

وفي الوسيلة: والموجز: قسم ثمنهما بقدر قيمتهما، وإن خلطه بخير منه أو بدونه أو غير جنسه فشريكاً بقدر حقهما، كاختلاطهما من غير غصب، نص عليه. وقال القاضي: ما تعذر تمييزه كتالف، ونص في رواية أبي الحارث في زيت بزيت على الشركة، فلو اختلط درهم باثنين لآخر فتلف اثنان فما بقي بينهما على ثلاثة أو نصفان، يتوجه وجهان «م ١٩»، وإن صبغ ثوباً فشريكان بقدر قيمتهما وزيادة قيمة أحدهما لمالكه، والنقص على الغاصب، ويمنع طالب قلع الصبغ منهما، وقيل: لا، مع ضمانه النقص، وعنه: لا يضمنه رب الثوب، كبناء، ويلزمه قبول الصبغ هبة، كنسج غزل، وقيل: لا، كمسامير سمر بها باباً، في الأصح، ويضمن مكياً وموزوناً تلف أو أتلفه بمثله، وعنه: بقيمته، ذكره القاضي، وذكر أيضاً القيمة في نقرة وسبيكة وعنب ورطب، كما فيه صناعة مباحة لا محرمة، فإن تعذر فبقيمة مثله يوم تعذر، وعنه: يوم غصبه، وقيل: أكثرهما إليه، وعنه: يوم تلفه وعنه: يوم قبض بدله،

قال الحارثي: وفيه وجه ثالث وهو الشركة، كما في الأول، لكن يباع، ويقسم الثمن على الحصة، كذا أطلق القاضي يعقوب في تعليقه، وأبو الخطاب وابن بكروس وغيرهم في رؤوس مسائلهم حتى قالوا به في الدنانير والدراهم. وقال ابن عقيل في التذكرة، وأظنه قول القاضي في التعليق الكبير. وقال الحارثي: وأما إجراء هذا الوجه في الدنانير والدراهم فواه جداً، لأنها قيم الأشياء، وقسمتها ممكنة، فأى فائدة في البيع؟ ورده برد حسن.

مسألة - ١٩: قوله: «فلو اختلط درهم باثنين لآخر فتلف اثنان فما بقي بينهما على ثلاثة أو نصفان: يتوجه وجهان»، انتهى. هذان الوجهان وجههما المصنف من عنده، والأول قول أبي حنيفة، والثاني: قول ابن شبرمة، حكاه ابن عقيل في فنونه.

قلت: الصواب منهما أن يكون الباقي بينهما نصفين، لأنه يحتمل أن يكون التالف لصاحب الدرهمين، فيختص صاحب الدرهم به، ويحتمل أن يكون التالف لهذا درهم، ولهذا درهم، فيختص صاحب الدرهمين بالباقي، فتساويا، فكان بينهما نصفان، ولا يحتمل غير ذلك.

قلت: ويحتمل القرعة، وهو أولى من الوجهين، لأننا متحققون أن الدراهم لواحد منهما لا يشاركه فيه غيره، وقد اشتبه علينا فأخرجناه بالقرعة، كما في نظائره، وهو كثير، ولم أره لأحد من الأصحاب، فمن الله به، فله الحمد، والظاهر أن أبا حنيفة وابن شبرمة لم يقولوا بالقرعة، فلم يعرجا عليها.

وقيل: أكثرهما، وعنه: يوم المحاكمة، وإن غرمها ثم قدر علي المثل لم يرد القيمة، في الأصح، ويضمن غيره بقيمته يوم تلفه، نقله الجماعة، عنه: يوم غصبه، وعنه: أكثرهما وعنه: في مغضوب بمثله. وقاله ابن أبي موسى ذكره جماعة واختاره شيخنا، واحتج بعموم قوله: ﴿فَأَتَاؤُا الَّذِيكَ ذَهَبْتَ أَزْوَاجَهُمْ مِّثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة: ١١] وعنه: ومع قيمته، وعنه: غير حيوان بمثله، ذكره جماعة وعنه: لا يبلغ بقيمة رقيق يوم أتلّفه دية حر وفي الواضح والموجز: فينقص عنه عشرة دراهم.

وفي الانتصار والمفردات: لو حكم حاكم بغير المثل في المثلي، وبغير القيمة في المقوم، لم ينفذ حكمه، ولم يلزمه قبوله، ونقل ابن منصور فيمن كسر خلخالاً يصلحه ويعتبر القيمة ببلد غصبه، وعنه: تلفه من غالبه، وجزم به في الكافي، لأنه موضع الضمان وإن نسج غزلاً أو عجن دقيقاً فقليل: مثله، وقيل: أو القيمة «م ٢٠» ويقبل قول غاصبه في تلفه، في الأصح، فيطالبه مالكة ببدله، وقيل: لا، لأنه لا يذعيه، ولا قصاص في المال، مثل شق ثوبه، ونقل إسماعيل وموسى: يخير، اختاره شيخنا، ولو غصب جماعة مشاعاً فردّ واحد سهم واحد إليه لم يجز له حتى يعطي شركاءه، نص عليه، وكذا إن صالحوه عنه بمال. نقله حرب، ويتوجه أنه بيع المشاع، ولو زكاه ربه رجع بها.

وظاهر كلام أبي المعالي: لا، وهو أظهر، واختاره صاحب الرعاية، كمنفعة، وإن أبق مغضوب فلربه أخذ قيمته، للحيلولة، كمدير، لا لفواته، فلو رجع لزمه رده بزيادته وأخذ القيمة، لا زيادة منفصلة، وفي عيون المسائل وغيرها: إنه إذا أخذ القيمة لا يملكها، وإنما حصل بها الانتفاع في مقابلة ما فوته الغاصب، فما اجتمع البديل والمبديل، كقيمة المدير عندهم، وكأخذ بدل ضوء عينيه ممن أذبه، فإنه يتصرف فيه ثم عاد الضوء رجع عليه، وعلمنا أنه لا يملكه، كما يضمن شهود طلاق وعق رجعوا للتفويت، وفي حبسه ليرد القيمة عليه وجهان «م ٢١» وإن تخمر عصير فقليل: قيمته،

مسألة - ٢٠: قوله: «وإن نسج غزلاً أو عجن دقيقاً فقليل: مثله، وقيل: أو القيمة» انتهى القول الأول: جزم به في الفائق، وقدمه في الرعاية، قال الحارثي: قال أبو بكر: هو للغاصب وعليه عوضه قبل تغييره، والقول الثاني: قال في التلخيص: هو أولى عندي انتهى، ويحتمله قول أبي بكر المتقدم، بل هو ظاهره.

مسألة - ٢١: قوله: «وفي حبسه ليرد القيمة عليه وجهان» انتهى، وأطلقهما في الرعاية، قال في التلخيص: وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة؟ يحتمل وجهين،

وقيل: مثله «م ٢٢» وإن تخلل رده ونقص قيمة العصير.

وفي عيون المسائل: لا يلزمه قيمة العصير، لأن الخل عينه، كحمل صار كبشًا، وإن غلاه غرم أرش نقصه، وكذا نقصه، ويحتمل: لا، لأنه ماء، وإن أولد الأمة فسقط ميتًا لم يضمه، وقيل: بلى، قيل: بقيمته لو كان حيًا، وقيل: بعشر قيمة أمه «م ٢٣» وما يصح إجارتها يلزمه أجره مثله، نص عليه، في قضايا وفيها انتفاع، ونقل ابن الحكم: لا، مطلقًا، وظاهر المبهج التفرقة، واختاره بعضهم، وجعله شيخنا ظاهر ما نقل عنه، نقل ابن منصور: إن زرع بلا إذن عليه أجره الأرض بقدر ما استعملها إلى رده أو إتلافه أو رد قيمته، وقيل: وبعدها مع بقائه، وظاهر كلامهم يضمن رائحة مسك ونحوه، وخلافًا للانتصار لا نقدًا لتجارة.

قال: وكذلك إذا اشترى شراء فاسدًا هل يحبس المشتري المبيع على رد الثمن؟ والصحيح أنه لا يحبس، بل يدفعان إلى عدل ليسلم إلى كل واحد ماله انتهى، قلت: وهو الصواب، وفي المسألة الثانية أولى.

مسألة - ٢٢: قوله: «وإن تخمر عصير، فقيل: قيمته، وقيل: مثله»، انتهى.

أحدهما: عليه قيمته، جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة، والمقنع، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقال الحارثي: وليس بالجدد انتهى، قل: ت وهو بعيد جدًا، لأن له مثلاً، وقد بقي في حكم التالف.

والوجه الثاني: يلزمه مثله، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن منجا، والتلخيص، والرعاية الكبرى، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم، وهو في بعض نسخ كالمقنع، وقدمه الحارثي في شرحه وصاحب الفائق قلت: وفي إطلاق المصنف الخلاف نظر ظاهر، بل الصواب تقديم أخذ المثل، والله أعلم.

مسألة - ٢٣: قوله: «وإن أولد الأمة فسقط ميتًا لم يضمه، وقيل: بلى، قيل: بقيمته لو كان حيًا، وقيل: بعشر قيمة أمه»، انتهى. يعني على القول بالضمان هل يضمه بقيمته لو كان حيًا أو بعشر قيمة أمه؟ أطلق الخلاف، وأطلقه الحارثي في شرحه، وصاحب القواعد الأصولية.

القول الأول: اختاره القاضي أبو الحسين.

والقول الثاني: اختاره الشيخ موفق، وهو الصواب، ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين، قال الحارثي: وهو أقيس.

فصل

ومن أخذه من غاصبه ولم يعلم ضمنه، كغاصبه، ويرجع عليه بما لم يلتزم ضمانه، فيرجع مودع ونحوه بقيمته ومنفعته، وكذا مرتهن ومتهب في الأصح، ومستأجر بقيمته، وعكسه مشتر ومستعير، ويأخذ مستأجر ومشتري من غاصب ما دفعاً إليه، ويأخذ مشتر نفقته وعمله من بائع غار قاله شيخنا.

وفي الترغيب احتمال: يرجع مشتر بما زاد على الثمن وفيه: لا يطالب بالزيادة الحاصلة قبل قبضه.

قال الشيخ في فتاويه: وإن أنفق على أطفال غاصب وصيه مع علمه لم يرجع، وإلا رجع لأن الموصي غره، وإن أحبل مشتر أمة جاهلاً فولده حر، ويلزمه فداؤه - على الأصح فيه - يوم وضعه، وعنه: يوم مطالبتة بقيمته، وعنه: بمثله في قيمته وعنه: بأيهما شاء وعنه: بمثله في صفاته تقريباً، اختاره الخرقى والقاضي وأصحابه، ويرجع بنقص ولادة ومنفعة فائقة وفداء ولد، وذكر ابن عقيل: فيه رواية، وكذا مهر وأجرة نفع في بيع وعارية وهبة وعنه: لا، لحصول نفع، اختاره الخرقى وأبو بكر وابن عقيل، كقيمتها وبدل أجزائها وأرش بكاره، وفيه رواية، وللمالك تضمين الكل لغاصبه، ويرجع غاصبه على الآخذ بما لا يرجع به الآخذ عليه لو ضمنه المالك، وإن علم بالغصب فالقرار عليه.

وسأله مهنا عن عبد أذن له سيده في التجارة فسلمه رجل مالا مضاربة بأمر السيد فسلمه العبد رجلاً ليشتره من سيده به، قال: يرجع به صاحبه على مشتره، فقلت له: ذهب المال، قال: يكون ديناً على العبد، قلت: فيكون حراً؟ قال: نعم، وظاهره لا يرجع إلا على من القرار عليه. ولو قتلها غاصب بوطئه فالدية، نقله مهنا، ومن اشترى عبداً فأعتقه فادعى مدع أن بائعه غصبه منه لم يقبل أحدهما على الآخر، وإن صدقه استقر ضمانه على مشتر، وقيل: يبطل عتقه إن صدقه معهما، ويرثه وارثه ثم مدع ولا ولاء.

ولو قلع غرس المشتري أو بناؤه لاستحقاق الأرض رجع بالغرامة على البائع، وعنه: لربها قلعه إن ضمن نقصه ثم يأخذه من البائع، ومن بنى فيما يظنه ملكه جاز نقضه لتفريطه، ويرجع على من غره ومن أخذ منه بحجة مطلقة ما اشتراه رد بائعه ما قبضه، وقيل: إن سبق الملك الشراء، وإلا فلا، وإن أطعمه غير عالم بغصبه، قال جماعة: أو لدابته، استقر ضمانه عليه، وقيل: إن قال هو لي، وعنه: على آكله، كآكله بلا إذنه، وكعالم، وكذا إن أطعمه لربه، وعنه: لا يبرأ، وكذا إن أخذه بهبة أو

شراء أو صدقة، وعنه: يبرأ، جزم به بعضهم، لعودها إلى ملكه، وإن أخذه وديعة ونحوها لم يبرأ. وقال جماعة: بلى، كعارية، ولو أباحه للغاصب فأكله قبل علمه، ضمن، ذكره في الانتصار والظاهر أن مرادهم أن غير الطعام كهو في ذلك، ولا فرق وقال في الفنون في مسألة الطعام يبقى الضمان، بدليل ما لو قدم له شوكه الذي غصبه منه فسجره وهو لا يعلم، لو اتجر بالنقد فربحه لربه، نقله الجماعة.

واحتج بخبر عروة بن الجعد قال جماعة، منهم صاحب الفنون والترغيب: وإن صح الشراء نقل حرب في خبر عروة: إنما جاز لأن النبي ﷺ جوزه له، وعنه: يتصدق به، وكذا إن اشترى في ذمته. وقال في المحرر: بنية نقده، وعنه: ربحه له، وله الوطاء، نقله المروزي، فعلى هذا إن أراد التخلص من شبهة بيده اشترى في ذمته ثم نقدها. وقاله القاضي وابن عقيل، وذكره أحمد وإن جهل ربه.

ونقل الأثرم وغيره: أو علمه - ويشق دفعه إليه وهو يسير كحبة فسلمه إلى حاكم برئ، وله الصدقة - على الأصح - به، وبشرط ضمانه

ونقل المروزي: يعجبني الصدقة به، وفي الغنية: عليه ذلك، ونقل أيضًا: على فقراء مكانه إن عرفه، لأن دية قتيل يوجد عليهم، ونقل صالح، أو بقيمته، وله شراء عرض بنقد. ولا تجوز محاباة قريب وغيره، نص عليهما، وظاهر نقل حرب في الثانية الكراهة، وهو ظاهر كلامهم في غير موضع، ولم يذكر أصحابنا غير الصدقة، ونقل إبراهيم بن هانئ: يتصدق أو يشتري به كراعًا وسلاحًا يوقف، وهو مصلحة للمسلمين.

وسأله جعفر عمن بيده أرض أو كرم ليس أصله طيبًا ولا يعرف ربه، قال: يوقفه على المساكين، ومسألة المروزي عمن مات وكان يدخل في أمور تكره فيريد بعض ولده التنزه، فقال: إذا أوقفها على المساكين فأى شيء بقي عليه؟ واستحسن أن يوقفها على المساكين، ويتوجه: على أفضل البر.

قال شيخنا: يصرف في المصالح، وقاله في وديعة وغيرها. وقال: قاله العلماء، وأنه مذهبنا «وهم» وهذا مراد أصحابنا، لأن الكل صدقة، وقال شيخنا: من تصرف فيه بولاية شرعية لم يضمن، وقال: ليس لصاحبه إذا عرف رد المعاوضة، لثبوت الولاية عليها شرعًا، للحاجة، كمن مات ولا ولي له ولا حاكم، مع أنه ذكر أن مذهب أحمد وقف العقد للحاجة، لجهل المالك، ولغير حاجة الروايتان، وقال فيمن اشترى مال مسلم من التتر لما دخلوا الشام: إن لم يعرف صاحبه صرف في المصالح، وأعطى مشتره ما اشتراه به، لأنه لم يصبر لها إلا بنفقته وإن لم يقصد ذلك، كما رجحته فيمن اتجر بمال غيره وربح، ونص في وديعة تنتظر ك: مال مفقود

وأن جائزة الإمام أحب إليه من الصدقة.

قال القاضي: إن لم يعرف أن عينه مغضوب فله قبوله، وسوى ابن عقيل: وغيره بين وديعة وغصب، وذكرهما الحلواني كرهن، وإن لم يبق درهم مباح ففي النوادر يأكل عادته لا ما له عنه غنية، كحلواء وفاكهة.

فصل

من أتلف محترماً لمعصوم ومثله يضمه ضمنه، فإن أكره فقيل: يضمن مكرهه، كدفعه مكرهًا، لأنه ليس إتلافًا، وقيل: المكره كمضطر «م ٢٤» ويرجع - في الأصح - مع جهله، وقيل: وعلمه، لإباحة إتلافه ووجوبه، بخلاف قتل، ولم يختره، بخلاف مضطر، وهل لربه طلب مكرهه؟ فيه وجهان «م ٢٥» فإن طالبه رجع على المتلف إن لم يرجع عليه. وقيل: الضمان بينهما، ولا ضمان مع إذنه، وعين ابن عقيل: الوجه المأذون فيه مع غرض صحيح، وقال في الفنون في المجلد التاسع عشر محتجًا على أن حرمة الحيوان أكد من المال: لو أذن في قتل عبده فقتله لزمته كفارة لله تعالى وأثم، ولو أذن في إتلاف ماله سقط الضمان والمأثم ولا كفارة، وقال بعد هذا بنحو نصف كراسة في أثناء كلام: يمنع من تصنيع الحب والبذر في الأرض السبخة بما يقتضي أنه محل وفاق، وسبق أنه يحرم - في الأشهر - دفن شيء مع الكفن. وإن حل قيد عبد أو فتح قفصًا عن طائر ثم ذهب ضمنه. وفي الفنون: إن كان

مسألة - ٢٤: قوله: «ومن أتلف محترماً لمعصوم ومثله يضمه ضمنه، فإن أكره فقيل: يضمن مكرهه. وقيل: كمضطر»، انتهى. وأطلقهما في القواعد. القول بأن مكرهه يضمه قطع به القاضي في كتابه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وابن عقيل في عمد الأدلة، قاله في القواعد، والقول بأنه كالمضطر قال في الرعاية الكبرى: وإن أكره على إتلافه ضمنه، يعني المباشر، وقطع به، والذي يظهر أن هذا هو القول بأنه كمضطر. وقال في التلخيص: الضمان عليهما، واقتصر عليه الحارثي، وهو احتمال للقاضي في بعض تعاليقه، فهذه ثلاثة أقوال.

مسألة - ٢٥: قوله: «وهل لربه طلب مكرهه؟ فيه وجهان» انتهى، يعني هل لمالكه مطالبة مكرهه إذا كان المكره - بفتح الراء - عالمًا وقلنا: له الرجوع عليه أم لا؟ قال في الرعاية الكبرى: يحتمل وجهين انتهى.

أحدهما: له مطالبته قلت: وهو الصواب، ويؤيده كلام القاضي المتقدم.

والوجه الثاني: ليس له مطالبته قلت: وهو ضعيف جدًا.

الطير متألفًا فلا كذكاة متأنس ومتوحش، وإن دفع مبردا إلى عبد فبرد قيده ففي تضمين دافعه وجهان «م ٢٦» ولا يضمن دافع مفتاح إلى لص.

قال شيخنا: من غرم بسبب كذب عليه عند ولي أمر فله تغريم الكاذب.

وإن حل وعاء فيه دهن جامد فذهب بريح ألقته أو شمس فوجهان «م ٢٧ و ٢٨» وقيل: لا يضمنه بريح لأنه غير مقصد، ولو حبس مالك دواب فتلفت لم يضمن، ذكره في الانتصار والمغني والترغيب.

وقيل: بلى، قال في الترغيب: أو فتح حرزًا فجاء آخر فسرق، وعند شيخنا: يتوجه فيمن حبسه عن الانتفاع بملكه أن يضمنه بالتسبب، وإن ربط دابة بطريق واسع

مسألة - ٢٦: قوله: «وإن دفع مبردا إلى عبد فبرد قيده ففي تضمين دافعه وجهان»، انتهى. وحكماهما في الفصول والتلخيص، والرعاية، احتمالين، وأطلقتهما. أحدهما: يضمن قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر ما قدمه الحارثي. والوجه الثاني: لا يضمن وهو ضعيف.

مسألة - ٢٧ - ٢٨: قوله: «وإن حل وعاء فيه دهن جامد فذهب لريح ألقته أو شمس، فوجهان» انتهى، ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٢٧: إذا حل وعاء فيه دهن جامد فذهب بريح ألقته فهل يضمن أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يضمن، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والكافي، والشرح، ونصره، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يضمن، قال القاضي: لا يضمن ما ألقته الريح، وكذا قال أبو الخطاب وغيره، قال الحارثي: وعن القاضي وابن عقيل: لا يضمن، وقدمه في التلخيص.

قلت: قطع في الفصول أنه لا يضمن في موضع، واختار الضمان في آخر.

المسألة الثانية - ٢٨: لو ذاب بشمس هل يضمن أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يضمن وهو الصحيح. وقال الحارثي: وافق على ذلك القاضي وصاحب التلخيص، وقدمه في المغني، والشرح، والكافي، ونصره، وجزم به ابن رزين.

والوجه الثاني: لا يضمن. قال في الفائق: وقال القاضي: لا يضمن، فلعل له قولين. وقال ابن عقيل أيضًا: لا يضمن، واختار في موضع آخر الضمان.

وليست يده عليها فروايتان «م ٢٩» ويضمن بطريق ضيق ولو بنفخ برجل، نص عليه، ومن ضربها إذن ففرسته فمات ضمنه، ذكره في الفنون، وتركه طينًا فيها أو خشبة أو عمودًا أو حجرًا أو كيس دراهم، نص عليه، وبإسناد خشبة إلى حائط، وباقتناء كلب عقور، نص عليه، وفيه رواية إلا لداخل بيته بلا إذنه. وفيه رواية، نقل حنبل: الكلب إذا كان موثقًا لم يضمن ما عقر، ويضمن باقتناء سنور تأكل فراخًا عادة، مع علمه، كالكلب، وله قتلها بأكل لحم ونحوه، كالفواسق. وفي الفصول: حين أكله.

وفي الترغيب: وإن لم يندفع إلا به، كصائل، وإن سقى ملكه أو أجج فيه نارًا ضمن إن أفرط أو فرط، والمراد: لا بطرئان ريح، ولهذا قال في عيون المسائل: لو أججها على سطح داره فهبت الريح فأطارت الشرر لم يضمن، لأنه في ملكه، ولم يفرط، وهبوط الريح ليس من فعله، بخلاف ما لو أوقف دابته في طريق فبالت، أو رمى فيها قشر بطيخ لأنه في غير ملكه، فهو مفرط، وظاهره: لا يضمن في الأولى مطلقًا، وإن حفر بئرًا في سابلة لنفع المسلمين ولا ضرر لم يضمن، وعلمه أحمد بأنه نفع للمسلمين، وكموات، وعنه: بإذن حاكم، وعنه: بلى، وكذا حكم البناء فيها مساجد أو غيرها لنفع المسلمين.

نقل إسماعيل بن سعيد في المسجد: لا بأس به إذا لم يضر بالطريق، ونقل عبد الله: أكره الصلاة فيه، إلا أن يكون بإذن إمام، نقل المروذي: حكم هذه المساجد التي بنيت في الطريق تهدم، وسأله محمد بن يحيى الكحال: يزيد في المسجد من الطريق؟ قال: لا يصلى فيه.

مسألة - ٢٩: قوله: «وإن ربط دابة بطريق واسع وليست يده عليها فروايتان» انتهى، وأطلقهما في المستوعب والمغني، والشرح، والفائق، والزرکشي، والقواعد الأصولية وغيرهم.

إحداهما: يضمن، وهو ظاهر ما قطع به الشيخ في المقنع، والعمدة، وصاحب المذهب والخلاصة، وغيرهم. ولإطلاقهم الضمان، قال الحارثي: وكذا أورده ابن أبي موسى وأبو الخطاب مطلقًا، ونصّ عليه أحمد، انتهى. وقدمه في القاعدة الثانية والثمانين وقال: هذا المنصوص، وذكر المنصوص ٦ في ذلك.

والرواية الثانية: لا يضمن والحالة هذه، ذكره القاضي في المجرد، وهو ظاهر ما جزم به في الوجيز، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، قال في القواعد: وأما الآمدي فحمل المنع على حالة ضيق الطريق وسعته، والمذهب، عنه الجواز مع السعة وعدم الإضرار، رواية واحدة، ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة، وخالف بعض المتأخرين وقال: الربط عدوان بكل حال، انتهى.

ونقل حنبل أنه سئل عن المساجد على الأنهار، قال: أخشى أن يكون من الطريق، وسأله ابن إبراهيم عن ساباط فوقه مسجد، أيصلى فيه؟ قال: لا يصلى فيه إذا كان من الطريق، وسئل عن الصلاة على شط النهر والطريق أمامه، قال: أرجو ألا يكون به بأس، ولكن طريق مكة يعجبني أن يتنحى عن الطريق ويصلي يمناً الطريق، ونقل ابن مشيش عن ساباط فوق مسجد: لا يصلى فيه إذا كان من الطريق.

قال الشيخ: ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر، لدعوى الحاجة إلى الحفر لنفع الطريق، وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها، فهو كتفتيتها، وحفر هدفة فيها، وقلع حجر يضر بالمارة، ووضع الحصى في حفرة فيها ليملاها، وتسقيف ساقية فيها، ووضع حجر في طين فيها ليظا الناس عليه، فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به، لا نعلم فيه خلافاً، وكذا بناء القناطر، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها، لأن مصلحته لا تعم.

وقال بعض أصحابنا في حفر البئر: ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى، وإن حفره لنفسه ضمن ولو في فنائه، وتصرف وارثه في تركته، وإذن إمام فيه، لأنه ليس له أن يأذن فيه، فدل أنه لا يجوز لو كبل بيت مال المسلمين وغيره بيع شيء من طريق المسلمين النافذة، وأنه ليس لحاكم أن يحكم بصحته. وقاله شيخنا، ويتوجه جوازه للمصلحة، وجوز بعض أصحابنا حفر بئر لنفسه في فنائه بإذنه، ذكره القاضي، قال شيخنا: ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر بها ضمن ما تلف بها، وكذا بسط حصير وتعليق قنديل ونحوه بمسجد، والأكثر لا يضمن كوضعه حصى فيه، والأصح وقوعه فيه وفي طريق واسع، وفعل عبده بأمره كفعله أعتقه أو لا ويضمن سلطان أمر وحده، وإن حفرها حر بأجرة أو لا، وثبت علمه أنها في ملك غيره نص عليه ضمن الحافر، ونصه: هما وإن جهل فالأمر وقيل: الحافر، ويرجع إن مال حائظه إلى غير ملكه وعلم به - وليس في الترغيب: وعلم - لم يضمن وقيل: بلى، كبنائه مائلاً كذلك، وعنه: إن طالبه مستحق بنقضه وأمكنه ضمن، ولا تضمن عاقلة ما لم يثبت ببينة أنه ملكه، وإن أبرأه وألحق له فلا، وإن طولب أحد المشتركين ففي حصته وجهان «م ٣٠»، ومثله خوف سقوطه

مسألة - ٣٠: قوله: «فيما إذا مال حائظه وإن طولب أحد الشريكين ففي حصته

وجهان» انتهى قال في المغني، والشرح: احتمل وجهين:

أحدهما: يلزمه بحصته، وهو ظاهر ما جزم به الناظم.

والوجه الثاني: لا يلزمه شيء.

بتشققه عرضاً، ويضمن بجناح ونحوه ولو بعد بيع وقد طولب بنقصه، لحصوله بفعله. ولا يضمن ولي فرط، بل موليه، ذكره في المنتخب، ويتوجه عكسه.

فصل

ولا يضمن ما أتلقت البهيمة صيد حرم وغيره، وأطلقه الأصحاب ويتوجه إلا الضارية، ولعله مرادهم، وقد قال شيخنا: فيمن أمر رجلاً بإمساكها ضمنه إن لم يعلمه بها.

وفي الفصول: من أطلق كلباً عقوراً أو دابة رفوساً أو عضوّاً على الناس وخلاه في طريقهم ومصاطبهم ورحابهم فأتلّف مالاً أو نفساً ضمن، لتفريطه، وكذا إن كان له طائر جارح كالصقر والبازي فأفسد طيور الناس وحيواناتهم، وفي الانتصار أن البهيمة الصائلة يلزم مالکها وغيره إتلافها، وكذا في عيون المسائل: إذا عرفت البهيمة بالوصول يجب على مالکها قتلها، وعلى الإمام وعلى غير الإمام إذا صالت، على وجه المعروف، ومن وجب قتله على وجه المعروف لم يضمن، كمرتد، وإطلاق الأصحاب - رحمهم الله - بأنه لا يضمن ما أتلّفته بهيمة لا يد عليها ظاهرة، ولو كانت مغصوبة، لظاهر الخبر.

وعلل الأصحاب المسألة بأنه لا تفريط من المالك، ولا ذمة لها فيتعلق بها، ولا قصد فيتعلق برقبتها، بخلاف الطفل الصغير والعبد، وتبين ذلك أنهم ذكروا جناية العبد المغصوب، وأن الغاصب يضمنها، قالوا: لأن جنايته تتعلق برقبتها فضمنها، لأنه نقص حصل في يد المغصوب، فهذا التخصيص وتعليقه يقتضي خلافه في البهيمة، وهذا فيه نظر.

ولهذا قال ابن عقيل: في جنايات البهائم: لو نقب لص وترك النقب فخرجت منه البهيمة ضمنها وضمن ما تجني بإفلاتها وتخليها، وقد يحتمل إن جازها وتركها بمكان ضمن لتعديه بتركها فيه، بخلاف ما لو تركها بمكانها وقت الغصب، وفيه نظر، ولهذا قال الأصحاب في نقل التراب من الأرض المغصوبة: إن أراد الغاصب وأبى المالك فللغاصب ذلك مع غرض صحيح، مثل أن كان نقله إلى ملك نفسه، فينقله لينتفع بالمكان، أو كان طرحه في طريق فيضمن ما يتجدد به من جناية على آدمي أو بهيمة، ولا يملك ذلك بلا غرض صحيح، مثل أن كان نقله إلى ملك المالك أو طرف الأرض التي حفرها، ويفارق طم البئر، لأنه لا ينفك عن غرض، لأنه يسقط ضمان جناية الحفر، زاد ابن عقيل: ولعله معنى كلام بعضهم، أو جناية العثر بالتراب.

ويضمن سائق وقائد وراكب متصرف فيها، وقيل: إن اجتمعوا ضمن راکب، وقيل: وقائد جنائتها، وعنه: حتى برجلها، ككبحها ونحوه، ولو لمصلحة، وكوطئها بها.

وظاهر نقل ابن هانئ فيه: لا، نقل أبو طالب: لا يضمن ما أصابت برجلها أو نفخت بها، لأنه لا يقدر على حبسها، وهو ظاهر كلام جماعة وعنه: يضمن سائق جنائية رجلها، ولا ضمان بذنبها، في الأصح، جزم به في الترغيب وغيره، ومن نفرها أو نخسها ضمن وحده، ويضمن جنائية ولدها، في المنصوص.

واختاره شيخنا إن فرط، نحو أن يعرفه شمسًا، ويضمن ما أتلقت ليلاً، نص عليه، جزم به جماعة، وعنه: من زرع وشجرة، وجزم به الشيخ وفي «الواضح»: والمال بموضع لا ينسب واضعه إلى تفریط، إلا إن نقلت بغير اختياره، جزم به جماعة، وعنه: مطلقاً، نقله ابن منصور وابن هانئ والجماعة وجزم به الشيخ، ولا يضمن نهائراً. وقال القاضي وجماعة: إلا أن ترسل بقرب ما تتلفه عادة، ومن طرد دابة من مزرعته لم يضمن، إلا أن يدخلها مزرعة غيره، وإن اتصلت المزارع صبر ليرجع على ربها، ولو قدر أن يخرجها وله منصرف غير المزارع فتركها فهدر، والخطب على الدابة إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل يجد منحرفاً فهدر، وكذا لو كان مستدبراً فصاح بها منبهاً له، وإلا ضمنه، ذكره في الترغيب، ومن كسر أو أتلف آلة لهو ولو مع صبي - نص عليه - أو كسر إناء ذهب وفضة أو إناء فيه خمر يؤمر بإراقها قدر يريقها بدونه أو عجز، نقله المروزي.

ونقل الأثرم وغيره: إن لم يقدر لم يضمن على الأصح فيهن، كصليب وخنزير، وعنه: يضمن غير آلة لهو، وعنه: يضمن منها دقاً.

ونقل مثنى: يكسره في مثل الميت، ولا يضمن مخزناً للخمر، نقله ابن منصور، واختاره ابن بطة وغيره، ونقل حنبل: بلى، وجزم به الشيخ، ولا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة، نقله المروزي.

قال في الانتصار: فجعله كآلة لهو، ثم سلمه على نصه في رواية المروزي في ستر فيه تصاوير، ونص على تخريق الثياب السود، فيتوجه فيهما روايتان تخريجاً، ولا حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه يصلح للنساء.

واحتج في الفنون في آلة لهو بأنه يجوز إعدام الآلة من كتب المبتدعة، لأجل ما هي فيه، وإهانة لما وضعت له ولو أمكن تمييزها.

وكمرتد يجوز بيعه، أنه يحتمل أن يضمن آلة لهو يرغب في مادتها، كعود وداقورة، كإناء نقد.

واحتج أيضًا بأن عثمان والصحابة أحرقت المصاحف ولم تغرم قيمة المالية لأجل التأليف، واحتج به جماعة، وبتحريقهم مصحف ابن مسعود، وبتحريق عجل بني إسرائيل.

وظاهر كلامهم أن الشطرنج منها، ونقل أبو داود: لا شيء عليه، وقال شيخنا: ومن العقوبة المالية إتلاف الثوبين المعصفرين كما في الصحيح في حديث عبد الله بن عمرو، وإراقة عمر اللبن الذي شيب بالماء للبيع، وأن الصدقة بالمغشوش أولى من إتلافه، وفي كتاب الهدي: تحريق أماكن المعاصي وهدمها، كما حرق رسول الله ﷺ مسجد الضرار وأمر بهدمه^(١)، فمشاهد الشرك التي تدعو سدنتها إلى اتخاذ من فيها أندادًا من دون الله أحق بالهدم، ثم ذكر تحريق عمر مكان الخمر، وتحريقه قصر سعد لما احتجب فيه، وهم رسول الله ﷺ بتحريق تاركي حضور الجمعة والجماعة لولا ما فيها من النساء والذرية^(٢).

ومن وقع في محبرته مال غيره بتفريطه فلم يخرج كسرت مجانًا، وإن لم يفرط ضمن رب المال كسرهما، فإن بذل ربهما بدله ففي وجوب قبوله وجهان «م ٣١».

مسألة - ٣١: قوله: «ومن وقع في محبرته مال غيره بتفريطه فلم يخرج كسرت مجانًا، وإن لم يفرط ضمن رب المال كسرهما، فإن بذل رب المال بدله ففي وجوب قبوله وجهان» انتهى، وأطلقهما في المحرر وشرح الحارثي، وهما احتمالان مطلقان في الفصول.

أحدهما: يلزمه قبوله، اختاره صاحب التلخيص، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وهو الصواب، لأن الضرر لا يزال بالضرر.

والوجه الثاني: لا يلزمه.

تنبيه: قوله: «وإن تلفت حامل أو حملها من ريح طبيخ علم ربه ذلك عادة ضمن، وقيل: لا، واختاره في الفنون، لأن منهن من لا تتضرر به، وكريح دخان يتضرر به صاحب سعال وضيق نفس»، انتهى.

في قوله: «اختاره في «الفنون» نظر، فإنه ذكر هذا الكلام بعينه في أواخر كتاب الديات عن الفنون، ولم يحك إلا احتمالين مطلقين من غير اختيار، فقال: قال في الفنون: إن شمت حامل ريح طبيخ فاضطرب جنينها فماتت أو مات فقال حنبلي

(١) انظر السيرة لابن هشام (١٧٥/٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٤٤، ٦٥٧) ومسلم في صحيحه برقم (٦٥١).

وإن تلفت حامل أو حملها من ربح طبيخ علم ربه ذلك عادة ضمن، وقيل: لا، اختاره في الفنون، لأن منهم من لا تتضرر به، وكريح دخان يتضرر به صاحب سعال وضيق نفس ويتوجه فيه الخلاف، ومن غر بكثرة ربح في بلد وأمن طريق لم يضمن وذكره في عيون المسائل، لأنه غير متحقق، لأنه يمكن الأمن بعد الفزع، والعافل لا يعول عليه، وإنما يخرج متكلاً، وفي الانتصار فيه أيضاً في باب الغصب: هي مشكلة إلا أنا نقول: فرط في قنعه بقوله: ومن نوى جحد حق عليه أو بيده في حياة ربه فتوابه له وإلا فلورثته، نقله ابن الحكم، ومن ندم وردّ بعد موت المغصوب منه ما غصبه برئ من إثمه لا من إثم الغصب، نقله حرب.

وعند شيخنا: له مطالبته، لتفويته الانتفاع به حياته كما لو مات الغاصب فردّه وارثه، نقله حنبل، قال شيخنا: ولو حبسه عند وقت حاجته كمدة شبابه ثم رده في مشيبه فتفويت تلك المنفعة ظلم يفتقر إلى جزاء. وقال ابن عقيل: وأظن والقاضي أيضاً معنى رواية حرب: «برئ من إثم ذلك» برئ من إثم الغصب وبقي إثم ما أدخل على قلب مالكة من ألم الغصب ومضرة المنع من ملكه مدة حياته، فلا يزول إثم ذلك إلا بالتوبة، وذكر أبو يعلى الصغير أن بالضمان والقضاء بلا توبة يزول حق الأدمي ويبقى مجرد حق الله. نقل عبد الله فيمن أدان على أن يؤديه فعجز: هذا أسهل من الذي اختان وإن مات على عدمه، فهذا واجب عليه، قال شيخنا: يرجى أن يقضيه الله عنه. وقال جده: لا يطالب به في الدنيا ولا الآخرة، وقاله أبو يعلى الصغير بما يقتضي أنه وفاق، وسبق كلام القاضي في تأخير الصلاة.

قال شيخنا: وللمظلوم الاستعانة بمخلوق، فبخالقه أولى، فله الدعاء بما آلمه بقدر ما موجب ألم ظلمه، لا على من شتمه أو أخذ ماله بالكفر، ولو كذب عليه لم يفتّر عليه، بل يدعو الله بمن يفتري عليه نظيره، وكذا إن أفسد عليه دينه.

قال: ومن ثبت دينه باختياره وتمكن منه فلم يستوفه حتى مات طالب به ورثته، وإن عجز هو وورثته فالمطالبة له يوم القيامة. وفي الأشبه، كما في المظالم للخبر:

وشافعيان: وإن لم يعلموا بها فلا إثم ولا ضمان، وإن علموا وكان عادة مستمرة الرائحة تقتل احتمال الضمان، للإضرار، واحتمل لا، لعدم تضرر بعض النساء، وكريح الدخان يتضرر بها صاحب السعال وضيق النفس لا ضمان ولا إثم، انتهى.

فليس في هذا الكلام ما يدل على اختياره، اللهم إلا أن يكون اطلع له على مكان في الفنون آخر، وهو بعيد والله أعلم، فهذه إحدى وثلاثون مسألة في هذا الباب قد صححت ولله الحمد.

«من كانت له عند أخيه مظلومة من دم أو مال»^(١)، لأنها لو انتقلت لما استقر لمظلوم حق في الآخرة، والإرث مشروط بالتمكين من الاستيفاء، كما أنه مشروط بالعلم بالوارث، فلو مات من له عصابة بعيدة لا يعرف نسبه لم يرثه في الدنيا ولا الآخرة، وهذا عام في حق الله، والعبد مشروط بالتمكين من العلم والقدرة، والمجهول والمعجوز عنه كالمعدوم، قال ﷺ لما تعذر رب اللقطة: «هي مال الله يؤتاه من يشاء»^(٢).

قال أحمد: الدعاء قصاص ومن دعا على من ظلمه فما صبر، يريد أنه انتصر، ﴿وَلَمَن صَبَرَ وَغَفَرَ إِنَّ ذَلِكَ لَمِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾ [الشورى: ٤٣] وأجره أعظم ويعزه الله ولا يذله والله أعلم.

-
- (١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٤٩، ٦٥٣٤) وأحمد في المسند (٤٣٥/٢، ٥٠٦) والترمذي في سننه برقم (٢٤١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له مظلومة لأحد من عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم، إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلومته، وإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحول عليه».
- (٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٧٠٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٠٥) وأحمد في المسند (٢٦٦/٤) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٤٧٧/١).

باب الشفعة

تثبت بملك الرقبة لا المنفعة، كنصف دار موصى بها بنفعها فباع الورثة نصفها فلا شفعة للموصى له، وذكر شيخنا وجهاً فيمن اكرى نصف حانوت جاره: للمكتري الأول الشفعة من الثاني ويعتبر ثبوته، فلا تكفي اليد وسبقه، وتثبت لشريك حتى مكاتب.

وقيل: وموقوف عليه إن ملكه، واختاره في الترغيب، وإن قلنا القسمة إفراز وجبت هي والقسمة بينهما، فعلى هذا: الأصح يؤخذ بها موقوف جاز بيعه، وإنما تثبت في عقار تجب قسمته، وعنه: أو لا، اختاره ابن عقيل، وأبو محمد الجوزي وشيخنا، وعنه: وغيره، إلا في منقول ينقسم، فعلى الأول يؤخذ غرس وبناء تبعاً، وقيل: وزرع وثمره، وقيد الشيخ الثمرة بالظاهرة وأن غيرها يدخل تبعاً، مع أنه قال في المغني: إن اشتراه وفيه طلع لم يؤبر فأبره لم يأخذ الثمرة بل الأرض والنخل بحصته كشقص وسيف.

وكذا ذكر غيره إذا لم يدخل أخذ الأصل بحصته، وقيل: وتثبت لجار، وحكاه القاضي يعقوب في التبصرة رواية، واختاره شيخنا مع الشركة في الطريق، وسأله أبو طالب: الشفعة لمن هي؟ قال: إذا كان طريقهما واحداً شركاً لم يقتسموا فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة.

وإن بيعت دار لها طريق في درب لا ينفذ فقيل: لا شفعة فيه بالشركة فيه فقط، وقيل: بلى، والأشهر: يجب إن كان للمشتري طريق غيره أو أمكن فتح بابه إلى شارع «م ١».

مسألة - ١: قوله: «وإن بيعت دار لها طريق في درب لا ينفذ فقيل: لا شفعة فيه بالشركة فيه فقط، وقيل: بلى، والأشهر: يجب إن كان للمشتري طريق غيره أو أمكن فتح بابه إلى شارع»، انتهى.

وإن كان نصيب مشتر فوق حاجته ففي زائد وجهان «م ٢»، وكذا دهليز جار وصحنه «م ٣»، ولو ادعى كل منهما سبق شرائه فتحالفا أو تعارضت بينهما فلا شفعة، ولو قدم من لا يراها لجار إلى حاكم لم يحلف، وإن أخرجه خرج، نص عليه.

وقال: لا يعجبني الحلف على أمر اختلف فيه، قال القاضي: لأن يمينه هنا على القطع، ومسائل الاجتهاد ظنية، وحمله الشيخ على الورع، وأن للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع باطنًا.

وقال شيخنا: توقف أحمد فيمن عامل حيلة ربوية هل يحلف أنه ما عليه إلا رأس ماله: نقله حرب ويثبت في شقص مبيع، وقيل: ولو مع خيار مجلس وشرط، وقيل: شرط لمشتري ثبت قدر ثمنه بينة أو إقرار، ويؤخذ بقول مشتر في جهله به وفي قدره وفي أنه أحدث الغرس والبناء، ويقوم عرض موجود.

فإن قال: ثمنه مائة وقام للبائع بينة بمائتين أخذه الشفيع بمائة، فإن ادعى غلطًا أو كذبًا فوجهان «م ٤» بما استقر عليه العقد من ثمن مثلي وقيمة غيره وقت لزومه، ولو تعيب إن قدر عليه ثلاثة أيام، وعنه: يومين، وعنه: ما رأى حاكم، نقل صالح:

الأشهر هو الصحيح من المذهب، وجزم به في التلخيص، وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، وغيرهما، صححه في الفائق وغيره، والقول الأول، وهو أنه لا شفعة في الطريق بالشركة في الدرب فقط، مال إليه الشيخ والشارح، وذكراه احتمالاً. والقول الثاني: لم أطلع على من اختاره.

مسألة - ٢: قوله: «وإن كان نصيب مشتر فوق حاجته ففي زائد وجهان» انتهى، وأطلقهما الحارثي في شرحه.

أحدهما: تجب الشفعة في الزائد، اختاره القاضي وابن عقيل.

والوجه الثاني: لا شفعة فيه، قال الشيخ في المغني، والشارح: وهو الصحيح، وهو كما قال.

مسألة - ٣: قوله: «وكذا دهليز جار وصحنه»، انتهى. وقاله أيضًا الشيخ في المغني، والشارح، والحارثي وغيرهم. وقد علمت الصحيح من ذلك في المقيس عليه.

مسألة - ٤: قوله: «فإن كان ثمنه مائة وقام للبائع بينة بمائتين أخذه الشفيع بمائة، فإن ادعى غلطًا سأو كذبًا فوجهان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب والمستوعب والخلاصة، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والشرح، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يقبل قول المشتري في الغلط ونحوه، وقال القاضي: قياس المذهب

للماء حصته من الثمن وإلا لما اشتراها المشتري، ولا تسقط حصة الماء من الثمن، وفي رجوع شفيع بأرش على مشتر عفا عنه بائع وجهان «م ٥» وإن دفع مكيلاً بوزن أخذ مثل كيله، كقرض.

واختار في الترغيب: يكفي وزنه، إذ المبذول في مقابلة الشقص، وقدر الثمن معياره لا عوضه، وإن أقام شفيع ومشتري بينة بضمنه احتمل تعارضهما والقرعة، وقيل: بينة شفيع «م ٦» ولو أنكر الشراء حلف فإن نكل أو أقام الشفيع بينة أخذه ودفع ثمنه،

عندي يقبل قوله، كما لو أخبر في المراجعة ثم قال: غلطت بل هنا أولى، لأنه قد قامت بينة بكذبه، قال الحارثي: هذا الأقوى، قال في الهداية، بعد أن أطلق الوجهين بناء على المخبر في المراجعة إذا قال: غلطت، انتهى.

وأكثر الأصحاب قبلوا: قوله: في دعواه الغلط في المراجعة، وصحح قبول: قوله: هنا في التصحيح والنظم، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: لا يقبل، جزم به في الكافي، وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره، واختاره ابن عقيل وغيره، وهو المذهب، على ما اصطلاحه، ونقل أبو طالب في المراجعة: إن كان البائع معروفاً بالصدق قبل: قوله: وإلا فلا، قال الحارثي: فيخرج مثله هنا، قال: ومن الأصحاب من أبي الإلحاق بمسألة المراجعة، قال ابن عقيل: عندي أن دعواه لا تقبل، لأن من مذهبنا أن الذرائع محسومة، وهذا فتح باب الاستدراك لكل قول يوجب حقاً، ثم فرق بأن المراجعة كان فيها أميناً حيث رجع إليه في الإخبار في الثمن، وليس المشتري أميناً للشفيع، وإنما هو خصمه، فافترقا. وقال في الرعاية الكبرى: وقيل: يتحالفان ويفسخ البيع وبأخذه بما حلف عليه البائع لا المشتري، انتهى.

مسألة - ٥: قوله: «وفي رجوع شفيع بأرش على مشتر عفا عنه بائع وجهان»، انتهى. قال في الرعاية الكبرى: وإن عفا البائع عن الأرش فرجع الشفيع به على المشتري يحتمل وجهين، وقلت: إن ردّ البائع العوض قبل أخذ الشفيع الشقص فالشفيع أولى به، انتهى.

أحدهما: لا يرجع. قلت: وهو الصواب، وهو ظاهر كثير من الأصحاب حيث قالوا بأخذ الشفيع بالثمن الذي استقر عليه العقد، ثم وجدته في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والحارثي قطعوا بذلك، فله الحمد.

والوجه الثاني: يرجع، والظاهر أن المصنف تابع ابن حمدان في ذكر الخلاف، وإطلاقه، وفيه نظر.

مسألة - ٦: قوله: «وإن أقام شفيع ومشتري بينة بضمنه احتمل تعارضهما والقرعة،

فإن أصر ففي بقاءه بيده أو يأخذه حاكم الوجهان، وعند القاضي يقال أقبضه أو أبرئه منه. وفي مختصر ابن رزين: في إنكار مشتر وجه «م ٧». ولو ادعى شراء لموليه ففي الشفعة وجهان «م ٨».

وقيل: بينة شفيع» انتهى.

أحدها: تقدم بينة الشفيع، وهو الصحيح. قال القاضي، وابنه أبو الحسين، وأبو الخطاب، وابن عقيل، والشريف أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدي، وصاحب المستوعب وغيرهم. تقدم بينة الشفيع، قال الحارثي: ويقتضيه إطلاق الخرق، والمصنف هنا يعني به الشيخ في المقنع، وجزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والرايعتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والقول الثاني: يتعارضان وهو احتمال الشيخ في المغني، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والقول الثالث: يستعملان بالقرعة، وهو احتمال في المغني، والشرح، وأطلق الأقوال في المغني، والشرح، ووجه الحارثي قولاً بأن القول قول المشتري، لأنه قال: قول الأصحاب مخالف لما قالوه في بينة البائع والمشتري حيث قدموا بينة البائع لأنه مدع بزيادة، وهذا بعينه موجود في المشتري هنا، فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك، انتهى.

مسألة - ٧: قوله: ولو أنكر الشراء حلف، فإن نكل أو أقام الشفيع بينة أخذه ودفع ثمنه، فإن أصر ففي بقاءه بيده أو يأخذه الحاكم الوجهان، وعند القاضي يقال: أقبضه أو أبرئه منه. وفي مختصر ابن رزين في إنكار مشتر وجه». ، انتهى.

قول القاضي اختاره ابن عقيل، وجزم به الناظم: والقول بإبقاء الثمن في يده قدمه في الرايعتين والحاوي الصغير، وهو قوي، فبقي في ذمته إلى أن يختار أخذه، والقول بأن الحاكم يأخذه لا أعلم من اختاره، وأطلق الأقوال في المغني، والشرح وشرح الحارثي.

مسألة - ٨: قوله: «ولو ادعى شراء لموليه ففي الشفعة وجهان» انتهى قال في المغني، والشرح: وإن قال: اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين، لأن الملك ثبت للطفل، ولا تجب الشفعة بإقرار الولي عليه، لأنه إيجاب حق في مال صغير بإقرار وليه.

والثاني: تثبت، لأنه يملك الشراء له فصح إقراره به كما يصح إقراره بعب في مبيع، انتهى.

قلت: الصواب وجوب الشفعة في ذلك، والتعليل الأول ليس بقوي، وهو ظاهر ما

وفي مختصر ابن رزین يأخذه بثمنه، فلو أعسر به وثق، ويأخذ مليء أو من كفه مليء بمؤجل إلى أجل، نص عليه وإن حل بموت شفيح أو مشتر فعلى الميت، وإن مضى ثم علم فكحال ذكره في الانتصار في حل دين مؤجل بموت ويملكه بمطالبته، وقيل: وقبضه. وقال الشيخ: بلفظ يقتضي أخذه، واعتبر ابن عقيل: الحكم تارة ودفع ثمنه ما لم يصبر مشتريه، ثم إن عجز فسخ، وقيل: حاكم، وقيل: بان بطلانه، ولا يعتبر رؤيته قبل تملكه إن صح بيع غائب.

وفي الرعاية: الأصح له التصرف فيه قبل قبضه وتملكه، وفي الترغيب: له حبسه على ثمنه، لأن الشفعة قهري، والبيع عن رضى، وتخالفه أيضًا في خيار شرط، وكذا خيار مجلس من جهة شفيح بعد تملكه، لنفوذ تصرفه قبل قبضه بعد تملكه كإرث، وكذا اعتبار رؤية شقص، نظرًا إلى كونه قهريًا أو بيعًا، ويتخرج في الكل كذلك نظرًا إلى الجهتين، وإن أبي مشتر قبضه من بائع أجبر.

وقال أبو الخطاب: قياس المذهب يأخذه شفيح من بائع، ولو أقر البائع وحده بالبيع وجبت بما قال البائع، كما لو اختلفا في ثمنه وتحالفا، وعهدته عليه، وفي غيرها على مشتر، وقيل: لا شفعة ولا تجب في منتقل بلا عوض، وفي عوض غير مال ككنكاح وخلع ودم عمد روايتان «م ٩».

قدمه المصنف في كتاب الإقرار. وقال في الرعاية الكبرى: وإن قال: اشتريته لابني الطفل فهو كالغائب، وقال في الغائب: يأخذه الشفيح بإذن حاكم، والغائب على حجته إذا قدم، وقبل: لا شفعة فيهما، انتهى. وقال في الكافي: فهو كالغائب، في أحد الوجهين. وقال في الغائب: أخذه الشفيح بإذن الحاكم، انتهى.

مسألة - ٩: قوله: «ولا تجب في منتقل إليه بلا عوض، وفيما جعل عوضه غير المال ككنكاح وخلع وصلح عن دم عمد روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمقنع، والتلخيص، والمحرم، والرعاية الكبرى، والفائق، وغيرهم. وظاهر الشرح الإطلاق، وذكر جماعة الخلاف في وجهين.

أحدهما: لا شفعة في ذلك، وهو الصحيح، قال في الكافي: لا شفعة في، ظاهر المذهب، قال الزركشي: هذا أشهر الوجهين عند القاضي وأكثر أصحابه، قال ابن منجا في شرحه: هذا أولى. قال الحارثي: أكثر الأصحاب قالوا بانتفاء الشفعة منهم أبو بكر وابن أبي موسى وأبو علي ابن شهاب والقاضي أبو الخطاب في رؤوس المسائل، وابن عقيل والقاضي يعقوب والشريفان أبو جعفر وأبو القاسم الزيدي وابن بكروس والمصنف، وهذا هو المذهب، ولهذا قدمه في المتن، انتهى.

وعلى قياسه: ما أخذه أجرة أو ثمنًا في سلم أو عوضًا في كتابة «م ١٠» فإن وجبت، فقليل: يأخذه بقيمته، وقيل: بقيمة مقابلة «م ١١»، وإن تحيل لإسقاطها

وهو ظاهر كلام الخرقى، وصححه في التصحيح والنظم، وجزم به في العمدة والوجيز والمنور، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح، وشرح الحارثي وغيرهم.

والرواية الثانية: فيه الشفعة، اختاره ابن حامد، وأبو الخطاب في الانتصار، وابن حمدان في الرعاية الكبرى، وقدمه ابن رزين في شرحه.

مسألة - ١٠: قوله: «وعلى قياسه ما أخذه أجرة أو ثمنًا في سلم أو عوضًا في كتابة»، انتهى.

يعني: أنه مثل الذي تقدم، وأن فيه الخلاف المطلق، وقد علمت الصحيح من المذهب من ذلك، فكذا يكون في هذا، وقطع بأنه مثله في الرعاية الكبرى، قال في الكافي: ومثله ما اشتراه الذمي بخمر أو خنزير، قال الحارثي: وطرد أصحابنا الوجهين في الشقص المجعول أجرة في الإجارة، ولكن نقول: الإجارة نوع من البيع، فيبعد طرد الخلاف إذن، فالصحيح على أصلنا جريان الشفعة قولاً واحداً ولو كان الشقص جعلاً في جعالة فكذلك من غير فرق، وطرد صاحب التلخيص، وغيره من الأصحاب الخلاف أيضاً في الشقص المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة، ومنهم من قطع بنفي الشفعة فيه، وهو القاضي يعقوب، ولا أعلم لذلك وجهًا، وحكى بعض مشايخنا فيما قرأت عليه طرد الوجهين أيضاً في المجعول رأس مال في السلم، وهو أيضاً بعيد، فإن السلم نوع من البيع انتهى كلام الحارثي. وهو الصواب، ثم قال: إذا تقرر ما قلنا في المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة فلو عجز المكاتب بعد الدفع هل تجب الشفعة إذا؟ قال في التلخيص: يحتمل وجهين:

أحدهما: نعم.

والثاني: لا، وهو أولى. انتهى

مسألة - ١١: قوله: «وإن وجبت فقليل يأخذه بقيمته وقيل: بقيمة مقابلة» انتهى، وأطلقهما في المحرر والزركشي.

أحدهما: يأخذه بقيمته، وهو الصحيح، اختاره القاضي وابن عقيل وابن عبدوس في تذكرته، وصاحب الفائق، وغيرهم. وصححه الناظم وغيره، وجزم به في الهداية، وغيره وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: يأخذه بقيمة مقابلة من مهر ودية، حكاه الشريف أبو جعفر عن ابن

لم تسقط، قال أحمد: لا يجوز شيء من الحيل في إبطال ذلك ولا في إبطال حق مسلم، ويحرم بعد وجوبها اتفاقاً، قاله شيخنا، فلو أظهر ثمنه مائة وكانت قيمته عشرين أو أبرأه من ثمانين دفع إليه عشرين، ولو باعه بصبرة نقداً وبجوهره دفع مثله أو قيمته، فإن تعذر فقيمة الشقص، وسأله ابن الحكم: دار بين اثنين باع أحدهما نصف البناء لثلاثين يكون لأحد فيها شفعة، قال: جائز، قلت: فأراد المشتري قسمة البناء وهدمه، قال: ليس ذلك له، يعطي نصف قيمته.

فصل

وهي على الفور، فتسقط بتركها بلا عذر، وإن أشهد وقت علمه فلا، ثم إن آخر الطلب بعده مع إمكانه أو قدر على إشهاد عدل أو مستوري الحال أو أخبره فلم يطلب تكديماً أو قدر معذر على التوكيل فلم يفعله أو نسي المطالبة أو البيع أو جهلها أو ظن المشتري زياداً فبان غيره أو قال: بكم اشتريت أو اشتريت رخيصةً أو جهلها حتى باع حصته؟ فوجهان، وكذا لو لم يشهد وبادر بمضي معتاد «م ١٢ - ٢٣».

حامد. وقال الشيخ في المقنع: وقال غير القاضي: يأخذه بالدية ومهر المثل، فظاهره أنه اختيار غير القاضي من الأصحاب وفيه نظر.

مسألة - ١٢ - ١٣: قوله: «وهي على الفور فتسقط بتركها بلا عذر، فإن أشهد وقت علمه فلا، ثم إن آخر الطلب بعده مع إمكانه أو قدر على إشهاد عدل أو مستوري الحال أو أخبره فلم يطلب تكديماً أو قدر معذور على التوكيل فلم يفعله أو نسي المطالبة أو البيع أو جهلها أو ظن المشتري زياداً فبان غيره أو قال: بكم اشتريت أو اشتريت رخيصةً أو جهلها حتى باع حصته فوجهان، وكذا لو لم يشهد وبادر بمضي معتاد، انتهى. اشتمل كلامه على مسائل.

المسألة الأولى - ١٢: إذا آخر الطلب مع إمكانه وكان قد أشهد وقت علمه فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في النظم والرعايتين، والفائق، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

أحدهما: لا تسقط الشفعة بذلك، وهو الصحيح، نصره الشيخ والشارح، وهو ظاهر كلام الخرقى، جزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، وشرح الحارثي وقال: هذا المذهب.

والوجه الثاني: تسقط، إذا لم يكن عذر، اختاره القاضي وابن عبدوس في تذكرته، وهو احتمال في الهداية، وغيرها.

والأصح: لا يلزمه قطع حمام وطعام ونافلة، ونقل ابن منصور: لا بد من طلبه

تنبيه: حكى الشيخ في المغني، ومن تبعه أن السقوط قول القاضي، قال الحارثي: ولم يحكه أحد عن القاضي سواء، والذي عرفت من كلام القاضي خلافه، ونقل كلام القاضي من كتبه ثم قال: والذي حكاه في المغني، عنه إنما قاله في المجرد إذا لم يكن أشهد على الطلب وليس بالمسألة، نبهت على ذلك أن يكون أصلاً لنقل الوجه الذي أراده، انتهى.

المسألة الثانية - ١٣: إذا قدر على إشهاد عدل فلم يشهده فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، قال في المغني، والشرح: وإن وجد عدلاً فاشهده أو لم يشهده لم تسقط الشفعة، قال الحارثي: وإن وجد عدلاً واحداً ففي المغني، إشهاده وترك إشهاده سواء، قال: وهو سهو، فإن شهادة الواحد معمول بها مع يمين الطالب، فيتعين اعتبارها، انتهى.

قلت: وهو الصواب، فهذا المذهب، أعني أنها تثبت بإشهاد عدل، وهو ظاهر ما جزم به في الوجيز.

المسألة الثالثة - ١٤: لو قدر على إشهاد مستوري الحال فلم يشهدهما فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، وشرح الحارثي.

قلت: قواعد المذهب تقتضي أنها لا تسقط بعد إشهادهما، لأن وجودهما كعدمهما شهادة، لأن شهادة مستوري الحال لا تقبل، على الصحيح من المذهب، فهي كالفاسقة بالنسبة إلى عدم القبول، لكن لندرة وجود العدلين ظاهراً وباطناً ينبغي أن يشهدهما ولو لم نقبلهما، ولا تبطل شفيعته، والله أعلم.

المسألة الرابعة - ١٥: لو أخبره عدل واحد فلم يصدقه فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر.

أحدهما: تسقط، وهو الصحيح، جزم به في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والوجيز والمنور، وغيرهم. وقدمه في المغني، والتلخيص، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره.

والوجه الثاني: لا تسقط، ذكره الآمدي والمجد، وصححه الناظم، وهما احتمالان للقاضي وابن عقيل قال في التلخيص، بناء على اختلاف الروايتين في الجرح والتعديل، والرسالة هل يقبل فيها خبر أم يحتاج إلى اثنين؟ انتهى.

قلت: الذي ظهر أنهما ليسا مبنيين على ذلك، والصحيح من المذهب هناك أنه لا

حين يسمع حتى يعلم طلبه، ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام، وعنه: يختص

يقبل إلا اثنان، وهنا الصحيح أنه يقبل واحد، كما تقدم، ويؤيده أن المصنف قال هناك: المذهب لا يقبل إلا اثنان قدمه في المحرر، وهنا أطلق الخلاف هو وصاحب المحرر، والله أعلم.

المسألة الخامسة - ١٦: لو أخبره مستورًا الحال فلم يصدقهما فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: تسقط، قدمه في الفائق.

والوجه الثاني: لا تسقط، وهو ظاهر كلامه في الوجيز، قلت: الصواب أن الحكم هنا كالحكم في إشهدهما، على ما تقدم.

المسألة السادسة - ١٧: لو قدر معذور على التوكيل فلم يفعل فهل تسقط الشفعة بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا تسقط، وهو الصحيح، نصره صاحب المغني، والشرح.

والوجه الثاني: تسقط، اختاره القاضي.

المسألة السابعة - ١٨: لو نسي المطالبة أو البيع أو جهلها فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: تسقط، وقال الشيخ في المغني: إذا ترك الطلب نسيانًا أو البيع أو تركه جاهلاً باستحقاقه سقطت شفعته، وقدمه في الشرح، وقاسه هو والشيخ في المغني، على الرد بالعيب، وفيه نظر.

والوجه الثاني: لا تسقط قلت: وهو الصواب، قال الحارثي: وهو الصحيح، قال: ويحسن بناء الخلاص على الروايتين في خيار المعلقة تحت العبد إذا أمكنته من الوطاء جهلاً بملكها الفسخ، انتهى. قلت: الصحيح من المذهب سقوط خيار المعلقة بذلك.

المسألة الثامنة - ١٩: لو أخر الطلب جهلاً بأن التأخير مسقط، فإن كان مثله لا يجهله سقطت لتقصيره، وإن كان مثله يجهله، فقال في التلخيص: يحتمل وجهين، انتهى.

أحدهما: لا تسقط، قال الحارثي: وهو الصحيح، وجزم به في الرعاية والنظم، والفائق، وغيرهم. وهو الصواب.

والوجه الثاني: تسقط.

تنبيه: قد يقال: إن هذه المسألة لم تدخل في كلام المصنف، بل هو الظاهر ولكن

بالمجلس، اختاره الخرقى وابن حامد والقاضي وأصحابه، وعنه: على التراخي،

ذكرناها لمجرد احتمال أنها داخلة في كلامه، ولا يضرنا ذلك. والله أعلم.

المسألة التاسعة - ٢٠: ولو ظن أن المشتري زيد فلم يطالب بها فبان غيره، فهل تسقط الشفعة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الرعاية الكبرى، في موضع فقال: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا تسقط، وهو الصحيح، جزم به في المغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والحارثي والتلخيص، والرعاية الصغرى، والفائق، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. والرعاية الكبرى، في موضع آخر.

والوجه الثاني: تسقط، ولم أر من اختاره.

تنبيه: في إطلاق المصنف الخلاف في هذه المسألة نظر، مع قطع هؤلاء الجماعة بأحد القولين وعدم اختيار أحد للقول الآخر فيما اطلعنا عليه من الكتب.

المسألة العاشرة - ٢١: لو قال: بكم اشتريت أو اشتريت رخيصةً فهل تسقط الشفعة بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف وأطلقه في التلخيص، والرعاية الكبرى. أحدهما: تسقط. قلت: وهو موافق لقواعد المذهب مع علمه. والوجه الثاني: لا تسقط.

المسألة الحادية عشرة - ٢٢: لو جهلها حتى باع فهل تسقط شفعتها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المقنع، والتلخيص، والرعاية، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا تسقط، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب، وابن عبدوس في تذكرته، قال الحارثي: هذا أظهر الوجهين، وصححه في التصحيح والنظم، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم. والوجه الثاني: تسقط، اختاره القاضي في المجرد.

المسألة الثانية عشرة - ٢٣: لو لم يشهد ولكن بادر بمضي معتاد فهل تسقط الشفعة بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتلخيص، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والزرکشي، وغيرهم.

أحدهما: تسقط الشفعة، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية أبي طالب، واختاره الخرقى وابن عبدوس في تذكرته، قال الحارثي: عليه أكثر

كخيار عيب، وتسقط بتكذيبه عدلين، لا بدلالته في البيع، ورضاه به، وضمنان ثمنه وتسليمه عليه.

والأصح: ولو دعا بعده له في صفقته أو بالمغفرة و نحوه، ولا بإسقاطها قبله، وفيه رواية ولا بتوكيله فيه لأحدهما، في الأصح، وقيل: لوكيل بائع، وقيل: عكسه، ومثله وصي وحاكم، حصته فوجهان ولو ترك الولي شفعة موليه فنصه: لا تسقط، وقيل: بلى، وقيل: مع عدم الحظ «م ٢٤». ولو أخذ بها ولا حظ لم يصح، على

الأصحاب، وقدمه في شرحه والمغني، والشرح، ونصره، وجزم به في العمدة والوجيز وغيرهما.

والوجه الثاني: لا تسقط، بل هي باقية، قال القاضي: إن سار عقب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري، من غير إشهاد احتمال ألا تبطل شفעתه، انتهى. وقطع به في المحرر والمنور. قلت: وهو قوي.

تنبيهان:

أحدهما: ظاهر ما حكاه المصنف من الخلاف في هذه وجهين، وكذا حكاهما صاحب الهداية، والمقنع، وغيرهما من الأصحاب. وقال الحارثي عن حكاية الشيخ في المقنع، لهما وجهين: إنما هما راويتان، ثم قال: وأصل الوجهين في كلامه وكلام أبي الخطاب احتمالان، أوردهما القاضي في المجرد، والاحتمالان إنما أوردهما في الإشهاد على السير للطلب، وذلك مغاير للإشهاد على الطلب حين العلم، ولهذا قال في المقنع: ثم إن آخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه أي إمكان السير للطلب مواجهة فلا يصح إثبات الخلاف، وإذا الطلب الأول متلقى عن الخلاف في الطلب الثاني. انتهى.

الثاني: قوله: «وعنه: يختص بالمجلس اختاره الخرقى» انتهى. ليس هذا باختيار الخرقى، بل ظاهر كلامه وجوب المطالبة ساعة يعلم، فإنه قال: ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له، انتهى.

مسألة - ٢٤: قوله: «ولو ترك الولي شفعة موليه فنصه: لا تسقط، وقيل: بلى، وقيل: مع عدم الحظ» انتهى.

أحدها: لا تسقط مطلقاً، وهو الصحيح، نص عليه، وهو ظاهر كلام الخرقى، قال في المحرر: اختاره الخرقى. وقال في الخلاصة: وإذا عفا ولي الصبي عن شفעתه لم تسقط، انتهى.

وقدمه في المحرر والفائق، قال الحارثي: هذا المذهب عندي وإن كان الأصحاب على خلافه، لنصه في خصوص المسألة على ما بينا، انتهى.

الأصح، وإلا استقر أخذه.

ولو قسم المشتري على الشفيع لغيبته، فإن للحاكم ذلك، في أحد الوجهين «م ٢٥» أو قاسم وكيله أو هو لإظهاره له زيادة ثمن أو هبة أو أنه اشتراه لغيره ونحوه، ثم بنى وغرس، ثم علم الشفيع بشفعته، فهي باقية، ولربهما أخذهما وعند ابن عقيل: مع عدم الضرر، وجزم به الآمدي البغدادي، ولا يضمن نقصها بالقلع، في الأصح، فإن أبي أخذه الشفيع بقيمته حين تقويمه، أو قلعه وضمن نقصه من القيمة، وفي الانتصار: أو أقره بأجرة، فإن أبي فلا شفعة، ونقل الجماعة: له قيمة البناء ولا يقلعه.

ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء، وقال: إنهم يقولون قيمة النقص، وأنكره ورده وقال: ليس هذا كغاصب، ولا أجرة له مدة بقاء زرع مشتر، في الأصح، وإن حفر بئرًا أخذها ولزمه أجرة مثلها، ولا يملك أخذ بعض الشقص، فإن تلف بعضه أخذ باقيه بحصته من ثمنه، فلو اشترى دارًا بألف تساوي ألفين فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف أخذها بخمسائة بالقيمة من الثمن، نص عليه.

والوجه الثاني: تسقط مطلقًا، وليس للولد الأخذ بها إذا كبر، اختاره ابن بطه، وكان يفتي به، نقله عنه أبو حفص، وجزم به في المنور.

والوجه الثالث: إن كان فيها حظ لم تسقط وإلا سقطت، وعليه أكثر الأصحاب، قال الزركشي: اختاره ابن حامد وتبعه القاضي وعامة أصحابه، قال الحارثي: هذا ما قاله الأصحاب، انتهى.

واختاره الشيخ تقي الدين وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والوجيز وغيرهم. وهو ظاهر ما قدمه في المقنع.

مسألة - ٢٥: قوله: «ولو قسم المشتري على الشفيع لغيبته فإن للحاكم ذلك، في أحد الوجهين»، انتهى.

ظاهر ما قطع به في القاعدة الثالثة والعشرين الجواز، ويأتي لفظه في باب القسمة. وقال ابن نصر الله في حواشي الفروع في هذه المسألة: جزم به في المحرر بأن الحاكم يقسم على الغائب في قسمة الإيجاب، والقسمة هنا لا تكون إلا في قسمة الإيجاب، انتهى.

قلت: وكذا قال في الرعايتين والوجيز والحاوي وغيرهم. وقد أطلق المصنف الخلاف في باب القسمة وجهين فيما إذا غاب ولي من ليس أهلاً هل يقسمه الحاكم أم لا؟ عن صاحب الترغيب، واقتصر عليه، ويأتي تصحيح ذلك إن شاء الله تعالى.

وقال ابن حامد: وإن كان تلفه سماويًا لزمه أخذه بجميعه، ولو كان المبيع شقصًا وسيفًا فله أخذ الشقص بحصته من الثمن، فيقسم ثمنهما على قيمتهما، نص عليه، وقيل: لا شفعة.

فصل

إذا تعدد المشتري فصفقتان له أخذ إحداهما، وكذا إن تعدد العقد، فإن أخذ بثنائيهما ففي مشاركة المشتري فيه أوجه، الثالث إن عفا الشفيع عن أولهما شاركه «م ٢٦».

وإن تعدد البائع أو المبيع فوجهان «م ٢٧ - ٢٨».

مسألة - ٢٦: قوله: «إذا تعدد المشتري فصفقتان له أخذ إحداهما، وكذا إن تعدد العقد، فإن أخذ بثنائيهما ففي مشاركة المشتري فيه أوجه: الثالث: إن عفا الشفيع عن أولهما شاركه» انتهى، وأطلق الأوجه في المغني، والمقنع، والشرح.

أحدها: يشاركه المشتري في شفيعته، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والنظم، وشرح الحارثي وغيرهم. وجزم به في المستوعب والتلخيص، والرايعيتين، والفائق، وغيرهم. وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يشاركه فيها، اختاره القاضي وابن عقيل.

والوجه الثالث: إن عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني، وإن أخذ بهما جميعًا لم يشاركه.

مسألة - ٢٧ - ٢٨: قوله: «وإن تعدد البائع أو المبيع فوجهان»، انتهى. شمل مسألتين:

المسألة الأولى - ٢٧: إذا تعدد البائع والمشتري واحد بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة، فهل للشفيع أخذ أحدهما أو لا يأخذ إلا الكل أو يترك؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والراعية الكبرى.

أحدهما: له أخذ أحدهما، وهو الصحيح، وعليه أكثر الأصحاب. وقال الحارثي: عليه الأصحاب، حتى القاضي في المجرد، لأنهما عقدان، لتوقف نقل الملك عن كل واحد من الباعين على عقد، فملك الاقتصار على أحدهما، كما لو كانا متعاقبين أو المشتري اثنان، جزم به في الكافي، والوجيز وغيرهما، وصححه في الخلاصة، والمقنع، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والتلخيص، والمغني، والشرح، ونصراه،

وقيل: بتعدد البائع، جزم به في الفنون، وقاسه على تعدد المشتري بما يقتضي

وغيرهم.

والوجه الثاني: ليس له إلا أخذ الكل أو الترك، اختاره القاضي في الجامع الصغير ورؤوس المسائل، وذكر المصنف كلامه في الفنون.

المسألة الثانية - ٢٨: إذا تعدد المبيع بأن باع شقصين من مكانين لواحد صفقة واحدة فهل له أخذ أحدهما بالشفعة أو ليس له إلا أخذ الجميع أو الترك؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والرعاية.

أحدهما: له أخذ أحدهما، وهو الصحيح. وقال الحارثي: هذا المذهب وجزم به في الوجيز ونظم المفردات وغيرهما، وصححه في الخلاصة، والمقنع، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والفصول والمذهب، والمستوعب، والكافي، والمغني، والشرح، ونصراه، وغيرهم.

والوجه الثاني: ليس له إلا أخذ الكل أو الترك، وهو احتمال في الهداية. وقال بعضهم: اختاره القاضي في المجرد.

تنبيه: قد بان لك أن في إطلاق المصنف الخلاف في هاتين المسألتين نظرًا لاختيار جمهور الأصحاب لأحدهما، وقوته ومن حيث المعنى، والله أعلم.

مسألة - ٢٩ - ٣٠: قوله: «وإن قبل نصفهما بنصف الثمن أو باع كلاً منهما بكذا فقبل أحدهما بثمنه ففي الصحة خلاف في الانتصار»، انتهى. ذكره في ردّ أحد المبيعين بالعيب والذي يظهر أن هذا الحكم في صحة البيع هل يصح أم لا؟ وفيه مسألتان.

المسألة الأولى - ٢٩: لو أوجب البائع شقصين من مكانين في البيع بثمن معين فقبل المشتري نصفهما بنصف الثمن فهل يصح البيع أم لا؟ حكى في الانتصار خلافًا في ذلك.

قلت: الصواب عدم الصحة، فلا بد من إيجاب في المجلس غير ما تقدم، وقد قطع في الكافي، في الخلع فيما إذا قال: بعثك عبيدي الثلاثة بألف فقال: قبلت واحدًا بثلاث الألف، أنه لا يصح، وهذه قريبة منهما.

المسألة الثانية - ٣٠: لو باع شيئين صفقة واحدة وكل واحد منهما بكذا فقبل أحدهما بثمنه فهل يصح البيع أم لا؟ حكى في الانتصار خلافًا في ذلك، قلت: الصواب هنا الصحة.

مسألة - ٣١ و ٣٢: قوله: «ولو اشترى وكيلهما من زيد شقصًا أو باع ملكيهما فهل يعتبر به أو بهما؟ فيه وجهان»، انتهى. وفيه مسألتان:

أنه محل وفاق، لأنه يشي الإيجاب، وهنا يشي القبول، بخلاف تعدد الصفقة، فإنه لا يلزم تشنية العقد بالمعقود عليه، وإن قبل نصفهما بنصف الثمن أو باعه كلاً منهما بكذا فقبل أحدهما بثمنه ففي الصحة خلاف في الانتصار «م ٢٩ - ٣٠».

وإن قبل أحد مشتريين نصفه بنصف ثمن صح، وجزم به ابن عقيل: في الفنون وغيره، لأنه قبل جميع ما أوجبه له، وكذا مشتر من بائعين، ويتوجه الوجه، ولو اشترى وكيلهما من زيد شقصاً أو باع ملكيهما فهل يعتبر به أو بهما؟ فيه وجهان «م ٣١، ٣٢»، فإن اجتمع شفعا فهي على قدر ملكهم، اختاره الأكثر فدار بين ثلاثة، نصف وثلث وسدس، فباع رب الثلث فالمسألة من ستة، فالثلث بينهما على أربعة، لرب النصف ثلاثة، وللسدس واحد، وعلى هذا فقس، وعنه: على عددهم، ولا يرجح أقرب ولا قرابة، وإن عفا بعضهم أو غاب فلغيره أخذ كله أو تركه فقط، نص عليه.

ولا يؤخر بعض ثمنه ليحضر الغائب، فإن أصر فلا شفعة، والغائب على حقه، ولا يطالبه بما أخذه من غلته، ولو كان المشتري شريكاً أخذ بحصته، نص عليه، فإن

المسألة الأولى - ٣١: «إذا اشترى وكيل اثنين من زيد شقصاً أو باع ملكيهما، فهل يعتبر به أو بهما؟ فيه وجهان» انتهى.

المسألة الثانية - ٣٢: لو باع وكيلهما ملكيهما، فهل الاعتبار بالوكيل في المسألتين أم بالموكلين؟ أطلق الخلاف. قلت: الصواب أن الاعتبار بهما، لأن وكيلهما بمنزلهما أشبه بما لو باشر العقد، والله أعلم.

فإذا قلنا: الاعتبار بالموكلين ففي المسألة الأولى تعدد المشتري، وفي المسألة الثانية تعدد البائع، وقد تقدم حكمهما في كلام المصنف في الأولى وهنا في الثانية، قال في المغني، والشرح: لو كانت دار لثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه فباعهما لرجل فلشريكهما الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان، وعلاهما، وهذه شبيهة بمسألة المصنف الثانية. وقال في الرعاية الكبرى: وإن اشترى وكيل اثنين من زيد شقصاً في عقد فهل يعتبر به أو بهما أو بوكيل المشتري؟ قلت: يحتمل أوجهها، انتهى.

وهذه مسألة المصنف الأولى، وظاهر كلامه في الرعاية أنه لم يجد في المسألة نقلاً في المذهب، فحينئذ في إطلاق المصنف الخلاف نظر، ويحتمل أن يكون وجد نقلاً واختلف الأصحاب في الترجيح، وهو بعيد، وتقدم الجواب عن ذلك في المقدمة فهذه اثنتان وثلاثون مسألة في هذا الباب.

عفا ليلزم به غيره لم يصح، وتصرف مشتر بعد طلب الشقص منه باطل، مطلقاً، ويصح قبله، فإن وقفه أو وهبه ونحوه وقيل: أو رهنه، سقطت. وقال أبو بكر: لا، ويفسخ تصرفه وثمرته له حتى لو جعله مسجداً.

وفي الفصول عنه: لا، لأنه شفيع وضعفه بوقف غضب أو مريض مسجداً، وإن باعه ونحوه أخذه بثمن أي البيعين شاء. وقال ابن أبي موسى: ممن هو في يده، ويرجع من أخذه منه على بائعه بما أعطاه، وإن أجره انفسخت من وقت أخذه، وقيل: بل له الأجرة، وفيها في الكافي الخلاف في هبة، وإن نما بيده نماء متصلاً كشجرة كبر وطلع لم يؤبر تبعه في العقد والفسخ وإلا فهو لمشتري إلى الجذاذ بلا أجرة لأن الشفيع كمشتري، وكذا زرعه له إلى حصاده.

وقيل: بأجرة، فيتوجه تخريج في الثمرة، وإن فسخ البيع بإقالة، وفيه رواية، أو عيب في الشقص، وفيه وجه، فللشفيع أخذه. وإن فسخ البائع لعيب في ثمنه المعين فإن كان قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة، وإلا استقرت، وللبائع إلزام المشتري بقيمة شقصه، ويتراجع المشتري والشفيع في الأصح بما بين القيمة والثن، فيرجع دافع الأكثر بالفضل.

ولا شفعة لكافر على مسلم، نص عليه، وقيل: ولا لكافر على كافر والبائع مسلم، فإن تباع كافران بخمر شقصاً فلا شفعة، في الأصح، كخنزير، بناء على قولنا هل هي مال لهم؟ والله أعلم.

باب إحياء الموات

وهي الأرض الدائرة التي لم يعلم أنها ملكت، وكذا إن ملكها من لا حرمة له وباد، كحربي وآثار الروم، على الأصح، نقل أبو الصقر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع ولا عيون وأنهار تزعم كل قرية أنها لهم في حرمهم فإنها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاء حتى يعلم أنهم أحيوها، فمن أحيها فله، ومعناه نقل ابن القاسم، وإن ملكها من له حرمة أو شك فيه ولم يعلم لم تملك، لأنها فيء، وعنه: بلى، وعنه: مع الشك فيه، اختاره جماعة، وإن علم ولم يعقب أقطعه الإمام، وعنه: يملكه محبيه.

قال في التبصرة: ولا يملك مسلم بإحياء أرض كفارة صولحوا عليها. ويملك المحيي بحيازته بحائط منيع، نص عليه، وعنه: مع إجراء ماء أو عمارته عرفاً لما يريده له، قال في المغني: وإن لم ينصب باباً على بيت، ويملكه بغرس وإجراء ماء، نص عليهما، أو منع ماء لا بحرث وزرع، قيل: لأحمد: فإن كرب حولها؟ قال: لا يستحق ذلك حتى يحيط ويملك بدون إذن إمام. وفيه وجه، وهو رواية في الواضح، ويملك به ذمي، وفي المنصوص.

وقال جماعة: لا في دارنا، وقيل: ومثله حربي، ولا يملك به موات بلده كفار صولحوا على أنها لهم، وفيه احتمال، ولا ما قرب من عامر وتعلق بمصلحته، كطرقه وفنائته ومسيل مائه ومرعاه ومحتطبه وحريمه، ولا يقطعه إمام، لتعلق حقه به، وقيل: لملكه له، فإن لم يتعلق ملك به أقطع، وعنه: لا. وإن وقع في الطريق نزاع وقت الإحياء فلها سبعة أذرع، للخبر، ولا تغير بعد وضعها، لأنها للمسلمين، نص عليه.

واختار ابن بطة؛ أن الخبر في أبواب ملك مشترك أرادوا قسمته واختلفوا في قدر حاجتهم، ولا يملك ما نصب مأؤه. وفيه رواية، ولا معدن ظاهر، كقار وملح، ولا باطن ظهر، كحديد، فإن لم يظهر فكذلك، في ظاهر المذهب، ولا يقطعه إمام،

كظاهر، واختار الشيخ جوازه، وعن أسماء أن رسول الله ﷺ أقطع الزبير نخلاً^(١).
إسناده جيد، رواه أبو داود.

وقال الخطابي: النخل مال ظاهر كمعدن ظاهر، فيشبهه إنما أعطاه ذلك من الخمس الذي هو سهمه. وله إقطاع موضع بقرب الساحل يصير ماؤه ملحاً، والأصح ويملكه محييه، ويملك المحيا بما فيه حتى معدن جامد ظاهراً كان أو باطناً، وعنه: وجار وكلاً، ويلزمه بذل فاضل مائه لبهائم غيره إن لم تجد ماء مباحاً ولم ينضّر بها واعتبر القاضي اتصاله بمرعى، ويلزمه لزوع غيره، على الأصح.

وقال ابن عقيل: لا لزوع نفسه، قال أحمد: إلا أن يؤذنه بالدخول أو له فيه ماء السماء فيخاف عطشاً فلا بأس أن يمنعه، قال: وليس له أن يمنع فضل ماء ليمنع به الكلاً واحتج بالخبر.

وفي الروضة: يكره منعه فضل مائه ليسقي به، للخبر، ومتى لم يلزمه باعه بكيل أو وزن، ويحرم مقدراً بمدة معلومة «م» أو بالري أو جزأفاً، قاله القاضي وغيره، وقال: إن باع أصعاً معلومة من سائح جاز، كماء عين، لأنه معدوم، وإن باع كل الماء لم يجز، لاختلاطه بغيره.

قال جماعة: من حفر بئراً بموات للسابلة فهو كغيره في شرب وسقي وزرع، ويقدم آدمي ثم حيوان، وإن حفرها فيه لارتفاقه كعادة من انتجع أرضاً فهو أحق ما أقام. وفي الأحكام السلطانية: يلزمه بذل فاضله لشاربه فقط، وتبعه في المستوعب والترغيب، وإن رحل فسابلة، فإن عاد ففي اختصاصه وجهان «م ١» وإن حفرها تملكاً

مسألة - ١: قوله: «وإن حفرها لارتفاقه كعادة من انتجع أرضاً فهو أحق ما أقام، وإن رحل فسابلة، فإن عاد ففي اختصاصه وجهان»، انتهى. وأطلقهما في التلخيص، وشرح الحارثي.

أحدهما: عدم الاختصاص فهو كغيره فيهما، اختاره القاضي، في الأحكام السلطانية.

والوجه الثاني: هو أحق بها من غيره، فيختص بها، اختاره أبو الخطاب في بعض تعاليقه، قال السامري: رأيته بخط أبي الخطاب على نسخة الأحكام السلطانية.

قال محفوظ - يعني نفسه -: الصحيح أنهم إذا عادوا كانوا أحق بها، لأنها ملكهم

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٠٦٩) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢/٢٦٦).

أو بملكه الحي ملكها، وفي الرعاية: في الأقيس. وفي الأحكام السلطانية: إن احتاجت طيًا فبعده، وتبعه في المستوعب.

وحريم البئر العادية - نسبة إلى عاد، ولم يُرد عادًا بعينها، وعند شيخنا: هي التي أعيدت - خمسون ذراعًا من كل جانب. والبدي النصف، نص عليه، نقل حرب وغيره: العادية التي لم تزل وأنه ليس لأحد دخوله، لأنه قد ملكه، ونقل ابن منصور: والعادي القديمة وعنه: قدر الحاجة، وقيل: أكثرهما، وذكر أبو محمد الجوزي: إن حفرها في موات فحريمها خمسة وعشرين ذراعًا من كل جانب، وإن كانت كبيرة فخمسون، وحريم عين خمسمائة ذراع، نص عليه، وعند جماعة: قدر الحاجة وحريم الشجر مد أغصانها، ولو أذن لغيره في عمله في معدنه والخارج له بغير عوض صح، لقول أحمد: به بكذا فما زاد فلك.

وقال صاحب المحرر: فيه نظر، لكونه هبة مجهول، ولو قال: على أن يعطيهم ألفًا مما لقي مناصفة والبقية له، فنقل حرب أنه لم يرخص فيه، ولو قال: على أن ما رزق الله بيننا، فوجهان «م ٢». وموات العنوة كغيره، وعنه: لا يملكه محبيه ويقر بيده بخراجه، كذمي أحياء، وعنه: على ذمي أحيًا غير عنوة عشر ثمره وزرعه، وفي ملك مسلم به موات الحرم وعرفة وجهان «م ٣».

بالإحياء، وعادتهم أن يرحلوا كل سنة ثم يعودون، فلا يزول ملكهم عنها بالرحيل، انتهى. قلت: وهو الصواب، وقدمه في الرعاية الكبرى، والفائق، قال في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير: فهم أولى بها، في أصح الوجهين.

مسألة - ٢: قوله: «ولو أذن لغيره في عمله في معدنه والخارج له بغير عوض صح، ولو قال: على أن يعطيهم ألفًا مما لقي مناصفة والبقية له، فنقل حرب أنه لم يرخص فيه، ولو قال: على أن ما رزق الله بيننا، فوجهان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، قال الحارثي: أظهرهما الصحة، قال القاضي: هذا قياس المذهب، قال الحارثي: ولم يورد للقاضي سواه، وذكر فيه نص أحمد إذا قال: صف لي هذا على أن لك ثلثه أو رבעه أنه يصح، انتهى. وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يصح، ومال إليه في المغني. إذا قال صف هذا على أن لك ثلاثة أو أربعة.

مسألة - ٣: قوله: «وفي ملك مسلم موات الحرم وعرفة وجهان»، انتهى.

ومن تحجر مواتاً، كحفر بئر لم يصل مأواها - نقله حرب - أو سقي شجر مباح وإصلاحه ولم يركبه، أو أقطع له، لم يملكه، وهو ووارثه أو من ينقله إليه أحق به، ولا يبيعه، وقيل: يجوز، وإن ترك الإحياء أمر به أو تركه، ويمهل بطلبه شهرين وثلاثة، فإن بادر غيره فأحياه قبل مدة المهلة - وذكر الشيخ: أو قبلها - ففي ملكه وجهان «م ٤».

ويتوجه مثله في نزوله عن وظيفة لزيد، هل يتقرر غيره. وقال شيخنا: فيمن نزل عن وظيفة الإمامة: لا يتعين المنزول ويولي من إليه الولاية من يستحق التولية شرعاً. ومن أخذ مما حماه إمام عزز «ش» في ظاهر كلامهم، لمخالفته، وله نظائر ولم يذكروا ضماناً، فظاهره لا ضمان «وش» لبقاء إباحته وإنما عزز للمخالفة، وما أقطعه إمام لمن يحييه كمتحجر، ويسمى تملكاً، لماله إليه، وله إقطاع غير موات

وأطلقهما في التلخيص، والرعاية.

أحدهما: لا يملكه، وهو الصواب، وقال ابن نصر الله في حواشيه: وهو الأظهر، قال الحارثي: وهو الحق في موات عرفة. وقال في موات الحرم: فإن قيل: إنه عنوة ففيه ما مر في أرض العنوة، وإن قيل: صلح جاز إحيائه، ومن شيوينا من حكى احتمال وجهين، وهما منقولان على ما ذكرنا، انتهى، والصحيح من المذهب أن الحرم فتح عنوة.

والوجه الثاني: يملك بالإحياء قلت: لو قيل يملك بالإحياء ما لا يحتاج إليه الحاج ألينة إن وجد لكان له وجه، والله أعلم.

مسألة - ٤: قوله: «ويمهل بطلبه شهرين وثلاثة، فإن بادر غيره فأحياه قبل مدة المهلة وذكر الشيخ: أو قبلها ففي ملكه وجهان»، انتهى.

وأطلقهما في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والتلخيص، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والحارثي والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، والقواعد الفقهية وغيرهم.

أحدهما: يملكه، صححه في التصحيح والمذهب، والنظم، وغيرهم. وقطع به في الوجيز وغيره، وهو ظاهر ما قدمه في تجريد العناية.

والوجه الثاني: يملكه، اختاره القاضي وابن عقيل، وقال الناظم: هو بعيد.

تنبيه: قوله: «قبل مدة المهلة»، يحتمل أن يكون هنا نقص، وتقديره: قبل فراغ أو مضي مدة المهلة، ولا بد من ذلك على هذا الاحتمال حتى يغير قول الشيخ. وقال شيخنا في حواشيه: والذي يظهر أنه قبل مدة المهلة من القول، فيكون هذا قولاً، وما

تمليكًا وانتفاعًا، للمصلحة، وللإمام أن يحمي مواتًا لدابة يحفظها أو غاز وضعيف ما لم يضيق، ولإمام غيره نقضه، كهو، وقيل: لا، كما حماه النبي ﷺ، وفي ملكه بإحياء وجهان «م ٥».

ويتوجه في بعض الإطلاقات الخلاف، ونقل حرب: القطائع جائزة، وقال له المروزي: قال مالك: لا بأس بقطائع الأمراء، فأنكره شديدًا وقال: تزعم أنه لا بأس بقطائعهم؟ ونقل يعقوب: قطائع الشام والجزيرة من المكروهة كانت لبني أمية فأخذها هؤلاء، ونقل محمد بن داود: ما أدري ما هذه القطائع يخرجونها ممن شأؤوا إلى من شأؤوا، قال أبو بكر: لأنه يملكها من أقطعها، فكيف يخرج منه، ولهذا عوض عمر جريراً البجلي لما رجع فيما أقطعه.

وقيل لشيخنا: إن أطلق ولي الأمر من المصالح من وقف عليها أو غيره سكن زاوية وأطلق لها ما تحتاج إليه هي والفقراء؟ فقال: إن استحق تناوله لحاجته مع دينه أو لمنفعة عامة ونحوه جاز، ولم يجز مخالفته ولا طلبه بأجرة في الماضي والمستقبل، وله إقطاع جلوس في طريق ورحبة متسعة، ما لم يضر بالناس، ويكون أحق بجلوسها ما لم يعد فيه.

ويحرم ما يضيق على المارة ولو بعوض، ومع عدم إقطاع للسابق الجلوس - على الأصح - ما بقي من قماشه، وعنه: إلى الليل وفي افتقاره إلى إذن وجهان «م ٦»، وله التظليل بغير بناء كبارية، ونحوها، فإن طال مقامه أو مقام سابق إلى معدن

ذكره الشيخ قولاً.

و«مدة»: منصوب على الظرف، فعلى هذا يكون قد أطلق الخلاف، والمذهب، غير قول الشيخ، وعلى الأول يكون قدم حكماً.

مسألة - ٥: قوله: «وللإمام أن يحمي مواتًا ولإمام غيره نقضه، كهو، وقيل: لا، كما حماه النبي ﷺ وفي ملكه بإحياء وجهان». انتهى. وأطلقهما في المغني، والرعاية.

أحدهما: يملكه، وهو الصحيح، قطع به في الكافي، وغيره وصححه في الفائق وغيره قال الشارح: وهو أولى.

الوجه الثاني: لا يملكه بالإحياء.

مسألة - ٦: قوله: ويحرم ما يضيق على المارة ولو بعوض ومع عدم إقطاع للسابق الجلوس على الأصح ما بقي قماشه، وعنه، إلى الليل، وفي افتقاره إلى إذن وجهان» انتهى.

ففي إزالته وجهان «م ٧ - ٨».

وقيل: في معدن: من أخذ فوق حاجته منع، وقيل: لا، وقيل: إن أخذه

أحدهما: لا يفتقر إلى إذن، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، قال في القواعد: هذا قول الأكثر، قال الحارثي: هذا المذهب، وهو كالصريح المقطوع به في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: يفتقر إلى إذن، وهو رواية حكاهما في الأحكام السلطانية، نقله عنه في القاعدة الثامنة والثمانين، انتهى.

مسألة - ٧ - ٨: قوله: «وله التظليل بغير بناء، كبارية ونحوها، فإن طال مقامه، أو مقام سابق إلى معدن ففي إزالته وجهان» انتهى، ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٧: إذا طال مقامه في الجلوس فهل يزال أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المذهب والكافي، والمقنع، والمغني، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يزال، صححه في التصحيح، والنظم، وجزم به في الوجيز، وهو ظاهر ما جزم به في المنور. وقال الحارثي: وهو اللائق بأصول الأصحاب، حيث قالوا بالإقطاع، انتهى.

والوجه الثاني: يزال، قال الحارثي: وهو أظهرهما عندهم، قال في الخلاصة، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير: منع، في الأصح، قال في القواعد: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية حرب، وقدمه في الهداية، والمستوعب والتلخيص والرعاية الكبرى، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وهو الصحيح والصواب.

المسألة الثانية - ٨: إذا طال مقام السابق إلى معدن فهل يزال أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب والمغني، والمقنع، والكافي، والمحزر، والشرح، والرعاية الكبرى، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يمنع ولا يزال، وهو الصحيح قال في المستوعب والتلخيص: والصحيح أنه لا يمنع ما دام أخذًا، قال الحارثي: أصحهما لا يمنع، وصححه في التصحيح والنظم، وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره.

والوجه الثاني: يمنع، قدمه في الهداية، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وهو الصواب، وجزم به في الخلاصة، وقيل: يمنع مع ضيق المكان. وقال الحارثي: قطع به ابن عقيل، قلت: وغير ابن عقيل وليس هذا داخلًا في محل الخلاف، والله أعلم.

تنبيه: كثير من الأصحاب جعلوا حكم هذه المسألة والتي قبلها حكمًا واحدًا، وهو

لتجارة هأياً إمام بينهما، لحاجة المهايأة والقرعة وتقديم من يرى والقسمة «م ٩» وفي النصيحة: من عمل يومه في معدن ثم انصرف فجاء غيره من الغد ليعمل فيه لم يملك منعه.

قال أحمد في حوانيت السوق: يستأذن إلا من فتح بابه وجلس للتجارة. سبق إلى معدن مباح أو منبوذ رغبة عنه، أو وجد عنبرة على الساحل ومن سبق إلى معدن مباح أو منبوذ رغبة عنه أو وجد عنبرة على الساحل فهو أحق بما أخذه وإن سبق اثنان اقترعا، وقيل: يقدم الإمام، وقيل: بقسمة معدن، وهو الأصح في منبوذ وكذا إلى

الذي قدمه المصنف، وصرح به صاحب المستوعب، وابن منجا في شرحه، وغيرهما. وقيل: يزال من المعدن دون الجلوس، وهو الذي ذكره المصنف بعد هذا.

قلت: ويتوجه العكس، وهو ظاهر كلامه في المستوعب، والتلخيص، وعلى ما تقدم: فصحا أنه لا يمنع من المعدن، وقدماً أنه يمنع من إطالة الجلوس، وقدم في الرعاية الكبرى، أنه يمنع من إطالة الجلوس، وأطلق الخلاف من منعه من إطالة الجلوس، وجزم بالمنع من الإطالة في المعدن، والله أعلم.

مسألة - ٩: قوله: «لحاجة المهايأة والقرعة وتقديم من يرى والقسمة»، انتهى.

هذا الكلام معطوف على القول الذي قبله، وهو قوله: «وقيل: إن أخذه لتجارة هأياً الإمام بينهما» إلا أنه ابتداء مسألة، يعني أن لبعض الأصحاب طريقة، وهي إن أخذ لتجارة هأياً الإمام بينهما، وإن أخذ لحاجة فأربعة أقوال: المهايأة والقرعة، وتقدم من يرى والقسمة، قال القاضي: إن أخذ للتجارة هأياً الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى، وإن كان للحاجة فاحتمالات:

أحدها: القرعة.

والثاني: ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم.

والثالث: يقدم من يراه أحوج وأولى، انتهى.

وقال في الرعاية الكبرى: وإن سبق أحدهما، قدم، فإن أخذ فوق حاجته منع، وقيل: لا، وقيل: إن أخذه لتجارة هأياً الإمام بينهما، وإن أخذه لحاجة فأربعة أوجه: المهايأة، والقرعة، وتقديم من يراه الإمام وأن ينصب من يأخذه، ويقسمه بينهما، انتهى.

وهذه أوجه المصنف، وكذا قال في الكافي، وغيره، فالمصنف قدم في هذه المسألة حكماً، وهو أنه من أخذ فوق حاجته يمنع، ولكن تصحح على هذه الطريقة أحد الأوجه، والصواب منها نصب الإمام من يأخذه ويقسمه بينهما، وهو أعدل الأقوال، والله أعلم.

الطريق، وجزم الأمدي البغدادي بالقسمة، ولمن في أعلى ماء مباح السقي إلى أن يصل إلى كعبه ثم يرسله إلى من يليه، نص عليه، وإن كانت أرضه مستقلة سدها إذا سقى حتى يصعد إلى الثاني، قاله في الترغيب ويقدم أحد مستويين بقرعة بقدر حقه، وفي المنع من إحياء موات أقرب إلى أول الماء وجهان «م ١٠».

ولا يسقي قبلهم، ومن سبق إلى قناة لا مالك لها فسبق آخر إلى بعض أفواهاها من فوق أو أسفل فلكل منهما ما سبق إليه، ولمالك أرض منعه الدخول بها، ولو كانت رسومها في أرضه وأنه لا يملك تضيق مجرى قناة في أرضه خوف لص، لأنه لصاحبها، نص على الكل.

وقال أبو بكر: إن لم يصل إلى عمارتها إلا في الأرض فليس له منعه، يعني على رواية حنبل، وقد ذكر إجماع عمر محمد بن مسلمة على إجراء الماء في أرضه كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع صاحبه. فإن أجاب وإلا أجبره السلطان، نقل المروذي في نهر لضياع: أكره الأشجار عليه.

ونقل يعقوب فيمن غصب حقه من ماء مشترك: للبقية أخذ حقهم، ونقل مثنى: من سد له الماء لجأه أفاسقي منه إذا لم يكن تركي له يردده على من يسد عنه؟ فأجازه بقدر حاجتي، ومن ترك دابة بمهلكة أو فلاة لعجزه أو انقطاعها ملكها مستنقذها: وقيل، لا، كعبد، وترك متاع عجزاً، فيرجع بنفقة وأجرة متاع. وفي المنصوص، وفي إلقائه خوف غرق وجهان «م ١١»، والله أعلم.

مسألة - ١٠: قوله: «وفي المنع من إحياء موات أقرب إلى أول الماء وجهان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: ليس لهم منعه من ذلك، قال الحارثي: وهو أظهر، وجزم به في الكافي، وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره.

والوجه الثاني: لهم منعه، قال الحارثي: وهو المفهوم من إيراد المقنع، انتهى.

مسألة - ١١: قوله: «ومن ترك دابة بمهلكة أو فلاة لعجزه أو انقطاعها ملكها مستنقذها وقيل: لا، كعبد، وترك متاع عجزاً، فيرجع بنفقة وأجرة متاع، في المنصوص، وفي إلقائه خوف غرق وجهان». انتهى.

يعني: إذا ألقى متاعه في البحر خوفاً من الغرق فهل ملكه باق عليه فلا يملكه عليه أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه في الحاوي الصغير.

أحدهما: ملكه باق عليه فلا يملكه من أخذه، قال الحارثي: نص أحمد في المتاع يقتضي أن ما يليه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكه، انتهى.

والوجه الثاني: يملكه آخذه، وهو احتمال في المغني، والشرح، و مالاّ إليه، ذكره في اللقطة، وقدمه في الفائق، والرعايتين، ذكر في آخر اللقطة، وصححه الناظم. قلت: وهو قوي، فهذه إحدى عشرة مسألة في هذا الباب.

تنبيه: قوله: «وله التقاط غيره من حيوان وغيره غير ممتنع بنفسه، وعنه: ونحو شاة، وعنه: وعرض»، انتهى.

ظاهر هذا: أن المقدم ليس له التقاط نحو الشاة كالفصلان والعجاجيل، وإلاّ فلا، والعروض، وليس كذلك، بل المذهب جواز التقاط ذلك، والظاهر أن هنا نقصاً، وتقديره: وعنه: لا نحو شاة، وعنه: وعرض» ليوافق ما قاله الأصحاب، ويدل على ما صدره في أول المسألة بقوله: «غير ممتنع بنفسه» وقوله: «كخشبة كبيرة» يعني له التقاطها، ولم يحك فيه خلافاً وفيه نظر.

بل الصواب ما قاله المصنف وابن عقيل والشارح، والزركشي، وجماعة: إن أحجار الطواحين الكبار والقدور الضخمة والأخشاب الكبار ملحقة بالإبل من أنها لا يجوز التقاطها، قالوا: بل هي أولى من الإبل من وجوه، والعجب أن المصنف لم يذكر ذلك ولا حكاة قولاً، وهذا مما يدل على أن في كلامه نقصاً، وقوله قبل ذلك أول الباب: «يحرم التقاط ممتنع عن سبع صغير... وخالف الشيخ... في طير مستوحشة».

فكونه جعل كلام الشيخ قولاً مؤخرًا فيه نظر، بل الأولى أن يكون هو المقدم لما يذكر، وفيه نظر أيضاً من وجه آخر، وهو أن الشيخ إنما ذكر ذلك في الصيد المتوحشة التي إذا تركت رجعت إلى الصحراء، أو عجز عنها صاحبها، فلم يخص الطير بذلك، بل بالصيود كلها، وعملها بعلل قوية جداً، فقال: لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال، والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها، ولو كان المقصود حفظها في نفسها لما جاز التقاط الأثمان، فإن الدينار دينار أيما كان انتهى، وتبعه جماعة منهم الشارح، والحارثي وقطعوا به.

باب اللقطة

يحرم التقاط ممتمنع عن سبع صغير، كإبل وبقر، نص عليهما، وبغال وكلب وطلباء وطير وحمير أهلية، وخالف الشيخ فيها وفي طير مستوحشة ويضمنه، كغاصب، ونصه وقاله أبو بكر: يضمن ضالة مكتومة بالقيمة مرتين، للخبر، ويبرأ بدفعه إلى نائب إمام أو بأمره برده مكانه، كجائز التقاطه، وقيل: أو لم يأمره، وإن أنفق على أنه ملكه لم يرجع، لتعديده، ذكره في المنتخب، ولا يبرأ من أخذ من نائم شيئاً إلا بتسليمه له، ولنائب إمام أخذه للحفظ، ولا يلزمه تعريفه، ولا تكفي فيه الصفة، ذكره الشيخ.

واختار الشيخ: ولغيره بموضع مخوف، وله التقاط غيره من حيوان وغيره ممتمنع بنفسه، كخشبة كبيرة، وعنه: ونحو شاة، وعنه: وعرض ذكرها أبو الفرج إذا أمن نفسه وقوي عليه، وإلا فكغاصب، والأفضل تركه، وقيل عكسه بمضيعة، وخرج وجوبه إذن.

ونقل حنبل: لا يعرض لها، ولأحمد من حديث أبي ذر: «ولا تسألن أحداً شيئاً ولا تقبض أمانة ولا تقض بين اثنين». ويفعل الحظ لمالكه، وله أكل حيوان وما يخشى فساد ببقيمته، قاله أصحابنا.

وفي المغني: يقتضي قول أصحابنا لا يملك عرض فلا يأكل، وله بيعه وحفظ ثمنه، وهو كللقطة، ولم يذكر الأكثر تعريفه، وعنه: يبيع كبيراً حاكم، وعنه: مع وجوده وفي الترغيب: ولا يبيع بعض حيوان.

وأفتى أبو الخطاب وابن الزاغوني بأكله بمضيعة بشرط ضمانه، وإلا لم يجز تعجيل ذبحه، لأنه يطلب. وقال أبو الحسين وابن عقيل: لا يتصرف قبل الحول في شاة ونحوها بأكل وغيره، رواية واحدة.

ونقل أبو طالب: يعرف الشاة، وذكره أبو بكر وغيره، ويرجع بنحو نفقته بنيته

على الأصح، قال في المغني: نص عليه فيمن عنده طائر يرجع بعلفه ما لم يكن متطوعاً.

وقال أبو بكر: هذا مع ترك التعدي، فإن تعدى لم يحتسب له، ويلزمه تعريف الجميع، نص عليه، نهاراً حولاً متوالياً في أسبوع، وفي الترغيب وغيره: ثم مرة كل أسبوع في شهر، ثم مرة في كل شهر، وقيل: على العادة على الفور بالنداء وأجرته عليه، نص عليه، وقيل: من ربها، وعند الحلواني وابنه: منها، كما لو رأى تجفيف عنب ونحوه واحتاج غرامة، وقيل: منها إن لم يملك، وذكره في الفنون ظاهر كلام أصحابنا، في مجامع الناس، ويكرهه في مسجد.

وفي عيون المسائل: لا يجوز، واحتج بقوله ﷺ للرجل: «لا ردّها الله عليك»^(١) وقاله ابن بطة في إنشادها، ولا يصفه بل: من ضاع منه نفقة أو شيء، وقيل: لقطة صحراء بقرية، ويملك اللقطة بعد التعريف، نص عليه.

وذكره في عيون المسائل الصحيح في المذهب، عند أبي الخطاب: إن اختاره، وهو رواية في الواضح، وعنه: لا يملك نحو شاة، ونقل الجماعة: يملك الأثمان فقط، اختاره الأكثر، وله الصدقة به بشرط ضمانه، وعنه: لا، فيعرفه أبداً، نقله ظاهر بن محمد، اختاره أبو بكر، وله دفعه لحاكم.

وظاهر كلام جماعة: لا، وتتوجه الروايتان فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يعرف ربه، ونقل صالح في اللقطة: يبيعه ويتصدق بثمنه بشرط ضمانه، وأطلق بعضهم روايتين.

ونقل حنبل في صبي فرط وبلغ، فإذا تصدق بها أجحف بماله، تصدق بها متفرقة، وعنه: لا تملك لقطة الحرم، اختاره شيخنا وغيره من المتأخرين، وعنه: وغيرها، وعنه: يملك فقير من غير ذوي القربى، فإن آخر تعريفه بعضه سقط، في المنصوص، كالتقاطه بنية تملكه، وفي الصدقة به روايتا العروض، فإن آخره لعذر أو ضاعت فعرّفها الثاني مع علمه بالأول ولم يعلمه أو أعلمه وقصد بتعريفها لنفسه فقيل: يملكه، وقيل: لا «م ١ و ٢» كأخذه ما لم يرد تعريفه، في الأصح نوى تملكه أو كتمه

مسألة - ١ - ٢: قوله: «فإن آخره - أي التعريف - لعذر أو ضاعت فعرّفها الثاني:

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٥٦٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٢١) وابن ماجه في سننه برقم (٧٦٧) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردّها الله عليك فإن المساجد لم تُبن لهذا».

أو لا وليس خوفه أن يأخذها سلطان جائر أو يطالبه بأكثر عذرًا في ترك تعريفها، فإن آخر لم يملكها إلا بعده، ذكره أبو الخطاب وابن الزاغوني، ومرادهم - والله أعلم - أنه ليس عذرًا حتى يملكها بلا تعريف، ولهذا جزم بأنه يملكها بعده، وقد ذكروا أن خوفه على نفسه أو ماله عذر في ترك الواجب.

وقال أبو الوفاء: تبقى بيده فإذا وجد أمنا عرفها حولا، ولا يعرف ما لا تتبعه همة أوساط الناس ولو كثر. وقال ابن الجوزي: همته كتمرة وكسرة وشسع، قال في التبصرة: وصدقته به أولى، وله أخذه والانتفاع به، نص عليه، وعنه: يلزمه تعريفه، وقيل: مدة يظن طلب ربه له، وقيل: دون نصاب سرقة، وقيل: دون قيراط، ولا يلزمه دفع بدله، خلافاً للتبصرة، وكلامهم فيه يحتمل وجهين، وقيل: لأحمد في التمرة يجدها أو يلقيها عصفورا يأكلها؟ قال: لا، قال: أيطعمها صبياً أو يتصدق؟ قال: لا يعرض لها، نقله أبو طالب وغيره، واختاره عبد الوهاب الوراق، وينتفع بكلب مباح، وقيل: يعرفه سنة.

فصل

لقطة فاسق كعدل، وقيل: يضم إليه، وكذا ذمي، وقيل: تدفع لعدل، كتعذر

مع علمه بالأول ولم يعلمه أو أعلمه وقصد بتعريفها لنفسه فقيل: يملكه، وقيل: لا» انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا آخر التعريف عن الحول الأول ثم عرفها فهل يملكها أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، وشرح الحارثي، والفائق، وغيرهم. أحدهما: يسقط التعريف ولا يملكها به، قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين.

والوجه الثاني: يملكها بهذا التعريف.

المسألة الثانية: إذا ضاعت اللقطة من الملتقط الأول، ووجدها آخر فعرفها مع علمه بالأول ولم يعلمه أو أعلمه بها وقصد بتعريفها لنفسه وعرفها فهل يملكها بتعريفها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والفائق: أحدهما: يملكها، قدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يملكها، قال الشيخ والشارح: ويشبه هذا من تحجر مواتاً إذا سبقه غيره إلى ما تحجره فأحياه بغير إذنه، انتهى. قلت: قد أطلق المصنف الخلاف في

حفظها منه، وإذا عرف ولي سفيهه وصبي - وفي المنتخب والتبصرة والترغيب: ومجنون - ما التقطوه ملكوه، ويلزم الولي حفظها وتعريفها، وإن تلف بيد أحدهم وفرط ضمن، نص عليه في صبي كإتلافه، وكعبد.

وفي المنتخب وغيره: لا، ومكاتب كحر، ولقطة معتق بعضه بينهما، وقيل: تدخل هي وكسب نادر كهدية في مهياة، ولعبد أن يلتقط ويعرف بلا إذن سيده، في الأصح فيهما، لأنه فعل حسي، كاحتطابه، فلم يمكن رده، وفي ملكه ما تقدم فإن ملكه وأتلفه ففي ذمته، وإلا في رقبته، نص عليه.

وفي زاد المسافر لأبي عبد الله: في ضمانه إذا أُلِفَ مالا قولان: أحدهما: في رقبته كالجنانية.

والثاني: في ذمته وبالأول أقول، ونقل ابن منصور: جنايته في رقبته وإذا خرق ثوب رجل هو دين عليه، وله إعلام سيده العدل، ولسيده العدل أخذه وتركه ليعرفه ويحرم تصرفه فيها قبل معرفة صفاتها، ويشهد عليها دون صفاتها، وعنه: يلزمه.

اختاره أبو بكر وابن أبي موسى، وقيل: عليهما وكذا لقيط، وقيل: يلزمه: لثلا يسترقه، فلو تركه فلا ولاية، ذكره في الترغيب، ومن وصفه - وقيل: وظن صدقه - أخذه، ولو رجعت إليه بفسخ أو شراء لا قبله بلا بينة ولا يمين نص عليه، وفي كلام أبي الفرج والتبصرة جاز الدفع إليه.

ونقل ابن هانئ ويوسف بن موسى: لا بأس، وإن وصفه أحد مدعين حلف، ذكره أصحابنا، ومثله وصفه مغصوبًا ومسروقًا، ذكره في عيون المسائل والقاضي وأصحابه، على قياس قوله: إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن في الدار من وصفه فهو له، وقيل: لا، كوديعة وعارية ورهن وغيره، لأن اليد دليل الملك، ولا تتعذر البينة، ويقيم بينة بالتقاط عبد.

وقيل: لا، فإن أقام آخر بينة أنه له أخذه من واصفه، ويضمنه مع تلفه، وقيل: وله تضمين الدافع بلا حاكم، ويتعين بدفع بدله إلى واصفه، ويرجع عليه في الأولى، ما لم يقر له بملكه، ولو وصفه اثنان فقليل: يقسم، وقيل: يحلف من قرع «م ٣»

هذه المسألة، وتقدم تصحيحها في الباب الذي قبله.

مسألة - ٣: قوله: «ولو وصفه اثنان فقليل: يقسم، وقيل: يحلف من قرع» انتهى، وأطلقهما في المذهب والمقنع، والفائق، والقواعد في القاعدة الستين بعد المائة وهي الأخيرة:

ومتى وصفه بعد أخذ الأول فلا شيء للثاني.

وقال أبو يعلى الصغير: إن زاد في الصفة احتمال تخريجه على بينة النتائج والنساج، فإن رجحنا به رجحنا هنا. ويأخذ اللقطة ربها بزيادتها قبل ملكها، ولا يضمن ملتقط إذن نقصها ولا هي إن تلفت أو ضاعت، نص عليه كأمانة والمنفصلة له بعده، في الأصح. وفي الترغيب روايتان، ويضمن قيمة اللقطة يوم عرف ربها، وقيل: يوم تصرفه، وقيل: يوم غرم بدلها، وعنه: لا يضمن قيمتها بعد ملكها، وقيل: ولا يردّها. ومؤنة الرد على ربها، ذكره في التعليق والانتصار، لتبرعه.

ومعناه في منتهى الغاية في عدم سقوط الزكاة بتلف المال قبل التمكن. وفي الترغيب والرعاية: عليه، وضمناها بموته كوديعة، وقيل: به بعد الحول، ووارثه كهو، ومن أخذ متاعه وترك بدله فلقطة، وهل يتصدق به بعد تعريفه أو يأخذ حقه أو بإذن حاكم؟ فيه أوجه «م ٤».

أحدهما: يقسم بينهما، صححه في التصحيح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمحزر، والرعايتين، والنظم، والحاوي الصغير، والقواعد في القاعدة الثامنة والتسعين، وغيرهم.

والوجه الثاني: يقرع بينهما، فمن قرع حلف وأخذها، وهذا الصحيح، قال الحارثي: والمذهب، القرعة، نص عليه، وذكره المصنف في كتابه، وبه جزم القاضي وابن عقيل، كما لو تداعيا الوديعة، قال الشارح: وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما، انتهى.

وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الكافي، والمغني، وصححه، وقدمه ابن رزين في شرحه، وقال: هذا أقيس، وهو الصواب.

مسألة - ٤: قوله: «ومن أخذ متاعه وترك بدله فلقطة، وهل يتصدق به بعد تعريفه أو يأخذ حقه أو بإذن حاكم؟ فيه أوجه»، انتهى.

وأطلقهما في المغني، والشرح، وشرح الحارثي والفائق، وتجريد العناية. وقال الشيخ في المغني، وتابعه الشارح: القول يأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرفق بالناس، قال الحارثي: وهذا أقوى أصل من يرى أن العقد لا يتوقف على اللفظ، أما على التوقف فلا يكتفى بمثل هذا، قال: وبالجملّة فالأظهر الجواز، ورجحه المصنف، يعني به الشيخ، قلت: وهو الصواب وقيل: يتصدق به بعد تعريفه وليس له أخذه، قدمه ابن رزين وقال: نص عليه، والقول الثالث: يأخذ بإذن حاكم قلت: وهو قوي موافق لقواعد الأصحاب، فهذه أربع مسائل في هذا الباب قد صححت ولله الحمد.

وقيل: مع قرينة سرقة لا يعرفه، وفيه الأوجه، ويتوجه جعل لقطه موضع غير مأتي كركاز وإن وجد في حيوان نقدًا أو درة فلقطة لواجده نص عليه ونقل ابن منصور: لبائع ادعاه إلا أن يدعي مشتر أنه أكله عنده فله، وإن وجد درة غير مثقوبة في سمكة فلصياد، لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها، والله أعلم.

باب اللقيط

وهو طفل منبوذ، وقيل: أو مميز حر مسلم في أحكامه، وقيل: إلا في قود، ومثله دعوى قاذف رقه، وبيلد كفر كافر، وقيل: مسلم، وقيل: مع وجود مسلم فيه، وما وجد فوقه أو مشدودًا إليه أو تحته ظاهرًا فله، وفي مدفون عنده طريًا أو بقربه وجهان «م ١ و ٢».

مسألة - ١: قوله: «وفي مدفون عنده طريًا أو بقربه وجهان» انتهى، فيه مسألتان:
المسألة الأولى: إذا وجده مدفونًا عنده والدفن طري فهل يكون للطفل أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والحارثي والرايعتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.
 أحدهما: يكون له، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وقطع به ابن عقيل وصاحب الخلاصة، والمحزر، والوجيز والمنور، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يكون له، قدمه في الهداية، والمستوعب، والكافي، والتلخيص، والنظم، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وذكر في الرايعتين والحاوي الصغير، والفائق، وجهاً أنه له ولو لم يكن الدفن طريًا، وهو ظاهر كلام جماعة.
 قلت: وهو بعيد جدًا، ولعلمهم اعتمدوا على إطلاق بعض الأصحاب، ولم يذكره في المغني، والشرح، وشرح الحارثي والمصنف هنا، وغيرهم. وهو الصواب، ومراد من أطلق إذا كان طريًا، والله أعلم.

المسألة - ٢: إذا وجده مطروحًا بقربه فهل يكون له أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب والكافي، والمقنع، وشرح ابن منجا، والحارثي والرايعتين، والحاوي الصغير، والنظم، والفائق، وغيرهم.
 أحدهما: يكون له، وهو الصحيح، صححه في المغني، والشرح، والفائق،

وقيل: إن وجد رقعة فيها أنه له فله، ينفق عليه حاضنه وهو واجده، وعنه: بإذن حاكم، وكذا حفظه لماله، وإن أنفق ففي رجوعه بنيته الخلاف «م ٣».

ولا يلزمه، واختار في الموجز والتبصرة: لا يرجع، وفيهما: له أن ينفق عليه من الزكاة، وما حكى من أنه لا يرجع مع إذن حاكم سهو، وإنما اعتبر في إنفاق المودع من الوديعة على ولد ربها الغائب إذن حاكم، لأنه يشترط عنده إثبات حاجته لعدم ماله وعدم نفقة متروكة برسمه، ونقل إبراهيم بن هانئ فيمن عنده وديعة غاب ربها فجاءت امرأته إلى القاضي فقدمت صاحب الوديعة إلى القاضي ف قضى لها بالنفقة، ثم جاء الزوج فأنكر، قال ليس له ذلك، إنما هذا حينئذ دافع حق.

وقد نقل أبو داود فيمن مات وله عند رجل مال وخلف ورثة صغارًا: ينفق عليهم؟ قال: نعم، قلت: لا يضمن؟ قال: لا، قيل: له: يقضي دينه؟ قال: لا، النفقة على الصبيان ضرورة ومع عدم ماله فمن بيت المال، لأنه وارثه، فإن تعذر ففرض كفاية على عالم به، وللإمام قتل قاتله أو ديته نص عليه، والأشهر ينتظر رشد

والتصحيح وغيرهم. وجزم به في الخلاصة، والمحرم، والوجيز والمنور، وغيرهم. وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يكون له، قدمه في الهداية، والمستوعب، والتلخيص، وشرح ابن رزين، وغيرهم. واختاره ابن البنا وغيره، وهو ضعيف، ولنا قول ثالث بالفرق بين الملقى قريبًا منه وبين المدفون عنده فالملقى قريبًا له دون المدفون، قاله القاضي في المجرد، وقطع به، قال الحارثي: ويقتضيه إirاده في المغني.

قلت: قدم في الكافي، والنظم، أنه لا يملك المدفون، وأطلق الخلاف في الملقى، كما تقدم، فدلّ كلامهما أن الملقى أقوى بالنسبة إلى ملكه، وأطلق الخلاف الشيخ، والشارح، في المدفون وصحاحا في الملقى أنه له.

مسألة - ٣: قوله: «وإن أنفق ففي رجوعه بنيته الخلاف». انتهى.

الظاهر أنه أراد بالخلاف الخلاف الذي فيمن أدى حقًا واجبًا عن غيره، والتصحيح من المذهب أنه يرجع إذا نوى الرجوع، وعليه الأصحاب، وتقدم في غير موضع أنه إذا أنفق بنية الرجوع أنه يرجع، واختار في الموجز، والتبصرة أنه لا كما نقله المصنف، وقال في القاعدة الخامسة والسبعين: ومنها: نفقة اللقيط، خرجها بعض الأصحاب على الرويتين، يعني اللتين فيمن أدى حقًا واجبًا عن غيره بنية الرجوع، قال: ومنهم من قال: يرجع هنا، قولًا واحدًا، وإليه ميل صاحب المغني، لأن له ولاية على اللقيط، ونص أحمد أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال، انتهى.

مقطوع طرفه، وللإمام العفو لنفقة مع فقره وجنونه ومع أحدهما وجهان «م ٤ و ٥»، ولا يقر بيد فاسق، وقيل: غير أمين، وفيه وجه كلقطة، وقيل: ومثله سفيه، ولا رقيق، فإن أذن سيده فهو نائبه ولا رجوع، ولا كافر، واللقيط مسلماً وهو كمسلم فيه، وقيل: يقدم مسلم وفي بدوي منتقل في المواضع وجهان «م ٦» ولا واجد في الحضر ينقله، وقيل: إلى بدوي، ويجوز عكسه.

مسألة - ٤ - ٥: قوله: «وللإمام العفو لنفقة مع فقره وجنونه، ومع أحدهما وجهان» انتهى، شمل مسألتين:

المسألة الأولى - ٤: إذا كان فقيراً صغيراً فهل يجوز للإمام العفو على مال أم لا؟ أطلق فيه الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، في باب الجنائيات، وأطلقه في الرعاية هناك:

أحدهما: ليس له ذلك، وهو ظاهر ما قطع به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم هنا، وبه جزم الشارح هنا وفي الفصول والمغني.

والوجه الثاني: له ذلك، وهو الصحيح، صححه القاضي والشيخ في المغني، في باب العفو عن القصاص، وصححه في الشرح في باب استيفاء القصاص، وحكاه المصنف عن نص أحمد، وقطع به الشيخ في المقنع، في بعض النسخ.

المسألة الثانية - ٥: إذا كان مجنوناً فهل للإمام العفو على مال أم تنتظر إفاقته؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الرعاية الكبرى، وشرح ابن منجا.

أحدهما: تنتظر إفاقته، قال الحارثي: هذا المذهب، وقطع به الشارح، وهو ظاهر كلام الشيخ في المقنع.

والوجه الثاني: له العفو على مال، ذكره في التلخيص، وغيره، وجزم به في الفصول والمغني، وهو ظاهر ما قطع به في الوجيز، قلت: الصواب إن كانت إفاقته قريبة لم يصح العفو، وإلا صح، والله أعلم.

مسألة - ٦: قوله: «وفي بدوي منتقل إلى المواضع وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمحزر، والشرح، والرعايتين، والنظم، والحاوي والصغير والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يقر بيده، وهو الصحيح، قطع به في المقنع، والوجيز والمنور، وشرح ابن منجا، وغيرهم. قال الحارثي: هذا أقوى.

والوجه الثاني: يقرّ بيده، قدمه ابن رزين في شرحه.

وفي الترغيب: من وجد بفضاء خال نقله حيث شاء، ويقدم موسر ومقيم، وفي الترغيب: وبلدي، وقيل: وكريم، وظاهر عدالة على ضدهم، ويقرّع مع التساوي، وقيل: يسلمه حاكم أحدهما أو غيرهما، ويقدم رب يد ولا بينة، وفي يمينه وجهان «م ٧» ويقرّع في اليدين، وإن ادعى أنه أخذه منه قهراً وسأل يمينه فيتوجه يمينه. وفي المنتخب: لا كطلاق، ويقدم واصفه مع عدمهما.

وذكر القاضي والمبهج والمنتخب والوسيلة: لا يقدم واصفه، وذكره في الفنون وعيون المسائل عن أصحابنا لتأكده، لكونه دعوى نسب، وللغنى بالقافة وإلا سلمه حاكم من شاء، فلا مهياة، ولا تخيير للصبي، ومن أسقط حقه سقط، وقيل: لا يسلمه حاكم، ويقرّع، ومن أقام بينة بمجهول نسبه بأنه له أو أنه ولد أمته وقالت في ملكه وقيل: أو لا فهو له، وكذا إن ادعى رقه وهو طفل أو مجنون ليس بيد غيره بل يده وليس واجده، فهو له، ولو أنكر بعد بلوغه، ولو ادعى أجنبي نسبه ثبت مع بقاء ملك سيده ولو مع بينة بنسبه.

قال في الترغيب وغيره: إلا أن يكون مدعيه امرأة فتثبت حرته، وإن كان رجلاً غريباً فروايتان، وفي مميز وجهان، مأخذهما صحة إسلامه «م ٨ و ٩» وإن أنكر بالغاً عاقلاً فلا ولو عاد أقر.

مسألة - ٧: قوله: «ويقدم رب يد ولا بينة، وفي يمينه وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الكافي:

أحدهما: لا يحلف، وهو ظاهر كلامه في المقنع، وغيره، واختاره ابن عقيل والقاضي، وقال: هو قياس المذهب، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: يحلف، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب، ونصره المصنف، والشارح، قال الحارثي: هو الصحيح، قلت: وهو الصواب.

مسألة - ٨ - ٩: قوله: «ولو ادعى أجنبي نسبه ثبت مع بقاء ملك سيده ولو مع بينة، وإن كان رجلاً غريباً فروايتان، وفي مميز وجهان، مأخذهما صحة إسلامه، انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: لو ادعى رجل غريب نسبه فهل يثبت ويلحق به أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يلحق به، قال في الرعاية الكبرى: وإن أسلم حربي في دار حرب ثم هاجر إلينا، أو دخل دار الإسلام بأمان، أو ذمة ثم أسلم وادعى نسب لقيط في دار الإسلام ولم يكن عليه ولاء لحق به»، انتهى. قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب

وفي الترغيب: إذا رأينا عبداً بيد رجل فادعى أنه حر الأصل قبل، أما مع سكوته فيجوز، ويحتمل أن لا يجوز حتى يسأله فيقر، وإن لم يسبق مناف قبل، وقيل: في لقيط: لا، اختاره الشيخ، وإن كان تصرف ببيع ونكاح وغيره لم يقبل، وعنه: بلى، وعنه: فيما عليه، ومتى كذبه مدع سقط، ثم في صحة إقراره في حق نفسه لآخر وجهان «م ١٠» وإن بلغ فقال: إنه كافر، فمرتد، وقيل: يقر بجزية أو يلحق بمأمنه، والله أعلم.

حيث لم يفرقوا.

والرواية الثانية: لا يلحق به قلت: إن دلت قرينة بذلك لحق به، وإلا فلا.

المسألة الثانية - ٩: إذا ادعى رق مميز فقال: أنا حر فهل يقبل قول المميز أم لا؟ أطلق الخلاف وقال: مأخذهما صحة إسلامه، والصحيح من المذهب صحة إسلامه، وقدمه المصنف في باب المرتد، وعليه أكثر الأصحاب، وقالوا: هذا المذهب، فيصح إقراره هنا بالحرية، على الصحيح من المذهب، وبناء على ما قال المصنف، ولنا هناك قول بعدم صحة إسلامه، فكذا هنا، وأطلق الوجهين هنا في الرعايتين والحاوي الصغير، والفائق.

تنبيه: في كلام المصنف إضمار وتقديره «وفي قبول قول مميز: إني حر وجهان» فاختصر ذلك وقال: وفي مميز وجهان.

مسألة - ١٠: قوله: «ومتى كذبه مدع سقط، ثم في صحة إقراره في حق نفسه لآخر وجهان»، انتهى.

قال الحارثي: ولو أقر بالرق لزيد فلم يصدقه بطل إقراره، ثم إن أقر به لعمره وقلنا بقبول الإقرار في أصل المسألة ففي قبوله له وجهان، ذكرهما القاضي وغيره.

أحدهما: يقبل، وهو اختيار المصنف، وهو يناقض اختياره لعدم القبول في أصل المسألة.

والثاني: لا يقبل.

وقول الحارثي: «وهو يناقض اختياره لعدم القبول في أصل المسألة» ليس بسديد، فإن العالم يكون له اختيار في مسألة ذات خلاف ويفزع على القول الذي لم يختره، فيختار أيضاً من ذلك المفرع قولاً بناء على ذلك القول، والفقهاء قاطبة على ذلك، إذا علم فقدم الشارح قبول إقراره ثانياً، ونصره كالشيخ في المغني، وقدم ابن رزين عدم القبول، وهو قوي: فهذه عشر مسائل قد صححت في هذا الباب.

باب الوقف

يصح بفعل دالّ عليه عرفاً، كمن جعل أرضه مسجداً أو مقبرة وأذن فيهما، نص عليه، قال شيخنا: أو أذن فيه وأقام، ونقله أبو طالب وجعفر وجماعة، ولو نوى خلافه، نقله أبو طالب، وعنه: بقول فقط، اختاره أبو محمد الجوزي. وصريحه: وقفت أو حبست أو سبلت.

وكنايته: تصدقت أو حرمت أو أبدت، فيصح بكناية بنية أو إقرانه أحد ألفاظه الخمسة بها أو حكمه. وفي المغني وغيره: إذا جعل علو موضع أو سفله مسجداً صح، وكذا وسطه ولم يذكر استطرافاً، كبيعته، فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود، وهو أظهر على أصلنا، فيصح: جعلت هذا للمسجد أو فيه، ونحوه، وهو ظاهر نصوصه، وصحح في رواية يعقوب وقف من قال قريتي التي بالشجر لموالي الذين به ولأولادهم، وقاله شيخنا.

وقال: إذا قال واحد أو جماعة: جعلنا هذا المكان مسجداً أو وقفاً، صار مسجداً ووقفاً بذلك وإن لم يكملوا عمارته، وإذا قال كل منهم: جعلت ملكي للمسجد أو في المسجد ونحو ذلك، صار بذلك حقاً للمسجد. وفي هذه المسألة قال شيخنا: ليس له أن يستأجر الوقف زيادة على شرط الواقف، ولا يغيره لمصلحة نفسه، بل إذا غيره لمصلحة نفسه ألزم بإعادته إلى مثل ما كان وبضمان ما فوته من غير منفعة، وعلى ولاية الأمور إلزامه بما يجب عليه، فإن أبى عوقب بحبس وضرب ونحوه، فإن المدين يعاقب بذلك، فكيف بمن امتنع من فعل واجب مع تقدم ظلم.

فعلى الأول يكون تمليكاً للمسجد ونحوه، وجزم به الحارثي، أي للمسلمين لنفعهم به، وظاهر كلام الشيخ وغيره: لا يملك، لأنهم ذكروا في الإقرار له وجهين، كالحمل، وقد يوافق هذا قول ابن الجوزي وغيره: الموهوب له كل آدمي موجود. وفي الترغيب وغيره: الموهوب له يعتبر كونه أهلاً للملك في الجملة. فلا يصح لجدار ولا بهيمة، ويصح لعبد، والأول أظهر، وهذا لا يخالفه، ويتوجه من الوقف

على حمل صحة الهبة وأولى، لصحتها لعبد، ولا يعتبر قبول ناظره «ش» لتعذر القبول كحالة الوقف، وذكر أبو الفرج أن أبدت صريح، وأن صدقة موقوفة أو مؤبدة أو لا تباع كناية، ولا يصح في الذمة بل في معين جائز بيعه دائم نفعه مع بقاءه كإجارة، ولو مشاع إذا قال كذا سهماً من كذا سهم، قاله أحمد.

ثم يتوجه أن المشاع لو وقفه مسجداً ثبت حكم المسجد في الحال، فيمنع منه الجنب، ثم القسمة متعينة هنا، لتعيينها طريقاً للانتفاع بالموقوف، وكذا ذكره ابن الصلاح. لا أم ولد ورياحين وشمع، واعتبر أبو محمد الجوزي بقاء متطاولاً أدناه عمر الحيوان ولا قنديل نقد على مسجد، فيزيه ربه وقيل: يصح فيه فيكسر ويصرف لمصلحته، وعنه: ولا حلي لتحل، وعنه: ولا منقول، ونقل المروزي: لا يجوز وقف سلاح، ذكره أبو بكر، وفي نقد لتحل ووزن فقط وجهان «م ١» ونقل الجماعة: لا يصح، وإن أطلق بطل، وقيل: يصح ويحمل عليهما، وكذا إجارته «م ٢».

وعند القاضي إن أطلق فقرض. نقل جماعة فيمن وقف الدار ولم يحدها قال:

مسألة - ١: قوله: «وفي نقد لتحل ووزن فقط وجهان» انتهى.

أحدهما: لا يصح، وهو الصواب، قال المصنف هنا: «ونقل الجماعة لا يصح. وهو الصحيح. وهو ظاهر ما قدمه في المغني، والشرح، قال الحارثي: عدم الصحة أصح.

والوجه الثاني: يصح، قياساً على الإجارة. وقال في التلخيص: إن وقفها للزنة فقياس قولنا في الإجارة أنه يصح.

مسألة - ٢: قوله: «وكذا إجارته» يعني أن فيه الوجهين المطلقين إن أجرها للتحلي

أو الوزن.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح من المذهب، جزم به في الخلاصة، والمغني، والمقنع، والتلخيص، والشرح، وشرح ابن منجا، والرعابيتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. قال في المحرر: وتجوز إجارة النقد للوزن، ونحوه. وقال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والوجيز وغيرهم. وتجوز إجارة نقد للوزن، واقتصروا عليه، فظاهر كلامهم أنه لا يجوز للتحلي، اللهم إلا أن يقال: خرج كلامهم مخرج الغالب، لأن الغالب في النقد عدم التحلي به.

والوجه الثاني: لا يجوز. إذا علمت ذلك ففي إطلاق المصنف الخلاف نظر ظاهر كما ترى، اللهم إلا أن يقال إن: قوله: «وكذا إجارته» لا يدل على أن الخلاف مطلق، بل على أن فيه خلافاً في الجملة، وهو مخالف لمصطلحه في مسائل كثيرة.

وإن لم يحدها إذا كانت معروفة. وفي الوسيلة: يصح وقف المصحف، رواية واحدة، وفي الجامع وقف الماء قال الفضل: سألته عن وقف الماء فقال: إن كان شيئاً استجازوه بينهم جاز، وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه، ولا يصح إلا على معين يملك، لا على حربي ومرتد، وحمل بناء على أنه تمليك إذن، وأنه لا يملك، وفيهما نزاع، وصححه ابن عقيل: والحارثي لحمل «و م» كوصية له «و» وعبد وقيل: يصح له، وفي مكاتب وجهان «م ٣».

مسألة - ٣: قوله: «وفي مكاتب وجهان»، انتهى. يعني هل يصح الوقف على المكاتب أم لا؟ وأطلق الخلاف في المحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به في الفصول والمغني، والتلخيص، والبلغة، والمستوعب، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. والوجه الثاني: يصح، اختاره الحارثي.

تنبيهان:

الأول: قوله: ولا يصح الوقف على نفسه وعنه: يصح، ذكره في المذهب ظاهر المذهب، واختاره ابن أبي موسى وابن عقيل وأبو المعالي وشيخنا، انتهى.

فقوله: «اختاره ابن أبي موسى وابن عقيل» تابع فيه للشيخ في المغني، والشارح، وفيه نظر، إذ المجزوم به في الإرشاد عدم الصحة فإنه قال: فإن وقف على نفسه فإذا مات كان على المساكين كان باطلاً ولم يكن وقفاً صحيحاً وكان باقياً على ملك ربه فإذا توفي فهو للورثة»، انتهى.

وكذلك المصحح في الفصول عدم الصحة فإنه قال: واختلفت الرواية فيما إذا قال: وقفت هذه الدار على نفسي ثم على ولدي ثم على المساكين فروي عن أحمد؛ أن الوقف صحيح، وفرع عليها ثم ذكر فصلاً فيه بعض فروع من المسألة ثم قال: وقد روي عنه رواية أخرى: أنه باطل لا أعرفه، فعلى هذه الرواية يكون على ملكه ولا يصير وقفاً عليه يجوز له التصرف فيه بسائر التصرفات من بيع، وغيره، وإذا مات انتقل إلى ورثته، وهذه الرواية أصح وعلل ذلك بعلل جيدة، فهذا لفظ ابن أبي موسى وابن عقيل في الفصول، ولم يذكر المسألة في التذكرة، ففي نقل المصنف ومن تابعه المصنف عنهما نظر ظاهر، وكلامه في الفصول في أول المسألة موهم، لكونه ذكر كل رواية في فصل، وذكر رواية الصحة في الفصل الأول؛ فالظاهر أنه نظر في الأول ولم ينظر في الثاني والله أعلم، اللهم إلا أن يكون وجد في غير هذين الكتابين وهو بعيد.

وفي وقف أحد هذين، وعليه وجه، ومسجد، لجهالته، ومعدوم أصلاً، ك: وقفته على من سيولد لي أو لفلان، وصححه فيه في المغني «و م» لأنه يراد للدوام، بخلاف الوصية، وفي الترغيب: هو منقطع الأول، ولم يعتبر الحارثي أن يملك، لحصول معناه فيصح لعبد وبهيمة ينفق عليهما، ولا على نفسه، وعنه: يصح. ذكره في المذهب ظاهر المذهب، واختاره ابن أبي موسى وابن عقيل: وأبو المعالي وشيخنا، كشرط غلته له أو لولده مدة حياته، في المنصوص، ومتى حكم به حاكم حيث يجوز له الحكم فظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهراً، وأن فيه في الباطن الخلاف.

وفي «فتاوى أبي عمرو بن الصلاح» فيما إذا حكم به حنفي وأنفذه شافعي للواقف نقضه إذا لم يكن ذلك الصحيح في مذهب أبي حنيفة وإلا جاز له نقضه في الباطن فقط، بخلاف صلاته بالمسجد وحده حياته لعدم القرية والفائدة فيه، ذكره ابن شهاب وغيره.

ولا يصح إلا على بر، كقرائب من مسلم أو ذمي، نص عليه، وكمساجد ونحوها، وقال جماعة منهم الشيخ: وإنما صح وإن كان تملكاً لأنه على المسلمين، لأنه يعود نفعه إليهم، والحج والغزو، وقيل: ومباح، وقيل: ومكروه، لا كتابة تورا وإنجيل، ولا كنيسة وبيعة، نص عليه.

وفيها في الموجز رواية، كمار بهما. وفي المنتخب والرعاية، ومار بها منهم، وقاله في المغني في بناء بيت يسكنه المجتاز منهم، وفيه وفي عيون المسائل والمغني وغيرهم: يصح على أهل الذمة، كالمسلمين.

وصححه الحلواني على فقرائهم، وصححه في الواضح من ذمي عليهم وعلى بيعة وكنيسة، ووصية كوقف للكل، وقيل: من كافر. وفي الانتصار: لو نذر الصدقة على ذمية لزمه، وذكر في المذهب وغيره: يصح للكل، وذكره جماعة رواية، وذكر القاضي صحتها بحصر وقناديل.

الثاني: قوله: «ويملكه الموقوف عليه وعنه: ملك لله، فينظر فيه، ويزوجه حاكم وقيل: لا يزوجه ويلزمه بطلبهما مصروفة في مثلها»، انتهى.

هنا سقط بين قوله: «بطلبها» وقوله: «مصروفة»، والمسألة مفروضة فيما إذا وطئ الأمة، وقال في الرعاية الكبرى: فإن وطئ فلا حد ولا مهر وولده حر إن أولدها وتصير أم ولد تعتق بموته وقيمتها في تركته مصروفة في مثله، انتهى.

ففي كلام المصنف نقص بمقدار هذا، والظاهر أنه تابعه في ذلك، والله أعلم.

ولا يعتبر في الوصية القربة، خلافاً لشيخنا، فلهذا قال: لو جعل الكفر أو الجهل شرطاً في الاستحقاق لم يصح، فلو وصى لأجهل الناس لم يصح، وقال: لو حبس الذمي من مال نفسه شيئاً على معابدهم لم يجوز للمسلمين الحكم بصحته، لأنه لا يجوز لهم الحكم إلا بما أنزل الله، قال: ومما أنزل الله أن لا يعاونوا على شيء من الكفر والفسوق والعصيان، فكيف يعاونون بالحبس على المواضع التي يكفرون فيها؟.

وعلل في المغني الوصية لمسجد بأنه قربة. وفي الترغيب صحتها لعمارة قبور المشايخ والعلماء، وفي التبصرة: إن أوصى لما لا معروف فيه ولا بر كنيسة أو كتب التوراة لم يصح، وأبطل ابن عقيل: وقف ستور لغير الكعبة، لأنه بدعة، وصححه ابن الزاغوني، فيصرف لمصلحته، ذكر ذلك ابن الصيرفي. وفي فتاوى ابن الزاغوني أنه معصية لا ينعقد، وأفتى أبو الخطاب بصحته وينفق ثمنها على عمارته ولا يستر، لأن الكعبة خست بذلك كالطواف.

وشرط استحقاقه ما دام ذمياً لاغ، وصححه في الفنون، لأنه إذا وقفه على الذمة من أهله دون المسلم لا يجوز شرطه لهم حال الكفر، وأي فرق؟ ويصح على الصوفية، قال شيخنا: فمن كان منهم جماعاً للمال ولم يتخلق بالأخلاق المحمودة ولا تأدب بالآداب الشرعية غالباً أو فاسقاً لم يستحق، لا آداب وضعية، وإن كان قد يجوز للغني مجرد السكنى، ولم يعتبر الحارثي الفقر، ويتوجه احتمال: لا يصح عليهم، ولهذا قال الشافعي: ما رأيت صوفياً عاقلاً إلا سلماً الخواص، وقال: لو أن رجلاً تصوف من أول النهار لم يأت الظهر إلا وجدته أحمق.

ولا يصح معلقاً بشرط، وفيه وجه، وكذا مؤقتاً، فإن صح فبعده كمنقطع، وقيل: يلغو توقيته.

ويصح تعليق بموته من ثلثه، وقيل: لا، وإن شرط فاسداً كخيار فيه وتحويله وتغيير شرط لم يصح، وخرج من البيع صحته، ويلزم بإيجابه، وعنه: بإخراجه عن يده، اختاره في الإرشاد، فلو شرط نظره له سلمه ليد غيره ثم ارتجعه.

ورأيت بعضهم قال: قال القاضي في خلافه: ولا يختلف مذهبه أنه إذا لم يكن يصرفه في مصارفه ولم يخرج عن يده أنه يقع باطلاً وقيل: إذا كان على آدمي معين اشترط قبوله، كهبة ووصية.

قال شيخنا: فأخذ ريعه قبول، وذكر صاحب النظم في غير المعين احتمالاً: يقبله نائب إمام. ولو وقف على ثلاثة ثم على الفقراء فمات بعضهم أو رد فنصيبه

للباقى، فإن ماتوا أو ردوا للفقراء. وقال شيخنا: اختلف فيما إذا رد ثم قبل هل يعود؟ وإن لم يقبل فقل: كمنقطع الابتداء وقيل: يصح، وهو أصح، كتعذر استحقاقه لفوت وصف فيه.

فصل

إذا وقف على جهة منقطعة ولم يزد صح، ويصرف بعدها إلى ورثته نسباً بقدر إرثهم منه، وعنه: إلى عصبته، وعليهما يكون وقفاً، وعنه: ملكاً، وقيل: على فقرائهم، وعنه: يصرف في المصالح، وعنه: للفقراء، اختاره جماعة، وعليهما وقف، وعنه: يرجع إلى ملك واقفه الحي، ونقل حرب: أنه قبل ورثته لورثة الموقوف عليه، ونقل المروذي: إن وقف على عبيده لم يستقم، قلت: فيعتقهم قال: جائز فإن ماتوا ولهم أولاد فلهم وإلا فللعصبة، فإن لم يكن بيع وفرق على الفقراء، وكذا إن وقفه ولم يزد.

وقال القاضي وأصحابه: في وجوه البر، وفي عيون المسائل: فيها، وفي: تصدقت به لجماعة المسلمين. وفي الروضة: وإن قال: وقفته، ولم يزد، صح، في الصحيح عندنا، وإن وقف على جهة باطلة ثم صحيحة. صرف إليها، وقيل: مع بقاء الباطلة، ومعرفة انقراضها مصرف المنقطع، وخرج من تفريق الصنف بطلان منقطع وسطه أو أحد طرفيه أو هما.

ويملكه الموقوف عليه، فينظر فيه هو أو وليه، وقيل: يضم إلى الفاسق أمين، ويزوجه إن لم يشطره لغيره ولا يتزوجه، ويفديه، وعنه: هو ملك لله تعالى فينظر فيه ويزوجه حاكم ويتزوجه، وجنأيته في كسبه وقيل: في بيت المال، وهو رواية في التبصرة.

وقيل: لا يزوجه، ويلزمه بطلبها مصروفة في مثلها وقيل: مصروفة للبطن الثاني إن تلقى الوقف من واقفه، فدل على خلاف، وفي المجرد والفصول والمغني وغيرها أن البطن الثاني يتلقونه من واقفه لا من البطن الأول، فلهم اليمين مع شاهدهم، لثبوت الوقف مع امتناع بعض البطن الأول منها، وإن سرقه أو نماه فإن ملكه المعين قطع، وإلا فلا، في الأصح فيهما، لا بوقفه على غير معين.

والأصح يخرج المعين فطرته على الأولى، كعبد اشترى من غلة الوقف لخدمة الوقف، لتمام التصرف فيه، ذكره أبو المعالي، ويبطل بقتله قوداً لا بقطعه، وإن قتل فالظاهر لا قود، كعبد مشترك، ولا يعفو عن قيمته، وإن قطع طرفه فللعبد القود، وإن

عفا فأرشه في مثله. وفي الترغيب احتمال: كجناية بلا تلف طرف، ويعاها بها بمملوك لا مالك له، وهو عبد وقف على خدمة الكعبة، قاله ابن عقيل: في المنشور، وعنه: لا يزول ملك واقفه، فتلزمه الخصومة فيه ومراعاته، ولا يصح عتق موقوف، ويتوجه عتق من علق عتقه بصفة، على رواية يملكه واقفه وينظر حاكم فيما لا ينحصر أو على مسجد ونحوه، وسأله المروذي في دار موقوفة على المسلمين، إن تبرع رجل فقام بأمرها وتصدق بغلتها على الفقراء؟ فقال: ما أحسن هذا. ومن شرط نظره له لم يعزله بلا شرط وإن شرطه لنفسه ثم لغيره أو فوضه إليه أو أسنده فوجهان «م ٤».

مسألة - ٤: قوله: «ومن شرط نظره له لم يعزله بلا شرط، وإن شرطه لنفسه ثم لغيره أو فوضه إليه أو أسنده فوجهان»، انتهى. يعني هل له عزله أم لا؟:

أحدهما: له عزله، وهو الصحيح والصواب، قدمه في الرعاية الكبرى، فقال: فإن قال: وقفت كذا بشرط أن ينظر فيه زيد، أو على أن ينظر فيه أو قال عقبه وجعلته ناظرًا فيه أو جعل النظر له، صح، ولم يملك عزله، وإن شرطه لنفسه ثم جعله لزيد فقال: جعلت نظري له أو فوضت إليه ما أملكه من النظر أو أسندته إليه، فله عزله، ويحتمل عدمه، انتهى.

وقال الحارثي: إذا كان الوقف على جهة لا تنحصر، كالفقراء والمساكين، أو على مسجد أو مدرسة أو قنطرة أو رباط ونحو ذلك، فالنظر للحاكم، وجهاً واحداً. وللشافعية وجه أنه للواقف، وبه قال هلال الرأي من الحنفية قال الحارثي: وهو الأقوى، فعليه له نصب ناظر من جهته، ويكون نائباً عنه يملك عزله متى شاء، لأصالة ولايته، فكان منصوبه نائباً عنه، كما في الملك المطلق، وله الوصية بالنظر، لأصالة الولاية إذا قيل بنظره له أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك، انتهى.

فصاحب الرعاية ذكر إذا شرطه لنفسه، ثم جعله لغيره أو فوضه إليه أو أسنده. والحارثي ذكر إذا كان النظر للواقف فله نصب غيره وعزله وقطع به.

والوجه الثاني: ليس له عزله، وهو احتمال في الرعاية، كما تقدم.

تنبيه: قوله: أو غيره لم يظهر معناه، والظاهر أن هنا نقصاً، وتقديره: وإن شرطه لنفسه ثم جعله مثلاً لزيد أو غيره فالتقص هو «ثم جعله لفلان» ويؤيده كلامه في الرعاية، والله أعلم.

وأما إن جعلناه على ظاهره وقلنا هو معطوف على: قوله: «لنفسه»، فيكون تقدير الكلام: وإن شرطه لغيره فهل له عزله؟ فيه وجهان فيرده: قوله: أول المسألة: «ومن شرط نظره له لم يعزله». ولا يتأتى عوده إلى الناظر بالشرط إذا كان غير الواقف، لأنه يأتي في كلام المصنف بعد هذا، والله أعلم.

وللناظر بالأصالة النصب والعزل، وكذا للناظر بالشرط إن جاز للوكيل التوكيل ولا يوصي به، ومن شرطه له إن مات فعزل نفسه أو فسق فكموته، لأن تخصيصه للغالب، ذكره شيخنا، ويتوجه. لا، ولو قال: النظر بعده له، فهل هو كذلك أو المراد بعد نظره؟ يتوجه وجهان «م ٥». وللناظر التقرير في الوظائف، ذكره في ناظر المسجد، وذكر في الأحكام السلطانية أنه يقرر في الجوامع الكبار الإمام، ولا يتوقف الاستحقاق على نصبه إلا بشرط، ولا نظر لغيره معه، أطلقه الأصحاب، وقاله شيخنا، ويتوجه مع حضوره، فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبته، لما فيه من القيام بلفظ الواقف في المباشرة ودوام نفعه.

فالظاهر أنه يريده، ولا حجة في تولية الأئمة مع العبد، لمنعهم غيرهم التولية، فنظيره منع الواقف التولية لغيبة الناظر، ولو سبق تولية ناظر غائب قدمت، وللحاكم النظر العام، فيعترض عليه إن فعل ما لا يسوغ، وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمته يحصل به المقصود، قاله شيخنا وغيره، ومن ثبت فسقه أو أصر متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح عالمًا بتحريمه قدح فيه، فإذا أن ينزل أو يعزل أو يضم إليه أمين، على الخلاف المشهور «م ٦».

مسألة - ٥: قوله: «ومن شرطه له إن مات فعزل نفسه أو فسق فكموته، لأن تخصيصه للغالب، ذكره شيخنا، ويتوجه: لا، ولو قال: النظر بعده له فهل هو كذلك أو المراد بعد نظره؟ يتوجه وجهان»، انتهى.

قلت: الصواب أنها كالتي قبلها، فإن: قوله: «النظر بعده له» كقوله: «النظر بعد موته له» والله أعلم.

مسألة - ٦: قوله: «وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمته يحصل به المقصود، قاله شيخنا وغيره، ومن ثبت فسقه أو أصر متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح عالمًا بتحريمه قدح فيه، فإذا أن ينزل أو يعزل أو يضم إليه أمين، على الخلاف المشهور، انتهى».

اعلم أنه يشترط في الناظر الإسلام، والتكليف، والكفاية في التصرف، والخبرة به، والقوة عليه، ويضم إلى الضعيف قوي أمين، ثم إن كان النظر للموقوف عليه وكانت توليته من الحاكم أو الناظر فلا بد من شرط العدالة فيه، قال الحارثي: بغير خلاف علمته، وإن كانت توليته من الواقف وهو فاسق أو كان عدلاً ففسق فقال الشيخ والشارح، وجماعة من الأصحاب: يصح، ويضم إليه أمين، ويحتمل ألا يصح تولية الفاسق وينزل إذا فسق، قال الحارثي: ومن متأخري الأصحاب من قال بما ذكرنا في الفسق الطارئ دون المقارن للولاية، والعكس أنسب، فإن في حال المقارنة مسامحة لما يتوقع منه بخلاف حالة الطريان، انتهى.

ثم إن صار هو أو الوصي أهلاً عاد كما لو صرح به، وكالموصوف، ذكره شيخنا، قال: ومتى فرط سقط مما له بقدر ما فوته من الواجب؛ وفي الأحكام السلطانية في العامل يستحق ماله إن كان معلوماً، فإن قصر فترك بعض العمل لم يستحق ما قابله، وإن كان بجناية منه استحقه ولا يستحق لزيادة، وإن كان مجهولاً فأجرة مثله.

فإن كان مقدراً في الديوان وعمل به جماعة فهو أجرة المثل، وإن لم يسم له شيئاً فقياس المذهب إن كان مشهوراً بأخذ الجاري على عمله فله جاري مثله وإلا فلا شيء له، وله الأجرة من وقت نظره فيه، وقاله شيخنا.

قال شيخنا: ومن أطلق النظر لحاكم شمل أي حاكم كان، سواء كان مذهبه مذهب حاكم البلد زمن الواقف أو لا، وإلا لم يكن له نظر إذا انفرد، وهو باطل، اتفاقاً، ولو فوضه حاكم لم يجز لآخر نقضه، ولو ولي كل منهما شخصاً قدم ولي الأمر أحقهما، وقال شيخنا: لا يجوز لواقف شرط النظر لذي مذهب معين دائماً، ومن وقف على مدرس وفقهاء فللناظر ثم للحاكم تقدير أعطيتهم، فلو زاد النماء فهو لهم، والحكم بتقديم مدرس أو غيره باطل، لم نعلم أحداً يعتد به قال به ولا بما يشبهه، ولو نفذ حاكم لأنه إنما يجوز أن ينفذ حكم من هو أهلاً لحكمه مساع، والضرورة وإن ألجأت إلى تنفيذ حكم المقلد فإنما هو إذا وقف على حد التقليد، ولم يتجاسر على قضية لو نزلت على عمر رضي الله عنه لجمع لها أهل الشورى، وبطلانه لمخالفته مقتضى الشرط وللعرف أيضاً، لأنه لا يقصد، ولأنه حكم في غير محل ولاية الحكم، لأن النماء لم يخلق، وليس هذا كحكمه أن مقتضى شرط الواقف كذا حيث ينفذ في حاضر ومستقبل، لأن ذلك نظر في موجب عقد الوقف، وليس التقدير من مقتضيات المطلق، وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم بحيث لا يجوز له أو لغيره زيادته ونقصه للمصلحة.

وإن قيل: إن المدرس لا يزداد ولا ينقص بزيادة النماء ونقصه كان باطلاً، لأنه لهم، والقياس أنه يسوي بينهم ولو تفاوتوا في المنفعة، كالإمام والجيش في المغنم، لا سيما عند من يسوي في قسم الفبي، لكن دل العرف على التفضيل، وإنما قدم القيم ونحوه لأن ما يأخذه أجرة، ولهذا يحرم أخذه فوق أجرة مثله بلا شرط، ذكر ذلك كله شيخنا، وجعل الإمام والمؤذن كالقيّم، بخلاف المدرس والمعيد والفقهاء فإنهم من جنس واحد، وذكر بعضهم في مدرّس وفقهاء ومتفقهة وإمام وقيّم ونحو ذلك يقسم بينهم بالسوية، ويتوجه روايتا عامل زكاة الثمن أو الأجرة، قال: ولو عطل مغل وقف مسجد سنة تقسّطت الأجرة المستقبلية عليها وعلى السنة الأخرى لتقوم

الوظيفة فيهما، فإنه خير من التعطيل، ولا ينقص الإمام بسبب تعطل الزرع بعض العام.

فقد أدخل مغل سنة في سنة، وأفتى غير واحد منا في زمننا فيما نقص عما قدره الواقف كل شهر أنه يتمم مما بعد، وحكم به بعضهم بعد سنين، ورأيت غير واحد لا

وإن كان النظر للموقوف عليه إما يجعل الواقف النظر له أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر، فهو بذلك؛ رجلاً كان أو امرأة عدلاً كان أو فاسقاً، لأنه ينظر لنفسه، قدمه في المغني، والشرح، وقيل: يضم إلى الفاسق أمين والحالة هذه، قال الحارثي: أما العدالة فلا تشترط، ولكن يضم إلى الفاسق عدل، ذكره ابن أبي موسى والسامري، وغيرهما، لما فيه من العمل بالشرط وحفظ الوقف، انتهى.

قلت: وهو الصواب، وقد ذكر الأصحاب فيما إذا أوصى إلى شخص وطراً عليه الفسق هل يضم إليه أمين أو ينعزل؟ قولين، قدم المصنف فيه الضم، وإن كان أكثر الأصحاب على خلافه، وقد ذكر المصنف في المسألة التي قبلها ما إذا شرط له النظر بعد فلان ففسق فلان أنه كموته، فدل أنه ينعزل.

تنبيهان:

الأول: قوله: «وفي جواز أن كون الإمام في الجمعة عبداً فيه روايتان، فدل أنه إن جاز صحت ولايته فكذا العدالة وغيرها»، انتهى.

إنما ذكر المصنف هذا هنا في معرض بحث، وإلاً فالصحيح من المذهب، وعليه الأكثر أن العبد لا يجوز أن يؤم في الجمعة، ولنا رواية بالجواز، فذكر المصنف على هذا جواز ولايته للإمامة وصحتها.

الثاني: قوله: «وتقدم وجه يحرم الوضوء من زمزم، فعلى نجاسة المنفصل واضح، وقيل: لمخالفة شرط الواقف، وأنه لو سبل ماء للشرب في كراهة الوضوء وتحريمه وجهان في فتاوى ابن الزاغوني وغيرها». انتهى.

قلت: قد تقدم ذلك محرراً مستوفى في كتاب الطهارة فإن المصنف هناك قال: وقد قيل: إن سبب النهي اختيار الواقف وشرطه، فعلى هذا اختلف الأصحاب لو سبل ماء للشرب هل يجوز الوضوء مع الكراهة أم يحرم؟ على وجهين، انتهى.

فهناك لم يعز الوجهين، بل قال: «اختلف الأصحاب، فنسبه إليهم، وهنا عزاها إلى ابن الزاغوني وغيره، وظاهر كلام المصنف هنا أن المذهب لا يجوز، لأنه قدم أنه يتعين مصرف الوقف، وقال: نقله الجماعة، مع إطلاقه للخلاف في كتاب الطهارة وتقدم التنبيه على هذا هناك، والله أعلم.

يراه، وقال: ومن لم يقيم بوظيفته غيره من له الولاية لمن يقوم بها إذا لم يتب الأول ويلتزم بالواجب.

ويجب أن يولي في الوظائف وإمامة المساجد الأحق شرعاً، وأن يعمل ما يقدر عليه من عمل واجب، وفي الأحكام السلطانية ولاية الإمامة طريقها الأولى لا الواجب، بخلاف ولاية القضاء والنقابة، لأنه لو تراضى الناس بإمام يصلي فيهم صح، ولأن الجماعة في الصلاة سنة عند كثير، ولا يجوز أن يؤم في المساجد السلطانية وهي الجوامع إلا من ولاه السلطان، لثلا يفتات عليه فيما وكل إليه.

وفي الرعاية: إن رضوا بغيره بلا عذر كره وصح في المذهب، قال القاضي: وإن غاب من ولاه فنائبه أحق، ثم من رضىه أهل المسجد، لتعذر إذنه، وتقليد المؤذن إلى هذا الإمام ما لم يصرف عنه، لأنه من سنة ما ولي القيام به، ويعمل برأيه واجتهاده في الصلاة، لا تجوز معارضته فيه، وله أن يأخذ المؤذن بهما في الوقت والأذان، وأقل ما يعتبر في هذا الإمام العدالة والقراءة الواجبة والعلم بأحكام الصلاة، وفي جواز كون الإمام في الجمعة عبداً فيه روايتان، فدل أنه إن جاز صحت ولايته، فكذا العدالة وغيرها.

وقال شيخنا: قد تجوز الصلاة خلف من لا تجوز توليته، وليس للناس أن يولوا عليهم الفساق، وإن نفذ حكمه أو صحت الصلاة خلفه. وقال أيضاً: اتفق الأئمة على كراهة الصلاة خلفه، واختلفوا في صحتها، ولم يتنازعا أنه لا ينبغي توليته.

وما بناه أهل الشوارع والقبائل من المساجد فالإمامة لمن رضوه، لا اعتراض للسلطان عليهم، وليس لهم صرفه ما لم يتغير حاله، وليس له أن يستنوب إن غاب، ولهم انتساخ كتاب الوقف والسؤال عن حاله، واحتج شيخنا بمحاسبة النبي ﷺ عامله على الصدقة، مع أن له ولاية صرفها والمستحق غير معين، فهنا أولى، ونصه: إذا كان متهماً ولم يرضوا به، ونصب المستوفي الجامع للعمال المتفرقين هو بحسب الحاجة والمصلحة، فإن لم تتم مصلحة قبض المال وصرفه إلا به وجب.

وقد يستغني عنه لقلة العمال، ومباشرة الإمام والمحاسبة بنفسه، كنصب الإمام للحاكم، ولهذا كان ﷺ في المدينة يباشر الحكم واستيفاء الحساب بنفسه، ويولي مع البعد، ذكره شيخنا.

وسجل كتاب الوقف من الوقف، كالعادة، ذكره شيخنا، وولده من وطء شبهة قيمته على واطئه مصروفة في مثله كقيمة أصله المتلف ومن زواج أو زنى وقف، وقيل: الولد وقيمته ملك له، كنفقة ومهر، ويحرم وطؤه للأمة، وتصير أم ولد إن

ملك فيلزمه القيمة ونفقتة منه مع عدم شرط، ثم نفقة حيوان من موقوف عليه.

وقيل: في بيت المال، وتجب عمارته بحسب البطون، ذكره شيخنا، وذكر غيره: لا تجب، كالطلق، وتقدم عمارته على أرباب الوظائف. وقال شيخنا: الجمع بينهما حسب الإمكان، بل قد يجب، وللناظر الاستدانة عليه بلا إذن حاكم، لمصلحة، كشرائه للوقف نسيئة أو بنقد لم يعينه، ويتوجه في قرضه مالا كولي.

فصل

ويرجع إلى شرطه في تقديم وتسوية وجمع وضد ذلك، واعتبار وصف وعدمه وعدم إيجاره أو قدر المدة، واختار شيخنا لزوم العمل بشرط مستحب خاصة، وذكره ظاهر المذهب، ولأنه لا ينفعه ويعذر غيره، فبذل المال فيه سفه ولا يجوز، وأيده الحارثي بنصه الآتي في شرط أجره للناظر.

وقال شيخنا: ومن قدر له الواقف شيئاً فله أكثر إن استحقه بموجب الشرع، وقال: الشرط المكروه باطل، اتفاقاً، وقيل: لا يتعين طائفة وقف عليها مسجداً أو مقبرة، كالصلاة فيه. وفي الانتصار: يحتمل إن عين من يصلي فيه من أهل الحديث أو يدرس العلم اختص، وإن سلم فلائنه لا يقع التزاحم بإشاعته، ولو وقع فهو أفضل، لأن الجماعة تراد له، وقيل: يمنع تسوية بين فقهاء كمسابقة.

قال شيخنا: قول الفقهاء نصوصه كنصوص الشارع. يعني في الفهم والدلالة، لا في وجوب العمل، مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي والحالف والناذر، وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أو لا، قال: ولا خلاف أن من وقف على صلاة أو صيام أو قراءة أو جهاد غير شرعي ونحوه لم يصح.

والخلاف في المباح، كما لو وقف على الأغنياء لا يخرج مثله هنا لأنه بفعل ولأنه مباح، ولا يجوز اعتقاد غير المشروع مشروعاً وقربة وطاعة، واتخاذ ديناً، والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم يفض ذلك إلى الإخلال بالمقصود الشرعي، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود بها، قال: ومن شرط في القربات أن يقدم فيها الصنف المفضل فقد شرط خلاف شرط الله، كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلّم، فكيف إذا شرط أن يختص بالصنف المفضل؟

والناظر منفذ لما شرطه الواقف، ليس له أن يبتدئ شروطاً، وإن شرط أن لا ينزل فاسق وشرير ومتجوّه ونحوه عمل به، وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ونحوهم،

وفي إمام ومؤذن الخلاف، وهو ظاهر كلامهم وكلام شيخنا في موضع. وقال أيضًا: لا يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينية كمدرسة وغيرها، مطلقًا، لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته، فكيف ينزل؟

وإن نزل مستحق تنزيلاً شرعياً لم يجوز صرفه بلا موجب شرعي، وإن حكم حاكم بمحضر لوقف فيه شروط ثم ظهر كتاب وقف غير ثابت وجب ثبوته والعمل به إن أمكن. وإن شرط للناظر إخراج من شاء منهم وإدخال من شاء من غيرهم بطل، لمنافاته مقتضاه، لا قوله: يعطي من شاء منهم ويمنع من شاء، لتعليقه استحقاقه بصفة، ذكره الشيخ.

وقال الحارثي: الفرق لا يتجه، وقال شيخنا: كل متصرف بولاية إذا قيل: يفعل ما شاء فإنما هو لمصلحة شرعية، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه وما يراه مطلقاً فشرط باطل، لمخالفته الشرع، وغايته أن يكون شرطاً مباحاً، وهو باطل على الصحيح المشهور، حتى لو تساوى فعلاً عمل بالقرعة، وإذا قيل: هنا بالتخيير فله وجه.

قال: وعلى الناظر بيان المصلحة، فيعمل بما ظهر، ومع الاشتباه إن كان عالماً عادلاً سوغ له اجتهاده، قال: ولا أعلم خلافاً أن من قسم شيئاً يلزمه أن يتحرى العدل ويتبع ما هو أرضى لله ورسوله، استفاد القسمة بولاية، كإمام وحاكم، أو بعقد كالناظر والوصي، ويتعين مصرفه، نقله الجماعة.

وقيل: إن سبل ماء للشرب جاز الوضوء به، فشرب ماء للوضوء يتوجه عليه وأولى. وقال الآجري في الفرس الحبس: لا يعيره ولا يؤجره إلا لنفع الفرس، ولا ينبغي أن يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال للمسلمين ورفع لههم أو غيظة للعدو، وتقدم وجه: يحرم الوضوء من زمزم، فعلى نجاسة المنفصل واضح وقيل: لمخالفة شرط الواقف وأنه لو سبل ماء للشرب في كراهة الوضوء منه وتحريمه وجهان في «فتاوى ابن الزاغوني» وغيرها، وعنه: خروج بسط مسجد وحصره لمن ينتظر الجنازة، وسئل عن التعليم بسهام الغزو فقال: هذا منفعة للمسلمين، ثم قال: أخاف أن تكسر، وله ركوب الدابة لعلفها، نقله الشالنجي، وإن شرط لناظره أجره فكلفتة عليه حتى تبقى أجره مثله، نص عليه، وقال الشيخ: من الوقف، وقيل: لشيخنا: فله العادة بلا شرط؟ فقال: ليس له إلا ما يقابل عمله.

وما يأخذه الفقهاء من الوقف هل هو كإجارة، أو جعالة واستحق بعبء العمل لأنه يوجب العقد عرفاً، أو هو كرزق من بيت المال؟ فيه أقوال، قاله شيخنا واختار

هو الأخير «م ٧».

قال: ومن أكل المال بالباطل قوم لهم رواتب أضعاف حاجاتهم وقوم لهم جهات معلومها كبير يأخذونه ويستنبئون بيسير. وقال أيضًا: النيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة جائز ولو عينه الواقف إذا كان مثل مستنبيه، وقد يكون في ذلك مفسدة راجحة، كالأعمال المشروطة في الإجارة على عمل في الذمة، ويلزم تعميم الموقوف عليه والتسوية إن أمكن، كما لو أقر لهم، واحتج الشيخ بقوله عز وجل: ﴿فَلَاؤُمِ الضُّدُّ مِنْ بَعْدِ﴾ [النساء: ١٢] وفيه نظر، وعنه: وإن وصى في أهل سكتة وهم أهل دربه التفضيل لحاجة.

قال ابن عقيل: وقياسه الاكتفاء بواحد ونقل يحيى بن زكريا المروذي التسوية، ويعتبر سكانه وقت وصية، نص عليه، وجزم به في المستوعب وغيره. وفي المغني:

مسألة - ٧: قوله: «وما يأخذه الفقهاء من الوقف هل هو كإجارة أو ك: جعالة واستحق ببعض العمل لأنه يوجب العقد عرفاً؛ أو هو كرزق من بيت المال؟ فيه أقوال، قاله شيخنا واختار هو الأخير». انتهى.

قال الشيخ تقي الدين: وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة، بل رزق للإعانة على الطاعة، وكذلك المال الموقوف على أعمال البر، والموصى به أو المنذور له ليس كالأجرة والجعل، انتهى.

وقال القاضي في خلافه: ولا يقال إن منه ما يؤخذ أجرة عن عمل كالتدريس ونحوه لأننا نقول أولاً: لا نسلم أن ذلك أجرة محضة، بل هو رزق وإعانة على العلم بهذه الأموال، انتهى.

والظاهر أن الشيخ تقي الدين أخذ اختياره من هذا، وهذا هو الصواب، واختار الشيخ حامد ابن أبي الحجر أنه كالإجارة، ذكره ولد المصنف في الطبقات.

تنبيه: قوله: بعد ذلك: «النيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة جائزة ولو عينه الواقف إذا كان مثل مستنبيه، وقد يكون في ذلك مفسدة راجحة». انتهى.

قال ابن مغلي: صوابه إذا لم يكن في ذلك مفسدة راجحة، كذا هو في فتاوى الشيخ، انتهى. قلت: لو قيل: وقد يكون في مثل ذلك مصلحة راجحة، لكان أولى، ثم وجدت ابن نصر الله في حواشيه قال: لعله مصلحة، انتهى.

لكن المرجع في ذلك إلى ما قاله الشيخ تقي الدين، ثم وجدت الشيخ تقي الدين قال في بعض فتاويه وبكل حال، فلاستخلاف في مثل هذه الأعمال المشروطة جائزة، ولو نهى الواقف عنه، إذا كان النائب مثل المستنيب ولم يكن في ذلك مفسدة راجحة.

أو طراً إليه بعدها، وقيل: هما أهل المحلة الذين طريقهم بداره، وعنه: فيمن وصى في فقراء مكة ينظر أحوجهم، وإن لم يمكن ابتداء كفى واحد وقيل: ثلاثة، وقيل: في الواحد روايتان، ولا يجوز في المنصوص إعطاء فقير أكثر من زكاة، ولو وقف على أصنافها أو الفقراء والمساكين اقتصر على صنف، كزكاة، وقيل: لا، قال في الخلاف: وهو ظاهر كلام أحمد، وقد سئل عن رجل وصى بثلثه في أبواب البر: يجزأ ثلاثة أجزاء.

فعلى هذا الفرق أن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي، وأوامر الله يعتبر فيها المقصود، بدلالة أن الموصي للمساكين لا يجوز العدول إلى غيرهم، والإطعام في الكفارة يجوز صرفه إلى غير المساكين وإن كانوا منصوباً عليهم، ولو قال: أعتق عبدي لأنه أسود، لم يعتق غيره، وعكسه أمر الله قال: وقد نص أحمد على هذا في الرجل يجعل الشيء في الصدقة على المساكين هل يعطى منه في السبيل؟ قال: لا، ويعطى المساكين كما أوصى، وقال القاضي عن القول الذي قبله: أوماً إليه في رواية أحمد بن الحسين بن حسان فيمن وصى أن يفرق في فقراء مكة هل يفرق على قوم دون قوم؟ فقال: ينظر إلى أحوجهم، قال: وظاهر هذا أنه اعتبر الحاجة ولم يعتبر العدد، كذا قال القاضي، مع أن النص في فقراء مكة وهم معينون، وقيل: لكل صنف ثمن، إن افتقر شمله، في الأصح، وإن ذكر الفقراء أو المساكين أعطى الآخر. وفيه وجه ذكره القاضي قد يعرى عن فائدة، فاعتبر لفظه.

وفي «الأحكام السلطانية»: يعمل والي المظالم في وقف عام بديوان حاكم أو سلطنة أو كتاب قديم يقع في النفس صحته. ولو وقف على ولده أو ولد غيره ثم الفقراء فالذكر كأثني، نص عليه، ويأتي في الهبة، وفي شموله ولد بنيه الموجود، وعنه: ومن سيوجد وفي وصية قبل موت موص روايتان «م ٨ - ٩».

مسألة ٨ - ٩: قوله: «ولو وقف على ولده أو ولد غيره ثم الفقراء فالذكر كأثني، نص عليه وفي شموله ولد بنيه الموجود، وعنه: ومن سيوجد، وفي وصية قبل موت الموصي روايتان» انتهى، ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: هل يشمل ولد بنيه إذا وقف على ولده أو ولد غيره أم لا؟ أطلق الروائيتين، وأطلقهما في المقتنع.

أحدهما: يشمله، وهو الصحيح من المذهب، نص عليه في رواية المروزي ويوسف بن موسى ومحمد بن عبد الله المنادي، قال الحارثي: المذهب دخولهم. وقال الناظم: وهو أولى، وجزم به في الوجيز وغيره، واختاره الخلال وأبو بكر عبد العزيز

والأصح مرتبًا، كبطن بعد بطن، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول ونحوه، وقيل: يشمل ولد بناته ولو كان ولد فلان قبيلة أو قال: أولادي وأولادهم فلا ترتيب، وسأله ابن هانئ عمن وقف شيئًا فقال هذا لفلان حياته ولولده. قال: وهو له حياته، فإذا مات فلولده، ولو قال ولدي فإذا انقرض ولده فالفقراء شمله، وقيل: لا، ولو وقف على ولد ولده أو نسله أو ذريته أو عقبه ولا قرينة لم يشمل ولد بناته، اختاره الأكثر كمن ينتسب إليّ، وعنه: بلى، وعنه: إن لم يقل لصلبي، وقيل: إن قاله شمل ولد بنته لصلبه فقط، وعنه: يشملهم غير ولد ولده، وفي التبصرة: يشمل في الذرية وأن الخلاف في ولد ولده. وتجدد حق حمل بانفصاله من ثمر وزرع، كمشتر، نقله

وابن أبي موسى، والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافة، والشيرازي، وغيرهم. وقدمه في الرايتين والحاوي الصغير، وشرح الحارثي، وابن رزين والفائق، والقواعد الفقهية في القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة، وغيرهم. وإليه ميل الشيخ في المغني، والشارح.

والرواية الثانية: لا يدخلون، قال الشيخ الموفق - في باب الوصايا - والقاضي وابن عقيل: لا يدخلون بدون قرينة، قال الشيخ أيضًا والشارح: اختاره القاضي وأصحابه.

تنبيه: قدم المصنف هنا أنه لا يشمل من سيوجد، وهو إحدى الرايتين، وقدمه في الرايتين والفائق، وقالوا: نص عليه، والحاوي الصغير.

والرواية الثانية: وهي التي آخرها يشمله أيضًا، وهي الصحيحة، نص عليها في رواية المروزي ويوسف بن موسى وابن المنادي كما تقدم، قال الحارثي: هذا المذهب، قال الناظم: هذا أولى، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه الحارثي في شرحه وشرح ابن منجا والقواعد الفقهية وغيرهم.

المسألة الثانية - ٩: حكم ما إذا أوصى لولد غيره في دخول ولد بنيه الموجودين ومن سيوجد بعد الوصية، وقبل موت الموصي حكم ما تقدم في التي قبلها خلافًا ومذهبًا.

تنبيه: قد يقال: شملت الرواية التي ذكرها بقوله: «وعنه: ومن سيوجد» له من الأولاد بعد الوقف، وفيه روايتان:

إحدهما: يشمله، فيستحق مع من كان موجودًا، اختاره ابن أبي موسى، وأفتى به ابن الزاغوني، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل.

والرواية الثانية: لا يدخل معهم، قدمه في الرايتين والحاوي الصغير، والنظم، وهو ظاهر ما قدمه المصنف إن قلنا شمله كلامه، وهو الظاهر.

المروذي، قطع به في المغني. ونقل جعفر: يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد، قطع به في المبهج.

وفي المستوعب: يستحق قبل حصاده، وعند شيخنا: الثمرة للموجود عند التأبير أو بدو الصلاح، ويشبه الحمل إن قدم إلى ثغر موقوف عليه فيه أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه، نقله يعقوب، وقياسه من نزل في مدرسة ونحوه، واختار شيخنا يستحق بحصته من مغله وإن من جعله كالولد فقد أخطأ. وإن لورثة إمام مسجد أجرة عمله في أرضه كما لو كان الفلاح غيره، ولهم من مغله بقدر ما باشره موروثهم من الإمامة، وبني فلان لذكورهم، نص عليه، فإن كانوا قبيلة شمل النساء، ولا يدخل مولى بني هاشم في الوصية لهم، لأنه ليس منهم حقيقة كما أن المنعم ليس عصبه المعتقد والمجوسي ليس بأهل كتاب حقيقة، فلا يشملهما الإطلاق، وكما لو وصى لأنسابه لم يشمل المرضع والمرتضع.

فالأحكام قد تلحق وإن لم تلتحق بالحقيقة، ذكره ابن عقيل: وغيره، ولو قال: أولادي، ثم أولادهم ثم الفقراء، فترتيب جملة، وقيل: أفراد. وفي الانتصار: إذا قبل جمع بجمع اقتضى مقابلة الفرد منه بالفرد من مقابلة لغة فعلى هذا الأظهر استحقاق الولد وإن لم يستحق أبوه، قاله شيخنا، ومن ظن أن الوقف كالإرث فإن لم يكن والده أخذ شيئاً لم يأخذ هو فلم يقله أحد من الأئمة، ولم يدر ما يقول، ولهذا لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى أو بعضهم لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم «ع» ولا فرق، قاله شيخنا.

وقول الواقف من مات فنصيبه لولده يعم وما استحقه وما يستحقه مع صفة الاستحقاق، استحقه أولاً تكثيراً للفائدة، ولصدق الإضافة بأدنى ملابسة، ولأنه بعد موته لا يستحقه، ولأنه المفهوم عند العامة الشارطين ويقصدونه، لأنه يتيم لم يرث هو وأبوه من الجد، ولأن في صورة الإجماع ينتقل مع وجوده المانع إلى ولده، ولكن هنا هل يعتبر موت الوالد؟.

يتوجه الخلاف وإن لم يتناول إلا ما استحقه فمفهوم خرج مخرج الغالب، وقد تناوله الوقف على أولاده ثم أولادهم، فعلى قول شيخنا إن قال: بطناً بعد بطن ونحوه فترتيب جملة، مع أنه محتمل، فإن زاد على أنه إن توفي أحد من أولاد الموقوف عليه ابتداء في حياة والده وله ولد ثم مات الأب عن أولاده لصلبه وعن ولد ولده لصلبه الذي مات أبوه قبل استحقاقه فله معهم ما لأبيه لو كان حياً، فهو صريح في ترتيب الأفراد.

ولا شيء لمن لا يستحق بحال، وقوله: من مات عن ولد فنصيبه لولده، يشمل الأصلي والعائد، واختار شيخنا الأصلي، لأن والديهما لو كانا حيين اشتركا في العائد، فكذا ولدهما.

ولو قال: أولادي ثم أولادهم الذكور والإناث ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط، ثم نسلهم وعقبهم ثم الفقراء على أن من مات منهم وترك ولدًا وإن سفل، فنصيبه له فمات أحد الطبقة الأولى وترك بنتًا فماتت ولها أولاد فقال شيخنا: ما استحقته قبل موتها لهم، ويتوجه: لا «م ١٢».

ولو قال: ومن مات عن غير ولد وإن سفل فنصيبه لإخوته ثم نسلهم وعقبهم، عمن لم يعقب ومن أعقب ثم انقطع عقبه، لأنه لا يقصد غيره، واللفظ يحتمله، فوجب الحمل عليه قطعًا، ذكره شيخنا، ويتوجه نفوذ حكم بخلافه، ولو وقف على من عادته حضور الدرس أو المسجد أو المبيت فيه ونحو ذلك. فقد قيل: للقاضي في اعتبار العادة في الحيض لو كانت العادة معتبرة في ذلك لوجب أن لا يكفي، تكرره مرتين ولا أكثر، لأنه لا يحصل بهذا القدر عادة، ألا ترى أن من بات في الجامع ليلتين لا يقال إن العادة ببيتوته في الجامع، وإذا حضر مجلس الفقه مرتين لا يقال إن عادته حضور مجلس الفقه، وكونه مأخوذًا من العود لا يوجب اعتبار الاشتقاق فيه،

أخيه فهل يستحقه هذا الولد لأنه قد صار من نصيبه؟ أم لا يستحقه الولد بل يستحقه بقية الطبقة؟ لأن أباه إنما استحقه بمساواته للميت في الدرجة، وابنه ليس بمساو للميت في الدرجة فلا يستحقه، ونصيب أبيه هو ما استحقه أبوه بالإحالة دون هذا العائد، هذا فيه وجهان، حكاهما أبو العباس رحمته الله، ورجح الثاني: كما أشار إليه المصنف، لما ذكرنا، والله أعلم.

مسألة - ١٢: قوله: لو قال أولادي ثم أولادهم الذكور والإناث ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط ثم نسلهم وعقبهم ثم الفقراء، على أن من مات منهم وترك ولدًا وإن سفل فنصيبه له فمات أحد الطبقة الأولى وترك بنتًا فماتت ولها أولاد، فقال شيخنا: ما استحقته قبل موتها لهم، ويتوجه: لا، انتهى.

قلت: الذي يظهر ما وجهه المصنف وأن أولادها لا يستحقون شيئًا، لأن الواقف لم يعط من ولد الظهر والبطن إلا الأولاد وأولاد الأولاد، ثم خص أولاد الظهر بعدهما بالوقف، وأولاد هذه البنت ليسوا من أولاد الظهر، وهي من الطبقة الثانية.

وقوله: «على أن من مات منهم وترك ولدًا وإن سفل فنصيبه له» يعني أن من كان من أهل الوقف المذكور أولاً، وأولادها ليسوا منهم، والله أعلم.

وإن كان مشتقاً منه، كما أن الدابة مشتقة من قولهم: دب على الأرض يدب، ولا يجوز أن يقال كل ما دب على الأرض يسمى دابة، فقال القاضي: قد ثبت أن العادة مأخوذة من المعاودة، وهذا المعنى يوجد بالمرتين، ولا يوجد بالمرة، وأما من بات بمسجد دفعتين فإنه يقال: بأن معنى العادة وجد في حقه وهو المعاودة، إلا أنه لم يطلق عليه ذلك لأنه غلب عليه ما هو أظهر منه وهو البيتوتة في غيره، وفي مسألتنا قد أجمعنا على اعتبار هذه العادة الثانية دون ما قبلها، فكان الاعتبار بالمعاودة، لوجود معنى الاسم فيه أولى، وكذلك أيضاً قولهم: دابة لكل ما دب، لكن غلب على بعض الحيوان، فتركنا الاشتقاق لأجله.

ولو وقف على ولده فلان وفلان وسكت عن الثالث، وعلى ولد ولده منع الثالث. وقال القاضي: لا، ونقله حرب، وكذا ولدي فلان وفلان ثم الفقراء هل يشمل ولد ولده؟ وقيل: يشمل.

وإن تعقب شرط جملاً عاد إلى الكل، وفي المغني وجهان في: أنت حرام والله لا أكلمك إن شاء الله، واستثناء كشرط، في المنصوص، وقيل: والجمل من جنس، وكذا مخصص من صفة وعطف بيان وتوكيد وبدل ونحوه، والجار والمجرور، نحو: على أنه وبشرط أنه، ونحوه كشرط، لتعلقه بفعل لا باسم، وعموم كلامهم لا فرق بين العطف بواو وفاء وثم، قاله شيخنا وذلك لما تقدم، ذكره ابن عقيل: وغيره.

وقرأته ولده وولد أبيه وجده وجد أبيه، وعنه: وأكثر إلى الأب الأدنى، وعنه: ثلاثة آباء، وعنه: يختص منهم من يصله، نقله ابن هانئ وغيره وصححه القاضي وجماعة، ونقل صالح: إن وصل أغنياءهم أعطوا وإلا الفقراء أولى، وأخذ منه الحارثي عدم دخولهم في كل لفظ عام، وقيل: وكذا قرابة أمه، وعنه: وإن وصلهم شملهم وإلا فلا، ومثله قرابة غيره أو الفقهاء ويصل بعضهم، ذكره القاضي، ونقل معناه عبد الله.

وابنه كأبيه في أقرب قرابته أو الأقرب إليه، وأخوه لأبيه أو أبويه كجد أب، وقيل: يقدم ابنه وأخوه، وقيل: يقدم جد وإخوة لأبيه كأمه إن شمله قرابته، وكذا أبناؤهما ولأبويه أولى، ويتوجه رواية: كأخيه لأبيه لسقوط الأمومة، كنكاح، وجزم به في التبصرة، وأبوه أولى من ابن ابنه، وفي الترغيب: ابن ابنه، وأن من قدم قدم ولده إلا الجد يقدم على بني إخوته، وأخاه لأبيه على ابن أخيه لأبويه، ويستوي جداه وعماه، كأبويه، وقيل: يقدم جده وعمه لأبيه، وإن قال: لجماعة أو لجمع من

الأقرب إليه فثلاثة، ويتمم بما بعد الدرجة الأولى، ويشمل أهل الدرجة ولو كثروا، ويتوجه في جماعة اثنان، لأنه لفظ مفرد، وقد قال صاحب المحرر: أقل الجمع فيما له تشية خاصة ثلاثة. وفي البلغة: يجب حضور واحد الرجم، عند أصحابنا، وعند اثنان، لأن الطائفة الجماعة، وأقلها اثنان ويتوجه وجهه في لفظ الجمع اثنان، وذكره جماعة «ع».

وقال في كشف المشكل في الخبر التاسع من مسند عمر في قوله: ﴿فَقَدْ صَعَّتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم: ٤] أي زاغت عن الحق وعدلت، وإنما قال قلوبكما لأن كل اثنين فما فوقهما جماعة.

قال سيبويه: العرب تقول وضعاً رحالهما، يريدون رحلي راحلتيهما، ولفظ النساء ثلاثة، على ظاهر ما سبق، وسبق كلام صاحب المحرر. وفي عيون المسائل وغيرهم فيما إذا ظاهر من أربع نسوة وقد احتج بالآية قال: والنساء إنما يكن فوق الثلاثة، كذا قال.

وأهل بيته وآله وقومه ونسأؤه كقرباته، وقيل: كذي رحمه، وهم قرابة أبويه أو ولده، وذكر القاضي مجاوزته لأب رابع، وأن ولده ليس بقرباته، ونقل صالح: يختص من يصله من قبل أبيه وأمه ولو جاوز أربعة آباء، وأن القرابة تعطي أربعة آباء فمن دون.

واختار أبو محمد الجوزي أن قومه وأهل بيته كقرباة أبويه، وأن القرابة قرابة أبيه إلى أربعة آباء، وعنه: أزواجه من أهله ومن أهل بيته، ذكرها شيخنا، وقال: في دخولهن في آله وأهل بيته روايتان، واختار الدخول، وأنه قول الشريف.

ولفظ أهل بيته يضارع آله، وأن الشخص يدخل فيهما لا في أهله، لأنه ممن يؤهل بيته لا نفسه، وظاهر الوسيلة أن لفظ الأهل كالقرباة، وظاهر الواضح أنهم نسأؤه، وعترته عشيرته، وقيل: ذريته، وقيل: ولده وولده، وقيل: قرباته كآله وأهل الوقف المتناول، وعصبته وارثه بها مطلقاً، وقيل: فيها وفي قرباته الأقرب.

والعزب والأيم غير المتزوج، وقيل: العزب لرجل، والأيم لامرأة، وفي التبصرة: الأيما النساء البالغ، ومن فارقت زوجها أرملة، وقيل: وكذا الرجل أرملة، وفي تعليق القاضي: الصغيرة لا تسمى أيمًا ولا أرملة عرفاً، وإنما ذلك صفة للبالغ، والثبوبة زوال البكارة، قاله الشيخ.

وقال ابن عقيل: بزوجية من رجل وامرأة وإخوته وعمومته لذكر، وأنثى كعانس وبكر، ويتوجه وجهه، وتناوله لبعيد كولد ولد وقال ابن الجوزي: يقال رجل أيم

وامرأة أيم ورجل أرمل وامرأة أرملة، ورجل بكر وامرأة بكر إذا لم يتزوجا، ورجل ثيب وامرأة ثيب إذا كانا قد تزوجا.

قال: والقوم للرجال دون النساء، قال تعالى: ﴿لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِّنْ قَوْمٍ﴾ [الحجرات: ١١] الآية «وش» سمووا قوماً لقيامهم بالأمر، ولم يزد على ذلك.

والرھط: لغة ما دون العشرة من الرجال خاصة، ولا واحد من لفظه، والجمع أرھط وأرھاط وأرھيط. وقال في كشف المشكل: الرھط ما بين الثلاثة إلى العشرة، وكذا قال: النفر من ثلاثة إلى عشرة، ومواليه من فوق ومن تحت.

وقال ابن حامد: من فوق، ومتى عدم موالیه فقيل: لعصبة موالیه، وقيل: لوارثه بولاء، وقيل: منقطع «م ١٣» ولا شيء لموالي عصبته إلا مع عدم موالیه ابتداء.

وجيرانه أربعون داراً من كل جانب، وعنه: مستدار أربعين، وعنه: ثلاثين، ونقل ابن منصور: ينبغي ألا يعطي إلا الجار الملاصق، وقيل: العرف، ولو وقف على أهل قريته أو قرابته أو إخوته لم يشمل مخالف دينه بلا قرينة، وقيل: يشمل وقف الكافر والمسلم، كشموله كافراً مخالفاً دينه إن ورثه.

والعلماء حملة الشرع، وقيل: من تفسير وحديث وفقه ولو أغنياء، وهل يختص من يصله كقرابته؟ وأهل الحديث من عرفه، وذكر ابن رزين فقهاء ومتفقهة كعلماء، ولو حفظ أربعين حديثاً، لا بمجرد السماع والقراء الآن حفاظه. والصبي والغلام من لم يبلغ، ومثله اليتيم بلا أب، ولو جهل بقاء أبيه فالأصل بقاءه، في ظاهر كلامهم. وقال شيخنا: يعطي من ليس له ببلد الإسلام أب يعرف، قال: ولا يعطي كافر، فدل أنه لا يعطي من وقف عام، وهو ظاهر كلامهم في مواضع، ويتوجه وجه، قال ابن عقيل: قال بعضهم: ولا يشمل ولد الزنا، لأن اليتيم انكسار يدخل على القلب بفقد

مسألة - ١٣: قوله: «ومواليه من فوق ومن تحت». وقال ابن حامد: من فوق ومتى عدم موالیه فقيل: لعصبة موالیه، وقيل: لوارثه بولاء، وقيل: منقطع»، انتهى.

أحداً: يكون لعصبة موالیه، قدمه في الرعايتين.

والقول الثاني: لوارثه بالولاء، وهو أعم من القول الأول.

والقول الثالث: يكون كمنقطع الآخر قلت: وهو الصواب، وقطع به في الرعاية الكبرى، بعد عصبة الموالی، وقيل: هو لموالي العصبة، قدمه في الحاوي الصغير، والفائق، قال الشريف أبو جعفر: وهو لموالي أبيه، واقتصر عليه الشارح.

الأب، قال أحمد فيمن بلغ: خرج من حد اليتيم.

ويتوجه أن أعقل الناس الزهاد، قال ابن الجوزي: ليس من الزهد ترك ما يقيم النفس ويصلح أمرها ويعينها على طريق الآخرة، فإنه زهد الجهال، وإنما هو ترك فضول العيش وما ليس بضرورة في بقاء النفس، وعلى هذا كان النبي ﷺ وأصحابه.

قال شيخنا: الإسراف في المباح هو مجاوزة الحد، وهو من العدوان المحرم، وترك فضولها من الزهد المباح، والامتناع منه مطلقاً كمن يمتنع من اللحم أو الخبز أو الماء أو لبس الكتان والقطن أو النساء فهذا جهل وضلال، والله أمر بأكل الطيب والشكر له، والطيب: ما ينفع ويعين على الخير، وحرم الخبيث، وهو ما يضر في دينه.

والشباب والفتى من بلغ إلى ثلاثين، وقيل: وخمسة، والكهل منها إلى خمسين، والشيخ منها إلى سبعين. وفي الكافي والترغيب: إلى آخر العمر، ثم الهرم.

وأبواب البر القرب، وأفضلها الغزو، يبدأ به، نص عليه، ويتوجه ما تقدم في أفضل الأعمال، والرقاب والغارمون وفي سبيل الله وابن السبيل مصارف الزكاة، فتعطى في فداء الأسرى لمن يفديهم.

قال شيخنا: أو يوفى ما استدين فيهم، لأن النبي ﷺ كان تارة يستدين لأهل الزكاة ثم يصرفها لأهل الدين، فعلم أن الصرف وفاء كالصرف أداء قال: ويعطي من صار مستحقاً قبل قسمة المال كزكاة، وذكر القاضي والترغيب أن: ضع ثلثي حيث أراك الله أو في سبيل الله: البر والقربة لفقير ومسكين، وجوباً، والأصح: لا، كفقراء قرابته، مع أن قريباً لا يرثه أحق، فيبدأ بهم، نص عليه.

قال شيخنا: ولهذا في وجوب وصيته لهم الخلاف، فدل أن مسألتنا كهي، وقال أحمد في الماء الذي يسقى في السبيل: يجوز للأغنياء الشرب منه. قيل: لأحمد: أوصى بمال في السبيل فدفع إلى قرابة له في الثغر يغزو به ولعل في الثغر أشجع منه ولو لم يكن قريباً لم يعط المال كله أيأخذه؟ فلم ير بأخذه بأساً، قيل: له: بعث بمال لقرابة له بالثغر يغزو به ترى له يرده أو يقبله؟ قال: القرابة غير البعيد، وإذا بعث إليه بمال وقد كان أشرفت نفسه فلا بأس برده، وكأنه اختار رده، قيل: له: أوصى لفلان بكذا يشتري به فرساً يغزو به ويدفع بقيته إليه فغزا ثم مات، قال: هو له يورث عنه.

وسبيل الخير لمن أخذ من زكاة لحاجة، ذكره في المجرد. وقال أبو الوفاء: يعم فيدخل فيه الغارم للإصلاح، قالوا: ويجوز لغني قريب ويشمل جمع مذكر سالم كالمسلمين، وضميره الأنثى، وقيل: لا، كعكسه.

والأشراف أهل بيت النبي ﷺ، ذكره شيخنا، قال: وأهل العراق كانوا لا يسمون شريقاً إلا من كان من بني العباس، وكثير من أهل الشام وغيرهم لا يسمون إلا من كان علوياً، قال: ولم يعلق عليه الشارع حكماً في الكتاب والسنة ليتلقى حده من جهته.

والشريف في اللغة خلاف الوضيع والضعيف، وهو الرياسة والسلطان، ولما كان أهل بيت النبي ﷺ أحق البيوت بالتشريف صار من كان من أهل البيت شريقاً، فلو وصى لبني هاشم لم يدخل مواليهم، نص عليه، في رواية ابن منصور وحنبل.

قال في الخلاف: لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي، ولفظ صاحب الشريعة يعتبر فيه المعنى، ولهذا لو حلف لا أكلت من السكر لأنه حلّ لم يعم غيره من الحلاوات، وكذلك لو قال: عبدي حر لأنه أسود لم يعتق غيره من العبيد، ولو قال الله: حرمت المسكر لأنه حلّ عم جميع الحلاوات، وكذلك إذا قال: اعتق عبدك لأنه أسود عم. والوصية كالوقف في جميع ذلك، نقل جماعة فيمن أوصى بصدقة طعاماً هل يجوز للموصي دفع قيمته؟ قال: لا إلا ما أوصى، وجعله في الانتصار وفافاً، قال أحمد: والوصايا ينتهي فيها إلى ما أوصى به الموصي.

ونقل صالح وابن هانئ فيمن وصى في مرضه فقال: صيرت داري هذه لولد أخي وولد أختي على أن يسكنوها ينفذ في ثلثه على ما سمي، ونص فيمن أوصى بصدقة في أبواب بغداد يفعل، ونص فيمن قال: أعتقوا رقبة ولو كافرة لا يعتق إلا مسلم، ونص فيمن أوصى بكفارات غداء وعشاء أعجب إليّ كما أوصى.

ولو أوصى في المساكين لم يجز في غزو وغيره، بل يعطي المساكين كما أوصى، نص عليه. وفي الوسيلة: من أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره فله إيجارهما، أو مأً إليه.

ونقل حرب فيمن وصى لأجنبي وله قرابة لا يرثه محتاج يرد إلى قرابته، وذكر شيخنا رواية: له ثلثها، وللموصى له ثلثاها، ونقل صالح وأبو طالب والجماعة الأول، كما وصى، واحتج بأن النبي ﷺ أجاز وصية الذي أعتق.

والأصح دخول وارثه في وصيته لقرابته، خلافاً للمستوعب، ومن لم يجز من الورثة بطل في نصيبه، ولو وصى بعتق أمة فأنشئ، والعبد ذكر، وقيل: أو أنشئ، وفي خشي غير مشكل وجهان «م ١٤»، ولو أوصى بأضحية أنشئ أو ذكر فضحوا بغيره خيراً منه جاز، وعلمه ابن عقيل: بزيادة خير في المخرج.

مسألة - ١٤: قوله: «ولو وصى بعتق أمة فأنشئ، والعبد ذكر، وقيل: أو أنشئ، وفي

فصل

ويحرم بيعه، وكذا المناقلة، نقله علي بن سعيد، لا يستبدل به ولا يبيعه إلا أن

خنثى غير مشكل، وجهان»، انتهى.

قلت: الصواب أن الخنثى غير المشكل يعطى حكم ما حكمنا عليه به، إن حكمنا بأنه أنثى كان أنثى، وإن حكمنا بأنه ذكر كان ذكراً، فيصح إعطاؤه في الوصية بالحكم الذي حكمنا عليه به، وهو في حكم من لم يكن خنثى من الذكور أو الإناث، والذي ينبغي أن يكون محل الخلاف الذي ذكره المصنف في الخنثى المشكل لا في الخنثى غير المشكل، وإن كان الخلاف مفرعاً على القول بجواز أنثى عن عبد، فخنثى بطريق أولى.

أحدهما: لا يجزئ عتقه فيما إذا وصى بعتق أمة أو عبد. قلت: وهو الصواب، لأن ذمته قد اشتغلت بمعين، وهذا ليس بمعين، فلا تبرأ ذمته إلا بمتحقق، ثم وجدت الحارثي قطعاً بأنه لا يدخل في مطلق بعبد، انتهى.

والوجه الثاني: يجزئ.

فائدة جلية: قوله: «ويليه حاكم، وقيل: ناظره»، انتهى.

ما قدمه المصنف جزم به الحلواني في التبصرة، واختاره الحارثي في شرحه، وقواه شيخنا البعلي في حواشي الفروع، وهو كما قال.

واعلم: أن الوقف حيث أجزنا بيعه وأردناه، فمن يلي بيعه لا يخلو إما أن يكون على سبيل الخيرات، كالمساجد والقناطر والمدارس والفقراء والمساكين ونحو ذلك، أو على غير ذلك، فإن كان على سبيل الخيرات فالصحيح من المذهب أن الذي يلي بيعه الحاكم، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به كثير منهم، منهم صاحب الرعاية في كتاب الوقف، والحارثي، والزركشي، في كتاب الجهاد، وقال: نص عليه، وغيرهم. وقدمه المصنف وغيره.

وقيل: يليه الناظر الخاص عليه إن كان، جزم به في الرعاية الكبرى، في كتاب البيع، قلت: وهو قوي، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وإن كان الوقف على غير ذلك فهل يليه الناظر الخاص أو الموقوف عليه أو الحاكم؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يليه الناظر الخاص، وهو الصحيح من المذهب، قال الزركشي: إذا تعطل الوقف فإن الناظر فيه يبيعه ويشترى بثمنه ما فيه منفعة ترد على أهل الوقف، نص عليه، وعليه الأصحاب انتهى، قال في الفائق: ويتولى البيع ناظره الخاص، حكاه غير واحد، انتهى.

يكون بحال لا ينتفع به، ونقل أبو طالب: لا يغير عن حاله ولا يباع إلا أن لا ينتفع

وجزم به في التلخيص، والمحزر، فقال: يبيعه الناظر فيه. وقال في التلخيص: يكون البائع الإمام أو نائبه، نص عليه، وكذلك المشتري بثمنه، وهذا إذا لم يكن للوقف ناظر، انتهى. وقدمه الناظم فقال:

وناظره شرعاً يلي عقد بيعه

وقيل: إن تعيين مالك النفع يعقد وقدمه في الرعاية الكبرى، فقال: فلناظره الخاص بيعه، ومع عدمه يفعل ذلك الموقوف عليه، قلت: إن قلنا يملكه، وإلاً فلا، وقيل: بل يفعله مطلقاً الإمام أو نائبه، كالوقف على سبيل الخيرات، انتهى. وقدمه الحارثي وقال: حكاها غير واحد، انتهى.

والقول الثاني: يليه الموقوف عليه. وهو ظاهر ما جزم به في الهداية، فقال: فإن تعطلت منفعة الموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه وبين بيعه وصرف ثمنه في مثله، انتهى.

وكذا قال ابن عقيل في الفصول، وابن البناء في الخصال، وابن الجوزي في المذهب، ومسبوك الذهب، والسامري في المستوعب، وأبو المعالي ابن المنجا في الخلاصة، وابن أبي المجد في مصنفه، وقدمه في الرعاية الصغرى، فقال: وما تعطل نفعه فلمن وقف عليه بيعه، قلت: إن ملكه، وقيل: بل لناظره بيعه بشرط. انتهى، قدمه في الحاوي الصغير.

والقول الثالث: يليه الحاكم، جزم به الحلواني في التبصرة فقال: وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً، أو خرب المسجد وما حوله ولم ينتفع به فلا إمام بيعه وصرف ثمنه في مثله، انتهى.

وقدمه المصنف، واختاره الحارثي في شرحه، ونصره شيخنا في حواشيه، وقواه بأدلة كثيرة، وهو كما قال، ولكن الأول أن الحاكم لا يستبد به دون ناظره الخاص، والله أعلم.

وهذا مما حكمنا بأن المذهب خلاف ما قدمه المصنف، فعلى المذهب لو عدم الناظر الخاص فقليل: يليه الحاكم، جزم به صاحب التلخيص، والحارثي، وقدمه في الرعاية الكبرى، في كتاب البيع، وذكره نص أحمد، وهو ظاهر ما قطع به المصنف؛ وهو الصحيح من المذهب، وقيل: يليه الموقوف عليه مطلقاً، قدمه في الرعاية الكبرى، في كتاب الوقف، وهو ظاهر ما قطع به الزركشي وحكاها عن الأصحاب، قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، حيث أطلقوا أن الموقوف عليه بيعه، كما تقدم، وأطلقهما في الفائت، وقيل: يليه الموقوف عليه إن قلنا يملكه، وإلاً فلا، اختاره في الرعايتين،

منه بشيء، وقاله الأصحاب، وجوزهما شيخنا لمصلحة، وأنه قياس الهدي، وذكره

وجزم به في الفائق قلت: ولعله مراد من أطلق، أعني أن محل القول بأنه يليه إذا قلنا يملكه.

تنبيه: تلخص لنا مما تقدم طرق فيمن يلي البيع، لأن الوقف لا يخلو إما أن يكون على سبيل الخيرات أو لا، فإن كان الوقف عليها فللأصحاب طريقان: أحدهما: يليه الحاكم، قولاً واحداً، وهو قول الأكثر.

والثاني: يليه الناظر الخاص، وهي طريقته في الرعاية الكبرى، في كتاب البيع، وهو ظاهر كلام جماعة كثيرة. وإن كان على غير سبل الخيرات، ففيه طرق:

أحدها: يليه الناظر، قولاً واحداً، وهي طريقة المجدد في محرره، والزرکشي، وعزاه إلى نص أحمد واختيار الأصحاب.

الثاني: يليه الموقوف عليه، قولاً واحداً، وهو ظاهر ما قطع به في الهداية، والفصول، وعقود ابن البنا والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، وغيرهم.

الثالث: يليه الحاكم، قولاً واحداً، وهي طريقة الحلواني في التبصرة.

الرابع: يليه الناظر الخاص إن كان، فإن لم يكن فالحاكم، قولاً واحداً، وهي طريقته في التلخيص.

الخامس: هل يليه الناظر الخاص وهو المقدم أو الموقوف عليه؟ فيه وجهان. وهي طريقة الناظم.

السادس: هل يليه الموقوف عليه وهو المقدم أو إن قلنا يملكه؟ وهو المختار، أو الناظر؟ على ثلاثة أقوال، وهو طريقة الرعاية الصغرى.

السابع: هل يليه الموقوف عليه وهو المقدم؟ أو الناظر؟ فيه وجهان، وهي طريقته في الحاوي الصغير.

الثامن: طريقته في الرعاية الكبرى، وهي: هل يليه الناظر الخاص إن كان وهو المقدم؟ أو الحاكم؟ حكاها في كتاب الوقف، فيه قولان، فإن لم يكن ناظر خاص فهل يليه الحاكم؟ وهو المقدم في كتاب البيع وذكره نص أحمد، أو الموقوف عليه؟ وهو المقدم في كتاب الوقف أو إن قلنا يملكه، واختاره، فيه ثلاثة أقوال.

التاسع: هل يليه الحاكم مطلقاً؟ وهو المقدم، أو الموقوف عليه؟ فيه وجهان، وهي طريقة المصنف.

وجهاً في المناقلة وأوماً إليه أحمد، ونقل صالح: نقل المسجد لمنفعة للناس، ونصه: تجديد بنائه لمصلحته، وعنه: برضى جيرانه، وعنه: يجوز شراء دور مكة لمصلحة عامة، فيتوجه هنا مثله، قال شيخنا: جوز جمهور العلماء تغيير صورته لمصلحة، كجعل الدور حوانيت والحكورة المشهورة، ولا فرق بين بناء ببناء وعرصه بعرصه، وقال فيمن وقف كروماً على الفقراء يحصل على جيرانها به ضرر: يعوض عنه بما لا ضرر فيه على الجيران، ويعود الأول ملكاً والثاني وقفاً.

ويجوز نقض منارته وجعلها في حائطه لتحسينه، نص عليه، ونقل أبو داود أنه سئل عن مسجد فيه خشبتان لهما ثمن تشعث وخافوا سقوطه، أتباعان وينفق على المسجد، ويبدل مكانهما جذعين؟ قال: ما أرى به بأساً، واحتج بدواب الحبس التي لا ينتفع بها تباع ويجعل ثمنها في الحبس، قال في الفنون: لا بأس بتغيير حجارة الكعبة إن عرض لها مرممة، لأن كل عصر احتاجت فيه إليه قد فعل، ولم يظهر نكير، ولو تعيب الآلة لم يجز، كالحجر الأسود لا يجوز نقله، ولا يقوم غيره مقامه، ولا ينتقل النسك معه، كأي القرآن لا يجوز نقلها عن سورة هي فيها، لأنها لم توضع إلا بنص النبي ﷺ بقوله: «ضعوها في سورة كذا»^(١).

قال: وقال العلماء: مواضع الآي من كتاب الله كنفس الآي، ولهذا حسم النبي ﷺ مادة التغيير في إدخال الحجر إلى البيت، ويكره نقل حجارتها عند عمارتها إلى غيرها، كما لا يجوز صرف تراب المساجد لبناء في غيرها بطريق الأولى، قال: ولا يجوز أن تعلّى أبنيتها زيادة على ما وجد من علوها وأنه يكره الصك فيها وفي أبنيتها إلا بقدر الحاجة ويتوجه جواز البناء على قواعد إبراهيم ﷺ، لأن النبي ﷺ لولا المعارض في زمنه لفعله، كما في خبر عائشة^(٢)، قال ابن هبيرة فيه: يدل على جواز تأخير الصواب لأجل قالة الناس، ورأى مالك والشافعي تركه أولى لئلا يصير ملعبة

العاشر: يليه الناظر الخاص إن كان، فإن لم يكن فهل يليه الحاكم؟ أو الموقوف عليه إن قلنا يملكه؟ على وجهين مطلقين، وهي طريقة صاحب الفائق.

فهذه اثنتا عشرة طريقة، اثنتان فيما هو على سبيل الخيرات، وعشر في غيرها. وإنما أطلت في ذلك لحاجة الناس إليها وتقديم المصنف شيئاً وإن كان قوياً لكن المذهب خلافه، والله أعلم.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٧٨٦) والترمذي في سننه برقم (٣٠٨٦) وأحمد في المسند (٥٧/١) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٦٥ - ٦٦).

(٢) تقدم تخريجه.

للملوك وكل وقف تعطل نفعه المطلوب منه بخراب أو غيره - ولو بضيق مسجد، نص عليه، أو خربت محلته، نقله عبد الله - بيع، ذكره جماعة. نقل جماعة: لا يباع إلا أن لا ينتفع منه بشيء لا يرد شيئاً. وفي المغني: إلا أن يقل فلا يعد نفعاً، وقيل: أو أكثر نفعه، نقله مهنا في فرس كبر وضعف أو ذهبت عينه، فقلت: دار أو ضيعة ضعفوا أن يقوموا عليها؟ قال: لا بأس ببيعها إذا كان أنفع لمن ينفق عليه منها، وقيل: أو خيف تعطل نفعه، جزم به في الرعاية، وقيل: أو أكثره قريباً. سأل الميموني: يباع إذا عطب إذا فسد؟ قال: إي والله يباع إذا كان يخاف عليه التلف والفساد، والنقص. باعوه وردوه في مثله، وسأله الشالنجي: إن أخذ من الوقف شيئاً فعتق في يده وتغير عن حاله، قال: يحول إلى مثله.

وكذا في التلخيص والترغيب والبلغة: لو أشرف على كسر أو هدم وعلم أنه لو آخر لم ينتفع به ببيع، وقولهم: «بيع» أي يجوز نقله، وذكره جماعة، ويتوجه أن ما قالوه للاستثناء مما لا يجوز، وإنما تجب لأن الولي يلزمه فعل المصلحة، وهو ظاهر رواية الميموني وغيرها.

قال القاضي وأصحابه والشيخ: ولأنه استبقاء للوقف بمعناه، فوجب كإيلاد أمة موقوفة أو قتلها وكذا قال شيخنا: ومع الحاجة يجب بالمثل، وبلا حاجة يجوز بخير منه، لظهور المصلحة، ولا يجوز بمثله، لفوات التعيين بلا حاجة، وفي المغني: ولو أمكن بيع بعضه ليعمر به بقيته ببيع، وإلا بيع جميعه، ولم أجده لأحد قبله.

والمراد مع اتحاد الواقف، كالجبهة، ثم إن أراد عينين كدارين فظاهر، وكذا عيناً واحدة ولم تنقص القيمة بالتشقيص، فإن نقصت توجه البيع في قياس المذهب كبيع وصي لدين أو حاجة صغير، بل هذا أسهل، لجواز تغيير صفاته لمصلحة وبيعه على قول، ولو شرط عدمه ببيع، وشرطه إذن فاسد، في المنصوص، نقله حرب، وعلله بأنه ضرورة ومنفعة لهم، ويتوجه على تعليله لو شرط عدمه عند تعطله. ويليه حاكم، وقيل: ناظره.

ومصرفه في مثله أو بعض مثله قاله أحمد، وقاله في التلخيص وغيره، كجهته واقتصر في المغني على ظاهر الخرقى أو نفع غيره، ونقل أبو داود في الحبيس: أو ينفق ثمنه على الدواب الحبس ويصير حكم المسجد للثاني فقط، وعنه: لا يباع مسجد، فتنقل آله لمسجد آخر اختاره أبو محمد الجوزي، وعنه: ولا يباع غيره، اختاره الشريف وأبو الخطاب، لكن ينقل إليه، نقل جعفر فيمن جعل خاناً في السبيل وبني بجانبه مسجداً فضاقت أيزاد منه في المسجد؟ قال: لا. قيل: فإن ترك ليس ينزل

فيه قد عطل، قال: يترك على ما صير له، ولا يجوز نقله مع إمكان عمارته دون الأولى بحسب النماء، قاله في الفنون وإن جماعة أفتوا بخلافه وغلطهم، وله بيع بعضها وصرفها في عمارته، نص عليه.

ومن وقف على ثغر فاحتل صرف في ثغر مثله، ذكره الشيخ، ونقل حرب فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء: يرصد لعله يرجع. وفي رفع مسجد أراد أكثر أهله رفعه وجعل تحت سفله سقاية وحانوتاً وجهان، وجوازه ظاهر كلامه «م ١٥».

وما فضل عن حاجة مسجد جاز صرفه لمثله وفقير، نص عليه، وعنه: لا، وعنه: بلى لمثله. اختاره شيخنا. وقال أيضاً: وفي سائر المصالح وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته، قال: وإن علم أن ريعه يفضل عنه دائماً وجب صرفه، لأن بقاءه فساد وإعطائه فوق ما قدره الواقف، لأن تقديره لا يمنع استحقاقه، كغير مسجده، وقال: ومثله وقف غيره، وكلام غيره معناه، قال: ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل.

ويحرم غرس شجرة في مسجد، وتقلع، قال أحمد: غرس بغير حق، ظالم غرس فيما لا يملك وفي الإرشاد والمبهج: يكره، وإن وقف وهي فيه وعين مصرفها اتبع وإلا كمنقطع، وذكر جماعة: في مصالحه، وإن فضل فلجاره أكلها، نص عليه، قال جماعة: ولغيره، وقيل: للفقير منهم، وقيل: مطلقاً، وإن بنى أو غرس ناظر في وقف توجه أنه له إن أشهد، وإلا للوقف.

ويتوجه في أجنبي: للوقف بنيته. وقال شيخنا: يد الوقف ثابتة على المتصل به

مسألة - ١٥: قوله: «وفي رفع مسجد أراد أكثر أهله رفعه وجعل تحت سفله سقاية وحانوتاً وجهان، وجوازه ظاهر كلامه» انتهى.

أحدهما: يجوز فعل ذلك، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، واختاره القاضي، نقله الزركشي في الجهاد، وقدمه في الرعاية فقال: فإن أراد أهل مسجد رفعه عن الأرض وجعل سفله سقاية وحوانيت روعي أكثرهم، نص عليه، انتهى. قال ابن نصر الله في حواشيه: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يجوز فعل ذلك، اختاره ابن حامد، وأول كلام الإمام أحمد، وصححه الشيخ الموفق والشارح، قال في الرعاية الكبرى: وقيل: نص أحمد في مسجد أراد أهله إنشاء كذلك، وهو أولى، انتهى.

فاختار تأويل كلام الإمام أحمد، ورد بعض محققي الأصحاب هذا التأويل من وجوه كثيرة، وهو كما قال.

ما لم تأت حجة تدفع موجبها، كمعرفة كون الغارس غرسه بماله بحكم إجارة وإعارة أو غصب «م ١٦».

ويد المستأجر على المنفعة، فليس له دعوى البناء بلا حجة، ويد أهل عرصة مشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك، وإلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه وتحليلته بذهب وفضة «و ش» وقيل: يكره، «و م».

وللحنفية الكراهة والإباحة والندب، قالوا: ويضمن متولي الوقف، واحتجوا بتذهيب الوليد للكعبة لما بعث إلى واليها خالد القسري، ويحرم حفر بئر فيه ولا تغطى بالمغتسل، لأنه للموتى وتطم، نقل ذلك المروزي.

وفي الرعاية في إحياء الموات أن أحمد لم يكره حفرها فيه ثم قال: قلت: بلى إن كره الوضوء فيه. وفي صحة بيع فيه «و» وتحريمه «خ» وعمل صنعة كخياطة، نفع المسجد أو لا، روايتان «م ١٧ - ١٩».

مسألة - ١٦: قوله: «وإن بنى أو غرس ناظر في وقف توجه أنه له إن أشهد، وإلا للوقف، ويتوجه في أجنبي للوقف بنيته. وقال شيخنا: يد الواقف ثابتة على المتصل به ما لم تأت حجة تدفع موجبها، كمعرفة كون الغارس غرسه بماله بحكم إجارة أو إعارة أو غصب»، انتهى. قلت: الصواب أن حكمه حكم الغاصب ما لم يأت بحجة تدل على خلاف ذلك.

مسألة - ١٧ - ١٩: قوله: «وفي صحة بيع فيه» يعني المسجد «وتحريمه، وعمل صنعة كخياطة، نفع المسجد أو لا، روايتان» انتهى، فيه مسائل:

المسألة الأولى - ١٧: هل يصح البيع في المسجد أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الآداب الكبرى، «وقال في الرعاية الكبرى»: وفي صحتهما وجهان، مع التحريم.

إحدهما: لا يصح: قال ابن تميم: ذكر القاضي في موضع بطلان البيع، قال ابن أبي المجد في كتابه قبل الخيار في البيع: ويحرم البيع والشراء في المسجد، للخبر، ولا يصحان، في الأصح فيهما، انتهى.

قلت: قواعد المذهب تقتضي عدم الصحة قال ابن هبيرة: منع الإمام أحمد صحته وجوازه، وهو ظاهر ما قدمه المصنف في آخر الاعتكاف، لأنه قدم عدم الجواز، ثم قال: وقيل: إن حرم ففي صحته وجهان انتهى، وهو طريقته في الرعاية.

والرواية الثانية: يصح، وهو قوي، جزم به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم قبيل باب السلم، ولكن قطعوا بالكراهة، وصححو البيع.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف هنا في الصحة وعدمها أنه سواء قلنا يكره أو يحرم، وهذا بعيد جداً على القول بالكراهة، ويحتمل أنه بنى الخلاف على الخلاف في التحريم والكراهة، فإن قلنا: يحرم لم يصح، وإلاّ صح، هذا ظاهر كلامه في الاعتكاف، فإنه هناك قدم التحريم ثم قال: وقيل: إن حرم ففي صحته وجهان، انتهى.

ومحل الخلاف عند صاحب الرعاية على القول بالتحريم، وهو الصواب. وهو كالصريح في كلام ابن أبي المجد.

المسألة الثانية - ١٨: هل يحرم البيع والشراء فيه أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحدهما: يحرم، وهو الصحيح، نص عليه في رواية حنبل، وجزم به القاضي وابنه أبو الحسين وصاحب الوسيلة والإفصاح، والمجد في شرحه، والشارح، في باب الاعتكاف، وغيرهم قال ابن هبيرة: منع الإمام أحمد جوازه، وقدمه في الرعاية الكبرى، ومختصر ابن تميم، والمصنف في باب الاعتكاف، وهذه من جملة المسائل التي قدم المصنف فيها حكماً في مكان وأطلق الخلاف في آخر.

والرواية الثانية: يكره، جزم به في الفصول والمستوعب، والمغني، والشرح، في آخر كتاب البيع، وشرح ابن رزين، قال الشيخ في المغني، قبل كتاب السلم بيسير: ويكره البيع والشراء في المسجد، وقال في الرعاية الكبرى، في باب مواضع الصلاة واجتناب النجاسة: ويسن أن يصاب المسجد عن البيع والشراء فيه. نص عليه.

المسألة الثالثة - ١٩: هل يجوز فيه عمل الصنعة كالخياطة ونحوها أم لا يجوز؟

أطلق الخلاف فيه:

إحدهما: لا يحرم. قال في الرعاية الكبرى: يسن أن يصاب المسجد عن عمل صنعة. نص عليه، وإن نفعه صانعها بكنس أو رش أو غيره ذكره في باب مواضع الصلاة وقال ابن تميم: ويجنب المسجد عمل الصنعة وإن كان الصانع يخدمه، قال في الآداب: ويسن أن يصاب المسجد عن كل عمل صنعة، نص عليه. وقال في المستوعب وغيره: سواء كان الصانع يراعي المسجد بكنس أو رش ونحوه أو لم يكن، انتهى. قال حرب: سئل الإمام أحمد عن العمل في المسجد نحو الخياطة وغيرها، فكأنه كرهه ليس بذلك التشديد. وقال المروذي: سألت عن الرجل يكتب بالأجرة فيه؟ قال: أما الخياط وشبهه فلا يعجبني، إنما بني لذكر الله تعالى، وقال في رواية الأثرم: ما يعجبني مثل الخياط والإسكاف وشبهه، وسهل في الكتابة، قال الحارثي: خص الكتابة لأنه نوع تحصيل علم، فهي في معنى الدراسة، وهذا يوجب التقييد بما لا يكون تكسباً، وإليه أشار بقوله: فليس ذلك كل يوم، انتهى، وظاهر ما نقل الأثرم وقد قطع المصنف في باب الاعتكاف

وتحريم إقامة حد به وجهان، وكرهه أحمد «م ٢٠». واتخاذ طريقاً ووضع النعش فيه لا النسخ، وأوماً إذا لم يتكسب به، وقاله بعضهم ويتوجه مثله تعليم الكتابة فيه بلا ضرر له. وفي النوادر: لا يجوز.

وأفتى في الفنون بإخراجهم، واستثنى فقيهاً يدري ما يصاب عنه فقيراً، قال: وقد قال النبي ﷺ: «لا يبقى في المسجد خوذة إلا سدت إلا خوذة أبي بكر»^(١) وإنما

أنه لا يجوز للمعتكف أن يتكسب بالصنعة التسهيل في الكتابة مطلقاً، انتهى. قلت: الصواب عدم التحريم والله أعلم، وقد قطع المصنف في باب الاعتكاف أنه يجوز للمعتكف أن يتكسب بالصنعة في المسجد وإن احتاج الخياطة للبس فالصحيح الجواز وهو ظاهر كلام المصنف هناك إطلاق الخلاف وقد ذكرته.

والرواية الثانية: يحرم، وهو ظاهر ما اختاره ابن بطة. قال صالح لأبيه: تكره الخياطين في المساجد؟ قال: إي لعمري شديداً، وكذا روى ابن منصور، وقال في الآداب: وهذا يقتضي التحريم، ورواية حرب الكراهة، فهاتان روايتان، وذكر ابن عقيل أنه يكره في المساجد العمل والصنائع كالخياطة والخرز والحلج والتجارة وما شاكل ذلك إذا كثر، ولا يكره إذا قل، كرفع ثوبه وخصف نعله، انتهى. قلت: هو أعدل الأقوال، والله أعلم.

مسألة - ٢٠: قوله: «وفي تحريم إقامة حد فيه وجهان، وكرهه أحمد»، انتهى.

نقل حنبل: لا أحب أن يضرب فيه الحد ولا يقام حد، لعله يكون منه شيء، انتهى.

قال ابن تميم قبيل صلاة المريض: ولا يجوز أن يقام في المسجد حد. وقال في الرعاية الكبرى، في باب مواضع الصلاة: ويسن أن يصاب عن إقامة حد فيه، وكذا قال في الصغرى. وقال في الحاوي الكبير: ويجنب المسجد إقامة الحدود، وكذا قال في المستوعب، وقال في المقنع في كتاب الحدود: ولا تقام الحدود في المساجد، وكذا قال في المحرر والوجيز والمنور، وغيرهم. وذكر ابن عقيل في الفصول، أنه لا تجوز إقامة الحدود في المساجد، وقد قال في رواية ابن منصور: لا تقام الحدود في المساجد، انتهى.

قلت: الصواب التحريم، للنهي عن ذلك، والله أعلم.

فهذه عشرون مسألة في هذا الباب.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٦٦، ٣٩٠٤) ومسلم في صحيحه برقم (٢٣٨٢).

خصه لسابقته، وتقدم هذا المعنى، وقالت عائشة: أسلمت امرأة سوداء لبعض العرب، وكان لها حفش في المسجد، أي بيت صغير، وكانت تأتينا فتحدث عندنا، رواه البخاري.

نقل حنبل: لا أحب أن يضرب فيه أحد ولا يقام حد، لعله يكون منه شيء، ومنع شيخنا اتخاذه طريقاً، قال: والاتخاذ والاستتجار كبيع وشراء وقعود صانع وفاعل فيه لمن يكرهه، كبضاعة لمشتري لا يجوز.

قال عبد الله: سألت أبي عن الرجل يخطط في المسجد قال: لا ينبغي له أن يتخذ المسجد معاشاً ولا مقبلاً ولا مبيتاً، إنما بنيت المساجد لذكر الله والصلاة، وسأله أبو طالب عن المسجد يكون في طريق قريب منه أمر فيه؟ قال: لا يتخذ طريقاً مثل أهل الكوفة يمرون فيه، قلت: فإن كان يوم مطر يمر فيه؟ قال: إذا كان ضرورة يضطر إليه مثل المطر نعم، ويكره فيه كثرة حديث لاغ «و» ودنيا، ونقل حنبل: مسجده ﷺ خاصة لا ينشد فيه شعر ولا يمر فيه بلحم، كرامة للنبي ﷺ، ولا أرى لرجل إذا دخل المسجد إلا أن يلزم نفسه الذكر والتسبيح، فإن المساجد إنما بنيت لذكر الله والصلاة ويكره رفع صوت «و» بغير علم ونحوه «م» ولو احتجج إليه «ه»، ونوم غير معتكف، ونصه: وما لا يستدام كمريض وضيع ومجتاز، وعنه: منع مستدام وعنه: يجوز «و ش»، وعنه: يكره مقبلاً ومبيتاً، ومنعهما شيخنا لغني، وفي المبسوط للحنفية: يكره إلا لمعتكف. وفي المحيط: للحاجة إلى حفظ متاع المسجد، ويباح أن يغلق أبوابه لئلا يدخله من يكره دخوله إليه، نص عليه. وهو من أغلق الباب فهو مغلق، وغلق فهو مغلق لغة رديئة.

وكرهه الحنفية، واختار مشايخهم كقولنا، ونص أحمد، قال أحمد: يخرج المعبر لا القصاص، وقال: يعجبني قاص إذا كان صدوقاً، وما أحوج الناس إليه، ونقل حنبل: أما هؤلاء الذين أحدثوا من وضع الأخبار فلا أراه، ولو قلت: إنه يسمعهم الجاهل فلعله ينتفع، وكره منعهم.

ونقل ابن هانئ: ما أنفعهم للعامة وإن كان عامة حديثهم كذباً، وقال إبراهيم الحربي: حدثني شجاع بن مخلد قال: لقيني بشر بن الحارث وأنا أريد مجلس منصور بن عمار، فقال لي: وأنت أيضاً يا شجاع ارجع، فرجعت، قال إبراهيم: لو كان في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٨٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٣٦) والترمذي في سننه برقم (١٩٥٣).

هذا خير لسبق إليه الثوري ووكيع وأحمد وبشر.

وفي الغنية: قبل صلاة الجمعة لا يستحب له حضور القاص، لأن القصص بدعة، وكان ابن عمر وغيره من الصحابة يخرجونهم من الجامع إلا أن يكون من أهل المعرفة واليقين فحضور مجلسه أفضل من صلاته. فأما قراءتهم للتوراة ونحوها فنقل ابن هانئ أنه سئل عنه فقال: هذه مسألة مسلم؟ وغضب، وظاهره الإنكار، وحرمة ابن بطة والقاضي وذكر أن ابن هرمز من أصحابنا كان يفعلها فأنكر عليه ابن بطة.

ومن جعل سفلى بيته مسجداً انتفع بسطحه، ونقل حنبل: لا، وأنه لو جعل السطح مسجداً انتفع بأسفله، لأن السطح لا يحتاج إلى أسفل.

باب الهبة

وهي تبرع الحي بما يعد هبة عرفاً، وفي المستوعب والمغني في الصداق لا تصح إلا بلفظ الهبة والعفو والتملك، وفي الرعاية في عفو وجهان.

وفي المذهب ألفاظها: وهبت وأعطيت وملكت، وفي الانتصار أطعمته كوهبته، وكان ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها، وفي الغنية: يكره رد الهدية وإن قلت. ويكافئه أو يدعو له، ويتوجه: إن لم يجد دعا له، كما رواه أحمد وغيره، ولأحمد من حديث ابن مسعود: «لا تردوا الهدية»^(١).

وحكى أحمد في رواية مثني عن وهب قال: ترك المكافأة من التطفيف، وقاله مقاتل، وكذا اختار شيخنا في رد الرافضي أن من العدل الواجب مكافأة من له يد أو نعمة ليجزئه بها، وظاهر كلامهم تقبل هدية المسلم والكافر، وذكره في الغنية.

ونقل ابن منصور في المشرك: أليس يقال: إن النبي ﷺ رد وقبل؟ وقد رواهما أحمد، وقال ابن الجوزي: فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن أخبار القبول أثبت.

والثاني: أنها ناسخة.

والثالث: قبل من أهل الكتاب، وقبوله من أهل الشرك ضعيف أو منسوخ.

وقيل: الهبة تقتضي عوضاً وقيل: مع عرف، فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي له حاجة فلم يف فكالشرط واختاره شيخنا.

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/٤٠٤، ٤٠٥) والبخاري في الأدب المفرد برقم (١٥٧) وابن حبان في صحيحه برقم (٥٥٧٤) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أجيبوا الداعي، ولا تردوا الهدية، ولا تضربوا المسلمين» وصححه العلامة الألباني رحمته الله في تعليقه على الأدب المفرد (ص ٧٤).

وإن شرطه معلومًا صحت، كعارية. وقيل: بقيمتها بيعًا وعنه: هبة، وقيل: لا يصح، كنفي ثمن، وكمجهول، وعنه: يصح فيه، ذكره شيخنا ظاهر المذهب، ويرضيه، فإن لم يرض ردها بزيادة ونقص، نص عليه، فإن تلفت بقيمتها يومه، ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء، نص عليه، فإن ادعى ربها شرط العوض أو البيع فأنكره فوجهان «م ١».

وتصح هبة جائر بيعه خاصة، نص عليه، قال أحمد: ما جاز بيعه جاز فيه الصدقة والهبة والرهن، وقال: إذا وقف أو وصى بأرض مشاعة احتاج أن يحددها كلها، وكذا البيع والصدقة هو عندي واحد.

وهبة مجهول تعذر علمه كصلح، وقال في الكافي: وكلب ونجاسة يباح نفعها، نقل حنبل فيمن أهدى إلى رجل كلب صيد: ترى له أن يثيب عليه؟ قال: هذا خلاف الثمن، هذا عوض من شيء، فأما الثمن فلا، وقيل: وجلد ميتة، وقيل: ومجهول عند متهب، وغير مقدور، كوصية.

ويتوجه منه هبة معدوم وغيره ونقل ابن أبي عبدة: سئل عن الصدقة بثلث دار غائبة على رجل مشاعة، وحد الدار وهي معروفة، قال: جائز، ليس كما يقول هؤلاء: لا يجوز حتى يعرف الدار، ونقل حرب: إذا قال ثلث ضيعتي لفلان بلا قسمة جاز إذا كانت تعرف، ولا معلقة بشرط غير الموت، ولا مؤقتة، خلافًا للحارثي فيهما، إلا في العمري، كقوله: عمرتك أو أعطيتك أو جعلته لك عمرك أو عمري أو ما بقيت أو حياتك، فيصح ويصير للمعمر ولورثته بعده، كتصريحه، ونقل يعقوب وابن هانئ: من يعمر الجارية أيطأ؟ قال: لا أراه، وحمله القاضي على الورع، لأن بعضهم جعلها تملك المنافع.

وروى سعيد: حدثنا هشيم، حدثنا حميد حدثنا الحسن أن رجلاً أعمر فرسًا حياته، فخاصمه بعد ذلك إلى النبي ﷺ، فقال ﷺ: «من ملك شيئًا حياته فهو لورثته

مسألة - ١: قوله: «فإن ادعى ربها شرط العوض أو البيع فأنكره فوجهان»، انتهى.

قال في الرعاية الكبرى: وإن ادعى الواهب أنه شرط العوض فأنكره المتهب أو قال: وهبتني ما بيدي فقال: بل بعته، فأيهما يصدق إذا حلف؟ فيه وجهان. قلت: الهبة من الأدمي تقتضي عوضًا هو القيمة إذا قبله، فإن مات رجع إن شاء، انتهى.

وقطع في الكافي، بأن القول قول المنكر في المسألة الأولى، قلت: الصواب أنه لا يقبل قول واحد منهما على الآخر في المسألة الأخيرة، فلا يصح البيع ولا الهبة، هذا ما يظهر، والقول قول المنكر في المسألة الأولى، كما قال في الكافي، وقدمه الحارثي في شرحه وصححه، وقال: حكاه في الكافي، وغير واحد.

بعده»^(١). والإنسان إنما يملك الشيء عمره، فقد وقته بما هو مؤقت به في الحقيقة، فصار كالمطلق، قال في المغني: والنهي إذا كان صحة المنهي عنه ضررًا على مرتكبه لم تمنع صحته، كطلاق الحائض، وصحة العمرى ضرر، لزوال ملكه بلا عوض.

وإن شرط رجوعه إليه إن مات قبله أو إلى غيره فهي الرقبي أو رجوعه مطلقًا إليه أو إلى ورثته فسد الشرط، ذكره الشيخ ظاهر المذهب، وعنه: صحته كالعقد، على الأصح، قال أحمد: حديث النبي ﷺ: «العمرى والرقبي لمن وهبت له»^(٢) والحديث الآخر: «من ملك شيئًا حياته فلورثته بعد موته»^(٣). نقله أحمد والترمذي. وسكناه أو غلته أو خدمته لك أو منحتكه عارية، نقله الجماعة.

ونقل أبو طالب: إذا قال: هو وقف على فلان فإذا مات فلولدي أو لفلان فكما لو قال: إذا مات فهو لولده أو لمن أوصى له الواقف ليس يملك منه شيئًا، إنما هو لمن وقفه يضعه حيث شاء، مثل السكنى، والسكنى متى شاء رجع فيه، ونقل حنبل في الرقبي والوقف: إذا مات فهو لورثته بخلاف السكنى ونقل: العمرى والرقبي والوقف معنى واحد إذا لم يكن منه شرط لم يرجع إلى ورثة المعمار، وإن شرط في وقفه أنه له حياته رجع، وإن جعله له حياته وبعد موته فهو لورثة الذي أعمره وإلا رجع إلى ورثة الأول ويقدم إذا وقفت الوقف.

وتصح بالعقد، وهل يملكها به؟ فيه وجهان. وفي الانتصار روايتان «م ٢» وعليهما يخرج النماء وذكره جماعة إن اتصل القبض، ويلزم بقبضها بإذن واهب،

مسألة - ٢: قوله: «وتصح بالعقد، وهل يملكها به؟ فيه وجهان وفي الانتصار في نقل الملك بعقد فاسد، روايتان» انتهى.

أحدهما: يملكها به، وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق ومن تابعه، قال في التلخيص: وليس القبض بركن فيها، واختاره أبو الخطاب في موضع من الانتصار، «قال في القواعد: كثير من الأصحاب يجعل القبض معتبرًا للزومها واستمرارها لا لانعقادها وإنشائها، وممن صرح بذلك صاحب المغني، وأبو الخطاب في انتصاره، وصاحب التلخيص، وغيرهم انتهى».

والوجه الثاني: لا يملكها بمجرد العقد بل يتوقف الملك على القبض، قدمه في

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف برقم (٢٢٩٥٠) بنحوه.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٢٥) (٢٥).

(٣) تقدم تخريجه.

وعنه: متميز بالعقد، اختاره الأكثر. وقال ابن عقيل: هو المذهب، ويعتبر، إذن واهب فيه. وفي الترغيب: في صحة قبضه بلا إذن روايتان.

ويلزم في كل ما بيد متهب بالعقد، وعنه: يعتبر مضي زمن يتأتى قبضها فيه، وعنه: وإذنه فيه ويصح رجوعه في إذنه أو فيها قبل قبضها، وعنه: لا، ويبطل إذنه بموت أحدهما، ووارث واهب يقوم مقامه، وقيل: يبطل العقد، كمتهب، في الأصح، ويقبض أب لطفل من نفسه.

والأصح: لا يحتاج قبلاً، وفي قبض ولي غيره من نفسه روايتا شرائه وبيعه له من نفسه. وقال في المجرد يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه، فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً ونصف الشريك أمانة. قال في الفنون: بل عارية يضمنه «م ٣».

فصل

يجب التعديل في عطية أولاده، وقيل: لصلبه، وذكر الحارثي: لا ولد بنيه وبناته وعنه: لا في نفقة كشيء تافه، نص عليه، وقال أبو يعلى الصغير: كشيء

الرعايتين والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقطع به في المحرر، قال في الكافي: لا يثبت الملك للموهوب له في المكيل والموزون إلا بقبضه، وفيما عداه روايتان. وقال المجرد في شرحه: مذهبنا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض، وفرع عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض وقلنا: يعتبر في هبته القبض ففطرته على الواهب، وكذا صرح ابن عقيل أن القبض ركن من أركان الهبة، كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقى يدل عليه، قاله في القاعدة التاسعة والأربعين، وقيل: يقع الملك مراعى، فإن وجد القبض تبين أنه كان للموهوب بقبوله، وإلاً فهو للواهب، وحكي عن ابن حامد، وفرع عليه حكم الفطرة.

مسألة - ٣: قوله: «قال في المجرد: يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه، فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً، ونصف الشريك أمانة، قال في الفنون: بل عارية يضمنه». انتهى. ما قاله في المجرد قطع به الرعايتين والحاوي الصغير. وقال في القاعدة الثالثة والأربعين في المجرد والفصول: يكون نصف الشريك وديعة عنده، فزاد على المصنف ابن عقيل في الفصول. قلت: وهو الصواب إن لم يستعمله، ويشكل على هذا قول الأصحاب إنه لا يقبضه، إلا بإذن الشريك، فإن كان مرادهم هنا ذلك فيقوى كونه أمانة، لأنه قبضه بإذنه فهو أمانة، وإن كان مرادهم حيث قبضه أعني بعد الشركة أو يكون انتقل إليهما معاً بآثر أو غيره ثم أخذه أحدهما من غير إذن فيقوى الضمان، حيث لم يأذن له، والله أعلم.

يسير، وعنه: بلى مع تساوي فقر أو غنى بقدر إرثهم منه. وفي شرح القاضي: وهذا مستحب كتسوية في وجه بين أب وأم وأخ وأخت، ذكره في الواضح، وعنه: المستحب ذكر كأثى، كنفقة، واختاره في الفنون، قال أحمد في رواية أبي طالب: لا ينبغي أن يفضل أحدًا من ولده في طعام وغيره وكان يقال: يعدل بينهم في القُبل، فدخل فيه نظر وقف، واحتج به الحارثي على وجوبه مع وجوب النفقة لبعضهم، والأصح هنا: لا، ومثلهم بقية أقاربه، نص عليه، واختاره الأكثر، خلافًا للشيخ وغيره، وزعم الحارثي أنه المذهب، وأنه عليه المتقدمون كالخرقي وأبي بكر وابن أبي موسى، وهو سهو، قال الشيخ في تعليل قوله: لا تمكنه التسوية بالرجوع، وقال عن القول الأول: إن خالف فعليه أن يرجع أو يعمهم بالنحلة، ونقل حرب في ذمي نحل بعض ولده فمات المنحول وترك ابنًا له كيف حاله في هذا المال؟ قال: لا بأس به لأن هذا كان في الشرك.

وإن خص بعضهم أو فضله وقيل: لغير معنى فيه سوى برجوع، لم يذكر أحمد غيره في رواية الخرقى وأبي بكر والأشهر: وكذا بإعطاء ونص عليه، وعنه: ولا في مرضه، ونقل الميموني وغيره: لا ينفذ، وقال أبو الفرج وغيره: يؤمر برده، وإن مات قبله تبينا لزومه، ذكره القاضي وغيره، وعنه: لورثته الرجوع، اختاره ابن بطة وأبو حفص وشيخنا. وحكي عنه بطلانها، اختاره الحارثي. وقال أبو يعلى الصغير: قولهم لو حرم لفسد، والتحريم يقتضي الفساد في رواية لا في أخرى، بدليل قوله في الصلاة في دار غضب، فدل أنه على الخلاف، وذكر ابن عقيل: في الصحة روايتين، وله التخصيص بإذن، ذكره الحارثي، وله تملكه بلا حيلة، قدمه الحارثي، ونقل ابن هانئ: لا يعجبني أن يأكل منه شيئًا.

ولا يكره قسم حي ماله بين أولاده، نقله الأكثر، وعنه: بلى، ونقل ابن الحكم: لا يعجبني، فإن حدث ولد سوى ندبًا، قدمه بعضهم، وقيل: وجوبًا، قال أحمد: أعجب إلي أن يسوي، اقتصر عليه في المغني، وتستحب التسوية: ذكر كأثى في وقف، ونقل ابن الحكم: لا بأس، قيل: فإن فضل؟ قال: لا يعجبني على وجه الأثرة إلا لعيال بقدرهم وقيل: بل كهبة، وقيل: وبمنعها، واختاره في الانتصار والحارثي.

ولو وقف ثلثه في مرضه على الوارث أو وصى بوقفه فعنه: كهبة، فيصح بالإجارة، وعنه: لا، إن قيل: هبة، وعنه: يلزم في ثلثه، وهي أشهر «م» فعليها لو

سوى بين ابنه وبنته في دار لا يملك غيرها فردّا فثلثها وقف بينهما بالسوية، وثلثاها ميراث، وإن رد ابنه فله ثلثا الثلثين إرثاً ولبنته ثلثهما وقفاً، وإن ردت فلها ثلث الثلثين إرثاً ولابنه نصفهما وقفاً وسدسها إرثاً، لرد الموقوف عليه، وكذا له لو رد التسوية ولبنته ثلثهما وقفاً، وعلى الأولى عملك في الدار كثلثيها على الثانية، ولا يصح وقف زائد على ثلثه على أجنبي، جزم به الشيخ وغيره، وأطلق بعضهم وجهين.

ولا يصح رجوع واهب في هبته، نص عليه، كالقيمة، وعنه: ولو أباً وعنه، فيه: يرجع إن لم يتعلق به حق أو رغبة، كتزويج وفلس، أو ما يمنع تصرف المتهب مؤبداً أو مؤقتاً، فإن زال المانع رجع إلا أن يرجع مجدداً، وفيه بفسخ وجهان «م ٥».

كهبة فيصح بالإجازة، وعنه: لا، وإن قيل هبة، وعنه: تلزم في ثلثه، وهي أشهر، انتهى.

الرواية الثالثة: هي الصحيحة من المذهب، قال المصنف هنا: هي أشهر، قال الزركشي: هي أشهر الروایتين وأنصهما، واختيار القاضي في التعليق وغيره وأكثر الأصحاب، انتهى.

قال ابن منجا والحرثي في شرحيهما: هذا المذهب، وجزم به في المنور ونظم المفردات، وقدمه في المقنع، والمححر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. وعنه: لا يصح مطلقاً، اختاره الشيخ الموفق، قال في المقنع: وقياس المذهب أنه لا يجوز، واختاره أبو حفص العكبري، قاله القاضي، نقله الزركشي، واختاره ابن عقيل أيضاً، وعنه: رواية أخرى: أنه كالهبة، فيصح بالإجازة، قال في الرعاية: لو وقف الثلث في مرضه على وارث أو وصى أن يوقف عليه صح ولزم، نص عليه، وعنه: لا يصح، وعنه: إن أجز صح وإلا بطل، كالزائد على الثلث، ثم قال: قلت: إن قلنا هو لله صح، وإلا فلا.

مسألة - ٥: قوله: في رجوع الأب في الهبة لولده: وفيه بفسخ وجهان، انتهى.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمححر، والشرح، وشرح ابن منجا، والحرثي والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير والفائق، والقواعد الفقهية وتجريد العناية، وغيرهم.

أحدهما: له الرجوع، وهو الصحيح، جزم به في الكافي، والوجيز والمنور، وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره.

والوجه الثاني: لا يرجع، صححه في التصحيح، وقطع به القاضي وابن عقيل، قاله الحرثي، وقدمه ابن رزين في شرحه، وهذا في الإقالة إذا قلنا: هي فسخ أما إذا قلنا

وقيل: إن وهب ولديه فاشترى أحدهما من الآخر ففي رجوعه في الكل وجهان، وإن أسقط حقه من الرجوع فاحتمالان في الانتصار «م ٦»، وفي زيادة متصلة، روايتان «م ٧»، وفي رجوع امرأة فيما وهبته زوجها بمسألته وقيل: أو لا، روايتان «م ٨».

إنها بيع فيمتنع حقه من الرجوع، قاله في فوائد القواعد، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره.

مسألة - ٦: قوله: «وإن أسقط حقه من الرجوع فاحتمالان في الانتصار»، انتهى. قال القاضي محب الدين بن نصر الله في حواشي الفروع: أظهرهما لا يسقط لثبوت له بالشرع، كإسقاط الولي حقه من ولاية النكاح، وقد يرجح سقوطه، لأن الحق فيه مجرد حقه، بخلاف ولاية النكاح، فإنه حق عليه لله وللمرأة، ولهذا يأثم بعضله، وهذا أوجه، انتهى. قلت: وهو الصواب، وليس كإسقاط الولي حقه من ولاية النكاح، ويأتي نظيرتها في الحضانة.

مسألة - ٧: قوله: «وفي زيادة متصلة روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي والمقنع، والمحرم، والشرح، والنظم، والحاوي الصغير، والقواعد الفقهية وتجريد العناية، قال في الرايتين والفائق: وفي منع المتصلة صورة ومعنى روايتان، زاد في الكبرى: كسمن وكبر وحبل وتعلم صنعة، انتهى.

إحداهما: يمنع وهو الصحيح، نصره الشيخ الموفق، والشارح، وصححه في التصحيح، قال في القاعدة الحادية والثمانين بعد إطلاق الروائيتين: والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع، انتهى. وهو الصواب.

والرواية الثانية: لا يمنع، اختاره القاضي وأصحابه، قاله الحارثي، ونص عليه في رواية حنبل، وقال في الكافي: الخلاف هنا كالخلاف في الرجوع على المفلس، وقدم في المفلس عدم الرجوع، واختاره ابن عبدوس في تذكرته فقال: ويشارك المتعب بالمتصلة، وقال في القواعد على القول بجواز الرجوع: لا شيء على الأب للزيادة، انتهى.

فاختلفا لمن تكون الزيادة على القول بجواز الرجوع.

مسألة - ٨: قوله: «وفي رجوع امرأة فيما وهبته زوجها بمسألته وقيل: أو لا، روايتان»، انتهى.

وأطلقهما في المغني، والمحرم، وشرح ابن منجا، والرعاية الكبرى، وغيرهم.

وقيل: ترجع. إن وهبته لدفع ضرر فلم يندفع، أو عوض أو شرط فلم يحصل، ولو قال هي طالق ثلاثاً إن لم تبرئني فأبرأته صح، وهل ترجع؟ ثالثها ترجع إن طلقها، ذكره شيخنا وغيره «م ٩»، وإن اختلفا في حدوث زيادة فوجهان «م ١٠».

والمنفصلة لابن، وقيل: لأب، ولا تمنع الرجوع، كنقصه، وفيها في الموجز رواية، وإن وهبه متهب لابنه ففي رجوع أبيه وعدمه ورجوعه إن رجع ابنه احتمالان «م ١١ و ١٢».

إحدهما: لها الرجوع، نص عليه في رواية عبد الله، وجزم به في المنور، ومنتخب الآمدي وقواعد ابن رجب في القاعدة الخمسين بعد المائة، قال في الرعاية الصغرى: وترجع المرأة بما وهبت زوجها بمسألته، على الأصح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

والرواية الثانية: ليس لها الرجوع، وهو ظاهر كلام الخرقى وكثير من الأصحاب، وبه قطع القاضي في الجامع الصغير، والشيخ في الكافي، وابن أبي موسى وأبو الخطاب وغيرهم. واختاره أبو بكر والحارثي في شرحه وغيرهما، وقدمه في الفصول والمقنع، والنظم، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وقال: إنه أظهر، وغيرهم.

قلت: الصواب عدم الرجوع إن لم يحصل لها منه ضرر من طلاق وغيره، وإلا فلها الرجوع، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «بمسألته وقيل: أو لا». فقدم أنها لا ترجع إذا وهبته بغير مسألته، وهو المذهب، اختاره أبو بكر وغيره، وقاله القاضي في كتاب الوجهين، وصاحب التلخيص، وغيرهما، وقيل: لها الرجوع أيضاً، وهو رواية عن أحمد، وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعاية الكبرى.

مسألة - ٩: قوله: «وإن قال: هي طالق ثلاثاً إن لم تبرئني فأبرأته صح، وهل ترجع؟ ثالثها ترجع إن طلقها، ذكره شيخنا وغيره»، انتهى.

قلت: هذه المسألة داخلة في أحكام المسألة المتقدمة، ولكن رجوعها هنا أكد وأولى، والله أعلم.

مسألة - ١٠: قوله: «وإن اختلفا في حدوث زيادة، فوجهان» انتهى.

أحدهما: القول قول من يمنعها، وهو الصواب، لموافقة دعواه الأصل.

والوجه الثاني: القول قول الولد في حدوثها، وهو بعيد.

مسألة - ١١ - ١٢: قوله: «وإن وهبه متهب لابنه ففي رجوع أبيه وعدمه، ورجوعه

وفي مختصر ابن رزين: يرجع جد، في وجهه، ورجوعه بقوله، علم الولد أو لا، ونقل أبو طالب: لا يجوز عتقها حتى يرجع فيها ويردها إليه، إذا قبضها أعتقها، فظاهره اعتبار قبضه وأنه يكفي، وذكر جماعة في قبضه مع قرينة وجهين وكذا بيعه وعتقه ولا ينفذ، وليس الوطاء بمجرده رجوعاً، وله أن يملك خلافاً لابن عقيل: من مال ولده مطلقاً، ما لم يضره، نص عليه، وعنه: ما لم يجحف به، جزم به في الكافي، وفيه: وما لم يعطه ولدًا آخر، ونقله الشالنجي، واحتج بأنه حين أخذه صار له فيعدل بينهما، وعنه: له تملكه كله، وقيل: بل ما احتاجه، وسأله ابن منصور وغيره: يأكل من مال ابنه؟ قال: نعم إلا أن يفسده فله القوت، ولا يصح تصرفه فيه قبل تملكه، على الأصح، وقال شيخنا: ويقدر في أهليته لأجل الأذى سيما بالحبس.

إن رجع ابنه احتمالان» انتهى، يعني في كل مسألة احتمالان، إذا علم ذلك فذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ١١: إذا وهبه المتهب لابنه ولم يرجع فهل يرجع الجد أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يملك الجد الرجوع، وهو الصحيح من المذهب، قطع به في المغني، والمقنع، وشرحه وشرح ابن منجا، والشارح، والمحزر، والوجيز وشرح ابن رزين، وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والتلخيص، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح الحارثي والفائق، وغيرهم. وهو ظاهر كلام غيرهم، لاقتصارهم على الأب.

والوجه الثاني: له الرجوع، وهو احتمال لأبي الخطاب، قال في التلخيص: وهو بعيد قال الحارثي: وهو كما قال، وأبو الخطاب وهم، انتهى.

تنبيه: قد ظهر لك بما تقدم أن في إطلاق المصنف الخلاف نظرًا ظاهرًا.

المسألة الثانية - ١٢: إذا رجع الابن في هبته التي وهبها أبوه له فهل للأب الرجوع فيما رجع إلى ولده أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح.

أحدهما: يرجع، وهو الصحيح، جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، والحارثي والفائق، والوجيز وغيرهم. وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: لا يرجع، وهو احتمال في الهداية، وفيه قوة.

تنبيه: قد لاح لك أيضًا مما تقدم أن في إطلاق المصنف الخلاف نظرًا، والله أعلم.

وفي الموجز: لا يملك إحضاره مجلس حكم، فإن حضر فادعى عليه فأقر أو قامت بينة لم يحبس، ويملكه بقبضه، نص عليه، مع قول أو نية، ويتوجه: أو قرينة. وفي المبهج في تصرفه في غير مكيل وموزون روايتان، بناء على حصول ملكه قبل قبضه، ويصح بعده، ولو أراد أخذه مع غناه فليس له أن يأبى عليه، نقل الأثرم: ولو كنت أنا لجبرته على دفعه إليه، وعلى حديث النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(١) وهل يثبت لولده في ذمته دين أو قيمة متلف أو غيره؟ فيه وجهان ونصه: لا، «م ١٣».

وإن ثبت ففي ملكه إبراء نفسه نظر، قاله القاضي، وذكر غيره لا يملكه، كإبرائه لغريمه «م ١٤» وقبضه منه، لأن الولد لم يملكه، ولو أقر بقبض دين ابنه فأنكر رجع

مسألة - ١٣: قوله: «وهل يثبت لولده في ذمته دين أو قيمة متلف أو غيره؟ فيها وجهان، ونصه: لا»، انتهى. وأطلقهما في الشرح والرعاية الكبرى، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يثبت في ذمته لولده الدين ونحوه، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلامه في المقنع، والمحرر، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقدمه في المغني، قال الحارثي: ومن الأصحاب من يقول بثبوت الدين وانتفاء المطالبة، منهم القاضي وأبو الخطاب وابن عقيل والمصنف، انتهى.

واختاره المجدد في شرحه، وقدمه المصنف أيضاً فيما إذا أولد أمة ابنه أنه يثبت قيمتها في ذمته، ذكره في باب أمهات الأولاد.

والوجه الثاني: لا يثبت، وهو ظاهر ما قدمه في الكافي، قال الحارثي: وهو الأصح، وجزم به أبو بكر وابن البنا، وهو المنصوص عن أحمد، وتأول بعضهم النص.

قلت: قال الشيخ في المغني: يحتمل أن يحمل النص عن أحمد وهو: قوله: «إذا مات الأب بطل دين الابن»، وقوله: «من أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ليس عليه شيء ولا يؤخذ من بعده، على أن أخذه له وإنفاقه إياه دليل على قصد التملك». انتهى.

مسألة - ١٤: قوله: «وإن ثبت ففي ملكه إبراء نفسه نظر، قاله القاضي، وذكر غيره لا يملكه، كإبرائه لغريمه»، انتهى.

قال الشيخ تقي الدين: يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه، انتهى. قلت: الصواب عدم الملك لذلك، كما قاله غير القاضي، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب أيضاً.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٩١) والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢/ ٢٣٠) من حديث جابر رضي الله عنه وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (٨٣٨).

على غريمه، وهو على الأب نقله مهنا فظاھرہ لا يرجع إن أقر الابن، وليس له طلبه، ومثله وارثه، وفيه وجه.

وفي الانتصار فيمن قتل ابنه إن قلنا الدية لو ارث طالبه، وإلا فلا، وإن المباح يحرم إتلافه عبثاً ولا يضمّنه، فإن مات ففي أخذ عين ماله وقال في المبھج: أو بعضه ولم ينقد ثمنه روايتان «م ١٥» وما قضاه في مرضه أو وصى بقضائه فمن رأس ماله، وإلا لم يسقط بموته، ونصه: يسقط، كحبسه به، فلا يثبت، كحياته، ويطلبه بنفقته. وفي الرعاية: وعين في يده، نقل ابن الحكم: ما حازه لا يأخذه حياً ولا ميتاً وإن كان بعينه إذا حازه لنفسه. ونقل أبو داود فيمن أعطى بعض ولده مالاً ليسوي بينهم ثم اقترضه ثم مات قال: ما وجدوه بعينه فهو مالهم عليه، وما استهلكه فلا يكون للولد على أبيهم دين، وكان قال قبل ذلك: يسقط عن الميت دين ولده، والأم كأب في تسوية فقط، نص عليه. وفي الإفصاح والواضح وغيرهما: ورجوع، وهو ظاهر كلام الخرقى، قاله في الموجز، واختاره القاضي يعقوب والشيخ، وقيل: وتملك، ونصوصه: لا تملك ولا تصدق، قال: وهي أحق بالبر منه، ويتوجه رواية مخرجة، ومن رواية ثبوت ولاية لجد وإجباره أن يكون كأب في كل شيء ما لم يخالف «ع» كالعمريتين. وهدية كهبة، وكذا صدقة، ونقل المروزي وحنبل: لا رجوع، وفي عيون المسائل والمستوعب وغيرهما لا يعتبر في الهدية قبول، للعرف، بخلاف الهبة. ووعاء هدية كهبي، مع عرف، ومن أهدي ليهدي إليه أكثر فنقل صالح أن أباه ذكر قول الضحاك: لا بأس به لغير النبي ﷺ، ونقل أبو الحارث فيمن سأل

مسألة - ١٥: قوله: «فإن مات ففي أخذ عين ماله، وقال في المبھج: أو بعضه، ولم ينقد ثمنه روايتان»، انتهى. وأطلقهما في المبھج والرعاية الكبرى، وشرح الحارثي والفاثق.

إحداهما: له الأخذ، وهو الصحيح، وقد قدم الشيخ في المغني: أن الأب إذا مات يرجع الابن في تركته بدينه، لأنه لم يسقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبة»، انتهى. قلت: إذا كان في الدين ففي العين بطريق أولى وأحرى، قال في الكافي: قاله بعض أصحابنا، وهذا إذا صار إلى الأب بغير تمليك ولا عقد معاوضة، فأما إن صار إليه بنوع من ذلك فليس له الأخذ، قولاً واحداً، والله أعلم.

والرواية الثانية: ليس له أخذه، وهو ظاهر ما قدمه في الكافي، فيحتمل أن تكون هذه الرواية على القول بعدم الثبوت، وهو بعيد.

فهذه خمس عشرة مسألة قد صححت.

الحاجة فسعى معه فيها فيهدى له قال: إن كان شيء من البر وطلب الثواب كرهته له، ونقل صالح فيمن رد الوديعة فيهدى له: إن علم أنه لأداء أمانته لم يقبل، إلا أن يكافئه، ونقل يعقوب: لا ينبغي للخاطب إذا خطب لقوم أن يقبل لهم هدية، فهاتان روايتان، واختار شيخنا التحريم، قال: وهو المنقول عن السلف والأئمة الأكابر، قال: ورخص فيه بعض المتأخرين، جعله من باب الجعالة.

وقال أبو داود: «باب الهدية للحاجة» ثم روى من رواية القاسم - وحديثه حسن - عن أبي أمامة مرفوعاً: «من شفع لأخيه شفاعاً فأهدى له هدية فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»^(١).

وكان الزجاج أدب القاسم بن عبيد الله فلما تولى الوزارة كانت وظيفته عرض القصص وقضاء الأشغال ويشارط ويأخذ ما أمكنه، قال ابن الجوزي في المنتظم: يجب على الولاة إيصال قصص أهل الحوائج، إقامة من يأخذ الجعل على هذا حرام، فإن كان الزجاج لا يعلم ما في هذا فهو جهل، وإلا فحكايته في غاية القبح، فنعوذ بالله من قلة الفقه. ويتوجه احتمال، ولعله ظاهر كلام ابن الجوزي: إن وجب عليه حرم وإلا فلا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٤١) وحسنه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي صَحِيحِ سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ (٣٨٣/٢).

كتاب الوصايا

تصح مطلقة ومقيدة من مكلف، قال في الكافي: ما لم يعاين الموت «و ش» قال: لأنه لا قول له، والوصية قول، ولنا خلاف، هل تقبل التوبة ما لم يعاين الملك أو ما دام مكلفاً أو ما لم يغرغر؟ فيه أقوال «م ١».

وفي مسلم وغيره: يا رسول الله؟ أي الصدقة أفضل؟ قال: «أن تصدق وأنت صحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ألا وقد كان لفلان»^(١) معنى بلغت الحلقوم بلغت الروح، قال في شرح

مسألة - ١: قوله: «ولنا خلاف هل تقبل التوبة ما لم يعاين الملك أو ما دام مكلفاً أو ما لم يغرغر؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: تقبل ما لم يغرغر، لما روى الإمام أحمد والترمذي وابن حبان في صحيحه من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى يقبل توبة العبد ما لم يغرغر». قال ابن رجب في كتاب اللطائف: فمن تاب قبل أن يغرغر قبلت توبته، وقدمه، لأن الروح تفارق القلب عند الغرغرة فلا يبقى له نية ولا قصد.

والقول الثاني: تقبل ما لم يعاين الملك، وهو قول الحسن ومجاهد وغيرهما. وقد خرج ابن ماجه عن أبي موسى قال: سألت النبي ﷺ: متى تنقطع معرفة العبد من الناس؟ قال: «إذا عاين» يعني الملك، وروى ابن أبي الدنيا بإسناده عن علي قال: «لا يزال العبد في مهلة من التوبة ما لم يأت ملك الموت يقبض روحه، فإذا نزل ملك الموت فلا توبة حينئذ» وإسناده عن ابن عمر قال: «التوبة مبسوطه ما لم ينزل سلطان الموت». وروي في كتاب الموت عن أبي موسى قال: «إذا عاين الميت الملك ذهب المعرفة». وعن مجاهد نحوه، وقدمه ابن حمدان في آداب «الرعايتين»، و«نهاية المبتدئين في أصول

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٤١٩، ٢٧٤٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٠٣٢).

مسلم: إما من عنده أو حكاية عن الخطابي: والمراد قاربت بلوغ الحلقوم، إذ لو بلغت حقيقة لم تصح وصيته ولا صدقته ولا شيء من تصرفاته، باتفاق الفقهاء.

وقيل: غير سفيه، ومن بالغ عشرًا، في المنصوص، وفي مميز روايتان «م ٢». لا من معتقل لسانه بإشارة مفهومة، نص عليه، كقادر، ويتوجه فيه وجه، وقيل: بلى، كأخرس، وكذا إقراره، ونصه: يصح بخطه الثابت بإقرار ورثة أو بينة، وعكسه ختمها والإشهاد عليها، فيخرج فيهما روايتان. ونقل أبو داود فيمن كتب وصيته وأشهد عليها ومعه إخوة فقال: وصيتي على مثل وصيتك: ليس ذا بشيء، ونقل أيضًا: ما أدري، ثم قال للسائل: من ورثه؟ قال: أنا، قال: فأنفذها.

وتتوجه الصحة مع علمه ما فيها، وإلا فالروايتان، وتصح ممن لا وارث له، وقيل: ومع ذي رحم بماله، وعنه: بثلثه، فعلى الأولى لو ورثه زوج أو زوجة ورد

الدين»، والمصنف في «الأدب الكبرى» و«الوسطى»، والشيخ عبد الله كتيلة في كتاب «العدة».

والقول الثالث: تقبل توبته ما دام مكلفًا، وهو قوي، والصواب قبولها ما دام عقله ثابتًا وإلا فلا.

وقد ذكر المصنف في أول الباب الذي يلي هذا ما يتعلق بمن تحقق أنه يموت سريعًا، وتأتي هذه الأقوال استطرادًا في كتاب الجنائيات، والأقوال الثلاثة قريب بعضها من بعض وقد ذكرها ابن حمدان وغيره.

مسألة - ٢: قوله: «وفي مميز روايتان». انتهى.

يعني إذا لم يجاوز العشر، وأطلقهما أبو بكر عبد العزيز، وصاحب المستوعب، والمقنع، والحاوي الصغير، والفائق، وتجريد العناية وغيرهم.

إحدهما: لا يصح، وهو ظاهر كلام الخرقى وصاحب الوجيز، وصححه في التصحيح، قال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون عشر ولا إجازته، قولاً واحدًا، واختاره أبو بكر، وقدمه في المحرر، والرعايتين، والنظم، و«شرح ابن رزين» وغيرهم. وجزم به في المنور ومنتخب الآمدي، واختاره ابن عبدوس في «تذكرته»، قال الحارثي وتبعه في «القواعد الأصولية»: هذا الأشهر.

والرواية الثانية: يصح، وهو الصحيح، قال القاضي وأبو الخطاب: تصح وصية الصبي إذا عقل، قال الشيخ في العدة: وتصح الوصية من الصبي إذا عقل، وقطع به البعلي، وهو الصواب، وصححه في الخلاصة، وقدمه في المذهب والكافي، وإدراك الغاية، وغيرهم. قال الحارثي: لم أجد هذه منصوصة عن أحمد.

بطلت بقدر فرضه من ثلثيه، فيأخذ الوصي الثلث ثم ذو الفرض من ثلثيه ثم يتمم الوصية منهما، وقيل: لا يتمم كوارث بفرض ورد، وعليها: بيت المال جهة مصلحة لا وارث، ولو وصى أحدهما لآخر فله على الأولى كله إرثاً ووصية، وقيل: لا تصح الوصية، وعلى الثانية ثلثه وصية ثم فرضه والبقية لبيت المال.

وتستحب مع غناه عرفاً، وقال الشيخ مع فضله عن غنى ورثته بخمسه، وقيل: بثلثه. وفي «الإفصاح» يستحب بدونه، وذكر جماعة: بخمسه لمتوسط، وذكر جماعة أنه من ملك فوق ألف: إلى ثلثه، ونقل أبو طالب إن لم يكن له مال كثير ألفان أو ثلاثة أوصى بالخمس ولم يضيّق على ورثته وإن كان مال كثير فبالربع أو الثلث، ونقل ابن منصور: دون ألف فقير لا يوصي بشيء.

قال أصحابنا: فقير، ويكره لفقير، قال جماعة: وارثه محتاج، قال في التبصرة: رواه ابن منصور. وأطلق في «الغنية» استحباب الوصية بالثلث لقریب فقير لا يرث، فإن كان غنياً فلمسكين وعالم ودين قطعه عن السبب القدر، وضيق الورع عليهم الحركة فيه، وانقلب السبب عندهم فتركوه، ووثقوا بالحق وانسأقت أقسامهم إليه بلا تبعه ولا عقوبة، طوبى لمن أنالهم أو خدمهم أو أمّن على دعائهم أو أحسن القول فيهم، لأنهم أهل الله وخاصته، فهل يدخل على الملك إلا بخاصته؟.

وكذا قيد في «المغني» استحبابها لقریب بفقره، مع أن دليله يعم، وعنه: تجب لقریب لا يرثه اختاره أبو بكر وفي التبصرة عنه: وللمساكين ووجوه البر، وسبق قبل الفصل الآخر في الوقف ما يتعلق بهذا، ولا يجوز لوارثه بثلثه ولا بأكثر منه لغيره، نص عليه. وفي «التبصرة»: يكره، وعنه: في صحته من كل ماله، نقله حنبل، ويصح - على الأصح - بإجازة الورثة لهما بعد موت الموصي، كالرد، وعنه: وقبله في مرضه خرجها القاضي أبو حازم من إذن الشفيع في الشراء، ذكره في «النوادر»، واختاره صاحب «الرعاية» وشيخنا، وهي تنفيذ لصحتها بلفظها وبقوله أمضيت، فلا يرجع مجيز والد، وولأؤه للموصي، ويلزم بغير قبوله وقبضه ولو من سفيه ومفلس، ومع كونه وقفاً على مجيزه، ومع جهالة المجاز، ويزاحم بمجاز لثله للذي لم يجاوزه لقصد تفضيله، كجملة الزائد لثالث، وكوصية بمائة وبمائتين وثلاثمائة، فنصف وثلث من خمسة، لرب النصف ثلاثة، وللآخر سهمان، نقله أبو الحارث.

أجازوا أو ردوا، بخلاف وصيته بماله وبمثله لواحد وبماله لآخر إن سلم، لعدم تصور صحة الزائد، والنصف يصح إن أجازوا، وقياس المذهب يقسم المال مع الإجازة، والثلث مع الرد لثلاث وثلاث، ويأتي في عمل الوصايا، وعنه: هبة مبتدأة،

وأطلقها أبو الفرج، وخصها في الانتصار بالوارث، فيعكس الحكم ولا يزاحم بمجاوز ثلثه، لبطلانه.

وإجازته في مرضه من رأس المال في احتمال في الانتصار وقال غيره: من ثلثه، كمحابة صحيح في بيع خيار ثم مرض زمنه وأذن في قبض هبة، لا خدمته، لأنها ليست مالاً متروكاً، ومن أجازها بجزء مشاع وقال: ظننت قلة المال، قبل، لأنه الأصل، وحلف ورجع بزائد على ظنه، وقيل: لا، كما لو كان المجاز عيناً أو مبلغاً مقدراً وظن بقية المال كثيراً وفيه وجه، قال شيخنا: وإن قال ظننت قيمته ألفاً فبان أكثر قبل، وليس نقضاً للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار، قال: وإن أجاز وقال: أردت أصل الوصية، قبل، وله الرجوع في وصيته، نحو: فسخت، أو هو لورثتي، أو ما أوصيت به لزيد فلعمرو، نص عليه، ولو أوصى به لعمرو ولم يرجع فيبينهما، وقيل: للثاني، ونقل الأثرم يؤخذ بآخر الوصية.

وفي التبصرة: للأول، وأيهما مات فهو للآخر، وإن وصى بثلثه ثم بثلثه لآخر فمتغايران، وفي الرد يقسم الثلث بينهما. ولو رهنه أو كاتبه أو دبره أو أوجبه في بيع أو هبة فلم يقبل أو عرضه لبيع أو رهن أو وصى ببيعه أو هبته أو خلطه بما لا يتميز أو أزال اسمه أو زال هو أو بعضه فرجوع، كبيع وهبة، وقيل: لا، كإيجاره وتزويجه ولبسه وسكنه، وكوصيته بثلث ماله فيتلف أو يبيعه ثم يملك مالاً، وإن جحده أو خلط صبرة موصى بقفيز منها بغيرها بخير، وقيل: مطلقاً، أو عمل الثوب قميصاً أو الخبز فتيتاً أو نسجه أو ضرب النقرة أو ذبح الشاة أو بنى أو غرس فوجهان «م ٣ - ٥».

مسألة - ٣ - ٥: قوله: «وإن جحده أو خلط صبرة موصى بقفيز منها بغيرها بخير، وقيل: مطلقاً، أو عمل الثوب قميصاً أو الخبز فتيتاً أو نسجه أو ضرب النقرة أو ذبح الشاة أو بنى أو غرس فوجهان» انتهى في هذه الجملة مسائل:

المسألة الأولى - ٣: إذا جحد الوصية فهل يكون رجوعاً أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والمقنع، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، والحاوي وغيرهم.

أحدهما: ليس برجوع، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وغيره، وبه قطع في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الكافي، وهو الصواب.

والوجه الثاني: هو رجوع، صححه الناظم، وقيد الخلاف بما إذا علم، والظاهر أنه

وذكرهما ابن رزين في وطئه. وإن بنى فيها وارث وخرجت من ثلثه فقليل:

مراد من أطلق.

المسألة الثانية - ٤: إذا خلط الصبرة الموصى بقفيز منها، بغيرها بخير منها فهل يكون ذلك رجوعاً أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يكون رجوعاً. وهو الصحيح، قال في الهداية: فإن أوصى بطعام فخلطه بغيره لم يكن رجوعاً، وبه قطع في المذهب والمستوعب، والكافي، والمقنع، والمحرم، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح، «وشرح ابن رزين» وشرح الحارثي، وصححه في الخلاصة، «ولكن لم يقيدوه» بالخيرية، بل أطلقوا، فشمّل الخيرية وغيرها، وصرح به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والحاوي فقالوا: سواء كان دونه أو مثله أو خيراً منه.

والوجه الثاني: يكون رجوعاً، اختاره صاحب التلخيص والرعايتين، والحاوي، ويأتي كلامهما، قال الحارثي: وهو مفهوم إيراد القاضي في المجرد. انتهى. وصرحوا بالخيرية، وصححه الناظم فيما إذا لم يتمزوا في موضع آخر إذا خلطه بمثله، وأطلقهما في القاعدة الثانية والعشرين وقال: هما مبنيان على أن الخلط هل هو استهلاك أو اشتراك، فإن قلنا: هو اشتراك لم يكن رجوعاً وإلا كان رجوعاً»، انتهى.

قلت: الصحيح من المذهب أن الخلط اشتراك، فيكون موافقاً لما قاله في المغني، والكافي، والمقنع، والمحرم، وغيرهم. فلا يكون رجوعاً. وقال في الرعايتين والحاوي الصغير: وإن وصى بقفيز منها ثم خلط بخير منها فقد رجع وإلا فلا، وزاد في الكبرى: قلت: إن خلطها بأردأ منها صفة فقد رجع، وإن خلطها بمثلهما في الصفة فلا، انتهى.

وقال في البلغة: ولو أوصى له بقفيز من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعاً إلا أن يخلطها بخير منها فيكون رجوعاً، انتهى.

تنبيه: تلخص أن صاحب الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والمحرم، والشرح، وابن رزين وابن منجا والحارثي وغيرهم قالوا: لم يكن ذلك رجوعاً، ولم يقيدوا البعض بالخيرية ولا عدمها، وقيدوا البعض كما تقدم، والإطلاق موافق للقول الثاني: الذي ذكره المصنف بالنسبة إلى التقييد وعدمه، وقيدوا صاحب التلخيص والرعايتين، والحاوي وغيرهم بالخيرية، وهو موافق لما قدمه المصنف، لكن في تقديم المصنف الخيرية على الإطلاق، مع أن الذين أطلقوا أكثر الأصحاب والذين قيدوا أقل، وهو صاحب التلخيص وتبعه ابن حمدان وصاحب الحاوي نظر، والله أعلم.

بل الأولى له أن يجعل محل الخلاف المطلق مع الإطلاق ويقدمه، ويجعل التقييد

يرجع بقيمة البناء، وقيل: لا «م ٦» ويضمن ما نقضها. وإن جهل الوصية فله قيمته غير مقلوع، وإن زاد فيه عمارة ففي أخذها وجهان «م ٧».

بالخيرية طريقة مؤخرة عكس ما عمل، والظاهر أنه تابع صاحب التلخيص، وترجع عنده فقدمه.

المسألة الثالثة - ٥: إذا عمل الثوب قميصًا والخبز فتيتًا أو نسج الغزل أو ضرب النقرة أو ذبح الشاة أو بنى أو غرس فهل يكون ذلك رجوعًا أم لا؟ أطلق الخلاف وأطلقه في الرعايتين والحاوي والفائق، وأطلقه في الكافي، والنظم، في البناء والغراس:

أحدهما: يكون رجوعًا، وهو الصحيح، واختاره الشيخ الموفق والشارح، وصححه في التصحيح فيما إذا جعل الخبز فتيتًا ونسج الغزل ونحوه مما ذكره المقنع، وجزم به في الوجيز، وصححه في النظم في غير البناء والغرس، وقدمه في الكافي، في غيرهما، وصححه الحارثي فيهما، وصحح في المحرر فيما إذا أزال اسمه فطحن الحب ونسج الغزل أنه رجوع.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعًا، اختاره أبو الخطاب، وقدمه في «الهداية» و«المذهب» و«المستوعب» وغيرهم. قال في «الخلاصة»: لا يكون رجوعًا، في الأصح.

مسألة - ٦: قوله: وإن بنى فيها وارث وخرجت من ثلثه فقل: يرجع بقيمة البناء، وقيل: لا. انتهى.

أحدهما: يرجع على الموصى له بقيمة البناء، قدمه في الرعاية الكبرى، قلت: الصواب أنه باق على ملك الوارث ولا يلزم الموصى له دفع قيمة البناء، هذا إذا لم يعلم الوارث أنه يخرج من الثلث فإن كان يعلم فهو قريب من التصرف في ملك غيره بغير إذنه، والله أعلم.

والوجه الثاني: لا يرجع وعليه أرش ما نقص من الدار عما كانت عليه قبل عمارته، قلت: الذي ينبغي أنه يرجع عليه بالأرش، قولاً واحداً، ولذا لم يذكره المصنف، وإنما محل الخلاف في الرجوع بقيمة بناء، والله أعلم.

مسألة - ٧: قوله: «وإن زاد فيه عمارة يعني الموصي ففي أخذها وجهان، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والحارثي والقواعد الفقهية وغيرهم.

أحدهما: يأخذه الموصى له، قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: يأخذه الورثة، صححه في التصحيح والنظم، وهو الصواب، فهذه سبع مسائل في هذا الباب.

قال في التبصرة: لا يأخذ نماء منفصلاً، وفي متصل وجهان، وهي كبيع فيما يتبع العين، ونقل ابن صدقة فيمن وصى بكرم وفيه حمل فهو للموصى له، ونقل غيره: إن كان يوم وصى به له فيه حمل فهو له. قال في عيون المسائل: ولا يلزم الوارث سقي ثمرة موصى بها، لأنه لم يضمن تسليم هذه الثمرة إلى الموصى له، بخلاف البيع، وإن قال إن قدم زيد فله وصية عمرو فقدم في حياته وقيل: وبعدها فله، والله أعلم.

باب تبرع المريض

تبرعه في مرض موته المخوف - وقال في الانتصار في التيمم: أو غير مخوف - بنحو هبة ومحابة، وقيل: وكتابة، كوصية. واختلف فيها كلام أبي الخطاب، وكذا وصيته بكتابته، وإطلاقها بقيمته، وخرج ابن عقيل: والحلواني من مفلس رواية: ينفذ عتقه، ولو علق صحيح عتق عبده فوجد شرطه في مرضه فمن ثلثه، في الأصح.

والمخوف: كبرسام، ووجع قلب ورثة، وإسهال لا يستمسك أو معه دم، وفي المغني: أو زحير، وحمى مطبقة وقولنج، وهيجان صفراء أو بلغم، ورعاف أو قيام دائم، وابتداء فالج، وما قاله طبيبان عدلان، وقيل: أو واحد، لعدم.

وذكر ابن رزين المخوف عرفاً أو بقول عدلين، والمرض الممتد، كسل وجذام، فإن قطع صاحبه، وعنه: أو لا فمن ثلثه، والحاضر التحام قتال أو هيجان بحر، أو وقوع طاعون، أو هو أسير من عادته القتل، وعنه: أو لا، أو قدم ليقتل أو حبس له، كمريض، وعنه: لا، والحامل عند الطلق، نص عليه، وعنه، لنصف سنة، كمريض، حتى تنجو من نفاسها، والأشهر مع ألم لا بعد مضغة. وفي المغني: إلا مع ألم، وحكم من ذبح أو أبينت حشوته وهي أمعاؤه لا خرقها وقطعها فقط، ذكره الشيخ وغيره كميت في حكمه، ذكره الشيخ وغيره في الحركة في الطفل، وفي الجنابة، وقال هنا: لا حكم لعطيته ولا لكلامه، ومراده أنه كميت.

وذكر الشيخ أيضاً في فتاويه إن خرجت حشوته ولم تبين ثم مات ولده، ورثه وإن أبينت فالظاهر يرثه، لأن الموت زهوق النفس وخروج الروح ولم يوجد، ولأن الطفل يرث ويورث بمجرد استهلاله، وإن كان لا يدل على حياة أثبت من حياة هذا.

وظاهر هذا من الشيخ أن من ذبح ليس كميت مع بقاء روحه، ويأتي في الجنابة في أن قطع حشوته أو مريئه أو ودجيه قتل، ومن جرح موحياً فكمريض، مع ثبات عقله، وفي الرعاية: إن فسد عقله، وقيل: أو لا، لم يصح. وفي الترغيب: من قطع

بموته كقطع حشوته وغريق ومعاين كميته.

وهذا يوافق ما ذكره هو وغيره في الجناية، وسيأتي، ويصح معاوضة مريض بثمان مثله، وعنه: مع وارث بإجازة، اختاره في الانتصار، لفوات حقه من المعين. وقال شيخنا: فيمن أجر الموقوف لأجنبي كفضولي، ومثلها وصيته لكل وارث بمعين بقدر حقه، ويصح وقفه كذلك بالإجازة لأنه تحبب ولا يحصل من الإرث.

ويتوجه الخلاف في جملة كهبة، ولو كان الوارث واحداً في التي قبلها صح وهنا يعتبر إجازته ولا يؤثر إلا بعد موت الواقف، فلو مات الموقوف عليه قبله ثم مات الواقف والوقف منجز صح في ثلثه، على الأشهر، وهل لمريضة تزوجت بدون مهرها نقصه؟ فيه وجهان، وجزم به في الترغيب ليس لها، كإجارتها نفسها بمحابة «م ١» ويتوجه فيها كمهر وزيادة مريض على مهر المثل من ثلثه، نص عليه، وعنه: لا يستحقها، صححها ابن عقيل: وغيره، قال أحمد: كوصية لوارث.

قال في الانتصار: له لبس ناعم وأكل طيب لحاجته، وإن فعله لتفويت الورثة منع، وفيه: يمنعه إلا بقدر حاجته وعادته، وسلمه أيضاً، لأنه لا يستدرك، كإتلافه، وجزم به الحلواني وغيره وابن شهاب، قال: لأن حق وارثه لم يتعلق بعين ماله، ولو

مسألة - ١: قوله: «وهل لمريضة تزوجت بدون مهرها نقصه؟ فيه وجهان، جزم في الترغيب: ليس لها، كإجارتها نفسها بمحابة»، انتهى. قال في «الرعاية الكبرى»: ومن تزوج مريضة بدون مهر مثلها فهل لها ما نقص؟ قلت: يحتمل وجهين، انتهى. وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف، فإذا في إطلاق المصنف نظر، لأن الوجهين اللذين ذكرهما ابن حمدان إنما ذكرهما تخريجاً من عنده لا أنهما للأصحاب.

إذا علم ذلك، فالصواب ليس لها إلا ما سمى، كما قاله في الترغيب، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «ومن وهب أو وصى لوارث فصار غير وارث عند الموت صحت، وعكسه بعكسه اعتباراً بالموت» انتهى، ناقض المصنف هذا في كتاب الإقرار فقال: وإن أقر لوارث فصار عند الموت أجنبياً أو عكسه اعتبر بحال الإقرار لا الموت، على الأصح، فيصح في الثانية دون الأولى، ثم قال: «وكذا الحكم إن أعطاه وهو غير وارث ثم صار وارثاً، ذكره في الترغيب وغيره»، انتهى.

فجعل العطية كالإقرار، فاعتبر حالة الإقرار، وجعل الهبة وهي نوع من العطية في باب تبرع المريض كالوصية، فاعتبر الموت، وهذا المعتمد عليه، وكان الأولى والأخرى للمصنف أن يذكر كلام صاحب الترغيب وغيره في باب تبرع المريض عقب المسألة، ليعلم أن فيها خلافاً، لا يقطع في مكان بشيء ويقطع بضده في غيره، والله أعلم.

قضى بعض غرمائه وتفي تركته ببقية دينه صح، ونصه: مطلقاً، ولا يبطل تبرعه بإقراره بدين في المنصوص، ولو باع من أجنبي بمحابة عبدًا قيمته ثلاثون بعشرة فلم يجز الورثة فله ثلثه بالعشرة وثلثه بالمحابة، لنسبتهما من قيمته، فصح بقدر النسبة، وعنه: يصح في نصفه بنصف ثمنه لنسبة الثلث من المحابة فصح بقدر النسبة. اختاره في المغني والمحزر، ولا شيء للمشتري سوى الخيار، وعنه: يصح البيع ببقية قيمته عشرة أو يفسخ، ولو كان وارثًا صح البيع على الأصح في ثلثه، ولا محابة، وعلى الثالثة يدفع ببقية قيمته عشرين أو يفسخ، ولو أفضى إلى إقالة في سلم بزيادة أو بأفضل تعينت الوسطى، كبيعه قفيز حنطة قيمته ثلاثون بقفيز حنطة قيمته عشرة، أو سلفه عشرة في قفيز حنطة ثم أقاله وقيمه ثلاثون في مرضه، ولو حابى أجنبيًا أخذ شفيعه الوارث بالشفعة، في الأصح.

فصل

من وهب أو وصى لوارث فصار غير وارث عند الموت صحت، وعكسه بعكسه اعتبارًا بالموت، فلو وهب مريض ماله لزوجته ولا يملك غيره فماتت قبله عملت بالجبر، لقطع الدور، فتقول: صحت هبته في شيء، ورجع إليه بإرثه نصفه، يبقى لورثته المال إلا نصف شيء يعدل شيئين، اجبر المال بنصف شيء وقابل وأبسط الشيين ونصفا خمسة، فالشيء الذي صحت فيه الهبة خمسًا المال، فلورثته أربعة أخماس ماله، ولورثتها خمسة.

ولو أعتق ذا رحم أو أعتق أمة وتزوجها عتق وترثه، في المنصوص، وكذا لو اشترى من يعتق عليه، وعنه: من رأس ماله، ويرثه، اختاره جماعة، وقيل: لا تصح من مديون، وقيل: بلى ويباع، فعلى الأول لو اشترى أباه ولا يملك غيره وترك ابنًا عتق ثلثه على الميت وولأؤه له، وورث بثلثه الحر ثلث سدس بقيته من نفسه ولا ولاء عليه، وبقية ثلثيه يرثها الابن يعتق عليه وله ولأؤه، ويصح ظاهرًا، ويحرم تزويجه أخته المعتقة حتى تبرأ، ولو أعتق أمة قيمتها مائة وله مائتان ونكحها بمائة مهر مثلها، صح عتقه ونكاحه، وقيل: ولها المهر، وفي إرثها الوجهان، ويحرم وطء متهب حتى يبرأ أو يموت. وفي «الخلاص»: له التصرف، وفي «الانتصار»: والوطء. ولو أقر أنه أعتق في صحته ذا رحم أو ملك من يعتق عليه بهبة أو وصية فمن رأس ماله، وورثا، في المنصوص فيهما، فلو اشترى ابنه بخمس مائة ويساوي ألفًا فقدر المحابة من رأس ماله، ولو اشترى من يعتق على وارثه صح وعتق على وارثه، وإن دبر ابن عمه عتق، والمنصوص: لا يرث، وإن قال: أنت حر في آخر حياتي عتق.

والأشهر: يرث، وليس عتقه وصية له، فهو وصية لوارث، ولو علق عتق عبده بموت قريبه لم يرثه، ذكره جماعة قال القاضي: لأنه لا حق له فيه، ويتوجه الخلاف، ولو ادعى الهبة أو العتق في الصحة فأنكر الورثة قبل قولهم، نقله مهنا في العتق، ولو قال: وهبني زمن كذا صحيحاً فأنكروا قبل قوله. ولو كان مهرها عشرة آلاف فقالت في مرضها ما لي عليه إلا ستة فالقضاء ما قضت، نقله ابن إبراهيم.

فصل

إذا عجز ثلثه عن عطايا ووصايا بدئ بالعطايا الأول فالأول ثم بالوصايا متقدمها ومتأخرها سواء، فلو تبرع بثلثه ثم اشترى أباه صح ولم يعتق عليه إذا قلنا يعتق من ثلثه، ويعتق على وارثه ولم يرث، وعنه: ويقسم بين الكل بالحصص مطلقاً، وعنه: يقدم العتق.

وتخالف العطية الوصية في أنه لا يملك الرجوع فيها، ويقبلها عند وجودها، ويثبت ملكه من حينها، فإذا خرجت من ثلثه عند موته تبيننا ثبوته، وإلا فله منها بحسب خروجه. ونماؤها يتبعها. فلو أعتق في مرضه عبداً لا يملك غيره فكسب قبل موته مثل قيمته دخله الدور.

فنقول أبداً عتق منه شيء وللورثة شيان مثلاً ما عتق منه، وله من كسبه الذي استحقه بجزئه الحر شيء، لأنه هنا مثله، فصار العبد وقيمته يعدل أربعة أشياء، فالشيء إذن نصف العبد، فيعتق نصفه، وله نصف كسبه، وللورثة نصفهما.

والعطية كالوصية إلا في أربعة أشياء المذكورة، ويخرج وصيه ثم وارثه لا حاكم في المنصوص ثم حاكم الواجب، كحج وغيره، ومثله وصية بعتق في كفارة تخيير من رأس ماله، وتبرعه من ثلث باقيه، ونقل ابن إبراهيم في حج لم يوص به وزكاة وكفارة من الثلث. ونقل عنه: من كله مع علم ورثته، ونقل عنه في زكاة: من كله مع صدقة، وعنه: تقدم الزكاة على الحج. ونقل ابن صدقة فيمن أوصت في مرضها لزوجها بمهرها: هذه وصية لوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة، قيل: فأوصت وهي صحيحة؟ قال: إن كانت صحيحة جاز، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ﴾ [النساء: ٤] فإن أخرجه من لا ولاية له من ماله بإذن أجزأ، وإلا فوجهان «م ٢».

مسألة - ٢: قوله: «فإن أخرجه من لا ولاية له من ماله بإذن أجزأ وإلا فوجهان»، انتهى. قد قال المصنف أولاً: «ويخرج وصيه ثم وارثه... ثم حاكم الواجب كحج وغيره». فالمخرج للواجب على الميت إنما هو هؤلاء الثلاثة على الترتيب، فلو أخرج

وفي الخلاف وقد قيل: له: لا يجوز له إخراج الزكاة حيًّا بلا أمره فكذا بعد موته كالأجنبي فقال: لا نسلم أن الأجنبي لا يجوز إخراج الزكاة عنه بعد موته، لقوله في رواية حنبل: لا يعجبني يأخذ دراهم ليحج بها إلا أن يكون متبرعًا بحج عن أبيه وأمه وأخيه، وإن سلمنا ذلك فالمعنى في الأجنبي أنه لا يخلف الميت، بخلاف الوارث، فإن قال: أدوا الواجب من ثلثي، وقيل: أو قال: حجوا أو تصدقوا بدئي به، فإن نفذ ثلثه سقط تبرعه، وقيل: يتزاحمان فيه، وباقي الواجب من ثلثيه، وقيل: من رأس ماله، فيدخله الدور، فلو كان المال ثلاثين والتبرع عشرة والواجب عشرة جعلت تمة الواجب شيئًا يكن الثلث عشرة إلا ثلث شيء بين الواجب والتبرع، للواجب خمسة إلا سدس شيء، فاضمم الشيء إليه يكن الشيء خمسة وخمسة أسداس شيء، يعدل الواجب عشرة، فيكون الشيء ستة، وللتبرع أربعة، وإن شئت خذ حصة الواجب من الثلث ثم انسب كلاً من حصة التبرع والورثة من الباقي، فخذ منهم تمة الواجب بقدر النسبة، أو انسب تتمته من الباقي وخذ بقدرها. قال في الروضة: ومن مات بطريق مكة لزمه أن يوصي بحجة الإسلام، كذا قال، ويتوجه: يلزمه أن يعلم بما عليه من واجب.

فصل

إذا اعتق مريض بعض عبد بقيته له أو لغيره أو دبره أو وصى بعتقه وثلثه يحتمل كله عتق كله، ويدفع قيمة حق شريكه، وعنه: يسري في المنجز خاصة، وعنه: لا سرية، ولو مات قبل سيده عتق بقدر ثلثه، وقيل: كله، لأن رد الورثة هنا لا فائدة

الواجب عليه أجنبي بإذن من له ولاية الإخراج جاز، وإن أخرجه بغير إذنه وهي مسألة المصنف فهل يجزئ أم لا؟ أطلق فيه الوجهين، قال في الرعايتين والحاوي الصغير: فإن أخرج أجنبي من ماله عن ميت زكاة تلزمه بإذن وصيه أو وارثه أجزأته، وإلا فوجهان، وكذا لو أخرجها الوارث ثم وصي بإخراجها ولم يعلمه، وكذا الحج والكفارة ونحوهما، انتهى. والظاهر أن المصنف تابع ابن حمدان في ذلك.

قلت: أما إذا مات وعليه حج جاز أن يحج عنه بإذن وليه، ويجوز بغير إذنه، على الصحيح، وهو ظاهر ما قدمه المصنف في باب حكم قضاء الصوم اختاره «ابن عقيل في فصوله، والمجد في شرحه، وهي آخر مسألة بيضها فيه، وبه قطع في الفائق، وقيل: لا يصح»، اختاره أبو الخطاب في الانتصار، وهذه المسألة إن لم تدخل في كلام المصنف فهي شبيهة بما قال، والصواب الإجراء، والله أعلم.

ويأتي في باب الولاية ما يشابه ذلك، وقد أطلق المصنف الخلاف فيه أيضًا.

لهم فيه، وينبني عليه إذا وهب عبدًا وأقبضه فمات ثم مات السيد، فمؤنة تجهيزه بحسب ذلك، قاله في الترغيب وغيره، قالوا: ولو قال: أعتقت ثلثهم أقرع، ولو قال: أعتقت الثلث من كل واحد واحد منهم فكما قال، ولا قرعة.

ولو أعتق عبيدين لا يملك غيرهما فلم يجز الورثة عتق واحد بقرعة، وتتمة الثلث من الباقي، وإلا عتق منه بقدر الثلث، فيضرب قيمة من قرع في ثلاثة ثم ينسب قيمتها مما بلغ، فيعتق منه بنسبته، وإن استغرقها دين عليه، بيعًا، وعنه: يعتق الثلث، فإن التزم وارثه وبقضائه فوجهان «م ٣».

ولو أعتق أحدهما بعينه وتساوت قيمتها وخلف ابنين فقال أحدهما: أبي أعتق هذا، وقال الآخر بل أعتق هذا، عتق ثلثهما، ولكل ابن سدس الذي عينه، ونصف الآخر، وكذا لو عين الأصغر عتق أحدهما وأطلقه الأكبر وخرجت القرعة لغير المعين، ولو خرجت للمعين عتق ثلثاه فقط.

ولو أعتق ثلاثة أعبد فمات أحدهم قبله أقرع بينهم، كعتقه أحدهم، فإن خرجت للميت مات حرًا وتمم الثلث بقرعة بين الباقيين، وإن خرجت لأحدهما فهما تركته

مسألة - ٣: قوله: «ولو أعتق عبيدين لا يملك غيرهما فظهر عليه دين يستغرقهما بيعًا فإن التزم وارثه بقضائه فوجهان»، انتهى.

يعني: ففي نفوذ عتقهما وجهان ومحلهما إذا كان الوارث غنيًا فيما يظهر، وأطلقهما في الرعاية الكبرى، والفائق، والمغني، والشرح، وقالوا: وقيل: أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين فقضى الدين هل ينفذ؟ فيه وجهان انتهى، وحكى الوجهين في الكافي، احتمالين:

أحدهما: ينفذ عتقهما، وهو الصواب، لتشوف الشارع إليه، وأيضًا لو كان على الميت دين وقضى من عين ما خلف يصح واستحق الورثة ذلك، على الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: لا ينفذ عتقهما، قدمه ابن رزين، وقد ذكر ابن رجب في الفائدة الثانية عشرة على القول بأن التركة تنتقل إليهم وهو الصحيح: لو تصرفوا فيها نفذ على الصحيح، وعلى القول بعدم النفوذ ينفذ العتق خاصة، وحكى القاضي في المجرد في نفوذ عتقهم مع عدم العلم بالدين وجهين، وأنه لا ينفذ مع العلم، وجعل صاحب الكافي، مأخذهما أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة إسقاطهما بالتزامهم الأداء من عندهم أم لا؟، انتهى. وهذه مسألة المصنف.

فهذه ثلاث مسائل في هذا الباب.

فيعتق ثلث قيمتها. وقال الشيخ: يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت، كعتق أحد عبديه غير معين فمات أحدهما تعين العتق في الثاني، ذكرها القاضي وغيره، وإن قال: إن أعتقت سالمًا فغانم حر قدّم سالم، ولو زاد وقت عتقي له لئلا يرقّان، والله أعلم.

باب الموصى له

تصح لمن يصح تملكه ولأهل الذمة، وذكره القاضي وغيره، والمذهب: ولحربي، كالهبة «ع» وفي المنتخب: يصح لأهل الذمة ودار حرب، نقله ابن منصور، ولمكاتبه ولمدبره، ويقدم عتقه على وصيته لعبده القن بمشاع. وقال القاضي: يعتق بعضه ويملك منها بقدره، ولأم ولده، كوصيته أن ثلث قريته وقف عليها ما دامت على ولدها، نقله المروزي، وإن شرط عدم تزويجها ففعلت وأخذت الوصية ثم تزوجت فقيل: تبطل، وقيل: لا «م ١» كوصية بعثت أمته على شرطه، ولعبده بمعين،

مسألة - ١: قوله: في الوصية لأم الولد: «وإن شرط عدم تزويجها ففعلت وأخذت الوصية ثم تزوجت فقيل: تبطل، وقيل: لا، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعاية الكبرى.

أحدهما: تبطل، قدمه ابن رزين في شرحه، وهو قول الخرقي إذا وصى لعبده بجزء من ماله، قال في بدائع الفوائد قبل آخره بقريب من كراسين، قال في رواية أبي الحارث: ولو دفع إليها مالا يعني إلى زوجته على ألا تتزوج بعد موته فتزوجت ترد المال إلى ورثته»، انتهى.

قال المصنف في باب الشروط في النكاح: وإن أعطته مالا على ألا يتزوج عليها رده إذا تزوج، ولو دفع إليها مالا على ألا تتزوج بعد موته، فتزوجت رده إلى ورثته، نقله أبو الحارث»، انتهى. فقياس هذا النص أن أم ولده ترد ما أخذت من الوصية إذا تزوجت، وتبطل الوصية بردها، واختاره الحارثي، وهو الصواب.

والقول الثاني: لا تبطل، كوصيته بعثت أمته على ألا تتزوج فمات فقالت: لا أتزوج عتقت. فإذا تزوجت لم يبطل عتقها، قولاً واحداً عند الأكثر، قال الحارثي: ويحتمل أن ترد إلى الرق، قال: وهو الأظهر، ونصره.

قلت: ويحتمل أن تبقى على الحرية ويؤخذ منها قيمتها، مراعاة للحقين، ولم أره،

كمشاع، فعنه: كماله، وعنه: يشتري ويعتق، والمذهب: لا يصح «م ٢».

وعنه: منعها كقن زمنها، ذكره ابن عقيل. وتصح وصيته له بنفسه أو برقبته، ويعتق بقبوله إن خرج من ثلثه، وإلا بقدره، ويصح لعبد إن ملك. وفي الواضح: أو لا، وهي لسيدته ما لم يكن حرًا وقت موت موصل، وإن عتق بعده وقبل قبوله فالخلاف، ولا يصح لعبد وارثه وقتله ما لم يصير حرًا وقت نقل الملك، ويصح لمكاتب وارثه، ولحمل علم وجوده حين الوصية، بأن تأتي به لدون ستة أشهر من الوصية حيًا، فإن أتت به لأكثر ولا وطء فوجهان، ما لم تتجاوز أكثر مدة الحمل «م ٣».

وكذا لو وصى به، وإن قال: إن كان في بطنك ذكر فله كذا وإن كان أنثى فكذا فكانا فلهما ما شرط، ولو كان قال إن كان ما في بطنك فلا، لأن أحدهما بعض

والله أعلم.

مسألة - ٢: قوله: «و تصح لعبد بمعين، كمشاع، فعنه: كما له، وعنه: يشتري ويعتق، والمذهب: لا يصح»، انتهى. المذهب عدم الصحة، بلا إشكال، وحكي عنه أنه يصح، وصرح بهذه الرواية ابن أبي موسى فمن بعده، فعلى هذه الرواية هل يكون كما له أو يشتري من الوصية ويعتق؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يشتري من الوصية ويعتق وما بقي فهو له، وهو الصحيح، جزم به في الكافي وغيره، وقدمه في الرعاية وغيره.

والرواية الثانية: يكون كما له.

مسألة - ٣: قوله: «و يصح... لحمل علم وجوده حين الوصية، بأن تأتي به لدون ستة أشهر من الوصية حيًا، فإن أتت به لأكثر ولا وطء فوجهان، ما لم يتجاوز مدة أكثر الحمل»، انتهى.

وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمقنع، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من أربع سنين، وهو الصحيح، قال في الوجيز: وتصح لحمل تحقق وجوده قبلها، وصححه في التصحيح، وقطع به في المغني، والكافي، والشرح، وهو عجيب منه، إذا الكتاب الذي شرحه حكى الخلاف فيه، وأطلقه، وعذره أنه تابع الشيخ في المغني، وذهل عن كلام المتن، وقدمه في الخلاصة.

والوجه الثاني: لا تصح الوصية له، لأنه مشكوك في وجوده، ولا يلزم من لحوق النسب صحة الوصية.

حملها لا كله، وقيل: يصح لمن تحمل، ولو وصى بثلثه لأحد هذين أو قال لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك لم يصح، وعنه: يصح، كقوله: أعطوا ثلثي أحدهما، في الأصح، فقيل: يعينه الورثة، وقيل: بقرعة «م ٤».

وجزم ابن رزين بصحتها لمجهول ومعدوم وبهما، وجزم الشيخ في فتاويه في الصورة الأولى بأنه لا يصح، واحتج به على أنه لا يصح رجوعه عن إحداهما، فعلى الأولى لو قال: عبدي غانم حر بعد موتي وله مائة، وله عبدان بهذا الاسم، عتق أحدهما بقرعة، ولا شيء له، نقله يعقوب وحنبلي، وعلى الثانية هي له من ثلثه، اختاره أبو بكر، ولو وصى ببيع عبده لزيد أو لعمر أو لأحدهما صح، لا مطلقاً، ولو وصى له بخدمة عبده سنة ثم هو حر فوهبه الخدمة أو رد عتق منجزاً، وذكر الشيخ لا، وإن قتل الوصي الموصي ولو خطأ بطلت، ولا تبطل وصيته له بعد جرحه، وقال جماعة: فيهما روايتان، ومثلها التدبير، فإن جعل عتقاً بصفة فوجهان «م ٥».

مسألة - ٤: قوله: «ولو وصى بثلثه لأحد هذين أو قال لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك لم يصح، وعنه: تصح، كقوله: أعطوا ثلثي أحدهما، في الأصح فقيل: يعينه الورثة، وقيل: بقرعة»، انتهى. وأطلقهما في القواعد الأصولية. أحدهما: يعينه الورثة، وقطع به في الرعاية الكبرى.

والقول الثاني: يعين القرعة، قطع به ابن رجب في قواعده، وهو الصواب.

مسألة - ٥: قوله: «وإن قتل الوصي الموصي ولو خطأ بطلت، ولا تبطل وصيته له بعد جرحه، وقال جماعة: فيهما روايتان، ومثلها التدبير فإن جعل عتقاً نصفه فوجهان» انتهى الكلام عن الوجهين.

قال في فوائد القواعد: إذا قتل المدبر سيده ففيه طريقتان:

أحدهما: بناؤه على الرويتين إن قلنا: هو عتق بصفة، عتق، وإن قلنا: وصية، لم يعتق. وهي طريقة ابن عقيل وغيره.

والطريقة الثانية: لا يعتق على الرويتين وهي، طريقة القاضي، لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه، انتهى.

قلت: وهذا الثاني هو الصواب، ولكن قد يقال: ليست هذه عين مسألة المصنف. وقال في المحرر: إذا قتل الموصى له الموصي بعد وصيته بطلت، وكذلك التدبير. وقال في الرعايتين والحاوي: ومن قتل من وصى له بشيء أو من دبره بطلا، فقدماً ذلك وأطلقا.

وتصح لمسجد، ويصرف في مصلحته، فلو قال: إن مت فبيتي للمسجد أو فأعطوه مائة من مالي له توجه صحته، وتصح بمصحف ليقرأ فيه، ويوضع بجامع أو موضع حريز، نص عليه. وتصح لفرس حبيس ما لم يرد تملكه، فإن مات فالبقية للورثة لا لفرس حبيس، في المنصوص، كوصيته بعق عبد زيد فتعذر، أو بشراء عبد بألف أو عبد زيد بها، في المنصوص فيه، فاشتروه بدونها، ولو وصى بعق نسمة بألف فأعتقوا نسمة بخمسائة لزمهم عتق أخرى بخمسائة، في الأصح، ذكره في الترغيب، وإن قال: أربعة بكذا جاز الفضل بينهم ما لم يسم ثمنًا معلومًا، نص عليه.

ولو وصى بعقه ووصية فأعتقه سيده أخذ العبد الوصية، نقل صالح معناه، ولو وصى بعق عبد بألف اشترى بثلثه إن لم يخرج، ولو وصى بشراء فرس للغزو بمعين وبمائة نفقة له فاشترى بأقل منه فباقيه نفقة لا إرث، في المنصوص، وتصح لفرس زيد وإن لم يقبله، ويصرفه في علفه.

ولو وصى بشيء لزيد وبشيء للفقراء أو جيرانه وزيد منهم لم يشاركهم، نص عليهما، ولقربته وللفقراء: لقريب فقير سهمان، ذكره أبو المعالي، ويتوجه تخريج حكم كل صورة إلى الأخرى ولو وصى له وللفقراء بثلثه فنصفان، كله ولله، وقيل: فيه: كله له.

وقيل: في الأولى كأحدهم، كله وإخوته، في وجه، ولو وصى لحي وميت فنصفه للحي، وقيل: كله مع علمه بموته إن لم يقل: بينهما، كالمنصوص في: له ولجبريل أو الحائط، وله وللرسول فنصف الرسول في المصالح.

فصل

لا قبول ولا رد لموصى له في حياة الموصي، ولا رد بعد قبوله. وفيه وجه فيما كيل أو وزن، وقيل: وغيره، وإن لم يقبل فكمتحجر موأًا. ويبطل بموته قبل

قلت: الصحيح من المذهب عدم العتق، والقول بعقه ضعيف، والله أعلم.

وقال في المغني، والشرح: وإذا مات السيد بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال، سواء كانت موجبة للمال أو للقصاص، لأن صفة العتق وجدت فيه، فأشبهه ما لو باشره، انتهى.

ولكن قد يقال: إن الجناية على غير سيده في هذه الصورة.

فهذه خمس مسائل.

الموصي أو رده بعده، وإن مات بعده قبل قبوله ورده فوارثه كهو، وعنه: تبطل، نصره القاضي وأصحابه، وإن طلبه وارث بأحدهما وأبى حكم عليه برد، وقيل: ينتقل بلا قبول، كخيار، وقبول الوصية كهبة.

قال أحمد: هما واحد، وذكر الحلواني عن أصحابنا: يملكها بلا قبوله، كميراث. وفي المغني: وطؤه قبول، كرجعة وبيع خيار، ومتى رد أو قال: لا أقبله فتركة وليس له تخصيص أحد، ونصيب من لم يقبل ممن يمكن تعميمهم للورثة، ويملكه الوصي، ونماء منفصل منذ قبله، وذكر الشيخ أنه المذهب، ونصره القاضي وأصحابه فهو قبله للورثة فيزكوه، وقيل: للميت، وقيل: منذ مات الموصي فيزكيه، وعنه: نتبينه إذا قبله، وعليه والذي قبله لو قبله وارثه كان ملكًا لموروثه، ويثبت حكمه، وتبطل بتلفه قبل قبوله، مطلقًا.

وإن تلف غيره فللموصي كله، ذكره الشيخ، وقال غيره: ثلثه إن ملكه بقبوله، ويقوم بسعره وقت الموت، ذكره جماعة. وقال في المجرد على أقل صفاته إلى القبول على الأخير، وعلى أنه للورثة أو للميت يوم القبول سعرًا وصفة.

وفي الترغيب وغيره: وقت الموت، وأنه يعتبر قيمة تركه الأقل من موت إلى قبض وارث، ويحتمل وقت موت، وإن لم يكن له غيره إلا مال غائب أو دين أخذ ثلث المعين. وفي الأصح، ومن بقيته بقدر ثلث ما يحصل إلى كماله، ومثله المدبر، ذكره أصحابنا.

وفي الترغيب: فيه نظر، فإنه يلزم من تنجيز عتق ثلثه تسليم ثلثيه إلى الورثة وتسليطهم عليهما مع توقع عتقهما بحضور المال، وهذا سهو منه، قال: وكذا إذا كان الدين على أحد أخوي الميت ولا مال له غيره، فهل يبرأ عن نصيب نفسه قبل تسليم نصيب أخيه؟ على الوجهين.

والنماء المتصل يتبع العين، وإن تلف بعض العبد المعين فله بقيته، وقيل: ثلثها، كثلث ثلاثة أعبد استحق منهم اثنان، وقيل: له الباقي أيضًا، ولو وصى له بثلث صبرة مكيل أو موزون فتلف ثلثاها فله الباقي، وقيل: ثلثه. ومن أوصى بعتق عبد بعينه لم يعتق حتى يعتقه وارثه، فإن أبى فحاكم، وكسبه بين الموت والعتق إرث، وذكر جماعة: له، ويتوجه مثله في موصى بوقفه، وفي الروضة: الموصي بعتقه ليس بمدبر، وله حكم المدبر في كل أحكامه والله أعلم.

باب الموصى به

يعتبر إمكانه، وفي الترغيب وغيره: واختصاصه به، فلو وصى بمال غيره لم يصح ولو ملكه بعد، وتصح بما يعجز عن تسليمه، وبإناء ذهب وفضة، وبزوجته، ووقت فسخ النكاح فيه الخلاف، وبما تحمل شجرته أبداً أو إلى مدة، ولا يلزم الوارث السقي، لأنه لم يضمن تسليمها، بخلاف مشتر فإن تحصل شيء فله وإلا بطلت، ومثله بمائة لا يملكها إذن.

وفي الروضة: إن وصى بما تحمل هذه الأمة أو هذه النخلة، لأنه وصية بمعدوم، والأشهر: وبحمل أمته، ويأخذ قيمته، نص عليه، قيل: يدفع أجرة حضانه، وإن لم يحصل شيء بطلت، وبمباح نفعه كزيت نجس، وله ثلثه، وقيل: كله مع أقل مال له غيره، وكذا كلب الصيد، وحفظ ماشية وزرع، وقيل: وبيوت، والأصح وتربية صغير لأحدهما، وإن لم يصد به أو يصيد إن احتاجه، أو لحفظ ماشية وزرع إن حصل فخلاف «م ١».

وفي الواضح: الكلب ليس مما يملكه، وفي طريقة بعض أصحابنا: إنما يصح

مسألة - ١: قوله: «وبمباح نفعه، ككلب صيد وحفظ ماشية وزرع، وقيل: وبيوت، والأصح وتربية صغير لأحدهما، وإن لم يصد به أو يصيد إن احتاجه أو لحفظ ماشية وزرع إن حصل فخلاف» انتهى، وذكر الخلاف في المغني، والشرح، احتمالين مطلقيين في كتاب البيع.

أحدهما: تجوز، قدمه في الكافي، وشرح ابن رزين، وهو الصواب، في غير المسألة الأولى، وجعل في الرعاية الكبرى، الكلب الكبير الذي لا يصيد به لهواً كالجرور الصغير، وأطلق الخلاف فيه، وجزم بالكراهة في آداب الرعايتين، قلت: الجواز من غير أن يصيد ولا أعده للصيد بعيد، ويدل عليه الحديث.

والقول الثاني: يحرم، وهو أقوى فيما لم يرد الصيد به ألبته.

لملك اليد الثابت له، كخمر تخلل، ولو مات من في يده خمر ورث عنه، فلهذا يورث الكلب، نظرًا إلى اليد حسًا، وتصح بمجهول كعبد وشاة ويعطى ما يقع عليه اسمه لغة، وقيل: عرفًا، واختاره الشيخ، فشاة عندة أنثى كبيرة، وبغير وثور عنده للذكر، وجزم به في التبصرة، وفي الخلاف الشاة اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار، وقد قال أبو حنيفة: لو حلف لا أكلت لحم شاة فأكل لحم جدي حنث. وقال أيضًا: الشاة اسم للأنثى، فقيل: له: بل للأنثى والذكر، فقال: هذا خلاف اللغة.

والدابة خيل وبغال وحمير، فتقيد يمين من حلف لا يركب دابة بها، وفي الترغيب وجه في وصية بدابة يعتبر عرف البلد، وحصان وجمل ذكر، وناقة وبقرة أنثى. وفي التمهيد في الحقيقة العرفية: الدابة للفرس عرفًا، والإطلاق ينصرف إليه وقاله في الفنون عن أصولي، يعني نفسه، قال: لنوع قوة في الديب، لأنه ذو كر وفر، وإن قال: من عبيدي فعنه: يعينه الورثة، وعنه: القرعة «م ٢».

وفي التبصرة: هما في لفظ احتمل معنيين، قال: ويحتمل حملة على ظاهرهما، وقوله: أعتقوا عبدًا فمجزئ عن كفارة، ونقل صالح بثمان وسط، وأحد عبيدي كوصية، وقيل: مجزئ عن كفارة، ونقل ابن منصور القرعة هنا، وجزم به ابن عقيل: وغيره، وقال في المستوعب: للعبيد تعيين عتق أحدهم، فإن هلكوا إلا واحدًا تعين وصية، وقيل: بقرعة، وإن لم يملكه بطلت، وقيل: يشتري، كعبد من مالي، وكالمنصوص في أعطوه مائة من أحد كيسي فلم يوجد فيهما شيء، وإن ملكه قبل موته فوجهان «م ٣».

مسألة - ٢: قوله: «وإن قال: من عبيدي، فعنه: يعينه الورثة، وعنه: القرعة»، انتهى. وأطلقهما في المذهب.

أحدهما: يعطيه الورثة ما شاءوا، وهو الصحيح من المذهب، نص عليه في رواية ابن منصور، واختاره القاضي، وأبو الخطاب، والشريف أبو جعفر في خلافيهما، والشيرازي والشيخ الموفق وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وصححه الناظم، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والرواية الثانية: يعطي واحدًا بالقرعة، اختاره الخرقى وابن أبي موسى وصاحب المحرر وغيرهم.

مسألة - ٣: قوله: «وإن لم يملكه بطلت، وقيل: يشتري، وإن ملكه قبل موته فوجهان»، انتهى. يعني: إذا أوصى له بعبد ولم يملكه ثم ملكه قبل موته، وأطلقهما في

وإن قتلوا بعد موته غرم قاتله له قيمة واحد بقرة واختيار الورثة، وإن وصى بكلب أو طبل فله المباح، وإلا لم يصح، ولو وصى له بقوس وله أقواس ولا قرينة فله قوس نشاب، وقيل: ووترها، جزم به في الترغيب، وقيل: كأحد عبيده، وقيل: غير قوس بندق، وقيل: ما يرمى به عادة.

ولو وصى من لا حج عليه أن يحج عنه بألف صرف من ثلثة مؤونة حجة بعد حجة راكباً أو راجلاً، نص عليه، حتى ينفذ، وعنه: مؤونة حجة وبقيته إرث، ونقل ابن إبراهيم بعد حجه للحج أو سبيل الله، فإن لم يكف الألف أو البقية فمن حيث يبلغ، وعنه: يعان به في حجة، وعنه: يخير، وإن قال حجة بألف فكله لمن يحج عينه أو لا، وقيل: البقية إرث، جزم به في التبصرة، وإن أبى المعين الحج فقيل: يبطل، وقيل: في حقه «م ٤» كقوله بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمانه، فلم يقبل، وكما لو لم يقدر الموصي له بفرس في السبيل على الخروج، نقله أبو طالب، ويحج غيره بأقل ما يمكن نفقة أو أجرة، والبقية للورثة، كالفرض، وكقوله حجوا عني، وله تأخير له عذر، ولو قاله من عليه حج صرفت الألف كما سبق، وحسب من الثلث الفاضل عن نفقة المثل أو أجرة مثله للفرض. وفي الفصول: من وصى أن يحج عنه

الشرح وشرح الحارثي والفائق.

أحدهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به في الحاوي الصغير، وقدمه في الرعايتين. والوجه الثاني: لا يصح، كمن وصى لعمره بعبد ثم ملكه.

مسألة - ٤: قوله: «وإن أبى المعين الحجّ فقيل: تبطل، وقيل. في حقه» انتهى.

أحدهما: تبطل الوصية من أصلها، وهو احتمال في المغني، والشرح، والرعاية، وهو ظاهر ما جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، في إحدى نسختيه، وجزم به في المحرر والمنور، وصححه الحارثي.

والوجه الثاني: تبطل في حقه لا غير ويحج عنه بأقل ما يمكن من نفقة أو أجرة والبقية للورثة، وهذا هو الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وفي بعض نسخ المقنع: لم يعطه وبطلت الوصية في حقه، وبه قطع في الكافي، والرعاية الصغير، والحواوي الصغير، والنظم، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الرعاية الكبرى، والفائق، والمغني، والشرح، ونصره، وذكر في النظم قولاً: إن بقية الألف لذي حج.

تنبيه: محل الخلاف إذا كان الموصي قد حجّ حجة الإسلام، أما إذا لم يكن الموصي قد حجّ حجة الإسلام فإن غير المعين يقام بنفقة المثل والبقية للورثة، قولاً واحداً، وقد صرح بذلك المصنف بعد هذا، والله أعلم.

بكذا لم يستحق ما عين زائداً على النفقة، لأنه بمثابة جعالة، واختاره، ولا يجوز في الحج، ومن أوصى أن يحج عنه بالنفقة صح، واختار أبو محمد الجوزي إن وصى بألف يحج بها صرف في كل حجة قدر نفقته حتى ينفد، ولو قال: حجوا عني بألف، فما فضل للورثة، ولو قال: يحج عني زيد بألف، فما فضل وصية له إن حج، ولا يعطي إلى أيام الحج، قاله أحمد، نقل أبو طالب: اشترى به متاعاً يتجر به؟ قال: لا يجوز، قد خالف، لم يقل اتجر به. ولا يصح أن يحج وصي بإخراجها، نص عليه، قال: لأنه منفذ، كقوله: تصدق عني به، لا يأخذ منه، وكما لا يحج على دابة موصى بها في السبيل ولا يحج وارث، نص عليه، واختار جماعة: بلى إن عينه، ما لم يزد على نفقته. وفي الفصول: إن لم يعينه جاز، وقيل: له في رواية أبي داود: وصى أن يحج عنه، قال: لا، لأنه كأنه وصية لوارث، ولو وصى بحجج نفلاً ففي صحة صرفها في عام وجهان «م ٥».

مسألة - ٥: قوله: «ولو وصى بحجج نفلاً ففي صحة صرفها في عام واحد وجهان» انتهى.

أحدهما: يجوز صرف ذلك في عام واحد، وهو الصحيح، اختاره القاضي وابن عقيل والسامري، نقله عنهم الحارثي وقال: وهو أولى، وصححه ابن نصر الله في حواشيه، وقال: إلا أن تقوم قرينة على خلاف ذلك، قال في الوجيز: وإن وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد صح، وأحرم النائب بالفرض أولاً إن كان عليه فرض، انتهى.

والوجه الثاني: لا يجوز، قدمه في الرعاية فقال: لو وصى بثلاث حجج لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في عام واحد، ويحتمل أن يصح إن كانت نفلاً، انتهى.

وقال المصنف في باب حكم قضاء الصوم: وحكى أحمد عن طاوس جواز صوم جماعة عنه في يوم واحد، ويجزئ عن عدتهم من الأيام، قال: وهو أظهر، واختاره المجدد، قال: فدل ذلك أن من أوصى بثلاث حجج جاز صرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في سنة واحدة، وجزم ابن عقيل بأنه لا يجوز، لأن نائبه مثله وذكره في الرعاية قولاً، ولم يذكر قبله ما يخالفه، ذكره في فصل استنابة المعضوب من باب الإحرام، وهو قياس ما ذكره القاضي في الصوم» انتهى كلام المصنف ولم يستحضر تلك الحال ما ذكره في الرعاية في باب الموصى به، ونقل عن ابن عقيل خلاف ما نقله عنه الحارثي، ولعل له قولين، والله أعلم.

ولو وصى بدفن كتب العلم لم تدفن، قاله أحمد، وقال: ما يعجبني، ونقل الأثر: لا بأس، ونقل غيره: تحسب من ثلثه، وعنه: الوقف، قال الخلال: الأحوط دفنها، ولو وصى بإحراق ثلث ماله صح وصرف في تجمير الكعبة وتنوير المساجد، ذكره ابن عقيل.

قال هو أو ابن الجوزي: وفي التراب يصرف في تكفين الموتى، وفي الماء يصرف في عمل سفن للجهاد، وقال ابن الجوزي: إما من عنده أو حكاية عن الشافعي ولم يخالفه، لو: أن رجلاً وصى بكتبه من العلم لآخر وكان فيها كتب الكلام لم تدخل في الوصية، لأنه ليس من العلم.

فصل

إذا وصى بثلثه عم، وعنه: يعم المتجدد مع علمه به أو قوله: بثلاثي يوم أموت، وديته مطلقاً له، كصيد وقع بعد موته في أحبولة نصبها، خلافاً للانتصار وغيره، وإن تلف بها شيء فيتوجه في ضمان الميت الخلاف، وسبق في الغصب ضمانه ببئر حفرها في فئائه.

والظاهر أن هذا قاله من قال يملك صيداً وقع بعد موته في أحبولة نصبها، وإلا فلا فرق، قال أحمد: قضى النبي ﷺ أن الدية ميراث. وعنه: هي لورثته، قال: لأنها إنما تجب بعد موته.

ولو وصى بمنفعة أمته أبداً و لآخر برقبته أو بقائها تركة صح، ولمالك رقبته بيعها، كعتقها، وقيل: وعن كفارته كعبد مؤجر، فيبقى انتفاع رب الوصية بحاله، وقيل: يتبع لمالك نفعها، وقيل: لا، وفي كتابتها الخلاف، وله قيمتها وولدها وقيمتها من وطء شبهة، وقيل: هن بمنزلتها، وعليهما تخرج لو لم يقتص من قاتلها وعفا هل يلزمه القيمة؟ وإن جنت سلمها هو أو فداها مسلوقة، ولا يطاق.

وفي الترغيب وجهان، ولمالك نفعها خدمتها حضراً وسفراً وإجارتها وإعارتها،

تنبيه: قوله: «فيمن أوصى بمنفعة أمته أبداً: ولمالك رقبته بيعها كعتقها، وقيل: وعن كفارته: فيبقى انتفاع رب الوصية بمنفعتي بحاله، وقيل: يتبع لمالك نفعها، وقيل: لا، وفي كتابتها الخلاف»، انتهى.

الظاهر: أنه أراد بالخلاف الخلاف الذي في جواز بيعها. والصحيح من المذهب جواز بيعها، وقدمه المصنف، فكذا الكتاب على هذا القول، فعلى هذا لا تكون هذه المسألة من المسائل التي أطلق فيها الخلاف من وجهين، والله أعلم.

وقيمة المنفعة على وارثها إن قتلها قاله في الانتصار. وفي التبصرة: إن قتلت فرقة بثمانها مقامها، ويحتمل أنه لمالك النفع، قال: وهو أولى، وقيل: يجد بوطئه وولده قن، وتزويجها إليهما، ويجب بطلبهما ووليها مالك الرقة، وقيل: هما. وفي مهرها ونفقتها وجهان «م ٦ و ٧».

ونفعها بعد الوصي لورثته، قطع به في الانتصار وأنه يحتمل مثله في هبة نفع داره وسكنائها شهرًا وتسليمها، وقيل: لورثة الموصي، وهل يعتبر خروج ثمنها من

مسألة - ٦ - ٧: قوله: «وفي مهرها ونفقتها وجهان، انتهى. ذكر مسألتي.

المسألة الأولى - ٦: مهرها هل يكون لمالك نفعها أو رقبته، أطلق الخلاف فيه، وظاهر «الشرح» ١ إطلاق الخلاف، وكذا ابن منجا في شرحه.

أحدهما: لمالك الرقة، وهو الصحيح، على ما اصطلاحناه، اختاره ابن عقيل والشيخ الموفق، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: لمالك نفعها، وهو المذهب، عند أكثر الأصحاب، قال الشيخ في المغني، والمقنع، وغيرهما، وقال أصحابنا: وهو لمالك نفعها، وجزم به في المنور وغيره، وقدمه في المحرر وغيره، وصححه في النظم وشرح الحارثي وغيرهما، قال في الفائق: هذا قول الجمهور.

المسألة الثانية - ٧: نفقتها هل تجب على مالك نفعها أو رقبته؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: تجب على مالك الرقة، وهو الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد، وبه قطع أبو الخطاب في رؤوس المسائل، وابن بكروس وصاحب الوجيز وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: تجب على مالك المنفعة، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، واختاره الشيخ الموفق والشارح، وجزم به في المنور ومنتخب الأمدي، وقدمه في الخلاصة و«المحرر» و«النظم» و«تجريد العناية» وغيرهم. وقيل: يكون في كسبها فإن عدم ففي بيت المال، قال الشيخ في المغني، والشارح: فإن لم يكن لها كسب فقيل في بيت المال، قال الحارثي: هو قول الأصحاب. وقال الشيخ والشارح، عن القول بكونه في كسبها: هو راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة، انتهى.

ولهذا - والله أعلم - لم يذكر المصنف إلا وجهين، وأكثر الأصحاب ذكر ثلاثة أوجه، وأطلقها في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافي، والمقنع، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

ثلثه؟ أو ما قيمتها بنفعها وبدونه؟ فيه وجهان «م ٨».

وإن وصى بنفعها وقتًا فقليل: كذلك، وقيل: يعتبر وحده من ثلثه، لإمكان تقويمه مفردًا «م ٩».

ويصح بيعها، ويصح بمال الكتابة والولاء لسيده، وبالمكاتب وهو كمشتريه، ويصح به لزيد وبدينه لعمرو، ويعتق بأدائه ويملكه زيد بعجزه، فتبطل وصية عمرو مطلقًا فيما بقي، وإن قال: ضعوا نجمًا فما شاء وارثه، وإن قال أكثر ما عليه ومثل نصفه وضع فوق نصفه وفوق ربه، وإن قال ما شاء فالكل، وقيل: لا، كما شاء من مالها، وفي الخلاف فيمن مات وعليه زكاة أن الوصية لا تصح بمال الكتابة والعقل، لأنه غير مستقر، وإن وصى بكفارة أيمان فأقله ثلاثة، نقله حنبل، والله أعلم.

مسألة - ٨: قوله: «وهل يعتبر خروج ثمنها من ثلثه؟ أو ما قيمتها بنفعها وبدونه؟

فيه وجهان» انتهى

أطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

أحدهما: يعتبر جميعها من الثلث، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلامه في الوجيز، وصححه في التصحيح، وقدمه في «الرعايتين» و«الحاوي الصغير» و«الفائق» و«شرح الحارثي» وغيرهم.

والوجه الثاني: تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة، فيعتبر مما بينهما، اختاره القاضي، وقدمه في الخلاصة، والنظم.

مسألة - ٩: قوله: «وإن وصى بنفعها وقتًا فقليل: كذلك، وقيل: يعتبر وحده من

ثلثه، لإمكان تقويمه مفردًا»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب.

أحدهما: حكمها حكم المنفعة على التأييد، وهو المسألة التي قبلها، وعليه الأكثر، منهم القاضي، وقدمه في الخلاصة، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح الحارثي وغيرهم من الأصحاب.

والوجه الثاني: إن وصى بمنفعته على التأييد اعتبرت قيمة الرقبة بمنافعها من الثلث، لأن عبدًا لا منفعة له لا قيمة له، وإن كانت الوصية بمدة معلومة اعتبرت المنفعة فقط من الثلث، اختاره في المستوعب فقال: هذا الصحيح عندي.

فهذه تسع مسائل في هذا الباب.

باب عمل الوصايا

إذا أوصى له بمثل نصيب وارث عينه فله مثل نصيبه مضمومًا إلى المسألة. وفي الفصول احتمال ولو لم يرثه موص بمثل نصيبه لمانع، وإن لم يعينه فله كأقلهم نصيبًا مضمومًا، فمع ابن نصف، ومع زوجة تسع، وكذا وصيته بنصيبه، لأنه أمكن تصحيح كلامه بحمله على الأصل، وهو اعتباره، فنحمله على المجاز، ولأنه لو وصى بماله صح، مع تضمنه الوصية بنصيب الورثة، وقيل: لا يصح، لأنه وصى بحقه كداره وبما يأخذه من إرثه.

وإنما تصح في التولية بعته بما اشترته به، للعرف، فيتوجه الخلاف في بعته بما باع به فلان عبده ويعلمانه، وقالوا: يصح، وظاهره يصح البيع ولو كان الثمن عرضًا، وذكر بعضهم لا، لاستدعاء التولية المثل، وإن قال: كأعظمهم فله مثله، ذكره في الترغيب، وإن وصى بمثل نصيب ولده وله ابن وبنت فله مثل نصيب بنت، ونقله ابن الحكم.

وبمثل نصيب وارث لو كان، فله مثل نصيبه لو كان موجودًا، فمع ابنين الربع، ومع أربعة السدس، فصح مسألة عدم الوارث ثم وجوده، ثم اضرب إحداهما في الأخرى، ثم اقسم ما ارتفع على مسألة وجوده، فما خرج أضفه، إلى ما ارتفع، وهو للموصى له، واقسم ما ارتفع بين الورثة وكذا العمل لو وصى بمثل نصيب وارث إلا بمثل نصيب وارث لو كان، فلو خلف خمسة بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم إلا بمثل نصيب ابن سادس لو كان، فاضرب مسألة عدمه خمسة، في مسألة وجوده ستة، يكن ثلاثين، فاقسمه على مسألة الوجود، لكل واحد خمسة، وعلى العدم لكل واحد ستة، فقد وصى بستة واستثنى خمسة، فله سهم يضاف إلى الثلاثين ذكره أبو الخطاب، ومعناه للشيخ والمحرر وغيرهما، وفي بعض نسخ المقنع المقررة أربعة بنين وصى بمثل نصيب أحدهم إلا بمثل نصيب ابن سادس لو كان، قاله صاحب النظم. وأن على هذا يصح أنه وصى بالخمس إلا السدس، كذا قال، مع قوله في

النسخ المعروفة: أربعة أوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلا بمثل نصيب سادس لو كان، على قياس ما ذكروا أوصى له بالسدس إلا السبع، فيكون له سهمان من اثنين وأربعين. وكذا قال الحارثي: إنه قياس ما ذكروه، وإن قولهم أوصى بالخمس إلا السدس صحيح، باعتبار أن له نصيب الخامس المقدّر غير مضموم، وإن النصيب المستثنى هو السدس، وهو طريقة الشافعية، وما قاله الحارثي صحيح، يؤيده أن في نسخة مقروءة على الشيخ: أربعة، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا بمثل نصيب ابن خامس لو كان، فقد أوصى له بالخمس إلا السدس.

ويوافق هذا قول ابن رزين في ابنين ووصى بمثل نصيب ثالث لو كان الربع، وإلا مثل نصيب رابع لو كان سهم من أحد وعشرين. ولو وصى بضعف نصيب ابنه فمثلاه، وبضعفيه بثلاثة أمثاله وبثلاثة أضعافه أربعة أمثاله. وقال الشيخ: ضعفاه مثلاه وثلاثة أضعافه ثلاثة أمثاله.

ولو وصى بحظ أو قسط أو نصيب أو جزء أو شيء أعطاه وارثه ما يتمول، وبثلثه إلا حظًا أعطى ما يصح استثناؤه، وبسهم من ماله فهو سدسه، ولو كان عائلًا مضمومًا إليه، نقله ابن منصور، وقيل: سدسه كله، أطلقه في رواية حرب، وأطلقه في المحرر والروضة، وعنه: له سهم مما تصح منه المسألة مضمومًا إليها، اختاره الخرقى، وعنه: له مثل أقلهم مضمومًا إليها، اختاره الخلال وصاحبه. وقال القاضي وجماعة: عليهما لا يزداد على السدس. وقال الشيخ: إن صح في لغة أو أثر أنه السدس فكسدس موصى به، وإلا فكجزء.

فصل

وإن وصى بجزء معلوم كثلث فخذ من مخرجه وأقسم البقية على مسألة الورثة، فإن لم يصح ضربت المسألة أو وقفها للبقية في المخرج، فتصح مما بلغ، ثم ما للوصي مضروب في مسألة الورثة أو وقفها أو ما لكل وارث في بقية المخرج بعد الوصية أو في وقفه، وكذا إن وصى بأجزاء تعبر الثلث وأجيزت، وإن ردت أخذتها من مخرجها فجعلتها ثلث المال، فإذا وصى بنصف وربع وله ابنان فأجازا صحت من ثمانية، وإن ردا جعلت الثلث ثلاثة وللأبنين ستة وإن أجازا لأحدهما ضربت مسألة الإجازة في مسألة الرد تكن اثنين وسبعين.

وللمجاز له سهم من مسألته في الأخرى، وكذا من رد عليه، والباقي للأبنين وإن أجاز ابن لهما ورد الآخر فله سهمه من الإجازة في مسألة الرد، ولمن رد سهمه

من الرد في الإجازة والباقي للوصيين على ثلاثة، وإن أجاز واحد لواحد أو كل واحد لواحد فاعمل مسألة الرد وخذ من المجيز لمن أجاز له ما يدفعه بإجازتها له، فإن انكسر فابسط الكل من جنسه، ولو عبرت الوصايا المال فكمسألة عائلة، نص عليه، فنصف وثلثان من سبعة، فالمال يقسم مع الإجازة عليها والثلث مع الرد، ومال ونصفه من ثلاثة، نص عليه، وجزم به الأكثر، وفي الترغيب وجه فيمن وصى بماله لوارثه ولآخر بثلثه وأجيز فللأجنبي ثلثه، ومع الرد هل الثلث بينهما على ثلاثة أو أربعة أو للأجنبي؟ فيه الخلاف.

ولو وصى لزيد بماله ولعمرو بثلثه وله ابنان فأجازا فالمال أرباعاً، لزيد نصف وربيع، ولعمرو ربيع، وإن ردا فالثلث كذلك ولكل ابن أربعة.

وإن أجازا لزيد فلعمرو ربيع الثلث والبقية لزيد، أعطى له وصيته أو الممكن منها، وقيل: ثلاثة أرباعه، كالإجازة لهما، وإن أجازا لعمرو فله تنمة الثلث، وقيل: تنمة الربع، ولزيد ثلاثة أرباع الثلث، وإن أجاز ابن لهما أخذ ما معه أرباعاً، وإن أجاز لزيد أخذ ما معه، وقيل: ثلاثة أرباعه، وإن أجاز لعمرو أخذ نصف تنمة الثلث، وقيل: نصف تنمة الربع، وقيل: الثلث أو الربع.

فصل

وإن وصى لزيد بعبد قيمته مائة ولعمرو بثلث ماله وماله غير العبد مائتان فلزيد ثلاثة أرباع العبد، ولعمرو رבעه وثلث المائتين، ومع الرد لزيد نصفه، ولعمرو سدسه وسدس المائتين. وطريقه أن تعطي كل واحد مما وصى له بقدر نسبة الثلث إلى مجموعهما، وقيل: يقسم الثلث بينهما على حسب ما لهما في الإجازة، اختاره الشيخ: لزيد ربع العبد وخمسه، ولعمرو عشرة ونصف عشرة وخمس المائتين.

وطريقه أن تنسب الثلث إلى الحاصل لهما مع الإجازة، فتعطي كل واحد بقدر النسبة. ولو وصى بثلثه لزيد وبمائة لعمرو وبتمام ثلث آخر عليها لبكر وثلثه مائة بطلت وصية بكر والثلث بينهما، وإن جاوز المائة فأجيز، نفذ، وإن رد فلكل نصف وصيته، في اختيار الشيخ.

تنبيهان:

الأول: قوله: «أوصى له بالسدس إلا السبع فيكون له سهمان من اثنين وأربعين»، انتهى.

فقوله: «له سهمان من اثنين وأربعين» سبقة قلم والصواب سهم مزاد على اثنين

وقيل: إن جاوز مائتين فلزيد نصف وصيته، ولعمرو مائة، ولبكر نصف الزائد، وإن جاوز مائة فلزيد نصف وصيته، وبقيّة الثلث لعمرو مع معادته ببكر، وقيل: تبطل وصية بكر هنا «م ١».

ولو وصى له بعبد ولآخر بتمام الثلث فهلك العبد قبل الموصي ألقيت قيمته من ثلث التركة بعد تقويمها بدونه، ثم البقية للتمام، ولو وصى لوارث وغيره بثلثيه اشتركا مع الإجازة ومع الرد على الوارث الآخر الثلث، وقيل: نصفه كوصيته لهما بثلثيه والرد على الوارث، وإن ردوا ما جاوز الثلث لا وصيته عيّنًا فالثلث بينهما، وقيل: للآخر، وقيل: له السدس، وإن أجزى للوارث فله الثلث، وكذا الأجنبي، وقيل: السدس.

فصل

وإن وصى لزيد بثلث ماله ولعمرو بمثل نصيب أحد ابنيه فقليل: لكل منهما الثلث مع الإجازة، كانفرادهما، والسدس مع الرد، وتصح من ستة، وقيل: لعمرو

وأربعين، أو يقال: له سهمان مزادان على أربعة وثمانين فإنها تصح من ذلك.

الثاني: قوله فيما إذا أوصى بسهم من ماله وعنه: «له سهم مما تصح منه المسألة مضمومًا إليها اختاره الخرقى» ليست هذه الرواية باختيار الخرقى. وإنما هي رواية مؤخرة ذكرها وقدم ما قدمه المصنف فقال: فإذا أوصى له بسهم من ماله أعطى السدس، وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى: يعطي سهمًا مما تصح منه الفريضة. انتهى.

مسألة - ١: قوله: «ولو وصى بثلثه لزيد، وبمائة لعمرو، وبتمام ثلث آخر عليها لبكر وثلثه مائة بطلت وصية بكر والثلث بينهما، وإن جاوز المائة فأجزى نفذ، وإن ردّ فلكل نصف وصيته، في اختيار الشيخ، وقيل: إن جاوز مائتين فلزيد نصف وصيته، ولعمرو مائة، ولبكر نصف الزائد، وإن جاوز مائة فلزيد نصف وصيته، وبقيّة الثلث لعمرو مع معادته ببكر، وقيل: تبطل وصية بكر هنا»، انتهى. ما اختاره الشيخ هو الصحيح، قطع به في الوجيز وغيره، وقدمه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفاثق، وغيرهم.

والقول الثاني: اختاره القاضي، قال الحارثي: والأصح ما قال القاضي، وصححه المحرر فيما إذا جاوز الثلث مائتين.

والقول الثالث: اختاره المجد في محرره، فوافق المجد القاضي فيما إذا جاوز الثلث مائتين، وخالفه فيما إذا جاوز المائة، فأبطلها.

كابن بعد إخراج الثلث «م ٢». وهو ثلث الباقي تسعان، وفي الرد لهما الثلث على الخمسة، وإن كانت وصية زيد بثلث باقي المال فعلى الأول لعمره الثلث، ولزيد ثلث

مسألة - ٢: قوله: «وإن وصى لزيد بثلث ماله ولعمره بمثل نصيب أحد ابنيه ف قيل: لكل منهما الثلث مع الإجازة، كانفرادهما، والسدس مع الرد، وتصح من ستة، وقيل: لعمره كابن بعد إخراج الثلث»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والكافي، والمقنع، والمحزر، والشرح، وغيرهم.

أحدهما: لصاحب النصيب ثلث المال عند الإجازة، وعند الرد يقسم الثلث بين الوصيين نصفين، وهو الصحيح، قال في الهداية: هذا قياس المذهب عندي، وقطع به في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والقول الثاني: لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الإجازة، وعند الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة، وهو احتمال في الهداية، وقدمه في المستوعب، قال الحارثي: وهذا أصح بلا مرية، وهو كما قال، والتفريع الذي ذكره المصنف بعد ذلك على هذين القولين وهي مسألة واحدة، ففي هذا الباب ثلاث مسائل.

تنبيه: قوله: «وإلى فاسق ويضم إليه أمين إن أمكن الحفظ به، وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط، وقيل: عكسه»، انتهى.

ظاهر هذه العبارة: أن الفاسق تصح الوصية إليه ويضم إليه أمين، والخلاف إنما هو في الطريان وعدمه، وأعلم أن الصحيح من المذهب أنها لا تصح إلى فاسق، وعليه أكثر الأصحاب، منهم القاضي وعامة أصحابه، كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والخلاصة، والكافي، والمحزر، والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم. ونصره الشيخ الموفق والشارح، وغيرهما، وعنه: تصح إلى فاسق ويضم إليه أمين، قاله الخرقى وابن أبي موسى، وقدمه في الفائق، وهو الذي قاله المصنف، قال القاضي: هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية، وأطلقهما في المذهب ومسبوك الذهب، والذي يظهر لي أن في كلام المصنف نقصاً، وهو «وعنه: وإلى فاسق» فلفظة: «وعنه» سقطت من الكاتب، ويدل على ذلك: قوله: «وذكرها جماعة في فسق طارئ» فالضمير في قوله: «وذكرها» عائد إلى الرواية، وهو واضح، فعلى هذا يكون المذهب كما قلنا، وهو عدم الصحة، ولله الحمد، ثم وجدت شيخنا قال: إنه عطف على مميز، والتقدير، وعنه: يصح إلى مميز وإلى فاسق وهو حسن، لكن خلل بين ذلك المراهق والسفيه.

الباقى مع الإجازة، ومع الرد الثلث على خمسة، وعلى الثانى فيه دور، لتوقف معرفة كل من ثلث الباقي ونصيب ابن على الآخر، فاجعل المال ثلاثة أسهم ونصيباً، فالنصيب لعمر، ولزيد ثلث الباقي سهم، ولكل ابن سهم فهو النصيب.

وبالباب تضرب مخرج كل وصية فى الأخرى تكن تسعة، ألق منها دائماً واحداً من مخرج الوصية بالجبر فالنصيب سهمان، وتصح من ثمانية، وإن شئت قلت للابنين سهمان، ثم تقول: هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه فيصير ثلاثة، ثم زد مثل نصيب ابن لوصيه النصيب فيصير أربعة وبالجبر خذ مالاً وألق منه نصيباً وثلث باقيه يبقى ثلث مال إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين، اجبر وقابل وابسط من جنس الكسر، ثم اقلب فاجعل المال ثمانية والنصيب اثنين.

وإن وصى له بمثل نصيب أحد بنيه الثلاثة إلا ربع المال فمخرج الكسر أربعة، زده ربه يصير خمسة؛ فهو النصيب، وزد على عدد البنين واحداً، واضربه فى مخرج الكسر يصير ستة عشر، فللموصى له سهم، وإن شئت قلت فضل كل ابن ربع، فلكل ابن ربع يبقى ربع اقسمه بينه وبينهم، فله نصف ثمن سهم من ستة عشر.

ولو قال: إلا ربع الباقي بعد النصيب، فالباقي بعده مال إلا نصيباً، زده ربه، اجبر وقابل فيصير مالاً وربعا وأربعة أنصباء وربعا، ابسط من جنس الكسر يصير خمسة أموال وسبعة عشر نصيباً، فاجعل المال سبعة عشر، والنصيب خمسة، فالوصية اثنان، ولو قال: إلا ربع الباقي بعد الوصية فالباقي بعدها أنصباء بنيه ثلاثة، فألق ربعها من نصيب الوصي يبقى ربه هو الوصية، زده على أنصباء الورثة وابسطها أرباعاً، فله سهم من ثلاثة عشر.

باب الموصى إليه

تصح الوصية إلى رشيد عدل ولو رقيق بإذن سيده، وعنه: تصح إلى مميز، وعنه: مراهق، ومثله سفيه، وإلى فاسق ويضم إليه أمين إن أمكن الحفظ به، وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط، وقيل: عكسه.

وتصح إلى عاجز، خلافاً للترغيب، ويضم إليه أمين، واختار ابن عقيل: إبداله، وفي الكافي: للحاكم إبداله، ولا نظر لحاكم مع وصي خاص كاف، قال شيخنا: فيمن وصى إليه بإخراج حجه: ولاية الدفع والتعيين للناظر الخاص «ع» وإنما للولي العام الاعتراض لعدم أهليته أو فعله محرماً، فظاهره: لا نظر ولا ضم مع وصي متهم، وهو ظاهر كلام جماعة، وتقدم كلامه في ناظر الوقف. ونقل ابن منصور: إذا كان الوصي متهمًا، لم يخرج من يده ويجعل معه آخر، ونقل يوسف بن موسى: إن كان متهمًا ضم إليه رجل يرضاه أهل الوقف بعلم ما جرى، ولا تنزع الوصية منه، وترجمه الخلال: هل للورثة ضم أمين مع الوصي المتهم؟ ثم إن ضمه بأجرة من الوصية توجه جوازه، ومن الوصي فيه نظر، بخلاف ضمه مع الفسق. وفي عيون المسائل: في ابتداء الحجر على رشيد بذر ماله أنه مال يخشى ضياعه في غير وجهه، فجاز للحاكم حفظه، كما لو وجد مال غيره في مضبعة، أو رأى الحاكم الوصي يبذر مال اليتيم. ويعتبر إسلامه، فإن كان الموصي كافرًا فوجهان «م ١».

وتعتبر الشروط عند الموت والوصية، وقيل: وبينهما، وقيل: يكفي عند

مسألة - ١: قوله: «فإن كان الموصي كافرًا فوجهان»، انتهى.

يعني هل تصح وصية الكافر إلى كافر أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الفصول» و«المغني» و«الكافي» و«البلغة» و«المحرر» و«الشرح»، و«النظم» و«الرعيتين» و«الحاوي الصغير» والزركشي وغيرهم.

أحدهما: يصح إذا كان عدلاً، وهو الصحيح، قطع به في المقنع، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس، ومنتخب الآمدي وغيرهم. وقدمه ابن منجا في شرحه وابن رزين، وقال

الموت، وقيل: وعند الوصية ويضم أمين. ومن وصى إلى واحد ثم إلى آخر ولم يعزل الأول اشتراكاً، نص على ذلك، ولا ينفرد أحدهما بتصرف لم يجعله له، نص عليه، قيل: له: فإن أخذ بعض المال دونه وقال: لا أدفعه إليك، فقال: إنما عليه الجهد، فليجتهد فيما ظهر له، وما غاب عنه فليس عليه، قيل: فيرفع أمرهما إلى الحاكم ويبرأ منها؟ قال: نعم. ومن وجد منه ما يوجب عزله قال الشيخ: أو غاب لزم ضم أمين، فإن وجد منهما ففي الاكتفاء بواحد وجهان «م ٢».

وإن حدث عجز لضعف أو علة أو كثرة عمل ونحوه فقيل: يضم أميناً، وقيل: له ذلك «م ٣» وإن كان لكل منهما الصرف ولا عجز لم يجز. قال في الأحكام

الحارثي: وهو أظهر، واختاره القاضي، قال المجد: وجدته بخطه، انتهى.

والوجه الثاني: لا يصح، قال في المستوعب: ولا تصح الوصية إلى كافر. وقال في المذهب: ولا تصح إلا إلى مسلم، وكذا هو ظاهر كلامه في الهداية، وغيره.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف والمجد وجماعة أن الخلاف جار فيه ولو كان غير عدل، والظاهر أنهم أرادوا العدل، كما صرح به جماعة، والذي يظهر أن حكمه حكم المسلم، فحيث اشتراطنا العدالة في المسلم ففي الكافر بطريق أولى، وإن لم نشترطها في المسلم فيحتمل الاشتراط في الكافر، وهو أولى، ويحتمل عدمه، وأما أن نشترط العدالة في المسلم ولم نشترطها في الكافر فبعيد جداً، بل لا يصح.

مسألة - ٢: قوله: «ومن وجد منه ما يوجب عزله قال الشيخ: أو غاب لزم ضم أمين، فإن وجد منهما ففي الاكتفاء بواحد وجهان»، انتهى.

يعني لو وجد منهما ما يوجب عزلهما، وأطلقهما في الكافي، والمغني، والشرح، والحاوي الصغير، والزركشي، وغيرهم. قال في الفائق: ولو ماتا جاز إقامة واحد، في أصح الروايتين، قال في الرعاية الكبرى: وإن وجد منهما ما يوجب عزلهما جاز أن يقيم الحاكم بدلها واحداً، في الأصح. وقال في الصغرى: وإن ماتا جاز أن يقيم الحاكم بدلها واحداً، في الأصح، قال ابن رزين: فإن تغير حالهما فله نصب واحد، وقيل: لا ينصب إلا اثنين، انتهى.

إذا علم ذلك، فالصحيح جواز الاكتفاء بواحد، قال ابن نصر الله في حواشيه: أظهر الوجهين يكفي واحد، انتهى.

والقول الآخر: لا بد من اثنين. قلت: وهو قوي، هذا إذا لم تكن قرينة تدل على الاكتفاء بواحد أو لزوم اثنين فيما يظهر، والله أعلم.

مسألة - ٣: قوله: «وإن حدث عجز لضعف أو علة أو كثرة عمل ونحوه فقيل:

السلطانية في العامل: فإن كان فيه ناظر قبله فإن كان مما يصح فيه الاشتراك فإن لم يجز به عرف كان عزلاً للأول، وإلا فلا. ولو وصى إليه أن يبلغ أو يحضر فلان أو إن مات فلان صح، ويصير الثاني وصياً عند الشرط، ذكره الأصحاب، أو هو وصي سنة ثم عمر، وللخبر: «أميركم زيد»^(١). والوصية كالتأخير.

ويتوجه: لا، لأن الوصية استنابة بعد الموت، فهي كالوكالة في الحياة، ولهذا هل للموصي أن يوصي ويعزل من وصى إليه؟ ولا يصح إلا في معلوم، وللموصي عزله وغير ذلك كالوكيل، فلهذا لا يعارض ذلك ما ذكره القاضي وجماعة، إذا قال الخليفة: الإمام بعدي فلان فإن مات فلان في حياتي أو تغير حاله فالخليفة فلان صح، وكذا في الثالث والرابع.

وإن قال: فلان ولي عهدي، فإن ولي ثم مات ففلان بعده، لم يصح للثاني، وعللوه بأنه إذا ولي وصار إماماً حصل التصرف والنظر والاختيار إليه، فكان العهد إليه فيمن يراه، وفي التي قبلها جعل العهد إلى غيره عند موته وتغير صفاته في الحالة التي لم تثبت للمعهود إليه إمامة.

وظاهر هذا أنه لو علق ولي الأمر ولاية حكم أو وظيفة بشرط شغورها أو بشرط فوجد الشرط بعد موت ولي الأمر والقيام مقامه أن ولايته تبطل، وأن النظر والاختيار لمن قام مقامه، يؤيده أن الأصحاب اعتبروا ولاية الحكم بالوكالة في مسائل، وأنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط بطل بموته، قالوا: لزوال ملكه، فتبطل تصرفاته، قال في المغني وغيره: ولأن إطلاق الشرط يقتضي الحياة، ولهذا لو علق عتقاً منجزاً بشرط فوجد بعد موت المعلق لم يعتق، إذا بطل العتق وغيره مع أن فيه حقاً لله، ولهذا لو اتفقا على إبطال الشرط بطل فيها هنا أولى، وقد يقال: ظاهر هذا أنه لو قال لعبده عمرو إن قمت فأنت وعبيدي زيد حران فباعه ثم قام، أو قال: إن قمت فأنت طالق وعبيدي زيد حر فأبانها ثم قامت أنه لا يعتق زيد. وقال صاحب الرعاية: يحتمل عتقه وعدمه.

يضم أميناً، وقيل: له ذلك»، انتهى.

القول الأول: وهو وجوب ضم أمين هو الصحيح، جزم به في المغني، والشرح، قال ابن رزين في شرحه: متى عجز العدل عن النظر لعلة ونحوها ضم إليه أمين ولم ينزل، إجماعاً، انتهى.

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢٥٦/١).

وللموصي قبولها حياة الموصي وبعد موته ويعتبر قبولها، وله عزل نفسه فيهما. وفي المحرر: إذا وجد حاكمًا، ونقله الأثرم وحنبل، وعنه: لا بعد موته، وعنه: ولا قبله إذا لم يعلم، قيل: لأحمد: إن قبلها ثم غير فيها الموصي؟ قال: لا يلزمه قبولها إذا غير فيها، وما أنفقه وصي متبرع بمعروف في ثبوتها من يقيم، ذكره شيخنا.

ولا تصح وصية إلا في معلوم يملكه الموصي، كالوكالة، كقضاء دينه، وتفرقة ثلثه، والنظر لصغاره، وحد قذفه يستوفيه لنفسه لا للموصى له، لا باستيفاء دينه مع رشد وارثه. وفي الانتصار منع وتسليم في وكالة عامة، كبيع ماله وصرفه في كذا وتصرفه في مال أطفاله بكل قليل وكثير، وأن الوصية تصح كالأب للمصلحة، كمضاربة، يؤيد ما ذكره في رواية الميموني فيمن أوصى إليه في شيء لا يتجاوز.

فإن أوصى إليه في تركته وأن يقوم مقامه فهذا وصي في جميع أمره، يبيع ويشترى إذا كان نظرًا لهم، وإن وصاه بتفرقة ثلثه أو قضاء دينه فأبى الورثة أو جحدوا وتعذر ثبوته ففي جواز قضائه باطنًا وتكميل ثلثه من بقية ماله روايتان «م ٤ و ٥».

والقول الثاني: له ضم أمين، من غير إيجاب.

مسألة - ٤ - ٥: قوله: «وإن وصاه بتفرقة ثلثه أو قضاء دينه فأبى الورثة أو جحدوا وتعذر ثبوته ففي جواز قضائه باطنًا وتكميل ثلثه من بقية ماله روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الفائق، فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٤: إذا وصى بقضاء دينه وأبى الورثة أو جحدوا وتعذر ثبوته فهل يسوغ قضاؤه باطنًا أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يسوغ، وهو الصحيح، وبه قطع في الوجيز وغيره، وقدمه في الخلاصة، والمغني، والمقنع، والشرح، والرايعتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وعنه: لا يقضيه بغير علمهم إلا ببينة، وعنه: يقضيه إن أذن فيه حاكم، قال في الهداية، والمستوعب: اختاره أبو بكر.

المسألة الثانية - ٥: إذا وصى بتفرقة ثلثه وأبى الورثة إخراج ثلث ما بأيديهم أو جحدوا وتعذر ثبوته فهل يكمل الثلث مما في يده أو يخرج ثلث ما في يده فقط؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والمحرر، والشرح، والنظم، وغيرهم.

أحدهما: يخرج منه كله مما في يده، وهو الصحيح، وبه قطع في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والرايعتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم.

والرواية الثانية: يخرج ثلث من يده، قال الشيخ وتبعه الشارح: ويمكن حمل

وقيل: له في رواية أبي داود مع عدم البينة في الدين: أيحل له إن لم ينفذه؟ قال: لا، فإن فرقه ثم ظهر دين مستغرق أو جهل موصى له فتصدق هو أو حاكم به ثم ثبت لم يضمن، على الأصح، وفي حبس البقية ليعطوه ما عندهم أو يعطيهم ويطالبهم بالثلث روايتان «م ٦» ومع بينة في لزوم قضائه بلا حاكم وقال الشيخ: في جوازه روايتان، ما لم يوافقه وارثه المكلف «م ٧» وفي براءة المدين باطنًا بقضائه دينًا يعلمه على الميت الروايتان «م ٨».

الروايتين على اختلاف حالين، فالأولى محمولة على ما إذا كان المال جنسًا واحدًا، والثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناسًا، فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس، وذكره في الرعاية قولاً.

مسألة - ٦: قوله: «وفي حبس البقية ليعطوه ما عندهم أو يعطيهم ويطالبهم بالثلث، الروايتان» انتهى.

إحداهما: يحبس البقية عنده ليعطوه ما عندهم، وهو الصحيح، وعليه الأكثر قال في الفصول، ونصر شيخنا المنصور عندنا، وهو أن يحبس الباقي بعد إخراج ثلث ما في يده، فإن أخرجه وإلا رده إليهم، انتهى.

والرواية الثانية: يعطيهم ويطالبهم بالثلث، اختاره أبو بكر في «التنبيه» فقال فيه: لا يحبس الباقي بل يسلمه إليهم ويطالبهم بثلث ما في أيديهم، انتهى.

تنبيه: قطع المصنف هذه المسألة عن المسألة الأولى، وأطلق الخلاف، ولم أره لغيره، بل الذي حكاه الأصحاب ثلاث روايات: تكميل الثلث مما في يده، وإخراج ثلث ما في يده، ويحبس الباقي ليخرجوا ثلث ما بأيديهم، وما اختاره أبو بكر وما قاله صحيح لا يخرج عما قالوه.

مسألة - ٧: قوله: «ومع وجود البينة في لزوم قضائه بلا حاكم روايتان، وعند الشيخ هما في الجواز دون اللزوم إذا لم يوافقه الوارث المكلف»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والرعاية، والنظم، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: لا يشترط الحاكم، بل تكفي الشهادة عند الموصى إليه، وهو الصحيح، قال ابن أبي المجد: لزمه قضاؤه بدون حضور حاكم، على الأصح، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والرواية الثانية: لا بد من شهادة البينة عند الحاكم، وهو الأحوط.

مسألة - ٨: قوله: «وفي براءة المدين باطنًا بقضائه دينًا يعلمه على الميت الروايتان»، انتهى.

قيل: له: وصي جعله الورثة بيت وأغلقوا عليه ولم يخرجوه حتى أشهد لهم وخرج منها، قال: لا يجوز له يجد جهده ولا يدفعها إليهم، قيل: له في رواية أبي داود: توفي وترك ورثة وغرماء، قال: لا يدفع المال إليهم حتى يحضر الغرماء.

وللمدين دفع الدين الموصى به لمعين إليه وإلى وصي الميت وإن لم يوص به، ولا يقبضه عينًا، وإلى الوارث والوصي، وقيل: أو للوصي، وإن صرف أجنبي الموصى به لمعين وقيل: أو لغيره في جهته، لم يضمه. وإن وصاه بإعطاء مدع دينًا يمينه نقده من رأس ماله، قاله شيخنا، ونقل ابن هانئ، ببينة، ونقله عبد الله، ونقل: يقبل مع صدق المدعي، ونقل صالح: أنه أوصى أن لفوران علي نحو خمسين دينارًا وهو يصدق فيما قال يقضي من غلة الدار ثم يعطي ولد صالح كل ذكر وأنثى عشرة دراهم عشرة دراهم. ونقل ابن هانئ فيمن وصاه بدفع مهر امرأته: لم

يدفعه مع غيبة الورثة. وإذا قال: ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه أو تصدق به على من شئت، لم يبح له، في المنصوص، وقيل: مع عدم قرينة، وكذا ولده ووارثه غنيًا أو فقيرًا، نص عليه، وأباحه صاحب المغني والمحزر، وذكر جماعة منع ابنه، وذكر آخرون: وأبيه، ولم يزيدوا، وذكر ابن رزين في منع من يموه وجهًا، ولو قال: تصدق من مالي احتمال ما تناوله الاسم واحتمل ما قل وكثر، لأنه لو أراد معيّنًا عينه، ذكرها في التمهيد في الزيادة على أقل الواجب «م ٩».

ومن أوصي إليه بحفر بئر بطريق مكة أو في السبيل، فقال: لا أقدر، فقال

يعني إذا كان للميت دين على شخص وعليه دين لآخر فهل يجوز لمن عليه الدين أن يدفع إلى من له الدين على الميت إذا كان يعلم ويبرأ باطنًا أم لا؟ ذكر الروایتين بالتعريف، وهما المذكورتان فيما إذا جحد الورثة دينًا يعلمه الموصى إليه، قاله في المحزر وغيره، وأطلقهما، وقد علمت الصحيح منهما.

والصواب البراء منه باطنًا، وقدمه في الرعاية وغيره.

والرواية الثانية: لا يبرأ بالدفع إلى من له الدين على الميت، قدمه ابن رزين في شرحه، وهو قوي، والأولى أن ينظر إن كان ثم من يدفع إلى من له الدين من الموصى إليه أو الورثة لم يكن له الدفع، وإلا جاز وبرئ باطنًا.

مسألة - ٩: قوله: «ولو قال تصدق من مالي احتمال ما تناوله الاسم واحتمل ما قل وكثر، لأنه لو أراد معيّنًا عينه، ذكرها في التمهيد في الزيادة على أقل الواجب»، انتهى.

قلت: الصواب الرجوع في ذلك إلى القرائن والعرف عند انتفاء ذلك.

القول الثاني: أقوى، والأحوط القول الأول.

الموصي: افعل ما ترى، لم يجز حفرها بدار قوم لا بئر لهم، لما فيه من تخصيصهم، نقله ابن هانئ، ولو أمره ببناء مسجد فلم يجد عرصه لم يجز شراء عرصه يزيد لها في مسجد صغير، نص عليه، ولو قال: تدفع هذا إلى يتامى فلان فأقرار بقرينة وإلا وصية، ذكره شيخنا، وللوصي بيع عقار لورثة كبار أبوا بيعه الواجب أو غابوا أو لهم ولصغار وللصغار حاجة وفي بيع بعضه ضرر، نص عليه، وقيل: يبيع بقدر دين ووصية وحصة صغار، قيل لأحمد: بيع الوصي الدور على الصغار يجوز؟ قال: إذا كانت نظرًا لهم لا على كبار يؤنس منهم رشد، هو كالأب في كل شيء إلا في النكاح، قيل: له: وإن لم يكن أثبت وصيته عند القاضي؟ قال: إذا كانت له بينة. ومن مات بيرية ولا حاكم ولا وصي فلمسلم حوز تركته وبيع ما يراه، وقيل: إلا الإماء، ويكفنه منها ثم من عنده، ويرجع عليها أو على من تلزمه نفقته إن نواه ولا حاكم، فإن تعذر إذنه أو أباه رجع، وقيل: فيه وجهان، كإمكانه ولم يستأذنه أو لم ينو مع إذنه «م ١٠ و ١١». والله أعلم.

مسألة - ١٠ - ١١: قوله: «ومن مات بيرية ولا حاكم ولا وصي فلمسلم حوز تركته وبيع ما يراه ويكفنه منها ثم من عنده، ويرجع عليها أو على من تلزمه نفقته إن نواه ولا حاكم، فإن تعذر إذنه أو أباه رجع، وقيل: فيه وجهان، كإمكانه ولم يستأذنه أو لم ينو مع إذنه»، انتهى. أطلق الخلاف في المقيس عليه، وشمل مسألتين:

المسألة الأولى - ١٠: إذا أمكنه استئذان حاكم ولم يستأذنه فهل يرجع بما تكلف عليه من كفن وغيره إذا نوى الرجوع أم لا؟ أطلق الخلاف فيه.

أحدهما: يرجع إذا نوى الرجوع قلت: وهو الصواب، وقواعد المذهب تقتضيه، بل هو أولى ممن أدى حقًا واجبًا عن غيره.

والوجه الثاني: لا يرجع إذا لم يستأذن الحاكم مع إمكانه.

المسألة الثانية - ١١: إذا استأذن الحاكم في صرف ذلك فصرفه ولم ينو الرجوع فهل له الرجوع بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يرجع ويكفي إذن الحاكم، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يرجع، وهو قوي، وهي شبهة بما إذا أدى حقًا واجبًا عن غيره ولم ينو الرجوع ولا التبرع، وإنما ذهل عن ذلك، وفيها خلاف، والصحيح من المذهب عدم الرجوع، لكن إذن الحاكم هنا يقوي الرجوع.

فهذه إحدى عشرة مسألة في هذا الباب.

كتاب الفرائض

أسباب الإرث: نكاح، ورحم، وولاء عتيق.

وعنه: وعند عدمهم بموالة، وهي المؤاخاة، ومعاقدة، وهي المحالفة، وإسلامه على يديه، والتقاطه، وكونهما من أهل الديوان، اختاره شيخنا، ولا يرث المولى من أسفل.

وقيل: بلى عند عدمه، ذكره شيخنا، ونقل ابن الحكم: لا أدري.

فيتوجه منه: ينفق على المنعم، واختاره شيخنا، ونقل الجماعة: لا، وفي الخبر ما يدل للقول الأول:

روى أبو داود عن محمد بن كثير، والترمذي وحسنه عن بNDAR، كلاهما عن سفيان، عن بهز بن حكيم، عن أبيه، عن جده، قلت: يا رسول الله: من أبر؟ قال: «أَمَك، ثم أَمَك، ثم أَمَك، ثم أباك، ثم الأقرب فالأقرب»^(١).

وقال رسول الله ﷺ: «لا يسأل رجل مولاة من فضل هو عنده فيمنعه إياه إلا دعي له يوم القيامة فضله الذي منعه شجاع أقرع»^(٢) رواه أحمد والنسائي.

هذا دليل أن العبد يرث مولاة الذي تقدم؛ لخبر عوسجة مولى ابن عباس عنه، أن رجلاً مات، ولم يترك وارثاً إلا عبداً هو أعتقه، فأعطاه النبي ﷺ ميراثه^(٣)، رواه أحمد وأبو داود، وابن ماجه، والترمذي وحسنه، قال: والعمل عليه عند أهل العلم

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥١٣٩) والترمذي في سننه برقم (١٨٩٧) وأحمد في المسند (٣/٥، ٥) وصححه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي صحيح سنن أبي داود (٣/٢٦٢).

(٢) جزء من الحديث السابق وقد تقدم تخريجه، وانظر السلسلة الصحيحة برقم (٢٤٣٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٩٠٥) والترمذي في سننه برقم (٢١٠٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٤١) وضعفه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٢٨).

أن من لا وارث له ميراثه في بيت المال، وعوسجة وثقه أبو زرعة، وقال البخاري في حديثه: لا يصح.

والورثة ذو فرض وعصبة، وذو رحم، على الأصح فيه، فذو الفرض عشرة: زوجان، وأم، وجدة، وبنات صلب، وبنات ابن وكل أخ، وأخت لأم وقد يعصب أخته من غير أبيه بموت أمه عنهما.

وتارة أب وجد لأب، للزوج النصف مع عدم ولد وولد ابن، والربع مع الوجود؛ وللزوجة واحدة، أو أكثر نصف حاله فيهما، ولأب والجد السدس بالفرض مع ذكور الولد، وإن نزلوا، وبالتعصيب مع عدمهم، وبفرض وتعصيب مع إناث الولد وولد ابنه، وللجد مع ولد أبوين، أو أب كأخ منهم، فإن كان الثلث أحظ له أخذه، وله مع ذي فرض بعده الأحظ من مقاسمة، كأخ، أو ثلث الباقي، أو سدس الجميع، فزوجة وجد، وأخت من أربعة، وتسمى مربعة الجماعة لإجماعهم أنها من أربعة، وإن اختلفوا في كيفية القسمة، فإن لم يبق غير السدس أخذه، وسقط ولد الأبوين أو الأب، والمذهب: إلا في الأكدرية، لتكدير أصول زيد، في الأشهر عنه.

تنبيهات:

الأول: أخل المصنف - رحمه الله - في عدد أصحاب الفروض بالأخوات من الأبوين أو من الأب إذا انفردن، فإنهن أصحاب فروض، بلا نزاع، ولم يذكرهن ولكنه قال: وكل أخ أو أخت لأم، فقال شيخنا: الذي يظهر أن فيه تقديمًا وتأخيرًا وتقديره: أخ لأم وكل أخت فبهذا يجمع.

الثاني: قوله: في عدد أصحاب الفروض: وكل أخ لأم وأخت لأم وقد يعصب أخته من غير أبيه بموت أمه عنهما، انتهى، تابع في ذلك صاحب الوجيز وفيه نظر، إذ الأم إذا ماتت عنهما لا يرثان منها إلا بكونهما أولادًا لها لا بكون أحدهما أخا الآخر لأمه، وغايته أنهما أخ وأخت كل واحد من أب، والإرث من الأم، والتعصيب إنما حصل لكونهم أولادًا لا لكونهم إخوة لأم، ولهذا المعنى لم يذكر ذلك الأكثر.

الثالث: أخل المصنف أيضًا بإحدى العمريتين، وهي زوجة وأبوان، ولم يذكرها سهواً، فإن تعليله يعطي أنه ذكرها، أو يكون تركها وتقاس على المذكورة، وهو بعيد، ثم ظهر لي أنها تدخل في كلام المصنف، لأن الزوجة تسمى زوجًا، وهو أولى، والله أعلم.

الرابع: قوله: «وللجدة فأكثر السدس إن تحاذين، وإلا فلا قربهن، ومنصوصه أن البعدي من جهة الأم تشارك القربى من جهة الأب». انتهى. المذهب ما قدمه المصنف،

وقيل: لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه أكدر، قال في عيون المسائل: ونظمها بعضهم:

ما فرض أربعة توزع بينهم ميراث ميتهم بفرض واقع
فلواحد ثلث الجميع وثلث ما يبقى لثانيهم بحكم جامع
ولثالث من بعدهم ثلث الذي يبقى، وما يبقى نصيب الرابع
وهي زوج، وأم، وأخت، وجد: للزوج نصف، وللأم ثلث، وللجد سدس،
وللأخت نصف، ثم يقسم نصيب الأخت والجد أربعة من تسعة بينهما على ثلاثة،
فتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، وللجد ثمانية، وللأخت أربعة،
ولا عول، ولا فرض لأخت معه ابتداء في غيرها.

فإن عدم الزوج فمن تسعة، وهي الخرقاء، لكثرة أقوال الصحابة رضوان الله
عليهم فيها، فكأنه خرقها، وهي سبعة، وترجع إلى ستة، فلهذا تسمى المسدسة،
والمسبعة، والمثلثة، والعثمانية؛ لأن عثمان قسمها على ثلاثة، والمربعة لأن ابن
مسعود جعل للأخت النصف، والباقي بينهما نصفين، وتصح من أربعة؛ والمخمسة
لأنه اختلف فيها خمسة من الصحابة: عثمان، وعلي، وابن مسعود، وزيد، وابن
عباس، على خمسة أقوال؛ والشعبية والحجاجية؛ لأن الحجاج امتحن بها الشعبي
فأصاب فعفا عنه.

وإن عدم الجد سميت المباهلة؛ لقول ابن عباس: من شاء باهله.

وولد الأب إذا انفردوا معه كولد الأبوين، فإن اجتمع الجميع قاسموه، ثم أخذ
عصبة وولد الأبوين نصيب ولد الأب، وتسمى المعادة، وتأخذ أنثاهم تمام فرضها،
والبقية لولد الأب، فجد وأختان لجهتين من أربعة، ثم تأخذ التي لأبوين نصيب التي
لأب، وهي امرأة حبلَى قالت لورثة: إن ألد أنثى لم ترث، وأنثيين، أو ذكرًا العشر
وذكرين السدس. وجد وأختان لجهتين وأخ لأب، للجد ثلث، وللتي لأبوين نصف،

اختاره الخرقى والشيخ الموفق والشارح، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وقدمه في
الخلاصة، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. والمنصوص جزم به
القاضي في جامع، ولم يعز في كتاب الروايتين القول الأول إلا إلى الخرقى، وصححه
ابن عقيل في تذكرته، قال في إدراك الغاية: تشاركها، في الأشهر، والأولى أن يكون هذا
المذهب، لنص الإمام أحمد. وأطلقهما في المذهب ومسبوك الذهب، والمغني،
والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

يبقى سدس لهما، وتصح من ثمانية عشر، ومعهم أم لها سدس، وللجد ثلث الباقي، وللتين لأبوين نصف، والباقي لهما، وتصح من أربعة وخمسين، وهي مختصرة زيد، ومعهم أخ آخر من تسعين وهي تسعينية زيد، هذا العمل كله في الجد عمل زيد ومذهبه، ونص أحمد على بعض ذلك، وعلى معناه متبعاً له.

فصل

وللأم السدس مع ولد أو ولد ابن؛ لأنه ولد حقيقة أو مجازاً، وابن الأخ ليس بأخ، أو اثنين من إخوة، أو أخوات وإن سقطا بأب لا بمانع فيهما، والثلث مع عدمهم، فزوج وأم وأخوان، لأم تسمى مسألة الإلزام؛ لأن ابن عباس إن جعل للأم ثلثاً والباقي لهما فهو إنما يدخل النقص على من يصير عصبه بحال، وإن جعل للأم سدساً فلا يحجبها إلا بثلثه، وهو لا يرى العول.

ولها في زوج وأبوين ثلث الباقي بعد فرض الزوجية فيهما، نص عليه؛ لأنهما استويا في السبب المدلى به وهو الولادة، وامتاز الأب بالتعصيب بخلاف الجد، وعند ابن عباس: لها الثلث كاملاً، وعن أحمد أنه ظاهر القرآن، قال في المغني: والحجة معه لولا إجماع الصحابة.

ولو انقطع نسب ولدها وتعصبه من أبيه لا من أمه؛ لكونه ولد زنا أو منفياً بلعان أو ادعته امرأة وألحق بها ورثت أمه، وذو الفرض منه فرضهم، وعصبته بعد ذكور ولده وإن نزل عصبه أمه في الإرث، ويرث أخوه لأمه مع بنته لا أخته، ويعاها بها، ونقل حرب: ويعقلون عنه.

وروى أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ كتب كتاباً بين المهاجرين والأنصار على «أن يعقلوا معاقلهم ويفدوا عانيهم بالمعروف والإصلاح بين المسلمين»^(١).

ولأحمد من حديث جرير: «المهاجرون والأنصار بعضهم أولياء بعض»^(٢).

وعنه: أمه عصبته، اختاره أبو بكر وشيخنا، فإن عدمت فعصبته، فإن استلحقه ولحقه انجرّ إليه، وعنه: يرد على ذي فرض، فإن عدم فعصبته عصبته، فلو مات ابن ابن ملاعنة عن أمه وجدته الملاعنة فلأمه الجميع على الأولى والثالثة، وعلى الثانية

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٠٤).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٤/٣٦٣).

الثلث والبقية للجددة، ويعاها بها، وليست الملاعنة عصبية لولد بنتها. وظاهر اختيار الآجري: تراث هي وذو الفرض فرضهم وما بقي لمولاها إن كانت مولاة، وإلا لبيت المال. ولا يورث توأم ملاعنة وزنا، وفردهما بإخوة لأب، وعنه: بلى، وقيل: في ولد ملاعنة.

ولللجنة فأكثر السدس إن تحاذين وإلا فلاقربهن، ومنصوصه أن البعدى من جهة الأم تشارك القربى من جهة الأب.

ولا يرث غير ثلاث: أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب، وإن علون أمومة، وقيل: وأبوة إلا مدلية بغير وارث كأم أبي الأم واختاره شيخنا.

وترث أم الأب، والجد معهما كالعم، وعنه: لا، فعليها لأم أم مع الأب وأمه السدس وقيل: نصفه معادة، وترث الجدة بقرباتها، وعنه: بأقواهما، فلو تزوج بنت عمته فجده أم أم أم ولديهما وأم أبي أبيه، وبنت خالته جدته أم أم أم، وأم أم أب، والله أعلم.

فصل

ولبنت صلب النصف ثم هو لبنت ابن، ثم لأخت لأبوين، ثم لأب منفردات لم يعصب، ولثنتين من الجميع فأكثر لم يعصب الثلثان، ولبنت ابن فأكثر مع بنت صلب السدس مع عدم معصب، وتعول المسألة به، فإن عصبها أخوها فهو الأخ المشؤوم؛ لأنه ضررها وما انتفع، ذكره في عيون المسائل والمنتخب وغيرهما.

وكذا الأخت لأب فأكثر مع أخت لأبوين، فأمها القائلة مع زوج وأخت لأبوين: إن ألد ذكراً فأكثر لم يرث، وكذا بنت ابن ابن مع بنت ابن. وعلى هذا ذكره في المنتخب وغيره، وتعول المسألة بسدس الأخت، فإن عصبها أخوها فهو الأخ المشؤوم، لأنه ضررها وما انتفع، ذكره في عيون المسائل وغيرها.

فإن أخذ الثلثين بنات صلب أو بنات ابن أو هما سقط من دونهن إن لم يعصبهن ذكر بإزائهن أو أنزل من بني الابن. للذكر مثلي الأنثى، ولا يعصب ذات فرض أعلى منه، وكذا أخوات لأب مع أخوات لأبوين، إلا أنه لا يعصبهن إلا أخوهن؛ للذكر مثلي الأنثى، والأخت فأكثر مع بنت أو بنت ابن فأكثر عصبية، ولو واحد ذكراً كان أو أنثى من ولد أم سدس، ولثنتين فأكثر ثلث بالسوية.

ويسقط جد بآب، وأبعد بأقرب، وولد ابن به، وكل جدة بالأم، وولد الأبوين بابن، وابن ابن وأب، وولد الأب بهم وبأخ لأبوين.

وعنه: يسقط ولد الأبوين والأب بجد، وهو أظهر، اختاره شيخنا.

قال: وهو قول طائفة من أصحاب الإمام أحمد، كأبي حفص البرمكي والآجري، وذكره ابن الزاغوني عن أبي حفص العكبري والآجري، وذكر ابن الجوزي والآجري من أعيان «أعيان» أصحاب أحمد، ونقل أبو طالب: أقول بقول زيد: ليس الجد أباً؛ لقول رسول الله ﷺ: «أفرضكم زيد»^(١)، ضعفه شيخنا، وهو من رواية أنس، حديث حسن، وإسناده ثقات، وروى مرسلاً. ويسقط به ابن أخ وولد الأم بولد وولد ابن وأب وجد.

ومن لا يرث لا يحجب، نقل أبو الحارث في أخ مملوك، وابن أخ حر: المال لابن أخيه، لا يحجب من لا يرث، روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما.

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٣٧٩١) وابن ماجه في سننه برقم (١٥٤) وابن حبان في صحيحه برقم (٢٢١٨) وأحمد في المسند (٣/١٨٤) والبخاري في شرح السنة (٣/٥٣٤) والحاكم في المستدرک (٣/٤٢٢) من حديث أنس رضي الله عنه وصححه العلامة الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة برقم (١٢٢٤).

باب العصبية

أقرب العصبية الابن، ثم ابنه، وإن نزل، ثم الأب، ثم الجد، وإن علا مع عدم أخ لأبوين أو لأب، ثم هما ثم بنوهما وإن نزلوا، ثم عم لأبوين ثم لأب ثم بنوهما كذلك، ثم عم أبيه لأبوين ثم لأب ثم بنوهما كذلك، ثم عم جده ثم بنوه كذلك، لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب، ولو نزلوا، نص عليه.

فمن نكح امرأة وأبوه بنتها، فولد الأب عم، وولد الابن خال، فيرثه خاله هذا دون عم له، ولو خلف الأب أخاً وابن ابنه هذا، وهو أخو زوجته ورثه دون أخيه، ويعاها بها.

ويقال أيضاً : ورثت زوجة ثُمناً وأخوها الباقي، فلو كان الإخوة سبعة ورثوه سواء، ولو كان الأب نكح الأم فولده عم ولد الابن وخاله.

وإن نكح رجلان كل واحد أم الآخر فهما القائلتان : مرحباً بابنينا وزوجينا وابني زوجينا، وولد كل منهما عم الآخر.

وأولى ولد كل أب أقربهم إليه حتى في أخت لأب، وابن أخ مع بنت، نص عليه.

فإن استتوا قدم من لأبوين، نص عليه، حتى في أخت لأبوين وأخ لأب مع بنت، فإن عدم عصبية النسب ورث المعتقد ثم عصبته الأقرب فالأقرب ثم مولاه، ولا شيء لموالي ابنه بحال، ثم الرد، ثم الرحم، وعنه : تقديمهما على الولاء، وعنه : الرد بعد الرحم.

ومتى انفرد العصبية أخذ المال، ويبدأ بالفروض، والبقية للعصبية، فإن لم يبق شيء سقط، كزوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب وأخوات لأب معهن أخوهن، وكذا لو كانوا ولد أبوين، ونقل حرب : يشتركون في الثلث، وتسمى المشتركة والحمازية، لأنه روي عن عمر رضي الله عنه التشريك، وروي الإسقاط، فقيل : هب أن الأب كان حمازاً.

ولو كان مكانهم أخوات لأبوين أو لأب عالت إلى عشرة، وتسمى ذات الفروخ؛ لكثرة عولها، والشريحية، لحدوثها زمن شريح، فسأله الزوج فأعطاه النصف فقال: ما أعطيت النصف ولا الثلث، وكان شريح يقول له: إذا رأيتني ذكرت حكمًا جائرًا، وإذا رأيتك ذكرت رجلًا فاجرًا، إنك تكتم القضية وتشيع الفاحشة.

وابنا عم أحدهما زوج أو أخ لأم له فرضه والبقية لهما، فمن نكح بنت عم غيره فأولدها بنتًا ورثاها نصفين وبنتين أثلاثًا. وثلاثة إخوة لأبوين أصغرهم زوج له ثلثان ولهما ثلث.

قال في عيون المسائل وغيرها:

ثلاثة إخوة لأب وأم وكلهم إلى خير فقير
تحاز الأكبران هناك ثلثًا وباقي المال أحرزه الصغير

وتسقط إخوة الأم بما يسقطها، فبنت وابنا عم أحدهما أخ لأم، قال سعيد بن جبير: للابنة النصف وما بقي لابن العم الذي ليس أخًا لأم، نقل ابن منصور: أقول بقول عطاء، أخطأ سعيد؛ للابنة النصف وما بقي بينهما نصفان. ومن ولدت من زوج ولدًا ثم تزوجت أخاه لأبيه وله خمسة ذكور فولدت منه مثلهم ثم ولدت من أجنبي مثلهم ثم ماتت ثم مات ولدها الأول ورث خمسة نصفًا وخمسة ثلثًا وخمسة سدسًا، ويعاها بها.

تنبيه: قوله: «فمن نكح بنت عم غيره فأولدها بنتًا ورثاها نصفين وبنتين أثلاثًا». انتهى. هذا سهو من المصنف، والصواب فمن نكح بنت عم نفسه أو بنت عمه، وهو محل ما قال من القسمة، لا من نكح بنت عم غيره، فإن في صورة المصنف لا يكون الحكم كما قال، بل يكون للزوج الربع، وللبنت النصف، في المسألة الأولى، وفي الثانية للبنتين الثلثان والباقي لابن العم، فعلم أن ذلك سهو، والله أعلم.

باب أصول المسائل والعول والرد

وهي سبعة، فنصفان أو نصف والبقية من اثنين، فزوج وأخت لأبوين أو لأب تسمى اليتيمتان؛ لأنهما فرضان متساويان ورث بهما المال، ولا ثالث لهما.

وثلاثان أو ثلث، والبقية أو هما من ثلاثة، وربع، أو ثمن، والبقية أو مع النصف من أربعة ومن ثمانية، ولا نعول هذه الأربع.

ونصف مع ثلثين أو ثلث أو سدس من ستة وتعول إلى عشرة، وتسمى عول تسعة الغراء؛ لأنها حدثت بعد المباهلة فاشتهر العول بها.

والمباهلة زوج وأخت وأم؛ لأن عمر شاور الصحابة فيها، فأشار العباس بالعول، واتفقت الصحابة عليه إلا ابن عباس، لكن لم يظهر النكير، فلما مات عمر دعا إلى المباهلة، وقال: من شاء باهلته، إن الذي أحصى رمل عالج عددًا لم يجعل في المال نصفًا ونصفًا وثلاثًا، إذا ذهب النصفان فأين محل الثلث؟ وإيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت مسألة قط. فقل: له: لم لا أظهرت هذا زمن عمر؟ قال: كان مهيبًا فبهته.

وربع مع ثلثين أو ثلث أو سدس من اثني عشر، وتعول على الأفراد إلى سبعة عشر، كثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين، وهي أم الأرامل؛ لأن الورثة نساء، فإن كانت التركة سبعة عشر دينارًا فلكل امرأة دينار، ويعاها بها.

تنبيه: ذكر المصنف في هذا الباب مسألة المأمونية وليس هو محلها ولكن ذكرها استطرادًا وإنما محلها المناسخات، ولذلك ذكرها هناك في محلها ولعله لم يستحضر أنه ذكرها هنا، وإلا لما ذكرها في المناسخات فإن من شأنه الاختصار والأمر قريب وإنما فيه تكرار لا غير.

قال في عيون المسائل: ونظمها بعضهم:

قل لمن يقسم الفرائض واسأل إن سألت الشيوخ والأحداثا
مات ميت عن سبع عشرة أنثى من وجوه شتى فحزن التُّراثا
أخذت هذه كما أخذت تلك عقارًا ودرهمًا وأثنا

وثن من مع سدس أو ثلثين من أربعة وعشرين، وتعول إلى سبعة وعشرين. وفي التبصرة رواية: إحدى وثلاثين، ولعل مراده بالرواية عن ابن مسعود كما قاله في الروضة، وتسمى البخيلة لقلة عولها، والمنبرية لقول علي رضي الله عنه على المنبر: صار ثمنها تسعًا.

وفروض من جنس تعول إلى سبعة فقط وهي أم وإخوة لأم وأخوات لأبوين أو لأب. وإذا لم يستغرق الفرض المال، ولا عصابة رد الباقي على كل فرض بقدره إلا زوجًا وزوجة، نقله الجماعة، وعنه: لا رد، وعنه: على ولد أم معها، أو جدة مع ذي سهم، ونقله ابن منصور إلا قوله مع ذي سهم، فإن رد على واحد أخذ الكل، ويأخذ الجماعة من جنس كبنات بالسوية فإن اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة أبدًا؛ لأن الفروض كلها تخرج من ستة إلا الربع والثلث، وهما فرض الزوجين، وليس من أهل الرد، فإن انكسر شيء صححت وضربت في مسألتهم لا في الستة، فجدة وأخ لأم من اثنين، وأم وأخ لأم من ثلاثة، وأم وبنت من أربعة، وأم وبنتان من خمسة.

فإن كان معهم أحد الزوجين قسم الباقي بعد فرضه على مسألة الرد، كوصية مع إرث، فأخوان لأم وزوج، أو هما وزوجة، وأم من أربعة، وهما أو جد ثانٍ وزوجة من ثمانية، وزوج وأم وبنت أو زوجة وجدة وأخت من ستة عشر، ومكانه زوجة، من اثنين وثلاثين، ومع البنت بنتًا من أربعين، وتصحح مع كسر كما يأتي.

وإن شئت صحح مسألة الرد ثم زد عليها لفرض الزوجية للنصف مثلاً وللربع ثلثًا، وللثلث سبعا، وبسط من مخرج كسر؛ ليزول، وأبوان وبنتان من ستة، ثم ماتت إحدى البنيتين وخلفت من خلفت، فإن كان الميت ذكرًا فقد خلفت أختًا وجدًا وجدة من ثمانية عشر، توافق ما ماتت عنه الأخت بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى أربعة وخمسين.

ثم من له شيء من الأولى مضروب في وفق الثانية تسعة، ومن الثانية مضروب في وفق ما ماتت عنه وهو سهم، وإن كان الميت أنثى فقد خلفت أختًا وجدة وجدًا لأم لا يرث، وتصح من أربعة توافق ما ماتت عنه بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما

في الأخرى يكن اثني عشر، ومنه تصح المسألتان وتسمى المأمونية؛ لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكثم لما أراد أن يوليه القضاء قال له: أبوان وبنتان لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين وخلفت من خلفت، فقال: الميت الأول ذكر أم أنثى؟ فعلم أنه عرفها، فقال له: كم سنك؟ ففطن يحيى أنه استصغره، فقال: سن معاذ لما ولاه النبي ﷺ اليمن، وسن عتاب بن أسيد لما ولاه مكة، فاستحسن جوابه وولاه القضاء.

باب تصحيح المسائل والمناسخات وقسم التركات

إذا انكسر سهم فريق عليه ضربت عدده إن باين سهامه أو وفقه لها في المسألة وعولها إن عالت، ويصير لواحداهم ما كان لجماعتهم أو وفقه.

وإن انكسر على فريقين فأكثر ضربت أحد المتماثلين، كثلاثة وثلاثة، أو أكثر المتناسبين بأن كان الأقل جزءاً من الأكثر كنصفه أو وفقهما أو بعض المباين في بعضه إلى آخره، ووفق المتوافقين كسنة وثمانية عشر في كل الآخر، ثم وفقها فيما بقي، ثم في المسألة وعولها إن عالت، فما بلغ فمنه تصح، ثم من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة، وهو المسمى جزء السهم، فما بلغ فله إن كان واحداً، وتقسمه على الجماعة.

ومتى تباين أعداد الرؤوس أو الرؤوس والسهام كأربع نسوة وثلاث جدات وخمس أخوات لأم سميت صماء، وأربع نسوة وخمس جدات وسبع بنات وتسع أخوات لأبوين أو لأب تسمى مسألة الامتحان؛ لأنها تصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين؛ لضرب الأعداد بعضها في بعضها ألفاً ومائتين وستين، ثم في المسألة، وليس في الورثة صنف يبلغ عددهم عشرة.

فصل

من مات من ورثة ميت قبل قسم تركته وورثه ورثته كالميت الأول كعصبة لهما قسمتها على من بقي، وإن لم يرث ورثة كل ميت غيره كإخوة لهم بنون صححت الأولى وقسمت سهم الميت الثاني على مسألته وصححت، كما تقدم، وإن لم يرثوا الثاني كإرثهم للأول صححت وقسمت سهم الثاني على مسألته، فإن انقسمت صحتا من الأولى، وإن لم تنقسم ضربت مسألته أو وفقها لسهامه في المسألة الأولى، ثم من

له من الأولى شيء مضروب في الثانية أو وفقها، ومن له من الثانية شيء مضروب في سهام الميت الثاني أو وفقها، فزوجة وبنت وأخ من ثمانية، ماتت البنت عن عمها، وبنت وزوج فهي من أربعة، وصحتا من ثمانية.

ولو كانت الزوجة أمًا للبنت الميتة كانت من اثني عشر، توافق سهامها بالربع، فتضرب ربعها ثلاثة في الأولى أربعة وعشرين، ولو خلفت البنت بنتين عالت إلى ثلاثة عشر، فتضربها في الأولى، لمباينتها لسهامها الأربعة، تكن مائة وأربعة، وتعمل في ميت ثالث فأكثر كعملك في الثاني مع الأول، واختصار المناسخات أن توافق سهام الورثة بعد التصحيح بجزء، كنصف وخمس وجزء من عدد أصم كأحد عشر، فترد المسائل إلى الجزء وسهام كل وارث إليه، وإن قيل: أبوان وابنتان لم يقسم حتى ماتت إحدى البنيتين احتيج إلى السؤال عن الميت الأول فإن كان رجلاً فالأب جد أبو أب وارث في الثانية، وتصحان من أربعة وخمسين، وإن كان امرأة فهو أبو أم، وتصحان من اثني عشر، وتسمى المأمونية؛ لأن المأمون سأل يحيى بن أكثم عنها فقال: من الميت الأول؟ فعلم فهمه.

فصل

إذا أمكن نسبة سهم كل وارث من المسألة بجزء، فله من التركة كنسبته، ولو قسمت التركة على المسألة وضربت الخارج بالقسم في سهم كل وارث خرج حقه، ولو ضربت سهم كل وارث في عدد التركة أو وفقها وقسمت المرتفع على المسألة أو وفقها خرج حقه.

وإن أردت القسمة على قراريط الدنيا وجعلتها كتركة معلومة وعملت كما تقدم. وتجمع السهام من العقار، كثلث وربع من قراريط الدنيا وتقسمها كما تقدم، وإن شئت أخذتها من مخرجها وقسمتها على المسألة، فإن لم تنقسم وافقت بينها وبين المسألة، ثم ضربت المسألة، أو وفقها في مخرج سهام العقار، ثم من له شيء من المسألة يضرب في السهام الموروثة، من العقار أو وفقها، فما بلغ فانسبه من مبلغ سهام العقار، ومن له شيء من تركة الميت يضرب في مسألته أو وفقها، فإن أخذ بعضهم بإرثه نقدًا معلومًا قسمته على سهامه وضربت الخارج في المسألة فهو التركة.

تنبيهات:

الأول: قوله في النسبة بعد الفصل الثاني: «ولك ضرب ما أخذ في المسألة وقسمته على سهام الزوج خرج التركة». انتهى. في هذا الكلام نظر ظاهر والصواب أن يقال:

ولك ضرب ما أخذ في المسألة وقسمته على سهام الزوج تخرج التركة.

ولك ضربه في سهام بقية الورثة وقسمته على سهامه. وإن أخذ عرضاً فطريق قيمته قسمة النقد على سهام بقية الورثة، فتضرب الخارج على سهام الآخذ من سهام البقية، فخذ بالنسبة من النقد وإن أخذ عرضاً ونقداً فألق النقد من النقد واضرب سهامه في البقية واقسمه على بقية المسألة، فالخارج حقه، فألق النقد منه والبقية قيمته.

ومن قال: إنما يرثني أربعة بنين للأكبر دينار وللثاني ديناران وللثالث ثلاثة، وللرابع أربعة، ولكل منهم بعد ما أخذ خمس الباقي فتركته ستة عشر ديناراً.

ولو قال لمن قال أوص: إنما يرثني امرأتك وجدتك وأختك وعمتك وخالتك، فقد نكح كل منهما جدتي الآخر أم أمه وأم أبيه، فأولد المريض كلاً منهما بنتين فهما من أم أب الصحيح عمنا الصحيح، ومن أم أمه خالته، وقد كان أبو المريض نكح أم الصحيح فأولدها بنتين، وتصح من ثمانية وأربعين.

قال أحمد في قوله: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةُ أُولُو الْقُرْبَى﴾ [النساء: ٨] الآية: وذلك

وقسمته على سهام الأخرى وعلى سهامه، إذ المسألة قد يكون فيها زوج، وقد لا يكون، وسبب ذلك، والله أعلم، أنه تبع صاحب المغني، والشرح، في ذلك، لكن صاحب المغني، والشرح، صوراً صورة فيها زوج، وأعطى الزوج في عمل المسألة على الطلاق الثلاث، والمصنف لم يذكر إلا قاعدة كلية، سواء كان فيها زوج أو زوجة أو غيرهما، فكلام المصنف فيه سهو، والله أعلم.

الثاني: قوله: «ولك ضربه» - أي ضرب ما أخذ - «في سهام بقية الورثة وقسمته على سهامه». انتهى. لم يظهر من هذا الكلام حكم، وأعلم أن في كلام المصنف نقصاً، وصوابه أن يقال بعد قوله: «وقسمته على سهامه» فما خرج فهو باقي التركة. وقد ذكر مثل ذلك في المغني، والشرح، وهو واضح، ولا يصح الكلام إلا به.

الثالث: قوله: «ولو قال إنما يرثني أربعة بنين، للأكبر دينار وللثاني ديناران وللثالث ثلاثة وللرابع أربعة، ولكل منهم بعد ما أخذ خمس الباقي فتركته ستة عشر ديناراً». انتهى. فقوله: «ولكل منهم بعد ما أخذ خمس الباقي سهو، فإن الأكبر إذا أخذ ديناراً وخمس الباقي يكون قد أخذ أربعة، فإذا أخذ الثاني دينارين وخمس الباقي يكون قد أخذ أربعة، فإذا أخذ الثالث ثلاثة وخمس الباقي يكون قد أخذ أربعة، فلم يبق إلا أربعة وهي نصيب الرابع، فما أخذ إلا الباقي لا غيره، وكلامه يشمل الرابع، وليس الأمر كذلك، فصوابه أن يقال: ولكل منهم بعد ما أخذ خمس الباقي إلا الرابع فإن له الباقي، والظاهر أنه سقط من الكاتب. والله أعلم. وليس في باب ذوي الأرحام شيء مما نحن بصده.

إذا قسم القوم الميراث، فقال حطان بن عبد الله: قسم لي أبو موسى بهذه الآية وفعل ذلك غيره، قال: فدل ذلك على أنها محكمة. وقال ابن المسيب: إنها منسوخة، كانت قبل الفرائض، ونقل ابن منصور أنه ذكر هذه الآية فقال: قال أبو موسى: أطعم منها، وعبد الرحمن بن أبي بكر، وذكر القاضي وغيره أن هذا مستحب، وأنه عام في الأموال، واحتج بأن محمد بن الحكم سأل أحمد عنها، فقال: أذهب إلى حديث أبي موسى يعطي قرابة الميت من حضر القسمة، وإن قال بعض الورثة: لا حاجة لي بالميراث، اقتسمه بقية الورثة، ويوقف سهمه، قاله أحمد رحمته الله.

باب ذوي الأرحام

يرثون بالتنزيل، وعنه: على ترتيب العصبية، والأول المذهب، فولد بنات الصلب وولد بنات الابن، وولد الأخوات كأمهاتهن، وبنات الإخوة والأعمام لأبوين أو لأب وبنات بنينهم، وولد الإخوة لأم كآبائهم، وأب الأم والخال والخالة كالأم، وأب أم أب وأب أم أم وأخاها وأختاها وأم أب جد بمنزلتهم، والعمات والعم من الأم كالأب، وعنه: كالعم من الأبوين، وعنه: العمة لأبوين أو لأب كجد، فعلى هذه العمة لأم والعم لأم كالجدة أمهما.

وهل عمة الأب لأبوين أو لأب كالجد أو كعم الأب من الأبوين أو كأبي الجد؟ مبني على الروايات؛ لأنها تدلي بالجد، أو بأخيه، أو بأبيه، وهل عم الأب من الأم وعممة الأب لأم كالجد، أو كعم الأب من أبوين، أو كأم الجد مبني على الخلاف، وليس كأبي الجد؛ لأنه أجنبي منهما فتجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به، فإن أدلى جماعة بوارث واستوت منزلتهم منه بلا سبق كأولاده، أو اختلفت كإخوته المفترقين وأدلو بأنفسهم فنصيبه لهم كإرثهم منه، لكن الذكر كأثني، اختاره الأكثر.

وعنه: إلا الخال والخالة، وعنه: يفضل الذكر إلا في ولد ولد الأم، وإن أدلو إليه بواسطة جعلته كميث اقتسموا إرثه، وفي تفضيل الذكر الخلاف، فثلاث خالات وعمات مفترقات كأبوين، خلف كل منهما ثلاث أخوات مفترقات، فثلث للخالات أخماس، وثلثان للعمات كذلك، وتصح من خمسة عشر، بضرب ثلاثة في خمسة، وثلاث بنات عمومة، المال للتي من الأبوين، وثلاثة أحوال لذي الأم سدس، والبقية لذي الأبوين، ويسقطهم أبو أم.

قال في الفنون: خالة الأب كأختها الجدة أم الأب، وتقدم هل العمة كأب أم لا؟.

ولما أسقطت الأم أمهات الأب كأمهاتهن علم أن كلهن يدلن بالأمومة، فالعجب من هاتين المسألتين أن قرابتي الأب من جانبي أمه وأمه كجهتين، وجهة الأمومة مع

جهة الأبوة كجهة، وإن أدلى جماعة بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم، ثم يأخذ المدلى به ما لكل واحد، ولبنت بنت نصف أمها، ولبنت بنت أخرى نصف أمهما، وإن أسقط بعضهم بعضاً عملت به، فثلاث بنات إخوة مفترقين لبنت الأخ للأم سدس والبقية للتي للأبوين كأبائهن، وأولاهم القريب من الوارث ولو بعد عن الميت، ولو اختلفت الجهة نُزِلَ كل واحد حتى يلحق بمن يدلي به، ولو أسقط القريب، كبنت بنت، بنت، وبنت أخ لأم، المال للأولى، وخالة أب وأم أبي أم المال للثانية؛ لأنها كأم، والأخرى كجدة.

وفي الترغيب رواية: الإرث للجهة القربى مطلقاً. وفي الروضة: ابن بنت، وابن أخت لأم له السدس، ولابن البنت النصف، والمال بينهما على أربعة بالرد، وفيها أن العمة كأب، وقيل: كبنت.

والجهات: الأبوة والأمومة والبنوة ويلزم عليه إسقاط بنت عمة لبنت بنت أخ، وقيل: والأخوة، ويلزم عليه إسقاطها مع بعدها لبنت أخ. وقال أبو الخطاب: والعمومة، وهو خلاف نص أحمد ويلزم عليه إسقاطها لبنت عم لأبوين.

وعنه: كل ولد للصلب جهة، وعنه: كل وارث جهة، فعمة وابن خال له ثلث ولها البقية، ومعهما خالة أم الحكم كذلك، والمذهب: يسقط بها ابن الخال ولها سدس والبقية للعممة، وخالة أم وخالة أب المال لهما كجدتين، وتسقطهما أم أبي أم، على هذه الرواية، والمذهب: تسقط هي.

وإن أدلى ذو رحم بقرايتين ورث بهما كشخصين، وحكي عنه: بأقواهما، فإن كان معهم أحد الزوجين أخذ فرضه بلا حجب ولا عول، والبقية لهم، كانفرادهم، وظاهر الخرقى، وذكره في التعليق والواضح، يقسم بينهم كما يقسم بين من أدلوا به، فزوجة وبنت بنت وبنت أخ لأب، للزوجة الربع، والبقية بينهما نصفين، وتصح من ثمانية.

وعلى الثاني: هي بينهما على سبعة؛ لبنت البنت أربعة، وللأخرى ثلاثة، وتصح من ثمانية وعشرين، بضرب سبعة في أربعة، ويعول أصل ستة خاصة إلى سبعة، كخالة وبنتي أختين من الأم وبنتي أختين من الأبوين، وكأبي أم وبنت أخ لأم، وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب ميراث الحمل

من مات عن حمل يرثه فطلب ورثته القسمة وقف له الأكثر من إرث ولدين مطلقاً.

فإذا ولد أخذه، وهل يجرى في حول الزكاة، كما قاله صاحب الرعاية من عنده من موته؛ لحكمنا له بالملك ظاهراً، حتى منعنا باقي الورثة أو أذن كما هو ظاهر كلام الأكثر، وجزم به صاحب المحرر في مسألة زكاة مال الصبي معللاً بأنه لا مال له، بدليل سقوطه ميتاً لاحتمال أنه ليس حملاً أو ليس حياً؟ فيه وجهان ذكرهما أبو المعالي قبيل الملك التام «م ١».

قال: ولو وصى لحمل ومات فوضعت لدون ستة أشهر، وقيل: وليه ملك المال، وهل ينعقد حوله من الموت أو القبول؟ فيه الخلاف في حصول الملك.

مسألة - ١: قوله: «فإذا ولد أخذه، وهل يجري في حول الزكاة كما قاله في الرعاية من عنده من موته، لحكمنا له بالملك ظاهراً، حتى منعنا باقي الورثة أو أذن كما هو ظاهر كلام الأكثر، وجزم به في المحرر في مسألة زكاة مال الصبي، معللاً بأنه لا مال له، بدليل سقوطه ميتاً، لاحتمال أنه ليس حملاً أو ليس حياً، فيه وجهان. ذكرهما أبو المعالي قبيل الملك التام». انتهى.

الصحيح ما قاله المجدد، وهو ظاهر كلام الأكثر، كما قال المصنف، قال الشيخ الموفق في فطرة الجنين: لم تثبت له أحكام لدينا إلا في الإرث والوصية بشرط خروجه حياً.

وقال في القواعد: ومنها ملكه بالميراث، وهو متفق عليه في الجملة، ولكن هل يثبت له الملك بمجرد موت مورثه، ويتبين ذلك بخروجه حياً أم لم يثبت له الملك. حتى ينفصل حياً؟ فيه خلاف بين الأصحاب، وقال في أول القاعدة: الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لا؟ حكى القاضي وابن عقيل وغيرهما في المسألة روايتين، قالوا: والصحيح أن له حكماً. انتهى.

وإن لم تكن توطأ فوضعت لمضي أربع سنين وقلنا تصح الوصية له، ففي وجوب زكاة ما مضى من المدة قبل الوضع وجهان، وما بقي لمستحقه، ويأخذ من لا يحجبه إرثه كجد، ومن ينقصه شيئاً اليقين، ومن سقط به لم يأخذ شيئاً. ويرث ويورث إن استهل صارخاً، نقله أبو طالب، قال في الروضة: هو الصحيح عندنا.

وعنه: وبصوت غيره، والأشهر: وبرضاع وحركة طويلة وغيرهما مما تعلم به حياته، لا بمجرد حركة واختلاج، وذكر الشيخ: ولو علم معهما حياة؛ لأنه لا يعلم استمرارها لاحتمال كونها كحركة المذبوح، فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه شديداً، وهو كميث. وقال القاضي وأصحابه، وجماعة: وتنفس، وفي المذهب والترغيب: إن قامت بينة بأن الجنين تنفس أو تحرك أو عطس فهو حي.

ونقل ابن الحكم: إذا تحرك ففيه الدية كاملة، ولا يرث ولا يورث حتى يستهل، وإن خرج بعضه فاستهل ثم خرج ميتاً لم يرث، على الأصح، وإن جهل مستهل من توأمين إرثهما مختلف عُيِّن بقرعة.

ولو مات كافر عن حمل منه لم يرثه؛ لحكم أحمد بإسلامه قبل وضعه، كذا في المحرر، وقيل: وهو أظهر «م ٢».

تنبيهات:

الأول: ما ذكره المصنف عن أبي المعالي من التفاريح بعد ذلك مبني على المسألة، والله أعلم.

الثاني: ذكر المصنف هذه المسألة بعينها في أول كتاب الزكاة، فحصل منه تكرار، ولكن هنا زيادات على ذلك.

الثالث: قوله: «وفي المذهب والترغيب إن قامت بينة بأن الجنين تنفس أو تحرك أو عطس فهو حي». انتهى. قال في المذهب في هذا الباب: إذا استهل المولود صارخاً بعد انفصاله جميعه ورث وورث، وإن لم يصرخ بل عطس أو بكى أو ارتفع فكذلك، فإن تحرك أو تنفس لم يكن كالاستهلال. انتهى. فهذا مخالف لما نقله المصنف عنه في التنفس والتحرك، والله أعلم.

مسألة - ٢: قوله: «ولو مات كافر عن حمل منه لم يرثه، لحكم أحمد بإسلامه قبل وضعه، كذا في المحرر، وقيل: يرثه، وهو أظهر». انتهى. ما قاله في المحرر هو الصحيح، نص عليه، ونصره في القواعد الفقهية بأدلة جيدة، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. وقطع به في النظم والمنور، وما اختاره المصنف

وفي المنتخب: يحكم بإسلامه بعد وضعه ويرثه، ثم ذكر عن أحمد إذا مات حكم بإسلامه ولم يرثه، وحمله على ولادته بعد القسمة. وكذا إن كان من كافر غيره فأسلمت أمه قبل وضعه.

ومن زوج أمته بحرراً فأحبها فقال السيد: إن كان حملك ذكراً فأنت وهو قَتَان، وإلا فحرّان، فهي القائلة: إن ألد ذكراً لم أرث ولم يرث وإلا ورثنا.

ومن خلفت زوجاً وأماً وإخوة لأم وامرأة أب حاملاً فهي القائلة: إن ألد أنثى ورثت لا ذكراً.

ومن خلف ورثة وأماً مزوجة، ففي المغني: ينبغي أن لا يطأ حتى تُستبرأ، وذكر غيره: يحرم ليعلم أحامل «م ٣». فإن وطئ، ولم تُستبرأ فأتت به بعد نصف سنة من وطئه لم يرثه، قال أحمد: يكف عن امرأته، وإن لم يكف فجاءت به بعد ستة أشهر فلا أدري هو أخوه أم لا؟

وقال: إنه أظهر اختاره القاضي في بعض كتبه، وهو الصواب.

مسألة - ٣: قوله: «ومن خلف ورثة وأماً مزوجة ففي المغني: ينبغي ألا يطأ حتى تستبرأ، وذكر غيره: يحرم، ليعلم أحامل أم لا؟». انتهى.

قلت: الصواب التحريم. وهو المذهب، وعليه الأكثر.

فهذه ثلاث مسائل في هذا الباب.

باب ميراث المفقود

من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كآسر وتجارة وسياحة انتظر به تنمة تسعين سنة منذ ولد، وعنه: أبداً، فيجتهد الحاكم، كغيبة ابن تسعين، ذكره في الترغيب، وعنه: أبداً حتى يتيقن موته.

وعنه: زمناً لا يعيش مثله غالباً، اختاره أبو بكر وغيره. وقال ابن عقيل: مائة وعشرين سنة منذ ولد.

وقال ابن رزين: يحتمل عندي أربع سنين لقضاء عمر، وإنما هو في مهلكة، وإن كان ظاهرها هلاكه كمفقود بين أهله أو في مفازة مهلكة كالحجاز أو غرقت سفينته فسلم قوم دون قوم انتظر تنمة أربع سنين.

وعنه: مع أربعة أشهر وعشراً، وعنه: هو كالقسم قبله، وفي الواضح: وعنه: زمناً لا يجوز مثله، قال: وحدّها في بعض رواياته بتسعين، وقيل: بسبعين، نقل الميموني في عبد مفقود: الظاهر أنه كالحر. ونقل مهنا، وأبو طالب في الأمة على النصف.

ويزكي قبل القسمة لما مضى، نص عليه. فإن مات مورثه في مدة التربص أخذ كل وارث اليقين ووقف الباقي، فاعمل مسألة حياته ثم موته ثم اضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى، واجتزئ بإحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، ويأخذ اليقين الوارث منهما، ومن سقط في إحداهما لم يأخذ شيئاً.

ولبقية الورثة الصلح على ما زاد عن نصيبه، كأخ مفقود في الأكدرية مسألة الحياة والموت من أربعة وخمسين، للزوج ثلث، وللأم سدس، وللجد تسعة، من مسألة الحياة، وللأخت منها ثلاثة تبقى خمسة عشر على رواية رد الموقوف له إلى ورثة الأول، وعلى رواية قسمة نصيبه مما وقف على ورثته وهي ستة؛ لأنه ورث

مثلي الأخت يبقى تسعة، كذا ذكر في الشرح روايتين، والمعروف وجهان «م ١». ولهم الصلح على كل الموقوف إن حجب أحدًا، ولم يرث أو كان أخًا لأب عصب أخته مع زوج وأخت لأبوين. وقيل: تعمل مسألة حياته، وتقف نصيبه إن ورث. وفي أخذ ضمين ممن معه زيادة محتملة وجهان «م ٢». ومتى بان حيًا يوم موت موروثه فله حقه والباقي لمستحقه، وإن بان ميتًا فالموقوف لورثة الميت الأول، وقال في المغني: وكذا إن جهل وقت موته.. وإن مضت مدة تربصه ولم يبين حاله، فقيل: ما وقف له لورثته إذن كبقية ماله فيقضي منه دينه في مدة تربصه، وقيل - وجزم به في الكافي وصححه في المحرر -:

مسألة - ١: قوله: «ولبقية الورثة الصلح على ما زاد على نصيبه، كأخ مفقود في الأكدرية، مسألة الحياة والموت من أربعة وخمسين، للزوج ثلث، وللأم سدس، وللجد تسعة، من مسألة الحياة، وللأخت منها ثلاثة، تبقى خمسة عشر على رواية ردّ الموقوف إلى ورثة الأول، وعلى رواية قسمة نصيبه مما وقف على ورثته وهي ستة، لأنه ورث مثلي الأخت، يبقى تسعة، كذا ذكر في الشرح روايتين، والمعروف وجهان. انتهى. يعني إذا مات ميت يرثه المفقود فإنه يدفع إلى كل وارث اليقين ويوقف الباقي، فإن قدم أخذ نصيبه، وإن لم يقدم فهل حكمه حكم ماله أو يرد إلى ورثة الميت الذي مات في غيبته؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: أنه يكون لورثة المفقود، وهو الصحيح، صححه في المحرر والنظم، قال في الفائق: هو قول غير صاحب المغني، فيه، وقطع به في الكافي، والمقنع، وشرح ابن منجا، والوجيز وغيرهم. وقدمه في المحرر أيضًا والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: يرد إلى ورثة الميت الذي مات في مدة التربص، قطع به في المغني، وقدمه في الرايتين.

مسألة - ٢: قوله: «وفي أخذ ضمين ممن معه زيادة محتملة وجهان». انتهى. يعني على القول بعمل مسألة حياته ووقف نصيبه إن ورث، وأطلقهما في المحرر والحاوي الصغير.

أحدهما: يؤخذ ضمين بذلك، وهو الصحيح، جزم به ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الرايتين والحاوي الصغير، وصححه الناظم.

الوجه الثاني: لا يؤخذ.

وينفق على زوجته، وقيل: يرد إلى ورثة الأول، فلا يقضي ولا ينفق، جزم به صاحب المجرد والتهذيب والفصول والمستوعب والمغني وغيرهم «م ٣».

ومتى قدم بعد قسم ماله أخذ ما وجده بعينه، والتالف مضمون في رواية صححها ابن عقيل: وغيره، وجزم به الشيخ، ونقل ابن منصور: لا، إنما قسم بحق لهم، اختاره جماعة «م ٤».

وإن حصل لأسير من وقف تسلمه وحفظه وكيله، ومن ينتقل إليه بعده جميعاً، ذكره شيخنا، ويتوجه وجه: ويكفي وكيله. والمشكل نسبه كمفقود.

ومن قال أحدهما ابني، ثبت نسب أحدهما، فيعينه، فإن مات فوارثه، فإن تعذر أرى القافة فإن تعذر عتق أحدهما بقرعة ولا مدخل للقرعة في النسب. على ما يأتي.

مسألة - ٣: قوله: «وإن مضت مدة تربصه ولم يبين حاله، فقيل: ما وقف له لورثته إذن، كبقية ماله، فيقضي منه دينه في مدة تربصه، وقيل: وجزم به في الكافي، صححه في المحرر: وينفق على زوجته، وقيل: يرد إلى ورثة الأول، فلا يقضي ولا ينفق، جزم به صاحب المجرد والتهذيب والفصول والمستوعب، والمغني، وغيرهم». انتهى. قال في القاعدة التاسعة والخمسين بعد المائة: يقسم ماله بعد انتظاره.

وهل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقدته أو لا يثبت إلا من حين إباحة أزواجه وقسمة ماله؟ على وجهين، ينبني عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا؟ ونص عليه يزكي ماله بعد مدة انتظاره، معللاً بأنه مات وعليه زكاة.

وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد المدة، وهو الأظهر. انتهى. وهو موافق لما قاله في الكافي، والمحرر، وغيرهما، وهو الصحيح، وقدمه في الرعايتين والفائق، وغيرهم. وصححه في النظم وغيره، وكثير من الأصحاب بناهما على المسألة الأولى، وهو الصحيح.

مسألة - ٤: قوله: «ومتى قدم بعد قسم ماله أخذ ما وجده بعينه، والتالف مضمون، في رواية صححها ابن عقيل وغيره، وجزم به الشيخ، ونقل ابن منصور: لا، إنما قسم بحق لهم، اختاره جماعة»، انتهى.

الرواية الأولى: هي الصحيحة في المذهب، نص عليها في رواية عبد الله، واختاره أبو بكر، قال في الفائق: وهو أصح، وصححه ابن عقيل وغيره، واختاره الشيخ وغيره، كما قاله المصنف.

والرواية الثانية: اختارها جماعة، وقدمها في الرعاية الكبرى.

ولا يرث ولا يوقف، ويصرف نصيب ابن لبيت المال، ذكره في المنتخب عن القاضي، وذكر الأزجي عن القاضي: يعزل من التركة ميراث ابن يكون موقوفًا في بيت المال؛ للعلم باستحقاق أحدهما، قال الأزجي: والمذهب الصحيح: لا وقف؛ لأن الوقف إنما يكون إذا رجي زوال الإشكال «م ٥».

مسألة - ٥: قوله: «ومن قال أحدهما ابني ثبت نسب أحدهما، فيعينه، فإن مات فوارثه، فإن تعذر أري القافة، فإن تعذر عتق أحدهما بقرعة ولا يرث ولا يوقف، ويصرف نصيب ابن لبيت المال، ذكره في المنتخب عن القاضي، وذكر الأزجي عن القاضي يعزل من التركة ميراث ابن يكون موقوفًا في بيت المال، للعلم باستحقاق أحدهما، قال الأزجي: والمذهب، الصحيح: لا وقف؛ لأن الوقف إنما يكون إذا رجي زوال الإشكال». انتهى كلام المصنف.

قال في الرعايتين والحاوي الصغير، والفائق: ومن افتقر نصيبه إلى قائف فهو في مدة إشكاله كالمفقود. انتهى.

قلت: ويحتمل أن يقرع بينهما لأجل الميراث، فمن قرع استحققه، والله أعلم. فهذه خمس مسائل في هذا الباب.

تنبيه: قوله: «وقال: هل يعتبر السبق في الانقطاع؟ فيه روايتان». انتهى. هذا من كلام أبي الفرج، والمذهب، ما قدمه المصنف بقوله: «وإن خرجا معًا اعتبر أكثرهما».

باب ميراث الخنثى

وهو من له شكل ذكر رجل وفرج امرأة، فإن بال أو سبق بوله من ذكره فهو ذكر، نص عليه، وعكسه أنثى، وإن خرج منهما معًا اعتبر أكثرهما، فإن استويا فمشكل.

وقيل: لا يعتبر أكثرهما، ونقل ابن هانئ: وهو ظاهر كلام أبي الفرج وغيره، وقال: هل يعتبر السابق في الانقطاع؟ فيه روايتان. وفي التبصرة: يعتبر أطولهما خروجًا، ونقله أبو طالب؛ لأن بوله يمتد وبولها يسيل.

وقدم ابن عقيل: الكثرة على السابق. وقال هو والقاضي: إن خرجا معًا حكم للمتأخر، وفي عيون المسائل: إن حاض من فرج المرأة أو احتلم منه أو أنزل من ذكر الرجل لم يحكم ببلوغه، لجواز كونه خلقة زائدة، وإن حاض من فرج النساء وأنزل من ذكر الرجل فبالغ بلا إشكال يأخذ ومن معه اليقين، ويوقف الباقي حتى يبلغ فيعمل بما ظهر من علامة رجل أو امرأة، كنبات لحيته أو تغلثك ثدييه، والمنصوص: أو سقوطهما.

وبلوغه بالسن أو الإنبات، وكذا إن حاض من فرجه وأنزل من ذكره، فإن وجد أحدهما فوجهان «م ١».

مسألة - ١: قوله: «وبلوغه بالسن أو الإنبات، وكذا إن حاض من فرجه وأنزل من ذكره، فإن وجد أحدهما فوجهان». انتهى.

أحدهما: لا يحصل البلوغ بذلك، قال القاضي: ليس واحد منهما علمًا على البلوغ.

والوجه الثاني: يحصل به، قطع به في الكافي، وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وصححه في التلخيص، وغيره، قال في الرعاية الكبرى: والصحيح أن الإنزال علامة البلوغ مطلقًا، وهو الصواب.

وإن وجدًا من مخرج واحد فلا ذكر ولا أنثى وفي البلوغ وجهان «م ٢». وقيل: إن انتهى أنثى فذكر في كل شيء. وفي الجامع: لا في إرث ودية؛ لأن للغير حقًا، وقيل: أو انتشر بوله على كثيب رمل والعكس بالعكس. وقال ابن أبي موسى: تعد أضلاعه، فسته عشر أضلاع ذكر، وسبعة عشر أنثى. فإن مات أو بلغ بلا أمانة وورث بكونه ذكرًا أو أنثى أخذ نصفه، وإن ورث بهما فله نصف إرثهما، كولد الميت معه بنت وابن، له ثلاثة، وللابن أربعة، وللبنت سهمان.

وقال الأكثر: تعمل المسألة على أنه ذكر ثم أنثى وتضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى واجتزئ بإحداهما إن تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا، واضربها في الحالين، ثم من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو وفقها، واجمع ما له منهما إن تماثلتا. وإن كانا خنثيين فأكثر نزلتهم بعدد أحوالهم، كإعطائهم اليقين قبل البلوغ، وكالمفقودين، وقيل: حالين ذكورًا وإنثاء. وقال ابن عقيل: تقسم التركة ولا يوقف مع خنثى مشكل، على الأصح.

مسألة - ٢: قوله: «وإن وجدًا من مخرج واحد فلا ذكر ولا أنثى، وفي البلوغ وجهان»، انتهى. وأطلقهما في الرعاية الصغرى، والفاثق. أحدهما: لا يحصل به البلوغ، قدمه في الرعاية الكبرى. والوجه الثاني: يحصل به البلوغ، قطع به في الحاوي الكبير. قلت: وهو الصواب.

تنبيهان:

الأول: قوله: «فلا ذكر ولا أنثى» يعني ليس هذا علامة للذكر ولا علامة للأنثى، وإلا فهو في الحقيقة إما ذكر وإما أنثى.

الثاني: قوله: «فإن مات أو بلغ بلا أمانة وورث بكونه ذكرًا أو أنثى أخذ نصفه، وإن ورث بهما فله نصف إرثهما، كولد الميت معه بنت وابن، له ثلاثة، وللابن أربعة، وللبنت سهمان. وقال الأكثر: تعمل المسألة على أنه ذكر ثم أنثى، وتضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى، إلى آخره. ما قدمه المصنف هو اختيار الشيخ الموفق، وجزم به في الوجيز، والصحيح من المذهب القول الثاني، اختاره الأصحاب.

وقال الشيخ في المغني، والمقنع، والشارح، وغيرهم. وقال أصحابنا: تعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى إلى آخره.

فهاتان مسألتان في هذا الباب، وليس في باب ميراث الغرقى ونحوهم شيء مما نحن بصدده، والله أعلم.

باب ميراث الغرقى ونحوهم

إذا علم موت متوارثين معًا فلا إرث، وإن جهل السابق بالموت أو علم وجهل عينه ورث كل منهما من الآخر، نص عليه، اختاره الأكثر، من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه؛ لثلا يدور فيقدر أحدهما مات أولاً ويورث الآخر منه، ثم يقسم إرثه منهما على ورثته الأحياء، ثم يعمل بالآخر كذلك.

فلو جهل موت أخوين أحدهما عتيق زيد والآخر عتيق عمرو كان مال كل منهما لمعتق الآخر. زوج وزوجة وابنه خلف امرأة أخرى وأمًا وخلفت ابنًا من غيره وأبًا، فتصح مسألة الزوج من ثمانية وأربعين، لزوجته الميتة ثلاثة، وللأب سدس، ولابنها الحي ما بقي، رددت مسألتها إلى وفق سهامها بالثلث اثنين، ولابنه أربعة وثلاثون، لأم أبيه سدس، ولأخيه لأمه سدس، وما بقي لعصبته، فهي من ستة، توافق سهامه بالنصف، فاضرب ثلاثة في وفق مسألة الأم اثنين، ثم في المسألة الأولى ثمانية وأربعين، تكن مائتين وثمانية وثمانين، ومنها تصح، ومسألة الزوجة من أربعة وعشرين، فمسألة الزوج منها من اثني عشر، ومسألة الابن منها من ستة، دخل وفق مسألة الزوج اثنان في مسألتها، فاضرب ستة في أربعة وعشرين تكن مائة وأربعة وأربعين، ومسألة الابن من ثلاثة، فمسألة أمه من ستة، ولا موافقة ومسألة أبيه من اثني عشر، فاجتزئ بضرب وفق سهامه ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر وكذا لو علم السابق ثم نسي.

وقيل: بالقرعة. وقال الأزجي: إنما لم تجز القرعة؛ لعدم دخول القرعة في النسب، وقال الويّ: يعمل باليقين ويقف مع الشك.

وإن ادعى ورثة كل ميت سبق الآخر، ولا بينة أو تعارضت تحالفًا، ولم يتوارثا، نص عليه، اختاره الأكثر. وقال جماعة: بلى.

وخرجوا منها المنع في جهلهم الحال، واختاره شيخنا، وقيل: بالقرعة. وقال جماعة: إن تعارضت البينة وقلنا يقسم قسم بينهما ما اخ تلفاً فيه نصفين، ويرث من شك في وقت موته ممن عين وقته، وقيل: لا.

باب ميراث المطلقة

من أبان زوجته في غير مرض الموت المخوف لم يتوارثا، وترثه في طلاق رجعي لم تنقض عدته، وفي مرض مخوف ولم يموت ولم يصح، بلى لُسع أو أكل.

وإن أبانها في مرض موته المخوف متهمًا بقصد حرمانها كمن طلقها ثلاثًا ابتداءً، أو بعوض من غيرها أو علقها على فعل لا بد لها منه شرعًا أو عقلاً ففعلته أو أقر أنه كان أبانها في صحته خلافًا للمنتخب فيها أو علق إبانة ذمية أو أمة على إسلام وعق، أو علم أن سيدها علق عتقها لغد فأبانها اليوم، أو وطئ عاقلاً وقيل: مكلفًا حماته أو علقها في صحته على مرضه أو على فعل له ففعله في مرضه أو على تركه نحو: لأتزوجن عليك فمات قبل فعله أو وكل في صحته من يبينها متى شاء فأبانها في مرضه، لم يرثها. وترثه ما لم تتزوج، نقله واختاره الأكثر ما لم ترتد، فإن أسلمت فروايتان «م ١» فلو تزوج أربعًا غيرها ثم مات صح، على الأصح فترثه الخمس،

مسألة - ١: قوله: بعد ذكر مسائل في الطلاق المتهم فيه في مرضه: «لم يرثها وترثه ما لم تتزوج، نقله واختاره الأكثر، ما لم ترتد، فإن أسلمت فروايتان». انتهى.

يعني إذا طلقها طلاقًا متهمًا فيه في مرض موته ورثته ما لم تتزوج أو ترتد، فإن ارتدت لم ترثه، فإن عادت أسلمت فهل ترثه أم لا؟ أطلق الروايتين، وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير.

إحداهما: لا ترثه أيضًا، وهو الصحيح، قدمه في المحرر والفائق، وصححه.

والرواية الثانية: ترثه، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب.

تنبيه: قوله: «ولو كان موضعها أربع فهل ترثه الثمان أو المبتوتات؟ على الروايتين». مراده بالروايتين الروايتان اللتان فيما إذا تزوج أربعًا بعد المبتوتة هل ترثه الخمس أخماسًا أو ترث المبتوتة ربع ميراث الزوجات والباقي لهن، وقدم أنه للخمس أخماسًا، فكذا يكون للثمان على المقدم.

وعنه: رُبعه لها والبقية لهن إن تزوجهن في عقد، وإلا فلثلاث سوابق به، ولو كان موضعها أربع فهل ترثه الثمان أو المبتوتات؟ على الروائيتين، فإن تزوجت أو ماتت فحقها للجدد في عقد وإلا فللسابقة إلى كمال أربع بالمبتوتة.

وعنه: لا ترث مبتوتة بعد عدتها، اختاره في التبصرة، وفي بائن قبل الدخول الروائتان، وكذا عدة وفاة، وقيل: طلاق، وتكملة مهر، وعنه: لا عدة فقط، وعنه: لا يكمل فقط.

وإن لم يتهم بقصد حرمانها كتعليقه إبانها في مرض موته على فعل لها منه بدٌ فتفعله عالمة به، أو أبانها بسؤالها فيه فكصحيح، وعنه: كمتهم، صححها في المستوعب وشيخنا، كمن سألتها طلقة فطلقها ثلاثاً، قال أبو محمد الجوزي: وإن سألتها الطلاق فطلقها ثلاثاً لم ترثه، وهو معنى كلام غيره، وحسن الشيخ في قوله: إن لم أطلقك فأنت طالق أنه إن علقه على فعلها ولا مشقة عليها فيه فأبت لم يتوارثا، فإن قذفها في صحته ولاعنها في مرضه وقيل: للحد لا لنفي ولد، أو علق إبانها على فعل لها لا بد لها منه ففعلته في مرضه ورثته، على الأصح.

وجزم جماعة: لا ترثه في الأولى.

وإن علقه بفعل زيد كذا ففعله في مرضه أو بشهر فجاء في مرضه فروائتان «م ٢ و٣» والزوج في إرثها إذا قطعت نكاحها منه كفعله، وكذا ردة أحدهما، ذكره في

وقوله: «وفي بائن قبل الدخول الروائتان». مراده بهما اللتان في إرث المبتوتة بعد انقضاء العدة وقبل أن تتزوج، وقدم أنها ترث ما لم تتزوج، فكذا هذه.

وقوله: «وكذا عدة وفاة» مبني عليهما أيضاً، فإن قلنا ترث ما لم تتزوج اعتدت للوفاة، وإلا فلا.

مسألة - ٢ - ٣: قوله: «وإن علقه بفعل زيد كذا ففعله في مرضه أو بشهر فجاء في مرضه فروائتان». انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى: إذا علقه بفعل زيد كذا ففعله في مرضه فهل ترثه أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحداهما: لا ترثه، وهو ظاهر ما صححه الشارح وغيره، وهو الصواب.

والرواية الثانية: ترثه.

المسألة الثانية: إذا علق طلاقها بشهر فجاء الشهر في مرضه فهل ترثه أم لا؟ أطلق الخلاف فيه.

الانتصار، وذكره الشيخ قياس المذهب، والأشهر: لا، وكذا خرج الشيخ في بقية الأقارب.

وإن أكره ابن وارث عاقل - ولو نقص إرثه أو انقطع - زوجة أبيه المريض على فسخ نكاحها وعنه: ولو طأوعته لم يقطع إرثها إلا أن تكون له امرأة وارثة غيرها أو لم يتهم. والاعتبار بالتهمة حال الإكراه، وجزم بعضهم: إن انتفت التهمة بقصد حرمانها الإرث أو بعضه لم ترثه، في الأصح.

فيتوجه منه: لو تزوج في مرضه مضارة لينقص إرث غيرها وأقرت به لم ترثه، ومعنى كلام شيخنا - وهو ظاهر كلام غيره -: ترثه؛ لأن له أن يوصي بالثلث، قال: ولو وصى بوصايا آخر أو تزوجت المرأة بزواج يأخذ النصف فهذا الموضع فيه نظر، فإن المفسدة إنما هي في هذا. ومن جحد إبانة ادّعتها امرأته لم ترثه إن دامت على قولها.

وإن مات عن زوجات لا يرثه بعضهن لجهل عينها أخرج الوارثات بالقرعة، ولو قتلها في مرضه ثم مات لم ترثه، لخروجها من حيز التملك والتمليك، ذكره ابن عقيل: وغيره، ويتوجه خلاف، كمن وقع في شبكته صيد بعد موته، يأتي في دخول دية في وصية، إن شاء الله تعالى.

إحداهما: لا ترثه، وهو الصحيح، قدمه في الكافي، والمغني، وصححه أيضًا في المقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وجزم به الوجيز وغيره، وقدمه في المحرر وغيره، وهذه المسألة عدم الإرث فيها أولى من المسألة التي قبلها.

والرواية الثانية: ترثه، قلت: وهو ضعيف، لعدم التهمة، وفي إطلاق المصنف نظر في هذه، فهذه ثلاث مسائل في هذا الباب.

باب ميراث أهل الملل والقاتل

لا يرث كافر مسلمًا ولا مسلم كافرًا، ويتوارثان بالولاء؛ لثبوته، وعنه: لا توارث، فعليها يرث عصبة سيده الموافق لدينه وورث شيخنا المسلم من ذمي؛ لثلاث: يمتنع قربه من الإسلام، ولوجوب نصرهم ولا ينصروننا ولا موالاة، كمن آمن ولم يهاجر نصره ولا ولاء له، للآية، فهو لاء لا ينصروننا ولا هم بدارنا لننصرهم دائمًا، فلم يكونوا يرثون ولا يورثون، والإرث كالعقل، وقد بين في قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ﴾ في الأحزاب [الآية: ٦] أن القريب المشارك في الإيمان والهجرة أولى ممن ليس بقربة، وإن كان مؤمنًا مهاجرًا.

ولما فتحت مكة توارثوا، ومن لزمته الهجرة ولم يهاجر فالآية فيه، إلا من له هناك نصرة وجهاد بحسبه فيرث.

وفي الرد على الزنادقة أن الله حكم على المؤمنين لما هاجروا أن لا يتوارثوا إلا بالهجرة، فلما كثر المهاجرون رد الله الميراث على الأولياء هاجروا أو لم يهاجروا.

وفي عيون المسائل: كان التوارث في الجاهلية ثم في صدر الإسلام بالحلف والنصرة، ثم نسخ إلى الإسلام والهجرة بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾ [الأنفال: ٧٢] فكانوا يتوارثون بالإسلام والهجرة مع وجود النسب، ثم نسخ بالرحم والقربة، قال: فهذا نسخ مرتين، كذا رواه عكرمة.

وإن أسلم كافر قبل قسمة إرث قريب مسلم ورثه، وعنه: لا، صححها جماعة، كقن عتق قبل قسمة على الأصح.

والكفر ملل مختلفة، فلا يتوارثون مع اختلافها، وعنه: ثلاثة: اليهودية والنصرانية ودين غيرهم، وعنه: كله ملة فيتوارثون، اختاره الخلال، واختار صاحبه الأولى.

ويتوارث حربي ومستأمن، وذمي ومستأمن. وفي المنتخب: يرث مستأمنًا ورثته بحرب؛ لأنه حربي وفي الترغيب: هو في حكم ذمي. وقيل: حربي.

نقل أبو الحارث: الحربي المستأمن يموت هنا يرثه ورثته وكذا ذمي وحربي، نقله يعقوب. وقاله القاضي في تعليقه.

قال في الانتصار: هو الأقوى في المذهب. قال الشيخ: هو قياسه. وفي المحرر: اختار الأكثر: لا، وذكره أبو الخطاب في التهذيب اتفاقاً.

ولا يرث مرتد أحدًا، فإن أسلم قبل القسمة فالروایتان، وإن قتل عليها أو مات فماله فيء، وعنه: لو ارث مسلم، اختاره شيخنا؛ لأنه المعروف عن الصحابة علي وابن مسعود، ولأن رده كمرض موته، وعنه: من أهل دينه الذي اختاره.

والداعية إلى بدعة مكفرة ماله فيء، نص عليه في الجهمي وغيره، وسيأتي ذلك، وعلى الأصح: أو غير داعية، وهما في غسله والصلاة عليه وغير ذلك.

ونقل الميموني في الجهمي إذا مات في قرية ليس فيها إلا نصارى من يشهده؟ قال: أنا لا أشهده، يشهده من شاء.

قال ابن حامد: ظاهر المذهب خلافها على نقل يعقوب وغيره، وأنه بمثابة أهل الردة في وفاته وماله ونكاحه، قال: وقد يتخرج على رواية الميموني أنه إن تولاه متول فإنه يحتمل في ماله وميراثه أهله وجهان، وذكر غيره رواية الميموني، نقل: أنا لا أشهد الجهمية ولا الرافضة، ويشهده من شاء، قد ترك النبي ﷺ الصلاة على أقل من ذي الدين والغلول وقتل نفسه.

وقال صاحب المحرر: إن أراد به الإباحة لا الإنكار فمحمول على المقلد غير الداعية؛ لأنه فاسق، كالفاسق بالفعل. والزندق وهو المنافق كمرتد.

قال في الفصول: وأكد، حيث لا تقبل توبته، فالمراد إذا لم يتب أو تاب ولم نقبلها، وذكر الروایتين إذا تاب في قتله وأحكام الإسلام الظاهرة، واحتج جماعة منهم الشيخ بكف النبي ﷺ: عنهم بإظهار الشهادة مع علم الله له بباطنهم، وكذا قال ابن الجوزي بعد أن ذكر هل جهادهم بالكلام أم بالسيف؟ وأورد على الثاني أنه لم يقع، فأجاب أنه إذا أظهره، فإن لم، فإنه أمر أن يأخذ بظاهرهم ولا يبحث عن سرهم، وكذا قال شيخنا: هذا كان أولاً، ثم نزل: ﴿مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا ثُقُفُوا أُحْذَرُوا وَقُتِلُوا تَقْتِيلًا﴾ [الأحزاب: ٦١] فعلم أنهم إن أظهره كما كانوا قتلوا. وقال ابن الجوزي في هذه الآية: معنى الكلام: الأمر، أي هذا الحكم فيهم سنة الله، أي سن في الذين ينافقون الأنبياء ويرجعون بهم أن يفعل بهم هذا. وقال: قال المفسرون وقد أغري بهم ف قيل: له: ﴿جَهْدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ﴾ [التوبة: ٧٣].

وعند شيخنا: يرث ويورث؛ لأنه ﷺ لم يأخذ من تركه منافق شيئاً ولا جعله فيئاً، فعلم أن الميراث مداره على النصرة الظاهرة، قال: واسم الإسلام يجري عليهم في الظاهر «ع».

وعند شيخنا وغيره: قد يسمى من فعل بعض المعاصي منافقاً؛ للخبر، وقاله ابن حامد، واحتج بأن ابن هانئ سأل أحمد عمن لا يخاف النفاق على نفسه، قال أحمد: ومن يأمن النفاق؟ فبين أنه غالب في حال الإنسان.

وقال القاضي وغيره: من أحكام النفاق، قطع الإرث وتحريم النكاح، وهذا المعنى لا يثبت فيمن ارتكب المعاصي، فوجب أن لا يوصف بهذا الاسم، وحمل الخبر على التغليظ.

وإن أسلم مجوسي أو حاكم إلينا ورث بقرابته، وعنه: بأقواهما. وكذا مسلم بولد ذات محرم وغيرها بشبهة تثبت النسب. وفي المغني: وكذا من يجري مجرى المجوس ممن ينكح ذات محرم.

ولا إرث بنكاح ذات محرم ولا بنكاح لا يقر عليه كافر لو أسلم، فلو أولد بنته بنتاً بتزويج فخلفهما وعمّاً فلهما الثلثان والبقية لعمه، فإن مات الكبرى بعده فالمال للصغرى؛ لأنها بنت وأخت لأب، فإن ماتت قبل الكبرى فلهما ثلث نصف، والبقية للعم، ثم لو تزوج الصغرى فولدت بنتاً وخلف معهن عمّاً فلبناته الثلثان وما بقي له، ولو مات بعده بنته الكبرى فللوسطى النصف؛ لأنها بنت، وما بقي لها وللصغرى؛ لأنهما أختان لأب، فيصح من أربعة، فهذه بنت بنت ورثت مع بنت فوق السدس، ولو مات بعده الوسطى فالكبرى أم وأخت لأب، والصغرى بنت وأخت لأب، فللأم السدس، وللبنت النصف، وما بقي لهما بالتعصيب.

فإن مات الصغرى بعدها فأم أمها أخت لأب، فلهما الثلثان، وما بقي للعم، ولو مات بعده بنته الصغرى فللوسطى بأنها أم السدس، وحجبت نفسها، ولهها الثلثان بأنهما أختان لأب، وما بقي للعم، ولا ترث الكبرى؛ لأنها جدة مع أم، فهذه جدة حجبت أمّاً وورثت معها. ومن حجبت بنفسه عمل به.

ولا يرث مكلف أو غيره انفراد أو شارك بقتل موروثه ولو بسبب إن لزمه قود أو دية أو كفارة، وإلا ورث، فلا ترث من شربت دواء فأسقطت من الغرة شيئاً، نص عليه.

وقيل: من أدب ولده فمات لم يرثه، وأنه إن سقاه دواء أو فصدّه أو بط سلعته لحاجته فوجهان وأن في الحافر احتمالين، ومثله نصب سكين ووضع حجر ورش ماء

وإخراج جناح. وفي إرث باغ عادلاً روايتان «م ١».

وجزم في التبصرة والترغيب: لا يرثه، ونصره جماعة، وفي عكسه رواية، اختاره ابن حامد وغيره، فلهذا عنه رواية: لا يرث قاتل، واختار الشيخ وغيره: إن جرحه العادل ليصير غير ممتنع ورثه، لا إن تعمد قتله ابتداءً، وهو متجه، وذكر أبو الوفاء وأبو يعلى الصغير أن أحد طريقي بعض أصحابنا أنه يرث من لا قصد له من صبي ومجنون، وإنما يحرم من يتهم، وصححه أبو الوفاء، ونص أحمد خلافه؛ لأنه قد يظهر الجنون ليقنتله، وقد يحرض عاقل صبيًا، فحسمنا المادة، كالخطأ، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «أنه إن سقاه دواء أو فصدّه أو بط سلعته لحاجته فوجهان». انتهى.
هذا من تنمة طريقة مؤخرة عند المصنف، والمذهب، ما قدمه، وهو عدم الإرث.

مسألة - ١: قوله: «وفي إرث باغ عادلاً روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

إحداهما: يرثه، قال في المحرر: لا يمنع الإرث، على الأصح، قال في الفائق: لا يمنع الإرث، في الأصح، قال الناظم: هذا أولى، قال الزركشي: وصححه في الهداية، قلت: وفي المستوعب كما في الهداية، وليس بالصريح في ذلك، لكن ظاهر كلامهما إدخال هذه المسألة في التصحيح، وقدمه في المقنع، والكافي، وقال: هو أظهر في المذهب، قال الشارح: هذا ظاهر المذهب، وجزم به في الوجيز وغيره.

والرواية الثانية: يمنع الإرث، جزم به في التبصرة والترغيب والمذهب، والقاضي في الجامع الصغير، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيخ في المغني، في قتال أهل البغي، ونصره جماعة من الأصحاب، وهو ظاهر كلام الخرقى، فهذه مسألة واحدة.

باب ميراث المعتق بعضه

لا يورث رقيق، وكذا لا يرث، نص عليه. وعنه: بلى، عند عدم، ذكره في المذهب وأبو البقاء في الناهض.

وإن هائياً معتق بعضه سيده أو قاسمه في حياته فتركته كلها لورثته، وإلا فإنه يرث ويورث ويحجب بقدر حرية بعضه، وكسبه بها لورثته ثم لمعتق بعضه.

فبنت نصفها حرّ وأم وعم، للبنت الربع وللأم الربع، يحجبها عن نصف سدس، والبقية للعم سهمان من أربعة، فلو كان مكانها عصبه نصفه حر، كابن، فهل يأخذ النصف أو نصف البقية بعد ربع الأم أو نصف ما يستحقه بكمال حرّيته مع ذي الفرض؟ فيه أوجه «م ١».

مسألة - ١: قوله: «فبنت نصفها حر وأم وعم، للبنت الربع، وللأم الربع يحجبها عن نصف سدس، والبقية للعم سهمان من أربعة، فلو كان مكانها عصبه نصفه حر كابن فهل يأخذ النصف أو نصف البقية بعد ربع الأم أو نصف ما يستحقه بكمال حرّيته مع ذوي الفرض؟ فيه أوجه». انتهى. وأطلقهن في المحرر والحاوي الصغير، والفائق، والقواعد.

أحدها: يستحق نصف ما يستحقه بكمال حرّيته مع ذوي الفرض، فيستحق الابن هنا ربعاً وسدساً من المال؛ لأنه لو كان حرّاً كان يستحق خمسة أسداسه، وهو نصف وثلاث، فيستحق نصفه بنصف حرّيته، وهذا الوجه هو الصحيح، وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في كتاب الفرائض، واختاره القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول، وصححه في المحرر والحاوي الصغير، بعد إطلاق الخلاف، وجزم به في المنور وقدمه في الرايتين.

والوجه الثاني: له نصف الباقي بعد ربع الأم، اختاره أبو بكر، والقاضي في خلافه نقله عنه في القواعد، قال في المحرر والحاوي: وفيه بعد، قال في الرايتين: وهو بعيد.

فإن لم ينقص ذو الفرض بالعصبة، كجدة مكان الأم، فله النصف على الأول وعليهما نصف البقية بعد فرضها، ولو كان معه فرض يسقط بحريته كابن نصفه حر وأخت وعم فله النصف ولها نصف البقية فرضاً، وقدم في المغني: لها النصف، ابنان نصف أحدهما حر المال بينهما أرباعاً تنزيلاً لهما وخطاباً بأحوالهما.

وقيل: أثلاثاً، جمعاً للحرية وقسمة لإرثهما، كالعول.

فإن كان نصفهما حرّاً ففي المستوعب لهما ثلاثة أرباع المال.

وقيل: تنزيلهما حرية ورقاً، فلهما بحريتهما المال، فبنصفهما نصفه، وقيل:

المال بينهما، جمعاً للحرية «م ٢ و ٣» كابن وللأم معهما سدس، وللزوجة ثمن.

والوجه الثالث: له نصف المال كاملاً، قال في القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة: رجحه الشيخ تقي الدين، وذكر أنه اختيار أبيه.

مسألة - ٢ - ٣: قوله: «فإن كان نصفهما حرّاً يعني نصف الابنين، ففي المستوعب لهما ثلاثة أرباع المال، وقيل: تنزيلهما حرية ورقاً، فلهما بحريتهما المال، فبنصفهما نصفه، وقيل: المال بينهما، جمعاً للحرية». انتهى.

اعلم أنه إذا كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر فهل تكمل الحرية أم لا؟ فيه وجهان، وأطلقهما في الهداية، والمقنع، والمغني، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والقواعد الفقهية وغيرهم. وظاهر كلام المصنف إطلاق الخلاف.

أحدهما: لا تكمل، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وقطع به في الوجيز والمنور، وقدمه في المحرر والفصول والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: تكمل الحرية فيكون لهما المال كله.

وقدمه في الرعايتين والحاوي وشرح ابن رزين، ونهايته إدراك الغاية وتجريد العناية، قال في القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة: رجحه القاضي والسامري وطائفة من الأصحاب، وله مأخذان:

أحدهما: جمع الحرية فيهما فيكمل لهما حرية ابن وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره.

والثاني: أن كل واحد منهما مع كمال الحرية في جميع المال لا في نصفه، وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له، وحينئذ فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال، وهو يضيف حقه مع كمال حريته، فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية. انتهى.

قال أبو الخطاب في التهذيب: قياس قول الإمام أحمد جمع الحرية، قال شيخه الوني: هذا أقيس وأولى، فعلى الأول هل لهما ثلاثة أرباع المال بأحوال، أو ميز لهما

ابن وابن ابن نصفهما حر للابن النصف، ولا شيء لابنه، على الأوسط، وله على الأول الربع، وعلى الثالث النصف.

جدة حرة وأم نصفها حر، للأم سدس، وللجدة نصف سدس، ومع نصف حريتها لها ربع سدس على الأول، ونصف سدس على الثالث، ولا شيء لها على الأوسط.

أم وأخوان بأحدهما رق، لها ثلث، وحجبها أبو الخطاب بقدر حريته، فنصفها عن نصف سدس، ويرد على ذي فرض وعصبة لم ترث بقدر نسبة الحرية منهما، فلبنت نصفها حرّ النصف بفرض وردّ، ولابن مكانها النصف بالعصوبة والبقية لبيت المال، ولابنين نصفهما حران لم يورثهما المال البقية مع عدم العصبة. ولبنت وجدة نصفهما حر المال نصفين بفرض ورد، ومع حرية ثلاثة أرباعهما المال بينهما أرباعاً بقدر فرضهما، ومع حرية ثلثهما الثلثان بينهما والبقية لبيت المال.

حرية ورقا فقط، فلهما بحريتهما المال فنصفها نصفه؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في القواعد الفقهية.

أحدهما: له ثلاثة أرباع المال بالأحوال والخطاب، وهذا الصحيح، وقاله في المستوعب وغيره، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في المحرر والفائق، وغيره وهو احتمال في المغني، ومال إليه.

والوجه الثاني: لهما نصفهما بتنزيلهما حرية ورقا فقط.

وهذه مسألة - ٣: أخرى قد صححت، والتفريع الآتي بعد ذلك في كلام المصنف مبني على هذا الخلاف، فليعلم ذلك، فهذه ثلاث، وفي التفريع مسألتان فيكمل خمس.

باب الولاء

من أعتق رقيقًا ندبًا أو بعضه فسرى أو واجبًا أو سائبة أو علق عتقه أو حلف به فحنث ولو برحم، أو إيلاد أو بعوض أو كتابة، نص عليهما، وفيهما قول، فله عليه الولاء، وعلى أولاده من زوجة عتيقة وسرية وعلى من له أو لهم ولاؤه كمعتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم أبدًا ما تناسلوا.

وعنه: في المكاتب: إن أدى إلى الورثة فولأؤه لهم، وإن أدى إليهما فهو بينهما.

وفي التبصرة وجه: للورثة. وفي المبهج: إن أعتق كل الورثة المكاتب نفذ والولاء للرجال، وفي النساء روايتان، وعنه: في معتق سائبة وهو: أعتقتك سائبة،

تنبيه: قوله: وعنه: في معتق سائبة. وهو: «أعتقتك سائبة... أو لا ولاء لي عليك، أو في واجب، لا ولاء عليه، اختاره الأكثر». انتهى.

قدم المصنف قبل هذا أن له الولاء على هؤلاء المذكورين، وهو المذهب عند المتأخرين، وصححه في التصحيح والنظم، وتجريد العناية، قال في المذهب: أصحابهما الولاء لمعتقه فيما إذا أعتقه عند كفارته أو نذره، وجزم به في الوجيز، وقدمه في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

والرواية الثانية: وهي التي ذكرها المصنف لا ولاء له عليهم هي المذهب عند المتقدمين، وهم أكثر الأصحاب، منهم الخرقى والقاضى والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب والشيرازي وابن عقيل وابن البنا وغيرهم. وقطع في المذهب بأنه لا ولاء له فيما أعتقه سائبة أو قال لا ولاء لي عليك، وقيل: له الولاء في الثانية دون غيرها، اختاره الشيخ والشارح، قال الزركشي: المختار للأصحاب: لا ولاء له في السائبة. انتهى.

إذا علمت ذلك فالخلاف قوي من الجانبين، فكان حقه أن يطلق الخلاف، ولكن المصنف تابع صاحب المحرر.

أو: لا ولاء لي عليك، أو في واجب لا ولاء عليه، اختاره الأكثر.

ففي عقله؛ لكونه معتقًا وانتفاء الولاء عنه روايتان، قاله أبو المعالي «م ١» وماله بيت المال، وعنه: يرد ولاؤه في عتق مثله يلي عتقهم الإمام. وعنه: للسيد، وقيل: وكذا عتقه برحم.

ولو قلّ عن رقبة، ففي الصدقة به وتركه بيت المال وجهان في التبصرة «م ٢». ومن أذن لعبده في عتق عبد فأعتقه ثم باعه فولّاه لمولاه الأول، نقله ابن منصور، ومن أبوه عتيق وأمّه حرة الأصل فلا ولاء عليه، كعكسها، وعنه: بلى: لمولى أبيه. ولا ولاء على مَنْ أبوه مجهول النسب وأمّه عتيقة، وحكي عنه: بلى، لمولى أمّه. ومن أعتق رقيقه عن غيره بلا إذنه فالعتق والولاء للمعتق، إلا أن يعتقه وارثه في واجب، وله تركه، وإن لم يتعين العتق أطعم أو كسا، ويصح عتقه، وقيل: بوصية، قال في الترغيب: بناء على قولنا: الولاء للمعتق عنه.

وإن تبرع بعتقه عنه ولا تركه فهل يجزئه؟ كإطعام وكسوة، أم لا؟ جزم به في

مسألة - ١: إذا قلنا ألا ولاء له على هؤلاء فقال المصنف: «ففي عقله لكونه معتقًا، وانتفاء الولاء عنه روايتان، قاله أبو المعالي». انتهى.

إحداهما: يعقل، كالحر أصالة، وهو ظاهر كلام جماعة، وهو مقتضى ما اختاره أبو بكر.

والرواية الثانية: لا يعقل عنه، وهو الصواب، وقد قال المصنف في باب ذكر أصناف الزكاة: ومن أعتق من الزكاة ردّ ما رجع من ولاية في عتق مثله، في ظاهر المذهب، وقيل: في الصدقات، وهل يعقل عنه؟ فيه روايتان. انتهى. وتقدم الكلام عليها هناك.

وقدم الشيخ في المغني، أنه لا يعقل عنه في هذه المسألة، ونصره وقال: اختاره الخلال، والقول بأنه يعقل عنه اختاره أبو بكر، ذكر ذلك في باب قسمة كفي والغنيمة والصدقة، وهي فرد من أفراد المسألة التي قد ذكرها المصنف هنا، فإنه قال هنا: أو في واجب.

مسألة - ٢: قوله: «وإن قل عن رقبة ففي الصدقة به وتركه بيت المال وجهان في التبصرة». انتهى.

أحدهما: يتصدق به. قلت: وهو الصواب، وهو ما لا شك فيه في هذه الأزمنة. والوجه الثاني: يترك في بيت المال، والظاهر أن محل هذا الوجه إذا كان بيت المال منتظمًا، وهو الحق.

الترغيب؛ لأن مقصوده الولاء، ولا يمكن إثباته بدون المعتك عنه، فيه وجهان «م ٣». وإن تبرع أجنبي عنه فأوجه، الثالث يجرئه في إطعام وكسوة. وفي الرعاية: من أعتق عبده عن ميت في واجب وقعا للميت، وقيل: لا، وقيل: ولاؤه فقط للمعتق «م ٤» قال أبو النضر: قال أحمد في العتق عن الميت: إن وصى به فالولاء له، وإلا للمعتق. وقال في رواية الميموني وأبي طالب في الرجل يعتق عن الرجل: فالولاء لمن أعتقه والأجر للمعتق عنه، وقال في رواية حنبل: إذا وصى لرجل بعق رقبة فزاد الوصي من ماله مائة درهم وقال: هذه الرقبة جميعها عن الميت: لا بأس بذلك ولا يكون للوصي من الولاء شيء؛ لأنه قد صيره للميت بإعطاء المال، فدلّت نصوصه أن العتق للمعتق عنه، وأن الولاء للمعتق، إلا على رواية حنبل، وفي مقدمة الفرائض

مسألة - ٣: قوله: «وإن تبرع بعته عنه ولا تركة فهل يجرئه كإطعام وكسوة، أم لا؟ جزم به في الترغيب؛ لأن مقصوده الولاء، ولا يمكن إثباته بدون العتق عنه، فيه وجهان. انتهى.

قلت: ظاهر كلام أكثر الأصحاب الإجزاء فإنهم أطلقوا فيما إذا أعتق عبده عن ميت بلا أمره أن الولاء للمعتق، ولم يتعرضوا لعدم الإجزاء، فظاهره الإجزاء، قال ابن رزين في شرحه: وغيره: لو أعتق عبده عن زيد الحي أو بكر الميت بغير إذن فالولاء له دونهما، وعنه: إن كان بعوض فهو لهما، وإن كان بغير عوض فهو له. انتهى. وقال في الرعايتين والحاوي الصغير: من أعتق عبداً عن ميت أو حي بلا إذن فالعتق والولاء عن المعتق، فإن أعتقه عن ميت في واجب عليه وقعا للميت، وقيل: لا، وقيل: ولاؤه فقط للمعتق قال في الكبرى عن القول الأخير: وهو أولى، وقال في المحرر: ومن أعتق عبده عن غيره بغير إذنه وقع العتق والولاء عن المعتق، وإلا أن يعتقه عن ميت في واجب عليه فيقعان للميت، ففي هذا الكلام والذي قبله عموم؛ ليشتمل مسألة المصنف، والله أعلم. وقد ذكر المصنف كلام صاحب الروضة، وعلى كل حال: الصواب الإجزاء، كالإطعام والكسوة.

مسألة - ٤: قوله: «وإن تبرع أجنبي عنه فأوجه، الثالث يجرئه في إطعام وكسوة. وفي الرعاية: ومن أعتق عبده عن ميت في واجب وقعا للميت، وقيل: لا، وقيل: ولاؤه فقط للمعتق». انتهى كلام المصنف.

وكلامه أعم من كلام صاحب الرعاية؛ لأنه أدخل الإطعام والكسوة، والصحيح من المذهب الإجزاء في الجميع. وتقدم نظير هذه المسألة في كلام المصنف «لو أخرج أجنبي واجباً عن ميت بغير إذن الولي في ذلك» في آخر باب تبرعات المريض، وأطلق الخلاف فيه وتكلمنا على ذلك هناك.

لأبي الخير سلامة بن صدقة الحراني: إن أعتق عن غيره بلا إذنه فلا يهيما الولاء؟ فيه روايتان.

وفي الروضة: فإن أعتق عبداً عن كفارة غيره أجزأه وولأؤه للمعتق، ولا يرجع على المعتق عنه، في الصحيح من المذهب.

وكذا لو أعتق عبده عتق حياً كان المعتق عنه أو ميتاً، وولأؤه للمعتق. وفي التبصرة: من أعتقه عن غيره بلا إذنه فالعتق للمعتق، كالولاء ويحتمل: للميت المعتق عنه؛ لأن القرب يصل ثوابها إليه، ومن قيل له: أعتق عبدك عني أو عني مجاناً أو علي ثمنه ففعل قبل فراقه أو بعده فالعتق وولأؤه للمعتق عنه، كإطعامه وعنه: والكسوة.

ذكر ابن أبي موسى: لا يجزئه حتى يملكه إياه فيعتقه هو، ونقله مهنأ، وعلى الأول: يجزئه عن واجب ما لم يكن قريبه، ويلزمه عوضه بالتزامه، وعنه: يلزمه إن لم ينفعه، وعنه: العتق وولأؤه للمعتق إن لم يلتزم عوضه. وفي الترغيب: اعتقه عن كفارتي، ولك علي مائة، فأعتقه، عتق، ولم يجزئه، وتلزمه المائة، والولاء له.

قال ابن عقيل: ولو قال: اعتقه عني بهذا الخمر أو الخنزير، ملكه وعتق كالهبة، والملك يقف على القبض في هبة بلفظها لا بلفظ العتق، بدليل: اعتق عبدك عني، ينتقل الملك قبل إعتاقه، ويجوز جعله قابضاً من طريق الحكم، كقوله: بعثك أو وهبتك هذا العبد، فقال المشتري: هو حر، عتق، ونقدر القبول حكماً، وكلام غيره في الصورة الأخيرة يقتضي عدم عتقه، ولو قيل: له: أعتقه وعليّ ثمنه، أو أعتقه عنك وعليّ ثمنه لزمه ثمنه والأصح أن العتق وولأؤه للمعتق عنه. ويجزئه عن واجب، في الأصح، ولو قال: أقبله على درهم فلغو، ذكره في الانتصار ويتوجه وجه.

وإن قال كافر لمسلم: اعتق عبدك المسلم عني وعليّ ثمنه، ففي صحته وجهان «م ٥».

مسألة - ٥: قوله: «ولو قال كافر لمسلم: اعتق عبدك المسلم عني وعليّ ثمنه ففي صحته وجهان». انتهى. وأطلقهما في المغني، والمقنع، والمحرر، والشرح، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: يصح ويعتق وله عليه الولاء كالمسلم، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز وغيره، واختاره القاضي في الخلاف وغيره. وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

فصل

ولا ترث امرأة بولاء إلا عتيقها وعتيقه وأولادهما ومن جرّوا ولاءه والمنصوص.

وعتيق أبيها إذا كانت ملاءنة، وعنه: ترث بنت المعتق، اختاره القاضي وأصحابه، وعنه: مع عدم عصبه، وعنه: ترث مع أخيها فلو اشترى هو وأخته أباهما فعتق ثم اشترى عبداً وأعتقه ثم مات عتيقه بعد أبيه ورثه ابنه لا بنته، وعلى الثانية يرثه أثلاثاً.

ومن نكحت عتيقها فأحبّلها فهي القائلة: إن ألد أنثى فلي النصف وذكرًا الثمن وإن لم ألد فالجميع.

ولا يرث به ذو فرض غير سدس لأب أو جد مع ابن أو جد مع إخوة، حيث فرض في النسب، واختار أبو إسحاق سقوطهما مع ابن، ويجعل جد كأخ وإن كثروا، قال في الترغيب: هو أقيس.

وفي الانتصار: ربما حملنا توريث أب سدسًا بفرض مع ابن على رواية توريث بنت المولى، فيجيء من هذا أنه يرث قرابة المولى بالولاء على نحو ميراثهم. ولا يجوز بيع الولاء ولا يوهب ولا يورث، وإنما يرث به أقرب عصبه السيد إليه يوم موت عتيقه.

قال أحمد: قوله ﷺ: «أعطه أكبر خزاعة»^(١) ليس أكبرهم سنًا، ولكنه أقربهم إلى خزاعة، قال: ولا يجوز شراؤه ولا وقفه، فلو مات السيد عن ابنين ثم أحدهما عن ابن ثم مات عتيقه فإرثه لابن سيده، ولو خلف أحد ابنيه ابنًا والآخر أكثر ثم مات عتيقه فإرثه لهم بعددهم، نص على ذلك، ونقل حنبل: يورث الولاء كالمال، لكن للعصبة، فلا ينال الابن نصف الإرث فيهما، وقيل: في الأولى، ونقله ابن الحكم في

والوجه الثاني: لا يصح، صححه الناظم.

تنبيه: حكى المصنف الخلاف وجهين وكذلك صاحب المقنع، والمححر، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم. وحكاه روايتين صاحب الرعايتين والحاوي والفائق، فهذه خمس مسائل في هذا الباب.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٩٠٣) وأحمد في المسند (٣٤٧/٥) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢٢٧).

الثانية، ومن خلفت ابناً وعصبة غيره وعتيقاً فولأؤه لابنها وعقله على عصبتها، فإن باد بنوها فولأؤه لعصبتها، ونقل جعفر: لعصبة بنيتها، وهو موافق للولاء يورث، ثم لعصبة بنيتها، وقيل: لبيت المال، وسيأتي من العاقلة، واحتج أحمد بأن علياً والزبير اختصما في موالى صفية، ففضى عمر بالعقل على عليٍّ والميراث للزبير.

فصل

في جر الولاء ورده ومن ثبت له ولاء لم يزل عنه، فأماً إن تزوج عبد معتقة فأولدها فولاء ولدها لمولى أمه، فإن عتق الأب انجرَّ ولأؤه إلى معتقه، ولا يعود إلى مولى أمه، ولا يقبل قول سيد مكاتب ميت إنه أدى وعتق ليجر الولاء، وإن عتق الجد قبله لم يجزّه، وعنه: بلى، مع موت الأب، وعنه: مطلقاً، ثم إن عتق الأب جره، وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولأؤه وولاء إخوته، ويبقى ولاء نفسه لمولى أمه، كما لا يرث نفسه. فلو أعتق هذا الابن عبداً، ثم أعتق العتيق أبا معتقه، ثبت له ولأؤه، وجزَّ ولاء معتقه، فصار ولاء كل منهما للآخر، ومثله لو أعتق حربى عبداً كافراً فسبى سيده فأعتقه.

فلو سبى المسلمون العتيق الأول فرق ثم أعتق فولأؤه لمعتقه ثانياً.

وقيل: أولاً، وقيل: لهما، ولا ينجر ما للأول إلى الأخير قبل رقه ثانياً من ولاء ولد وعتيق، وكذا عتيق ذمي، وقيل: أو مسلم.

وإذا اشترى ابن وبنت معتقة أباهما نصفين فقد عتق، وولأؤه لهما، وجر كل منهما نصف ولاء صاحبه، ويبقى نصفه لمولى أمه، فإن مات الأب ورثاه أثلاثاً بالنسب، وإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب، فإذا مات فلمولى أمه النصف، ولمولى أخته النصف، وهم الأخ، ومولى الأم، فلمولى أمها النصف وهو الربع، يبقى الربع وهو الجزء الدائر؛ لأنه خرج من الأخ وعاد إليه، فيكون لمولى أمه، وقيل: لبيت المال، وقيل: لمولى أمه ثلثان، ولمولى أمها ثلث، ولا ترث البنت من عتيق أبيها مع أخيها؛ لأنه عصبة، وأخطأ فيها خلق، قاله في الترغيب، والله أعلم.

باب الإقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر كل الورثة، ولو مع عدم أهلية الشهادة، ولو أنه واحد، بوارث للميت من حرة أو أمته نقله الجماعة - مشارك أو مسقط فصدق أو كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه، ولو مع منكر له لا يرث لمانع رق ونحوه، ويثبت إرثه مع عدم مانع رق ونحوه فيه وارثه.

وقيل: لا يرث مسقط، اختاره أبو إسحاق، وذكره الأزجي عن الأصحاب سوى القاضي، وأنه الصحيح، فقيل: نصيبه بيد المقر، وقيل: بيت المال «م» ١.

مسألة - ١: قوله: «وقيل: لا يرث مسقط، اختاره أبو إسحاق، وذكره الأزجي عن الأصحاب سوى القاضي. يكون نصيبه بيد المقر، أو يكون بيت المال». انتهى.

يعني: إذا قلنا: لا يرث مسقط. فهل يكون نصيبه بيد المقر، أو يكون بيت المال؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الفائق، قال في الرعاية الكبرى: وقيل: لا يرث الابن إذن.

قلت: وهل نصيبه بيد المقر أو في بيت المال؟ يحتمل وجهين. انتهى.

أحدهما: يقر بيد المقر. قلت: وهو الصواب، وهي قريبة النسبة بما إذا أقر لكبير عاقل بمال فلم يصدقه، على ما ذكره في كتاب الإقرار.

والوجه الثاني: يوضع في بيت المال؛ لأن المقر يقول أنا لا أستحقه.

إذا علمت ذلك ففي إطلاق المصنف نظر؛ لكون الوجهين إنما خرجهما صاحب الرعاية، فلم يختلف ترجيح الأصحاب في ذلك، ولكن الخلاف قوي من الجانبين. والله أعلم.

تنبيه: قوله: «وإذا لم يثبت أخذ نصف ما بيد المقر». انتهى. في أخذه نصف ما

ويعتبر إقرار الزوج والمولى المعتقد إذا كانا من الورثة، ولو كانت بنتاً صح لإرثها بفرض ورد.

وإن أقر أحد الزوجين بآبن للآخر من غيره فصدقه نائب إمام ثبت نسبه. وفيه احتمال ذكره الأزجي؛ لأن الإمام ليس له منصب الورثة، قال: وهو مبني على أنه هل له استيفاء قود لا وارث له، وإذا لم يثبت أخذ نصف ما بيد المقر ولا يصح إقرار غير وارث لرق ونحوه.

وإن شهد عدلان منهم أو من غيرهم أنه ولده أو ولد على فراشه، أو أنه أقر به ثبناً وإلا فلا، فيثبت نسبه من المقرين الوارثين، وقيل: لا. جزم به الأزجي وغيره، فلو كان المقر به أخاً ومات المقر عن بني عم ورثوه، وعلى الأول يرثه الأخ، وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً فتثبت العمومة؟ فيه وجهان «م ٢».

في يد المقر نظر، إذ قد يكون المقر به لا يستحق نصف ذلك ولا نصف التركة، نبه عليه ابن نصر الله، وهو كما قال، ثم ظهر لي أن كلام المصنف صحيح، وأن المسألة مفروضة فيما إذا أقر أحد الزوجين ولم يكن للميت ولد.

مسألة - ٢: قوله: «وإن شهد عدلان منهم أو من غيرهم أنه ولده أو ولد على فراشه أو أنه أقر به ثبت وإلا فيثبت نسبه من المقرين الوارثين، وقيل: لا، جزم به الأزجي وغيره، فلو كان المقر به أخاً ومات المقر عن بني عم ورثوه، وعلى الأول يرثه الأخ، وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً فتثبت العمومة؟ فيه وجهان». انتهى.

أحدهما: يثبت نسبه من المقر تبعاً، وهو الصواب، وهو ظاهر كلام جماعة، منهم ابن حمدان في رعايته وصاحب الحاوي.

والوجه الثاني: لا يثبت.

تنبيهان:

الأول: قوله: «وذكر جماعة إقراره له كوصية، فيأخذ المال في وجهه، وثلثه في آخره، وقيل: المال لبنت المال». انتهى.

هذا الخلاف طريقة مؤخرة؛ لأن المصنف قدم حكماً في المسألة غير ذلك.

الثاني: قوله: «وفي اعتبار عدالتهما الروايتان». انتهى.

مراده بالروايتين الروايتان اللتان ذكرهما فيما إذا أقر اثنان منهم بنسبه من غير لفظ الشهادة، قال في الفائق: وفي ثبوت النسب والإرث بدون لفظ الشهادة روايتان. وهما في إقراره بدين على الميت، قال القاضي: وكذلك يخرج في عدالتهما، ذكره أبو الحسين في

وفي الانتصار خلاف مع كونه أكبر سنًا من أبي المقر، أو معروف النسب.

ولو مات المقر وخلفه والمنكر فإرثه بينهما، فلو خلفه فقط ورثه، وذكر جماعة إقراره له كوصية، فيأخذ المال في وجهه، وثلثه في آخر.

وقيل: المال لبنت المال، وإن صدق بعض الورثة إذا بلغ وعقل ثبت نسبه، فلو مات وله إرث غير المقر اعتبر تصديقه، وإلا فلا.

وعنه: إن أقر اثنان منهم على أبيهما بدين أو نسب ثبت في حق غيرهم، إعطاء له حكم شهادة وإقرار، وفي اعتبار عدالتهما الروايتان.

وفي الهداية: إن أقر بعضهم لم يثبت نسبه في المشهور من المذهب، وسأله أبو طالب عمن تزوج سرًا فأراد سفرًا فقال لبعض قرابته: لي في السر امرأة وولد، ثم سافر فمات، فأتت امرأته بصبي، فقالت إنها امرأته وأنه ابنه، ولها شاهدان غير عدلين، فقال: إن كان من أخبره ثقة لحقه بقافة أو إقرار بعض الورثة مثل ما أقر ابن زمعة، وإن لم يكن قال لقرابته ولا وصي لم يقبل إلا بعدلين.

ومراده: أقر بعضهم ولم ينكره غيره، نقله أبو طالب.

ونقل الأثرم: إن شهد اثنان بأخ ثبت نسبه على من نفاه.

وإن أقر به واحد فإنه أخ للجميع إذا لم يكن من يدفع ذلك؛ لأنه عليه السلام قال في ابن أمة: زمعة: «الولد للفراش»^(١). ولم يدفع دعوى عبد بن زمعة أحد من الورثة، ومتى لم يثبت نسبه أخذ الفاضل بيد المقر إن فضل شيء، أو كله إن سقط به.

فإذا أقر أحد ابنيه بأخ فله ثلث ما بيده، نقله بكر بن محمد، وإن أقر بأخت فلها خمسه.

وإن أقر ابن ابن بابن ما بيده، ولو خلف أخًا لأب وأخًا لأم فأقر الأخ لأب بأخ لأبوين أخذ ما بيده، وإن أقر به الأخ لأم فلا شيء له.

وطريق العمل في جميع الباب أن تضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار،

التمام. انتهى كلامه في الفائق.

والصحيح من المذهب أنه لا بد من لفظ الشهادة، قدمه المصنف وغيره، فعلى هذا لا بد من عدالتهما.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٢١٨، ٢٤٢١، ٦٧٦٥، ٦٨١٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٥٧).

وتراعي الموافقة وتعطي المقر سهمه من مسألة الإقرار في الإنكار، والعكس بالعكس، فما فضل فللمقر به، فلو خلف ابنين فأقر أحدهما بأخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسبه فصاروا ثلاثة، من اثني عشر، للمقر ربع، وللمنكر ثلث، وللمتفق عليه مثله إن جحد الرابع وإلا فكالقر والبقية للمجحد، وعند أبي الخطاب: لا يأخذ المتفق عليه من المنكر إذا صدق إلا ربع ما بيده، وتصح من ثمانية؛ للمنكر ثلاثة، وللمجحد سهم، وللآخرين سهمان بينهما.

فصل

وإن خلف ابنًا فأقر بأخوين بكلام متصل ثبت نسبهما، وقيل: إن اختلفا، ولم يكونا توأمين فلا، وإن أقر بأحدهما بعد الآخر فكذب الأول بالثاني ثبت نسب الأول فقط، وله نصف ما بيد المقر، وللثاني ثلث ما بقي بيده، وإن أكذب الثاني بالأول وهو مصدق به ثبت نسب الثلاثة، وقيل: يسقط نسب الأول.

وإن أقر بزوجة للميت لزمه من إرثها بقدر حصته.

وإن مات المنكر فأقر به ابنه ففي تكميل إرثها وجهان «م ٣». وإن مات قبل إنكاره ثبت إرثها، ومن قال لغيره: مات أبي وأنت أخي، فقال: هو أبي ولست بأخي، فالمال لهما، وقيل: للمقر، وقيل: للمقر به، وكذا: مات أبونا ونحن ابناه.

مسألة - ٣: قوله: «وإن أقر بزوجة للميت لزمه من إرثها بقدر حصته، وإن مات المنكر فأقر به ابنه ففي تكميل إرثها وجهان». انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى.

أحدهما: يكمل، قلت: وهو الصواب؛ لأن المقر يعتقد أن والده ظلمها بإنكاره.

والوجه الثاني: لا يكمل.

تنبيه: قوله: وللأخ تسعة. انتهى. تبع صاحب المحرر، وفيه نظر، نبه عليه شارح المحرر، وتبعه ابن نصر الله، وهو أن الأخت بيدها ستة عشر، ويقتضي إقرارها أن لها منه سبعة، وللزوج سهمان، لكن الزوج بإنكار الأخ لا يستحق السهمين، فكيف تدفعهما إلى غير من أقرت بهما له. انتهى.

قلت: يمكن الجواب بأن السهمين من حصة الأخت، ولا يدعيهما أحد من الورثة، والأخت تدعي بإقرارها أن للأخ من الميراث أكثر من سبعة، فكان أولى بهما، والله أعلم. وأيضًا المقر به يدعي أربعة عشر سهمًا، والسهمان لا يدعيهما أحد، فكانا له، فهذه ثلاث مسائل في هذا الباب.

وإن قال: مات أبوك وأنا أخوك، فكله للمنكر، وإن قال: ماتت زوجتي وأنت أخوها فأنكره الزوجية قبل إنكاره، في الأصح.

وإن أقر في مسألة عَوْل بمن يزيله كزوج وأختين أقرت إحداهما بأخ فاضرب مسألة الإقرار في الإنكار ستة وخمسين، واعمل كما تقدم؛ للزوج أربعة وعشرون وللمنكرة ستة عشر، وللمقرة سبعة، وللأخ تسعة فإن صدقها الزوج فهو يدعي أربعة، والأخ يدعي أربعة عشر، فاقسم التسعة على مُدَّعاهما، للزوج سهمان وللأخ سبعة، ومع أختين لأم من اثنتين وسبعين، للزوج أربعة وعشرون، ولولد الأم ستة عشر، وللمنكرة مثله، وللمقرة ثلاثة، يبقى معها ثلاثة عشر للأخ ستة، تبقى سبعة لا مدعى لها، فتقر بيد المقررة، وقيل: بيت المال، وقيل: يقسم بين المقررة والزوج وولد الأم باحتمال استحقاقهم.

كتاب العتق

وهو من أعظم القرب، وفي التبصرة: هو أحبها إلى الله وأفضل الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمنًا، نقله الجماعة، فظاهره ولو كانت كافرة «وم» وخالفه أصحابه، ولعله مراد أحمد، لكن يثاب على عتقه «ع».

قال في الفنون: لا يختلف الناس فيه، واحتج به وبرق الذرية على أن الرق ليس بعقوبة بل محنة وبلوى.

وعتق ذكر أفضل وعنه: أنثى لأنثى، وعنه: أمتين كعتقه رجلًا، وعن عبيد الله بن عبد الرحمن بن موهب عن القاسم عن عائشة أنها أرادت أن تعتق مملوكين لها زوج، فسألت النبي ﷺ، فأمرها أن تبدأ بالرجل قبل المرأة^(١)، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، وهو ثابت إلى ابن موهب، وابن موهب اختلف قول ابن معين فيه. وقال أبو حاتم: صالح الحديث، وقال النسائي: ليس بقوي. وقال ابن عدي: حسن الحديث، ووثقه ابن حبان. وقال العقيلي - وقد رواه لا يعرف هذا الخبر إلا بعبيد الله بن عبد الرحمن بن موهب، وهو ضعيف.

قال شيخنا: وتزويجه بها وعتقه من انعقد سبب حريتها أفضل، ويتوجه في الثانية عكسه.

ويستحب عتق وكتابة من له كسب، وعنه: وغيره، وعنه: يكره كتابته وعنه: الأنثى، كخوف محرم، فإن ظن حرم وصح، ذكره الشيخ ويتوجه كمن باع أو اشترى بقصد الحرام.

وينعقد بصريحه، فلو قال: أنت حر في هذا الزمان أو المكان عتق مطلقًا.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٢٣٧) والنسائي في سننه برقم (٣٤٤٦) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٣٢) وضعفه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي ضَعِيفِ سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ (ص ١٧٤).

وصريحه لفظ العتق والحرية بغير أمر ومضارع، وعنه: بنية وقوعه.

وفي الفنون عن الإمامية: لا ينفذ إلا إذا قصد به القربة، قال: وهو يدل على اعتبار النية فإنهم جعلوه عبادة، وهذا لا بأس به.

ولا عتق مع نية عفته وكرم خلقه ونحوه، في ظاهر المذهب، قال في الترغيب وغيره: هو كطلاق فيما يتعلق باللفظ والتعليق، ودعوى صرف اللفظ عن صريحه، قال أبو بكر: لا يختلف حكمهما في اللفظ والنية. نقل بشر بن موسى فيمن كتب إلى آخر اعتق جاريتي يريد يتهددها قال: أكره ذلك ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يبيعهها.

والقاضي يفرق بينهما، وجزم في التبصرة: لا يقبل حكماً.

وينعقد بكناية بنية. وفي التبصرة: أو دلالة حال، نحو: خليتك واذهب حيث شئت، وأطلقتك. وهل: لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا ملك، أو لا رق، أو لا خدمة لي عليك، أو ملكتك نفسك، أو فككت رقبتك، وأنت لله، وأنت سائبة، وأنت مولاي، صريح أو كناية؟ فيه روايتان «م ١».

مسألة - ١: قوله: «وهل لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا ملك، أو لا رق، أو لا خدمة لي عليك، أو ملكتك نفسك، أو فككت رقبتك، وأنت لله، وأنت سائبة وأنت مولاي، صريح أو كناية؟ فيه روايتان». انتهى.

وأطلقهما في مسبوك الذهب والكافي، والهادي، والمقنع، والبلغة، والمحزر، وغيرهم في أكثر الألفاظ التي ذكرها المصنف:

إحداهما: ذلك صريح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرز، وبه قطع في الوجيز، ولم يذكر: لا خدمة لي عليك، وملكتك نفسك، قال ابن رزين: وفيه بعد.

والرواية الثانية: كناية، صححه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم. وجزم به في المنور ومنتخب الآمدي وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في الخلاصة، والرعايتين، وإدراك الغاية، وغيرهم. وقدمه ابن رزين في شرحه، وصححه، واختار الشيخ الموفق أن: قوله: لا سبيل، ولا سلطان لي عليك، وأنت سائبة، كناية.

وقال القاضي في قوله: لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك، وأنت لله، صريح، وقال هو وأبو الخطاب في: لا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك: كناية، على الصحيح، وقدمه في الفائق، وقال: ومن الكناية، لا سلطان لي عليك، ولا سبيل لي عليك، وفككت رقبتك، وملكتك نفسك، وأنت مولاي، وأنت سائبة، في أصح

وظاهر الواضح: وهبتك لله، صريح، وسوى القاضي وغيره بينهما، وبين: أنت لله. وفي الموجز: هي، ورفعت يدي عنك إلى الله، كناية.

وهل قوله لأمته: أنت طالق، أو حرام، كناية أو لغو؟ فيه روايتان «م ٢».

وفي الانتصار: وكذا: اعتدي، وأنه يحتمل مثله في لفظ الظهار. وفي عيون المسائل: في طلاق الأمة، وعنه: لا تطلق المرأة إذا أضاف إليها الحرية «و ه» وإن قال لمن لا يمكن كونه منه: أنت ابني، لم يعتق، في الأصح، كقوله: أعتقتك، أو أنت حر من ألف سنة.

قال في الانتصار: ولأمته: أنت ابني، ولعبده: أنت بنتي، وإن أمكن وله نسب معروف عتق؛ لجواز كونه وطء شبهة، وقيل: لا؛ لكذبه شرعاً، ومثله لأصغر: أنت أبي.

ومن ملك ذا رحم محرم عليه وافقه في دينه أو لا، عتق، وعنه: عمود النسب، قال في الكافي: بناء على أنه لا نفقة لغيرهم. وفي الانتصار: لنا فيه خلاف، واختار الآجري: لا نفقة لغيرهم، وذكر أبو يعلى الصغير أنه أكد من التعليق. فلو علق عتقه على ملكه عتق بملكه لا بتعليقه، قال شيخنا: فيمن عتق برحم: لا يملك بائع استرجاعه لفلس مشتر، ورجح ابن عقيل: لا عتق بملك، وعنه: إن ملكه يارث

الروائتين، وقوله: لا ملك، ولا رق لي عليك، وأنت لله، صريح، نص عليه، وعنه: كناية. انتهى. وقطع في الإيضاح أن: قوله: لا ملك لي عليك، وأنت لله، كناية، وقال: اختلفت الرواية في ثلاثة ألفاظ: لا سبيل لي عليك، ولا سلطان، وأنت لله سائبة. وقال ابن البنا في خصاله: لا سبيل لي عليك، ولا رق لي، وأنت لله، صريح، وقال: اختلفت الرواية في ثلاثة ألفاظ، وهي التي ذكرها في الإيضاح، وقد ذكر المصنف كلامه في الواضح وكلام القاضي وغيره وكلامه في الموجز.

مسألة - ٢: قوله: «وهل: قوله: لأمته: أنت طالق أو حرام، كناية أو لغو؟ فيه روايتان». انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والفائق، وغيرهم.

إحداهما: كناية، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز ونظمه والمنور، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وصححه في التصحيح والنظم، وقدمه في الخلاصة، والرايعيتين، وإدراك الغاية، وغيرهم. وقدمه ابن رزين في قوله: أنت حرام.

والرواية الثانية: هما لغو. قدمه ابن رزين في شرحه في قوله: أنت طالق، وصحح الشيخ والشارح، أنه كناية في قوله: أنت حرام، وأطلق الروائتين في قوله: أنت طالق.

لم يعتق، وفي إجباره على عتقه روايتان، ذكره ابن أبي موسى «م ٣» وعنه: لا يعتق حمل حتى يولد في ملكه حيًا، فلو زوج ابنه بأمته فولدت بعد موت جده فهل هو موروث عنه أو حر؟ فيه الروايتان، واحتج في الفنون بأن ابتداء العقود أكد بتملك الرحم، وكافر لمسلم بإرث، وأن أكثر الفقهاء الاستدامة، ولا يعتق - في المنصوص - ولده ولو نزل من زنا، ومثله أبوه من زنا، ذكره في التبصرة.

ويعتق حمل وحده بعتقه، ويتبع أمه بعتقها، نص عليهما، وإن أقر بها فاحتمالاً «م ٤».

وذكر الأزجي وجهين، ووجه دخوله شمول اسمها له، كما لو أقر ببستان شمل الأشجار، أو بشجرة شملت الأغصان، فإن دخل، فقال لم أرد الحمل، ف قيل: لا يقبل؛ لرجوعه عما دخل تحت إطلاقه، وقيل: بلى، كاستثنائه بلفظه «م ٥» كعضو،

مسألة - ٣: قوله: «وعنه: إن ملكه بإرث لم يعتق، وفي إجباره على عتقه روايتان، ذكره ابن أبي موسى». انتهى.

هذه طريقة ابن أبي موسى، وليست الروايتان مطلقتين عند المصنف، بل المقدم أنه لا يجبر، قولاً واحداً، وابن أبي موسى ذكر روايتين، ويحتمل أن الإجماع وعدمه ليسا في كلام الأصحاب، وإنما حكى ذلك ابن أبي موسى، فيكون فيه الخلاف المطلق على رواية عدم العتق، وعلى كل حال ظاهر كلام أكثر الأصحاب أنه لا يجبر على عتقه على هذه الرواية.

مسألة - ٤: قوله: «ويعتق حمل وحده بعتقه ويتبع أمه بعتقها، نص عليهما، وإن أقر بها فاحتمالاً». انتهى. يعني لو أقر بالأمه لشخص فهل يدخل الحمل في الإقرار أم لا؟ ذكر احتمالين، وذكر الأزجي وجهين، قال في التخليص: لو قال: له عندي جارية، فهل يدخل الجنين في الإقرار إذا كانت حاملاً؟ يحتمل وجهين. انتهى. وأطلقهما في الرعاية.

أحدهما: لا يدخل. قلت: وهو الصواب؛ لأنه ظاهر اللفظ وموافق للأصل، ودخوله مشكوك فيه.

والقول الثاني: يدخل تبعاً كالعتق.

مسألة - ٥: قوله: «فإن دخل فقال: لم أرد الحمل» يعني إذا قلنا بدخول الحمل في الإقرار، فقال المقر: لم أرد إدخاله «فقيل: لا يقبل؛ لرجوعه عما دخل تحت إطلاقه، وقيل: بلى، كاستثنائه بلفظه». انتهى.

القول الثاني: هو الصواب؛ لأنه فسّر كلامه بما يحتمله، بل هو ظاهر كلامه.

بخلاف عبيدين، فتقوم حاملاً، وقيل: كل منهما منفرداً، وإن أعتقه ثم هي قُدِّم، ولا سراية منه، ويصح استثنائه، كتدبير وكتابة، ويتوجه فيهما مثله، ولهذا قاس في الروضة الكتابة على العتق، وعنه: لا يصح، وعنه: لا يعتق فيهما حتى يوضع حيًّا.

وإن أعتق من حملها لغيره كالموصى به ضمن قيمته، ذكره القاضي، وقدم في المستوعب: لا يعتق وجزم به في الترغيب، واختاره في المحرر.

ولا يعتق رحم غير محرم ولا محرم برضاع أو مصاهرة، نقله الجماعة، قال: على قول النبي ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»^(١)، فالرضاعة ليست برحم.

قال الزهري: مضت السنة بأن يباع، وعن أحمد: يكره بيع أخيه لرضاع، وقال: يبيع أخاه!.

ومن مثل برقيقه بقطع عضو أو حرقه عتق، في المنصوص، بلا حكم «م» قال جماعة: لا مكاتب، لا بضربه وخصه.

وفي اعتبار القصد وثبوت الولاء وجهان «م ٦ - ٧» ولو زاد ثمنه بجبَّ أو

والقول الأول ضعيف.

مسألة - ٦ - ٧: قوله: فيما إذا مثل برقيقه: «وفي اعتبار القصد وثبوت الولاء وجهان». انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٦: هل يعتبر في التمثيل القصد أم لا، أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يعتبر ذلك، وهو الصحيح، قدمه في الرعايتين، قال في الفائق: لم يشترط القصد غير ابن عقيل.

قال القاضي في التعليق: لا نعرف عن أحمد نصًّا بالفرق بين الخطأ والعمد، قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

والوجه الثاني: يشترط القصد في ذلك، اختاره ابن عقيل، وقطع به في الوجيز، والقاضي في التعليق.

المسألة الثانية - ٧: هل يثبت الولاء إذا عتق عليه بالتمثيل أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يثبت ويكون لسيده، وهو الصحيح، نص عليه، وقدمه في الرعايتين

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٩٤٩) والترمذي في سننه برقم (١٣٦٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٢٤) وأحمد في المسند (١٥/٥، ٢٠) والحاكم في المستدرک (٢/٢١٤) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (١/٤٨٤ - ٤٨٥).

خصي فيتوجه حل الزيادة.

فصل ومن أعتق بعض عبده غير شعر ونحوه عتق كله، وإن أعتق من عبد مشترك كله أو نصيبه منه موسر بقيمة حق شريكه على ما تقدم في زكاة فطر، نص عليه. وفي المغني: مقتضى نصح لا يباع له أصل مال أو كاتبه فأدى إليه أو ملكه ممن يعتق عليه بفعله، وفيه رواية في المذهب، وعنه: أو قهراً كإرث، عتق كله عليه، للخبر، ولأن الرق لا يتجزأ، كنكاح.

فلو قال إمام لأسير: أرققت نصفك، لم يصح ويضمن حق شريكه وقت عتقه. وفي الإرشاد وجه: يوم تقويمه، ويقبل فيها قول المعتق، وقيل: يعتق بدفع قيمته، واختاره شيخنا.

فلو أعتق شريكه قبلها فوجهان «م ٨» وله نصف القيمة، قاله أحمد: لا قيمة النصف ويعتق على الموسر ببعضه بقدره، في المنصوص، والمعسر يعتق حقه فقط، بخلاف القياس، أو لضرر الغير، وعنه: كله.

ويستسعى العبد في بقيته، نصره في الانتصار، واختاره أبو محمد الجوزي وشيخنا في كونه قبل أداؤها كحر أو معتق بعضه.

والسراية بعثت كافر شركاً له من مسلم وجهان «م ٩ و ١٠». ويسري إلى شقص

والفائق.

والوجه الثاني: لا يثبت ويكون لبيت المال، ذكره في الرعاية. وقال ابن عقيل: يصرف في رقاب، قال: وهو قياس المذهب، قال في الفائق: قلت: واختاره ابن الزاغوني.

مسألة - ٨: قوله: «وإن أعتق من عبد مشترك كله أو نصيبه منه موسر بقيته... عتق كله، للخبر... ويضمن حق شريكه... وقيل: يعتق بدفع قيمته، واختاره شيخنا، فلو أعتق شريكه قبلها فوجهان». انتهى.

قال في الرعاية: فهل يصح عتقه؟ يحتمل وجهين. انتهى.

أحدهما: يصح وهو الصحيح اختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق.

والوجه الثاني: لا يصح.

مسألة - ٩ - ١٠: قوله: على رواية الاستسعاء: «ويستسعي العبد في بقيته... وفي كونها قبل أداؤها كحر أو معتق بعضه والسراية بعثت كافر شركاً له من مسلم وجهان». انتهى. شمل كلامه مسألتين:

شريك رهناً وقيمته مكانه، قاله في الترغيب، وكذا مكاتباً أو مدبراً، وقيل: إذا بطلاً. ويضمن حق شريك بنصف قيمته مكاتباً، وعنه: بما بقي عليه، جزم به في الروضة، ومن له نصف عبد وآخر ثلثه وبقيته لآخر فأعتق موسران منهم حقهما معاً تساويًا في ضمان الباقي وولائه، وقيل: بقدر ملكيهما. ومن قال أعتقت نصيب شريكي، فلغو، ولو قال: أعتقت النصف انصرف إلى ملكه ثم سرى؛ لأن الظاهر أنه أراد نصيبه.

ونقل ابن منصور في دار بينهما قال أحدهما: بعتك نصف هذه الدار لا يجوز، إنما له الربع من النصف حتى يقول نصيبي. ولو وكل أحدهما الآخر فأعتق نصفه ولا نية ففي صرفه إلى نصيب موكله أم نصيبه أم إليهما احتمالاً في المغني «م ١١» وأيهما سرى عليه لم يضمه. وفيه احتمال.

المسألة الأولى - ٩: هل يكون قبل الأداء كحر أو معتق بعضه على القول بالاستسعاء؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والزركشي.

أحدهما: حكمه حكم الأحرار، فلو مات ويده مال كان لسيده ما بقي في السعاية، والباقي إرث، ولا يرجع العبد على أحد، قدمه في الرعاية. وقال الزركشي: وهو ظاهر كلام الأكثرين، وهو كما قال، فإنهم قالوا: يعتق كله ويستسعى في قيمة باقيه. قلت: وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يعتق حتى يؤدي جميع السعاية، فيكون حكمه حكم عبد بعضه حر وبعضه رقيق، فلو مات كان للشريك من ماله مثل ما له عند من لم يقل بالسعاية، اختاره أبو الخطاب في الانتصار، وقدمه ابن رزين في شرحه.

المسألة الثانية - ١٠: لو أعتق كافر حصته من عبد مسلم فهل يسري إلى الجميع أم لا؟ وأطلق الخلاف فيه، وأطلقه في الهداية والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقتنع، والمحزر، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: يسري، وهو الصحيح، صححه في التصحيح والشيخ الموفق والشارح، والناظم وغيرهم. قال في الفائق: يسري إلى سائر، في أصح الوجهين، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعايتين وشرح ابن رزين.

والوجه الثاني: لا يسري، ذكره أبو الخطاب ومن بعده، قال ابن رزين في شرحه: وليس بشيء، وهو كما قال، وإطلاق المصنف الخلاف فيه شيء.

مسألة - ١١: قوله: «ولو وكل أحدهما الآخر» يعني: أحد الشريكين لشريكه

وإن ادعى كل من الشريكين الموسرين أن شريكه أعتق حقه عتق عليهما، ولا ولاء لهما، فإن اعترف به أحدهما ثبت له وضمن حق شريكه، وإلا فليبت المال، وحلف كل منهما للسراية.

وإن كان أحدهما معسرًا عتق حقه فقط، ومع عسرتهما لا يعتق منه شيء، ومع عدالتهما وثبوت العتق بشاهد ويمين يحلف مع شهادة كل واحد ويعتق، أو مع أحدهما ويعتق نصفه، وذكر ابن أبي موسى: لا يصدق أحدهما على الآخر، وذكره في زاد المسافر، وعلمه بأنهما خصمان، ولا شهادة لخصم على خصمه. وأيهما اشترى حق الآخر عتق ما اشترى، وقيل: جميعه.

وإذا قال لشريكه الموسر: إذا أعتقت نصيبك فنصيبك حر فأعتقه عتق الباقي بالسراية مضمونًا، وقيل: يعتق عليهما، كالأصح في قوله: فنصيبك حر مع نصيبك أو قبله، وقيل: في قبله: يعتق جميعه بالشرط، ويضمن حق شريكه، ومع عسرتهما يعتق عليهما.

ولو قال لأتمته: إن صليت مكشوفة الرأس فأنت حرة قبله، فصلت كذلك، عتقت، وقيل: لا، جزم به أبو المعالي؛ لبطلان الصفة بتقديم المشروط. وإن قال: إن أقررت بك لزيد فأنت حر قبله، فأقر به له، صح إقراره فقط، وإن قال: إن أقررت بك له فأنت حر ساعة إقراره، لم يصح.

فصل

يصح من حر وفي عبد وجهان «م ١٢» تعليق عتق رقيق يملكه، نحو: إن

«فأعتق نصفه ولا نية، ففي صرفه إلى نصيب موكله أم نصيبه أم إليهما احتمالات في المغني». انتهى.

أحدها: يصرف إلى نصيبه. قلت: وهو الصواب؛ لأنه الأصل.

والثاني: يصرف إلى نصيب موكله؛ لأنه وكيل فيه فهو كنصيبه ويزيد بأنه تعين بالتوكيل للعتق.

والثالث: يصرف إليهما؛ لأنه لما وكله بقي في يده كله، وليس أحد النصيبين أولى بالعتق من الآخر، هذا ما يظهر في تعليل الاحتمالات، وتعليل الاحتمال الثالث أقوى من الثاني.

مسألة - ١٢: قوله: في تعليق عتق رقيق تملكه: «يصح من حر، وفي عبد

ملك فلانًا أو كل مملوك أملكه حر، نقله الجماعة، واختاره أصحابنا قاله القاضي وغيره؛ لأن العتق مقصود من الملك، والنكاح لا يقصد به الطلاق، وفرق أحمد بأن الطلاق ليس لله، ولا فيه قرينة إلى الله، وعنه: لا يصح، ذكره الشيخ ظاهر المذهب، كتعليقه حرية عبد أجنبي بكلامه، ثم يملكه [ثم] يكلمه. وعلى الأول: لو قال: أول عبد أملكه فهو حر، فلم يملك بعد واحد شيئًا، فوجهان «م ١٣» فإن ملك اثنين معًا فقليل: يعتقهما، وعكسه، وقيل: أحدهما بقرعة «م ١٤» ونقله مهنا في: أول غلام أو

وجهان». انتهى.

يعني هل يصح تعليق العبد عتق رقيق يملكه فيما يأتي كما يصح تعليق الحر أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحزر، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، صححه في الخلاصة، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، وغيره.

وجزم به في الوجيز وغيره.

والوجه الثاني: يصح كالحر.

مسألة - ١٣: قوله: «وعلى الأول» يعني على القول بصحة تعليق العتق بشرط «لو قال: أول عبد أملكه فهو حر فلم يملك بعد واحد شيئًا فوجهان». انتهى.

أحدهما: يعتق عليه، وهو الصحيح، وبه قطع في المغني، والشرح، ذكرنا ذلك فيما إذا ملك اثنين معًا، وكذلك ابن رزين في شرحه.

قال ابن نصر الله في حواشيه: وهو الأظهر؛ لأن الأول الذي لم يتقدمه غيره، ويصدق على ما تقدم على غيره.

والوجه الثاني: لا يعتق؛ لأن الأول لا بد وأن يكون بعده غيره، والله أعلم.

مسألة - ١٤: قوله: «فإن ملك اثنين معًا فقليل: يعتقهما، وعكسه، وقيل: أحدهما بقرعة». انتهى.

أحدهما: يعتقان.

والثاني: لا يعتقان، وفيه قوة.

والثالث: يعتق واحد بالقرعة، وهو الصحيح، صححه في النظم، وقدمه ابن رزين في شرحه، وقال: نص عليه، وقدمه في المغني، والشرح، وقالوا: هذا قياس قول الإمام أحمد.

امراً يطالع فهو حر أو طالق، وذكر الشيخ لفظها: أول من يطالع من عبيدي، وفي مختصر ابن رزين في الطلاق: ولو علقه بأول من يقوم فقمم معاً طلقن، وفي منفردة به وجه، كذا قال، ولو قال: آخر، فالآخر بعد موت سيده منذ ملكه، وكسبه له.

ويحرم وطء الأمة حتى يشتري بعدها غيرها، ويتوجه وجه. فإن ملك اثنين فكأول، وقوله لعبد غيره: أنت حر من مالي أو فيه، لم يعتق ولو رضي سيده، نص عليه.

ومن قال لأتمته: أول ولد تلدينه حر، أو إذا ولدت ولدًا، فولدت ميتًا ثم حيًا ففي عتق الثاني روايتان «م ١٥» وإن جهل أول الحيين عتق أحدهما بقرعة، وعنه: هما، واختار في الترغيب: أن معناه أن أمد منع السيد منهما هل هو القرعة أو الانكشاف؟ وفي الانتصار احتمال: لا يعتق ولد حدث، كتعليقه بملكه.

وإن قال: آخر، فولدت حيًا ثم ميتًا فالروايتان «م ١٦» وحمل المعتقة بصفة وقت التعليق أو الصفة وقيل: أو فيما بينهما يتبعها في العتق لا في الصفة. وله وطء مدبرته وأم ولده وإن لم يشرط، نص عليه، ويعتق ولدهما من غيره بموت السيد فقط بمنزلتهما لا ما ولدته - على الأصح - قبل تدبير وإيلاد، وإن لم يف الثلث بمدبرة وولدها أفرع، نص عليه، وعنه: في حمل بعد تدبير: كحمل معتقة بصفة، واختار في الانتصار: لا يتبع، وفيه: هل يبطل حكم عتق مدبر وأم ولد بموتهما قبل سيد أم لا؟

مسألة - ١٥: قوله: «ومن قال لأتمته أول ولد تلدينه حر أو إذا ولدت ولدًا فولدت ميتًا ثم حيًا ففي عتق الثاني روايتان». انتهى.

أحدهما: لا يعتق، وهو الصحيح، جزم به في المذهب والمنور، وغيرهما، وصححه في المغني، والشرح، وغيرهما.

والرواية الثانية: يعتق الحي، اختاره القاضي والشراف أبو جعفر، وقدمه في الفائق وشرح ابن رزين، وذكر في المستوعب أنه اختيار القاضي، واقتصر عليه.

مسألة - ١٦: قوله: «وإن قال: آخر، فولدت حيًا ثم ميتًا فالروايتان» يعني اللتين في التي قبلها، وأطلقهما في المحرر والنظم، والرعايتين:

إحدهما: لا يعتق، وهو الصحيح، وبه قطع في المقنع، والوجيز وشرح ابن منجا، وغيرهم. وقدمه في الشرح وغيره.

والرواية الثانية: يعتق، وهو قياس قول القاضي والشراف أبي جعفر وما قدمه في الفائق.

لأنه لا مال لهما، اختلف كلامه، ويظهر الحكم في ولدهما.

وفي قبول قول وارث حدوثه قبل التدبير كموروث أو القرعة وجهان «م ١٧».

ويتوجهان في ولد مكاتبة «م ١٨». وولد مدبر من أمته كهو، نص عليه، وذكر جماعة: لا، ومن غيرها كالأم.

ولا يتبع مكاتبًا ولده من أمة لسيده، قال جماعة: إلا بشرط، ويتبعه ولده من أمته، وهل تصير به أم ولد؟ فيه وجهان «م ١٩» فلو تزوج أمة سيده ثم ملكها قبل

مسألة - ١٧: قوله: «في قبول قول وارث حدوثه» يعني حدوث الحمل «قبل التدبير كموروث أو القرعة؟ وجهان». انتهى.

يعني إذا قالت المدبرة: حملت بعد التدبير فيتبعني، وقالت الورثة: بل قبله، فلا يتبع، فهل القول قولهم أو قول من تقع له القرعة؟ أطلق الخلاف فيه، وهذا هو الذي جزم به في المغني، وعلمه بموافقة قولهم الأصل، فكان القول قولهم، مع أيماهم مكفر، هذا المذهب، ولم يفهم كلام المؤلف هنا ترجيحه، وقد يؤخذ منه ترجيح القول الثاني. أحدهما: يقبل قولهم كموروثهم.

والوجه الثاني: يقدم قول من تقع له القرعة، كقوله فيما إذا تداعى الزوج والزوجة معًا في الرجعة وانقضاء العدة، وهو أقوى من الذي قبله.

قلت: ويحتمل أن يقبل قولها؛ لأنها أعلم بذلك من غيرها، ولم يذكره المصنف، لكن فيه نوع تهمة.

تنبيه: قوله: «كموروث» يعني أن الموروث وهو الذي دبرها لو ادعى أن الولد كان قبل التدبير كان القول قوله.

مسألة - ١٨: قوله: «ويتوجهان في ولد مكاتبة» يعني: إذا ادعى الورثة أن ولد المكاتبة كان موجودًا قبل الكتابة وقالت المكاتبة: بل بعدها.

قلت: والإلحاق واضح، والقياس على المدبرة صحيح حيث قلنا يتبع في التدبير والكتابة، والله أعلم.

مسألة - ١٩: قوله: «ولا يتبع مكاتبًا ولده من أمة لسيده، ويتبعه ولده من أمته، وهل تصير أم ولد؟ فيه وجهان». انتهى. وأطلقهما في المذهب، والمقنع، والمحزر، والحاوي الصغير.

أحدهما: تصير به أم الولد، نص عليه. قال الشيخ الموفق: هذا المذهب. وصححه في التصحيح والنظم، والفائق، وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه

قوله في أن الولد ملكه؛ لأن يده دليل الملك، قاله في المنتخب. وفي الترغيب وجهان، ويتبع المكاتب ما ولدته في الكتابة فقط، نص عليه، ولو كان قُنا. وإن عتقت بغير أداء أو إبراء لم تعتق كموتها فيرق وقيل: يبقى مكاتبًا، ونصه: يعتق، كعتقه بإعتاقه وحده، في المنصوص، وإن فات كسبه عليها، وولد بنتها كهي، وولد ابنها وولد معتق بعضها كأمة. ومن قال لعبده: أنت حر بمائة أو بعثك نفسك بمائة فقبل عتق ولزمته مائة وإلا فلا، وكذا أنت حر على مائة، أو على أن تعطيني مائة.

وفي الواضح رواية: شرط لازم بلا قبوله كبقية الشروط، وعنه: يعتق بلا قبول مجانًا، نصره القاضي وأصحابه، كقوله: أنت حر وعليك مائة، على الأصح. وقوله لأتمته: أعتقتك على أن تزوجيني نفسك، كقوله: على مائة، وإن أباه لزمته القيمة، وقيل: تعتق بقبولها مجانًا، واختار ابن عقيل: لا تعتق إلا بالأداء. وإن قال: أنت حر على أن تخدمني سنة، فقيل: كقوله: على مائة، وقيل: يعتق بلا قبول وتلزمه الخدمة «م ٢٠».

في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والشرح، وغيرهم. قال في الرعايتين وغيره: وتصير أم ولد، في الأصح. انتهى.

والوجه الثاني: لا تصير أم ولد، اختاره القاضي في موضع من كلامه، وقطع به في الفصول، وهو احتمال في الهداية، وإطلاق المصنف فيه شيء، والظاهر أنه تابع صاحب المحرر.

مسألة ٢٠: قوله: «وإن قال: أنت حر على أن تخدمني سنة، فقيل: كقوله على مائة، وقيل: يعتق بلا قبول وتلزمه الخدمة». انتهى.

القول الأول: فيه قوة، قدمه في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، وغيرهم. وهو ظاهر ما قدمه الشرح وشرح ابن منجا.

والقول الثاني: هو الصحيح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره، وبه قطع في الوجيز، وقدمه في المحرر والرعايتين، والفائق، وصححه النازم، قال في المحرر: هذا ظاهر كلامه، وجزم به في القواعد وقال: نص عليه، وأطلقهما في المغني. وقال في المستوعب والحاوي: وإن لم يقبل فعلى روايتين. إحداهما: يعتق ولا يلزمه شيء. والثانية: لا يعتق.

وقدما في: أنت حر على ألف أنه يعتق مجانًا، فخالف الطريقتين، وقيل: إن لم يقبل لم يعتق، رواية واحدة، فهذه أربع طرق في هذه المسألة.

وهل للسيد بيعها؟ فيه روايتان «م ٢١». نقل حرب: لا بأس ببيعها من العبد أو ممن شاء، ولم يذكروا لو استثنى خدمته مدة حياته وذكروا صحته في الوقف، وهذا مثله، يؤيده أن بعضهم احتج بما رواه أحمد وأبو داود: أن أم سلمة أعتقت سفينة وشرطت عليها خدمة النبي ﷺ ما عاش^(١)، ومعناه عن ابن مسعود. وهذا بخلاف شرط البائع خدمة المبيع مدة حياته؛ لأنه عقد معاوضة يختلف الثمن لأجله.

ولو باعه نفسه بمال في يده ففي صحته روايتان، قال في الترغيب: مأخذهما هل هو معاوضة أو تعليق؟ «م ٢٢».

مسألة - ٢١: قوله: «وهل للسيد بيعها؟ فيه روايتان»، يعني بيع الخدمة المستثناة، «ونقل حرب: لا بأس ببيعها من العبد أو ممن شاء». انتهى.

ذكر هاتين الروايتين ابن أبي موسى ومن بعده، وأطلقهما في المستوعب والحاوي الصغير، والقواعد الفقهية.

إحداهما: يجوز، نص عليه، وقد ذكر أكثر الأصحاب جواز بيع المنافع، لكن على التأبيد.

والرواية الثانية: لا يجوز، نص عليه.

قلت: وهو الصواب، وهو موافق لقواعد المذهب، بل يصح إيجارها لغير نفسه، ولعل المراد بالبيع الإجارة، ولكن الظاهر خلافه، ولم نعلم جواز بيع المنافع مدة، وقد ذكر الأصحاب نظيرة هذه المسألة فيما إذا اشترط البائع نفعاً معلوماً في البيع أنه يجوز للبائع إجارة ما استثناه وإعارته مدة استثنائه، كالعين المؤجرة إذا بيعت، ولم يذكروا صحة بيعها، والله أعلم.

مسألة - ٢٢: قوله: «ولو باعه نفسه بمال بيده ففي صحته روايتان، قال في الترغيب: مأخذهما هل هو معاوضة أو تعليق؟». انتهى.

إحداهما: يصح، وهو الصحيح، قال في الرعايتين والفائق: صح، على أصح الروايتين، قال في المغني، والشرح، في الولاء: وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيدته؛ لأنه يبيع ماله بماله، فهو مثل المكاسب سواء، والسيد هو المعتق لهما، فكان الولاء له عليهما. انتهى. وهو ظاهر كلام الخرقى، وأجراه في

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٩٣٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٢٦) وأحمد في المسند (٢٢١/٥) والحاكم في المستدرک (٢١٣/٢ - ٢١٤) والبيهقي في سننه (٢٩١/١٠) وحسنه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٧٥٢).

وإن قال: إن أعطيتني مائة فأنت حر فتعلق محض، لا يبطله ما دام ملكه، ولا يعتق بإبراء، بل بدفعها، نص عليه، وما فضل عنها لسيده، ولا يكفيه أن يعطيه من ملكه، إذ لا ملك له، على الأصح، وهو كقوله لامرأته: إن أعطيتني مائة فأنت طالق، فأنت بمائة مغصوبة، ففي وقوعه احتمالاً، قاله في الترغيب، والعق مثله، وأن هذا الخلاف يجري في الفاسدة إذا صرح بالتعلق «م ٢٣ - ٢٥».

ونقل حنبل في الأولى إن قاله لصغير لم يجز؛ لأنه لا يقدر عليه، وإن قال: جعلت عتقك إليك أو خيرتك، ونوى تفويضه إليه، فأعتق نفسه في المجلس، عتق، ويتوجه: كطلاق.

ولو قال: اشتري من سيدي بهذا المال وأعتقني، ففعل، عتق ولزم مشتره المسمى، وكذا إن اشتراه بعينه إن لم تتعين النقود، وإلا بطلا، وعنه: أجب عنه، وذكر الأزجي: إن صرح الوكيل بالإضافة إلى العبد وقع عنه وعتق، وإن لم يصرح، احتمل ذلك واحتمل أن يقع عن الوكالة؛ لأنه لو وقع عنه لعتق، والسيد لم يرض بالعتق.

فصل

من قال: ممالكي أو رقيقي أو كل مملوك أو عبد أملكه حر، شمل مكاتبه

المغني، على ظاهره، واختار الصحة.

والرواية الثانية: لا يصح، وهو ظاهر كلام الأكثر، وهو كالصريح في كلام القاضي.

مسألة - ٢٣ - ٢٥: قوله: «وإن قال: إن أعطيتني مائة فأنت حر... فلا يعتق بإبراء بل يدفعها، نص عليه، وما فضل عنها لسيده، ولا يكفيه أن يعطيه من ملكه، إذ لا ملك له...، وهو كقوله لامرأته: إن أعطيتني مائة فأنت طالق، فأنت بمائة مغصوبة ففي وقوعه احتمالان، في الترغيب، والعق مثله، وأن هذا الخلاف يجري في الفاسدة إذا صرح بالتعلق. انتهى. ذكر ثلاث مسائل:

مسألة - ٢٣: الطلاق، ومسألة - ٢٤: العتق، ومسألة - ٢٥: التعليق في الفاسدة.

قلت: الصواب عدم العتق وعدم وقوع الطلاق بإعطائه مغصوباً، إذ الظاهر أن المراد من المعلق تملك المائة، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «ومن قال: ممالكي أو رقيقي أو كل مملوك أو عبد أملكه حر شمل مكاتبه ومدبروه». انتهى. كذا في النسخ، وصوابه مكاتبه ومدبريه؛ لأنه مفعول.

ومدبريه وأم ولده، وكذا أشقاصه، ونقل مهنا: بنية، كشقص فقط، ذكره ابن عقيل، وعبد عبده التاجر، «هـ» مع عدم نية أو وجود دين، وإن علق بشرط قدمه أو أخره فسواء إن صح تعليقه بالملك، ذكره الشيخ في فتاويه.

وإن قال: عبدي حر، أو زوجتي طالق، ولم ينو معيّنًا، شمل الكل لا أحدهم بقرعة، في المنصوص، والمراد إن كان عبدًا مفردًا لذكر وأنثى، وإن كان لذكر فقط لم يشمل أنثى إلا إن اجتمعا تغليبًا.

قال أحمد فيمن قال لخدم له رجال ونساء: أنتم أحرار، وكانت معهم أم ولده ولم يعلم بها: إنها تعتق. قال أبو محمد الجوزي بعد المسألة: وكذا إن قال: كل عبد أملكه في المستقبل، وإن قال: أحد عبدي أو عبيدي أو بعضهم حر ولم ينو أو عينه ونسيه أو أدى أحد مكاتبه وجُهل، أقرع أو وارثه وعتق واحد، نص عليه.

وإن بان لناس أن عتيقه أخطأته القرعة عتق، ويبطل عتق الآخر، وقيل: لا، كالقرعة بحكم حاكم.

وإن قال: أعتقت هذا، لا بل هذا، عتقًا، وكذا إقرار وارث، وإن أعتق أحدهما بشرط فمات أحدهما أو باعه قبله عتق الباقي، كقوله له ولأجنبي أو لبهيمة: أحدهما حر، عتق وحده، واختار الشيخ: يقرع؛ لأنهما محل للعتق وقت قوله، وكذا الطلاق.

وإن قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فعبدني حر، وقال آخر: إن لم يكن فعبدني حر، ولم يعلماه، فلا عتق، فإن اشترى أحدهما عبد الآخر فقيل: يعتق أحدهما بقرعة، وقيل: يعتق المشتري، وقيل: إن تكاذبا «م ٢٦» وفي نظيرتها في النكاح

مسألة - ٢٦: قوله: «وإن قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فعبدني حر، وقال آخر: إن لم يكن فعبدني حر، ولم يعلماه، فلا عتق، فإن اشترى أحدهما عبد الآخر فقيل: يعتق أحدهما بالقرعة، وقيل: يعتق المشتري، وقيل: إن تكاذبا». انتهى.

أحدها: يعتق أحدهما بالقرعة، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب والشيخ الموفق والشارح، قال في القاعدة الأخيرة: هذا أصح، وقاله في القاعدة الرابعة عشرة أيضًا، وقدمه في المقنع، والنظم، وهو الصواب إن لم يتكاذبا.

والقول الثاني: يعتق الذي اشتراه مطلقًا، اختاره القاضي، وجزم به في الوجيز، وقدمه في الخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير، ذكره في ميراث الولاء وجره ودوره، وقدمه في النهاية وإدراك الغاية، وهو ضعيف.

أحكام الطلاق باقية، ويحرم عليهما الوطء إلا مع اعتقاد أحدهما خطأ الآخر، في الأصح فيهما، نقل ابن القاسم فليتقيا الشبهة.

وفي المنتخب: إمساكه عن تصرفه في العبيد كوطئه ولا حنث، واختار أبو الفرج وابن عقيل: والحلواني وابنه في التبصرة وشيخنا: بلى، وجزم به في الروضة، فيقرع، وذكره القاضي المنصوص، ويتوجه مثله في العتق، والله أعلم.

والقول الثالث: يعتق الذي اشتراه إن تكاذبا، قال في المحرر: إن اشترى أحدهما عبد الآخر فقييل: يعتق على المشتري، وقيل: إنما يعتق إذا تكاذبا، وإلا يعتق أحدهما بالقرعة، وهو الأصح. انتهى. وصححه أيضًا في تجريد العناية، والصواب عتق المشتري إن تكاذبا.

فهذه ست وعشرون مسألة في هذا الباب.

باب التدبير

وهو تعليق العتق بالموت، ويصح ممن تصح وصيته من ثلثه، ونقل حنبل: من كله؛ لأنه قد وقع فيه عتق، وعنه: في الصحة مطلقاً، نحو: إن مت فأنت حر أو مدبر. ومقيداً، نحو: إن مت من مرضي هذا أو عامي هذا أو بهذا البلد فأنت حر، وإن قالاً لعهدهما: إن متنا فأنت حر، فهو تعليق للحرية بموتهما جميعاً، ذكره القاضي وجماعة، ولا يعتق بموت أحدهما شيء، ولا يبيع وارثه حقه.

وقال أحمد، واختاره الشيخ وغيره: إذا مات أحدهما فنصيبه حر، فإن أراد: أنه حر بعد آخرهما موتاً فإن جاز تعليق الحرية على صفة بعد الموت عتق بعد موت الآخر منهما عليهما، وإلا عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير، وفي سرايته إن احتمله ثلثه الروايتان.

وصريحه وكنايته كالعتق، ولفظه صريح، ويبطل هو وعتق معلق بشرط بموته قبل وجوده، نحو: إن خدمتني سنة فأنت حر، فيموت السيد قبل مضيتها، وإن قال: إن شئت فأنت مدبر، فشاء حياة سيده فقط، صار مدبراً، كمتى شئت، وإذا شئت. وقيل: يختص بالمجلس، وذكره القاضي في إذا.

وإن قال: أنت حر بعد موتي بشهر، أو اخدم زيداً سنة بعد موتي ثم أنت حر، ففي صحته وعتقه روايتان «م ١ و ٢».

مسألة - ١ - ٢: قوله: «وإن قال: أنت حر بعد موتي بشهر أو اخدم زيداً سنة بعد موتي ثم أنت حر ففي صحته وعتقه روايتان». انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ١: لو قال: أنت حر بعد موتي بشهر، فهل يصح ويعتق أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والمغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والفائق، والنظم، في التدبير، وغيرهم. إحداهما: يصح، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، قال في الرعايتين: صح،

ويتوجهان في وصية لعبده بمشاع، فإن صح وأبرئ من الخدمة عتق من حينه، وقيل: بعد سنة.

فإن كانت الخدمة لبيعة وهما كافران فأسلم ففي لزومه القيمة لبقية الخدمة روايتان «م ٣» وإن كانت لابنه حتى يستغني فكبر واستغنى عن رضاع عتق، وقيل: عن إطعامه وتنجيته، نقل مهنا: لا يعتق حتى يستغني، قلت: حتى يحتلم؟ قال: لا دون الاحتلام.

في الأصح، وبه قطع في الوجيز.

والرواية الثانية: لا يصح ولا يعتق، اختاره أبو بكر، وصححه في النظم في كتاب العتق، وقدمه في الخلاصة، في باب التدبير، وقطع به في الحاوي الصغير، واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

تنبيه: قال في فوائد القواعد: بنى طائفة من الأصحاب هاتين الروايتين على أن التدبير هل هو تعليق بصفة أو وصية؟ فإن قلنا: هو وصية صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت، وإن قلنا: عتق بصفة لم يصح ذلك، وهؤلاء قالوا: لو صرح بالتعليق فقال: إن دخلت الدار بعد موتي بشهر فأنت حر، لم يعتق، رواية واحدة، وهي طريقة ابن عقيل في إشارته.

وقال ابن رجب: والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنيًا على هذا الأصل، وذكر علقته وقال: ومن الأصحاب من جعل هذا العقد تدبيرًا، ومنهم من ينفي ذلك، ولهم في حكاية الخلاف فيه أربع طرق ذكرت في غير هذا الموضع. انتهى.

المسألة الثانية - ٢: لو قال: اخدم زيدًا سنة بعد موتي ثم أنت حر، والحكم فيها كالحكم في التي قبلها خلافًا ومذهبًا، وقد علمت الصحيح من ذلك.

تنبيه: قوله: «ويتوجهان في وصية لعبده بمشاع». انتهى. قد علمت الصحيح من القولين، فكذا في هذه، مع أن الصحيح من المذهب صحة وصيته له بمشاع، على ما تقدم في الوصايا، ولم يظهر لي وجه التوجيه.

مسألة - ٣: قوله: «فإن كانت الخدمة لبيعة وهما كافران فأسلم ففي لزومه القيمة لبقية الخدمة روايتان». انتهى.

وأطلقهما في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. وذكرهما ابن أبي موسى فمن بعده.

إحداهما: لا يلزمه ويعتق مجانًا، جزم به في المنور، وهو الصواب.

والرواية الثانية: يلزمه القيمة لبقية الخدمة؛ لتعذرهما بعد إسلامه.

والروایتان في: إن فعلت كذا بعدي فأنت حر «م ٤» وعلى الصحة لا يملك وارثه بيعه قبل فعله، كالموصى به قبل قبوله، قاله جماعة، وذكر القاضي والترغيب: يصح تعليق عتقه بمشيئته بعد موته، فما كسب قبلها للورثة، ولا يبطل التدبير برجوعه فيه، وإبطاله.

وبيعه ثم شراؤه كعتق معلق بصفة. وفيه رواية في الانتصار والواضح: له فسخه، كبيعه، ويتوجه في طلاق، وعنه: بلى، كوصية، فلا يصح رجوعه في حمل لم يوجد.

وإن رجع في حامل ففي حملها وجهان «م ٥» لا بعد وضعه، والروایتان إذا لم يأت بصريح التعليق أو صريح الوصية، قاله في الترغيب وغيره. وفي التبصرة رواية: لا يرجع في الأمة فقط.

وإن أنكره لم يرجع إن قلنا تعليق، وإلا فوجهان «م ٦».

وله بيعه إن لم يوص به، وعنه: في الدين، وعنه: ولحاجة، اختاره الخرقى وعنه: لا تباع الأمة.

مسألة - ٤: قوله: «والروایتان في: إن فعلت كذا بعدي فأنت حر». انتهى. وقد علمت أيضًا الصحيح منهما، والله أعلم.

مسألة - ٥: قوله: «فإن رجع في حامل ففي حملها وجهان». انتهى. وأطلقهما في الرعايتين والقواعد الفقهية والزرکشي، وغيرهم. أحدهما: لا يكون رجوعًا فيه، وهو الصواب. والوجه الثاني: يكون رجوعًا.

مسألة - ٦: قوله: «وإن أنكره لم يرجع إن قلنا تعليق، وإلا فوجهان». انتهى. وكذا قال الأصحاب، وقالوا بعد حكاية الوجهين: بناء على ما إذا جحد الموصي الوصية هل يكون رجوعًا أم لا؟ والصحيح أن جحد الوصية لا يكون رجوعًا، على ما تقدم، وقد أطلق الخلاف فيها أيضًا، وقدم ابن رجب في فوائد قواعده أن جحوده للتدبير لا يكون رجوعًا. وقال: نص عليه. انتهى. وهو الصواب.

والوجه الثاني: يكون رجوعًا بناء على الوجه الذي في الوصية.

تنبيهان:

الأول: قوله: «وله بيعه إن لم يوص به». انتهى.

هذا مشكل جدًا إذ لا قائل به من الأصحاب، قال شيخنا في حواشيه تبعًا لابن أبي

وإذا لم يصح أو دبر الحمل ثم باع أمه فكاستثنائه في البيع، قاله في الترغيب. وفي الروضة: له بيع العبد في الدين، وفي بيعها فيه روايتان.

وإن دبر موسر شرًا له في عبد لم يسر، وقيل: يصير مدبرًا، ويضمن قيمته، وإن أسلم مدبر كافر بيع عليه إن أبى إزالة ملكه عنه، كما لو أسلم مكاتبه وعجز، وقيل: لا يلزمه إن استدأ تديره، ويحال بينهما، وتلزمه نفقته حتى يعتق بموته.

وإذا أسلم عبده القن فحكمه كالقول الأول، وذكر أبو بكر: تصح كتابته وتكفي، ووارثه مثله، وإن أسلمت أم ولده فكالثاني، وإن أسلم حلت له، وعنه: لا يلزمه نفقتها، وعنه: تستسعى في قيمتها ثم تعتق، ونقل مهنا تعتق بإسلامها.

وإن كاتب مدبره أو دبر مكاتبه فأدى عتق وكسبه له. وإن مات ولم يؤد عتق بموته إن حملة الثلث، وإلا عتق بقدره وباقيه مكاتب بقسطه، وكل كسبه إذا عتق أو بقدر عتقه لسيده، وعنه: له، كلبسه، ونقل ابن هانئ: ما لا بد من لبسه، وكما لو ادعى المدبر أنه كسبه بعد موته وأمكن، لثبوت يده عليه، بخلاف ولده، وكذا إن أولد أمته ثم كاتبها أو كاتبها ثم أولدها، لكن تعتق بموته مطلقًا.

وإن أعتق عبده القن أو كاتبه أو أعتق مكاتبه فما بيده لسيده، وعنه: له. وعتقه مكاتبه قيل: إبراء مما بقي، وقيل: فسخ، كعتقه في كفارة «م ٧» ويبطل التدبير

المجد ولعله وإن لم يرض». بزيادة واو قبل لفظة «إن» وبراء بدل الواو في يوص، يعني وإن لم يرض المدبر بالبيع، وليس بقوي، وقال صاحب تصحيح المحرر، وله بيعه لا أن يوصي به؛ لأن المذهب أنه لا تصح الوصية بالمدبر، قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما. انتهى. وهو خلاف ظاهر كلامه، والظاهر أن هنا نقصًا فيقدر بما يصح الكلام به، والله أعلم.

الثاني: قوله: بعد ذلك: «وعنه: في الدين، وعنه: ولحاجة، اختاره الخرقى». انتهى.

إنما اختار الخرقى رواية جواز بيعه في الدين، فقال: وله بيعه في الدين، ولا تباع المدبرة في إحدى الروايتين، والأخرى الأمة كالعبد. انتهى. فحصل الخلل من وجهين. أحدهما: نسبة الرواية إلى اختيار الخرقى، والخرقى إنما أجازه في الدين، والحاجة أعم من الدين، ولذلك ذكر روايتين.

والثاني: إطلاق البيع يشتمل الذكر والأنثى، والخرقى ليس له اختيار في الأنثى؛ لأنه أطلق فيه الخلاف من غير ترجيح، والله أعلم.

مسألة - ٧: قوله: «وعتقه مكاتبه قيل: إبراء مما بقي، وقيل: فسخ كعتقه في

بالإيلاد، وقيل: وبالكتابة إن قلنا هو وصية.

وإن جنى بيع، وإن فداه بقي تدبيره، وإن باع بعضه فباقيه مدبر، وإن مات قبل بيعه عتق إن وفى ثلثه بها، وإن أوجبت القود وقلنا يملكه لم يعتق، والله أعلم.

كفارة». انتهى.

قلت: الصواب الثاني، قال في المغني، والشرح، وغيرهما: إذا أبرأ السيد من مال الكتابة برئ وعيق؛ لأن ذمته خلت من مال الكتابة، فأشبهه ما لو أداه، فإن أبرأه من بعضه برئ منه، وهو على الكتابة فيما بقي، لأن الإبراء كالأداء. انتهى.

فهذه سبع مسائل في هذا الباب.

باب الكتابة

وهي مستحبة مع كسب عبده وأمانته، وأسقطها في الواضح والموجز والتبصرة، وعنه: واجبة بطلبه بقيمته، اختاره أبو بكر، وقدم في الروضة الإباحة.

وتصح من جائز بيعه، ولو من بعض عبده حتى المميز. وفي الموجز، والتبصرة: ابن عشر أو شركًا بلا إذن، ويملك من كسبه بقدره، وعنه: يوميًا و يوميًا.

ويعتق طفل ومجنون بأداء معلق صريحًا، وإلا فوجهان «م ١». وتنعقد بقوله كاتبك على كذا مع قبوله، ذكره في الموجز والتبصرة والترغيب وغيرها.

وإن لم يقل فإذا أديته فأنت حر. وفي الترغيب وجه هو رواية في الموجز والتبصرة: يشترط قوله: وقيل: أو نيته. ولا تصح إلا بعوض مباح يصح السلم فيه منجم نجمين فأكثر، يعلم لكل نجم قسطه ومدته، تساوت أو لا، وقيل: ونجم. وقال القاضي وأصحابه: وعبد مطلق كمهر، فعلى الأول في توقيتها بساعتين أم يعتبر ما له وقع في القدرة على الكسب، فيه خلاف في الانتصار «م ٢».

مسألة - ١: قوله: «ويعتق طفل ومجنون بأداء معلق صريح، وإلا فوجهان». انتهى.

أحدهما: لا يعتق، وهو الصحيح، اختاره أبو بكر، ونصره الشيخ الموفق والشارح، وقدمه في الرعايتين والفائق، قال في القواعد الأصولية: المذهب لا يعتق بالأداء، خلافًا لما قال القاضي. انتهى. وهو ظاهر ما قطع به في المستوعب والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: يعتق؛ لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة، اختاره القاضي.

مسألة - ٢: قوله: فيما إذا قلنا لا تصح إلا منجمة: «في توقيتها بساعتين أم يعتبر ما له وقع في القدرة على الكسب؟» فيه خلاف في الانتصار. انتهى.

قلت: ظاهر كلام كثير من الأصحاب الصحة، ولكن العرف والعادة، والمعنى: أنه

وفي المغني: لا تجوز إلا مؤجلة، في ظاهر المذهب، فدل أن فيه خلافاً، وفي الترغيب في كتابة مَنْ نصفه حر كتابة حالة وجهان، وتصح على مال قدم ذلك أو آخره، وخدمة، فإذا أدى ما كوتب عليه فقبضه هو أو ولي مجنون ولو من مجنون، قاله في الترغيب، أو أبرأه منه والأصح: أو بعض ورثته الموسر من حقه لإسقاط كل حقه عتق، فقيمته لسيده على قاتله وعنه: يعتق بملكه وفاء فديته لورثته.

فعلى الأول إن مات عن وفاء انفسخت، وتركته لسيده، وعنه: لا تنفسخ، اختاره أبو بكر وأبو الخطاب، ففي كونه حالاً أم على نجومه فيه روايتان «م ٣».

وفي عتقه بالاعتياض وجهان «م ٤» وإن بان بعوض دفعه عيب فله أرشه أو عوضه برده ولم يزل عتقه، وفيه وجه: كبيع، ولو أخذ سيده حقه ظاهراً ثم قال: هو حر ثم بان مستحقاً لم يعتق، وإن ادعى تحريره قبل بيئته، وإلا حلف العبد ثم يجب

لا يصح قياساً على السلم، لكن السلم أصيق، والله أعلم.

مسألة - ٣: قوله: «فعلى الأول إن مات عن وفاء انفسخت وتركته لسيده، وعنه: لا تنفسخ، اختاره أبو بكر وأبو الخطاب، ففي كونه حالاً أم على نجومه فيه روايتان». انتهى.

قلت: هي شبيهة بمن عليه دين مؤجل إذا مات، على ما ذكره في باب الحجر، المصنف وغيره، والصحيح هناك أنه إذا تعذر التوثق من الورثة يحل، وليس هنا توثق في الظاهر فإن وجد وارث ووثق ينبغي ألا يحل، قياساً على المحجور عليه، وظاهر كلامه في الرعاية أنه يكون حالاً.

مسألة - ٤: قوله: «وفي عتقه بالاعتياض وجهان»، انتهى. يعني إذا أعطاه مكان الواجب عليه شيئاً عوضاً عنه. وأطلقهما في البلغة والرعاية الكبرى:

أحدهما: يعتق، وهو الصواب إن كان المعنى ما فسرتها به، وهو الظاهر، ثم وجدته في المغني، والشرح، قالوا: وإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصالح عن النقود بحنطة أو شعير جاز، لكن لا يجوز أن يكون مؤجلاً، وإن صالحه عن الدراهم بدنانير ونحوه، لم يجز التفرق قبل القبض.

وقال القاضي: ويحتمل ألا تصح هذه المصالحة؛ لأن هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره؛ ولأنه دين غير مستقر، فهو كدين السلم، قال الشيخ والشارح: والأولى ما قلناه. انتهى. وفرقا بينه وبين السلم فوافقا ما اخترناه، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره.

والوجه الثاني: لا يعتق بذلك، وهو ما قاله القاضي.

أخذه ويعتق به ثم يلزمه رده إلى مالكة إن أضافه إلى مالك، وإن نكل حلف سيده، وله قبضه من دين له عليه وتعجيزه، وفي تعجيزه قبل أخذ ذلك عن جهة الدين وجهان في الترغيب، والاعتبار بقصد السيد «م ٥» وفائدته، يمينه عند النزاع، ويملك كسبه ونفعه والإقرار وكل تصرف يصلح ماله، كبيع وإجارة، ويتعلق دينه بدمته، زاد في عيون المسائل: في الصحيح عنه، لأنه في يد نفسه، فليس من السيد غرور، بخلاف المأذون له.

وإن حبسه ويقتضي كلام الشيخ: أو منعه مدة ففي لزومه أجراها أو إنظاره مثلها أو أرفقهما بمكاتبه أوجه «م ٦». وله السفر كغريم وأخذ الصدقة، ويصح شرط تركهما، على الأصح، كالعقد، فيملك تعجيزه، وقيل: لا بسفر كماكانه رده. ولا

مسألة - ٥: قوله: «وله قبضه من دين له عليه وتعجيزه، وفي تعجيزه قبل أخذ ذلك من جهة الدين وجهان في الترغيب، والاعتبار بقصد السيد». انتهى.

يعني لو كان للسيد على مكاتبه دين وقد حل نجم ودفع المكاتب إليه مالا. قلت: الصواب ليس له تعجيزه قبل الأخذ، والله أعلم، قال في الرعاية الكبرى: فله أخذه من دينه الآخر وتعجيزه.

تنبيه: في قوله: «والاعتبار بقصد السيد» نظر، إذ قد قال الأصحاب: لو قضى بعض دينه أو أبرئ منه وبيعضه رهن أو كفيل كان عما نواه الدافع أو المبرئ، والقول: قوله: في النية، بلا نزاع، فقياس هذا أن المرجع في ذلك إلى العبد والمكاتب، لا إلى سيده، وقد قال ابن حمدان في رعايته كما قال المصنف في الصورتين، والذي يظهر ما قلناه، والله أعلم.

مسألة - ٦: قوله: «وإن حبسه ويقتضي كلام الشيخ أو منعه مدة ففي لزومه أجراها أو إنظاره مثلها أو أرفقهما بمكاتبه أوجه». انتهى. وأطلقها في الكافي، والفائق، وتجريد العناية وغيرهم.

أحدها: يلزمه أجراها، جزم به الآمدي في منتخبه، وقدمه في المحرر والرعايتين، والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والوجه الثاني: يلزمه إنظاره مثل المدة، ولا يحتسب عليه مدة حبسه، صححه الشيخ الموفق والشارح، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثالث: يلزمه أرفق الأمرين بالمكاتب من إنظاره أو أجرة مثله، وهو الصواب، وبه قطع في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والوجيز ونهاية ابن رزين وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته.

يصح شرط نوع تجارة، وينفق على نفسه ورقيقه وولده التابع له كولده من أمته، فإن لم يفسخ سيده كتابته لعجزه لزمته النفقة.

وللمكاتب النفقة على ولده من أمة لسيدة، وفيه من مكاتبه لسيدة احتمالاً لأن «م ٧» وإلا لم يجوز. ويكفر من ماله بإذن سيده، كتبرع وقرض وتزوج، نص عليه، ونقل

مسألة - ٧: قوله: «وللمكاتب النفقة على ولده من أمة لسيدة، وفيه من مكاتبه لسيدة احتمالاً». انتهى. يعني هل له أن ينفق على ولده من مكاتبه لسيدة أم النفقة على أمه؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: تجب على أمه، وليس للأب النفقة عليه، وهو الصحيح، وظاهر ما قطع به في الرعايتين، فإنه قال: ونفقة ولد المكاتب عليها دون أبيه المكاتب، وكذا في الحاوي الصغير.

والاحتمال الثاني: للمكاتب النفقة عليه.

تنبيهات:

الأول: قطع المصنف بجواز نفقة المكاتب على ولده من أمة لسيدة، وقد قال في المحرر وغيره: ولا يتبعه ولده من أمة لسيدة إلا بالشرط، وكذا قال في الرعايتين والحاوي الصغير، وغيرهما، ولا يتبعه ولد من أمة سيده بلا شرط، ثم قالوا: «وينفق من ماله على نفسه ورقيقه وولده التابع له» فظاهره أنه لا ينفق على غير التابع له، وهذا لا يتبعه من غير شرط، والمصنف قد قطع بالنفقة وأطلق، فلعله أراد إذا قلنا يتبعه، والله أعلم.

الثاني: قوله: «ويكفر بماله بإذن سيده...» وعنه: المنع، وعنه: عكسه، وكذا حجه بماله ما لم يحلّ نجم، وقيل: مطلقاً، وأطلقه في الترغيب وغيره، وقالوا نص عليه». انتهى.

فظاهره أنه قدم أنه لا يحجّ بإذن سيده ما لم يحلّ نجم، وقال في الاعتكاف: «وله أن يحجّ بلا إذن، نص عليه...» واختار الشيخ: يجوز إن لم يحتج أن ينفق عليه مما قد جمعه ما لم يحلّ نجم» وقال بعد ذلك: «ويجوز بإذنه، أطلقه جماعة، وقالوا: نص عليه، ولعل المراد ما لم يحلّ نجم، وصرح به بعضهم، وعنه: المنع مطلقاً». انتهى.

فقدم الجواز من غير إذن، وقدم فيما إذا حجّ بإذنه الجواز سواء حل نجم أو لا. وقال: «أطلقه جماعة وقالوا: نص عليه، ولعل المراد ما لم يحلّ نجم» وقدم في الكتابة تقييده بعدم حلول نجم، وعدم حجه من غير إذن، فحصل الخلل من وجهين:

أحدهما: كونه قدم في الاعتكاف الجواز من غير إذن وقدم في الكتابة خلافه.

إبراهيم الحربي: له ذلك لا لها، وتسّر، وعنه: المنع، وعنه: عكسه، وكذا حجه بماله ما لم يحل نجم، وقيل: مطلقاً، وأطلقه في الترغيب وغيره، وقالوا: نص عليه. ونقل ابن منصور: إن شرط السيد أن لا يتزوج ولا يخرج من بلده له أن يتزوج والخروج، وإن شرط الخدمة فله ذلك وإلا فلا، نقله الميموني. وفي الانتصار: يستمتع بجاريته ويستخدمها ويتصرف بمشيئته إلا بتبرع.

وفي بيعه نساء، ولو برهن وهبته بعوض ورهنه ومضاربتة وقوده من بعض رقيقه الجاني على بعضه وحده ومكاتبته وتزويجه وعتقه بمال في ذمته وقوده لنفسه ممن جنى على طرفه بلا إذن وجهان «م ٨ - ١٦»، وقيل: يزوج أمة. وله تعزيره؛ لأنه

الثاني: كونه قدم في الكتابة تقييد الجواز بعدم حلول نجم، وقدم في الاعتكاف الجواز مطلقاً، ثم قال من عنده: ولعل المراد ما لم يحل نجم، والمعتمد عليه في المذهب جواز حجه بلا إذن ما لم يحل نجم، وقد حررت ذلك في الإنصاف في الاعتكاف والكتابة.

الثالث: الذي يظهر أن في كلام المصنف نقصاً في قوله: في التكفير: «وعنه: عكسه» والنقص: لفظة «مطلقاً» وتقديره: «وعنه: عكسه مطلقاً» إذ لو لم ترد هذه لحصل التكرار أذ عكس المنع عدم المنع وهو الجواز، وقد قدمه أولاً، فإذا زدنا لفظة «مطلقاً» انتفى التكرار، وتكون الرواية الثالثة الجواز مطلقاً، أعني سواء أذن أو لم يأذن، وهو موافق للمنقول، والله أعلم.

مسألة - ٨ - ١٦: قوله: «وفي بيعه نساء ولو برهن وهبته بعوض ورهنه ومضاربتة وقوده من بعض رقيقه الجاني على عبده وحده ومكاتبته وتزويجه وعتقه بمال في ذمته وقوده لنفسه ممن جنى على طرفه بلا إذن وجهان». انتهى.

ذكر في هذه الجملة مسائل أطلق فيها الخلاف.

المسألة الأولى - ٨: هل يصح بيعه نساء برهن وبغيره أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفاوق، وغيرهم.

أحدهما: ليس له ذلك، وهو الصحيح، على ما اصطلاحناه، قدمه في الكافي، والمغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وجزم به في الفصول.

والوجه الثاني: له ذلك، وهو تخريج للقاضي من المضارب، وقيل: له ذلك برهن أو ضمين. قلت: وهو أولى.

المسألة الثانية - ٩: هل له أن يهب بعوض أم لا؟ أطلق الخلاف.

مالك، فهو أولى من زوج، ذكره في عيون المسائل، ولسيده القود منه، وولاء من

أحدهما: ليس له ذلك ولا يصح، وهو الصحيح، قطع به في الفصول والمغني، والشرح، وغيرهم. وهو ظاهر ما قدمه في الكافي، وقد قطع في الرعايتين والحاوي والفائق، والوجيز وغيرهم. ليس له أن يهب ولو بثواب مجهول.

والوجه الثاني: يصح، وهو الصواب، إذا كان فيه مصلحة، والله أعلم.

المسألة الثالثة - ١٠: هل له أن يرهن أو يضارب أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والمحرر، والشرح، والنظم، وشرح ابن منجا، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: ليس له ذلك، وهو الصحيح فيهما، صححه في التصحيح، وبه قطع في الوجيز وغيره، وقدمه في الكافي، وغيره، وقدمه في الشرح في موضع آخر، وقطع به ابن رزين في شرحه، في المضاربة.

والوجه الثاني: له ذلك، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، والنفس تميل إليه، وهو الصواب في الرهن إذا رآه مصلحة، وهو ظاهر كلام جماعة.

المسألة الرابعة - ١١: هل له القود من بعض رقيقه الجاني على عبده أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المحرر والرعايتين، والحاوي الصغير، والنظم، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: ليس له ذلك إلا بإذن سيده، وهو الصحيح، اختاره أبو بكر، وأبو الخطاب في رؤوس المسائل، وابن عبدوس في تذكرته، وبه قطع صاحب الهداية والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والوجيز ومنتخب الآمدي وغيرهم. وصححه في البلغة، وقدمه في الشرح وشرح ابن منجا.

والوجه الثاني: له ذلك، اختاره القاضي، وهو ظاهر ما قدمه في الكافي.

المسألة الخامسة - ١٢: هل له إقامة الحد على رقيقه كالحرة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب ومسبوك الذهب، والخلاصة، والكافي، والهادي، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: ليس له ذلك، وهو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وصححه في الهداية، وغيره. قلت: وصححه المصنف في أول كتاب الحدود حيث قال: «ولسيد مكلف عالم به، والأصح حر». انتهى.

فصحح اشتراط الحرية في إقامة الحد على الرقيق، وهذا من جملة ما ناقض فيه على ما تقدم في المقدمة أول الكتاب، وقدمه في المغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن

يعتقه ويكاتبه بإذن لسيده، وقيل: له إن عتق. وله تملك رحمه المحرم بهبة ووصية رزين، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وهو ظاهر ما جزم به الآمدي في منتخبه.

والوجه الثاني: له ذلك، وهو احتمال في المقنع، ورواية في الخلاصة.

المسألة السادسة - ١٣: هل له مكاتبة رقيقه أم لا؟ [أطلق] الخلاف فيه، وأطلقه في المحرر والرايعتين، والنظم، وغيرهم.

أحدهما: ليس له ذلك، وهو الصحيح، وبه قطع في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الكافي والمغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: له ذلك، اختاره القاضي وأبو الخطاب في رؤوس المسائل. قلت: وهو الصواب، إذا رآه مصلحة. وقال أبو بكر: هو موقوف، كقوله في المعتق المنجز.

المسألة السابعة - ١٤: هل له تزويج رقيقه أم لا: أطلق الخلاف.

أحدهما: ليس له ذلك إلا بإذن سيده، وهو الصحيح، وبه قطع في الوجيز وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، ونصره، وصححه في الكافي، وغيره.

والوجه الثاني: له ذلك إذا رأى المصلحة فيه، اختاره أبو الخطاب، وقدمه ابن رزين في شرحه.

قلت: وهو الصواب، وقيل: له تزويج الأمة دون العبد، حكاه القاضي وابن البنا في خصالهما، وهو قوي، وأطلقهن في البلغة والرايعتين، والنظم، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

المسألة الثامنة - ١٥: هل له عتق رقيقه بمال أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المحرر والرايعتين، والنظم، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: ليس له ذلك إلا بإذن سيده، وهو ظاهر ما جزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره، قال في الكافي: ليس له أن يعتق الرقيق.

والوجه الثاني: له ذلك إذا كان فيه مصلحة، وهو الصحيح، والأول ضعيف، وقطع به ابن عقيل في التذكرة.

ولنا وجه ثالث: أن عتقه موقوف على أداء المكاتب، فإن أدى عتق وإلا بطل، وهو اختيار أبي بكر والشريف في خلافه، ويحتمل أنه موقوف على إجازة السيد،

وكسبهم له، ولا يبيعهم، فإن عجز رفقوا معه، وإن عتق واختار الشيخ ولو بإعتاق سيده إياه عتقوا، لا يعتق السيد إياهم.

وفي شرائهم بلا إذنه وجهان «م ١٧» ومثله الفداء، قاله في المنتخب، وفيه في

كتصرف الفضولي، حكاه الشيخ موفق الدين في «المغني».

قال القاضي: هذا قياس المذهب. لقولنا في ذوي الأرحام: إنهم موقوفون، والله أعلم.

المسألة التاسعة - ١٦: هل يسوغ له قوده لنفسه ممن جنى على طرفه بلا إذن أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: ليس له ذلك من غير إذن سيده، قال في الرعاية: ولا يقتص لنفسه من عضو وقيل: أو جرح بدون إذن سيده، في الأصح، وكذا قال في الفائق. قال القاضي في خلافه: هو قياس قول أبي بكر، قال في القاعدة السابعة والثلاثين بعد المائة: وفيه نظر. انتهى.

والوجه الثاني: له ذلك. قلت: وهو الصواب والصحيح من المذهب، واختاره القاضي في المجرد، وابن عقيل، والقول الأول ضعيف جداً، إذ قد قال الأصحاب: إن العبد إذا وجب له القصاص له طلبه والعفو عنه، فهنا بطريق أولى، ذكروا ذلك في باب العفو عن القصاص، اللهم إلا أن يقال: له هناك طلبه ولا يقتص إلا بإذن سيده، أو يقال أيضاً: المكاتب قد تعلقت به شائبة الحرية وهي مطلوبة شرعاً، فروعياً طلبها، فيقوى القول الأول، والله أعلم.

مسألة - ١٧: قوله: «وفي شرائهم بلا إذنه وجهان». انتهى. يعني في شراء من يعتق عليه بالرحم، وأطلقهما في المذهب والكافي، والمحزر، والنظم، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: له ذلك، وهو الصحيح، نص عليه، قال الزركشي: هذا أشهر، قال في الرعايتين والحاوي الصغير: وله شراء ذي رحمه بلا إذن سيده، في أصح الوجهين، وإليه ميل الشارح، وقطع به الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في خلافيهما، وابن عقيل، والشيخ في المغني، وغيرهم. واختاره القاضي والخرقي، قاله القاضي.

والوجه الثاني: ليس له ذلك إلا بإذن سيده، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وبه قطع الشيخ في المقنع، وصاحب الوجيز، وهو ظاهر ما قطع به في الخلاصة، وقدمه في الهداية، والمستوعب.

تنبيه: قوله: «وإن عجز عن ديون معاملة لزمته تعلقت بذمته، فيقدمها محجور

الترغيب يفديه بقيمته. ويصح شراؤه من يعتق على سيده، ذكره في الانتصار والترغيب، فإن عجز عتقوا.

فصل

يصح شرط وطء مكاتبته، نص عليه، لبقاء أصل الملك، كراهن يطاء بشرط، ذكره في عيون المسائل والمنتخب، وعنه: لا، ذكره أبو الخطاب، واختاره ابن عقيل. ومتى وطئ بلا شرط عزر عالم فقط، ويلزمه مهرها، كأجرة خدمتها، وقيل: إن طاوعته فلا. ويجوز بيعه، وعنه: لا، وعنه: بأكثر من كتابته، ومشتريه يقوم مقام مكاتبته.

وفي الواضح في مدبر كذلك، كعبد أوصى بمنفعته، فإن أدى إليه عتق دون ولده، وولاؤه له، وإلا عاد قنًا، وجهل مشتريه كتابته كعيب، وإن اشترى كل من المكاتبين الآخر صح شراء الأول وحده، فإن جهل أسبقهما بطلا، وقيل: أبطلا، ويلزم سيده أرش جنايته عليه. وإن جنى المكاتب لزمه فداء نفسه بقيمته فقط قبل الكتابة، وقيل: يتحصان، فإن أدى مبادرًا وليس محجورًا عليه عتق واستقر الفداء، والفداء على سيده إن قتله وكذا إن أعتقه، ويسقط في الأصح إن كانت على سيده، قاله في الترغيب.

وإن عجز وجنايته على سيده فله تعجيزه وإن كانت على غيره ففداه، وإلا بيع فيها قنا، نقله ابن منصور وغيره، ونقل الأثرم: جنايته في رقبته بفدية إن شاء، قال أبو بكر: وبه أقول، ويجب فداء جنايته مطلقًا بالأقل من قيمته أو أرشها، وعنه: جنايته على أجنبي، وعنه: وسيده بالأرض كله.

وإن عجز عن ديون معاملة لزمته تعلقت بذمته، فيقدمها محجور عليه؛ لعدم تعلقها برقبته، فلهذا إن لم يكن بيده مال فليس لغريمه تعجيزه، بخلاف الأرش ودين الكتابة، وعنه: تتعلق برقبته فتساوى الأقدام ويملك تعجيزه، ويشترك رب الدين

عليه؛ لعدم تعلقها برقبته...، وعنه: تتعلق برقبته... ويشترك رب الدين والأرش بعد موته. لفوت الرقبة، وقيل: يقدم دين المعاملة، ولغير المحجور تقديم أي دين شاء، وذكر ابن عقيل وجماعة أنه بعد موته هل يقدم دين الأجنبي على السيد كحال الحياة أم يتحصان؟ فيه روايتان، وهل يضرب سيده بدين معاملة مع غريم؟ فيه وجهان. انتهى.

الذي ذكره ابن عقيل والجماعة طريقة في المذهب، والصحيح من المذهب ما قدمه المصنف، وليست هذه المسألة والتي قبلها من الخلاف المطلق.

والأرش بعد موته؛ لفوات الرقبة، وقيل: يقدم دين المعاملة، ولغير المحجور تقديم أي دين شاء.

وذكر ابن عقيل: وجماعة أنه بعد موته هل يقدم دين الأجنبي على السيد كحال الحياة أم يتحصان؟ فيه روايتان، وهل يضرب سيده بدين معاملة مع غريم؟ فيه وجهان. ولا ينفسخ بموت سيده وجنونه والحجر عليه لسفه أو جنون.

ونقل ابن هانئ إن أدى بعض كتابته ثم مات السيد يحتسب من ثلثه ما بقي من العبد ويعتق، ولا يملكه أحدهما إلا السيد بعجز العبد، بأن يحل نجم فلم يؤده، وعنه: لا يعجز حتى يحل نجمان، وعنه: لا يعجز حتى يقول قد عجزت.

وفي أسير كافر واحتسابه على المكاتب بالمدة عند الكافر وجهان «م ١٨ - ١٩»

مسألة - ١٨ - ١٩: قوله: «وفي أسير كافر واحتسابه على المكاتب بالمدة عند الكافر وجهان». انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ١٨: قوله: «وفي أسير كافر»، يعني إذا أسر المكاتب كافرًا وحل عليه من النجوم ما يقتضي تعجيزه لو كان مطلقًا فهل يملك سيده تعجيزه وفسخا، والحالة هذه أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يملك تعجيزه، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يملك ذلك، وهو ظاهر كلام الأصحاب.

تنبيه: لعل الخلاف مبني على الخلاف في المسألة الآتية بعد هذه، فإن قلنا: يحتسب عليه بتلك المدة كان له تعجيزه، وإن قلنا: لا يحتسب عليه بها لم يكن له تعجيزه، والذي يظهر أن هذه المسألة هي تلك بعينها وفائدتها ما قلنا، ولذلك لم يذكرها الأكثر، وإنما ذكروا الثانية، ولعله رأى هذه العبارة في كتاب وتلك في آخر، والله أعلم بمراده.

ويحتمل أن يكون الخلاف مبنيًا على الراوية الثالثة التي ذكرها في تعجيزه، وهو أنه لا يملك تعجيزه حتى يقول قد عجزت، فلو كان أسيرًا فهل يملك تعجيزه على هذه الرواية أم لا؟ وقال شيخنا: معناه إذا أسره كافر وعجز عن الأداء بسبب ذلك. وقال عن المسألة الثانية: إذا قام في أسر الكافر مدة ثم أطلق فهل يحتسب السيد عليه بتلك المدة؛ لأجل العجز أم لا عبرة بها؟ فيه وجهان. انتهى. وقاله غيره في الثانية وأصلح بعضهم «أسير» بأسر بحذف الياء، وقيل: إنه وجد في بعض النسخ كذلك.

المسألة الثانية - ١٩: هل يحتسب على المكاتب بمدة حبسه عند الكافر أم لا؟

وله الفسخ بلا حكم، كرد بعيب ويلزمه إنظاره ثلاثة، كبيع عرض، ومثله مال غائب دون مسافة قصر، يرجو قدومه ودين حال على مليء ومودع، وأطلق جماعة: لا يلزم السيد استيفاءه فيتوجه مثله في غيره.

وفي عيون المسائل: ليس له الفسخ بعد حلول نجم ولا قبله مع قدرة عبد على الأداء، كبيع.

وفي الترغيب: إن غاب بلا إذنه لم يفسخ، ويرفع الأمر إلى حاكم البلد الذي فيه الغائب؛ ليأمره بالأداء أو يثبت عجزه فحينئذ يفسخ، وحكي عن أحمد: للعبد فسخها، كمرتهن، وكاتفاقيهما، ويتوجه فيه: لا؛ لحق الله، ويملك قادر على كسب تعجيز نفسه، فإن ملك وفاء، ولم يعتق به لم يملكه؛ للإرقاق، فيجبر على أدائه، فلا فسخ لسيد، ولهذا يحرم أن يتزوج أمة مع قدرته على حرة أو صبره، ذكره في الانتصار، وعنه: يملكه، فيفسخ السيد. وفي الترغيب: في فسخها بجنون مكاتب وجهان.

ومن مات وفي ورثته زوجة لمكاتبه، أو ورث زوجته المكاتبه انفسخ نكاحها، فيعابا بها، وقيل: حتى يعجز، قال في الانتصار: نص في رواية ابن منصور أن الدين يمنع انتقال ما يقابله إلى الورثة، فعلى هذه الوصية بمعين والكتابة تمنع الانتقال، فلا فسخ، وعلى رواية أنه لا يمنع ينعكس الحكم، ويلزمه إذا أدى مكاتبه إيتاءه ربع كتابته تعجيراً أو وضعاً بقدره، ويلزم المكاتب قبول جنسها، وقيل: وغيره، وقيل: بل منها، فإن أدى ثلاثة أرباعه، وعنه: أو أكثر كتابته وعجز لم يعتق، ولسيده الفسخ، في أنصّ الروايتين فيهما.

وفي الترغيب في عتقه بالنقصاين روايتان، ولم يذكر العجز، وقال: لو أبرأه من بعض النجوم أو أداه لم يعتق منه، على الأصح، وأنه لو كان له على سيده مثل النجوم عتق، على الأصح، وفي مختصر ابن رزين: وعنه: يعتق بملك ثلاثة أرباعها إن لزم إيتاء ربع. وفي الروضة: رواية وقدمها: لا يجب إيتاء الربع وأن الأمر في الآية للاستحباب.

أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والفائق، والزرکشي:

أحدهما: لا يحتسب، قدمه ابن رزين في شرحه، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يحتسب عليه، قطع به في الكافي، فقال: وإن قهره أهل الحرب فحبسوه لم يلزم السيد إنظاره؛ لأن الحبس من غير جهته. انتهى.

فصل

إذا اختلفا في قدر مال الكتابة أو جنسه أو أجله قبل قول السيد، كالعقد وقدر الأداء، وعنه: عكسه، اختاره جماعة، كعتقه بمال، ويتوجه فيه مثلها، وعنه: يتحالفان، اختاره أبو بكر، فإن لم يرض أحدهما بقول الآخر فسخاه، إلا مع حصول العتق فلا يرتفع، فيرجع بقيمته ويرد عليه ما أداه، وإن قال: قبضتها إن شاء الله أو زيد، عتق، ولم يؤثر، ولو في مرضه، ذكره الشيخ وغيره، وفي الترغيب الثانية، وإن كاتب عبيده صفقة بعوض واحد صح، بخلاف قول ثلاثة لبائع: اشترت أنا زيداً وهذا عمرًا وهذا بكرًا بمائة دينار، وقسم بينهم بقدر قيمتهم يوم العقد، وأيهما أدى قسطه عتق، وقيل: بعددهم، وأنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدوا الكل، وإذا أدوا وادعى بعضهم أداء الواجب قبل قوله، وإلا فلا. ونقل ابن منصور: إذا كاتب على نفسه وولده ولم يعلم كم عدتهم ولم يسهم فقد دخلوا في الكتابة أيضًا. ومن قبل كتابة عن نفسه وغائب صح، كندبير، فإن أجاز الغائب وإلا لزمه الكل، ذكره أبو الخطاب، ويتوجه كفضولي وتفريق الصفقة، ولهما كتابة عبدهما على تساو وتفاضل، ولا يؤد إليهما إلا بقدر ملكيهما، فإن خص أحدهما بالأداء لم يعتق نصيبه، واختار أبو بكر: ولو بإذن؛ لأن حقه في ذمته. قال القاضي عن الأول: وطرده دين بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يقبض نصيبه أن ما قبضه يسقط حقه منه. وقال أبو الخطاب: لا يرجع الشريك في أصح الوجهين كمسألتنا.

وإذا كاتب ثلاثة عبدًا فادعى الأداء إليهم فأنكره أحدهم شاركهما فيما أقرّا بقبضه، ونصه: تقبل شهادتهما عليه. وفي المغني والمحرر: قياس المذهب لا، واختاره ابن أبي موسى والروضة. ومتى حرم العوض أو جهل أو شرط ما ينافيها وفست بفساد الشرط في وجه فلكل منهما فسخها، ولا يعتق بالإبراء بل بالأداء، واختار في الانتصار إن أتى بالتعليق. وهل تنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر ويتبع الولد والكسب فيها ويجب الإيتاء؟ فيه وجهان «م ٢٠ - ٢٤».

مسألة - ٢٠ - ٢٤: قوله: في الكتابة الفاسدة: «وهل تنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر ويتبع الولد والكسب فيها ويجب الإيتاء؟ فيه وجهان». انتهى. فيه مسائل:

المسألة الأولى - ٢٠: هل تنفسخ الكتابة الفاسدة بالموت أم لا؟ أطلق الخلاف

فيه:

أحدهما: تنفسخ، وهو الصحيح، وعليه أكثر الأصحاب، منهم القاضي وأصحابه، وبه قطع صاحب الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب والخلاصة

والكافي، والمقنع، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

والوجه الثاني: لا تنفسخ، اختاره أبو بكر، وأطلقهما في المغني، والمححر، والشرح، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

المسألة الثانية - ٢١: هل تنفسخ بالجنون والحجر للسفه أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المححر والشرح، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

أحدهما: تنفسخ، وهو الصحيح، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وبه قطع صاحب الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا تنفسخ، اختاره أبو بكر، قال الشيخ في المغني: وهو الأولى.

المسألة الثالثة - ٢٢: هل يتبع الولد فيها كالصحيحة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمححر، والرعايتين، والنظم، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: لا يتبعها، قال الشيخ في المغني، والشارح، وابن رزين في شرحه: هذا أقيس وأصح.

والوجه الثاني: يتبعها، صححه في التصحيح وغيره، وقطع به في الوجيز، وغيره، وقدمه في الكافي، وغيره، قال في القاعدة الحادية والعشرين: إن قلنا: هو جزء منها تبعها، وإن قلنا: هو كسب فوجهان، بناء على سلامة الأكساب في الكتابة الفاسدة.

المسألة الرابعة - ٢٣: هل يتبع الكسب فيها أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المححر والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم.

أحدهما: ما فضل عن الأداء فيها لسيده فلا يتبع، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب والشيخ الموفق والشارح، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وبه قطع في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والرعايتين، والحاوي والنظم، والوجيز وغيرهم. وقدمه في الشرح.

والوجه الثاني: ما فضل يكون للمكاتب، قال القاضي: ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الأداء فهو له. انتهى. وكلامه في الرعايتين والحاوي كالمتناقض، فإنهما قطعاً بأن لسيده أخذ ما معه قبل الأداء وما فضل بعده، وقالوا قبل ذلك: وفي تبعية الكسب وجهان، ولعلمهما مسألتان.

وكذا جعل من أولدها أم ولده «م ٢٥» وفيه وجه في الصحة، ذكره القاضي، وعنه: بطلانها بعوض محرم، اختاره أبو بكر.

المسألة الخامسة - ٢٤: هل يجب الإيتاء فيها كالصحيحة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم. أحدهما: لا يجب، وهو الصحيح، وبه قطع في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين والوجيز وغيرهم.

والوجه الثاني: هي كالصحيحة في ذلك.

مسألة - ٢٥: قوله: بعد إطلاق الوجهين فيما تقدم: «وكذا جعل من أولدها أم ولده» يعني: جعل من أولدها المكاتب في الكتابة الفاسدة وقلنا في الصحيحة: إنها تصير أم ولد، فهل تصير أم ولد في الفاسدة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في «الرعايتين»، و«النظم»، و«الحاوي»، و«الفائق»، وغيرهم:

أحدهما: تصير أم ولد بذلك كالصحيحة، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا تصير بذلك أم ولد، والمصنف قد أطلق الخلاف في جعل من أولدها المكاتب في الكتابة الصحيحة أم ولد، فهذه خمس وعشرون مسألة في هذا الباب.

باب أحكام أمهات الأولاد

إذا أولد حر ولو محجوراً عليه أمته، وعنه: أو أمة غيره، بنكاح أو غيره، وفي المغني: لا بزنا، ثم ملكها. وعنه: حاملاً، وعنه: ووطئها حال حملها، وقيل: عنه: في ابتداء أو وسط، فوضعت ما يصير به نفساً، ونقل حنبل وأبو الحارث: يغسل السقط ويصلى عليه بعد أربعة أشهر، وإن كان أقل من ذلك فلا، واحتج بحديث ابن مسعود: في عشرين ومائة يوم ينفخ فيه الروح وتنقضي به العدة وتعتق الأمة إذا دخل في الخلق الرابع، وقدم في الإيضاح: ستة أشهر، وجزم في المبهم: ما يتبين فيه خلق آدمي، فهي أم ولد تعتق بموته.

ونقل الميموني: إن لم تضع وتبين حملها في بطنها عتقت، وأنه يمنع من نقل الملك؛ لما في بطنها، حتى يعلم، وتعتق من كل ماله، ونقل حرب وابن أبي حرب فيمن أولد أمته المزوجة: لا يلحقه الولد. وفي الفصول والمنتخب: أن هذه أصل لمحرمة لاختلاف دين أو نسب أو رضاع.

وفي إثم واطئ أمته المزوجة جهلاً وجهان «م ١». وحكم أم الولد كالأمة، نقله الجماعة، لا في بيع وهبة ورهن ووقف ووصية بها وعنه: يحد قاذفها، وعنه: إن كان لها ابن؛ لأنه إنما أراده، كذا قال ابن عمر.

مسألة - ١: قوله: «وفي إثم واطئ أمته المزوجة جهلاً وجهان». انتهى.

أحدهما: لا إثم عليه. قلت: وهو الحق، وكيف يؤثم الجاهل بالتحريم، والله أكرم من أن يؤثمه مع جهله.
والوجه الثاني: يآثم.

قلت: وهو ضعيف جداً، وإطلاق المصنف الخلاف فيه نظر، ولعل وجه هذا الوجه أنه فرط في عدم السؤال والعلم بذلك، والله أعلم.

وعنه: يكره بيعها، فقييل: لا تعتق بموته «م ٢» وهل هذا الخلاف شبهة؟ فيه نزاع، والأقوى شبهة، قاله شيخنا: وأنه ينبغي عليه لو وطئ معتقداً تحريمه هل يلحقه نسبه أو يرجم المحصن؟ أما التعزير فواجب.

وقال ابن عقيل: في فنونه: يجوز البيع؛ لأنه قول عليٍّ وغيره، وإجماع التابعين لا يرفعه، وحكاه بعضهم إجماع الصحابة، وحكى ابن عبد البر وأبو حامد الإسفراييني وأبو الوليد الباجي وابن بطال والبغوي وغيرهم الإجماع على أنه لا يجوز.

وكلما جنت فداها سيدها بقيمتها يوم الفداء أو دونها، وعنه: بالأرش كله، كفن في رواية، وأنها إن تكررت بعد الفداء تعلقت بذمتها، قدمه في الترغيب، وتعتق بقتلها سيدها، ولوليّه القود، ويلزمها مع اختيار المال والقتل خطأ الأقل من قيمتها أو ديته، وعنه: قيمتها، اختاره الخرقى.

وفي الروضة: في قتل الخطأ الدية على العاقلة؛ لأن عند آخر جزء مات من المقتول عتقت ووجب الضمان.

ومن وطئ أمة بينه وبين آخر أدب، قال شيخنا: ويقدر في عدالته، ويلزمه نصف مهرها لشريكه، ونقل حرب وغيره: إن كانت بكرًا فقد نقص منها، فعليه العقد، والثيب لم تنقص، وفيه اختلاف، وإن أحبلها فهي أم ولده، وولده حر، ويلزمه نصف قيمتها، وعنه: ونصف مهرها، وعنه: [و] قيمة الولد، ثم إن وطئ شريكه فأحبلها لزمه مهرها، وإن جهل إيلاد الأول أو أنها مستولدة له فولده حر، ويفديهم يوم الولادة، وإلا فهم رقيق.

مسألة - ٢: قوله: «وعنه: يكره بيعها، فقييل: لا تعتق بموته». انتهى.

قال في الفائق بعد ذكر الرواية: فتعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها إن كان لها ولد، وبعضها مع عدم سعتة، ولو لم يكن لها ولد فكسائر رقيقه. انتهى. وكذا قال الشيخ في المغني، والشارح، وابن رزين وغيرهم.

قال في الحاوي الصغير: إذا أولدها عتقت بموته من كل ماله، إلا أن نقول: له بيعها، فلا تعتق بموته. وقال في الرعايتين: إذا صارت أم ولده، عتقت بموته من كل ماله، وقيل: إن جاز بيعها لم تعتق، فظاهر هذه العبارة أن المقدم أنها لا تعتق، ولو قلنا بجواز بيعها، وهو ظاهر كلام جماعة، والقول الذي ذكره المصنف هو الذي قاله الشيخ والشارح، وابن رزين وصاحب الفائق والحاوي، وهو القول المذكور في الرعايتين، وهذه المسألة من جملة المسائل التي لم يذكر فيها المصنف إلا قولاً واحداً بهذه الصيغة.

وقيل: إن كان الأول معسرًا لم يسر استيلاده، وهل ولده حر أو نصفه؟ فيه وجهان «م ٣» وتصير أم ولد لهما، من مات منهما عتق نصيبه، وإن أعتقه وهو موسر عتق نصيب شريكه، في الأصح، مضمونًا، وقيل: مجانًا. وإن كاتباً أمتهم، ثم وطأها فلها المهر على كل منهما.

وإن ولدت من أحدهما فهي أم ولده ومكاتبة ويلزمه لشريكه نصفها مكاتبًا، ولها المهر، وفي نصف قيمة الولد روايتان «م ٤» وقيل: لشريكه نصف قيمتها قنًا ونصف مهرها، وتكون أم ولد له ونصفها مكاتب. وقال القاضي: لا يسري استيلاذ أحدهما إلا أن يعجز فيقوم على الموسر نصيب شريكه، وإلا فلا.

وإن ولدت وألحق بهما فأم ولد لهما وكتابتها بحالها. وإن وطئ حر أو والده أمة لأهل غنيمة هو منهم أو لمكاتبه فالمهر؛ فإن أحبلها فأم ولده وولده حر، ويلزمه قيمتها، وعنه: ومهرها، وعنه: وقيمة الولد، وكذا الأب يولد جارية ولده.

وذكر جماعة هنا: لا يثبت له في ذمته شيء، وهو ظاهر قوله، ويعزر في الأصح، وقيل: إن لم تحبل، وعنه: يحد، قال جماعة: ما لم ينو، تملكه.

مسألة - ٣: قوله: فيما وطئ أحد الشريكين وأولدها: «وقيل: إن كان معسرًا لم يسر استيلاده، وهل ولده حر أو نصفه؟ فيه وجهان». انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: الولد كله حر، وهو الصحيح. قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، ثم وجدت الزركشي قال ذلك، قال ابن رزين في شرحه: وهذا أصح. والوجه الثاني: نصفه حر لا غير، يعني إذا كان الواطئ له نصفها.

مسألة - ٤: قوله: فيما إذا كاتباً أمتهم فوطئها أحدهما وولدت منه: «فهي أم ولده ومكاتبة ويلزمه لشريكه نصفها مكاتبًا، ولها المهر، وفي نصف قيمة الولد روايتان». انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحزر، وغيرهم.

إحدهما: يغرم نصف قيمة الولد، قال القاضي: هذه الرواية أصح في المذهب، وصححه في التصحيح والنظم، وجزم به في الوجيز، وهو الصواب.

والرواية الثانية: لا يغرم شيئًا، قدمه في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفاائق، وشرح ابن رزين، وقال: هذا المذهب، كذا قال، وقيل: إن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته وإلا فلا شيء عليه، اختاره أبو بكر.

وإن كان ابنه وطئها لم تصر أم ولد، في المنصوص، وفي الحدّ روايتان «م ٥». ويحد على الأصح بوطئه أمة أبيه وأمه عالمًا بتحريمه، ولا يلحقه ولد، نقله حنبل وغيره، وظاهر نقل الميموني: يلحقه.

ونقل عبد الله: إذا دفع إليه مالا يعمل به فاشترى به أمة فأعتقها وتزوجها وأولدها مضى عتقه ويرجع عليه بالمال ويلحقه الولد. وإن وطئ أمته الحامل من غيره حرم بيع الولد ويعتقه، نقله صالح وغيره، ونقل الأثرم ومحمد بن حبيب: يعتق عليه، وجزم به في الروضة، قال شيخنا: يستحب، وفي وجوبه خلاف في مذهب أحمد وغيره. وقال أيضًا: يعتق وأنه يحكم بإسلامه، وهو يسري كالعتق، ولا يثبت نسبه.

ونقل ابن منصور: إذا تزوج بكرًا فدخل بها فإذا هي حبلى، قال النبي ﷺ: «لها الصداق بما استحلت منها والولد عبد لك، فإذا ولدت فاجلدوها ولها الصداق ولا حدّ لعلها استكرهت» حديث أبي موسى.

وقال أبو داود في سننه: باب الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى: حدثنا مخلد بن خالد والحسن بن علي، ومحمد بن أبي السري المعنيّ قالوا: حدثنا عبد الرزاق، أنبأنا ابن جريج عن صفوان بن سليم عن سعيد بن المسيب عن رجل من الأنصار - قال ابن أبي السري: من أصحاب النبي ﷺ، ولم يقل من الأنصار، ثم اتفقوا - يقال له بصرة، قال: تزوجت امرأة بكرًا في سترها، فدخلت عليها، فإذا هي حبلى، فقال النبي ﷺ: «لها الصداق بما استحلت من فرجها، والولد عبد لك فإذا ولدت»، قال

مسألة - ٥: قوله: «وإن كان ابنه وطئها لم تصر أم ولد، في المنصوص» يعني إذا أولد أمة ابنه بعد وطء ابنه «وفي الحدّ روايتان». انتهى. وأطلقهما في الرعاية الكبرى، في باب الهبة وقال: كحد وطء ذات رحم محرم بملك اليمين، وقدم فيه أنه يحد.

إحدهما: لا حدّ عليه، اختاره أبو بكر في التنبيه، نقله في المستوعب.

قلت: وهو ظاهر ما قطع به كثير من الأصحاب في باب حدّ الزنا حيث قالوا: لا حدّ عليه، ولم يفرقوا بين ما إذا كون الابن، يطأها أم لا، منهم الشيخ في المغني، والكافي، والمقنع، وصاحب المحرر والوجيز وغيرهم.

والرواية الثانية: عليه الحد، قال المستوعب: حكمه حكم وطء أمته، أو أمه من الرضاعة بملك اليمين، وقدم فيهما أنه يحد. قال في «الرعاية الكبرى» في كتاب الحدود: ومن وطئ أمة ابنه ولم ينو تملكها به، ولم يكن ابنه وطئها، وقيل: أو كان عزراً، وإن كان الابن وطئها حدّ الأب مع علمه به. انتهى.

الحسن: «فاجلدوها»، وقال ابن أبي السري. «فاجلدوها»، أو قال: «فحدّوها»^(١).

قال أبو داود: روى هذا الحديث قتادة عن سعيد بن يزيد عن ابن المسيب، ورواه يحيى بن أبي كثير عن يزيد بن نعيم عن سعيد بن المسيب، وعطاء الخراساني عن سعيد بن المسيب أرسلوه. عن النبي ﷺ.

وفي حديث يحيى بن أبي كثير أن بصرة بن أكثم نكح امرأة، وكلهم قال في حديثه: جعل الولد عبدًا له. حدثنا محمد بن المثنى، حدثنا عثمان بن عمر، حدثنا علي - يعني ابن المبارك - عن يحيى، عن يزيد بن نعيم، عن سعيد بن المسيب، أن رجلاً يقال له بصرة نكح امرأة، فذكر معناه، وزاد: وفرق بينهما، وحديث ابن جريج أتم.

قال الخطابي: لا أعلم أحدًا من الفقهاء قال به، وهو مرسل، كذا قال، وفي الهدي: قيل: لما كان ولد زنا وقد غرّته من نفسها وغرم صداقها أخذه ولدها وجعله له كالعبد، وهذا محتمل، ويحتمل أنه أرقّه عقوبةً لأمه على زناها وغرورها، ويكون خاصًا بالنبي ﷺ وبذلك الولد ويحتمل أنه منسوخ، وقيل: كان في أول الإسلام يسترق الحر في الدين. انتهى كلامه.

وقيل: بصرة رجل مجهول، وقال ابن حزم: لا يصح في تحريم وطء الحامل خبر غير خبر أبي الدرداء.

ومن أقرّ بولد أمته أنه ابنه، ولم يقل ولدته في ملكه ومات فقيل: تصير أم ولد، وقيل: لا «م ٦» فعليه الولاء، وفيه نظر، قاله في المنتخب. ومن قال: يدك أم

مسألة - ٦: قوله: «ومن أقرّ بولد أمته أنه ابنه ولم يقل ولدته في ملكه ومات، فقيل: تصير أم ولد، وقيل: لا». انتهى.

وأطلقهما في المحرر والفائق، والنظم، وغيرهم هنا، وأطلقهما في المغني، والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا. وغيرهم في كتاب الإقرار، وهما احتمالان في الهداية، والمذهب.

أحدهما: تصير أم ولد، قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وصححه أيضًا في الرعاية الكبرى، آخر الباب وإدراك الغاية.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٣١) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ١٦٤ - ١٦٥).

ولدي، أو لولدها: يدك ابني، صح، ذكره في الانتصار في طلاق جزء، والله أعلم.

والقول الثاني: لا تصير أم ولد، صححه في التصحيح والنظم، وبه قطع في الوجيز في كتاب الإقرار.

فهذه ست مسائل في هذا الباب.

كتاب النكاح

وهو حقيقة في العقد، جزم به الحلواني وأبو يعلى الصغير، واختاره الشيخ، واختار القاضي في شرح الخرقى وأحكام القرآن وعيون المسائل والانتصار، في الوطء، والأشهر مشترك، وقيل: حقيقة فيهما.

وقال شيخنا: في الإثبات لهما، وفي النهي لكل منهما، بناء على أنه إذا نهى عن شيء نهى عن بعضه، والأمر به أمر ب كله، في الكتاب والسنة والكلام، والمعقود عليه المنفعة، كالإجارة، لا في حكم العين. «هـ» وفيها قال أبو الوفاء: ما ذكره من مالية الأعيان ودعواهم أن الأعيان مملوكة؛ لأجلها يحتمل المنع؛ لأن الأعيان لله، وإنما تملك التصرفات، ولو سلم في الأطعمة والأشربة فلملكه إتلافها، ولا ضمان، بخلاف ملك النكاح.

يلزم من خاف الزنا. ويتوجه: من علم وقوعه بتركه، وعنه: وذا الشهوة، اختاره أبو بكر وأبو حفص البرمكي وابن أبي موسى. والمنصوص: حتى لفقيه.

وجزم في النظم: لا يتزوج فقير إلا ضرورة، وكذا قيدها ابن رزين بالموسر، ونقل صالح: يقتض وتزوج، وقال شيخنا: فيه نزاع في مذهب أحمد وغيره، ولا يكتفي بمرة. وفي المذهب وغيره: بلى لرجل وامرأة، نقل ابن الحكم: المتبتل الذي لم يتزوج قط، وجزم به في آداب عيون المسائل، قال: على رواية وجوبه. وفي الاكتفاء بعقد استغناء بالبائع الطبيعي، بخلاف أكل مضطر. وجهان في الواضح «م ١».

مسألة - ١: قوله: «وفي الاكتفاء بعقد استغناء بالبائع الطبيعي... وجهان في الواضح». انتهى. وأطلقهما في الفائق.

قال ابن عقيل في المفردات: قياس المذهب عندي يقتضي إيجابه شرعاً، كما يجب على المضطر تملك الطعام والشراب وتناولهما، قال ابن خطيب السلامة في نكته على

قال أبو الحسين: وفي الاكتفاء بتسرُّ وجهان «م ٢» قال أحمد: إن خاف العنت أمرته يتزوج، وإن أمره والداه أمرته يتزوج، والذي يحلف بالطلاق لا يتزوج أبدًا إن أمره أبوه تزوج، قال شيخنا: وليس لهما إلزامه بنكاح من لا يريدها، فلا يكون عاقًا، كأكل ما يريد.

وفي استحبابه لغيرهما روايتان «م ٣» وقيل: يكره، وحكي عنه: يلزم، وهو وجه في الترغيب.

المحرر: وحيث قلنا بالوجوب فالواجب هو العقد، وأما نفس الاستمتاع فقال القاضي: لا يجب، بل يكفي فيه بداعية الوطء، وحيث أوجبنا الوطء فإنما هو لإيفاء حق الزوجة لا غير. انتهى. قلت: إيجاب العقد فقط قريب من العبث، بل الواجب العقد والاستمتاع في الجملة؛ لأنه موضوع النكاح، لا لمجرد العقد.

مسألة - ٢: قوله: «قال أبو الحسين: وفي الاكتفاء بتسرُّ وجهان». انتهى.

وأطلقهما في الفائق، قال: الزركشي: وهل يندفع بالتسري؟ فيه وجهان، قال ابن أبي المجد في مصنفه: ويجزئ عنه التسري، في الأصح، قال في القواعد الأصولية: والذي يظهر الاكتفاء. انتهى. وهو الصواب.

وقال ابن خطيب السلامة: فيه احتمالان ذكرهما ابن عقيل في المفردات، وابن الزاغوني، ثم قال: ويشهد لسقوط النكاح: قوله: تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]. انتهى. وقال بعض الأصحاب: الأظهر أن الوجوب سقط مع خوف العنت، وإن لم يسقط مع غيره. انتهى.

مسألة - ٣: قوله: «وفي استحبابه لغيرهما روايتان». انتهى. يعني لغير من خاف

العنت، وصاحب الشهوة يدخل فيه العنين ومن ذهبت شهوته لكبر أو مرض ونحوه:

إحدهما: لا يستحب بل يباح في حقهم، وهو الصحيح، اختاره ابن بطة والقاضي في المجرد في باب النكاح، وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا وغيرهم. وقدمه في المحرر والرايعيتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وتجريد العناية وغيرهم. وبه قطع ابن البنا في خصاله، والآمدي في منتخبه ومنوره.

والرواية الثانية: يستحب، اختاره القاضي في المجرد في باب الطلاق والخصال له، وابن عبدوس في تذكرته، وبه قطع في البلغة وغيره، وهو ظاهر كلامه في الهداية، والمذهب، والخلاصة، والمقنع، والوجيز وغيرهم. وهو ضعيف، لا سيما في هذه الأزمنة، وأطلقهما في المغني، والكافي، والشرح، والمستوعب، وشرح ابن منجا، والفائق، وغيرهم.

ولا يلزم نكاح أمة، قال القاضي وجماعة منهم ابن الجوزي والشيخ: يباح والصبر عنه أولى، للآية. وفي الفصول: في وجوبه الخلاف، وأوجهه أبو يعلى الصغير، وأن المخالف استحبه، فلهذا جوابه عن الآية: ما لم يقل به صار كالمسكوت عنه، ونفله مقدم على نفل العبادة، على الأصح «ش» قال: وإطلاق الأمر بالصوم يقتضي الوجوب لولا الإجماع.

وذكر أبو الفتح بن المهنا أن النكاح فرض كفاية، فكان الاشتغال به أولى، كالجهاد، وكان القياس يقتضي وجوبه على الأعيان، تركناه للحرج والمشقة، ومنع أنه ليس بعبادة؛ لأن العبادة تتلقى من الشرع، وقد أمر به، وإنما صح من الكافر؛ لما فيه من عمارة الدنيا، كعمارة المساجد والقناطر، وكذا العتق يصح من المسلم عبادة، ومن الكافر وليس بعبادة.

وقيل: له: لا يكون الاشتغال به أولى من العبادة كالنكاح، فقال: التسري لم يوضع للنكاح، كذا قال. وله النكاح بدار حرب ضرورة وبدونها وجهان وكرهه أحمد، وقال: لا يتزوج ولا يتسرى إلا أن يخاف على نفسه، قال: ولا يطلب الولد، ونقل ابن هانئ: لا يتزوج ولو خاف «م ٤»، يجب عزله إن حرم نكاحه بلا ضرورة، وإلا استحبه، ذكره في الفصول.

ويستحب نكاح دينة ولود بكر حسبية جميلة أجنبية، قيل: واحدة، وقيل: عكسه، كما لو لم تعقه، وهو ظاهر نصه «م ٥» فإنه قال: يقتض ويترج، ليته إذا

مسألة - ٤: قوله: «وله النكاح بدار حرب ضرورة وبدونها وجهان، وكرهه أحمد وقال: لا يتزوج ولا يتسرى إلا أن يخاف على نفسه، وقال: ولا يطلب الولد، ونقل ابن هانئ: لا يتزوج ولو خاف». انتهى.

أحدهما: ليس له ذلك، قال ابن خطيب السلامية في نكته: ليس له النكاح سواء كان به ضرورة أم لا. وقال في المغني، في آخر الجهاد: وأما الأسير فظاهر كلام الإمام أحمد لا يحل له التزوج ما دام أسيراً، وأما الذي يدخل إليهم بأمان كالتاجر ونحوه فلا ينبغي له التزوج، فإن غلبت عليه الشهوة أبيح له نكاح مسلمة وليعزل عنها ولا يتزوج منهم. انتهى. قال الزركشي: فعلى تعليل أحمد لا يتزوج إلا مسلمة، ونص عليه في رواية حنبل، ولا يبطأ زوجته إن كانت معه، ونص عليه في رواية الأثرم وغيره، وعلى مقتضى تعليله له أن يتزوج أيسة أو صغيرة، فإنه علل وقال، من أجل الولد لئلا يستعبد.

والوجه الثاني: يباح له النكاح مع عدم الضرورة.

مسألة - ٥: قوله: «ويستحب نكاح دينة ولود بكر حسبية جميلة... قيل: واحدة،

تزوج اثنتين يفلت، وهو ظاهر كلام ابن عقيل: في مناظراته لفعله ﷺ.

وقصد به النسل؛ لقوله: «تناكحوا تناسلوا»^(١)؛ وأراد أحمد أن يتزوج أو يتسرى فقال: يكون لهما لحم. قال ابن عبد البر: كان يقال: لو قيل: للشحم أين تذهب؟ لقال: أقوم العوج، وكان يقال: من تزوج امرأة فليستجد شعرها، فإن الشعر وجه، فتخبروا أحد الوجهين، وكان يقال: النساء لعب. وقال ابن الجوزي: ينبغي أن يتخير ما يليق بمقصوده، ولا يحتاج أن يذكر له ما يصلح للمحبة، فقد قال الشاعر:

حسن في كل عين ما تود

إلا أنه ينبغي في الجملة أن يتخير البكر من بيت معروف بالدين والقناعة. وأحسن ما تكون المرأة بنت أربع عشرة سنة إلى العشرين، ويتم نشؤ المرأة إلى الثلاثين، ثم تقف إلى الأربعين، ثم تنزل.

ولا يصلح من الثيب من قد طال لبثها مع رجل، وأحسن النساء التركيات، وأصلحهن الجلب التي لم تعرف أحدًا، وليعزل عن المملوكة إلى أن يتيقن جودة دينها وقوة ميلها إليه، وليحذر العاقل إطلاق البصر، فإن العين ترى غير المقدور عليه على غير ما هو عليه، وربما وقع من ذلك العشق فيهلك البدن والدين، فمن ابتلي بشيء منه فليتفكر في عيوب النساء.

قال ابن مسعود: إذا أعجبت أحدكم امرأة فليذكر مناتها، وما عيب نساء الدنيا

وقيل: عكسه... وهو ظاهر نصه. انتهى. القول الأول: هو الصحيح عند أكثر الأصحاب، قال ابن خطيب السلامية: جمهور الأصحاب استحبوا ألا يزيد على واحدة. انتهى. وبه قطع في المذهب ومسبوك الذهب، والخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. قال في الهداية، والمستوعب وإدراك الغاية والفائق، وغيرهم. والأولى ألا يزيد على نكاح واحدة، قال الناظم: واحدة أقرب إلى العدل. في تجريد العناية: هذا أشهر. انتهى. والقول الثاني: ظاهر كلام الإمام أحمد، فإنه قال: يقتضى ويتزوج، ليته إذا تزوج اثنتين يفلت. قال ابن رزين في نهايته: يستحب أن يزيد على واحدة. انتهى. وهو ظاهر كلام ابن عقيل في مناظراته، كما قال المصنف. قلت: وهو الصواب إن كان قادرًا على كلفة ذلك مع توقان النفس إليه، ولم يترتب عليه مفسدة أعظم من فعله، والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف الجامع برقم (٢٤٨٤).

بأعجب من قوله عز وجل: ﴿وَلَهُمْ فِيهَا أَزْوَاجٌ مُّطَهَّرَةٌ﴾ [البقرة: ٢٥] وإياك والاستكثار من النساء فإنه يسبب الهم.

ومن التغفيل أن يتزوج الشيخ صبية. وأصلح ما يفعله الرجل أن يمنع المرأة من المخالطة للنساء، فإنهن يفسدنّها عليه، وأن لا يدخل بيته مراهق ولا يأذن لها في الخروج. لا حمقاء. وله - جزم جماعة أنه يستحب - قبل الخطبة نظر ما يظهر غالباً، كرقبة وقدم، وقيل: ورأس وساق، وعنه: وجه فقط، وعنه: وكف. وقال أبو بكر: حاسرة، وله تكراره وتأمل المحاسن بلا إذن.

وينظر من أمة مستامة رأساً وساقاً، وعنه: سوى عورة الصلاة، وقيل: كمخطوبة، نقل حنبل: لا بأس أن يقلبها إذا أراد الشراء، من فوق الثوب؛ لأنها لا حرمة لها. قال القاضي: أجاز تقليب الصدر والظهر بمعنى لمسه من فوق الثياب.

وروى أبو حفص بإسناده: أن ابن عمر كان يضع يده بين ثدييها وعلى عجزها من فوق الثياب، ويكشف عن ساقها، وكذا ذات محرم، وهي إليه، وكذا عبدها. وقال جماعة: وجهاً وكفّاً، ومثله غير ذي إربة.

وعنه: المنع فيهما، نقله في العبد ابن هانئ. وظاهر كلامهم: لا ينظر عبد مشترك ولا ينظر الرجل مشتركة؛ لعموم منع النظر إلا من عبدها وأمتة، وقد عللوا منع النكاح بأنه لا يثبت الحل فيما لا يملكه، وقالوا أيضاً: ما حرم الوطء حرم دواعيه، يؤيده المعتق بعضه والمعتق بعضها. وقيل: ممسوح وخصي كمحرم، ونصه: لا. وفي الانتصار الخصي يكسر النشاط، ولهذا يؤتمن على الحريم.

وللشاهد نظر وجه المشهود عليها، وكذا لمن يعاملها، ونصه: وكفيها. وفي مختصر ابن رزين أنهما ينظران ما يظهر غالباً، ونقل حرب ومحمد بن أبي حرب في البائع ينظر كفيها ووجهها: إن كانت عجوزاً رجوت، وإن كانت شابة تشتهي أكره ذلك.

وللطبيب النظر للحاجة ولمسه. وفي الفروع؛ أنه يجوز أن يستطب ذمياً إذا لم يجد غيره، على احتمال. وقال صاحب النظم: لا يجوز ذلك، في أحد الوجهين، وكرهه أحمد، ونهى عن أخذ دواء من كافر لا يعرف مفرداته، قال القاضي: لأنه لا يؤمن أن يخلطوه سماً أو نجساً، وأنه إنما يرجع إليه في دواء مباح؛ لأنه إن لم يوافق فلا حرج، وكرهه في الرعاية، وأن يستطبه بلا ضرورة. وقد سأله المروزي: عن الكحال يخلو بالمرأة وقد انصرف من عنده: هل هي منهى عنها؟ قال: أليس هي على ظهر الطريق؟ قيل: نعم، قال: إنما الخلوة في البيوت.

ومن يلي خدمة مريض ومريضة في وضوء واستنجاء وغيرهما كطبيب، نص عليه، قال أحمد في الشك في بلوغها: ينظر إليها من ينظر إلى الرجل: قد تساهلوا في أكثر من ذا، أرأيت إن كان بها شيء يريد علاجاً؟ ولحالقي لمن لا يحسن حلق عانته، نص عليه، وقاله أبو الوفاء وأبو يعلى الصغير.

ولمميز بلا شهوة نظر غير ما بين سرة وركبة، وذو الشهوة كمحرم، وعنه: كأجنبي، ومثله ابنة تسع، وذكر أبو بكر قول أحمد في رواية عبد الله رواية عن النبي ﷺ: «إذا بلغت الحيض فلا تكشف إلا وجهها وبديها»^(١).

ونقل جعفر في الرجل عنده الأرملة واليتيمة: لا ينظر، وأنه لا بأس بنظر الوجه بلا شهوة.

وللمرأة مع امرأة ورجل مع رجل ولو أمرد نظر غير العورة، وعنه: منع كافرة من مسلمة مما لا يظهر غالباً، وعنه: كأجنبي، وتقبلها لضرورة، وكذا امرأة مع رجل، أطلقه أصحابنا، ونقل الأثرم: يحرم على أزواج النبي ﷺ، قال في الفنون: قال أبو بكر: لا تختلف الرواية في أنه لا يجوز لهن، ويؤيد الأول أن الإمام أحمد لم يجب بالتخصيص في الأخبار التي في المسألة. وقال في الروايتين: يجوز لهن، رواية واحدة؛ لأنهن في حكم الأمهات في الحرمة والتحريم، فجاز مفارقتهن بقية النساء في هذا القدر.

وفي مسائل الأثرم أنه قال لأبي عبد الله: حديث نهران عندك لأزواج النبي ﷺ، وحديث فاطمة لسائر الناس؟ فقال: نعم، أو أظهر استحسانه ولم يقل نعم، وقد قال بعض الفقهاء: فُرض الحجاب مختص بهن، فرض عليهن بلا خلاف في الوجه والكفين، لا يجوز كشفهما لشهادة ولا غيرها، ولا يجوز إظهار شخوصهن ولو مستترات إلا لضرورة البراز.

وجوز جماعة - وذكره شيخنا رواية - نظر رجل من حرة ما ليس بعورة صلاة، والمذهب: لا، نقل أبو طالب: ظفر المرأة عورة، فإذا خرجت فلا يبين منها شيء ولا خفها، فإن الخف يصف القدم، وأحب إلي أن تجعل لكما زرا عند يدها لا يبين منها شيء. ويجوز غير عورة صلاة من أمة ومن لا تشتهى.

وفي تحريم تكرار نظر وجه مستحسن وجهان «م ٦» وذكر الشيخ ينظر من أمة

مسألة - ٦: قوله: «وفي تحريم تكرار نظر وجه مستحسن وجهان». انتهى.

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨٦/٧).

ومن لا تشتهى ما يظهر غالبًا. ونقل حنبل: إن لم تختمر الأمة فلا بأس، وقيل: الأمة والقيحة كالحرّة والجميلة، نقل المروزي: لا ينظر إلى المملوكة، كم من نظرة أَلقت في قلب صاحبها البلبال، ونقل ابن منصور: لا تنتقب الأمة، ونقل أيضًا: تنتقب الجميلة، وكذا نقل ابن حامد الخفاف، قال القاضي: يمكن حمل ما أطلقه على ما قيده.

ويحرم النظر بشهوة، ومن استحلّه كَفَر «ع» قاله شيخنا ونصه: وخوفها واختاره شيخنا، وذكر قول جمهور العلماء في الأمرد إلى الكل، فعلى الأول في كراهته إلى أمرد وجهان في الترغيب وغيره «م ٧» وحرم ابن عقيل: - وهو ظاهر كلام غيره -

أحدهما: يحرم، وهو الصواب، وتكرار النظر يدل على أمر زائد، ويأتي كلام ابن عقيل والشيخ تقي الدين قريبًا.

والوجه الثاني: لا يحرم، وهو ظاهر كلام جماعة، وهو بعيد.

مسألة - ٧: قوله: «ويحرم النظر بشهوة... ونصه: مع خوفها... فعلى الأول: في كراهته إلى أمرد وجهان في الترغيب وغيره. انتهى. ومراده إن كان لغير شهوة.

واعلم أن النظر إلى الأمرد بغير شهوة على قسمين:

الأول: أن يأمن ثوران الشهوة، فهذا يجوز له النظر من غير كراهة، على الصحيح، وعليه الأكثر، وبه قطع في البداية والمذهب، والمستوعب، والمقنع، وغيرهم. وقال أبو حكيم وغيره: ولكن تركه أولى، صرح به ابن عقيل، قلت: وهو مراد غيره. قال ابن عقيل: وأما تكرار النظر فمكروه. وقال أيضًا في كتاب القضاء: تكرار النظر إلى الأمرد محرم؛ لأنه لا يمكن بغير شهوة.

قال الشيخ تقي الدين: ومن كرر النظر إلى الأمرد أو داومه، وقال: لا أنظر لشهوة فقد كذب في ذلك. وقال القاضي: نظر الرجل إلى وجه الأمرد مكروه. وقال ابن البناء في خصاله: النظر إلى الغلام الأمرد الجميل مكروه، نص عليه، وكذا قال أبو الحسين.

القسم الثاني: أن يخاف من النظر ثوران الشهوة، فقال الحلواني: يكره، وهل يحرم؟ على وجهين، وحكى صاحب الترغيب ثلاثة أوجه:

أحدهما: يحرم، وهو الصحيح، وهو مفهوم كلامه في المحرر، فإنه قال: يجوز لغير شهوة إذا أمن ثورانها، واختاره الشيخ تقي الدين فقال: أصح الوجهين لا يجوز، كما أن الراجح من مذهب الإمام أحمد أن النظر إلى وجه الأجنبية من غير حاجة لا يجوز، وإن كانت الشهوة منتفية لكن يخاف ثورانها. وقال في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين: إذا كان الأمرد جميلًا يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجز تعمد النظر إليه. قال

النظر مع شهوة تخنيث وسحاق ودابة يشتهيها ولا يعف عنها، وكذا الخلوة. ولأحد الزوجين نظر كل صاحبه ولمسه، كدون سبع، نص عليه، واعتبر ابن عقيل: فيه الشهوة عادة.

ونقل الأثرم في الرجل يضع الصغيرة في حجره ويقبلها: إن لم يجد شهوة فلا بأس، وتقدم في الجنائز تغسيل غير بالغ. وقيل: يكره للزوجين نظر فرج «و ش» وقيل: عند وطء، قال ابن الجوزي: ولهذا ينفرد الأكابر بالنوم لتجدد ما لا يصلح فيه، ويتوجه خلافه اقتداء بالنبي ﷺ ولا يخالفه «فراش للزوج وفراش للمرأة وثالث للضيف ورابع للشيطان»^(١) وكذا سيد مع سريته، ويحرم أن تتزين لمحرم غيرهما، ويتوجه: يكره، فإن زوّجها نظر غير عورة، وفي الترغيب: كمحرم، ونقل حنبل: كأمة غيره. وفي الترغيب وغيره: يكره نظر عورته، وفي المستوعب وغيره: يستحب أن لا يديمه، وفي نهاية الأزجي: يعرض ببصره عنها؛ لأنه يدل على الدناءة.

وليس صوت الأجنبية عورة، على الأصح، ويحرم التلذذ بسماعه ولو بقراءة.

واللمس قيل: كالنظر، وقيل: أولى، اختاره شيخنا «م ٨».

المصنف هنا: ونصه يحرم النظر خوف الشهوة. انتهى.

والوجه الثاني: الكراهة، وهو الذي ذكره القاضي في الجامع، وجزم به في النظم. والوجه الثالث: الإباحة، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب، قلت: وهو ضعيف، وكذلك الذي قبله، والمنقول عن الإمام أحمد كراهة مجالسة الغلام الحسن الوجه. وقال في الرعاية الكبرى: ويحرم نظر الأمرد لشهوة، ويجوز بدونها مع أمنها، وقيل: وخوفها. وقال في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير: وإن خاف ثورانها فوجهان.

مسألة - ٨: قوله: «واللمس، قيل: كالنظر، وقيل: أولى، واختاره شيخنا».

انتهى.

القول الثاني: هو الصواب بلا شك، وقطع به في الرعايتين والحاوي الصغير، قال في المغني، والشرح، في التحريم بالنظر إلى الفرج لا ينشر الحرمة؛ لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر. انتهى. والقول الأول لا أعلم من اختاره، وهو ضعيف بالنسبة إلى الأول في بعض الصور، ويحتمل الرجوع في ذلك إلى الناظر واللامس، إن كان التأثير

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٠٨٤) وأبو داود في سننه برقم (٢١٤٢) والنسائي في سننه برقم (٣٣٨٥).

وتحرم الخلوة لغير محرم للكل مطلقاً، ولو بحيوان يشتهي المرأة أو تشتهي، كالقرد، ذكره ابن عقيل وابن الجوزي وشيخنا وقال: الخلوة بأمرد حسن ومضاجعته كامراً ولو لمصلحة تعليم وتأديب، والمقر موليه عند من يعاشره كذلك، وملعون ديوث، ومن عرف بمحبتهم أو معاشرتهم بينهم منع من تعليمهم.

وقال ابن الجوزي: كان السلف يقولون في الأمر: هو أشد فتنة من العذاري، فإطلاق البصر من أعظم الفتن، وروى الحاكم في تاريخه عن ابن عيينة: حدثني عبد الله بن المبارك، وكان عاقلاً، وعن أشياخ أهل الشام قال: من أعطى أسباب الفتنة من نفسه أولاً لم ينج منها آخرًا، وإن كان جاهداً. قال ابن عقيل: الأمر ينفق على الرجال والنساء، فهو شبكة الشيطان في حق النوعين.

وكره الإمام أحمد مصافحة النساء، وشدد أيضاً حتى لمحرم، وجوزه لوالد، ويتوجه: ولمحرم، وجوز أخذ يد عجوز، وفي الرعاية: وشوهاء، وسأله ابن منصور: يقبل ذوات المحارم منه؟ قال: إذا قدم من سفر ولم يخف على نفسه منه، وذكر حديث خالد بن الوليد أنه رضي الله عنه قدم من غزو فقبل فاطمة رضي الله عنها. لكنه لا يفعله على الفم أبداً، الجبهة والرأس، ونقل حرب فيمن تضع يدها على بطن رجل لا تحل له قال: لا ينبغي إلا لضرورة، ونقل المروزي: تضع يدها على صدره؟ قال: ضرورة.

فصل

يحرم تصريح أجنبي بخطبة معتدة؛ وله التعريض لغير مباحة برجة. والمباحة بعقد إن كانت معتدة من غيره فروايتان وإلا حلا «م ٩» وإجابتها كهو. وفي الانتصار والمفردات: إن دلت حال على اقترانها كمتحابين قبل موت الزوج

بهما عنده سواء فهما كذلك، وإلاً فاللمس.

مسألة - ٩: قوله في التصريح بالخطبة: «والمباحة بعقد إن كانت معتدة من غيره، فروايتان». انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والهادي، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وتجريد العناية وغيرهم.

أحدها: يجوز، وهو الصحيح، وبه قطع في العمدة وغيره، وصححه في التصحيح وغيره، واختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره.

والرواية الثانية: لا يجوز، جزم به في المنور ومنتخب الأمدي والوجيز وغيرهم. وقدمه في المحرر.

منعنا من تعريضه في العدة. والتعريض: إني في مثلك راغب، وتجييه: ما يرغب عنك، ونحوهما.

ويحرم - وقيل: يكره - خطبته على خطبة مسلم لا كافر، كما لا ينصحه، نص عليهما، إن أجيب صريحًا، ويصح العقد على الأصح كالخطبة في العدة، ويتوجه فيه تخريج، وفي تعريض روايتان «م ١٠» فإن لم يعلم أجيب أم لا فوجهان «م ١١» وظاهر نقل الميموني جوازه، فإن رد أو أذن جاز، وأشد تحریمًا من فرض له ولي الأمر على الصدقات أو غيرها ما يستحقه فنحى من يزاحمه، أو ينزعه منه، قاله شيخنا.

والتعويل في رده وإجابته إلى ولي المجبرة، وفي المغني: إن لم تكره وإلا فإليها. قال ابن الجوزي فيما رواه البخاري من قول عمر: «فلقيت عثمان فعرضت عليه حفصة»^(١) يدل على أن السعي من الأب للأيم في التزويج واختيار الأكفاء جائز غير مكروه، ويتوجه: بل يستحب.

مسألة - ١٠: قوله: «وتحريم خطبته على خطبة مسلم... إن أجيب صريحًا... وفي تعريض وجهان». انتهى. وأطلقهما في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير، والفائق، والزرکشي، وغيرهم.

أحدهما: حكمه حكم ما لو أجيب صريحًا، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي، وصححه الناظم، واختاره الشيخ في المغني، والشارح، وجزم به في الوجيز، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يجوز، وهو رواية عن أحمد، قال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد إباحة خطبتها.

مسألة - ١١: قوله: «فإن لم يعلم أجيب أم لا؟ فوجهان». انتهى. يعني هل يجوز الإقدام على ذلك أم لا؟ وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب والمقنع، والمحرر، والرايعتين، والنظم، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، والفائق، وتجريد العناية والزرکشي، وغيرهم.

أحدهما: يجوز، وهو الصحيح، وهو ظاهر ما نقله الميموني، وصححه في التصحيح، وبه قطع في الوجيز والمنور.

والوجه الثاني: لا يجوز، وهو ظاهر كلامه في العمدة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٤٠٠٥، ٥١٢٢، ٥١٢٩، ٥١٤٥).

ويستحب العقد يوم الجمعة مساء بخطبة ابن مسعود، وكان الإمام أحمد إذا لم يسمعها انصرف، ويجزئ أن يتشهد ويصلي على النبي ﷺ. وفي عيون المسائل: خطبة ابن مسعود بالآيات الثلاث المشهورة، ثم قال: إن الله أمر بالنكاح، ونهى عن السفاح، فقال مخبرًا وأمرًا: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

وفي الغنية: يوم الجمعة أو الخميس والمساء به أولى. والخطبة قبل العقد، فإن أخرت جاز، وأنه يستحب أن يضيف إليها. ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] الآية، ولم يذكر فيها: يجزئ التشهد، وقول: بارك الله لكما وعليكما، وجمع بينكما في خير وعافية. وعند زفها: اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه.

فصل

كان للنبي ﷺ أن يتزوج بأي عدد شاء، فيكون قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَهَا الْتَنِيَّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ﴾ الآية [الأحزاب: ٥٠]. ناسخة. وفي الرعاية: إلى أن نزل: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْإِسَاءُ مِنْ بَعْدِ﴾ [الأحزاب: ٥٢] فتكون ناسخة.

وقال القاضي: ظاهر قوله: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] الآية. يدل على أن من لم تهاجر معه من النساء لم تحل له. ويتوجه احتمال أنه شرط في قراباته في الآية لا الأجنبية، فالأقوال ثلاثة، وذكر بعض العلماء نسخه، ولم يبينه. وكذا بلا ولي وشهود وزمن إحرام، وأطلق أبو الحسين وغيره وجهين، ومثله بلفظ الهبة، وجزم ابن الجوزي عن أحمد بجوازه له، وعنه: الوقف. وله بلا مهر، وجزم به ابن الجوزي عن العلماء فيه وفي ولي وشهود، وظاهر كلام جماعة: لا.

وهل وجب عليه السواك والأضحية والوتر؟ فيه وجهان «م ١٢» وفي الفصول

مسألة - ١٢: قوله: في الخصائص: «وهل وجب عليه السواك والأضحية والوتر؟ فيه وجهان». انتهى. ذكر ثلاث مسائل أطلق فيها الخلاف.

أحدها: كان ذلك واجبًا عليه، وهو الصحيح، وبه قطع ابن البنا في خصاله، وصاحب المستوعب والرعاية الكبرى، والعدة للشيخ عبد الله كتيله، وقدمه في الفصول. قال الزركشي: وجوب السواك اختيار القاضي وابن عقيل.

والوجه الثاني: ليس بواجب عليه، اختاره ابن حامد، نقله عنه في الفصول وابن عبيدان، وأطلقهما في الرعاية الكبرى، في السواك في بابه.

تنبيه: قوله: في الخصائص: روي... عن أبي بكر مرفوعًا: «لم يقبر إلا حيث

وغيره: وررعتنا الفجر. وفي الرعاية: وجب عليه الضحى.

قال شيخنا: هذا غلط، والخبر «ثلاث هن عليّ فرائض»^(١) موضوع، ولم يكن يداوم على الضحى باتفاق العلماء بسنّته.

ووجب عليه قيام الليل، وقيل: نسخ، وتخيير نسائه بين فراقه والإقامة معه، وظاهر كلامهم: وجوب التسوية في القسم، كغيره. قال ابن الجوزي: وأكثر العلماء على أن قوله: ﴿تُرْجَى مَنْ تَشَاءُ مِنْهُمْ﴾ [الأحزاب: ٥١]، نزلت مبيحة ترك ذلك.

وفي المنتقى احتمالان، وفي الفنون والفصول القول الأول، وفي الرعاية: وإنكار المنكر إذا رآه وغيره في حال، ومنع من الرمز بالعين والإشارة بها، وإذا لبس لأمة الحرب أن ينزعها حتى يلقي العدو.

ووجدت في كتاب الهدي لبعض أصحابنا في هذا الزمان أن من لبس لأمة الحرب ونحو ذلك أنه يتعين عليه الجهاد ويلزمه، وأخذ ذلك من قوله ﷺ في قصة أحد لما أشير عليه بترك الحرب بعد أن لبس لأمة الحرب: «ما ينبغي لنبي أن يلبس لأمة الحرب ثم ينزعها حتى ينجز الله بينه وبين عدوه»^(٢). وهذا يدل على اختصاصه بذلك؛ لأنه لو كان الحكم عامًا لم يخص النبي ﷺ بذلك، وهذا يوافق ظاهر الأدلة الشرعية في تعيين الجهاد في الأماكن الثلاثة خاصة. وكذا الخط والشعر وتعلمهما.

واختار ابن عقيل: أنه صرف عن الشعر كما أعجز عن الكتابة، قال: ويحتمل أن يجتمع الصرف والمنع، وقوله: «أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب»^(٣) وغير هذا ليس بشعر؛ لأنه كلام موزون بلا قصد. واتفق أهل العروض والأدب على أن الشعر لا يكون شعرًا إلا بالقصد، واختلفوا في الرجز هل هو شعر أم لا؟

ومنع من نكاح الكتابية، كالأمة مطلقًا. وعنه: لا، اختاره الشريف، وفي عيون المسائل: تباح له بملك اليمين مسلمة كانت أو مشركة، وسبق في الزكاة حكم

قبض، انتهى. صوابه: «لم يقبر نبي» بزيادة «نبي».

فهذه اثنتا عشرة مسألة قد من الله تعالى بتصحيحها.

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٤٦٨/٢) والحاكم في المستدرک (٣٠٠/١) وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٤/١٣) معلقاً، ووصله أحمد في المسند (٣٥١/٣) والدارمي في سننه (١٣٠/٢).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٨٦٤، ٢٩٣٠، ٤٣١٦، ٤٣١٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٧٦).

الصدقة. وقد أبيع له الوصال. وخمس الخمس، قال في المغني: وإن لم يحضر، وصفيّ المغنم، ودخول مكة محلاً ساعة، وجعل تركته صدقة، وظاهر كلامهم: لا يمنع من الإرث، وفي رد شيخنا على الرافضي أن آية الموارث لم تشملها، واحتج بالسياق قبلها وبعدها، فقليل: له: فلو مات أحد من أولاد النبي ﷺ ورثه كما ماتت بناته الثلاث في حيّاته ومات ابنه إبراهيم؟ فقال: الخطاب في الآية للموروث دون الوارث، فلا يلزم إذا دخل أولاده في كاف الخطاب؛ لكونهم مورثين أن يدخلوا إذا كانوا وارثين، فقليل: له: ففي آية الزوجين قال: ﴿وَلَكُمْ﴾ ﴿لَهُنَّ﴾ [النساء: ١٢]؟ فقال: لم تمت إلا خديجة بمكة قبل نزولها، وزينب الهلالية بالمدينة، ومن أين يعلم أنها كانت نزلت، وأنها خلفت مالا؟ ثم لا يلزم من شمول أحد الكافين له شمول الأخرى.

وفي عيون المسائل في وصية من لا وارث له بماله في قوله ﷺ: «أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه»^(١) قال: الخبر متروك الظاهر؛ لأن النبي ﷺ لا يرث ولا يعقل بالإجماع، فثبت أن معناه أنه يأخذ المال أخذ الوارث إذا خلا المال عن الاستحقاق، والموصى له مستحق للمال، فما خلا. وأخذ الماء من العطشان. ويلزم كل أحد أن يقيه بنفسه وماله، فله طلب ذلك، وحرّم على غيره نكاح زوجاته فقط.

وجوز ابن حامد وغيره نكاح من فارقتها في حياته، وهن أزواجه دنيا وأخرى، وهن أمهات المؤمنين - بمعنى في حكم الأمهات - في تحريم النكاح، ولا يتعدى ذلك إلى قرابتهن «ع». والنكاح من طاهر منه، ذكره في الفنون وغيره. وفي النهاية وغيرها: لا.

وساوى الأنبياء في معجزاتهم، وانفرد بالقرآن والغنائم، وجعلت له الأرض مسجداً وترابها طهوراً، والنصر بالرعب مسيرة شهر، وبعث إلى الناس كافة، وكل نبي إلى قومه، ومعجزته باقية إلى يوم القيامة، وانقطعت معجزات الأنبياء بموتهم.

وتنام عيناه لا قلبه، فلا نقض بالنوم مضطجعا، ويرى من خلفه كأمامه ﷺ. قال الإمام أحمد وجمهور العلماء: هذه الرؤية رؤية بالعين حقيقة، ذكره القاضي عياض. وللبخاري من حديث أبي هريرة: «فوالله ما يخفى عليّ ركوعكم ولا خشوعكم»^(٢)

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٨٩٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٣٨) وأحمد في المسند (١٣١/٤، ١٣٣) وابن حبان في صحيحه برقم (١٢٢٥) والحاكم في المستدرک (٣٤٤/٤) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٧٠٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤١٨، ٧٤١) ومسلم في صحيحه برقم (٤٢٤).

قال أحمد في رواية أبي داود عن قول أبي بكر: ما كانت لأحد بعد النبي ﷺ، قال: لم يكن لأبي بكر أن يقتل رجلاً إلا بإحدى ثلاث. والنبي ﷺ كان له أن يقتل^(١).

روى أحمد وأبو داود والنسائي أن رجلاً أغضب أبا بكر، فقال له أبو برزة: ألا أقتله؟ فأذهبت كلمتي غضبه، فقال: أتفعل لو أمرتك؟ قال: نعم، قال: لا والله، ما كان لبشر بعد النبي ﷺ. إسناده جيد.

والدفن في البنيان مختص بالنبي ﷺ. في الصحيحين عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: لثلا يتخذ قبره مسجداً. وقال جماعة: لوجهين:

أحدهما: قوله: «يدفن الأنبياء حيث يموتون»^(٢). روى الإمام أحمد عن أبي بكر مرفوعاً: «لم يقبر إلا حيث قبض».

والثاني: لثلا تمسه أيدي العصاة والمنافقين. قال أبو المعالي: وهو ظاهر كلام غيره. وزيارة قبر الرسول ﷺ مستحبة للرجال والنساء.

وقال ابن الجوزي على قول أكثر المفسرين في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْنُنْ تَسْكَرُ﴾ [المدثر: ٦] لا تُهد لتعطي أكثر: هذا الأدب للنبي ﷺ خاصة وأنه لا إثم على أمته في ذلك، قال أحمد: خص النبي ﷺ بواجبات ومحظورات ومباحات وكرامات.

وروى أبو داود من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنه ﷺ كان يصلي بعد العصر ركعتين وينهى عنها، فلذا ذكر جماعة أنه خاص به، واختاره ابن عقيل: في بقية الأوقات، ذكره ابن الجوزي في النسخ، ولأحمد معناه من حديث أم سلمة.

وروى ابن عطية الخبرين، وأجاب بأنه كان خاصاً به، وكذا أجاب القاضي وغيره. وقال أيضاً: ويحتمل أن النبي ﷺ كان مخصوصاً بوجوب الركعتين، وجائز فعل الواجبات بعد العصر. ولأحمد ومسلم وأبي داود عن عبد الله بن عمرو، أنه رأى النبي ﷺ يصلي جالساً فوضع يده على رأسه، فقال: «ما لك يا عبد الله؟» قلت: حدثت أنك قلت: «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم» قال: «أجل ولكنني لست كأحد منكم»^(٣) فيتوجه أنه خاص به «و ش»، وحمله على العذر لا يصح؛ لعدم

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٣٦٣) والنسائي في سننه برقم (٤٠٧١) وأحمد في المسند (٩/١) وصححه العلامة الألباني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في صحيح سنن أبي داود (٤٥/٣).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٧/١).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٧٣٥) وأبو داود في سننه برقم (٩٥٠) والنسائي في سننه برقم (١٦٥٨).

الفرق، وظاهر كلامهم إن كان لنبي مال لزمته الزكاة، وقيل: للقاضي: الزكاة طهرة والنبي مطهر، فقال: باطل بزكاة الفطر، ثم بالأنبياء صلوات الله عليهم لأنهم مطهرون، ولو كان لهم مال لزمتهم الزكاة.

باب أركان النكاح وشروطه

لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول بلفظ زوجت أو أنكحت، وتزوجتها، أو قبلت هذا النكاح، أو رضيته، ولو هازلاً وتلجئة، وقيل وبكناية، وذكر ابن عقيل: عن بعضهم: أنه خرج صحته بكل لفظ يقتضي التملك، وخرجه هو في «عمد الأدلة» من جعله عتق أمته مهرها. وقال شيخنا: ينعقد بما عده الناس نكاحاً بأي لغة ولفظ وفعل كان. وأن مثله كل عقد، وأن الشرط بين الناس ما عدوه شرطاً، فالأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع، وتارة باللغة، وتارة بالعرف، وكذلك العقود.

واختار الشيخ - وجزم به في التبصرة - انعقاده بغير العربية، كعاجز، ولا يلزم عاجزاً تعلمها، في الأصح، فإن اقتصر على قبلت أو تزوجت، أو قال الخاطب للولي: أزوجت؟ قال: نعم، وللمتزوج أقبلت؟ قال: نعم، صح في المنصوص فيهما، واختار ابن عقيل: لا، في الثانية.

وينعقد نكاح أخرس بإشارة مفهومة، نص عليه، أو كتابة.

وإن أوجب ثم جن قبل القبول بطل، كموته، نص عليه، وفي إغمائه وجهان «م ١». ويشترط تعيين الزوجين، فإن أشار الولي إلى الزوجة أو سماها أو وصفها بما تتميز به، أو قال: زوجتك بنتي، وله واحدة لا أكثر ولو سماها بغير اسمها، صح، وعكسه الحمل وزوجتك فلانة، ولم يقل بنتي.

مسألة - ١: قوله: «وإن أوجب ثم جن قبل القبول بطل، كموته، نص عليه، وفي إغمائه وجهان». انتهى.

أحدهما: يبطل بمجرد الإغماء، وهو الصحيح من المذهب، وبه قطع في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين، والرعاية، والفائق، وغيرهم.

والوجه الثاني: لا يبطل. قال القاضي في الجامع: هذا قياس المذهب. قلت: ويتوجه ألا يبطل إذا أفق سريعاً.

ومن خطب امرأة فأوجب له النكاح في غيرها فقبل يظنها مخطوبته لم يصح، نص عليه. ويشترط رضا الزوجين.

ويزوج الأب خاصة صغيراً أذن أو كره - وذكر القاضي: في إجباره مراهقاً نظراً ويتوجه كأثنى أو كعبد مميز. وإن أقر به قبل، ذكره في الإيضاح، وكذا بالغاً مجنوناً في المنصوص، وقيل: مع شهوة وقيل: بمهر المثل - امرأة، وفي أربع وجهان «م» ٢.

ويزوجها حاكم لحاجة وظاهر الإيضاح لا، وإلا فوجهان «م» ٣ وفي المحصول وغيره حاجة نكاح فقط، وأطلق غيره، وصرح به في المغني وغيره، وهو أظهر، وفي الترغيب والرعاية: وكذا ولي غير أب في تزويج مجنون. وفي المذهب: يزوجون

مسألة - ٢: قوله: «ويزوج الأب خاصة صغيراً أذن أو كره... امرأة، وفي أربع وجهان». انتهى. وظاهر المغني، والشرح، إطلاق الخلاف أيضاً: أحدهما: لا يزوجه أكثر من واحدة. قلت: وهو الصواب، جزم به في المذهب. قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يزوجه أكثر من واحدة.

والوجه الثاني: له تزويجه بأربع. قال القاضي في الجامع الكبير: له تزويج ابنه الصغير بأربع. قال ابن رزين في شرحه: وله تزويجهما - يعني الصغير والمجنون - بواحدة وبأربع إذا رأى فيه مصلحة. انتهى قال ابن نصر الله في حواشيه: وهو أظهر، قلت: وهذا ضعيف جداً، وليس في ذلك مصلحة، بل مفسدة، والرقيق يقوم بذلك، وهو أقل كلفة في الغالب، والله أعلم.

مسألة - ٣: قوله: «ويزوجها حاكم لحاجة... وإلا فوجهان». انتهى. وأطلقهما في الرعاية في المجنون.

أحدهما: ليس له ذلك إذا لم يحتاجا إليه، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والكافي، والشرح، وشرح ابن رزين، قال في الرعاية عن المجنون: وهو أظهر.

والوجه الثاني: له تزويجهما مطلقاً. قال القاضي في المجرد: له تزويج الصغير العاقل؛ لأنه يلي ماله، قلت: وهذا ضعيف، وفي إطلاق المصنف الخلاف فيه وفي الذي قبله نظر، إذ الأولى التقديم فيهما، كما قلنا، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «ويجبر أمته مطلقاً، وبنته قبل كمال تسع سنين، وكذا مجنونة، بالغة أو ثيباً في الأصح». صوابه - والله أعلم - وكذا مجنونة بكرًا لا بالغة، فإنه قابلهما بالثيب، وأيضاً البكر أعم، فيشمل البالغة وغيرها. أو يقال: فيه حذف، تقديره: أو بكرًا بالغة، ويكون دون البلوغ بطريق أولى، والأول أولى.

مطبّقاً لشهوة، ويقبل النكاح للصغير كمجنون: وله أن يفوضه إليه إن صح بيعه وطلاقه. ويزوج ويجبر عبده الصغير لا الكبير، في الأصح فيهما، والمنع في الصغير رواية في عيون المسائل. وإنما ملكه نيابة، كتزويج ابنه الصغير.

ومن الفرق أن أمته لو تزوجت بلا إذنه ثم باعها انفسخ، ولو تزوج العبد بلا إذنه ثم باعه لم ينفسخ عقد النكاح عندهم، وعلى رواية لنا كذا قال، وكلام الأصحاب يقتضي: لا فرق. ويجبر أمته مطلقاً. وابنته قبل كمال تسع سنين، وكذا مجنونة بالغة أو ثيباً في الأصح لا ثيباً مكلفة، ويجبر في اختيار الأكثر بكرة بالغة لا ثيباً بعد تسع، وقيل: وقبلها، وعنه: يجبر الثيب، وعنه: البكر، وقيل: لا يجبرهما وحكى رواية. وللصغيرة بعد التسع إذن صحيح. نقله واختاره الأكثر، ففي إجبارها وتزويج وليها بإذن الروايتان، وعنه: لا إذن لها، كمال.

ويحتمل في ابن تسع يزّوج بإذنه، قاله في الانتصار. وقال أبو يعلى الصغير: يحتمل أنه كبت، وإن سلمنا فلا مصلحة له، وإذنه نطق، لا يكفي صمته. ولا ولاية بعد بلوغه، وقيل: لا يجبر ولي مجبر مجنونة لا يجبرها لو كانت عاقلة.

فإن أجبرت امرأة فهل يؤخذ بتعيينها كفؤ؟ وهو ظاهر المذهب، ذكره شيخنا «و ش» أو تعيينه؟ فيه وجهان «م ٤». نقل أبو طالب: إن أرادت الجارية رجلاً وأراد

مسألة - ٤: قوله: «فإن أجبرت امرأة، فهل يؤخذ بتعيينها كفؤاً، وهو ظاهر المذهب، ذكره شيخنا، أو تعيينه؟ فيه وجهان» انتهى.

أحدهما: يؤخذ بتعيينها كفؤاً، وهو الصحيح من المذهب. قال الشيخ تقي الدين: هذا ظاهر المذهب، كما قال المصنف، وبه قطع في «المغني» و«البلغة»، و«الشرح»، و«الرعاية الصغرى»، و«الحاوي الصغير»، والزركشي، وغيرهم. وقدمه في الفائق، وهو ظاهر ما قدمه في «الرعاية الكبرى».

والوجه الثاني: يؤخذ بتعيين الولي. قلت: ويتوجه فرق بين الأب وغيره، فيؤخذ بتعيين الأب دون غيره. والمسألة مفروضة في المجبرة، ولا يكون إلا الأب والوصي في ذلك، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «ولا يجبر بقية الأولياء حرة...» وعنه: لهم تزويج صغيرة كالحاكم» انتهى. ظاهر هذه العبارة أن للحاكم تزويج الصغيرة وإن منعنا غيره من الأولياء، وأنه محل وفاق، ولم أر من وافقه على ذلك، بل قد صرح في المستوعب والرعاية، وغيرهما بغير ذلك، ونصّ عليه أحمد، وكذا صاحب الفصول، ومع ذلك فله وجه؛ لأنه أعلم بالمصالح من غيره من الأولياء، لكن يحتاج إلى موافق على ذلك، ولعله: وعنه: لهم

الولي غيره اتبع هواها. وفي الواضح رواية: أن الجد يجبر كالأب، اختاره شيخنا. ولا يجبر بقية الأولياء حرة، والأصح إلا المجنونة مع شهوة الرجال كحاكم في الأصح. وذكر القاضي وغيره وجهًا: حاكم، وذكر أبو الخطاب وغيره: وليها.

وفي المغني: ينبغي أن قول الأطباء تزول علتها بالتزويج كالشهوة، وعنه: لهم تزويج صغيرة كالحاكم ويفيد الحل وبقيّة أحكام النكاح الصحيح، وكذا الإرث، وفي الفصول: لا. نقل أبو داود في يتيمة زوّجت قبل أن تدرك فمات أحدهما هل يتوارثان؟ قال: فيه اختلاف، قال قتادة: لا يتوارثان، ومثله كل نكاح لزومه موقوف، ولفظ القاضي: فسخه موقوف.

وكل نكاح صحته موقوفة على الإجازة، فالأحكام من الطلاق وغيره متفتية فيه، ولها الخيار إذا بلغت، وظاهر كلام ابن الجوزي: في صغير مثلها، وأخذ في الخلاف المنع من الطلاق فيها من نصه فيه، وإذا نص في ابن الابن، وهو يمكنه الخلاص فبنت الابن أولى، وقاسه الشيخ وغيره عليها، فدل على التسوية. ونقل عنه صالح في صغير زوجه عمه قال: إن رضي به في وقت من الأوقات جاز، وإن لم يرض فسخ.

وإذن الثيب بوطء في قُبَل، والأصح ولو بزنا، قال الشيخ وغيره: لأنه لو أوصى لثيب دخلا، وعنه: زوال عذرتها مطلقًا ولو بوطء دبر النطق، ولو عادت بكارتها، ذكره القاضي وغيره. والبكر الصمات، ولو بكت، ونطقها أبلغ، وقيل: يعتبر مع غير أب.

فصل

ويشترط الولي، فلا تزوج نفسها ولا غيرها، فتزوج بإذنها نطقًا أمتها من يزوجه، وعنه: أي رجل أذنت له.

وعنه: هي، تعقده فيخرج منه صحة تزويجها لنفسها ولغيرها بإذن وليها، وبدونه كفضولي، فيطلق، فإن أبي، فسخه حاكم، نص عليه. وهل ثبت بنص فينقض حكم من حكم بصحته؟ فيه وجهان. وفي الوسيلة روايتان «م ٥» وعنه: لها أن تأمر رجلًا

تزويج صغيرة كالأب. فسبق القلم، والله أعلم. وقد نبه على ذلك أيضًا القاضي محب الدين وشيخنا في حواشيهما، وذكر شيخنا كلام القاضي في المجرد: للحاكم تزويج الغلام؛ لأنه يلي ماله فقال: هذا التعليل يشمل الذكر والأنثى؛ لأنه يلي مال كل واحد منهما، وهو موافق لما قال المصنف، قال شيخنا: والمرجح الأول.

مسألة - ٥: قوله في اشتراط الولي: لو زوجت نفسها بدون إذن ولي ف«كفضولي

يزوجها. وعنه: وتزوج نفسها، ذكرها جماعة، وفي هذه المسألة ذكر جماعة أن قوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل»^(١) لا يجوز حمله على المصير إلى البطلان؛ لأن المجاز من القول لا يجوز تأكيده قالوا: كذا ذكره أهل اللغة: ابن قتيبة وغيره. وعتيقتها كأمتها، اختاره ابن أبي الحجر وشيخنا، وهو ظاهر الخرقى إن طلبت وأذنت وقلنا تلي عليها، في رواية، فلو عضلت المولاة زوج وليها ففي إذن سلطان وجهان «م ٦» في الترغيب. وفي أخرى: لا تلي «م ٧»، فيزوج بدون إذنها أقرب عصبتها ثم السلطان، ويجبر من يجبر المولاة. وفي الترغيب: المعتقة في المرض هل يزوجها قريبها؟ فيه وجهان.

فيطلق فإن أبى فسخه الحاكم، نص عليه، وهل ثبت بنص فينقض حكم من حكم بصحته؟ فيه وجهان، وفي الوسيلة روايتان. انتهى. وأطلقهما في الفائق.

أحدهما: لا ينقض، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. ونصروه، وصححه المجد في شرحه.

والوجه الثاني: ينقض، خرجه القاضي، وهو قول الإصطخري من الشافعية.

مسألة - ٦: قوله: «وعتيقتها كأمتها في رواية... وفي أخرى: لا تلي». انتهى.

إحداهما: هي كالأمة، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام الخرقى، قال الشيخ في المغني، والشارح: هذا أصح، واختاره ابن أبي الحجر من الأصحاب، والشيخ تقي الدين، وقطع به ابن رزين في شرحه.

والرواية الثانية: لا تلي نكاحها وإن وليت نكاح أمتها.

مسألة - ٧: قوله: «وعتيقتها كأمتها إن طلبت وأذنت وقلنا تلي عليها في رواية، فلو عضلت المولاة زوج وليها ففي إذن سلطان وجهان». انتهى.

أحدهما: لا يستأذن، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وقواعد المذهب تقتضيه.

والوجه الثاني: لا بد من إذنه، وهو ضعيف.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٠٨٣) والترمذي في سننه (٢٠٤/١) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٧٩) وأحمد في المسند (٤٧/٦، ١٦٥) والدارمي في سننه (١٣٧/٢) والحاكم في المستدرک (١٦٨/٢) وابن حبان في صحيحه برقم (١٢٤٨) والبيهقي في سننه (٧/١٠٥) والطيالسي في مسنده برقم (١٤٦٣) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في الإرواء برقم (١٨٤٠).

وشرط الولي كونه عاقلاً ذكراً موافقاً في دينها حراً، نص عليه. وفي الانتصار احتمال: يلي على ابنته، ثم جوزة بإذن سيد. وفي عيون المسائل في شهادته، أمّا القضاء وولايته على ابنته، فقال بعض أصحابنا: لا يعرف فيه رواية، فيحتمل أن يصحّ، وإن سلمنا فالقضاء منصب شريف والولاية تستدعي نظراً دائماً ليلاً ونهاراً في النفس والمال.

وفي الروضة، هل للعبد ولاية على الحرة؟ فيه روايتان، قال: ولا ولاية لكافر على ابنته ولا غيرها.

قيل: عدلاً، وقيل: مستور الحال «م ٨» وعنه: وفاسقاً كسلطان، وخالف فيه أبو الخطاب، وعنه: وصبيّاً، وفي المحرر وغيره: رشيداً. وفي الواضح: عارفاً بالمصالح لا شيخاً كبيراً جاهلاً بالمصلحة، وقاله القاضي وغيره، وفي الرعاية: أو مفرطاً فيها أو مقصر، ومعناه في الفصول، فإنه جعل العضل مانعاً وإن لم يفسق به؛ لعدم الشفقة، وشرط الولي الإشفاق، وفي زوالها بإغماء وعمى وجهه، لا بسفه، وإن جن أحياناً أو أغمي عليه أو نقص عقله بنحو مرض أو أحرّم انتظر، نقله ابن الحكم في مجنون ويبقى وكيله، وقيل: هل هي لأبعد أو حاكم؟ يحتمل وجهين، وكذا إن أحرّم وكيل ثم حلّ.

وأحق ولي بنكاح حرة أبوها ثم أبوه وإن علا، ثم ابنها، ثم ابنه وإن نزل، وقيل: عكسه، وأخذه في الانتصار من نقل حنبل: العصبية فيه من أحرز المال. ثم

مسألة - ٨: قوله: في شروط الولي: «قيل: عدلاً، وقيل: مستور الحال». انتهى.

أحدهما: يكفي مستور الحال، وهو الصحيح، وبه قطع في الكافي، والمحرر، والمنور، وغيرهم. وهو الصواب.

والقول الثاني: تشترط العدالة ظاهراً وباطناً، وهو ظاهر كلامه في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

تنبيه: قوله: «ولا يلي كافر نكاح مسلمة غير نحو أم ولده». انتهى. قطع بذلك، وهو المذهب، جزم به في الإيضاح والنظم، والوجيز وغيرهم. واختاره أبو الخطاب في خلافه، وابن البنا في خصاله، وقيل: لا يلي نكاح ذلك أيضاً، اختاره الخرقى والشيخ الموفق والشارح، وابن رزين وابن نصر الله في حواشيه وغيرهم. وهو ظاهر ما قدمه في المقنع، والمحرر، فإنهما قالاً: يليه، في وجهه، فدل أن المشهور خلافه، ولم يذكر المصنف هذا القول مع قوته، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، الرعايتين والحاوي وغيرهم.

أخوها لأبويها، ثم لأبيها، اختاره أبو بكر وجماعة، وعنه: هما سواء، اختاره الأكثر، ومثله تحمل العقل وصلاة الميت، وابناً عم أحدهما أخ لأم، ونقل أبو الحارث: الأخ لأبوين أولى، فإن زوج الأخ للأب كان جائزاً، ثم بنوهما كذلك، ثم أقرب عصبة نسيب كالإرث.

وعنه: يقدم الابن على الجد، وعنه: عليها يقدم الأخ على الجد، وعنه: سواء، ثم الولي المعتق، ثم أقرب عصبته، وقيل: يقدم أبو المعتقة على ابنها، ثم السلطان أو نائبه.

قال الإمام أحمد رحمه الله: والقاضي أحب إليّ من الأمير في هذا. وعنه: أو والي البلد وكبيره، واختاره شيخنا، وعنه: أو من أسلمت على يده، قال شيخنا: تزويج الأيامي فرض كفاية «ع»، فإن أباه حاكم إلا بظلم كطلبه جعلاً لا يستحقه صار وجوده كعدمه، فقيل: توكل من يزوجه، وقيل: لا تتزوج، كلاهما لأصحاب الشافعي وأحمد، والصحيح ما نقل عن أحمد وغيره: يزوجه ذو السلطان في ذلك المكان، كالعضل، فإن تعذر ذلك وكلت. وعنه: ثم عدل.

وولي الأمة حتى الآبقة سيدها ولو مكاتباً فاسقاً، وتجبر غير المكاتب، وفيها في مختصر ابن رزين وجه، ويعتبر في معتق بعضها إذن وإذن مالك البقية، كأمة لاثنين. ويقول كل منهما زوجته، ولا يبعضها، قاله في الفصول والمذهب والترغيب؛ لأنه لا يقبل التجزئة، بخلاف البيع والإجارة.

ولا يلي مسلم نكاح كافرة غير أمته وأمة موليه إلا سلطان، ولا كافر نكاح مسلمة غير نحو أم ولده وذكر ابن عقيل: وبنته في ولاية فاسق، وذكره ابن رزين.

ويلي كافر بشروط معتبرة في مسلم نكاح موليته الكافرة من كافر ومسلم، وهل يباشر تزويج مسلم حيث زوجه أو مسلم بإذنه أو حاكم؟ فيه أوجه «م ٩» وقيل: لا

مسألة - ٩: قوله: «ويلي كافر بشروط معتبرة في مسلم نكاح موليته الكافرة من كافر ومسلم، وهل يباشر تزويج مسلم حيث زوجه أو مسلم بإذنه أو حاكم؟ فيه أوجه». انتهى. وأطلقها في المحرر والحاوي الصغير.

أحدها: يباشره بنفسه، وهو الصحيح، صححه في المغني، والشرح، والنظم، وهو ظاهر كلام ابن رزين في شرحه، وغيره، وقاله الأزجي، وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الرعايتين، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يعقده مسلم بإذنه.

يليه من مسلم، وعلى قياسه: لا يلي مالها، قاله القاضي. وفي الانتصار في شهادتهم: يليه، وفي تعليق ابن المنى في ولاية الفاسق: لا يليه كافر إلا عدل في دينه، ولو سلمنا فلتلا يؤدي إلى القدح في نسب نبي أو ولي، ويدل عليه ولاية المال.

فإن عضل أقرب أولياء حرة فلم يزوجها بكفء رضيته بما صح مهرًا، ويفسق به إن تكرر منه، ولم يذكر الشيخ وغيره إن تكرر، أو غاب غيبة منقطعة، زوج الأبعد، وعنه: الحاكم، وعنه: في العضل، اختاره أبو بكر.

وفي الانتصار وجه: لا تنتقل ولاية مال إليه بالغيبة، والغيبة ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة، نص عليه، وعنه: مسافة قصر، وعنه: ما تصل القافلة مرة في سنة، اختاره القاضي واختار الخرقى ما لا يصل إليه كتاب أو لا يصل جوابه. وقيل: ما تستضر به الزوجة، وقيل: فوت كفء راغب. ومن تعذرت مراجعته كمحبوس أو لم يعلم مكانه كبعيد.

فإن زوج الأبعد بدون ذلك فكفضولي، وإن تزوج لغيره فقليل: لا يصح، كذميّة وقيل: كفضولي، وعند شيخنا طلاق كفضولي «م ١٠».

ومن زوج أمة غيره فملكها من تحرم عليه فأجازه فوجهان «م ١١». ووكيله

والوجه الثالث: يعقده حاكم بإذنه، قال في الرعاية الكبرى: وهو أولى، قلت: وفيه خروج من الخلاف.

مسألة - ١٠: قوله: بعد ذكر حكم الغيبة: «فإن زوج الأبعد بدون ذلك فكفضولي، وإن تزوج لغيره فقليل: لا يصح، كذميّة، وقيل: كفضولي، وعند شيخنا طلاق كفضولي». انتهى. وأطلقهما في المستوعب. وصورة المسلمة لو تزوج الأجنبي لغيره من غير إذنه. قلت: هي إلى مسألة الفضولي أقرب، فتعطى حكمها، والقول الآخر لا يصح، وإن صح نكاح الفضولي.

مسألة - ١١: قوله: «ومن زوج أمة غيره فملكها من تحرم عليه فأجازه فوجهان». انتهى. يعني إذا زوج الأجنبي أمة غيره ثم ملكها من تحرم عليه، كأخيها وعمها ونحوهما، فأجازه، فهل يصح كالفضولي أو لا يصح هنا، وإن صح في الفضولي؟ هذا الذي يظهر. والذي يظهر أن النكاح هنا لا يصح، وإن صح في نكاح الفضولي إذا أجازه الولي؛ لأن حالة التزويج هنا كان من ملكها غير ولي ألبتة، والله أعلم.

ثم وجدته في المغني، قدم ذلك وكذلك الشارح فله الحمد.

كهو، فإن زوج نفسه ففضولي.

ولا يكفي إذنهما لموكله، ذكره الشيخ وقيل: لا يوكل غير مجبر بلا إذن إلا حاكم وقيل: ولا مجبر، وقيل: يعتبر التعيين لغير مجبر، وقيل: وله. وفي الترغيب: لو منعت الولي من التوكيل امتنع. ويتقيد وكيل أو ولي مطلق بالكفاءة إن اشترط، ذكره في الترغيب. وإن قال: زوج أو أقبل من وكيله زيد أو أحد وكيليه فزوج، أو قبل من وكيله عمرو لم يصح ذلك.

ويقول لوكيل الزوج: زوجت بنتي أو مولاتي فلانة لفلان، أو زوجت موكلك فلاناً فلانة ولا يقول: منك، فيقول: قبلت تزويجها أو نكاحها لفلان، فلو لم يقل لفلان فوجهان في الترغيب «م ١٢».

وقيل: يصح توكيل فاسق ونحوه في إيجابه، كقبوله، في أحد الوجهين «م ١٣»

تنبيه: قوله: «وكيله كهو..» وقيل: لا يوكل غير مجبر بلا إذن إلا حاكم». انتهى. ظاهر هذا أن للولي أن يوكل من غير إذن من يريد أن يزوجه، وهو صحيح، وهو المذهب، وتقدم في باب الوكالة أن ظاهر ما قدم هناك عدم الصحة من غير إذن، وتقدم التنبيه عليه هناك.

مسألة - ١٢: قوله: «ويقول لوكيل الزوج زوجت بنتي أو مولاتي فلانة لفلان أو زوجت موكلك فلاناً فلانة، ولا يقول: منك، فيقول: قبلت تزويجها أو نكاحها لفلان، فلو لم يقل لفلان فوجهان في الترغيب». انتهى. قال في الرعاية الكبرى: إن قال: قبلت هذا النكاح ونوى أنه قبله لموكله ولم يذكره صح. قلت: يحتمل ضده، بخلاف البيع. انتهى.

والصواب ما قدمه في الرعاية. وقال المصنف في الوكالة: «يعتبر لصحة عقد النكاح فقط تسمية موكل، ذكره في الانتصار والمنتخب، والمغني» واقتصر عليه، فظاھر عدم الصحة مع اقتصره عليه. وقال في آخر جامع الأيمان: ولا بد في النكاح من الإضافة. انتهى. والصواب ما قلناه، والله أعلم.

وهذه المسألة قطع فيها المصنف بحكم في باب الوكالة، وأطلق الخلاف هنا عن صاحب الترغيب، واقتصر عليه، مع أن الخلاف الذي ذكره مقيد بأن ينوي أن ذلك لموكله، كما قاله في الرعاية، ولم يقيده، وهو يحتمل أن يكون محل الوجهين اللذين في الترغيب في مسألة القبول.

مسألة - ١٣: قوله: «وقيل: يصح توكيل فاسق ونحوه في إيجابه، كقبوله في أحد الوجهين». انتهى. وأطلقهما في الرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق، وغيرهم.

ووصية فيه كهو، وقيل: لا يجبر ولا يزوج من لا إذن لها، اختاره أبو بكر وابن أبي موسى، وعنه: لا تصح وصية به، وعنه: لا تصح مع عصبه، اختاره ابن حامد. وهل للوصي الوصية به أو يوكل؟ في الترغيب فيه الروايتان. وفي النوادر: ظاهر المذهب جوازه.

وإن تزوج صغير بوصية كأثني، وكذا في المغني وغيره في تزويج صغير بوصية فيه. وفي الخرقى: أو وصي ناظر له في التزويج، وظاهر كلام القاضي والمحرم: الوصي مطلقاً، وجزم به شيخنا، وأنه قولهما إن وصي المال يزوج الصغير، والأول أظهر، كما لا يزوج الصغيرة. وفي الرعية: يزوجه بعد أبيه، وقيل: حاكم، وإن استوى وليا حرة فأيهما زوج صح، والأولى تقديم أفضل ثم أسن ثم القرعة.

وفي مختصر ابن رزين: يقدم أعلم ثم أسن ثم أفضل ثم يقرع، فإن سبق غير من قرع فزوج صح، في الأصح، وإن أذنت لواحد تعين، وإن زوج وليان لاثنين وجهل السابق فسخهما الحاكم، ونصه: لها نصف المهر، وقيل: لا، وعنه: النكاح مفسوخ، ذكره في النوادر، وقدمه في التبصرة.

وعنه: يقرع، فمن قرع فعنه: هي له، اختاره أبو بكر النجاد، ونقله ابن منصور، وعنه: يجدد القارع عقده بإذنها «م ١٤» وعلى الأصح: ويعتبر طلاق

أحدهما: لا تشترط عدالة الوكيل في قبول النكاح، كموكله، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب وابن عقيل، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وقدمه في المغني، والشرح، وقالوا: هذا أولى، وهو القياس. انتهى. وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب، وقدمه في الكافي، وصححه ابن نصر الله في حواشيه.

والوجه الثاني: تشترط عدالته في القبول كالإيجاب، اختاره القاضي، وقدمه ابن رزين في شرحه، والرعية الكبرى، وصححه الناظم، قال في التلخيص: اختاره أصحابنا إلا ابن عقيل. انتهى. وهذه المسألة بعينها قد ذكرها المصنف في باب الوكالة، وأطلق الخلاف فيها أيضاً، فحصل التكرار.

مسألة - ١٤: قوله: فيما إذا زوج وليان وجهل السابق: «وعنه: يقرع، فمن قرع فعنه: هي له، اختاره أبو بكر النجاد، ونقله ابن منصور، وعنه: يجدد القارع عقده بإذنها». انتهى. وأطلقهما في المذهب:

إحداهما: يجدد القارع عقده بإذنها، وهو الصحيح، وبه قطع في الكافي، والمقنع، والمحرم، والنظم، وغيرهم. قال الزركشي: قال أبو بكر أحمد بن سليمان النجاد: من خرجت له القرعة جدد نكاحه. انتهى.

صاحبه، فإن أبي فحاكم، وقيل: إن جهل وقوعهما معًا بطلا، كالعلم به.

وإن علم سبقه ونسي فقيـل: كجهله، وعند أبي بكر: يقف لنعلمه «م ١٥» وإن أقرت لأحدهما بالسبق لم يقبل، على الأصح، ويقدم أصلح الخاطبين مطلقًا، نقله ابن هانئ.

وفي النوادر: ينبغي أن يختار لوليته شابًا حسن الصورة. ولوليّ مجبر في طرفي العقد توليهما، كتزويج عبده الصغير بأمته أو بنته، وكذلك لغيره، فيكفي: زوجت فلانًا فلانة، أو تزوجتها إن كان هو الزوج، وقيل: يعتبر إيجاب وقبول، وعنه: بل يوكل، اختاره جماعة، وقيل: لا، ثم قال: وقيل: يولية طرفيه إمام أعظم، كوالد، وأطلق في الترغيب روايتين في تولية طرفيه، ثم قال: وقيل: تولية طرفيه يختص بمجبر.

ومن قال: قد جعلت عتق أمتي صداقها، أو عكس، أو جعلت عتقك صداقك، نقله صالح وغيره، أو قد أعتقها وجعلت عتقها صداقها، أو عليّ أن عتقها صداقها، أو عليّ أن أتزوجك وعتقي صداقك، نص عليهما، متصلًا، نص عليه، صح بشهادة، ونقله الجماعة. وقال ابن حامد، مع قوله: وتزوجتها. فإن طلق قبل الدخول رجع بنصف قيمتها يوم عتقه، فإن لم تقدر فهل ينتظر القدرة أو تستسعى؟ فيه روايتان «م ١٦» نص عليهما، وعنه: لا يصح، اختاره جماعة، وتستأنف نكاحًا بإذنها، فإن أبت

والرواية الأخرى: هي للقارع من غير تجديد عقد، اختاره أبو بكر النجاد، ونقله ابن منصور، كما قال المصنف، قال الزركشي: هذا ظاهر كلام الجمهور: ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه، وصرح به القاضي في الروايتين وابن عقيل، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، والقواعد الفقهية، ومال إليه، واختاره الشيخ تقي الدين.

تنبيه: اختلف المصنف والزركشي، في النقل عن أبي بكر النجاد فيحتمل أن يكونا قولين له، أو يكون في أحد الكتابين غلط، أو يكونا اثنين، والله أعلم.

مسألة - ١٥: قوله: «وإن علم سبقه ونسي فقيـل كجهله، وعند أبي بكر يقف لنعلمه». انتهى.

القول الأول: هو الصحيح، وعليه الأكثر، قال الزركشي: لا إشكال في جريان الروايتين في هذه الصورة، وكذا أجراهما فيها في المستوعب والمغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقول أبي بكر اختاره ابن حبان في الرعاية الكبرى.

مسألة - ١٦: قوله: فيما إذا جعل عتق أمته صداقها: «فإن طلق قبل الدخول رجع

لزمها قيمتها، وقطع به في المنتخب في الصورة الأخيرة. وإن أعتقت عبدها على تزوجه بها بسؤاله أو لا، عتق مجاناً. وإن قال: اعتق عبدك عني على أن أزوجه ابنتي لزمته قيمته؛ لأن الأموال لا تستحق بالعقد عليها بالشرط، كقوله: أعتق عبدك على أن أبيعك عبدي؛ ولأنه غره، قال ابن عقيل: وعلى هذا الأصل يضمن كل غار في مال حتى أتلّف المغرور ماله؛ لأنه أزال ملكه على بدل لم يسلم.

فصل

الشرط الرابع: بينة، احتياطاً للنسب، خوف الإنكار، وتكفي مستورة، وقيل: إن ثبت بها. وفي المنتخب: يثبت بها مع اعتراف متقدم. وفي الترغيب: لو تاب في مجلس العقد فكمستور، ونقل ابن هانئ: وإعلانه أيضاً، وعنه: إعلانه فقط، وعنه: أحدهما، ذكرهن شيخنا.

وفي شهادة عدوى الزوجين أو أحدهما أو الولي؟ وجهان «م ١٧».

بنصف قيمتها يوم عتقه، فإن لم تقدر فهل ينتظر القدرة أو تستسعى؟ فيه روايتان، نص عليهما». انتهى. وأطلقهما ابن رزين في شرحه، قال القاضي: أصلهما في المفلس إذا كان له حرفة هل يجبر على الاكتساب؟ على الروايتين فيه. انتهى. والصحيح من المذهب أنه يجبر. وقال في المغني، والشرح: وإن كانت معسرة فهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين، أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين. انتهى. وهو موافق لما قال القاضي، فتلخص أن هؤلاء الجماعة قالوا: أصلها المفلس، والصحيح في المفلس الإيجاب، فكذا يكون الصحيح الإيجاب هنا، وهو الصواب.

مسألة - ١٧: قوله: في الشهادة: «وفي شهادة عدوى الزوجين أو أحدهما أو الولي وجهان»، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمغني، والمقنع، والهادي، والبلغة، والمحزر، والشرح، والنظم، وشرح ابن منجا، وابن رزين والرعايتين، والحاوي الصغير، والزركشي، وغيرهم.

أحدهما: ينعقد، وهو الصحيح، اختاره ابن بطة، وابن عبدوس في تذكرته، وصححه في التصحيح، وجزم به في الوجيز ومنتخب الأمدي، قال في تجريد العناية: لا ينعقد، في رواية، فدل على أن المقدم ينعقد.

والوجه الثاني: لا ينعقد، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

وفي متهم لرحم روايتان «م ١٨» وعنه: وفاسقة، وأسقطها أكثرهم. وذكرها في عيون المسائل. وقال شيخنا: هي ظاهر كلام الخرقى، وأخذها في الانتصار من رواية مثنى. سئل أحمد: إذا تزوج بولي وشهود غير عدول هل يفسد من النكاح شيء؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء. وأخذ القاضي وغيره منها عدم اعتبار العدالة في الولي، وقيل: وكافرة مع كفر الزوجة، وقبول شهادة بعضهم على بعض، وعنه: تسن فيه، كعقد غيره، فتصح بدونها، قال جماعة: ما لم يكتموه، وإلا لم يصح، ذكر بعضهم إجماعاً «ع» وعلى الأول: لا يبطله التواصي بكتمانه، وعنه: بلى، اختاره أبو بكر.

ولا تشترط الكفاءة، فلو زوجت بغير كفء برضاهم صح، وكذا برضى بعضهم، على الأصح، ولمن لم يرض الفسخ متراحياً، ذكره القاضي وغيره، وعنه: لا فسخ لأبعد. وعنه: هي شرط، اختاره الخرقى وجماعة، واحتج جماعة ببيعه مالها بدون ثمنه، مع أن المال أخف من النكاح؛ لدخول البدل فيه والإباحة والمحابة، ويحكم بالنكول فيه، وبأن منعها تزويج نفسها لثلاث يضعها في غير كفء، فبطل العقد؛ لتوهم العار، فهنا أولى؛ ولأن الله فيها نظراً؛ ولأن الولي إذا زوجها بلا كفء يكون فاسقاً.

ولو زالت بعد العقد فلها الفسخ، كعتقها تحت عبد، وقيل: لا، كطول حرة من نكح أمة، وكوليها، وفيه خلاف في الانتصار، وقدم أن مثله ولي ولد، وأنه إن

مسألة - ١٨ : قوله: «وفي متهم لرحم روايتان». انتهى.

إحادهما: لا ينعقد، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وصححه أيضاً في الهداية والمذهب، والمستوعب، في باب موانع الشهادة، وجزم به في الوجيز وغيره، وقدمه في المحرر والنظم، والرايعتين، والخلاصة، والحاوي الصغير، في مواضع الشهادة.

والرواية الثانية: ينعقد، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في المنتخب للآمدي، قال في تجريد العناية: لا ينعقد، في رواية، فدل على أن المقدم ينعقد. وقال في الرعاية الكبرى، أيضاً: وفي ابني الزوجين أو ابني أحدهما أو أبويهما أو أبوي أحدهما وكل ذي رحم محرم من الزوجين أو من الولي روايتان. انتهى. وأطلقهما هنا في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحرر، والشرح، وشرح ابن رزين، وابن منجا والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، وغيرهم. لكن ذكرها بعضهم في ابني الزوجين أو أحدهما، وبعضهم عمم الرحم، والله أعلم.

فهذه ثمان عشرة مسألة في هذا الباب قد صححت ولله الحمد.

طراً نسب فاستلحق شريف مجهولة أو طراً صلاح فاحتمالان، وقيل: لأحمد فيمن شرب المسكر: يفرق بينهما بذلك؟ فقال: أستغفر الله، ونقل ابن هانئ: إذا شرب المسكر تخلع منه ليس لها بكفاء.

والكفاءة الدين والنسب، وهو المنصب والحرية واليسار، حسب ما يجب لها، وقيل: تساويهما فيه، والصناعة، في الأشهر عنه «وش» ولأصحابه في اليسار أوجه، ثالثها يعتبر في أهل المدن، فلا تزوج عفيفة بفاجر، ولا حرة بعبد، وعنه: ولا عتيق وابنه بحرة الأصل، ولا موسرة بمعسر، وظاهره ولو كان متولياً، وقاله شيخنا، ولا بنت تاني وهو رب العقار بحائك، ولا بنت بزاز بحجام، ولا عربية بعجمي «وش» في الكل، وعنه: ولا قرشية بغير قرشي، ولا هاشمية بغير هاشمي «وش» وقيل: نساج كحائك، وعنه: ليس ولد الزنا كفواً لذات نسب كعربية، وإن المولى كفو لمولاة لا لمن لا ولاء عليها.

وموالي بني هاشم لا يشاركونهم في الكفاءة في النكاح، نقل الميموني: «مولى القوم من أنفسهم»^(١). في الصدقة، ولم يكن عنده هذا هكذا في التزويج، ونقل مهنا: إنه كفواً لهم، ذكرهما في الخلاف، وزاد الشافعية على ما سبق أن غير المنتسب إلى العلماء والصلحاء المشهورين ليس كفواً للمنتسب إليهما، وأن من به عيب مثبت للفسخ ليس كفواً للسليمة منه، وإن لم يثبت الفسخ، فلهم فيه وفي تأثير رق الأمهات وجهان، وأن الحائك ونحوه ليس كفواً لبنت الخياط ونحوه، ولا المحترف لبنت العالم، ولا المبتدع للسنية.

وعنه: الكفاءة الدين والنسب «وه» اختاره الخرقى، وقيل: النسب «وم». وقال بعض متأخري أصحابنا: إذا قلنا هي حق لله اعتبر الدين فقط، قال: وكلام الأصحاب فيه تساهل وعدم تحقيق، كذا قال، ولا يعتبر في امرأة. وفي الانتصار احتمال: يخير معتق تحته أمة، وذكره عن «ش». وفي الواضح احتمال: يبطل بناء على الرواية: إذا استغنى عن نكاح الأمة بحرة بطل، قال الكسائي: قولهم: لا أصل له، أي لا حسب. ولا فضل، أي لا مال.

ولا تشترط الشهادة بخلوها عن الموانع الشرعية «ش»، قال في الترغيب وغيره: ولا الإشهاد على إذنها، وكذا في تعليق ابن المنى في شهادة الفاسق في النكاح: لا تعتبر الشهادة على رضى المرأة؛ لأن رضى الولي أقيم مقام رضاها، ويأتي كلامه في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٦١).

الانتصار في العدالة باطنًا، وكلام شيخنا في قسمة الإجماع، قال: وفي المذهب خلاف شاذ: يشترط الإشهاد على إذنهما.

قال: ولا يزوجهما العاقد نائب الحاكم بطريق الولاية لا بوكالة الولي حتى يعلم إذنهما، وإن ادعى الزوج إذنهما صدقت قبل الدخول لا بعده؛ لتمكينها له.

وأطلق في عيون المسائل تصدق الثيب؛ لأنها تزوج بإذنهما ظاهرًا، بخلاف البكر فإنه يزوجهما أبوها بلا إذنهما، كذا قال، وهو يقتضي اختصاصه ببكر زوجها أبوها وقلنا يجبرها، ويتوجه في دعوى الولي إذنهما كذلك، وذكر شيخنا قولها، وإن ادعت الإذن فأنكر ورثته صدقت. وفي الروضة: إن ادعى الولي إذنهما فزوجهما فإن أجازت ما ذكره صح، وإلا حلفت وينفسخ النكاح، قال: والذي أراه للولي الإشهاد، لئلا تنكر فيحتاج إلى بينة. والله أعلم.

باب المحرمات في النكاح

يحرم أبداً بالنسب سبع: الأم والجدة من كل جهة وإن علت، وبنته ولو منفية بلعان، وبنت ابنه وبناتها من ملك أو شبهة وإن نزلن، وأخته من كل جهة، وبناتها، وبنت ابنها، بنت كل أخ وبناتها، وبنت ابنه وبناتها وإن نزلن، وعمته وخالته من كل جهة، وإن علت لا بناتها.

وتلخيصه يحرم كل نسبية سوى بنت عمه وعم، وبنت خالة وخال المذكورات في «الأحزاب». وتحرم عمه أبيه وأمه لدخولهما في عماته، وعمه العم لأب؛ لأنها عمه أبيه، لا لأم؛ لأنها أجنبية منه وتحرم خالة العمه لأم لا خالة العم لأب؛ لأنها أجنبية، وعمه الخالة لأم أجنبية لا لأب؛ لأنها عمه الأم.

ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، قال الإمام أحمد رحمته الله في طاعة الرسول: ويرجع في حليلة الابن من الرضاعة إلى قوله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١) ونقل حنبل: نكاح ابن الرجل من لبنه بمنزله نكاح ابنه من صلبه، تأولت فيه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وحديث أبي القعيس. وقال شيخنا: ولم يقل الشارع: ما يحرم بالمصاهرة، فأمر امرأته برضاع أو امرأة أبيه أو ابنه من الرضاعة التي لم ترضعه وبنت امرأته بلبن غيره حرمن بالمصاهرة لا بالنسب، ولا نسب ولا مصاهرة بينه وبينهن فلا تحريم.

ويحرم بالصهر من ملك أو شبهة ولو بوطء دبر، ذكره في المستوعب والمغني والترغيب، وقيل: لا، ونقل بشر بن موسى: لا يعجبني. ونقل الميموني: إنما حرم الله الحلال على ظاهر الآية، والحرام مباين للحلال، بلغني أن أبا يوسف سئل عمن فجر بامرأة: هل لأبيه نظر شعرها؟ قال: نعم. قال: ما أعجب هذا بشبهه بالحلال، وقاسوه عليه، ونقل المروذي في بنته من الزنا: عمر رحمته الله ألحق أولاد الزنا في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦٤٥)، (٥١٠٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٤٧).

الجاهلية بآبائهم يروى ذلك من وجهين.

وقد قضى النبي ﷺ بالولد للفراش وقال: «احتجبي منه يا سودة»^(١)، واحتج جماعة بأنه فعلٌ يوجب تحريمًا، كالرضاع إذا غصب لبنها وأرضع طفلًا نشر الحرمة، وكالوطء في دبر وحيض، وكالمتغذية بلبن ثار بوطئه، وهو لبن الفحل، فالمخلوقة من مائه أولى. وكما تحرم بنت ملاعنة ومجوسية ومرتدة ومطلقة ثلاثًا مع عدم أحكام النكاح. وذكر ابن رزين: لا ينشر في وجهه، وعند شيخنا: ينشر واعتبر في موضع التوبة حتى في اللواط. وحرم بنته من زنا وأن وطأه بنته غلطًا لا ينشر، لكونه لم يتخذها زوجة. ولم يعلن نكاحًا أربع زوجة أبيه، وكل جد ولو برضاع، وزوجة ابنه كذلك وإن نزل بالعقد، ولو كان نكاح الأب الكافر فاسدًا، ذكره شيخنا «ع» دون بناتهن وأمهاتهن.

وفي عقد فاسد خلاف في الانتصار وغيره. وتحرم أم زوجته وجداتها كذلك بالعقد، وبنت زوجته وبنت ابنها كذلك، نقله صالح وغيره وإن نزلن، بالدخول، وقيل: في حجره، واختاره ابن عقيل، وهن الربائب. لا زوجة ربيبه، ذكره في المجرد والفنون.

فإن ماتت الأم أو بانت بعد الخلوة وقبل الدخول أبحن. وعنه: يحرم بالموت والخلوة.

فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فوجهان «م ١». وفي المذهب

مسألة - ١: قوله: «فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فوجهان». انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والمحرم، والشرح وشرح ابن منجا والرعايتين، والحاوي الصغير، وتجريد العناية وغيرهم.

أحدهما: لا يثبت التحريم بذلك، وهو الصحيح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وصححه في التصحيح وحواشي ابن نصر الله وغيرهما، وقطع به في الوجيز وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره. وقاله القاضي في خلافه في وطء الصغيرة، وقال: هو ظاهر كلام الإمام أحمد، وصححه الزركشي في الصغيرة.

والوجه الثاني: يثبت به التحريم، وقاله القاضي في الجامع الصغير، وهو ظاهر ما

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٢١٨، ٢٤٢١، ٦٧٦٥، ٦٨١٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٥٧).

هو كنعكاح. وفيه بشبهة وجهان. والزنا كغيره، واحتج في رواية أبي الحارث بأن الحرام قد عمل حين أمر سودة أن تحتجب من ابن أمة زمعة.

وفي تحريمهن بمباشرة ولمس وخلوة ونظر فرج وعنه: وغيره، ذكره أبو الحسين، ونقله الميموني وابن هانئ منها أو منه إذا كن لشهوة، روايتان «م ٢ و ٣». ويحرم بوطء غلام ما يحرم بوطء امرأة نص عليه، واختار جماعة كمباشرة، قال ابن

قطع به في المنور فيهما.

تنبيه: قوله: «وفي المذهب هو كنعكاح، وفيه بشبهة وجهان، والزنا كغيره»، انتهى. هذا كله كلام ابن الجوزي في المذهب، وهو عجيب منه؛ لكونه جعل وطء الزنا كوطء الحلال، وحكى في وطء الشبهة وجهين.

واعلم أن الصحيح من المذهب أن الوطء بشبهة يثبت به تحريم المصاهرة كالوطء الحلال، وعليه الأكثر، وحكاه ابن المنذر إجماعاً، وقدمه المصنف وغيره.

مسألة - ٢ - ٣: قوله: «وفي تحريمهن بمباشرة ولمس وخلوة ونظر فرج...» منها أو منه إذا كن لشهوة روايتان». انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ٢: إذا باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلا بها أو فعلته هي لشهوة فهل ينشر ذلك الحرمة أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والرايعيتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. وأطلقه في المغني، والشرح، فيما إذا باشرها أو نظر إلى فرجها لشهوة.

إحداهما: لا ينشر ذلك الحرمة، وهو الصحيح، قال في المذهب ومسبوك الذهب: لم ينشر الحرمة، في أصح الروايتين، وصححه في التصحيح والزركشي، وحواشي ابن نصر الله وغيرهم. وبه قطع في الوجيز، قال الشيخ الموفق والشارح: والصحيح أن الخلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة، قال ابن رزين في شرحه: ومن باشرها أو نظر إلى فرجها لم تثبت حرمة، في الأظهر، وقال: ولا يثبت بالخلوة شيء، والثبوت بها مخالف للإجماع.

والرواية الثانية: تنشر الحرمة، قال الزركشي: إذا طلق بعد الخلوة وقبل الوطء فروايتان، أنصهما وهو الذي قطع به القاضي في الجامع الكبير في موضع، وفي الخصال وابن البنا والشيرازي: ثبوت تحريم الربيبة. والرواية الثانية: وهي اختيار أبي محمد وابن عقيل والقاضي في المجرد وفي الجامع في موضع لا يثبت. انتهى. وقطع في المغني، وتبعه الشارح بعدم التحريم بالمباشرة من الحرة، وأطلق في الأمة والخلوة الروايتين، وقالوا: وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل، والأول أقرب إلى

البنّا وابن عقيل: وكذا دواعي، وتحرم الملاعنة أبدًا على الملاعن، نقله الجماعة، وعنه: حلها بتكذيبه نفسه، وذكره ابن رزين الأظهر، وعنه: بنكاح جديد أو ملك يمين.

ومتى لاعن لنفي ولد كبعد إبانة أو في نكاح فاسد فلا حد، وفي التحريم السابق وجهان «م ٤».

فصل

يحرم جمعه بنكاح بين أختين. وبين امرأة وعمتها أو خالتها وإن علتنا من كل جهة. وعمة وخالة، بأن ينكح امرأة وابنة أمها فيولد لكل منهما بنت. وبين عمتين بأن ينكح أم رجل والآخر أمه فيولد لكل منهما بنت. وبين خالتي بأن ينكح كل منهما ابنة الآخر. وبين كل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرًا والأخرى أنثى حرم نكاحه، قال أحمد: خال أبيها بمنزلة خالها ولو رضيتا بنسب أو رضاع، وخالف فيه شيخنا؛ لأن تفريق الملك كجمع النكاح، ولم يعرف هو قوله هنا، وفي تحريم المصاهرة برضاع،

الصواب. انتهى.

المسألة الثانية - ٣: إذا لمسها أو لمستته لشهوة هل ينشر ذلك الحرمة أم لا ؟ أطلق الخلاف، والصواب أنها لا تنشر، بل هي أولى بعدم النشر من المباشرة لشهوة، وصححه ابن نصر الله في حواشيه.

مسألة - ٤: قوله: «ومتى لاعن لنفي ولد كبعد إبانة أو في نكاح فاسد فلا حد، وفي التحريم السابق وجهان. انتهى. قال الشيخ في المغني، والشارح، في باب اللعان: وإن أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه إلى الزوجة، فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان، فمتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد، وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله، كالزوجة. والثاني: ليس له ذلك، وهو ظاهر قول الخرقى؛ لأن الولد عنده لا ينتفي في حال الحمل، ثم قالوا: وهكذا الحكم في نفي النكاح الفاسد. انتهى.

وقدم ابن رزين في شرحه، أن التحريم لا يتأبد في هاتين المسألتين، وهو احتمال في الكافي، والذي قدمه فيه التحريم المؤبد، كما إذا كان قبل الإبانة، وهو الصحيح، وظاهر كلام الأكثر، وأطلق الخلاف في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

عن أحد، لكن قال: من لم يحرم بنت امرأته من النسب إذا لم تكن في حجره فكيف يحرم ابنتها من الرضاع؟ قال: ومن ادعى الإجماع في ذلك كذب.

فإن تزوجهما في عقد أو عقدين معًا، بطلا. وإن تأخر أحدهما أو وقع في عدة الأخرى بطل. فإن جهل فسحًا، وعنه: الأولى القارعة، وعلى الأول يلزمه نصف المهر تقترعان عليه، وذكر ابن عقيل: رواية: لا؛ لأنه مكروه، اختاره أبو بكر: والمذهب تحريم جمعه بينهما في وطء ملك اليمين، وعنه: يكره.

وهل يكره جمعه بين بنتي عميه وعمتيه أو بنتي خاليه أو خالتيه أم لا؟ كجمعه بين من كانت زوجة رجل وبنته من غيرها؟ فيه روايتان «م ٥» وحرمة في الروضة، قال: لأنه لا نص فيه، ولكن يكره قياسًا، يعني على الأختين.

ولو أن لكل رجل بنتًا ووطئ أمة فالحق ولدها بهما فتزوج رجل بالأمة وبالبنتين فقد تزوج أم رجل وأختيه، ذكره ابن عقيل. وإن ملك أختين بشراء أو غيره، فمنعه أبو الخطاب من وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى، والأصح جوازه، فإذا وطئ إحداهما حرمت الأخرى حتى يحرم على نفسه الموطوءة بتزويج أو إزالة ملكه أو استبراء، لا بتحريم، نص على ذلك.

وفي الاكتفاء بتحريمها بكتابة ورهن وبيع بشرط خيار وجهان «م ٦» فإن عادت

مسألة - ٥: قوله: «وهل يكره جمعه بين بنتي عميه وعمتيه أو بنتي خاليه أو خالتيه أم لا؟...» فيه روايتان. انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، والزركشي. إحداهما: لا يكره، وهو قوي، وبه قطع في المستوعب والوجيز وغيرهما، وقدمه في الرعاية وغيره.

والرواية الثانية: يكره، وبه قطع في الكافي، وهو الصواب، والمذهب، على ما اصطلاحناه.

مسألة - ٦: قوله: فيما إذا ملك أختين: «وفي الاكتفاء بتحريمها بكتابة ورهن وبيع بشرط خيار وجهان». انتهى. وأطلقهما في القواعد الأصولية، وأطلقهما في المحرر والحاوي الصغير، في الكتابة، قطع في الكافي، والمغني، والشرح، أن الأخت لا تباح إذا رهنها أو كاتبها، وهو ظاهر كلام الخرقى، والشيخ في المقنع، قال ابن رزين في شرحه: فإن رهنها أو كاتبها أو دبرها لم تحل أختها، وقطع به، وقال الزركشي: هذا الأشهر في الرهن، وقال: ظاهر إطلاق أحمد وكثير من الأصحاب الاكتفاء بزوال الملك ولو أمكنه الاسترجاع، كهبتها لولدها وبيعها بشرط الخيار. انتهى. وقدم في الرعايتين أن كتابتها تكفي، واختاره القاضي وغيره، وهو ظاهر كلام ابن عقيل وصاحب الوجيز في

إلى ملكه تركهما حتى يحرم إحداهما، في ظاهر نصوصه. وفي المغني: إن عادت قبل وطء أختها فهي المباحة، واختار في المحرر بل أيتهما شاء. وأنها إن عادت بعد وطء أختها فأختها المباحة، ولو خالف أولاً فوطئهما واحدة بعد واحدة تركهما حتى يحرم إحداهما، وأباح القاضي وطء الأولى بعد استبراء الثانية.

الجميع حين قالوا: فإن وطئ إحداهما لم تحل الأخرى حتى يحرم الموطوءة بما لا يمكن أن يرفعه وحده، وقطع به ابن عبدوس في تذكرته.

تنبيهات:

الأول: قوله: «وبيع بشرط خيار». انتهى. قد صرح الأصحاب مثل ذلك، فيحتمل أن يقال هذا منهم على القول بجواز التفريق، على ما ذكره في كتاب الجهاد، لكن يعكر على ذلك ما قبل البلوغ، فإنه ليس فيه نزاع، ويحتمل أن يقال بجواز البيع هنا للحاجة، وإن منعاه في غيره، قال الشيخ تقي الدين وتبعه ابن رجب: وأطلق أحمد والأصحاب تحريم الثانية حتى تخرج الأولى عن ملكه ببيع أو غيره، فإن بنيت هذه المسألة على ما ذكره الأصحاب في التفريق لزم ألا يجوز التفريق بغير العتق فيما دون البلوغ، وبعده على روايتين، ولم يتعرضوا هنا إلى شيء من ذلك، ولعله مستثنى من التفريق المحرم للحاجة، وإلا لزم تحريم هذه الأمة بلا موجب. انتهى.

الثاني: قوله: «فإن عادت إلى ملكه تركها حتى تحرم إحداهما، في ظاهر نصوصه. وفي المغني: إن عادت قبل وطء أختها فهي المباحة، واختار في المحرر بل أيتهما شاء». انتهى.

ظاهر نصوصه هو المذهب، وهو ظاهر ما قدمه المصنف، قال في القاعدة الأربعين: هذا الأشهر، وهو المنصوص. انتهى. واختاره الخرقى وغيره، وجزم به في الوجيز ومنتخب الأمدي ومنوره ونظم المفردات وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والحاوي. وقال الزركشي: إذا عادت بعد وطء الأخرى فالمنصوص في رواية جماعة وعليه عامة الأصحاب اجتنابها حتى يحرم إحداهما وإن عادت قبل وطء الأخرى، وظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي وكثير من الأصحاب أن الحكم كذلك. انتهى. واختار الشيخ والشارح، والناظم وغيرهم ما نقله المصنف عنه في المغني، وكذا ذكر ما اختاره في المحرر، قال ابن نصر الله: هذا إذا عادت إليه على وجه لا يجب به الاستبراء، أما إن وجب الاستبراء لم يلزمه ترك أختها حتى يستبرئها. انتهى. وهو قيد حسن.

الثالث: قوله: «وإن اشترى أخت زوجته صح ولا يطأها في عدة الزوجة، فإن فعل فالوجهان قبلها». انتهى. مراده بالوجهين الوجهان المذكوران قبلها فيما إذا حرّمها بكتابة أو رهن أو بيع، فيما يظهر، وقد علمت الصحيح من ذلك.

ولو ملك أختين مسلمة ومجوسية فله وطء المسلمة، ذكره في التبصرة، وإن اشترى أخت زوجته صح، ولا يطؤها في عدة الزوجة فإن فعل فالوجهان قبلها وهل دواعي الوطء كهو؟ فيه وجهان «م ٧».

وفي صحة نكاح أخت سريته روايتان «م ٨» فإن صح لم يطأ الزوجة حتى يحرم السرية، وعنه: تحريمهما حتى يحرم إحداهما، وكذا لو تزوجها بعد تحريم سريته ثم رجعت السرية إليه، لكن النكاح يكون بحاله.

وإن أعتق سريته ثم تزوج أختها في مدة استبرائها ففي صحة العقد الروايتان «م ٩» وله نكاح أربع سواها، في الأصح.

ومن جمع محللة ومحرمة في عقد، ففي صحته في المحللة روايتان «م ١٠».

مسألة - ٧: قوله: «وهل دواعي الوطء كهو؟ فيه وجهان». انتهى. قال في القاعدة السادسة والثلاثين بعد المائة، الجمع بين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء، قال ابن عقيل: يكره ولا يحرم، ويتوجه أن يحرم، أما إذا قلنا: إن المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأختين حتى يحرم الأولى فلا إشكال. انتهى.

وقدم في المغني، والشرح، أن حكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم أختها كحكمه في تحريم الربيبة، وقالوا: الصحيح أنها لا تحرم بذلك؛ لأن الحل ثابت، فلا تحرم إلا بالوطء فقط، وقدم ابن رزين في شرحه، إباحة المباشرة والنظر إلى الفرج لشهوة، وهذا الصحيح.

مسألة - ٨: قوله: «وفي صحة نكاح أخت سريته روايتان». انتهى. وأطلقهما في المذهب.

إحداهما: لا يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو بكر، قال القاضي: وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في المستوعب والخلاصة، والمحرم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وقطع به في المنور ونظم المفردات، ومال إليه الشيخ في المغني، والشارح.

والرواية الثانية: يصح، نقلها حنبل، ولا يطأ حتى يحرم الأمة، قطع به في الوجيز، وصححه في النظم.

مسألة - ٩: قوله: «فإن أعتق سريته ثم تزوج أختها في مدة استبرائها ففي صحة العقد الروايتان». انتهى. وقد علمت الصحيح منهما في التي قبلها، والنكاح في الاستبراء كالنكاح قبله، والله أعلم.

مسألة - ١٠: قوله: «ومن جمع محللة ومحرمة في عقد واحد ففي صحته في

ومن تزوج أمًّا وبنْتًا في عقد، فسد في الأم، وقيل: والبنْت.

فصل

ويحرم جمع حر فوق أربع نسوة وعبد فوق اثنتين. ولمن نصفه فأقل غير حر جمع ثلاث، نص عليه، وقيل: اثنتين. وفي الفنون: قال فقيه: شهوة المرأة فوق شهوة الرجل تسعة أجزاء، فقال حنبلي: لو كان هذا ما كان له أن يتزوج بأربع وينكح ما شاء من الإماء، ولا تزيد المرأة على رجل، ولها من القسم الربع، وحاشا حكمته أن يضيق على الأحوج.

وذكر ابن عبد البر عن أبي هريرة رضي الله عنه وبعضهم يرفعه: «فضلت المرأة على الرجل بتسعة وتسعين جزءًا من اللذة، أو قال: من الشهوة، ولكن الله ألقى عليهن الحياء»^(١) ومن طلق واحدة من نهاية جمعه حرم تزويجه بدلها حتى تنقضي عدتها، بخلاف موتها، نص عليهما. فإن قال: أخبرني بانقضاء عدتها، فكذبته، فله نكاح أختها، وبدلها، في الأصح. ولا تسقط السكنى والنفقة ونسب الولد، بل الرجعة.

وإن وطئ بشبهة أو زنا حرم في العدة نكاح أختها ولو أنها زوجته، نص عليه. وفي وطء أربع غيرها أو العقد عليهن وجهان «م ١١».

المحللة روايتان». انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، وغيرهم.

إحدهما: يصح فيمن تحل، وهو الصحيح، قال الشيخ الموفق والشارح: والمنصوص صحة نكاح الأجنبية، وصححه في التصحيح وتجريد العناية. وبه قطع الخرقى وصاحب الوجيز والمنور، ومنتخب الآمدي وغيرهم. واختاره القاضي في تعليقه، والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم. وقدمه في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وغيرهم. والرواية الثانية: لا يصح، اختاره أبو بكر.

مسألة - ١١: قوله: «وإن وطئ بشبهة أو زنا حرم في العدة نكاح أختها ولو أنها زوجته... وفي وطء أربع غيرها، أو العقد عليهن وجهان». انتهى. وأطلقهما في المحرر والرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، والرعاية الكبرى، في موضع.

(١) أخرجه الديلمي في مسنده (١٧٢/٣) والطبراني في الأوسط (٣٣٩/١) وإسناده ضعيف.

ومن وطئت بشبهة حرم نكاحها في العدة. وهل للواطئ نكاحها في عدته؟ فعنه: له ذلك، ذكرها شيخنا، واختارها واختاره الشيخ، وعنه: لا، ذكرها في المحرر، وذكره في المغني قياس المذهب، ومراده من مسألة من لزمته عدة من غيره، فإنه نص أحمد في رواية أبي طالب، وعليه الأصحاب، ولم يذكروا مسألة القيام بالمنع، كما ذكره الشيخ، وفي القياس نظر، وعنه: إن لزمته عدة من غيره حرم، وإلا فلا، وهي أشهر «م ١٢» وعنه: إن نكح معتدة من زوج بنكاح فاسد ووطئ حرمت عليه أبداً. والزانية محرمة حتى تعتد وتتوب، نص عليهما. وفي الانتصار: ظاهر نقل حنبل في التوبة: لا، وقاله بعض أصحابنا إن نكحها غيره، ذكره

أحدهما: لا يجوز ولا يصح، وهو الصحيح من المذهب، اختاره أبو بكر في الخلاف، وأبو الخطاب في الانتصار، وابن عقيل، وقدمه في المغني، والشرح، والزركشي، واختاره.

والوجه الثاني: تجوز، وبه قطع في المستوعب، وقدمه في الرعاية الكبرى، في موضع آخر، وهو احتمال في المغني، والشرح. وقال القاضي في التعليق: يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حملاً، واستبعده المجد، قال في القاعدة التاسعة بعد المائة: وهو كما قال المجد؛ لأن التحريم هل لأجل الجمع بين خمس، فيكفي فيه أن يمسك عن واحدة منهن حتى تستبرئ، وصرح به صاحب الترغيب. انتهى.

مسألة - ١٢: قوله: «ومن وطئت بشبهة حرم نكاحها في العدة، وهل للواطئ نكاحها في عدته؟ فعنه: له ذلك، ذكره شيخنا، واختارها واختاره الشيخ، وعنه: لا. ذكرها في المحرر، وذكره في المغني، قياس المذهب... وعنه: إن لزمته عدة من غيره حرم وإلا فلا، وهي أشهر». انتهى.

الذي قال المصنف: إنه أشهر هو المذهب، قال في المحرر والحاوي الصغير: وهي أصح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، قال الزركشي في العدة: وعلى هذا الأصحاب، كأنه ما عدا أبا محمد. انتهى. وجزم به في المنور وغيره، والرواية الأولى التي اختارها الشيخ تقي الدين والشيخ الموفق صححها الناظم، فتتقوى هذه الرواية باختيار هؤلاء المحققين.

والرواية الثانية: قدمها في الرعايتين، قال في الكافي: ظاهر كلام الخرقى تحريمها على الواطئ وذكرها في المغني، قياس المذهب، والرواية التي قبلها أقوى وأولى.

تنبيه: قوله: «وفيمن دان بصحف شيث وإبراهيم والزبور وجه، فيقر بجزية»، يعني فيها وجه بإباحة مناكحتهما. وحل ذبائحهما، فعلى هذا الوجه يقر بجزية، وهو المذهب، وعليه الأصحاب.

أبو يعلى الصغير، وعنه: ويتوب الزاني إن نكحها، ذكره ابن الجوزي عن أصحابنا، والتوبة غيرها، ونصه الامتناع من الزنا بعد الدعاية روي عن عمر وابن عباس.

ويحرم نكاح كافر مسلمة ولو وكيلًا، ونكاح مسلم ولو عبدًا كافرًا، إلا حرة كتابية، والأولى تركه، وكرهه القاضي وشيخنا، وأنه قول أكثر العلماء، كذبائهم بلا حاجة، وقيل: تحرم حربية، وعنه: وتباح أمة. وتحل مناكحة وذبيحة نصارى بني تغلب، على الأصح، قيل: هما في بقية اليهود والنصارى من العرب، وفيمن دان بصحف شيث وإبراهيم والزبور وجه، فيقر بجزية ويتوجه: ولو لم نقل به هنا. ومن أحد أبويه كتابي فاختر دينه فالأشهر تحريم مناكحته وذبيحته، وعنه: لا في الأولى، ويحرمان ممن شك فيه مع أخذ الجزية، وفيها خلاف يأتي، وإن كانا غير كتابيين فالتحريم، وقيل: عنه: لا، وجزم به في المغني على الثانية في التي قبلها، واختاره شيخنا اعتبارًا بنفسه، وأنه منصوص أحمد في عامة أجوبته، وأنه مذهب «هم»، والجمهور أن قول أحمد في الرواية الأخرى لم يكن لأجل النسب، بل؛ لأنهم لم يدخلوا إلا فيما يشتهى من الخمر ونحوه.

ولا ينكح مجوسي كتابية، في المنصوص، وقيل: ولا كتابي مجوسية. وتحرم أمة مسلمة على حر مسلم إلا لخوفه عنت العزوبة لحاجة المتعة أو مرضًا، قاله في الترغيب، أو الخدمة، ولم يذكرها جماعة.

ويعجز عن طول حرة. وفي الانتصار احتمال مؤمنة؛ لظاهر الآية، قال جماعة: وثمان أمة، وفيه في الترغيب: وحرة كتابية وجهان، وأطلق أحمد الحرة، ولم يذكر ثمن أمة ولا غير خوف العنت. وفي التبصرة: لا تحرم إذا عدم الشرطان أو أحدهما، والطول بملكه مالا حاضرًا، وقيل: إن رضيت دون مهرها أو بتأجيله لزمه، وقيل: في الأولى، قال في المغني، ما لم يجحف به. وفي الترغيب: ما لم يعد سرفًا.

وحرة لا توطأ لصغر أو غيبة كعدم، في المنصوص، وكذا مريضة. نص عليه وفي الترغيب وجهان. وفيه: من نصفها حر أولى من أمة؛ لأن إرقاق بعض الولد أولى من جميعه، فإن لم تعفه فثانية ثم ثالثة ثم رابعة، وعنه: واحدة فقط، اختاره أبو بكر وغيره.

ومن تزوج أمة بشرطه ففي انفساخ نكاحها بيساره أو نكاحه حرة، وفي الترغيب: أو زال خوف عنت، روايتان «م ١٣ و ١٤» وفي المنتخب: يكون طلاقًا لا

مسألة - ١٣ - ١٤: قوله: «ومن تزوج أمة بشرطه ففي انفساخ نكاحها بيساره أو نكاحه حرة وفي الترغيب أو زوال خوف عنت روايتان». انتهى. وأطلقهما فيها في الهداية

فسخًا، ونقله ابن منصور إذا تزوج حرة على أمة يكون طلاقًا للأمة؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما. قال أبو بكر: مسألة إسحاق مفردة.

ولعبد نكاح إماء مطلقًا، ومثله مكاتب ومعتق بعضه، مع أن الشيخ وغيره عللوا مسألة العبد بالمساواة، فيقتضي المنع فيهما أو في المعتق بعضه.

وإن تزوجها على حرة حر بشرطه أو عبد جاز، وعنه: لا، فإن جمع بينهما في عقد صح على الأولى لا الثانية، ونقل ابن منصور: يصح في الحرة. وفي الموجز في عبد رواية عكسها، وكذا في التبصرة، لفقد الكفاءة، وأنه لو لم يعتبر صح فيهما، وهو رواية في المذهب. وكتابي، وفي الوسيلة: ومجوس، وفي المجموع: وكل كافر، كمسلم في نكاح أمة، قال في الترتيب وغيره: فإن اعتبر فيها الإسلام اعتبر في الكتابي كونها كتابية.

والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والبلغة، والمحرم، والحاوي الصغير، وغيرهم. وأطلقهما في المغني، والشرح، فيما إذا نكح حرة، ذكر المصنف مسألتين.

المسألة الأولى - ١٣: إذا تزوج أمة وفيه الشرطان قائمان ثم أيسر. فهل يبطل نكاحها أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحداهما: لا يبطل، وهو الصحيح، قال الزركشي: هذا المذهب والمنصوص المجزوم به عند عامة الأصحاب. انتهى. وصححه في التصحيح والنظم، والشيخ والشارح، وقالوا: هذا ظاهر المذهب، وبه قطع الخرقى وصاحب الوجيز والمنور، وغيرهم.

والرواية الثانية: يبطل، خرجها القاضي وغيره من رواية صحة نكاح حرة على أمة، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الرعايتين، وكان من حق المصنف أن يقدم القول الأول: ولا يطلق الخلاف.

المسألة الثانية - ١٤: إذا نكح حرة على أمة فهل يبطل نكاح الأمة وينسخ أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحداهما: لا يبطل، وهو الصحيح من المذهب، صححه في التصحيح والنظم، وابن رجب في القاعدة التاسعة بعد المائة، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في الوجيز.

والرواية الثانية: يبطل، قطع به ناظم المفردات وقد قال: بنيتها على الصحيح الأشهر. وقدمه في الرعايتين.

فهذه أربع عشرة مسألة قد صححت في هذا الباب.

فصل

لا ينكح عبد سيده، ولا سيد أُمته، ولحر نكاح أمة والده، دون أمة ولده في الأصح فيهما، ومثله حرة نكحت عبد ولدها، وقيل: يجوز، ويحلان لهما مع رق. ويصح نكاح أمة من بيت المال، مع أن فيه شبهة تسقط الحد، لكن لا تجعل الأمة أم ولد، ذكره في الفنون.

وإن ملك أحد الزوجين - وعلى الأصح: أو ولده الحر. وفي الأصح: أو مكاتبه - الزوج الآخر أو بعضه انفسخ النكاح.

فلو بعثت إليه زوجته: حرمت عليك ونكحت غيرك وعليك نفقتي ونفقة زوجي، فقد ملكت زوجها وتزوجت ابن عمها.

ومن حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين، وجوزه شيخنا، كأمة كتابية.

ولا يصح نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره، نص عليه. وقال الخرقي: إذا قال: أنا رجل، لم ينكح إلا النساء، وعكسه بعكسه. فلو عاد عن قوله الأول فله نكاح ما عاد إليه، في الأصح، فلو كان نكح انفسخ نكاحه من امرأة خاصة.

ولا يحرم في الجنة زيادة العدد والجمع بين المحارم وغيره، ذكره شيخنا.

باب الشروط في النكاح

إذا شرطت في العقد، قاله في المحرر، وقال حفيده: أو اتفقا قبله في ظاهر المذهب «م ١» وأن على هذا جواب الإمام أحمد رحمه الله تعالى في مسائل الحيل؛ لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولاً واحداً أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، قال شيخنا: أو إن تزوج عليها فلها تطليقها، صح، فإن خالفه فلها الفسخ، نص عليه، كزيادة مهر أو نقد معين، وشرط ترك سفره بعبد مستأجر، وذكر جماعة طريقة: لا يجوز له السفر، كهذه الصورة. قال شيخنا: ولو خدعها فسافر بها ثم كرهته لم يكرهها.

ويصح شرط طلاق ضررتها، في رواية، وذكره جماعة، وقيل: باطل «م ٢»

مسألة - ١: قوله: «إذا شرطت في العقد قاله في المحرر، وقال حفيده: أو اتفقا قبله، في ظاهر المذهب» انتهى، الذي قاله في المحرر قطع به في الرايتين والحاوي الصغير، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس، وغيرهم. وقاله القاضي في موضع من كلامه، والذي قاله الشيخ تقي الدين قال عنه الزركشي: هو ظاهر إطلاق الخرق وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم. قال: وقال الشيخ تقي الدين: هو ظاهر المذهب ومنصوص أحمد وقول قدماء أصحابه ومحقق المتأخرين. انتهى. قلت: وهو الصواب، قال الشيخ تقي الدين وعلى هذا جواب أحمد في مسائل الحيل؛ لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولاً واحداً، قال الشيخ تقي الدين: وكذا قال القاضي وغيره كما قال المجد: إذا شرط لها في العقد، قال: ولعل مرادهم بذلك الاحتراز عما شرط بعد العقد، كما دل عليه كلام أحمد. انتهى.

فنقل الشيخ تقي الدين في المسألة عن القاضي وغيره، كما قال في المحرر، ولم يطلع عليه المصنف، فلذلك عزاه إلى صاحب المحرر.

مسألة - ٢: قوله: «ويصح شرط طلاق ضررتها، في رواية، وذكره جماعة، وقيل: باطل». انتهى.

والأشهر: ومثله بيع أمته.

قال في عيون المسائل وغيرها: وإن شرطت أن يسافر بها إذا أرادت انتقالاً لم يصح؛ لأن اشتراط تصرف في الزوج بحكم عقد النكاح، وذلك لا يجوز، كما لو شرطت أن تستدعيه إلى النكاح، وقت حاجتها وإرادتها، وهنا شرطت التسليم على نفسها في مكان مخصوص، واقتصرت بالشرط من تصرفه فيها على بعض ما يستحقه من التصرف بإطلاق العقد، وذلك غير ممتنع، كما بينا أن الشرع قصر تصرفه على مكان وعدد، فلا يخص الشرع الزوجة بالتصرف في الزوج بحال، كذا قال، ويتوجه: لا تبعد صحة ذلك، وأنه يخرج من شرطها طلاق ضررتها، وأن ظاهر ما احتجوا به من الأمر بالوفاء بالعقود والشروط والمعاني يدل عليه.

قال شيخنا: فيمن شرط لها أن يسكنها بمنزل أبيه فسكنت ثم طلبت سكنى منفردة وهو عاجز: لا يلزمه ما عجز عنه، بل لو كان قادراً فليس لها عند «م» وأحد القولين في مذهب أحمد وغيرهما غير ما شرطت لها، كذا قال.

والظاهر أن مرادهم صحة الشرط في الجملة، بمعنى ثبوت الخيار لها بعده، لا أنه يلزمها؛ لأنه شرط لحقها لمصلحتها لا لحقه لمصلحته حتى يلزم في حقها، ولهذا لو سلمت نفسها من شرطت دارها فيها أو في داره لزم، وسيأتي. إن شاء الله تعالى.

وقال في الهدى في قصة بني هشام بن المغيرة لما استأذنوا أن يزوجوا علي بن أبي طالب ابنة أبي جهل قال فيه: إنه تضمن هذا مسألة الشرط؛ لأنه ﷺ أخبر أنه يؤذي فاطمة ﷺ ويريبها، ويؤذي ويريبه. وأنه معلوم أنه [إنما] زوجه على عدم ذلك، وأنه إنما دخل عليه وإن لم يشرط في العقد، وفي ذكره ﷺ صهره الآخر بأنه حدثه فصدقه، ووعدته فوفى له، تعريض لعلي ﷺ وأنه قد جرى منه وعد له بذلك، فحثة عليه، قال: فيؤخذ من هذا أن المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً، وإن عدمه يملك به الفسخ، فقوم لا يخرجون نساءهم من ديارهم أو المرأة من بيت لا يزوج الرجل

القول الأول: عليه أكثر الأصحاب، وبه قطع في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والبلغة، والمحزر، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس والمنور، وإدراك الغاية، وتجريد العناية وغيرهم. قاله القاضي في الجامع، والفخر ابن تيمية وقدمه في المقنع، وشرح ابن رزين، والقول ببطلانه احتمال في المغني، والشرح، قال الشيخ الموفق: وهو الصحيح، قال: ولم أر ما قاله أبو الخطاب كغيره. انتهى. وصححه الناظم وابن رزين في شرحه، وقدمه في المغني، قلت: وهو الصحيح من المذهب، على ما اصطلاحناه، والصواب، والله أعلم.

على نسائهم ضرة، ويمنعون الأزواج منه، أو يعلم عادة أن المرأة لا تمكن من إدخال الضرة عليها، كان ذلك كالمشروط لفظاً، وهذا مطرد على قواعد أهل المدينة وأحمد أن الشرط العرفي كاللفظي، ولهذا أوجبوا الأجرة على من دفع ثوبه إلى قصار، المسألة المشهورة. وقال أيضاً: وقال «م»، أدركت الناس يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما، فقيل: له: قد كان الصحابة عليهم السلام يعسرون ويحتاجون، فقال: ليس الناس اليوم كذلك. إنما تزوجته رجاء الدنيا يعني أن نساء الصحابة عليهم السلام كن يردن الدار الآخرة، والنساء اليوم رجاء الدنيا، فصار هذا العرف كالمشروط، والشرط العرفي في أصل مذهبه كاللفظي.

ومتى بانّت فلا حق لها في الشرط، نقل أبو الحارث، وإن أعطته مالا واشترطت عليه أن لا يتزوج عليها يرد عليها المال إذا تزوج، وأنه لو دفع إليها مالا على أن لا تتزوج بعد موته فتزوجت ترد المال إلى ورثته.

وإن زوج وليته رجلاً على أن يزوجه وليته فأجابه ولا مهر لم يصح العقد، كشرطه، وعنه: بلى، وهو شغار، ويصح مع مهر مستقل غير قليل حيلة به، نص عليه، وقيل: بمهر المثل. وفي الخرقى والانتصار: لا يصح، وذكره ابن عقيل: رواية: وقيل: لا يصح مع قوله: ويضع كل واحدة مهر الأخرى فقط، وظاهر كلام ابن الجوزي يصح معه بتسميته، وذكر شيخنا وجهاً واختاره أن بطلانه لا يشترط عدم المهر.

وإن تزوجها بشرط أنه متى أحلها للأول طلقها، أو فلا نكاح بينهما، لم يصح العقد، كشرطه، وعنه: بلى، وكذا نيته أو اتفاقاً قبله، على الأصح. وكذا إن تزوجها إلى مدة، وهو نكاح المتعة، وقطع الشيخ فيها بصحته مع النية، ونصه: والأصحاب خلافه، ونقل أبو داود فيها: هو شبيه بالمتعة، لا، حتى يتزوجها على أنها امرأته ما حييت. وفي النوادر: دلالة الحال فيها الروايتان، وعنه: النهي عنها تنزيه، ويكره تقليد مفت بها، قاله في الرعاية. وذكر القاضي وجماعة، أنها كغيرها من مسائل الخلاف ولا تثبت أحكام الزوجية، ولم أجد فيه خلافاً، بل وطء الشبهة، وذكر أبو إسحاق وابن بطّة أنها كالزنا.

وتزويجها المطلق ثلاثاً لعبده بنية هبته أو يبيعه منها ليفسخ النكاح كنية الزوج. ومن لا فرقة بيده لا أثر لنيته.

وفي الفنون فيمن طلق زوجته الأمة ثلاثاً ثم اشتراها لتأسفه على طلاقها: حلها بعيد في مذهبنا؛ لأنه يقف على زوج وإصابة، ومتى زوجها مع ما ظهر من تأسفه عليها لم يكن قصده بالنكاح إلا التحليل، والقصد عندنا يؤثر في النكاح، بدليل ما

ذكره أصحابنا: إذا تزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج من البلد لم يصح. وفي الروضة: نكاح المحلل باطل إذا اتفقا فإن اعتقدت ذلك باطلاً ولم تظهره صح في الحكم وبطل فيما بينها وبين الله تعالى.

ويصح النكاح إلى الممات. وفي الواضح: نيتها كنيته، ومن عزم على تزويجه بالمطلقة ثلاثاً ووعداً سرّاً كان أشدّ تحريماً من التصريح بخطبة معتدة «ع» لا سيما وينفق عليها ويعطيها ما تحلل به، ذكره شيخنا. ومتى شرط نفى الحل في نكاح أو علق ابتداءه على شرط فسد العقد، على الأصح، كالشرط. وقال شيخنا: ذكر القاضي وغيره روايتين في تعليقه بشرط، والأنص من كلامه جوازه، كالطلاق، قال: والفرق بأن هذا معاوضة أو إيجاب، وذاك إسقاط غير مؤثر، وبأنه ينتقض بنذر التبرر وبالجملة.

وإن شرط عدم مهر أو نفقة أو قسمة لها أقل من ضرتها أو أكثر أو شرط أحدهما عدم وطء ونحوه فسد الشرط لا العقد، نص عليهما، وقيل: يفسد، نقل المروزي: إذا تزوج النهاريات أو اللياليات ليس من نكاح أهل الإسلام.

ونقل عبد الله وحنبل: إذا تزوج على شرط ثم بدا له أن يقيم جدد النكاح، وفي مفردات ابن عقيل: ذكر أبو بكر فيما إذا شرط أن لا يوطأ ولا ينفق أو إن فارق رجع بما أنفق روايتين، يعني في صحة العقد، واختاره شيخنا، بنفي مهر وأنه قول أكثر السلف، كما في مذهب «م» وغيره، لحديث الشغار. وقيل: بعدم وطئه، ونقل الأثرم توقفه في الشرط، قال شيخنا: فيخرج على وجهين، واختار صحته، كشرطه ترك ما يستحقه، وفرق القاضي بأن له مخلصاً، لملكه طلاقها.

وأجاب شيخنا: بأن عليه المهر، وأن ابن عقيل: سوى بينهما، فإن صح وطلبت فارقها وأخذ المهر، وهو في معنى الخلع، فإن وجبت الفرقة ثم وجبت هنا، وأن على الأول للفائت غرضه الجاهل بفساده الفسخ بلا شيء، كالبيع وأولى.

وإن شرطاً أو أحدهما فيه خياراً أو إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما ففي صحة العقد روايتان «م ٣» وعنه: صحتهما، واختار شيخنا صحتهما في

مسألة - ٣: قوله: «وإن شرطاً أو أحدهما فيه خياراً، أو إن جاء بالمهر وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما، ففي صحة العقد روايتان». انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والمغني، في الثانية، والشرح، وشرح ابن منجا، وغيرهم.

إحداهما: يصح، وهو الصحيح، نص عليه في رواية الأثرم، وصححه في

شرط الخيار، قال: وإن بطل الشرط لم يلزم العقد بدونه، فإن الأصل في الشروط الوفاء، وشرط الخيار له مقصود صحيح.

وقال شيخنا: وكذا تعليق النكاح على شرط فيه ثلاث روايات، وذكر ابن عقيل: في الثانية رواية: يفسد المهر؛ لأنه يأخذ قسطاً، فتأخيره عن أجله يحصل مجهولاً.

وشرط الخيار في المهر قيل: كذلك، وقيل: يصح «م ٤» وإن طلق بشرط خيار وقع.

فصل

وإن شرطها مسلمة، أو زوجتك هذه المسلمة فبانت كتابية، فله الفسخ. فإن عكس أو ظنها مسلمة ولم تعرف بتقدم كفر، وقيل: أو ظنها بكراً فبانت بخلافة، فوجهان «م ٥، ٦».

التصحيح، وبه قطع في الوجيز وغيره، واختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره، وقدمه في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وغيرهم. واختاره الشيخ تقي الدين فيما إذا شرط الخيار.

والرواية الثانية: لا يصح، قدمه في المغني، في الأولى.

مسألة - ٤: قوله: «وشرط الخيار في المهر قيل: كذلك، وقيل: يصح». انتهى.

قلت: قطع الشيخ في المغني، والشارح، وابن رزين في شرحه بصحة النكاح، وأطلق في المغني، والشرح، في الصداق ثلاثة أوجه: صحة الصداق مع بطلان الخيار، وصحته وثبوت الخيار فيه، وبطلان الصداق. وقدم ابن رزين في بطلان الصداق، والصواب ما قطع به في «المغني» وقدمه ابن رزين أيضاً، والله أعلم.

مسألة - ٥ - ٦: قوله: «فإن عكس» يعني لو شرطها كافرة فبانت مسلمة، أو قال: زوجتك هذه الكافرة فبانت مسلمة، أو ظنها مسلمة «ولم تعرف بتقدم كفر فوجهان». انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٥: لو شرطها كتابية فبانت مسلمة، أو قال: زوجتك هذه الكافرة فبانت مسلمة، فهل يثبت له الخيار أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير:

أحدهما: لا خيار له، وهو الصحيح، صححه الشيخ الموفق والشارح، والناظم

وإن شرط بكرًا أو جميلة أو نسيبة أو نفي عيب لا يثبت الفسخ، فبانت بخلافه، فعنه: له الفسخ، اختاره في الترغيب وشيخنا «و م ق» وعنه: لا «و ه ق» «م ٧» وفي

وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقطع به في الوجيز والمنور، ومنتخب الأمدي وغيرهم. وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والشرح، وغيرهم.

والوجه الثاني: له الخيار، اختاره أبو بكر، وقاله في الترغيب، قال الناظم: وهو بعيد.

تنبيه: كان الأولى أن المصنف كان يقدم أنه لا خيار له، لا أنه يطلق الخلاف، كما قاله في البيع، فإنه قدم هناك عدم الفسخ.

المسألة الثانية - ٦: لو ظنها مسلمة ولم تعرف بتقدم كفر فبانت كافرة، فالحكم فيها كالتي قبلها، قاله في المحرر والرايعتين، والحاوي والمصنف وغيرهم. وقطع في الكافي، والمغني، والشرح، وغيرهم أن له الخيار في هذه الصورة، فيكون هذا هو الصحيح، وهذه المسألة ليست كالتي قبلها على هذا.

مسألة - ٧: قوله: «وإن شرط بكرًا أو جميلة أو نسيبة أو نفي عيب لا يثبت الفسخ فبانت بخلافه، فعنه: له الفسخ، اختاره في الترغيب وشيخنا، وعنه: لا. انتهى. وأطلقهما في المغني، والكافي، والمقنع، والمحرر، والشرح، والحاوي الصغير، وغيرهم.

إحداهما: له الخيار بين الفسخ والإمسك، اختاره في الترغيب والبلغة، والناظم والشيخ تقي الدين، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وقدمه في الرايعتين، وهو الصواب.

والرواية الثانية: ليس له ذلك، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وبه قطع في الوجيز والمنور، ومنتخب الأمدي وغيرهم. وقدمه ابن رزين في البكر، قال في المستوعب: فإن غرته بنسب أو صفة، مثل أن تزوجها على أنها عربية أو هاشمية فتبين دون ذلك، أو على أنها بيضاء فتبين سوداء، أو أنها طويلة فتبين قصيرة، وما أشبه ذلك، فالنكاح صحيح ولا خيار له. انتهى.

وقال ابن رزين: وإن شرطها بكرًا فبانت ثيبًا فلا خيار له، وقيل: له الخيار. فإن شرطها نسيبة أو جميلة أو طويلة أو شرط نفي عيب لا ينفسخ به النكاح ونحوه فوجهان. انتهى.

تنبيه: قوله: «وإن شرطها...» أو ظنها حرة فبانت أمة فإن لم تبح له فباطل،

الإيضاح، واختاره في الفصول في شرط بكر، إن لم يملكه رجع بما بين المهرين، ويتوجه مثله بقية الشروط. وفي الفنون في شرط بكر يحتمل فساد العقد؛ لأن لنا قولاً إذا تزوجها على صفة فبانت بخلافها بطل العقد، قال شيخنا: ويرجع على الغار، وإن غرته وقبضته وإلا سقط، في ظاهر المذهب، ولا يلزمه أقل مهر «م».

وإن شرط أمة فبانت حرة، أو صفة فبانت أعلى، فلا فسخ، في الأصح وفي الترغيب: يفسخ إن شرط مسلمة فبانت كتابية، أو ثيباً فبانت بكرًا، وإن شرطها واعتبر في المستوعب مقارنته أو ظنها حرة، فبانت أمة، فإن لم تبح له فباطل، كعلمه، وعند أبي بكر: يصح، فله الخيار وبناه في الواضح على الكفاءة، ولمن يباح له الخيار إلا أن يظنها عتيقة، وقدم في الترغيب: أو يظنها حرة، وقيل: لا فسخ كعبد وينعقد الولد حرًا، قال ابن عقيل: كما ينعقد ولد القرشي قرشيًا باعتقاده، ويفديه، وعنه: لا، وعنه: هو بدونه رقيق، وهو كولد مغصوبة، ويفديه العبد بعد عتقه، وقيل: برقبته، وهو رواية في الترغيب، ويرجعان على الغار، كأمره بإتلاف مال غيره غره بأنه له فلم يكن، ذكره في الواضح مع شرط، وقيل: مقارن. وفي المغني: ومع إيهامه بقرينة حريتها، وفيه: ولو أجنبيًا، كوكيلها، وما ذكره هو إطلاق نصوصه، وقاله أبو الخطاب وقاله فيما إذا دلس غير البائع، ولمستحقه مطالبة الغار ابتداء، نص عليه، وولدهما بعد عبد.

وفي لزوم المسمى أو مهر المثل ورجوعه به الروايتان «م ٨ و ٩».

كعلمه، وعند أبي بكر: يصح، فله الخيار». انتهى.

فظاهر هذه العبارة أنه إذا شرطها أو ظنها حرة فبانت أمة وهو ممن لا يباح له نكاح الإماء أن النكاح يصح على قول أبي بكر، وهو مشكل جدًا، والمحكي عن أبي بكر إنما هو إذا شرطها كتابية فبانت مسلمة. وقال القاضي في الجامع: قياس قول أبي بكر: إذا شرطها أمة فبانت حرة، فهذا قول أبي بكر، والمقيس على كلامه، وأما إذا شرطها حرة فبانت أمة أو ظنها حرة فبانت أمة وهو ممن لا يباح له نكاح الإماء يقول أبو بكر: إن النكاح صحيح، وله الخيار: فهذا بعيد جدًا، بل هو ساقط، والظاهر أن في كلام المصنف سقطًا، أو حصل سهوًا وأنا لم نفهم كلامه، والله أعلم.

ومما يدل على أن في كلامه نقصًا: قوله: بعد ذلك: «وبناه في الواضح على الكفاءة». وهذا لا يلائم المسألة.

مسألة - ٨ - ٩: قوله: «وفي لزوم المسمى أو مهر المثل ورجوعه به الروايتان»

انتهى. يعني بهما في المسألة الأولى اللتين في النكاح الفاسد بعد الدخول، قاله

وإن كانت الغارة، ففي تعلقه بذمتها أو رقبته وجهان «م ١٠» ونقل ابن الحكم: لا يرجع عليها؛ لأنه لم يغره أحد.

في المغني، والشرح، هنا، وهو الظاهر، ذكر المصنف مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: هل يلزمه المهر المسمى أو مهر المثل؟ فيه روايتان. والصحيح من المذهب لزوم المسمى، بناء على الوجوب في النكاح الفاسد، وقدمه المصنف هناك. والرواية الثانية: يلزمه مهر المثل، كالنكاح الفاسد أيضًا.

المسألة الثانية - ٩: هل يرجع بالمهر على من غره أم لا؟ فيه روايتان. والصحيح من المذهب الرجوع عليه بالمهر، اختاره الخرقى وغيره، وقدمه في المغني، والمستوعب، والشرح، وشرح ابن رزين، والزركشي، وقال: اختاره القاضي وأبو محمد وغيرهما.

والرواية الثانية: لا يرجع به، اختاره أبو بكر، قال القاضي: والأظهر أنه لا يرجع؛ لأن أحمد قال: كنت أذهب إلى حديث علي ثم هبته، وكأني أميل إلى حديث عمر، فحديث علي فيه الرجوع بالمهر، وحديث عمر بعده.

تنبيهان:

الأول: الروايتان اللتان في المسألة الثانية ليستا هما اللتين في المسألة الأولى، فحينئذ في قوله: «فيه الروايتان» نظر؛ لأن الأوليين هما اللتان في النكاح الفاسد، واللتان في المسألة الثانية هما مستقلتان، وهما كالروايتين اللتين في العيوب في النكاح، والمصنف قد صحح الرجوع، والله أعلم.

الثاني: قوله: «وإن شرطها حرة فبانت أمة فإن لم تبج له فباطل كعلمه، وعند أبي بكر يصح فله الخيار». انتهى. النقل هنا عن أبي بكر بالصحة فيه نظر واضح، وكيف يصح نكاح من لا تباح له؟ وإنما المحكي عن أبي بكر فيما إذا شرطها كتابية فبانت مسلمة، فالظاهر أن هنا نقصاً أو حصل سهو، والله أعلم.

مسألة - ١٠: قوله: «وإن كانت هي الغارة ففي تعلقه بذمتها أو رقبته وجهان». انتهى. قال في المغني، والشرح: يخرج فيها وجهان، بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته؟ وكذا قال ابن رزين والزركشي.

إذا علمت ذلك فالصحيح من المذهب أنه يتعلق برقبته، يفديه سيده أو يسلمه، وقدمه المصنف وغيره في أحكام الرقيق آخر الحجر. وقال القاضي: قياس قول الخرقى أنه يتعلق بذمتها؛ لأنه قال في الأمة: إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت، كذا هنا. وقال في البلغة: وإن كانت الأمة هي الغارة تعلقت العهدة بذمتها أو

ولا مهر - في الأصح - لمكاتبة غارة؛ لعدم الفائدة، وولدها مكاتب، فيغرم أبوه قيمته لها، على الأصح، والمعتق بعضها يجب لها البعض فيسقط، وولدها يغرم أبوه قدر رقه، نقل عبد الله فيمن ادعت أن مولاهما أعتقها أقبل قولها وينكحها؟ قال: لا، حتى يسأله أو تقوم عنده بينة، ولو أوهمته أنها زوجته أو سريته فظنه فوطؤه شبهة، أو أوهمه سيدها به فلا مهر، وإن جهلت تحريمه، وتعزر عالمة، ذكره شيخنا. قال شيخنا: وإن جهل فساد نكاح لتغيير غار كأخته من رضاع فالمهر على الغار، وإن ظنته حرًا فلم يكن خيرت، نص عليه.

وإن شرطت صفة فبانت أقل فلا فسخ إلا شرط حرية، وقيل: ونسب الم تحل بكفاءة، وقيل: فيه: ولو مماثلاً. وفي الجامع الكبير: وغيرهما واختاره شيخنا «وم» كشرطه، وأولى؛ لملكه طلاقها.

ومن عتقت، وعنه: أو بعضها، تحت عبد، وعنه: أو معتق بعضه، وعنه: وليس فيه بقدر حريتها، وعنه: أو تحت حر، وجزم في الترغيب: أو عتقت تحت معتق بعضه فلها الفسخ، ولو ارتد بلا حاكم ما لم ترضاه أو تعتق أو يطاء طوعاً وليس طلاقاً، قال الإمام أحمد: لأن الطلاق ما تكلم به فتقول فسخته أو اخترت نفسي وطلقتها كناية عن الفسخ، واختار شيخنا وغيره لها الفسخ تحت حر، وإن كان زوج بريرة عبداً؛ لأنها ملكت رقبتها وبضعها، فلا يملك عليها إلا باختيارها، وتمليك العتيق رقبته ومنفعته أقوى من البيع؛ لأنه ينفذ فيما لم يعتقه ويسري في حصة الشريك، بخلاف البيع، وقد استوفى الزوج المنفعة بالوطء، فلم يسقط له حق، كما لو طرأ رضاع أو حدوث عيب مما يزيل النكاح أو يفسخه. وأنه إن شرط عليها دوام النكاح تحت حر أو عبد فرضيت لزمها، وأنه يقتضيه مذهب أحمد، فإنه يجوز العتق بشرط.

وإن ادعت الجهل بعته، قيل: يجوز جهله، وقيل: لا يخالفها ظاهر «م ١١»

برقبته.

تنبيه: إذا قلنا: إن الخلاف مبني على الخلاف في دين العبد بغير إذن سيده ففي إطلاق المصنف الخلاف نظر؛ لأنه قدم أنه يتعلق برقبته، وهنا أطلق، لكن ظاهر كلام المصنف عدم البناء.

مسألة - ١١: قوله: «وإن ادعت جهلاً بعته قيل: يجوز جهله، وقيل: لا يخالفها ظاهراً»، انتهى.

القول الأول: عليه الأكثر، وبه قطع في الهداية، والمذهب، والمستوعب،

فلا فسخ، نقله الجماعة، وكذا لا فسخ إن ادعت جهل ملك الفسخ، نقله الجماعة، وعنه: فيهما: بلى، اختاره جماعة، وعليهما وطء صغيرة ومجنونة، وقيل: لا يسقط، ولا خيار بعتهما معاً، وعنه: بلى، وعنه: ينفسخ، نقله الجماعة، كاحتمال في الواضح في عتقه وحده، بناء على غناه عن أمة بحرّة، وذكره غيره وجهاً إن وجد طولاً، وذكر الشيخ ما ذكره غيره: لا خيار له؛ لأن الكفاءة تعتبر فيه لا فيها، قال: فلو نكح امرأة مطلقاً فبانت أمة فلا خيار له، ولو نكحت رجلاً مطلقاً فبان عبداً فلها الخيار، وكذا في الاستدامة، كذا قال.

ومن زوج مدبرة له لا يملك غيرها، قيمتها مائة بعبد على مائتين مهرًا ثم مات عتقت، ولا فسخ قبل الدخول؛ لئلا يسقط المهر أو يتنصف، فلا يخرج من الثلث فيرق بعضها، فيمتنع الفسخ.

ومن ثبت لها الفسخ ولو بشرط أو عيب فلا حكم لوليها. وتخير صغيرة أو مجنونة بلغت سنًا يعتبر قولها وعقلت، وذكر ابن عقيل: بنت سبع.

ويقع طلاقه البائن قبل الفسخ، وقيل: إن لم تفسخ. وفي الترغيب في وقوعه وجهان.

وإن عتقت معتدة رجعية أو عتقت ثم طلقها رجعيًا فلها الفسخ، وقيل: ولو رضيت بالمقام.

ومتى فسخت المعتقة بعد دخولها فالمسمى، ثم مهر المثل للسيد، ولا مهر قبله، ونقل منها: بل نصفه له وإلا المتعة، حيث تجب لوجوبه له، فلا يسقط بفعل غيره، والله أعلم.

والمغني، والكافي، والمقنع، وغيرهم. قال في الرعاية: ومثلها يجهله.

والقول الثاني: هو الصواب.

فهذه إحدى عشرة مسألة في هذا الباب.

باب العيوب في النكاح

إذا بان مجبوباً أو لم يبق ما يطاق به فلها الفسخ، فإن أنكرت دعواه الوطء ببقيته قبل قولها، في الأصح، وإن بان عنيّاً لا يمكنه الوطء بإقراره أو ببينة فاختر جماعة لها الفسخ، والمذهب تأجيله سنة منذ ترافعه، ولا يحتسب عليه منها ما اعتزلته فقط، قاله في الترغيب، فإن لم يطاقها فيها فسخت، وإن أنكرت عنته فقليل: يؤجل، وعنه: للبكر، والأصح: لا، ويحلف، في الأصح، فإن أبى أجل، وقيل: ترد اليمين.

وإن ادعى وطأها مع إنكار عنته فإن أقرت بمرة بتغيب الحشفة وفي قدرها وجهان «م ١» والأصح ولو في حيض وإحرام ونحوه، فليس بعنين، وإن أنكرت وقالت: أنا بكر ولها بينه أجل، وتحلف لدعواه عودة بكارتها. وفي الترغيب وجهان، وإن شهدت البينة بزوالها لم يؤجل، ويحلف لدعواها زوال عذرتها بغير ما ادعاه، وكذا إن أقر بعنته وأجل وادعى وطأها في المدة.

وإن كانت ثيباً قبل قوله مع يمينه إن ادعاه ابتداء، وإن ادعاه بعد ثبوت عنته وتأجيله قبل قولها، وعنه: قوله، وعنه: تخلى معه ويخرج ماءه على شيء، فإن قالت ليس منياً فإن ذاب بنار فمني، وبطل قولها، وإلا قوله، اختاره الخرقى والقاضي وأصحابه.

مسألة - ١: قوله: «وإن أقرت بمرة بتغيب الحشفة وفي قدرها وجهان». انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، وذكرهما احتمالين في المجرد.

أحدهما: يكفي تغيب قدر الحشفة من المقطوع، وهو الصحيح، قدمه في الرعاية الكبرى، والزركشي. قلت: قد حكم أكثر الأصحاب بأن قدر الحشفة من الذكر المقطوع كالحشفة، في مسائل كثيرة، فليكن هذا مثلاً.

والوجه الثاني: يشترط إبلاج بقيته، قاله القاضي في الجامع، وقدمه ابن رزين في شرحه، قلت: والأول أقوى وأولى.

وفي الواضح: إن ادعت عنته فأنكر أجل، فإن تمت سنة فادعى وطأها فأنكرت فالروايات.

وفي زوال عنته بوطئه غيرها أو وطئها في نكاح متقدم أو في دبر وجهان «م ٢» لاختلاف أصحابنا في إمكان طريانها، على ما في الترغيب وغيره، وعلى ما في المغني، ولو أمكن؛ لأنه بمعناه «م ٢»، فلهذا جزم بأنه لو عجز لكبر أو مرض لا يرجى برؤه ضربت المدة.

ولو ادعت زوجة مجنون عنته ضربت له مدة، عند ابن عقيل: لا القاضي «م ٣».

مسألة - ٢: قوله: «وفي زوال عنته بوطئه غيرها أو وطئها في نكاح متقدم أو في دبر وجهان؛ لاختلاف أصحابنا في إمكان طرائنها، على ما في الترغيب وغيره وعلى ما في المغني، ولو أمكن، لأنه بمعناه». انتهى. قطع في الوجيز وغيره أنه لو وطئها في الدبر أو وطئ غيرها أن العنة لا تزول، واختاره القاضي وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والشرح، والرايعتين، وغيرهم. وهو الصحيح من المذهب.

والوجه الثاني: أن العنة تزول بذلك، قال في الهداية: ويخرج على قول الخرقى أنها تزول بفعل ذلك، وبه قطع في المنور، وهو مقتضى قول أبي بكر، واختاره ابن عقيل، وهو ظاهر ما جزم به ابن عبدوس في تذكرته، فإنه قال: وتزول بإيلاج الحشفة في فرج. قلت: وهو الصواب، وأطلقهما في المحرر والنظم، والحاوي الصغير، والزركشي، وغيرهم. قال في البلغة: اختلف أصحابنا هل يمكن طرائنها؟ على وجهين، وينبغي عليهما لو تعذر الوطء في إحدى الزوجين أو يمكن في الدبر دون غيره. انتهى.

وقال في الرايعتين: وإن وطئ غيرها أو وطئها في الدبر أو في نكاح آخر لم تزول عنته؛ لأنها قد تطرأ، في الأصح، وقيل: تزول. انتهى.

قال الزركشي: ولعل هذين الوجهين مبنيان على تصور طرائن العنة، وقد وقع للقاضي وابن عقيل أنها لا تطرأ، وكلاهما هنا يدل على طرائنها. انتهى.

مسألة - ٣: قوله: «ولو ادعت زوجة مجنون عنته ضربت له المدة عند ابن عقيل لا القاضي». انتهى.

قلت: الصواب قول ابن عقيل، بناء على أن القول قولها في الوطء إذا كانت ثيباً، وهو المذهب، وأما إذا قلنا القول: قوله: فهنا لا يمكن معرفة ذلك من جهته، فيوافق ما قاله القاضي.

وهل يبطل بحدوثه، فلا يفسخ لولي؟ فيه الوجهان.

وإن بانّت مسدودة الفرج بحيث لا يسلكه الذكر لرتق أو قرن أو عفل أو فتقاً بانخراق السيلين - قال في الروضة: أو وجد اختلاطهما لعة؛ لأن النفس تعافه أكثر - أو بان بأحدهما جذام أو برص أو جنون ولو أفاق. وفي الواضح: جنون غالب، وفي المغني: أو إغماء، لا أعماء مريض لم يدم، يثبت الخيار.

فصل

وفي ثبوت الخيار بالبخر، وهو نتن الفم وnten يثور في الفرج عند الوطء وانخراق مخرج بول ومني، ورغوة تمنع اللذة، واستطلاق بول ونجو وقروح سيالة فيه وباسور وناصور واستحاضة وخضاء وسل ووجاء ووجدان أحدهما خنثى مشكلاً أو لا قاله جماعة. وخصه في المغني بالمشكل. وفي الرعاية: عكسه، ووجدان أحدهما بالآخر عيباً به مثله وحدوثه بعد العقد. وفي الموجز: وبول كبيرة في الفراش، والقرع في الرأس وله ريح منكّرة، وجهان «م ٤ - ٢٠».

تنبيه: قوله: «وهل يبطل بحدوثه فلا يفسخ لولي؟ فيه الوجهان». انتهى.

لعله أراد إذا حدث بها جنون فهل يبطل ضرب المدة بذلك فلا يفسخ لولي أو لا يبطل فيفسخ؟ فيه الوجهان، ولعله أراد بهما فيما إذا حدث العيب بعد العقد، على ما يأتي قريباً.

مسألة - ٤ - ٢٠: قوله: «في ثبوت الخيار بالبخر...»، وانخراق مخرج بول ومني، ورغوة تمنع اللذة، واستطلاق بول، ونجو، وقروح سيالة فيه، وباسور، وناصور، واستحاضة، وخضاء، وسل، ووجاء، ووجدان أحدهما خنثى مشكلاً أو لا... ووجدان أحدهما بالآخر عيباً به مثله، وحدوثه بعد العقد... والقرع في الرأس وله ريح منكّرة وجهان» انتهى ذكر هنا سبع عشرة مسألة، أطلق فيها الخلاف، وأطلقه في أكثرها في المحرر وشرح ابن منجا، والحاوي الصغير، والزركشي، وتجريد العناية وغيرهم. وأطلقه في المغني في كونه خنثى، ووجدان أحدهما بصاحبه مثل عيبه والبخر، وأطلقه في الرعايتين فيما سوى الخضاء والسل والوجاء، وأطلقه في البلغة إلا فيما إذا حدث به عيب بعد العقد، وأطلقه في المستوعب وشرح ابن رزين، فيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً مثله، وأطلقه في المذهب في الخضاء والسل والوجاء، وإذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله.

أحدهما: يثبت الخيار بذلك كله، وهو الصحيح، قطع به في الوجيز ٥ إلا في

وذكر ابن عقيل: في بخر روايتين وذكرهما في الترغيب في وجود عيب به مثله. وكذا إن تغايرت، والأصح ثبوته. قال بعض الأطباء: يستعمل للبخر السواك، فيأخذ في كل يوم ورق آس مع زبيب منزوع العجم بقدر الجوزة، واستعمال

البخر والاستحاضة والقرع، وصححه في التصحيح إلا في انخراق مخرج البول والمني، واختاره أبو البقاء، وابن القيم في الجميع. وصححه الناظم في غير ما إذا حدث العيب بعد العقد. واختاره ابن عبدوس في تذكرته في غير ما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبًا به مثله، أو حدث العيب بعد العقد، وقطع في الكافي، بشوته بالخرق بين مخرج بول ومني.

قال في الهداية، والمستوعب: يثبت الخيار بانخراق ما بين مخرج البول والمني، عند أصحابنا، وقطع به في المذهب ومسبوك الذهب، والخلاصة، والبلغة، والمنور، وهو ظاهر ما قدمه في الكافي. وقال أبو بكر وأبو حفص: يثبت الخيار فيما إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا نجوه، قال أبو الخطاب: فيخرج على ذلك من به بأسور وناصر وقروح سيالة في الفرج، قال أبو حفص: والخصاء عيب يرد به. وقال أيضًا أبو بكر وابن حامد: يثبت الخيار بالبخر. وقال في المستوعب: إذا وجد أحد الزوجين خنثى فله الخيار، في أظهر الوجهين، واختار الشيخ تقي الدين ثبوت الخيار بالاستحاضة، وهو الصواب، واختار القاضي في تعليقه الجديد قاله الزركشي والمجرد، قاله الناظم، والشريف وأبو الخطاب في خلافهما، والشيرازي والشيخ الموفق والشارح: ثبوت الخيار فيما إذا حدث العيب بعد العقد، وهو ظاهر كلام الخرقى فيه، وصحح في المذهب ثبوت الخيار في البخر واستطلاق البول والنجو، والبأسور والناصر والقروح السيالة في الفرج، والخنثى المشكل، وحدوث هذه العيوب بعد العقد.

والوجه الثاني: لا يثبت الخيار بذلك كله، وهو مفهوم كلام الخرقى؛ لأنه ذكر العيوب التي يثبت بها الخيار في فسخ النكاح، ولم يذكر شيئًا من هذه، وقدمه ابن رزين في شرحه، في غير ما أطلق فيه الخلاف، على ما تقدم، ومال إليه الشيخ الموفق والشارح، في غير حدوث العيب وغير ما أطلقا فيه الخلاف بعد العقد، وظاهر كلام أبي حفص أنه يثبت الخيار بالبخر مع كونه عيبًا، وذكر القاضي في المجرد: لو حدث به عيب بعد العقد لا يملك به الفسخ، قاله الزركشي، وهو مناقض لما نقله عن الناظم، على ما تقدم، واختاره أيضًا القاضي في التعليق القديم، واختاره أبو بكر في الخلاف، وابن حامد وابن البنا، وصححه في البلغة، وقدمه الناظم، أعني باختيار هؤلاء فيما إذا حدث به عيب بعد العقد، وظاهر ما قدمه في المقنع، والرعايتين، والحاوي الصغير، وشرح ابن منجا، أنه لا يثبت الخيار بانخراق ما بين مخرج المني والبول، وهو ظاهر الوجيز وغيره، وظاهر كلام الشيخ في المقنع، والشارح، والزركشي، عدم الثبوت بالاستحاضة، والله أعلم.

الكرفس، ومضغ النعناع جيد فيه.

قال بعضهم: والدواء القوي لعلاج أن يتغرغر بالصبر كل ثلاثة أيام على الريق ووسط النهار وعند النوم، ويتمضمض بالخردل بعد الثلاثة أيام ثلاثة الأيام آخر، يفعل ذلك في كل ما يتغير فمه، إلى أن يبرأ. وإمساك الذهب في الفم يزيل البخر.

وفي الروضة: إن انتشر ذكر خصي فتأتى الوطء به لم يكن عيباً ولو فقد الماء، كفقده ماء امرأة، وإلا فعيب كجب. ولا فسخ بغير العيوب المذكورة، كعور وعرج، بخلاف البيع، زاد في الروضة: وهل يحط من مهر المثل بقدر النقص؟ فيه نظر.

وقيل لشيخنا: لم فرق بين عيوب الفرج وبين غيرها؟ قيل: قد علم أن عيوب الفرج المانعة من الوطء لا يرضى بها في العادة، فإن المقصود بالنكاح الوطء، بخلاف اللون والطول والقصر ونحو ذلك مما ترد به الأمة، فإن الحرة لا تقلب كما تقلب الأمة، والزوج قد رضي رضاً مطلقاً، وهو لم يشترط صفة، فبانت بدونها، فإن شرط فقولان في مذهب الشافعي وأحمد، والصواب أن له الفسخ، وكذا بالعكس، وهو مذهب «م»، والشرط إنما يثبت لفظاً أو عرفاً، ففي البيع دل العرف على أنه لم

تنبيهان:

الأول: قوله: «ووجدان أحدهما خنثى مشكلاً أو لا»، يعني إذا كان مشكلاً وقلنا بجواز نكاحه أو غير مشكل، فذكر المصنف المشكل وغير المشكل، وقطع به في المستوعب وتذكرة ابن عبدوس، قال المصنف: «وخصه في المغني، بالمشكل. وفي الرعاية: عكسه».

قلت: ظاهر كلامه في الرعاية والمغني، يخالف ما قاله المصنف عنهما، فإنه قال: وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان. انتهى.

فأطلق الخنثى. وقال في الرعايتين: ويكون أحدهما غير مشكل أو مشكلاً، وصح نكاحه في وجه. انتهى.

فما نقله المصنف عنهما مخالف لما فيهما، كما ترى، وخصه في المذهب بكونه مشكلاً.

الثاني: قوله: «ولا يسقط خيار في عنة بلا قول، فيسقط به». انتهى. تابع في ذلك صاحب المحرر، وتابعه أيضاً صاحب الرعايتين والحاوي والنظم، والوجيز وغيرهم. فقطعوا بذلك، وظاهر كلام أكثر الأصحاب بطلان الخيار بما يدل على الرضا، من وطء أو تمكين أو يأتي بصريح الرضى، وصرح به الزركشي وغيره، قال الشيخ تقي الدين: لم نجد هذه التفرقة لغير الجد. انتهى. ولم يذكر المصنف هذا القول، وهو عجيب منه.

يرض إلا بسليم من العيوب، وكذلك في النكاح لم يرض بمن لا يمكن وطؤها. والعيب الذي يمنع كمال الوطء لا أصله فيه قولان في مذهب أحمد وغيره.

وأما ما أمكن معه الوطء وكماله فلا تنضبط فيه أغراض الناس، والشارع قد أباح النظر بل أحبه إلى المخطوبة، وقال: «فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» وهو دليل على أن النكاح يصح وإن لم يرها، فإنه لم يعلل الرؤية بأنه يصح معها النكاح، فدل على أن الرؤية لا تجب، ويصح النكاح بدونها. وليس من عادة المسلمين ولا غيرهم أن يصفوا المرأة المنكوحه، فدل على أنه يصح نكاحها بلا رؤية ولا صفة، ويلزم النكاح؛ لأنه رضي بذلك، بخلاف البيع، قال: وهذا الفرق إنما هو الفرق بين النساء والأموال أن النساء يرضى بهن في العادة في الصفات المختلفة، والأموال لا يرضى بها على الصفات المختلفة، إذ المقصود بها التمول، وهو يختلف باختلاف الصفات، والمقصود من النكاح المصاهرة والاستمتاع، وذلك يحصل باختلاف الصفات، فهذا فرق شرعي معقول في عرف الناس.

أما إذا عرف أنه لم يرض لاشتراطه صفة فبانت بخلافها وبالعكس، فإلزامه بما لم يرض به مخالف للأصول، ولو قال: ظننتها أحسن مما هي أو ما ظننت فيها هذا ونحو ذلك كان هو المفطر، حيث لم يسأل عن ذلك، ولم يرها، ولا أرسل من رآها، وليس من الشرع والعادة أن توصف له في العقد كما توصف الإمام في السلم فإن الله سبحانه وتعالى صان الحرائر عن ذلك، وأحب سترهن، ولهذا نهيت المرأة أن تعقد نكاحها، فإذا كن لا يباشرن العقد فكيف يوصفن؟

أما الرجل: فأمره ظاهر، يراه من شاء، فليس فيه عيب يوجب الرد، والمرأة إذا فرط الزوج فالطلاق بيده.

وقال صاحب الهدي من متأخري أصحابنا في قطع يد أو رجل أو عمى أو خرس أو طرش وكل عيب يفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة: يوجب الخيار، وأنه أولى من البيع، وإنما ينصرف الإطلاق إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً، واحتج بما روى سعيد عن هشيم، أنبأنا عبد الله بن عون عن ابن سيرين أن، عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السعاية، فتزوج امرأة وكان عقيماً، فقال له عمر: أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا. قال: فانطلق فأعلمها ثم خيرها. وقال وكيع عن الثوري عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب عن عمر رضي الله عنه قال: إذا تزوجها برصاء أو عمياء فدخل بها فلها الصداق ويرجع به على من غره.

وقال عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال: خاصم رجل إلى

شريح فقال: إن هؤلاء قالوا: إنا نزوجك أحسن الناس، فجاءوني بامرأة عمياء، فقال شريح: إن كان دلس لك بعيب لم يجز.

وقال الزهري: يرد النكاح من كل داء عضال.

واختار بعض الشافعية رد المرأة بما ترد به الأمة في البيع، حكاه أبو عاصم العباداني في كتاب طبقات الشافعية. وفي المغني: إن وجدها محبوب رتقاء فلا خيار لهما؛ لامتناع الاستمتاع بعيب نفسه، واختار في الفصول إن لم يطلأ لنضوتها فكرتقاء. وقال أبو البقاء: ولو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما عيب يفسخ به لم يبعد، ولو بان عقيمًا فلا خيار، نص عليه، ونقل ابن منصور: أعجب إلي أن يبين لها، ونقل حنبل: إذا كان به جنون أو وسواس أو تغير في عقل وكان يعبث ويؤذي رأيت أن أفرق بينهما، ولا يقيم على هذا. ولا خيار بغير ذلك.

وخيار شرط وعيب وفيه وجه متراخ فإن رضي به ولو زاد أو ظنه يسيرًا أو وجدت منه دلالة الرضا مع علمه سقط خياره. ولا يسقط في عنة بلا قول، فيسقط به ولو طلقها ثم أعادها.

ولا فسخ إلا بحكم فيفسخ أو يرده إلى من له الخيار. وفي الموجز: يتولاه هو. وإن فسخ مع غيبته أو فرق بين متلاعنين بعد غيبتهما ففي الانتصار الصحة وعدمها «م ٢١» وفي الترغيب: لا يطلق على عنين، كمول، في أصح الروايتين، ولا تحرم أبدًا، وعنه: بلى، كلعان.

وقال شيخنا: الحاكم ليس هو الفاسخ، وإنما يأذن ويحكم به، فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ فعقد أو فسخ لم يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع، لكن لو عقد هو أو فسخ فهو فعله، وفيه الخلاف، لكن إن عقد المستحق أو فسخ بلا حكم فأمر مختلف فيه، فيحكم بصحته.

وخرج شيخنا بلا حكم في الرضا بعاجز عن الوطء كعاجز عن النفقة، ومتى زال العيب فلا فسخ، وكذا إن علم حالة العقد، ومنعه في المغني في عنين، ذكره في المصراة، ويتوجه في غيره مثله.

مسألة - ٢١: قوله: «ولا فسخ إلا بحكم، فيفسخ أو يرد إلى من له الخيار. وفي الموجز يتولاه هو، وإن فسخ مع غيبته أو فرق بين متلاعنين بعد غيبتهما ففي الانتصار الصحة وعدمها». انتهى.

أحدهما: يصح. قلت: وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب.

والقول الآخر: لا يصح.

ولا مهر بفسخ فيهما قبل الدخول، ولها بعده المسمى، كما لو طرأ العيب، قال في الترغيب: على الأظهر، وقيل: عنه مهر المثل في فسخ الزوج لشرط أو عيب قديم، وقيل: فيه: ينسب قدر نقص مهر المثل؛ لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملاً، فيسقط من المسمى بنسبته، فسخ أو أمضى.

وقاسه في الخلاف على المبيع المعيب. وفي مختصر ابن رزين: مسمى بلا حق، ومثل لسابق، والخلو كهي فيما لا خيار فيه.

ويرجع، على الأصح، على الغار، والمذهب من المرأة أو الولي أو الوكيل، ويقبل قول الولي في عدم علمه بالعيب، فإن كان ممن له رؤيتها فوجهان «م ٢٢» ومثلها في الرجوع على الغار لو زوج امرأة فأدخلوا عليه غيرها، ويلحقه الولد.

وتجهز زوجته بالمهر الأول. نص على ذلك، وإن طلقها قبل الدخول أو مات أحدهما قبل العلم به فلا رجوع؛ لأن سببه الفسخ.

ولا يزوج ولي حرة أو أمة معيماً يرد به إلا باختيار من هي أهل له، فإن فعل صح مع جهله به، وقيل: مطلقاً، وعكسه وهل له الفسخ إذن أو ينتظرها؟ فيه وجهان «م ٢٣» وفي الرعاية الخلاف إن أجبرها بغير كفء، وصححه في الإيضاح مع جهله، وتخير.

مسألة - ٢٢: قوله: «ويرجع، على الأصح، على الغار، والمذهب، من المرأة أو الولي أو الوكيل، ويقبل قول الولي في عدم علمه بالعيب، فإن كان ممن له رؤيتها فوجهان»، انتهى. وأطلقهما في القواعد الأصولية، إذا أنكر الولي عدم علمه بالعيب ولا بينة قبل: قوله: مع يمينه مطلقاً، على الصحيح من المذهب، اختاره الشيخ الموفق والشارح، وابن رزين وغيرهم. قال في الرعايتين والحاوي الصغير: فإن أنكر الغار علمه به ومثله بجهله وحلف برئ، واستثنوا من ذلك إن كان العيب جنوناً، وقيل: القول قول الزوج إلا في عيوب الفرج، وقيل: إن كان الولي مما يخفى عليه أمرها كأبعد العصبات فالقول قوله، وإلا فالقول قول الزوج، اختاره القاضي وابن عقيل، إلا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها، فسوي بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج، بخلاف غيرها. انتهى. وهذا القول هو أحد القولين المطلقين للمصنف، وأطلقها الزركشي.

مسألة - ٢٣: قوله: «ولا يزوج ولي حرة أو أمة معيماً يرد به إلا باختيار من هي أهل له، فإن فعل صح مع جهله به، وقيل: مطلقاً، وقيل: عكسه، وهل له الفسخ إذا أو ينتظرها؟ فيه وجهان». انتهى.

أحدهما: له الفسخ إذا علم، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وهو الصواب.

ومثله تزويج صغير ومجنون بمعيبة، وفي الترغيب في تزويج مجنون أو مجنونة بمثله وملك الولي الفسخ إن صح وجهان. وفي الانتصار يلزمها المنع من محبوب. فإن اختارت الكبيرة محبوباً أو عنيئاً لم تمنع، وقيل: بلى، كمجنون ومجذوم وأبرص، في الأصح، وقيل: ولبقية الأولياء المنع، كغير الكفاء، وإن علمته بعد العقد، أو حدث به، لم يجبرها؛ لأن حق الولي في ابتدائه لا في دوامه.

والوجه الثاني: ينتظرها.

فهذه ثلاث وعشرون مسألة في هذا الباب، بتعداد صور المسألة الرابعة.

باب نكاح الكفار

وهو صحيح حكمه كنكاح المسلمين وفي الترغيب: في ظاهر المذهب، ونقرهم على فاسده إذا اعتقدوا حله ولم يرتفعوا إلينا، وعنه: إلا على ما لا مساغ له عندنا، كنكاح ذات محرم، ومجوسي كتابية، فإن أتونا قبل عقده عقدناه على حكمنا، وإن أتونا بعده أو أسلم الزوجان فإن كانت المرأة تباح أذن، كعقده في عدة فرغت أو بلا شهود، نص عليهما، أو بلا ولي، أو على أخت ماتت أقرًا. نقل مهنا: من أسلم على شيء فهو عليه.

حدثني يحيى بن سعيد عن ابن جريج: قلت لعطاء: أبلغك أن النبي ﷺ أقر أهل الجاهلية على ما أسلموا عليه؟ قال: ما بلغنا إلا ذاك.

وابن جريج أيضًا يرويه عن عمرو بن شعيب قصة أخرى. وإن كانت ممن يحرم ابتداء نكاحها فرق بينهما، وعنه: مع تأييد مفسدة أو الإجماع عليه.

فلو نكح بنته أو من هي في عدة من مسلم فرق بينهما، ومن كافر فيه روايتان «م ١». وفي حبلى من زنا، وشرط الخيار فيه مطلقًا أو إلى مدة هما فيها وجهان «م

مسألة - ١: قوله: «فلو نكح بنته أو من هي في عدة من مسلم فرق بينهما، ومن كافر فيه روايتان». انتهى. يعني إذا تزوجها في عدة كافر، وأطلقهما في المذهب والمحرم، والرعاية، والحاوي الصغير.

إحداهما: يفرق بينهما وهو الصحيح، نص عليه، وقطع به في الهداية والمستوعب والخلاصة، والمغني، والكافي، والمقنع، والبلغة، والشرح، وشرح ابن منجا، والوجيز وتذكرة ابن عبدوس والمنور، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يفرق بينهما، نص عليه أيضًا، وصححه الناظم، وقدمه في الرعاية الكبرى.

٢ و٣» وفي الترغيب: لو طرأ المفسد كعدة من وطئ شبهة لم يؤثر.

ولو قارن الإسلام وكذا لو أسلم أحدهما ثم أحرم وأسلم الآخران لم تنتجز
الفرقة، وفيه: لو تحاكموا في أصل العقد لم يحكم بصحته إلا إذا عقد كمسلم، إلا
في الولي لا يعتبر إسلامه، ويعتبر ذلك في الشهود، على الأصح. وإن استدام نكاح
مطلقة ثلاثاً معتقداً حله لم يقرأ على الأصح.

وإن وطئ حربي حربية واعتقده نكاحاً أقراً، وإلا فلا، وكذا أهل ذمة، في
ظاهر المغني. وفي الترغيب: لا يقرون. ومتى كان المهر صحيحاً أخذته، وإن كان
فاسداً وقبضته استقر، فلو أسلما فانقلبت خمر خللاً وطلق ففي رجوعه بنصفه أم لا
وجهان «م ٤».

مسألة - ٢ - ٣: قوله: «وفي حبلى من زنا، وشرط الخيار فيه مطلقاً أو إلى مدة
هما فيها وجهان»، انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٢: إذا عقد عليها وهي حبلى من زنا فهل يفرق بينهما أم لا؟
أطلق الخلاف، وأطلقه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.
أحدهما: يفرق بينهما، وهو الصحيح، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وقطع
به في المنور، وهو الصواب.

والوجه الثاني: لا يفرق بينهما.

المسألة الثانية - ٣: إذا شرط الخيار في نكاحها متى شاء أو إلى مدة هم فيها، فهل
يفرق بينهما أم لا؟ أطلق الخلاف وأطلقه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاوي
الصغير، وغيرهم.

أحدهما: يفرق بينهما، وهو الصحيح، قطع به في الخلاصة، والمغني والكافي،
والمقنع، والبلغة، والشرح، والوجيز وغيرهم. وجزم به في المذهب في المسألة الأولى.
والوجه الثاني: لا يفرق بينهما.

مسألة - ٤: قوله: «ومتى كان المهر صحيحاً أخذ به، وإن كان فاسداً وقبضه استقر
فلو أسلما فانقلبت خمر خللاً وطلق ففي رجوعه بنصفه أم لا وجهان» انتهى.

أحدهما: يرجع بذلك. قلت: الصواب رجوعه بنصفه؛ لأنه مباح في الحاليين أعني
حالة العقد عندهم وحالة الطلاق عند الجميع.

والوجه الثاني: لا يرجع بذلك.

ولو تلف الخل ثم طلق ففي رجوعه بنصف مثله احتمالان «م ٥».

وإن قبضت بعضه وجب حصة «م ٦» ما بقي من مهر المثل. وتعتبر الحصة فيما يدخل كيل ووزن به، وفي معدود قيل: بعده، وقيل: بقيمته عندهم، فإن لم تقبض أو لم يسم فلها مهر المثل، وعنه: لا شيء لها في خمر أو خنزير معين، ولا يرجع بما أنفقه عليها من خمر وخنزير ونحوهما كما لو كان مهرًا قبضته، كذا في الروضة.

مسألة - ٥: قوله: «ولو تلف الخل ثم طلق ففي رجوعه بنصف مثله احتمالان».

قلت: الصواب الرجوع بنصف مثله؛ لأنه مثلي، وإطلاق المصنف الخلاف فيه نظر، وتقدم له نظيرها في الغصب وغيره.

مسألة - ٦: قوله: «ولو قبضت بعضه وجب حصة ما بقي من مهر المثل وتعتبر الحصة فيما يدخل كيل ووزن به، وفي معدود قيل بعده، وقيل: بقيمته عندهم». انتهى.

أحدهما: يعتبر قدر الحصة فيما يدخله العد بعده، وهو الصحيح، قطع به ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في المحرر والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والوجه الثاني: يعتبر بقيمته عند أهله، قال الشيخ الموفق وتبعه الشارح: ولو أصدقها عشر زقاق خمر متساوية فقبضت بعضها وجب لها نصف مهر المثل، وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل، في أحد الوجهين، والثاني يقسم على عددها، فإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان، أحدهما: يقسم على عددها، والثاني: يعتبر بقيمتها. وإن أصدقها كلبًا وخنزيرين وثلاث زقاق خمر فثلاثة أوجه، أحدها: يقسم على قيمتها عندهم، والثاني: يقسم على عدد الأجناس فيجعل لكل جزء ثلث المهر، والثالث: يقسم على العدد كله فيجعل لكل واحد سدس المهر. انتهى.

تنبيه: قدم المصنف أنه لو أسلم قبلها لا مهر لها فيما إذا كان قبل الدخول، وهو إحدى الروايتين، وجزم به في المنور وغيره وصححه في النظم وغيره وقدمه في الخلاصة، والمحرر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والرواية الثانية: له نصف المهر، قال المصنف هنا: اختاره الأكثر. قلت: وهو المذهب عند المتقدمين، قال في الهداية: هو اختيار عامة أصحابنا، قال الزركشي: هو المشهور من الروايتين، والمختار للأصحاب: الخرقى وأبي بكر والقاضي وغيرهم وقطع به في الوجيز وغيره، وقدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. فإن لم يكن هذا المذهب فأقل أحواله إطلاق الخلاف وأطلقهما في المذهب ومسبوك الذهب، والمستوعب، وتجريد العناية.

فصل

وإن أسلم الزوجان معًا، وقيل: أو في المجلس، أو زوج كتابية، بقي نكاحهما، وإن أسلمت كتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول انفسخ، ولا مهر، وعنه: لها نصفه، وعنه: إن سبقها اختاره الأكثر، فلو ادعت سبقه فعكسه قبل قولها، وإن قال: أسلمنا معًا فلا فسخ فعكسه فوجهان «م ٧». وإن سبق أحدهما وجهل فلها نصفه، وقال القاضي: إن لم تكن قبضته لم تطالبه، ومع قبضها لا يرجع به.

فإن أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على فراغ العدة، فإن أسلم الآخر فيها بقي النكاح، وإلا تبيننا فسخه منذ أسلم الأول، وعنه: ينفسخ في الحال، اختاره الخلال وصاحبه. واختار شيخنا فيما إذا أسلمت قبله بقاء نكاحه قبل الدخول وبعده ما لم تنكح غيره، والأمر إليها، ولا حكم له عليها، ولا حق عليه؛ لأن الشارع لم يستفصل، وهو مصلحة محضة، وكذا عنده إن أسلم قبلها، وليس له حبسها، وأنها متى أسلمت ولو قبل الدخول وبعد العدة فهي امرأته إن اختار.

وقال بعض متأخري أصحابنا: إنما نزل تحريم المسلمة على الكافر بعد صلح الحديبية، ولما نزل التحريم أسلم أبو العاص فردت عليه زينب، ولا ذكر للعدة في حديث، ولا أثر لها في بقاء النكاح، وكذا أيضًا لم ينجز ﷺ الفرقة في حديث، ولا جدد نكاحًا وقد نقل أبو داود في يهودي أسلمت امرأته: يفرق بينهما، قيل: له: لم يكن من يفرق بينهما فاعتزلته وانقضت عدته أتزوج؟ قال: فيه اختلاف. فعلى الأول لو وطئ ولم يسلم الآخر فيها فلها مهر المثل، وإن أسلم فلا. ولها نفقة العدة إن

مسألة - ٧: قوله: تفرعا على قول الأكثر: «فلو ادعت سبقه فعكسه قبل قولها، وإن قال: أسلمنا معًا فلا فسخ فعكسه فوجهان». انتهى. وأطلقتهما في الفصول والكافي، والمقنع، والهادي، والمحزر، والنظم، والرعايتين، وشرح ابن منجا، والقواعد الفقهية وغيرهم. فظاهر المغني، والشرح، إطلاق الخلاف أيضًا.

أحدهما: القول قولها؛ لأن الظاهر معها اختاره القاضي والجامع، قال في الخلاصة: فالقول قولها، على الأصح وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

والوجه الثاني: القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح، صححه في التصحيح وتصحيح المحزر، واختاره ابن عبدوس في تذكرته وجزم به في الوجيز، وهو الصواب.

أسلمت قبله، وإلا فلا، وقيل: بلى إن أسلمت بعده فيها ويقبل قولها في السابق، وقيل: قوله، كاتفاقهما على أنها بعده فقالت فيها فقال بعدها.

ولو لاعن ثم أسلم صح لعانه، وإلا فسد، ففي الحد إذا وجهان في الترغيب، كهما فيمن ظن صحة نكاح فلاعن ثم بان فساده «م ٨ و ٩».

ولها المسمى بالدخول مطلقاً. وإن ارتدّا معاً أو أحدهما قبل الدخول انفسخ، والمهر يسقط برّدتها، ويتنصف برّدته، وفيه برّدتهما معاً وجهان «م ١٠».

مسألة - ٨، ٩: قوله: «ولو لاعن ثم أسلم صح لعانه، وإلا فسد، ففي الحد إذا وجهان في الترغيب، كهما فيمن ظن صحة نكاح، فلاعن ثم بان فساده». انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٨: إذا لاعن ولم يسلم فسد، وهل يحد إذا أم لا؟ أطلق الوجهين عن صاحب الترغيب:

أحدهما: لا يحد، وهو الصواب؛ لأنه أهل للعان، ولكن منع مانع وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: يحد.

تنبيه: الذي يظهر أن صورة هذه المسألة إذا كانا كافرين ثم أسلمت الزوجة ثم لاعن ولم يسلم، وأما إذا لاعن وهما كافران فإن اللعان يصح، على الصحيح من المذهب، وقدمه المصنف في بابه وقال: «اختاره الأكثر».

المسألة الثانية - ٩: إذا ظن صحة النكاح فلاعن ثم بان فساده، فهل يصح لعانه فلا يحد؟ أم لا يصح فيحد؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يحد، وقد قطع في القواعد الأصولية بصحة اللعان في النكاح الفاسد، فعلى هذا لا يحد، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يحد، وقد قطع في المغني، والشرح، والمقنع، والوجيز وغيرهم بأنه لو قذفها في نكاح فاسد ولم يكن بينهما ولد يحد، وقدمه المصنف فمسألة المصنف هنا فيما إذا لم يعلم فساد النكاح ثم علم بعد اللعان، وكلام هؤلاء أعم، والظاهر أنه محمول على العلم بالفساد قبل اللعان، والله أعلم.

مسألة - ١٠: قوله: في الارتداد: «والمهر يسقط برّدتها ويتنصف برّدته، وفيه برّدتهما معاً وجهان»، انتهى. وأطلقهما في المحرر والنظم، والحاوي الصغير، والزرکشي.

وهل تنتجز الفرقة بعد الدخول أو تقف على فراغ العدة؟ فيه روايتان «م ١١» واختار شيخنا كما تقدم. فإن وقتت سقطت نفقة العدة بردتها.

وإن وطئها أو طلق ولم تتعجل الفرقة، ففي المهر ووقوع طلاقه خلاف في الانتصار «م ١٢».

وإن انتقلا أو أحدهما إلى دين لا يقر عليه، أو تمجس كتابي تحته كتابية، فكالردة. وإن تمجست دونه فوجهان «م ١٣». ومن هاجر إلينا بذمة مؤبدة أو مسلمًا

أحدهما: يسقط، وهو ظاهر كلامه في المنور وقطع به في الوجيز وصححه في تصحيح المحرر، وقدمه في الرايتين.

والوجه الثاني: لا يسقط، قال الزركشي في شرح الوجيز: الأظهر التنصيف.

مسألة - ١١: قوله: «وهل تنتجز الفرقة بعد الدخول أو تقف على فراغ العدة؟ فيه روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والكافي، والهادي، والمقنع، والمحرر، والبلغة، والنظم، والحاوي الصغير، وتجريد العناية وغيرهم.

إحدهما: تقف على انقضاء العدة، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر، وبه قطع في الوجيز ومنتخب الآمدي، ونصره الشيخ الموفق واختاره الشارح، قال ابن منجا في شرحه وشارح المحرر والزركشي: هذا المذهب، واختاره الخرقى وغيره، وهو الصواب.

والرواية الثانية: تتعجل الفرقة، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وقدمه في الخلاصة، والرايتين، والزبدة وإدراك الغاية، وشرح ابن رزين، وغيرهم.

مسألة - ١٢: قوله: «وإن وطئها أو طلق ولم تتعجل الفرقة ففي المهر ووقوع طلاقه خلاف في الانتصار». انتهى.

قلت: الصواب وجوب المهر، وعدم وقوع الطلاق، وقد قطع الشيخ الموفق والشارح وغيرهما بوجوب المهر إذا لم يسلمتا حتى انقضت العدة.

مسألة - ١٣: قوله: «وإن انتقلا أو أحدهما إلى دين لا يقر عليه، أو تمجس كتابي تحته كتابية، فكالردة، وإن تمجست دونه فوجهان». انتهى. وأطلقهما في المحرر والرايتين، والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: هو كالردة أيضًا، وبه قطع في المستوعب والمغني، والشرح، وشرح ابن رزين، والمنور، وغيرهم واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وهو الصحيح.

والوجه الثاني: النكاح بحاله جزم به في الوجيز وهو ظاهر كلامه في المقنع.

أو مسلمة والآخر بدار الحرب لم ينفسخ.

فصل

وإن أسلم وتحتة امرأة وأختها ونحوها فأسلمتا معه اختار واحدة: وإن كانتا أمًا وبتًا حرمت الأم أبدًا، والبت إن دخل بأمها، والمهر للأُم.

وإن أسلم وقد نكح فوق أربع مطلقًا فأسلمن معه أو كن كتابيات أمسك أربعًا وفارق بقيتهن، ولو متن أو البعض، وفي حال إحرامه وجهان «م ١٤» للخبر: «أمسك أربعًا وفارق سائرهن»^(١) ولأن القرعة قد تقع على من يحبها فيفضي إلى تنفيره، ويكفي نحو: أمسكت هؤلاء أو تركت هؤلاء أو اخترت هذه للفسخ، ولو أسقط «اخترت» فظاهر كلام بعضهم يلزمه فراق بقيتهن «و م» والمهر لمن انفسخ نكاحها بالاختيار، قاله الأصحاب، ولا يصح تعليقها بشرط، وعدة المتروكات منذ اختار.

وقيل: منذ أسلم، فإن لم يختار أجبر بحبس ثم تعزير، قال الشيخ: كإيفاء الدين، ولهن النفقة حتى يختار. فإن طلق واحدة فقد اختارها، في الأصح، كوطئها، وفيه وفي الواضح وجه كرجعة، واختار في الترغيب أن لفظ الفراق هنا ليس طلاقًا ولا اختيارًا، للخبر، فإن نوى به طلاقًا كان طلاقًا واختيارًا.

وإن ظاهر أو آلى فوجهان «م ١٥» فإن طلق الكل ثلاثًا تعين أربع بالقرعة، وله

قلت: والصحيح من المذهب جواز نكاح المجوسية للكتابي، فعلى هذا يكون النكاح بحاله، لكن الصحيح من المذهب أن الكتابية إذا تمجست لا تفر، فعلى هذا يكون كالردة، وهو الصواب.

مسألة - ١٤: قوله: «أمسك أربعًا...» وفي حال إحرامه وجهان». انتهى.

أحدهما: يجوز الاختيار حال الإحرام وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق والشارح، ونصره وقدمه ابن رزين في شرحه؛ لأنه استدامة.

والوجه الثاني: ليس له ذلك اختاره القاضي.

مسألة - ١٥: قوله: «وإن ظاهر أو آلى فوجهان». انتهى. وأطلقهما في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والمحزر،

(١) أخرجه الترمذي في سننه (٢١١/١) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٥٣) وأحمد في المسند (٤٤/٢) وابن حبان في صحيحه برقم (١٣٧٧) وابن أبي شيبة في المصنف (٥١/٧) والبيهقي في سننه (١٤٩/٧) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (١٨٨٣).

نكاح البقية، وقيل: لا قرعة، ويحرم من إلا بعد زوج. وإن وطئ الكل تعين الأول. وإن مات ولم يختر فليلزم الكل عدة وفاة، وقيل: الأطول منها أو عدة طلاق «م ١٦» وترثه أربع بقرعة.

وإن أسلم البعض ولسن كتابيات ملك إمساكًا وفسخًا في مسلمة خاصة. وله تعجيل الإمساك مطلقًا، وتأخيرته حتى تنقضي عدة البقية أو يسلمن، فإن لم يسلمن وقد اختار أربعًا فعدتهن منذ أسلم، وإن أسلمن فليل: كذلك. وقيل: منذ اختار «م ١٧» ويلزم نكاح أربع فأقل مسلمات بفرار عدة البقية، ولا يصح فسخ نكاح مسلمة

والشرح، والرعايتين، والنظم، وشرح ابن منجا، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: لا يكون اختياريًا، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر، قال في البلغة: لم يكن اختياريًا، على الأصح، قال الزركشي: هذا أشهر الوجهين واختاره ابن عبدوس في التذكرة، وقطع به في الوجيز ونهاية ابن رزين، وهو ظاهر ما قطع به الآمدي في منتخبه، وقدمه في الكافي، قال الشيخ تقي الدين: وهو الذي ذكره القاضي في المجرد والجامع وابن عقيل. انتهى.

والوجه الثاني: يكون اختياريًا، وهو احتمال في الكافي، قال في المنور: ولو ظاهر منها فمختارة. وقال في إدراك الغاية وتجريد العناية وطلاقه ووطؤه اختيار لإظهاره وإيلاؤه، في وجه.

مسألة - ١٦: قوله: «وإن مات ولم يختر فليل: يلزم الكل عدة الوفاة، وقيل: الأطول منها أو عدة طلاق»، انتهى. وأطلقهما في البلغة.

أحدهما: على الجميع عدة الوفاة اختاره الأكثر، منهم القاضي في الجامع، وقطع به في الوجيز والمنور، وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحرر، والنظم، والرعايتين، والحاوي الصغير، وإدراك الغاية، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

والوجه الثاني: يلزمهن الأطول منها أو عدة طلاق، وهذا الصحيح من المذهب، وهو احتمال في المقنع، وبه قطع في الفصول والكافي، والمغني، وقطع به القاضي في المجرد، وقدمه في تجريد العناية قال الشارح: هذا الصحيح والأولى، وقال عن القول الأول: لا يصح، وهو كما قال، وهو الصواب، والقول الأول ضعيف جدًا، بل لو قيل: إنه خطأ، لاتبه، وإطلاق المصنف فيه نظر.

مسألة - ١٧: قوله: «وإن أسلم البعض ولسن كتابيات ملك إمساكًا وفسخًا في مسلمة خاصة وله تعجيل الإمساك مطلقًا وتأخيرته حتى تنقضي عدة البقية أو يسلمن، فإن

لم يتقدمها إسلام أربع، وقيل: يوقف.

فصل

وإن أسلم وتحتة إماء فأسلمن معه أو في العدة مطلقًا اختار إن جاز له نكاحهن وقت اجتماع إسلامه بإسلامهن، وإلا فسد، وإن تنجزت الفرقة اعتبر عدم الطول، وخوف العنت وقت إسلامه، قاله في الترغيب، وإن أسلمت إحداهن بعده ثم عتقت وأسلم البقية اختار من الكل، وإن عتقت ثم أسلمت ولو بعدهن - وقيل: بل قبلهن - وهي تعفه تعينت، كحرة تحتة تعفه وإماء فأسلمت مطلقًا فسد نكاح غيرها إلا أن يعتقن ثم يسلمن في العدة فكالحرائر.

وإن أسلم عبد تحتة إماء فأسلمن معه أو في العدة اختار اثنتين، وكذا إن عتق قبل اختياره، وإن أسلم وعتق ثم أسلمن، أو أسلمن ثم عتق ثم أسلم، لزمه نكاح أربع؛ لثبوت خياره حرًا.

ولو أسلم على أربع فأسلمت اثنتان ثم عتق فأسلمتا فهل تتعين الأوليان؟ فيه وجهان «م ١٨».

لم يسلمن وقد اختار أربعًا فعدتهن منذ أسلم، وإن أسلمن فقليل كذلك، وقيل: منذ اختار. انتهى. وأطلقهما في المحرر والحاوي الصغير.

أحدهما: حكمهن حكم من لم يسلمن، وهو الصحيح، صححه في النظم وتصحيح المحرر وغيرهما، وجزم به ابن عبدوس في تذكرته وغيره، وقدمه في الرعايتين والزبدة.

والوجه الثاني: يعتدّن منذ اختار، قال في الرعايتين: وهو أولى.

مسألة - ١٨: قوله: «ولو أسلم على أربع» يعني: العبد «فأسلمت اثنتان ثم عتق فأسلمتا فهل تتعين الأوليان؟ فيه وجهان». انتهى.

أحدهما: لا تتعين الأوليان، بل له أن يختار من الأربع، قطع به في الرعاية، وهو ظاهر ما جزم به في المغني، والشرح، فإنهما قالا: اختار اثنتين.

والوجه الثاني: تتعينان.

فهذه ثمان عشرة مسألة في هذا الباب.

باب الصداق

تستحب تسميته في العقد، وكره في التبصرة تركها.

ويستحب تخفيفه وأن لا يزيد على مهر أزواجه عليهن السلام وبناته عن أربعمئة إلى خمسمئة، وقدم في الترغيب لا يزداد على مهر بناته أربعمئة، وكل ما صح ثمنًا أو أجرة صح مهرًا وإن قل. قال جماعة: ولنصفه قيمة، وفي الروضة: له أوسط النقود ثم أدناها.

وفي منفعته المعلومة مدة معلومة، وقيل: ومنفعة حر روايتان «م ١» وفي

مسألة - ١: قوله: «وفي منفعته المعلومة مدة معلومة... روايتان»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحزر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

إحداهما: يصح، وهو الصحيح، جزم به ابن عقيل في تذكرته وفصوله، وصاحب الكافي، والوجيز وشرح ابن رزين، وغيرهم. وصححه الشيخ الموفق وصاحب البلغة والشرح، والنظم، والتصحيح وتجريد العناية وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره.

والرواية الثانية: لا يصح، وقد لاح لك بهذا أن في إطلاق المصنف الخلاف شيئًا، وأن الأولى أنه كان يقدم الصحة.

تنبيه: ذكر صاحب الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والتبصرة والترغيب والبلغة، وغيرهم الروايتين في المنافع مدة معلومة، وأطلقوا المنفعة ولم يقيدوها بالعلم، وإنما قيدوها بالمدة المعلومة، ثم قالوا: وقال أبو بكر: يصح في خدمة معلومة كبناء حائط وخياطة ثوب ولا يصح إن كانت مجهولة، كرد عبدها الآبق أو خدمتها في أي شيء أرادت سنة. فقيد المنفعة بالعلم، ولم يذكر المدة، وهو الصواب. وقال في الرعاية: وفي منفعة نفسه وقيل: المقدرة، روايتان

المذهب والتبصرة والترغيب الروايتان في منفعته مدة معلومة، ثم ذكروا عن أبي بكر يصح في خدمة معلومة كبناء الحائط لا خدمتها فيما شاءت شهرًا.

ولا يضر جهل يسير أو غرر يرجى زواله في الأصح، فلو تزوجها على شرائه لها عبد زيد صح، في المنصوص، فإن تعذر شراؤه بقيمته فلها قيمته، وكذا على دين سلم وغيره، ومعدوم له كآبق ومبيع لم يقبضه، وقصيدة لا يحسنها يتعلمها ثم يعلمها، وقيل: لا تصح التسمية، كثوب ودابة ورد عبدها أين كان وخدمتها سنة فيما شاءت وما يثمر شجره ونحوه ومتاع بيته. وحكم أحدهما أو زيد وهما تفويض المهر، وتفويض البضع تزويجه من يجبرها أو تأذن لوليها في تزويجها بلا مهر أو مطلقًا بلا شرط.

ونقل حنبل فيما إذا تزوجها على حكمها فاشتطت عليه: لها مهر مثلها إذا أكرت. وإن أصدقها عبدًا مطلقًا أو من عبيده لم يصح، عند أبي بكر والشيخ، كدابة أو ثوب، وأطلق، وظاهر نصه صحته، كموصوف، وكما لو عين ثم نسي، اختاره القاضي وغيره «م ٢ و ٣» فلها في المطلق وسط رقيق البلد نوعًا وقيمة، كالسندي

وقيل: إن عينا العمل صح، وإلا فلا. انتهى. فتلخص ثلاث طرق، والمختار منها طريقة أبي بكر.

مسألة - ٢ و ٣: قوله: «وإن أصدقها عبدًا مطلقًا أو من عبيده لم يصح عند أبي بكر والشيخ... وظاهر نصه صحته... اختاره القاضي وغيره». انتهى. شمل كلامه مسألتين.

المسألة الأولى - ٢: إذا أصدقها عبدًا مطلقًا فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف، وظاهر كلامه في المستوعب إطلاق الخلاف أيضًا:

أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح، اختاره أبو بكر وأبو الخطاب والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم. قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب وقطع به في الوجيز ومنتخب الآمدي وغيرهما، وقدمه في المذهب ومسبوك الذهب، والكافي، والمقنع، وغيرهم.

والوجه الثاني: يصح اختاره القاضي في التعليق، وقطع به في الجامع، والشيروازي وابن البنا، وابن عقيل في التذكرة. ونصره الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وجزم به في المنور وقدمه في الخلاصة، والمحزر، والنظم، والرايعتين، والحاوي الصغير، وقال: نص عليه، وإدراك الغاية، وغيرهم.

المسألة الثانية - ٣: إذا أصدقها عبدًا من عبيده فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يصح، اختاره أبو بكر والشيخ والشارح، وقدمه في الكافي، ونصره.

بالعراق؛ لأن أعلى العبيد التركي والرومي، والأدنى الزنجي والحبيشي، والأوسط السندي والمنصوري، ولها واحد من عبيده بالقرعة، نقله منها، وعنه: وسطهم، وقيل: ما اختارت، وقيل: هو كئذره عتق أحدهم، ذكرهما ابن عقيل، ويتوجه فيه الخلاف، واختار أبو الخطاب الصحة في عبد من عبيده.

وفي لزومها قيمة الوسط إن صح أو الموصوف وجهان «م ٤».

وثوب مروذي ونحوه كعبد مطلق، لا ثوب مطلق؛ لأن أعلى الأجناس وأدناها من الثياب غير معلوم، وثوب من ثيابه ونحوه، كعبد من عبيده «م ٥، ٦» ومنع في

والوجه الثاني: يصح وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو الصحيح، اختاره القاضي وأبو الخطاب، وابن عبدوس في تذكرته، وغيرهم. وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والمحزر، والنظم، والرعايتين، وإدراك الغاية، والحاوي الصغير، وقال: نص عليه، وغيرهم. قال في القاعدة الخامسة بعد المائة: إذا أصدقها بهما من أعيان مختلفة ففي الصحة وجهان أصحهما الصحة. انتهى. فتلخص في المسألتين أن جماعة قالوا بعدم الصحة فيها، وجماعة قالوا بالصحة فيها، وجماعة وهم الأكثر فرقوا فقالوا: لا يصح في الأولى ويصح في الثانية، وهو الصواب؛ لأنه أقل إيهاماً وجهالة، والله أعلم.

مسألة - ٤: قوله: «وفي لزومها قيمة الوسط إن صح، أو الموصوف وجهان» يعني: إذا أصدقها عبداً مطلقاً، أو من عبيده، وقلنا: يصح، ولها الوسط، أو أصدقها موصوفاً وجاء بقيمته فهل يلزمها قبول قيمة الوسط أم لا؟ والظاهر أن لفظة «قبول» سقطت من الكاتب، أطلق الخلاف، وأطلقه في المذهب ومسبوك الذهب، والمحزر، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: لا يلزمها أخذ القيمة فيها وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب في الهداية، والشيخ موفق والشارح، وصححه في الخلاصة، وتصحيح المحزر وقدمه في المقنع، والنظم، وبه قطع الشيرازي، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب.

والوجه الثاني: يلزمها قبولها، اختاره القاضي، وبه قطع ابن عقيل في عمد الأدلة والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما وقدمه في الرعايتين.

مسألة - ٥، ٦: قوله: «وثوب مروذي ونحوه كعبد مطلق... وثوب من ثيابه ونحوه كعبد من عبيده». انتهى. فيه مسألتان:

مسألة - ٥: ثوب مروذي.

ومسألة - ٦: ثوب من ثيابه. قد علمت الصحيح في المقيس عليه في المسألتين،

الواضح في غير عبد مطلق، ومنع في الانتصار عدم الصحة في فرس أو ثوب. وقال: كل ما جهل دون جهالة مهر المثل صح.

واحتج بقول أحمد: إذا تزوجها على خمس إبل أو عشر صح، وإن أصدقها عتق أمته صح، لا طلاق ضررتها، وعنه: يصح، فإن فات فمهرها، وقيل: مهر مثلها، وكذا جعله إليها سنة، وقيل: يسقط بفوته. نقل مهنا: إن قال أتزوج بك وأطلق امرأتي فطلقها فأبت أن تتزوجه أو قال أتزوجك على طلاقها وهو مهر: لا يجوز هذا.

وإن أصدقها ألفاً إن كان أبوها حياً وألفين مع موته، أو ألفاً إن لم تكن له زوجة وألفين معها، فعنه: يصح، وعنه: لا، ونصه: يصح في الثانية لا الأولى، وكذا ألفاً إن لم يخرجها من دارها وألفين به ونحوه «م ٧ - ٩».

فكذا يكون في المقيس، والله أعلم.

مسألة ٧ - ٩: قوله: «وإن أصدقها ألفاً إن كان أبوها حياً، وألفين مع موته، أو ألفاً إن لم تكن له زوجة وألفين معها، فعنه: يصح، وعنه: لا، ونصه يصح في الثانية لا الأولى، وكذا ألفاً إن لم يخرجها من دارها، وألفين به ونحوه». انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ٧: إذا أصدقها ألفاً إن كان أبوها حياً وألفين مع موته فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحداهما: لا يصح وهو الصحيح، نص عليه، كما قال المصنف وغيره، واختاره أبو بكر وغيره، قال الشيخ الموفق والشارح، هذا أولى، وصححه في الخلاصة، والنظم، وغيرهما، قال في المذهب ومسبوك الذهب: بطل في المشهور، وبه قطع في المقنع، والوجيز وغيرهما، وقدمه في البلغة والمحزر، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والرواية الثانية: يصح، خرجها الأصحاب من المسألة الآتية بعدها.

المسألة الثانية - ٨: إذا أصدقها ألفاً إن لم يكن له زوجة وألفين معها فهل يصح أم لا؟ أطلق الخلاف.

إحداهما: يصح، وهو الصحيح نص عليه، وصححه في النظم، قال في المذهب: هذا المشهور، وقطع به في الوجيز وغيره وقدمه في البلغة والمحزر، والرعايتين، وغيرهم.

والرواية الثانية: لا يصح، قال الشيخ في المقنع: هي قياس التي قبلها، واختارها

فصل

وإن أصدقها تعليم قرآن لم يصح، كالمخصوص في كتابية، وفيها في المذهب يصح بقصدها الاهتداء بها، وعنه: بلى، ذكره ابن رزين الأظهر، وجزم به في عيون المسائل، فتعين، وقيل: والقراءة، فإن تعلمته من غيره لزمته الأجرة، وإن علمها ثم سقط رجع بالأجرة، مع تنصيفه بنصفها.

وإن طلقها ولم يعلمها لزمه أجرة ما يلزمه لخوف الفتنة، جزم به في الفصول، وأنه يكره سماعه بلا حاجة. وفي المذهب أصله: هل صوت المرأة عورة؟ فيه روايتان، وعنه: يعلمها مع أمن الفتنة، فإن ادعى أنه علمها وقالت غيره قبل قولها، وقيل: قوله. وفي الواضح بقية القرب كصلاة وصوم تخرج على الروائيتين.

ولو تزوج كتابية على أن يعلمها من التوراة أو الإنجيل لم يصح، ولزم مهر المثل؛ لأنه منسوخ مبدل محرم. وإن تزوج نساء بألف صح، وقسم بقدر مهور مثلهن، وقيل: بعددهن. وذكره ابن رزين رواية، كقوله: بينهن، وكذا الخلع، وقيل:

أبو بكر والشيخ والشارح، قال في الخلاصة: لم تصح، على الأصح. قلت: وهو الصواب، وهي رواية مخرجة، قال في الهداية، والحاوي الصغير، وغيرهما: نص أحمد في الأولى على وجوب مهر المثل، وفي الثانية على صحة التسمية، فيخرج في المسألتين روايتان. وقال في المستوعب، قال أصحابنا: تخرج المسألة على روايتين، وقدم في البلغة عدم التخييج، وهو الصحيح، كما تقدم، قال في البلغة: وحمل بعض أصحابنا كل واحدة على الأخرى، وتقدم حكم التخييج في الخطبة، وتلخص في المسألتين أن المخصوص الفرق، وهو الصحيح من المذهب والقياس أنهما سواء، وهو الصواب.

المسألة الثالثة - ٩: إذا أصدقها ألفين إن أخرجها من دارها وألفاً إن لم يخرجها. والصحيح من المذهب عدم الصحة والله أعلم. والرواية الثانية: يصح.

تنبيه: قوله: فيما إذا زوجها الولي غير الأب بدون مهر مثلها بغير إذنها: «وبدون إذن» يلزم الزوج تتمته، ونصه: الولي وعنه: تتمته عليه». انتهى. ظاهر هذا الكلام أن النص هو عن الرواية التي بعده، فيحصل التكرار من غير فائدة، والذي يظهر لي أن قوله: «ونصه الولي» إنما هو: ويضمنه الولي، وحصل فيه تصحيف، وهو واضح، وبهذا يستقيم الكلام ويتنفي التكرار، والله أعلم.

فعلى المذهب يلزم الزوج التتمة ويكون الولي ضامناً لها، ولذلك قال ابن نصر الله: لو قال: «ويضمنها» زال الإيهام، انتهى. والرواية الثانية: يلزم الولي التتمة وليس على الزوج منها شيء.

بمهورهن المسماة، ومع فساد عقد بعضهن فيه الخلاف، وقيل: مهر المثل، وهو احتمال في الترغيب مع صحة العقود.

وإن شرطه مؤجلاً ولم يذكر أجله، صح، ومحلله الفرقة، وعنه: حالاً، وعنه: لها مهر المثل، وكل موضع خلا العقد عن ذكره حتى بتفويضها بضعها أو مهرها أو فسدت تسميته فلها مهر المثل بالعقد.

وفي الترغيب: وعنه: يجب بالعقد بشرط الدخول، وعند ابن أبي موسى مثل مغصوب أو قيمته، وفي الواضح: إن باعه ربه بثمن مثله لزمه، وعنه: مثل خمر خلاً، وعنه: يفسد العقد بتسمية محرمة، كخمر ومغصوب وحرّ يعلمانه، وتعلم توراة وإنجيل، اختاره الخلال وصاحبه، وخرج عليها في «الواضح» فساده بتفويض، كبيع، وهو رواية في الإيضاح.

وقيل: زوج النبي ﷺ الموهوبة بلا مهر إكراماً للقارئ، كتزويجه أبا طلحة على إسلامه، قال الشيخ: ونقل عنه جوازه، نقل ابن منصور: فإن تزوجها على ما معه من القرآن أكرهه؛ لأن بعض الناس يقولون على أن يعلمها، يضعونه على هذا، وليس هذا في الحديث، قال أبو بكر: بما روى ابن منصور أقول: وإن بان حرّاً صح، ولها قيمته. وكذا إن بان أحدهما، وعنه: قيمتهما، وإن بان نصفه مستحقاً أو أصدقها ألف ذراع فبان تسعمائة خيرت بين أخذه وقيمة الفأنت وبين قيمة الكل، وإن بان خمراً فمثله، وقيل: قيمته، وقدم في الإيضاح: مهر مثلها، وعند شيخنا: لا يلزمه فيهن، وكذا قال في مهر معين تعذر، وإن كان المنع من جهته، وأن الكل قالوا: لها بدله، وقال: إن لم يحصل لها ما أصدقته لم يكن النكاح لازماً، وإن أعطيت بدله، كالبيع، وأولى، وإنما يلزم ما ألزم به الشارع أو التزمه، وقال عن قول غيره: هذا ضعيف مخالف للأصول، فإن لم نقل بامتناع العقد بتعذر تسليم المعقود عليه فلا أقل من أن تملك المرأة الفسخ، فإنها لم ترض ولم تبح فرجها إلا بهذا، وهم يقولون: المهر ليس بمقصود أصلي فيقال: كل شرط فهو مقصود، والمهر أوكد من الثمن، لكن الزوجان معقود عليهما، وهما عاقدان، بخلاف البيع، فإنهما عاقدان غير معقود عليهما، وهذا يقتضي إذا فات فالمرأة مخيرة بين الفسخ وبين المطالبة بالبدل، كالعيب في البيع، لكن المعقود عليه وهما الزوجان باقيان، فالفأنت جزء من المعقود عليه، فهو كالعيب في السلعة، وإن كان الشرط باطلاً ولم يعلم المشتري بطلانه لم يكن العقد لازماً إن رضي بدون الشرط وإلا فله الفسخ.

وأما إلزامه بعقد لم يرض به ولا ألزمه الشارع أن يعقده فمخالف لأصول الشرع

والعدل. وإن بان المهر المعين بالعقد أو عوض الخلع المنجز معيَّباً أو ناقصاً صفة شرطت فيه فكمبيع، والمعقود عليه في الذمة الواجب إبداله، وإن أصدقها مائة لها ومائة لأب يصح تملكه أو شرط له صحت التسمية، فإن تنصف بعد قبضه رجع بنصفه، ولا شيء على الأب، وقيل: إلا في شرط جميعه له، وكذا بيعه سلعتها بمائة وله مائة، ولو شرط ذلك لغير الأب فكل المسمى لها، ويرجع عليه. وفي الترغيب: في الأب رواية كذلك.

ومن زوج بنته بدون مهر مثلها صح مطلقاً، وقيل: يتم، كبيع بعض مالها بدون ثمنه لسلطان يظن به حفظ الباقي، ذكره في الانتصار، وقيل: لثيب كبيرة. وفي الروضة: إلا أن ترضى بما وقع عليه العقد قبل لزوم العقد. وإن زوجها به ولي غيره بإذنها صح، ولا ينقضه أحد، وبدون إذنها يلزم الزوج تتمته، ونصه: الولي، وعنه: تتمته عليه، كمن زوج بدون ما عينته له، ويتوجه كخلع. وفي الكافي: للأب تفويضها.

ومن زوج ابنه الصغير بمهر المثل فأزيد صح في ذمة الزوج، ونقل ابن هانئ: مع رضاه، ومع عسرته لا يضمه أبوه عنه، كثمن مبيعه، وعنه: بلى؛ للعرف، وقيل: الزيادة.

وفي النوادر نقل صالح كالنفقة، فلا شيء على ابن، كذا قال، ونقل المروزي: النفقة على الصغير في ماله، قلت: فإن كانت صغيرة لا توطأ؟ قال: إن كان له مال أنفق عليها منه، والنفقة تجب مع المنع من قبله لا من قبلهم، وإن قيل: للأب: ابنك فقير من أين يؤخذ الصداق؟ فقال الأب: عندي، لم يزد على ذلك، فهل يلزمه؟ يتوجه خلاف سبق، كقوله: أعط هذا، ولم يقل: عني، وللأب قبض مهر ابنته المحجور عليها، وعنه: والبكر الرشيدة، زاد في المحرر: ما لم تمنعه، فعليها يبرأ الزوج بقبضه، وترجع على أبيها بما بقي لا بما أنفق.

فصل

من تزوج سراً بمهر وعلانية بغيره أخذ بأزديهما، وقيل: بأولهما. وفي الخرقى وغيره: يؤخذ بالعلانية، وذكره في الترغيب نص أحمد مطلقاً، نقل أبو الحارث: يؤخذ بالعلانية؛ لأنه قد أقر به، وذكر الحلواني في بيع مثله. فإن قال: عقد واحد تكرر، وقالت: عقدان بينهما فرقة، أخذ بقولها ولها المهران.

وإن اتفقا قبل العقد على مهر أخذ بما عقد به، في الأصح، كعقده هزلاً

وتلجئة، نص عليه، وفي البيع وجهان «م ١٠» وتلحق الزيادة بعد العقد بالمهر على الأصح فيما يقرره وينصفه، وخرج سقوطه بما ينصفه من وجوب المتعة لمفوضة مطلقة قبل الدخول بعد فرضه، وتملك الزيادة من حينها، نقله مهنا في أمة عتقت فزيد في مهرها، وجعلها القاضي لمن الأصل له.

وليست هديته من المهر، نص عليه، فإن كانت قبل العقد وقد وعد به فزوجوا غيره رجع، قاله شيخنا، وقال: ما قبض بسبب نكاح فكمهر، وقال فيما كتب فيه المهر: لا يخرج منها بطلاقها.

وإن تزوج عبد بإذن سيده صح، وله نكاح أمة ولو أمكنه حرة جاز، ذكره أبو الخطاب وابن عقيل، وهو معنى كلام أحمد، ومتى أذن له وأطلق نكح واحدة فقط، نص عليه، وهل زيادته على مهر المثل في رقبته أو ذمته؟ فيه الروايتان.

وفي تناول النكاح الفاسد احتمالان «م ١١» ويتعلق المهر بسيده، نقله الجماعة، وعنه: برقبته، وعنه: بهما، وعنه: بذمتيهما، وعنه: بكسبه، ومثله النفقة، وبدون إذنه باطل، نقله الجماعة، وقال الأصحاب: كفضولي، ونقله حنبل، وإن وطئ فيه فكنكاح

مسألة - ١٠: قوله: «وإن اتفقا قبل العقد على مهر أخذ بما عقد به في الأصح، كعقده هزلاً وتلجئة، نص عليه، وفي البيع وجهان»، انتهى. يعني إذا اتفقا قبل عقد البيع على ثمن ثم عقده على بيعه، فهل الاعتبار بما عقد به أو بما اتفقا عليه؟ أطلق الخلاف وأطلقه في الرعاية الكبرى:

أحدهما: الثمن بما اتفقا عليه، قطع به ناظم المفردات، وقد قال: بنيتها على الصحيح الأشهر وحكاها أبو الخطاب وأبو الحسين عن القاضي، وهو الصواب.

والوجه الثاني: ما وقع عليه العقد، قطع به القاضي في الجامع الصغير، قال ابن نصر الله في حواشيه: هذا أظهر الوجهين كالنكاح، لكن ذكر الإمام أحمد في النكاح أنها تفي بما وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر، حتى قال أبو حفص البرمكي: يجب عليها ذلك، قلت: فينبغي أن يكون البيع كذلك، والله أعلم.

تنبيه: قوله: في نكاح العبد بإذن سيده: «وهل زيادته على مهر المثل في رقبته أو ذمته؟ فيه الروايتان». انتهى. يعني بهما اللتين في أحكام العبد في آخر الحجة فيما إذا استدان بغير إذن سيده، وقد حرر المصنف المذهب هناك، فليعاود، وقال ابن نصر الله: هما اللتان في أرش جنائته، وليس بالبين وما قلناه أولى.

مسألة - ١١: قوله: «وفي تناول نكاح الفاسد احتمالان»، انتهى.

قلت: الصواب أنه لا يتناول ذلك، والله أعلم.

فاسد ففي رقبته، نص عليه، وقيل: في ذمته مهر المثل، وقيل: خمسه، وعنه: المسمى، وعنه: خمسه، نقله الجماعة، واحتج بقول عثمان، اختاره الخرقى والقاضي وأصحابه، ونقل المروزي: تعطى شيئاً، قلت: تذهب إلى قول عثمان؟ قال: أذهب إلى أن تعطى شيئاً، قال أبو بكر: هو القياس.

وفيديه بالأقل من قيمته أو مهر واجب. ونقل حنبل: لا مهر؛ لأنه بمنزلة العاهر، يروى عن ابن عمر أنه فعله، وهو رواية في المحرر: إن علما: التحريم، وظاهر كلام جماعة: أو علمته هي، والإخلال بهذه الزيادة سهو.

وإن زوجه بأتمته فنقل سندي يتبعه بالمهر بعد عتقه، وذكر جماعة: لا يجب، وقيل: بلى، ويسقط، وهو رواية في التبصرة «م ١٢».

وإن زوجه بحرّة ثم باعه لها بثمن في ذمتها فعلى حكم مقاصة الدينين، وإن تعلق برقبته تحول مهرها إلى ثمنه، كسواء غريم عبداً مديناً، وإن تعلق بذمتيهما سقط المهر: لملكها العبد، والسيد تبع له؛ لأنه ضامنه، ويبقى الثمن للسيد عليها، وقيل: لا يسقط، بناء على من ثبت له دين على عبد ثم ملكه ففي سقوطه وجهان «م ١٣» والنصف قبل الدخول كالجميع إن لم يسقط، في رواية، وإن باعه لها بمهرها صح،

مسألة - ١٢: قوله: «وإن زوجه بأتمته فنقل سندي يتبعه بالمهر بعد عتقه، وذكر جماعة لا يجب، وقيل: بلى، ويسقط، وهو رواية في التبصرة». انتهى. ما نقله سندي هو الصحيح، قال في المحرر وغيره: وهو المنصوص، وقطع به في الوجيز والمنور، وذكر جماعة: لا يجب، منهم أبو بكر والقاضي وغيرهما، وصححه في النظم وغيره، وقدمه في المقنع، والمحرر، والحاوي الصغير، وتجريد العناية وغيرهم. وقيل: يجب ويسقط، وقدمه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والرايعتين، وإدراك الغاية، وغيرهم.

مسألة - ١٣: قوله: فيما إذا زوجه بحرّة ثم باعه لها بثمن في ذمتها: وإن تعلق برقبته تحول مهرها إلى ثمنه... وإن تعلق بذمتيهما سقط المهر... وقيل: لا يسقط، بناء على من ثبت له دين على عبد ثم ملكه، ففي سقوطه وجهان. انتهى. قال في المحرر بعد أن قدم أنه يسقط، كما قال المصنف. وقيل: لا يسقط المهر؛ لثبوته قبل أن تملكه، وأصلهما من ثبت له دين على عبد ثم ملكه هل يسقط؟ على وجهين. انتهى.

فأفصح أن الوجهين في المهر كالوجهين في العبد، وأن المقدم فيهما السقوط وقدم السقوط أيضاً في الرايعتين والحاوي الصغير، وهو الصواب. والوجه الثاني: لا يسقط.

نص عليه؛ لجواز كونه ثمنًا، لغير هذا العبد، وفي رجوعه قبل الدخول بنصفه أو بجميعة الروايتان.

وعنه: لا يصح قبله؛ لأنه يلزم من صحته فسخ النكاح، ومن سقوط المهر بطلان البيع؛ لأنه عوضه، واختار ولد صاحب الترغيب: إن تعلق برقبته أو ذمته وسقط ما في الذمة بملك طارئ برئت ذمة سيّد، فيلزم الدور، فيكون في الصحة بعد الدخول الروايتان قبله، وإن جعله مهرها، بطل العقد، كمن زوج ابنه على رقبة من يعتق على الابن لو ملكه، إذ نقدره له قبلها، بخلاف إصداق الخمر؛ لأنه لو ثبت لم يفسخ، ذكره جماعة، نقل مهنا: إذا قال له: تزوّج على رقبتك فهذا لا يكون أن يزوج على رقبته، وإذا تزوّج امرأة فخرج بالعبد عيب قال: ترده والمهر على مولاه.

فصل

وتملك المهر بالعقد، وعنه: نصفه. وتقدم الضمان والتصرف في البيع، ويتقرر المسمى حرة أو أمة بموت أحدهما وبقتله، وفيه رواية. وفي الوجيز يتقرر إن قتل نفسه أو قتله غيرهما، فظاهره لا يتقرر إن قتل أحدهما الآخر، وهو متجه إن قتله، وبوطئه في فرج، والأصح أو دبر، لا فرج ميتة، ذكره أبو المعالي وغيره، وبالخلوة، وعنه: أو لا اختاره في عمد الأدلة، فعلى الأول يتقرر إن لم تمنعه وعلم بها، وعنه:

تنبيهات:

أحدها: قوله: «إن باعه لها بمهرها صح...» وفي رجوعه قبل الدخول بنصفه أو بجميعة الروايتان». انتهى. مراده بهما اللتان يأتیان قريبًا فيما إذا اشترت زوجها، وقد أطلقهما أيضًا، ويأتي تصحيحهما هناك

الثاني: قوله: فيما يقرر المهر: «وبالخلوة، وعنه: أو لا». انتهى. صوابه: وعنه: لا، وزيادة «أو» قبل «لا» خطأ، والله أعلم.

الثالث: قوله: «وفي العدة والرجعة وتحريم الربيبة الخلاف». انتهى.

الظاهر أنه أراد بالخلاف الخلاف الذي في الخلوة، هل يقرر المهر كاملاً أم لا؟ وقد قدم أنها تقرره كاملاً. إذا علم ذلك فالخلاف الذي في العدة بالخلوة يأتي في أول باب العدة وقدّم أنها عليها العدة، وهو المذهب، والخلاف الذي في جواز الرجعة بعد الخلوة إذا طلقها يأتي في الرجعة، وقدّم أن له رجعتها، في المنصوص، والخلاف الذي في تحريم الربيبة إذا خلا بأمها تقدم في كلام المصنف في باب المحرمات في النكاح وأطلق الخلاف هنا وتقدم تصحيح ذلك فليعاود.

أو لا، وليس عندهما مميز مطلقاً وقيل: مسلم، وهو ممن يظاً مثله، بمن يوطأ مثلها. ولا تقبل دعواه عدم علمه بها، والمنصوص ولو أنه أعمى؛ لأن العادة أنه لا يخفى عليه ذلك، فقد قدم أصحابنا هنا العادة على الأصل، فكذا دعوى إنفاقه، فإن العادة هناك أقوى، قاله شيخنا، ويتوجه من نصه هنا تخريج رواية: لا يقبل قول الزوج إذا ادعى مهرًا تخالفه العادة، وتخرج رواية هنا من قبوله هناك مطلقاً.

ويقبل قول مدعي الوطء، وفي الواضح وجه: قول منكره، كعدمها، قاله ابن عقيل: وجماعة، فلا يرجع هو بمهر لا يدعيه، ولا لها ما لا تدعيه، قال في الانتصار: والتسليم بالتسليم، ولهذا لو دخلت البيت فخرج لم يكمل، قاله قبيل المسألة، وفيها يستقر به، وإن لم يتسلم، كبيع وإجارة، وفي العدة والرجعة وتحريم الربيبة الخلاف، ولا يتعلق بها بقية حكم وطء، وقيل: كمدخول بها إلا في حلها لمطلقها وإحصان.

ونقل أبو الحارث وغيره: هي كمدخول بها، ويجلذان إذا زنيا. ولو اتفقنا أنه لم يظاً لزم المهر والعدة، نص عليه؛ لأن كلاً منهما يقر بما يلزمه، وذكر ابن عقيل: وغيره في تنصيفه هنا روايتين، فإن كان بهما أو بأحدهما مانع، كإحرام وحيض وجب ورتق ونضاوة تقرر، وعنه: إن كان به، وعنه: لا.

ويقرره لمس ونحوه لشهوة، نص عليه، وخرجه ابن عقيل على المصاهرة، قاله القاضي مع خلوة، وقال: إن كان عادته تقرر، وعنه: ونظر.

فإن تحملت ماء زوج فوجهان «م ١٤» ويلحقه نسبه، ويتنصف المهر قبل تقرر به بكل فرقة من أجنبي أو منه، كخلعه وتعليق طلاقها على فعلها وتوكيلها فيه، ويسقط بفسخه لعيب أو شرط أو حرمة جمع، وبكل فرقة منها مطلقاً، وعنه: يتنصف بفسخها لشرط، فيتوجه في فسخها لعيبه.

وفي فرقة منهما أو منها ومن أجنبي كلانها؛ وتخييرها بسؤالها وشرائها له

مسألة - ١٤: قوله: فيما يقرر الصداق كاملاً: «ويقرره لمس ونحوه لشهوة، نص عليه وعنه: ونظر فإن تحملت ماء زوج فوجهان» انتهى.

أحدهما: لا يقرره، وهو الصواب، وظاهر كلام كثير من الأصحاب، قال في الرعاية: ولو استدخلت مني زوج أو أجنبي لشهوة ثبت النسب والعدة والمصاهرة، ولا تثبت رجعة ولا مهر المثل، ولا يقرر المسمى. انتهى.

والوجه الثاني: يقرره، ويأتي نظيرتها في أول العدد.

روايتان «م ١٥ - ١٧» وخرج القاضي: إن لاعنها في مرضه فمنه.

وفي شرائه لها. وفي المحرر: من مستحق مهرها وتخالعهما وجهان «م ١٨ و ١٩». ومن أبرأت زوجها من مهرها أو وهبته له ثم سقط أو تنصف رجع بفائته، كعوده

مسألة - ١٥ - ١٧: قوله: «وفي فرقة منهما أو منها ومن أجنبي كلعنها وتخييرها بسؤالها وشرائها، له روايتان»، انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ١٥: إذا تلعنا فهل يسقط المهر كاملاً أو نصفه؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والكافي، والمحرر، والشرح، وشرح ابن منجا، وتجريد العناية وغيرهم. قال في المقنع: وفرقة اللعان تخرج على روايتين، انتهى.

إحداهما: يسقط المهر كله، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر والنظم، وغيرهم. وبه قطع في الوجيز وغيره، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وشرح ابن رزين، وغيرهم. واختاره أبو بكر وغيره. والرواية الثانية: يتنصف بها المهر، وهو قوي.

المسألة الثانية - ١٦: تخييرها بسؤالها، كما لو جعل لها الخيار في الطلاق، بأن قال لها اختاري فاخترت الطلاق، فهل يسقط المهر كله أو يتنصف؟ أطلق الخلاف وأطلقه في الرعاية الكبرى:

إحداهما: لا مهر، وهو الصحيح نص عليه، قال في القواعد الفقهية: المنصوص عن الإمام أحمد أنه لا مهر لها، انتهى. والرواية الثانية: يتنصف.

المسألة الثالثة - ١٧: إذا اشترت زوجها انفسخ نكاحها، وهل يسقط المهر كله أو نصفه؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المغني، والكافي، والمقنع، والمحرر، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، في موضع، وغيرهم.

إحداهما: يتنصف به المهر، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز وغيره، وجزم به في الهداية، والمذهب، والخلاصة، في أحكام زواج العبد، وقدمه في الرعايتين هناك، قال في القواعد: هذا أشهر الوجهين، وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه، انتهى.

والرواية الثانية: يسقط المهر كله، وهو قوي.

مسألة - ١٨، ١٩: قوله: «وفي شرائه لها وفي المحرر من مستحق مهرها وتخالعهما وجهان»، انتهى. ذكر مسألتين:

إليه ببيع أو هبتها العين لأجنبي ثم وهبها له، وعنه: لا؛ لأن عقد الهبة لا يقتضي ضمناً، وعنه: مع الإبراء؛ لأنها لم تملكه ما زال ملكه عنه. وفي الترغيب: أصل الخلاف في الإبراء أيهما تلزمه زكاته إذا مضى أحوال، وهو دين؟ فيه روايتان، وكلامه في المغني على أنه إسقاط أو تملك، وإن وهبته بعضه ثم تنصف رجع بنصف غير الموهوب، ونصف الموهوب استقر ملكها له، فلا يرجع به، ونصفه الذي لم يستقر يرجع به على الأولى لا الثانية. وفي المنتخب: عليها احتمال، ولو وهب الثمن لمشتري فظهر مشتر على عيب فهل تعذر الرد فله أرشه أم يرد وله ثمنه؟ وفي الترغيب القيمة؟ فيه الخلاف. وإن تبرع أجنبي بأداء المهر فالراجع للزوج، وقيل: له. ومثله أداء ثمن ثم يفسخ بعيب، ورجوع مكاتب أبرئ من كتابته بالإيتاء، واختار الشيخ فيه: لا يرجع. وإن اختلف الزوجان أو ورثتهما في قدر المهر قبل قوله، ويحلف. وفي المبهم

المسألة الأولى - ١٨: إذا اشترى الزوج امرأته قبل الدخول فهل يتنصف المهر أو يسقط؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والكافي، والمحرم، والشرح، والرايعتين، والحاوي الصغير، والقواعد الفقهية وغيرهم.

أحدهما: يتنصف، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرم، وقطع به في الوجيز وغيره.

والوجه الثاني: يسقط كله، اختاره أبو بكر. قلت: وهو ضعيف، واختار في الرعاية إن طلب الزوج الشراء فلها المتعة، وإن طلبه سيدها فلا.

تنبيه: قوله: «في المحرم: من مستحق مهرها» مثال غير مستحقه، أن يشتريها ممن انتقلت إليه بيع وهبة أو وصية، فإن البائع هنا لا يقوم مقامها، فلا تكون الفرقة قد جاءت من مستحق المهر، قاله الشيخ تقي الدين في «شرحه».

المسألة الثانية - ١٩: إذا تخالعا فهل يسقط المهر كله أو يتنصف؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المحرم والرايعتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: يتنصف، وهو الصحيح، وهو ظاهر ما قطع به في الشرح وشرح ابن منجا، وغيرهما، وقطع به في الكافي، والمقنع، والوجيز وغيرهم. وقدمه في المستوعب، قال في القواعد: المنصوص عن أحمد أن لها نصف الصداق، وهو قول القاضي وأصحابه. انتهى.

والوجه الثاني: يسقط كله.

تنبيه: قوله: فيما إذا وهب الثمن لمشتري وظهر على عيب هل تعذر الرد أم لا؟ «فيه الخلاف»، يعني به الذي قبله فيما إذا أبرأته من مهرها أو وهبته له، فيما يظهر.

رواية: يتحالفان، وعنه: قول مدعي مهر المثل، نصره القاضي وأصحابه، وفي اليمين وجهان «م ٢٠». فلو ادعى دونه وادعت فوقه، رد إليه. وإن اخ تلفاً في عينه أو وصفه فالروايتان، لكن الواجب القيمة؛ لئلا يملكها ما تنكره، وقيل: إن قبل قولها فما عينته، وفي فتاوى الشيخ: إن عينت أمها وعين أباهما فينبغي أن يعتق أبوها؛ لأنه مقر بملكها له، وإعتاقه عليها، ثم يتحالفان، ولها الأقل من قيمة أمها أو مهر مثلها. وفي الواضح: يتحالفان، كبيع، ولها الأقل مما ادعته أو مهر مثلها. وفي الترغيب: يقبل قول مدعي جنس مهر المثل، في أشهر الروايتين، والثانية: قيمة ما يدعيه هو.

وإن ادعت التسمية فأنكر قبل في تسمية مهر المثل، في رواية، وعنه: قوله، ولها مهر مثلها «م ٢١». فلو طلق ولم يدخل ففي تنصفه أو المتعة الخلاف، وعلى

مسألة - ٢٠: قوله: «وإن اختلف الزوجان أو ورثتهما في قدر المهر قبل: قوله: ويحلف...». وعنه: قول مدعي مهر المثل، نصره القاضي وأصحابه، وفي اليمين وجهان». انتهى. قال في المحرر: ولم يذكر اليمين، فيخرج وجوبها على وجهين. وقال في الهداية، والمستوعب: وفي كلام أحمد ما يدل على الوجهين، وأطلقهما في المذهب والرعيتين، والحاوي الصغير، وغيرهم. وظاهر المقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، إطلاق الخلاف أيضاً.

أحدهما: لا يحلف، اختاره القاضي، وقطع به في الوجيز وغيره وقدمه في الخلاصة، وغيره.

والوجه الثاني: تجب اليمين، وهو الصحيح، اختاره أبو الخطاب في الهداية، وقطع به الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في خلافيهما، وقدمه ابن رزين في شرحه، قال الشيخ الموفق في المغني: إذا ادعى أقل من مهر المثل وادعت أكثر منه رد إلى مهر المثل، ولم يذكر أصحابنا يميناً، والأولى أن يتحالفا، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه، إلا بيمين من صاحبه، كالمنكر في سائر الدعاوى؛ ولأنهما تساويا في عدم الظهور، فشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان. انتهى.

والظاهر أن المجد لم يطلع على الخلاف، وأن الشيخ في المغني، لم يستحضر الخلاف حالة التصنيف، إذ الخلاف ذكره الشيخ في المقنع، وغيره، اللهم إلا أن يكون صنف المغني، قبله ثم اطلع على الخلاف.

تنبيه: قوله: «وإن اختلفا في عينه أو وصفه فالروايتان» يعني المتقدمتين قبل ذلك قريباً، وهو قد قدم أن القول قول الزوج، فكذلك هنا.

مسألة - ٢١: قوله: «وإن ادعت التسمية فأنكر قبل في تسمية مهر المثل، في

الأولى يتنصف ويقبل قوله فيما يستقر به، وقولها في قبضه. وفي الواضح رواية: قوله، بناء على: كان له علي وقضيته.

فصل

وإذا قبضت المسمى المعين ثم تنصف فله نصفه حكمًا، نص عليه، وقيل: إن اختار ملكه. وفي الترغيب: أصلهما اختلاف الرواية فيمن بيده عقدة النكاح، فعلى هذا ما ينمي قبله لها، وبينهما على نصه وعليه لو طلقها على أن المهر كله لها لم يصح الشرط، وعلى الثاني وجهان وعليه لو طلق ثم عفا ففي صحته وجهان، ويصح على الثاني، ولا يتصرف. وفي الترغيب على الثاني وجهان، لتردده بين خيار البيع وخيار الواهب «م ٢٢ - ٢٤» ولا يرجع في نصف زيادة منفصلة، على الأصح،

رواية، وعنه: قوله، ولها مهر مثلها، انتهى. يعني بقوله: «قبل» أي قولها في تسمية مهر المثل، كما قاله في المحرر، والظاهر أن لفظة «قولها» سقطت من الكاتب. وأطلقهما في البلغة والمحرر:

إحدهما: القول قولها في تسمية مهر المثل، قدمه في الرايتين والحاوي الصغير. والرواية الثانية: القول قوله؛ لأنه يدعي ما يوافق الأصل، ولها مهر مثلها. قلت: وهو الصواب، ولعل الخلاف ينزع إلى اختلاف الأصل والظاهر.

تنبيه: قوله: «فلو طلق ولم يدخل ففي تنصفه أو المتعة الخلاف»، يعني: على القول بأن القول: قوله: في عدم التسمية، ومراده بالخلاف الخلاف الذي في المفوضة الآتي في المسألة الثانية والثالثة والثلاثين.

مسألة - ٢٢ - ٢٤: قوله: «وإذا قبضت المسمى المعين ثم تنصف فله نصفه حكمًا، نص عليه، وقيل: إن اختار ملكه... فعلى هذا ما ينمي قبله لها، وبينهما على نصه، وعليه لو طلقها على أن المهر كله لها لم يصح الشرط، وعلى الثاني وجهان، وعليه لو طلقها ثم عفا ففي صحته وجهان ويصح على الثاني، ولا يتصرف. وفي الترغيب على الثاني وجهان، لتردده بين خيار البيع وخيار الواهب». انتهى. ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ٢٢: إذا قبضت المهر المعين ثم تنصف، فالمنصوص أنه يدخل في ملكه حكمًا، كالميراث وقيل: لا يدخل، إلا إذا اختار ملكه.

إذا علمت ذلك فلو طلقها على أن المهر كله لها لم يصح الشرط، على المنصوص، وعلى القول الثاني هل يصح أم لا؟ أطلق فيه وجهين.

أحدهما: لا يصح، وهو الصواب؛ لأنه ليس في ملكه.

كمتصلة، وفيها تخريج من منفصلة، وهو رواية في الترغيب وأطلق في الموجز روايتين في النماء. وفي التبصرة: لها نماؤه بتعيينه، وعنه: بقبضه.

فعلى المذهب: له قيمة نصفه يوم الفرقة على أدنى صفة من وقت العقد إلى وقت قبضه. وفي الكافي: أو التمكين منه، فإن قلنا: يضمن المتميز بالعقد اعتبرت صفته وقته، وذكر في الترغيب المهر المعين قبل قبضه هل هو بيده أمانة أو مضمون فمؤنة دفن العبد عليه؟ فيه روايتان، وبني عليهما التصرف والنماء وتلفه، وعلى ضمانه هل هو ضمان عقد بحيث يفسخ في المعين ويبقى في تقدير المالية يوم الإصداق أو ضمان يد، بحيث تجب القيمة يوم تلفه كعارية؟ فيه وجهان.

ثم ذكر أن القاضي وجماعة قالوا: ما يفتقر توقيته إلى معيار ضمنه، وإلا فلا، كبيع، والوجهان في المستوعب. وإن دفعته زائداً لزمه، وإن فات بتلف أو استحق بدين أو شفعة أو انتقل تعين قيمة حقه، كما تقدم، ومتى تنصف قبل علم الشفيع بالنكاح فأيهما يقدم؟ فيه وجهان «م ٢٥».

والوجه الثاني: يصح، قال ابن نصر الله في حواشيه: لعل أصلهما إسقاط الشفيع الشفعة قبل البيع. انتهى.

والصحيح أن إسقاط الشفعة قبل البيع لا يسقطها.

المسألة الثانية - ٢٣: لو طلق ثم عفا فعلى المنصوص في صحته وجهان:

أحدهما: يصح، وهو الصواب؛ لأنه دخل في ملكه وتصح الهبة بلفظ العفو، على الصحيح من المذهب، وعليه الأكثر، وهذا منه، والله أعلم.

والوجه الثاني: لا يصح.

المسألة الثالثة - ٢٤: لو طلق ثم عفا، فعلى القول الثاني يصح ولا يتصرف وفي

الترغيب على الثاني وجهان؛ لتردده بين خيار البيع وخيار الواهب، لكن المصنف قد قدم حكماً وهو أنه يصح ولا يتصرف، وهذا الصحيح من المذهب.

فهذه المسألة لم يطلق فيها الخلاف، بل قدم فيها حكماً. والله أعلم.

مسألة - ٢٥: قوله: «ومتى تنصف قبل علم الشفيع بالنكاح فأيهما يقدم؟ فيه

وجهان». انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: يقدم حق الشفيع؛ لأنه أسبق، قدمه ابن رزين في شرحه، وهو الصواب.

والوجه الثاني: يقدم حق الزوج؛ لأنه ثبت بالنص والإجماع.

تنبيه: محل هذا الخلاف إذا قلنا بثبوت الشفعة فيما إذا انتقل إليها صداقاً.

وإن زاد من وجه ونقص من وجه كعبد صغير كبر ومصوغ كسرتة وأعادته صياغة أخرى، فلكل منهما الخيار، وكذا حمل أمة، وفي البهيمة زيادة ما لم يفسد اللحم، والزرع والغرس نقص للأرض. ولا أثر لمصوغ كسرتة وأعادته كما كان، أو أمة سمتت ثم هزلت ثم سمتت، وفيهما في المغني وجهان، ولا لارتفاع سوق، ولا لنقلها الملك فيه ثم طلق وهو بيدها، ويثبت الخيار بما فيه غرض مقصود وإن لم يزد القيمة، قاله في الترغيب وغيره، وظاهر كلام بعضهم خلافه، وما لم يؤبر فزيادة متصلة، وكذا ما أبر. وفي الترغيب وجهان.

وإن أصدقها أمة حاملاً فولدت لم يرجع في نصفه إن قلنا لا يقابله قسط من الثمن، وإلا فهو بعض مهر زاد زيادة لا تتميز، ففي لزومها نصف قيمته ولزومه قبول نصف الأرض بنصف زرعها وجهان «م ٢٦ و ٢٧» وله نصف مثلي، ويحتمل له الرجوع في نصف مكاتب، كبيعته، وكإجارة وتزويج، وكندبير إن رجع فيه بقول، فيرجع فيه أو في القيمة، للنقص.

مسألة - ٢٦ - ٢٧: قوله: «وإن أصدقها أمة حاملاً فولدت لم يرجع في نصفه إن قلنا لا يقابله قسط من الثمن، وإلا فهو بعض مهر زاد زيادة لا تتميز، ففي لزومها نصف قيمته، ولزومه قبول نصف الأرض بنصف زرعها وجهان». انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٢٦: إذا أصدقها حاملاً فولدت وقلنا يقابله قسط من الثمن فهل يلزمها نصف قيمة الولد أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني والشرح والبلغة، والرايعتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: لا يلزمها نصف قيمته؛ لأنه حالة العقد لا قيمة له، وحالة الانفصال قد زاد في ملكها. ومال إليه القاضي وابن عقيل.

والوجه الثاني: يلزمها؛ لأنه أصدقها عينين. قلت: ويحتمل أن له منه بمقدار نصف قيمته وقت العقد.

تنبيه: قوله: «لم يرجع في نصفه إن قلنا لا يقابله قسط من الثمن، وإلا فهو بعض مهر زاد زيادة لا تتميز». انتهى.

أشعر كلامه بأن لنا خلافاً: هل يقابل الحمل قسط من الثمن أم لا؟ وهو الصحيح، وقد تقدم ذلك مستوفى في باب الخيار في المسألة الخامسة فراجع.

المسألة الثانية - ٢٧: هل يلزمه قبول نصف الأرض بنصف زرعها أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يلزمه قبول نصف ذلك، اختاره القاضي.

وفي لزومها رد نصفه قبل تقبض هبة ورهن وفي مدة خيار بيع وجهان «م ٢٨».

ولو أصدقها صيداً ثم طلق وهو محرم فإن لم يملكه بإرث فنصف قيمته، وإلا فهل يقدم حق الله فيرسله ويغرم لها قيمة النصف؟ أم حق الآدمي فيمسكه ويبقى ملك المحرم ضرورة؟ أم هما سواء فيخيران؟ فإن أرسله برضاها غرم لها وإلا بقي مشتركاً؟ قال في الترغيب: ينبنى على حكم الصيد المملوك بين محل ومحرم. وفيه الأوجه «م ٢٩».

وإن نقصت صفته فكذلك أو نصفه ناقصاً، وعنه: مع أرشه. وفي التبصرة رواية الثالثة قدمها: نصفه بأرشه بلا تخيير.

وإن أصدقها ثوباً فصبغته أو أرضاً فبنتها ونحوه فبذل قيمة زيادته لتملكه فله ذلك عند الخرقى والشيخ، وعند القاضي لا «م ٣٠». وإن تلف المهر أو نقص بيدها وثبت أنه بعد تنصفه ضمنته، كتلفه بعد الفسخ بعيب، وكل فسخ يستند إلى أصل العقد،

والوجه الثاني: لا يلزمه، وهو الصحيح، قدمه في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وتقدم نظير هذه المسألة في باب الغصب.

مسألة - ٢٨: قوله: «وفي لزومها رد نصفه قبل تقبض هبة ورهن وفي مدة خيار بيع، وجهان. انتهى».

وأطلقهما في المغني، والشرح، قال ابن رزين: ولا تجبر على إزالة ملكها في مدة الخيار، وقبل قبض الهبة كذلك، وقيل: تجبر. انتهى. قلت: الصواب عدم اللزوم في الثلاث، وتستدرك ظلامته. والقول الثاني: يلزمها الرجوع في الثلاث، فتفسخ العقد.

مسألة - ٢٩: قوله: «ولو أصدقها صيداً ثم طلق وهو محرم فإن لم يملكه بإرث فنصف قيمته، وإلا فهل يقدم حق الله تعالى فيرسله ويغرم لها قيمة النصف؟ أم حق الآدمي فيمسكه ويبقى ملك المحرم ضرورة؟ أم هما سواء فيخيران فإن أرسله برضاها غرم لها وإلا بقي مشتركاً بينهما؟ قال في الترغيب ينبنى على حكم الصيد المملوك بين محل ومحرم. وفيه الأوجه». انتهى. قلت: الصواب عدم الإرسال؛ لأن حق الآدمي مبني على الشح والضيق، وحق الله مبني على المسامحة، ودخل ملك المحرم في ذلك ضمناً ضرورة، والله أعلم.

مسألة - ٣٠: قوله: «وإن أصدقها ثوباً فصبغته أو أرضاً فبنتها ونحوه فبذل قيمة زيادته لتملكه فله ذلك عند الخرقى والشيخ، وعند القاضي: لا». انتهى. ما اختاره الخرقى والشيخ هو الصحيح واختاره الشارح أيضاً، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والقول الآخر: اختاره القاضي.

وقيل: لا، وقيل: هو كتلفه في يده قبل طلبها له. وإن فات النصف مشاعاً فله النصف الباقي، وكذا معيناً من المتنصف. وفي المغني: له نصف البقية ونصف قيمة الفائت أو مثله، وإن قبضت المسمى في الذمة فكالمعين، إلا أنه لا يرجع بنمائه مطلقاً، ويعتبر في تقويمه صفته يوم قبضه.

وفي وجوب رده بعينه وجهان «م ٣١».

والذي بيده عقدة النكاح الزوج، فإذا طلق قبل الدخول صح عفو مالك التبرع منهما عن حقه، ولا عفو للأب، كعفوه عن مهر ابنه الراجع إليه؛ لأنه لم يكسبه إياه، وعنه: أنه الأب، قدمه ابن رزين، واختاره شيخنا، قيل: ومثله سيد الأمة فيعفو عن نصف مهر ابنته المطلقة قبل الدخول المجنونة والصغيرة. وفي المغني والكافي: بشرط البكارة، واختاره جماعة وقدمه في المحرر، وجزم به في الموجز. وبكر بالغة. وفي الترغيب: أصله: هل ينفك الحجر بالبلوغ؟ وعلى هذا ولو دخل بها ما لم تلد أو تمضي سنة ببيتها، وأن على هذا ينبنى ملكه لقبض صداق ابنته البالغ الرشيدة، وقيل: يملكه في البكر، وقدم اعتبار كونه ديناً، فلا يعفو عن عين، فيصح بلفظ الهبة والتملك فقط، وفي القبول الخلاف.

وسواء فيه عفوه وعفوها، ولم يقيد في عيون المسائل بصغر وكبر وبكارة ولا ثبوت وذكر ابن عقيل: رواية: الولي في حق الصغيرة.

فصل

وإذا وجب مهر المثل فلها المطالبة بفرضه، قال جماعة: وبه، وقيل: لا؛ لأنه

مسألة - ٣١: قوله: «وفي وجوب رده بعينه وجهان». انتهى. وأطلقهما في المحرر والنظم، والحاوي والصغير.

أحدهما: يجب رده بعينه، وهو الصحيح، وبه قطع ابن عبدوس في تذكرته وقدمه في الرعايتين، وهو ظاهر ما قدمه في المغني، والشرح، ونصره. والوجه الثاني: لا يجب ذلك.

تنبيه: قوله فيما إذا عفا من بيده عقدة النكاح: «وفي القبول الخلاف». يعني هل يشترط فيه القبول أم لا؟ والظاهر أنه أراد بالخلاف الخلاف الذي في الإبراء من الدين. وفيه قولان، والمنصوص أنه لا يشترط القبول قاله المصنف في باب السلم. وقال الأزجي: إن قلنا: يدخل في ملكه فهو هبة، والمذهب لا يشترط فيها القبول، وإن قلنا: ملك أن يملك اشترط القبول، قال بعضهم: لعله أراد بالخلاف ذلك وهو بعيد؛ لخروج عفو الأب.

لم يستقر «م ٣٢» ويصح إبراؤها منه قبل فرضه، وعنه: لا، لجهالته وإن وقف في وجوبه على الدخول فكالعفو عما انعقد سبب وجوبه.

وإن اتفقا على قدر وإلا فرضه الحاكم بقدره. فإذا فرضه لزمها فرضه، كحكمه، فدل أن ثبوت سبب المحاكمة والمطالبة كتقديره أجرة المثل والنفقة ونحوه حكم فلا يغيره حاكم آخر «م» ما لم يتغير السبب، كيسره في النفقة أو عسره.

وما قرره المسمى قرره، وما أسقطه أسقطه إلى غير متعة، وعنه: يقرر الموت نصفه قبل تسميته وفرضه. وما نصفه فعنه: بنصفه، وعنه: إن وجب؛ لفساد التسمية، وإن وجب لفقدائها سقط إلى المتعة، ذكره الشيخ ظاهر المذهب، واختاره الخرقى، وعنه: سقوطهما إلى المتعة، نصره القاضي وأصحابه «م ٣٣ - ٣٥».

ومتى فرض فكالمتسمى، وعنه: يسقط، وتجب المتعة، فإن دخل فلا متعة، ونقل حنبل: لكل مطلقة.

مسألة - ٣٢: قوله: «إذا وجب مهر المثل فلها المطالبة بفرضه، قال جماعة: وبه وقيل: لا؛ لأنه لم يستقر». انتهى. ظاهر عبارته إطلاق الخلاف في المطالبة بالمهر في المفوضة ونحوها.

أحدهما: لها المطالبة به، كالمطالبة بفرضه، وهو الصحيح، قطع به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وهو ظاهر ما قطع به في الرعاية الكبرى. والقول الثاني: ليس لها ذلك؛ لأنه لم يستقر، وهو ظاهر كلام جماعة كثيرة.

مسألة ٣٣، ٣٥: قوله: فيما يكمل المهر: ويسقطه وينصفه في المفوضة: «وما قرره المسمى قرره، وما أسقطه أسقطه... وما نصفه فعنه ينصفه، وعنه: إن وجب؛ لفساد التسمية وإن وجب لفقدائها سقط إلى المتعة، ذكره الشيخ ظاهر المذهب، واختاره الخرقى، وعنه: سقوطهما إلى المتعة، نصره القاضي وأصحابه». انتهى. شمل كلامه مسائل:

المسألة الأولى - ٣٣: إذا طلق المفوضة قبل الدخول فلا يخلو، إما أن يكون تفويض بضع أو تفويض مهر، فإن كان تفويض بضع فهل لها المتعة فقط أو يجب لها نصف مهر المثل أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمحزر، والحاوي الصغير، وغيرهم.

إحدهما: ليس لها إلا المتعة، وهو الصحيح، وعليه الأكثر، منهم الخرقى والقاضي وأصحابه، ونص عليه في رواية جماعة، قال في المحزر: هذا أصح عندي، وصححه في النظم وتجريد العناية، قال في البلغة: هذا أصح الروايتين، قال في

أي: المتعة تجب، واختاره شيخنا في موضع وقال: كما دل عليه ظاهر القرآن، قال أبو بكر: العمل عندي عليه لولا تواتر الروايات بخلافه، وعنه: إلا المدخول بها ولها مسمى.

الرعايتين: وهو أظهر، وقطع به في الوجيز وغيره، وقدمه في المقنع، والمغني، والشرح، وشرح ابن رزين وإدراك الغاية وغيرهم.

والرواية الثانية: يجب لها نصف مهر المثل. قدمه في «الخلاصة»، و«الرعايتين»، و«نهاية ابن رزين»، وغيرهم. وقطع به في «المنور». قال الزركشي: هذه الرواية أضعفها. وإن كان تفويض مهر وهي:

المسألة الثانية - ٣٤: فهل يسقط إلى المتعة أو يجب لها نصف مهر المثل؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الحاوي الصغير وشرح الزركشي.

إحداهما: يجب نصف مهر المثل، وهو ظاهر كلام الخرقى وغيره، وبه قطع في الوجيز والمنور، وشرح ابن رزين، في موضع، وغيرهم، وقدمه في المغني، والشرح، والرعايتين، ونهاية ابن رزين وإدراك الغاية، وغيرهم.

والرواية الثانية: ليس لها إلا المتعة، وهو الصحيح، قدمه في الكافي، وقال: هذا المذهب وقدمه في المقنع، وظاهر كلام المصنف أنه اختيار القاضي وأصحابه، وصححه في المحرر والنظم، وتجريد العناية وغيرهم. قال في الرعايتين: هذا أظهر، واختاره الخرقى، وقدمه ابن رزين في شرحه، في موضع آخر.

المسألة الثالثة - ٣٥: لو سمي لها صداقًا فاسدًا، وطلقها قبل الدخول فهل تجب لها المتعة فقط أم نصف مهر المثل؟ أطلق الخلاف، وأطلقه صاحب الحاوي والزركشي.

إحداهما: تجب المتعة فقط، نصره القاضي وأصحابه، قاله المصنف، قال الزركشي: اختاره الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، واختاره المجد وصاحب الرعايتين والنظم، وغيرهم.

والرواية الثانية: يجب لها نصف مهر المثل، وهو الصحيح، اختاره الشيرازي والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم. وقطع به الخرقى وابن رزين في شرحه.

تنبيه: قوله: «فإن دخل فلا متعة، ونقل حبل لكل مطلقة...» وعنه: إلا المدخول بها ولها مسمى». انتهى. تابع في هذه الرواية الأخيرة صاحب المحرر فإنه قال فيه: وعنه: يجب للكل إلا لمن دخل بها، وسمي مهرها، انتهى. قال الشيخ تقي الدين بن تيمية: صوابه إلا من سمي مهرها، ولم يدخل بها، قال: وإنما هذا زيغ حصل من قلم صاحب المحرر، قال الزبيراني: وقد وجدت ما يدل على كلام ابن تيمية. انتهى. وتابع صاحب المحرر صاحب الرعايتين والحاوي.

وقال أحمد فيما خرجه في محبسه: قال ابن عمر: لكل مطلقة متاع إلا التي لم يدخل بها وقد فرض لها، واختاره شيخنا في الاعتصام بالكتاب والسنة، ورجحه بعضهم على التي قبلها. وفي سقوط المتعة بهبة مهر المثل قبل الفرقة وجهان «م ٣٦» وذكر القاضي: لها حبس رهن بمهر المثل على المتعة، وهي معتبرة بحاله عند أحمد، وقيل: بحالها وقيل: هما، فأعلاها خادم، وأدناها كسوة تجزئها لصلاتها، وعنه: يقدرها حاكم، وعنه: هي بقدر نصف مهر مثلها.

ومهر المثل معتبر بمن يساويها في الصفات الحسنة والمال والبلد بالأقرب فالأقرب من نسائها، كأُم وخالة وعمّة، اختاره الأكثر، وعنه: من نساء عصبتها من جهة أبيها وحدها، فإن عدم الكل فأشبهها من نساء بلدها، ثم الأقرب فالأقرب، فإن لم يوجد إلا فوقها أو دونها زيد ونقص بقدره، وتعتبر عاداتهم، وقيل: لا في تأجيل مهر، فإن اختلفت مهورها أخذ الوسط الحال.

فصل

وللمرأة مسمى لها أو مفوضة منع نفسها حتى تقبض كل مهرها الحال، وقيل: أو حل قبل التسليم، فتسافر بلا إذنه. وفي الروضة أنه أصح الروايتين، ولها النفقة، وعلل الإمام أحمد وجوب النفقة بأن الحبس من قبله، وظاهر كلام جماعة: لا نفقة، وهو متجه، فإن سلمت نفسها تبرعاً فدخل أو خلا لم تملك المنع، اختاره الأكثر، ولا نفقة، وعكسه ظهوره معيياً بعد قبضه وتسليم نفسها.

وإن أعسر بالمهر فقيل: لا يفسخ، كمن تزوجته عالمة عسرت، في الأصح، وقيل: بلى، وقيل: قبل الدخول «م ٣٧ و ٣٨» ونقل ابن منصور: إن تزوج مفلساً ولم

مسألة - ٣٦: قوله: «وفي سقوط المتعة بهبة مهر المثل قبل الفرقة وجهان».

انتهى.

أحدهما: يسقط قطع به بن رزين في شرحه، وقدمه في المغني، والشرح.

والوجه الثاني: لا يسقط، وهو احتمال في المغني، والشرح، وصححه الناظم وقدمه في المحرر والرايعتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

مسألة - ٣٧، ٣٨: قوله: «وإن أعسر بالمهر فقيل لا يفسخ، كمن تزوجته عالمة

عسرت في الأصح، وقيل: بلى، وقيل: قبل الدخول». انتهى. ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ٣٧: إذا أعسر بالمهر قبل الدخول فهل لها الفسخ إذا كان حالاً أم

لا؟ أطلق الخلاف.

تعلم المرأة لا يفرق بينهما إلا أن يكون قال: عندي عرض ومال وغيره، فإن رضيت بالمقام فلا فسخ، في الأصح، ولكن لها منع نفسها.

والمنع والفسخ لسيد الأمة، وقيل: لا، ولا يفسخ إلا حاكم، في الأصح. وإن افترقا في نكاح فاسد بغير طلاق والأصح ولو به، فلا مهر، وظاهره: ولو بموت، ويتوجه أنه على الخلاف في وجوب العدة به، وتقرره بخلوة. وفي مختصر ابن رزين: يستقر به، وإن وطئها لزمه المسمى، وعنه: مهر المثل، وكذا الخلوة. وفي الانتصار والمذهب رواية: لا شيء بها، اختاره الشيخ، وقيل: لا يكمل.

ولا يصح تزويج من نكاحها فاسد قبل طلاق أو فسخ، فإن أبى الزوج فسخه حاكم، وظاهره لو زوجها قبل فسخه لم يصح مطلقاً «م» ومثله نظائره.

فإن زوجت نفسها بلا شهود ففي تزويجها قبل فرقة روايتان في الإرشاد، وهما في الرعاية، بلا ولي أو بدونهما «م ٣٩». وفي تعليق ابن المنى في انعقاد النكاح

أحدهما: لها الفسخ، وهو الصحيح، قال في تصحيح المقنع، في كتاب النفقات: هذا المشهور في المذهب. انتهى. واختاره أبو بكر، وقطع به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، وشرح ابن منجا، والنظم، والوجيز وغيرهم ورجحه في المغني، قال في الرعايتين والحاوي الصغير: لها الفسخ، في أصح الوجهين، وقدمه في المحرر والشرح، وغيرهما.

والوجه الثاني: ليس لها ذلك، اختاره ابن حامد والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم. وهو قوي.

المسألة الثانية - ٣٨: إذا أعسر بعد الدخول فهل لها الفسخ أم لا ؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والهادي، والنظم، وغيرهم.

أحدهما: لها الفسخ، قال في الرعايتين والحاوي الصغير: لها الفسخ، في أصح الوجهين، وقطع به في الوجيز وغيره، واختاره أبو بكر وغيره، وقدمه في المحرر وغيره. والوجه الثاني: ليس لها ذلك، قال في التصحيح: هذا المشهور في المذهب، واختاره ابن حامد والشيخ الموفق والشارح، وغيرهم. وهو الصواب، وقيل: إن أعسر بعد الدخول انبنى على منع نفسها لقبض صداقها بعد الدخول إن قلنا لها ذلك فلها الفسخ، وإلا فلا وهي طريقته في المغني، وشرح ابن منجا.

مسألة - ٣٩: قوله: فإن زوجت نفسها بلا شهود ففي تزويجها قبل فرقة روايتان في الإرشاد، وهما في الرعاية بلا ولي أو بدونهما. انتهى.

برجل وامرأتين أنه إذا عقد عليها عقدًا فاسدًا لا يجوز صحيح حتى تقضي بفسخ الأول، ولو سلمنا؛ فلأنه حرام، والحرام في حكم العدم.

وللموطوءة بشبهة مهر المثل، كبذل متلف، وكذا المكروهة على الزنا في قبل ولو من مجنون، ولا يلحقه نسبه، وعنه: المهر للبكر، اختاره أبو بكر، وعنه: مع أرش البكاره، وأطلق شيخنا رواية أنه لا مهر لمكروهة، واختارها، وأنه خييث. وظاهر كلامه: ولا بشبهة؛ لأنه قال: البضع إنما يتقوم على زوج أو شبهه فيملكه به.

وفي دبر وأمة أذنت وجهان «م ٤٠ و ٤١» وفي الانتصار: ولمطاوعة، ويسقط، وعنه: لا مهر لذات محرم، وعنه: تحرم بنتها، كلواط. وقال بعضهم: بخلاف مصاهرة؛ لأنه طارئ، قال الشيخ: ورضاع، ولو وطئ ميتة لزمه المهر، في ظاهر كلامهم، وهو متجه. وقيل: للقاضي: لو لم يبطل الإحرام بالموت لزمته الفدية إذا طيب، فقال: إنما تلزمه لأن وجوبها يتعلق بحصول الانتفاع بذلك، وبالموت يزول،

إحدهما: لا يصح، وهو المذهب، قاله في القواعد الأصولية وغيره، وهو ظاهر ما قدمه المصنف قبل هذا.

والرواية الثانية: يصح.

مسألة - ٤٠ و ٤١: قوله: «وفي دبر وأمة أذنت وجهان». انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٤٠: إذا وطئ في الدبر فهل يجب به مهر أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في تجريد العناية.

أحدهما: لا يجب، وهو الصحيح، اختاره الشيخ الموفق والشارح، وبه قطع في المغني، والكافي، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين والشرح، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والوجه الثاني: هو كالوطء في القبل، قطع به في المحرر.

المسألة الثانية - ٤١: لو أذنت الأمة في الوطء فوطئها فهل يجب المهر بذلك أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يجب، وهو الصحيح من المذهب قطع به في المغني، والشرح، وهو الصواب الذي لا يعدل عنه ويكون للسيد، وقد ذكر الأصحاب أنه لو غصبها ووطئها وجب المهر للسيد، ولو كانت مطاوعة وأذنت، وإذن الأمة لا يفيد شيئاً وليست مستحقة للمهر حتى يسقط بإذنها بإطلاق المصنف الخلاف في هذه المسألة فيه نظر واضح، بل الأولى أنه كان يقدم هذا.

والوجه الثاني: لا مهر لها، وهو ضعيف جداً، وفي صحته بعد، والله أعلم.

والمنع لحق الله، لا يزول بالموت، ولأنه باطل بالمحرم الميت في عهد رسول الله ﷺ، ولأنه لا يمتنع بقاء التحريم. ويزول الضمان بالمال، كما أن كسر عظم الميت محرم ولا ضمان، ووطء الميتة محرم ولا مهر ولا حد؛ فسوّى القاضي بين المهر والحد في النفي، فقد يتوجه منه استواءهما، فيثبت في هذا ما ثبت في هذا. ويتعدد المهر بتعدد الشبهة والزنا، لا بتكرر الوطء في الشبهة، قاله في الترغيب وغيره.

وذكر أبو يعلى الصغير، يتعدد بتعدد الوطء في الشبهة لا في نكاح فاسد. وفي المغني والنهاية وغيرهما في الكتابة: يتعدد في نكاح فاسد، ووطئه مكاتبته إن استوفت مهرًا عن الوطء الأول، وإلا فلا. وفي الانتصار وعيون المسائل والمغني: لا يتعدد في نكاح فاسد. وقاله في التعليق، كدخولها على أن تستحق مهرًا. وفيه بكل وطء في عقد فاسد مهر إن علم فساد، وإلا مهر واحد.

وفيه: في الكرهة: لا يتعدد لعدم التنقيص، كنكاح، وكاستواء موضحة. وفيه: لو أقر بوطئها بشبهة فلها المهر ولو سكنت؛ لأنه لا يتضمن إسقاطًا، ولو اعترف بنكاح أو بأن هذا ابنه منها فمهر مثلها؛ لأنه الظاهر، قاله في الترغيب. ومن نكاحها باطل إجماعًا كمكرهة. وفي الترغيب رواية: يلزمه المسمى. وذكر ابن عقيل: الرواية الثالثة: لا مهر لمحرمه بنسب.

ومن دفع غير زوجته فأذهب عذرتها لزمه أرش بكارتها، وعنه: مهر المثل، وخرج منها في الزوج كذلك، والمذهب: نصف المسمى. وإن مات أو طلق من دخل بها فوضعت في يومها ثم تزوجت فيه وطلق قبل دخوله ثم تزوجت من يومها من دخل بها فقد استحققت في يوم واحد بالنكاح مهرين ونصفًا، ذكره الشيخ في فتاويه، والله أعلم.

تنبيه: قوله: «وإن مات أو طلق من دخل بها فوضعت في يومها ثم تزوجت فيه فطلق قبل دخوله ثم تزوجت من يومها من دخل بها فقد استحققت في يوم واحد بالنكاح مهرين ونصفًا، ذكره الشيخ في فتاويه». انتهى.

في استحقاقها ذلك في يوم واحد نظر؛ لأن المهر الأول كان مستحقًا لها من حين العقد، لم يتجدد استحقاقه يوم الموت والطلاق، فلم يتجدد لها إلا مهر ونصف، نعم حلت في يوم واحد لثلاثة أزواج، وليس بكبير أمر، نبه عليه ابن نصر الله، قلت: يمكن أن يقال: إن صداق الأولى كان مؤجلًا، ومحله الموت أو الطلاق، عند الأصحاب، فما استحققت قبضه إلا ذلك اليوم، والله أعلم.

فهذه إحدى وأربعون مسألة في هذا الباب.

باب وليمة العرس

تستحب بالعقد، قاله ابن الجوزي، ولو بشاة فأقل. وقال ابن عقيل: ذكر أحمد أنها تجب ولو بها، للأمر. وقال ابن عقيل: السنة أن يكثر للبكر. ويجب في الأشهر عنه، قاله في الإفصاح إجابة داع مسلم يحرم هجره إن عينه أول مرة، والمنصوص: ومكسبه طيب، وعنه: أنه سئل فيمن عنده المخنثون يدعو بعد يوم وليسوا عنده: فخير، نقله بكر. ومنع في المنهاج من ظالم وفاسق ومبتدع ومفاخر بها، أو فيها مبتدع يتكلم ببدعته، إلا لرادّ عليه، وكذا مضحك بفحش أو كذب، وإلا أبيح القليل. وفي الترغيب: إن علم حضور الأردال ومن مجالستهم تزي بمثله لم تجب إجابته، ويأتي ما ذبح لغير الله. وقيل: الإجابة فرض كفاية، وقيل: مستحبة، وعنه: إن دعاه من يثق به فإجابته أفضل.

ويستحب ثاني مرة، ويكره في الثالثة، ونقل حنبل: إن أحب أجاب في الثاني، ولا يجيب في الثالث.

وإجابة ذمي ومن دعا الجفلى، نحو أذنت لمن شاء، قيل: بجوازهما، وقيل: يكره «م ١ و ٢». وقيل: له في رواية أبي داود: تجيب دعوة الذمي؟ قال: نعم، قيل:

مسألة - ١، ٢: قوله: «وإجابة ذمي ومن دعا الجفلى، نحو: أذنت لمن شاء، قيل: بجوازهما، وقيل: يكره»، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ١: إجابة الذمي هل تكره أو تجوز من غير كراهة؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: تكره، قطع به في الوجيز.

والوجه الثاني: لا تكره، قال الشيخ موفق: قال أصحابنا: لا يجب إجابة الذمي، ولكن يجوز، قال في الكافي: وتجاوز إجابته، قال ابن رزين في شرحه: وإن دعاه الذمي فلا بأس بإجابته، انتهى.

يأكل عند المجوسي؟ قال: لا بأس ما لم يأكل من قدورهم، ونصه إباحة بقية الدعوات، اختاره الأكثر، وعنه: تكره دعوة الختان، واستحب أبو حفص العكبري وغيره الجميع، كإجابتها، نص عليه، وأباحها في الموجز والمحزر، وظاهر رواية ابن منصور ومثنى: تجب، ونقل المروزي وغيره أنه وكَّد إجابة الدعوة وسهل في الختان، وعنه: غير الوليمة، أسهل وأخافه، واستحب في الغنية إجابة وليمة عرس، وكره حضور غيرها إن كان كما وصف النبي ﷺ: يمنع المحتاج ويحضر الغني^(١).

قال: ويكره لأهل الفضل والعلم التسرع إلى إجابة الطعام والتسامح؛ لأنه فيه ذلة ودناءة وشره، لا سيما الحاكم، ويأتي ذلك.

ويحرم فطر مَنْ صومه واجب، ويفطر متطوع، وقيل: إن جبر قلب داعيه، ويعلمهم بصومه، نص عليه، وقيل: نصه: يدعو وينصرف ويأكل مفطر إن شاء، قاله أحمد، وفي الواضح: ظاهر الحديث وجوبه وفاقاً للأصح للشافعية.

وفي مناظرات ابن عقيل: لو غمس أصبعه في ماء ومصها حصل به إرضاء الشرع وإزالة المأثم بإجماعنا، ومثله لا يعد إجابة عرفاً، بل استخفافاً بالداعي. ويحرم أخذ طعام، فإن علم بقرينة رضاً مالكة ففي الترغيب: يكره، ويتوجه: يباح، وأنه يكره مع ظنه رضاه.

ويغسل يديه، وعنه: يكره قبله، اختاره القاضي «و ش» وأطلقها جماعة، واستحبه في المذهب بعدما له غمر «و م» ويكره بطعام، ولا بأس بنخالة، وغسله في الإناء الذي أكل فيه، نص عليهما، قال بعضهم: ويكره بدقيق حمص وعدس وباقلاء

قلت: ظاهر كلام الإمام أحمد عدم الكراهة، وهو الصواب، وخرج الزركشي من رواية عدم جواز تهنتهم وعبادتهم عدم الجواز هنا.

المسألة الثانية - ٢: إذا دعا الجفلى هل تكره الإجابة أو تجوز من غير كراهة؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: تكره، وهو الصحيح، وبه قطع في الكافي، والرعائيتين، والوجيز وغيرهم. قال في المغني، والشرح: لم تجب ولم تستحب، انتهى. فيحتمل القولين. والوجه الثاني: تباح.

(١) يشير إلى ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٣٢) (١١٠) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: «شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها، ويُدعى إليها من يابها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله».

ونحوه، وفي المغني في خبر: الملح في معناه ما يشبهه، كدقيق الباقلاء، ونحوه ما يجلي، والغسل لما يفسده الصابون والخل، للخبر، ويلعق قبله أصابعه أو يلعقها ويعرض الماء لغسلهما، وتقدمه بقرب طعامه، ولا يعرضه. ذكره في التبصرة، ويسمي، ويأكل بيمينه، ويحمد إذا فرغ، وقيل: يجيز، قال الأصحاب: يقول: باسم الله. وفي الخبر المشهور: «فليقل: باسم الله أوله وآخره»، قال شيخنا: ولو زاد: «الرحمن الرحيم»، عند الأكل كان حسناً، فإنه أكمل، بخلاف الذبح، فإنه قد قيل: لا يناسب ذلك، ونقل ابن هانئ أنه جعل عند كل لقمة يسمي ويحمد.

قال الإمام أحمد: يأكل بالسرور مع الإخوان، وبالإيثار مع الفقراء، وبالمروءة مع أبناء الدنيا، وأكل وحمد خير من أكل وصمت.

ويأكل بثلاث أصابع، مما يليه، قال جماعة: والطعام نوع واحد. وقال الآمدي: لا بأس وهو وحده. وقال ابن حامد: ويخلع نعليه. ويكره عيب طعام، وحرّمه في الغنية، ونفخه فيه، وقال الآمدي: لا وهو حار. وأكله حاراً، وفعل ما يستقذره من غيره، ورفع يده قبلهم بلا قرينة، ومدح طعامه وتقويمه، وحرّمهما في الغنية. وفي المنهاج وحده ولا يستأذنهم في تقدمه، وتنفسه في إناء، وأكله من وسطه وأعلاه، قال أحمد. وأكله ومتكئاً، وفي الغنية: وعلى الطريق.

وقرانه في التمر، قيل: مطلقاً، وقيل: مع شريك لم يأذن «م ٣» قال في الترغيب وشيخنا: ومثله قران ما العادة جارية بتناوله إفراداً. نقل مهنا: أكره أن يستعمل الخبز على المائدة، وسفيان يكره أن توضع القصعة التي على الخوان على الرغيف، لأنه من زي العجم، وحرّم الآمدي وضعه تحتها، وكرهه غيره، وذكر معمر أن أبا أسامة قدم لهم طعاماً فكسر الخبز، قال أحمد: لئلا يعرفوا كم يأكلون. وله قطع لحم بسكين، والنهي لا يصح، قاله الإمام أحمد، واحتجوا بنهي ضعيف على

مسألة - ٣: قوله: «وقرانه في التمر قيل: مطلقاً، وقيل: مع شريك لم يأذن»، انتهى. يعني هل يكره القران مطلقاً أو مع شريك لم يأذن؟ أطلق الخلاف.

والقول الأول: هو الصحيح، قدمه السامري وابن حمدان في آداب كتبهما، والناظم والمصنف في آدابهما.

والقول الثاني: اختاره بعض الأصحاب، قال أبو الفرج في كتابه الذي في أصول الفقه: لا يكره القران. وقال ابن عقيل في الواضح: الأولى تركه. وقال في الرعاية: لا يكره إذا أكل وحده أو مع أهله أو من أطعمهم ذلك، انتهى.

قد يؤخذ من كلام الشيرازي وابن حمدان قولاً آخران.

الكراهة، وعلى قول فيتوجه هنا مثله «و ش» بلا حاجة. قال في رواية عبد الله: عن ابن عمر: ترك الخلال يوهن الأسنان، وروى أبو نعيم الحافظ وغيره من رواية واصل بن السائب - وهو ضعيف - عن أيوب مرفوعاً قال: «حبذا المتخللون من الطعام، وتخللوا من الطعام، فإنه ليس شيء أشد على الملك الذي على العبد أن يجد من أحكم ريح الطعام»^(١) قال الأطباء: وهو نافع أيضاً للثة ومن تغير النكهة.

نقل أبو داود: لا بأس أن يتناهد في الطعام ويتصدق منه، لم يزل الناس يفعلون هذا، ويتوجه رواية: لا يتصدق بلا إذن، ويجوز أكله كثيراً بحيث لا يؤذيه، قاله في الترغيب، وهو مراد من أطلق. وفي الغنية: يكره مع خوف تخمة، وكره شيخنا أكله حتى يتخم، وحرمة أيضاً، وحرمة الإسراف، وهو مجاوزة الحد.

قال أحمد في أكله قليلاً: ما يعجبني، وقال: ما أرى أنه يجد من قلبه رقة وهو يشبع، وقال: يؤجر في ترك الشهوات. ومراده: ما لم يخالف الشرع، وقال لإنسان يأكل معه: كل ولا تحشم، فإن الأكل أهون مما يحلف عليه. ولا يكره شربه قائماً، نقله الجماعة، وعنه: بلى، وجزم به في الإرشاد، واختاره شيخنا، وسأله صالح عن شربه قائماً في نفس ونائماً، قال: أرجو، ويتوجه كأكل، وظاهر كلامهم: لا يكره أكله قائماً، ويتوجه كشرب، قاله شيخنا.

وكره الإمام أحمد الشرب من في السقاء، واختناث الأسقية، وهو قلبها، والجلوس بين ظل وشمس، والنوم بعد العصر، وعلى سطح غير محجر، واستحب القائلة نصف النهار والنوم إذن. وقال ابن الجوزي: ويجتهد في الانتباه قبل الزوال. وما جرت العادة به، كإطعام سائل وسنور وتلقيم وتقديم وتأخير يحتمل كلامهم وجهين، وجوازه أظهر «م ٤».

مسألة - ٤: قوله: «وما جرت العادة به، كإطعام سائل وسنور وتلقيم: وتقديم وتأخير يحتمل كلامهم وجهين، وجوازه أظهر»، انتهى.

قال المصنف في آدابه الكبرى: الأولى جوازه. وقال الشيخ عبد القادر: يكره أن يلقم من حضر معه لأنه يأكل على ملك صاحبه على وجه الإباحة. وقال بعض الأصحاب: من الآداب ألا يلقم أحداً يأكل معه إلا بإذن مالك الطعام، قال في الآداب: وهذا يدل على جواز ذلك، عملاً بالعادة والعرف، لكن الأدب والأولى الكف عن ذلك،

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤١٦/٥) والطبراني في معجمه الكبير (١٧٧/٤) وإسناده ضعيف، وانظر الإرواء برقم (١٩٧٥).

وإذا شرب ناوله الأيمن، وفي الترغيب: وكذا في غسل يده.

فصل

ويحرم أكله بلا إذن صريح أو قرينة، كدعائه إليه. نص عليه، ولو من بيت قريبه أو صديقه ولم يحزره عنه، نقله ابن القاسم وابن النضر، وجزم به في الجامع، وظاهر كلام ابن الجوزي وغيره: يجوز، واختاره شيخنا، وهو أظهر. وجزم القاضي في المجرد وابن عقيل: في الفصول في آخر الغصب فيمن كتب من محبرة غيره: يجوز في حق من ينسب إليه ويأذن له عرفاً، وليس الدعاء إذناً للدخول في ظاهر كلامهم، خلافاً للمغني. وفي الغنية: لا يحتاج بعد تقديم الطعام إذناً إذا جرت العادة في ذلك البلد بالأكل بذلك، فيكون العرف إذناً.

فإن دعاه اثنان قدم أسبقهما، وحكى: هل للسبق بالقول أو الباب؟ فيه وجهان «م ٥» ثم أقربهما، قال في المغني والكافي: جواراً ثم رحماً. وفي المحرر والرعاية عكسه. وفي المقنع والمستوعب: يقدم أسبقهما ثم أدينيهما ثم أقربهما جواراً، وقيل: الأدين بعد الأقرب جواراً، ثم يقرع «م ٦».

لما فيه من إساءة الأدب على صاحبه والإقدام على طعامه ببعض التصرف من غير إذن صريح، وفي معنى ذلك تقديم بعض الضيفان ما لديه ونقله إلى البعض الآخر، لكن لا ينبغي لفاعل ذلك أن يسقط حق جلسه من ذلك، والقرينة تقوم مقام الإذن في ذلك. وقال في الفنون، كنت أقول: لا يجوز للقوم أن يقدم بعضهم لبعض ولا السنور، حتى وجدت في صحيح البخاري حديث أنس في الدباء، انتهى.

مسألة - ٥: قوله: «فإن دعاه اثنان قدم أسبقهما، وحكى هل سبق بالقول أو الباب؟ فيه وجهان»، انتهى.

أحدهما: السابق بالقول، وهو الصواب، وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، ولا سيما في المغني، والشرح، الرعاية والوجيز وتجريد العناية وغيرهم.

والوجه الثاني: السابق بالباب، قلت: وهو ضعيف، وإطلاق المصنف فيه شيء ولكن أتى في إطلاق الخلاف بصيغة التمريض، والصواب الأول.

مسألة - ٦: قوله: «ثم أقربهما، قال في المغني، والكافي: جواراً ثم رحماً، وفي المحرر والرعاية: عكسه. وفي المقنع، والمستوعب: يقدم أسبقهما ثم أدينيهما ثم أقربهما جواراً، وقيل: الأدين بعد الأقرب جواراً، ثم يقرع، انتهى.

ما قاله في المقنع، والمستوعب، قاله في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب،

وإن علم ثَمَّ منكراً يقدر يغيره حضر وغيره، وإلا امتنع، وإن علم بعد حضوره أزاله، فإن عجز خرج، وخرج أحمد من وليمة فيها آنية فضة، فقال الداعي: نحولها، فلم يرجع، نقله حنبل، وإن علم به ولم يره ولم يسمعه خير، قال أحمد: لا بأس. وفي المذهب والمستوعب: لا ينصرف، وقاله أحمد، وإن وجب الإنكار على قول أو رواية فكما تقدم.

فإن ستر الجدر بغير حرير وصورة حيوان، فعنه: يحرم، وعنه: يكره، ففي جواز خروجه لأجله وجهان، «م ٧ و ٨» ونقل ابن هانئ وغيره: ما كان فيه شيء من زي العجم وشبهه فلا يدخل، ونقل ابن منصور: لا بأس أن لا يدخل، قال: لا لريحان منضد، وذكر ابن عقيل: أن النهي عن التشبه بالعجم للتحريم، ونقل جعفر: لا يشهد عرساً فيه طبل أو مخنث أو غناء أو تستر الحيطان، ويخرج لصورة على الجدار، ونقل الأثرم والفضل: لا لصورة على ستر لم يستر به الجدر.

وفي تحريم دخوله منزلاً فيه صورة حيوان على وجه محرم ولبثه فيه وجهان «م

والهادي. وقال في الخلاصة: والكافي، ونهاية ابن رزين: فإن استويا أجاب أقربهما باباً، زاد في الخلاصة: وتقدم إجابة الفقير منهما، وزاد في الكافي: فإن استويا أجاب أقربهما رحمًا، فإن استويا أجاب أدينيهما، فإن استويا أقرع بينهما. وكذا قال في المغني، والشرح، وما قاله في المحرر قطع به في النظم والوجيز والحاوي الصغير، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. وقدمه في الرعايتين، وفي تجريد العناية: أدين ثم أقرب جواراً ثم رحمًا ثم قارع، وفي الفصول: إن لم يسبق أحدهما الآخر فقال أصحابنا: ينظر أقربهما داراً فيقدم في الإجابة. وفي البلغة: فإن استويا أجاب أقربهما جواراً، فإن استويا قدم أدينيهما، انتهى. قلت: الصواب تقديم الأدين ثم الأقرب جواراً ثم رحمًا ثم قرعة.

مسألة - ٧ - ٨: قوله: «فإن ستر الجدر بغير حرير وصورة حيوان فعنه: يحرم، وعنه: يكره، ففي جواز خروجه لأجله وجهان»، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٧: إذا ستر الجدر بغير حرير وصورة حيوان فهل يحرم ذلك أم يكره؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمغني، والمقنع، والمحرر، والشرح، والنظم، وغيرهم.

إحداهما: يكره، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر، واختاره الشيخ الموفق، وبه قطع في المغني، والشرح، في موضع، وشرح ابن رزين، والوجيز وغيرهم. وقدمه في البلغة والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

والرواية الثانية: يحرم.

٩ و١٠». وله دخول بيعة وكنيسة والصلاة فيهما، وعنه: يكره، وعنه: مع صُور، وظاهر كلام جماعة تحريم دخوله معهما. وقاله شيخنا، وإنها كالمسجد على القبر، وقال: وليست ملكًا لأحد، وليس لهم منع من يعبد الله، لأننا صالحناهم عليه، والعابد بينهم وبين الغافلين أعظم أجرًا.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم تكن حاجة، فإن كان ثم حاجة من حر أو برد فلا بأس به، ذكره الشيخ الموفق والشارح، وابن رزين وغيرهم. وهو واضح.

المسألة الثانية - ٨: إذا قلنا: يكره فهل يجوز خروجه لأجل ذلك أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يكون عذرًا في الخروج، وهو الصحيح، قطع به في المغني، والشرح، وقدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: لا يكون عذرًا، وهو الصواب، والواجب لا يترك لمكروه، والله أعلم، ثم وجدت ابن نصر الله في حواشيه قال: أظهرهما لا يخرج، وقال في الخلاصة: وإذا حضر فرأى ستورًا معلقة لا صور عليها فهل يجلس فيه روايتان، أصلهما هل هو حرام أم مكروه؟ فهذه الطريقة مخالفة لظاهر ما قال المصنف: إن محل الخلاف على القول بالكراهة.

مسألة - ٩، ١٠: قوله: «وفي تحريم دخوله منزلاً فيه صورة حيوان على وجه محرم ولبثه فيه وجهان»، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٩: هل يحرم دخوله منزلاً فيه صورة حيوان على وجه محرم أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يحرم، وهو الصحيح، قطع به في المغني، والشرح، ونصراه.

والوجه الثاني: يحرم.

المسألة الثانية - ١٠: هل يحرم لبثه في منزل فيه صورة حيوان على وجه محرم أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يحرم، وهو ظاهر ما قطع به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمقنع، والرعايتين، والحاوي الصغير، والوجيز وغيرهم. حيث قالوا: إذا رأى ذلك خرج.

والوجه الثاني: لا يحرم، قطع به في المغني، والشرح، وشرح ابن رزين، وغيرهم. وقالوا: هو ظاهر كلام الإمام أحمد، ونصروه، وهو الصحيح.

ويحرم شهود عيد ليهود أو نصارى، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ﴾ [الفرقان: ٧٢] نقله مهنا. وقاله الآمدي، وترجمه الخلال بالكراهة، وفيه تنبيه على المنع أن يفعل كفعالهم، قاله شيخنا، لا يبيع لهم فيها، نقله مهنا، وحرمة شيخنا، وخرجه على ما ذكره من روايتين منصوصتين في حمل التجارة إلى دار حرب، وأن مثله مهاداتهم لعيدهم، وجزم غيره بكراهة التجارة والسفر إلى أرض كفر ونحوه. وقال شيخنا أيضاً: لا يمنع منه إذا لم يلزمه بفعل محرم أو ترك واجب، وينكر ما يشاهده من المنكر بحسبه.

قال: ويحرم بيع ما يعملون به كنيسة أو تمثالاً ونحوه، قال: وكل ما فيه تخصيص لعيدهم وتمييز له فلا أعلم خلافاً أنه من التشبه، والتشبه بالكفار منهي عنه (ع).

قال: ولا ينبغي إجابة هذه الوليمة، قال: ولما صارت العمامة الصفراء والزرقاء من شعارهم لم يجز لبسها، فكيف بمن يشاركهم في عباداتهم وشرائع دينهم؟ بل ليس لمسلم أن يخص مواسمهم بشيء مما يخصونها به، وليس لأحد أن يجيب دعوة مسلم في ذلك، ويحرم الأكل والذبح، ولو أنه فعله، لأنه اعتاده وليفرح أهله، ويعزر إن عاد.

وذكر القاضي في التطوع في أوقات النهي يوم عرفة إذا صادف يوم الجمعة، ومن عادته صيامه نقل الأثر: إن صامه مفرداً فهذا لا يعتمد صومه خاصة، إنما كره أن يعتمد الجمعة، وكذا نقل أبو طالب: يصومه، وكذا قال في رواية أبي الحارث: ما أحب لرجل أن يعتمد الحلواء واللحم لمكان النيروز، لأنه من زي الأعاجم، إلا أن يوافق ذلك وقتاً كان يفعل هذا فيه، قال القاضي: إنما جاز ذلك؛ لأنه إنما منع من فضل النفقة يوم النيروز، لئلا يؤدي إلى تعظيم ذلك اليوم، وإذا وافق عادة فلم يوجد ذلك، فلهذا جاز ومثله هنا منع من صوم يوم الجمعة مفرداً تشبهاً بيوم العيد، فإذا صادف عادة فلم يوجد ذلك المعنى، ولا يلزم على هذا يوماً العيدين وأيام التشريق، لأنها لا تقبل الصوم، كزمن ليل وحوض، ويوم الجمعة يقبل الصوم، وهو الفرض، ولأن الشرع ورد بأن الصوم إذا وافق عادة جاز وإن كان الوقت منهياً عنه، بدليل الخبر: «لا تقدموا رمضان»^(١).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٩١٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٠٨٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين، إلا رجل كان يصوم صوماً فليصمه».

قال ابن هانئ: رأيت أبا عبد الله أعطى ابنه درهمًا يوم النيروز وقال: اذهب به إلى المعلم، وسئل في رواية أبي داود عن المسلم يعلم ولد المجوسي واليهودي والنصراني، قال: لا يعجبني.

وأما موسم خاص، كالرغائب وليلة النصف، فلعل ظاهر كلامهم لا يكره، وكرهه شيخنا، وأنه بدعة، ولعله ظاهر تعليل أحمد بزي الأعاجم، قال: وقد كره طوائف من الأئمة والسلف كأئس والحسن وأحمد صوم أعيادهم لأن فيه نوع تعظيم لها، فكيف بتخصيصها بنظير ما يفعلونه؟ بل نهى أئمة الدين عما ابتدعه الناس، كما يفعلونه يوم عاشوراء أو في رجب وليلة نصف شعبان، ونحو ذلك من الصلاة والاجتماع والأطعمة والزينة وغير ذلك، فكيف بأعياد المشركين؟ والناهي عن هذه المنكرات مطيع لله ورسوله، والمجاهد في ذلك من المجاهدين في سبيل الله، وذكر في موضع آخر أنه لا يجوز تخصيص ذلك بطعام غيره، وسبق في اللباس التشبه أيضًا.

ويكره النثار والتقاطه، وعنه: إباحتهما، اختاره أبو بكر، كقول المضحى: من شاء اقتطع، وعنه: لا يعجبني، هذه نهبة لا تؤكل. وفرق ابن شهاب وغيره بأنه بذبحه أزال ملكه، والمساكين عنده سواء والنثر لا يزيل الملك، وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحبه، ويملكه من أخذه أو وقع في حجره، وقيل: بقصد.

ولا يكره دف في عرس، والمنصوص: ونحوه. وقال الشيخ وغيره: وإن أصحابنا كرهوه في غير عرس، وكرهه القاضي وغيره في غير عرس وختان، ويكره لرجل للتشبه، ويحرم كل ملهاة سواه، كمزمار وطنبور ورباب وجنك، قال في المستوعب والترغيب: سواء استعملت لحزن أو سرور، وسأله ابن الحكم عن النفخ في القصبة كالمزمار قال: أكرهه.

وفي القضيبي وجهان «م ١١» وفي المغني: لا يكره إلا مع تصفيق أو غناء أو

مسألة - ١١: قوله: «وفي القضيبي وجهان»، انتهى. يعني هل يحرم اللعب بالقضيبي أم لا:

أحدهما: لا يحرم، بل يكره، وبه قطع في آداب المستوعب، وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

والوجه الثاني: يحرم، وهو الصواب، وبه قطع ابن عبدوس في تذكرته.

فهذه إحدى عشرة مسألة في هذا الباب.

رقص ونحوه، وكره أحمد الطبل لغير حرب، واستحبه ابن عقيل: فيه، لتنهض طباع الأولياء وكشف صدور الأعداء، وليس عبثًا، وقد أرسل الله الرياح والريعود قبل الغيث، والنفخ في الصور قبل البعث، وضرب الدف في النكاح، والحج: العج والشج.

واستحب أحمد الصوت في عرس، وكذا الدف، قال الشيخ: لنساء، وظاهر نصوصه وكلام الأصحاب التسوية، قيل: له في رواية المروزي: ما ترى للناس اليوم تحرك الدف في إملاك أو بناء بلا غناء، فلم يكره ذلك. وقيل: له في رواية جعفر: يكون فيه جرس، قال: لا، ونقل حنبل: لا بأس بالصوت والدف فيه وأنه قال: أكره الطبل، وهو الكوبة، نهى عنه النبي ﷺ، ونقل ابن منصور: الطبل ليس فيه رخصة.

وفي عيون المسائل وغيرها في من أتلف آلة لهو: الدف مندوب إليه في النكاح، لأمر الشارع، بخلاف العود والطبل فإنه لا يباح استعماله والتلهي به بحال. وسئل أحمد عن القصائد قال: أكرهه، وقال: بدعة لا يجالسون، وكره التغبير، ونهى عن استماعه وقال: بدعة ومحدث، ونقل أبو داود: لا يعجبني، ونقل يوسف: لا يستمعه، وقيل: هو بدعة؟ قال: حسبك.

وفي المستوعب: منع من اسم البدعة عليه ومن تحريمه، لأنه شعر ملحن كالحدا، والحدو للابل ونحوه، واحتج قبل هذا بكراهة أحمد له على تحريم الغناء، ومن علم أنه إذا سمعه زال عقله حرم، وإن كان تارة وتارة لم يكره، ذكره في الفنون، ويتوجه: يكره، قال: والوعاظ المنشدون لغزل الأشعار، وذكر العشاق كالمغني والنائح يجب تعزيرهم، لأنهم يهيجون الطباع. ونقل إبراهيم بن عبد الله القلانسي أن أحمد قال عن الصوفية: لا أعلم أقوامًا أفضل منهم، قيل: إنهم يستمعون ويتواجدون، قال: دعوهم يفرحون مع الله ساعة، قيل: فمنهم من يموت ومنهم من يغشى عليه، فقال: ﴿وَبَدَأَ لَهُمْ مِنِ اللَّهِ مَا لَمْ يَكُونُوا يَحْتَسِبُونَ﴾ [الزمر: ٤٧] ولعل مراده سماع القرآن، وعذرهم لقوة الوارد، كما عذر يحيى القطان في الغشي، وقد قال أحمد لإسماعيل بن إسحاق الثقفي وقد سمع عنده كلام الحارث المحاسبي ورأى أصحابه: ما أعلم أنني رأيت مثلهم، ولا سمعت في علم الحقائق مثل كلام هذا الرجل، ولا أرى لك صحبتهم، وقد نهى عن كتابة كلام منصور بن عمار والاستماع للقاص به، قال أبو الحسين: لئلا يلهونه عن الكتاب والسنة لا غير، وأنكر الآجري وابن بطة وغيرهما هذا السماع. وفي الغنية: يكره تحريق الثياب في حق المتواجد عند السماع، قال: ويجوز سماع القول بالقضيب، ويكره الرقص.

باب عشرة النساء

يلزم الزوجين العشرة بالمعروف، واجتناب تكره بذله لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قال ابن الجوزي وغيره: وهو المعاشرة الحسنة والصحبة الجميلة. قالوا: قال ابن عباس: إني لأحب أن أترين للمرأة كما أحب أن تترين لي، لهذه الآية وإسناده حسن، فدل ذلك أنه يلزم تحسين الخلق والرفق، واستحبهما في المغني. واحتمال الأذى، وقال عز وجل ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيجعلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ١٩] قال ابن الجوزي وغيره: قال ابن عباس رضي الله عنه: ربما رزق منها ولدًا فجعل فيه خيرًا كثيرًا. قال: وقد نذبت الآية إلى إمساك المرأة مع الكراهة لها، ونهت على معنيين: أحدهما: أن الإنسان لا يعلم وجوه الصلاح فربّ مكروه عاد محمودًا، ومحمود عاد مذمومًا.

والثاني: أنه لا يكاد يجد محبوبًا ليس فيه ما يكره، فليصبر على ما يكره لما يحب، وأنشدوا في هذا المعنى:

ومن لم يغمض عينه عن صديقه وعن بعض ما فيه يمت وهو عاتب
ومن يتتبع جاهدًا كل عشرة يجدها ولا يسلم له الدهر صاحب

وقال ابن الجوزي في كتابه السر المصون: معاشرة المرأة بالتلطف مع إقامة الهيبة، ولا ينبغي له أن يعلمها قدر ماله فتتسبط في الطلب، وإن كان قليلًا احتقرته، وربما نفرت، ولا يفشي إليها سرًا يخاف من إذاعته، ولا يكثر من الهبة لها، فربما استوثقت ثم نفرت، وقد رأينا جماعة أطلعوا نساءهم على الأسرار، وسلموا إليهن الأموال، لقوة محبتهم لهن، والمحبة تتغير، فلما ملّوا أرادوا الخلاص فصعب عليهم، فصاروا كالأسرى.

ولا ينبغي للعاقل أن يدخل في أمر حتى يدبر الخروج منه، وليكن للرجل بيت

وللمرأة بيت، وله فراش ولها فراش، ولا يلقاها إلا في وقت معلوم بينهما، لتتھيا له، فالبعد وقت النوم أصل عظيم، لئلا يحدث ما ينفر، وعلى قياسه اللقاء وقت الأوساخ. قال بعض الحكماء: من نام إلى جانب محبوبه فرأى منه ما يكره سلاه. وحكي أن كسرى نظر يوماً إلى مطبخه وكيف تسليخ فيه الغنم فعافته نفسه، وبقي أياماً لا يأكل اللحم، فشكا ذلك إلى بزرجمهر، فقال: أيها الملك، الطعام على الخوان، والمرأة على الفراش. وما أحسن ما قال، فإن عيوب جسد الإنسان كثيرة، ولهذا أقول: لا ينبغي أن يتجرد أحد الزوجين ليراه الآخر، وخصوصاً العورات، قال ابن عبد البر: لما زوج أسماء بن خارجة ابنته دخل عليها ليلة بنائها فقال: يا بنية إن كان النساء أحق بتأديبك فلا بد من تأديبك: كوني لزوجك أمة يكن لك عبداً، ولا تقربي منه جداً فيملك أو تمليه، ولا تباعدي منه فتثقلي عليه، وكوني له كما قلت لأملك:

خذني العفو مني تستديمي مودتي ولا تنطقي في سورتني حين أغضب
ولا تنقريني نقرة الدف مرة فإنك لا تدريين كيف المغيب
فإني رأيت الحب في القلب والأذى إذا اجتمعا لم يلبث الحب يذهب
وليكن غيوراً. قال النبي ﷺ: «إياكم والدخول على النساء» قيل: أفرأيت الحمو؟ قال: «الحمو الموت»^(١).

وقال: «أتعجبون من غيرة سعد؟ لأننا أغير منه، والله أغير مني، من أجل ذلك حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن»^(٢).
قال الشاعر:

لا يأمّن على النساء أخٌ أخا ما في الرجال على النساء أمين
إن الأمين وإن تحفظ جهده لا بد أن بنظرة سيخون
وقال ابن عبد البر: قال سليمان بن داود - عليهما السلام - لابنه: يا بني، لا تكثر الغيرة على أهلِكَ من غير ريبة فترمي بالشر من أجلك وإن كانت بريئة.
ويلزم تسليم الحرة التي يوطأ مثلها، ونصه: بنت تسع، بطله في بيته. وتسلمها إن بذلته، فإن اشترطت بيتها ففيه أو بيته، ولا لزوم مع ما يمنع الاستمتاع بالكلية ويرجى زواله، كإحرام ومرض وصغر، ولو قال: لا أطأ.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢٣٢) ومسلم في صحيحه برقم (٢١٧٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٨٤٦، ٧٤١٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٩٩).

وفي حائض احتمالان «م ١» بل نضوة الخلقة، فلو خشي عليها استمتع كحائض. وتقبل امرأة ثقة في ضيق فرجها وقروح به، وعباله ذكره ونحوه، وتنظرهما وقت اجتماعهما، للحاجة، ومتى امتنعت قبل المرض ثم حدث فلا نفقة، ولو أنكر أن وطأه يؤذيها لزمته البيئة، وإن استمهل أحدهما لزم إمهاله العادة، لا لعمل الجهاز - بفتح الجيم وكسرهما - وقيل: ثلاثة أيام. وفي الغنية: إن استمهلت هي وأهلها استحسب له إجابتهم ما يعلم به التهيؤ من شراء جهاز وترين. وولي من به صغر أو جنون مثله.

وتسلم الأمة كما تقدم ليلاً، وكذا نهاراً بشرط أو ببذل السيد، فإن بذله وقد شرطه لنفسه فوجهان «م ٢».

وللزواج حتى العبد السفر بلا إذنها وبها ما لم تشترط بلدها أو تكن أمة، وفي ملك السيد له بلا إذن زوج صحبه أم لا وجهان «م ٣»، وعليهما يبنني لو بوأها مسكناً ليأتيها الزوج فيه هل يلزمه؟ قاله في الترغيب.

مسألة - ١: قوله: «وفي حائض احتمالان»، يعني هل يلزم تسليمها إلى الزوج إذا كانت حائضاً أو ينتظر طهرها؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح.

أحدهما: يلزم التسليم، وبه قطع في المغني، في باب الحال التي تجب فيها النفقة، وكذلك ابن رزين في شرحه، وكذلك الشارح في كتاب النفقات.

والوجه الثاني: لا يلزمه. قلت: وهو أصح من الأول، بل لو قيل بالكراهة لاتجه، أو ينظر إلى قرينة الحال، وهو الصواب.

مسألة - ٢: قوله: «ويسلم الأمة ليلاً، وكذا نهاراً بشرط أو ببذل السيد، فإن بذله وقد شرطه لنفسه فوجهان». انتهى. وأطلقهما في المحرر والنظم، والرعاية الصغرى، والزرکشي، وغيرهم.

أحدهما: يجب تسليمها، قدمه في الرعاية الكبرى، وصححه في تصحيح المحرر. والوجه الثاني: لا يلزمه تسليمها، وهو قوي.

مسألة - ٣: قوله: «وللزواج حتى العبد السفر بلا إذنها وبها ما لم تشترط بلدها أو تكن أمة، وفي ملك السيد له بلا إذن زوج صحبه أم لا وجهان»، انتهى. وهما احتمالان مطلقان في المغني، والشرح، وأطلقهما في النظم.

أحدهما: له ذلك من غير إذنه، وقطع به في المنور، والقاضي في المجرد، نقله المجد، وقدمه في الرايعيتين.

وله السفر بعبد المزوَّج، واستخدامه نهارًا، وإن قلنا: النفقة والمهر في كسبه لم يمنعه منه.

ولو قال السيد: بعتهَا، قال: زوجتنيها وجب تسلمها للزوج، وتحل له، لاتفاقهما على استحقاقه لها، ويلزمه الأقل من ثمنها أو مهرها، ويحلف لثمن زائد، فإن نكل لزمه، وعند القاضي: لا مهر ولا ثمن، ولا يمين عنده على البائع، لأنه لا يراها في نكاح، وذكر الأزجي مثله إلا في اليمين، وقال: وإن نكل أحدهما عنها قضى عليه وثبت ما يدعيه الآخر من بيع أو زوجية، وإن أولدها فهو حر ولا ولاء عليه، ولا ترد الأمة إليه، لاعترافه بأنها أم ولد، ونفقتة على أبيه، ونفقتها على الزوج. وقال الأزجي: إن قلنا: لا تحل له فهل هي على مالكة السابق أم في كسبها؟ فيه احتمالان، وعند القاضي في كسبها، فإن ماتت فللبائع منه قدر ثمنها وبقيته موقوف حتى يصطلحا، وإن ماتت بعد الواطئ ماتت حرة وورثها ولدها وورثتها، وإلا فهو موقوف، وليس لسيدها أخذ قدر ثمنها، لأنه لا يدعيه على الواطئ، وإن رجع البائع فصدقه لم يقبل في إسقاط حرية ولد واسترجاعها إن صارت أم ولد، ويقبل في غيرهما، وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ولزمه الثمن، قال الشيخ في فتاويه: ذكرها الشيخ في أواخر باب ما إذا وصل بإقراره ما يغيره.

وقال الأزجي: إذا كان التنازع قبل الاستيلاء تحالفا، فإذا تحالفا فلا مهر ولا ثمن، وترد إلى سيدها، قيل: ترجع إليه رجوع البائع في السلعة إذا أفلس المشتري وتعذر الثمن، فيحتاج السيد أن يقول: فسخت البيع وتعود ملكًا ظاهرًا وباطنًا، وقيل: ترجع رجوع من لزمه دين فلم يقضه، فيبيعها ويستوفي حقه، وما فضل تحيل في رده إلى مستحقه فإن أمسكها البائع على بقية الثمن وفسخ البيع لتعذر الثمن واسترجعها وكان صادقًا حلت له، وإلا حلت ظاهرًا.

وله الاستمتاع في قُبُل ولو من جهة العجيزة، وقال ابن الجوزي في كتابه السر المصون: كره العلماء الوطء بين الأليتين لأنه يدعو إلى الوطء في الدبر، وجزم به في الفصول، كذا قالوا، ما لم يضر أو يشغل عن فرض، ولو كانت على التنور أو على ظهر قتب، كما رواه أحمد وغيره عنه رحمهما الله.

ولا تطوع بصلاة وصوم إلا بإذنه، نقله حنبل، وأنها تطيعه في كل ما أمرها به من الطاعة.

ويحرم وطؤه في دبر، فإن تطاوعا فرق بينهما، ويعزر عالم تحريمه. وليس لها استدخال ذكره وهو نائم بلا إذنه، بل القُبلة واللمس لشهوة، ذكره في الرعاية، قال

ابن عقيل: في استدخاله: لا يجوز، لأن الزوج يملك العقد وحبسها. ويحرم عزله بلا إذن حرة وسيد أمة، وقيل: إزنها، وقيل: يباح مطلقاً، وقيل: عكسه ولا إذن لسريته، وفي أم ولد وجهان، في الترغيب «م ٤».

وعليه الوطء في كل ثلث سنة مرة إن قدر، وقيل: العرف، وبيت ليلة من أربع عند الحرة بطلبها، والأمة من سبع، واختار الشيخ وجزم به في التبصرة من ثمان، وله الانفراد في البقية، قال أحمد: لا بيت وحده ما أحب ذلك إلا أن يضطر، وقاله في سفره وحده، وعنه: لا يعجبني، ولأحمد عن أيوب بن النجار، عن طيب بن محمد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً أنه ﷺ لعن المتشبهين بالنساء والمتشبهات بالرجال، والمتبتلين الذين يقولون: لا ننزج، والمتبتلات اللاتي يقلن ذلك، وراكب الفلاة وحده، والبائت وحده^(١). طيبٌ قيل: لا يكاد يعرف، وله مناكير، وذكر العقيلي: وإن أبى ذلك بلا عذر لأحدهما فرق بينهما بطلبها، ولو قبل الدخول، نص عليه، لأنه في معنى مؤل، وفي الترغيب: هو صحيح المذهب.

والمدة من تركه، ويعلم قصد الإضرار بقرائن، وعنه: لا يفرق، وفي المغني: هو ظاهر قول أصحابنا، وكذا لو ظاهر ولم يكفر، وعنه: لا يلزم وطء ولا مبيت إن لم يتركهما ضراراً، ولم يعتبر ابن عقيل: قصد الإضرار بتركه الوطء كالمبيت، قال: وكلام أحمد غالباً يشهد لهذا القول، ولا عبرة بالقصد في حق الآدمي، وخرج كلام أحمد في قصد الإضرار على الغالب، كذا قال، فيلزمه أنه لا فائدة في الإيلاء، وأما إذا اعتبر قصد الإضرار فالإيلاء دل على قصد الإضرار، فيكفي ولو لم يظهر منه قصده. وقال شيخنا: خرج ابن عقيل: قولاً: لها الفسخ بالغيبة المضرة بها، ولو لم يكن مفقوداً، كما لو كوتب فلم يحضر بلا عذر. وفي المغني في امرأة من علم خبره كأسير ومحبوس: لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله وإلا فلا «ع» قال شيخنا: لا

والوجه الثاني: ليس له ذلك. قلت: وهو قوي جداً، ولا سيما إذا لم يصحبه، وصححه في تصحيح المحرر. قال المجد: قطع به القاضي في التعليق، وهو الصواب.

مسألة - ٤: قوله: في العزل: «ولا إذن لسريته، وفي أم ولد وجهان في الترغيب»، انتهى.

قلت: الصواب جواز العزل، لأنها من جملة الإماء، وهو ظاهر كلام الأصحاب، والقول بأنها تستأذن ولا تستأذن الأمة ضعيف جداً.

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٨٩).

إجماع، وإن تعذر الوطء لعجز كالنفقة وأولى، للفسخ بتعذره «ع» في الإيلاء. وقاله أبو يعلى الصغير، وقال أيضًا: حكمه كعنين.

وإن سافر فوق نصف سنة وطلبت قدومه فأبى بلا عذر فرق بينهما، قيل: إن وجب الوطء «م ٥» وقيل: أو لا. وفي الترغيب ذكر القاضي وابن عقيل: أنه يلزم من البيوتة ما يزول معه ضرر الوحشة، ويحصل معه الأنس المقصود بالزوجية، بلا توقيت، فيجتهد الحاكم.

فصل

تستحب التسمية عند الوطء، وقوله: «اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا»^(١). ولأبي داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «هل رؤي - أو كلمة غيرها - فيكم المغربون؟»، قلت: وما المغربون؟ قال: «الذين تشرك فيهم الجن»^(٢). وقال بعض العلماء: المراد أمرهم إياهم بالزنا، فجاء أولادهم لغير رشدة.

وتغطية رأسه عنده، وعند تخليه، ذكره جماعة، وأن لا يستقبل القبلة، وقيل: يكره استقبالها، قال في رواية عبد الله عن عطاء: كره ذلك، واختلف الحنفية في علة منع استقبال القبلة بالبول هل هو للخارج النجس أو لكشف العورة نحوها؟ فمن علل بالأول أباح الوطء نحوها، والثاني يمنعه.

وقال في رواية صالح عن كعب: إنه كره الوطء في السفينة لأنها تجري على كف الرحمن، وقال في خبر غير ثابت عن مكحول: لعن النبي ﷺ الناجر والناخرة

مسألة - ٥: قوله: «وإن سافر فوق نصف سنة وطلبت قدومه فأبى بلا عذر فرق بينهما، وقيل: إن وجب الوطء، وقيل: أو لا، انتهى.

أحدهما: لها ذلك ولو لم نقل بوجوب الوطء، وهو الصحيح، قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، وهو الصواب، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والقول الثاني: ليس لها الفسخ إلا إذا قلنا بوجوب الوطء، وهو ظاهر ما قطع به في تجريد العناية. قلت: وهو بعيد جدًا، وذكر المصنف ما نقله في الترغيب.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٤١)، (٣٢٧١)، (٣٢٨٣)، (٥١٦٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٣٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥١٠٧) وضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٤١٨).

إلا عند الوقاع. ذكر ذلك أبو بكر في أحكام الوطء.

وتكره كثرة الكلام، ونزعه قبل فراغها، ومتجرّدين. وفي الترغيب: لا سترة عليهما، احتجوا بما رواه ابن ماجه عن عتبة بن عبد مرفوعاً: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العيرين»^(١). واحتج به صاحب المحرر على تحريم التعري خلوة، مع أنه احتج للكرهه بأنه لا يجب سترها عن زوجة وأمة، والخلوة دونه، فدل على أنه يقول: لا يجب سترها عنهما.

وتحرم خلوة، بدليل النهي عنه حال الجماع، فيكون محرماً أيضاً، وكذا تحدّثه به، وحرمه في الغنية والآمدي البغدادي في كتابه، وهو أظهر. وحرّم في أسباب الهداية إفشاء السر. وحرّم في الرعاية، إفشاء السر المضر، ولأحمد ومسلم وأبي داود من حديث أبي سعيد: «إن من أشّر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر أحدهما سر صاحبه»^(٢) وكذا بمراي أحد. وذكر الشيخ: يحرم ولو رضيا ويحرم جمعه بينهما في مسكن، ويجوز برضاهما، كنومه بينهما في لحاف واحد، وجوز في المغني والترغيب جعل كل واحدة في بيت سكن مثلها. وفي الرعاية: وقيل: يحرم مع اتحاد المرافق، ولو جمع بين زوجة وسرية فظاهر ما ذكره المنع، إلا برضاً الزوجة فقط، لثبوت حقها، كالجماع، والسرية لا حق لها في الاستمتاع، وهذا متجه.

ويجوز نوم الرجل مع امرأته بلا جماع بحضرة محرم لها، لنوم النبي ﷺ وميمونة في طول الوسادة، وابن عباس لما بات عندها في عرضها. وله إلزامها بترك محرم وغسل نجاسة. وفيه رواية. في المذهب. وغسل حيض. وفيه رواية في ذمية، ففي وطئه بدونه وجهان «م ٦».

مسألة - ٦: قوله: «وله إلزامها... بغسل حيض، وفيه رواية في ذمية، ففي وطئه بدونه وجهان» انتهى.

أحدهما: يجوز وطؤها بدون الغسل، وهو الصحيح، وبه قطع في المحرر والنظم، والحاوي الصغير، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين، وينبغي أن يقيد بأن تغسل فرجها. والوجه الثاني: لا يجوز، قال في الرعاية الكبرى: وهو أصح، وهو ظاهر كلامه

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (١٩٢١) وضعفه العلامة الألباني رَحِمَهُ اللهُ فِي الْإِرْوَاءِ برقم (٢٠٠٩).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٣٧) وأبو داود في سننه برقم (٤٨٧٠).

وعلى الأول في النية له والتسمية والتعبد به لو أسلمت وجهان «م ٧ و ٨». وهل منفصله طاهر لكونه أزال مانعاً؟ أو طهور؛ لأنه لم يقع قربة؟ فيه روايتان «م ٩».

في المغني، والشرح، حيث قالوا: وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة أو ذمية، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له، لكن هذا على القول بالإجبار، ومحل الخلاف على القول بعدمه.

مسألة - ٧، ٨: قوله: «وعلى الأول في النية له والتسمية والتعبد به لو أسلمت وجهان»، انتهى. فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ٧: إذا قلنا: له إلزامها، فهل تجب النية والتسمية فيه أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يجبان، قال في الرعاية الكبرى، في باب صفة الغسل: وفي اعتبار التسمية في غسل الذمية من الحيض وجهان، ويصح منها الغسل بلا نية، وخرج ضده، انتهى.

قلت: الصواب عدم الوجوب فيهما، وقد قدم ابن تميم وصاحب القواعد الأصولية أن غسلها لا يحتاج إلى نية، قال ابن تميم: واعتبر الدينوري في تكفير الكافر بالعقوب والإطعام النية، وكذلك يخرج هنا، قال في القواعد الأصولية: ويحسن بناؤه على أنهم مكلفون بالفروع أم لا؟ وذكر المصنف في أوائل الحيض أن أبا المعالي قال: لا نية للكافرة والمجنونة، لعدم تعذرهما مآلاً، بخلاف الميت، وأنها تعيده إذا أفقت وأسلمت، وكذا قال القاضي في الكافرة: إنما يصح في حق الآدمي؛ لأن حقه لا يعتبر له النية، فيجب عوده إذا أسلمت، ولم يجز أن تصلي به، انتهى.

المسألة الثانية - ٨: هل لها أن تتعبد به لو أسلمت أم لا؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: ليس لها ذلك، وهو الصواب، وقد قاله القاضي وأبو المعالي، على ما تقدم في التي قبلها.

والوجه الثاني: يجوز لها أن تتعبد به، وأظن أن الشيخ تقي الدين جوز لها ذلك.

مسألة - ٩: قوله: «وهل منفصله طاهر لكونه أزال مانعاً؟ أو طهور لأنه لم يقع قربة؟ فيه روايتان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح، وشرح ابن عبيدان والرعايتين، والحاويين، وأطلقهما في مجمع البحرين، في غسل في الحيض، وابن تميم في غسل الجنابة.

إحدهما: هو طاهر غير مطهر، قال في الرعاية الكبرى: والأولى جعله طاهراً غير مطهر.

وقيل: ومن الجنابة طاهر. وفي غسل جنابة روايتان «م ١٠».

وفي أخذ شعر وظفر وقيل: وتنظف وجهان كأكل مؤذ ريحه «م ١١ و ١٢»

والرواية الثانية: هو طهور. قلت: وهو الصواب، وقدمه ابن تميم في غسل الحيض، وابن رزين في شرحه مطلقاً في كتاب الطهارة. وقال في الحاوي الكبير في كتاب الطهارة: أصحهما أنه طهور من غسل الجنابة، وقال في الفصول: في ماء غسل الحيض روايتان، وقال في ماء غسل الجنابة: يحتمل أنه طاهر مطهر وجهاً واحداً، واقتصر عليه، وقيل: إن لزمها الغسل منه بطلب الزوج، قال في الرعاية. قلت: أو السيد، فطاهر، وإن لم يطلبه أحدهما أو طلبه وقلنا: لا يجب فطهور.

مسألة - ١٠: قوله: «وفي غسل جنابة روايتان»، انتهى. وأطلقهما في المغني،

والمقنع، والشرح، وشرح ابن منجا، والحاوي الصغير، وغيرهم.

إحداهما: له إجبارها على ذلك، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحرر، وقطع به في الوجيز، قال في الرعايتين: له إجبارها على غسل الجنابة، على الأصح، كالحيض والنفاس والنجاسة، قال الناظم: هذه الرواية أشهر وأظهر، انتهى. وقدمه ابن رزين في شرحه.

والرواية الثانية: ليس له إجبارها، والذي يظهر أن هذه الرواية أقوى من الأولى،

والفرق بين الجنابة والحيض والنفاس جلي واضح.

تنبيه: ظاهر كلامه سواء كانت مسلمة أو ذمية، وهو ظاهر كلامه في المجرد والفصول والمحرر، وغيرهم. وخصهما في الكافي، والمقنع، وغيرهما بالذمية، وهو الصواب، ويحمل كلام من أطلق على ذلك، والله أعلم.

مسألة - ١١، ١٢: قوله: «وفي أخذ شعر وظفر... وجهان كأكل مؤذ ريحه»

انتهى، ذكر مسألتين:

المسألة الأولى - ١١: هل له إجبارها على أخذ الشعر والظفر إذا طالا أم لا؟

أطلق الخلاف، وأطلقه في المقنع، في الشعر.

أحدهما: له إجبارها، وهو الصحيح، صححه في التصحيح، وقطع به في الوجيز والحاوي الصغير، وقدمه في الرعايتين، قال الشيخ موفق والشارح: له إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة، رواية واحدة، ذكره القاضي، وكذلك الأظفار، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: ليس له إجبارها على أخذ ذلك، وقال في الرعاية الكبرى، وقيل:

إن طال الشعر والظفر وجب إزالتها، وإلا فلا، وقيل: في التنظيف والاستحداد وجهان،

انتهى.

وخرج ابن عقيل: روايتين فيه. وتمنع ذمية من سكر، في الأصح، كبيعة وكنيسة، وعنه: ودونه، وفي الترغيب: ومثله لحم خنزير. ولا تكره على وطء في صومها. نص عليه، ولا إفساد صلاتها وسنتها. وله منعها من الخروج من منزله، ويحرم بلا إذنه، فلا نفقة، ونقل أبو طالب: إذا قام بحوائجها كلها وإلا لا بد لها، قال شيخنا: فيمن حبسته بحقها: إن خاف خروجها بلا إذنه أسكنها حيث لا يمكنها، فإن لم يكن له من يحفظها غير نفسه حبست معه، فإن عجز عن حفظها أو خيف حدوث شر أسكنت في رباط ونحوه، ومتى كان خروجها مظنة للفاحشة صار حقاً لله تعالى يجب على ولي الأمر رعايته، ويستحب إذنه في خروجها لمرض محرم أو موته، وأوجه ابن عقيل: للعيادة، وقيل: أو نسب وقيل: لها زيارة أبويها، ككلامهما ولا يملك منعهما من زيارتهما، في الأصح، ولا يلزمها طاعة أبويها في فراق وزيارته ونحوه، بل طاعة زوجها أحق.

وليس عليها عجن وخبز وطبخ ونحوه، نص عليه، خلافاً للجوزجاني، وأوجب شيخنا المعروف «من» مثلها لمثله، وخرج أيضاً الوجوب من نصه على نكاح الأمة لحاجة الخدمة، وفيه نظر، لأنه ليس فيه وجوب الخدمة عليها. وقال ابن حبيب في الواضحة: إن النبي ﷺ حكم على فاطمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بخدمته البيت كلها. وقال أبو ثور: عليها أن تخدمه في كل شيء. ويصح تزويج مستأجرة لرضاع، وقيل: يملك الفسخ إن جهله، وله الوطء، وقيل: لا، إن أضرب بلبن.

فصل

القسم مستحق على غير طفل، فيلزمه التسوية بين زوجاته، حتى حائض ومعيبة ورتقاء ومظاهر منها ومن سافر بها بقرعة ومجنونة مأمونة وكتابية، نص عليه، وصغيرة

تنبيه: حكى المصنف وكثير من الأصحاب الخلاف وجهين، وحكماهما في المقنع، وغيره روايتين.

المسألة الثانية - ١٢: إذا أكلت ما يؤذي ربحه فهل تمنع من ذلك أم لا؟ أطلق الخلاف، وأطلقه في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير.

أحدهما: تمنع من ذلك، جزم به في المنور وغيره، وصححه في النظم وغيره، وقدمه ابن رزين في شرحه، وغيره.

والوجه الثاني: لا تمنع من ذلك، وفيه بعد، ويمكن أن تأكل ذلك في وقت لا يتأذى به.

قيل: توطأ، وقيل: مميزة «م ١٣» في القسم فقط، نص عليه. وقال شيخنا: والنفقة والكسوة، ونصه: لا بأس. وقال في الجماع: لا ينبغي أن يدعه عمداً يبقي نفسه، لتلك ليلة وليلة، وقال القاضي وغيره: أو ثلاثاً وثلاثاً، والأمة نصف حرة، والعنق بعضها بالحساب.

وإن عتقت أمة في نوبتها أو نوبة حرة مسبقة فلها قسم حرة، وفي نوبة حرة سابقة قيل: يتم للحررة على حكم الرق، وقيل: يستويان بقطع أو استدراك «م ١٤»

مسألة - ١٣: قوله: في القسم: «فيلزمه التسوية، . . . حتى حائض . . .» وكذا «صغيرة قيل: توطأ، وقيل: مميزة»، انتهى.

القول الأول: قطع به الشيخ الموفق والشارح.

والقول الثاني: اقتصر عليه في المحرر وتذكرة ابن عبدوس والرايعتين، والحاوي الصغير، وهو أولى، والمقصود من المبيت ليس هو الوطء وحده، بل والأنس ونحوه، والمميزة محتاجة إليه غيرها.

مسألة - ١٤: قوله: «وإن عتقت أمة في نوبتها أو نوبة حرة مسبقة فلها قسم حرة، وفي نوبة حرة سابقة قيل: يتم للحررة على حكم الرق، وقيل: يستويان بقطع أو استدراك»، انتهى. وأطلقهما في المحرر والحاوي الصغير:

القول الأول: قدمه في الرايعتين.

والقول الثاني: لم أطلع على من اختاره قال في المغني، والشرح: وإن عتقت في ابتداء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى، وإن كان بعد انقضاء مدتها استأنف القسم متساوياً، ولم يقض لها ما مضى، لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها، وإن عتقت وقد قسم للحررة ليلة لم يزد على ذلك، لأنهما تساويا، انتهى.

ومعناه في الترغيب، وزاد: إن عتقت بعد نوبتها بدأ بها أو بالحررة. وقال في الكافي: فإن عتقت الأمة في نوبتها أو قبلها أضاف إلى ليلتها أخرى، وإن عتقت بعد مدتها استأنف القسم متساوياً. انتهى.

تنبيهان:

الأول: تبع المصنف في عبارته ابن حمدان في رعايته، أعني أن الأمة إذا عتقت في نوبة حرة مسبقة لها قسم حرة، وإذا عتقت في نوبة حرة سابقة فيها الخلاف. وقال ابن عبدوس في تذكرته: ولأمة عتقت في نوبة حرة سابقة كقسمها، وإذا أعتقت وفي نوبة حرة مسبقة يتمها على الرق، انتهى، بعكس ما قاله المصنف وابن حمدان، وجعل لها إذا عتقت في نوبة حرة سابقة قسم حرة، وإذا عتقت في نوبة حرة مسبقة أنه يتمها على الرق، ورأيت بعض الأصحاب صوّب ذلك، وأصل هذا ما قاله في المحرر، فإنه قال:

وفي المغني والترغيب: وإن عتقت بعد نوبتها، اقتصرت على يومها زاد في الترغيب: بدأ بها أو بالحرّة. ويطوف بمجنون مأمون وليه وجوبًا، لا بطفل، ويحرم تخصيص بإفاقته، وإن أفاق في نوبة واحدة ففي قضاء يوم جنونه للأخرى وجهان «م ١٥».

وعمداد القسم الليل لمن معاشه نهارًا والنهار يتبعه، والعكس بعكسه، وله أن يأتيهن وأن يدعوهم إلى منزله، ويسقط حق ممتنعة، وله دعاء البعض، وقيل: يدعو الكل، أو يأتي الكل، فعلى هذا ليست الممتنعة ناشزًا، والحبس كغيره، إلا أنه إن دعاهن لم يلزم ما لم يكن سكن مثلهن.

ومتى بدأ بمبيت عند واحدة أو سفر بها بلا قرعة أثم وقضى، واختار الشيخ: لا زمن سيره، ويقضي مع القرعة ما تعقبه السفر أو تخلله من إقامة. وفي المغني والترغيب: إن لزمه إتمام صلاة، وقيل: وزمن سيره، وقيل: في سفر نقلة، وقيل: في سفر قصير، كإقامة، وسواء عنّ له سفر أبعد منه أو لا. ويدخل في نوبتها إلى غيرها ليلاً لضرورة، ونهارًا لحاجة، كعيادة مريض. وفي الترغيب: فيهما لحاجة ماسة أو لمرض، فيداويها، وفي قبلة ونحوها نهارًا وجهان «م ١٦».

وإذا عتقت الأمة في نوبتها أو نوبة الحرّة وهي المتقدمة فلها قسم حرّة، وإن عتقت في نوبة الحرّة وهي المتأخرة فوجهان، فالمصنف وابن حمدان جعلوا الضمير المنفصل في قوله: «وهي المتقدمة» وهي المتأخرة، عائداً إلى الأمة، وابن عبدوس جعله عائداً إلى الحرّة، وكلامه محتمل في بادئ الرأي، وقد صوب شارح المحرر عود الضمير إلى الحرّة، كما قاله ابن عبدوس، وخطأ ما قاله ابن حمدان ومن تابعه، وهو الصواب، وهو ظاهر ما قاله الشيخ في الكافي، وكذلك في المغني، والشرح، وللقاضي محب الدين بن نصر الله البغدادي صاحب الحواشي على هذه المسألة كراسة على كلام صاحب المحرر. وقال في حواشي الفروع: قول شارح المحرر أقرب إلى الصواب.

الثاني: قوله: «وإن عتقت بعد نوبتها اقتصرت على يومها»، كذا في النسخ، قال شيخنا: وهو تصحيف فيما يظهر، وإنما هو «على نوبتها»، وهو الظاهر، إذ لو أراد ذلك لقال: «على ليلتها».

مسألة - ١٥: قوله: «وإن أفاق في نوبة واحدة ففي قضاء يوم جنونه للأخرى وجهان»، انتهى.

أحدهما: يقضي، وهو الصواب، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب.

والوجه الثاني: لا يقضي.

مسألة - ١٦: قوله: «وفي قبلة ونحوها نهارًا وجهان» انتهى، يعني هل يقضي ذلك

وإن لبث ولو ضرورة أو وطئ قضاؤه، وإلا فلا، وقيل: لا يقضي وطئاً بزمه اليسير. وفي الترغيب فيمن دخل نهاراً لحاجة ولبث وجهان، وأنه لا يقضي ليلة صيف عن ليلة شتاء، وله قضاء أول ليل عن آخره وعكسه، وقيل: يتعين زمنه، ويخرج نهاراً ليل قسم: وأول ليل وآخره، وإلا قضى الكثير أو غاب مثله عن الأخرى.

وإن سافرت بلا إذن، أو أبت المبيت أو السفر معه، فلا قسم ولا نفقة، وقيل: لها النفقة، «وقيل: لها النفقة» بالوطء.

وإن بعثها لحاجته بقيا، وفيهما لحاجتها بإذنه وجهان، وقيل: ببقاء النفقة «م ١٧».

ومن تزوج بكرة أقام عندها سبعا خالصة، ثم دار، وإن كانت ثيباً ثلاثاً، وإن شئت - وقيل: أو هو سبعا -، فعل، وقضى الكل. وفي الروضة: الفاضل للبقية، وقيل: الأمة نصف حرة. وإن زفت إليه امرأتان كره وبدأ بالداخله أولاً، ويقرع

أم لا؟ وأطلقهما في المغني، والشرح، والرايتين، والنظم.

أحدهما: لا يقضي، وهو ظاهر كلامه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحزر، والحاوي وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم. لاقتصارهم على قضاء الجماع لا غير، وقدمه ابن رزين في شرحه، وهو الصواب. والوجه الثاني: يقضي، كالجماع، وهو العدل.

مسألة - ١٧: قوله: «وإن بعثها لحاجته بقيا، وفيهما لحاجتها بإذنه وجهان، وقيل: بقاء النفقة»، انتهى. وأطلقها في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافي، والمقنع، والمحزر، والشرح، وشرح ابن منجا، والنظم، والرايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

أحدهما: يسقط حقها من القسم والنفقة، وهو الصحيح، صححه في التصحيح وتصحيح المحزر، وقطع به صاحب المنور ومنتخب الآمدي، والخرقي في بعض نسخه، واختاره القاضي والشيخ الموفق، وقدمه في المغني، وشرح ابن رزين، وصححه ابن نصر الله في حواشيه.

والوجه الثاني: لا يسقطان، وقطع به في الوجيز في مكانين.

والقول الثالث: الذي ذكره المصنف، وهو أن النفقة تبقى وحدها، احتمال في المغني، والشرح، واختاره ابن عقيل وابن عبدوس في تذكرته.

قلت: وهو أقوى من الوجه الثاني، وأطلقها الزركشي وصاحب تجريد العناية.

للتساوي، وفي التبصرة: يبدأ بالعقد في العقد وإلا أقرع، وإن سافر بمن قرعت دخل حق العقد في قسم السفر إن كان السفر يستغرقه، فيقضيه للأخرى، في الأصح، بعد قدومه، وقيل: يقضيه لهما.

وإن طلق واحدة وقت قسمها أثم، ويقضيه متى نكحها، قال بعض أصحابنا: ويجوز بناء الرجل بامرأته في السفر، وركوبها معه على دابة بين الجيش، لفعله ﷺ ذلك بصفية بنت حيي.

فصل

لها هبة قسمها بلا مال لضرة بإذنه، ولو أبت الموهوب لهما، وذكر جماعة: وإذن سيد أمة، لأن ولدها له، أو له فيجعله لمن شاء منهن. وفي الترغيب: لو قالت: خص بها من شئت، الأشبه أن لا يملكه، لأنه يورث الغيظ، بخلاف تخصيصها واحدة، وقيل: له نقله ليلي ليلة الموهوبة، فلو وهبت رابعة ليلتها ثانية، فليل: يطاءً ثانية ثم أولى ثم ثانية ثم ثالثة، وقيل: له وطء الأولى أولاً، ثم يوالي للثانية ليلتها وليلة الرابعة «م ١٨» ويقسم لهما من حين رجوعها ولو في بعض ليلة، ولا يقضيه إن علم بعد تتمتها، ولها بذل قسم ونفقة وغيرهما ليمسكها، والرجوع لتجدد الحق، وفي الهدي: يلزم ولا مطالبة، لأنه معاوضة، كما صالح عليه من الحقوق والأموال، ولما فيه من العداوة، ومن علامة المنافق إذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر. كذا قال.

وإن قسم لاثنتين من ثلاث، ثم تجدد حق رابعة، بأن رجعت في هبة، أو عن نشوز، أو بنكاح، وفأها حق عقده، ثم ربع الزمن المستقبل للرابعة، وبقيته للثالثة، فإذا كمل الحق ابتداء التسوية.

مسألة - ١٨: قوله: «وقيل: له نقله ليلي ليلة الموهوبة، فلو وهبت رابعة ليلتها ثانية فليل: يطاءً ثانية ثم أولى ثم ثانية ثم ثالثة، وقيل: له وطء الأولى أولاً، ثم يوالي للثانية ليلتها وليلة الرابعة»، انتهى.

قلت: إن وهبت الرابعة الثانية ليلتها وكان قد وصل في الدور إلى الثالثة فإنه يبيت ويطاءً بعد الثالثة الثانية ثم الأولى ثم الثانية ثم الثالثة كالقول الأول والذي يظهر. أن هذا بلا نزاع في المذهب، وإن كانت قد وهبت ليلتها بعد فراغها فتستحقها في المستقبل، فيدور على الأولى ثم الثانية، والصواب ثم الثالثة ثم ليلة الرابعة، وهو العدل، وقيل: يجوز نقل ليلة الرابعة ليلي ليلة الموهوبة فيبيت ليلة ثانية قبل المبيت عند الثالثة. قلت: وهذا ضعيف، لأن فيه نوع ظلم، والله أعلم.

ولو بات ليلة عند إحدى امرأته ثم نكح وقأها حق عقده ثم ليلة للمظلومة ثم نصف ليلة للثالثة ثم يتدئ، واختار الشيخ: لا يبيت نصفها بل ليلة، لأنه حرج، وفي الترغيب: لو أبان المظلومة ثم نكحها، وقد نكح جديدات تعذر القضاء.

ولا قسم لإمائه مطلقاً، فيفعل ما شاء، ولو أخذ من زمن زوجاته. وفي المحرر: لكن يسوي في حرمانهن. فإن نشزت بأن منعه حقه أو أجابته متبرمة وعظها ثم يهجرها في الكلام. وفي التبصرة والغنية والمحرر: والمضجع، ثلاثة أيام، وقد تقدم في كتاب الجنائز كلام أحمد بالهجر بالكلام فوق ثلاثة، وذكره جماعة هناك، وقد هجر النبي ﷺ نساءه فلم يدخل عليهن شهراً^(١)، متفق عليه.

وفي الواضح: يهجرها في الفراش، فإن أضاف إليه الهجر في الكلام ودخوله وخروجه عليها جاز وكره، ثم يضربها غير شديد، عشرة فأقل، ذكره أصحابنا وهو حسبه، قاله في الانتصار، وعنه: له ضربها أولاً، ولأحمد والبخاري ومسلم من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -: «إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع»^(٢).

ولا يملك تعزيرها في حق الله عز وجل ونقل مهنا هل يضربها على ترك زكاة؟ قال: لا أدري. وفيه ضعف، لأنه نقل عنه: يضربها على فرائض الله عز وجل، قاله في الانتصار، وذكر غيره: يملكه، ولا ينبغي سؤاله لِمَ ضربها، قاله أحمد. وفي الترغيب وغيره: الأولى تركه إبقاء للمودة والأولى أن لا يتركه عن الصبي لإصلاحه، وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها: ما ضرب النبي ﷺ بيده شيئاً قط إلا أن يجاهد^(٣). ولمسلم عنها، في خروجه ﷺ في الليل إلى البقيع وأخفاه منها: وخرجت في أثره فقام فأطال القيام ثم رفع يديه ثلاث مرات قالت: ثم انحرف فانحرفت، فأسرع فأسرعت، فهورل فهورلت، فأحضر فأحضرت والإحضار العدو فسبقت فدخلت، فدخل، فقال: ما لك يا عائش حشياً رابية؟ قلت: لا شيء، قال: «لتخبريني أو ليخبرني اللطيف الخبير» قلت: يا رسول الله، بأبي أنت وأمي، فأخبرته، فلهديني في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٤٩١٣ - ٤٩١٥، ٥٢١٨، ٥٨٤٣، ٧٢٥٦، ٧٢٦٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٧٩).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٣٢٣٧، ٥١٩٣، ٥١٩٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٣٦).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٥٦٠) ومسلم في صحيحه برقم (٢٣٢٨).

صدري لهدة أوجعتني، ثم قال: «أظننت أن يحيف الله عليك ورسوله؟»^(١).

حشياً بفتح الحاء المهملة وإسكان الشين المعجمة مقصور، والحشأ الربو والنهيج الذي يعرض للمسرع في مشيه والمحتد في كلامه من ارتفاع النفس وتواتره، ورابية: أي مرتفعة البطن، ولهدني بفتح الهاء والdal المهملة، ويروى بالزاي، وهما متقاربان، يقال: لهده بتخفيف الهاء وتشديدها أي دفعه ويقال: لهزه أي ضربه بجميع كفه في صدره، ويقرب منهما لكزه ووكزه.

ويمنع منها من علم بمنعه حقها حتى يؤديه، ويحسن عشرتها، قال ﷺ: «خيركم خيركم لنسائهم وأنا خيركم لأهلي»^(٢) وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «استوصوا بالنساء فإن المرأة خلقت من ضلع فإن ذهب تقيمه كسرتة وإن تركته استمتعت بها وفيها عوج فاستوصوا بالنساء» ولمسلم: «وكسرهما طلاقها»^(٣) ولأحمد من حديث سمرة: «فدارها تعش بها»^(٤).

ونقل عبد الله عن أبيه: سمعت القاضي أبا يوسف يقول: خمسة تجب على الناس مداراتهم: الملك المسلط، والقاضي المتأول، والمريض، والمرأة، والعالم ليقبس من علمه. فاستحسن ذلك. ونقل صالح: لا تغلوا في كل شيء حتى الحب والبغض، ونقل المروزي: من لم يقر بقليل ما يأتي به السفيه أقر بالكثير.

وقال ابن الجوزي: متى أمسك عن الجاهل عاد ما عنده من العقل موبخاً له على قبح ما أتى به، وأقبل عليه الخلق لائمين له على سوء أدبه في حق من لا يجيبه، وما ندم حليم ولا ساكت، فإن شئت فاجعل سكوتك أجراً واحتقاراً، أو سبباً لمعاونة الناس لك ولئلا تقع في إثم. ونقل ابن منصور: حسن الخلق أن لا تغضب ولا تحتد ونقل أيضاً: أن يحتمل من الناس ما يكون إليه. وقال ثعلب: العرب تقول: صبرك على أذى من تعرفه خير لك من استحداث من لا تعرفه. وكان شيخنا يقول هذا المعنى، وحدث رجل لأحمد ما قيل: في العافية عشرة أجزاء، تسعة منها في التغافل، فقال أحمد: العافية عشرة أجزاء كلها في التغافل.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٩٧٤).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٣٨٩٥) والدارمي في سننه (١٥٩/٢) وصححه العلامة الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة برقم (٢٨٥).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٣٣١) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦٨).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٨/٥).

وفي السنن من أوجه عنه عليه السلام قال: «لو أمرت أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»^(١). ولأحمد: حدثنا يزيد أنبأنا يحيى بن سعيد عن بشير عن يسار عن الحصين بن محصن أن عمه له أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «ذات زوج أنت؟» قالت: نعم، قال: «فانظري أين أنت منه، فإنما هو جنتك ونارك»^(٢) إسناده جيد. ولا بن ماجه والترمذي وحسنه من حديث أم سلمة: «أما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة»^(٣). وذكر ابن عبد البر: قال عمر بن عبد العزيز: أحب الأشياء إلى الله عز وجل أربعة: القصد عند الحدة ولعله الجدة قال: والعفو عند القدرة، والحلم عند الغضب، والرفق بعباد الله في كل حال.

ولكل واحدة من هذه الأربعة فضائل مشهورة. قال ابن عبد البر: اجتمعت الحكماء على أربع كلمات وهي: لا تحملن على قلبك ما لا يطيق، ولا تعمل عملاً ليس لك فيه منفعة، ولا تثقن بامرأة، ولا تغتر بالمال وإن كثر.

فإن ادعى كل منهما جور صاحبه أسكنهما الحاكم قرب ثقة يشرف عليهما، ويكشف عنهما كما يكشف عن عدالة وإفلاس من خبرة باطنة، قاله في الترغيب. ويلزمهما الحق، فإن تعذر وتشاقا بعث حكيمين مكلفين مسلمين، عدلين. وفي المغني وغيره: ذكرين.

وفي الحرية والفقهاء وجهان «م ١٩ و ٢٠» وفي الترغيب: لا يعتبر اجتهاد، وإن

مسألة - ١٩، ٢٠: قوله: في الحكمين: «وفي الحرية والفقهاء وجهان» انتهى، فيه مسألتان:

المسألة الأولى - ١٩: هل يشترط في الحكمين الحرية أم لا؟ أطلق الخلاف فيه، وأطلقه في المحرر والحاوي الصغير، والزركشي.

أحدهما: يشترط فيهما الحرية، وهو الصحيح، اختاره القاضي، قال في الرعايتين: حرين، على الأصح، وصححه في النظم وتصحيح المحرر، وبه قطع في المذهب ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم.

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١١٥٩) وابن حبان في صحيحه برقم (١٤٧١) والبيهقي في سننه (٢٩١/٧) وصححه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (١٩٩٨).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣٤١/٤).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١١٦١) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٥٤) وضعفه العلامة الألباني رحمته الله في السلسلة الضعيفة برقم (١٤٢٦).

مثله ما يفوضه الحاكم من معين جزئي كقسمة، ومن أهلها أولى، يوكلهما الزوجان في فعل الأصلح من جمع وتفريق بعوض ودونه، ولا يصح منهما إبراء، وإن أبرأه وكيلها برئ في الخلع فقط، وإن شرطاً ما لا ينافي نكاحاً لزم ذلك، وإلا فلا، كترك قسم أو نفقة، ولمن رضي العود، ولا يجبران على التوكيل، وعنه: بلى بعوض وغيره، فإن أبيا جعله الحاكم للحكمين، اختاره ابن هبيرة وشيخنا، وهو ظاهر كلام الخرقى ولا ينقطع نظرهما بغيبة الزوجين أو أحدهما على الأولى، وقيل: والثانية وينقطع بجنونهما أو أحدهما، على الأولى فقط، لأن الحاكم يحكم على المجنون. وفي المغني: والثانية، لأنه لا يتحقق معه بقاء الشقاق وحضور المتداعيين، وهو شرط، والله أعلم.

وقدمه ابن منجا في شرحه.

والوجه الثاني: لا تشترط الحرية فيهما، وهو ظاهر كلامه في الهداية، والبلغة، والوجيز وجماعة، فإنهم لم يذكروه في الشروط. وقال في المغني: وقال القاضي: يشترط كونهما حرين، قال: والأولى إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية، وإن كانا حكمين اعتبرت، انتهى. وقدم هذا في الكافي، ويأتي لفظه في المسألة التي بعدها.

المسألة الثانية - ٢٠: هل يشترط كونهما فقيهين أم لا ؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: لا يشترط، وهو ظاهر كلامه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والمحزر، والوجيز والحاوي الصغير، وغيرهم. لعدم ذكره في الشروط وقدمه في الرعاية الكبرى.

والوجه الثاني: يشترط، قال الزركشي: يشترط أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق، انتهى.

قلت: أما اشتراط هذا فينبغي أن يكون عن غير نزاع في المذهب، وقد جزم به ابن منجا في شرحه وغيره. وقال في الكافي: ومتى كانا حاكمين اشترط كونهما فقيهين، وإن كانا وكيلين جاز أن يكونا عاميين، انتهى. وهذا الثاني ضعيف.

فهذه عشرون مسألة في هذا الباب.

باب الخلع

يباح لسوء عشرة بين الزوجين، وتستحب الإجابة إليه، واختلف كلام شيخنا في وجوبه وألزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء، فقال أبو طالب: إذا كرهته حل أن يأخذ منها ما أعطاهما، لأن النبي ﷺ قال: «أتردين عليه حديقته؟»^(١) قال ﷺ في المختلعات: «هن المنافقات»^(٢). وقال عمر: احبسها ولو في بيت الزبل.

والمذهب: يكره ويصح وحالهما مستقيمة، وعنه: يحرم ولا يصح. واعتبر شيخنا خوف قادر على القيام بالواجب ﴿أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فلا يجوز انفردهما به، لقراءة حمزة: ﴿إِلَّا أَنْ يُخَافَا﴾ بالضم، ولا يصح «ه» مع منعه حقها وظلمه لتختلع منه، فيقع رجعيًا إن قيل: هو طلاق، وقيل: بائنًا إن صح الخلع بلا عوض، ولو لم يقصد بظلمه لتختلع لم يحرم «و هـ ش» ولنا نزاع، قاله شيخنا، وله قصده مع زانية، نص عليه «م ق». ويصح ممن يصح طلاقه وأن يتوكل فيه وبذله لعوضه ممن يصح تبرعه من زوجة، والأصح: وغيرها إن سمي عوضه منه أو منها وضمنه، كبذل أجنبي عوضًا في افتداء أسير، لا كإقاله، وكذا خلعها بماله، ونص فيمن قال: طلق بنتي وأنت بريء من مهرها، ففعل بانت ولم يبرأ، ويرجع على الأب، وحمله القاضي وغيره على جهل الزوج وإلا خلع بلا عوض، ولو كان قوله: طلقها إن برئت منه لم تطلق.

ولا يبطل الإبراء بدعواها السفه. قال شيخنا: ولو مع بينة أنها سفية وليست تحت الحجر، ويتوجه: بلى مع بينة. وقال: ولو أبرأته وولدت عنده ومالها بيده يتصرف فيه لم يصدق أبوها أنها كانت سفية تحت حجره بلا بينة، وإن خالعه مميزة وسفية أذن وليهما أو لا، لأنه ليس له الإذن في تبرع، وجعل طلاقًا وقع رجعيًا، في

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٥٢٧٣ - ٥٢٧٧) والنسائي في سننه (١٦٩/٦).

(٢) أخرجه النسائي في سننه (١٠٤/٢) وأحمد في المسند (٤١٤/٢).

الأصح فيهما. وخلع وليها بمالها كأجنبي، وقيل: يصح لأب، وهو رواية في «المبتهج»، نقل أبو الصقر فيمن زوج ابنه صغيراً بصغيرة وندم أبواهما هل ترى في فسخهما وطلاقهما عليهما شيء؟ قال: فيه اختلاف وأرجو، ولم ير به بأساً، قال أبو بكر: له قولان، والعمل عندي على جواز ذلك منهما عليهما.

وخلع الأمة كاستدانتها يصح بإذن سيد وقيل: ودونها. جزم به في الترغيب، فعنه: يتعلق برقبتهما، واختار الخرقى يتبع به بعد عتقها «م ١» كفوق مهرها بإذن مطلق، وكذا مكاتبه.

ومن صح خلع قبض عوضه، عند القاضي، وقاله أحمد في العبد: كمكاتب، وقيل: يقبضه ولي وسيد «م ٢».

وصريحه لفظ الخلع والمفاداة، وكذا الفسخ، وقيل: كناية. وفي الواضح وجه: لا. وكنايته نحو الإبانة والتبرئة. وفي الروضة: صريحه الخلع أو الفسخ أو الفداء أو بارأئك، وهو بصريح طلاق أو نيته طلاق بائن، وعنه: مطلقاً، وقيل: عكسه، قال

مسألة - ١: قوله: «خلع الأمة كاستدانتها، يصح بإذن سيد، وقيل: وبدونها، جزم به في الترغيب، فعنه: يتعلق برقبتهما، واختار الخرقى تتبع به بعد عتقها»، انتهى. ما اختاره الخرقى هو الصحيح، قطع به الشيخ في المقنع، وصاحب الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمحزر، والرايعتين، والحاوي الصغير.

والرواية التي ذكرها المصنف لم أطلع على من اختارها، وهذه المسألة شبيهة باستدانة الرقيق بغير إذن سيده، بل هي من جملة ذلك إذا وقع على شيء في الذمة، وقد قدم المصنف في آخر الحجر أن دينه بغير إذن سيده يتعلق برقبته، وقال: نقله الجماعة، واختار في الرعاية الكبرى، أنها تتبع بمهر المثل. وقال في المغني، والشرح: إن وقع على شيء في الذمة تعلق بذمتها، وإن وقع على عين في قياس المذهب أنه لا شيء له إذا علم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين، فيكون راضياً بغير عوض، قال الزركشي: فيلزم من هذا التعليل بطلان الخلع، على المشهور، لوقوعه بغير عوض، انتهى. وهو واضح.

تنبيه: قوله: «وقيل: ودونها» الذي يظهر أن الصواب «وقيل: ودونه» بضمير مذكر وأنه عائد إلى الإذن، وهو كذلك.

مسألة - ٢: قوله: «ومن صح خلع قبض عوضه، عند القاضي. وقاله أحمد في العبد كمكاتب، وقيل: يقبضه ولي وسيد»، انتهى. قول القاضي قطع به في المنور، وقدمه في المحزر وتجريد العناية.

شيخنا: . وعليه دل كلام أحمد وقدماء أصحابه، ومراده ما قال عبد الله: رأيت أبي كان يذهب إلى قول ابن عباس، وابن عباس صح عنه: ما أجازته المال فليس بطلاق، وصح عنه: الخلع تفريق وليس بطلاق، وعنه: بصريح خلع فسخ لا ينقص عددًا، وعنه: عكسه بنية طلاق، ولا يقع بمعتدة من خلع طلاق، ولو واجهها به. وفي الترغيب: إلا إن قلنا: هو طلقة، ويكون بلا عوض. ولا يصح شرط الرجعة فيه، كشرط خيار، وقيل: يلزمه قدر مهرها وقيل: يصح فيقع رجعيًا بلا عوض. وإن خالغ بلا عوض أو بمحرم يعلمانه لم يصح، فيقع رجعيًا بنية طلاق، وعنه: يصح ولا يلزمه شيء، وجعله شيخنا كعقد البيع حتى في الإقالة، وأنه لا يجوز إذا كان فسخًا بلا عوض «ع» واختلف فيه كلامه في الانتصار، وظاهر كلام جماعة جوازه. وإن تخالغ كافران بمحرم يعلمانه ثم أسلما أو أحدهما قبل قبضه لغا، وقيل: له قيمته، وقيل: مهر مثلها. ويكره بأكثر مما أعطاهما، نص عليها، وعنه: يحرم ويرد الزيادة، اختاره أبو بكر.

فصل

وإن جعلًا عوضه ما لا يصح مهرًا لجهالة أو غرر فقال أبو بكر: لا يصح، وإنه قياس قول أحمد، وكذا جزم به أبو محمد الجوزي أنه كالمهر، والمذهب يصح، فيجب في ظاهر نصه المسمى، ففي حمل شجرة أو أمة أو ما في بطنها أو ما في يدها من دراهم أو ما في بيتها من متاع ونحوه ما يحصل منه، فإن لم يحصل شيء وجب فيه وفيما يجهل مطلقًا، كثوب وعبد مطلق ما تناوله الاسم، وقيل: يجب فيما يجهل مطلقًا مهرها، وفيما قد يتبين المسمى، فإن تبين عدمه فمهرها، والأصح: وإن لم تغره كحمل أمة، وعند أبي الخطاب: يصح في الكل بمهرها، وعلى رواية صحته بلا

والقول الثاني: هو الصحيح، اختاره الشيخ والشارح، قال أبو المعالي في النهاية: هذا أصح، واختاره ابن عبدوس في تذكرته، وبه قطع في البلغة والهادي، وغيرهما، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب والخلاصة والكافي، والمقنع * وشرح ابن منجا، والرايعيتين، والحاوي وغيرهم. وهو الصواب، وموافق لقواعد المذهب، لكونهما محجورًا عليهما.

تنبيه: قوله: «ولا يصح شرط الرجعة فيه، فقيل: يلزمه قدر مهرها». انتهى.

صوابه: «وقيل: يلزمها»، بتأنيث الضمير؛ لأن المذهب يلزمها المسمى.

والقول الثاني: يلغو المسمى ويلزمها مهر المثل، ويحتمل أن يعود الضمير إلى الشخص السائل، فيعم كل سائل من المرأة والأجنبي.

عوض يجب المسمى، كما تقدم، إلا أنه لا يلزمها شيء، لما بان عدمه، وهل يقع بائنًا؟ ينبني على صحته بلا عوض، قاله الحلواني، إلا الغارة كمسألة الدراهم والمتاع، فيجب ثلاثة دراهم، وما يسمى متاعًا، ذكر ابن عقيل: في الغارة: لا يلزمها شيء، وإن قلنا في عبد مطلق: له الوسط في المهر، فله هنا. وإن قال: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق بانت بمسمى عبد يصح تملكه، نص عليه. وقال القاضي: إن أعطته معيبًا أو دون الوسط فله رده وأخذ بدله، وإن بان مغصوبًا لم تطلق، كتعليقه على هروي فأعطته مرويًا، ولو كان قال: إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب الهروي بانت ولو بان معيبًا أو مرويًا، وقيل: له الرد وأخذ القيمة بالصفة سليمًا. وفي الترغيب: في رجوعه بأرشه وجهان. وأنه لو بان مستحق الدم فقتل فأرشد عيبه، وقيل: قيمته، وأنه إن بان الموصوف معيبًا طالبها بسليم، وإن بان مغصوبًا أو حرًا لم تطلق.

وعنه: بلى، وله قيمته، جزم به في الروضة وغيرها فقال: لو خالعه على عبد فبان حرًا أو مغصوبًا أو بعضه، صح ورجع بقيمته أو قيمة ما خرج، وقيل: وكذا إن أعطيتني عبدًا. وفي الترغيب: وإن قال هذا المغصوب فوجهان، ثم إن وقع فرجعي، وقيل: بائن، وعليها قيمته، وإن علقه على خمر أو الخمر فأعطته فرجعي.

فصل

وإن خالغ برضاع ولده مدة معينة صح، فإن ماتت أو مات الولد رجع، قيل: ببقية حقه، وهل يستحقه دفعة أو يومًا بيوم؟ فيه وجهان وقيل: بأجرة المثل «م ٣ و٤»، وإن أطلق فحولان أو بقيتهما.

مسألة: ٣ - ٤: قوله: «وإن خالغ برضاع ولده مدة معينة صح، فإن ماتت أو مات الولد رجع، قيل: رجع ببقية حقه، وهل يستحقه دفعة أو يومًا بيوم؟ فيه وجهان، وقيل: بأجرة المثل»، انتهى. ذكر مسألتين.

المسألة الأولى - ٣: إذا خالغ برضاع ولده مدة معينة ثم ماتت أو مات الولد فهل يرجع ببقية حقه أو بأجرة المثل؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يرجع ببقية حقه، وهو الصحيح، وبه قطع في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والهادي، والمحرر، والنظم، وتذكرة ابن عبدوس والحاوي الصغير، وغيرهم. وقدمه في الرعايتين.

والوجه الثاني: يرجع بأجرة المثل لما بقي، جزم به في المغني، والشرح، والكافي.

وكذا بنفقتة، وفي اعتبار قدرها وصفتها وجهان «م ٥» ويصح بنفقتها، في

المسألة الثانية - ٤: إذا قلنا: يرجع ببقية حقه فهل يستحقه دفعة واحدة أم يومًا بيوم؟ أطلق الخلاف.

أحدهما: يرجع يومًا بيوم، وهو الصحيح، اختاره القاضي في المجرد، قال الشيخ الموفق والشارح: هذا الصحيح. قلت: وهو أقرب إلى العدل.

والوجه الثاني: يستحقه دفعة واحدة، قاله القاضي في الجامع.

مسألة - ٥: قوله: «وكذا بنفقتة، وفي اعتبار قدرها وصفتها وجهان»، انتهى. وأطلقتهما في الرعاية الصغرى، والحاوي الصغير، قال في الرعاية الكبرى: فإن صح الإطلاق فله نفقة مثله.

أحدهما: لا يعتبر قدرها وصفتها وقطع به في المغني، والشرح، وهذا الصحيح، ويرجع في ذلك إلى العرف والعادة، قال أبو بكر في الخلاف والقاضي في الجامع الكبير: لا يعتبر قدرها وصفتها، انتهى.

والوجه الثاني: يعتبر ذلك، وهو ضعيف حيث كان ثم عادة.

تنبيهات:

الأول: قوله: «ويصح بنفقتها، في المنصوص، وقيل: إن وجبت بالعقد، وفيه روايتان، وجزم به الفصول»، انتهى. مراده، والله أعلم، مجرد حكاية روايتين، لا أنه أطلقهما، لأنه قد قدم في كتاب النفقات أنه لا تلزمه النفقة إلا إذا تسلم من يلزمه تسلمها أو بذلت هي أو ولي فقال: «ومتى تسلم من يلزمه تسلمها أو بذلت هي أو ولي فلها النفقة، وعنه: تلزمه بالعقد مع عدم منع من يلزمه تسلمها لو بذلته»، انتهى.

الثاني: قوله: «ولا يصح تعليقه بقوله: إن بذلت لي كذا فقد خلعتك»، انتهى. قطع هنا بأنه لا يصح تعليق الخلع على شرط، وقال في باب الشروط في البيع: ويصح تعليق الفسخ بشرط، ذكره في التعليق والمبهبج، وذكر أبو الخطاب والشيخ: لا، قال صاحب الرعاية فيما إذا أجره كل شهر بدرهم: إذا مضى شهر فقد فسختها، إنه يصح، تعليق الخلع، وهو فسخ، على الأصح، انتهى.

فقدم هنا أنه يصح، وذكر كلام صاحب الرعاية وأقره عليه، قال ابن نصر الله: والأظهر أنه لا يصح، لأن الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقدين، فلم يصح تعليقه بشرط، كالبيع، انتهى.

الثالث: قوله: «ويصح بنفقتها» أطلق النفقة، فظاهره سواء كانت واجبة أم لا. وقال القاضي في الجامع: وصرح أنه يصح الخلع على نفقة الحائل التي تحيض، والآيسة. قال

المنصوص، وقيل: إن وجبت بالعقد، وفيه روايتان، وجزم به في الفصول وإلا فخلع بمعدوم.

وإن خالع حاملاً فأبرأته من نفقة حملها صح، فلا نفقة لها ولا له حتى تطفمه، نقل المروذي: إذا أبرأته من مهرها، أو نفقتها ولها ولد فلها النفقة عليه إذا طفمته، لأنها قد أبرأته مما يجب لها من النفقة، فإذا طفمته فلها طلبه بنفقتها، وكذا السكنى.

وتعتبر الصيغة منهما، فيقول: خلعتك أو فسخت أو فاديت على كذا، فتقول: قبلت أو رضيت، وقيل: وتذكره، فإن قالت: اخلعني بألف، أو على ألف، أو ولك ألف، أو طلقني كذلك، أو إن طلقنتي فلك علي ألف، فقال على الفور وقيل: أو التراخي، جزم به في المنتخب. وفي المحرر: في المجلس، وقاله في الترغيب، في إن طلقنتي فلك ألف خلعتك أو طلقتك، وقيل: وذكر الألف، طلقت واستحقه من غالب نقد البلد، وعنه: إن قالت: اخلعني بألف، فأخذه وسكت، بانت، ولها الرجوع قبل إجابتها، وقيل: يثبت خيار المجلس، فيمتنع من قبض العوض ليقع رجعيًا. وفي الترغيب: في: خلعتك، أو اخلعني، ونحوهما، على كذا، يعتبر القبول في المجلس، إن قلنا فسخ بعوض، وإن قلنا: هو فسخ منه مجرد فكاك لإبراء والإسقاط لا يعتبر قبول ولا عوض، فتبين لقوله فسخت أو خلعت.

ولا يصح بلفظ الفداء، ولا يصح تعليقه بقوله: إن بذلت لي كذا، فقد خلعتك. قال شيخنا: وقولها: إن طلقنتي فلك كذا أو أنت بريء منه، وإن طلقنتي فلك علي ألف، وأولى وليس فيه النزاع في تعليق البراءة بشرط، أما لو التزم دينًا لا على وجه المعاوضة، وإن تزوجت فلك في ذمتي ألف، أو جعلت لك في ذمتي ألفًا، لم يلزمه، عند الجمهور. وإن قالت: طلقني بألف إلى شهر، فطلقها قبله، فلا شيء له. نص عليه، وإن قالت: من الآن إلى شهر، فطلقها قبله استحقه، وذكر القاضي مهر مثلها، وإن قالت: طلقني به، فقال: خلعتك، فإن كان طلاقًا استحقه، وإلا لم يصح، وقيل: خلع بلا عوض. وفي الروضة: يصح وله العوض، لأن القصد أن تملك نفسها بالطلقة، وحصل بالخلع.

وعكس المسألة يستحق إن كان طلاقًا، وإلا فوجهان «م ٦».

الشيخ تقي الدين: وهو الصواب، وله مأخذان، وذكرهما وأطال، وحمل شيخنا كلام المصنف على أنها حامل، وصرح به الشيخ الموفق والمجد وغيرهما من الأصحاب.

مسألة - ٦: قوله: «وعكس المسألة يستحق إن كان طلاقًا وإلا فوجهان»، انتهى. يعني لو قالت: اخلعني بألف فقال: طلقتك استحقها إن قلنا: الخلع طلاق، وإن قلنا:

فإن لم يستحق ففي وقوعه رجعيًا احتمالان «م ٧». وإن قالت: طلقني واحدة بألف، أو على ألف، أو ولك ألف، فطلقها ثلاثًا قال في الروضة: أو اثنتين استحقه، وقيل: إن قال ثلاثًا بالألف فثلاثة.

وإن قال: أنت طالق وطالق وطالق، بانت بالأولى، وقيل: بالكل وإن ذكره عقب الثانية بانت بها والأولى رجعية ولغت الثالثة، وإن قالت ثلاثًا بألف لم يستحق إلا بها، ولو وصف طلبة بينونة وقلنا به لعدم التحريم التام وإن لم يصفها فواحدة رجعية، وقيل: بائن بثلاثة، وهو رواية في التبصرة، وإن كانت معه بواحدة استحقه، وقيل: ثلاثة إن جهلت.

وإن قال ابتداء: أنت طالق بألف أو على ألف، أو عليك ألف، فقبلته في المجلس وأجراه في المغني كأن أعطيتني بانت واستحقه، وله الرجوع قبل قبولها، وإن لم تقبل فنصه: يقع رجعيًا، وقيل: يقع في الأولى، وقيل: والثانية «م ٨». وخرج من

هو غير طلاق هل يستحقها؟ فيه وجهان انتهى، وهما احتمالان مطلقان في المغني، والشرح.

أحدهما: لا يستحق شيئًا، وهو الصواب، لأن فيه غرضًا صحيحًا، وقدمه ابن رزين في شرحه.

والوجه الثاني: يستحقها.

مسألة - ٧: قوله: «فإن لم يستحق ففي وقوعه رجعيًا احتمالان»، انتهى. وأطلقهما في المغني، والشرح.

أحدهما: يقع رجعيًا وهو الصواب، لأنه طلاق وقع من غير عوض.

والقول الثاني: لا يقع شيئًا ألبته.

تنبيه: قوله: «وإن قالت: طلقني واحدة بألف ونحوه، فقال: أنت طالق وطالق وطالق بانت بالأولى، وقيل: بالكل». انتهى

قدم أنها تبين بالأولى، وهو قول القاضي في المجرد وغيره، وليس ماشيًا على قواعد المذهب من أن الواو لمطلق الجمع، حتى قال بعضهم: إنه سهو، والصحيح هنا أنها تطلق ثلاثًا، ولا فرق بين: قوله: طالق وطالق وطالق، وبين: قوله: ثلاثًا، نبه على معنى ذلك في القواعد الأصولية.

مسألة - ٨: قوله: «وإن قال ابتداء: أنت طالق بألف، أو علي ألف، أو عليك

ألف... ولم تقبل، فنصه: يقع رجعيًا، وقيل: يقع في الأولى، وقيل: والثانية»، انتهى.

نظيرتهن في العتق عدمه فيهن، ولا ينقلب بائناً ببذلها في المجلس، وقيل: بلى في

ظاهره إطلاق الخلاف، وظاهر كلامه في المغني، والشرح، إطلاق الخلاف في الثانية.

أحدها: يقع رجعيًا في المسائل الثلاث، وهو الصحيح من المذهب، نص عليه، وعليه الأكثر، وقطع به جمهور الأصحاب في الثالثة، وقطع به في المسائل الثلاث في الوجيز ومنور الآمدي ومنتخبه وتجريد العناية وغيرهم. وقطع به في القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة في المسألة الأولى، وقال: نص عليه، وقاله الأصحاب، انتهى.

قال ابن منجا في شرحه عن الأولى والثانية: هذا المذهب، وقدمه فيهما في المقنع، والمححر، والنظم، والرعيتين، والحاوي وغيرهم. وقيل: لا يقع في الجميع حتى تقبل، حكاها في الرعيتين، ولم أره في غيرهما. والظاهر أنه التخيير الذي خرج المصنف وغيره. وقال القاضي في موضع: تطلق، إلا في الصورة الأولى فلا تطلق فيها حتى تقبل، وهي: قوله: «بألف» واختاره الشارح، وقال ابن عقيل: لا تطلق إلا في الأخيرة، فلا تطلق في الأولى والثانية، وهو: قوله: «بألف، وعلى ألف» حتى تقبل، وهو احتمال في المقنع.

ونقل الشيخ في المغني، ومن تابعه أن القاضي في المجرد قال: لا تطلق في قوله: «على ألف» حتى تقبل، انتهى. هذا نقل الأصحاب في المسألة على التحرير.

تنبيه: ظهر مما تقدم أن نقل المصنف القولين الأخيرين غير موافق لما نقل عن الأصحاب من الخلاف، لأنه في القول الثاني أوقع الطلاق في المسألة الأولى رجعيًا، وهو: قوله: «بألف»، ولم يوقع في الثانية والثالثة، وهو: قوله: «على ألف» أو «وعليك ألف» حتى تقبل، وأوقعه في القول الثالث في المسألة الأولى والثانية رجعيًا، ولم يوقعه في الثالثة حتى تقبل، وهو مخالف للمنقول عن الأصحاب، والصواب أن في كلامه نقصًا، وهو لفظة «لا» بعد القول، وبه يستقيم الكلام، فتقديره وقيل: لا يقع في الأولى، وقيل: والثانية لفظة «لا» سقطت من الكاتب، فعلى هذا التقدير يكون موافقًا لما قاله القاضي الذي نقله عنه في الحاوي، واختاره الشارح، أعني القول الثاني، وموافقًا لما قاله ابن عقيل، أعني القول الثالث، ولم يذكر المصنف ما نقله الشيخ عن القاضي في المجرد، والمصنف تابع الشيخ في المححر، فإنه وجد نسخة قرئت على المصنف وعليها خطه. وقال القاضي في موضع: لا تطلق إلا في الصورة الأولى، فعلى هذه النسخة تطلق في قوله: «بألف» رجعيًا، ولا تطلق في الثانية والثالثة، وهما: قوله: «على ألف» أو «وعليك ألف» وهو مشكل، إذ لم ينقله أحد عن القاضي ولا غيره في قوله: «وعليك ألف»، فلذلك لما قرئ هذا المكان على الشيخ تقي الدين بن تيمية كشط لفظة «لا» فبقي. وقال القاضي: تطلق إلا في الصورة الأولى، وهو موافق لما نقله في الحاوي

الأولتين، قال شيخنا: مع أن «على» للشرط اتفاقاً. وفي المغني: ليست له ولا معاوضة، لعدم صحة بعثك ثوبي على دينار.

وإن قالت له امرأته: طلقنا بألف، فطلق واحدة، بانت بقسطها، وإن قالت إحداهما فقيلاً: كذلك، وقيل: رجعي «م ٩» وإن قالت: طلقني به على أن لا تطلق ضرتي، أو أن تطلقها، صح شرطه وعوضه، فإن لم يف استحق في الأصح الأقل منه أو المسمى.

فصل

إذا قال: متى، أو إذا، أو إن أعطيتني، أو أقبضتني ألفاً، فأنت طالق، لزم من جهته، خلافاً لشيخنا، كالكتابة عنده، ووافق على شرط محض، كإن قدم زيد، وقال: في التعليق الذي يقصد به إيقاع الجزاء: إن كان معاوضة فهو معاوضة، ثم إن كانت لازمة فلازم وإلا فلا، فلا يلزم الخلع قبل القبول ولا الكتابة وقول من قال: التعليق لازم دعوى مجردة. وتبين بعطيته ذلك فأكثر، وإذنه بإحضاره وإذنها في قبضه

عنه، واختاره الشارح، ولو اعتذر عن المصنف بأنه تابع الشيخ في المحرر قلنا: لم يتابعه في القول الأخير، وهو اختيار ابن عقيل، فحصل بذلك الخلل، وعلى ما قدرنا يزول الإشكال ويوافق كلام الأصحاب، والله أعلم.

وفي الرعاية الصغرى، تخييط في هذا المكان، رأيت بعض الأصحاب نبه عليه وهو غير ما وقع للمصنف ولصاحب المحرر.

مسألة - ٩: قوله: «وإن قالت امرأته: طلقنا بألف فطلق واحدة بانت بقسطها، وإن قالت إحداهما فقيلاً كذلك، وقيل: رجعي» انتهى.

أحدهما: هو رجعي لا شيء له، لعدم وجود الشرط، وهو الصحيح، صححه في المحرر، وقدمه في الكافي، قال في المغني: قياس قول أصحابنا لا يلزم الباذلة هنا شيء، انتهى.

والوجه الثاني: هي كالتى قبلها، قال القاضي: هي كالتى قبلها، واختاره ابن عبدوس في تذكرته وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير.

تنبيه: قوله: «فإن لم يف استحق - في الأصح - الأقل منه أو المسمى». قال ابن نصر الله: صوابه «منه ومن المسمى» وإنما استحق ذلك لكونه لم يطلق إلا بعوض، فإذا لم يسلم له رجع إلى ما رضي بكونه، عوضاً وهو المسمى إن كان أقل من الألف وإلا فله الألف؛ لأنه رضي به عوضاً عنها وعن شيء آخر، فإذا جعل كله عنها كان أحظ له.

وملكه وإن تراخى، والمراد تعطيه بحيث يمكنه قبضه، كما في المنتخب والمغني وغيرهما. وفي الترغيب وجهان في: إن أقبضتني فأحضرتة ولم يقبضه، فلو قبضه فهل يملكه فيقع بائناً، أم لا فيقع رجعيًا؟ فيه احتمالان «م ١٠» وقيل: يكفي عدد ينفق برأسه بلا وزن، لحصول المقصد فلا تكفي وازنة ناقصة عددًا كذلك، والسبيكة لا تسمى دراهم. وإن قال لرشيدتين: أنتما طالقتان بألف، فقبلته إحداهما، طلقت في الأصح بقسطها.

وإن قاله لرشيده ومميضة، وزاد: إن شئتما، فقلتا: قد شئنا، طلقت الرشيدة بقسطها منه، عند أبي بكر، وعند ابن حامد يقسط بقدر مهرهما، وذكره الشيخ ظاهر المذهب «م ١١» والمميضة تطلق رجعية كسفيهة، وعنه: لا مشيئة لمميضة، كدونها. فلا طلاق إن خالعتة في مرض موتها بزائد على إرثه، وقيل: وعلى مهرها، فللورثة منعه. وإن طلقها في مرضه ثم أوصى أو أقر لها بشيء أخذته إن كان دون إرثها، وإن حاباها في الخلع فمن رأس المال.

مسألة - ١٠: قوله: «فلو قبضه فهل يملكه فيقع بائناً أم لا فيقع رجعيًا؟ فيه احتمالان»، انتهى.

يعني إذا قال لها: متى أو إذا أو إن أعطيتني أو أقبضتني ألفًا فأنت طالق لزم من جهته... فلو قبضه فهل يملكه فيقع بائناً أم لا يملكه فيقع رجعيًا؟ أطلق الخلاف فيه، مع أنه يحتمل أن يكون من تنمة كلام صاحب الترغيب، وهو أولى، لقوله قبل ذلك: وتبين بعطيته ذلك فأكثر، وعلى تقدير أن يكون أطلق الخلاف فيه نذكر الصحيح منهما.

أحدهما: يكون بائناً، وهو الصحيح، قال في الرعاية الكبرى، في هذه المسألة: فإذا أحضرته في المجلس أو غيره وأذنت في قبضه على فور أو تراخ بانت منه بطلقة وملكه وإن لم يقبضه، وكذا قال في الصغرى، ولم يقل «وملكه» وكذا قال في الحاوي ولم يقل «ملكه وإن لم يقبضه»، وهو مراد، والله أعلم.

والقول الثاني: لا يقع بائناً بل رجعيًا، وهو ضعيف.

مسألة - ١١: قوله: «وإن قال لمكلفة ومميضة: أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقلتا قد شئنا طلقت الرشيدة بقسطها منه عند أبي بكر، وعند ابن حامد يقسط بقدر مهرهما، وذكره الشيخ ظاهر المذهب»، انتهى. وأطلقهما في الهداية، والمستوعب.

قول أبي بكر: هو الصحيح، اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وبه قطع في المقنع، والمحزر، والوجيز وشرح ابن رزين، والمنور، وغيرهم. وقدمه في الخلاصة، والرعايتين، والحاوي الصغير، وغيرهم.

وإن خالع وكيله مطلقًا بمهرها أو بما قدر له فأكثر أو وكيلها مطلقًا بمهرها أو بما قدرته له فأقل صح، وإن زاد وكيلها أو نقص وكيله فقيـل: لا يصح، وقيل: في المقدر، وقيل: لا يصح من وكيله، وقيل: يصح ويضمن الوكيل النقص والزيادة، وقيل: يجب مهر مثلها، وعند القاضي: لا يضمن وكيلها، لأنه يقبل العقد لها لا مطلقًا ولا لنفسه بخلاف الشراء «م ١٢ - ١٥».

وقول ابن حامد ذكر الشيخ وتبعه الشارح؛ أنه ظاهر المذهب.

مسألة - ١٢ - ١٥: قوله: «وإن خالع وكيله مطلقًا بمهرها أو بما قدر له فأكثر أو وكيلها مطلقًا بمهرها أو بما قدرته له فأقل صح، وإن زاد وكيلها أو نقص وكيله فقيـل: لا يصح، وقيل: في المقدر، وقيل: لا يصح من وكيله، وقيل: يصح ويضمن الوكيل النقص والزيادة، وقيل: يجب مهر مثلها، وعند القاضي: لا يضمن وكيلها، لأنه يقبل العقد لها لا مطلقًا ولا لنفسه، بخلاف الشراء»، انتهى.

ذكر مسائل:

المسألة الأولى - ١٢: ولو وكل الزوج في خلع امرأته مطلقًا، فخالع بمهرها فأزيد، صح، وإن نقص صح ورجع على الوكيل، على الصحيح، اختارها ابن عبدوس في تذكرته، وصححه في الرعايتين وتجريد العناية، وقطع به في الوجيز وغيره، وقدمه في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والمقنع، والحاوي وغيرهم. ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصًا وبين رده وله الرجعة، وهذا الاحتمال للقاضي وأبي الخطاب، ولم يذكره المصنف، وقيل: يجب مهر مثلها، وهذا احتمال للقاضي أيضًا، وقيل: لا يصح الخلع، قدمه في النظم وصححه، وإليه ميل الشيخ والشارح، وهو ظاهر قول ابن حامد والقاضي، وأطلق الأول والأخير في المحرر والشرح.

المسألة الثانية - ١٣: لو عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع، على الصحيح من المذهب، اختاره ابن حامد والقاضي وابن الخطاب والشيخ الموفق والشارح؛ وصححه في الرعايتين والنظم، وقدمه في الخلاصة، وجزم به في المنور. وقال أبو بكر: يصح ويرجع على الوكيل بالنقص، قال في الفائدة العشرين: هذا المنصوص عن أحمد، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وجزم به في الوجيز، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب في الوكالة، وأطلقهما في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والكافي، والحاوي الصغير، وغيرهم.

المسألة الثالثة - ١٤، والرابعة - ١٥: لو وكلت المرأة في ذلك فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون، صح. ولزم الوكيل الزيادة، على الصحيح، صححه في الرعايتين، وقطع به في الهداية، والمذهب، والحاوي الصغير، والوجيز وغيرهم. وقدمه

وخلع وكيله بلا مال لغو، وقيل: يصح إن صح بلا عوض، وإلا رجعيًا، ويصح من وكيلها.

وإن خالف جنسًا أو حلولاً أو نقد بلد فقيل: كذلك، وقيل: لا يصح «م ١٦» وتولي الوكيل فيه لطرفيه ككنكاح.

وإذا تخالعا تراجعا بما بينهما من حقوق النكاح، كوقوعه بلفظ طلاق، وعنه: تسقط بالسكوت عنها، إلا نفقة العدة وما خولع ببعضه. وإن ادعى مخالعتها بمائة فأنكرته أو قالت: خالعك غيري، بانت وتحلف لنفي العوض، وإن اعترفت وقالت: ضمنه غيري أو في ذمته، قال: في ذمتك لزمها. وإن اخ تلفاً في قدر عوضه أو صفته أو تأجيله قبل قولها، وعنه: قوله، وقيل: إن لم يجاوز المهر، وخرج التحالف إن لم يكن بلفظ طلاق وله المهر.

ومن حلف بطلاق أو عتق على شيء ثم أبانها وباعه ثم عاد إليه فيمينه باقية، لأن غرضه منعه في ملكه، كقوله لأجنبية: إن طلقتك فعبدي حر أو زوجتي طالق، بخلاف اليمين بالله، لحنثه وانعقادها وحلها في غير ملك، وعنه: لا ذكره شيخنا، وذكره أيضًا قولاً، وعنه: في العتق تنحل يمينه بفعل المحلوف عليه قبل العود، جزم به أبو محمد الجوزي في كتابه الطريق الأقرب فيه وفي الطلاق، وخرج جماعة مثله في الطلاق.

في المغني، والكافي، والشرح. وقال القاضي: عليها مهر مثلها، ولا شيء على وكيلها، لما علله به المصنف، وقيل: لا يصح، صححه الناظم، قال ابن منجا في شرحه: هذا المذهب، وقدمه في المقنع.

ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة، يعني أنها لا تلزم الوكيل ولا غيره، وقيل: لا يصح في المعين، ويصح في غيره، وقال في المستوعب: إذا وكلته وأطلقت لا يلزمها إلا مقدار المهر المسمى، فإن لم يكن فمهر المثل، وقال فيما زاد على ما عينت له: يلزم الوكيل الزيادة. وقال ابن البنا: يلزمها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو المسمى.

مسألة - ١٦: قوله: «وإن خالف جنسًا أو حلولاً أو نقد بلد فقيل كذلك، وقيل: لا يصح»، انتهى.

عدم الصحة مطلقًا هو الصحيح، قال الشيخ الموفق والشارح: القياس أنه لا يصح هنا، قال في الكافي، والرعاية: لا يصح. وقال القاضي: القياس أن يلزم الوكيل الذي أذن فيه، ويكون له ما خالع به، ورده الشيخ والشارح. فهذه ست عشرة مسألة في هذا الباب.

ومن كتاب البيع إلى هنا ثمانمائة وأربع وعشرون مسألة على التحرير.

وجزم في الروضة بالتسوية بينهما. وفي الترغيب: وأولى، وذكره ابن الجوزي رواية، واختاره التميمي. وكذا: إن بنت مني ثم تزوجتك فأنت طالق، فبانت ثم تزوجها، وفي التعليق احتمال: لا يقع، كتعليقه بالملك. قال أحمد فيمن طلق واحدة ثم قال: إن راجعتك فأنت طالق ثلاثاً: إن كان هذا القول تغليظاً عليها في أن لا تعود إليه فمتى عادت إليه في العدة أو بعدها طلقت.

ويحرم الخلع حيلة لإسقاط يمين الطلاق، ولا يقع، جزم به ابن بطة في مصنف له فيها، وذكر عن الآجري ذلك، وجزم به في عيون المسائل، والقاضي في الخلاف، واحتج بأشياء، منها قول عمر: الحلف حنث أو ندم، رواه ابن بطة، ورواه الدارقطني في الأفراد مرفوعاً، وكذا في الانتصار وقال: إنه محرم عند أصحابنا، وكذا قال في المغني: هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق، والحيل خداع لا تحل ما حرم الله، فلو اعتقد البيونة ففعل ما حلف فكمطلق معتقد أجنبية فتبين امرأته، ذكره شيخنا، وقال: خلع اليمين هل يقع رجعيًا أو لغوًا وهو أقوى؟ فيه نزاع، لأن قصده ضده كالمحلل، وشذ في الرعاية فقال: يحرم الخلع حيلة ويقع في الأصح، ويتوجه أن هذه المسألة وقصد المحلل التحليل وقصد أحد المتعاقدين قصدًا محرماً كبيع عصير ممن يتخذه خمراً على حد واحد، فيقال في كل منهما ما قيل: في الأخرى. وفي واضح ابن عقيل: يستحب إعلام المستفتي بمذهب غيره إن كان أهلاً للرخصة، كطالب للتخلص من الربا فيدله إلى من يرى التحيل للخلاص منه والخلع بعدم وقوع الطلاق.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كتاب البيع	٥
باب الشروط في البيع	٣٦
باب بيع الأصول والثمار	٤٣
باب الخيار	٥١
باب خيار التدليس والغبن	٥٨
باب خيار العيب	٦٢
باب الخيار في البيع بتخيير الثمن والإقالة	٧٣
باب الخيار لاختلاف المتبايعين	٧٨
باب التصرف في المبيع وتلفه	٨٤
باب الربا	٩٢
باب السلم والتصرف في الدين	١٠٧
باب القرض	١٢٢
باب الرهن	١٢٨
باب الضمان	١٤٧
باب الحوالة	١٥٨
باب الصلح وحكم الجوار	١٦٤

١٧٩	باب التفليس
١٩٢	باب الحجر
٢٠٨	باب الوكالة
٢٣٣	كتاب الشركة
٢٥٠	باب المساقاة والمزارعة
٢٥٩	باب الإجارة
٢٧٩	باب الجعالة
٢٨١	باب السبق
٢٨٨	باب العارية
٢٩٤	باب الوديعة
٣٠٣	باب الغصب
٣٢٦	باب الشفعة
٣٤٢	باب إحياء الموات
٣٥١	باب اللقطة
٣٥٧	باب اللقيط
٣٦٢	باب الوقف
٣٩٧	باب الهبة
٤٠٩	كتاب الوصايا
٤١٦	باب تبرع المريض
٤٢٣	باب الموصى له
٤٢٨	باب الموصى به
٤٣٥	باب عمل الوصايا
٤٤١	باب الموصى إليه

٤٤٨	كتاب الفرائض
٤٥٤	باب العصبية
٤٥٦	باب أصول المسائل والعول والرد
٤٥٩	باب تصحيح المسائل والمناسخات وقسم التركات
٤٦٣	باب ذوي الأرحام
٤٦٥	باب ميراث الحمل
٤٦٨	باب ميراث المفقود
٤٧٢	باب ميراث الخثى
٤٧٤	باب ميراث الغرقى ونحوهم
٤٧٦	باب ميراث المطلقة
٤٧٩	باب ميراث أهل الملل والقاتل
٤٨٣	باب ميراث المعتق بعضه
٤٨٦	باب الولاء
٤٩٢	باب الإقرار بمشارك في الميراث
٤٩٧	كتاب العتق
٥١٣	باب التدبير
٥١٨	باب الكتابة
٥٣٢	باب أحكام أمهات الأولاد
٥٣٨	كتاب النكاح
٥٥٣	باب أركان النكاح وشروطه
٥٦٨	باب المحرمات في النكاح
٥٨٠	باب الشروط في النكاح
٥٩٠	باب العيوب في النكاح

٥٩٩	باب نكاح الكفار
٦٠٨	باب الصداق
٦٣٣	باب وليمة العرس
٦٤٣	باب عشرة النساء
٦٦١	باب الخلع
٦٧٥	الفهرس