

كتاب لباب اللباب

فى بيان ما تضمنته أبواب الكتاب
من الأركان والشروط والموانع والأسباب

تأليف

الفتية الإمام العالم المتقن النظار الورع
أبى عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد
البكرى القضى المالكى
(المتوفى سنة ٧٣٦ هـ)

الناشر

مكتبة الشفاة الدينية

٥٣٦ شارع بورسعيد - القاهرة

ت: ٥٩٢٢٦٢٠ - ٥٩٢٨٤١١

فاكس: ٥٩٢٦٢٧٧ ص.ب: ٢١ توزيع الظاهر

E-mail: alsakafa-alDinaya@hotmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ترجمة المؤلف

هو محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي إمام التحقيق والتحصيل رحل إلى المشرق بعدما ملأ الوطاب من العرفان، وسمت به همة نزاعة إلى البحث والبيان. فأخذ العلم عن عيونه، وكرع من منله ومعينه. وشهدت له الأعلام بالسبق والنبيل. وعاد إلى المعاد يحمل الفخر والفضل.

قال في نبيل الابتهاج ناقلاً عن المترجم له ما نصه:

قرأت العربية والفرائض والحساب وأدركت بتونس جلة من النبلاء وصدوراً من النحاة والأدباء فأخذت عنهم، ثم تشاغلنا بالأصول والفقه زماناً ثم رحلت إلى الإسكندرية في زمن الملك السعيد فلقيت بها صدوراً أكابر، وبحوراً زواجر. كقاضى القضاة ناصر الدين بن المنير، وكان ذا علوم فائقة والكمال التنسى يدعى مالكا الصغير يدرس التهذيب، وقاضى القضاة ناصر الدين بن الأبيارى تلميذ أبى عمرو بن الحاجب، وضياء الدين بن العلاء وكان فروعياً مجيداً ومحبي الدين حافى رأسه نحوياً أديباً أنشدنى لنفسه.

عتبت على الدنيا لتقديم جاهل وتأخير ذى فضل فقالت خذ العذرا

ذوو الجهل أبنائى وكل فضيلة فأربابها أبناء ضررتى الأخرى

فأخذت عنهم ثم رحلت إلى القاهرة إلى شيخ المالكية فى وقته فقيد الأشكال والأقران نسيج وحده، وقمر سعده، ذى العقل الوافى، والذهن الصافى، الشهاب القرافى، كان مبرزاً على النظر محرراً قصب السبق للفنون معتكفاً على التعليم على الدوام، فأحلنى محل السواد من العين والروح من الجسد، فجلت معه فى المنقول والمعقول فحفظت الحاصل وقرأته مع المحصول فأجازنى بالإمامة فى علم الاصول، وأذن لى فى التدريس والإفادة وترددت فى أثناء ذلك إلى مجلس الإمام الأواحد العارف بالأصليين الجامع للمذهبين قاضى القضاة تقى الدين بن دقيق

العيد، كان يدرس مختصر ابن الحاجب ويثني عليه كثيراً ويقول إنه احتوى على أربعين ألف مسألة فاعتكف على حفظه ودرسه إلى شيخ العقليات بحر المعاني، الشمس الأصبهاني، استفدت منه طريقته الرشيقة، وأبحاثه الأنيقة، وكان يشكر ذهني، ويفضلني على غيري، وإلى الشرف الكركي وكان لي مع أبحاث ومذكرات وغيرهم ممن لا يحصى كثرة، ولما ظفرت من المعلوم بما أردت رجعت إلى وطني فشرعت في الدروس ومالت إلى النفوس.

ولما توليت القضاء ضاق بأناس متسع الفضاء فسلقوني بالسنة حداد ولى أسوة بمن تقدم وكان ذلك سبباً في الظهور. وتضاعف الحسران عليهم حتى سكنوا القبور.

وفي أيام الامتحان ألفت في الأصول مختصراً سميته «تلخيص المحصول في علم الأصول» وسهلته بأمثلة ثم «الفائق في معرفة الأحكام والوثائق» في سبعة أسفار من القالب الكبير ثم «المذهب في ضبط مسائل المذهب» في ستة أسفار من القالب الصغير ثم «النظم البديع في اختصار التفريع» ثم «الموهبة السنية في العربية» ثم «المرقية العليا في تفسير الرؤيا» ثم شرح ابن الحاجب المسمى «الشهاب الثاقب» في شرح لفظه وحل مشكلاته، وإيضاح رموزه وإشاراته، وعزو مسائله، وتقرير دلائله، وقد استخرجت مسائلها في أماكنها ولم يبق منها إلا خمس مسائل لم أقف على النقل فيها وكذا بعض الأقوال. اهـ ملخصاً.

اسمعه ممن قاله تزدد به عجباً فخير الورد في أغصانه
ومن تأليفه أيضاً «تحفة اللبيب» في اختصار ابن الخطيب. و «لب اللباب» وهو خلاصة ما تقدم من عصر الشباب.

اسمع مقالة ذي نصح وتجربة يفدك في اليوم ما في دهره علماً
ولما صرف عن قضاء بلاده ولى قضاء الجزيرة القبلية، ثم عزل عنها وأقام بالحاضرة مرموقاً من قاضيهما أبي إسحاق ابن عبد الرفيع بعين الغضب مانعاً له من الجلوس للوعظ بجامع القصر، فكان يقول أتمنى الجلوس معه للمناظرة حتى يتبين من هو المقدم في العلم إلى أن أدركه كتاب الأجل ليلة العشرين من جمادى الآخرة سنة ست وثلاثين وسبعمائة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[مقدمة المؤلف]

قال الشيخ الفقيه الإمام المتقن الورع أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري المالكي رضى الله عنه:

الحمد لله الذى من علينا بكتابه العزيز وشرفنا به ووفقنا لتلاوته ولفهم معانيه، وأرشدنا لامثال أوامره واجتتاب نواهيه، نحمده جل وعلا لكماله وأفضاله، ونشهد أنه لا إله إلا هو وحده لا شريك له، ونشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ﷺ وعلى آله الأخيار، وصحبه السادة الأبرار، ما هطلت الأنوار، وما تعاقب الظلام والضيء بعث ﷺ رحمة للعالمين، وإماماً للمتقين، وسراجاً منيراً للهادين المهتدين، فألقى الناس بدءاً فوضأ عيوننا عمياء وقلوبنا مرضى فأوضح المشكلات، وأزال الشبهات، وبين الحلال والحرام، وأزاح عن القلوب الغمة بعد أن تمكن منها الداء العضال، ولما بلغ الرسالة وأدى الأمانة، رفعه الله تعالى إلى محل أنسه، وأسكنه فى حضرة قدسه، جمع الله شملنا به فى ذلك المقام، وورقنا عملاً صالحاً نتوصل به إلى دار السلام.

ولم يورث ﷺ ديناراً ولا درهماً وإنما ورث العلم وحض عليه، وقال: «تعلموا العلم وعلموه الناس فإنى لم أبعث إلا معلماً».

وقال ﷺ: «إن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يطلب».

وقال ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: . . .» فذكر منها:

«علماً ينتفع به».

وقال ﷺ: «بين العالم والعابد مائة درجة تطوى بالجواد المضمّر سبعين سنة».

وفى حديث يقول الله تعالى يوم القيامة: «يا معشر العلماء إنى لم أضع علمى

فيكم إلا لعلمى بكم ولم أضع علمى فيكم لأعذبكم، اذهبوا فقد غفرت لكم».

وسمعت الشيخ ناصر الدين رحمه الله تعالى يقول: أبو السيادة أفضل من أبى

الولادة فإن الله تعالى أمر آدم عليه السلام أن يعلم الملائكة الأسماء فلما علمهم حصل له عليهم فضل المعلم على المتعلم فأمرهم بالسجود له، قال: فأمر بالسجود لأب الإفاضة ولم يأمر به لأب الولادة فدل على أن أب الإفاضة أفضل.

وقال القاضي سند رحمه الله تعالى: لو لم يكن للعلم فضيلة إلا كونه شرطاً للألوهية فمن ليس بعالم ليس بياله.

وقد رجوت من الله أن يحشرني مع العلماء وأن أضرب في أجورهم بوفر أو أحظى منه ولو بمثل قلامة ظفر، فإن الله تعالى أجرى على يدي تصانيف في فنون شتى تقرب من الستين مجلداً في القالب الصغير وقد سار ذكرها بحمد الله في المشرق والمغرب ووصل إلى أناس من جهات برسم نسخها، ولما رأيت نهار الشيب قد تجلى، وليل الشباب شمر ذيله فرقاً وولى، رغبت في وسيلة أختم بها عملي وأنتفع بها إن شاء الله تعالى عند حلول أجلى فوضعت هذا المختصر ورتبته ترتيباً لم أسبق إليه ليتنفع به المبتدى ويستبصر به المنتهى وسميته:

«لُبَابُ اللَّبَابِ فِي بَيَانِ مَا تَضَمَّنَتْهُ أَبْوَابُ الْكِتَابِ مِنَ الْأَرْكَانِ وَالشُّرُوطِ وَالْمَوَانِعِ وَالْأَسْبَابِ».

ورجوت أن ينتشر انتشار الخبر المتواتر وأن يستوى في طلبه البادى والحاضر لعلى أنال دعوة بسببه من رجل صالح يمحو الله تعالى بها زلتى ويبلغنى منه أملئ والله تعالى المستعان وعليه التكلان وهو حسبي ونعم الوكيل.

ولنتقدم قبل الخوض في الكلام أربعة أبحاث:

البحث الأول: في الحكم وأقسامه

والحكم: خطاب الله تعالى القديم المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير واحترزنا بالقديم عن نصوص أدلة الحكم فإنها حادثة وليست بحكم وإلا لاتحد الدليل والمدلول ويدخل في الاقتضاء اقتضاء الوجود إما مع الجزم وهو الوجوب وإما عدمه وهو النذب واقتضاء العدم، إما مع الجزم وهو الحرمة، وإما مع عدمه وهو الكراهة والتسوية بين الطرفين إباحة.

فالواجب: هو الذي يذم تاركه شرعاً ويثاب فاعله ويسمى فرضاً وحثماً ولازماً.

والمندوب: هو الذي يثاب فاعله ولا يذم تاركه فإن كثرت أجوره وفعله النبي ﷺ في الجماعات وواظب عليه سمي سنة وإن قلت أجوره ولم يفعله في الجماعات سمي نافلة وإن توسط بين القسمين سمي فضيلة.

والحرام: ما يذم فاعله ويحمد تاركه إن نوى بتركه امتثال الأمر.

والمكروه: هو الذي يحمد تاركه ولا يذم فاعله.

والمباح: هو ما لا يحمد فاعله ولا يذم تاركه فإن نوى بفعله وجه الله تعالى كمن وطئ زوجته ليحصنها وليستدل بكمال تلك اللذة على كمال قدرة الله أثيب وكذلك إذ أكل قصداً ليقوى على العبادة.

وبالجمللة: فكل مباح أو ترك حرام أو مكروه أريد بفعله أو تركه وجه الله تعالى فإنه يثاب عليه وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «نية المؤمن أبلغ من عمله».

ثم الخطاب قسمان: خطاب تكليف وهو الأحكام الخمسة المذكورة، وخطاب وضع، وهو خمسة أيضاً: نصب الأسباب والشروط والموانع والتقدير والاحتجاج.

فالسبب: هو الذي يلزم من وجوده وجود الحكم ومن عدمه عدمه من حيث هو سبب وهو مناسب في نفسه وذلك كالزوال في الصلاة والنصاب في الزكاة.

والشرط: هو الذي يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده شيء من

حيث هو شرط ومناسبتة في غيره، وذلك كالطهارة في الصلاة والحول في الزكاة .
ثم الشرط أربعة أقسام: شرعى كالطهارة والستارة وعقلى كالحياة مع العلم
وعادى كالغذاء للحيوان ولغوى كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق .

والمانع: هو الذى يلزم من وجوده عدم الحكم ولا يلزم من عدمه شىء من
حيث هو مانع كالنجاسة بالنسبة إلى الصلاة والدين بالنسبة إلى الزكاة .
والتقدير: هو إعطاء الموجود حكم المعدوم والمعدوم حكم الموجود .
والأول: كوجود الماء عند المريض الذى لا يقدر على الوضوء به .

والثانى: كقول الرجل أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه فولاء العبد للمعتق عنه
ويقدر أنه دخل فى ملكه قبل عتقه ليصح ولاؤه ولا يكاد باب من أبواب الفقه
يخلو عنه لا سيما باب السلم، فإنك تقول فى ذمة فلان لفلان كذا من قمح مثلاً
والذمة معنى كلى يقبل الإلزام والالتزام والأجسام لا تثبت فى المعانى فذلك من
باب التقدير .

والحجاج: البينة والإقرار إذا قامت بينة عند القاضى فإنه يجب عليه الحكم بها
وهى فى الحقيقة راجعة إلى السبب .

إذا تقرر هذا فكل ما كان من الأحكام التكليفية له سبب وشرط ومانع فإنه
يوجد عند وجود سببه وشرطه وانتفاء مانعه، ويعدم عند عدم سببه وشرطه ووجود
مانعه وما يقع من خلاف فى إحدى الصور فالخلاف فى سببية السبب أو شرطية
الشرط أو مانعية المانع وقد يتفق على سببية السبب وشرطية الشرط ويختلف هل
وقع ذلك فى محل النزاع أو لا وعن هذا يعبر ابن بشير بأن الخلاف فى شهادة .
وإذا تأملت ذلك ظهر لك سبب الاتفاق والاختلاف فاحتفظ بهذا الأصل فإنه جيد
جداً .

البحث الثاني

اعلم - وفقنا الله وإياك - أن الفقهاء والأصوليين يسمون الأحكام الخمسة الأول: أحكام تكليف، وهي في الحقيقة أحكام تشريف وبيانه أن الله تعالى خلق الإنسان من جسم كثيف وروح ملكى شريف وأنزل الأمراض الجسمانية وأنزل لها الدواء وحرك داعية الأطباء التي تعرف الدواء وكيفية المداواة. قال الإمام فخر الدين رحمه الله: في هذا الجسم خمسة آلاف منفعة وإزاء كل منفعة مرض وإزاء كل مرض دواء فمداره على خمسة عشر ألفاً ثم إن الله تعالى أنزل الأمراض الروحانية وأنزل لها الدواء وبعث الرسل عليهم الصلاة والسلام ليعرفوا الناس تلك الأمراض وكيفية أدويتها فالأمراض النفسانية هي المعاصي فإنها تسود القلب وتصيره مظلماً كرباً والعبادات صقال لمرأة القلب ورأس الأمراض الجسمانية أكل الشهوات وأصل الدواء الحمية وأصل الأمراض النفسية اتباع الهوى وأصل المداواة مخالفته إذا علمت ذلك فالعبادات إنما هي أدوية لأمراض القلوب وإن الله تعالى أنزلها رحمة للعباد وصقالاً لمرأة قلوبهم ليتوصلوا بذلك إلى محل أنسه وسكنهم في حظيرة قدسه قال الشيخ أبو مدين رضى الله عنه الذكر مع حضور القلب ينوره فإذا عرفت ذلك عرفت أن الله تعالى لم يأمر عباده بالعبادات إلا ليشرفهم بها لا لاحتياجه إليها فإنه لا يتنفع بها ولا يتضرر بالمعاصي وقد وقعت فتياً بالديار المصرية في تارك الصلاة إن تاب هل يلزمه قضاؤها أو لا؟ فأفتى بعض الفقهاء بالسقوط عملاً بقوله ﷺ: «التوبة تجب ما قبلها» وأفتى عز الدين رحمه الله تعالى بوجوب القضاء لأن التكاليف تشاريف وإنما يسقط عنه إثم التأخير خاصة.

البحث الثالث: في بيان ما يعتبر من المصالح

اعلم وفقنا الله وإياك أن عناية الشرع بدرء المفسد أكثر من عنايته بتحصيل المصالح وقد قال النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فانتهوا»، ويجب أن تعلم أن فعل السيئة يجر إلى فعل السيئة، وكذلك فعل الحسنة، قال عز من قائل: ﴿فَأَمَّا مَنْ أَعْطَى وَاتَّقَى ﴿٥﴾ وَصَدَّقَ بِالْحُسْنَى ﴿٦﴾ فَسَنِيَرُهُ لِلْيُسْرَى ﴿٧﴾ وَأَمَّا مَنْ بَخِلَ وَاسْتَغْنَى ﴿٨﴾ وَكَذَّبَ بِالْحُسْنَى ﴿٩﴾ فَسَنِيَرُهُ لِلْعُسْرَى﴾ [الليل: ٥- ١٠]، فإذا فعل العبد معصية حصلت في قلبه نكتة سوداء كالمراة الصقيلة إذا حصل فيها نقطة من الخلل فإن تلافها بالتوبة زالت وإن زاد معصية أخرى جرت به إلى أخرى إلى أن تسود مراة القلب فيخشى عليه أن يختم عليه بالكفر والعياذ بالله تعالى. قال عز من قائل: ﴿ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةَ الَّذِينَ أَسَاءُوا السُّؤَى أَنْ كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ﴾ [الروم: ١٠] الآية، وقال عز من قائل: ﴿فَاعْقِبْهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْتَهُ بِمَا أَخْلَقُوا اللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [التوبة: ٧٧]، وإذا فعل الحسنة استنار قلبه وبعثه ذلك على حسنة أخرى إلى أن يستنير قلبه ويصلح أن يكون محلاً للملك الملوك كما روى في الخبر أن الله تعالى قال: «لا تسعنى سماواتي ولا أرضي ولكن يسعنى قلب عبدى المؤمن».

ثم إن المصالح ثلاثة أقسام: قسم اعتبره صاحب الشرع فهو معتبر إجماعاً. وقسم ألغاه فهو ملغى إجماعاً كالمنع من زراعة العنب خشية أن يعصر خمراً. وقسم ما اعتبره بعينه ولا ألغاه ولكن اعتبر المصلحة من حيث إنها مصلحة وهذا هو المعبر عنه بالمصلحة المرسله وبها قال مالك رحمه الله ولذلك قال مالك بتضمين الصناعات. وإذا اعتبرت أبواب الفقه وجدتها كلها شرعت لمصلحة غير أن تلك المصلحة تارة نعرفها كما عرفنا وجوب إطعام الجيعان إذا أشرف على الموت وتارة لا نعرفها ولكن نجزم باشمال ذلك الحكم على المصلحة طرداً لقاعدة الشرع في اعتبار المصالح فخص الله تعالى وجوب الظهر بزوال الشمس دون ما قبله وما بعده لحكمة استأثرها وقد ذكرت في أول كل كتاب حكمة مشروعيتها، والله تعالى الموفق للصواب بمنه.

البحث الرابع: هي بيان ترتيب هذا المختصر

اعلم - وفقنا الله وإياك لطاعته - أنى سلكت فى كتابى الكبير وهو «الفائق فى معرفة الأحكام والوثائق»، وفى كتاب «المذهب فى ضبط مسائل المذهب» مسلكتاً لم أسبق إليه إذا تأمله من له أدنى فكرة عرف موضع المسألة التى يطلبها، وسلكت ذلك أيضاً فى هذا المختصر وربما وقع هذا أحسن وبيان ذلك أن كل كتاب من كتب الفقه له أركان يعرفها الإنسان بعقله وكل مسألة وقعت أو تقع فإنها تدخل تحت ركنها وما لا يقع فى الأركان مثل الذى يقع بعد كمال حقيقة ذلك الشئ فإننى أعمله فى اللواحق. مثال ذلك أن النكاح مثلاً أركانه خمسة: الصيغة والزوج والزوجة والولى والصداق، فكل مسألة تتعلق بالزوج المذكورة فى ركن الزوج وكذلك سائرهما وما لا يقع فى الأركان وإنما يقع بعد العقد كالرد بالعيب واختلاف الزوجين فى متاع البيت وفى قدر الصداق وفى الوليمة وأجرة الخلوة وما أشبه ذلك فأذكره فى اللواحق، وهكذا أفعل فى كل كتاب وقد انضبط المذهب بهذا المعنى انضباطاً حسناً والحمد لله.

* * *

كتاب الطهارة

وهي بفتح الطاء الفعل ويضمها فضل ما يتطهر به وقد وردت تارة في إزالة الأدناس الحسية وتارة في إزالة الأدناس المعنوية فوجب أن نجعل حقيقة في القدر المشترك وهو مطلق النقي من الدنس دفعاً للمجاز والاشتراك.

وهي قسمان: عينية وحكومية، فالعينية: إزالة النجاسة، والحكومية: ثلاثة أنواع: وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم ويلحق في البديلة المسح على الخفين وعلى الجبيرة.

حكمها: أما العينية فستأتي في محلها إن شاء الله تعالى، وأما الحكمية فهي واجبة بنص الآية عند وجود السبب والشرط وانتفاء المانع فالسبب إرادة الصلاة أو مس المصحف أو نوم الجنب على أحد القولين والشرط أهلية التكليف والمانع كالحيض والنفاس وهي شرط في صحة الصلاة وقد أبعد من رآها شرطاً في الوجوب وإن كان لا يوجد نص ولو كانت شرطاً في الوجوب لما عصى أحد بترك الصلاة لكن العصيان واقع بالإجماع فلا يكون شرطاً في الوجوب.

حكمة مشروعيتها: تدريب النفس على مكارم الأخلاق والتأدب مع الملك الخلاق إذ ينبغي للعبد أن يقف بين يدي مولاه حسن الهيئة طيب الريح خلياً عن الوصف القبيح وهي مراتب أولها طهارة الظاهر عن الأدناس الحسية والمعنوية وطهارة الجوارح عن الآثام والأجرام وطهارة الصدر عن الأخلاق الذميمة كالغل والحسد وما أشبه ذلك وطهارة القلب بإخراج ما سوى الله تعالى وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾ [الشعراء: ٨٩].

ولنبداً أولاً بالوضوء ثم الغسل، ثم التيمم والمسح على الخفين وعلى الجبيرة، ثم بإزالة النجاسة، ثم باللواحق وهي هاهنا الأحداث، فإن الفقهاء يسمونها نواقض وما ينقض الشيء غير داخل في ماهيته ويتصل بذلك موانع الحدث.

الوضوء

وهو بفتح الواو الماء وبضمها الفعل .

• أركانها:

أربعة: المزيل والمزال والمزال عنه وكيفية الإزالة .

فالمزيل: هو الماء وهو من حيث هو ماء طهور ويقسم بحسب مخالطه أربعة أقسام قسم خالطه طاهر غير أحد أوصافه فإن كان من قراره كالحمأة أو متولداً عنه كالطحلب فهو طهور وألحق صاحب البيان والتقريب به الدهن، وكذلك المتغير بالمجاور وكذلك التراب المطروح على المشهور وفي الملح ثلاثة أقوال يفرق في الثالث بين المعدنى والمصنوع وفيه نظر لأنه إما ماء أو تراب وكلاهما غير مؤثر ولا اعتبار بكونه مطعوماً لأنه إذا انحل صار كماء البحر . وقسم خالطه طاهر لم يغير أحد أوصافه فإن كان كثيراً فهو طهور باتفاق وهو ما لا يتمارى في كثرته وكذلك إن كان قليلاً فذهب ابن القاسم إلى كراهته وفيه بعد والمستعمل في الحدث طهور وكره للخلاف لأن أبا حنيفة يقول بنجاسته وأصبغ يقول بعدم طهوريته وفيه نظر لأن القول بكراهيته مع القول بجواز الصلاة إذا توضأ به عما لا يجتمعان لأن المكروه لا يثاب فاعله والواجب يثاب فاعله فما لا يثاب فاعله لا يكون واجباً وما لا يكون واجباً لا يسد مسد الواجب وقيل مشكوك فيجمع بينه وبين التيمم وفيه نظر لأن ذلك يؤدي إلى الشك في الوضوء والوضوء إذا وقع الشك في صحته لم تجز به الصلاة وفيه أيضاً التردد في النية وقسم خالطه نجس غير أحد أوصافه فهو نجس فإن زال ذلك التغير فقولان بناء على أن العلة إذا ذهبت ذهب معلولها أو أن الحكم بعدم طهوريته قد ثبت والأصل استصحاب الحال وأطلق القول ابن الماجشون بطهورية ما تغير ريحه خاصة وحمل على المتغير بالمجاورة لا بالحلول . وقسم خالطه نجس لم يغير أحد أوصافه فإن كان كثيراً لم يغير فهو طهور باتفاق وإن كان قليلاً فالمشهور أنه مكروه ويدل عليه ما تقدم وقيل نجس .

تنبيه: ليس في المذهب نص في تمييز القليل من الكثير ووقع لابن رشد أن

القليل ما يتوضأ به يقع فيه القطرة من البول وقدرة القصيرية يتوضأ فيها الجنب وأما الجارى فحكمه كالكثير قاله فى المدونة وزاد ابن الحاجب إذا كان المجموع كثيراً والجرية لا انفكاك لها ومراده: جميع ما فى الجرية واحترز بعدم الانفكاك عن ميزاب السانية.

المزال: وهو عين الخبث وحكم الحدث.

المزال عنه: الجسد والثوب والبقعة.

كيفية الإزالة: وهى الإتيان بالفرائض والسنن والفضائل واجتناب المكروهات على الصفة المعلومة.

• الفرائض:

سته: النية وهى صفة ترجح أحد الجائزين على الآخر شروطها ثلاثة: أن تكون جازمة وأن تتعلق بفعل الإنسان نفسه وأن تكون مقارنة لأول أزمته الفعل وأجاز ابن القاسم تقدمها عندما يأخذ فى أسباب الفعل كالسير إلى الحمام وإلى النهر ووافقه سحنون على النهر خاصة.

كيفية تعقلها: أن ينوى رفع الحدث أو ما يستلزم رفعه عند غسل الوجه وقيل عند غسل اليدين وغسل جميع الوجه بنقل الماء إليه مع الدلك على المشهور وحده طولاً: من منابت الشعر المعتاد إلى آخر الذقن، وعرضاً من الأذن إلى الأذن وقيل من العذار إلى العذار وقيل بالأول فى نقى الخد وبالثانى فى ذى الشعر الملتحى ويجب تحليل خفيف الشعر دون كثيفه وغسل اليدين إلى المرفقين وقيل دونهما وهما على الخلاف فى الغاية هل تدخل فى المغيا وفيها أربعة أقوال يفرق فى الثالث بين أن تتميز جنساً فلا يدخل وإلا دخلت. الرابع: إن كان من جنس المغيا دخلت وإلا فلا، ومسح جميع الرأس للرجل والمرأة وما استرخى من شعرها، وحده: من مبدأ الوجه إلى ما تحوزه الجمجمة وقيل آخر منابت القفا ولو مسح بعضه لم يجزه وقيل يجزيه الثلثان وقيل الثلث، وغسل الرجلين إلى الكعبين وقيل دونهما وهما على الخلاف فى الغاية، والكعبان: هما الناتان فى طرفى الساقين وقيل معقد الشراك والأول أصح لقوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: ٦] وأرجل اسم جنس أضيف فيعم والعام يقع فيه الحكم على كل فرد فرد فيكون التقدير: اغسلوا

كل رجل إلى الكعبين، وهذا يقتضى أن يكون في كل رجل كعبان وكل من قال أن في كل رجل كعبين قال هما الناتان في طرف الساقين وفي تخليل أصابعهما الوجوب والندب والإنكار، وأما أصابع اليدين ففيهما الوجوب والندب خاصة والموالة، وقيل سنة والتفريق اليسير معتفر وفي الكثير خمسة أقوال يفرق في الثالث بين العمد والنسيان فإن آخر حين ذكر فكالمتمعد ابتداء والرابع يفسد إلا في الرأس خاصة والخامس وفي الخفين فإن فرق لعجز الماء ولم يطل بنى.

• السنن:

سنة: غسل يديه قبل إدخالهما الإناء وفي كونه للعبادة أو للنظافة قولان لابن القاسم وأشهب، والمضمضة وأصلها التحريك والتردد ويدخل أصبعيه ويدلك بهما أسنانه وذلك من ناحية السواك والاستنشاق وهو أن يجذب الماء بأنفه وينثره بنفسه وإصبعيه ويبالغ غير الصائم ويستنشق ثلاثاً كالمضمضة، ومسح أذنيه بماء جديد ظاهرهما بإبهاميه وباطنهما بإصبعيه ويدخلهما في صماخيه وفي وجوب ظاهرهما قولان؛ وهما: مما يلي الرأس وقيل مما يواجهه وشبهت الأذن بالوردة فمن اعتبرها قبل انفتاحها قال الظاهر مما يلي الرأس ومن اعتبرها بعد انفتاحها قال ما يواجهه وللشيخ ابن المنير رحمه الله في المعنى:

الأذن كالوردة مفتوحة فلا يمرن عليها الخنا
فإنه أنتن من جيفة واحذر على الوردة أن تتنا

ورد اليدين من مؤخر الرأس إلى مقدمة ابن القصار ولو بدأ المسح من المؤخر لكان المسنون أن يبدأ من المقدم إلى المؤخر، والترتيب على المشهور وقيل بوجوبه كقول الشافعي وقيل واجب مع القدرة وعلى المشهور لو نكس عامداً فقولان؛ كتمعد ترك السنن وفيه نظر لأن سنن الصلاة أكد وإن نكس ناسياً أعاد بحضرة الماء فإن تباعد فقال ابن القاسم يعيد المنكس وحده خاصة وقال ابن حبيب يعيده وما بعده.

• الفضائل:

خمس: التسمية وروى عن مالك رحمه الله تعالى إباحتها، والسواك ولو بإصبعيه ويتوقى الصائم ما فيه رطوبة، والتكرار في المغسول، والبداية من الميامن،

والبداءة من مقدم الرأس .

• المكروهات،

سنة: الإكثار من صب الماء وليس فيه تحديد وقيل الأقل في الوضوء قدر المد وفي الغسل قدر الصاع إلى خمسة أمداد والواجب الإسباغ، والوضوء في الخلاء، وكشف العورة، والكلام في أثنائه بغير ذكر الله تعالى، والزيادة على الثلاثة في المغسول وعلى الواحدة في الممسوح، والاقتصار على الواحدة لغير العالم فإن شك في الثالثة ففي الإتيان بها قولان للمتأخرين وحكى القاضى عياض رحمه الله تعالى أن تخليل اللحية من المكروهات .

الاستنجاء

وهو إزالة ما على المخرجين من الأذى بالماء فإن إزيل بالحجر سمي استجماراً .

• آدابه:

عشرة: الإبعاد والتستر، وأن لا يجلس على جحر ولا مهواة، واجتناب الملاعن وهى الطرق والظلال والشاطئ والماء الراكد. وإعداد المزيل، وأن يستعيز بالله من الخبث والخبائث قبل دخوله المحل وفيه إن كان غير معد له وفي المعد له قولان؛ فإن كان فى إصبعة خاتم فيه نقش اسم الله تعالى لم يستنج به على الأصح، والجلوس، وأن لا يرفع ثيابه حتى يقرب من المحل ويجوز البول قائماً إن أمن النظائر، وأن لا يتكلم، وأن لا يستقبل القبلة ولا يستدبرها فى الصحراء، فإن كان فى مرحاض مسح بساتر أو غيره جاز فإن كان ساتراً خاصة فقولان ويتعين الماء للمنى وكذلك الذى على الأصح وما عدا ذلك تكفى فيه الأحجار، وقال ابن حبيب: ترك العمل بالاستجمار فلسنا نجز ذلك اليوم إلا لمن عدم الماء ويبدأ بالقضيب فيشره ويسلته من غير مبالغة ثم يغسل يده اليسرى ثم محل البول ثم الآخر ويوالى الصب حتى ينقى ويكفى فى البول غسل محل الأذى وفى الذى قولان وإذا قلنا بغسل جميعه ففي النية قولان وفى تعيين ثلاثة لكل مخرج قولان

وعلى التعيين في حجر ذي ثلاث شعب قولان وفي إمرارها على جميع المحل أو لكل صفح واحدة وواحد للوسط قولان والخلاف في حال وإذا ترك الاستنجاء والاستجمار عامداً أعاد الصلاة أبداً وإن تركهما ساهياً فروى ابن القاسم يعيد في الوقت وقال أشهب لا إعادة عليه.

الغسل

يجب على الرجال بأمرين:

الأول: الجنابة، وتكون بأمرين: إنزال الماء الدافق المقارن للذة المعتادة في يقظة أو نوم فإن خرج بغير لذة أو بلذة غير معتادة فقولان: الوجوب اختيار سخنون وابن شعبان وإذا قلنا لا يجب ففي إيجاب الوضوء قولان.
الثاني: مغيب الحشفة، أو مثلها من مقطوع في أي فرج كان والمرأة وفي البهيمة مثله.

الثالث: الإسلام، وإذا أسلم الكافر وجب عليه الغسل فقليل تعبد وقيل لأنه جنب وهو المشهور وعليهما ينبنى غسل من لم يتقدم له جنابة ورأى القاضى إسماعيل أنه مستحب عملاً بقوله ﷺ: «الإسلام يجب ما قبله» وليس كذلك وألزم الوضوء ولا يلزمه.

ويجب على المرأة بما ذكرنا وبالنقاء من الحيض والنفاس بخلاف الاستحاضة ثم قال: تتطهر أحب إليّ.

• أركانه:

كالوضوء، المزيل: هو الماء الطهور ولا يغتسل الجنب في الماء الدائم وإن غسل الأذى للحدث.

المزال: حكم الحدث.

المزال عنه: جميع الجسد.

كيفية الإزالة: هي الإتيان بالواجب والسنن والفضائل واجتناب المكروهات.

● فالواجب:

غسل جميع الجسد والموالاتة والنية والمضمضة والاستنشاق ومسح داخل أذنيه والباطن هنا الصماخ وتخليل اللحية وقيل فرض.

● وفضائله:

التسمية وغسل يديه قبل إدخالهما في الإناء وغسل ما به من الأذى ثم الوضوء قبله ثم يغرف على رأسه ثلاثاً والبداية باليمنى.

● والمكروهات:

كالوضوء وفي تأخير غسل الرجلين ليكون قد بدأ بالأفضل وختم بالأفضل ثلاث يفرق الثالث فإن كان موضعه وسخاً أخرهما وإلا فلا وعلى تأخيرهما. ففي رأسه قولان.

تنبيه: إن نوى بوضوئه أنه من غسل الجنابة لم يمر يديه عليهما ثانياً وإن نوى الفضيلة وجب عليه أن يمر يديه عليهما ويتصل بما نحن فيه.

* * *

ذكر الحيض والنفاس وأحكامهما

والحيض: دم يخرج من فرج الممكن حملها عادة بغير علة غير زائد على العادة الشرعية أو العرفية من غير ولادة فلا اعتبار بدم الصغيرة كبتت ست ولا بدم الأيسة كبتت السبعين وقال ابن شعبان وبنت الخمسين في العدة وفي اعتباره بالعادة قولان والعادة الشرعية خمسة عشر يوماً لقوله ﷺ: «تمكث إحداكن شطر عمرها لا تصلى» ولذلك قلنا أنه أكثر الحيض وأقله في المعتادة غير محدود وأكثر الطهر غير محدود وأقله خمسة عشر يوماً على المشهور والنساء مبتدئة ومعتادة وحامل.

المبتدئة إن تمادى بها الدم مكثت خمسة عشر يوماً وروى ابن نافع تنظر لعادة أندادها وهن ذوات أسنانها وروى ابن وهب وتستظهر بثلاث.

المعتادة إن تمادى بها فإن كانت عاداتها خمسة عشر يوماً طهرت عند تمامها من غير استظهار على المشهور وإن كانت عاداتها أقل فقال في المدونة: تمكث خمسة

عشر يوماً ثم رجع فقال عاداتها وتستظهر بثلاث إن كان عاداتها اثني عشر فأقل فإن كانت عاداتها أكثر لم تزد على خمسة عشر وحكم أيام الاستظهار حكم أيام الحيض وما بينها وبين الخمسة عشر فهي طاهر وقيل تحتاط فتصوم وتقضى وتصلى ولا تقضى ويمنع الزوج ثم تغتسل ثانياً.

الحامل إذا تمادى مكثت قدر ما يجتهد لها وليس في ذلك حد وليس أول الحمل كآخره، وروى أشهب أنها كالحائض والتي انقطع دمها ثم عاد بعد طهر تام على الخلاف فهو حيض ومؤتلف وإلا فيضاف إلى الأول، فإذا لفقت من أيام الدم قدر عاداتها مع الاستظهار أو بدونه أو بخمسة عشر على الخلاف المتقدم فهي مستحاضة، ولا خلاف في ذلك إن كانت أيام الدم أكثر فإن تساوى أو كانت أيام الطهر أكثر فذلك على المشهور وقال ابن مسلمة يكون أيام الطهر طهراً وأيام الحيض حيضاً حقيقة ومتى ميزت المستحاضة بعد طهر تام بحكم بابتداء حيض في المعتادة اتفاقاً وفي العادة على المشهور يرجع إلى النساء، وللطهر علامتان: الجفوف والقصة البيضاء وهو ماء أبيض كالقصة وهي الجيار.

والنفاس: دم الولادة ومتى انقطع اغتسلت وصلت فإن تمادى تربصت ستين يوماً قاله مالك ثم رجع إلى العادة ولو ولدت ولدًا وبقي في بطنها آخر فلم تضعه إلا بعد شهرين والدم متماد فقال ابن القاسم هي كحال النساء ولزوجها رجعتها إن لم تضع الآخر وقيل كحال الحائض فإن انقطع دمها ثم عاد فإن كانت بعد طهر تام فهو حيض وإلا فعلت كالتى انقطعت حيضتها.

المسح على الخفين

جائز للمسافر بلا خلاف وكذلك للمقيم على الأصح بشروط ثمانية: أن يكون خفًا فلا يمسخ على الجوربين فإن كانا مجلدين ففي جواز المسح روايتان ولا على الجرموقين إلا أن يكون من فوقهما ومن تحتها جلد مخرور وأن يكون ساترًا لمحل الوضوء وأن يكون صحيحًا فلا يمسخ على المقطوع واليسير مغتفر وأن يلبسهما

وهو على طهارة وأن تكون الطهارة بالماء دون التيمم وأن تكون كاملة فلا يمسح من لبس أحد خفيه قبل غسل الرجل الأخرى وأن يلبسهما للأمر المعتاد من دفع حر أو برد فلا يمسح من لبسهما للحناء أو لنوم وأن لا يكون عاصياً بلبسهما فلا يمسح المحرم العاصي ولا المحرمة ولا تحديد في ذلك على المشهور وله أن يمسح ما لم يحدث .

وصفته: أن يضع يده اليمنى على أطراف أصابعه من قدمه اليمنى ويضع يده اليسرى تحت أطراف أصابعه من باطن خفه وتمرها إلى موضع الوضوء، وكذلك يفعل باليسرى وقال ابن أبي زيد يجعل يده اليسرى من فوق ولا يتبع الغضون ويزيل ما بأسفله من طين .

* * *

المسح على الجبيرة

وإذا أصابه جرح في أعضاء الوضوء أو في جسده وهو جنب مسح عليه بأن خشى من مس الماء مسح على الجبيرة وعلى ما شئت به إذا كانت لا تثبت ويلحق بذلك الفصادة يخاف من حلها والظفر يكسر مرارة والقرطاس على الجبيرة، وإذا ربط الجبيرة ولم تثبت أو لم يقدر على مسها أو لم يمكن ربطها وكانت في أعضاء التيمم غسل ما عداها وكان كعضو سقط وإن كان في غيرها تيمم وتركه وقيل يغسل ما صح والمتفرقة فإن كانت في الأكثر تيمم وقيل يغسل ما صح ويتيمم للخروج من الخلاف .

تبيه: الأبدال في الشريعة خمسة: بدل الشيء من الشيء في المشروعية كالجمعة بدل من الظهر وبدل الشيء في جميع أحكامه كخصال الكفارة وبدل الشيء في بعض أحكامه كالتييمم فإنه لا يرفع الحدث وبدل الشيء من الشيء في محله كالمسح على الخفين وخاصيته إذا ظهر المبدل بطل حكم البديل فلو نزع الخفين وجب عليه غسل الرجلين إن برئ الجرح وإلا أعاد المسح والصلاة إن جرى ذلك فيها وبدل الشيء من الشيء في بعض حالاته كالعزم بدل من تعجيل الظهر .

التيمم

التيمم: طهارة ترابية تفعل مع الاضطرار دون الاختيار شرطها عدم الماء حسا أو شرعاً كالمريض الذي لا يقدر عليه وكالذي يخاف أن يمشى إليه على نفسه أو على ماله لا يجده غالباً ثمنه والمشتغل بتزج الماء من البير يخشى فوات الوقت على المشهور.

• أركانه: أربعة: التيمم به، والتيمم له، ووقت التيمم، وصفة.

التيمم به: التراب المنبت بلا خلاف ويلحق به عندنا على المشهور كل ما تصاعد على الأرض من جنسها ما لم تدخله صنعة.

التيمم له: الصلوات المكتوبة بلا خلاف واختلف في الجمعة وسائر الفرائض للحاضر الصحيح إذا خشى فواتها والمشهور التيمم ويتيمم المريض والمسافر لكل ما يشترط فيه الوضوء في تجديد سفر التيمم كالقصد قولان ويشترط أن يكون مباحاً على الأصح وأما الحاضر الصحيح فلا يتيمم لنافلة ولا للسنن على الكفاية كالعيدين والجنائز على المشهور ولا للسنن على الأعيان ولو وترأ وركعتي الفجر فإن تعينت الجنائز فكالفرض على الأصح.

الوقت: ولا يتعين عليه الطلب إلا بعد دخول الوقت ويطلبه طلباً لا يشق بمثله. قال مالك: من الناس من يشق عليه نصف الميل فإن كان في رفقة نحو الثلاثة طلبهم إن علم أنهم لا يمتنون به لقرب السفر وإن كانوا أكثر فلا وإن لم يطلبهم أعاد أبداً، ثم إذا طلب ولم يجد وكان آيساً يتيمم أول الوقت وإن كان راجياً يتيمم آخره وإن كان متردداً يتيمم وسطه، ثم إن وجد الماء قبل الصلاة بطل وإن صار عليه في الصلاة فلا يقطع إلا أن يذكره في رحله، وقيل لا وإن كان بعد الصلاة وكان تيممه في الوقت المعين له لم تبطل فإن كان معه بعض تقصير أعاد في الوقت وقيل أبداً كالمريض العادم المناول والمطلع عليه بقربة والخائف من لصوص أو سباع وناسي الماء في رحله ثلاثة يفرق في الثالث فيعيد في الوقت قاله ابن القاسم.

صفته: أن يضرب الأرض بيديه ثم ينفذهما نفصاً خفيفاً ثم يمسح بهما وجهه

ثم يضربهما ويضع يده اليسرى على أطراف أصابع يده اليمنى من فوق الكف ثم يمرهما إلى المرفق ثم يديرهما من تحته ويديرهما إلى الكوعين ثم يفعل باليسرى كذلك، ثم يمسح كفيه ويخلل أصابعه وينزع الخاتم والنية والموالة والترتيب كالوضوء، لكنه ينوي استباحة الصلاة محدثاً أو جنباً لا رفع الحدث فإنه لا يرفعه على المشهور وهو مشكل لأن المراد من الحدث إنما هو المنع من الصلاة لا نفس الخارج فإنه واقع لا يرتفع والأولى أن يقال: إنه يرفعه إلى غاية وجود الماء وهو اختيار شيخنا شهاب الدين القرافي رحمه الله تعالى وإذا نوى فرضاً صلى بعده من النفل ما شاء ولو فعل ذلك قبل صلاة أعاد تيممه فإن لم يفعل ففى إعادته بعد الوقت قولان وإن نوى نافلة لم يصل به فريضة وصلى من النفل ما شاء وفيمن لم يجد ماء ولا تراباً أربعة أقوال قال ابن القاسم: يصلى ويقضى، لا يصلى ولا يقضى قاله مالك، يصلى ولا يقضى قاله أشهب، عكسه لأصعب.

إزالة النجاسة

واجبة مع الذكر والقدرة دون العجز والنسيان على المشهور وقيل سنة وقيل واجبة والعلة الاستقذار.

وأركانها: كالوضوء.

المزيل: الماء الطهور على المشهور وقيل يجوز بكل قلاع كاخل وبالماء المضاف وفي الجلد الدباغ وفي ناب الفيل الصلق على أحد الأقوال وفي البير يقع فيه دابة ولها نفس سائلة فيتعين فيه النزع فإن لم يتغير كان النزع مستحباً ولا حد للدلاء وينبغي أن ترفع ناقصة.

المزال: عين النجاسة وأثرها.

المزال عنه: إن كان المراد الصلاة فالثوب والبدن والمكان وإن كان المراد الانتفاع بالأكل والبيع وغير ذلك فلا بد من تمييز الطاهر من النجس.

وقد انقسمت الأعيان بحسب ذلك ثلاثة أقسام: قسم اتفق على طهارته وقسم

اتفق على نجاسته وقسم اختلف فيه .

القسم الأول: الأرض وجواهرها ومعادنها والحيوان عدا الخنزير والكلب والمذكى المأكول وما انفصل من لبن المباح في حال الحياة إلا ما يأكل الجيف وكذلك العرق ونحوه وبول المباح وروثه إن خرج وهو حي وكذلك البيض وإن خرج من ميتة إلا أن يكون رطباً وكذلك الريش والشعر والوبر وإن أخذ من ميتة وميتات البحر وما لا نفس له سائلة من دواب البحر وتحرم أوانى الذهب والفضة ليست لنجاستها بل للسرف ولا خلاف في تحريم استعمالها وكذلك اقتناؤها على الأصح .

القسم الثاني: البول والعذرة من الآدمى الذى يأكل الطعام ومن المحرم الأكل والدم المسفوح عدا دم السمك وكذلك القيح والصدید والمذى والودى وكذلك المنى والعلة خروجه من محل البول وقيل لأن أصله دم وعليهما يبنى الخلاف فى منى المباح والمكروه ولبن الخنزيرة ولحمها وشحمها وألقى المتغير عن حال الطعام وقيدته اللخمي بما إذا شابه أحد أوصاف العذرة .

القسم الثالث: الخنزير والكلب والمشهور طهارة عينهما وشعرهما طاهر وقيل لا والخمر وقال ابن لبابة بطهارتهما وميتة الآدمى والقول بنجاستها لابن القاسم وأشار المازرى إلى التفرقة بين المسلم والكافر وما يعيش فى البر من ميتات البحر طاهر على المشهور وقرن الميتة وظفرها وسننها نجس وقيل بالفرق بين طرفها وأصلها وقيل بالطهارة كلها وفى ناب الفيل قول رابع بطهارته بالصلق وبول المباح الذى يصل إلى النجاسة نجس على المشهور، وكذلك من لم يأكل من الطعام من الآدمى وبول ما هو مكروه كالفارة مكروه وقيل نجس وفى لبن ما عدا الخنزير والمباح والآدمى مباح والنجاسة والكراهة فى المحرم وفى طهارة لبن الجلالة وبيضها والمرأة الشاربة للخمر وعرق السكران قولان والمشهور طهارة الخل المنقلب عن الخمر بالمحاولة وفى جلد الميتة إذا دبغ ثلاثة أقوال المشهور أنه يطهر طهارة خاصة فى اليابسات والماء وحده ولا يباع ولا يصلح به ولا عليه وفى جلد المذكى من المحرم الأكل قولان ولا يختلف فى جلد الخنزير وتوقف رحمه الله تعالى فى الكيمخت وهو جلد البغل والفرس والحمار إذا علمت الطاهر من النجس بانفراده وجب أن تعلم حكم اختلاطهما فأما الماء فقد تقدم حكمه وأما الطعام فإن كان جامداً كالعسل والسمن

الجامدين ألقيت، وما حولها بحسب طول مكثها وقصره وإن كان مائعا يسيرا طرح جميعه وإن كان كثيرا والنجاسة قليلة طرح على المشهور وسؤر ما عاداته استعمال النجاسة إن ريثت في فيه نجاسة عمل على حلولها فيما شرب منه وإن لم تر وعسر الاحتراز منه كالهرة والفارة فمغتفر وإن لم يعسر كالدجاج والأوز المخلاة فالغالب الحلول والأصل عدمه فقدم في المدونة الأصل في الطعام حرمة ولم يؤمر بإراقتة وقدم الغالب في الماء لجواز طرحه فإن توضأ به وصلى أعاد في الوقت خاصة لأن الصلاة لها حرمة فقويت حرمتها وصارت كحرمة الطعام فاعتبر الأصل كما اعتبر في الطعام وأعمل الغالب أيضا في ثياب غير المصلى وما يحاذى الفرج من غير العالم بالاستبراء وأعمل الأصل فيما ينسجه النصارى دون ما لبسوه وانفرد سؤر الكلب بمعنى الحديث وهو غسل الإناء من ولوغه سبعا واختلف في العلة قيل للنجاسة وقيل للاستقدار وقيل لما يخشى من داء الكلب والسبع تستعمل في التداوى من السم لقوله وَاللَّيْلَةُ: «من تصبح على سبع تمرات عجوة لم يضره من ذلك اليوم سم» وفي اختصاصه بالمنهى عن اتخاذه قولان.

كيفية الإزالة: ولا تخلو النجاسة أن تكون معلومة الحلول في المحل أو مشكوكة ثم معلومة الحلول إن كانت مما يعسر زوالها لتكررها فمغفو عنها كالدم والجرح في الجسد والثوب وكذلك يسير عموم الدم إن كان قدر الخنصر والدرهم على الخلاف في مقدار السير إذا رآه في الصلاة وقيل مطلقا وروى يسير الخيض ككثيره وقال ابن وهب ودم الميتة وإن كانت مما لا يعسر أزيلت بالصب والدلك حتى يذهب عينها وأثرها فإن بقي طعمها لم يطهر المحل وإن بقي لونها أو ريحها لعسر قلعه بالماء فمغتفر ولا يضر ما بقي في الثوب من بللها فإنه جنس المنفصل وإن كانت غير متميزة المحل غسل الجميع واختلف في طهارة الزيت النجس واللحم يطبخ بماء النجس والزيتون يملح بماء النجس والبيض يصلق مع نجس بيض أو غيره بناء على كمال الطهارة فيه أو لا وفرق سحنون بين أن ينضح أو لا وإن شك في إصابتها نضح إن كان في الثوب وكذلك الجسد واستقرى الغسل من قوله ولا يغسل أنثيه من المذى إلا أن يخشى إصابتها فإن انضاف إلى الشك في الإصابة الشك هل هو ظاهر أو نجس فلا شيء عليه، وكذلك إن شك في طهارته على

المشهور ولو ترك النضح فصلى فقال ابن القاسم يعيد كالغسل، وقال أشهب لا إعادة وإن وقع الشك في عين المصاب وإن كان متميزاً كالأوانى والثياب تجرى في الثياب وقال ابن الماجشون يصلى بعدد النجس وزيادة ثوب وأما الأوانى فقال سحنون يتيمم ويتركها وقال ابن الماجشون يتوضأ بجميعها زاد ابن مسلمة ويغسل أعضاء الوضوء مما قبله وقال ابن سحنون يتحرى كالثقبلة ابن القصارى إن قلت اجتهد وإن كثرت عمل كما قال ابن مسلمة.

اللواحق، وهي الأحداث وموانع الحدث

الحدث: هو الخارج من السيلين معتاداً على وجه الاعتیاد والمعتاد هو البول والمذى والودى والغائط والريح وغير المعتاد الدود وشبهه والحصى والدم وأما البواسير فالمشهور عدم تأثيرها وقال ابن عبد الحكم هي موجبة فلو خرج مع الحصى أو الدود شيء من المعتاد لعلق الوضوء به قاله ابن القاسم وابن نافع قال ابن مزين ما لم يكن مستكحاً ولو خرج المعتاد من غير موضعه كالذى يتقياه وصار له ذلك عادة ففيه للمتأخرين قولان ولو خرج على غير الاعتیاد كالسلس لم يوجه ثم إن كانت ملازمته أكثر استحب له الوضوء كالأستحاضة وإن استويا سقط على المشهور فإن كانت مفارقتها أكثر فالمشهور الوجوب وأما إن لازم فلا اعتبار به وإن كثر المذى للعزبة أو للتذكر فالمشهور الوضوء والحق الفقهاء مظنة وجود الحدث بالحدث ويسمون ذلك سبب الحدث.

والأسباب ثلاثة:

الأول: زوال العقل بجنون أو إغماء أو سكر واختلف في النوم فقليل هو حدث في نفسه والمشهور أنه مظنة الحدث واختلف في تحرير المقتضى لخروجه على ثلاثة طرق فمنهم من اعتبر النوم في نفسه في الخفة والثقل ومنهم من اعتبر هيئة النائم باعتبار ما يتيسر منه الخروج ومدارهم على ما يغلب على الظن خروج الحدث معه ولا يشعر.

الثاني: اللمس فإن وجد اللذة به انتقض وإن لم يجد ولم يقصد لم ينتقض وإن قصد ولم يجد انتقض على المنصوص.

الثالث: مس الذكر على المشهور وقيل ليس هو سبب وحيث قلنا هو سبب فاعتبر العراقيون قصده إلى اللذة وقيدته مالك في الرواية الأخيرة عنه أن يمسه بباطن الكف أو بباطن الأصابع واعتبر أشهب باطن الكف خاصة واعتبر في المجموعة العمل وهذا عندي مشكل لأن المظنة إنما تيسر حيث يغلب على الظن وجود الحكمة معها، أما إذا قطع بعدم وجودها لم تعتبر إجماعاً قاله عز الدين ابن عبد السلام.

* * *

موانع الحدث

وتمنع من الصلاة ومس المصحف أو جلده ولو بقضيب ولا يحمله في شيء إلا تبعاً لغيره ولا بأس بكتب التفسير والدرهم، وقال ابن القاسم لا بأس للجنب أن يكتب الصحيفة فيها البسمة ومواعظ من القرآن ولا بأس أن تعلق الحائض والصبي في العنق آيات من القرآن إذا أحرر عليه، وكذلك الحامل وأنكر تعليق ما لا يعرف مما يكتب بالعبرانية والعقل في الحيض واستحب مالك إمساك اللوح للمتعلم، وكذلك للمعلم يشكلها قاله ابن القاسم والجزء له كاللوح بخلاف الكل وحكى ابن يونس الجوار أيضاً والجنب والحيض يمتنع أيضاً ما يمنع الوضوء ويمنعان من دخول المسجد وإن كان عابراً على المشهور وفي قراءةتهما القرآن قولان المشهور الجوار للحائض دون الجنب إلا اليسير كالأية ونحوها وكذلك النساء ولا تقرأ على المنصوص ويختص الحيض والنفاس بمنع وجوب الصلاة ومنع صحة الصوم وتقضيه والوطء في الفرج اتفاقاً ما لم تطهر وتغتسل على المشهور وقيل أو تميم وقال ابن بكير يكره قبل الاغتسال ويجوز أن يستمتع بما فوق الإزار لا ما تحته على المشهور ويختص الحيض بمنع الزوج من الطلاق فيه.

* * *

كتاب الصلاة

حقيقتها لغة: الدعاء، وشرعاً: الأفعال المخصوصة.

حكمة مشروعيتها، التذلل والخضوع لله تعالى المستحق للتعظيم ومناعمة القلب بذكره واستعمال الجوارح في خدمته.

• أقسامها:

فرض وغير فرض ثم الفرض قسمان: فرض عين وهو الخمس وفرض كفاية وهو صلاة الجنائز وغير الفرض سنة وفضيلة ونافلة ثم فرض العين ينقسم بحسب هيئته ستة أقسام: جماعة وجمعة وجمع وخوف وقصر واستخلاف.

• أركانها:

المصلى والمصلى إليه والمصلى به وكيفية الصلاة؛ المصلى من وجد في حقه المقتضى للوجوب والصحة والمقتضى للوجوب وجود السبب والسبب دخول الوقت والشرط الإسلام والبلوغ والعقل وانتفاء المانع والنقاء من الحيض والنفاس والوقت قسمان: وقت أداء وهو ما عينه الشارع لإيقاع تلك الصلاة، ووقت القضاء ما خرج عن ذلك ثم الأداء اختيار وفضيلة وضرورة الاختيار هو الموسع وأوله في الظهر زوال الشمس وآخره أن يصير ظل القائم مثله بعد القدر الذي زالت عليه الشمس وهو أول وقت العصر ويصير مشتركاً بينهما وقال أشهب الاشتراك فيما قبل القامة بما يسع إحدهما، وقال ابن حبيب: لا اشتراك وأنكر فإذا زال الظل عن المثل اختص الوقت بالعصر وآخر وقتها الاصفرة، وقيل أن يصير ظل القائم مثليه وأول وقت المغرب غروب الشمس دون أثرها ووقتها واحد وفي الموطأ أنه يمتد إلى مغيب الشفق وهو أول وقت العشاء فيكون مشتركاً، وقال أشهب: الاشتراك فيما قبل مغيب الشفق وآخر وقتها ثلث الليل وقيل النصف وأول وقت الصبح طلوع الفجر لمستظل وآخره الإسفار الأعلى وقيل طلوع الشمس ووقت الفضيلة للمنفرد في الظهر أول الوقت وقيل كالجماعة والأفضل للجماعة تأخيرها إلى ربع القامة وبعده لا سيما في شدة الحر والسنة في الجماعة أول الوقت والأفضل في الصبح

والعصر أول الوقت وكذلك المغرب وفي العشاء التأخير ووقت الضرورة يدخل عند خروج وقت الاختيار، فإن أجز الصلاة إليه مختاراً فهو قاض وقال ابن القصار مؤد عاص وهو بعيد وقيل مؤد وقت كراهة وإن أخرها إليه من له عذر كالنائم يستيقظ والناسي يتذكر والحائض والنفساء يطهران والصبي يحتلم والكافر يسلم فهو مؤد فإذا بقي من النهار مقدار ركعة وقيل الركوع فقد أدرك العصر وهو فيها مؤد ويدرك الصلاتين بزيادة ركعة على مقدار الأولى وقيل على مقدار الثانية ومن قام به عذر في وقت أداء صلاة فإنها تسقط عنه خلاف الناسي والنائم.

• شروط الصحة:

خمسة: طهارة الخبث ابتداء ودواماً في الثوب والبدن والبقعة، وطهارة الحدث، واستقبال القبلة إلا في القتال وفي السفر الطويل للراكب فيصلح حيثما توجهت به دابته ابتداء ودواماً.

تنبیه: إنما ذكرت الاستقبال من الشروط اتباعاً لغيري وهو عندي ركن على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وستر العورة: وهي في الحرة ما عدا وجهها وكفيها وفي الرجل السواتان بلا خلاف وقيل من السرة إلى الركبة وهما على غير الخلاف داخلتان وقيل هما داخلتان في عورة الأمة كالرجل يتأكد ولذلك إذا صليا بادي الفخذين تعيد الأمة في الوقت خاصة على المشهور وأم الولد أكد منها، ولذلك استحب لها إذا صلت بغير قناع تعيد في الوقت.

والترتيب: وهو أيضاً في قضاء يسير الفوائت إذا كانت خمساً فما دونها أصلاً أو بقيت من صلاة قضاها واجب مع الذكر والقدرة وتقدم على الوقتية وإن ضاق الوقت على المشهور وفي وجوب ترتيب الكثير قولان ولا تقدم إن ضاق الوقت اتفاقاً.

المصلي إليه:

هو الله تعالى ولما كان المحل محالاً في حقه أقام الكعبة مقام محله والقدرة على الصلاة إلى عينها تمنع الاجتهاد وعلى الاجتهاد تمنع التقليد إلا لمن بالمدينة فإنه يستدل بمحرابه ﷺ فإنه قطعي وكذلك المحاريب التي بالأمصار التي تعلم أن أمير

المؤمنين نصبها وأجمع الناس عليها وحيث قلنا بالاجتهاد فذلك للعالم بالأدلة وهل المطلوب في الاجتهاد الجهة أو السميت قولان والقول باعتبار السميت بشكل بصلاة الصف الطويل بغير مكة وأما العامي فإنه يقلد مسلماً عالماً بالأدلة مكلفاً وله أن يصلى إلى المحاريب .

تنبيه: يؤمر الإمام والمفرد بستره ولو مثل مؤخرة الرحل إن كان لا يأمن المرور وقيل وإن أمن إلا أن يصلى بمكان مشرف يغاب عنه رءوس الناس والستر أحب إلى، قال ابن القاسم ويأثم المار بين يدي المصلى إن كانت له مندوحة وكذلك المصلى إن تعرض ولا يقطع الصلاة لشيء ولا يصمد إلى السترة بل ينحرف عنها قليلاً والمناولة بين يديه لا تصلح قاله مالك .

المصلى به:

هو القرآن والواجب هو الفاتحة والمشهور وجوبها في كل ركعة للإمام والقد تستحب للمأموم في السرية .

الكيفية:

هي الإتيان بالفرائض والسنن والفضائل واجتناب المكروهات .

• الفرائض:

اثنا عشر: النية وتكبيرة الإحرام ولفظها «الله أكبر» معيناً والفاخرة والقيام لها والركوع وأقله أن ينحني حتى تقرب راحته من ركبتيه والرفع منه فإن أخل وجبت الإعادة على الأشهر فإن لم يعتدل قال ابن القاسم أجزاءه ويستغفر . وقال أشهب: لا يجزئه وقيل إن قارب أجزاء السجود على الجبهة والأنف فإن اقتصر على أحدهما فثلاثة يفرق في الثالث فيجزئه في الجبهة دون الأنف والرفع منه والاعتدال والطمأنينة على الأصح وحكهما في الرفع من السجود كالركوع والجلوس للتسليم ويستحب في جميع الجلوس جعل الورك اليسرى على الأرض ورجلاه من الأيمن ناصباً قدمه اليمنى وباطن إبهامها يلي الأرض وكفاه مطروحتان على فخذه ويعقد في التشهدين في اليمنى تسعة وعشرين وجانب السبابة يلي وجهه ويشير بها عند التوحيد، وقيل دائماً وقيل لا يحركها والتسليم ولفظه السلام عليكم معيناً فلو نكر صح على المشهور .

وفي اشتراط نية الخروج قولان ويتيامن الإمام والمنفرد قليلاً مرة واحدة وروى مرتين والمأموم عن يمينه ويزيد اثنين على المشهور أمامه ثم يساره إن كان فيه أحد. وحكى القاضي عياض أن الخشوع من الفرائض وهو مذهب الشافعي، قال اللخمي أرى أن يلزم الخشوع والإخبات لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ﴾ [المؤمنون: ٢] قيل هو غص البصر وخفض الجناح وحزن القلب.

• السنن:

اثنا عشر: الأذان والإقامة وسورة مع الفاتحة في الأولتين وفي كل نافلة والقيام لهما والجهر والإسرار والتكبير، وقول الإمام والقد سمع الله لمن حمده والجلوس الأول وتشهده والجلوس الثاني وتشهده إلا قدر ما يوقع فيه السلام والزائد على قدر الاعتدال في الفصل بين الأركان والصلاة على سيدنا محمد ﷺ على الأصح.

• الفضائل:

عشرون: رفع اليدين مع تكبيرة الإحرام وإطالة القراءة في الصبح والظهر تليها والعصر والمغرب يخففان والعشاء متوسطة والقراءة على ترتيب المصحف والتأمين للمنفرد وللمأموم إذا قال الإمام ولا الضالين ويتحرى قوله إن لم يسمعه ويؤمن الإمام إذا أسر وقيل وإذا جهر والتسبيح في الركوع والدعاء في السجود وقول المأموم اللهم ربنا ولك الحمد وقيل لك بغير واو ويقولها الفذ بعد قوله سمع الله لمن حمده والقنوت وستر جميع البدن ومباشرة الأرض بالوجه والكفين وأن يجافي ضبعيه عن جنبيه في السجود والدنو من السترة ولينحرف عنها قليلاً وأن يروح بين قدميه في القيام وأن يضع بصره في موضع سجوده وسجوده على أعضائه السبعة وأن يأتي الصلاة بالسكينة والوقار وترتيل القراءة وقراءة المأموم فيما يسر فيه وإسرار التشهدين واتخاذ الرداء.

• المكروهات:

خمس وعشرون: مدافعة الأخبثين والإقعاء وتشبيك الأصابع وفرقتها والترويح والعبث باللحية أو بخاتم وإقران قدميه وهو الصنف ووضع رجل على رجل ورفع إحدى رجله وهو الصنف ووضع يديه على خاصرتيه وتجافى عضديه وهو قائم وهو الصلب ووضع يديه على خاصرتيه وهو الاختصار والتلثم عمداً في فريضة

إلا أن يكون زيهم، والدعاء بين الإحرام والقراءة والدعاء في الركوع وقراءة القرآن فيه وفي السجود وفي التشهد وتقنيع الرأس في الركوع ورفع البصر إلى السماء والسجود على ما فيه ترفه والقراءة على خلاف ترتيب المصحف والالتفات وقتل البرغوث والقمل، قال في المدونة: لا يقتلها ولا يلقيها في المسجد ولا يقتلها فيه وإن كان في غير صلاة وقراءة السجدة عمداً في الفريضة للإمام والقد وعن مالك لا تكره في مسجد يقل أهله وحديث النفس بأموال الدنيا وما كان منه مشغلاً بحيث لا يدري ما صلى فظاهر المذهب أنه يعيد أبداً والترويح بكمه أو غيره ويلحق بذلك المواضع المنهى عن الصلاة فيها وهي المقبرة والمجزرة والمزبلة ومحجة الطريق وبطن الوادي وظهر بيت الله الحرام ومعاطن الإبل وكرهت في الحمام للنجاسة وكذلك المقبرة فإن كان الحمام مأموناً من النجاسة والمقبرة مأمونة من أجزاء الموتى لم تكره على المشهور، وقيل إلا مقابر المشركين وتكره في الكنائس للنجاسة والصور ويلحق بذلك أيضاً الأوقات المنهى عن الصلاة فيها وهي بعد الفجر إلا في الفجر وركعتيه إلى أن تطلع الشمس وترتفع وبدع صلاة العصر إلى أن تغرب الشمس وبعد الجمعة حتى ينصرف المصلى وتستثنى الفوائت عموماً وقيام الليل لمن نام عن عاداته ما بين الفجر وصلاته خصوصاً وفي صلاة الجنائز وسجود التلاوة بعد صلاة الصبح وقبل الإسفار وبعد صلاة العصر وقبل الاصفار ثلاثة الجواز في المدونة والمنع في الموطأ والجواز في الصبح لابن حبيب، وأما الإسفار والاصفرار فممنوع إلا أن يخشى تغير الميت.

الجماعة

• أركانها:

ثلاثة: الإمام والمأموم والموقف.

• شروط الإمام:

عشرة: الإسلام والبلوغ والعقل والذكورية والحرية في الجمعة خاصة والعدالة

والعلم بما لا تصح الصلاة إلا به من الفرائض والسنن والعلم بالقراءة التي لا تصح الصلاة إلا بها والقدرة على جميع الأركان ونية الإمامة في خمسة مواضع وهي: الجمعة والجماعة والجمع والخوف والاستخلاف.

• شروط المأموم:

سنة: أن يكون قد صلى تلك الصلاة في جماعة أو وحده وهو إمام راتب ونية الاقتداء وأن يأتي مفترض بمتنفل واتحاد الفرضين في العين والوقت والمتابعة فإن سواه في الإحرام والسلام بطلت وعن ابن القاسم إن أحرم معه أجزاءه وبعده أصوب وأن يدرك ركعة فأكثر مع الإمام قال مالك وحد إدراكه الركعة أن يمكن يديه من ركبته قبل رفع الإمام مطمئناً.

• الموقف:

ويقف الواحد عن يمينه والاثنتان خلفه والنساء وراءهم والمسبوق يقوم بتكبير إن كانت ثانية وقيل مطلقاً وفي المدونة في مدرك التشهد الأخير يقوم بتكبير وفي إتمامه ثلاث طرق بأن في الأفعال والأقوال قاض فيهما والفرق فيبني في الأفعال دون الأقوال وعلة اللخمي بأنه بقاء ولكن القراءة لا تفسد تأليفها.

الجمعة

• شروط وجوبها:

أربعة: الذكورية والحرية والإقامة والقرب، فمن كان منزله على ثلاثة أميال من طرف البلد وقيل من المنار لزمه الإتيان.

• شروط الأداء:

أربعة: إمام وجماعة وجامع وخطبة والمشهور في الجماعة نفي التحديد لكن لا تنعقد بالأربعة ونحوها والمعتبر ما تقرى بهم قرية من الذكور الأحرار وفي اشتراط كونهم ممن يجب عليهم قولان وثمرة الخلاف إذا فر الناس عن الإمام ولم يبق معه إلا عبيد أو نساء.

• مستحباتها:

خمسة، الغسل عند الرواح والتجمل بالثياب واستعمال الطيب والقراءة في الأولى بالجمعة وفي الثانية بالغاشية أو بسبح والتكبير.

• المكروهات:

الصلاة والإمام يخطب وترك استقباله واللغو وسلام الإمام على الناس إذا رقى المنبر والجهر بالتأمين عند الدعاء والصلاة على سيدنا محمد ﷺ وتحميد العاطس وتسميته وتخطى رقاب الناس والإمام على المنبر وله أن يتقدم إلى فرجة بين يديه قبل ذلك وأن يشرب الماء أو يدور على الناس يسقيهم والإمام على المنبر، وكذلك قراءة القرآن وأن يقول لأحد انصت وترك العمل يوم الجمعة وإنشاء السفر قبل الزوال.

الجمعة

له خمسة أسباب: السفر ويشترط الجدد فيه وزاد أشهب لإدراك أمر مهم أو لخوف فوات أمر والمطر واجتماع الطين والظلمة وفي الطين وحده قولان وذلك مختص بالمغرب والعشاء على المنصوص والمرض وقيل لا يجمع وليصل كل صلاة لوقتها والخوف وفيه قولان لابن القاسم.

كيفية: أن تؤخر المغرب قليلاً وتقدم العشاء إليها على المشهور ويؤذن أذاناً خفيفاً داخل المسجد وقيل في الصحن وينوي الجمع في أول الأولى لا في أول الثانية وقيل يجزئه وثمرة الخلاف إذا حصل السبب بعد أن صليت الأولى أو إدراك الثانية من صلى الأولى وحده.

الخوف

إذا حصل على النفس أو على المال في السفر أو الحضر جاز لهم أن يصلوا صلاته ومنع ابن الماجشون من إقامتها للحاضر ثم إن كانوا في القتال أخرجوا الصلاة إلى أن يخشوا فواتها فتصلى حينئذ بحسب الإمكان إلى القبلة وغيرها ولا يتركون ما يحتاجون إليه من قول أو فعل وإن لم يكونوا في القتال قسمهم الإمام قسمين فيصلى بالأولى ركعة إن كانت الصبح وركعتين إن كانت غيرها ثم يقوم ويثب قائماً داعياً أو ساكناً فإذا قام أكمل من خلفه صلاتهم وانصرفوا تجاه العدو وجاءت الأخرى فصلت معه فإذا سلم قامت للقضاء وإلى هذا رجع ابن القاسم.

القصر

المشهور أنه سنة وروى أشهب أنه فرض وقيل مستحب وقيل مباح ولم يختلف مالك وأصحابه أن المتم إنما يعيد في الوقت الرباعية التي أدرك وقتها في السفر ولم يحضر قبل فعلها وقبل خروجه ويقصر قضاء السفرية في السفر والحضر كما يتم قضاء الحضرية فيهما.

سببه: مطلق السفر للخارج من مكة إلى عرفة ويشترط في غيره ستة شروط:

الأول: أن يكون طويلاً أربعة برد وهي ثمانية وأربعون ميلاً واعتبار اليومين يرجع إليه عند المحققين.

الثاني: أن يكون مباحاً على المشهور وفي المكروه كسفر اللهو قولان.

الثالث: أن يعزم من أوله على قدره من غير تردد.

الرابع: أن يشرع فيه ويشترط في الشروع مجاوزة البيوت الخارجة والبساتين ومفارقة بيوت الحلة إن كان بدوياً.

الخامس: استصحاب نية السفر فإن نوى في أثناءه إقامة أربعة أيام أتم.

السادس: أن لا يأت بمقيم فإن فعل أتم على المشهور.

الاستخلاف

وإذا عجز الإمام عن الأركان أو عن الصلاة كذكر الحدث وغلبته وكالرعاف فله أن يستخلف وفي استخلافه يذكر منسية قولان لأشهب وابن القاسم ولا يستخلف إلا من أدرك ركعة قبل العذر ولو استخلف من فاته الركوع أمر المستخلف باستخلاف غيره أو استخلفوا هم فإن صلوا خلفه بطلت على الأصح بناء على أنه مستقبل فيها لا يعتد به أولاً لوجوبه عليه بدخوله ثم إن كان راکعاً أو ساجداً استخلف وهو كذلك وقيل بعد الرفع ولا يكبر لثلاثا يقتدى به ويبتدئ المستخلف من حيث انتهى الإمام ويبتدئ في السرية بالفاتحة فإذا أتم صلاة الإمام وكان مسبوفاً قام وأشار إليهم أن اجلسوا وقام أيضاً من كان مسبوفاً فإذا قضى ما فاته سلم بهم ولو جهل ما صلى الإمام أشار إليهم فأفهموه بالإشارة ثم بالتسبيح وإلا تكلم.

السنن

السنن خمس: الوتر وركعتا الفجر والعيدان والاستسقاء والكسوف.

• الوتر

ركعة واحدة ويستحب أن يقرأ فيها بسورة الإخلاص والمعوذتين جهراً ووقته إذا صليت العشاء ويمتد إلى أن تصلى الصبح على المشهور فإن تنفل بعده ففي إعادته قولان ويستحب في تمام فضيلته أن يسبقه شفع يفصل بينهما بسلام وقيل هو شرط في الصحة وثمرته جواز الاقتصار على الوتر للمعذور كالمريض والمسافر ثم في شروط اتصاله أو يجوز أن يفرق بينهما بالزمن الطويل قولان ويستحب أن يكون آخر تهجدته وفي قراءة الشفع بـ ﴿سبح...﴾ و ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ روايتان.

• ركعتا الفجر

والقراءة فيهما بأم القرآن خاصة على المشهور ووقتهما بعد طلوع الفجر يركعهما

ما لم يسفر جدا وينويهما فلو صلى ركعتين بغير نية لم تجزيه وإذا أقيمت الصلاة وهو في المسجد دخل مع الإمام ولم يركعهما ولو سمع الإقامة وهو خارج المسجد ركعهما في غير أفنية المسجد اللاصقة له ولو أتى المسجد بعد أن ركعهما في بيته ففي إعادتهما قولان فإن دخل المسجد قبل ركوعهما اقتصر عليهما وقيل بعد تحية المسجد.

• العيدان:

المستحبات: عشر: الغسل قبل الفجر أو بعده واستعمال الطيب ولبس الثياب الجيدة للرجال والنساء من خرج ومن قعد لكن الشواب يمنعن الخروج بخلاف العجائز ويخرجن في ثياب بذلة والمشى إليها وإيقاعها في الصحراء إلا بمكة والخروج بعد طلوع الشمس إن أدرك والتكبير جهراً في أثنائه يسمع نفسه ومن يليه والرجوع من غير الطريق الذي خرج منه وتقديم الفطر في عيد الفطر وتأخيرها في النحر.

الكيفية: يصلى الإمام ركعتين وقت حل النافلة بغير أذان ولا إقامة يكبر في الأولى سبعاً وفي الثانية ستاً بتكبيرة القيام ثم يقرأ في الأولى بسبح وفي الثانية بالشمس فإن نسى التكبير تداركه قبل الركوع وأعاد القراءة وسجد بعد السلام وإن ذكر بعد الركوع لم يتداركه وسجد قبل السلام، ثم يخطب كخطبتي الجمعة من جلوس وغيره يستفتح بسبع تكبيرات تباعاً ثم إذا مضت من الخطبة كلمات كبر ثلاثاً وكذلك يفعل في الثانية.

• الاستسقاء:

عند الحاجة إلى الماء لزرع أو لشرب حيوان وكذلك يستسقى ويخرج الناس متذللين خاشعين ويصلى الإمام بهم ركعتين بغير أذان ولا إقامة وقراءته فيهما بسبح وبالشمس ونحوهما والسنة أن تصلى ضحوة فإذا سلم استقبل الناس وجلس جلسة خفيفة ثم يقوم متكياً على عصا فيخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة خفيفة ويجعل مكان التكبير في خطبتي العيد الاستغفار ويبالغ في الدعاء في الثانية فإذا فرغ استقبل القبلة قائماً وهم جلوس وحول رداءه بجعل ما على عاتقه الأيمن على الأيسر ويفعل الناس مثل ذلك وهم جلوس وكذلك يدعون.

• الكسوف:

وإذا كسفت الشمس فليفرع الناس إلى الصلاة كما ورد وصلاته ركعتان بغير أذان ولا إقامة في كل ركعة ركوعان يقرأ في الأولى بعد الفاتحة بنحو سورة البقرة ثم يركع فيطيل نحو القراءة ثم يرفع فيقرأ بعد الفاتحة بآل عمران ثم يركع فيطيل كذلك، ثم يسجد ويطيل نحو الركوع على المشهور ولا يطيل الجلوس بين السجدين ثم يقوم فيقرأ بعد الفاتحة بنحو سورة النساء ثم يركع مثل ذلك ثم يرفع فيقرأ بعد الفاتحة بنحو المائدة ثم يسجد ويسلم والقراءة فيهما سرًا على المشهور وتصلى في المسجد ضحوة إلى الزوال فإن انجلت في أثناءها ففي إتمامها كالنوافل قولان لأصيح وسحنون وإن لم تنجل ابتهل بالدعاء ويستقبل الناس يذكرهم ويأمرهم بالتوبة والصدقة.

* * *

الفضائل

الفضائل خمس: قيام رمضان وسجود التلاوة ونحية المسجد وصلاة الخسوف وصلاة الضحى والنوافل ما عدا ذلك.

• قيام رمضان:

ثلاثة وعشرون بالشفع والوتر والجماعة فيها مستحبة وصلاة المنفرد في بيته لطلب السلامة أفضل على المشهور ما لم يتعطل.

• سجود التلاوة:

سجدة واحدة يشترط فيها ما يشترط في الصلاة إلا الإحرام والسلام ويكبر لها إن كان في صلاة وكره في المدونة التكبير لها في غير الصلاة ثم قال أرى أن يكبر وخيره ابن القاسم وهي إحدى عشرة ومحالها معلومة وقال ابن وهب خمس عشرة وأضاف إليها آخر الحج وآخر النجم والانشقاق وآخر القلم وروى أربع عشرة ما تقدم عدا ثمانية الحج والمخاطب بها القارئ وقاصد الاستماع إن كان القارئ صالحًا للإمامة فإن لم يسجد القارئ سجد المستمع.

• تحية المسجد:

ركعتان فإن كان ماراً جاز الترك .

• الخسوف:

ركعتان كسائر النوافل يجمع لها على المشهور .

• صلاة الضحى:

ليس لها حد وروى أنه عليه الصلاة والسلام صلاها عام الفتح ثماني ركعات .

* * *

اللوآق

ونعنى بها ما يطراً على المصلى فى الصلاة وهى فى غرضنا ثمانية: القىء والحدث ورؤية النجاسة فى الثوب والرعاف وذكر المنسية والكلام والأفعال والسهو .

القىء: مبطل كان عمداً أو غير عمد ابن القاسم ولو تقياً بلغماً أو قلساً وألقاه تمادى ولو ابتلع القلس بعد إمكان طرحه وظهر على لسانه أفسد صلاته قال فى المجموعة وإن كان سهواً بنى وسجد بعد السلام .
الحدث: مبطل .

رؤية النجاسة: إن كانت يسيراً قدر الخنصر أو الدرهم على الخلاف تمادى وإن كان كثيراً أو يسيراً وهو بول القى الثوب وابتداً قاله فى المدونة وقال ابن الماجشون يتمادى ثم إن كان نزعاً ممكنأ أعاد فى الوقت وقال مطرف إن أمكنه نزعهُ وتمادى وإلا استأنف .

الرعاف: إن علم الراعف دوامه بعادة تمادى ثم إن خاف على نفسه صلى إيماء وإن خشى أن تتلطح ثيابه ففى إتمامه قولان وإن شك فتلهُ ومضى فإن كثر وتلطح به قطع وإلا خير فى الغسل والخروج لغسل الدم ثم يبنى بأربعة شروط أن يخرج مسكاً لأنفه إلى أقرب المياه الممكنة غير متكلم ولا ماش على نجاسة فإذا غسل الدم وكان بدأ أتم صلاته فى ذلك الموضع إن صلح للصلاة وإن كان إماماً رجع ثم إن

كان عقد ركعة بسجديتها بنى عليها وإلا بنى على إحرامه ويستدئ من القراءة وقيل من حيث انتهى وله أن يستخلف وإن كان مأموماً وكانت الجمعة رجع إلى أقرب موضع تصلى فيه إن كان أتم ركعة بسجديتها على المشهور وإن كانت غير جمعة وكان عقد ركعة وقيل أتمها فإن غلب على ظنه أن إمامه أكمل أتم مكانه وإن غلب على ظنه عدم إكماله رجع فإن خالف ظنه في الصورتين بطلت صلاته أصاب ظنه أو أخطأ فإن اجتمع في حقه البناء والقضاء ففي البداية قولان لابن القاسم وسحنون، ولذلك ثلاث صور:

الأولى: أن تفوته الأولى من الرباعية ويدرك الثانية والثالثة ويرعف في الرابعة فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بالحمد ثم هل يجلس لأنها آخر صلاة الإمام ولأنه لا يقوم للقضاء إلا من جلوس أو لا يجلس لأنه بان على حكم نفسه قولان ثم يأتي بركعة بالحمد وسورة وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم بأخرى بالحمد خاصة من غير جلوس.

الثانية: أن تفوته الأولى ويدرك الثانية وتفوته الثالثة والرابعة فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بالحمد خاصة ثم يجلس لأنها ثانية ثم يقوم فيأتي بركعة بالحمد خاصة ثم هل يجلس أو لا القولان ثم يأتي بركعة بالحمد وسورة وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم يجلس لأنها ثانية ثم يقوم فيأتي بركعتين بالحمد خاصة من غير جلوس.

الثالثة: أن تفوته الأوليان والأخيرة ويدرك الثالثة فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بالحمد خاصة ثم يجلس لأنها ثانية وأخرة الإمام ثم يقوم فيأتي بركعتين بالحمد وسورة وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم يجلس أيضاً ثم بركعة بالحمد وسورة ثم بركعة بالحمد خاصة ويجتمع القضاء والبناء في حاضر أدرك ثانية مسافر فإن بدأ بالبناء أتى بركعة بأم القرآن ثم جلس لأنها ثانيته ثم بركعة بأم القرآن وخاصة ثم بركعة بالحمد وسورة ويجرى الخلاف في جلوسه بعد ركعتي البناء وإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم جلس ثم يقوم فيأتي بركعتين بالحمد خاصة ويجتمع أيضاً فيمن أدرك مع الإمام ثانية صلاة الخوف في حضر فإن بدأ بالقضاء أتى بركعة بالحمد وسورة ثم يجلس لأنها ثانيته ثم يقوم فيأتي بركعتين بأم

القرآن خاصة وإن بدأ بالبناء أتى بركعة بأم القرآن وجلس ثم يقوم فيأتي بركعة بأم القرآن ثم هل يجلس أو لا القولان ثم يأتي بركعة بأم القرآن وسورة ولو شك في الوضوء وهو يغسل الدم فيتوضأ ثم ذكر أنه باقٍ على وضوئه بطلت صلاته.

ذكر الصلاة: ولذلك أربع صور نفل في نفل يتمادي، نفل في فرض يتمادي أيضاً. فرض في نفل إن عقد ركعة شفيعها وإلا قطع. فرض في فرض مما يجب ترتيبه معه فإن كان منفرداً ولم يركع قطع أو إن صلى ركعة شفيعها وقطع وإن صلى ركعتين سلم وإن صلى ثلاثاً أتمها واستحب ابن القاسم أن يقطع وإن كان مأموراً تماًدى وفي وجوب الإعادة قولان وإن كان إماماً وأعلمهم فيقطعون ولا يستخلف وقال سحنون يستخلف والبطلان لا يسرى إليهم.

الكلام: عمداً لغير إصلاح الصلاة مبطل وإن وجب لإنقاذ أعمى وشبهه والإصلاحها مثل لم تكمل فيقول أكملت مغتفر. وما كان منه سهواً أو سبق لسان أبطل كثيره وانحجر قليله بالسجود ويدخل في ذلك كل ما ينطلق عليه اسم كلام من غير تحديد لحروفه ولا تعيين له.

الفعل: كثيره مبطل وإن وجب وهو ما يعد به معرضاً عن الصلاة والقليل جداً مغتفر وأما القليل لضرورة كرد السلام بالإشارة والإشارة الخفيفة لحاجة المشى لضرورة كانفلات دابة أو لستره أو لدفع مار دفعاً خفيفاً فم شروع ولغير ضرورة فإن أطال الإعراض فيبطل عمدته وينحجر سهوه بالسجود.

السهو

له سجدتان فللزيادة بعد السلام وللنقصان وحده أو معها قبله.
حكمة مشروعتيهما: جبر الفئات في النقص وترغيم الشيطان في الزائد والشكر لله تعالى على الإكمال ويكبر لهما في ابتدائهما وفي الرفع منهما ويتشهد لسجدتي البعدية وفي التشهد للقبليّة قولان فإن سها عن البعدية سجد متى ما ذكر ولو بعد شهر، فإن كان في صلاة فبعدها وإن سها عن القبليّة سجدتها ما لم يطل أو

يحدث ثم إن كانتا من الجمعة رجع إلى الجامع فسجدهما فيه فإن طال أو أحدث بطلت على المشهور وإن ذكرهما وهو في صلاة وحكمنا ببطلان الأولى فهو كذاكر صلاة في صلاة.

• الزيادة:

إن كانت قولاً في محله كزيادة سورة في الأوليين فمغتفر كما لو خرج من سورة إلى سورة ولو قرأ في الثالثة سورة مع الفاتحة فكذلك وقيل يسجد وإن كانت فعلاً عمداً بطلت وجهلاً قولان ويسير السهو مغتفر وكثيره مبطل والوسط منجبر بالسجود والخلاف في آحاد الصور في شهادة وإن لم يدر أشرع في الوتر أم هو في ثانية الشفع جعلها ثانية ويسجد بعد السلام ومن قام إلى ثالثة في نافلة سهواً رجع ما لم يرفع رأسه من الركوع، فإن رفع أتى برابعة وسجد قبل السلام لنقص السلام من محله وقيل بعده ولو قام الإمام إلى خامسة فمن أيقن موجبها وجلس عمداً بطلت ومن أيقن انتفاءه وتبعه عمداً فكذلك ويعمل الظان على ظنه والشاك على الاحتياط فلو قال لهم حين سلم كانت لموجب فأربع صور:

الأولى: أن يلزمه اتباعه فتبعه فصلاته صحيحة.

الثانية: أن لا يلزمه اتباعه فلم يتبعه فكذلك ويأتي بركعة.

الثالثة: أن يلزمه اتباعه فلم يتبعه فصلاته باطلة على المنصوص وقال سحنون

تصح.

الرابعة: أن لا يلزمه اتباعه فتبعه عمداً فقال سحنون تبطل وقال ابن المواز تصح وإن تبعه متأولاً، فقال سحنون: أرجو أن تجزيهم وأحب إلى أن يعيدوا وإن تبعه سهواً صححت.

وهل يكلفه الإتيان بركعة أو لا قولان: وهما على الخلاف فيمن ظن أنه أكمل فأتى بركعتين نافلة ثم ذكر أنه إنما صلى ركعتين ففي نيابة هذه النافلة عما وجب عليه خلاف وفي إلحاق الجهل بالسهو قولان ولو كان مع الإمام مسبوق فتبعه في هذه الخامسة فهل تنوب له عن ركعة القضاء قولان بناء على أن الإمام فيها بانياً أو قاضياً ابن المواز ولو تبعه فيها وهو يعلم أنها خامسة بطلت وإن لم يعلم فليقتض ركعة أخرى ويسجد لسهوه ولو قال كنت أسقطت سجدة أجزأته عما فاتته.

• النقصان:

إن كان في فرض لم يجبر إلا بتداركه في محله ويقطع في الإحرام والسلام، فإذا أخل بركوع أو سجود من ركعة تلافاه ما لم يعقد الركعة التي بعدها برفع الرأس من ركوعها وقيل بوضع يديه على ركبتيه وليرجع إلى القيام ويستحب أن يقرأ قبل أن يركع وقيل يرجع إلى الركوع ولو ترك الفاتحة من الرباعية ففي المدونة قولان إلغاء الركعة والجبر بالسجود وإذا قلنا بالجبر فثلاثة: الصحة والإعادة في الوقت والإعادة أبدا والشك في النقصان كتحققه والموسوس بينى على أول خاطر به ولو ذكر في تشهد الرابعة أو شك في سجدة ولم يدر محلها فقال ابن القاسم يسجد ثم يأتي بركعة وقال عبد الملك ويتشهد وقال أشهب وأصعب يأتي بركعة ولا يسجد وفي قراءتها بأم القرآن خاصة قولان لابن القاسم وأشهب فلو كان في قيامها جلس ثم تشهد بلا خلاف حكاه ابن يونس فلو ذكرها في قيام الثالثة جرى على الخلاف المتقدم وسجوده قبل السلام على قول ابن القاسم ويعدده على قول أشهب وإن كان في سنة وتركها عمداً ففي بطلان صلاته قولان قال علي وسحنون لا تجزئه، وقال ابن القاسم: إذا ترك السورة في الأولى أو فيها وفي الثانية عمداً لم يعد ويستغفر الله وعلى الصحة ففي السجود قولان وإن تركها سهواً وهي فعل سجد قبل السلام وإن كانت قولاً قليلاً كالتكبيرة اغتفرت وقيل يسجد وإن كان كثيراً سجد على المشهور وعلى المشهور يسجد قبل السلام كتنقص الفعل وقيل بعده لضعفه والمسبوق يسجد مع الإمام سجدتي القبليّة إن عقد معه ركعة وقيل وإن لم يعقد ولا يسجد سجدتي البعدية ويقوم للقضاء إن شاء بعد سلام إمامه وإن شاء عند تشهده ثم يسجد بعد السلام.

كتاب الجنائز

الجنائز: بفتح الجيم الميت وبكسرهما السرير .

• أركانها:

خمسة: الغسل والكفن والحمل والصلاة والدفن .

• الغسل:

كغسل الجنب وليس له حد ولكن ينقى واستحب في رواية ابن وهب أن يكون وترًا بماء وسدر ويجعل في الأخيرة كافورًا ويغسل من يصلى عليه والمقدم الزوج والزوجة فإن تعذر الزوج انتقل إلى الأعلى على ترتيبهم ويغسل الرجل الرجل والمرأة المرأة ولا بأس أن تغسل المرأة ابن سبع سنين وأن يغسل الرجل الصغيرة .

• الكفن:

وما يستر العورة واجب والزائد سنة ويستحب البياض ثم الميت إن لم يوص بشيء فيقضى بالواحد الساتر لجميع جسده ولا يقضى بالزائد إلا أن يوصى به ولا دين مستغرق فيكون في ثلثه وما يقضى به فمن رأس ماله، وكذلك ما يحتاج إليه إلى مواراته .

• الحمل:

وحمل أربعة مستحب على المشهور ولا بأس أن تستر المرأة بقبة .

• الصلاة:

فرض كفاية، وقيل سنة وقد تتعين على من حضرها إذا خيف عليه التغير .
حكمة مشروعتها: الشفاعة للميت وقد وعد المصلى عليها بقيراط أجر وهو مثل جبل أحد والملك العظيم المعظم إذا أمر عبيده أن يشفعوا عنده في عبده الجاني ووعدهم على ذلك بالثواب الجسيم فدل على أنه يريد لعبده الخير وإلا فكيف يليق بكرمه أن يثيب الشفيع ويحرم المشفوع فيه .

والتولى للصلاة الإمام الأعظم إن حضر وإن حضر خليفته والخطبة إليه فقولان لابن القاسم وابن حبيب وإلا فالمقدم وصى الميت إن قصد الخير ثم الأولياء الأقرب

فالأقرب على ترتيبهم في الإرث لكن الأخ وابنه هنا مقدمان على الجد ويقف الإمام عند وسط الرجل ومنكب المرأة والرأس عن يمينه فإن اجتمعت جنائز من أصناف فإن شاء جعلها صفًا واحدًا ويجعل الأفضل مواليًا للأفضل وإلا رتبهم فيجعل الرجل مما يليه ثم الصبي ثم العبد ثم الخنثى ثم المرأة ثم الصغيرة ثم الأمة ويليه الأفضل فالأفضل، فإذا أحرم نوى الإمامة وعين من يصلى عليه من ذكر وأنثى، فإن لم يعلم نوى الصلاة على النسمة وكبر أربعًا ويدعو في أثنائها للميت وفي دعائه بعد الرابعة قولان وفي استحباب ابتدائه بالحمدلة والصلاة قولان وقال أشهب ويقرأ الفاتحة في الأولى وإن ذكر الإمام أنه جنب استخلف وإن ذكر منسية تمادى والمسبوق يترصد حتى يكبر الإمام فيكبر ويدخل معه في الصلاة فإذا سلم الإمام كبر ما فاتة نسقًا فإن تراخوا في رفع السرير دعا دعاء خفيًا.

• الدفن:

وما يتصل به من بكاء وتعزية ويحفر للميت حفرة تكتم رائحته وتحفظ جسده من السباع. واللحد أفضل من الشق وليجعل فيما يلي القبلة وتحمل العقدة من عدن رأسه ومن عند رجله ويعدلان بالتراب وتمد يده اليمنى مع جسده ويجعل على القبر ما يستره حتى يوارى إن كانت امرأة ويكون زوجها من أسفل وإن تعذر فالقواعد وإلا فصالح المؤمنين والبكاء من غير لطم ولا نياحة ولا جزع ولا شق ثوب جائز والتعزية سنة وهي الحمل على الصبر بوعد الأجر والدعاء للميت وللمصاب ابن حبيب والأدب أن يؤتى لداره برسم التعزية ويجوز عند القبر.

كتاب الزكاة

حقيقتها لغة، النماء والتطهير .

حكما، الوجوب .

حكمة مشروعيتهما، إرفاق الفقراء وتطهير الأغنياء من داء البخل، وهي قسمان:

مالية وبدنية ونعنى بالبدنية زكاة الفطر .

القسم الأول، المالية

وأركانها أربعة: المأخوذ منه والمأخوذ والآخذ والمأخوذ له .

الركن الأول: المأخوذ منه

المأخوذ منه ثلاثة أنواع: عين، وحرث، وماشية .

• النوع الأول: العين،

ويتم غرضنا منه في خمسة أبحاث:

البحث الأول: في المقتضى للوجوب،

وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع، أما السبب فهو ملك النصاب الملك التام فيدخل مال الصبي والمجنون لأن ملكهما تام والمخاطب بالإخراج الوصى ويخرج مال العبد لأن ملكه غير تام والنصاب من الذهب عشرون ديناراً ومن الورق مائتا درهم بالوزن الأول وما زاد على النصاب يخرج منه بحسابه ولا وقص في العين، ويكمل أحد النقدين بالآخر، وجيد النصف برديته .

وأما الشرط فأمران:

الأول: مرور الحول على جميعه تحقيقاً أو تقديراً عدا ما يحصل من المعدن فإنه لا يشترط فيه الحول ولفظ التقدير يتناول الربح، فإنه مضموم إلى أصله على

المعروف كالتاج يقدر أنه موجود مع أصله من أول الحول. ثم هل يقدر موجوداً يوم الملك أو يوم الشراء أو يوم الحصول ثلاثة للمغيرة وابن القاسم وأشهب وعليها يبنى الخلاف في مسألة المدونة في من ملك عشرة دنانير حال عليها الحول فأنفق خمسة واشترى سلعة بخمسة فباعها بخمسة عشر فالمغيرة يوجب الزكاة مطلقاً وابن القاسم يوجبها إن تقدم الشراء على النفقة ويسقطها إن تقدمت عليه وأشهب يسقطها مطلقاً.

الثاني: القبض في الدين فمن أسلف رجلاً نصاباً وبقي عنده أحوالاً فلا زكاة عليه حتى يقبضه فيزكيه لعام واحد ولو كان له عنده أكثر من نصاب فإن قبض منه نصاباً زكاه ثم يزكى ما يقبض منه وإن قل.

وأما المانع فأمران:

الأول: وجود الدين المستغرق بشرط أن يكون عن معاوضة وأن لا يكون عنده عروض يجعلها في مقابلته فنفقة الزوجة تمنع وكذلك مهرها على المشهور ونفقة الأبوين إن قضى بها وفي نفقة الولد إن لم يقض بها قولان وفي دين الزكاة قولان والمنع قوله في المدونة. ويستوى في الدين الحال والمؤجل العين والعرض وتوهمه كتحقيقه، ولذلك لا تجب في مال المفقود والأسير ويجعل دينه في كل ما يباع عليه في الفلاس.

الثاني: الصياغة في العين بشرط أن تكون مباحة للزينة المباحة ولو كانت الصياغة مباحة لقصد غير مباح كالرجل يصنع خلخالاً لنفسه والمرأة تتخذ حلية السيف لنفسها لم يمنع.

البحث الثاني: في النماء:

وهو ربح، وفائدة، وغلة. فالربح يضم لأصله كما تقدم والفائدة يستقبل بها حولاً من يوم القبض وهي عبارة عن كل مال متجدد غير ناشئ عن مال مزكى كالعطايا والميراث والديات وأثمان سلع القنية والصدقات قال مالك تستقبل المرأة بصدقاتها حولاً من يوم قبضته وإذا فاد فائدة بعد أخرى زكى كل فائدة لحولها إن كان في كل فائدة نصاب ولو كانت بيده فائدتان كل واحدة دون النصاب، ثم أفاد ثلاثة كملت النصاب كان حول الجميع حول الأخيرة.

والغلة ثلاثة أقسام: قسم يستقبل به حولا كالفائدة وهو غلات سلع القنية وقسم يزكى لحول أصله كالربح وهو ما اكتراه للغلة وكذلك ما اكتراه للغلة والتجارة وهو قول ابن القاسم وقال أشهب يستقبل وقسم مختلف فيه هل يلحق بالاول أو بالثاني وهو ما اشترى للتجارة والمشهور أنه كفائدة.

البحث الثالث: أثمان السلع،

والقاعدة أن النية ترد الشيء إلى أصله ولا تنقله عن أصله إلا مع الفعل والأصل في العروض القنية وفي العين الزكاة فإذا ملك عرضاً للقنية ونوى به التجارة لم ينتقل إلى التجارة ولو نوى بالعين القنية لم تنتقل إليها إلا بضميمة الصياغة وإن نوى بعروض التجارة القنية رجعت إلى القنية ثم ما تعلق به الزكاة من ذلك إن اشترى به سلعة يترصد به الأسواق دون إدارة لم تجب فيها زكاة حتى تباع ويمضى الحول على أصلها فيزكى أثمانها لحول وإن أقامت بيده أحوالاً.

وإن اشترى للإدارة: الحكم وجوب تقويم سلعة بغير إجحاف، فإذا اجتمع في تلك القيم ما تجب فيه الزكاة زكاه بسبعة شروط:

الأول: أن يمضى حول على المال قبل الإدارة أو من يوم استفاده وقال أشهب من يوم أخذ في الإدارة.

الثاني: أن ينض له في الحول ولو درهم ولو كان إنماء يدير العرض بالعرض لم يقوم على المشهور، وقال ابن حبيب يقوم بناء على أن وجوب الزكاة على المدير لأجل اختلاط الأحوال أو لأن العرض صار في حقه كالعين وعلى المشهور فلا يشترط النضوض في آخر الحول بل في أي وقت كان.

الثالث: استصحاب نية الإدارة إلى يوم التقويم.

الرابع: أن تكون عروضه معدة للنماء، فلا يقوم ما ليس كذلك كآلة العطار والزيات وبقر الحرث إذا كانت دون نصاب.

الخامس: أن لا تتعلق الزكاة بعينه فإن تعلقت بعينه كالحوائط والمواشى الزكوية فإن كان في الحائط ثمرة قد طابت وفيها نصاب لم تقوم مع الأصل لأن زكاة العين أملك بها وإن لم تكن بها ثمرة أو كانت ولم تطب أو طابت وقصرت عن النصاب قومت بما فيها من الثمرة، وكذلك الماشية إن لم تتعلق بها الزكاة قومت وإلا فلا.

السادس: يختص بالدين فإن كان قرضاً لم يقومه وإن كان من بيع قومه على المشهور فتجب قيمته إن كان عرضاً وعدده إن كان عيناً حالاً على ملى وقيل قيمته وإن كان مؤجلاً على موسر قومه على المشهور وقيل لا يقومه حتى يقبضه ويزكيه لعام واحد وعلى المشهور فتجب قيمته وأما المعدم فلا يزكى ما عليه عيناً كان أو عرضاً وفي تقويم طعام له من سلم قولان للمتأخرين.

السابع: عدم الإدارة على قول سحنون وابن نافع ورأيا أنه يلحقها بالمدخر والتقويم في المدونة وقيد اللخمي بما إذا كان في الأقل وأما إذا كان في الكل أو في الأكثر فلا يختلف في خروجها على الإدارة.

البحث الرابع: في زكاة القراض:

والعامل في القراض يشبه الشريك من جهة أن له شركا في الربح ولأن حصته في ضمانه ولأنه إذا اشترى من يعتق عليه وفي المال ربح عتق عليه وغرم لرب المال حصته ويشبه الأجير من جهة أنه ليس له في المال شرك ولأن ربح المال يزكى لحول أصله إذا تقرر هذا فرب المال والعامل إذا كانا معاً من أهل الزكاة وجبت على كل واحد منهما زكاة ما صار إليه من الربح وإن لم يكونا من أهلها لكونهما عبيدين أو ذميين أو لقصور المال وربحه على النصاب ولا يملك ربه غيره فلا زكاة على واحد منهما وإن كان أحدهما من أهلها فتلاثة: اعتبار حال رب المال قاله أشهب، فإن كان من أهلها وجبت في ربح المال نظراً إلى أنه ليس كالشريك واعتبار حال العامل في نفسه قاله في الموازية نظراً إلى أنه كالشريك واعتبار حالهما معاً قاله ابن القاسم، فإن كان العامل ليس من أهلها سقطت عنه وكذلك إن كان رب المال ليس من أهلها ابن يونس وهو استحسان فمرة يرجح أنه كالشريك ومرة يرجح العكس فمتى وجدت الزكاة في المال وجبت عليه ومتى سقطت سقطت عنه.

البحث الخامس: في الركاظ والمعدن:

والركاظ: دفن الجاهلية ولفظ الكنز ينطلق على دفن الجاهلية ودفن الإسلام كاللقطة تعرف عاماً، ثم يتصرف فيها كيف شاء بشرط الضمان لصاحبها ثم هل يخص الركاظ بالنقدين وهو قول ابن القاسم وغيره أو يعم جميع ما يوجد واختاره ابن القاسم أيضاً، وإليه رجح مالك، قال في المدونة: ويخمس وإن كان يسيراً وما

لفظه البحر كالعنبر واللؤلؤ فهو لواجده ولا يخمس. وإن تقدم عليه ملك لمعصوم فهل يكون لواجده لأنه كالمستهلك أو لمالكه قولان وكذلك ما وجد بمضيعة وعجز ربه عنه ومر تاركًا له ففيه القولان. والمعدن أصله الإقامة. ومنه جنات عدن أي جنات إقامة وما وجد من المعادن في أرض غير مملوكة نظر فيها الإمام إن شاء قطعها قطع أمتاع أو أخذ زكاتها وإن شاء كلف من يغلها للمسلمين وما وجد في أرض مملوكة لمعين ففي المذهب ثلاثة للإمام وللمالك وللإمام إن كانت ذهبًا أو فضة وللمالك إن كانت من غيرهما وما ظهر في أرض مملوكة لغير معين فقال مالك إن كانت في أرض عنوة للإمام وإن كانت في أرض صلح فللمصالحين وما وجد في المعدن مما لا يحتاج إلى تصفية وهي الندرة فالمشهور أنها كالركاز.

• النوع الثاني، الحرث والثمار:

وما كان من الحبوب مقتاتًا مدخرًا للعيش غالبًا وجبت فيه الزكاة اتفاقًا والقيد الأخير يخرج الجوز واللوز لأنهما مقتاتان مدخران لكن لا يدخران للعيش وقد وقع الخلاف في حبوب منها السلت والقول بأن الزكاة لا تتعلق به شاذ ومنها العلس وهو حب مستطيل يشبه البر والمشهور تعلقها به ومنها القطنى والمنصوص تعلق الزكاة بها. قال أشهب والكرسنة من القطنى. وقال ابن حبيب هي صنف على حدته. ومنها الترمس والزكاة تتعلق به في رواية ابن وهب ومنها الجلجلان وفيه الزكاة. ورأى اللخمي أن ذلك باليمن والشام لأنه عمدتهم في الأكل بخلاف المغرب إذ ليس هو أصل للعيش غالبًا، ومنها حب الفجل الأحمر وحب القرطم وهو زريعة العصفور وزريعة الكتان. وفي كل واحدة ثلاثة يفرق في الثالث بين أن يكثر ريته فتجب أو يقل فلا تجب.

وأما الثمار: فلا خلاف في تعلقها بالتمر والزبيب وقيل إلا ما لا يثمر ولا يتزيب وتعلق بالزيتون وفيما لا يخرج الزيت خلاف، قال مالك: ولا تجب في التين وإنما قال ذلك إذ لم يكن عندهم مقتاتًا وإلا فهو أظهر من الزبيب واختلف فيما عدا ذلك كالخوخ والرمان والجوز واللوز وما أشبه ذلك من الثمار اليابسة ذوات الأصول فقال مالك لا زكاة فيها. وقال ابن حبيب وابن الماجشون فيها الزكاة ثم الزكاة إنما تجب عند وجود السبب والشرط فالسبب ملك النصاب وهو خمسة

أوسق والوسق ستون صاعاً والصاع أربعة أمداد بمدّه ﷺ وهو رطل وثلاث بالعراقي والوسق بالحفصي قفيز واحد وذلك معتبر في نصيب كل واحد من الشركاء والشرط اليبس في الحبوب والطيب في الثمار، قال المغيرة: والخرص، قال ابن مسلمة وبالخصاد أو الجداد وعلى هذا الخلاف يخرج الخلاف فيما إذا مات المالك أو باع أو أخرج زكاته وعلى المشهور إذا مات بعد الطيب وجبت وقال المغيرة: إن خرص عليه وإلا فيخرص على الوارث فمن صار له نصاب زكاه، وكذلك إن كان باع بعد الطيب وقبل الخرص أو بعدهما وقبل الجذاذ فيجربى الخلاف في وجوبها على البائع أو على المشتري على ما تقدم، وقال ابن مسلمة إذا أخرج الزكاة قبل الخرص وقبل الجذاذ لم يجزه لأنه أخرجها قبل وجوبها.

وللخرص أربعة أركان:

الخرص: والواحد كاف ويشترط أن يكون من أهل الأمانة والمعرفة فإن أخطأ فخرص أربعة أوسق فوجد المالك خمسة قال مالك: أحب إلى أن يزكى قال بعض الأشياخ لفظة أحب على ظاهرها وحملها بعضهم على الإيجاب.

المخروص: وهو التمر والعنب والعلة احتياج أهله إليه فقيل لإمكان الخرص فيهما وعليهما يخرج الخلاف فيما لا يخرص إن احتاج أهله إليه. قال مالك: ولا يخرص الزيتون ويؤمن عليه كما يؤمن على الزرع فلو باع أرضه بزرعها بعد أن طلب فما أخبره المشتري به أخرج زكاته ويتحوط إن كان المتباع يهودياً وقيل يخرص الزرع إذا وجد من يعرف ذلك الوقت إذا طابت الثمار ولو كانت الثمرة لا تطيب وإنما تؤكل بلحاً وكذلك تباع فإن كان فيها خمسة أوسق أخذت الزكاة من ثمنها لا منها.

الكيفية: ويخرص نخلة نخلة بانفرادها ثم ينظر ما يحصل في المجموع بعد اليبس، وكذلك يفعل في العنب ثم ينظر ما يصير إليه زيباً وما لا يثمر ولا يتزيب يعتبر فيه اليبس بتقدير إمكانه وإذا خرصت الثمار خلى بينها وبين أربابها وضمنوا نصيب الفقراء وإن شاءوا تركوا ولم يضمنوا، ولا يجب عليهم ما أكلوه بلحاً بخلاف ما أكلوه من الفريك أخضر ومن الفول والحمص وليتحروه ولا يطرح لهم ما أخرجوه نفقة إذ عليهم تخليص نصيب الفقراء. وأصناف التمر وأصناف العنب

وأصناف الزيتون يضم بعضها إلى بعض، فإذا اجتمع منها نصاب خرج من كل صنف منها بقدره.

الجائحة: وإذا أجيحت الثمار بعد الحرص فإن بقي منها نصاب زكاه وإلا فلا شيء عليه إذ ليس ذلك من صنعه ولو بقي دون النصاب لم تجب فيه زكاة على المشهور.

• النوع الثالث: الماشية:

وتتعلق الزكاة بها بعد وجود الشرط والسبب فالسبب ملك النصاب والشرط إتيان الساعي إن كان يأتيهم فإن كان قوم لا سعة لهم وجبت عليهم بمرور الحول. ثم الماشية ثلاثة أنواع: إبل، وبقرة، وغنم.

النوع الأول: الإبل: وفي الخمس منها شاة وفي العشر شاتان وفي الخمس عشرة ثلاثة شياه وفي العشرين أربع شياه وفي الخمس والعشرين بنت مخاض فإن لم توجد فابن لبون ذكر وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وفي إحدى وستين جذعة وفي ست وسبعين بنتا لبون وفي إحدى وتسعين حقتان إلى عشرين ومائة فإذا زادت ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون واختلف في الزيادة الموجبة لنقل الفرض. فروى أشهب هي العشرة فلا تنتقل عن الحقتين حتى تبلغ ثلاثين ومائة. وقال ابن شهاب هي الواحد فإذا زادت واحدة فله أخذ ثلاث بنات لبون وفي المدونة إذا زادت واحدة خير الساعي في الحقتين وفي ثلاث بنات لبون فإذا بلغت ثلاثين ومائة فعنها حقة وبنتا لبون ولا خلاف أن الزيادة بعد ذلك إنما تكون بالعشرات.

تنبيه: الشاة المأخوذة في الشيتين وهو من الخمس إلى الأربع والعشرين كالشاة المأخوذة في الغنم قال ابن القاسم وأشهب يجرى الجذع والثني من الضأن والمعز ذكراً كان أو أنثى. وقال ابن القصار لا تجزئ إلا الأنثى وقال ابن حبيب الجذع من الضأن والثني من المعز كالأضحية وفي سنن الجذع أربعة ستة أشهر، وثمانية، وعشرة، وسنة. واختلف في الشاة هل هي مأخوذة عن النصاب وحده أو عنه وعن الوقص وثمره الخلاف تراجع الخلطاء وبنت مخاض بنت ستين لأن أمها صارت في حد المخاض، فإذا دخلت في الثالثة فهي بنت لبون والذكر ابن لبون

ىسمى بذلك لان أمة حىئئذ ترضع ما ولدته بعده فإذا دخلت فى الرابعة فهى حقة لأنها استحققت الحمل فإذا دخلت فى الخامسة فهى جذعة .

النوع الثانى: البقر: وفى الثلاثىن تبىع ذكر وهو الذى فى ستىن وفى الأربعىن مسنة وهى التى بلغت ثلاثاً وفى الستىن تىبعان، فإذا بلغت سبعىن ففى كل ثلاثىن تبىع وفى كل أربعىن مسنة وهكذا إلى مائة وعشرىن فىخىر الساعى فى أربع تىبعان أو ثلاث مسنات .

النوع الثالث: الغنم: وفى الأربعىن شاة وفى مائة وإحدى وعشرىن شاتان وفى مائتىن وشاة ثلاث شىاه وفى أربعمائاة أربع شىاه وما بىنهما أوقاص ثم فى كل مائة شاة وىضاف الضأن إلى المعز كما وىضاف البخت إلى العراب والجوامىس إلى البقر ثم إن وىجت فى الضأن والمعز شاة وهما بالسواء خىر الساعى وإن كان أحدهما أكثر أخذها من الأكثر فإن وىجت فىهما شاتان وهما على السواء أخذ شاة من كل صنف وإن كان أحدهما أكثر أخذ شاة من الأكثر ثم ىنظر ما بقى بعد النصاب وىعتبر بالأقل فإن كان الزائد أكثر من الأقل نظرت إلى الأقل فإن كان دون النصاب أخذ الشاة الأخرى من الأكثر أيضاً وإن كان نصاباً نظرت أيضاً فإن كان وقصاً لم يؤثر فى وىجوب الشاة الثانية أخذها أيضاً من الأكثر وإن لم يكن وقصاً فقال ابن القاسم: ىلغى الزائد على النصاب فىبقى بىده نصاب من الضأن ونصاب من المعز فىأخذ من كل نصاب منها شاة وقال سحنون: لا ىلغى الزائد فإن وىجب خروج الشاة الأخرى منه لكونه أكثر وىعتبر فى البخت والعراب والجوامىس والبقر مثل ذلك .

• حكم الساعى:

قد تقدم أنه شرط فى الوجوب فى حق من أىتهم السعاة وهو المشهور إذا كان الإمام عدلاً وقىل شرط فى الأداء وإذا وجد الساعى عند رجل نصاباً فأخبره أنه استفاده منذ شهر صدقه ما لم ىتبىن كذبه وفى تحلىفه قولان ولو قال أدىت ركاته لم ىعتبر قوله وأخذها منه وإذا وجد عند رجل دون النصاب فتركه ثم لما رجع وجاهه قد كمل بولادة لم يأخذ منه شىء على المشهور وما ذبجه رب المال بعد الحول وقىل مجىء الساعى أو مات ثم قدم لم ىحاسبه بشىء من ذلك وإنما يأخذ

زكاة ما وجد ولو تأخر مجيء الساعى أعواماً ثم جاء أخذ من أرباب الأموال زكاة ما وجد فى أيديهم لجميع الأعوام ومن لم يجد عنده نصاباً لم يأخذ منه شيئاً .

• الخطة:

توجب جعل الخليطين كالمالك الواحد ما لم يجتمعا فراراً من الزكاة ويستدل على ذلك بقريئة الحال فإن فقدت فبقرب الزمن على المشهور . قال مالك والمعتبر لآخر السنة . وحكى ابن الحاجب فى القرب ثلاث روايات الشهران ، والشهر ، ودونه . فإن أشكل الأمر ففى اليمين خلاف ويشترط أن يكونا معاً من أهل الزكاة وأن يتفقا فى الأحوال ، وأن يتحدا فى بعض هذه الأوجه وهى الراعى والفحل والدلو والمراح والمبيت وشرط الراعى إذن المالكين وشرط الفحل اشتراكهما فيه أو نزائه فى الجميع والمراح موضع القيلولة وقيل الموضع الذى تجتمع فيه وتنصرف منه إلى المبيت وفى المعتبر من هذه أربعة أقوال ، قال ابن القاسم الجلى . وقال الأبهري اثنان ، وقال ابن حبيب الراعى وقيل الراعى والمراعاة التراجع وإذا أخذت الزكاة من أحدهما رجع على صاحبه بما ينوبه منها بالقيمة وقال ابن القاسم إذا كان لأحدهما خمس من الإبل وللآخر مائة وخمس عشرة فأخذ الساعى منها حقتين ترادا قيمتها على أربعة وعشرين جزءاً ، على صاحب الخمس جزء منها وهو ربع السدس وبقيتها على الآخر ولا خلاف فى الأغيار الأوقاص إذا أوجبت حكماً مثل أن يكون لأحدهما تسع من الإبل وللآخر ست واختلف إذا لم توجب حكماً على قولين مثل أن يكون لأحدهما تسع وللآخر خمس فقال مالك على كل واحد شاة ثم رجع فقال يترادان فى الشاتين وفى التقويم يوم الأخذ أو يوم الوفاء قولان لابن القاسم وأشهب بناء على أنه كالمستهلك أو كالمستسلف .

الركن الثانى: المأخوذ

وهو من العين ربع العشر ويؤخذ من كل نوع منه إن كان مسكوكاً فمسكوك وإن تبرأ فتبر فإن كان مسكوكاً ولم يوجد فيه ذلك الجزء فأما الدينار الكامل فلا يجوز قطعه وفى قطع غير الكامل قولان وإذا قلنا بعدم القطع إن كان الدينار كاملاً فأخرج عنه ورقاً أخرج قيمته مسكوكاً اتفاقاً فإن أخرج عنه قطعة ذهب ففى لزوم

قيمة السكة قولان لابن القاسم وابن حبيب وإن كان مصوغاً فله أن يخرج عنه قطعة بالوزن لا بالقيمة على المشهور إذ له كسره فإن أراد أن يخرج ثمنه ورقاً فإن كانت الصياغة محرمة فهي كالعدم وإن كانت مباحة فهل يزكى قيمة ذلك الجزء على أنه مكسور أو على أنه مصنوع قولان لأبي عمران وابن الكاتب. والمأخوذ من الماشية تقدم وأما الثمار والزرع فما سقى منها بماء المطر وبالسيح أو كان يشرب بعروقه ففيه العشر وما يشرب بالدواليب والدلاء ففيه نصف العشر فإن كان السيح يشتري ففيه العشر على المشهور، وقال عبد الملك بن الحسن: فيه نصف العشر، وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وهو أعدل وما سقى بهما وتساويا فقولان اعتبار ما حصل به الإحياء وإخراج نصفه على نصف العشر ونصف الآخر على العشر وهو قول مالك في المجموعة وإن كان أحدهما أكثر فثلاثة اعتبار الأكثر، قال ابن القاسم: وهو الثلثان وما قاربهما فإن زاد على النصف يسيراً أخرج نصفين واعتبار ما حصل به الإحياء والإخراج عن كل واحد بحسابه ثم ما لا يعصر من الحبوب فيؤخذ منه وما يعصر فروى ابن القاسم أن حب القرطم يخرج من زيتته وقيل بإجزاء الأمرين وأما الثمار فيخرج منها قال مالك في رواية ابن نافع إن كان الحائط جيداً كله أو ردياً كله كلف رب المال أن يشتري ثمره وسطاً وقال في رواية ابن القاسم يؤخذ منه وقال في رواية أشهب إن كان ردياً وجيداً أخذ من كل صنف بقدره وإن كان أحدهما أكثر، وروى ابن القاسم في أصناف التمر يؤخذ من وسطها وما لا يتمر ولا يتزبب ففي المدونة يؤخذ من ثمنه وإن بأقل ما تجب فيه الزكاة إذا كان في خرصه خمسة أوسق وكذلك البلح الذي لا يزهي وكذلك يباع ويؤكل وإن لم يكن في خرصه خمسة أوسق يؤخذ منه وإن كثر ثمنه وأما الزيتون فيؤخذ من زيتته وما لا زيت فيه فمن ثمنه ولو باع ما فيه زيت أو باع ما يتمر وما يتزبب فقال ابن القاسم عليه أن يأتي بزكاة ذلك زيتاً وتمرّاً وزبيباً قال مالك فإن لم يضبط خرصه ولا تحراه أخرج من ثمنه وروى يخرج من ثمن ذلك.

تنبيه: إن أخرج القيمة عن الثمار والماشية طوعاً فالمشهور نفى الإجزاء وإن أخرجها كرهاً فنص في المدونة على الإجزاء إذا كانت بعد الحول وكانت وفاء بقيمة ا وجب عليه وقت الإخراج وقت تعلق الوجوب وذلك أثر مرور الحول فإن

أخرجها قبله بالزمن الكثير لم تجزه وفي السير خلاف واليسير اليوم واليومان وقيل الخمسة إلى العشرة وقيل نصف شهر وحده ابن القاسم بالشهر على تكره والخلاف مقصور على زكاة العين والماشية وأما زكاة الحرث فلا يجوز تقديمها وإذا تلف النصاب بعد الحول وقبل التمكن من الإخراج فلا زكاة عليه على المشهور وقال ابن الجهم يزكى ما بقي .

الركن الثالث: الأخذ

وهو الإمام العدل فإن كان غير عدل فقال مالك لا تدفع إليه ولا يعجبني أن يتولى صرفها خوف المحمدة وليدفعها لمن يتولى ذلك ولو دفعها لغير العدل لم تجزه إن كان يجور في صرفها وإن أخذها منه جبراً وعدل في صرفها أجزته وإن لم يعدل ففي الإجزاء قولان .

الركن الرابع: المأخوذ له

وهم الأصناف الثمانية:

الفقير والمسكين: صنفان على المشهور ويتميزان بشدة الحاجة على المشهور ثم قيل المسكين أحوج وقيل الفقير ويشترط فيهما خمسة شروط: الإسلام والحرية وأن لا يكونا ممن تلزمه نفقتهما وأن يعجزا عن التكسب وأن لا يكونا من آله ﷺ، وإذا كان له أقارب في عياله ولم تلزمه نفقتهم فلا ينبغي له أن يعطيهم فإن فعل فقد أساء وإن لم يكونا في عياله فثلاثة الكراهة في المدونة وقال مطرف بالجواز والاستحباب رواه الواقدي واختلف فيمن ملك نصاباً فقال المغيرة لا يعطى نصاباً ولا من ملك نصاباً وهو الفارق بين الغنى والفقير وقيل يعطى لأنه لا يكفيه وقد قال مالك في رواية ابن نافع ليس في ذلك حد إنما هو على قدر الاجتهاد .
تنبيه: من ادعى الفقر والمسكنة صدق ما لم يشهد ظاهره بخلاف ذلك .
والعاملون عليها: هم جباتها ومفرقوها وإن كانوا أملياء ومن كان منهم فقيراً أخذ بالجهتين .

والمؤلفة قلوبهم: رجال كانوا في الجاهلية لهم شرف من قريش وغيرهم كان

النبي ﷺ يؤلف الرجل منهم بكثرة العطاء من الفىء يرغبهم فى الإسلام ثم جعل لهم فى بيت المال ولم يزل ذلك لهم حتى قطعه عمر رضى الله عنه والصحيح بقاء حكمهم إن احتيج إليهم .

والرقاب: هم الأرقاء يشتركون ويعتقون وولاؤهم للمسلمين ولا يعتق إلا مؤمن وقيل وكافر .

والغارمون: من عليه دين لأدمى استدانه فى غير فساد ولا سفه ولا ليأخذ من الزكاة .

وسبيل الله: الجهاد على الأصح ، وقال ابن حبيب الحاج .

وابن السبيل: هو الغريب يعطى ليتوصل بذلك إلى بلده أو على استدامة سفره وإن كان غنياً ببلده ولا يلزمه أن يتسلف وقيل إن وجد من يسلفه لم يعط وإن كان معه ما يبلغه لم يعط على المشهور ومن ادعى أنه ابن سبيل صدق إذا ظهر على هيئة الفقر ويكتفى بقرينة الحال .

وإذا اجتمع فى الرجل وصفان أعطى سهمين وقيل بل يعطى بالاجتهاد . وموضع الإخراج موضع المالك والمال والمستحق فإن لم يوجد فيه مستحق نقلت إلى أقرب المواضع إليه ولو دفعها لغير فقراء بلده كره له ذلك وأجزاه ، وقال سحنون: لا تجزئه ولو نقلها إلى من هو أحوج أجزاءه وإذا أخذ الغازى منها وقعد فإن وجدت ببلده أخذت وتردد اللخمي فى الغارم يسقط دينه ، ولا تصرف الزكاة فى كفن ميت ولا بناء مسجد ولا لعبد ولا لكافر ولا لإمام ولا لقاض ولا لفقير ولا لقارئ ورزقهم فى بيت المال من خراج وخمس وعشر .

القسم الثانى: البدنية

وهى زكاة الفطر .

حكمها، الوجوب على المشهور .

حكمة مشروعيتها، الرفق بالفقراء فى إغنائهم عن السؤال فى يوم الفطر .

أركانها، خمسة، المخرج والمخرج عنه والمخرج منه والمخرج إليه والمخرج فيه .

المخرج: من وجد في حقه السبب والشرط وفي السبب أربعة غروب الشمس من ليلة الفطر وهو المشهور لابن القاسم في المدونة وشهره ابن الحاجب وغيره وطلوع الفجر من يوم الفطر رواه ابن القاسم وقاله جماعة من الأصحاب قال القاضي أبو بكر وهو الصحيح وكذا قال ابن رشد وشهره الأبهري وطلوع الشمس وبه قال جماعة من الأصحاب وروى إنما تجب من الغروب إلى الغروب والفرق بينه وبين الأول أن السبب في الأول مجرد الغروب والسبب على هذا القول كل جزء من أجزاء الزمان الكائنين بين الغروبين، وأما الشرط فالإسلام واليسر زاد أشهب وصومه ولو يوماً فإذا أسلم كافر قبل الغروب وجبت عليه وعلى قول أشهب لا تجب وتجب على الصبي ويخرجها عنه وصيه ولو كان في حجر رجل بغير إيضاء وله بيده مال رفع أمره إلى الحاكم فإن لم يرفع وانفق عليه وأخرج زكاة الفطر عنه فهو مصدق في الزكاة وفي نفقة المثل قاله مالك ومن كان عنده قوت يومه أو كان يقدر أن يتسلف فهو موسر فيخرجها وقيل لا.

المخرج عنه: من تلزمه نفقته بالقرابة والرق وكذلك بالنكاح على المشهور. والمخرج إليه: من له أخذ الزكاة من الفقراء على المشهور وقيل الفقير الذي لم يأخذ منها في يومه.

المخرج منه: المقتات في زمانه صلى الله عليه وسلم من البر والشعير والسلت والزبيب والتمر والأقط قال أشهب ولا يخرج من غير هذا وعد في المدونة مع ذلك الذرة والأرز والدخن زاد ابن حبيب العلس ويخرج من غالب قوت البلد وقيل من قوته وقوت عياله ما لم يفعل له شح، قدره صاع وهو بالقفص صاعان.

المخرج فيه: موضع المالك وإن أدى أهل المسافر عنه أجزاءه فإن لم يكن بمكانه محتاج ففي أقرب المواضع إليه ويجب قضاء ما فات بخلاف الأضحية فإذا أخرجها في وقتها فضاقت لم يضمن وإن أخرجها في غير وقتها فضاقت ضمن.

كتاب الصيام

حقيقته: لغة: الإمساك، يقال صامت الخيل إذا أمسكت عن الجرى .
حكمة مشروعيته: كسر النفس عن الشهوات والتشبه بسكان السموات وتصفية
 مرآة العقل .

أحكامه: تنحصر في الأركان واللواحق .

الأركان ثلاثة: الصائم والمصوم فيه وكيفية الصوم .

الصائم: من وجد في حقه المقتضى وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع .

المصوم فيه: زمان رمضان وهو قسمان جائز وممنوع والممنوع صوم العيدين، ثم
 الجائز قسمان واجب وغير واجب والواجب قسمان قسم عينه صاحب الشرع
 كرمضان وقسم عينه المكلف بالندب ومنه ما وجب لسبب الكفارة وجزاء الصيد
 وغير الواجب منه ما ورد الترغيب فيه كصوم يوم عرفة لغير الحاج ويوم عاشوراء
 وتاسوعاء وعاشر ذى الحجة والأشهر الحرام وورد «من صام رمضان وأتبعه ستاً من
 شوال فكأنما صام الدهر» وكرهها مالك متصلة برمضان وورد الترغيب في صيام
 الأيام البيض وثلاثة أيام من كل شهر .

تنبيه: النذور وغيرها يأتي ذكرها في غير محلها إن شاء الله تعالى والقصد هنا
 الكلام في صوم رمضان والسبب في وجوبه رؤية الهلال فمن رآه وجب عليه
 الصوم وإن لم يره وثبت عند الحاكم وجب أيضاً وإلا وجب بالإكمال وثبت الرؤية
 بالخبر المنتشر وهو أكمل وبالشهادة التامة إذا نقل الواحد إلى ابنته البكر وأهله أن
 الهلال رىء وجب عليهم الصوم وإن نقل إلى بلد وكانوا قد بعثوه مستكشفاً لزمهم
 الصوم أيضاً وإن لم يكونوا بعثوه ففي اللزوم قولان وإذا غم ليلة ثلاثين فذلك يوم
 الشك ومن لا تمكنه رؤية ولا غيرها كالأسير والتجار في بلد الحرب أكلوا
 الثلاثين فإن التبست عليهم الشهور تحروا شهراً فصاموه .

والشروط خمسة: الإسلام والبلوغ والعقل: وقيل العقل شرط في الأداء لأنه
 يؤمر بالقضاء على تفصيل فمن بلغ عاقلاً ثم جن وقلت سنو إطباقه وجب عليه

القضاء اتفاقاً بخلاف الصلاة وإن كثرت ولو بلغ مجنوناً المشهور القضاء والمغنى عليه يلزمه القضاء ويبقى النظر في صومه ففي المدونة ومن أغمى عليه ليلاً وقد نوى صوم ذلك اليوم فلم يفتق إلا عند المساء أو بعدما أصبح لم يجزه صوم ذلك اليوم ويقضيه قال ابن القاسم وبلغنى عن بعض أهل العلم أنه قال إذا أغمى عليه قبل الفجر فلم يفتق إلا بعده لم يجزه صومه بخلاف النائم.

الرابع: النقاء من الحيض والنفاس، وقيل بل هو شرط في الأداء.

الخامس: طلوع الفجر المستطير، فإذا طلع الفجر وهو يأكل ألقى ما في فيه ونزع عن امرأته وصح صومه وقيل يقضى الواطئ لأن نزعه وطء. وأما المانع: فالعجز.

وأما كثرة المشقة فتبيح الفطر ومظنة ذلك سبعة أشياء:

الأول: المرض وخوف تماديه ومعاودته وخوف حدوثه فإن خاف التلف وجب.

الثاني: السفر الطويل وهو سفر القصر ولو قدم بلداً جاز له الفطر حتى ينوى إقامة أربعة أيام ولا يكتفى بنية السفر حتى يصحبها الفعل فإن عزم عليه فأفطر قبل الشروع ففي لزوم الكفارة أربعة يفرق في الثالث فإن أخذ في أهبة السفر وسافر لم يكفر. والرابع إن تم على سفره لم يكفر.

الثالث: الحمل وهو كالمرض في جواز الفطر وفي وجوبه.

الرابع: الرضاع وهي كالمرض في الجواز والوجوب فإن قدرت على الاستئجار أو قدر عليه من يلزمه الإرضاع لم يجز الفطر.

الخامس: الكبر.

السادس: العطش.

السابع: يختص بالتطوع وهو إرادة الاستمتاع فمن صامت امرأته تطوعاً بغير إذنه فمقتضى المذهب أن له إجبارها على الفطر.

الكييفية، أن يأتي بشرائط الصحة وبالسنن.

والشرائط أربعة:

الأول: النية وتكفي النية في أول الشهر بجميعة على المشهور ويشترط أن تكون جازمة فلو نوى صوم يوم الشك إن صح أنه من رمضان لم يصح.

الثاني: الإمساك جميع النهار عن إيصال طعام أو شراب إلى الحلق أو إلى المعدة من منفذ واسع يمكن الاحتراز منه كالفم والأنف والأذن وفي إلحاق غير ذلك من المنافذ وإلحاق غير المعتدى به في الفطر عليه وإخراج ما في المعدة خلاف.

الثالث: ترك إيلاج الحشفة واستجلاب المنى ولا يضر الاحتلام وفي المذى والإنعاض قولان، وأما المبادئ كالفكر والقبلة والمباشرة والنظر والملاعبة إن علم السلامة لم تحرم وإن علم نفيها حرمت فإن شك فالظاهر التحريم ثم إذا فكر واستدام فأمضى لزمه القضاء على أحد القولين وإن لم يستدم فلا شيء عليه وإن أمنى لزمه القضاء ثم الكفارة إن كان عن استدامة وقيل لا قضاء عليه إذا لم يستدم إذا كثر ذلك عليه للمشقة وإن نظر فأمضى وقد استدام قضى وفي وجوبه عليه القولان وإن لم يستدم فقال ابن القاسم عليه القضاء وظاهره الوجوب وقيل يستحب وإن أمنى ولم يستدم قضى ولم يكفر قاله ابن القاسم وقيل يكفر وإن استدام كفر بلا خلاف وإن قبل فأمضى فقال مالك وابن القاسم عليه القضاء وظاهره الوجوب وقيل لا يجب وإن أمنى وجب عليه القضاء ثم إن استدام كفر وإلا فقولان وإن باشر أو لاعب فلم يمد فلا قضاء إلا أن ينقض فيه قولان وإن أمنى كفر بلا خلاف ولو جامع دون الفرج فلم ينزل فلا كفارة.

الرابع: أن لا يفطر حتى يتيقن غروب الشمس فإن أفطر مع الشك فسد صومه وفي الكفارة قولان.

السنن: تعجيل الفطر وتأخير السحور وإمساك اللسان عن الهذيان وترك المبالغة في المضمضة والاستنشاق.

اللواحق

ونعنى بها ما يترتب على الفطر وهي ستة: القضاء والإمساك بقية النهار والكفارة والعقوبة وقطع النية والفدية.

• القضاء:

وهو واجب على من فسد صومه ولو بأكل ناسياً ولا يجب فيه التتابع ولكن

يستحب ويجب العدد فإن أفطر الشهر وكان تسعة وعشرين فقصى شهراً متتابعاً فكان ثلاثين ففي وجوب صوم اليوم الزائد قولان وإن كان أنقص ففي الاكتفاء به قولان والصحيح مراعاة العدد والإمساك في بقية النهار وهو واجب على من أفطر في رمضان ناسياً أو ظن الإباحة مع عدمها وفي وجوبه على من أفطر متعمداً قولان وغير واجب على من أبيح له الفطر إباحة حقيقة كالمرضى يصح والمسافر يقدم والحائض تطهر ولو كانت الإباحة غير حقيقة كالأكل يوم الشك ثم يتيقن أنه من رمضان فإنه يجب عليه التماضي على الإمساك ثم يقضيه وأما الصبي يحتلم والمجنون يفيق والكافر يسلم فيجب عليهم الإمساك وقيل يجب على الذي أسلم خاصة.

• الكفارة:

ولا تجب إلا في رمضان خاصة وتجب بإيلاج الحشفة وإخراج المنى وبما يصل إلى الحلق من الفم خاصة وبأن يصبح نائماً للفطر ذاكراً ويرفع النية نهائراً على الأصح ويشترط في ذلك كله أن يفعله متتهكاً فلا كفارة مع النسيان ولا مع الغلبة أو الإكراه وقيل إلا نسيان الجماع وإكراهه والمشهور وجوبها على المكره ولذلك إذا أكره أمته أو امرأته على الجماع فإنه يكفر عنهما وعن نفسه وقال سحنون لا يكفر عنهما لأن الكفارة لم تجب عليهما ومن أفطر متأولاً وتقدم سبب التأويل فإن كان التأويل قريباً لم يكفر مثاله من أكل أو وطئ ناسياً فتأول جواز الفطر فأكل أو وطئ ثانياً أو التي رأت الظهر ليلاً فأخرت الغسل حتى أصبح فظنت عدم صحة الصوم وأن الفطر جائز لها فأفطرت وكالمسافر يقدم ليلاً فيظن أن من لم يقدم نهائراً لم يجز صومه وأن له أن يفطر وكالعبد يبعثه سيده يرعى غنماً له على ميلين أو ثلاثة فيظن السفر فأفطر وإن تأخر السبب وكان التأويل بعيداً كالتى تأتيتها أيام حيضتها فتقول اليوم أحيض فتفطر ثم تحيض وكالمرضى يقول اليوم يوم حماى فيفطر ثم تأتية الحمى آخر النهار فقال مالك عليهما الكفارة ولو تقدم السبب وكان التأويل بعيداً جداً كالذى رأى الهلال فردت شهادته فتأول الإفطار فعليه الكفارة خلافاً لأشهب. والمكفر به أحد ثلاث خصال إطعام ستين مسكيناً مداً بمده وَاللَّهُ أو عتق رقبة مؤمنة كاملة غير ملفقة سليمة محررة للكفارة أو صوم شهرين متتابعين

واختلف في تعيين أحد هذه الخصال أو هي على التخيير فقال بعض المتأخرين يتعين الإطعام لأنه أعم نفعاً وهو المشهور وقيل هو أولى وغيره جائز وقال ابن شاس وهو الصحيح وقيل هي على التخيير كخصال الكفارة في اليمين بالله تعالى.

• العقوبة:

ومن ظهر عليه الإفطار في رمضان متعمداً فإنه يعاقب على قدر اجتهاد الحاكم.

• قطع النية:

ومن أفطر فقد انقطعت النية التي عقدها في أوله وعليه استئنافها.

• الضدية:

وهي مد من طعام لكل مسكين عن كل يوم ويؤمر بها من آخر قضاء رمضان إلى رمضان آخر من غير عذر ويخرجها عند الأخذ في القضاء وقال أشهب عند تعذر القضاء واستقرارها في الذمة لأنه سبب الوجوب فكلما مر يوم من شعبان وتعين القضاء كفر عن يوم واختلف في الحامل والمرضع والشيخ الكبير والعاطش يفطرون هل يؤمرون بالفدية لإجبار فضيلة الوقت أم لا؟ فأما الحامل ففيها أربعة الوجوب لمالك ونفيه في المدونة والوجوب إن أفطرت خوفاً على ما في بطنها ونفيه إن خافت على نفسها والوجوب إن أفطرت قبل أن تبلغ ستة أشهر. وأما المرضع إذا جاز لها الفطر وأفطرت ففي المدونة تستفدى ونفيه في المجموعة وأما الشيخ الكبير ففي استحباب الفدية أو جوبها قولان والقولان أيضاً في العاطش.

تجديد الزلل ويواظب على خير العمل وفقنا الله العظيم لطاعته ولترك مخالفته .
 والمخاطب بالوجوب كل مكلف حر مستطيع والاستطاعة عبارة عما يقدر به على
 الوصول بأى وجه كان من غير مضرة هذا هو المشهور وقيل الزاد والراحلة لمن
 بعدت داره وعلى المشهور فيلزم القادر على المشى وإن كان امرأة وقيل لا يجب
 عليها لأنها تنكشف بالمشى ويجب على الأعمى إذا وجد قائداً أو على من جرت
 عادته بالسؤال إذا غلب على ظنه أنه يعطى وقيل لا يجب ابن القاسم ومن له
 جارية لا يجد غيرها فعليه أن يبيعها ويحج وإن ترك ولده للصدقة ولا خلاف في
 اعتبار الأمن على النفس والمال والبضع فلا يجب على المرأة إلا مع ذى محرم أو
 رفقة مأمونة من النساء وفى المأمونة من الرجال قولان المشهور الوجوب وإذا تعين
 البحر وجب ركوبه على الرجال وفى النساء قولان ولا يعتبر إذن الزوج إذا تعين
 الوجوب بالاستطاعة والرفقة المأمونة والسفر مع ذى محرم وقلنا: إن الحج على
 الفور وإن قلنا: إنه على التراخى وغلب على الظن فواته إن لم توقعه فى ذلك
 الوقت تعين أيضاً، وأما إن لم يخف الفوات وأرادت هى التعجيل لبراءة ذمتها
 فتردد المتأخرون فى منعه إياها ونزلوا عليه المبادرة فى قضاء رمضان وإيقاع الصلاة
 أول وقتها .

وأفعال الحج كلها واجب وغير واجب؛

ثم الواجب قسمان قسم لا يجزئ إلا الإتيان به ولا ينجر بالدم وهو الأركان
 وقسم ينجر بالدم كالإحرام بعد مجاوزة الميقات وترك التلبية جملة على الأظهر
 وترك طواف القدوم والسعى بعده لغير المراهق خلافاً لأشهب وهما معاً كأحدهما
 وفى سقوطه عن الناس قولان لابن القاسم وغيره وترك نزول ركعتى طواف القدوم
 والإفاضة وترك الوقوف بعرفة مع الإمام قبل الدفع للمتمكن وترك نزول المزدلفة
 ليلة النحر على الأشهر ورمى كل حصاة من الجمار والحلق قبل رجوعه إلى بلده
 والسعى بعد الإفاضة قبل سفر منسئ الحج من مكة والمبيت بمنى كل ليلة من لياليها
 وغير الواجب وهو السنة .

كتاب الحج

حقيقته، لغة: القصد. وشرعاً: القصد إلى بيت الله الحرام للتقرب إليه بأفعال مخصوصة.

حكمه: الوجوب وفي كونه على الفور قولان والعمرة سنة مؤكدة وأفعالها كالحج إلا الوقوف بعرفة.

حكمة مشروعيته: قد تقدم أن الأحكام تشاريف لا تكاليف ولتعلم أن الملك العظيم إذا شرف عبيده استدعاهم لمحلته ومكنهم من تقبيل يده وأمرهم بطلب حوائجهم، ولما كان الله تعالى مقدساً عن المحل والجارحة أقام البيت الحرام مقام محل الملك وأقام الحجر الأسود مقام يد الملك واستدعى عبيده أن يدخلوا ذلك المحل ويقبلوا ذلك الحجر ويسألوا حوائجهم وفي الحقيقة إنما يشار بالحج إلى التجرد لله تعالى ومفارقة المحبوبات وليتذكر بأهوال الطريق الأهوال بعد الموت ويوم القيامة وفي الغسل قبل الإحرام غسل الموت وبتزع المخيط ولبس ثوبي الإحرام الكفن وبالتالي إجابة الدعاء وليحضر قلبه لتعظيم البيت ويتذكر بالالتجاء إليه التجاء الموقف وبالطواف الطواف بدار السيد وطواف الملائكة بالعرش وبالسعى بين الصفا والمروة التردد في الدار ويرمى الجمار رمى العدو وبالوصول إلى منى بلوغ المنى وبالوقوف بعرفة الوقوف بعرفات العرفاء وبالتزول بالمزدلفة حصول الزلفى وبذبح الهدايا فكك الرقاب، ألا ترى أن الذبيح لما استسلم لأمر الله وفرغ قلبه من الالتفات إلى غيره؛ كيف فك الله رقبته وفداه بذبح عظيم؟ وشرع الحلاق كالإشارة إلى عدم اعتبار المال ومنع من الصوم أيام التشريق إشارة إلى أن عبيده تأهلوا لضيافته وشرع طواف الإفاضة زيادة في إكرامهم، وكذلك العمرة وطواف الوداع ثم الحاج إذا وصل إلى المدينة فليحمل على فكره تعظيم من يقصده ويتخيل في مسجدها وطرقاتها نعل أقدامه ﷺ وأصحابه هنالك ويتأدب في الوقوف ليستشفع بالحبيب ويتأسف إذا لم يكن في صحابته حتى يحظى برؤيته ويتبغى لمن عاد من الحج أن يقوى رجاؤه بالقبول ومحو ما سلف من الذنوب وليحذر من

ثم خرج إلى الجمعة بطل اعتكافه على المشهور.

الاعتكاف لأجله:

العبادة من الصلاة والذكر وقراءة القرآن ليلاً ونهاراً بقدر طاقته وقد تقدم أن من شرط صحته ترك المنافى فإن صدر منه ما ينافى الصوم بطل اعتكافه وذلك كالوطء ومقدماته ليلاً كان أو نهاراً عامداً أو ساهياً. قال في المدونة وإذا قبل أو لمس أو باشر بطل اعتكافه ويتدنى كالظهار وإن صدر منه غير الوطء ومقدماته فما كان يوجب الكفارة فكالوطء وما لا يوجبها فيوجب القضاء والبناء وما اختلف في وجوب الكفارة فيه فيختلف في استنائه وما اختلف في قضاء صيامه فيختلف في قضائه قال في المدونة إذا أفطر متعمداً بطل اعتكافه وإن أفطر ناسياً قضى يوماً يوصله باعتكافه ابن حبيب وهذا في اعتكاف النذر، أما التطوع فلا يلزمه فيه قضاء لا لصيام، ولا لاعتكاف وهو خلاف قول مالك وقال ابن يونس يحتمل أن يكون وفاقاً وإن صدر منه غير ذلك مما هو معصية، فأما الكبائر كالقذف وشرب الخمر ليلاً، فقال ابن القاسم إن سكر ليلاً وصحاً بعد الفجر بطل اعتكافه وابتداء، وأما الصغائر فلا تبطل وإن كان غير معصية فإن كان يسيراً لم يبطل مثل أن يأمر من يكتب مهماته أمراً خفيفاً لا يشغله ابن القاسم ولا بأس أن يبيع ويشترى إذا كان شيئاً خفيفاً ولا بأس أن ينكح وينكح ويخطب وإن كان كثيراً أبطل إلا أن يكون ضرورياً كخروجه لقضاء حاجة الإنسان أو لشراء طعامه أو لغسل جنابة أو لغسل الجمعة ولا يصلى على جنازة وإن انتهى إليه زحام المصلين عليها ولو خرج لعذر لا سبب له فيه بنى بعد زواله وذلك كالمرض والحيض وإذا نذر جوار مكة لزمه ولا يلزمه فيه صوم وله أن يخرج بالليل إلى منزله بيت فيه ولا يلزمه بمجرد النية دون نذر إلا اليوم الأول فيلزمه بالنية لدخوله فيه ولو نذر جوار مسجد لزمه في أي البلد إن كان ساكناً بذلك البلد. قال مالك ومن نذر اعتكاف شهر بمسجد الفسطاط فاعتكفه بمكة أجزاء ولا يلزمه الخروج إلا لأحد المساجد الثلاثة.

كتاب الاعتكاف

حقيقته: لغة: اللزوم، يقال فلان عاكف على كذا أى ملازم له. وشرعاً: ملازمة المسجد للعبادة.

حكمه: الندب، فإن نذره صار نذره سبباً فى وجوبه عليه بشرط أهليته للعبادة وانتفاء موانعها.

حكمة مشروعيته: التشبيه بالملائكة فى استغراق زمانهم بالعبادة والانقطاع عن الناس والإقبال على الله تعالى.

• أركانه:

ثلاثة: المعتكف، والمعتكف فيه، ويتناول المكان والزمان، والمعتكف لأجله.

المعتكف:

من تصح منه العبادة فلا تصح من كافر ولا من مجنون ولا من صبي غير مميز وتصح من المميز ومن المرأة والعبد وتلزمهما بالشروع إن أذن السيد والزوج وشرط صحته النية والصوم وترك المنافى ولا يشترط أن يكون الصوم لأجله بل مقارن له ما لم يعتكف لنذر قال عبد الملك يجوز أن يعتكف فى قضاء رمضان وفى كل صوم وجب عليه وأما من نذر اعتكافاً فلا يعتكف فى صوم وجب عليه لأن الصوم لزمه بنذر الاعتكاف.

المعتكف فيه:

تقدم أنه يتناول الزمان والمكان، فأما الزمان فأفضله العشر الأواخر من رمضان لطلب ليلة القدر وأقله يوم وليلة. ابن القاسم ولو نذر اعتكاف شهر لزمه التابع وإن لم يشترطه وتدخل لياليه ويكفيه شهر بالهلال ولو نذر اعتكاف ليلة لزمه ليلة ويوم لأن الاعتكاف لا يصح إلا بصوم، وأما مكانه فالمسجد قال مالك: ويعتكف فى حجرة، ولا بأس أن يعتكف فى رحابه ولا يبيت إلا فيه إلا أن تكون جفاوة فى بعض رحابه. قال وتعتكف المرأة فى مسجد الجماعة ولا يعجنى أن يعتكف فى مسجد بيتها ويتعين الجامع إذا نوى مدة تتخللها الجمعة ولو اعتكف فى غيره

الأركان الأربعة

الركن الأول: الإحرام

ويتعلق النظر فيه بأمور:

الأول: هي ميقاته،

وله ميقاتان: زمانى ومكانى:

الزمانى: شوال وذو القعدة وذو الحجة وقيل العشر الأول وقيل وأيام التشريق وثمره الخلاف تعلق الدم بتأخير الإفاضة وكره مالك أن يحرم قبله فإن أحرم لزمه على المشهور والسنة كلها ظرف للإحرام بالعمرة إلا أيام منى للحاج فإن أحرم بها لم تنعقد إلا أن يتم رميه ويتحلل بالإفاضة ويكره تكرارها في السنة وقال مطرف: لا يكره.

المكانى والأفاقي: ميقاته في الحج والعمرة إذا كان من أهل المدينة «ذو الحليفة»، ومن الشام ومصر والمغرب «الجحفة»، ومن اليمن «يلملم»، ومن نجد «عرق»، ووقت العراق «ذات عرق»، ولمن بين الميقات ومكة منزله وميقات المحاذى منها ما يحاذيه بالتحرى قال مالك ومن حج في البحر فليحرم إذا جاوز الجحفة. ومن مر من ميقات أحرم منه خلا الشامى والمصرى فلهم مجاوزته إلى الجحفة والأفضل أول الميقات، ويكره الإحرام قبل الميقات فإن أحرم لزم للمكى والتمتع مكة إذا أحرم بالحج منفرداً ويستحب أن يحرم من المسجد وقيل يتعين لأنه غاية البعد من الحل ولو خرج المكى أو المتمتع فأحرم من الحل جاز على الأشهر لأنه زاد وما نقص ولو أراد أن يحرم من مكة قارنا لم يجوز على الأشهر بناء على تغليب حكم العمرة أو الحج وميقاته في العمرة طرف الحل ولو بخطوة والأفضل الجعرانة أو «التنعيم».

الثانى: هي سنن الإحرام:

وهى أربع:

الأولى: الغسل للحايض والنفساء لأن المقصود منه التنظيف ويفعله متصلاً

كاتصال غسل الجمعة بالرواح وينبغي أن يحلق عانته وينتف إبطه ويقلم أظفاره ويترك شعر رأسه للشعث ولا بأس أن يلبده قبل إحرامه بأن يأخذ صمغاً وغاسولاً فيجعله في الشعر ولا بأس أن يكتحل ولا يتطيب بما تبقى رائحته بعد الإحرام.

الثانية: أن يلبس الرجل إزاراً ورداءً ونعلين فإن لم يجد نعلين قطع خفيه من أسفل الكعبين ولبسهما ولو وجد نعلين بثمان كثير متفاحش فلا عليه أن يشتريهما وإن كان يسيراً اشتراهما قاله مالك. ابن يونس يريد فإن لم يشترهما ولبس خفين افتدى لأنه كالواجد للنعلين.

الثالثة: أن يحرم عقب صلاة وإن كان معه هدى قلده وأشعره وجلله ثم يدخل المسجد فيركع قاله مالك.

الرابعة: تجديد التلبية بعد انعقاد الإحرام.

الثالث: في كيفية الإحرام:

وإذا ركع خرج من المسجد وركب راحلته فإذا استوت به في فناء المسجد لبي ولا ينتظر سيرها ويلبى الماشى إذا توجه ولفظها «لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك» ولا ينعقد الإحرام بمجرد النية بل لا بد من اقترانها بقول كالتلبية أو التوجه.

ثم الإحرام يقع على ثلاثة أوجه: أفراد وقران وتمتع، والأفراد أفضل على المنصوص ثم القران ثم التمتع والأفراد أن يحرم بالحج وحده فيقول: لبيك اللهم لبيك بحجة والقران أن يحرم بالحج والعمرة معاً أو بالعمرة ثم يردف الحج قبل طواف العمرة ويكون الطواف والسعى لهما والتمتع أن يحرم بعمرة في أشهر الحج ثم يحل ويتمتع بالنساء وغيرهن ثم يحج والقارن يجب عليه دم القران بشرطين أن يحج من عامه وأن لا يكون من حاضري المسجد الحرام خلافاً لعبد الملك فإنه أوجب الدم على المكي وغيره.

والمتمتع يجب عليه الهدى بخمسة شروط:

الأول: أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام لأن الحاضر لا يريح ميقاتاً ولا خلاف أن من بمكة أو ذى طوى من الحاضرين وأما غيرهم فالمشهور أنه ليس منهم.

الثاني: أن يهمل بعمره في أشهر الحج أو في غيرها ويبقى لشوال ولو بعض السعى مثل أن يعتمر في رمضان فطاف وسعى بعض السعى وأتم ليلة الفطر ثم يحج من عامه ولو أتم السعى في رمضان وحلق في شوال فليس بتمتع قاله ابن القاسم.

الثالث: أن يحج من عامه فإن اعتمر مريدًا للتمتع وفرغ من سعيه ثم فاته الحج قبل أن يحرم به فلا دم عليه.

الرابع: أن لا يعود إلى أفقه ولا إلى أفق مثل أفقه. وقال ابن الماجشون إن كان في بلاد الحجاز فلا يسقطه عنه رجوعه إلى مثل أفقه لأنها متقاربة وإنما يسقطه عنه رجوعه إلى أفقه خاصة.

الخامس: أن يقعا عن شخص واحد على الأشهر مثاله أن يعتمر في أشهر الحج عن نفسه ثم يحل ثم يحج من عامه عن غيره.

تنبيه: دم التمتع يجب بإحرامه بالحج ويجدد التلبية عند كل هبوط وصعود وحدوث حادث وسماع ملبّ وخلف الصلوات ويستحب رفع الصوت للرجال ولا يلح ولا يسكت وقد جعل الله لكل شيء قدرًا. قال مالك: وإذا أحرم بالحج مفردًا أو قارنًا قطع التلبية إذا دخل المسجد الحرام حتى يبتدئ بالطواف فإذا فرغ من سعيه عاد إليها ولا يقطعها من يروح يوم عرفة إلى المسجد قال ابن القاسم يريد إذا زالت الشمس وراح إلى الصلاة والمعتمد إذا أحرم من ميقاته قطعها إذا دخل الحرم وإن أحرم من ميقاته مثل الجعرانة أو التنعيم قطعها إذا دخل بيوت مكة أو المسجد الحرام.

• سنن دخول مكة:

وهو أن يغتسل بذي طوى بغير تدلك ولا يغسل رأسه إلا بالماء ويصبه صبًا خفيًا خشية أن يقتل القمل ثم يدخل مكة نهارًا ثم إن أتى من طريق المدينة فليدخل من ثنية كداء بفتح الكاف والمد ويخرج من ثنية كدى بضم الكاف وفتح الدال وتشديد الياء ثم يدخل من باب في بني شيبه فيأتي الحجر الأسود فيبتدئ الطواف وطواف القدوم واجب وقيل سنة - ابن بشير - وجوبه لغيره وهو السعى لأنه ركن ولا يقع إلا بعد طواف.

• وواجبات الطواف كله خمس،

الأول: شروط الصلاة إلا الكلام قال مالك وليقلل كلامه وتركه في الواجب أحب إلينا فإن طاف غير متطهر أعاد ولا دم عليه لتأخير طواف القدوم إذا أوقعه غير متطهر لأنه غير ركن فإن رجع إلى بلده قبل الإعادة رجع على إحرامه فيطوف وقال المغيرة إذا رجع إلى بلده وأصاب النساء أجزاءه.

تنبيه: إنما يرجع من بلده إذا سعى بعده ولم يعد السعى بعد طواف ولو طاف للإفاضة على غير وضوء رجع إليه من بلده إلا أن يكون طاف بعد ذلك تطوعاً فيجزئه ولا دم عليه.

الثاني: الترتيب وهو أن يجعل البيت عن يساره ويتدنى بالحجر الأسود.

الثالث: أن يطوف خارج البيت ولا يمشى على شذروانه ولا في داخل الحجر.

الرابع: أن يطوف سبعا ولو نسي شوطاً وهو في سعيه قطع فآتم طوافه وأعاد الركعتين والسعى.

الخامس: ركعتان عقبيه، قال الباجي: والأظهر وجوبهما وقيل هما سنة وقيل حكمهما حكم الطواف وإذا طاف في غير وقت صلاة أخرهما إلى وقت حل النافلة.

• السنن أربع،

الأولى: المشى وإنما ركب رسول الله ﷺ ليظهر للناس فيسن.

الثانية: استلام الحجر الأسود بالفم ولمس الركن اليماني بيده ويضعها على فيه من غير تقبيل في كل شوط فإن رحم اقتصر على لمسه بيده أو يعود ثم في تقبيل ما لمسه به روايتان. ويكبر عند الاستلام والمشى ومن لم يصل إليه بوجه اقتصر على التكبير.

الثالثة: الدعاء وليس فيه حد قال اللخمي يلزم الطائف السكينة والوقار ويقبل على التكبير والتهليل والتحميد والثناء والدعاء.

الرابعة: الرمل للرجل في الأشواط الثلاثة الأولى في طواف القدوم خاصة وفي مشروعته في طواف الإفاضة للمراهق وفي طواف القدوم في حق من أحرم من التنعيم ثلاثة المشهور أنه مشروع ولكن دون الرمل في طواف القدوم.

• المكروهات:

السجود على الركن واستلام الركنين المواليين للحجر وقراءة القرآن وأجازه أشهب إذا كان بخفية ولا يكثر منه والكلام وإنشاد الشعر ولا بأس بالبيتين والثلاثة إذا تضمنت وعظماً وشرب الماء إلا المضطر والبيع والشراء والطواف مع النساء وليطفن خلف الرجال وتغطية الرجل فمه وطواف المرأة متنقبة والركوب لغير عذر والطواف بالنعلمين وبالخفين وأن يدخل بهما البيت أو يرقى بهما منبر رسول الله ﷺ.

الركن الثاني: السعى

وإذا فرغ من طواف القدوم استلم الحجر وخرج من باب الصفا أو من غيرها ثم يصعد إلى أعلى الصفا بحيث يرى البيت وهو قائم فيهلل ويكبر ويحمد ويدعو قال مالك: ولا يعجبنى أن يدعو على الصفا والمروة قاعداً إلا من علة وتصعد النساء أيضاً إلا من بها ضعف فتقف في أسفل الصفا والمروة ثم ينزل من الصفا يمشى إلى المروة يرقى عليها فيدعو ويسرع الرجال في بطن المسيل وهو ما بين الميلين الأخضرين ثم يرجع إلى الصفا يفعل ذلك لسبع مرات فيكمل لوقوفه على المروة أربعاً وقد وقف على الصفا أربعاً فتلك ثمانى وقفات.

• شروطه:

أن يقع بعد طواف وقبل طواف واجب.

• سننه:

تقبيل الحجر والترقى وذكر المتأخرون أنه واجب لأن درجا صار في المسعى والدعاء والإسراع، قال مالك: ومن لم يرمل في بطن المسيل فلا شيء عليه والبداية بالصفا واجب فإن بدأ بالمروة زاد شوطاً فيصير بادئاً بالصفا.

• مكروهاته:

الرمل في جميعه والسعى على غير طهارة والركوب إلا من عذر والجلوس في أثناء سعيه فإن جلس شيئاً خفيفاً فلا شيء عليه قاله مالك. ابن القاسم ولو تطاول حتى صار كالتارك ابتداءً. ابن أبي زيد يتدئ الطواف والسعى.

الركن الثالث، الوقوف بعرفة

والواجب منه ما يطلق عليه اسم الحضور بجزء من أجزاء عرفة جزءاً من الليل سوى بطن عرفة والوقوف بالنهار سنة وفي اشتراط الوقوف قولان ففي المار قولان وفي اشتراط عمله بعرفة قولان والسنة الخروج من مكة يوم التروية إلى منى بقدر ما يصلى بها الظهر والعصر .

وللحج ثلاث خطب: الأولى يوم السابع من ذى الحجة بعد الظهر خطبة واحدة ولا يجلس فيها فيأمر الناس بالغدو إلى منى ثم يغدو إلى عرفات إذا طلعت الشمس . ويخطب الإمام الخطبة الثانية بعد الزوال ويجلس في وسطها يعلم الناس ما يفعلونه إلى منى من الوقوف والصلاة والدعاء إلى اليوم الحادى عشر . قال مالك ويؤذن المؤذن إن شاء في الخطبة وإن شاء بعد فراغها فإذا أقم نزل الإمام فضلى الظهر والعصر جمعاً وقصراً بأذان وإقامة لكل صلاة ولا يجهر فيها بالقراءة ولو وافقت جمعة فإذا فرغ اندفعوا إلى موقف عرفات والوقوف ركباً أفضل فإن الحد فواقفاً ولا يجلس إلا لعله أو لكلكل ويستمرون إلى الغروب فإذا غربت الشمس دفع الإمام ودفع الناس لدفعه بسكينة ووقار والماشى يمشى الهويناء والراكب يسير العتق ومن دفع قبل الإمام ولم تغب الشمس فإن خرج قبل الغروب ولم يرجع فاته الحج ولزمه القضاء والهدى وإن غابت قبل خروجه أجزاءً وعليه هدى ثم إذا دفع رفع يديه إلى الله تعالى ويكثر من التهليل والتكبير والتحميد، ابن حبيب ويرفع صوته كالتلبية ويستحب المرور بين المازمين ويجمع الإمام بالمزدلفة بين المغرب والعشاء قصراً وهو السنة ويبيت بالمزدلفة ومن لم يبيت بها فعليه دم على الأشهر ثم يرتحل بعد صلاة الصبح مغسلاً فيقف قليلاً بالمشعر الحرام مستقبلاً مكثراً من التحميد والتهليل والتكبير . ويدعو بما أحب ما لم يكن إثمًا ثم يأتى منى فى منى ويرمى بعد طلوع الشمس وقبل أن يضع رحله ركباً أو ماشياً جمرة العقبة سبع حصيات يكبر مع كل حصاة يقف عندها بعد الرمي واستحب مالك أن يرميها من أسفلها فإن رماها من أعلاها أجزاءً ورميها يحل له ما كان ممنوعاً منه خلا

النساء والصيد وكره له مالك أن يتطيب فإن فعل فلا شيء عليه ولها وقت أداء وقضاء وفوات. فوقت أدائها من الطلوع إلى الغروب فإن رماها قبل الفجر أعاد وإن رماها بعده أجزأه وقبل الزوال أفضل ووقت القضاء الليل قال ابن القاسم إذا أخرجها إلى الليل فليرمها وعليه دم ووقت الفوات آخر اليوم الرابع ثم إذا رماها ذبح ثم حلق أو قصر ولو حلق قبل الرمي افتدى ولو حلق قبل الذبح أجزأه ولا شيء عليه وقيل عليه الفدية والحلاق أفضل للرجل والتقصير كاف وهو سنة للنساء. قال مالك وأحب إلى أن يكبر يوم التحرى بمنى ولو ذكر في بلده أنه لم يحلق حلق أو قصر وافتدى.

الركن الرابع: طواف الإفاضة

والتعجيل به يوم النحر أفضل بعد فراغه من الحلق ولو أخره حتى انقطعت أيام التشريق وانصرف من منى فلا بأس به وإن أخره أياماً وتناول فعله هدى فلو حاضت المرأة أو نفست حبس عليها كريبها أقصى ما يمسكها الدم ثم تستظهر بثلاث قاله مالك ولو نسي الإفاضة رجع إليها من بلده وفي أجزاء طواف الوداع قولان لمالك وابن عبد الحكم ثم إذا أفاض حل له النساء والصيد والطيب ثم يرجع إلى منى فبييت بها ثلاث ليالٍ فإن استعجل فليتين فإن ترك المبيت بها ولو ليلة فعله دم.

ويخطب الإمام بمنى يوم النحر بعد الزوال وقبل صلاة الظهر الخطبة الثالثة فيعلم الناس كيفية الرمي وبقية المناسك ولا يجلس فيها فإذا كان من الغد رمى الجمرات بإحدى وعشرين حصاة كل جمرة بسبع ويشترط أن يكون حجراً مثل حصاة الخذف يلتقطها من حيث شاء إلا ما رمى به ويبدأ بالأولى التي تلى مسجد منى فيرميها من فوقها ماشياً ومتوضئاً أفضل ويكبر مع كل حصاة ثم يتقدم أمامها ويستقبل الكعبة ويكبر ويهلل. ويحمد ويصلي على النبي ﷺ ويدعو بمقدار ما يقرأ فيه سورة البقرة مسرعاً ثم يثنى بالوسطى كذلك ويفعل مثل ذلك إلا أنه ينصرف عنها ذات الشمال في بطن المسيل ويقف أمامها ثم يثلك بجمرة العقبة

ويرميها من أسفلها ولا يقف عندها للدعاء فتلك السنة ثم يفعل في اليوم الثاني مثل ذلك وفي اليوم الثالث إن لم يتعجل وإن غربت الشمس من الثاني لزم المبيت والرمى وإن جهل وتعجل فعليه هدى وللرمى وقت أداء وقضاء وفوات فوقت الأداء من الزوال إلى الغروب ووقت القضاء في الجميع إلى آخر اليوم الرابع ولا قضاء للرابع ومن أدرك الرمي في وقت الأداء فلا شيء عليه فإن تركه أو بعضه حتى فات وقت القضاء وجب عليه الدم بلا خلاف. وإن فعله في وقت القضاء فروايتان والمشهور الوجوب وإن ترك رمى جمرة العقبة والجمار كلها فعليه بدنة فإن لم يجد فبقرة فإن لم يجد فشاة فإن لم يجد صام وإن ترك حصة أهدي ما شاء ولا يبطل الحج بفوات شيء من الرمي وقال عبد الملك يبطل بفوات جمرة العقبة ثم إذا رجعوا إلى مكة نزلوا بالأبطح وصلوا هنالك الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويدخلون مكة بعد العشاء وإذا عزم على الرحيل طاف طواف الوداع وينبغي أن يستلم الحجر عند آخر عهده بالبيت.

اللواحق

ونعنى بذلك ما يطراً على الحاج بعد إحرامه وما يجب عليه اجتنابه وما يلزمه من فدية وهدى وقد حصرنا ذلك في ثلاثة فصول:

الأول: في مواعيد الإتمام وهي خمسة،

الأول: منع الزوج ومنع السيد وإذا أحرمت المرأة بحج الفريضة من قبل الميقات فلزوجها أن يحللها وكذلك إذا أحرمت تطوعاً ثم إذا أحلها فتنحل كالمحصر وإذا أحرم العبد بغير إذن السيد فلسيده منعه وتحلله كالمحصر أيضاً.

الثاني: منع الغريم وإذا أحرم الرجل وعليه دين فلغريمه أن يمنعه من الخروج إذا كان موسراً وليس له أن يحلله فإن كان معسراً أو الدين مؤجلاً لم يمنعه.

الثالث: حبس السلطان وإذا حبس السلطان محرماً في دم أو دين فهو كالإحصار بالمرض ابن القصار: وإن حبس في حق فمن قبله أوتى فهو كالمفرط حتى فاته الحج وإن حبس من غير حق فلا أعلم فيه نصاً والقياس كأنه كحصر العدو.

الرابع: العذر مثل أن يضل عن الطريق ولا خلاف أنه لا يتحلل إلا بالبيت وألحق فيه أهل المذهب المرض قال ابن القاسم في المحصر فالمرضى إذا فاته الحج لا يقطع التلبية حتى يدخل أوائل الحرم ولا يحله من إحرامه إلا البيت وإن أقام سنين ويلحق به خفاء الهلال والخطأ في العدد وحبس الريح للمركب وما أشبه ذلك فمن فاته الحج لعذر خلا العدو.

الخامس: حصر العدو فإذا أحرم وقد علم أن العدو يستحصره فليس له أن يتحلل إلا أن يشترط أنه يحل متى ما حصر وإن لم يعلم وصد عن البيت والوقوف معاً فإن رجا زواله أو شك لم يتحلل وإن تحقق دوامه إلى وقت الفوات تحلل قاله ابن القاسم، وقال أشهب لا يتحلل إلى يوم النحر ولا يقطع التلبية حتى يرجع الناس من يوم عرفة ثم إذا تحلل نحر هدياً إن كان معه وحلق حيث كان ورجع وإن صد عن عرفة فقط لم يتحلل حتى يطوف ويسعى ولا يكفيه طواف القدوم قال مالك وابن القاسم ولا هدى عليه وأوجه أشهب وإن صد عن البيت فقط وقد وقف فقال الباجي يأتي بالمناسك كلها ويتنظر أياماً فإن أمكنه الوصول إلى البيت طاف وإلا حل. وقال في المدونة حجه تام ولا يحله إلا طواف الإفاضة وعليه لجميع ما فاته من رمى الجمار والمبيت بمنى والمزدلفة هدى واحداً.

كيفية العمل: كل من فاته الحج بمرض أو بما ذكر معه أن تحلل بأفعال العمرة ثم إن كان إحرامه من الميقات مفرداً أو قارناً فبنى عليه قال ابن القاسم من أتى عرفة بعد الفجر يوم النحر فليرجع إلى مكة فيطوف ويسعى ويعتمر وينوى بها عمرة ويحج قابلاً ويهدى ولا يعتد بما فعل قبل الحصر.

الفصل الثاني، في المحرمات وهي ثمانية أنواع؛

الأول: لبس المخيط الذي أحاطت به الخياطة للرجال دون النساء وفي معنى الخياطة النسج والتلييد والدور والتخليل والعقد ولو ارتدى بالقميص ولم يدخل فيه جاز ويحرم على الرجل أن يغطي رأسه وإن غطى وجهه افتدى ويجوز له الاستئلال بالبناء والأخبية وما في معناها ولو عمل ثوباً على عصا ليستظل به افتدى ابن القاسم ولا بأس أن يشد منطقتة التي فيها نفقته على وسطه ويدخل السيور في الثقب ويربطها من تحت إزاره فإن ربطها من فوق إزاره افتدى لأنه احتزم.

الثاني: استعمال الطيب وتجب الفدية باستعمال مؤنته كالزعفران والورس كالكافور والمسك ومعنى الاستعمال إلصاق الطيب باليد وبالثوب فإن شمه من غير مس كره ولا فدية عليه ولو مسه فلم يعلق ففى الفدية قولان .

الثالث: استعمال الدهن ويحرم ترجل الرأس بالدهن واللحية بالدهن بعد الإحرام لا قبله فإن فعل افتدى .

الرابع: إلقاء التفت وفي إزالة الوسخ الفدية وفي مجرد الحمام قولان قال مالك ولا يطرح القمل عن نفسه لأنه من إلقاء التفت وله أن يطرح النملة والقراد والبرغوث والعنقة وفي مثل قملة أو قملات حفنة من طعام بكف واحدة وعنه في قتل القمل الكثير الفدية وكره مالك أن يكتحل الرجل للزينة . ابن القاسم فإن فعل افتدى ولا شيء إن اكتحل لشيء يجده في عينيه وتفدى المرأة إن اكتحلت مطلقاً لأنه من زيتتها . ابن القاسم إذا اكتحلت لزينة افتدت وإن اضطرت إليه لوجع فلا .

الخامس: الحلق والتقليم وتحرم إزالة الشعر مطلقاً إلا لحجامة وإن كرهت إلا لضرورة وتكمل الفدية فى الحلق بحلق ما يترفه به ويزيل عنه الأذى كالعانة وموضع الحجامة وقص الشارب وتنف الإبط والأنف ولو نتف شعرة أو شعرات فحفنة من طعام بيد واحدة قال مالك: وإذا قلم المحرم أظفاره ناسياً أو جاهلاً افتدى وإن قلم ظفراً واحداً لإماطة الأذى افتدى وإن لم يمت بذلك إذا أطمع شيئاً من طعام .

السادس: مقدمات الوطء فإن لم يلتذ منها بشيء فحجه تام وعليه الهدى وقيل لا شيء عليه .

السابع: مغيب الحشفة فى قبل أو دبر وهو مفسد وكذلك الإنزال عن لذة بقيلة أو جسة أو استدامة نظر وكذلك استدامة الفكر على المشهور وروى أشهب عليه هدى فقط ولو أنزل بمجرد النظر لم يفسد وعليه هدى، الأبهري: إنما يهدى استحباباً لجواز ترك التحرر والنسيان فى ذلك كالعمد ثم حيث قلنا بالفساد فذلك إذا وقع قبل الوقوف فإن وقع قبل رمى جمرة العقبة وقبل الإفاضة ليلة المزدلفة فقال مالك يفسد ثم رجع فقال عليه عمرة وهدى وحيث قلنا بالفساد فعليه تمام ما أفسد ثم يقضيه على الوجه الذى أحرم به من تطوع أو واجب قران أو أفراد أو تمتع

ويجب عليه مع القضاء هدى ويساق هذا الهدى من الحل إلى الحرم وينحره في الحج بمنى بعد أن يوقفه بعرفة.

الثامن: الصيد والنبات ويحرم الصيد في الحرم على الحلال وعلى المحرم مطلقاً بحج كان إحرامه أو بعمره ويختص التحريم بصيد البر مأكولاً كان أو غير مأكول مستأنساً أو غير مستأنس مملوكاً أو مباحاً فرخاً أو بيضاً ابن حبيب وكره مالك ذبح الحمام المتخذ للفراخ ولم ير فيها جزاء ولو استثنى الفأرة والحية والكلب والعقور وهو الوحشى كالأسد وقيل الإنسى المنهى عن اتخاذه والمشهور قتل الغراب والحدأة وإن لم يؤذيا وفي صغارهما قولان وفي وجوب الجزاء قولان وما عدا الغراب والحدأة لا يقتل إذا لم يؤذ.

• موجبات الجزاء:

ثلاثة: مباشرة، وتسبب، ووضع يد.

المباشرة: إن قتلته فواضح وكذلك إن أنفذ مقاتله ففر وإن أصاب منه مما الغالب حياته معه فلا جزاء وإن أشكل أمره فقولان بناء على مراعاة الاحتياط.

السبب: مثل نصب شبكة وإرسال كلب وكالتفريط في إمساكه ورباطه وكذلك تنقيره مثل أن يطرده حتى يخرج من الحرم وفي التسبب الاتفاقى خلاف مثل أن يراه صيد فيفزع فيموت أو يفر فيعطف ومثل أن يأمر عبده بإرسال صيد فظن أنه أمره بذبحه فذبحه ومثل أن يحفر بئراً خوفاً من ذئب فيقع فيها صيد فيموت ومثل أن ينصب فسطاطاً فيتعلق به فيعطب ونحو ذلك ولو رمى من المحرم صيداً في الحل فقال مالك وابن القاسم عليه جزاؤه وقيل لا شيء عليه ولو رماه من الحل وهو في الحرم فقتله فعليه جزاؤه ولو رمى من الحل صيداً في الحل فخرق السهم الحرم فقال مالك وابن القاسم عليه جزاؤه ولا يؤكل وقال أشهب يؤكل ولا جزاء.

وضع اليد: وإذا أحرم ويده صيد زال ملكه عنه ووجب إرساله ولو كان في بيته لم يجب عليه إرساله ولا شيء عليه فيه ويحرم قطع ما نبت في الحرم بنفسه وإن كان يابساً إلا الأذخر والسنا للحاجة إلى ذلك ويجوز الرعى ويكره الاختلاء مخافة قتل الدواب ولا يحرم قطع ما استنبت وحرم المدينة يلحق بحرم مكة في تحريم الصيد والنبات ولا جزاء في صيدها على المشهور وقال ابن نافع فيه الجزاء.

الفصل الثالث: في الدماء

ودماء الحج: هدى ونسك، فالهدى ما خرج عن فدية الأذى كدم القران والمتعة ومجاورة الميقات والفساد والقوات وترك الرمي وترك الخلاق وترك المبيت بالمزدلفة وجزاء الصيد وغير ذلك مما تقدم ذكره في آحاد الصور والنسك ما وجب لإلقاء التفت وطلب الرفاهية من المحظور المتحير وهو مخير في ذلك إن شاء ذبح وإن شاء أطعم ستة مساكين مدين مدين بمده عليه السلام وإن شاء صام ثلاثة أيام ثم إن اختار الذبح فليذبح شاة ويعتبر فيها من العيوب ما يعتبر في الأضحية ويذبحها حيثما شاء من البلاد ليلاً أو نهاراً وله أن يصوم ويطعم حيث شاء.

وأما الهدى: فيتعلق النظر فيه بأمور:

الأول: في التقليد والإشعار: وهما من سنة الهدى الإبل التي لها أسنمة وكذلك التي لا أسنمة لها على ظاهر المدونة وفي الموازية لا تشعر وتقلد البقر وتشعر أيضاً إن كان لها أسنمة ولا تشعر الغنم ولا تقلد والتقليد تعليق نعل في العنق والإشعار أن تشق في الجانب الأيسر من الرقبة عرضاً وليقل حينئذ باسم الله والله أكبر وخطام الهدى وجلاله كلحمه ابن القاسم يقلد ثم يشعر ثم يحلل.

الثاني: في الجنس والصفة: والأولى الإبل ثم البقر ثم الغنم ويعتبر في السن والصفة ما يعتبر في الأضحية.

الثالث: في وقت الوجوب: والمشهور أنه حين التقليد والإشعار والشاذ أنه وقت الذبح وثمره الخلاف تظهر في العيب والاستحقاق والموت والفلس، فأما العيب فإذا حدث بعد التقليد والإشعار فإنها تجزئه على المشهور.

وأما الاستحقاق فإنه إذا استحق بعد التقليد والإشعار أخذ الثمن من البائع فيجعله في هدى آخر سواء كان واجباً أو تطوعاً فإن لم يبلغ ثمن هدى تصدق به، أما الموت فإذا مات بعد الإشعار والتقليد لم يكن لورثته سبيل على الهدى ولا للغرماء.

الرابع: في حكم العطب والتلف والموت والسرقة والجناية وحكم الولد واللبن: وإذا عطب هدى التطوع قبل محله ألقى قلائده في دمه ورمى جلالة وخطامه وخلى بين الناس وبينه ولا يأكل منه ولا يلزمه بدله فإن أكل منه أو أمر من يأكل

منه أو من يأخذ من لحمه شيئاً لزمه بدله وإذا ضل الهدى أو سرق أو مات فإن كان واجباً فعليه بدله إلا أن يسرق بعد الذبح وإن كان تطوعاً لم يلزمه شيء ولو وجد هدى التطوع بعد أيام الذبح نحره بمكة بخلاف الأضحية تفضل ثم يجدها بعد أيام الذبح فإنه يفعل بها ما شاء ولو وجدها في أيام الذبح بعد أن ضحى ببدها فلا شيء عليه وإذا ولدت الهدية حمل ولدها إلى مكة فإن باعه أو ذبحه أبدله بهدى كبير قاله ابن القاسم ولا يشرب من لبنها إن فصل عن ولدها.

الخامس: في كيفية الأكل وكيفية النحر والعجز عن الهدى: ويؤكل من الهدايا كلها إلا جزاء الصيد وفدية الأذى ونذر المساكين وهدى التطوع إذا عطب قبل محله والشأن أن تنحر الإبل قياماً والمتولى لذلك صاحبها. وكره مالك أن يتولى له ذلك غيره ووقت النحر بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى آخر الأيام المعلومات ومحله بمنى ولا يجزئه النحر بها إلا لمن وقف به ليلاً عند مالك وقال عبد الملك يجزئه وصوبه اللخمي قال لأن وقوف الناس بالهدايا إنما هو خوف إن تركب بمنى وكل هدى فاته الوقوف بحل مكة ولا ينحره بمكة حتى تذهب أيام منى ابن الكاتب فإن نحره أيام منى أجزاءه وإذا عجز عن الهدى فيما عدا هدى الجزاء صام عشرة أيام ثم إن كان الهدى لنقص متقدم عن الوقوف كهدى المتمتع والقران ومجازرة الميقات وهدى الفساد والفوات فإنه يصوم ثلاثة أيام في الحج من حين يحرم إلى يوم النحر فإن أخرها إليه صام الثلاثة التي بعدها أو صام ما بقى عليه فيها ثم إن شاء وصل بها السبعة وإن شاء فرقها.

السادس: جزاء الصيد: وهو على التخيير في ذلك المثل والإطعام والصوم. قال مالك وليس من الصيد شيء إلا وله نظير من النعم والواجب في النعمة بدنة ولا نص في الفيل وأوجب فيه ابن ميسر بدنة خراسانية ذات سنامين وقيل قيمته طعاماً وقيل زنته طعاماً وفي حمار الوحش والإبل وبقر الوحش بقرة وفي الغزال شاة وكذلك الضبع وفي الثعلب قولان شاة وقيمته طعاماً وفي الضب والأرنب واليربوع القيمة طعاماً ابن المواز ليس فيما دون الضبع من جميع الأشياء إلا الطعام أو الصيام إلا في حمام مكة فإن فيه شاة وحمام الحرم مثله عند مالك وصغير كل صنف ككبيره ومعيبه كسليمه ويحكم في الذكر بالذكر والأنثى بالأنثى وفي الجنين

مثل عشر أمه وإن انفصل حيا واستهل فالجزاء كاملاً وفي البيض عشر مثل أمه على المشهور وقيل حكومة وفي بيض حمام مكة عشر شاة ولا يجوز له أن يخرج شيئاً مما تقدم تفسيره إلا الشاة التي في حمى مكة لأن الشاة فيه تغليظ وما عدا ذلك من الجراداة فما فوقها وما دونها فالإذن فيه من الحكم ويشترط أن يكونا عدلين فقيهين فيما يحتاج إليه قال مالك ولا يحكم في جزاء الصيد إلا بالجدع من الضأن والثني من غيره ثم إن الحكمين يخيرانه كما خيره الله تعالى فإن اختار المثل حكما به وأقله شاة وما لم تبلغ به شاة حكما فيه بالطعام ثم خيره بين إطعام ذلك للمساكين أو يصوم مكان كل مد أو كسوة يوماً وإن اختار الطعام قوما الصيد بالطعام ويدفع لكل مسكين مدا بمداه عليه السلام والمعتبر موضع الإصابة ولا يطعمها في غيره وإن اختار الصوم صام حيث شاء وإن اختار الهدى وحكم عليه به فله أن يهديه متى شاء وإن كان إحلالاً إلا أن يكون في الحج فلا يذبحه إلا بمنى ولا ينظر في الصيد إلى فراسته وحسنه فلو قتل بازياً معلماً فعليه جزاؤه غير معلم وعليه قيمته لربه معلماً.

كتاب الأضحية

يقال أضحية بضم الهمزة وكسرهما وتشديد الياء وتجمع على أضاحى بتشديد الياء وضحية بفتح الضاد وتجمع على ضحايا وضحيات وأضحات وأضاح وسميت بذلك لكونها تذبح في وقت الضحى.

حكماها، هي سنة مؤكدة وأخذ الوجوب من قول ابن القاسم وابن حبيب من تركها وهو قادر أثم وتجب بالنذر وبالتعيين ولا خلاف أنها تتعين بالذبح وتتعين إذا التزمها بلسانه أو بالنية عند الشراء على المعروف كالتقليد والإشعار في الهدى وقيل لا تتعين إلا بالذبح.

حكمة مشروعيتها، كالهدى.

• أركانها:

أربعة: المأمور، والمأمور به، والوقت، والمتولى للذبح.

المأمور: حر مستطيع غير حاج بمنى فيدخل الصبى والذكر والأنثى دون ما فى البطن وغير المستطيع من تجحف بماله.

المأمور به: النعم وفى المتولد من جنسين قولان، والأفضل الضأن ثم المعز ثم البقر ثم الإبل والسمن والفحل، والأقرن أفضل من غيره وأقل ما يجزئ الجذع من الضأن والثنى من غيره والجذع من الضأن ابن سنة وقيل ابن عشرة أشهر وقيل ابن ثمانية وقيل ابن ستة والثنى من المعز ابن ستين وقيل ما له سنة ودخل فى الثانية ومن البقر ما له ستان ودخل فى الثالثة قاله القاضى ابن محمد وقال ابن حبيب ابن أربع سنين ومن الإبل ما له ست. ونهى عن العرجاء البين عرجها وهى التى يمنعها العرج اللحاق بالغنم والعمور البين عورها. والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى أى لا مخ فيها وقيل لا شحم ويلحق بالمريضة الجرباء الكثيرة الجرب والمكسورة القرن إذا كان يدمى والبشمة وهى التى أصابتها تخمة وألحق فى المشهور بهذه الأربع المقطوعة الأذن والذنب وفى المدونة فى المخلوقة خلقت ناقصًا لا تجزئ إلا أن تكون جلتها يريد جما ولو خلقت بغير أذنين لم تجزئ

والنهي عن الخرقاء والشرقاء والمقابلة والمدابرة محمول على نفى الكمال والخرقاء هي التي خرق أذنهما للسيمة خرقاً مستديراً والشرقاء هي المشقوقة الأذن والمقابلة هي التي قطع طرف أذنهما والمدابرة هي التي قطع طرف أذنهما من مؤخره.

الوقت: وأيام النحر ثلاثة: أولها بعد صلاة العيد وبعد ذبح الإمام. وينبغي أن يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى ليراه الناس فإن لم يخرجها ففي أجزاء من ذبح قبله قولان ومن كان بموضع لا إمام فيه تحرى ذبح أقرب الأئمة إليه فإذا تحراه وكشف الغيب أنه ذبح قبله أجزاءه وآخر وقت الذبح غروب الشمس من اليوم الثالث ولا تجزئ بالليل على المشهور ابن الحاجب والإمام اليوم العباسي أو من يقيمه، وقال ابن رشد في أسئلته هو إمام الصلاة.

المتولى للذبح: صاحبها وإن كان امرأة قال مالك فإن استتاب لغير ضرورة أجزاءه وبش ما صنع ويتولى هو النية فإن استتابه في النية والذبح أجزاءه والاستتابة بالعادة كالولد ومن في العيال صحيحة وكذلك في المريض على الأصح.

اللواحق

ستة: الموت، والفاس، والولادة، وأخذ قيمة العيب، والاختلاط، وأحكام أجزاء الأضحية.

الموت: وإذا مات قبل ذبح الأضحية فهي للورثة ولا يلزمهم ذبحها لكن يستحب وإذا مات بعد ذبحها أكلوها والذكر والأنثى في ذلك سواء وفي جواز قسمتهم لها قولان.

التفليس: وإذا أقيم عليه بدين قبل الذبح بيعت عليه وإن أقيم بذلك بعده لم يكن للغرماء شيء ولو ذكر أنه اشتراها لغيره وأشهد بذلك وحازها من اشترت له لم يكن للغريم عليها من سبيل.

الولادة: وإذا ولدت الأضحية فقال مالك إن ذبح ولدها معها فحسن.

العيب: وإذا وجد بالأضحية عيباً بعد الذبح فأخذ قيمته فقال أصبغ إن كان مما لا تجزئ به وكان في أيام الذبح أعاد وإن بانث فلا شيء عليه ويصنع بالقيمة ما

شاء وإن كانت مما تجزئ به تصدق بها.

الاختلاط: وإذا ذبح رجلان كل واحد أضحيته فاختلطا فليل يتصدقان بهما ولا يأكل أحد منهما شيئاً ويجزئانهما وقال ابن عبد الحكم إذا اختلطت الأضاحي فلا بأس أن يأخذ كل واحد كبشاً فيضحى به وتجزئه وقال ابن المواز إذا اختلطت الرءوس عند الشواء كرهت أن تأكل وكيف تأكل متاع غيرك ولعل غيرك لا يأكل متاعك قال ولو اختلطت برءوس الشواء فذلك خفيف لأنه ضامن.

أجزاء الأضحية: لا يجوز التصرف فيها بشيء من المعاوضات ولا يعطى للذابح من لحمها شيء ابن المواز ولا يتصدق بلحمها ولا بجلودها على من يعلم أنه يبيعه قال سحنون: وإن باع جلدها أو شيئاً من لحمها فسخ، فإن فات جعل ثمن الجلد في ماعونه أو يشتري به طعاماً قال ويشتري بثمن اللحم طعاماً يأكله، وقال ابن عبد الحكم يفعل بثمن الجلد ما شاء وقال ابن حبيب لا يأكله وليتصدق به، وإذا سرقت رءوس الضحايا من الفرن فاستحب ابن القاسم أن لا يأخذ لها ثمناً لأن ذلك كالبيع وقيل يأخذ وليس هو كالبيع ولا يجوز أن يجز صوف الضحايا قبل الذبح - ابن المواز - إلا في الوقت البعيد الذي ينبت فيه مثله، وله أن يجزه بعد الذبح فإن جزه قبل الذبح فليتنفع به ولا يبيعه وقال سحنون له يبيعه وأكل ثمنه. وقال أشهب له جزه قبل الذبح ويبيعه ويصنع بثمنه ما شاء لأنها لم تجب قبل الذبح ابن القاسم ولم أسمع من مالك في لبن الأضحية شيئاً إلا أنه كره لبن الهدى وأرى إن لم يكن لها ولد وأضر بها فليحلبها وليتصدق به قال مالك وليس في الأضحية وهدى التطوع حد معلوم يعني في الأكل والصدقة، وقد قال عز من قائل: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦]، والقانع: الفقير، والمعتر: الزائر، والأفضل الأكل والصدقة فإن اقتصر على أحدهما أجزأ وكره واختار بعض الشيوخ أن يأكل الأقل ويتصدق بالأفضل ولو أكل الثلث وتصدق بالثلثين لكان حسناً.

العقيقة

ذبح الولادة وأصلها في اللغة شعر المولود.

حكما؛ قال مالك هي سنة وكانوا يكرهون تركها.

حكمة مشروعيتها؛ كالأضحية.

أركانها؛ ثلاثة: المعق به والمعقوق عنه ووقت العقيقة.

المعق به: كالأضحية في أجناسها على المشهور وقيل لا يعق بشيء من الإبل

والبقر وإنما العقيقة بالضأن والمعز وهي في أحكامها وصفتها كالأضحية.

المعق عنه: المولود ذكراً كان أو أنثى ويعق عن كل واحد بشاة والإطعام منها كما

في الأضحية وهو أفضل من الدعوة.

الوقت: ووقت ذبحها السابع من يوم الولادة ثم إن ولد قبل الفجر فيعتد بذلك

اليوم وإن ولد بعد الفجر لم يعتد به ويستحب أن يسمى المولود في ذلك اليوم ولا

يحلق رأسه ويطلبه بخلوق لا بدم العقيقة كما كانت الجاهلية تفعله وفي الصدقة

بزنة شعره ذهباً قولان. بالكراهة والإباحة.

كتاب الذبائح

حقيقة الذبيح: إمرار الآلة على الحلقوم والودجين على صفة مخصوصة .
حكمها: الجواز وهو سبب في طهارة المذبوح وفي جواز أكله ما لم يكن من المحرمات .

حكمة مشروعيتها: إزهاق النفس بسرعة واستخراج الفضلات المستخبثة .
الأركان: أربعة: الذبائح والمذبوح والمذبوح به والصفة .

الذبائح: مسلم عاقل عارف بوجه الذبيح فلا تؤكل ذبيحة المجوسى ولا الصابئ
 قال ابن بشير الصابئ موحد لكنه يعتقد تأثير النجوم وأنها فعالة . وحكى ابن
 يونس قولاً بأن ذبيحته ليست بحرام ولا تؤكل ذبيحة مرتد، وأما الكتابى فإن ذبح
 لمسلم ففي الصحة قولان . وإن ذبح لنفسه وهو ممن يستحل الميتة فإن غاب عليها
 لم تؤكل وإن كان ممن لا يستحلها وذبح لنفسه ما يستحله فمذكر وإن ذبح ما لا
 يستحله وثبت بشرعنا تحريمه عليهم ففي المذهب ثلاثة أقوال مشهورها التحريم .
 وقال ابن وهب وابن عبد الحكم بالجواز وقيل بالكراهة وإن لم يثبت تحريمه بشرعنا
 كالطريف فقولان بالكراهة والإباحة قال ابن القاسم وأرى أن لا تؤكل وما ذبح
 لعيد أو كنيسة فكرهه مالك كراهة شديدة ولم يحرمه وما ذبح للأصنام فحرام .
 وقال ابن حبيب ما ذبح للصليب والمسيح فليس بحرام واستخفه جماعة من
 الصحابة والتابعين . قالوا وقد أحله الله تعالى وهو أعلم بما يقولون . قال مالك ولا
 تؤكل ذبيحة المجنون ولا السكران وإن أصابا وجه الذبيح لعدم العقل وتصح ذبيحة
 الصبى والمرأة .

المذبوح: قال الأستاذ أبو بكر: تؤكل جميع الحيوانات من الفيل إلى النمل
 والدود إلا آدمى والخنزير قال وهذا عقد المذهب فى إحدى الروايتين وهى رواية
 العراقيين إلا أن فيها ما هو مباح ومنها ما هو مكروه ثم ما حكمنا فيه بالإباحة
 ثلاثة أقسام: قسم يفتقر إلى الذكاة وهو ما له نفس سائلة من حيوان البر، وقسم
 لا يفتقر إلى الذكاة اتفاقاً وهو حيوان البحر الذى لا يعيش فى البر . وقسم اختلف

فيه وهو ما له نفس سائلة من حيوان البر وما يعيش في البر من حيوان البحر إذا كان مما يطول حياته في البحر وما حكمنا فيه بعدم الإباحة فإنه إذا ذكى لأجل جلوده جاز وطهرت جلوده وسائر أجزائه من لحم وعظم وذلك كالسباع والكلاب والبغال والحمير. قال ابن حبيب: لا تطهر وهي ميتة كالخنزير.

المذبوح به: كل جرح ولو كان حجراً أو عوداً أو عظماً ويؤكل ما ذكى بذلك وإن كان معه سكين. قال ابن أبي زيد: وقد أساء وفي السن والظفر ثلاثة يفرق في الثالث فإن كانا منفصلين جاز.

الصفة: والذكاة: نحر وذبح فالنحر في الإبل ومحلها اللبة وتنحر قياماً معقولة ولا يشترط فيه قطع الودجين. والحلقوم. والذبح في الغنم، وفي البقر الأمران ولو ذبح الإبل أو نحر الغنم لضرورة أكلت ولغير ضرورة فالمشهور التحريم ويستقبل القبلة ويسمى الله عز وجل ويمر السكين مرأً مجهزاً ويضع السكين في المذبح بحيث تكون الخرزة إلى الرأس ويقطع الحلقوم والودجين. ولم يعتبر مالك المرىء في المشهور عنه فإن ترك الاستقبال سهواً أو لعذر أكلت وكذلك إن ترك عمداً على المشهور. وإن ترك التسمية متهاوناً لم تؤكل وناسياً أكلت وعمداً غير متهاون لم تؤكل على المشهور وإذا لم يجهز بل رفع الآلة وردها فإن طال لم تؤكل وإلا فقولان. وقال سحنون: إن رفع مختبراً أكلت بخلاف معتقد التمام وقال ابن القابسي العكس أصوب. والمغلصمة حاز الخرزة إلى البدن ولم يبق منها في الرأس شيء ففي أكلها ثلاثة الجواز والمنع والكراهة ولو بقي منها في الرأس ما يستدير أكلت وإذا ترك الأوداج جملة لم تؤكل وإن أتى على أكثرها فقولان وإن لم يقطع الحلقوم لم تؤكل على المعروف وإن وقع شك في حياتها لم تؤكل على المشهور ما لم تضرب برجلها أو تحرك بذنبها. قال في الموطأ أو تطرف بعينها أو يجرى دمها وإن تحركت حركة يمكن أن تكون اختلاجية فلا تؤكل وإن غلب على الظن حياتها فقولان الموقودة وأخواتها وغيرها مما انفذت مقاتله وذلك مما ينافي الحياة المستمرة ولا تنفع فيه الذكاة على المشهور والمقاتل خمسة: انقطاع النخاع وهو عظم العنق وانتشار الدماغ وفري الأوداج وانتقاب المصران وانتشار الحشوة، وذكاة الجنين بذكاة أمه إذا علم أنه كان حياً بكمال خلقه ونبات شعره ولا يكفي أحدهما فإن ألقته حياً

قبل الذكاة لم يؤكل إلا بالذكاة وهو مستمر الحياة وإن ألقته حياً بعد الذكاة وكانت حياته تبقى حتى يمكن ذكاته فمات ولم يذك لم يؤكل وإن بادر إلى ذكاته فمات ففي ذكاته بذكاة أمه قولان وهما على ما تقدم فيما يغلب على الظن موته بالذكاة ما يحتاج إلى أكله من الهوام إن قدر عليه ذكى بالذبح وإلا فبالعقر كالصيد وما لا نفس له سائلة كالجراد فيكفى قطع رءوسها أو قطع شيء منها ولو رمى بها في ماء بارد فماتت وفي كونه ذكاة قولان للمالك وسحنون ولو وقعت بنفسها في ماء حار فماتت فظاهر الروايات أنها لا تؤكل . وقال ابن القصار تؤكل .

* * *

ما يراه معيناً ولو كان الموضوع غير منحصر كالفيافي فاتفق ابن القاسم وأشهب على منع الإرسال وأجاز ذلك أصبغ ولو أرسله على معين يظنه بقرة فوجده إبلا ففي إباحته قولان لأشهب وأصبغ بناء على أن الخطأ في الصفات هل يسرى إلى الخطأ في الموصوفات أو لا؟ وإذا أرسله على صيد فأخذ غيره لم يأكله وإذا لم يقصد الاصطياد لم يأكله إلا بدكاة وإن ترك التسمية ناسياً أكله وعامداً متهاوناً ويأكله وغير متهاون فقولان بناء على أنها سنة أو واجبة مع الذكر وإذا تبع الصيد فوجده منفوذ المقاتل أكله وإن لم يجده منفوذ المقاتل ذكاه وإذا لم يتبعه أو تراخى في اتباعه أو رجع من الطريق ثم أدركه منفوذ المقاتل لم يأكله وإن لم تنفذ مقاتله ذكاه وأكله. وإذا أكل الجارح من الصيد أكثره أو أقله أكل بقيته ما لم يبت وإذا قطع الكلب أو البازي عضواً من الصيد فأبانه لم يؤكل المبان ثم إن ذكاه أكل بقيته وإن مات بنفسه من غير تفریط أكل، ابن شاس: إن كان موته من القطع وكان المبان نصفه فأكثر أكل الجميع وإن كان يسيراً ففي أكل المقطوع قولان المشهور عدم الأكل ولو كان موته من غير القطع كما لو قطع خطمه فتعذر عليه الأكل فمات جوعاً لم يؤكل المبان وإذا انبعث الجارح من يده بغير إرسال فزجره فلم يلتفت إليه لم يؤكل إلا إن أدرك ذكاته ولو أغراه لما انبعث فاشتد لم يؤكل على المشهور ولو كان الجارح في غير يده فأرسله ففي أكل ما صاده ثلاثة يفرق في الثالث فإن كان قريباً أكل وإلا لم يؤكل والصيد لأخذه إن كان هو الذي أثاره وإن أثاره غيره فوقع في حبالته فإن كان المثير قادراً على أخذه ولم ينتفع بحبالته هذا ولا قصد الانتفاع بها فهو له وإن كان على إياس منه ولم يقصد الانتفاع بها فهو لرب الحباله: ولو قصد الانتفاع بها ولولا هي لأخذه فهو للمثير وعليه لرب الحباله قدر ما انتفع به منها ولو كان لا يقدر على أخذه لولا هي فهو بينهما على قدر فعليهما.

كتاب الجهاد

وفى آخره السبق والرمى .

حقيقته، لغة: المشقة ومنه قولهم ضربنى حتى بلغ منى الجهد وشرعاً: «قتال العدو» .

وحكمه: الوجوب على الكفاية وقد يتعين على من نزل عليه العدو وفيهم قوة على مدافعتة .

حكمة مشروعيته: إعلاء كلمة الإسلام .

أركانه: أربعة: المقاتل والمقاتل والمقاتل به والمقاتل معه .

المقاتل: مسلم ذو قوة فلا يستعان بكافر ولو على مثله ابن حبيب هذا فى الزحف فأما فى هدم حصن أو رمى منجنيق أو صنعة أو خدمة فلا بأس به .

المقاتل: هو المحارب ولو كان مسلماً وقطاع الطريق أحق بالقتال من الروم ولا يقتل من لم يحارب كالنساء والصبيان، وفى المقاتلات أربعة يفرق فى الثالث إن قتلت قتلت وإلا فلا والرابع تقتل عند قتالها .

المقاتل به: كل ما فيه نكاية ولو بالنار إن لم يمكن غيرها وخيف منهم .

المقاتل معه: هو الإمام أو خليفته وإن كان جائراً، ابن الموار ولا يجوز خروج جيش إلا بإذنه وتوليته عليهم .

اللواحق

ينحصر الكلام فيها فى ثمانية فصول:

الأول، الإسلام،

وإذا أسلم حربى وهو أسير بأيدينا لم يقتل ويبقى رقيقاً ولو كان إسلامه قبل الظفر به فقد أحرر نفسه وماله وأهله وولده وإذا أسلم حربى ويده مال لمسلم فهو له خلافاً للشافعى وما تبايعه المشركون من ذلك ثم أسلم من اشتراه لم يكن لربه

أخذه بالثمن، ابن القاسم في الموازية في حربى نزل تاجراً بأمان فأسلم رقيقه أو قدم بهم مسلمين لم يمنع من الرجوع بهم وإن كن إماء لم يمنع من وطئهن. وقال عبد الملك بل يعطى فى كل واحد أوفر قيمة وينزع منه.

الثانى، فى حكم الضىء؛

وهو ما لم يوجف عليه من أموال المحاربين والحكم أن يجعل فى بيت المال ويصرف فى مصالح المسلمين.

الثالث، الغنيمة والنفل والرضخ والسلب؛

الغنيمة: ما أخذه المجاهدون غلبة وما أخذ سرقة فهو للشارق وفيه الخمس إذا أخذه مسلم وفى اشتراط كونه حرّاً قولان لابن القاسم وسحنون وخمس الغنيمة لبيت المال وأربعة أحماسها للغائبين والنفل زيادة مال يخص به أمير الجيش من فعل فعلاً خطيراً وهو موكول إلى اجتهاد الإمام، والرضخ مال تقديره إلى رأى الإمام يصرفه إلى النساء والعبيد والصبيان على القول بأنهم لا يسهم لهم. ومذهبه فى المدونة أنه لا يسهم لهم ولا يرضخ، والسلب ما يوجد مع القتل من ثيابه وسلاحه من المعتاد دون ما ينفرد بلباسه عظماء المشركين وحكم السلب حكم سائر أموال الغنيمة إلا أن يفعله الإمام لمصلحة يراها ولا يجوز أن ينادى بذلك قبل القتال فيفسد على المجاهدين نباتهم والنداء يوم حنين إنما كان بعد القتال وهذه الثلاثة إنما تتعلق بالخمس.

ثم النظر فى القسمة يتعلق بالمقسوم والمقسوم له ووقت القسمة وكيفيةها.

أما المقسوم: فهو ما عدا الأراضى وما يتعلق به حق لمسلم أو ذمى فأما الأراضى فبقتى وقتاً يصرف خراجها فى مصالح المسلمين. وروى أنها تقسم. وفى بعض روايات المدونة ما يقتضى تخيير الإمام فى ذلك، وأما ما يتعلق به حق لمسلم أو ذمى فهو لربه ما لم يقسم فيستحقه بالثمن ولا يجوز قسمه إن علم ربه بعينه ويوقف له وإن لم يعرف بعينه لكن عرف أنه لمسلم أو لدمى قسم، فإن جاء ربه فهو أحق به بالثمن ما بلغ ولا يجبر على فدائه.

والمقسوم له: من اجتمعت فيه ست خصال: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والصحة.

ووقتها: بعد الانفصال ولا تؤخر إلى دار الإسلام.

وكيفيتها: أن يدفع للراجل سهم وللفرس ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان ويختص به راكب الفرس دون غيره من جميع ما يركب، ويلحق بالفرس ما يشبهه من الهجين والبراذين والضعيف كغيره لأنه يرجى برؤه وقيل لا يسهم له، وأما المريض مرضاً مخوفاً مثل الرهيص وما يجري مجراه مما لا يمنعه المرض من المقصود منه فليسهم له ولو كان له فرسان فيسهم لواحد خاصة وقيل يسهم للآخر ولا خلاف في أنه لا يسهم لما زاد عليهما ويسهم للخيل وإن كانت في السفر ووقت الغنيمة في البحر لأنها معدة للتزول إلى البر.

الرابع: في الغلول وما ينتفع به قبل القسم:

قال مالك: إن ظهر على من غل قبل أن يتوب أدب ويتصدق بذلك إن افرق الجيش وإلا رد إلى المغنم ابن القاسم فإن جاء تائباً لم يؤدب. قال مالك وسنة الطعام والعلف في أرض العدو أن يؤكل ويعلف ولا يستأمر الإمام ويجوز ذبح الأنعام للأكل وقيل لا يجوز.

الخامس: في حكم الأسارى وفكاك الأسير:

والإمام مخير في الأسارى بين خمس خصال: القتل والاسترقاق والمن والفداء وعقد الذمة، يفعل من ذلك ما هو أصلح للمسلمين ويجب على المسلمين فداء أسراهم بما قدروا عليه كما يجب عليهم أن يقاتلوا حتى يستنقذوهم، قال مالك في العتبية فإن لم يقدروا على فكاكهم إلا بما يملكون فذلك عليهم وفي الفداء بالخيل والسلاح والخمر والحرير خلاف وإذا فدى رجل أسارى بدار الحرب وفيهم الملىء وذو القدر، فقال سحنون: إن كان العدو قد عرف ذا القدر منهم قسم الفداء عليهم على قدر أقدارهم وإن جهل ذلك فذلك عليهم بالسواء ومن اشترى أسيراً حراً بأمره أو بغير أمره فقال ابن القاسم له الرجوع عليه بما اشتراه وإن كان أضعاف قيمته شاء أو أبى فإن لم يكن له مال اتبعه به وإن كان له مال وعليه دين فالذى فداه أو اشتراه أحق من الغرماء لأن ذلك فداء له ولما لكة كما لو فدى ماله من اللصوص أو دابته من ملتقطها أو متاعاً له أكرى عليه فليس له ولا لغرمائه أخذه حتى يأخذ هذا ما ودى فيه وإذا اختلف الأسير والغادى في قدر الفداء أو قال لم

يفدني صدق الأسير على الأصح وإن أخرجه من بلد العدو ويحلف .

السادس: في الأمان؛

وذلك إلى الإمام إن كان العدو غير محصور وإن كان محصوراً صح منه ومن كل مسلم مميز غير مكره، ويصح من المميز وقال سحنون إن أجازته الإمام في المقاتلة وفي أمان العبد أربعة أصحها الجواز وثالثها التفرقة فإن أذن له سيده في القتال صح وإلا فلا والرابع إن قاتل صح أمانه وإلا فلا ويصح أمان المرأة على الأصح ثم من أجزنا أمانه فلا يتوقف على إجازة الإمام، وقال ابن الماجشون: يتوقف فإن رآه صواباً أمضاه ثم الأمان إنما ينفع من لا مضرة على المسلمين في بقاءه فإن كان في بقاءه مضرة كالجاسوس والظليعة قتل .

السابع: في الذمة؛

وهي التزام تقريرهم في بلادنا على أداء الجزية والسلامة من جهتهم والمتولى للعقد الإمام وذلك واجب عليه إذا طلبوه منه ورآه مصلحة وينبغي له أن يبين لهم مقدار الجزية قال مالك: ولا يزداد فيها على ما فرضه عمر رضى الله عنه وهي أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهماً على أهل الورق ومن ضعف عن ذلك خفف عنه الإمام، ابن القصار ولا حد لأقلها وقيل أقلها دينار وعشرة دراهم وتؤخذ منهم على وجه الصغار كما أمر الله تعالى قال مالك ومن أسلم من أهل حصن سقطت عنه وعن أرضه وكانت أرضه له وإن كان من أهل العنوة سقطت عنه ولم تكن أرضه له ولا داره ولا ماله يريد ماله الذي اكتسبه قبل الفتح قال الباجي ومن اجتمعت عليه جزية سنين ثم مكن فإن كان فراره منها أخذت منه كلها وإن فر لعسر لم تؤخذ منه ولم تكن في ذمته قال القاضي أبو الوليد وتعقد لكل كافر ذكر حر بالغ قادر عليها يجوز إقراره على دينه وليس بمغلوب على عقله ولا مترهب منقطع في دير قال وهذا ظاهر المذهب وقال القاضي أبو الحسن استثنى مالك الفرس من ذلك وقال ابن الجهم توضع على كل من كان بغير الإسلام إلا من أجمع عليه من كفار قريش إكراماً لرسول الله ﷺ صوتاً لهم عن المذلة والصغار واستثنى ابن وهب مجوس العرب واستثنى ابن الماجشون من ليس بكتابي . ولا جزية على صبي ولا عبد ولا امرأة لأنهم أتباع ولا على مجنون ولا

راهب منقطع في دير قبل ضربها عليهم ولو ترهب بعد الضرب لم تسقط عنه ولا تسقط على رهبان الكنائس وهم الشامسة والفقير العاجز عن الكسب يقر مجاناً ولا تقبل من المرتد لأنه لا يقر على الدين الذي انتقل إليه قال مالك تعقد في جميع البلاد إلا في جزيرة العرب قال في رواية عيسى وهي مكة والمدينة واليمن وإذا حصل العقد أمرناهم بالانتقال حيث لا يمتنعون فيه عنا ويجب عليه الذب عنهم في أموالهم وأنفسهم ولا يتعرض لكنائسهم ولا لخمورهم ولا لخنائزهم ما لم يتظاهروا بها فإن أظهروا الخمر أرقناها عليهم وإن لم يظهروها وأراقها مسلم فقد تعدى ولزمه قيمتها وقيل لا تجب ومن أظهر الخنزير أدب وإذا ترافعوا إلينا في المظالم حكمنا بينهم ويجب عليهم الوقوف عند ما اقتضاه عقد الذمة ويمنعون من التظاهر بما لهم فيه عز كركوب الخيل والبغال السنية ويمنعون من الركوب على السروج ويمنعون من جادة الطريق ويضطرون إلى أضيقتها ويلزمون لباس الغيار والزناز فإن تركوا الزناز أدبوا ولا يتشبهون بالمسلمين في الزى ونهى عمر أن يتخذ منهم كاتب ويقاومون من الأسواق كلها ويجب عليهم الانقياد للأحكام ويمنعون من إظهار معتقداتهم ثم إن أظهروا من ذلك ما لا ضرر فيه على مسلم عزرناهم ولا تنتقض ذمتهم بذلك وإنما تنتقض بالقتال ومنع الجزية واللدن في الأحكام وإكراه المسلمة على الزنى فإن أسلم لم يقتل لأن قتله لنقض العهد لا للحد وكذلك التطلع على عورات المسلمين ومن تعرض منهم لسب نبي قتل .

الثامن: في تعشير المحاريبين وأهل الذمة،

ويؤخذ العشر من بضاعة تجار أهل الحرب ولا يؤخذ من تجارة الذمي شيء إلا أن يتجر في غير أفقه الذي يؤدي فيه الجزية فيؤخذ منه العشر كلما دخل ولو مراراً في السنة ابن القاسم ولا يؤخذ منه شيء حتى يبيع فيؤخذ منه العشر وقال ابن حبيب بل يؤخذ منه عشر ما معه ويعقله عليه الوالي ويكون شريكاً فيما في يديه بعشرة ومنشأ الخلاف هل أخذ ذلك منه لأجل وصوله إلى ذلك القطر أو لأجل الانتفاع فيه وثمره الخلاف إذا دخل بعين أو بضاعة ثم أراد الرجوع قبل أن يشتري أو يبيع فابن حبيب يوجب عليه العشر وابن القاسم لا يوجب عليه شيئاً .

كتاب السبق والرمي

والمسابقة بين الخيل وبين الركاب مشروعة، وكذلك في تعليم الرمي ويشترط في السباق معرفة الغاية وتعيين الموقف وما يشترط في عوض الإجارة ولا يشترط معرفة جريها ولا من يركب عليها من صغير أو كبير بل معرفة أعيانها وكره مالك حمل الصبيان عليها ولذلك ثلاث صور:

الأولى: أن يجعل الوالى أو غيره مالا للسابق ولا يختلف فى جواز ذلك .

الثانية: أن يخرج ذلك أحد المتسابقين فإن كان لا يرجع ذلك إليه بوجه بل إن سبق أخذه السابق وإن سبق أخذه من يليه أو من حضر إن لم يكن معهما غيرهما وذلك جائز أيضاً وإن شرط أن يأخذه من سبق هو أو غيره لم يجز على المشهور . وروى ابن وهب جوازه قال الاستاذ أبو بكر وهو الصحيح .

الثالثة: أن يخرج كل واحد منهما شيئاً فمن سبق أخذهما فإن لم يكن معهما غيرهما لم يجز وإن كان معهما من لا يأمنان أن يسبقهما وليس عليه شيء بل إن سبق أخذ وإن لم يسبق لم يغرم شيئاً فالمشهور المنع وأجازه ابن شهاب وابن المسيب واختاره ابن المواز .

والرمي: كالسبق فيما يجوز ويكره ويختص بالرمي عن القوس دون غيره .

تنبيه: إذا عرض للفارس نكبة مثل أن يسقط فينكسر أو عرض ذلك للقوس أو للسهم لم يكن مسبوقاً . وأما الفارس يسقط عن فرسه أو يسقط الفرس فينكسر فقال ابن المواز أهل السباق يعدون فرسه الذى بلغ الغاية سابقاً ولا وجه له والذى اختاره أن كل ما كان من قبل الفارس مثل انقطاع لجام فلا يعذر به وما كان من قبل غيره لم يكن مسبوقاً .

كِتَابُ الْأَطْعَمَةِ وَالْأَشْرِيَةِ

والمأكول نوعان: حيوان وجماد.

فالحَيوان كله مباح ما عدا الخنزير وفي سباع الوحش ثلاثة التحريم والكراهة والتحريم فيما يعدو والكراهة في غيره وفي سباع الطير قولان الإباحة والكراهة وفي الحمير والبغال قولان التحريم والكراهة وكذلك الخيل وقيل بإباحتها ابن الماجشون وأكل الطين حرام ثم ما أبحنأ أكله إذا اختلط بنجاسة وأمكن تمييزها أو تطهيره جاز أكله وقد اختلف في اللحم يطبخ بماء نجس وفي الزيتون يملح بماء نجس والخلاف في إمكان تطهيره لا في جواز أكله إذا طهر وإن لم يمكن تمييزها ولا تطهيره والنجاسة يسيرة والطعام كثير أكل وقيل لا يؤكل وقد قيل في الجبن الرومي أنه لا يؤكل لأنه يعقد بالأنفحة وهم لا يذكون وإذا وجد حوت في بطن حوت أكل وإن وجد في بطن طير ميت فقيل لا يؤكل لأنه صار نجسًا وقال ابن يونس الصواب جواز أكله كما لو وقع حوت في نجاسة فإنه يغسل ويؤكل ثم الإجماع على تحريم الميتة والدم مع الاختيار وأما مع الاضطرار فيجوز عدا ميتة الأدمى وكذلك الخمر على المشهور ولا يجوز التداوى بها على المشهور ولا يجوز أكل الحشيشة ثم إذا أبحنأ له أكل الميتة فذلك إذا خاف التلف ما لم يكن في سفر معصية على الأصح إلا أن يتوب حكاة القاضي أبو بكر وحكى غيره جواز أكلها وإن كان في سفر معصية بخلاف الفطر والقصر واختلف هل يشبع ويتزود أو يقتصر على ما يمسك الرمق والظاهر من المذهب جواز الشبع والتزود وإن وجد الطعام بضمن المثل أو بضمن في الذمة وهو واجد لزمه شراؤه فإن لم يبعه منه واستطعمه فلم يطعمه قاتله فإن مات رب الطعام فدمه هدر وإن مات الآخر وجب القصاص ومن وجد ميتة وطعامًا لغيره أكل طعام الغير إن أمن أن يعد سارقًا وفي ضمانه قولان.

الأشربة، أربعة:

حلال وحرام ومختلف فيه بالمنع والكراهة كالمصنوع من الخليطين ومختلف فيه

هل له حكم الخليطين أو هو جائز.

الأول: كل شراب ليس بمسكر ولا عمل على صفة يسرع إليه السكر بسببها ولا صار إلى حال يشك في سكره ولا خلاف في ذلك ثم إن كان لم تمسه النار فيستحب أن لا يؤخر عن ثلاثة أيام لما في مسلم عن ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد ثم يأمر به فيسقى أو يراق وإن مسه النار ولم يبالغ في طبخه وخشى أن يكون مسكراً نظراً إلى الحال الذي هو عليه في ذلك الوقت وإن بولغ في طبخه حتى صار إلى حال يمنع معه الإسكار جاز شربه.

الثاني: المسكر من كل شيء وقد انعقد الإجماع على تحريم عصير العنب ومطبوخه واختلف في عصير غيره ومطبوخه فذهب مالك والشافعي إلى تحريم قليله وكثيره وذهب أبو حنيفة إلى تحريم كثيره دون قليله.

الثالث: ما خلط من نوعين كل واحد منهما يصير خمرًا لو انفرد كالتمر مع البسر أو العنب وقد ورد النهي عن انتباز التمر والزبيب معاً والعلة إسراع السكر قال مالك وفيه الأدب الموجه إن عرف ذلك وارتكب النهي عامداً وقال القاضي أبو محمد إن خلط فقد أساء ولم يحد وما ليس فيه الشدة المطربة جاز شربه.

الرابع: أن يجعل في النبيذ ما يسرع به إلى السكر كالتربة وعكر النبيذ والعجين والدقيق وقد أجاز ذلك مرة ومنعه أخرى وبالجملة أخذ ابن القاسم والمنع أولى لأن العلة في الخليطين ليس إلا الإسراع إلى السكر.

تنبيه: من ملك خمرًا فليرقها ويكره أن يخللها فإن فعل جاز أكل ذلك الخمر وكرهه عبد الملك وسحنون ولو تخللت بنفسها جاز أكلها بلا خلاف.

كتاب الأيمان والندور

الأيمان

جمع يمين وهي الحلف بمعظم تأكيداً لدعواه أو لما عزم على فعله أو تركه .

حكمها: الجواز إن كانت باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته .

حكمة مشروعيته: الحث على الوفاء بالعقد مع ما فيها من المبالغة في التعظيم .

أركانها: أربعة: الخالف، والمحلوف به، والمحلوف عليه، والصيغة .

الخالف: مسلم مكلف فلا اعتبار بيمين الكافر ولا بيمين المجنون والسكران ولا

بيمين الصبي وتنعقد من المكلف وإن كان سفيهاً أو عبداً .

المحلوف به: أسماء الله تعالى وأسماء صفاته النفسانية والمعنوية دون صفات

فعله نحو خلقه ورزقه وأسمائه عز وجل المشتقة من الأفعال كغيرها وكرهت

اليمين بعهد الله وأمانة الله إذ لم يرد إطلاقها فإن قصد الصفة لزمته الكفارة

والمشهور وجوب الكفارة في القرآن والمصحف . وروى ابن زياد نفي الكفارة

وأنكرها الأشياخ وأولوها بأنه أراد القراءة أو الحروف والأوراق والحلف بالنبي

وبالكعبة مكروه وبكل حادث ولا كفارة فيه .

المحلوف عليه: ما يقدر الخالف على فعله أو تركه .

الصيغة: تكون تارة بحرف من حروف القسم كالباء والتاء والواو وايم وتارة

تكون بغير حرف كقولك الله لأفعلن ولو قال أحلف أو أقسم أو أشهد وعلق ذلك

باسم الله تعالى نطقاً أو نية فيمين وإن نوى غير الله تعالى فليست بيمين وإن لم

ينو شيئاً لم تكن يميناً على المشهور ولا بد من تمهيد قواعد يحتاج إليها وهي

عشرون قاعدة:

الأولى: أن اليمين إذا تعلقت بإيجاد الفعل في حقيقة مركبة لم يبر إلا بإيجاده

في كل فرد من أفرادها وإن تعلقت بإعدامها بر بإعدام فرد من أفرادها مثاله أن

يحلف ليعطين فلاناً عشرة دراهم فلا يبر إلا بإعطاء كل فرد ولو حلف لا أعطيه

عشرة دراهم فأعطاه تسعة لم يحنث وبهذه يعرف صحة ما قيل في الخالف ليأكلن

هذا الرغيف أنه لا يبر إلا بأكل جميعه لأنه حلف على إيجاد الأكل في جميعه ولو حلف لا أكله حنث بأكل بعضه لأن مراده أنه لا يعدمه .

القاعدة الثانية: أن الحالف إنما يراد بيمينه أن تكون حائثة له على الفعل أو الترك ولا يختلف في ذلك ويشكل على هذه تحنيته بفعل المحلوف عليه ناسياً ومشهور المذهب أنه يحنث وقيل لا حنث عليه وهو قول الشافعي واختاره السيوري وغيره ومثل هذا أن يحلف لا دخل لى فلان داراً فدخلها فلان في غيبة الحالف وقد رأيت من حنثه وهو بعيد لأن مراده أنه يمنعه ولا يتصور منعه مع غيبته والصواب أنه لا يحنث .

القاعدة الثالثة: أن المشروط لا يقع إلا بعد شرطه لا يتقدم عليه حلفه ولا يساويه وبهذه القاعدة يظهر بطلان تعليل قول من قال في القائل لعبده إن بعتك فأنت حر أن البيع يفسخ ويعتق العبد لأن البيع والعتق وقعا معاً والصواب في التعليل أن يقال الحالف إنما يحلف على فعل نفسه والذي يقدر عليه هذا الحالف إنما هو إصدار صيغة الإيجاب والقبول من المشتري شرط في كون صيغة الإيجاب شرطاً فإذا حصل القبول منه تحقق أنه باع العبد بعد العتق فما وقع المشروط إلا بعد وقوع شرطه .

القاعدة الرابعة: المقرر في أصول الفقه فيما إذا قال ليفعلن كذا أو إن لم يفعل فمضى زمان يمكنه فيه الفعل ولم يفعل فقد تحقق العدم ومقتضى هذه القاعدة أن الحالف ليطلقن امرأته أو إن لم يطلقها فمضى زمان يمكنه فيه طلاقها ولم يفعل أنه حانث ووقع في المذهب في الحالف إن لم يفعل كذا فامرأته طالق أنه يحال بينه وبين وطئها حتى يفعل ما حلف عليه ومقتضى هذه القاعدة أنها تطلق بمضى زمن يمكنه فيه الفعل وقالوا في الرجل يقول إن لم يقتل زيداً فامرأته طالق أنه تطلق عليه بالحكم إن لم يقتله وهذا موافق للقاعدة .

القاعدة الخامسة: إذا حلف لأفعلن كذا فأكره على فعله فلا حنث عليه فإذا حلف لا دخل هذه الدار فأكره على دخولها ودخل محمولاً لم يحنث لكن إن قدر على الخروج فلم يخرج حنث ابن القاسم ولو كان راكباً قبالة الباب فضربت أو نفرت ولم يقدر على النزول لم يحنث، ولو قدر على أن يتراعى من غير أن يصيبه

عيب فلم يفعل حنث ولو فعل ما حلف أن لا يفعله جاهلاً مثل أن يحلف لا يسلم على زيد فسلم عليه وهو في الظلام من غير أن يعرفه حنث وينبغي أن لا يحنث لما تقدم أن اليمين حائثة على الفعل أو الترك فسلامه عليه في الظلام لا يتناوله يمينه كما قلناه في الناسي .

القاعدة السادسة: إذا حبسه عذر عن فعل ما حلف ليفعله ففي حنثه قولان ومقتضى ما تقدم أن يكون الصحيح عدم الحنث .

القاعدة السابعة: في الفرق بين النية المؤكدة والمخصصة فالمؤكدة هي الموافقة لدلول اللفظ والمخصصة منافية مثال ذلك أن يقول والله لا لبست ثوباً ونوى كثناً قال عز الدين بن عبد السلام رحمه الله الفقهاء يفتون بأنه لا يحنث إلا بالكتان والصواب أن يقال يحنث في الكتان باللفظ والنية لأن النية هنا مؤكدة ويحنث في غيره بعموم اللفظ وإن استحضر غير الكتان في نيته ونوى إخراجه عن عموم اللفظ لم يحنث به لأن النية حينئذ مخصصة لأن من شرط المخصص أن يكون منافياً .

القاعدة الثامنة: إذا صدر اللفظ من صاحب الشرع فمحملة على العرف الشرعي وبهذه القاعدة نعرف أن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ينفع في اليمين بالله تعالى خاصة دون الطلاق والعتق لقوله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» ثم حيث قلنا بأن الاستثناء بها ينفع فذلك إذا كان كلامه متصلاً من غير قطع اختياري وحرك بها لسانه قاصداً للاستثناء فلو فصل بينها وبين يمينه اختياراً أو لم يحرك لسانه بها أو أتى بها سهواً أو تبركاً لم تنفعه ولو علق الطلاق على فعل وأعاد المشيئة إليه كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله لم تنفعه على المشهور وقال ابن الماجشون وأصبح ينفعه وهو أصح في النظر .

القاعدة التاسعة: إذا استثنى بمشيئة من لا تعلم مشيئته كالملائكة لم ينفعه على الأصح وكذلك من لا مشيئة له كالحجر وفي لزوم الطلاق له قولان لسحنون وابن القاسم وقال أشهب فيمن قال والله لا كلمتك إلا أن يشاء هذا الحجر لا يكلمه أبداً ولو استثنى بمشيئة نفسه مثل أن يقول إلا أن يبدو لى أو أرى غير ذلك فلا خلاف أن ذلك ينفعه في اليمين بالله عز وجل وفي المستقبل المعلق عليه الطلاق مثل أن يقول لا فعلت كذا أو إن فعلت كذا فامرأتى طالق إلا أن يبدو لى أو أرى غير

ذلك يريد يبدو لى فى الفعل أو نرى غيره قال ابن القاسم وكذلك قوله يرينى الله غير ذلك قال وأما إن قال إلا أن يقضى الله أو يريد الله فهو كقوله إن شاء الله والنية فى ذلك كله غير كافية بل لا بد من النطق ولو استثنى بمشيئة زيد ولم يعلم أو علم فلم يقض بشيء أو لم يعلم هل قضى بشيء أو لا لم يقع طلاق ولو قال أنت طالق إلا أن يشاء زيد عدم الطلاق لم تطلق على الأشهر ولو قال أنت طالق إلا أن يمنعنى أبى فمنعه أبوه لم يلزمه بمنزلة قوله إلا أن يشاء أبى فلم يشأ والأصل أنت طالق إن شاء أبى قاله أصبغ.

القاعدة العاشرة: فى العزم على ترك ما حلف أنه يفعله هل يكون بمنزلة ترك فعله أو لا ولم أر فى ذلك نصاً إلا ما حكاه ابن الحاجب فى القائل لامرأته إن لم أتزوج عليك فأنت على كظهر أمى قال إنما يكون مظاهراً بالإيأس أو العزيمة وأفتى شيخنا شهاب الدين القرافى رحمه الله فىمن قال لامرأته إن لم أفعل كذا فأنت طالق وعزم على أن لا يفعله أنه يحنث.

القاعدة الحادية عشرة: إذا تعذر المحلوف عليه عقلاً لم يحنث كما لو حلف ليذبحن هذا الحمام فيموت وإن تعذر شرعاً كمن حلف ليطأن زوجه فوجدها حائضاً ففى حنثه قولان ثم إن وطئها وهى حائض فقد بر فى يمينه وإن كان إثماً وقيل لا يبر وإن تعذر عادة مثل أن يحلف ليبيعن هذا الثوب فيسرق أو يغصب أو يستحق حنث وقال أشهب لا يحنث وهذا كله إذا ضرب لذلك أجلاً وإن لم يضرب له أجلاً فإن لم يفرط حتى حصل التعذر لم يحنث وإن فرط حنث.

القاعدة الثانية عشرة: التمدادى على الفعل كابتدائه فى البر والحنث بحسب العرف.

القاعدة الثالثة عشرة: المعتبر فى الولاية على المحل حال النفوذ فلو قال العبد لزوجه إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فدخلت بعد أن عتق طلقت ثلاثاً ولو قال طلقتين وقعتا وبقيت له واحدة.

القاعدة الرابعة عشرة: إذا تغير المحلوف عليه عن صفته فهل يلحقه ذلك التغير بجنس آخر أو لا قولان مثاله أن يحلف ليأكلن هذا الطعام فيفسد ويتغير عن حاله وفى بره أو حنثه قولان.

القاعدة الخامسة عشرة: إذا حلف لأفعل كذا ففعله فحنت ثم فعله ثانية وثالثة فلا يتكرر عليه الحنت إلا أن يأتي بلفظ يدل على التكرار مثل كلما ومهما وفي متى ما اضطراب ففي الجواهر هي مثل كلما وفي المدونة هي مثل إن إلا أن ينوى بها معنى كلما ولو اقتضى العرف التكرار مثل قوله لا تركت الوتر أو كقوله لامرأته متى تزوجت عليك فأمرك بيدك.

القاعدة السادسة عشرة: إذا تكررت ألفاظ اليمين بالله على شيء واحد فالأصل أنها على التأكيد ما لم ينو الإنشاء فإذا قال والسميع العليم فكفارة واحدة وكذلك إن قصد الإنشاء على المشهور ما لم ينو كفارات فإن نواها أو قال على عشر كفارات أو عشر نذور لزمه ما نواه ولو كرر أسماء الصفات مثل قوله وعلم الله وقدرته وجلاله فقولان والأصل في أيمان الطلاق الإنشاء ما لم ينو التأكيد.

القاعدة السابعة عشرة: في بيان الفرق بين اللغو والغموس، فاللغو هو اليمين على ما يعتقد فيتبين خلافه ماضياً كان أو مستقبلاً وقيل هو ما يسبق إليه اللسان بغير عقد والقولان مرويان عن عائشة رضی الله عنها ويدخل اللغو في الطلاق على التفسير الثاني فإن حسرتة النية لم يصدق في عدم القصد ولا يدخل على التفسير الأول والغموس هو اليمين بالله تعالى على تعمد الكذب أو على غير يقين قال مالك والله ما لقيت فلاناً أمس وهو لا يدرى ألقيه أم لا ثم علم بعد يمينه أنه كلما حلف بر وقد خاطر فسلم وإن كان على خلاف ذلك فهو كمتعمد الكذب.

القاعدة الثامنة عشرة: إن المعتبر في اليمين بالله على ما ذكره من التفصيل النية فإن عدمت اعتبر بساط اليمين وهو السبب الباعث عليها فإن عدم حملت على المقصد العرفي وقيل على اللغوي وقيل على الشرعي والأول أصح، ثم المعتبر في النية نية المستحلف إن حلف له على حق وإن حلف له متبرعاً أو مكرهاً أو بعد أن استحلفه ففي المذهب أربعة يفرق في الثالث فإن حلف متطوع فله نيته وإن حلف بعد أن استحلفه فهي على نية المستحلف والرابع عكسه حكاه القاضي عياض، وإن لم يحلف بغيره وكانت يمينه مما لا يقضى بها فله نيته إن كان ما ادعاه قريباً كما لو حلف بالمشي إلى بيت الله وقال أردت المسجد و كان بعيداً فيجوز على ما ذكرته آنفاً وإن كانت مما يقضى بها كالطلاق والعتاق وادعى خلاف ظاهر اللفظ نظرت

فإن كان ما ادعاه احتمالاً قريباً قبلت نيته في الفتيا دون القضاء، مثل أن يقول لا لبست ثوباً ويقول أردت ثوباً وشيئاً أو لا أكلت سمناً ويريد سمن ضأن وإن كان احتمالاً بعيداً لم تقبل نيته مطلقاً مثل أن يحلف بطلاق امرأته على أمر كذب فيه ويقول أردت امرأتى الميتة أو المطلقة ولو كان الاحتمال سواء فقال ابن بشير قد يقال هنا تقبل نيته ويستظهر عليه باليمين.

القاعدة التاسعة عشرة: إذا حلف لا أكل شيئاً فأكل أصله مثل أن يحلف لا أكل تمرًا فأكل بلحاً لم يحنث، وإن كان فرعه وأتى بلفظ من حنث مثل أن يقول لا أكلت من هذا القمح فأكل خبزه وقال أشهب إلا أن يبعد استحلاله مثل أن يقول لا أكلت من هذا الطلع فأكل من رطبه لمخالفته له في الاسم والطعم وإن أتى به منكرًا فقال ابن بشير لا يحنث إلا أن يقرب جداً مثل لا أكلت زبدًا فأكل سمناً ففيه قولان، وكذلك حكى ابن الحاجب في التعريف والتنكير مثل أن يقول لا أكل القمح أو اللحم أو الطلع أو لا أكل لحمًا أو قمحًا أو طلعًا قال فلا يحنث على المشهور إلا أن يقرب جدًا كالسمن من الزبد فقولان ابن المواز واختلف في الحنث بما يخرج من الشيء ولم يره ابن القاسم إلا في خمسة في الشحم من اللحم والبيد من التمر والزبيب والعصير من العنب والمرق من اللحم والخبز من القمح قال وما سوى ذلك فلا يحنث به إلا أن يقول منه والمذهب أن الشحم داخل في مسمى اللحم بخلاف العكس.

القاعدة العشرون: في الاستثناء بإلا وإخوانها وذلك نافع في جميع الأيمان ويشترط فيه ما يشترط في الاستثناء بالمشيئة من الاتصال واختلف إذا قصد الاستثناء به أو بالمشيئة بعد تمام الكلام وقبل القطع وأتى به متصلًا فالمنصوص أن ذلك ينفعه. وقال ابن المواز لا بد من القصد إليه ولو عند آخر حرف، وأما إن اقتضت وهو غير قاصد ثم أتى به متصلًا من غير صمات لم ينفعه، واختلف في نية الاستثناء هل تنفع أو لا بد أن يحرك بها لسانه كالاستثناء بمشيئة الله تعالى على قولين.

تنبيه: فروع هذا الباب يضيق عن ذكرها هذا المختصر وفي هذه القواعد كفاية والله الموفق للصواب.

اللواحق

وهي هاهنا أحكام الكفارة وهي إنما تجب بوجود السبب والشرط، فالسبب: اليمين، والشرط: الحنث، والحنث غير حرام لكن الأولى أن لا يحنث إلا أن يكون الخير في الحنث أنواعها ثلاثة على التخيير لنص الكتاب: إطعام عشرة مساكين مد لكل مسكين من أوسط العيش ثم إن كان بالمدينة فمده عشرة وكذلك إن كان في غيرها قاله ابن القاسم وقال غيره بل يخرج الوسط من الشبع وقيل هو رطلان بالبغدادى من الخبز وشيء من الأدام وذلك وسط من الشبع في جميع الأمصار. وأفتى ابن وهب بمصر بمد ونصف وأفتى أشهب بمد وثلاث، ويشترط أن يكونوا أحراراً مسلمين ويعطى الفطيم ما يعطى الكبير ويعطى منها من له دار وخدام لا فضل في ثمنهما فإن اختار الكسوة فتوب لكل رجل ساتر لجميع جسده أو للمرأة درع وخمار وفي إعطاء الصغار ما يستر أو مثل الكبار كالطعام قولان ويشترط في الرقبة ما يشترط في الصيام والظهار فإن عجز عن جميع ذلك صام ثلاثة أيام وتتابعها مستحب وهذا حكم الحر، وأما العبد فيجزئه الصيام بلا خلاف ولا يجزئه العتق لأن الولاء لسيدته وأما الإطعام والكسوة ففي المدونة إن فعل ذلك بإذن سيده رجوت أن يجزئه وما هو بالبين والصوم أحب إلى وحكى المتأخرون في الإجزاء قولين.

النذور

حقيقته، لغة: اللاتزام، وشرعاً التزام فعل طاعة تقرباً لله تعالى. حكمه: الاستحباب إن كان على وجه الشكر ابتداء والكرهة إن كان على غير ذلك بشرط كان أو بغير شرط فإذا صدر ذلك من الناذر وتعلق بفعل مندوب إليه وجب الوفاء به ويعزى لابن القاسم أن ما كان معلقاً على وجود شيء أو خرج

مخرج اللجاج والغضب فيه كفارة يمين ومال إليه جماعة من المتأخرين.
والحكمة في نذومه: التأدب مع الله تعالى بالوفاء بما التزم من طاعته.
أركانه: ثلاثة: الناذر والمنذور والصيغة.

الناذر: مسلم مكلف فلا نذر لكافر ولا صبي ولا مجنون.
المنذور: ما فيه قرابة فلا نذر في معصية ولا مباح.

الصيغة: لفظ يدل على التزام ما فيه قرابة كقوله لله على صوم كذا وما أشبه ذلك ثم إن صدرت مطلقة، كقوله: على نذر فحكمه حكم اليمين بالله تعالى في الكفارة الاستثناء واللغو وإن صدرت مقيدة نصاً أو نية ثم عرفاً ثم مدلول لفظ عمل بمقتضاه فإن كان له مقتضيان ففي حملها على الأقل أو الأكثر خلاف فإذا نذر أن يصلى ونوى عدداً لزمه ما نواه فلو لم ينو شيئاً صلى ركعتين فلو نوى أن يصلى قاعدًا مع قدرته على القيام جاز ولو لم ينو القعود لزمه القيام لأنه المعروف وإذا قال على المشى إلى مكة لزمه المشى إليها. قال مالك: ولو حلف بالمشى إلى مسجد الرسول ﷺ أو مسجد بيت المقدس لم يلزمه المشى وليأتها ركباً وإنما يمشى من قال على المشى إلى بيت الله تعالى ابن القصار إنما لم يجب عليه المشى إلى هذين المسجدين إذ لا طاعة في المشى إلى الصلاة ولزمه ذلك في قوله على المشى إلى بيت الله لأن ذلك ينصرف إلى الحج والعمرة والمشى فيهما طاعة فإذا أوجبه على نفسه وجب ولو نوى الصلاة كان له أن يركب قال عنه ابن شاس وإذا لزمه إتيان مكة للصلاة في مسجدها فإنه لا يدخلها إلا محرماً. وإذا نذر صيام شهر فبدأ الصيام من أول شهر فكان تسعة وعشرين أجزاءً وإن ابتدأه في أثناء الشهر كمله ثلاثين ولو نذر صيام سنة بعينها فإن نص على قضاء الأيام التي لا يصح صومها أو نوى ذلك أو نص على عدم قضائها أو نواه عمل بمقتضى ذلك وإن لم ينص على شيء ولا نواه فقال مالك يفطر يوم الفطر وأيام الذبيح ويصوم آخر أيام التشريق يعني الرابع ولا قضاء عليه فيها ولا في رمضان ولو نذر صوم سنة ولم يعينها صام اثني عشر شهراً ليس فيها رمضان ولا الأيام المحرمة قاله مالك قال ويجعل الشهر الذي يفطر فيه ثلاثين فيقضى على قوله إذا كان شوال ناقصاً يومين يوم الفطر ويوم النقص، وقال ابن عبد الحكم: إنما يقضى ما أفطر فيه

خاصة ولو نذر يوم يقدم فلان فقدم ليلا صام يومه ولو قدم نهاراً فلا قضاء على المشهور ولو قدم يوم عيد لم يقض ولو نذر صوم يوم بعينه فنسيه فقال سحنون أولاً: يختار يوماً ويصومه، وقال أيضاً: يصوم الأيام كلها، وقال أيضاً: يصوم آخر يوم في الجمعة وهو يوم الجمعة، وقاله ابن القاسم في العتبية. وإذا نذر صدقة فإن أطلق خرج على العهدة بأقل ما ينطلق عليه الاسم ولو قال مالى أو جميع مالى نذر وصدقة أو فى السبيل أو هدى أو لوجه الله تعالى أجزاءه إخراج الثلث من العين والطعام والرقيق وغير ذلك إلا أن ينوى العين خاصة ويخرج ثلث قيمة مكاتبه فإن عجز يوماً ما وكان فى قيمة رقبته فضل أخرج ثلث الفضل ولو قال نصف مالى أو ثلاثة أرباعه أخرج جميع ما سمي قال محمد وكذلك لو قال مالى إلا درهما فإنه يخرج جميعه ولو عين فقال دارى أو دابتي أو ثوبى صدقة أو فى سبيل الله ولا مال له غير ما سمي وحث فقال فى المدونة يخرج ما سمي ولا يكفيه ثلثه وقال ابن نافع إذا حلف بجميع ماله فإنما يلزمه إخراج الثلث إذا كان ملياً فأما قليل المال الذى يجحف ذلك به فيخرج قدر زكاة ماله والفقير يكتفى بكفارة يمين وقال سحنون فى جميع ذلك: يخرج ما لا يضر به إخراجه عين أو لم يعين.

* * *

كتاب النكاح

حقيقته، لغة التضام والتداخل يقال تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض ويطلق على العقد مجازاً من باب إطلاق السبب على المسبب.

حكمه: النذب وقد يعرض له ما يصيره واجباً ومكروهاً ومباحاً وحراماً، فيجب على من لا ينكف عن الزنا إلا به ويكره لمن لا يشتهيه وينقطع عن عبادة ربه ولمن لا يجد الطول ولا حرفة له ولا صناعة ويحرم إذا لم يخف العنة وكان يضر بالمرأة لعدم القدرة على الوطاء أو على النفقة أو يتكسب من الحرام. ومباح لمن لا سبيل له ولا أرب له في الاستمتاع.

حكمة مشروعيته: دفع التوقان وغوائل الشهوة والاستدلال باللذة الفانية على اللذة الباقية وموافقة إرادة الله تعالى في بقاء النسل إلى الوقت المعلوم، وإرادة رسول الله ﷺ في المكاثرة.

مستحباته: سابق وهو الخطبة وما قل أفضل ومقارن وهو وقوعه في زمن ترجى بركته قال أبو عبيد يستحب يوم الجمعة بعد صلاة العصر لقربه من محل السكون وهو الليل ويكره صدر النهار لما فيه من التفوق والانتشار ويستحب في رمضان لفضله وفي شوال لأن رسول الله ﷺ تزوج عائشة فيه وابتنى بها فيه ولاحق وهو إظهاره والوليمة والدخان.

أركانه: خمسة: الصيغة والزوج والولي والزوجة والصداق.

• الصيغة:

من الولي لفظ يدل على التأييد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعثت ووهبت بتسميته صدق وهي من الزوج ما يدل على الرضا فلو قال زوجني ابنتك فقال زوجتك لزم وإن قال لا أرضى لم ينفعه لأن هزل النكاح جد. وقال مالك في السليمانية لا يجوز هزل النكاح قال سليمان إذا علم الهزل ثم الصيغة إن صدرت مطلقة فواضح وإن صدرت مقيدة فلذلك صور ثلاث:

الأولى: أن تقيد بخيار فإن كان في المجلس أو ما قرب جاز وإن كان إلى اليوم

واليومين والثلاثة فمنعه في المدونة.

الثانية: أن يتقيد الإيجاب بوقت فإن كان الوقت معيناً مثل إذا مضت سنة فقد زوجتك ابنتى بطل ولو علقه على الموت مثل إذا مت فقد زوجتك ابنتى وكان مريضاً جاز وإن كان في الصحة ففي منعه قولان لابن القاسم وأشهب.

الثالثة: أن يتقيد بأجل وهو نكاح المتعة ويفسخ أبداً بغير طلاق وقيل بطلاق وهل لها المسمى أو صداق المثل قولان ويعاقبان ولا يبلغ الحد والولد لاحق. قال مالك وبالعراق النهارية تزوج على أن لا يأتيها إلا نهاراً أو ليلاً ولا خير فيه. ابن القاسم ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ويفسخ الشرط ولو تزوج المسافر يستمتع ثم يفارق فإن كان شرطاً فمتعة وإن فهمت المرأة ذلك ولم يكن شرطاً ففي الجواز والمنع قولان لمالك ومحمد وروى أشهب إن كان أخبرها قبل النكاح فليفارقها والإشهاد شرط في الدخول لا في العقد فإن دخل ولم يشهد فسرخ بطلقة بائنة وله نكاحها بعد الاستبراء ابن الماجشون ويحدان عالمين كانا أو جاهلين ما لم يكن أمرهما فاشياً قال والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو بإفشائهما باسم النكاح وذكره واشتهاره كالأمر الفاشى والجارى على أصل المذهب أنهما لا يحدان إذ لا يؤخذ أحد إلا بما أقر به. وقال ابن القاسم: إن لم يعذرا بجهالة حدا وإن كان أمرهما فاشياً والأول أصوب. ونكاح السر قيل هو الذى دخل ولم يشهد فيه والمشهور أنه المتواصى بكتمانته قال ابن حبيب ويفسخ إن دخل ما لم يظل بعد البناء قاله مالك وأصحابه ولها صداقها بالميسر ويعاقب الزوجان والشهيدان بما كتبا. وحكى ابن يونس أن الشهيدين لا يعاقبان وقال يحيى بن عمر إذا شهدا عدلين فليس بسر وإن أمراهما بالكتمان ويؤمر الشهيدان بأن لا يكتما.

• الزوج:

إما أن يتولى هو العقد بنفسه أو يعقده عليه غيره ثم عقد الغير إما بوكالة أو بغير وكالة أو بتولية ثم التولية للسيد أو الأب أو الوصى أو الحاكم ووكيله إذ لا ولاية إلا على ناقص لرق أو صغر أو جنون أو سفه فإن تولى العقد بنفسه فيشترط في جواز نكاحه التمييز وألا يكون له فرجان لا مزية لأحدهما على الآخر ويشترط في نكاحه أن يكون مطلق اليد والاختيار وإن عقد عليه غيره بوكالة لزم إن عمل

بِمَقْتَضَى وَكَالْتَهُ نَصًا وَعَرَفَا وَلَوْ زَوْجَهُ بَعْدَ الْعِزْلِ وَقَبْلَ عِلْمِهِ بِهِ فَفِي اللِّزُومِ قَوْلَانِ وَإِنْ عَقِدَ عَلَيْهِ بَغِيرَ وَكَالَةٍ وَكَانَ حَاضِرًا صَحَّ إِذَا أَجَازَ فَعَلَهُ وَإِنْ صَمِتَ فَلَمَّا فَرِغَ قَالَ لَا أَرْضَى وَإِنَّمَا صَمِتَ لَعَلِمَى أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَلْزِمُنِي لَزِمَتَهُ الْيَمِينُ قَالَهُ فِي الْمَدُونَةِ فِي الْأَبِّ يَزُوجُ وَلَدَهُ الْمَالِكُ لِنَفْسِهِ وَأَنْكَرَ سَحْنُونَ الْيَمِينُ فِي ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ إِنَّمَا يَحْلِفُ إِذَا ادْعَى أَبُو الصَّبِيَّةِ أَنْ مَخْبِرًا أَخْبِرَهُ أَنَّ الْإِبْنَ أَمْرَ أَبَاهُ أَنْ يَزُوجَهُ وَإِذَا قُلْنَا يَحْلِفُ فَنُكِّلُ فَقَالَ ابْنُ أَبِي زَيْدٍ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّ يَمِينَهُ اسْتَظْهَرَ وَقِيلَ يَلْزِمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَلَا يَلْزِمُهُ نِكَاحٌ وَلَا تَرُدُّ الْيَمِينُ لِأَنَّهَا يَمِينُ تَهْمَةٌ وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إِنْ ادْعَى أَبُو الصَّبِيَّةِ أَنْ مَخْبِرًا أَخْبِرَهُ بِأَنَّهُ أَمْرَ أَبَاهُ فَإِنَّ أَبَا الصَّبِيَّةِ يَحْلِفُ إِذَا نُكِّلَ وَيُثَبِّتُ النِّكَاحَ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَجَائِزٌ إِذَا بَلَغَهُ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بِالْقُرْبِ ابْنُ دِينَارٍ وَابْنُ حَبِيبٍ وَالْقُرْبُ مِثْلُ الْمَسْجِدِ وَالدَّارِ. فَإِنَّ عَقْدَ السَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ النِّكَاحَ لَزِمَهُ لِأَنَّ لَهُ إِجْبَارَهُ عَلَى النِّكَاحِ قَالَ مَالِكٌ وَليْسَ لَهُ أَنْ يَضْرِبَهُ فَيَزُوجَهُ مَنْ لَا خَيْرَ فِيهِ وَلِلْأَبِّ أَنْ يَزُوجَ الصَّغِيرَ. وَفِي الْوَصِيِّ ثَلَاثَةُ الْإِجْبَارِ فِي الْمَدُونَةِ. وَعَدَمُهُ فِي الْمَوَازِيَةِ وَالتَّفْرِقَةِ فَإِنَّ كَانَتِ الْمَرْأَةُ ذَاتَ شَرَفٍ أَوْ ابْنَةُ عَمٍّ فَلَهُ الْإِجْبَارُ وَإِلَّا فَلَا قَالَهُ الْمَغِيرَةُ وَوَصَى الْحَاكِمُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ وَصَى الْأَبِّ وَذَكَرَ ابْنُ الْحَاجِبِ أَنَّ لِلْحَاكِمِ تَرْوِيجَهُ وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا. وَالْمَجْنُونُ يَزُوجُ إِنْ أَحْتَاجَ وَفِي مَخْتَصَرٍ مَا لَيْسَ فِي الْمَخْتَصَرِ: مَا رَأَيْنَا مِنْ رُوجٍ مِثْلٍ هَذَا. وَأَمَّا السَّفِيهِ الْبَالِغُ فَفِي إِجْبَارِ الْأَبِّ وَالْوَصِيِّ وَالْحَاكِمِ لَهُ قَوْلَانِ الْقَوْلُ بِإِجْبَارِ الْوَصِيِّ لَهُ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ حَبِيبٍ وَالْقَوْلُ بِعَدَمِ الْإِجْبَارِ أَحْسَنُ إِذْ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يُطَلَّقَ فَيُغْرَمَ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَلَوْ تَزُوجَ بِنَفْسِهِ وَأُذِنَ لَهُ أَبُوهُ أَوْ وَصِيهِ جَازٌ وَإِنْ لَمْ يَأْذُنْ نَظَرَ فِيهِ الْأَبُّ وَالْوَصِيُّ فَأَمْضَاهُ إِنْ كَانَ صَوَابًا وَإِلَّا فَسَخَّهُ بِطَلْقِهِ وَعَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ إِنْ كَانَ حِينَ الْعَقْدِ بِحَالَةٍ رَشِدٍ مَضَى وَإِذَا فَسَخَهُ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونَ لَا يَتْرُكُ لَهَا شَيْئًا وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنَ التَّرْكِ وَفِي قَدْرِهِ خَمْسَةٌ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَمَالِكٌ فِي رِوَايَةِ ابْنِ وَهَبٍ يَتْرُكُ لَهَا رُبْعَ دِينَارٍ وَبِهِ الْحَكْمُ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ أَيْضًا يَجْتَهِدُ فِي الزِّيَادَةِ لِذَاتِ الْقَدْرِ وَيَتْرُكُ لِلدَّيْنِيَّةِ رُبْعَ دِينَارٍ وَقَالَ أَيْضًا يَتْرُكُ مِنَ الْمَائَةِ ثَلَاثَةَ دِنَانِيرٍ أَوْ أَرْبَعَةَ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ إِنْ كَانَ نَقْدُهَا مِائَةً تَرَكَ لَهَا عَشْرَةَ وَقَالَ أَصْبَغٌ تَعْوِضُ بِمَا تَلْذُذَ مِنْهَا مَا هُوَ دُونَ صَدَاقٍ مِثْلِهَا وَلَمْ يَجِدْ مَالِكٌ فِي ذَلِكَ شَيْئًا بَلْ قَالَ يَتْرُكُ لَهَا مَا يَسْتَحِلُّ بِهِ فَرَجَهَا. وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْوَصِيُّ حَتَّى رَشِدَ

لم يفسخ نكاحه قاله ابن المواز وغيره وقيل يعود النظر إليه وإن لم يعلم حتى مات أحدهما فثلاثة قال ابن القاسم إن مات الزوج فلا ميراث وإن ماتت هي ورأى الولي إمضاء النكاح وأخذ الميراث فعل وإلاً رده وترك الميراث وقال أيضا يتوارثان لفوات النظر وقال أصبغ إن ماتت وكان تزويجه غبطة فله الميراث ولها الصداق وإلاً فلا ميراث ولا صداق وإن مات هو فلها الميراث ثم إن كان نكاح غبطة فلها الصداق أيضا وإن كان مما يرد فلا صداق لها إلا أن يكون دخل فلنا ربع دينار ولو مات أحدهما بعد علم الوصي فقال ابن الماجشون إن كان يحدثان النكاح حلف ما رضى ولا أجاز ثم لا ميراث ولا صداق وإن طال فلا كلام له .

• الولي:

شروطه سبعة الذكورية والحرية والعقل والبلوغ وموافقة الدين والرشد وأن يكون حلالا واختلف في العدالة والمشهور أنها ليست بشرط والمقدم في الأمة المالك وفي الحررة الابن وإن سفل ثم الأب وعن مالك أن الأب مقدم ثم الأخ ثم ابنه وإن سفل ثم الجدة وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ثم العم ثم ابنه على ترتيبهم في الإرث وفي تقديم الشقيق عن الأخ للأب روايتان لابن حبيب والمدونة والخلاف جار في أبنائهما وفي العين وأبنائهما ثم المولى الأعلى ثم عصبته ثم معتقه ثم عصبته معتقه على ما ذكر ولا مدخل في الولاية للمولى الأسفل على المشهور . وفي تقديم ولي النسب على وصي الأب ستة قال أشهب الوصي أولى وقيل الولي أولى حكاها في السليمانية والوصي أولى في البكر البالغ وهو في الثيب ولي من الأولياء وهو المشهور وقيل هو والولي سواء وقال ابن الماجشون لا تزويج للوصي إلا أن يكون وليا وقال القاضي أبو محمد: وأن يعقد بإذن الوصي، وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى ويشاور الولي قال والوصي العدل بمنزلة الأب والإجبار يختص بالمالك والأب فيمن لم يعرف مصلحته من بناته ومظنة ذلك الصغر والبكارة وما وقع من خلاف في آحاد الصور وفي شهادة وأما الوصي فإن عين له الأب رجلا فله تزويجها منه وإن كرهت وإن لم يعين ونص على أن له تزويجها قبل البلوغ وبعده فله ذلك على القول المعمول به وقال القاضي أبو محمد وسحنون عقد بظاهر الحديث ولو جعل ذلك إلى اجتهاده فالمعروف أن له إجبارها

وقال ابن القصار لا يزوجه حتى تبلغ وترضى وإذا كان أولياء في عقد فبادر أحدهم فعقد بإذنها مضى وإلا فالعقد إلى أفضلهم ثم إلى أسنهم فإن تساوا عقدوا جميعاً فإن اختلفوا فالسلطان يتولى العقد ورواه ابن القاسم وقيل يردّه إلى أحدهم وإن عقد عليها بغير إذنها ثم أعلمها فرضيت فثلاثة يفرق في الثالث فيجوز بالقرب وإذا أذنت لوليين فزوجها كل واحد من رجل فإن لم يدخل أحدهما وعلم الأول فهي له وإن جهل أو اتحد العقدان فسخا معا بطلاق وقال محمد يوقف الطلاق فإن تزوجت أحدهما لم يقع عليه شيء وإن تزوجت غيرهما وقع عليهما فإن دخل بها الثاني فهو أحق بها على المشهور لقضاء عمر رضى الله عنه من غير مخالف له وإن عقد عليها الأبعد مع وجود الأقرب فإن كان الأقرب هو الأب لم يجز وإن أجازته لم يجز السيد على الأصح وإن كان غير الأب وهي دنيئة مضى اتفاقاً وإن كانت ذات قدر فخمسة الإمضاء في المدونة وهو المشهور فإن أثبت الأبعد أنه غير صواب فله مقال وعدمه للمغيرة والخيار للولى ما لم يتناول وتلد والخيار له ما لم بين قاله ابن حبيب وينظر السلطان وعليه أكثر الرواة ولو زوجها أجنبي وهي دنيئة فرأى مالك مرة أن كل أحد كفاء لها ورأى مرة أنها كذات القدر وإن كانت ذات قدر فخمسة أيضاً الإمضاء حكاه القاضى أبو محمد عن مالك والفسخ مطلقاً قاله سحنون وثبوت الخيار للولى قاله في المدونة والوقف إذا أجازته الولى بالقرب قاله في المدونة أيضاً وقال أيضاً ما فسخه بالبين ولكنه أحب إلى وقال إسماعيل يشبه أن يكون الدخول فوتاً وحاصل مذهب ابن القاسم أنه إن طال قبل البناء لم يكن بد من فسخه وإن طال بعد البناء لم يكن بد من إجازته وإنما يخير الولى بالقرب وإذا غاب الأب عن ابنته البكر وكان موضعه قريباً كالعشرة أيام ونحوها لم تزوج فإن تزوجت فسخ أبداً سواء زوجها الولى أو السلطان زاد في المتيطية عن ابن القاسم وإن ولدت الأولاد وأجازه الأب وإن كان بعيداً كإفريقية من مصر وقد دعت إلى النكاح فإن لم يخف عليها وكانت نفقتها جارية عليها فأربعة في المدونة تزوج وإن لم يستوطن وقيل لا حتى يستوطن وقال ابن حبيب وتطول إقامته كالعشرين سنة والثلاثين حيث يؤيس من رجعتة وقال ابن وهب لا تزوج بحال وإن خيف عليها الفساد أو قطع نفقته عليها زوجت وإن لم تبلغ للاختلاف

وتولى ذلك السلطان على المشهور. وقال ابن وهب للولى أن يزوجه برضاها وإن كان أسيراً أو فقيداً زوجت على المشهور. وقال أصبغ لا تزوج بحال وقيل تزوج بعد أربع سنين من يوم فقد وإن كان غير الأب كتب إليه الإمام فيما قرب وزوجها الحاكم إن كان بعيداً والولى ممنوع من عضل وليته إذا دعت إلى كفاء معين فإن عضلها أمر فإن لم يفعل زوجها الحاكم ولا يكون الأب عاضلاً في ابنته البكر برد خاطب أو خاطبين حتى يتبين فإن ثبت عند الحاكم أنه عضلها ورد عنها غير واحد من الأكفاء وأن الذى خطبها كفؤ لها فى حاله وماله وإن ما بذله لها صداق مثلها وأنها راغبة فى نكاحه أعلم أباهما بما ثبت عنده من ذلك فإن أقر به أمره بإنكاحها وإن تمادى على عضلها وعظه فإن تمادى قدم من يعقد نكاحها بعد الاستيمار والمعتبر فى الكفاءة عند ابن القاسم الحال والمآل حكاة فى التيطية قال وبه الحكم وروى أصبغ عن ابن القاسم المرأة إذا دعت أن تتزوج من رجل وأبى عليها وليها أمره السلطان بتزويجها إذا كان كفئاً لها فى القدر والحال والمآل قال عبد الملك وعلى هذا أجمع أصحاب مالك لا أعلمهم اختلفوا فيه والكفاءة حق لها وللأولياء فإن تركوها جاز إلاً الإسلام ولابن العم والوصى والمعتق والحاكم ووكيلهم أن يزوج من يلى عليها من نفسه إذا أذنت له على التعيين ويتولى طرفى العقد وقال المغيرة بل يوكل من يزوجه منه وإذا باشرت المرأة العقد أو عقده عبد أو ذمى أو صبى أو امرأة فسخ ولو بعد الطول والولادة وفى فسخه بطلاق أو بغير طلاق روايتان لابن القاسم وابن نافع ولها الصداق بالدخول قال أصبغ ولا ميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق لضعف الخلاف فيه.

• الزوجة:

والمانع من التزويج ضربان: ضرب يحرم على التأييد وضرب يحرم فى حال دون حال:

الضرب الأول: خمسة وهى:

الأول: السبع فى قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وهى أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا.
الثانى: الرضاع: ويحرم منه ما يحرم من النسب.

الثالث: الصهر: والحاصل إما العقد وحده أو الوطء وحده أو هما جميعاً أما العقد فإن كان صحيحاً فيحرم أمهات الزوجة من جانبى النسب والرضاع وحلائل الأبناء وإن سفلوا وحلائل الآباء وإن علوا من الجانبين وإن كان فاسداً مجتمعاً على فساده لم يحرم وإن كان مختلفاً فيه حرم على المشهور وأما الوطء فإن كان حلالاً كملك اليمين حرم وإن كان بزناً فقال فى الموطأ لا يحرم وقال فى المدونة يفارقها فقيلاً وجوباً وقيل استحباباً وإن كان باشتباه حرم على المشهور واختار المازرى خلافه وألف فيها: «كشف الغطا عن لمس الخطأ» وإن كان بإكراه جرى على الخلاف هل هو زنى ويحد أو معذور وإن اجتمعا حرم البنت وسائر ما ذكرناه ويندرج فى البنت بنت الابن وبنت البنت وإن سفلتا من الجانبين ومقدمات الوطء ملحقة به إن كانت لذة وإن كان لمس بغير لذة لم يحرم.

الرابع: اللعان: والملاعنة تحرم على التأيد وإن أكذب الملاعن نفسه.

الخامس: النكاح فى العدة: والتصريح بخطبة المعتدة حرام فإن صرح ثم عقد بعد العدة فالمشهور يفارقها استحباباً وعن ابن القاسم يفسخ بقضاء وعنه يفسخ بغير قضاء ثم الحاصل فى العدة إما العقد وحده أو الوطء وحده أو هما جميعاً.
وموجبات العدة ثلاثة:

الأول: النكاح وشبهة النكاح: فإن حصل فيها العقد وحده فسخ وفى التحريم روايتان وإن حصل الوطء وحده مثل أن يشتري معتدة فيطأها فتحرم على قول مالك وفى رواية لا تحرم وإن اجتمعا حرمت أبداً على المشهور ولها المسمى ويرجع به على الولى الغار فإن كانت هى الغارة ترك لها ربع دينار.

الثانى: وطء الملك أو شبهة الملك: كأى الولد يموت سيدها أو يعتقها أو تكون مستبرأة عن بيع أو هبة أو عتق فإن وطئت بنكاح ففى تأييد التحريم قولان وإن وطئت بملك لم يتأيد التحريم.

الثالث الزنى والاشتباه: فإن وطئت بملك أو بشبهة ملك لم يتأيد تحريمها وإن وطئت بنكاح ففى تأييد التحريم قولان لملك وابن القاسم.

الضرب الثانى: عشرة أنواع:

الأول: المرض: وهو مانع من أحد الجانبين فإن كان مخوفاً وأشرف صاحبه على

الموت لم يجز وإن كان غير مخوف أو مخوفاً متطاولاً كالسل والجذام وتزوج في أوله جاز وإن كان مخوفاً غير متطاول ولم يشرف صاحبها على الموت فالمشهور المنع وعلى المشهور ففي فسخه بطلاق روايتان ولا صداق لها إن لم يدخل وإن دخل وكانت هي المريضة فلها المسمى وإن كان هو المريض فخمسة قال ابن القاسم لها صداق المثل في الثلث مبدأ وقال ابن الماجشون المسمى في الثلث وقال أصبغ صداق المثل في الثلث مبدأ والباقي من الثلث غير مبدأ وقيل الأقل من صداق المثل والمسمى من رأس المال وما زاد فمن الثلث. وقال ابن القاسم لها ربع دينار من رأس المال وإن تراخى الفسخ حتى صح المريض منهما صح وقد قال مالك أولاً يفسخ، ثم قال يصح.

القسم الثاني: الإحرام: ولا يحل لمحرم ولا محرمة بحج أو عمرة نكاح أو إنكاح حتى يطوف طواف الإفاضة ويصلى ركعتيه بخلاف الرجعة فإن عقد فسخ أبداً وإن ولدت الأولاد وفي تأييد التحريم روايتان.

الثالث: الردة: ونكاح المرتد منهما غير جائز ويفسخ وإن رجع إلى الإسلام وقال ابن الماجشون يثبت إن رجع إلى الإسلام ولا صداق لها إن مس فإن رجع إلى الإسلام فلها ما أصدقها.

الرابع: ذات الزوج غير المسبية: ابن القاسم، والسبي يهدم النكاح زاد أشهب سبياً معاً أو مفترقين، وقال ابن القاسم أيضاً: إذا سببت ثم قدم زوجها بأمان لم يكن أحق بها.

الخامس: الكفر: ولا يجوز وطء الوثنيات بنكاح ولا ملك ويجوز وطء الكتابيات الحرائر بالنكاح وبالملك ويجوز وطء إيمانهن بالملك لا بالنكاح وفي وطء المجوسيات خلاف فمنعه مالك وابن القاسم مطلقاً وأجازه أبو ثور مطلقاً وأجازه بعض المدنيين بالملك لا بالنكاح.

السادس: الرق: فلا يجوز للرجل أن يتزوج أمته ولا المرأة عبدها ومتى ملك روجه أو بعضها فسخ نكاحه بغير طلاق ويسقط عن صداقها إن كان لم يبن بها ويرده السيد إن كان قبضه ولو بنى كان صداقها للبائع إلا أن يشترط ولو أراد أن يتزوج أمة لغيره فإن كان ولده منها يعتق على السيد كأمة ابنه جاز مطلقاً وكذلك

إن كان لا يولد له أو كان عبداً وإلا فلا يجوز له ذلك على الرواية المشهورة إلا إذا لم يجد طولاً وخاف العنت وكانت مسلمة، والطول ما يتزوج به حرة وقيل أو يشتري به أمة فإن وجد صداق حرة لكنه لا يقدر على نفقتها فقال أصبغ لا يتزوج أمة وقال مالك له أن يتزوجها ولم ير في المدونة وجود الحرة تحته طولاً ورآه في الموازية طولاً والمعروف أن وجود الأمة عنده ليس بطول وقيل طول ولو خاف العنت في أمة بعينها وهو واجد للطول ففي إباحتها قولان.

السابع: المستوفاة طلاقاً: وإذا طلق الحر امرأته ثلاثاً أو العبد طلقتين فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً لازماً ويطأها وهو بالغ بذكر منتشر وطئاً مباحاً فلا تحل بوطء الملك ولا بنكاح فاسد كوطء المحلل ويفسخ أبداً ويؤدب أدباً موجعاً وتؤدب البينة إن علمت ولو نوى الإحلال من غير شرط لم تحل عند مالك وحلت عند غير واحد من أصحابه ولا تضر نية الزوج أو المرأة وقيل إذا هم أحد الثلاثة بالتحليل فسد النكاح ولا تحل بوطء في نكاح غير لازم كنكاح العبد المتعدى ولا بالوطء بما لا ينتشر فلو تزوجت شيخاً فأدخلته بإصبعها وهو غير منتشر لم تحل قاله ابن القاسم ولو انتشر بعد ذلك حلت وقيل الانتشار ليس بشرط ولا تحل بوطنها وهي حائض خلافاً لابن الماجشون وفي اشتراط العقل حين الإصابة ثلاثة: الاشتراط في حق الزوج لأشهب وعدمه لابن الماجشون في حقهما واشتراطه في حق الزوجة خاصة لابن القاسم.

الثامن: الراكنة للغير: وإذا ركنت امرأة لرجل ولم يبق إلا العقد أو ما قاربه أو كان ذلك مع من يملك الإجماع كالأب لم يجز لأحد أن يخطبها وإن لم يتفقا على صداق معلوم وقال ابن نافع له ذلك إن لم يتفقا عليه. ابن القاسم وذلك في المتقاربين فأما فاسق وصالح فلا فإن تجراً وعقد فثلاث روايات الثالثة يفسخ قبل خاصة.

التاسع: اليتيمة غير البالغ: وفي جواز إنكاحها ثلاث روايات الثالثة إن دعتها ضرورة ومستها حاجة ومثلها يوطأ ولها في النكاح مصلحة زوجت ورواية المنع أصح وإليها رجع مالك وإذا فرعنا عليها فزوجت فسخ وإن بلغت ما لم يدخل وقيل ينظر فيه الحاكم فإن رآه مصلحة صواباً أمضاه وقيل الخيار لها إذا بلغت وفي

المتيطية يفسخ بطلاق على قول ابن القاسم وفيه الميراث فإن كانت تحت حاجة مصلحة جاز إذا رضيت وهو قول مالك في الموازية وبه جرى العمل وأما إن خيف عليها الفساد زوجت باتفاق المتأخرين .

العاشر في المحرمة: الجمع: ولها صورتان:

الأولى: أن يجمع امرأة مع أربعة وذلك حرام إجماعاً للحر والعبد، وروى أن الثالثة للعبد كالخامسة للحر .

الثانية: أن يجمع بين امرأتين بينهما من النسب والرضاع ما يمنع تناكحهما لو قدر أن أحدهما ذكر واحترزنا بقيدى النسب أو الرضاع عن المرأة وأم زوجها أو ابنته فلا يجمع بين أختين ولا بين العمة وابنة الأخ فإن جمعهما في عقد فسخ أبداً ثم نكح أيتها شاء بعد الاستبراء إن دخل ولهما المسمى وإن تزوج واحدة بعد واحدة فسخ نكاح الآخرة بغير طلاق ولها المسمى بالدخول أو صداق المثل إن لم يسم فإن جهل التاريخ صدق في التي يقول إنها الأولى وفارق الأخرى بغير طلاق ولا صداق لها قاله أشهب، قال محمد إلا أنه يحلف لادعائه سقوط المهر ويفسخ حينئذ بطلاق .

• الصداق:

وينحصر الكلام فيه في عشرة فصول:

الأول، فيما يصح أن يكون صداقاً:

وكل ما يصح تملكه صح أن يكون صداقاً بشمانية شروط:

الأول: أن يكون نصاباً وهو ربع دينار ذهباً صافياً أو ثلاثة دراهم كيلاً فضة خالصة أو عرضاً يساوي أحدهما وقال ابن شعبان: لا يقوم العرض إلا بالدرهم وذلك كله بالوزن الأول فلو تزوجها بدرهمين فقال ابن وهب لا يفسخ بناء على مذهبه في عدم اشتراط النصاب وقال ابن الماجشون يفسخ وإن دخل وإن أتم ربع دينار وقال ابن القاسم إن لم يدخل أكمل ثلاثة دراهم وإلا فسخ وإن دخل أتمه جبراً وإن فارقتها قبل البناء فلها نصف الدرهمين وقال ابن حبيب لا شيء لها

الثاني: أن لا يتضمن إثباته رفعه فلو زوج عبده من امرأة وجعل رقبته صداقها

فسد .

الثالث: أن يكون مملوكا للزوج على خلاف فيه وقد قال في العتبية فيمن تزوج بحرام أخاف أن يضارع الزنى قال إى والله ولكن لا أقوله وقال ابن القاسم فيمن غصب مالا فتزوج به فإن النكاح ثابت وإن تعمد وعليه غرم المثل والقيمة فى غيره وقال ابن الماجشون يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ابن بشير إن كانت المرأة عاملة بالغصب فقتلوا النكاح فاسد وإن لم تعلم فالمشهور بالجواز.

الرابع: أن لا يكون منفعة بضع وهو الشغار المنهى عنه وهو مثل أن يقول زوجنى ابنتك على أن أزوجك ابنتى ولا صداق بينهما وذلك باطل لأن كل واحد جعل بضع ابنته صداقا لابنة صاحبه ويفسخ أبداً على المشهور، وإن ولدت الأولاد بطلاق ويتوارثان قبل الفسخ وروى ابن زياد أنه يثبت بعد الدخول بصداق المثل ولو سمي مع ذلك صداقاً فهو وجه الشغار يفسخ قبل ويثبت بعده بالأكثر ولو سمي لإحدهما فسخ نكاح التى سمي لها قبل البناء وفسخ نكاح التى لم يسم لها أبداً وعلى المشهور ولو كانت المنفعة منفعة عين مثل سكنى هذه الدار مدة معلومة وقيمتها ربع دينار فأكثر فينبغى أن يجوز واختلف إذا كانت المنفعة من الزوج مثل أن يخدمها مدة معلومة أو يعلمها قرآناً على ثلاثة أقوال بالجواز والمنع والكراهة لأصبغ ومالك وابن القاسم وذلك مبنى على أن شرع من قبلنا هل هو شرع لنا أم لا.

الخامس: أن يكون خليا عن الغرر الكثير كآبق وشارد وأما اليسير فيجوز على المشهور كشوار بيت ولها المعروف من شوار مثلها.

السادس: أن لا يقترن به بيع فلو أصدقها عبدا يساوى ألفين على أن تعطيه ألفا منعه فى المدونة وأجازه أشهب. وقال ابن الماجشون إن بقى بعد ثمن المبيع ربع دينار بأمر لا شك فيه جاز وقال أيضا فيه بالكراهة فإن وقع ركان الثمن كثيراً فيه فضل بين مضى وفى المبسوط يفسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل.

السابع: أن يكون حالا أو إلى أجل معلوم غير بعيد جدا كالخمسین والستين واختلف فيما زاد على الأربعة بالجواز والكراهة من غير فسخ واختلف فيما زاد على العشرين بالفسخ وعدمه ولو كان الأجل غير معلوم مثل أن يكون إلى موت أو فراق فسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل نقدا كله.

الثامن: أن لا يقترن به شرط مفسد وما فسد النكاح لأجله من الشروط فسد الصداق تبعاً له وكذلك إذا كان الشرط مناقضاً لمقتضى العقد مثل أن يشرط أنه لا يقسم لها فإن وقع فسخ قبل وفي فسحه بعد خلاف وفسد الصداق ولو تزوج أمة على أن ما تلده حر فقال مالك يفسخ قبل وبعد ولها المسمى وقيل صداق المثل ثم إن ولدت فالولد حر وولأؤه لسيدته ولا قيمة فيه على أبيه.

الثاني: في حكم التسليم:

وإذا كان الصداق معيناً وجب تسليمه بنفس العقد وإن كان مضموناً وطولب به بعد الدخول وكان حالاً أو قد حل فلها أخذه إن كانت رشيدة وإن كانت محجورة ذات وصى فروى المتقدمون أن ذلك للوصى وقال المتأخرون ليس له ذلك للعادة بتأخيره إلا أن يثبت الحاجة إليه وأنه من حسن النظر فإن طولب به قبل الدخول وكان حالاً أو قد حل وجب تسليمه وقال سحنون لا يجب إلا بعد الدخول وفيه نظر وللمرأة منع نفسها من الدخول حتى تقبض صداقها ولها أيضاً منعه من الوطاء بعده ومن السفر معه حتى تقبض ما حل منه فإن أمكنته من نفسها لم تبق لها إلا المطالبة ثم إذا سلم الصداق وطلب الدخول لزمها ذلك وتمهل ريثما تهين أموراً بالعادة في ذلك.

الثالث: في مصرف النقد:

وإذا قبضت الحرة صداقها وكان عيناً وقبضته بعد البناء فهو كمالها وإن قبضته أو قبضه وليها قبل البناء فمن حق الزوج أن يصرفه في جهازها المعلوم بالعادة وهو المشهور وللزوج أن يمتن الجهاز معها ابن ررب ولو أرادت بيع ما أقامته بنقدها لم يكن لها ذلك إلا بعد مدة يرى أن الزوج قد انتفع به فيها ولم ير السنة طولاً.

الرابع: في الحمل والحماله في الصداق:

وإذا ضمن أحد الصداق فصرح بالحمل أو بالحماله عمل بمقتضاه وإن أبهم ثم قال أردت الحماله أو قال ذلك ورثته فقال ابن الماجشون هو على الحمل قال فضل وهو مذهب ابن القاسم وعن ابن القاسم أنه على الحماله والأول أصح. وإذا كتب الأب الصداق على ابنه الصغير وهو ملى فالصداق على الابن وإن كان عديماً فالمشهور أنه على الأب وفي الميتية عن ابن القاسم إن كتبه على الابن فرضى الزوج فهو على الابن كما لو اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه قال وبه جرى

العمل ولو عقد على ابنه البالغ الراشد وسمى الصداق عليه فهو عليه وإن سماه على الابن أو سكت فهو على الابن .

تنبيه: ما كان على الحمل فلا رجوع للحامل به لأنه بمعنى الصلة بخلاف الحملالة فإن مات الحامل قبل دفعه وقد كان تحمل به في نفس العقد وقبل استقراره في ذمة الزوج أخذ من رأس ماله ولا يحاسب به الزوج من ميراثه إن كان وارثا ويحاص به الغرماء فإن لم يترك شيئاً فلا حق لها على الزوج إلا أن يكون لم يدخل بها فلها منع نفسها حتى تقبض صداقها قاله مالك وابن القاسم وإن كان تحمل به بعد استقراره في ذمة الزوج ففي بطلانه قولان لابن القاسم وأشهب .

الخامس: في حكم الضمان:

وإذا كان الصداق معيناً وتلف بيد الزوج فإن كان فيه حق توفية فزمانه منه وإن لم يكن فيه حق توفية فأما العقار والحيوان فزمانه منها وأما العروض فزمانها منه إلا أن تقوم بينة على الضياع وإن تلف ذلك بيدها ثم طلقها قبل البناء فالقول قولها فيما لا يغاب عليه وتحلف وأما ما يغاب عليه فلا براءة لها من نصفه إلا أن تقوم لها بينة وقال أصبغ تضمن العين وإن قامت لها البينة بخلاف العرض وإذا قبض أبو الثيب صداقها بغير وكالة ضمنه ولو قبضه بوكالة أو قبضه لابنته البكر بالمعينة برئ الزوج وكذلك الوصي وإن قبضه بغير معينة فقال ابن القاسم الأب مصدق والضياع من الابنة وبه الحكم وقال مالك على الزوج دفعه ثانية ولا شيء على الأب .

السادس: في الاستحقاق والعيب:

وإذا استحق الصداق أو وجد به عيب رجعت بالمثل في المثل وبالقيمة في غيره على المشهور .

السابع: في التقرير وحكم الخلو والتشطير:

والصداق يتقرر ملك المرأة عليه بالموت وبالإصابة في المحل المخصوص بالآلة المخصوصة وفي تقريره بالإصابة في الدبر أو باقتضاؤها بإصبعه قولان وإذا قلنا لا يتقرر بالإصبع فعليه في البكر ما شأنها ولا شيء عليه للثيب . وفي تقريره بمجرد العقد ثلاثة قيل يتقرر نصفه وقيل جميعه والطلاق يشطره والمشهور أنه لا يتقرر منه شيء وإذا دخل وكان قادراً على اقتضاؤها وتركه اختياراً فظاهر المذهب أنه لا

يتقرر وإنما لها النصف إن طلق وإن لم يكن قادرا لمانع كالمعترض ولم يطل مقامه معها فليس لها إلا النصف على المشهور وإن طال فقال في المدونة يكمل لتلذذه بها وأخلاقه شورتها وعن مالك لا يكمل قال ابن القصار هذه الرواية هي المعمول بها وإذا قلنا بالأولى فما حد الطول قال في المدونة العام وقيل العرف وأما المجهوب والخصى المقطوع الذكر والعنين فيكمل لأنه قدرتهم من الميسر . وأما مجرد الخلوة فلا يقرر شيئاً فإن ادعت الوطء وكانت خلوة بناء فالقول قولها على المشهور بكرة كانت أو ثيبا قيل ينظر النساء البكر وإن كانت خلوة زيارة فأربعة يفرق في الثالث فيكون القول قول الثيب وينظر النساء البكر والرابع القول قول الزائر منهما وهو المشهور .

الثامن: في التفويض والتحكيم:

والتفويض جائز وهو إخلاء العقد من تسمية المهر والمفوضة تستحق مهر المثل بالفرض وبالوطء لا بالعقد على المشهور وقيل وبالعقد وعلى المشهور إن طلقها أو مات عنها قبل الفرض فلا شيء لها ولها الميراث والحررة لها منع نفسها من الدخول حتى يفرض لها، قال اللخمي: وتقبضه إلا أن تكون العادة أنه مقدم ومؤخر فلا تمتنع إذا فرض صداق المثل وعجل النقد المعتاد ولو رضيت بالدخول قبل الفرض جاز وقدم لها ربيع دينار، وإذا فرض لها صداق المثل لزمها ولا يلزمه وإن فرض أقل قبل البناء ورضيت به الرشيدة أو أبو البكر مضى . وأما ذات الوصي فالمشهور يعتبر رضاها معا إذا كان نظرا ولو كانت سفينة لا ولاية عليها فقال ابن القاسم لا يجوز رضاها بذلك وقيل يجوز وطرحه سحنون وإن طرح لها بعد البناء ففي رضى الولي بذلك ثلاثة الجواز أبا كان أو وصيا قال ابن القاسم يريد إذا خاف أن يفارقها ويرى أن مثله رغبة لها والمنع والجواز للأب دون الوصي قاله مالك في المدونة .

والتحكيم: في معنى التفويض مثل أن يقول تزوجتك على حكمي أو حكمك أو حكم فلان وبجوازه قال مالك وإليه رجع ابن القاسم بعد أن قال يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ثم إن وقع الرضى بالحكم وإلا فسخ ولو فرض الزوج صداق المثل لزم كالتفويض .

التاسع: في الزيادة في الصداق،

وإذا زاد الرجل امرأته في صداقها بعد العقد طوعاً صحح لها جميعها بالدخول ونصفها بالطلاق فإن مات قبل أن تقبضها بطلت وقال الأبهري القياس أن تجب لها بالموت.

العاشر: في صداق السر ورجوع النقد إلى يد الزوج وما تعطيه المرأة للزوج ليزيده

في صداقها:

وإذا عقدا على صداق وأعلنا غيره فالصداق ما في السر أو لا يضر شاهدي السر وقوع شهادتهما فيما أعلناه فإن ادعت المرأة أو أبواها أنهما انتقلا لما في العلانية فالقول قول الزوج مع يمينه ولو تزوجها بثلاثين ديناراً عشرة نقداً وعشرة إلى أجل وسكتنا عن العشرة الثالثة فالعشرة الثالثة ساقطة ولو كان في البيع لكانت حمالة وإذا قبض النقد من يجوز له قبضه ثم أعاده على الزوج بعد غيبته عليه فقال أبو عمران ذلك نكاح وسلف يفسخ قبل ويثبت بعد بصداق المثل لأن فساده في صداقه. وإذا بعثت البكر بغير علم الأب للزوج دراهم ليزيدها في صداقها وجب عليه رد ما أخذ ولم يحط عنه من الصداق شيء كالعبد يعطى مالا لمن يشتريه وإلى هذا رجع ابن القاسم بعد أن قال إذا لم يبين فإن أتم الصداق وإلا فسخ وإن بنى فعليه صداق المثل والثلث والسفينة كالبكر ولا مقال له إن كان عالماً بسفنها فإن لم يكن عالماً حلف أنه لم يرض بتلك التسمية إلا لما وصله سنهها ثم يكون الأب بالخيار في إمضاء النكاح بما دفعه من ماله أو يفارق ولا شيء عليه وإن علم بذلك بعد البناء حلف وأعطاه صداق المثل ما لم يكن أقل مما دفعه من ماله أو أكثر من الجميع ولو كانت رشيدة مضى إن زاد من عنده ربع دينار.

اللواحق

ينحصر الكلام فيها في ثمانية فصول:

الأول: في الاختلاف في الصداق،

واختلافهما فيه ينحصر في خمسة في قدره وجنسه وفي دفعه وفي التعويض

وفى التسمية وفى الصحة والفساد. وإذا اختلفا فى قدره قبل البناء من غير مرت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا وبدأت المرأة باليمين أو المتولى لعقد نكاحها إن كانت محجورة على المشهور وروى يبدأ الزوج واختار اللخمي أن يقترعا فإذا حلفت خير الزوج فى الحلف أو الرجوع إلى قولها ويفسخ النكاح بتحالفهما كالنكاح عند سحنون وقال القاضيان أبو الحسن وأبو محمد لكل واحد منهما الرجوع إلى قول صاحبه وبه العمل وإلا فسخ بغير طلاق وقيل بطلاق وفى مراعاة الأشبه روايتان وإن اختلفا بعد الطلاق وقبل البناء أو بعده فالقول قول الزوج وهو المشهور وإن اختلفا فى جنسه مثل أن يقول تزوجت بهذا الثوب وتقول هى بل بهذا العبد فإن كان قبل البناء تحالفا وتفاسخا وإن كان بعده فثلاثة يتحالفتان ولها صداق المثل ما لم يكن أكثر من قيمة العبد إن كان أو أقل من قيمة الثوب والقول قول الزوج قاله ابن القصار والقول قوله إن ادعى ما يشبه أن يكون صداقا وإلا فقولها إن ادعت ما يشبه وكانت قيمة ذلك ما تزوج به فأقل فإن ادعى كل واحد منهما ما يشبه فالقول قول الزوج وإن ادعى ما لا يشبه تحالفا وتفاسخا ولها صداق المثل وإن اختلفا فى دفعه قبل البناء وادعى دفعه إليها وهى رشيدة حلفت وأخذت وإن كانت محجورة وادعى الدفع إلى أبيها أو وكيلها أو وصيها حلف ولزمه الدفع وإن نكل حلف الزوج ويرئى ولزم الأب أو الوصى دفعه لها ولو كان الناكل هو الولى دفعه الزوج لها ورجع به على الولى وإن كان بعد البناء والمرأة سفية لم يقبل قوله ولا يمين عليها وإن كانت رشيدة وادعى الدفع إليها فالقول قوله مع يمينه على المشهور للعرف. قال القاضى إسماعيل إنما قال مالك ذلك بالمدينة للعرف لأن عاداتهم دفع الصداق قبل البناء فأما فى سائر الأمصار فالقول قول المرأة مع يمينها قال القاضى أبو محمد إلا أن يكون عرفهم كعرف المدينة وإن اختلفا فى التفويض والتسمية فالقول قول مدعى التفويض وحمل اللخمي قول مالك على قوم عاداتهم عقد النكاح على التفويض والتسمية قال ولو كانت عادة قوم التسمية خاصة فالقول قول مدعى التسمية وإن ادعى الزوج الفساد وادعت هى الصحة قبل البناء فرق بينهما لإقراره وتحلف هى وتأخذ نصف الصداق ولو كانت هى المدعية للفساد لم تصدق لأنها متهمة على الفراق.

الثاني: في الاختلاف في متاع البيت:

وإذا اختلفا في متاع البيت فما كان معروفاً بالنساء فهو للمرأة وما كان معروفاً بالرجال فهو للرجل ومن قضى له بشيء فهل عليه يمين أم لا قولان لابن حبيب وسحنون ومن أقام بيته أنه اشتراها يعرف لصاحبه فهو له بعد يمينه أنه إنما اشتراه لنفسه وما كان معروفاً بالنساء والرجال فهو للرجل لأن البيت بيته وبه القضاء.

الثالث: فيما يفسخ قبل وبعد وما يفسخ قبل خاصة:

اعلم أن كل نكاح مجمع على فساد فإنه يفسخ قبل البناء وبعده وما اختلف فيه فإن كان الخلاف للخلل في عقده كنكاح المريض والمحرم وشبه ذلك فإنه يفسخ قبل وفي فسخه بعد خلاف وإن كان للخلل في صداقه فالمشهور أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل.

الرابع: فيما يفسخ بطلاق وبغيره:

ما كان من الأنكحة للولي أو لأحد الزوجين أو غيرهما إمضاؤه وفسخه فإنه يفسخ بطلاق قال في المدونة والطلقة بائنة قال ابن القاسم ويقع فيه الطلاق والمواريثة قبل الفسخ وما كان مغلوبين على الفراق وكان مما يفسخ قبل وبعد فيفسخ بغير طلاق وهذا أول أقوال ابن القاسم وعليه أكثر الرواة وآخر قوله لرواية بلغت عن مالك: أن كل ما نص الله تعالى على تحريمه في كتاب أو سنة لا يختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق ولا يقع فيه طلاق ولا مواريثة كنكاح الخامسة والأخت من الرضاع وما اختلف فيه يفسخ بطلاق كنكاح المرأة نفسها والأمة بغير إذن سيدها.

الخامس: في القسم والنشوز:

والقسم بين الزوجات دون السريات واجب مع الإمكان ويقسم بالسواء على الرواية المشهورة وفي رواية ابن الماجشون للحررة الثلاثان وللأمة الزوجة الثلث ويعدل بينهن في المبيت ولا تجب المساواة في الجماع ما لم يترك وطء هذه لتوفر لذته في الأخرى ولا تجب المساواة أيضاً في النفقة والكسوة ويسقط عنه الوجوب في المرض والسفر وتجدد النكاح وعليه يبيت عند البكر سبعمائة والثيب ثلاثاً ثم يستأنف القسم وإذا نشزت المرأة وعظها فإن قبلت وإلا هجرها فإن قبلت وإلا ضربها ضرباً غير مخوف فإن ظن أنه لا يفيد لم يجز ضربها أصلاً.

السادس: في الوليمة:

وهي طعام العرس وهي مندوب إليها وتجب إذا شرطت وإن لم تشرط وجرى بها العرف ففي القضاء بها خلاف قال ابن سهل والصواب أن يقضى بها عملاً بقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف: «أولم ولو بشاة» مع اتصال العمل به عند الخاصة والعامة ومحلّه بعد البناء وقبله واسع والإجابة مستحبة وقيل واجبة بشرط أن يدعى معيناً ولا يكون هناك منكر ولا أرذال ولا فرش حرير ولا رحام ولا إغلاق باب دونه ولا صورة ولا بأس بصور الأشجار ولا يترك الدعوة لصوم بل يحضر ويمسك ووجوب أكل المفطر محتمل.

السابع: في الهدية وأجرة الخلوة:

وقد أفتى ابن عتاب فيما يهديه الأزواج قبل البناء فإنه يقضى بذلك على الزوج على قدره وقدرها وقدر صداقها وأفتى في أجرة الخلوة والعرس بعدم القضاء وإنما يؤمر ولا يجبر وفيما قاله نظر لأنه إن اعتبر العرف فينبغي أن يحمل عليه وإن اعتبر المكارمة فينبغي أن لا يقضى عليه بالهدية.

الثامن: في أسباب الخيار:

وهي وجود: العيب والغرر والعتق.

العيب: وهو إما بالرجل أو بالمرأة فإن كان بالرجل فللمرأة رده بأحد العيوب الأربعة: وهي الجنون والجذام والبرص وداء الفرج. والجنون هو الصرع والوسواس المذهب للعقل وترده بما قل منه. وكذلك الجذام والبرص يرد بما قل أو كثر وروى أشهب إنما لا ترده بالبرص وإن غرّها والأول أصح ولعله أراد في رواية أشهب بالبرص الوضح أو البرص غير الطيار بخلاف الطيار ولون الوضح كلون البرص والفرق بينهما أن الوضح إذا غرز لا بد يخرج منه ماء معلوم والبرص إذا غرز يخرج منه ماء أبيض وجلد الوضح مساو للجسد وجلد البرص متميز والشعر النابت على الوضح أسود وأصفر وعلى البرص أبيض لا غير ومن البرص ما يكون أسود وهو رديء جداً لأنه من مقدمات الجذام. وداء الفرج الجب والخصا والعنة والاعتراض والمجبوب المقطوع ذكره وأنثياه والخصى المقطوع أحدهما والعنين ذو ذكر صغير لا يتأتى به وطء والمعترض بصفة المتمكن ولا يقدر وهذه الأربعة إن

وجدت قبل العقد فلها الرد وإن حدثت بعده فأربعة يفرق في الثالث فلا ترد بالبرص وترد بغيره والرابع التفرقة في البرص بين كثيره ويسيره وإذا قامت المرأة بالرد فلها ذلك ما لم ترض به إلا في عيب الاعتراض فلها القيام به لأنها تقول رجوت علاجه ويطلق على الخصى والعنين بغير أجل. وأما الجنون والجذام والاعتراض فلا يطلق عليهم إلا بعد الأجل وهو سنة للحر ونصفها للعبد وبه الحكم ولا يمنع المعارض من البقاء بخلاف المجنون يخشى منه وبخلاف الأجم والأبرص إذا كانت الرائحة تؤذيها فإذا انقضى الأجل والعيب باق أمره الحاكم بالفراق فإن أبي فارقها عليه بطلقة بائنة وعن ابن القاسم لها أن توقعه من غير أمر الحاكم وإن كان بالمرأة وقد اشترط السلامة فله ردها من كل عيب إلا ما حدث بعد العقد وجعل ابن أبي زيد قول الموثق سليمة البدن كالشروط بخلاف قوله صحيحة البدن وإن لم يشترط وجب الرد من العيوب الأربعة وفي غيرها خلاف. وداء الفرج منه ما يمنع الوطاء كالقرن والرتق. ومنها ما يمنع لذة كالعقل والنتن والاستحاضة والإفشاء وحرق النار وفي ردها بالبرص غير الطيار خلاف وترد من داء الفرج مطلقاً. وقال ابن حبيب لا ترد باليسير إلا أن يمنع اللذة وما حدث من هذه العيوب بعد العقد فلا رد له به وإذا قام بالرد فله ذلك ما لم يرض بقول أو تلذذ أو علم به قبل العقد أو سكت عن القيام بعد العلم وإذا أنكرت عيب الفرج فقال ابن القاسم هي مصدقة ولا ينظر إليها النساء. وروى ابن زياد ينظر إليها النساء. وقال سحنون ثم إذا ثبت العيب بالبينة أو بإقرارهما ضرب لها أجل لمعانة نفسها فيضرب للجذام والبرص والجنون ولداء الفرج بقدر الاجتهاد فإذا انقضى الأجل وأقرت ببقاء العيب فله الرد ويسقط عنه الصداق قبل البناء وبعده إن كانت هي الغارة ويترك لها ربع دينار وإن كان الولي هو الغار دفع لها صداقها إن بنى عليها ورجع به على الولي ومحمل الابن والأب والأخ على أنه عالم بعيبها ومحمل العم وابنه على عدم العلم ولو وقع الغرر منها ومن الولي رجوع عليها ولا رجوع لها على الولي.

الغرر: مثل أن يتزوج حرة فيجدها أمة أو مسلمة فيجدها كافرة أو تتزوجه على أنه حر فتجده عبداً أو تتزوج نصرانية رجلاً على أنه نصراني فتجده مسلماً والخيار

ثابت للمغرور منهما قال ابن شهاب وإذا غر العبد أو المكاتب بالحرية جلد نكالا وولد العبد رقيق لسيد الأم وولد الحر حر وعليه قيمته للسيد وقال مطرف فيمن باع أم ولده فولدت من المشتري لا شيء للبائع من قيمة الولد لأنه أباح له فرجها بالبيع. وقال ابن الماجشون عليه قيمة الولد. واختار اللخمي لا شيء للسيد المزوج ولا للبائع لأجل التسليط.

العتق: وإذا عتقت الأمة وهي تحت عبد فهي بالخيار إن عتق جميعها بتلا ولو عتق بعضها بتلا أو جميعها إلى أجل أو دبرت أو كوتبت أو صارت أم ولد فلا خيار لها ومحمل الخيار على طلاقة بائنة على المشهور وفي مختصر ما ليس في المختصر: إن عتق في عدتها فله الرجعة ولو أرادت إيقاع البتات فلها ذلك لحديث زبرا قاله مالك ولها الصداق بالبناء أقامت أو فارقت ويتبعها كمالها ما لم يقبضه السيد أو يشترطه وإن اختارت قبل البناء فلا صداق لها ويرده السيد إن قبضه فإن كان عديما ففي سنقوط خيارها قولان. أما السنقوط فلأن ثبوته يرددها إلى الرق فبقاؤها حرة تحت عبد أولى وعلى الثبوت فهل تباع فيه أو لا تباع لأنه دين طرأ بعد العتق قولان ولو أمكنته من الوطاء وهي عالمة بالعتق والحكم سقط خيارها وإن جهلت لم يسقط ولو جهلت الحكم سقط على المشهور قال ابن القصار إنما قال مالك ذلك بالمدونة حيث اشتهر ولم يخف عن أمة وأما اليوم فيقبل قولها ولو قالت لم أعلم بالعتق صدقت بغير يمين قاله محمد.

كتاب الطلاق

وهو ضربان: بعوض من الزوجة أو غيرها ويسمى خلعا، وخالى عن العوض.

الضرب الأول:

حقيقته: لغة: النزع والقلع تقول خلعت الباب إذا قلعتها من محلها. وشرعاً: خلع العصمة بالطلاق على عوض.

حكمه: البينة. ولو شرطت وقوعه رجعيًا على المشهور وروى أنه رجعى لمكان الشرط وبه أخذ سحنون.

حكمة مشروعيته: التوسعة على الزوجين والرفق بهما لما عسى أن يلحقهما من الضرر بطول الإقامة.

أركانها: خمسة: الموجب والقابل والعوض والمعوض والصيغة.

الموجب: يشترط فيه أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً طائعاً فلا ينفذ من الكافر ولا من الصغير ولا من المجنون ولا من المكره وينفذ من السفیه ويتولى وصيه قبض العوض وللأب والوصى والحاكم أن يخالع عن الصغير بشيء يأخذه له ويسقطه عنه على وجه النظر والسيد عن عبده كذلك ولا يجوز خلع الوصى على البالغ على المشهور.

القابل: وهى المرأة الرشيدة إذا كانت صحيحة طائفة غير مديانة فإن كانت سفیهة وهى فى ولاية وقع الطلاق ورد المال وإن لم تكن فى ولاية فثلاثة عدم الإمضاء قاله أصبغ. قال ابن اللباد وهو المعروف وفى المتيطة وعليه العمل وقال ابن القاسم قد قال مالك فى الصغيرة يدخل بها يمضى بخلع المثل وإذا أجازه على الصغيرة ففى البالغ أولى، وقال سحنون فى البالغ تفتدى قبل البناء ذلك جائز وصلح المريضة يمضى إن أخذ مقدار ميراثه فأقل وإن أخذ أكثر فأربعة: الإمضاء إن حملة الثلث والإمضاء بخلع المثل والجواز مطلقاً قال ابن رشد وهو ظاهر المدونة والموازية وقال ابن نافع يمضى إن أخذ مقدار ميراثه وهو قول ابن القاسم ثم هل

يعتبر قدر ميراثه يوم الموت أو يوم الخلع قولان ثم إن قلنا يوم الخلع فيعجل له وإن قلنا يوم الموت فيوقف فإن صحت أخذه وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه وإذا خالعت لضرر وقع الطلاق ورد المال وخلع المديانة يوقف على إجازة الغرماء وقيل يجوز وخلع الأب على الصغيرة بجميع المهر جائز وكذلك البكر البالغ وفي خلع الأب عن الثيب في حجره قولان وفي خلع الوصي عن البالغ برضاها روايتان ولم يجز في المدونة خلعه عن غير البالغ وروى ابن نافع الجواز إذا كان نظراً وأنكرها سحنون وأجاز له ذلك في الثيب برضاها في رواية ابن القاسم وروى ابن القاسم المنع أيضاً.

العوض: وكل ما صح تملكه جاز الخلع به وما ليس فليس ويقع الطلاق ولا شيء له على المنصوص وفي الخلع بالغرر ثلاثة المنع والكراهة والجواز وهو المشهور.

العوض: وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج فلا يصح خلع البائن والمختلعة والمرتدة ويصح خلع الرجعية.

الصيغة: والألفاظ المستعملة في ذلك الخلع والصلح والإبراء والافتداء ابن رشد؛ الخلع بذل جميع المال على الطلاق والصلح بذل بعض والافتداء بذل جميع الحق الذي أعطها والمباراة ترك ما لها عليه وترك كل واحد منهما ما له على صاحبه على الطلاق. ثم الصيغة إذا صدرت من الموجب مطلقة فلا بد من القبول في المجلس وإن صدرت معلقة لم تفتقر إلى القبول في المجلس فلو قال طلقتك ثلاثاً على ألف فقالت قبلت واحدة على الثلاث لم يقع شيء ولو قبلت واحدة على الألف وقعت ولو قال متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق لزمه الطلاق متى أعطته ولا يفتقر إلى قبولها وإعطائها في المجلس وليس له رجوع إلا أن يظهر من قصده إرادة التعجيل في المجلس.

• اللواحق:

وهي هاهنا التنازع فإذا قال طلقتك على عشرة فقالت بل مجاناً فالقول قولها مع يمينها على المشهور قال ابن الماجشون يتحالفان وتعود زوجة ولو اعترف بالعوض واختلف في جنسه أو في قدره فالقول قولها مع يمينها.

الضرب الثاني: الطلاق على غير عوض؛

حقيقته: إصدار لفظ يقتضى حل العصمة من الجانبين.

حكمه: يختلف باختلاف عدده وزمن صدوره؛ فأما عدده فالواحدة الرجعية جائزة وكذلك الخلع عند مالك وقال ابن القصار هو مكروه والطلقتان مكروهتان والثلاث حرام. وأما زمان صدوره فإن طلقها واحدة في طهر لم يمسه فيها فهو جائز وكذلك إن كانت عدتها بالأشهر وإن طلقها في طهر مسها فيها فهو مكروه ولا يجبر على الرجعة على الأصح وإن طلقها في الحيض وهي مدخول بها غير حامل ولم يكن باختياره فهو حرام فإن كانت غير مدخول بها فثلاثة المنع للمالك والجواز لابن القاسم ومالك أيضاً والكراهة لأشهب ولو كانت حاملاً فقال ابن شعبان ذلك جائز وأجازه القاضي أبو محمد على غير المدخول بها ولو كان باختيارها كالخلع فالمشهور المنع قيل لأنه تطويل في العدة برضاها وقيل يجوز لضرورة الافتداء ويلزم على الأول جواز تطليقها في الحيض برضاها وعلى الثاني أن يمنع اختلاع الأجنبية. ثم إذا أوقعه في الحيض ابتداء أو حثاً وهو غير بائن أجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة في قول مالك وأصحابه خلا أشهب فإنه قال إذا دخلت في الطهر الذي يباح له فيه الطلاق ابتداء لم يجبر فإن أبي هدد ثم سجن ثم ضرب بالسوط فإن أبي رجعها الحاكم ويكون ذلك قريباً بعضه من بعض قاله أشهب وقال ابن القاسم في العتبية إن أبي حكم عليه بالرجعة ولم يذكر سجناً ولا ضرباً.

أركانها: ثلاثة: المطلق والمطلقة والصيغة:

الأول: المطلق:

يشترط في لزوم طلاقه أربعة شروط: الإسلام والبلوغ والعقل والطوع فلا يلزم طلاق الكافر على المشهور. وقال المغيرة: يلزم ويحكم عليه به وإن أسلم احتسب به ولا ينفذ من الصبي وينفذ من البالغ السفیه وفيمن ناهز البلوغ قولان المشهور أنه لا ينفذ ولا من المجنون وينفذ من السكران المميز اتفاقاً وكذلك المقهور على المشهور ونزل الباجي الخلاف على المختلط الذي معه بقية من عقله قال وأما الذي لا يعرف السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة فلا خلاف أنه كالمجنون إلا في

قضاء الصلوات ولا ينفذ طلاق المكره خلافا لأبي حنيفة وقال بعض المتأخرين إن ترك التورية مع علمه بها واعترف أنه لم يدهش عنها لزمه الطلاق ولو كان الإكراه شرعياً مثل أن يحلف في نصف عبده لا يباعه فأعتق شريكه نصفه فقوم عليه فقال المغيرة لا يحنث وقيل يحنث إلا أن ينوى إلا أن يغلب والتخويف بالسجن والضرب إكراه قال اللخمي السجن إكراه في ذوى الأقدار دون غيره إلا أن يهدد بطول الإقامة فيه قال غيره والصفع لذى المروءة فى الملاء إكراه والتهديد بقتل الولد إكراه ويقتل الأجنبي فيه قولان وفى التخويف بالمال ثلاثة يفرق فى الثالث فإن كان كثيراً فهو إكراه وإذا تكاملت الشروط فطلق وهو مريض نفذ طلاقه لكن لا يقطع ذلك ميراث زوجته وإن كان بائناً ولو تزوجت غيره إذا كان مخوفاً فإن كان غير مخوف فلا ترثه وإن كان مخوفاً وطلق فى آخره أو فى أوله أو أعقبه الموت ورثته ولو طال مرضه بعد الطلاق فظاهر المذهب أنها ترثه لقوله فيها إذا تزوجت أزواجاً فطلقها كل واحد فى المرض ورثت جميعهم. وقال ابن الماجشون السل والربيع والطحال والبواسير ما تطاول منها يجرى بعد تطاوله مجرى الصحة فإن كان الموت قبل المطاولة ورثته وكان فعله من الثلث وإذا كان للمرأة سبب فى الطلاق كالمخيرة والمملكة والحالف فى الصحة فتحته فى المرض فقول ابن القاسم وجوب الميراث للجميع وكذلك المختلعة على المشهور وفى المنتقى إذا حلف بطلاقها لا دخلت هذه الدار فمرض فدخلتها قاصدة لطلاقه فالمشهور من مذهب الأصحاب أنها ترثه وروى ابن زياد أنها لا ترثه وإذا جعل الزوج ما بيده من الطلاق بيد غيره جاز ثم إن كان ذلك الجعل على سبيل الوكالة فله عزله ما لم يقع ولزمه ما أوقعه عليه إن وكله على ذلك معينا وإن فوض إليه فى جميع أموره ولم يسم له طلاق زوجته فظاهر ما فى الجواهر أن له ذلك والذى حكاه ابن أبى زيد أنه معزول عرفاً عن طلاق الزوجة وبيع دار السكنى وتزويج البنت وعتق العبد وإن جعله بيده على سبيل التملك فليس له عزله ثم إن كان حاضراً فى المجلس فله أن يمضى أو يرد وإن تفرقا من المجلس ففى بقاءه بيده قولان وإن جعله بيد الزوجة على سبيل التوكيل فله عزله ما لم توقع وفيه نظر وإن جعله على سبيل التملك أو التخيير فليس له عزلها. ولا يشترط فى المملكة المخيرة البلوغ لكن القضاء لا يصح منها

في حال صغرهما قال ابن القاسم: إن بلغت حد الوطاء فاختارت نفسها فهو طلاق وروى عنه عيسى أنها إذا بلغت مبلغا تعرف ما جعل إليها ويوطأ مثلها فذلك لازم وصيغة التملك أمرك بيدك وملكتك نفسك ونحو ذلك وصيغة التخيير اختاريني واختارني نفسك ثم إن كان لفظ الصيغة نصا في عدد وفي وقت القضاء عمل بمقتضاه وإن كان محتملا وفسره بأظهر محامله قبل قوله وإن فسره بالمرجوح قبل قوله واستظهر عليه باليمين وإن فسره بما لا يحتمله اللفظ لم يقبل قوله ومدلول التملك المطلق أقل الطلاق ولذلك تكون له مناكرتها إذا قضت بأكثر بشروط ثلاثة: أن يكون تملكه على غير شرط وأن يدعى أنه نوى ذلك عند التملك وأن يناكرها في الحال ومدلول التخيير المطلق الثلاث في المدخول بها وإن نوى أقل على المشهور وقيل هو كالتملك وعلى المشهور فإن وقعت واحدة لم تقع ويكون ذلك قطعاً لخيارها قاله ابن القاسم ومالك وقال أشهب لها استئناف القضاء وقال ابن الماجشون إذا قضت بواحدة فهي البتة ومحمله في غير المدخول بها على الواحدة إذا نوى ذلك أو نوته وإلا فالثلاث ثم هاتان الصيغتان إن صدرتا معلقتين بشرط لم تفتقر إلى الجواب في المجلس ثم ذلك الشرط إن كان محقق الوقوع مثل إن مضت سنة فأمرك بيدك فيكون أمرها بيدها الآن وإن كان جائز الوقوع كان بيدها إذا وجد وإن صدرت مطلقة وكانت غائبة وأرسل إليها بذلك ولم تجب وفارقها الرسول فذلك بيدها ما لم يطل الزمان أو يتبين من حالها أنها راضية بالزوج قاله ذلك وإن كانت حاضرة ونص على بقاءه بيدها بعد المجلس أو على أنه لا يبقى بعده عمل بمقتضاه وإن أطلق ولم يأت بلفظ يدل على التأخير في بقاءه بيدها بعد المجلس فروايتان والذي أخذ به ابن القاسم الإمضاء بعده وإذا طال المجلس طولا يخرج على الجواب فهو كالاتفاق على المنصوص.

الثاني، المطلقة:

يشترط أن يملك الزوج عصمتها حال الطلاق تحقيقا أو تقديرا فلو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق إلا أن ينوى إن تزوجتك ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق طلقت عقيب العقد على المشهور وقال المخزومي وابن عبد الحكم لا تطلق ورواه ابن وهب والمخزومي عن مالك وأفتى به ابن

القاسم صاحب الشرطة وهو قول الشافعي وعلى المشهور فعليه نصف الصداق فإن دخل قبل النظر فيه فصداق واحد على المشهور وقيل صداق ونصفه .

الثالث: الصيغة:

وإذا صدر اللفظ اللساني مقارنًا للكلام النفساني لزم الطلاق اتفاقًا وإن صدر اللفظ وحده ففي اللزوم قولان قال اللخمي والصحيح من المذهب أن اللفظ بغير نية لا يلزم ولو أوقع الطلاق بقلبه ففي اللزوم روايتان قال أبو عمران والمشهور عدم اللزوم . وفي المتبعية المشهور اللزوم ثم الصيغة ضربان صريح وكناية وما ليس بصريح ولا كناية، والكناية ضربان: ظاهر ومحمّل، فالصريح ما فيه الطاء واللام والقاف . وزاد ابن القصار سرحتك وفارقتك وأنت حرام وبته وبته والكناية الظاهرة ما دل عرفًا على الطلاق كالخمسة المتقدمة وخليتك وأنت خلية وبرية وحبلك على غاربك وكالميتة والدم وكلحم الخنزير ووهبتك ورددتك إلى أهلك واعتدى وهذه الكنايات كالصريح في أنه لا يقبل قوله أنه أراد غير الطلاق .

تنبيه: أهل العصر إذا رأوا المسألة في المدونة من هذه المسائل أفتوا بها وقالوا مذهب مالك فيها كذا وما قالوه صحيح لكن ما أفتى به مالك بناء على عرف تقرر عنده في هذه الألفاظ فلا يحل أن يفتى بذلك إلا بعد أن يعلم أن ذلك العرف باق وكذلك كان شيخنا شهاب الدين رحمه الله يقول والمحتمل مثل اذهبى وانصرفى واعزبى وأنت حرة والحقى بأهلك أو لست لى بامرأة ولا نكاح بينى وبينك وقوله مقبول إن قال أردت غير الطلاق أو الطلاق لكن أردت واحدة وما ليس بصريح ولا كناية مثل اسقنى الماء فإن ذكر أنه أراد الطلاق فهو طلاق على المشهور .

اللواحق

وهي هنا قيام المرأة بالإعسار بالنفقة أو بالكسوة وبالضرر والغيبة وامتناع الزوج من الوطاء والمتعة .

الأول، الإعسار بالنفقة وبالكسوة،

ويثبت للمرأة القيام بالطلاق إذا عجز الزوج عن النفقة الحاضرة لا الماضية ما لم

تكن عرفت قدره أو عرفت أنه من السؤال قال أشهب ولو عجز عن الكسوة خاصة طلقت عليه قال اللخمي وينبغي أن يطلق إذا عجز عن الغطاء والوظء وحيث قلنا بالتطبيق فذلك إذا عجز عن ذلك جملة وأما إذا قدر على قوتها دون خادمها ولو من شعير غير مأدوم يوماً بيوم وعلى ما يوارى عورتها ولو من غليظ الكتان لم تطلق وإن كانت ذات شرف وغناء قاله مالك فإن ادعى الزوج العسر أثبت ذلك فإن وافقته على دعواه ضرب له أجل رجاء يسره على القول المعمول به وقيل لها أن تطلق نفسها من غير أجل وإن أكذبتة حلف أنه لا يملك مالا ظاهرا ولا باطنا وضرب له أجلا قال فى المدونة والتلوم يختلف فيمن يرجى له ومن لا يرجى له قال مالك والأجل اليوم ونحوه ما لا يضر بها الجوع فيه وعنه ثلاثة الأيام ابن المواز الذى عليه أصحاب مالك الشهر قال بعض الفقهاء ويؤجل فى الكسوة دون أجل النفقة كالثلاثة أيام ونحوها وقيل خمسة عشر إلى الشهر وهذه الأقوال لا مستند لها إلا مجرد الاجتهاد فينبغى للحاكم أن يعمل فى ذلك بما يراه مصلحة فى حق الزوجين ولو قامت والزوج غائب فإن كان له مال يعد فيه بنفقتها فرض لها الحاكم نفقتها فيه وإن لم يكن له مال فلها القيام بالطلاق عند أكثر المتأخرين وهو أصل المذهب وقال اللخمي وغيره ليس لها ذلك لأن الغائب لم يستوف حجته وإذا فرعنا على الأول فإن الطلاق يكلفها إثبات الزوجية والغيبية واتصالها وأنهم ما علموه ترك لها نفقة ولا بعث لها بشيء فوصلها إلى آخر الفصول التى جرت العادة بها ثم الغيبية إن كانت قريبة أعذر إليه وإن كانت بعيدة أو كان غير معلوم المكان أجلها القاضى بحسب ما يراه، وذكر المتيطى فى تسجيله فى التأجيل خمسة وأربعين يوماً فإذا انقضى الأجل استظهر عليها باليمين ثم طلقها عليه.

الثانى، الضرر

وإذا قامت تشكو الضرر فإن أثبتته ففى وثائق ابن الهندى لها تطبيق نفسها وإن لم يشهد بتكرار الضرر وقيل حتى يتبين تكرره ويطلقها القاضى عليه. وفى العتبية: من مثل بامرأته طلقت عليه، وذلك فى المثلة البينة يأتيا متعمداً مثل فقء العين وقطع اليد وشبه ذلك. وقال اللخمي: إن انزجر بالقصاص لم تطلق عليه وإن كان شريكاً يخاف عليها منه إذا اقتصت منه طلقت، ولو قال: فعلته خطأ، وقالت: بل

عمداً فرجع سحنون إلى أن القول قولها. وقال اللخمي: إن كان شريراً أو فعل ذلك بالحديد أو ما يقوم مقامه بما يقوم الدليل فيه أنه فعله عمداً فالقول قولها وإن لم يثبت الضرر نهى عنها فإن تكررت شكواها أمره أن يسكنها مع قوم صالحين وأمروا بتفقد خيرها ثم إن ظهر منه ما يوجب أدبه أدبه وإن رأى إسكانهما مع أمينة فقولان ثم إذا قلنا بإسكان أمينة فقال بعضهم يقبل قولها ويقضى به عليهما وقيل حتى يتفق الزوجان على أن قولها مقبول عليهما، قال أبو بكر بن عبد الرحمن: على القاضي أن يعمل بقول الأمين وإن كانت امرأة إذا اتفقا عليه ورضيا به وهي ضرورة ولو كان الزوج صالحاً ودعت المرأة إلى الأمين لم تمكن من ذلك إلا أن يعلم الجيران شيئاً من ذلك ولو دعا الرجل إلى الأمين مكن من ذلك بأى وجه كان حكاه في الطرر وإذا لم يرض القاضي بالأمين أو لم ينكشف له حالهما وطال عليه تكررها بعث إليهما حكمين ويكونان ذكرين حرين عدلين فقيهين حكما من أهله وحكما من أهلها فإن لم يجد بعثهما من غير أهلها ويستحب أن يكونا من الجيران وللزوجين ولمن يلي عليهما إقامتهما على الصفة المخصوصة وليس للحاكم ولا لهما إقامة واحد، قال اللخمي: فإن جهل وجعل ذلك إلى واحد عدل لم ينقض وهو قول عبد الملك وعلى الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح وإلا نظرا فإن كانت الإساءة منها ائتمناه عليها إن كان لا يتجاوز الحق فيها عند طلاقهما إلا أن يريد الزوج الفراق فيفرقان ولا يكون لها شيء من الصداق وإن رأيا الإساءة منه فرقا بينهما دون إسقاط شيء من الصداق وإن كانت منهما أو أشكل أمرهما فرقا بينهما وأسقطا عنه نصف الصداق وإن كان الظلم من أحدهما أكثر حكما بما يريانه.

الثالث: الغيبة،

وإذا قامت بالفراق للغيبة لما يلحقها من الوحشة وعدم الإصابة فإن كان معلوم المكان وكان في الإقامة معذورا كالأسير فلا مقال لها إلا بعدم النفقة أو يكون لها شرط وينفق عليها من ماله إلا أن يموت أو ينقضى تعميره فتتزوج حيثئذ ويقسم ماله وهذا قول مالك وأصحابه إلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود وإن كان مختاراً كتب السلطان إليه إما أن يقدم أو يحملها إليه أو يفارق أو يفارقها عليه

لحقها في الإصابة قال مالك فإن كان يبعث بالنفقة فالعام قريب وإن تعذرت الكتابة إليه فلها القيام بالفراق وإن كانت الطريق مخوفة فلها حكم الأسير إلا أن يعلم أنه غير راغب في القдом فإن كان مفقوداً فلها القيام ثم لفقده أربعة أحوال:

الحال الأول: أن يفقد في قتال المسلمين في الفتن. فقال مالك ليس في ذلك أجل وتعتد زوجه بعد انفصال الصفين وقاله ابن القاسم وقال ابن القاسم أيضاً تربص سنة ثم تعتد. وقال أيضاً العدة داخلة في السنة. وقال في العتبية ما قرب من الديار يتلوم لها بقدر انصراف من انصرف ثم تعتد وتزوج وما بعد مثل إفريقية ونحوها تنتظر سنة. وقال ابن المواز أربعة أعوام كالمفقود.

الثاني: أن يفقد في قتال العدو وفي المذهب أربعة كالأسير قاله ابن القاسم وكالقتيل وهو ظاهر رواية أشهب أنه يضرب لها سنة من وقت النظر لها فمحمل أمره على القتل وتلوم بالسنة لاحتمال حياته وكالمفقود في المال والمقتول في الزوجة وقيل كفقيد أرض الإسلام.

الثالث: أن يفقد في بلاد العدو وفي المذهب أربعة كالمفقود وكالأسير والتفرقة فإن كان سفره في البحر فكالأسير وإن كان في البر وفقد قبل الوصول فكالمفقود والتفرقة أيضاً فإن كان فقد قبل وصوله فكالمفقود بأرض الإسلام وإن فقد بعد وصوله فكالأسير.

الرابع: أن يفقد بأرض الإسلام فإن كان وجهته إلى بلد فيه الطاعون فمحملة على الموت وإن كانت إلى غير ذلك وقامت المرأة تطلب الفراق كلفها القاضي إثبات الزوجية واتصالها إلى حين القيام وأنه غاب وانقطع خبره فإذا ثبت ذلك عنده بحث عنه وكتب إلى المواضع التي جرت عاداته بالخروج إليها وعمل في ذلك جهده فإذا يش من قدومه ضرب لها أربعة أعوام أجلا إن كان حراً وإن كان عبداً فعامان وابتداء الأجل من يوم الإياس قاله مالك وقال أيضاً من يوم الرفع فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة ثم تتزوج ولا يفترق في ذلك إلى إذن السلطان ولها أخذ صداقها بعد الأجل المضروب إن حل أجله بعد يمين الاستبراء وإن لم تحل لم تأخذه وإن كان لم يدخل بها فهل تأخذ جميعه أو نصفه ويبقى نصفه إلى انقضاء تعميره روايتان وإذا قلنا لها أخذ جميعه فعلمت حياته فهل لها رد النصف

لأنه طلاق قبل الدخول أو لا ترد شيئاً روايتان وإذا كان له نسوة لم يقمن فضرب الأجل لهذه ضرب لجميعهن قاله مالك وقال أبو عمران يضرب للثانية أجلاً من يوم الرفع من غير استئناف كشف وينبغى للإمام أن يجعل ماله بيد أمين يحفظه ويشمره ولو كانت النفقة عليه تعظم والبيع أصلح باعه عليه ويترك وديعته عند من أودعها إن كان أميناً ويبقى المال بيد أمين إلى ثبوت موته أو انقضاء تعميره فيقسم بين ورثته يوم التمويت وقيل يقسم بعد انقضاء أربعة أعوام واختلف في حد التعمير على ستة فقال مالك وابن القاسم وأشهب سبعون عاماً وأفتى ابن زرب بخمسة وسبعين وقال الباجي في مجالسه وبه القضاء وروى ابن الماجشون الثمانون وبه أخذ ابن القاسم وقال ابن القاسم أيضاً تسعون وقال أشهب أيضاً مائة قال ابن الماجشون وإليه رجح مالك ومائة وعشرين قاله ابن عبد الحكم ولو غاب وهو ابن ثمانين عمر إلى التسعين وإن غاب وهو ابن تسعين عمر إلى المائة وابن مائة يتلوم عليه بالأعوام اليسيرة قيل بعشرة وقيل بالعام والعامين وابن مائة وعشرين يتلوم عليه بالعام ونحوه والطريق إلى ذلك أن يشهد بمبلغ سنة يوم سفره إما بالعلم وإما بالحزر ويبنى في ذلك على الأقل وإذا شهد بالحزر فلا بد في ذلك من يمين الورثة ومتى قدم المفقود وزوجه في العدة أو بعد انقضائها وقبل التزويج بقيت زوجة وكذلك إن علمت حياته وهذا هو المشهور وقال ابن نافع إذا انقضت عدتها فلا سبيل له إليها ولو تزوجت ولم يدخل بها الثاني فرجع مالك إلى أن المفقود أحق بها وبه القضاء وإن دخل بها الثاني فهو أحق بها وفي المنع لها زوجها ثلاثة الأول أحق بها وإن ولدت من الثاني وهو المشهور والثاني أحق والفرقة فإن كان حكم بموته قاض فالثاني أحق وإلا فالأول.

الرابع: امتناع الزوج من الوطاء:

فإن ترك ذلك لغير عذر ولا يمين لم يترك وأمر بالفعل أو الطلاق وتلوم عليه مقدار أجل الإيلاء حكاه ابن يونس عن مالك وإن تركه لعذر وكان من غيره كالذي يحبس فلا كلام لها وإن حبس ليغرم مالا قليلاً وعنده مال فلها المقال وإن كان منه كالذي يقوم عليه شاهد بالطلاق فينكر ويمتنع من اليمين فيسجن فإن كانت المرأة عاملة بالفراق وكان الطلاق بائناً أو رجعياً وقد انقضت العدة لم يكن لها حق في

القيام إذ لا حق لها في الإصابة وإن لم تكن عالمة فلها القيام ويضرب له أجل الإيلاء وكذلك إن قصد إصلاح جسد وهو كمن حلف على ترك الوطاء لأجل ذلك فإن كان صحيح البنية لم يكن له ذلك وإن كان ضعيف البنية وضرب لذلك أجلا يرى فيه صلاحه لم تطلق وإن جاوز أربعة أشهر إلا أن يطول فلها الفراق وإن لم يضرب لذلك أجلا ترك الأمد الذي صلاحه فيه ثم إن كان قبل أربعة أشهر فلا كلام لها وإن كان بعد لم يعجل بالفراق حتى يبلغ الأمد الذي لا مضرة فيه وكذلك المشتغل بالعبادة وقال مالك لها الفراق ولو كان العدد لا يمكن معه إصابة وكان من سببه كالذي يشرب الدم ليقطع شهوة النكاح أو يشربه لعله وهو يعلم أو يشك أنه يقطعها وكالذي يقطع ذكره فلها الفراق.

الخامس: المتعة،

وهي مستحبة على المشهور جبرا لقلب المرأة لما يلحقها من الفراق وليس لها حد معلوم وهي لكل مطلقة باختيار الزوج ولا اختيار للمرأة فيه ما لم يكن قبل البناء وقد فرض لها فلو كان لها فيه اختيار كالمخيرة فلا متعة لها على المشهور ولا متعة للمردودة بعيب ولا للمنكوحه نكاحا فاسدا وحكم بفسخه ولا للمنكوحه نكاحا صحيحا طراً عليه ما يوجب فسخه.

الرجعة

رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع أوقعه الزوج في نكاح صحيح ووطء جائز أو أوقعه الحاكم لسبب ثم زال ذلك السبب في العدة وأقرت الزوجة ببقاء العدة فلا رجعة له على المبتوتة ولا على المختلعة ولا على التي لم يدخل بها ولا على المنكوحه نكاحا فاسدا ولا على التي طلقها بعد إن وطئها وطئاً فاسدا كالتى وطئها وهي حائض وله رجعة من طلقها عليه الحاكم بالإيلاء أو بوجود العيب أو بعدم النفقة إذا أصاب في العدة أو زال العيب أو أيسر فيها ولو أنكرت المرأة الوطاء فقال في المدونة إن خلا بها في بيت البناء غير دخول البناء فعليها العدة ولا رجعة له إذا أنكرت الوطاء ومفهوم قوله إنها لو كانت خلوة بناء

صحت رجعتة وقد صرح بذلك ابن المواز ولو تصادقا على الوطء قبل الطلاق ولم يعلم دخول فلا رجعة له ويلزم كل واحد منهما بمقتضى إقراره وإذا ادعت عدم انقضاء العدة أو انقضائها صدقت إلا أن يتبين كذبها أو تأتي من ذلك بما لا يشبهه .

الصيغة، لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على رد المرأة إلى ما كانت إليه نحو رجعت وارتجعت وردت وأمسكت والذي يقوم مقامه الوطء ومقدماته وذلك رجعة إذا اقترنت به النية فإن فقدت النية فثلاثة الصحة في القول والفعل وعدم الصحة فيهما والصحة في القول دون الفعل وهو المشهور ولو انفردت النية ففي الصحة قولان وإذا قلنا لا تصح بمجرد النية فنواها ثم وطء بغير نية فقال اللخمي إن بعد ما بينهما لم تصح رجعتة إلا أن يحدث نية عند الإصابة . وقال ابن المواز إن نوى ثم قبل أو باشر أو ضم فإن كان فعله ذلك لمكان ما نوى فهي رجعة .

كتاب الإيلاء

حقيقته: لغة: الحلف. وشرعا: الحلف على ترك وطء الزوجة غير المرضع أزيد من أربعة أشهر بمدة مؤثرة وإنما لم يكن موليا في المرضع لأنه أراد إصلاح ولده قاله ابن القاسم وقال أصبغ هو مولى قال القاضي أبو محمد إذا زاد على أربعة أشهر مدة مؤثرة فهو مولى يريد إذا كانت الزيادة يسيرة أخر إليها وقال ابن المواز إن زاد ولو يوما واحدا فهو مولى.

حكمه: لزوم الحنث حكماً.

حكمة مشروعيته: دفع الضرر اللاحق للمرأة لعدم الوطاء.

أركانها: أربعة: المولى والمولى به والمولى عنه وأمد الإيلاء.

• **المولى:** مسلم عاقل بالغ يتصور وقاعه فلا يصح من الكافر فإن آلى ثم أسلم سقط الإيلاء ولا يصح من المجنون فإن جن بعد إيلائه ثم جن بعد حلول أجل الإيلاء فقال أصبغ يوكل السلطان من يفى عنه بالكفارة إذا كانت يمينه تمنعه الوطاء أو يطلق وإن وطئها في حال الجنون فوطؤه فيئة ويكفر عنه وليه ولا يصح من الصغير ويصح من السفية البالغ ومن العبد إلا أن يحلف بما عليه فيه حجر كالعنق والصدقة وليس لولى السفية إجازة ذلك ولو أجازته سيد العبد جاز ولزم وإن لم يجزه سقط إن كان العنق والصدقة بمعين وفي سقوطه إن كان بغير معين قولان ولا يصح إيلاء المجهول ولا إيقاف الزوجة فيه قاله مالك وابن القاسم ولو آلى وهو مريض لا يقدر على الوطاء فقال ابن المواز لها القيام عند تمام الأجل واختار اللخمي خلافه ويلحق بالمولى من منع منها لشك ومن امتنع من الوطاء مضاراً وعلم ذلك منه ومن احتملت مدة يمينه أقل من أربعة أشهر غير أن أجل هؤلاء من يوم الرفع.

• **المولى به:** كل يمين منعقدة بالله تعالى أو بطلاق أو عتق أو صدقة أو صوم أو حج ولو قال إن وطئتك فأنت طالق ثلاثا، فأكثر الرواة لا يمكن منها لحنثه بأول الملاقاة والنزع وطء لمن حرم عليه قال ابن القاسم ينجز من غير أجل إذا رفعته وقال

أيضاً يمكن من التقاء الختائين ويتزح وقال أيضاً ويتزل ولو حلف لا وطنها حنث بالوطء بين الفخذين ولا يسقط عنه الإيلاء قاله ابن القاسم .

• المولى عنه: ترك الوطء أو ما يستلزمه كقوله والله لا جامعك ولا اغتسلت منك ولا دنوت منك ويلحق بهذا يمينه على فعل شيء يمكنه فعله كقوله على الطلاق لأدخلن الدار وهو ممنوع في مثل هذا عن الوطء وضرب الأجل في مثل هذا من يوم الرفع .

• الرابع: المدة؛ وهى للحر ما زاد على مدة أربعة أشهر بمدة مؤثرة وللعبد ما زاد على شهرين قاله مالك وفى مختصر ابن شعبان هو كالحر يحتاج فى الإيلاء إلى ضرب أجل بل إذا رفعته عند انقضاء الأربعة الأشهر أو انقضاء الشهرين على ما مر فإن القاضى يأمره بالفئة أو الفراق فإن أبى وأصرت على المطالبة طلقها عليه ولو رضيت بالبقاء لم تطلق . وروى ابن الماجشون أن الطلاق يقع بمضى الأجل وظاهره أنه يقع من غير افتقار لحكم وأنها لو رضيت بالمقام لم يكن ذلك لها إلا بتجديد عقد لغير المدخول بها وتجديد رجعة للمدخول بها وتحصل الفئة بمغيب الحشفة فى القبل وافتضاض البكر طائعا عاقلا بخلاف الوطء بين الفخذين ووقع فى كتاب الرجم إذا جامع فى الدبر حنث وانحل إيلاؤه إلا أن يكون نوى القبل فلا يحنث وإيلاؤه باق وطرح ذلك سحنون وفى انحلال الإيلاء بالكفارة أو بفعل المحلوف عليه ثلاثة: الانحلال وعدمه والتفرقة فإن كانت بالله تعالى لم تنحل إلا بالإصابة وإن كانت بعين عتق أو طلاق انحل ولا تصح المطالبة مع قيام المانع من الإصابة فلا مطالبة لصغيرة لا تطبق فإذا طاعت كان الأجل من حيثئذ ولا لرتقاء ولا لحائض حين الحيض ولا لمريضة لا تحتمل ولا يطالب مريض ولا محبوس ولا غائب إلا بتكفير اليمين إن كانت مما يكفر قبل الحنث كعتق عبد معين أو إنفاذ صدقة معينة وطلاق زوجة ومن أبى من ذلك طلق عليه وفى عتق غير المعين قولان ولو كانت مما لا تكفر قبل الحنث كعتق لم يأت أو بما لا ينفع تعجيل الحنث فيه كطلاق فيه رجعة فيها أو فى غيرها فالفئة الوعد .

كتاب الظهار

حقيقته لغة، هو مأخوذ من الظهر وقد كانت العرب إذا أرادت الطلاق كنت عنه بصيغة الظهار لأن الظهر محل الركوب والمرأة مركوبة حال الغشيان. حقيقته شرعاً؛ تشبيه من يحل وطؤها بمن يحرم. حكمه؛ المنع لأن الله تعالى سماه منكراً وزوراً فإذا وقع لزم. حكمة انحلاله بالكفارة؛ الرفق ويدل على ذلك حديث خولة مع زوجها أوس ابن الصامت.

أركانها؛ أربعة: المظاهر والمظاهر منها والصيغة والكفارة.

• المظاهر

مسلم عاقل بالغ فلا يصح من الكافر ولا من المجنون وظهار السكران كطلاقه ولا من الصبي ويصح من السفیه ومن العبد ومن السيد في أمته وفي لزوم ظهار من لا يتأتى منه الوطاء كالمجبوب والمعترض والشيخ الفاني قولان لابن الماجشون وسحنون بناء على أنه تحريم لجملة المرأة أو للوطء خاصة.

• المظاهر منها:

كل امرأة يحل له الاستمتاع بها فتندرج الحائض والصغيرة والرتقاء وأم الولد والمدبرة ومنع سحنون ذلك في الرتقاء.

• الصيغة:

قسمان: صريح وكناية، والكناية قسمان ظاهر ومحمّل. فالصريح ما فيه ظهر مؤبدة التحريم كقوله أنت على كظهر أمي أو أختي فإن نوى به الطلاق وهو جاهل بحكم الظهار فهو ظهار وفيه نزلت الآية وإن كان عالماً ففي كونه ظهاراً أو طلاقاً قولان لابن عبد الحكم وابن القاسم وإذا فرعنا على مذهب ابن القاسم فهو الثلاث عنده ولا ينوي في أقل وقال سحنون ينوي والكناية الظاهرة ما سقط منها الظهر من المحرم أو أثبتته في غير المحرم كقوله أنت على كأمي أو كظهر فلانة الأجنبية. قال ابن سابق إن نوى التحريم فهو حرام ولا يقبل قوله إنه لم يرد طلاقاً ولا

ظهاراً. ولو قال أنت على حرام كأمى وأراد به الطلاق ففى المدونة هو طلاق وقيل ظهار وإن لم تكن له نية فهو ظهار. وقال القاضى أبو محمد هو طلاق وفى التشبيه بالأجنبية ستة قال سحنون هو ظهار ما لم ينو الطلاق وقيل ظهار وإن نوى الطلاق قال ابن المواز وهو قول مالك وأصحابه وقيل طلاق إلا أن ينوى الظهار وقيل وإن نوى وقيل لا يكون طلاقاً ولا ظهاراً. وقال ابن القاسم إن سُمى الظهر فهو ظهار وإن لم يسمه بل قال كفلاتة الأجنبية فهو طلاق يريد البتات حكاه عنه ابن يونس ولو حذف الصفة فقال أنت كظهر أمى كما لو قال أنت طالق ولم يقل منى ولو شبه بظهر ذكر فقال ابن القاسم وأصبغ هو ظهار وقال مطرف لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً. والكناية المحتملة مثل قوله ادخلى الدار فإن أراد ظهاراً فهو ظهار كالطلاق.

• الكفارة:

تجب بالعود وفيه أربع روايات. العزم على الوطاء وهو قوله فى المدونة وعلى الإمساك وعليهما معا وهو قوله فى الموطأ والوطء نفسه وفيه بعد.
أنواعها ثلاثة مرتبة: العتق ثم الصوم ثم الإطعام.

• العتق:

وهو عتق رقبة مؤمنة غير ملفقة له محررة له سليمة خالية من شوائب العتق والعتوض فيجزئ عتق الصغير ولا يجزئ عتق الكافر. فإن كان ممن يجبر على الإسلام كالمجوسى فقولان. وقال ابن القاسم يجزئه عتق الصغير الكتابى ولا يجزئ عتق نصفين من رقتين ولو اشترى من يعتق عليه فأعتقه عن ظهاره لم يجزه ولا يجزئ عتق المعيبة إذا كان العيب يمنع التكسب أو كماله أو يشين كالأعمى والأبكم والأقطع والهرم والمجنون الذى لا يرجى برؤه ولو كان لا يمنع التكسب ولا يشين أجزاء كالعرج والمرض الخفيف والصمم الخفيف وإن كان لا يمنع التكسب ولكنه يشين فقولان ولا تجزئ أم الولد ولا المعتق بعضه ولا المعتق إلى أجل وكذلك المدبرة والمكاتبه إن كانتا له فإن اشتراهما فى الإجزاء قولان وعلى النفى فى رد العتق قولان ولا يجوز أن يعتق عبده على أن يأخذ على ذلك مالا وينفذ العتق ولا يجزئه.

• الصيام:

وشرطه العجز عن العتق وهو شهران متتابعان بالأهلة فإن انكسر شهر أكمل ثلاثين من الثالث والعبد في ذلك كالحر وبنوى الكفارة والتتابع ومتى انقطع التتابع استأنف وينقطع التتابع بوطء المظاهر منها ليلاً أو نهاراً ولو في آخر يوم عاقداً أو ناسياً ولا ينقطع بوطء غيرها ليلاً وفي قطعه ناسياً نهاراً قولان وإذا قلنا لا ينقطع فيقضى يوماً مكانه وفي انقطاعه بالفطر خطأ أو سهواً ثلاثة الثالث ينقطع في الخطأ والمشهور أنه لا ينقطع ويقضيه متصلًا وإذا أيسر بالعتق في أثناء الصوم فإن كان بعد يومين ونحوهما استحب له العتق والإمضاء على صومه قاله مالك إلا أن يفسده ولو في آخر يوم بوطء المظاهر منها فيجب عليه العتق.

• الإطعام:

وشرطه العجز عن الصيام عاجلاً وأجلاً ولو غالب على ظنه أنه يقدر في المستقبل فقال ابن القاسم ينتظرها ولا يطعم وقال أشهب بل يطعم جنسه قوت بلده. وفي الموازية يخرج من قوت المكفر قال ابن المواز إلا أن يأكل الشعير ومثله يأكل القمح وفعل ذلك من غير ضيق فلا يجزئه قدر مد بمد هشام لكل مسكين والمساكين ستون أحراراً مسلمين فقراء لا تلزمه نفقتهم ويعطى الرضيع ما يعطى الكبير. وإذا وطء المظاهر منها ليلاً أو نهاراً ناسياً أو غالطاً بطل ما تقدم من الإطعام وإن لم يبق إلا مسكين واحد على المشهور. وقال ابن الماجشون أحب إلى أن يستأنف.

كتاب اللعان

حقيقته، لغة: الطرد والإبعاد، وشرعا: يمين الزوج على زنى روجه أو نفى ولدها أو حملها ويمين الزوجة على تكذيبه لأن فيها ذكر اللعان أو لكونها سببا في بعد كل واحد منهما عن صاحبه.

حكمه: الجواز لحديث عويمر وهو مورد النص في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦].

حكمة مشروعيته: الرفق بالزوج في دفع الحد عنه ودفع المعرة وحفظ نسبه والتشفي منها لمكان خيانتها.

أركانه، ثلاثة: الملاعن والملاعنة والصيغة.

• الملاعن:

زوج مسلم عاقل بالغ، فلا يلاعن السيد في رمى أمته بقذف ولا بنفى ولد فإن ادعت أنه منه حلف يمينا واحدة ولا لعان لكافر في روجه الكافرة فلو كانت مسلمة إما لكونه تزوجها متعديا أو أسلمت دونه لاعن بقذفها فإن نكل حد وإن نكلت لم تحد ولا لعان لمجنون ولا صغير إذ لا يحد للقذف.

ثم للعان ثلاثة أسباب: القذف ونفى الحمل ونفى الولد.

الأول: القذف: وإذا رمى الرجل روجه بالزنى طائعة في قبل أو دبر أو شهد عليها بذلك لاعن ولو قال فعلته مكرهة فإن صدقته وثبت اغتصابها لاعن لنفى ولا لعان عليها إذ تقول إن لم يكن منك فهو من الغاصب وإن لم يثبت لاعتت وإلا رجمت ويعتمد في رميها على الرؤية وفي اشتراط رؤية فرجه في فرجها روايتان.

الثاني: نفى الحمل: وله أن يلاعن إذا ظهر الحمل على الأصح والقول بأنه لا يلاعن حتى تضع لاحتمال أن يكون ريحا وإذا رأى الحمل فسكت ولو يوما لم يكن فيه لعان.

الثالث: نفى الولد: ويجرى مع كل امرأة يلحقها ولدها حرة كانت أو أمة إلا

ملك يمينه كما تقدم ويعتمد في نفى الحمل والولد على أنه لم يصبها بعد وضع أو في مدة لا يلحق في مثلها الولد لقلّة أو كثرة وعلى اجتماع الاستبراء والرؤية ولا يعتمد على الاستبراء وحده على أصح الروايتين. وفي اعتماده على الرؤية وحدها ثلاثة لمالك يفرق في الثالث فإن كان الحمل ظاهراً يوم الرؤية فليس له نفيه ولا يعتمد على غير ما ذكرناه.

• الملاحنة:

زوجة بالغ، فيلاعن في الزوجة وإن كان النكاح فاسداً يلحق فيه الولد ويلاعن في الزوجة الكتابية والأمة لنفى الولد لا لقتله ثم إذا لاعن لنفى حملها فأما الأمة فتلاعن فإن نكلت حدثت وبقيت زوجة وإن كانت غير مدخول بها وأما الكتابية فإن شاءت التعتت ووقعت الفرقة ولا تجبر لأنها لو أقرت بالزنى لم تحد وإن نكل فيهما لم يحد ويلحق به الولد ولا لعان في غير البالغ إن كانت في سن من لا تطيق إذ لا معرفة عليها بقذف وإن كانت في سن من يطيق لاعن فإن نكل حد ولا لعان عليها إذ لو أقرت بالزنى لم تحد.

• الصيغة:

يقول في الرؤية أشهد بالله الذي لا إله إلا هو أني لمن الصادقين لرأيتها تزني زنى كالمرود في المكحلة يقول ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم تقول المرأة أشهد بالله الذي لا إله إلا هو أنه لمن الكاذبين وما رأيت تزني ثم تقول في الخامسة إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإن لاعن لنفى الحمل واعتمد على الرؤية وحدها على أحد القولين زاد في الأربع وما هذا الحمل مني وتزيد المرأة وإن هذا الحمل منه فإن اعتمد على الاستبراء وحده على أحد القولين قال: إني لمن الصادقين لقد استبرأتها منذ كذا وإن اعتمد عليهما معا ذكرهما معا.

تنبيه: حكى في الطرر أن الرجل إذا ادعى الرؤية ونفى ولده أنه يسجن حتى يلاعن ولا يحكم باللعان إلا بعد ثبوت الزوجية إن كانا من أهل المصر وبعد ثبوت الحمل بشهادة امرأتين قال وإن لم يثبت ذلك عنده حدثت وإن لم يكونا من أهل المصر مكنته من اللعان. ويستحب للإمام أن يعظهما فيقول للزوج اتق الله تجلد الحد

ويسقط عنك الإثم ويقول للمرأة مثل ذلك ويقول لكل واحد منهما عند اللعان بالغضب إن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه لموجبة عليك العذاب فإن أصرا أمر بلعانهما في أشرف مواضع البلد في مقطع الحقوق ولا يكون اللعان إلا بحضور جماعة لا ينقص عددهم عن أربعة ولا يكون إلا بمجلس الحكم ويحلف المريض بموضعه ويبعث معهما عدولا ويستحب أن يكون أثر صلاة العصر وتحلف الذمية في كنيستها لا في المسجد.

الملاحق

وهي الأحكام المرتبة على اللعان وهي سبعة:

الحكم الأول: هي نسب الولد من أبيه،

فلا ميراث بينهما ونسبه من أمه ثابت يرثها وترثه.

الثاني: هي قطع النكاح،

وقد اختلف هل يكون بطلاق أو بفسخ وإذا قلنا إنه بطلاق فهل يكون واحدة بائنة أو ثلاثا وهل يكون بنفس تمام التحالف أو بحكم أو يوقعه الزوج وهل تحرم على التأييد أو لا في ذلك خلاف بين العلماء وقول مالك وابن القاسم تقع الفرقة بتمام التحالف دون حكم قال غير واحد ويكون طلاقا بائنا والمذهب أنها لا تحل إلا أن يكذب نفسه وقد بقي من لعانهما ولو مرة واحدة فيحد وتبقى له زوجة ولو أنفست الحمل بعد تمام لعانهما فلا تراجع بينهما أبدا لأنه حكم مضى ولا احتمال أن تكون أسقطته وكنتمته ولا حد عليه.

الثالث: قطع التوارث،

فإن مات قبل أن تلاعن ورثته ولا لعان عليها وإن مات بعد تمام لعانه فإن لاعنت لم ترثه وإلا حدثت وورثته وقيل ترثه وإن لاعنت لأن الفراق إنما يقع بلعانهما وقد مات وهي زوجة ولو ماتت قبل الخامسة من لعانه ورثها.

الرابع: رفع العقوبة وعار الكذب.

الخامس: تشطير الصداق،

وإذا لاعنها قبل البناء وأتت بولد فلها نصف الصداق وفي الجلاب لا شيء لها

فإن نكل حد ولها جميعه وبقيت زوجة وإن لاعن حدث وبقيت زوجة وإن طلقها فلها النصف وإن لم يطلق فلا يمسه حتى تضع إلا أن يقول الحمل كان قبل العقد فيؤخذ بإقراره ولا تقر تحته .

السادس: الاستلحاق؛

وإذا استلحق الولد وقد كان لاعن للرؤية أو للرؤية وإنكار الولد لم يحد وإن كان لإنكار الولد خاصة حد ولحق به الولد مطلقا سواء أكذب نفسه قبل التعان المرأة أو بعده .

السابع: في حكم النكول؛

وإذا نكلت المرأة وهي حرة مسلمة مدخولا بها رجمت وورثها زوجها وإن كانت غير مدخول بها جلدت مائة وبقيت زوجة وإن كانت أمة جلدت خمسين وإن كانت مدخولا بها وإن كانت كتابية عوقبت ولو أرادت أن تلاعن بعد نكولها فللمتأخرين قولان . وإذا نكل الزوج أو رجع حد حد القذف فإن عاد إلى اللعان فحكى ابن الحاجب أن له ذلك وقال غيره الصحيح أن ذلك لا يقبل منه .

كتاب العدة

حقيقتها، تربص المرأة عن النكاح بعد فراق زوجها أو موته مدة معلومة شرعا .
حكما، الوجوب .

حكمة مشروعيتها، صون الأنساب عن الاختلاط ويشترط في الطلاق أن تكون مدخولاً بها فلا عدة على مطلقة قبل البناء أو تعدد عدة الطلاق أيضاً بالوطء بزنى أو اشتباه والخلوة من الغاصب كالوطء لأنها مظنة فإن كانت الزوجة أمة فتعد بحیضة ووطء من لا يولد له كالصغير والمجبوب لا يوجب عدة بخلاف الخصى القائم الذكر ولا تجب على الصغيرة التي لا تطبق الرجل لأنه جرح وإفساد والنساء كلهن عدتهن في الوفاة أربعة أشهر وعشر إلا الحامل فعدتها فيها وفي الطلاق وضع الحمل وإن كانت علقه إلا أن يعلم أنه من غير من اعتدت منه كالزنى فتعد كغيرها .

وعدة الطلاق تختلف باختلاف النساء، وهن خمس: صغيرة وآيسة ومعتادة ومرتابة بتأخير الحيض لغير سبب معتاد ومرتابة بالحمل .

فأما الصغيرة والآيسة فعدتهما ثلاثة أشهر بالأهله فإن انكسر الأول أكملت الثلاثة ثلاثين ثلاثين وقيل تكمل الأول خاصة من الرابع .

وأما المعتادة فعدتها ثلاثة أقراء وهي الأظهار والأمة بقراين .

وأما المرتابة بتأخير الحيض من غير سبب فتستبرأ بتسعة أشهر ثم تعد بثلاثة حرة كانت أو أمة مسلمة أو كناية .

والمرتابة بسبب وهن ثلاثة مريضة ومرضع ومستاحضة فالمریضة عند مالك وابن القاسم كالمرتابة وعند أشهب كالمرضع، والمرضع عدتها بالأقراء فإذا انقطع لبنها ومضت عليها سنة لم تر فيها دما حلت، والمستاحضة غير المميّزة كالمرتابة وفي المميّزة روايتان مثلها والاعتبار الأقراء .

والمرتابة بالحمل تمكث أقصى أمد الحمل على المشهور وهو خمسة أعوام على المشهور وروى أشهب لا تحل حتى يتبين التداخل وإذا طرأ موجب قبل تمام عدة أو

استبراء فإن كان الرجل واحدا والفعل سائغا انهدمت الأولى واستأنفت ما هي من أهله من أقرء أو شهور مثاله أن يطلق طلاقا رجعيا ثم يرتجع في العدة ثم يطلق فالبرجة تنهدم العدة الأولى فإن فهم أنه أراد التطويل عليها في العدة لم تنهدم إلا أن يمسه وتنهدم في الموت مس أو لم يمسه وإن كان الفعل غير سائغ والرجل واحد أو متعدد فعليها أقصى الأجلين مثل أن يطلقها طلاقا بائنا أو يموت عنها فتزوج ويدخل بها الثاني وفي الجلاب تتم عدة الأول وتستأنف عدة أخرى وكذلك لو طلقها بائنا ثم وطئها هو أو غيره وطئا فاسدا بزنى أو اشتباه أو نكاح فاسد أو تكون مستبرة من وطء فاسد فطلقها الزوج أو مات عنها ولو كانت حاملا من الأول فوطئها الثاني فوضعها يجزئ عنهما ولو كان الحمل من الثاني أجزأ عن الثاني وأما الأول فإن كانت متوفى عنها فعليها أقصى الأجلين إذ لا تنهدم العدة الأولى اتفاقا وإن كانت مطلقة ففي هدم الأولى قولان وإذا قلنا لا تنهدم فعليها أقصى الأجلين، وفي النوادر تأتف ثلاث حيض والنفقة واجبة للمعدة المطلقة الرجعية وللحامل والسكنى واجبة لكل معدة خلا المتوفى عنها قبل الدخول إلا أن يكون قد أسكنا ولا سكنى لامة إلا أن يكون قد بواها بيتا والكتابية كغيرها وكذلك كل من تحبس لأجله كفسخ النكاح لإصلاح أحد الزوجين بعد البناء وكالذى نكح محرما غير عالم وقد بنى عليها وفي الغالط بغير العالمة ذات الزوج قولان وفي أم الولد يموت سيدها أو يعتقها ثلاثة لابن القاسم ثالثها إن كانت حاملا فلها السكنى وإلا فلا وعليها ملازمة المسكن الذى كانت فيه قبل الموت أو الطلاق قال مالك ولا بأس أن تخرج بعد الفجر وتأتى بعد المغرب وقبل العشاء وهذا لحاجة تعرض لا أنها تجعل ذلك عادة.

كتاب الاستبراء

وهو في اللغة البحث عن الشيء والكف عنه. وشرعا: البحث عن حال الأرحام ليعلم بريئة هي أم لا.

وحكمة مشروعيتها: كالعدة. ويتعلق النظر فيه بالموجب والموجب:
أما الموجب فأربعة أسباب:

الأول: تجدد الملك بأى وجه كان إذا لم تتيقن البراءة فإن تيقنت أو أمنت بوجه قوى لا يقتصر عن الاستبراء لم يجب مثل أن تكون الأمة ممن لا تطيق أو تكون تحت يده للاستبراء أو وديعة فتحيض عنده ثم يشتريها حينئذ أو بعد أيام وهى لا تخرج ولا يدخل عليها سيدها أو تكون لمن يسكن معه كزوجه أو ولده الصغير فيشتريها من نفسه لنفسه بعد أن حاضت وإن أمنت بوجه قوى يقصر عن الاستبراء ففى الوجوب قولان وله مراتب خمس:

الأولى: الحاصلة فى أول الحيض والمشهور عدم الوجوب.

الثانية: أن تكون تحت يده لكنها تخرج أو تكون لغائب أو محبوب أو صبي أو امرأة أو مكاتبه فعجزت وهو المعبر عنه باستبراء سوء الظن وفيه قولان الوجوب لابن القاسم ونفيه لأشهب.

الثالثة: المطيقة الموطء والأيسة التى لا يحمل مثلها وفى وجوب الاستبراء روايتان لابن القاسم وابن عبد الحكم.

الرابعة: أن تكون من الوخش أو من العلى وهى بكر والوجوب فيهما حكاة ابن شاس ورآه اللخمي مستحيا.

الخامسة: أن يشتري ذات زوج فيطلقها مكانه قبل البناء وفى الاستبراء قولان لابن القاسم وسحنون.

السبب الثانى: غيبة الغاصب أو السابى عليهما وذلك موجب للاستبراء بلا مواضع.

الثالث: الوطاء الفاسد بالزنى والاشتباه.

الرابع: زوال الملك وإذا كانت الأمة موطوءة فعتقت إما بعق السيد أو موته وهي أم ولد فعليها الاستبراء والموجب قرء واحد للمعتادة وهو الحيض على المشهور. والمرتبة بتأخير الحيض تمكث تسعة أشهر رواه ابن وهب. وروى ابن غانم تدعى لها القوابل بعد ثلاثة أشهر فإن قلن لاحمل بها حلت والمريضة والمرضع يمكثان ثلاثة أشهر فإن حصلت ريبة فتسعة وكذلك المستحاضة على المشهور فإن ميزت ففي انتقالها عن الأشهر روايتان لابن القاسم وابن وهب والمرتبة بحس البطن تنتظر تسعة أشهر إلا أن تذهب الريبة قبلها أو تتحقق الحمل فتنتظر الوضع وفي المدونة إذا زادت الريبة بالحس والتحريك زادت على تسعة أشهر حتى تذهب الريبة وقيل تنتظر أقصى أمد الوضع والصغيرة والآيسة يمكثان ثلاثة أشهر على المشهور وقيل شهر ونصف وقيل شهران وحكى ابن زياد في الصغيرة تستبرأ بشهر وعلى قوله فتستبرأ الآيسة أيضاً بشهر.

كتاب الرضاع

حقيقته، معلومة.

حكمه: الوجوب على الأم إذا لم يقبل غيرها ثم إن كانت تحت أبيه أو في عدة من طلاق رجعي لم تكن لها أجرة وإلا فلها الأجرة على الأب إن كان موسراً وإن كان للصبى مال فرضت أجرتها في ماله وإن قبل غيرها وهى تحت أبيه أو عدة من طلاق رجعي وجب عليها أيضاً بغير أجرة ما لم يكن مانع من علو قدر أو مرض أو قلة لبن فيجب على الأب أن يأجر له فإن كان معسراً لم يجب عليها أن تستأجر له من مالها. وفي الموازية ذلك عليها وإن كانت في غير عصمة الأب فلها الأجرة على الأب فإن كان معسراً أو مات وليس للصبى مال وجب عليها على المشهور وليستحب في الضئر أن تكون عفيفة ذات عقل سليمة من العيوب ويجوز استرضاع الحامل. وفي كتاب الإجارة إذا حملت الصغير انفسخت الإجارة وهذا يقتضى أنه لا يجوز، واختاره اللخمي قال لأن لبن الحامل مضر بالصبى وربما مات منه ولو لم يكن للصبى من يرضعه فإرضاعه والقيام بشئونه واجب على الكفاية.

حكمة مشروعيته: حفظ النفوس وتنبيه العبيد على أن من استسلم لأمر الله تعالى ولم يكن له من يقوم بحوائجه أنه لا يهله ألا ترى أنه أمر الأبوين بالقيام برضاع الصغير وبالقيام بشئونه فإذا كبر وقام بنفسه رد إلى حوله وقوته وإذا عجز أمر الولد القيام به وإذا كانت رحمته بنا في الدنيا هكذا فنرجو من رحمته أن يرحمنا في الآخرة حيث يحصل لنا العجز التام. ثم إن الرضاع ينشأ عنه تحريم الأمهات من الرضاع صونا للأمهات عن الابتذال بالوطء وتحريم من يرجع نسبه إليها من البنات والأمهات ويتم الكلام في ذلك بذكر.

أركانه: وهى ثلاثة: المرضع والرضيع واللبن.

• **المرضع:**

ويشترط أن تكون أنثى على المشهور وقال ابن اللباد يحرم لبان الذكر ولبان البكر والآيسة وغير الموطوءة كغيره وكذلك الصبية وفي الجلاب إذا كانت لا يوطأ

مثلها لم تقع بلبانها حرمة .

• الرضيع :

يشترط أن يكون صبيا محتاجا إلى الرضاع فلا أثر لرضاع الكبير ولا لرضاع من استغنى بالفظام ولو رضع في الحولين بعد استغنائه لم يحرم ما لم يقرب زمن الاستغناء من زمن الرضاع، وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ يحرم ما دام في الحولين ولو رضع بعد الحولين بمدة قريبة وهو مستمر الرضاع حرم وكذلك إذا رضع بعد يومين من فصاله وفي حد القرب خلاف الأيام اليسيرة وقيل مثل نقصان الشهر وقيل الشهر وفي المدونة الشهر والشهران وقيل والثلاثة والخلاف في حال .

• اللبان :

ويشترط أن يبقى على حال خلقة وأن يصل إلى جوف الصبي فلا أثر لما فسد في الثدي وإذا وصل اللبان إلى الجوف حرم فيحرم الوجور وهو ما صب من تحت اللسان واللدود وهو ما صب من جانب الشدق وفي السعوط والحقنة والاكتمال والصب في الأذن ثالثها يحرم السعوط .

ثم إن الرضاع يحرم ما يحرم من النسب فالمرضعة أمه وزوجها أبوه ويشترط أن يكون ماؤه سببا لوجود اللبان ولكثرته فإن تزوجها ولا لبان لها أو كان لها لبان ولم يتقدم زوج فأصابها درت فهو بذلك أب فإن كان الوطاء حراما يجب فيه الحد ولا يلحق فيه ولد لم يحرم ولو سقط فيه الحد ولحق الولد حرم كمن تزوج خامسة جهلا أو أخته من الرضاعة وإن كان يجب في الحد ويلحق فيه الولد حرم على الرواية الأخيرة وهذا كله في حق الواطئ أما الموطوءة فهي أم مطلقا والتحريم لا يتعدى إلى غير الرضيع بل يجوز لأخيه أن يتزوج أمه أو أخته من الرضاعة .

كتاب النفقات

حقيقتها؛ معلومة .

حكمها؛ الوجوب على ما سيأتى .

حكمة مشروعيتها؛ أما الزوجة فلمنعها عن المعاش واحتباسها فى بيته صونا لها واشتغالها بمصالحه وأما للقرابة فلضعف الولد كما مر ولإبرار الأبوين ومكافأتهما على فعلهما .

أركانها؛ ثلاثة المنفق والمنفق عليه ومقدار النفقة .

• المنفق؛

من وجد فى حقه السبب والأسباب أربعة:

الأول: النكاح: ولا خلاف أن العقد سبب فى الوجوب ثم هل يستقبل بذلك أو لا بد من التمكين والحرية والمشهور أن التمكين شرط مع بلوغه وقدرتها على الوطاء وقيل لا يشترط لقدرته عليه بالحكم وقال سحنون يجب لليتيمة بنفس العقد بخلاف ذات الأب وأما الحرية فإن كانا عبيدين ففى وجوب النفقة على الزوج خلاف وإن كان الزوج عبدا وهى حرة ففى المدونة تجب عليه وقال أبو مصعب لا تجب واستحب مالك فى الموازنة أن يشترطها عليه بإذن السيد ثم هى فى ماله لا فى فضل خراجه إلا أن يأذن له سيده أو تكون تلك عادة ولو كان الزوج حرا وهى أمة فإن اشترطها أو اشترط هو أن تكون عنده لزمه وإلا ففى المذهب خمسة اللزوم فى المدونة ونفيه فى الموازية واللزوم إن كانت تأتية قاله مالك أيضاً واللزوم فى الوقت الذى تأتية فيه قاله ابن الماجشون وقال أيضاً نفقتها وكسوتها على أهلها وعليهم يرسلوها فى كل أربع ليال مرة وعليه نفقة تلك الليلة وعدم قدرتها على الوطاء مانع كالرتقاء فإذا علم برتقها قبل البناء لم تجب عليه نفقتها لأن له الخيار إلا أن تعالج نفسها وليس المرض بمانع وإذا توجه الدخول فامتنع ففى لزوم النفقة له بنفس الامتناع أو حتى يوقف قولان لمالك وأشهب .

الثانى: القرابة: ويختص الوجوب بالأبوين وأولاده لصلبه وتجب للأبوين وإن

كانا كافرين على المشهور ثم حيث قلنا بالوجوب فلا بد من أربعة شروط:
 الأول: أن يكون موسراً بما يزيد على مقدار حاجته لا يباع عليه في ذلك عبده
 ولا عقاره إذا لم يكن فيهما فضل عن حاجته ولا يلزمه أن يتكسب لذلك.
 الشرط الثاني: أن يكون المنفق عليه فقيراً والأب إذا كان له دار وخدام لا فضل
 في ثمنهما فقير وعلى الأب إثبات عدمه فإذا أثبتة فهل يحلف يمين الاستبراء أو لا
 قولان. وقال ابن لبابة يحلف والعمل على عدم اليمين لأنه عقوق ولو ادعى الابن
 العدم فهل عليه أن يثبت أو يقال للأب أثبت أنه ملئ قولان لابن العطار وابن
 الفخار.

الثالث: أن يكون عاجزاً عن التكسب.

الرابع: أن يكون الابن صغيراً.

السبب الثالث: الملك: وتجب على السيد نفقة رقيقه ولا يكلفهم من العمل ما
 لا يطيقون.

السبب الرابع: الالتزام: ومن التزم لرجل نفقة عمره أو مدة معلومة لزمه ما
 التزم فإن طلب الملتزم له الكسوة فأفتى ابن زرب باللزوم ورأى أن التزامه للنفقة
 يستلزم الكسوة وأفتى ابن سهل بعدم اللزوم.

• المنفق عليه:

قد علم مما تقدم ثم حيث وجبت للأب وكانت له زوجة أو خدام فعلى الابن
 نفقتهما فإن كانت زوجتان أنفق على واحدة فإن كانت أحدهما أمه أنفق عليها
 وينفق على خدام أمه وخدام زوجة أبيه لأنها تخدم أباه وعليه إخدامه. وقال ابن
 عبد الحكم لا يلزمه أن ينفق على خدام أبيه وفي نفقته على زوجة الولد خلاف
 وهل يلزمه إخدام ولده إن كان يليق بمثله قولان وإذا كان زوج أمه فقيراً فعلى
 الابن نفقتها وإن كان ملياً فقال لها لا أنفق عليك فإن جلست بلا نفقة أو مرت
 ولم يلزم الابن نفقتها إذ يتهمان على مضرة الولد فإن قام بدليل على صحة قوله
 مثل أن تكون مسنة والزوج شاب لزمته، ولو تصدق الأب بماله على أحد بنيه ثم
 طالب الآخرين بالنفقة فقال اللخمي لهم أن يردوا فعله.

• الركن الثالث: في مقدار النفقة:

للزوجة مع النفقة ما لا بد لها منه وذلك ستة أنواع:

الأول: الطعام: وهو مما جرت عادتهما به في وقتها وبلدهما من بر أو شعير أو ذرة أو تمر وقدره معتبر بحال الزوجين والبلد والسعر وما وقع من خلاف فلتغيره ورب رجل ضعيف وسعر عال فيكون لها الوسط من الشبع على قدر حال الوقت والزوجين. وقدر مالك المد في اليوم. وقدر غيره من أصحابه مدا وثلثا وقدر ابن القاسم وبيتين ونصفا في الشهر إلى ثلاث وبيات وفي الويبة اثنان وعشرون مدا بمده عليه السلام لأن مالكا بالمدينة وابن القاسم بمصر وقال مالك في الموازية يفرض في بلدنا في اليوم مد بمد هشام وهو مد وثلث بمده عليه السلام، وقال ابن القاسم في المدونة هو مدان غير ثلث وقال معن بن عيسى هو مدان وإذا كانت المرأة آكولة جدا فعليه أن يشبعها أو يفارقها حكاه ابن يونس ويجرى الزوج ذلك لها على قدر حاله إما باليوم أو بالجمعة أو بالشهر.

الثاني: الإدام: ويفرض منه ما تمس الحاجة إليه على قدر حالهما يفرض الزيت للأكل والاستصباح واللحم المرة بعد المرة ويفرض الحطب والماء للشرب والغسل ويجمع أثمان ذلك يعطيها دراهم.

الثالث: آلة الزينة: كحناء وكحل ومشط قاله ابن حبيب وقال ابن القاسم ليس عليه مشط ولا مكحلة ولا نصوح ولا صباغ.

الرابع: السكنى: وعليه إسكانها بموضع يليق بها إما بملك أو بكراء.

الخامس: الإخدام: إن كانت ذات قدر في نفسها وصادقها والزوج ملئ وإن كانت ممن يخدم مثلها فليس عليه إخدامها وعليها هي الخدمة الباطنة من عجن وكنس وطبخ وفرش وشبه ذلك.

السادس: الكسوة: للشتاء والصيف والغطاء والوطء بحسب حالها والسرير لخوف براغيث أو عقارب.

اللواحق

وهي هنا العجز عن النفقة ومسقطاتها بعد وجوبها فأما قيامها بالنفقة فقد تقدم في الطلاق، وأما مسقطاتها فثلاثة: الإعسار والنشوز والطلاق البائن.

الأول: الإعسار

ولا رجوع للمرأة بما أنفقته على نفسها أو على بنيتها في حضرة الرجل أو في غيبته إذا كان فقيراً بخلاف ما أنفقته عليه نفسه إلا أن يرى أن ذلك على معنى الصلة ثم حيث أوجبنا لها الرجوع فترجع بما ليس بسرف فإن أنفقت سرفاً كدجاج وخراف قضى لها بالمعتاد ولو كان موسراً ثم أعسر استقر الماضي في ذمته والقادر بالتكسب كالقادر بالمال إن تكسب ولا يقضى عليه بالتكسب.

الثاني: النشوز

وهو مسقط على الرواية المشهورة. وفي المتوسطة الأشهر أن لها النفقة ابن القابسي إن قدر على ردها فلم يفعل لم تسقط وإلا سقطت ومنع الوطاء والاستمتاع نشوز والخروج بغير إذنه نشوز.

الثالث: الطلاق البائن

بخلاف الرجعي وإن طلقت بالإيلاء فلها النفقة بخلاف الرجعي وقال ابن الماجشون وأصبغ لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً وإذا كانت حاملاً فلها نفقة الحمل والكسوة فإن بقي من مدة الحمل بعد الطلاق شيء نظر ما يخصه من الكسوة فيعطيه دراهم فإن كانت مرضعة فلها مع نفقة الحمل نفقة الرضاع ولا نفقة لحمل أمة وإن كان الزوج حراً ولا نفقة لحمل المتوفى عنها وتسقط نفقة القرابة بالاستغناء وباحتلام الذكر عاقلاً غير زمن بما يمنع التكسب ونفقة الأنثى تسقط بتوجهها على زوجها.

كتاب الحضانة

حقيقتها لغة: الحفظ والصيانة. وشرعاً: صيانة العاجز والقيام بمصالحه. حكمها: الوجوب على الأب وحده وعلى الأم فى حولى رضاعه إذا عدم الأب ولم يكن له مال ولم يقبل غيرها ومن ليس له أب معروف فحضانته كفاية على الناس أجمعين.

حكمة مشروعيتها: صيانة المولود والتنبيه على سعة رحمة الله تعالى لعباده كما تقدم تقريره.

أركانها: المحضون والحاضن.

المحضون: من عجز عن القيام بنفسه ومظنة ذلك الصغر والجنون والبطالة. الحاضن: يشترط فيه سبعة شروط: العقل والأمانة والكفاية والسلامة من العاهات التى يخشى حدوث مثلها بالولد والحرز بالنسبة إلى الأنثى إذا بلغت حد الوطء وخلو المرأة عن زوج دخل بها وأن تكون للرجل زوجة أو سرية ويكون من الأنثى ذا محرم وفى كون الحضانة حق للحاضن أو المحضون وقيل هى حق لهما وعلى الروائين يجرى الخلاف فى إسقاط الحاضن أو المحضون روايتان وقيل هى حق لهما وعلى الروائين يجرى الخلاف فى إسقاط الحاضن حقه من الحضانة والخلاف فيما إذا سلمها لغيره وثم من هو أحق وظاهر قوله فى المدونة أنها تكون لمن أسلمها لأنه قال فى الأم تصالح زوجها على أن يكون الولد عنده أن ذلك جائز ويكون الولد عنده وعليهما اختلف أيضاً فى ابن الملى والأم الملية هل تستحق من ماله شيئاً أو لا فإن قلنا هى حق للولد استحققت ثم إن استغرقت أوقاتها فى حضانتها فلها النفقة أو لا فأجرة. وإذا وقع التزاحم فى الحضانة بين النساء قدمت الأم ثم أمها ثم جدة الأم لأمها وإن علت ثم الخالة ثم خالة الخالة على أحد القولين ثم الجدة للأب ثم جدة الأب لأبيه ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخ والأخت الشقيقة أولى ثم الأخت للأم ثم الأخت للأب على القول أن لها حقاً فى الحضانة وإن وقع بين الرجال قدم الأب ثم الأخ ثم الجد للأب ثم ابن الأخ ثم

العَم ثم المولى الأعلى ثم الأسفل والوصى مقدم على سائر العصابات في الذكر وفي الأنثى إن كان منها ذا محرم. وإن وقع بين الصنفين فتقدم الأم وأمها على جميع الرجال وتقدم جميع النساء على جميع الرجال خلا الأب واختلف في تقديم الأب على من عدا الأم وأمها على أربعة فقال مالك في الموازية الأب مقدم وقال في الواضحة لا حق له مع جميع النساء وفي المدونة يقدم على الأخت ومن بعدها وقال ابن القاسم تقدم عليه الخالة ويقدم هو على أمه وهو المشهور وعلى الأب أن يدفع للحاضنة ما يحتاج إليه محضونها من نفقة أو كسوة وثياب الرقاد إذا بلغ حدا لا يجوز له أن يبيت معها عرياناً قال في المدونة ويدفع إليها أيضاً أجره الخدمة إن كان يقدر على الإخدَام. وفي كراء المسكن ثلاثة يفرق في الثالث فإن كان موسراً لزمته وإلاً فلا وإذا فرعنا على المشهور لوجوبها على الأب فهل يكون جميعها عليه أو ما ينوب للولد قولان وإذا قلنا الواجب ما ينوب الولد فهل على عدد الرءوس أو على قدر الانتفاع قولان ليحيى بن عمر وغيره قال سحنون هي عليهما ولا تكون نصفين ولكن على قدر ما يبجتهد.

اللواحق

وهي مسقطات حق الحاضن من الحضانة هي سبعة أسباب:
 الأول: أن يتركه استقلاً قال مالك في الابن يبقى مع أبيه والأم متنجية عنه فلما فات الأب أرادت الأم أخذه ليس لها ذلك.
 الثاني: بلوغ الذكر عاقلاً صحيحاً ولا تسقط بالانقار على الرواية المشهورة.
 الثالث: دخول الزوج بالأنثى.

الرابع: سفر المولى إلى موضع بعيد سفر نقلة والموضع آمن ممن يكون فراراً وذلك مسقط لحق الحضانة إذ لا يجوز السفر له إلى مثل ذلك ثم إذا أراد السفر فهل يمكن من ذلك أو حتى يثبت أنه استوطن ذلك الموضع في ذلك قولان للأندلسيين قال سحنون ويكشف عن انتقاله كشفاً بينا فإن تعين ضرره منع وإن كان خروجه حقيقة لا مضرة فيه على الأم لم يمنع وإذا أرادت الحضانة أن تسافر

معه بقيت على حضانتها.

الخامس: انتقال الحاضنة إلى موضع بعيد.

السادس: سكنى الجدة مع أم الطفل على الرواية المشهورة حكاة صاحب مفيد الحكماء.

السابع: زواج الحاضنة على المشهور ودخول الزوج بها وإذا قلنا بالسقوط فهل مطلقا وهو قول أصبغ أو إنما يسقط إذا لم يكن الزوج جدا للطفل وهو المشهور.

كتاب البيوع

نقل الملك بعوض قاله المازري وفيه نظر لان نقل الملك مسبب عن البيع والمسبب لا يكون نفس السبب .

حكمه: الجواز من حيث هو بيع .

أركانها: ستة: الصيغة، والعاقدة ويتناول البائع والمبتاع، والمعقود عليه ويتناول الثمن والثمن، ونفس العقد .

الأول: الصيغة

وهي من البائع ما يدل على الإيجاب ومن المبتاع ما يدل على الرضاء، ولا يشترط اللفظ بل تكفي المغاطة ويعنى فيقول بعتك فإن قال الراغب لا أرضى فقال ابن القاسم يحلف ما أراد الاثراء ثم لا يلزمه شيء فإن نكل لزمه البيع .

الركن الثاني: العاقدة

وهو إما أن يتولى العقد بنفسه أو يتولاه غيره عنه إما بوكالة أو بغير وكالة أو بتولية فإن تولاه بنفسه فيشترط في انعقاده التمييز والإسلام بالنسبة إلى اأشراء المصحف والمسلم فإن وقع صح الاثراء وأجبر على البيع . وقال مالك في الواضحة يفسخ وعليه أكثر أصحابه ويلحق بذلك آلة الحرب والخشبة لمن يعملها صليباً والدار لمن يعملها كنيسة والعنب ممن يعصره خمراً . ومنع في المدونة أن يشتري منهم بالدنانير والدرهم المنقوش عليها اسم الله تعالى وأجازه ابن القاسم ويشترط في اللزوم الرشد والطوع فلا يلزم بيع المحجور وفي بيع السفينة إذا لم يكن في ولاية ثلاثة اللزوم لمالك وأكثر أصحابه وعدمه لابن القاسم وهو المختار وعدمه إن كان ظاهر السفه لأصيح وإذا قلنا بعدم اللزوم في المحجور فكان ظاهر الرشد فيبيعه لازم عند ابن القاسم والمشهور أنه غير لازم وينظر فيه وصيه فإن رآه سداداً أمضاه وإلا رده ثم إذا رده الوصى فلا يكون للمبتاع عليه شيء إلا أن يجد بيده

وتشهد البيعة على عينه فإن أنفق في مصالحه وقامت بذلك بيعة رجع به على المشهور، وقال ابن القاسم في المبسوط لا يرجع ولا يلزم بيع المجبور على البيع جبراً حراماً ويخير فيه المكره بعد أمنه فإن أجازته جاز وإلا بطل ولم يكره على البيع بل على دفع مال ظلماً فباع ليؤديه وهي مسألة المضغوط فنص ابن القاسم ومالك أنه يأخذ متاعه بلا ثمن. وأفتى اللخمي فإن بيعه ماض وهو قول السيوري. ورأى أن من اشترى منه ليخلصه من العذاب مأجوراً ولو كان الجبر جائزاً مضى بيعه بلا خلاف كجبر القاضي المديان وكجبر السلطان عما له الظلمة وإن تولاه غيره بوكالة فذلك لازم ولا يشترط في الوكيل أن يكون رشيداً ويشترط أن يكون طائعاً وإن تولاه بغير وكالة وهو بيع الفضولي أو شراؤه فالمشهور أنه موقوف على رضا المالك وقيل بل يفسخ وإن تولى ذلك بتولية إمام الأب والوصي والكافل والحاكم فأما الأب فيجوز بيعه عن صغار بنيه وأبكار بناته واشتراؤه لهم وفعله أبداً محمول على السداد ما لم يظهر خلافه إلا أن يكون المبيع ملكاً له فيحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه والوصي أضعف رتبة من الأب وفعله محمول على السداد على المشهور. وقال إسماعيل القاضي يجوز لولي الأب بيع عقار محجوره بخلاف وصي القاضي وإذا قلنا بالجواز فلنما يجيزه عند وجود سبب من هذه الأسباب العشرة: وهي الاحتياج إلى النفقة والكسوة وغزارة الثمن واشترط الغرناطي أن يكون زائداً على الثلث وخوف السقوط إذا لم يكن له مال يصلحها منه وضرر الشركة وتعدر القسمة فيريد أن يشتري ملكاً مستقلاً والخوف من السلطان وأن يكون الملك مثقلاً بالمغرم فيريد أن يشتري له بثمنه حراً وأن يكون مما لا تعود عليه منه فائدة فيتبدل بثمنه ما فيه الفائدة وأن تكون الدار بين اليهود ويشتري بثمنها داراً بين المسلمين والخوف على الدار أن تنزل وأن يدعو الشريك إلى البيع والمالك لا ينقسم أو ينقسم قسمة ضرر وليس بيده ما يسترده به زاد ابن عات وأن يكون مال المشتري حلالاً. وأما الكافل ففي بيعه أربعة الجواز إذا أحسن النظر ولم يتهم رواه ابن الماجشون والمنع قاله ابن القاسم في المدونة والجواز في بلد لا سلطان به قاله ابن الهندي والجواز في يسير الثمن قاله في العتبية وبه العمل وأما القاضي فله البيع على اليتيم والغريم بعد ثبوت الموجب.

الركن الرابع: المعقود عليه

وهو ضربان: مضمون ومعين.

الأول: المضمون

وهو السلم ويتصل به القرض.

وحقيقته: دفع عين في دين.

وحكمه: الجواز بسبعة شروط:

الأول: تقديم رأس المال وقبضه بمجلس العقد أفضل ولا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام بشرط فإن وقع فسخ ويجوز تأخيره ثلاثة أيام بشرط ولو تأخر بغير شرط وكان معينا كحيوان أو عرض أو طعام جاز ولو إلى الأجل وكره في المدونة تأخير ما يغاب عليه كالثياب والطعام قال بعضهم إنما كره ذلك إذا كانت الثياب غائبة ولم يكل الطعام وأما إذا كانت حاضرة وكيل الطعام لم يكره ولو كان غير معين كالنقدين وتأخر جميعه فإن قبض بعد زمن يسير جاز وإن طال أو حل الأجل فثلاثة. الفسخ في المدونة وعدمه في الموازية والفسخ إن لم يتعمده أحدهما وإن تعمده أحدهما لم يفسخ وبه قال ابن وهب وابن حبيب يريد ويكون الخيار للآخر وإن تأخر البعض فإن كان الأكثر أو النصف فسد على المشهور وإن كان الأقل جدا على القولين في إعطاء الأتباع حكم متبوعاتها أو حكم أنفسها.

الثاني: أن يكون في الذمة فلا يسلم في معين.

الثالث: أن يكون إلى أجل معلوم فلا يجوز السلم الحال وأقل أجل السلم خمسة عشر يوما على المشهور لأن الأسواق تختلف فيها غالبا فإن وقع إلى يومين أو ثلاثة ففي فسخه قولان لابن القاسم وأصينغ. ويجوز التأجيل إلى النيروز والمهرجان وقدم الحاج لأنه معلوم بالعادة والمعتبر ميقات معظمه لا الفعل.

الرابع: أن يكون مقدورا على تحصيله عند حلول الأجل فلا يسلم في فاكهة الصيف ليأخذها في الشتاء.

الخامس: أن يسلم الشيء في أكثر منه لأنه سلف بزيادة ولا في أقل منه لأنه

ضمان بجعل وكذلك سلم الشيء في أجود وأردى على الأصح والمتملكات كلها إذا نسبت بعضها إلى بعض فإن اختلفا جنسا ومنفعة فأجيز مطلقا وإن اختلفا جنسا واتفقا منفعة كالبغال والحمير وثوبى الكتان والقطن المتقاربين فابن القاسم جعلهما جنسا واحدا وابن حبيب جعلهما جنسين وكذلك فعل ابن القاسم في كتاب القسمة فقسم البغال وحدها والحمير وحدها فجعلهما جنسين احتياطا في البابين وإن اختلفا جنسا واختلفا منفعة فأجيز لأن المقصود من الأعيان المنافع واختلافهما يصير الجنس الواحد جنسين ويتصور ذلك في الحيوان والعروض.

السادس: أن يكون معلوم المقدار بعادته من كيل أو وزن أو عدد أو ذرع أو تقدير بأحمال أو حزم في البقول والقصيل فلا يجوز السلم في الجزاف ووقع في المدونة جواز السلم في اللحم تحريا واعترض بأنه سلم في جزاف وإذا قلنا بذلك فيقول أسلمت إليك في لحم ضأن قدره عشرة أرطال وبهذا يفارق الجزاف.

السابع: أن يصفه بالصفات التي تختلف القيمة باختلافها اختلافا يتغابن بمثله في السلم ولا يذكر منها ما يؤدي إلى عزة الوجود وي طرح ما ضده عيب ويرجع في ذلك إلى العوائد ويشترط أن تكون تلك الأوصاف معلومة لغير المتعاقدين.

الاقتضاء

ويتعلق النظر فيه بالزمان والمكان والصفة:

الزمان: ولا يلزم دفعه قبل محله فإن طاع به لم يلزم الآخر فيقوله إن كان مما فيه موته والزم المتأخرون قبوله إن لم يبق إلا يوم أو يومان ولو كان عينا لزمه قبوله ولو أتاه ببعضه بعد حلوله وكان عديما لزمه أخذه وإن كان مليا فقال لا آخذ إلا جميعه ففي إلزامه الأخذ قولان لابن القاسم وأشهب.

المكان: إن شرطا موضعا معينا لزمه القضاء فيه وإن لم يشترطا شيئا لم يفسد السلم على المشهور وإن اختلفا فيه مع اتفاقهما على موضع السلم فثلاث روايات سوق السلعة فإن لم يكن لها سوق فحيثما شاء المسلم إليه وبه قال ابن القاسم ودار رب السلم وبه قال سحنون وحيث قبض رأس المال وقاله ابن القاسم أيضا. وإذا ظفر به في غير بلد العقد واتفقا على القضاء فيه ويدفع المسلم إليه كراء الحمولة لم

يجز في الطعام ويدخله بيعه قبل قبضه وينبغي أن يكون الحكم كذلك في العروض التي لها حمل ويدخله حط عنى الضمان وأزيدك، وأن يدفع كراء الحمولة جاز في العروض وكذلك الطعام إن حل الأجل، وإن لم يحل لم يجز قاله في الواضحة وإن طلب رب السلم التعجيل وأبى عليه الآخر فقال أشهب إن كان سعر البلدين واحدا وكان في وضع اللقاء أرخص جبر على الدفع فإن كان له في التأخير فائدة لم يجبر ولو طلب ذلك المسلم إليه لم يجبر رب السلم فيما يحتاج إلى حمل ومؤنة ويجبر على أخذ العين إلا أن تكون له في التأخير فائدة كخوف الطريق واختلف في العروض التي لا مؤنة في حملها فألحقها في المدونة بما فيه مؤنة وألحقها في غيرها بالعين.

الصفة: إن قضاها بالجنس قبل الأجل جاز بالمثل لا بأجود ولا بأردى وجاز بصنف المسلم فيه لا بأقل ولا بأكثر وإن قضاها بالجنس بعده جاز بأردى وبنوع آخر ووجب بأجود فإن كان طعاماً فقضاها أدنى صفة وأكثر كيلاً أو أجود صفة وأقل كيلاً لم يجز وإن قضاها أدنى صفة وأقل كيلاً فإن خرج ذلك مخرج المباحة لم يجز وإن خرج مخرج المسامحة جاز وإن قضاها غير الجنس بعد الحلول جاز بثلاثة شروط.

الأول: أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه فلا يجوز أن يأخذ ثوباً عن طعام.
الثاني: أن يكون المقتضى مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال فلا يجوز أن يأخذ طعاماً ورأس المال طعام ولا ذهب ورأس المال ورق ولا العكس.

الثالث: أن يكون المقتضى مما يباع بالمسلم فيه يدأ بيد فلا يجوز أخذ اللحم عن الحيوان ولا العكس وهما من جنس واحد ويزاد على هذه الشروط الثلاثة قبل الأجل شرط رابع وهو أن يكون المقتضى مما يباع بالمسلم فيه إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ من صنف ما أسلم فيه أعلى ولا أدنى. ثم حيث اشترطنا ذلك فهل يشترط أن يبقى بعد زمن الاقتضاء وبين أجل المسلم وبين عقد السلم وبين زمن الاقتضاء مقدار أجل السلم أو لا قولان.

تنبيه: هذه التفرقة بين حلول الأجل وعدم حلوله جارية على المشهور في عد المعجل مسلفاً حتى يأخذ من ذمته. وأما على رأى إسماعيل القاضى فلا فرق بين حلول الأجل وعدم حلوله.

القرض

دفع عين في مقابلة دين على وجه المعروف وكل ما صح أن يسلم فيه صح أن يقرض منه إلا الجوارى وقيد ابن عبد الحكم المنع بما إذا أقرضهن لغير ذى محرم . قال الأشياخ وليس قوله بخلاف قالوا وكذلك قرضهن النساء وللصبي يقرض له وليه أو تكون الجارية صغيرة لا يوطأ مثلها . وإذا أقرض الجارية لغير من ذكر فإن لم يطأها ردت وإن وطئها فات الرد وعليه قيمتها على المنصوص وقد اختلف المتأخرون فيما يأخذه عن فاسد القرض فأكثرهم على أخذ المثل في المثلى والقيمة في غيره . وقال ابن محرز بل يأخذ المثل ثم يباع ويأخذ ثمنه كان مثل القيمة أو أنقص وشرط صحته أن لا يجز منفعة للمقرض فإن كانت المنفعة لهما فقولان وذلك كالسفاتج والمشهور من قول مالك المنع وكسلف المسوس والعفن في المسغبة ليأخذ طيبا وشبه ذلك .

تنبيه: المقرض مخير في رد عين ما أخذ بعد الانتفاع به مدة الشرط ما دام على صفته أو يرد مثله مثلها كان أو متقوما .

الضرب الثاني: المعين

ويشترط فيه عشرة شروط أن يكون ظاهرا وأن يكون متفعا به وأن يكون مقدورا على تسليمه وأن يكون معلوما للمتعاقدين وأن يكون مقبوضا إن أخذه من دين أو كان طعاما من بيع وأن لا يقترن بمناف وأن لا يقترن به شرط مفسد . وأن لا يتعلق به حق لأحد . وأن يكون خليا عن الربا وأن يكون خليا عن القصد إلى ظاهر جائز ليتوصل به إلى باطن ممنوع .

الشرط الأول: أن يكون ظاهرا؛

فلا يجوز بيع النجس وفي المتنجس كالزيت تخالطه نجاسة ثلاثة الجواز لابن وهب والمنع للمالك والجواز من غير مسلم .

الثاني: أن يكون منتزعاً به انتزاعاً مباحاً،

فإن كانت المنفعة محرمة كآلات اللهو فسخ فيها وكسرت وأدب أهله وكذلك الصور المنهى عن اتخاذها قال القاضي عياض وأرخص في البنات التي يلعب بها الجوارى فأجاز أكثر العلماء بيعها وكرهه مالك ورأى أن الرخصة في اللعب لا في أن تتخذ متجراً واختلف في بيع المريض المخوف والحامل المقرب بناء على عدم المنفعة أو وجودها وفي بيع كتب الفقه ثلاثة الكراهة في المدونة والجواز لابن عبد الحكم والمنع لابن دينار.

الشرط الثالث: أن يكون مقدوراً على تسليمه،

فلا يباع المعجوز عن تسليمه حساً أو شرعاً كآبق وشارد وكذلك المغصوب إلا من غاصبه وكذلك الطير في الهواء والسمك في الماء وكبيع الأم دون ولدها. أو حساً وشرعاً كبيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وغير ذلك مما ورد فيه النهى.

الرابع: أن يكون معلوماً للمتعاقدين،

وقد ورد النهى عن بيع الغرر وهو ما تردد بين السلامة والعطب والغرر إما أن يرجع إلى الجهل بحصول المبيع ويعبر عنه بعدم القدرة عن التسليم وقد تقدم. وإما أن يرجع إلى الجهل به أو بصفته وهو المراد هاهنا ولاخلاف في إبطال العقد بالغرر الكثير وأما اليسير فمعمفو عنه وما وقع من خلاف في آحاد الصور ففي شهادة بالكثرة والقلة. ثم الثمن والمثمنون إما أن يكونا معلومى الجملة والتفصيل أو مجهولى الجملة والتفصيل أو مجهولى الجملة دون التفصيل أو العكس فإن كانا معلومى الجملة والتفصيل جاز، ثم الطرق المفضية إلى العلم أربعة:

الأولى: الرؤية وتكفى في رؤية المثلى كالقمح والشعير ونحو ذلك ورؤية بعضه وتكفى أيضاً رؤية الصوان كتشتر الرمان والجوز واللوز ولو رأى شيئاً ظنه من صنف فإذا هو من غيره مثل أن يرى حجراً فظنه جوهرة فإذا هو خرزة لم يكن له مقال على الظاهر من المذهب وقيل له الرد قال ابن حبيب إن قال من يشتري هذا الحجر فإذا هو ياقوتة لم يكن له مقال لأن الياقوتة حجر وسواء أعلم المبتاع به أو لم يعلم وإن قال من يشتري هذه الزجاجة فله الرد علم المبتاع أو لم يعلم فأما إن سكت أو قال حجر لم يكن له مقال. واختلف فيمن جهل السوق هل له مقال أم لا.

الطريق الثانية: الصفة وإذا تعذرت الرؤية مطلقا جاز البيع على الصفة كالأعمى وإن تعذرت حالة التبايع جاز عندنا خلافا للشافعي واختلف في بيع الغائب على غير رؤية ولا صفة إذا اشترط المشتري خيار الرؤية على قولين والجواز ظاهر المدونة وقول جل الأصحاب وأنكره الشيخ أبو بكر والقاضيان ثم الغائب إن كان بعيدا جدا كإفريقية من خراسان لم يجز مطلقا وإن كان قريبا جدا ولا مشقة في رؤيته لم يجز على الأشهر وإن كان في رؤيته مشقة جاز على الأشهر وقد أجاز في المدونة أن يعقد في السوق على سلعة في بيته ومنعه في الموازية ومحمل ما في المدونة على أن في رؤيتها مشقة والمشهور جواز بيع الأعدال على البرنامج بخلاف الساج المدرج وإن كان متوسطا جاز بثلاثة شروط أن يكون المبتاع يعلم ما وصف له وأن يصفه بالصفات التي تختلف فيها الأغراض وتباين بسببها الأثمان وأن يصفه غير البائع قاله في الموازية وجعل ابن رشد هذا شرطا في جواز النقد لا في جواز البيع ثم إن وجد على الصفة لزم وإلا لم يلزم والنقد جائز إذا كان الثمن مما يصح قرضه ولم يكن شرطا وإن كان مما لا يصح قرضه كالدار والجزاف لم يجز ولو طاع المبتاع بتعجيل ذلك فسد البيع قاله اللخمي وإن نقد بشرط فقال أشهب يجوز فيما قرب وقال ابن القاسم يجوز مطلقا. وقيده ابن رشد بما إذا وصفه غير البائع وفي ضمان الغائب أربعة قال مالك من البائع وقال أيضا من المشتري وقال أيضا العقار من المشتري وغيره من البائع وقال ابن حبيب العقار وما قربت غيبته من غيره مما يجوز النقد فيه من المبتاع وما كان بعيد الغيبة لا يجوز اشتراط النقد فيه من البائع.

الطريق الثالثة: الحزر والتخمين والمبيع إذا كان متعينا لا غرض في آحاده أو قلت أثمان الآحاد جاز بيعه جزافا بشرط أن يكون المتبايعان جاهلين بالمقدار وأن يكونا ممن اعتاد الحزر والتخمين وما وقع من خلاف في آحاد الصور ففي شهادة فيجوز بيع القمح في سنبله إذا أبيض واستغنى عن الماء خلافا للشافعي في أحد قوليه ولو حصد وجعل قبضا فقولان ولو حصد وكدس بعضه على بعض فإن كان المبتاع رآه قائما جاز وإلا فقولان حكاه ابن الحاجب وحكى القاضي عياض المنع باتفاق ولو كان في تبيته لم يجز بالاتفاق ولو كانت دكة تحت الصبرة تمنع التخمين وعلمها بها منع وإلا فللمشتري الخيار. ويجوز بيع المعدود كالبيض والرمان والتين

والقضاء والموز والأترج والبطيخ وصغار الحيتان جزافا إذا كثر وشق عدده وأما إن أحاط الناظر بعدده أو عظمت آحاده فلا .

الطريق الرابعة: الكيل والوزن والعدد والذرع وكل واحدة من هذه توصل إلى العلم بمبلغ البيع وبيع كل صنف بما جرت عادته أن يباع به وإن كانا مجهولين جملة وتفصيلا فذلك غير جائز اتفاقا كتراب الصواغين وكزنة حجر مجهول والكيل بمكيال مجهول، وإن كانا معلومين جملة لا تفصيلا. ومثاله أن يشتري عبيدين لرجل بثمان واحد صفقة واحدة فالمشهور من قول ابن القاسم المنع وقال أيضاً يصح وعلى المنع فيفسخ فإن فات مضى بالثمان وقسطا الثمن على قيمة سلعة كل واحد منهما كفعلهما إذا قلنا بالصحة وقيل لكل واحد قيمة سلعته مجردة وهو اختيار التونسي وإن كانا معلومين تفصيلاً مجهولين جملة جاز. مثاله أن يبيعه هذه الصبرة كل صاع بكذا.

الشرط الخامس: أن يكون مقبوضاً؛

إن أخذ من دين أو كان طعاماً من بيع أو ما هو في حكم البيع وقد ورد النهي عن الكالئ بالكالئ وحقيقته بيع في الذمة بشيء مؤخر وتقدير المذهب أن الدين إذا ثبت في الذمة فأخذ الغريم به شيئاً فإن كان مضموناً فإنه حرام إجماعاً وإن أخذ عنه معين كدار غائبة وثمرة يتأخر جذاها وجارية تتواضع وعبد مبيع على العهدة أو على الخيار فمنعه ابن القاسم وأجازة أشهب وإن أخذ منه منفعة عين كسكنى هذه الدار أو خدمة هذا العبد مدة معلومة فالمشهور المنع وروى أشهب الجواز وبه أخذ.

وقد ورد النهي أيضاً عن بيع الطعام حتى يستوفى وذلك فيما بيع كيلا أو وزنا دون ما بيع جزافاً إذا خلى البائع بينه وبينه. وألحق ابن أبي سلمة كل ما فيه حق توفية ومنعه ابن وهب في الربوي خاصة . وتستثنى من ذلك الإقالة والتولية والشركة وقيل إلا الشركة فينزل المولى منزلة المشتري ولا يجوز أن يكون بين العقدين افتراق في مقدار ولا أجل ولا غيره قال مالك وكل طعام من بيع ورثته أو وهب لك أو تصدق به عليك أو أعطيته سلفاً أو قضاء من سلف فلا تبعه حتى تستوفيه والمأخوذ في الصلح عن دم عمد أو خلع في حكم المبيع . وإذا وقع بيع

الطعام قبل قبضه ولم يقدر على استرجاعه من مبتاعه لغيبته أخذ الثمن من البائع الآخر واشترى به طعام مثله ويدفع إليه فإن نقص عن مقدار طعامه اتبع الغائب بالنقص وإن فضل من الثمن شيء وقف للغائب.

الشرط السادس: أن لا يقترن بمناف وله صور:

الأولى: ألا يجتمع مع عقد من عقود ستة يجمعها قولك «جص منقش» وهي الجعالة والصرف والمساواة والشركة والنكاح والقراض وهذا قول ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب.

الثانية: أن يقترن به محرم كسلعة وخمر والمشهور بطلان الصفقة كلها وقيل يصح في السلعة بقسطها من الثمن.

الثالثة: أن يقترن به سلف فإن سمح مشروط السلف في اقتضائه ولم يسمح بإسقاطه فسح وإن سمح بإسقاطه مضى على المشهور وقيل يفسخ وقال سحنون إن قبضه وغاب عليه رده وفسخ البيع وإن لم يقبضه لم يفسخ.

الشرط السابع: أن لا يقترن به شرط مضد:

كشرط أن لا يبيع ولا يهب وشبه ذلك مما فيه تحجير مناف لمداول العقد فإذا وقع فإن لم يترك لأجله شيئاً من الثمن فلا تأثير له. مثاله أن تكون داراً فيشترط أن لا يسكن فيها معه أحد ولا ضرر على الدار في ذلك إذ ليست بغرفة ضعيفة الخشب وقد جعل في المدونة هذا الشرط كعدمه إذ ليس له حصة من الثمن وكذلك إذا أقاله على أن يرد عليه دراهمه بأعيانها ولعل القائل بصحة الشرط في السكنى والإقالة رأى أنه ترك لأجل الشرط ما هو في حيز القلة وذلك يصح لقلة الغرر فيه وأما ما يترك من الثمن بشيء كثير فالصحيح المنع إذ هو غرر مقصود قارن العقد فيوجب أن يبطله فلو استأجر راعياً واشترط عليه الضمان فسدت الإجارة وإلى هذا الأصل ترجع مسائل الشروط كلها وما وقع من خلاف ففى شهادة هل ترك من الثمن لأجل الشرط شيء أم لا وهل المتروك في حيز القلة أو الكثرة والمسائل التي يصح فيها البيع وبطل الشرط تسعة: مسألة سكنى الدار والإقالة المتقدمتين وبيع الثمرة على ألا جائحة وعلى ألا زكاة وبيع الأمة على ألا مواضعة وعلى ألا عهدة وعلى ألا يسلمها عريانة وعلى أن ولاءها للبائع وعلى أنه

إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ونحوها فلا بيع بينهما.

الشرط الثامن: أن لا يتعلق به حق لأحد:

فإن تعلق به حق لأحد وكان معينا وقف اللزوم عليه وقيل يفسخ وإن كان غير معين كالحبس على الأعقاب بطل. وقد ورد النهى عن بياعات لتعلق حق الغير. منها تلقى السلع فإن وقع فالمشهور أن السلعة تعرض على أهل السوق فإن لم يكن لهم سوق فعلى أهل المصر فيشترك فيها معهم من شاء من التجار وغيرهم ممن يطلبها واحد منهم. ومنها بيع الحاضر للبادي ومحملة على أهل العمود لجهلهم بالأسعار. ومنها التجش فإن وقع لم يفسخ على المشهور فإن كان بدس من البائع أو علم وقبل خير المشتري في الفسخ والأخذ بالثمن فإن فات ودى القيمة وإن كان أجنبيا لم يعلم به البائع فلا شيء عليه.

الشرط التاسع: أن يكون خليا عن الربا:

ثم الربا إما في النقود أو في المطعومات.

النوع الأول: النقود:

والنقد إن بيع بغير نوعه سمي صرفا وإن بيع بنوعه ورنا سمي مراطلة وإن بيع بنوعه عددا سمي مبادلة ويشترط في الصرف وجود المناجزة وفي المراطلة والمبادلة المناجزة والمائلة والمناجزة عبارة عن سرعة التقابض ومدار هذا الباب على تحقيق المناجزة وذكر ما ينافيها وتحقيق المائلة وذكر ما ينافيها ولا شك في منافاة تاريخ القبض إن حصل قصد أو بعد فإن حصل غلبة فقولان وإذا قلنا بالصحة في غلبتهما فغلبة أحدهما أولى لأنه يتهم أن يقصد إبطال الصرف فيعامل بتقيض قصده وإن قلنا بالبطلان فقولان والصحة فيها اختيار القاضي أبي بكر وإن حصل التأخير بطول المجلس بطل خلافا للشافعي فإن قرب فالمشهور البطلان واختلف في علة الربا في التقدين هل هو جوهر الثمنية فتكون العلة قاصرة أو غلبتهما في الثمنية فتكون متعدية وعليهما اختلف في جريان الربا في الفلوس بالجواز والمنع والكراهة ثم المقتضى للفساد وفاقا وخلافا ينقسم بالنسبة إلى محل وجوده خمسة أقسام قسم يرجع إلى كيفية العقد وقسم يرجع إلى غيبة النقد وقسم يرجع إلى غيبة المصرف وقسم يرجع إلى ما يقترن بالعقد وقسم طار على العقد.

القسم الأول: يشتمل على المواعدة والخيار والحميل والتصديق وشرط عدم المقاصة.

المواعدة: فيها ثلاثة الجواز لابن نافع والمنع لأصبيغ والكراهة لمالك وابن القاسم. ابن بشير القول بالكراهة حمل على المدونة وظاهرها المنع والتعويض جائز كالعدة. الخيار: المشهور فيه المنع والجواز حكاه ابن شعبان وغيره وحكى ابن رشد اتفاق المذهب على فساده كانا معا بالخيار أو إحداهما وفي فساده بالخيار الحكمي قولان. الحميل: إن أخذه بما عساه يجده من نقص أو استحقاق منع لأن التناجز لم يحصل وإن أخذه بما عساه يجده من نحاس فأجره اللخمي على القولين في جواز البذل.

التصديق: في الوزن أو في الصفة أو فيهما ممنوع على المشهور وأجازه أشهب. وإن صرف منه ديناراً على أن لا يقاصصه بما له عليه فثلاثة البطلان والصحة ولو شرطه والصحة وبطلان الشرط.

القسم الثاني: غيبة النقد ولذلك أربع صور:

الأولى: أن يغيب بعد حضوره وقبل التقابض من أن يبعث أحدهما العوض إلى منزله ثم يدفع عوضه وذلك فاسد فإن دفع ذلك بعد تراخ فظاهر المذهب المنع وإن أدخله تابوته أو خطله بمتاعه كره ولم يفسد والأكمل أن يكونا بين أيديهما.

الصورة الثانية: أن يكون غائباً عن المجلس لكنه في حكم الحاضر وهو ما في الذمة وقد منعه أشهب مطلقاً وأجازه ابن شعبان مطلقاً والمشهور الجواز في الحال دون المؤجل ثم حيث أجزناه فذلك ما لم يكن بشرط في أصل البيع مثل أن يبيعه سلعة بنص دينار إلى أجل على أنه يأخذ منه دراهم عند حلول الأجل وذلك حرام.

والصرف على الذمة مثل أن يعقدا صرفاً في دينار ثم يتسلفا ما عقدا عليه ولا شك في فساده إن طال وإن قرب وتسلفا معاً فسداً أيضاً وإن تسلفا أحدهما فأجازه ابن القاسم ومنعه أشهب.

الثالثة: أن تكون تحت يد الغاصب فإن كان مصوغاً قائم العين فالمشهور المنع وإن لم يكن قائم العين بل ذهبت عينه جملة جرى على صرف ما في الذمة وإذا

قلنا بالجواز فىصرف منه قىمته على المشهور وقىل بل رؤىته وإن دخله عىب ىوجب الخىار فإن ضمنه القىمة ثم أراد أن ىصرفها منه فىجرى على الخلاف فىمن خىر بىن شىئىن هل ىعد منتقلا أم لا وإن كان مسكوكا جاز لأنه لا ىعرف بعینه .

الرابعة: أن تكون تحت ىد أمىن كالمرتهن والمستعىر والمستأجر والمودع فىصرفه منه وقد نص فى المدونة على المنع فى الودىعة فى المصوغ والمسكوك وروى أشهب الجواز فى المسكوك وقال ابن القاسم بالمنع فى المسكوك المرهون وروى محمد الجواز وفى الجواهر حكم العارىة حكم الرهن وحكم المستأجر حكم الودىعة .

القسم الثالث: غىبة المصرى قبل القبض ولذلك ثلاث صور:

الأولى: أن ىوكل من ىنوب عنه مثل أن ىعقد الصرف وىوكل من ىقبض وىنصرف فإن تراخى قبض الوكىل بطل وإن لم ىتراخ فظاهر المدونة المنع وقال فى الموازىة فى شرىكىن صرفا ثم وكل أحدهما صاحبه وذهب أن ذلك جائز ولو وكله على العقد والقبض صح على المنصوص .

الثانىة: أن ىعقدا صرفا ثم ىحىل من ىقبضه فإن غاب المحىل لم ىجز وإن قبضه المحال بحضرته فقال ابن رشد لا ىجوز بخلاف قبض الوكىل وحكى الجواز عن أشهب وسحنون .

الثالثة: أن ىغىب عن بعض ما عقد علیه محققا أو توهما وهو موجب لنقض ما لم ىقبضه وفى غىره خلاف فإن دخلا على قبض البعض دون البعض فحكى ابن رشد الاتفاق على نقض ما قبص ودخلا على قبض الجمىع ثم أخر البعض ففى بطلان ما قبض قولان لابن القاسم فى المدونة والموازىة ولو أودعه ما صرف منه فإن كان مصوغا أو مسكوكا مطبوعا عىه جاز وإلا لم ىجز .

القسم الرابع: ما ىقترن بالعقد وذلك البىع وهو ممنوع على المشهور إلا فى السىر فإن اجتمع فى دىنار فقال ابن القاسم ىجوز إذا كان أقل مثل أن ىبتاع سلعة بثلثى دىنار فىدفع إلیه دىنارا وىأخذ بقىته دراهم وقال ابن حىبب لا ىطلب أن ىكون أحدهما تبعا فىه لىسارته وحكى ابن شاس أن ذلك هو المشهور ثم إذا قلنا باعتبار الیسارة فقال فى الموازىة هى الثلث فما دونه وقال القاضى أبو محمد هى الدرهم فما فوqe ىعجز أو الدىنار أو الدرهم ىرىد وكثیره غىر جائز فىجوز الضرورة وإذا

اجتمعا فى أكثر من دينار فلا بد أن يكون أحدهما تبعا ثم إن كانت السلعة أكثر والصرى أقل فيعتبر أن يكون الصرى فى أقل من دينار وإن كان الصرى أكثر فقال أبو موسى ابن مناس المعتبر أن تكون قيمتها أقل من دينار وقيل أن تكون الثلث فأدنى .

القسم الخامس: ما يطرأ بعد تمام الصرى وهو وجود النقص والاستحقاق .

والنقص: إن كان فى المقدار ووجده بالخررة ولم يطل ورضى به أو رضى الآخر بالإتمام صح وإن لم يرض ووقع الصرى على غير معين أجبر هذا على الإتمام والآخر على القبول وإن وقع على معين فى الإيجاب قولان وإن وجده بعد المفارقة أو طول المجلس فإن قام به انتقض وإن لم يقم صح به الصرى فيما لم يقع فيه التأخير اتفاقا وأما ما حصل فيه التأخير فثلاثة: النقص مطلقا فينقض صرى دينار فإن كان النقص أكثر من صرى دينار فديناران وهذا قاله ابن القاسم، وعدمه مطلقا لأشهب، وعدمه فى اليسير لابن القاسم أيضا واليسير الدرهم فى المائة والدائق فى الدينار وقيل الدانقان وقيل ما تختلف فيه الموازين وإن كان فى الصفة فإن لم يكن فيه شىء من العين ووقع الصرى على غير معين انتقض الصرى على المشهور وقال ابن حبيب وغيره بجواز البدل وإن وقع على معين فقال اللخمي وأبو بكر بن عبد الرحمن بجواز البدل قولاً واحداً بناء على رواية أشهب فى اعتبار التعيين وقال جل المتأخرين يجرى على القولين بناء على رواية ابن القاسم فى عدم تعيينها وإذا قلنا بالبدل فأعطاه من الجنس معجلاً جار وإن أعطاه مؤجلاً أو من غيره فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب وإذا قلنا بالنقض لأجل نقص المقدار أو الصفة فأربعة ينتقض صرى دينار خاصة قاله مالك وابن القاسم، والجميع قاله ابن القاسم أيضاً، والجميع إن لم يسم لكل دينار وإن سمي انتقض صرى دينار أو أزيد إن كان النقص أزيد من صرى دينار وينتقض ما قابل النقص .

الاستحقاق: إن كان فى المسكوك واستحق بالخررة لم ينتقض وكان له دفع بدله وسواء وقع على معين أو لا قال ابن الكاتب إذا كان عنده بدلها لزمه دفعها بالحكم عند ابن القاسم وعند أشهب وسحنون إن صارفه على معين لم يلزمه دفع غيره وإن استحق بعد المفارقة أو الطول بطل الصرى كانت معينة أو غير معينة وأما

المصوغ فينتقض الصرف فيه مع عدم التراخي مطلقا وكذلك إن رضى بعد المفارقة وإن رضى بدفع المثل قبل التفريق وقبل غيبة المصوغ جاز فإن أراد المستحق إجازة البيع والمصوغ بالحضرة جاز خلافا لأشهب بناء على أن الخيار الحكمي كالشرط ولو فات فتعلق بالذمة فله الإجازة. بيع النوع بمثله وزنا يطلب فيه مع المناجزة وقد بولغ في مراعاتها حتى جعلوا توهم الربا كتحققه ولذلك منع بيع سلعة ودرهم بسلعة ودرهم واختلف في الدرهم الواحد يشتري بنصفه سلعة ويرد عليه نصفه فمنعه سحنون والمشهور الجواز وقيل يجوز في أقل من النصف وقيل يجوز في غير الفلوس ثم المماثلة تكون بالوزن تحقيقا أو تقديرا أما التحقيق فحيث يمكن الوزن وذلك إذا كانا غير متصلين بسلعة فيجعل كل واحد منهما في كفة فإذا استوى لسان الميزان صحت وقيل يورن بصنجة واحدة ثم إن اختلفا بالجودة والرداءة جاز على المشهور وعلى المشهور فإن كان الجيد كله في جهة جاز وإن كان أحد العوضين بعضه أجود وبعضه أدنى امتنع وإن كان بعضه أجود وبعضه مساويا فأجازه ابن القاسم ومنعه سحنون وإن اختلفا بالسكة والصياغة فثلاثة يفرق في الثالث فتعتبر الصياغة دون السكة وعلى الاعتبار فيكون حكمها حكم الجودة وإن كان متصلا بسلعة وكان في فصله عنها ضرر وأراد أن يبيعه بنوعه وكان تبعا جاز نقدا خلافا لابن عبد الحكم ومنع إلى أجل خلافا لسحنون وإذا قلنا بالمنع فهل منع تحريم أو كراهة قولان للمدونة محمد واتبع الثلث وقيل دونه وقيل النصف وتعتبر التبعية بالقيمة وقيل بالوزن وإن كان غير تبع لم يجز وفواته كالبيع الفاسد خلا حوالة الأسواق وقال سحنون لا يفوت بشيء.

والمبادلة: جائزة في العددي دون الوزني فيجوز إبدال اليسير بأوزن منه يسيرا إذا كان القصد المعروف والتعامل بالعدد فإن كان الأنقص أجود ذهباً لم يجز اتفاقا وإن استوى السكتان جاز اتفاقا وإن كان الأرجح أفضل سكة فأجازه ابن القاسم ومنعه مالك والثلاثة يسير والسبعة كثير وفيما بينهما قولان والقضاء بالمساوي وبالأفضل صفة ومقدارا جائز وبالأفضل مقدارا جائز في البيع دون القرض إلا في اليسير جدا كرجحان الميزان وقال ابن دينار وابن حبيب يجوز مطلقا وقال أشهب يجوز ما لم يكثر مثل زيادة الدرهم والدرهمين والسكة والصياغة هنا معتبرة اتفاقا.

المقاصة: وإذا كان لرجل قبل رجل عين وللآخر عليه عين فإن اختلفا كذهب وورق وأرادا أن يتقاسما بأن يقتعد كل واحد بما في ذمته فإن كانا حالين جاز على المشهور وإن لم يحلا أو حل أحدهما امتنع على المشهور وإن اتفقا في النوع وكانا من بيع فإن استويا صفة ومقداراً وحلولا جاز وإن اختلفا في الوزن لم يجز وإن اختلفا في الصفة وحل الأجلان جاز وإن لم يحلا منع على المشهور وإن اتفقا صفة ومقدارا ولم يحلا أو حل أحدهما والأجلان مفترقان أو متفقان فثلاثة الجواز لابن القاسم إذ لكل واحد منهما التعجيل لتساويهما ولا ضمان في العين وقال ابن نافع إن حل أحدهما جاز وإلا فلا وروى أشهب المنع إذا اختلف الأجل والوقف إذا اتفق وإن كانا من قرض واتفقا صفة ومقدارا وحل الأجلان أو حل أحدهما جاز وكذلك إن لم يحلا على المنصوص وإن اختلفا في الصفة والوزن فإن كان يسيرا جاز وإن كثرت جرى على الخلاف المتقدم وفي القليل بالأكثر عددا وقال اللخمي إن كان أكثرهما أولهما قرضا جاز وإلا لم يجز فإن استوى الأجل فمنعه ابن القاسم وأجازه ابن حبيب وغيره قال وإن حل أحدهما وهو الأقل أو لم يحلا أو كان أقلهما أولهما حلولا لم يجز وإن حل الأكثر أو كان هو أولهما حلولا أو أولهما قرضا جاز وإلا لم يجز فإن استوى الأجل جاز ما لم يكن الأكثر آخرهما قرضا وإن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض جاز ما لم يكن الأقل أولهما حلولا وما لم يعد إلى المقرض أكثر.

النوع الثاني: المطعومات:

والربا فيها يكون بأمرين: النساء والتفاضل.

فلا يجوز النساء في كل مطعوم دون ما يكون دواء فما اتفق على أنه مطعوم جرى فيه هذا الحكم كالبقول والفواكه الرطبة وما اتفق على أنه دواء جاز بيع بعضه ببعض إلى أجل كالبصل والزعفران والشاهترج وما اختلف فيه يختلف في بيعه بالطعام إلى أجل كالطلع والبلح الصغير والتوابل كالفلفل والكزبرة والكمونين والرازيانج فقيل طعام وقيل دواء وفي الحلبة ثلاثة يفرق في الثالث فتكون الخضراء طعاما واليابسة دواء وفي الماء العذب قولان.

التفاضل: وفي علة التحريم سبعة فالأكثرون على أنه الاقليات والادخار وهو

القول المعمول به والاقنيات وفي معناه إصلاحه ويرده جريان الربا في لبن الإبل لكن أقيم دوام وجوده كادخاره والادخار وغلبته والمالية والاقنيات أو التفكه والادخار والاقنيات والادخار للعيش غالبا وهو رأى ابن القصار وعبد الوهاب . ثم إن اتفق وجود هذه العلة في شيء فيتفق على أنه ربوى كالبر والشعير والعلس والأرز والذرة والدخن والقطنى والتمر والزبيب واللحم والملح والزيتون والقرطم وبزر الفجل الأحمر ونحوه لما يعتصر منه والبصل والثوم وتردد مالك في التين إذا لم يكن مقتاتا بالحجاز وإلا فهو أظهر من الزبيب وما لم يوجد فيه واحد منها فغير ربوى اتفاقا كالخس والسريس ونحو ذلك وما وجد فيه بعض دون بعض فيختلف فيه للخلاف في العلة وقد يختلف في العلة هل هي موجودة فيه مع الاتفاق على العلة كالجوز واللوز والفسق والبندق والجراد . ابن بشير . ولا يختلف في أن التين ربوى مع اختلاف أصنافه واختلاف أيضا في العنب الذى لا يتربى والرطب الذى لا يتمر والرمان والكمثرى والخوخ والموز والمشهور أن البيض ربوى واختلف أيضا في السكر والعسل والتوابل ومذهب ابن القاسم أنها ربوية وخالفه أصبغ قال المازرى والنكته التى تدور عليها فروع هذا الكتاب اعتبار الغرض فى مجرى العادة وفى الطعام هل يدخر للدواء أو للاقتيات والايتماد وإصلاح الأقوات واختلاف الجنسية يبيح التفاضل واتحادها يمنعه فأصناف الحنطة وأصناف التمر وأصناف الزبيب أصناف لحوم ذوات الأربع وأصناف لحوم الطير وأصناف لحوم ذوات الماء وأصناف الجراد وأصناف الألبان لا يجوز بيع صنف بصنفه متفاضلا بل متماثلا ويجوز كل صنف بغيره متفاضلا واختلف فيما عدا ذلك فمن ذلك القمح والشعير والمشهور أنهما صنف واحد خلافا للسورى والسلت كالشعير ومنه الأرز والذرة والدخن والمشهور عدم إلحاقها بالبر وأنها أجناس ومنه العلس وظاهر المذهب عدم إلحاقه بالبر وألحقه به فى الواضحة ومنه القطنى كالقول والعدس والحمص واللوبيا والجلبان والبسيلة وفى كونها جنسا أو أجناسا قولان والكرسنه قيل من القطنى وقيل جنس قائم بنفسه ومنه التوابل والمشهور أنها أجناس ومنه أخباز ما حكم فيه بالتمييز كأخباز القطنى والمشهور أنها أجناس خلافا لأشهب ومنه الأمراق واللحوم المطبوخة والمشهور أنها صنف من غير التفات لاختلاف اللحوم واختلاف ما يطبخ

به ومنه الكعك بالأبزار بالخبز ومقتضى ما تقدم في الأمراق المنع لكن قد أجازوا التفاضل بينهما. وتعتبر المماثلة في الحبوب الجافة بما اعتبره الشرع فيها من كيل أو وزن فإن لم يكن فبالعادة العامة فإن لم تكن فبعادة محله فإن جرت بالوجهين اعتبرت ما شئت منهما ومتى فقد الوزن جاز التحرى في اليسير لا في الكثير على المنصوص فإن كانت رطوبة في أحد الصنفين كالرطب والتمر منع بيع بعضه بوضع لأن اليبوسة ليست حال كماله فالمماثلة غير حاصلة ولو كانت الرطوبة هي حال كماله جار كبيع اللحم الطرى باليابس قولان وفي الموازية جواز بيع الخبز اليابس بالطرى تحرياً.

العرايا

والعرايا: مستثناة من الربا والمزابنة والغرر وبيع طعام بالطعام نسيئة ومن شراء الجزاف بالمكيل ومن شراء الرطب باليابس ومن الرجوع في الهبة، وهي جمع عرية بتشديد الياء واشتقاقها من قولهم عروته أعروه إذا أتيته أطلب معرفه. وحققتها: هبة ثمر نخلة أو نخلات من حايط.

حكمها: الجواز في النخل والعنب وفي إلحاق ما يبس من الثمار بهما قولان المشهور الإلحاق وبيعها من غير المعرى يجرى على أحكام البياعات والمرخصة ببيعها من المعرى بخرصها على المشهور وفي بيعها منه بالعين روايتان المشهور الجواز حكاه في الجواهر وحكى عياض أن المشهور المنع ثم حيث أجزنا له شراءها فخرصها فذلك بثمانية شروط:

الأول: أن تكون باسم العرية على قول ابن القاسم.

الثاني: أن تكون الثمرة قد طابت.

الثالث: أن يشتريها بنوعها.

الرابع: أن يكون باليابس منه.

الخامس: أن يكون في الذمة فلا يشتريها بمعين.

السادس: أن يكون مؤخراً إلى الجذاذ.

السابع: أن تكون خمسة أوسق فأدنى .

الثامن: أن يشتري جملتها فلا يجوز شراء بعضها وقيل يجوز .

وحوز العرية أن يكون فيها ثمرة أو يقبض أصولها ولا تحصل الحيازة إلا بها

رواه ابن حبيب وقال أشهب تتم بالإبار أو بتسليم الرقبة .

الشرط العاشر: أن يكون خليئاً عن القصد لظاهر جائز يتوصل به إلى باطن ممنوع؛

وهو المعبر عنه ببيع الأجال، وقد منع من ذلك مالك سداً للذريعة والأصل أن

ينظر إلى ما خرج من اليد وما رجع إليها وقابل أحدهما بالآخر فإن كان مما لو

ابتدأ المعاملة عليه جاز فأجز وإلا فامنع إن كان الوجه مما يكثر القصد إليه كالبيع

والسلف وإن كان مما يقل كضمان بجعل فقولان مشهوران وإن كان مما يبعد جدا

كسلفني وأسلفك فالمشهور الجواز خلافا لابن الماجشون ويعبر أصحابنا عن هذه

الأوجه الخلافية بالتهم البعيدة وبحماية الحماية وضع وتوجل يرجع إلى السلف

بزيادة وإلى الربا والضمان بالجعل وحط عنى الضمان وأريد يرجعان إلى السلف

بزيادة مثال ذلك أن يشتري سلعة بعينها إلى أجل ثم يشتريها بالثمن الثاني إما مثل

الأول أو أقل أو أكثر وهو إما نقص وإما إلى أجل ثم الأجل إما مساو أو أقل أو

أكثر فهذه اثنتا عشرة صورة وما قبل الأجل كالنقد فتبقى تسع صور . فإن كان

الثمن عينا واتفقا في الصفة امتنع منها ما تعجل فيه الأقل وهو أن يبتاعها بأقل نقدا

أو بأكثر إلى أبعد واختلف الثمنان بالنوع فإن كان البيع الثاني مؤجلا امتنع مطلقا

لأنه صرف بتأخير وإن كان نقدا وكان الثاني أقل من صرف المتأخر امتنع وإن كان

مساويا فقولان المنع في المدونة والجواز في غيرها وإن كان أكثر جدا جاز على

المشهور وإن اتفقا بالنوع واختلفا بالجودة والرداءة فإن تعجل الأفضل جاز وإن

تعجل الأدنى امتنع وكذلك إن تساوى الأجلان أو كان الثاني أبعد وإن كان الثمنان

عروضا من جنسين مختلفين جازت الصور كلها وإن كانا من جنس امتنع ما تعجل

فيه الأقل واختلف فيما إذا كان الثاني بأكثر نقدا أو بأقل إلى أبعد بناء على قرب

ضمان بجعل أو بعده وإن كان الثمنان طعاما من نوعين مختلفين فكالعينين

المختلفين وكذلك إن اختلفا بالجودة والرداءة وإن كان من نوع واحد فكالعروض

ولو كان الثاني بعضه نقدا وبعضه مؤجلا فإن تعجل الأقل امتنع ومنع ابن

الماجشون المؤجل إذا كان مساويا والأجل أبعد بناء على قرب أسلفني وأسفلك مثاله أن يبيعه ثوبا بمائة إلى شهر ثم يشتريه منه بخمسين نقدا وخمسين إلى شهرين والمشهور جواز ذلك مخرج الخمسين مسلفا ليأخذ عنها خمسين عند الأجل على أن يسلفه الآخر خمسين يأخذ عنها خمسين إلى تمام الشهر الثاني وإذا وقعت بيعات الأجل على الصفة المكروهة فإن كانت السلعة قائمة فسخ البيع الثاني خاصة وقال ابن الماجشون والأول إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة وإنما وجدها تباع فاشتراها لم يفسخ الأول وإن فاتت بحوالة سوق على مذهب سحنون أو بالعيوب المفسدة كما ذهب إليه التونسي وغيره على مذهب ابن القاسم فقبل تفسخ الأولى وتصح الثانية بالقيمة وقيل إن كانت القيمة أقل فسخا معا وإن كان أكثر فسخت الثانية خاصة وقضى عليه بالقيمة فإذا حل الأجل أخذ الثمن وأهل العينة قوم علموا فساد سلف جر منفعة وما يخطر في سلكه من الربا والغرر فأظهروا سلعا تظهر فيها الحيلة ومقصدهم التوصل إلى الفساد مثاله أن يقول اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا فإن سمي الثمن وأوجب البيع وباعها منه إلى أجل منع بلا خلاف لأنه يثول إلى سلف جر منفعة وإن كان على النقد فقولان الجواز إذ لا تأخير يثول إلى سلف بزيادة والمنع لأنه يبيع ما ليس عندك.

الركن السادس: العقد

ويشترط أن لا يقع في زمن مستحق للعبادة شرعا والأصل في ذلك النهي عن البيع وقت نداء الجمعة الموجب للسعى إلى الجمعة وهو النداء إذا جلس الخطيب على المنبر، وألحق المتأخرون بذلك الصلوات كلها إذا تعين وقتها. وحكى الغرناطي أن البيع في وقت الفتنة حرام وحكى ابن رشد أن البيع في الموضع المغصوب حرام ثم إذا وقع وقت النداء فسخ على المشهور وقال ابن القاسم فإذا فات ففيه القيمة وقيل يمضى بالثمن ويقوم وقت العقد بتقدير الحل وقال أشهب بعد انقضاء الصلاة إذ لا قيمة له حينئذ شرعا ثم العقد قد يكون بتأ وعلى خيار وكل واحد منهما إما أن يكون بعد المساومة أو بعد الزيادة أو المراجعة والأصل

البى والآيار إنما يكون بشرط المساومة وهو البىع من غير بيان رأس المال وهو آائر ولا يءءله آءليس إلاً من آوه واحء وهو أن يظن المءءرى أنه طرى الشراء وهو قءيم قاله ابن مآرز.

المزايءة

وهو آائر أيضاً قال ابن مآرز ولا يءءله آءليس إلاً أن تكون السلعة لبعض أهل السوق فىءءلها آءاء مع آملة ما يءءله الآلبون. ثم إذا وقع آءاء على سلعة فمن أعطى فيها ثمنا لزمه والآيار للباىع فإن راء عليه غيره آنآل اللزوم إلى الآنى وإن لم يزد للباىع آءءه بءلك ما لم آطل آيبته قال سآنون ولا يجوز للسمسار أن ينادى على سلعة وآأآء آعلا إلاً إذا آعل ربهها ببعها بيءه وإذا آآء السمسار آمن لىءفعه إلى الباىع إن رضى بالبع فضاى منه لزمه إذا لم يؤمر بالبع بعء المرابآة وهو أن يءكر الباىع للمءءرى رأس المال ويطلب منه الربى وآءءله آءليس من آههين أن لا يءكر زمن الشراء وأن يكذب فى آمن والآجب عليه آفظ الأمة والصدق فى قءر آمن وفى الإآبار عن كل ما لو علمه المءءرى لقلت رآبته فى السلعة فىبين ما طراً عليها من عيب منقص أو آناية ويبين ما به عقد وما نقد وهل آشراها بنقد أو نسيئة وفى أى زمن آشرى وهل آبور عنه فى آمن أو آخره به أو بشىء منه وما آرم على السلعة بما له عين قائمة إذ لا آحل ذلك البىع آتى يآنزل المآباع منزله فى علم آميع ذلك. وإذا كذب الباىع فى زياءة آمن آير المآباع فى الآآء بآميع آمن أو الرء ما لم يآط الباىع عنه الكذب وربآه وقال ابن المآآشون له الآيار وإن آط لآب مآسبه وقال بعض المآآرين: إن أى مآصلا لم يكن له آيار وإلاً فله الآيار فإن آاءت السلعة فعليه قيمتها يوم القبض ما لم آكن آكر أو أقل ولو آلط الباىع فنقص من آمن وصدقه المآباع أو قامآ له بينة آير المآباع فى آآءها بما قال أو رءها فإن آاءت فللمآباع أن يعطيه ذلك أو قيمتها ما لم آنقص عن الآلط وربآه.

الخيار

وهو عندنا بالشرط لا بالمجلس ثم الخيار يكون لثلاثة ليؤتى بالثمن وليؤامر نفيه في العزم على الشراء مع علمه بموقع الثمن في الغلاء والرخص ليختبر المبيع وأى ذلك كان فالخيار جائز، ثم الخيار إن كان ليؤتى بالثمن لم يكن له قبض السلعة وإن كان ليعاود نظره في الثواب أو ليختبره جاز له قبضه ومدته غير محدودة على المشهور حكاه عياض وفي المدونة هي في الدار الشهر يريد وفي سائر الرباع وفي الرقيق خمسة والجمعة وشبه ذلك والدابة تركب اليوم ونحوه ولا بأس باشتراط البريد ونحوه وفي الثوب اليوم ونحوه واليومين وشبه ذلك لا أكثر، قال بعض الشيوخ: وهذا التحديد إنما هو إذا كان الخيار للاختبار وإن كان للمشورة فيكون الأمد مقدار ما يتشاور فيه التقدر بغير شرطه جائز في جميع المبيعات خلا العلى من الإمام لأنه إذا قبل يصير كمن أخذ جارية تتواضع من دين. وكذلك العبد الغائب والمسلم والكراء المضمون لأن البيع إذا تم دخله فسخ دين في دين والتقد بشرط غير جائز ويفسخ وإن أسقط الشرط وقيل يصح إذا أسقط الإيقاف وإذا طلب البائع إيقاف الثمن كالثمن والمواضعة على المشهور فيهما لم يلزم لأنه لم ينبرم وإذا اشترط المتبايعان خيار رجل أو رضاه أو مشورته فلهما الاستبداد، وإن اشترط ذلك أحدهما فأما المشورة فلمشترطها الاستبداد، وأما الخيار والرضاء فإن أراد مشرطه أن يستبد ووافقه الآخر في ذلك، وإن خالفه ففي المذهب أربعة له أن يستبد كالمشورة وليس له ذلك وهو قوله في المدونة في المتبايع، وله في غيرها مثل ذلك في البائع، والثالث أن ذلك حق لهما معا فإن اشترطه البائع ثم أراد الإمضاء وأباه من اشترط خياره لزم المشتري، وإن أراد البائع الرد وأراد من اشترط خياره الإمضاء فللمشتري الأخذ، وإن اشترطه المتبايع وأراد الأخذ فله ذلك، وإن أباه من اشترط خياره وإن أراد الرد وأباه المتبايع فللبيع أن يلزمه البيع، ورابعها التفرقة فإن اشترط ذلك البائع فله أن يستبد بالرد والإمضاء وإن اشترطه المتبايع فليس له أن يستبد.

• الدال على الرضاء قول وترك وفعل أما القول فواضح وأما الترك فمثل أن يمسك على القول أو الفعل حتى تنقضى مدة الخيار فإن كان الخيار للبائع والسلعة بيده فذلك اختيار منه للرد وإن كان بيد المبتاع دل على اختيار الإمضاء ولو كانت بيد البائع دل على اختياره الرد فإن ردها أحدهما بالقرب فقال في المدونة له ذلك بعد غروب الشمس ومن الغد أو بقرب ذلك وقيل لا رد بعد الغروب. وأما الفعل فما لا يفعله الإنسان إلا في ملكه فهو صريح في الرد من البائع وفي الإمضاء من المشتري وذلك كالتعق والكتابة والاستيلاد وشبه ذلك واختلف في البيع فقال مالك في رواية ابن القاسم إذا باع المشتري السلعة والخيار له فذلك رضى وقال في رواية ابن زياد ليس ذلك برضى واختلف في الرهن والإجارة وتزويج العبد والسوم بالسلعة فقال ابن القاسم ذلك رضى وقال أشهب ليس برضى ويحلف والمالك في زمن الخيار للبائع والإمضاء نقل لا تقدير وقيل للمشتري فيكون الإمضاء تقديراً لا نقلاً.

الطوارئ ثلاثة:

الغلة: وهي للبائع بضمائه.

العيب: وإذا أصاب المبيع عيب في أيام الخيار بسماوى فحكمه حكم ما كان به قبل البيع لأنه من ضمان البائع.

التلف: وإذا تلف بسماوى في أيام الخيار وقامت البينة على ذلك لم يكن لواحد منهما مقال وإن ادعى من هو بيده أنه تلف فإن كان البائع والخيار له فلا مقال للمبتاع وإن كان الخيار للمبتاع والمبيع مما يغاب عليه واختار الإمضاء فله تحليف البائع ثم إذا حلف برئ عند ابن القاسم ولزمته القيمة عند أشهب إن كانت أكثر وإن كان قيد المشتري وهو مما لا يغاب عليه صدق بعد يمينه ولا ضمان عليه إلا أن يأتي مما يدل على كذبه قال في الموازية وإن كان ما يغاب عليه ضمنه ما لم تقم له بينة وإذا تنازعا في وقت تلف المبيع فقال المبتاع في أيام الخيار وقال البائع بعدها فقال ابن القاسم القول قول البائع لأن المبتاع مدعى نقض البيع فعليه البينة ابن أبى زيد يريد أنهما تصادقا اليوم على أن أيام الخيار انقضت وأما لو قال المبتاع لم تنقض لصدق بعد يمينه لأن المبتاع يريد أن يضمه.

اللواحق

ينحصر الكلام فيها في ثمانية فصول:

الأول: في حكم الفاسد بعد وقوعه:

وإذا وقع الإخلال بشرط من شروط الصحة فالجاري على المذهب وجوب الفسخ لأن النهى عندنا يدل على الفساد مطلقاً وتفصيل المذهب أن ما نهى عنه لأجل حق الغير فيقف الفسخ عليه على المشهور وما حرم لوقوعه في محل محرم أو وقت معين كالبيع في الدار المنصوبة والواقع في وقت معين لصلاة لم يفسخ قاله ابن رشد وينبغي أن يفسخ على القول بفسخ ما بيع وقت نداء الجمعة وما كان من بيوع الثنيا كالبيع على أن لا يبيع ولا يهب فقد تقدم ذكره وذكروا فيما إذا باعه على أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ونحوها فلا يبيع بينهما أربعة أقوال ثالثها يصح البيع ويبطل الشرط وقد تبين أنه قول ابن القاسم، ورابعها الجواز فيما لا يسرع إليه التغير كالرباع والكرهية فيما يسرع إليه وهو قول مالك في الموازية وما نهى عنه لأجل الربا والغرر وفسخ الدين في الدين وما يؤدي إليه فيفسخ والضابط أن كل ما اتفق على تحريمه فيفسخ إن كان قائماً وتجب فيه القيمة في المتقوم والمثل في المثلي إن كان فائتاً ويفسخ أيضاً ما اختلف الناس فيه فإن فاته مضى بالثمن في رواية ابن القاسم وفي رواية ابن نافع تجب فيه القيمة أو المثل كالأول قال ابن القاسم: وينتقل الضمان فيه بالقبض، وقال أشهب: وبالتمكين وقبض الثمن، وقال سحنون: إن كان مجعماً على فساده لم يضمن إلا ضمان الرهان ثم حيث أوجبنا القيمة عند التلف فيقوم يوم القبض على المشهور وقيل يوم العقد وقيل يوم الفوات واستغلاله مطروح لأن الخراج بالضمان وانتقال الملك لا يكون إلا بعد القبض والفوات على المشهور.

وأسباب الفوات أربعة:

الأول: تغير الذات وهو عامل في جميع المبيعات والمعتبر فوات الغرض المقصود

من العين.

الثاني: تغير السوق والمشهور اختصاصه بالحيوان والعروض وقال ابن وهب وأشهب هو عام.

الثالث: الخروج عن اليد بالبيع الصحيح وهو عام في الجميع وذلك إذا باعه بعد قبضه وقبل القيام بالفسخ.

الرابع: تعلق حق الغير كالرهن والإجارة والإخدام إن كانت الخدمة إلى أجل وهو فوت في الجميع.

الفصل الثاني، في نقل الضمان وما يترقب عليه من تلف وتعيب وجناية؛

والبيع إن كان فاسدا فقد تقدم وإن كان صحيحاً وانعقد على الصفة أو على الخيار فقد تقدم أيضاً وإلا نظرت فإن تعلق به حق توفية فضمانه من البائع حتى يستوفيه المبتاع فإن تلف في المكيال أو في الميزان فثلاثة ثالثها التفرقة فإن تولى البائع أو وكيله الكيل فضمانه منه وإن تولاه المبتاع فضمانه منه ورواه سحنون عن ابن القاسم وإن لم يتعلق به حق توفية وبيع جزافاً وعمكن المشتري من نقله فالضمان منه وإن لم يتمكن من ذلك إما لعدة كلبن غنم بأعيانها مدة معلومة وكشرب من عين مدة معلومة وإما لبقائه لمصلحة كالثمار فالضمان من البائع وما يبيع على العهدة وعلى المواضعة فلا ينتقل الضمان إلا بعد انفصال أمد العهدة والمواضعة واختلف في المحبوس بالثمن على ثلاثة أقوال الضمان من البائع رواه أشهب وبه أخذ ومن المبتاع رواه ابن القاسم وبه أخذ حكاه ابن يونس والثالث إن كان المشتري بلدياً موسراً فالضمان من البائع وإن كان عربياً أو معسراً فمن المبتاع قاله مالك في مختصر ما ليس في المختصر وحكى ابن الحاجب أن ضمان المحبوس بالثمن من البائع عند ابن القاسم خاصة. واختلف إذا لم يكن هنالك شيء مما ذكرناه هل ينتقل الضمان بمجرد العقد أو بشرط مضي زمن يتسع للقبض وهو المختار أو لا ينتقل إلا بالقبض.

التلف: وإذا تلف المبيع بأفة سماوية وقت ضمان البائع انفسخ العقد وإن تلف وقت ضمان المشتري فهو منه وإن تلف بعضه وقت ضمان البائع انفسخ البيع فيه ثم التلف إن كان الأقل لزم المشتري بقيته بقسطه من الثمن وإن كان الأكثر أو النصف افترق الجواب فإن كان مثلياً وتلف الأكثر فهو بالخيار في الباقي وإن تلف

النصف ففي ثبوت الخيار أو لزوم النصف قولان والمتقوم إن تلف أكثره أو ما هو وجه الصفقة فليس له التمسك بما بقى من حصته إذ لا يعلم إلا بعد التقويم وقد وجب له الرد فيكون رضاه بذلك يباع مؤتلفا بثمن مجهول.

التعييب: وإذا أصاب المبيع عيب وقت ضمان البائع فهو كالموجود فيه قبل البيع وإذا أصابه وقت ضمان المبتاع فهي مصيبة نزلت به.

الجنائية: وإذا جنى على المبيع جان وقت ضمان المبتاع فالبيع ثابت ويرجع على الجاني بالأرض إن تعيب وبالقيمة إن تلف وبالمثل في المثلى ولو جنى وقت ضمان البائع والجاني هو المبتاع فذلك قبض حكاة ابن شاس ولم يفرق بين عمد ولا خطأ وقال اللخمي إن كانت عمدا فقبض وإن كانت خطأ انفسخ البيع وغرم القيمة ولو كان البائع هو الجاني فقال اللخمي إن كانت خطأ انفسخ البيع وإن كانت عمدا وأتلفه وكانت القيمة أكثر غرم فضل القيمة على الثمن قال وإن أتلفه أجنبي عمدا أو خطأ فللبائع عليه الأكثر من القيمة أو الثمن لأنه أبطل عليه الدين الذي له على المشتري وحكى ابن شاس أن البيع لا يفسخ وعليه القيمة وظاهره أن القيمة للمبتاع وعليه الثمن وهذا خلاف ما قاله اللخمي.

الفصل الثالث: في جوائح الثمار:

والجائحة ما يؤلم وخصت في الشرع بما يتلف الثمار أو يفسدها من أمر سماوى والجيش جائحة وظاهر كلام ابن الماجشون أنه ليس بجائحة وفي السارق ثلاثة في المدونة ليس بجائحة وعكسه في الموازية وقيل جائحة في الفتنة حيث لا يستطيع الحرز وخلاء البلد جائحة إذ لا يجد من يبيع الثمار كمن اكرتى حماما أو فندقا فانجلى أهل البلد لفتنة أو خوف ورأى ابن يونس أن موت دود الحز جائحة في ورق التوت فإذا أصابت الثمار جائحة سقط عن المشتري ما يقابل المجاح بأربعة شروط:

الأول: أن يصير إليه بيع محض فلا جائحة فيما كان صداقا قاله ابن القاسم لأن الأصل في النكاح المكارمة وخالفه ابن الماجشون قياسا على البيع بجامع الرد بالعييب.

الثاني: أن يشتريها مفردة فلا جائحة فيما يبيع بأصله ولم يؤبر واشترطه المبتاع بما أبر وهو بلح أو بسر أو رطب لأنه لغو وإن أوجبه الشرط. ابن المواز. وسواء

كانت الثمرة هنا الثلث أو أكثر وقال أصبغ أما ما عظم خطره ففيه الجائحة بعد أن يفض الثمن على الأصل والثمرة لأنها زاد لأجلها زيادة عظيمة وأما ما لم يعظم خطره فلا .

الثالث: أن تكون محتاجة للبقاء ليكمل طيبها فلا جائحة في الثمار اليابسة ولو كان بقاؤها لحفظ تجارتها كالعنب يشتري بعد تمام صلاحه وكالبقول والأصول المغيبة في الأرض كاللفت والجزر والفجل والبصل والقصيل والقرطم ففي وجوب الجائحة فيها خلاف .

الرابع: أن يجاح الثلث فأكثر فيما يحتاج إلى البقاء برسم الكمال فلا جائحة فيما دون الثلث إلا أن يكون من الثلث فيوضع القليل والكثير والمشهور في البقول أنه يوضع قليلها وكثيرها والمعتبر عند ابن القاسم ثلث الثمرة مطلقا ووافقه أشهب في النوع الواحد الذي يحبس أوله على آخره كثمرة النخل والعنب وخالفه فيما عداه فاعتبر ثلث القيمة يوم الصفقة .

تنبيه: ما بقى بعد الجائحة لازم للمشتري وإن قل وليس للبائع أن يقول أمسكه بجميع الثمن أو رد .

الفصل الرابع: في الإقالة والتولية والشركة،

الإقالة: عبارة عن رد المبيع إلى ملك البائع وهل هي ابتداء بيع أو حل بيع خلاف وظاهر المذهب إنها ابتداء بيع إلا في المرابحة والإقالة من الطعام والإقالة من الشقص المأخوذ بالشفعة وقال سحنون هي ابتداء بيع إن كانت بزيادة أو بنقصان ثم حيث هي ابتداء بيع أو حل بيع فيما ذر فيها من البيع والسلف ومن فسخ الدين في الدين ويتصور ذلك في المضمون دون المعين ويحاذر في الطعام من بيعه قبل قبضه فإذا اشترى سلعة بعينها ويدفع له ثمنها ثم يقيله فله أن يؤخره بالثمن ما شاء لأنه معين ولو باعه عبدا بثوب فأقاله على أن يأخذ منه العبد إلى مثل أجل السلم جاز لأن البيع وقع على غير معين فسلم من فسخ الدين في الدين ولو اشترى منه سلعة غائبة مما لا يجوز النقد فأجاز أشهب الإقالة فيها ومنه في المدونة قال لأنها إن كانت سالمة في البيع الأول فقد وجب له في ذمته ثمن باع منه فيه سلعة غائبة وذلك دين في دين ولو أسلم إليه في عروض أو في طعام ثم أقاله قبل الأجل أو

بعده من بعض وأخذ بعضاً لم يجز لأنه بيع وسلف مع ما في الطعام من بيعه قبل قبضه ولو أسلم رجلان إلى رجل جاز أن يقيله أحدهما ما لم يكونا متفاوضين، وأنكره سحنون؛ لكون للآخر أن يدخل معه فيؤدى إلى البيع والسلف.

التولية: جائزة في الطعام وغيره ويحاذر فيها من الدين بالدين ومن بيع الطعام قبل قبضه فإذا أسلم في عروض أو في طعام فولاه رجلاً لم يجز أن يؤخره بالثمن ويجوز ذلك في المعين وله أسلم عروضاً في طعام وكانت من المثليات جازت التولية على مثلها بالعين قاله في المدونة. ابن يونس. لعله يريد والمثل حاضر عنده كما قال أشهب وإن كانت من المتقومات لم يجز أن يوليه بقيتها كما لو كان الطعام معيناً لم يجز أن يوليه إياه بذلك ويدخله بيعه قبل قبضه ولو كان الطعام معيناً حاضراً أو اشتراه بنقد جاز أن يوليه بثمان نقداً أو بماله وذمته لأنه في حكم النقد بشرط أن يستويا في المقدار والصفة وإذا اشترى ثلاثة أرطال تينا كل رطل بدرهم فباع من رجل رطلاً قبل أن يقبضه بدرهم فإن سماه بيعة لم يجز وإن سماه تولية جاز وإذا اشترى طعاماً بدينار فولى نصفه لرجل فقال مالك يدفع له ديناراً ويرد عليه نصفه دراهم واستثقل أن يأخذ في التولية إلا مثل ما أعطى إن ذهباً فذهب وإن دراهم فدراهم ولم يجز ابن القاسم أن يترك له شيئاً من الثمن على وجه الصدقة.

الشركة: وإذا فرعنا على القول المشهور في جواز الشركة في الطعام قبل قبضه أو كانت في غير الطعام فيحاذر فيها من الدين بالدين ومن البيع والسلف ومن بيع الطعام قبل قبضه فإذا أسلم في طعام أو في عروض ثم أشرك فيهما جاز إذا أنقذ ولم يجز التأخير لأنه دين بدين مع ما يدخله في الطعام من بيعه قبل قبضه ولو اشترى سلعة بثمان فأشرك فيها رجلاً على أن ينقد عنها ثمنها لم يجز لأنه بيع وسلف.

الفصل الخامس: في الاستحقاق؛

وهو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعى بعد ثبوت السبب والشرط وانتفاء المانع. السبب قيام الشهادة على عينه بأنه ملك للمدعى لا يعلمون خروجه ولا خرج شيء منه عن ملكه حتى الآن والشهادة في أنها لم تخرج عن ملكه إنما تكون على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به والشروط

ثلاثة الحيازة إذا تعذر حصول المدعى فيه عند الحاكم يشهد على عينه وهي أن يوجه القاضى عدلين وقيل أو عدلا مع الشهود الذين شهدوا بالملكية فإذا كانت مثلا دارا قالوا لهما مثلا هذه هي الدار التي شهدنا فيها عند القاضى فلان الشهادة المقيدة أعلاه ثم إن القاضى يعذر في ذلك إلى الحائز وهو الشرط الثاني فإن ادعى مدفعا أجله فيه بحسب ما يراه فإن عجز عن الإثبات أو سلم الشهادة حكم عليه بعد يمين المدعى يمين الاستبراء وهو الشرط الثالث ولا بد من يمين الاستبراء في جميع الأشياء قاله ابن القاسم وابن وهب وسحنون وقال ابن كنانة لا يمين في ذلك والمعمول به عند الأندلسيين أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره قال الباجي في سجلاته ولو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف وذكره ابن أبي زيد في النوادر وهو مذهب المدونة. وأما المانع ففعل وسكوت فالفعل أن يشتري ما ادعاه من عند حائزه فلو قال إنما اشتريته منه خوف أن يغيب عليه فإذا أثبتته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال وقال أصبغ إلا أن تكون بينة بعيدة جدا ويشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك يتفعه ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام وأخذ الثمن منه قال أصبغ والقول قوله وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمدا تحصل به الحيازة وهو حاضر فإن كان الحائز ذا سلطان لم يضره ذلك ويشهد أنه باق على حقه والغائب باق على حقه قال ابن القاسم إلا أن يكون عرف ذلك فتركه حتى طال الأمد طولا يكون حيازة وعدم علم الحاضر بملكه عذر والقول قوله في ذلك مع يمينه ثم الحائز إن كان أجنبيا وهو شريك فلا اعتبار بحيازته ولو عشرة أعوام إلا أن يتصرف بالهدم والبناء وإن لم يكن شريكا وحازه عشرة أعوام قال ابن القاسم وهدم وبنى فثلك حيازة مانعة من القيام في الأصول وإن لم يهدم ولا بنى وإنما حاز بالسكنى فهي حيازة على المشهور قال أصبغ وتحاز الثياب بالسنة والستين إذا كانت تمتهن والدواب بالستين والثلاث إذا كانت تركب وكذلك في الإمام إذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ بذلك كله فوق عشرة أعوام وإن كان صهرا أو من الموالى ففي حيازته فيما لا شرك له فيه ثلاثة قبل عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بنى وقيل لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبناء قاله ابن القاسم وقال أيضا ولا يكون مع البناء إلا أن يطول الزمان

جدا وإليه رجوع وإن كان أباً أو ابناً فإن حاز بالسكنى والحراث فلا اعتبار بذلك وتفويته بالبيع حيازة ولو حاز بالبناء والهدم والغرس فلا حيازة بذلك إلا أن ينسبه إلى نفسه بشراء أو صدقة أو هبة وكذلك الجدد وولد الولد وإن كان من الأقارب ففيهم خلاف والمتحصل من ذلك ثلاثة العشرة الأعوام مع الهدم والبناء ولا يكون ذلك حيازة إلا مع الطول والثالث التفرقة فتكون حيازة مع غير الاشتراك دون الاشتراك وإذا حكم القاضي للمستحق بإخراج المستحق من يد حائزه أدخل في ضمانه بلا خلاف. وقال مالك في العتبية إذا أثبتته بشاهدين أو بشاهد وامرأتين دخل في ضمانه من يوم الثبوت ولم ير ذلك ابن القاسم ويترتب على ذلك أربعة أحكام: الغلة والولد والرجوع بالبناء والغرس والرجوع بالثمن.

الغلة: قال في المدونة هي لمن كانت بيده حتى يقضى بها وقال في الموطأ هي للمستحق من يوم الثبوت. اللخمي. الغلة للمشتري في خمسة مواضع إذا رد المعيب بعيب أو كان شراؤه فاسدا فنقض أو رد المبيع لفلس أو أخذ بالشفعة أو استحق وكذلك من صارت إليه عنه بإرث أو هبة فالغلة له لأنه حل فيها محله.

الولد: والمذهب أنه ليس بغلة ثم إن كان بزنى فهو رق للمستحق وكذلك إن كان بنكاح وهو يعلم أنها أمة وإن كان غير عالم فهو حر وكذلك إن نشأ عن وطء الملك ويغرم قيمة الولد وهل له أخذ الأم فقال مالك وابن القاسم يأخذها وفي الجلاب لا يأخذ إلا قيمتها.

البناء والغرس: وإذا بنى الحائز أو غرس فيما يعتقد أنه له ثم استحق من يده فيه الرجوع بقيمة ذلك قائما وقال مالك في المستخرجة له الرجوع عليه بما عمر من عمل الناس فأما بنیان للأمرء فلا أدري ما هذا قيل فما حسبه من عمل الناس قال ذلك له قيل أفيكون للبانى على القائم قيمة البنيان أو نفقته قال بل نفقته ولو بنى داره مسجدا فللمستحق هدمه قاله ابن القاسم ولم يقل يأخذ قيمة البناء قال سحنون وكأنه نحا إلى أن النقض لما جعله الله تعالى فلم يأخذ عنه قيمة ولكن يأخذه ويجعله في مسجد آخر قاله عنه ابن عبدوس وهذا إذا كان البانى غاصباً وأما إن بنى بوجه شبهة فيأخذ قيمته قائما فيجعلها في مثله وإذا امتنع المستحق من دفع القيمة قيل للآخر ادفع قيمة أرضه فإن أبى أو كان عديما كانا شريكين على

قدر قيمة الأرض والبناء ولو بنى وغرس بغير وجه شبهة فله قيمة ذلك منقوضا بعد رعى أجره الإخلاء وكذلك الباني في أرض العارية والإجارة.

الرجوع بالثمن: وإذا استحق الجميع أو ما له قدر واختار الرد رجع بالثمن وإذا استحق بعض المبيع فإن كان عقارا وكان ذلك البعض معينا نافها كبيت من دار عظيمة لا يضرها ذلك لزمه البيع في بقيتها ورجع بقيمة ذلك ولو كان يضرها أو كان المستحق جل ذلك رد الباقي ورجع بجميع الثمن وليس له حبس الباقي بحصته من الثمن عند ابن القاسم لأن ذلك مجهول لا يعلم إلا بعد التقويم وقد وجب له الرد فيكون رضاه بذلك مؤتفا بثمان مجهول وقيل ذلك له وصوبه اللخمي وإن كان شائعا ففي المدونة إن استحق النصف أو الجمل أو دون النصف مما يضر قال ابن يونس وإن كان العشر فهو مخير في الرد أو التمسك ويرجع بحصة ذلك من الثمن وإن كان غير عقار واستحق منه جزء معين فإن كان الأقل رجع بحصته وإن كان وجه الصفقة رد الجميع ولا يجوز له التمسك بما بقي لما مر وإن كان شائعا وهو مما لا ينقسم كالعبد والدابة فله الرد بعيب الشركة وله التمسك بما بقي لأن حصته معلومة وإن كان مما ينقسم كالطعام فإن استحق منه الأقل رجع بحصته وإن استحق الأكثر فله الخيار ثم إذا وقع الحكم بالرد وطلب المستحق من يده الرجوع بالثمن فإن كان عالما بحصة ملك الذي اشتراه منه ففي رجوعه عليه قولان لأشهب وابن القاسم وإن لم يكن عالما ثبت له الرجوع فإن كان البائع غائبا وكان المبيع دابة فطلب المستحق من يده أن يضع قيمتها ويأخذها ليرجع بثمانها على الغائب مكنه القاضى من ذلك وضرب له أجلا فإن لم يأت بعده سلم القيمة للمستحق وجرى العمل بالطبع على رقاب الدواب إذا وجه بها ويدفع له الأمانة أيضا إن كان مأمونا وإلا فيكتب له القاضى بما ثبت عنده من صفتها.

الفصل السادس، في أحكام العهد،

والغرض ذكر من تتوجه عليه في الاستحقاق والعيب وبيان العهدة في الرقيق والاستبراء.

أما الأول فالتولى للبيع إن كان هو المالك فالعهدة عليه في البيع والسلم. وأما التولية والشركة فهي أيضا في السلم على البائع. وأما في البيع فإن وقعتا عند

صدور الإيجاب والقبول نسقا فهى على البائع فإن شرطها على المولى والمشارك جار قال مالك وإن وقعتا بعد افتراقهما ولم تطل المدة فهى على المولى والمشارك فإن اشترطها على البائع فقال ابن حبيب ليس له ذلك إلا أن يشاء البائع فتكون حمالة وقيل له ذلك إن كان افتراقهما قبل المسير إلى السوق ونحوه حكاه ابن أبى زمنين عن ابن القاسم وإن طال لم يجز اشتراطها عليه بوجه وإن كان المتولى غير المالك وذلك وكيل وسمسار ووصى وقاض وفضولى فأما الوكيل فإن كان مفوضا فالعهدة عليه وكذلك العامل فى القراض والشريك المفوض وإن كان وكىلا خاصا بالبيع فالعهدة عليه إلا أن يتبين أنه وكيل. وأما السمسار فلا عهدة عليه بل على رب السلعة فإن لم يعرف فهى مصيبة نزلت بالمشتري ويحلف ما يعرفه. وأما الوصى فإن تجر لنفسه فالعهدة عليه وإن باع عليه لنفقة أو لبعض مؤنة وبين لم تكن عليه عهدة ويرجع المتاع فى عين شيه فإن أنفقه عليه لم يكن عليه شيء حكاه اللخمي يريد فإن كان لليتيم مال رجع عليه وأما القاضى فلا عهدة عليه وهى فى مال اليتيم فإن هلك ما له لم يكن عليه شيء ثم إن كان يبعه للنفقة أو للصدقة فإن المشتري يرجع على من قبض الثمن إن كان غائبا فإن أنفقه لم يرجع عليه بشيء وإن باعه لقضاء دين المفلس رجع على الغرماء مطلقا وأما الفضولى فلا يختلف فى أن العهدة عليه ما لم يجز المالك البيع فإن أجازته ففى انتقال العهدة قولان لابن القاسم وسحنون وأما عهدة الرقيق والاستبراء فتختص بما يظراً فى ذلك الزمان من العيوب وغيرها والضمان فيها من البائع على ما سنذكره.

والعهدة: قسمان: صغرى فى الزمان كبرى فى الضمان، وكبرى فى الزمان صغرى فى الضمان.

الأولى: عهدة الثلاث من كل الأدواء فما يظراً على الرقيق من نقص فى بدن أو فوات عين فى مدة ثلاثة أيام فمن البائع وكان هذه المدة مضافة إلى ملك البائع ولذلك كانت النفقة عليه إلا أن الغلة ليست له.

الثانية: عهدة السنة من الجنون والجذام والبرص فما حدث فى الرقيق فى سنة من يوم البيع من ذلك فهو من البائع وهاتان العهدتان يقضى بهما مطلقا فى رواية المدنيين ولا يقضى بهما فى رواية المصرين كابن القاسم وأشهب وغيرهما إلا إن

جرت العادة بذلك أو يحمل السلطان الناس عليهما وهل للسلطان حمل الناس عليهما أم لا روايتان ومبدأ الثلاث من أول النهار الموالي لزمان العقد ليلا كان أو نهارا وقال الباجي مقتضى مذهب سحنون الابتداء من أول زمن العقد إلى مثله وتدخل عهدة الثلاث في عهدة السنة وقيل بل يبدأ من حين انقضائها وقبض الثمن يصح على الطوع لا على الشرط لثلا يكون تارة سلفا وتارة ثمنا وإن كان مما يعرف بعينه لأنه ينتفع باستعماله .

الاستبراء: وكل أمة تحتاج إلى استبراء فلا تباع إلا على المواضعة والعهدة فيها على البائع حتى ينقضى الاستبراء وإذا قبضها المبتاع وجهلا أمد المواضعة أو تعمدا تركها والبائع مع ذلك منتف من وطئها أو مدع لاستبرائها فإنها تخرج من يد المبتاع وتوضع تحت يد ثقة ولو تأخر الأمد حتى ماتت فزعم المبتاع أنها لم تحض عنده لنظرت فإن كانت أيام حيضتها معلومة وذهب قدرها حكم باستبرائها وإن كانت مجهولة حملت على الغالب من أحوال النساء وهو الشهر فإن ماتت قبل تمامه فهي من البائع وإلا فمن المبتاع ولو رضى البائع بوضعها تحت يد المبتاع ثم أتى بعد شهرين أو ثلاثة فزعم أن حيضتها رفعتها وطلب الرد أو بعيب حدث بها عنده أو ماتت فطلب الثمن فله ذلك كما لو قالت الأمانة: إنها استبرأتها فإنها تسلم للمبتاع ووجب على من وقف الثمن عنده تسليمه وكما لو قال ذلك الأمين فإن قيل له بم عرفت ذلك فقال أخبرتنى بذلك زوجتى أو جاريتى فذلك جائز والنقد فيما يبيع على المواضعة بالشرط غير جائز وبالطوع جائز .

الفصل السابع: في الاختلاف والتنازع،

والاختلاف إما في نفس الثمن أو في عين المبيع أو في كيفية البيع أو فيما تشتمل عليه الحدود .

أما الاختلاف في الثمن فله ست صور:

الأولى: أن يختلف في جنسه مثل أن يقول أحدهما دنائير ويقول الآخر ثوب فالحكم التحالف والتفاسخ اتفاقا ويرد المبتاع قيمة السلعة عند فواتها .

الثانية: أن يختلفا في النوع مثل أن يقول أحدهما قمح والآخر شعير والحكم كالأول وقيل كمقدار الثمن .

الثالثة: أن يختلفا في مقدار الثمن مثل أن يقول أحدهما خمسة والآخر عشرة وفي ذلك أربع روايات إحداها التحالف والتفاسخ ما لم يقبض المشتري السلعة فيصدق مع يمينه لليد وثانيتها التحالف والتفاسخ ما لم يقبضها وبين بها وثالثتها يتحالفان ويتفاسخان وإن بان بها ما لم تفت بتغير سوق أو بدن فيكون القول قول المشتري وهي رواية ابن القاسم في المدونة وبها أخذ ورابعتها يتحالفان ويتفاسخان وإن فاتت ويرد القيمة بدلا من العين وهي رواية أشهب وبها أخذ واختاره المازرى وغيره ويراعى الأشبه مع الفوات ولا يراعى مع القيام على المشهور ويبدأ البائع باليمين على المشهور وقيل المبتاع وقيل يقرع بينهما ونكولهما كأيمانهما قاله ابن القاسم. وروى ابن حبيب أنه يمضى بما قال البائع وفي انفساخ البيع بتمام التحالف أو يفتقر إلى حكم ثلاث الأول لسحنون. والثاني لابن القاسم وقيل: إن تحالفا بأمر القاضى فلا بد من الحكم وإلا فلا. وينفسخ البيع ظاهراً وباطناً وقيل ظاهراً لا باطناً وفائدة الخلاف حلية الوطاء وغيره من التصرفات.

الرابعة: أن يختلفا في التعجيل والتأجيل وفي ذلك خمسة قال ابن القاسم يتحالفان ويتفاسخان. وقال أيضاً لا يصدق المبتاع في دعوى الأجل ويؤخذ بما أقر به حالا وقال أيضاً إن كان ما يدعيه قريباً لا يتهم فيه فالقول قوله وإلا صدق البائع إلا أن يكون للسلعة أمد معلوم تباع إليه فالقول قول مدعيه منهما وقاله مالك يريد والسلعة قائمة وقال ابن وهب: إن كانت السلعة بيد البائع صدق مع يمينه وإلا صدق المبتاع إن ادعى ما يشبهه بعد يمينه وقيل: إن ادعى أجلاً قريباً تحالفاً وتفاسخاً إن كانت السلعة قائمة وإن فاتت فالقول قول المشتري وإن ادعى أجلاً بعيداً فالقول قول البائع.

الخامسة: أن يختلفا في القبض والأصل بقاء كل عوض بيد صاحبه فإن قامت بينة أو ثبت عرف عمل عليه وقد ثبت فيما يباع في الأسواق في اللحم والخبز والفاكهة وشبه ذلك فإن قبضه المبتاع وبان به فالقول قوله في دفع العوض وإن لم يبين فالقول قوله أيضاً عند ابن القاسم وقول البائع في رواية أشهب وقال يحيى بن عمر القول قول المشتري فيما قل وقول البائع فيما كثر وأما غير ذلك من السلع والحيوان والعقار فالقول فيه قول البائع مع يمينه ما لم يمض من الزمان ما لم

يمكن الصبر إليه كالعشرين سنة ونحوها. ابن بشير. وذلك راجع إلى العادة وإشهاد المشتري بالثمن مقتضى لقبض المثمن عرفا على المشهور ويحلف البائع إن قام بحرارة البيع والإشهاد وإن سكت حتى طال لم يحلف قاله أصبغ وقال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون يقبل قول المتبائع إن قال ذلك نسقا وإلا لم يقبل قال سحنون وغير ابن القاسم يقول في هذا كله القول قول البائع وإذا طلب المتبائع من البائع أن ينزله فيما اشتراه منه من الرباع فإن تقيده عليه أنه تمكن منه لم يكن له مقال وكذلك إن أقر بصحة ملك البائع له فإن دفعه عنه دافع فالمصيبة منه قاله سحنون وإن لم يتقيد عليه بذلك ولا كان عالما لزمه إنزاله فيه. قال ابن الهندي وبه مضى العمل. وقال بعض المؤثقين: إن مضى للابتياح عام لم يلزمه إن أقر المتبائع أنه عمر أو ثبت ذلك عليه. وفي الطرر قال المشاور إذا اشترى ملكا من رجل قد اشتراه وهو معروف لغيره فعليه إنزاله فيه ودفع الوثائق المتضمنة لشرائه إليه أو نسخها فإن أبي وظهرت الوثائق جبر على ذلك قال غيره فإن لم تظهر فللمبتاع الرد.

السادسة: أن يختلفا في طيبه وفي كماله وسكته وإذا ادعى البائع أنه وجد الدراهم زيوفا فإن تقيده عليه أنها طيبة لم يكن له تحليف المتبائع وإلا حلف ما علمتها من دراهمي وما دفعت لك إلا جيدا في علمي ولو حقق أنها ليست بدراهمه حلف على البت فإن رد اليمين على البائع حلف أيضا على البت أنها دراهمه وما خلطها بسواها ولزمه بدلها ودعوى النقص كذلك فإن تقيده عليه أنه قبضها تامة لم يحلف له وإن عدها له وأخذها على أنها كاملة ثم ادعى الغلط حلف وإن اختلفا في السكة فقال ابن القاسم له المتعارف فإن اختلفت النقود في بلد المبيع فسوخ فإن فاتت السلعة فله قيمتها قاله أصبغ إلا أن يكون بعضها غالبا فيقضى به ولو قال البائع كان البيع بالوازنة ولا تجرى الناقصة عندهم إلا على التجاوز فله الوازنة.

الاختلاف في عين المبيع: وإذا حكم على المتبائع برد الثوب فقال البائع ليس هذا ثوبي فالقول قوله مع يمينه لأن المتبائع مدعى براءته منه بخلاف السمسار يدعى رد الثوب قال الأبياني في رجل أعطى سمساراً ثوبا ليريه فلما رده قال ليس هذا ثوبي إن القول قول السمسار مع يمينه.

الاختلاف في كيفية البيع: وفيه أربع صور:

الأولى: أن يختلفا في البت والخيار وفي المذهب ثلاثة قال ابن القاسم القول قول مدعى البت وقال أشهب قول مدعى الخيار وقيل كمقدار الثمن.

الثانية: أن يختلفا في الصحة والفساد وإذا تقيدهما الإشهاد بالصحة فلا اعتبار بقول مدعى الفساد وإلا فالقول قول مدعى الصحة قاله في المدونة وقال عبد الحميد: إن غلب الفساد فالقول قول مدعيه.

الثالثة: أن يختلفا في الرهن والحميل وذلك كمقدار الثمن.

الرابعة: أن يختلفا في الرهنية والتاليج وإذا ادعى البائع أنه على سبيل الرهن فإن تقيده عليه في عقد الشراء أنه يبيع صحيح لا على سبيل رهن لم يكن له تحليف المتابع وإن لم يتقيد ذلك عليه فأربعة وجوب اليمين وبه العمل وعدم وجوبها ووجوبها إن اتهم إلا أن تشهد البيعة أنهما حضرا العقد بينهما على الصحة والرابع أن المتابع إن كان ممن يعامل بمثل ذلك ويستسهله حلف البائع أنه رهن وأخذه ورد ما قبض وإلا حلف المتابع وإذا باع الرجل من أحد بنيه ملكا ثم مات فزعم أخوته أن ذلك توليج ففى وجوب اليمين عليه ثالثها يحلف إن أثبتوا ميل أبيهم إليه وانحرافه عنهم.

الاختلاف في الاتباع وما يشتمل عليه الحدود: وإذا اشترى عبدا ثم زعم أنه اشتراه بماله أو يشتري نخلا وفيها ثمرة مأبورة فيدعى أنه اشتراها مع النخل وكذلك الزرع والقول في ذلك كله قول البائع لأن ذلك ثابت له بنفس العقد ولا يكون للمبتاع إلا بشرط وليس ذلك بمنزلة أن يبيعه ثوبا فيقول اشتريته مع هذا الثوب الآخر فإنهما يتحالفان ويتفاسخان لأن أحد الثوبين ليس تبعا للآخر وإذا باع رجل حانوتا ملاصقة دارا له وحفرتها في الحانوت ولم يعلم بذلك المتابع فأراد البائع تنقيتها فمنعه المتابع وقال يبعك الحانوت بحقوقه ومنافعه يقطع حقه في الحفرة قال ابن زرب يبعه للحانوت يقطع حقه في الحفرة. واحتج بقول أصبغ فيمن باع عرصته السفلى وكان ماء عرصته العليا يجرى عليها ولم يبين ذلك فمنعه المشتري فقال أصبغ ذلك له ويصرفه عنه إلا أن يكون من الأمور الظاهرة التي تعرف ويعرفها المشتري أن لا معدل لها وأن الماء ينصب إليها فإن كان المشتري دخل عليها

وإلا فلا وقال ابن المكوي المبتاع بالخيار في التزام الحانوت بعيه أو تركه والاختلاف في السلم جار على ما تقدم والمسلم وزان المشتري في بيعات النقد والمسلم إليه وزان البائع فينظر اختلافهما في أى شيء هو واختلف إذا كان رأس المال عينا واختلفا في المقدار هل يكون القول قول المسلم إليه في قبض الثمن وغيبته عليه أو بعد أن يطول طولا ما أو بعد الطول الكثير وفي ذلك ثلاثة .

الفصل الثامن: في أسباب الخيار:

وهي خمسة: الغبن والغلط والتفجير ومخالفة الشرط ووجود العيب .
السبب الأول: الغبن: قال القاضي عياض في إكماله المغابنة بين الناس ماضية وإن كثرت وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وقيل للمغبون الخيار وفي المقدمات إن كان مسترسلا فله الخيار وإن باعه على المكايسة فلا خيار له على المشهور وعلى القول بالخيار فحده ابن القصار بالثلث .

السبب الثاني: الغلط: فإن كان في الثمن فقد تقدم في المرابحة وإن كان في صفة البيع مثل أن يكون حجراً فإذا هي جوهرة فقد تقدم أيضاً في أول البيوع .
الثالث: في التفجير: وهو إما قولى كالنجش وإما فعلى كالنصرية والنجش قد تقدم تفسيره وحكمه والنصرية أن يربط أخلاف الناقة أو الشاة فلا تحتلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لبنها فيزيد المشتري في ثمنها لذلك ويلحق بذلك كل ما يظن به المشتري كمالا كتطبخ ثوب العبد بالمداد فيظنه المشتري كاتباً وذلك كله موجب للخيار .

الرابع: مخالفة الشرط وله صورتان:

الأولى: أن تكون في البدن بزيادة أو نقصان مثاله أن يشتري داراً على أن قيسها مائة ذراع فتزيد ذراعاً وقد قال في الموازية هو مخير إن شاء دفع حصة الذراع وإن شاء رد إلا أن يترك له البائع الزيادة . وفي الواضحة إذا اشترى عرصة بذراع مسمى فله الرد بالنقص والزيادة له كالثوب وأما الدار ذات المنازل فإنما توصف بحدودها فإذا سمي مع ذلك الذراع فهو كالتحلية فإن نقص الذراع يسيراً فلا قول للمبتاع وإن تفاحش النقصان بما له خطر فيكون عيباً يرد به وإن اشترط الذراع اشتراطاً منصوباً فله الخيار فيما قل أو كثر ولو اشترى ثوباً على أن فيه سبعة أذرع فوجده

ثمانية فله الزيادة بما يخصها من الثمن قال ابن المواز وله الرد بالنقص .

الثانية: أن تكون في صفة مثل أن يشترط وصفا فيجد غيره فإن كان ما شرط يتعلق بفواته إذهاب مالية وجب الخيار للمشتري ولو شرط ما لا غرض فيه ولا مالية لغى وإن شرط ما فيه غرض ولا مالية فيه ففي لزوم الوفاء به قولان ثم الوصف المخالف إن كان أعلى مما شرط لم يكن له خيار إلا أن يتعلق له بما شرط غرض ويظهر ذلك مثاله أن يشتري أمة على أنها ثيب فيجدها بكرًا فيقول: إنما اشترطت ذلك لعدم قدرتي على اقتضاض البكر أو لأن على يمينا لا اشتريت بكرا فيكون له الرد وكذلك لو اشترط أنها كافرة فيجدها مسلمة فيقول أردت الكافرة لأزوجها من عبدى النصراني وإن كان أدنى فله الخيار وإن كان مساويا لكن الأغراض تختلف مثل أن يشترط في الأمة أنها نصرانية فيجدها يهودية ولا تفاوت بينهما في الثمن ولا غرض إلا في كونها كافرة ليزوجها من عبد له كافر لم يكن له خيار على الظاهر من المذهب ثم إذا صرح بالشرط فواضح وإن وصفه البائع بوصف يرغب المبتاع فيه لأجله ينزل منزلة الشرط وكذلك إن كان ذلك عادة البيع وبهذه القاعدة تظهر لك مسائل هذا الباب وبه تعرف سبب الخلاف فيما اختلف فيه .

السبب الخامس: وجود العيب: والمبتاع إن لم يشترط السلامة من العيب فالعرف قاض بأنه لا يدخل إلا على السلامة .

ومسائل هذا الباب تنحصر في: الموجب والموجب:

الموجب له ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون بالمبيع وقت ضمان البائع .

الثاني: أن يستلزم نقضا في المبيع أو في الثمن أو في التصرف أو يخاف عاقبته

وذلك يوجب النقص في الثمن خلا الخصى فإنه ربما زاد في الثمن وهو من العيوب وأما ما كان من نقص في البدن لا يستلزمه خلا ما ذكرناه فلا أثر له كالحرق اليسير في الثوب يخرج في التفصيل وما يستلزم النقص فإن كان كثيرا فالمبتاع مخير في الرد أو يمسك ولا شيء له وإن كان يسيرا فثلاثة وجوب الخيار وعدم وجوبه والتفرقة فإن كان من الأصول لم يكن له خيار وإنما يرجع بقيمة

العيب وإن كان من غيرها فله الخيار ابن أبي زيد ما كان من عيب خطير في الدور يستغرق معظم الثمن أو يخشى منه سقوط حائط أو جب الرد وما كان يسيرا لا ينقص من الثمن لم يوجب ردا ولا رجوعا بقيمة وما كان بخلاف ذلك كصدع يسير في حائط لم يوجب ردا ويرجع بقيمته فإن طلب المبتاع الأرض فقال له البائع اردد على مالي وخذ مالك وإلا أمسك ولا شيء لك لم يكن له ذلك .

الشرط الثالث: أن يكون العيب مما يمكن التديليس به فإن لم يكن كذلك مثل أن يكون البائع والمبتاع قد استويا في الجهل به وفي ذلك خمسة عدم الرد مطلقا لمالك وهو المشهور وعكسه رواه عنه الأبهري والفرقة بين ما هو أصل الخلقة فلا يوجب وما يطرأ لسبب فيوجب قاله ابن حبيب والفرقة أيضا فيرد بالكثير دون اليسير إذ لا يسلم منه قاله ابن الماجشون وقال أشهب: إن أمكن اختياره ككسر الجوزة والجوزتين والقثاة والقثاتين ففيه الرد إذا وجد باطنه رديئا ومثل أن يكون العيب ظاهرا لا يخفى فحكى ابن رشد أنه لا يوجب ردا وسئل عمن ابتاع كرما فوجده شارفا أنه لا يرد بذلك لأنه من العيوب الظاهرة وفي الميتية إذا قام بعيب في الدار فزعم البائع أنه من العيوب الظاهرة وأنه اكتفى بظهوره على أن يبينه له وزعم المبتاع أنه لم يره وشهدت البينة بظهوره أن المبتاع يحلف ما رآه وله الرد .

الموجب: هو ثبوت الخيار على ما تقدم فإذا أراد بعض المبيع فإن كانت الصفقة متحدة فليس له ذلك وإن كانت متعددة فإن تعددت من جهة البائع مثل أن يشتري عبدا من رجلين فيجد به عبيا فيريد أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر فله ذلك على المنصوص وإن تعددت من جهة المبتاع مثل أن يشتري رجلان عبدا من رجل صفقة واحدة فيريد أحدهما رد نصيبه ويريد الآخر التمسك فقال مالك في رواية ابن القاسم له الرد ولا مقال للبائع وهو قول الشافعي وقال في رواية أشهب ليس له ذلك وهو قول أبي حنيفة وإذا فرعنا على رواية أشهب فرضى البائع بذلك جاز وكان شريكا للتمسك وليس للتمسك أخذ نصيب الراد وقال ابن المواز له ذلك وقال ابن وهب إذا أراد أحدهما الرد وأبى الآخر تقاوما لأن البائع لا يقبل إلا جميعه وحكى عبد الوهاب أن أحد المتبايعين إذا أراد الرد وأبى صاحبه يقال للبائع إما أن تجيز له رد نصيبه وإلا فادفع له قيمة العيب وإن تعددت من جهة المبيع فإن

كان بعض المبيع أخا لصاحبه كالحفنين والمصراعين لم يكن له ذلك وإن لم يكن كذلك وكان المغيب وجه الصفقة وهو هنا ما زاد نصفه على نصفه الثمن فليس له رده وحده فإما رد الجميع أو أمسك الجميع وإن لم يكن وجه الصفقة فله رده والرجوع بقسطه من الثمن ولو اشترى عبدين بمائة قيمتها سواء فله رد المغيب منهما والرجوع بحصته وليس له رد الآخر وإن كان أحدهما تبعا ووجد العيب بالأرفع فإما ردهما معا أو أمسكهما ولو كان بالأدنى فله رده ولزم الأرفع ولو فاته الأدنى ووجد العيب بالأرفع فله رده ومضى الفائت بما ينوبه من الثمن ولا تفيته هنا حوالة الأسواق لأن العيب لما وجد بالأرفع فكأن العيب وجد بهما معا وقيل يغرم قيمة الفائت ويرجع بجميع الثمن.

تنبيه: عيوب الطعام تخالف عيوب العروض لأنه مخير في الطعام إذا وجد الثلث أو الربع معيبا كالكثير في العروض لحاجة الناس إلى الطعام فله مزية كما خص بالنهي عن بيعه قبل قبضه وبالنهي عن التفاضل فيه إذا بيع بنوعه وقال سحنون إذا وجد العيب يبسيه لزمه السالم بحصته يريد إذا شاء ذلك البائع قال وإن وجد ذلك في الكثير فليس لأحدهما أن يلزم الآخر البيع في السالم إلا باجماعهما. ابن أبي زيد يعنى فيما يكال أو يوزن لأن حصته معلومة. ابن حبيب عن ابن القاسم عشرون من مائة يسير وإذا قام المبتاع وخالفه البائع في ذلك وطلب المبتاع الحكم كلفه الحاكم بثبوت العيب وأنه أقدم من أمد التبايع وأنه ينقص من الثمن كثيرا ثم يعذر في ذلك إلى البائع فإن ادعى مدفعا أجله في إثباته ثمانية أيام ثم ثمانية أيام وعليه حميل بالثمن ويجوز أن يكون بالوجه ويعرف بمقدار الثمن وتكون الجارية إن كان العيب بها عند المشتري إلا أن تكون رابعة ولا يوثق به فتخرج من عنده إلى أمين وإذا كان العيب لا يعرفه إلا غير العدول قبلت شهادتهم فيه وإن كانوا نصارى والواحد كاف لأنه من باب الخبر وهذا هو المشهور وقال محمد لا يرد من العيوب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل المعرفة وقال ابن الماجشون إن كان العبد المغيب حيا حاضرا اكتفى بالواحد وإلا فلا بد من اثنين عدلين قال بعض العلماء وهذا إذا كان القاضى أرسلهم وإن كان المبتاع هو الذى أتى بهم فلا بد من اثنين باتفاق أصحاب مالك وإن كان العيب مما لا يطلع عليه إلا النساء يشته بشهادة امرأتين وقال سحنون إن كان فى الجسد كشف عنه الثوب

ونظر إليه الرجال وإذا فرعنا على الأول وكان العيب مما يميزه النساء قبل فيه قول امرأتين وإن لم يميزه وصفته لأهل المعرفة وعمل على قولهم وإذا عجز المبتاع عن إثبات العيب وطلب يمين البائع فقال ابن القاسم لا يمين له عليه إلا أن يدعى في عيب ظاهر يمكن اطلاع البائع عليه ولو مكن من ذلك لأحلفه في كل يوم ثم حيث نقول بوجوب الرد فلا بد من شروط ثم ذكر ما يترتب على الرد.

والشروط ستة:

الأول: أن لا يصدر عن المبتاع ما يدل على رضاه وذلك إما قول أو فعل أو سكوت أما القول فواضح وأما الفعل فمثل أن يتصرف في المبيع تصرفاً تقضى العادة بأن ذلك رضى بشرط أن يعلم بالعيب كوطء الجارية وبيعها وركوب الدابة فإن علمه وهو راكب نزل عنها ما لم يتعذر قودها والسكوت هو ترك القيام بعد علمه بالعيب.

الشرط الثاني: بقاء العيب فلو زال ولم تبق علاقته وأمن عوده سقط قيامه.

الثالث: بقاء المبيع بيد المبتاع فإن أخرجه عن يده كرهته وإجارته فله الرد إذا رجع إلى يده عند ابن القاسم فإن أخرجه عن يده كرهته وإجارته فله الرد إذا رجع إلى يده عند ابن القاسم فإن أخرجه عن ملكه بغير عوض كالهبة والصدقة فله الأرض على المشهور فإن أخرجه بعوض كالبيع فإن باع من بائعه منه بمثل الثمن فلا كلام له وإن باعه بأقل رجع ببقية الثمن وإن باعه بأكثر وكان البائع مدلساً لم يكن له عليه شيء وإلا رجع بالزائد على الثمن وإن باعه من غيره لم يكن له رجوع بشيء قال ابن القاسم لأنه إن باعه بالثمن أو أكثر فقد استوفى حقه وإن باعه بأقل فالنقص لم يكن لأجل العيب وهذا إذا رضى المبتاع بالعيب وأما إن رجع بقيمة العيب فله الرجوع بأقل من ثلاثة ما رجع به عليه وتام الثمن بقيمة العيب من الصفقة الأولى.

الشرط الرابع: بقاء المبيع على حال لم يدخله نقص ولا زيادة.

والنقص على ثلاثة أضرب:

الأول: أن يكون يسيراً كذهاب الأتملة والظفر من الوحش والمبتاع في هذا مخير بين أن يرد ولا شيء عليه أو يمسك ولا شيء له.

الضرب الثاني: أن يصير العين كأنها ليست هي كفقء عيني العبد وقطع يديه أو رجله وهذا مفيت فيتعين الأرش كما لو مات أو قتل وكذلك إذا فصل الثوب تباين ومثله لا يفصل كذلك.

الضرب الثالث: ألا يخرج ذلك عن المقصود منه وإنما يؤثر فيه تأثيراً له بال فهذا يوجب الخيار للمشتري بين أن يمسك ويأخذ الأرش أو يرد ما ناقصه. هذه قاعدة المذهب وما وقع من خلاف في إحدى الصور ففيه شهادة.

والزيادة على ثلاثة أضرب: زيادة في القيمة وزيادة في العين وزيادة معنى مضافة إليه.

الأول: الزيادة في القيمة فإن كانت بحوالة الأسواق فكالعدم وإن كانت لزيادة وصف كتعليم العبد الصنعة وتعليم الأمة الطبخ والغسل فكذلك عند مالك. وقال بعض القرويين يجب أن يمسك ويرجع بقيمة العيب لما أخرج في تعليمها وما قاله حسن وقد قال ابن القاسم فيمن غصب طعاماً ونقله ثم لقيه صاحبه فأراد أخذه أنه لا يمكن من ذلك لكون الغاصب غرم على نقله ثمناً وكذلك من غصب عوداً فنقشه أو نحاساً فصنعه أنه لا يؤخذ منه فراعى الغرامة فيما لا شبهة فيه فلأن يراعيها فيما فيه شبهة أولى.

الثاني: الزيادة في العين وذلك ككبر الصغير وسمن الدابة فأما كبر الصغير فإن صار إلى الهرم فذلك فوت لأن الزيادة تضمنت نقصاً وإن لم تتضمن نقصاً فقولان قال مالك ذلك فوت يوجب الرجوع بقيمة العيب ولا خيار لأحدهما في رد كبير فات بهرم أو صغير فات بكبير وقال أيضاً ليس له ذلك بفوت فإما رد ولا شيء له في الزيادة أو أمسك وأخذ الأرش وأما سمن الدابة ففيها ثلاثة أقوال قال مالك هو بالخيار بين أن يرد ولا شيء له أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وقال أيضاً ليس له إلا الرد أو يمسك ولا شيء له وقال ابن القاسم إن كان سمناً بينا فله أن يمسك ويرجع بالأرش أو يرد.

الضرب الثالث: زيادة معنى مضاف إليه فإن كان بصنعة لا يمكن زواله إلا بالفساد كصبغ الثوب وخياطته وقصارته فذلك يوجب الخيار بين أن يمسك ويأخذ الأرش أو يرد ويكون شريكاً بما زادت الصنعة فيه وإن كان مما يمكن انفصاله وكان

مخالفاً لصورة المبيع كالثمار والصوف واللبن وغلات العبيد والدور فليس له إلا الرد أو يمسك ولا شيء له وإن كان موافقاً لصورته كالولد ففي المدونة من اشترى إبلاً أو بقراً أو غنماً فولدت عنده ثم وجد بها عيباً فلا يردها إلا مع ولدها ولا شيء عليه في الولادة إلا أن ينقصها فيرد معها ما نقصها يريد ولو كان في الولد ما يجبر به النقص جبره على قول ابن القاسم في الأمة يزوجها فتلد فليس له أن يردها إلا مع ما نقصها التزويج أو يمسكها ويرجع بالأرش ولا يردها إلا مع ولدها ثم إن كان الولد كفافاً لما حدث عنده من العيب فله ردها ولا يعطى قيمة العيب أو يمسك ولا شيء له .

الشرط الخامس: أن لا ينقل المبيع إلى موضع بعيد وهو مما له حمل ومؤنة والبائع غير مدلس فإن نقله فذلك فوت يوجب القيمة ولو نقله إلى موضع قريب لزمه رده إلى حيث أخذه من البائع ولو كان البائع مدلساً لزمه أخذ المبيع حيث وجدته وليس على المبتاع رده حكاة في المتبعية .

الشرط السادس: أن لا يشترط البائع البراءة من العيب فإن اشترطها لم يكن للمبتاع رد على ما أذكره من التفصيل وذلك أن البائع إذا كان عالماً بالعيب فأراه للمبتاع فرضيه فلا يختلف أن ذلك نافع ولو سمي له عيباً ولم يره إياه ولا أخبره أنه بالمبيع مثل أن يتبرأ إليه من عور ولم يره إياه ولم يخبره أنه بالمبيع لم ينفعه ذلك إذ قد يظن المشتري أن ذلك استظهار في التحرز وليس هو بالمبيع قاله مالك في رواية أشهب وإن لم يبين العيب وإنما تبرأ إليه مطلقاً فإن كان عالماً بالعيب لم ينتفع بذلك حتى يعينه ويبين ما في الدبرة من نقل وإن كان جاهلاً انتفع به على المشهور وحكى القاضى أبو محمد رواية أنه لا ينتفع بذلك ولا يبرأ إلا مما يريه المبتاع وإذا فرعنا على المشهور فهل يعم الانتفاع بشرط البراءة جميع المبيعات أو يختص ببعضها قولان: التعميم رواه ابن حبيب وابن وهب عن مالك وقاله ابن كنانة، والتخصيص في البعض واختلف في تعيينه فروى تخصيصه بالحيوان ناطقاً أو صامتاً وهو مذهب الموطأ وروى بالناطق خاصة وهو مذهب المدونة .

وأما ما يترتب على الرد فخمسة أحكام:

الحكم الأول: الرجوع بالثمن: كما تقدم ثم إن كان عينا رجع بمثله وإن كان

ثوباً رجوع في عينه إن كان قائماً فإن فات بحوالة أسواق أو بدن رجوع بقيمته وإن كان مما يكال أو يوزن رجوع في عينه فإن تغير سوقه أو تلف رجوع بمثله وقال أشهب إذا فات فهو بالخيار بين أن يتكلف شراء المثل ويرجع بقيمة العيب.

الثاني: في الضمان: إذا تلف المعيب ولا بد من تمهيد قاعدتين:

الأولى: في الرد بالعيب هل هو ابتداءً ببيع أو حل ببيع.

والثانية: أن المذهب اختلف في دخول المعيب في ضمان البائع على ثلاثة أقوال. قال أصبغ يدخل في ضمانه بنفس إسهاد المشتري أنه غير راض بالعيب ما لم يطل حتى يرى أنه راض به وقيل من حين إثبات العيب وقيل حتى يحكم به أو يرضى البائع بقبض الجميع فعلى الأول يضمه البائع إذا أشهد المبتاع بالرد قال ابن القصار ينفسخ بنفس قوله رددت وسواء كان ذلك قبل القبض أو بعده يريد إذا كان العيب مما يوجب الرد بلا شك وأما لو كان العيب يحتاج فيه إلى اجتهاد أهل المعرفة هل هو مما يذهب بالعلاج فلا رد له قاله اللخمي وعلى الثاني يضمه البائع بعد ثبوت العيب وعلى الثالث لا يضمه إلاً بعد الحكم وهو قوله في المدونة وسواء هلك بيد المشتري أو بيد البائع.

الثالث: رد السمسار الجعل: إذا كان البائع غير مدلس وإن كان مدلساً فلا. قال اللخمي إلاً أن يكون السمسار عالماً بالعيب فدلس به قال غيره وللسمسار تحليف البائع أنه ما دلس بالعيب وحينئذ يرد الجعل وهذه إحدى المسائل الخمس التي يفترق الحكم فيها بين المدلس وغيره وهلاك المبيع من العيب وشراء البائع ما دلس فيه بعيب من مشتريه منه بأكثر من الثمن الذي باعها وإذا حدث عيب عند المبتاع بسببه مثل أن يفصل الثوب غير التفصيل المعتاد وأن يبيع بالبراءة ما يجوز بيعه بها فإنه يبرأ مما لا يعلم دون ما علم وقد مضى الكلام على ذلك كله.

الرابع: حكم ما يأخذه المكاس: مثل أن يشتري حمراً فيؤدى عليه مكساً ثم يجد به عيباً فيريد الرجوع به على البائع ولم يحضرني الآن في المسألة نقل والذي يوجب النظر أن البائع إذا كان مدلساً فيرجع به عليه وإلاً فلا وقد أشار ابن يونس إلى الخلاف في المبتاع يؤدى مكساً على المبيع ثم يؤخذ بالشفعة هل يلزم المبتاع دفع ذلك أو لا وأجرى ذلك بعضهم على مسألة من اشترى شيئاً من يد لص هل يأخذه

ربه بلا ثمن أو حتى يدفع للمشتري ما دفع فيه ويمكن أن يقال إنه ظلم فيكون ممن أخذ منه الحكم.

الخامس: الغلة: ولا خلاف أن ما لا يتولد عن المبيع ككراء الدواب والعييد والدور وشبه ذلك أنه غلة وأنه للمبتاع إلى يوم الرد وعليه النفقة والولد ليس بغلة فيرده والصوف إن كان على الغنم يوم البيع وقد كمل فجزه فإن كان بعد علمه بالعيب فذلك رضى وإن جزه قبل علمه ففي رده قولان لابن القاسم وأشهب بناء على أن له حظا من الثمن أو لا على قول ابن القاسم يرد مثله إن فات وما ثبت بعد الشراء فهو له وسواء جزه في إبان الجزاز أو قبله والشمار إن كانت مأبورة قبل العقد واشترطها فإن ردها بحالها رجع بالسقى والعلاج عند ابن القاسم وأشهب وإن جزها حيثئذ فهو بالخيار بالرد ورد ما نقص أو يمسك ويرجع بقيمة العيب وإن ردها بعد الطياب ردت الثمرة على مذهب ابن القاسم وإن ييست فإن فاتت رد مكيلتها فإن جهلت رد قيمتها وإن باعها رد ثمنها ورجع بالسقى والعلاج قاله ابن القاسم وأشهب وقيل لا يرجع بشيء فإن جذاها قبل وجود العيب فذلك نقص يوجب الخيار كما تقدم وإن ردها بعد الإبار فحكمها حكم النخل التي لا ثمر فيها ثم يرددها وبها ثمرة مأبورة وإن كان بها حيثئذ ثمرة قد طابت ردها مع الأصل فإن فاتت رد مكيلتها فإن جهلت مضت بما ينوبها من الثمن وقيل يرد قيمتها وإن كانت الشمار معدمة يوم البيع ورد الأصول قبل أن تصير فيها ثمرة وقد سقى وعالج فلا رجوع له بشيء من ذلك وقيل بل يرجع به على مذهب ابن القاسم وإن ردها بها ثمرة غير مأبورة رجع بالسقى والعلاج على مذهب ابن القاسم وأشهب ولم يرجع به عند ابن الماجشون وسحنون فإن جذا الثمرة في هذا الحال فقال ابن رشد لا أعلم فيها نصا وموجب النظر عندي أن ذلك نقص يوجب الخيار وإن ردها وبها ثمرة مأبورة ردها مع الأصول وفي الرجوع بالسقى والعلاج قولان قال ابن رشد والقياس على قول من يرى الرد بالعيب ابتداء بيع أن تبقى له الثمرة.

كتاب الرهن

حقيقة الرهن نغمة، اللزوم والحبس يقال هذا رهن لك أى محبوس دائم لك .
وحقيقته شرعاً: إعطاء مضمون وثيقة بحق .

حكمه، الجواز فى السفر اتفاقاً وكذلك فى الحضر عند الكافة خلافاً لمجاهد .
حكمة مشروعيتها، حفظ المال ورفع النزاع .

أركانها، أربعة: الراهن، والمرتهن بكسر الهاء، والمرتهن بفتحها وهو الشيء المرهون، والمرتهن فيه .

• الراهن:

من فيه أهلية المعاملة فيصح من المأذون والمكاتب . والمحجور يرهن عنه أبوه أو وصيه فيما يبتاع له من طعام أو كسوة .

• المرتهن:

بكسر الهاء من له الحق ويصح منه الحوز . والمحجور يقبض له والده .

• المرتهن:

بفتح الهاء شرطه أن يكون متمولاً يصح منه الاستيفاء فلا يصح رهن الخمر ولو من ذمى ويهراق على المسلم الراهن وليس عليه أن يأتى برهن آخر ولو كان من ذمى فرهنها من مسلم ثم فلس الذمى فالمرتهن أسوة الغرماء قال سحنون إلا أن يتخلل فيكون أحق بها قال ولا يفسد البيع وإنما ترد إلى الذمى ويصح رهن المدبر ويستوفى من خواجه وإن تأخر الوفاء إلى موت سيده بيع فى الباقي ولو رهن داراً ثم ثبت أنها حبس عليه فيقال لا شيء له من غلتها وقيل: له أن يأخذ من الغلة ويصح رهن الدنانير والدراهم ويطبوع عليها إلا أن تكون بيد عدل فلا يحتاج إلى طبع ويجوز رهن المثليات إذا طبع عليها وقال أشهب لا يحتاج إلى طبعها ثم المبيع إن وقع على رهن معين أجبر الراهن عليه وإلا جبر على رهن ما جرت العادة به فى محله وقد جرت العادة فى الحواضر برهن ما يغاب عليه كالخلى والثياب وبرهن العقار، وإذا شرط الانتفاع فى الرهن جاز فى البيع دون القرض فيما عدا

النخل والشجر وإن لم يشترطه فالغلة للراهن ولا يدخل في الرهن إلا بشرط كمال العبد بخلاف النتاج وفي اندراج الصوف التام قولان لابن القاسم وأشهب وإذا شرط بقاء السلعة رهنا بالثمن ففي المذهب خمسة: الجواز، لابن القصار، والكراهة، لمحمد. والجواز في العقد دون العبيد إلا أن يكونوا بيد أمين قاله أصبغ والمنع إلا أن يجعل بيد أمين وفي الجلاب يجوز في الدور والسلع دون الحيوان.

• المرتهن فيه:

دين لازم أو صائر إلى اللزوم يمكن استيفاؤه من الرهن فلا رهن في معين وما وقع من جواز الرهن به فالمراد قيمته إن تلف ولا رهن في القراض ولا في كتابة المكاتب ويجوز الرهن بالجعل لأنه يصير إلى اللزوم ولا يشترط في الدين أن يكون معلوما بل لو دفع لرجل رهنا بما يداين به زيدا جاز قال بعضهم ويكون رهنا بما يداينه به إلى مبلغ قيمته.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها في ثمانية فصول:

الفصل الأول: في الحيازة:

وهي شرط في الصحة وحقيقتها قبض الرهن بإذن الراهن بمعينة البيئنة ولا يكفي الإقرار وإن وجد بيده بعد الموت أو الفلاس وادعى قبضه قبل ذلك لم يقبل قوله على الأصح فإن رهنه دار سكناه فلا بد من إخلائها من شواغله وإن رهنه ديناً فيدفع له ذكر الحق ويجمع بينه وبين الغريم بالمعينة وإن لم يكن ذكر حق جمع بينه وبين الغريم ويتقدم إليه بمحض البيئنة أن لا يدفع له شيئاً حتى يتخلص من دينه وقبض المشاع بقبض الجميع إن كان الباقي للراهن وإن كان لغيره فبحلوله محله ويجوز أن يجعله على يد الشريك واختلف في كراء الموهوب هل يكون حوزاً أو لا بد من معينة البيئنة نزول المكترى فيه والقولان جاربان هنا والمتولى لكراء المرهون هو المرتهن وفي اشتراط إذن الراهن قولان والحائز من اتفاقاً عليه فإن اتفاقاً على أن يكون بيد عدل واختلفا في تعيينه قدم عدل الراهن وقال ابن عبد الحكم يجعله القاضي حيث يراه.

الفصل الثاني: هي مبطلات الرهنية وهي ثمانية:

الأول: تراخي القبض إلى الموت أو الفلوس ولو كان مجدا على المشهور.

الثاني: صيرورة الرهن إلى وصف لا يحل بيعه معه كإنقلاب العصير خمرا.

الثالث: استحقاق الرهن بعد القبض ولو استحق قبله فقال ابن القاسم يخير

البائع بين أن يرد البيع أو يمسكه بلا رهن وسواء طاع الراهن بالخلف أو لا وقال

عبد الملك إن طاع بالخلف أجبر على القبول ولو كان غير معين واستحق قبل

القبض أجبر على الخلف ولو استحق بعد القبض ففي إجباره على الخلف قولان

ولو استحق نصفه بقي الباقي رهنا بالجميع.

الرابع: ذهاب الرهن بأفة سماوية قال ابن الماجشون إذا رهنه عبدا بعينه فمات

عند المرتهن لم يكن على الراهن أن يخلفه ولو مات عند الراهن خير البائع في

إمضاء البيع أو رده عند ابن القاسم.

الخامس: رجوع الرهن إلى يد الراهن بأى وجه كان فلو طلب استرجاعه فقال

أشهب له ذلك وقال ابن القاسم إلا أن يعيره له فليس له ذلك وحمل على غير

المؤجلة واتفقا على أن الراهن متى فوته ببيع أو تحبيس أو عتق أو تدبير أو قام

الغرماء أنه لا يكون له شيء.

السادس: أن يؤذن للمرتهن أن يكرهه فإذا فعل بطلت الرهنية وإن لم يفعل ففي

البطلان قولان لابن القاسم وأشهب.

السابع: بيع الراهن له قبل القبض وبيعه ماض على المنصوص وليس للمرتهن

أخذه بغيره قاله في المدونة وحمله ابن أبى زيد على أنه تركه عنده مدة وأما لو باعه

بقرب ذلك بقي ثمنه رهنا وإن لم يدفع البائع السلعة فله أن يمتنع من تسليمها

حتى يأتيه بغيره مطلقا ولو باعه بعد القبض بإذن المرتهن مضى ثم إن أسلمه بطل

الرهن وإن لم يسلمه وقال قصدت التعجيل حلف وقيل للراهن أعطه رهنا يشبهه

وخذ الثمن فإن لم يقدر وقف الثمن إلى الأجل قاله مالك ولو باعه بغير إذنه فله

الرد فإن أجاز تعجيل الثمن قاله ابن القاسم.

الثامن: إذا كان الرهن حصة من دار فاكترى الراهن حصة شريكه وسكن بطلت

الرهنية وليس للمرتهن منعه من الكراء وإنما له منعه من السكنى ويطلبه في

المقاسمة ليحور نصيب الراهن فإن لم تنقسم اكرتت .

الفصل الثالث، هي التنازع،

وإذا اختلفا فقال المالك أمانة وقال البائع بل هو رهن فالقول قول المالك قال اللخمي ما لم تكن العادة في مثله أنه يكون رهنا كالحاتم وشبهه عند من يبيع الخبز وشبهه فالقول قوله أنه رهن وإذا قال المرتهن كلا العبدین رهن وقال الراهن أحدهما أمانة أو قال هذا هو الرهن وقال الآخر بل هذا فالقول قول المالك ولو دفع إليه ثوبين فضاع أحدهما فقال المرتهن الضائع هو الأمانة وقال المالك بل هو الرهن فكل واحد منهما مدع ويأخذ الراهن الثوب الباقي بعد أيمنهما وإذا قضاه الدين وكان مثلا ألفا فلما أخرج المرتهن قال ليس هذا رهني وذكر صفة ثوب يساوي ألفا فقال أصبغ الراهن مصدق لأنه ادعى ما يشبه ويحلف ويسقط عنه من الدين مقدار قيمة رهنه وقال أشهب القول قول المرتهن وإن لم يساو ما أخرج غير درهم ونحوه لابن القاسم وابن حبيب وابن عبد الحكم وإذا اختلفا في القضاء فالقول قول المرتهن إلا أن يسلم الرهن أو يطول فيكون القول قول الراهن ولو كان بالقرب فقولان ابن يونس قال سحنون إذا ادعى المرتهن أن الراهن سرق الثوب أو أخذه عارية وقال الراهن بل دفعت لك دينك وأخذته فالقول قول المرتهن إن قام بحدثان حلول الأجل مع يمينه كالصناع يطلبون الأجرة بحدثان دفع المتاع وإن اختلفا في مقدار الدين فالرهن شاهد المرتهن إلى تمام قيمته ولا يكون شاهداً على الذمة بل إذا حلف المرتهن يقال للراهن ادفع ذلك وخذ رهنيك وإلا أخذه المرتهن ولو فات الرهن وهو من ضمان المرتهن فقيمته قائمة في الشهادة مقامه فإن اختلفا فيها توأصفاه وحوسب بتلك القيمة فإن اختلفا فيها فالقول قول المرتهن وإن كان من ضمان الراهن كالذي لا يغاب عليه أو ما قامت على تلفه بينة مما يغاب عليه على مذهب ابن القاسم أو ما كان بيد أمين فلا شهادة له لأن شهادته على نفسه لا على ذمة الراهن ولو كان قائما بيد عدل ففي كونه شاهداً لبقائه على حكم الرهنية أو غير شاهد لكونه غير مسلم للمرتهن وقولان لمحمد وأصبغ وصوب عبد الوهاب قول أصبغ ثم حيث اعتبرنا قيمته بذلك يوم الحكم إن كان قائماً ويوم القبض إن كان فائتاً .

الفصل الرابع: في قيام الرهن بطلب الدين،

ويتوجه ذلك بموت الرهن قبل الأجل وبحلوله قبل موته وإذا مات الرهن حلت ديونه وكان للمرتهن أخذ دينه من التركة فإن لم يترك غير الرهن وكان مما يحل بيعه في الحال بيع وأخذ دينه من ثمنه وإن لم يحل بيعه كالشمار بقى إلى أوان حل المبيع وإن كان الرهن حيا وحل الأجل طلب بالبيع إن لم يكن عنده وفاء بالدين فإن وكل أحدا على البيع وفوض إليه فللوكيل البيع ولو علق الوكالة بشرط مثل أن يقول لمن الرهن بيده من مرتهن أو أمين إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلط على بيعه ففي الجواهر لا يبيعه إلا بإذن السلطان فإن باعه نفذ ولو شرط المرتهن أن له البيع من غير مطالعة والشرط بعد العقد جاز ولزم البيع ولو شرط ذلك في العقد ففي استقلاله بالبيع أو لا بد من مطالعة السلطان خمسة قال مالك لا يستقل كان على يديه أو على يد الأمين وقال القضاة ابن القصار وعبد الوهاب وإسماعيل يستقل وفي المتيطة إن أقامه مقام الوكيل المفوض في حياته ومقام الوصى التام الإيصاء بعد مماته استقل وبه الحكم وقال ابن العطار إن صدقه في الاقتضاء استقل وإلا فلا وقال ابن الفخار يستقل إن كان رهنا في البيع دون القرض ثم إذا قلنا لا يستقل ففعل قال مالك يمضى وقال في الموازية إن كان له بال كالدور والأرضين رد ما لم يفت فإن فات مضى وقال ابن القاسم إن فات لزمه الأكثر من القيمة والثلث قال وبلغنى عن مالك أنه يمضى إذا أصاب به وجه البيع وإن لم يفت هو أحب إلى. وروى أشهب أنه يمضى فيما يخشى فساده ويرد فيما لا يخشى فساده واتفق مالك وابن القاسم على أن التافه يمضى.

الفصل الخامس: في فروع متفرقة،

منها: حكم السوس والفار: وإذا أصاب الثوب سوس أو فأر فقال مالك في الموازية لا ضمان على المرتهن فيه ويحلف ما أضعت ولا أردت فسادا وقال ابن وهب المرتهن ضامن ورأى عليه أن ينفضه ويتفقده وسوس الخشب من الرهن وقال في المدونة في القصار يأتى بالثوب وفيه أثر فزعم أنه من قرض فأر هو ضامن إلا أن تقوم له بينة أنه قرض فأر أو أثر سوس.

ومنها: أن المرتهن إذا وطئ الأمة المرهونة فهو زان وولده رقيق للرهن ويبقى

رهنًا مع أمه ولا ينتفع بدعوى الجهل وعليه ما نقصها بكرًا كانت أو ثيبًا إن أكرهها وإن طاوعته الثيب لم يكن عليه شيء قال أشهب وكذلك البكر والصواب أن يكون عليه ما نقصها لأنه عيب أدخله على مالها.

ومنها: النفقة: وهي للراهن وعليه سقى الأشجار ويتولى ذلك المرتهن ولو أنفق المرتهن من عنده كانت النفقة في ذمة الراهن لا في الرهن إلا أن يقول أنفق والرهن رهن بما أنفقت ولو زرع هنا بيده فانهارت البئر وأبى الراهن من الإصلاح فأنفق المرتهن في بنائها نفقة فنفته في الزرع أو في النخل لا في ذمة الراهن فيبدأ بما أنفق ثم بالدين قاله في المدونة. وروى يحيى بن يحيى أن الراهن يجبر على الإصلاح إن كان مليا وإلا نظر فإن كان يبيع الأصل خيرا له يبيع منه بقدر ما يصلح به فإن طاع المرتهن بالنفقة ورأى أن ذلك خير له قيل أنفق وتكون أحق بالنخل بما أنفقت ولا ينظر إلى قيمة البناء ولكن بحسب ما أنفق كالسلف ولو أخذ الراهن مالا من أجنبي فأنفقه فيها فهو أحق بمبلغ نفقته من المرتهن إذا شرط أن نفقته فيه.

ومنها: أن يطلب المرتهن كراء الموضع الذي كان فيه الرهن فقال مالك: إن كان للرهن قدر كالطعام يختزن والعدد من العبيد فله الكراء وإن كان كالثوب والرأس الواحد فلا ولو تولى المرتهن الكراء وطلب الأجرة على ذلك فله الأجرة إن كان مثله يؤاجر نفسه في مثل ذلك قاله مالك.

ومنها: أن السلطان إذا أخذ خراج الأرض من المرتهن ففي المدونة ليس له أن يرجع به على الراهن إلا أن يكون ذلك الخراج حقا.

كتاب الحوالة

حقيقتها لغة: قال القاضي عياض أخذت من التحول من شيء إلى شيء لأن من تحول من طلبه لغريمه إلى طلب غريم غريمه .

وحقيقتها شرعاً: نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى .

حكمها: الندب عند أكثر الشيوخ وقال بعضهم هي مباحة وذهب أهل الظاهر إلى وجوبها .

حكمة مشروعيتها: الرفق والتوسعة قال القاضي عياض وهي عند أكثر شيوخنا عقد مبيعة مستثناة من الدين بالدين ومن بيع العين غير يد بيد .

أركانها: أربعة: المحيل والمحال والمحال عليه والمحال به .

الركن الأول: المحيل: وشرطه عند ابن القاسم أن يكون له عند المحال عليه دين ولم يشترط ذلك ابن الماجشون وحقيقة الحوالة عنده الضمان بشرط براءة الأصل وثمره الخلاف إذا أحاله على من ليس له عليه دين فأعدم المحال عليه فعلى قول ابن القاسم يرجع على المحيل وعلى قول ابن الماجشون لا يرجع ولو علم أن لا شيء له عليه واشترط عليه براءته من الدين لم يرجع عليه بشيء عندهما .
المحال: ويشترط رضاه بالحوالة .

المحال عليه: ولا يشترط رضاؤه لأنه محل التصرف ولا يشترط حضوره وإقراره وروى ابن القزطبي أن الإحالة على الغائب غير جائزة وإن كانت عليه بينة وتفسخ إن وقعت لاحتمال أن تكون عنده البراءة منه .

الرابع: المحال به: ويشترط أن يكون حالاً ولا يشترط حلول المحال فيه وإنما يشترط استواءهما في القدر والنوع والصفة ويشترط أن لا يكونا طعامين من سلم أو أحدهما عند ابن القاسم وقال أشهب: إن استوت رءوس أموالهما جازت يريد إذا حل المحال به وإن كان أحدهما من قرض فروى ابن حبيب عن ابن القاسم المنع حتى يحلأ وحكى عن بقية الأصحاب الجواز إذا حل المحال به كما لو كانا من قرض .

• اللواحق:

وهي العيب والاستحقاق والتنازع وإذا حال البائع على المشتري بضمن السلعة ثم ردها عليه بعيب أو استحققت فقال ابن القاسم لا تنفسخ الحوالة وغرم الثمن للمحال ورجع هو به على المحيل وقال أشهب تنفسخ ويرجع على المحال بما دفع له ويرجع هو على المحيل وهو اختيار المحققين وإذا صدر لفظ الحوالة فقال المحيل أردت الوكالة فادفع لى ما قبضت وقال الآخر بل كان لى عليك فأحلتنى به قال ابن الماجشون القول قول مدعى الحوالة إن أتى بما يشبهه وإلا فقول المحيل ولو قال أحلتك ليكون ذلك سلفاً عندك وقال الآخر إنما قبضته من دينى فقال ابن القاسم القول قول المحيل قال ولو كان اللفظ محتملاً كقوله خذ الذى على من الذى لى على فلان ففلس فللمحال الرجوع على المحيل إن قال إنما طلبته نيابة عنى .

* * *

كتاب الجمالة

حقيقتها، لغة: الضمان. وشرعاً: شغل ذمة أخرى بالحق.
 حكمها: الجواز ما لم تؤد إلى سلف جر منفعة أو ضمان يجعل.
 حكمة مشروعيتها: حفظ المال بالتوثق والرفق والتوسعة على الغريم.
 أركانها: أربعة: الضامن والمضمون والمضمون له والمضمون عنه.
 الأول: الضامن،

شرطه أهلية التبرع فلا يصح ضمان المكره ولا المحجور وفي البكر المعنس ذات الأب ثلاثة المشهور الجواز وروى المنع والجواز بإجازة الأب وفي التي لم تبلغ حد التعنيس وليست في ولاية قولان وضمان ذات الزوج جائز في الثلث وكذلك في أكثر منه بإذن الزوج فإن لم يأذن فله رد الجميع عند ابن القاسم وقيل يمضى قدر الثلث وكفالة المريض في ثلثه فإن صح لزمت مطلقاً وإقراره بها كإقراره بالدين.
 تنبيه: هنا تسعة ألفاظ مترادفة الجمالة والضمان والكفالة والزعامة والقبالة والإدانة فيقال: حميل وضمين وكفيل وزعيم وقبيل وأدين ومثله عزيز ومبين وكوين.

الثاني: المضمون،

وهو على ثمانية أوجه:

الأول: أن تقع مبهمة كقوله: أنا حميل وفي حملها على الوجه أو المال قولان للمتأخرين واختار ابن يونس أن تحمل على المال.

الثاني: الجمالة بالمال ويشترط أن تكون في الذمة فلا يصح ضمان المعين وهي لازمة في الحياة والموت وله الرجوع بما أدى.

الثالث: الجمالة بالمال بشرط أن لا يرجع بما أدى وهذا حمل لا جمالة واختلف في بطلانه بالموت إن لم يجز على قولين.

الرابع: الجمالة بالوجه المطلقة والمشهور سقوطها بإحضار الغريم وقال مالك في كتاب ابن الجهم هي كجمالة المال لا تسقط بإحضاره ثم إذا لم يحضره غرم المال

وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه غرم.

الخامس: الحمالة بالوجه المقيدة بقوله وليست من المال في شيء فلا يلزمه غرم إلا أن يقدر على إحضاره فلم يفعل أو ينذره فيهرب فإن اتهم على تغييره حبس حتى يحضره.

السادس: الحمالة بما يتعلق بالأبدان وهي غير جائزة إذ لا يمكن استيفاؤها من المحيل.

السابع: الحمالة بالطلب وهي جائزة ولو كانت بما يتعلق بالأبدان ومعناها أن يتحمل بطلبه وإحضاره فإن عجز عن ذلك لم يلزمه شيء وعليه أن يحضره فإن كان غائبا أجل في طلبه آجالا يسيرة ويبحث عنه في البلد وفيما قرب إذا لم يعلم حيث توجه فإن علم موضعه فقال أصبغ يطلق على مسيرة يومين وقال ابن الماجشون يطلبه وإن بعد ما لم يتفاحش جدا وقال ابن القاسم يطلبه بحسب ما يرى أنه يقدر عليه ثم إن خرج ورجع فقال لم أجده ومضى من الزمان ما يمكنه فيه الوصول إليه صدق ابن القاسم ولو أقام الطالب بينة أنه أقام ولم يتماد سجن بقدر ما يراه السلطان ولا يضمنه المال إلا أن يلقاه فيتركه فيضمنه.

الثامن: الحمالة المترتبة مثل أن يتحمل بما يثبت على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه وهي لازمة ولو قال لى على فلان ألف فقال رجل أنا كفيل لك بذلك لزمه غرمه إذا أقر به المطلوب قولاً واحداً ولو قال لى على فلان حق فقال رجل أنا كفيل به فقال المطلوب له على ألف لم يلزمه غرمه حتى يثبته قولاً واحداً بمنزلة قوله أنا كفيل بما بايعت به فلانا.

الثالث: المضمون له:

لا يشترط أن يكون معلوماً بل لو قال أنا كفيل بديون فلان لزمه الغرم لكل من ثبت له على فلان شيء.

الرابع: المضمون عنه:

لا يشترط رضاه على المشهور من المذهب إلا أن يقصد الضامن الضرر به لعداوة بينهما ولو تحمل على صبي فأدى عنه بالقضاء رجع به في ماله وكذلك ما أدى عنه من مال أفسده أو اختلسه قاله مالك.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها في ثلاثة فصول:

الأول: في قيام الطالب:

وإذا قام الطالب يطلب الحميل وكانت الحماله بالوجه فقد تقدم الكلام على ذلك ثم إذا فرعنا على القول بأنه إذا أحضره له برئ بذلك مهما أحضره بموضع تأخذه فيه الأحكام ولو مكن الغريم نفسه من الطالب ففي براءة الغريم لابن عبد الحكم وابن القاسم قولان وإذا مات الحميل ففي سقوط الحماله قولان لعبد الملك وابن القاسم وعلى قول ابن القاسم إذا مات بعد الأجل وأحضره الوارث برئ وإلا أخذ المال من التركة وإن مات الغريم ببلد الحماله برئ الحميل وإذا مات بغيره فثلاثة قال أشهب يبرأ الحميل إن مات قبل الأجل وهو ظاهر المدونة وقال ابن القاسم إن مضى من الأجل ما لو خرج الحميل بطلبه فيه ويرجع قبل الأجل برئ قال وإن كنت قلت غير هذا فاطرحوه. وقال في الواضحة: إن بقي من الأجل ما لو توجه فيه الغريم لوصل عند الأجل برئ وإن كان الضمان بالمال وشرط أن يأخذ به من شاء منهما فقال مالك له شرطه وبه أخذ ابن القاسم وقال أيضاً ليس له ذلك وبه أخذ أشهب وإذا مات الحميل قبل الأجل أخذ الحق من تركته ورجع به الوارث بعد الأجل على الغريم وروى يوقف إلى الأجل فإن كان الغريم ملياً رجع إلى الورثة وإلا أخذ وإن مات بعد الأجل بدأ بالغريم.

الثاني: في التأخير والإسقاط:

وتأخير الطالب للغريم تأخير للحميل لا إسقاط للحماله قاله ابن القاسم وتأخيره للحميل بعد الحلول تأخير للغريم إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً للغريم فإن نكل لزمه تأخيره وسقوط الدين على الغريم سقوط عن الحميل ووقع للمالك في رجل له حقان حق بحماله وحق بغير حماله فمات ولم تف تركته بالحقين وسأله الورثة أن يحيله فيما بقي له قبله ففعل ثم طلب الحميل قال: أرى أن يوزع ما قبض على الحقين ويحلف ما وضع إلا للميت ويرجع على الحميل بحصته فلم ير

السقوط عن الغريم سقوطاً عن الحميل وفيه نظر وإنما يتوجه الرجوع مع بقاء الدين فإذا سقط سقط وقاله ابن يونس قال ولا معنى لهذا الإسقاط إذا كان يرجع به على الحميل .

الفصل الثالث: في المطالبة والتنازع:

وإذا طلب الحميل الغريم بدفع ما تحمل به عنه لبيراً من الحماله مكن من ذلك ما لم يكن تحمله عنه بغير إذنه وله مطالبته بما أدى عنه بإذنه أو بغير إذنه وإذا قال الحميل تحملت بألف درهم وقال الطالب بخمسمائة دينار وصدقه المطلوب ولا مال له حلف الحميل وأخذت منه الدراهم فاشتري بها دنائير فإن اشتريت بها ثلاثمائة دينار رجع الطالب على الغريم بمائتين ثم إن أسر الغريم أخذت منه الثلاثمائة فاشتري بها دراهم ودفعت للحميل فإن زادت على الألف دفعت الزيادة للغريم وإن نقصت عن الألف حلف الغريم ما تحملت عنى إلاً بخمسمائة دينار فإن نكل حلف الحميل وأخذه بالنقص قاله ابن القاسم ولو كان لرجل قبل رجل ألفان ألف من حمالة وألف من قرض فقضاء ألفا وقال قد بينت لك عند الدفع أنه القرض وقال الآخر بل بينت أنه عن الحماله فقال مالك يحلفان ويقسم على الحقين وقال أشهب وغيره القول قول الطالب مع يمينه ولو لم يتداعيا البيان لقسم على الحقين ابن المواز وذلك مع استوائهما في الحلول أو التأجيل ولو اختلفا لكان القول قول من ادعى القضاء عن الحال بلا خلاف .

كتاب الشفعة

وهي بسكون الفاء مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر لأن الشفع يضم الحصة المبيعة إلى ماله فيصير شفعا وقيل من الشفاعة لأن الرجل كان في الجاهلية إذا أراد شريكه البيع أتاه شافعا وسأله أن يؤثره به فسمى طالبها شفيعا وهي مركبة من استحقاق وبيع فمن حيث إن المشتري يجبر على تسليم ما اشتراه تشبه الاستحقاق ومن جهة أن عهده عليه تشبه البيع.

حقيقتها: أخذ الشريك حصة جبرا شراء.

حكمها: وجوب التسليم عند وجود السبب والشرط وانتفاء المانع.

حكمة مشروعيتها: دفع ضرر الشركة.

أركانها: أربعة: الأخذ والمأخوذ والمأخوذ منه والمأخوذ عنه.

• الأخذ:

الشريك دون الجار خلافا لأبي حنيفة ثم الأخذ إنما يتوجه له الأخذ عند وجود المقتضى وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع كما قلنا والسبب نفس البيع إذ عليه أوجب صاحب الشرع الأخذ.

ويشترط في سببته خمسة شروط:

الأول: أن يكون الشفع مالكا للرقبة لا للمنافع فلا شفعة لمالك المنفعة كالمعمر والمحبس عليه وقال مطرف وابن الماجشون للمحبس عليه الأخذ إن أحقه بالمحبس وللمحبس الأخذ إن شرط أن يرجع الحبس إليه وكذلك إذا أشفع ليلحقه بالمحبس وقيل ليس له ذلك.

الثاني: أن يخرج البائع عن ملكه بمعاوضة كالبيع وهبة الثواب والخلع والإجارة والإقالة والتولية والشركة والصلح عن الإقرار وعن أرش الجنائيات وقيم المتلفات وفي المناقلة أربعة وجوب الأخذ لمالك وقاله ابن القاسم في العتبية ونفيه والتفرقة فإن أراد البيع أخذ وإن أراد السكنى فلا قاله مالك أيضاً وربيعه والرابع أن ناقل بنصيبه من دار بنصيب شريكه من دار أخرى والداران بينهما لم تجب لأن مرادهما

آمع ملكيهما وإلا وآبى آكاه مطرف وابن المآآشون عن مالك وبه القضااء .
 الآلآ: أن يكون البىع صحىآ فلا شفعا فى الفاسء فإن فآآ بىع فله الأآء
 بالآمن وإن فآآ بالهءم والبناء فله الأآء بالآمة وآمة البناء .

الرابع: أن يكون لازما فلا شفعا فى بىع الآيار إلا بعء الإمضاء ولا فى هبة
 الآواب إلا بعء الآواب .

آامس: أن يكون الملك شآعا على البىع فلو اشآرى رآلان آارا صفقا وآاآة
 فلا شفعا لأآءهما على الآخر .

وأما الشروط فأربعة:

الأول: أن يشفع لىملك لا لىبىع .

الآانى: بقاء الصآة الآى يشفع بها فى ملكه قبل بىع الشرىك فإن باعها بعء
 بىع الشرىك فآلاآة السقوط لملك وعءمه لابن القاسم فى رواية وآىى وقال فى
 العآبة إن باع ولم يعلم فله الشفعا ومفهومه أنه إذا باع بعء أن علم لم آكن له
 شفعا .

الآالآ: معرفة الآمن فلو لم يعلمه فلا شفعا . وقد قال ابن القاسم فى رآل
 آصءق على آآآه بسهمه فى أرض عوضا عمن آكر أنه أصاب من مورآها بما لا
 يعلم قءره لا شفعا فىه .

الرابع: أن يكون البىع آابآ إما بالآبة أو بإقرار الآبآعآن ولو أنكر الآبآع وأقر
 البآع وء البىع بعء آمآنه لم آكن للشفىع الأآء بإقرار البآع ولو أقر الآبآع وأنكر
 البآع والشقص بآه لم آكن له الأآء على المشهور وأوجب له ذلك أشهب . وأما
 المآع فالآصرىح بالإسقاط وما يقوم مقامه ثم إن صرح قبل البىع فلا يلزمه وله
 الشفعا وإن صرح به بعء البىع ومعرفة الآمن ومعرفة الآبآع لزمه قال ابن القاسم
 وآذلك لو أسقط بعء البىع وقبل معرفة الآمن إلا أن آآى من ذلك ما لا آكون
 مثله ثمنا كآارية أو عبء أو ءنار أو عشرين ءرهما فلا يلزم .

والذى يقوم مقامه ثمانية أصناف:

الأول: مقاسمة الشفىع الآبآع .

الآانى: آبآع الشفىع الآصآة من المشآرى ولو آبآع منه بعضها ثم قام لآآء

بقيتها بالشفعة فقولان .

الثالث: مساومته للشقص عند ابن القاسم دون أشهب .

الرابع: مساقاته .

الخامس: كراؤه وفيها القولان بين ابن القاسم وأشهب وعلى قول أشهب لو أراد المشتري إيقاف البيع بعد عقد المساقاة والكراء وقبل مضي الأمد لم يكن له ذلك ولو أراد الشفيع تعجيل الأخذ فله ذلك فيدفع الثمن ولا يسقط عنه من الكراء شيء .

السادس: سكوته وهو يرى المشتري يهدم ويبني ويفرس وقيل ليس ذلك بمانع .

السابع: بيع المشتري للشقص والشفيع عالم حاضر غير منكر وذلك مانع خلافاً لأشهب وله الأخذ بغيره من البياعات المنعقدة بعده .

الثامن: ترك القيام من غير عذر بعد العلم بالبيع وفي المذهب ثلاثة قال ابن وهب ليس له قيام مطلقاً وعن مالك له القيام مطلقاً والمشهور التفرقة فإن طال الزمان لم يكن له قيام وإلاً فهو على حقه واختلف في حد القرب فروى أشهب أنه سنة وفي رواية إذا غربت الشمس من آخر أيام سنة ولم يشفع سقط حقه والذي ذهب إليه ابن القاسم أنه إذا جاوز السنة بما يعد تاركاً فلا قيام له وله القيام بعد السنة وبه القضاء فإن كان له عذر لم يسقط حقه وذلك كالمرض فإذا صح أخذ قاله مطرف وابن الماجشون وقال أصبغ هو كالصحيح إلا أن يشهد أنه على حقه قبل مضي أمد الشفعة وإن ترك التوكيل عجزاً وإذا سافر الشفيع بعد علمه بالبيع لموضع قريب فهو على حقه وإن حبسه عذر عن الوصول ويحلف ما كان تاركاً لها فلو سافر إلى موضع بعيد لا يرجع منه في العادة إلا بعد انقضاء أمد الشفعة بطل حقه ثم إذا وجد المقتضى وقام يطلب الأخذ وكان رشيداً فله الأخذ إذا كان مسلماً وإن كان كافراً والمبتاع مسلم فله الأخذ وقال أشهب لا شفعة له وإن كان محجوراً لحق نفسه فالأخذ لأبيه أو لوصيه أو للسلطان أو لوكيلهم فإن كان حجره لحق غيره كالمرأة والمريض والعبد والمفلس فأما المرأة والمريض فإن سلما فلا مقال لزوج ولا لوارث وإن أخذاً لغير محاباة جاز وإلاً كانت المحاباة في الثلث وأما العبد فالمقال لسيدته وأما المفلس فإن سلم فلا مقال لغرمائه وإن أخذ فليس لغرمائه منعه قاله

مالك قال أشهب وذلك إذا لم يفسل فإن فسل فلهم منعه إن كان نظره لهم وليس لهم أن يكرهوه عليه وإن كان فيه فضل كثير وإذا طلب المبتاع الشفيع بالأخذ فإن صرح أنه يأخذ وسأل النظر بالمال آخر ما بينه وبين ثلاثة أيام قاله في المدونة وقال عبد الملك وعشرة وقال أصبغ يؤجل على قدر المال وحال الشفيع في العسر واليسر وأقصاه الشهر وإن صرح بالعجز قطع القاضي شفيعته إن طلب ذلك المبتاع وإن أبي من إقالته ألزمه الثمن ويبيع فيه ما أخذه وما يملكه وفي الموازية إن عجز لم تلزمه شفعة وحمله أبو عمران على أن المبتاع لم يلزمه الثمن وإذا تعدد الشفيع واتحدت الصفقة وقاموا كلهم فإن كانوا في عقد واحد شفيعوا على قدر أنصباهم على المنصوص وإن كان بعضهم أخص قدم على المشهور كأهل مورث واحد فإنهم يتشافعون بينهم دون الشركاء فإن سلموا فهي للذين هم أعم فإن سلموا فهي لسائر الشركاء ويدخل أهل السهام على العصة على المشهور والاعتبار بما وقع بالميراث لا بخصوصية البائع فلو ترك ثلاثة أولاد اثنان شقيقان والآخر للأب فباع أحد الشقيقين فالشفعة للأخ الشقيق والأخ للأب سواء إذ بالبنوة ورثوا وإن تعددت الصفقة واتحد الشفيع أو تعدد فله أن يأخذ ما شاء.

• المأخوذ،

وهو العقار ويلحق به ما كان من مصلحته كعبيد الحائط ودوابه وآلاته وليس للشفيع أخذ الشقص خاصة إلا برضاء المبتاع وقد اختلف في مسائل الخلاف في وجود المقتضى أو في قيام المانع أو في التبعية فمن ذلك ما لا ينقسم كالحمام فمالك يوجب الشفعة وابن القاسم لا يوجبها ورواه أيضاً ابن الماجشون وبه القضاء ومنه الرحي إذا بيعت مع أرضها وفيها قولان قال ابن القاسم لا شفعة فيها ويشفع في الأرض بما ينوبها من الثمن قال وهي كحجر ملغى وبه جرى العمل قال غير واحد من القرويين والأندلسيين مراده العليا خاصة وأما السفلى فهي من البناء فيها الشفعة كقدر الحمام وقال القاضي عياض ظاهر قوله خلاف ذلك ولا فرق بين العليا والسفلى عند من قال بالشفعة ولا عند من قال بعدمها وإذا فرعنا على قول ابن القاسم فيفيض الثمن على البيت ما فيها من أبنية وعلى الرحي العليا والسفلى فيما يخص الرحي يسقط عن الشفيع وهكذا فسره ابن القاسم في رواية أبي زيد

ومنه المرافق كالطريق والمساحة والماجل فإذا باع أحد الشريكين منابه من ذلك بعد أن اقتسما البيوت فإن باعه مع نصيبه من البيوت فلا شفعة فيه وإن باعه وحده وكان يتصرف إلى بيوته رد بيعه وإن كان قد أضاف بيوته إلى دار له وباع ذلك لأحد شركائه فلبقيتهم الشفعة على القول بوجوبها فيما لا ينقسم وإن باعه من غيرهم فلهم رد البيع أو يجيزون ويأخذون بالشفعة ومنه الأندر وفيه قولان لأشهب وسحنون ومنه الدين ولا يكون من هو عليه أحق عند مالك من المبتاع به وقال أشهب وغيره هو أحق ولو قصد المبتاع التعنيت بالغريم لم يجز البيع ومنه العين والبئر ولا شفعة فيهما إن لم يكن لهما بياض ولا نخل وإن كان قد باع منابه من ذلك مع الأرض أو النخل ففيه الشفعة للتبعية وكذلك إن باع منابه في الماء خاصة ولو باع منها شرب يوم فلشريكه منعه إذا كان يحتاج إليه وله الأخذ بالشفعة ولو باع منابه من الأرض ثم منابه من الماء فإن باعه من غير مشتري الأرض فله الشفعة في الأرض دون الماء وإن باعه من مشتريها قبل أخذه بالشفعة أو يترك فله أخذهما معاً وليس له أخذ أحدهما ولو سلم فلما باع منه الماء أراد الأخذ فله أخذهما معاً. ومنه ثمار النخل فإن بيعت مفردة ففي المدونة فيها الشفعة كانت الأصول لهم أو بأيديهم مساقاة وقال في غيرها لا شفعة فيها وبه قال ابن الماجشون وفي العنب الشفعة رواه ابن القاسم بخلاف بقول وأوجبها من رأيه في المقائى وذكر ذلك الباجى فيها رواية وفي الباذنجان والقرع والقطن وتنقطع الشفعة في الثمار باليس قاله في المدونة وقال في رواية أشهب فيها الشفعة حتى تجذ وإن بيعت مع أصولها فلم ير عبد الملك فيها شفعة وقال مالك فيها الشفعة وهو المعمول به ثم إن كانت الثمرة يوم البيع غير مابورة وقام الشفيع وهى كذلك فهى له اتفاقاً وكذلك إن لم يكن فيها وقت البيع ثمرة فثمرت ولم تؤبر وإن قام وقد أبرت أو اشتراها مابورة أو اشتراها وليس فيها ثمرة فثمرت وقام وهى مابورة فله أخذها ويؤدى للمبتاع قيمة السقى والعلاج وقيل لا يؤدى شيئاً وقيل هى للمبتاع إذا قام بعد الإبار وإن قام وقد أزهدت فى الصور الثلاث فله أخذها ما لم تجذ وروى أشهب أنه إذا اشتراها وهى مابورة أنه أحق بها وإن جذت وإن قام وقد يبست فى الصور الثلاث فليس فيها شفعة وإذا قلنا: إنها تفوت بالجذاذ أو اليس فيحط عن الشفيع ما ينوبها

من الثمن إن اشتراها وهي مأبورة أو مزهية أو يابسة وإن اشتراها وهي غير مأبورة أو ليس بها حينئذ ثمرة فهي غلة للمبتاع. ومنه الزرع ولا شفعة فيه إن بيع مفرداً إذ لا يباع إلا بعد اليبس وإن بيع مع الأرض ثم استحق رجل نصف ذلك وهو يومئذ كامن أو ورق وهو أخضر فقال ابن القاسم لا شفعة له في الزرع وقال أشهب فيه الشفعة مع الأرض وقال أيضاً يشفع في الأرض دون الزرع.

• الركن الثالث: المأخوذ منه،

وهو من تجدد ملكه اللازم بمعاوضة حسبما قدمناه.

• الرابع: المأخوذ به،

وهو ما دفعه المبتاع للبائع وما غرمه هو على الشقص على ما سيأتى إن شاء الله تعالى. ثم المدفوع ثلاثة مثلى ومتقوم وما ليس بواحد منهما وإذا وقع الشراء بمثلى المثل بأن يكون عنبراً يتعذر وجوده فعليه قيمته ثم إن كان مؤجلاً أو أخذه من دين مؤجل فأربعة في المدونة يأخذ بالمثل فيهما وقيل بقيمة ذلك وقال ابن الماجشون وسحنون إن كان الشراء بثمان مؤجل أخذ بمثله وإن أخذه من دينه أخذه بالقيمة وقال أشهب: إن أخذه عما في الذمة وكان أخذ بمثله وإن كان عرضاً فبقيته قال ابن المواز وهو غلط وعلى القول الثالث فتقوم تلك الدراهم بعرض يدفعه نقدًا وكذلك إن لم يأخذ حتى حل الأجل قال ابن الماجشون وقال سحنون يقوم الدين بعرض ثم يقوم بدراهم وبها يأخذ وإذا تراخى قيام الشفيع حتى حل الأجل ففي تأخير الشفيع إلى مثل ذلك الأجل أو يؤخذ بالمال حالاً قولان لابن الماجشون وأصيب والأول قول مالك ثم حيث قلنا يؤخر فذلك إذا كان ثقة أو أتى بحميل ثقة فإن عجز عن ذلك قطع القاضي شفيعته.

المتقوم: والقضاء أن الشفيع إنما يأخذ بقيمته وإذا أخذه بدراهم جزافاً شفع بقيمته وقيل تبطل الشفعة قال اللخمي ولو أخذه بمثلى جزافاً أخذ بقيمته يريد يوم الشراء فلو انعقد البيع بدنانير وأخذ عنها عرضاً أو أخذ بعرض فنقد عيناً، فقال عبد الملك يأخذ بما خلص للبائع واستحب محمد أن يأخذ بما عقد عليه وقال سحنون: إن عقد بعين فأخذ عرضاً فقيمة العرض وما ليس بمثلى ولا بمقوم كالنكاح والخلع ودم العمد فيشفع بقيمة الشقص وقيل يأخذ في المهر بصداق المثل.

تنبيه: إذا راد المبتاع للبائع شيئاً بعد البيع ففي لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وعبد الملك وإذا قلنا لا يلزم فقال المبتاع إنما رده فراراً من الشفعة فإنه يحلف ويرجع وإن حط البائع شيئاً من الثمن وكان ذلك لعيب حط عن الشفيع اتفاقاً وإلا نظر فإن حط ما يشبه أن يحط في البيع فيحط عن الشفيع وإلا فلا قال ابن القاسم. وفي المدونة إذا اشترى بألف ثم حط سبعمائة بعد أخذ الشفيع أو قبله فإن كان يشبه أن يكون ثمن المبيع عند الناس مائة أخذه بمائة وإن كان لا يشبه أن يكون مائة أخذه بالألف يريد إذا كان ثمنه ثلاثمائة إلى أربعمائة فلا يحط عنه شيء وأما ما غرمه البائع كأجرة الدلال وكاتب الوثيقة وثمان الرق فهي من جملة الثمن فإن أدى أكثر من المعهود فله المعهود وبذلك أفتى ابن عتاب وابن مالك وكذلك يدفع قيمة ما يحدثه المبتاع من بناء وغرس وحفر الآبار وثمان العيون فيأخذ قيمة ذلك قائماً قال مالك في رواية أشهب والقيمة في ذلك يوم الأخذ وقيل يرجع الغارس بما أنفق وضعفه أشهب. وفي مفيد الحكام: إن حفر بئراً فلم يجد فيها ماء لم يرجع بشيء وفي المدونة فيمن ابتاع ودياً صغاراً ثم قام شفيع بعد أن صارت بواسق فإنه يأخذها ويدفع للمبتاع قيمة ما عمل ولو هدم المبتاع لبينى أو ليوسع أو انهدم بسماوى فلا يحط عن الشفيع من ذلك شيء وكذلك ما غار من عيون أو بئر فإن استحق رجل نصف الدار أخذ نصف الشقص ثم إن شاء أخذ النصف الآخر مع نصف الشقص بالشفعة بنصف الثمن وإلا ترك.

اللواحق

وينحصر الكلام فيه في أربعة فصول:

الأول: هي انتقال الضمان،

ويتقل الضمان إلى الشفيع بنفس الأخذ فما حصل فيه من هدم أو عيب فهو

منه.

الثاني: هي العهدة والقضاء،

إن عهدة الشفيع على المشتري وإليه يدفع الثمن كان البائع قبضه أو لا قال مالك

ولو غاب المبتاع قبل أن يدفع الثمن ولم يقبض الدار فللشفيع أن يدفعه للبائع ويأخذ الدار وعهدته على المبتاع.

الثالث: هي العيب والاستحقاق:

وإذا وقع البيع بمعين فوجد به عيب أو استحق بعد أن شفع بقيمة فالشفعة ماضية ويرجع البائع على المبتاع بقيمة الشقص كانت أكثر مما أخذ المبتاع من الشفيع أو أقل ثم لا تراجع بين المبتاع والشفيع، قاله ابن القاسم وأشهب وأصبيغ، وقال عبد الملك ينتقض ما بين الشفيع والمشتري كما انتقض ما بين البائع وبينه فإن شاء أخذ بما حصل عند البائع وإن شاء ترك فإن كانت قيمة الشقص أكثر أخذ بها إن شاء وإن كانت أقل رجع الشفيع بما بقى وقاله سحنون.

الفصل الرابع: هي التنازع:

وإذا قال البائع بعث بمائتين وقال المبتاع بمائة والشقص قائم تحالفا وتفاسخا وسقطت الشفعة فإن نكل البائع أخذه المبتاع بمائة وبها يأخذ الشفيع وإن نكل المبتاع وحلف البائع أخذ مائتين وبها يأخذ الشفيع عند أصبيغ وابن عبد الحكم وقال أشهب بل يأخذه بمائة وإذا ادعى الشفيع أن الثمن أقل ولم تقم لواحد منهما بينة وأتيا معاً بما يشبه فالقول قول المشتري مع يمينه إن ادعى الشفيع المعرفة واختلف إذا اتهمه هل يحلف أو لا قولان وإن أتيا معاً بما لا يشبه حلفا وردا إلى الوسط مما يشبه فيأخذه أو يترك فإن حلف أحدهما ونكل الآخر أخذ بما حلف عليه الخالف وإن أتى المبتاع بما لا يشبه وأتى الشفيع بما يشبه حلف وأخذ بما قال. قال مالك إلا أن يكون مثل هذه الملوك يرغب في الدار تجاوره فيكون القول قول المشتري يريد إذا أتى بما يشبه أن يزيد فيها.

كتاب القسمة

حقيقتها: معلومة بالبديهة.

حكمها: الجواز بشرط السلامة من إتلاف المالية ومن الربا ومن الجهالة.

حكمة مشروعيتها: دفع التشاجر الواقع بين الشركاء.

أقسامها: ثلاثة: قسمة قرعة وقسمة مرضاة وقسمة مهياة.

فقسمة القرعة: تكون بعد التعديل والتقويم ولا تكون إلا في غير المكيل والموزون من العقار المتماثل والمتقارب وكذلك الحيوان والعروض وألحق ابن الماجشون ذلك بالمكيل والموزون وهذه القسمة يجبر عليها من أباه ولا يجوز أن تكون فيها مع إحدى الجهتين زيادة من غير جنسها وقال اللخمي في دارين تساوى إحداهما مائة والأخرى تسعين لا بأس أن يقرعا على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة يعطى صاحبه خمسة دنانير لأن هذا مما لا بد منه ولا يتفق في الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء. وصفة التقويم أن تقوم النخل كلها ثم تقسم تلك القيم على السهام وتقوم بيوت الدار فيجعل البيت الجديد قسماً ومقابلة بيثان بقيمته وتقوم الشاة الواحدة مثلاً بقرة بعشرة ومقابلتها شاتان أو أكثر بقيمتها وهكذا وتقسم على أقل السهام فمن وقع سهمه بموضع ضم إليه بقيمة سهامه مما يليه فإن بقي لأحدهم كسر من القسمة كان شريكاً به مع من يجاوزه في شجره. وفي المدونة فيمن ترك زوجة وأولاداً أو عصابة لم يسهم للزوجة إلا على أحد الطرفين لا في الوسط فأى الطرفين خرج لها أخذته وكان الباقي للولد أو للعصابة وكذلك إن تعدد الولد أو العصابة ولا يجمع حظ رجلين وإن أراد ذلك الباقيون إلا في مثل هذا وحمل القاضي عياض وغيره قوله ولا يجمع حظ رجلين على ما إذا كانت الأنصاء متساوية وكذلك وقع مفسراً في العتبية عن مالك قال فيها وإن كان لقوم الثلث ولآخرين السدس ولآخرين الثمن فيجمع كل سهم في القرعة وإن كرهوا وتناول ابن القاسم عن مالك أنه لا يجمع نصيب اثنين مطلقاً إلا العصابة إذا رضوا بذلك وعلى الأول أصحاب مالك قال أصبغ وعبد الملك ومطرف وهو قول مالك.

صفة القرعة: أن تكتب أسماء الشركاء وتجعل في بنادق من طين أو شمع وتخلط ثم يرمى بها القاسم في الجهات .

قسمة المراضاة: تكون تارة بغير تقويم وتارة بعد التقويم وهي جائزة في المتفق والمختلف لأنها بيع من البيوع ولذلك يحترز فيها من الربا وفي جوازها بالقرعة قولان لأشهب وابن القاسم وفي قسمة القرعة قولان قيل هي بيع وهو الصواب وقيل تمييز حق .

قسمة المهايأة: بالنون وبالياء مع الهمز وهي جائزة إذا سلمت من الغرر فإن كانت لزمان معلوم في سكنى الدار الواحدة مثل أن يسكنها هذا شهراً وهذا شهراً جاز وإن كثرت المدة وكذلك إن أخذ هذا أرضاً يزرعها عاماً وأخذها الآخر يزرعها عاماً إذا كانت مأمونة مما يجوز النقد فيها وأما العبد والدابة فلا يجوز ذلك فيهما المدة الطويلة ويجوز المدة اليسيرة قال محمد كالحمسة الأيام فأقل وقال مالك في المجموعة يجوز في الشهر ابن القاسم وأكثر منه بقليل وهذه تسمى المهايأة في الأزمان والمهايأة في الأعيان مثل أن يأخذ هذا داراً يسكنها ويأخذ الآخر داراً يسكنها أو يأخذ هذا أرضاً يزرعها ويأخذ الآخر أرضاً يزرعها أو يأخذ هذا عبداً يستخدمه ويأخذ الآخر عبداً يستخدمه وظاهر كلام ابن الحاجب أن ذلك جائز غير لازم ونص ابن القاسم في المجموعة على عدم الجواز في السكنى والزراعة والاعتلال .

أركانها: ثلاثة: القاسم والمقسوم لهم والمقسوم .

الأول: القاسم:

من له معرفة والواحد كاف ويقبل القاضى قوله إذا كان بتولية والاثنان أحسن قال التونسي: يلي القسمة اثنان فصاعداً لأن قولهما يجرى مجرى الشهادة إن شهدا وهما قائمان، وإن شهدا بعد عزلهما ردت شهادتهما لأنهما حينئذ يشهدان على فعل أنفسهما .

الثاني: المقسوم لهم:

هم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالمحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهايأة في الأزمان في الدور والأرضين دون الشجر ويقسم عن السفية الأب أو الوصى أو القاضى فإن كان الوصى شريكاً مع

اليتيم قدم القاضى من يقاسم عن اليتيم فإذا قاسمه المقدم رده إليه لينظر فيه . ولو كان معهما أمين فقسم الوصى وجعل سهمه مع سهم اليتيم مشاعاً فقال ابن أبى زيد ذلك جائز على المراضاة دون سهم وقال غيره يفسخ وإن كان سداداً ولو كان مع الأصاغر أكابر فقال فى المدونة أحب إلى أن يدفع إلى القاضى فإن لم يفعل وقاسم الأكابر على وجه الاجتهاد جاز وفى قسمة الأصاغر إذا لم يكن معهم كبير ثلاثة: الجواز لسحنون والمنع هو ظاهر المدونة قال فيها ولا يقسم الوصى على الأصاغر حتى يرفع ذلك إلى الإمام فيقسم بينهم إن رآه نظراً والكراهة ابتداءً فإن وقع مضى قاله مالك أيضاً ويقسم الوصى بالقرعة وفى قسمته عليهم بالمراضاة قولان وفى قسمة الكافل قولان المنع فى المدونة وروى الجوار وقاله ابن القاسم فى كافل اللقيط .

الثالث: المقسوم:

والمتملكات أربعة أجناس: العقار والحيوان والعروض والمثلثات .

العقار: أنواع منها الدور وما كان منها متقارباً فى النفاق والمواضع والتشاح جمع ولو أبى بعض الشركاء من الجمع وطلب أن يقسم كل صنف وحده وقال غيره بل يجمع فالقول قول من دعا إلى الجمع وإذا كان فيها ما يقع فيه التشاح لم يجمع وقسمت كل دار وحدها ولو كان فى الدور الجديد والقديم قسم الجديد بانفراده والقديم بانفراده فلو اقتسما داراً علواً وسفلاً جاز بالتراضى وفى القرعة قولان ويقوم سقف السفلى مع السفلى وما فسد منه فإصلاحه على صاحب السفلى وما فسد لأجل تصرف أصحاب العلو فإصلاحه عليه ويقوم سقف السطح مع بيوت صاحب العلو ولا مرفق لصاحب السفلى فى السطح . ابن القاسم ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة صاحب السفلى قال اللخمي: تلك عادتهم والعادة اليوم أن صاحب السفلى يختص بالراحة وعلى ذلك يقع القسم . ومنها الأرضون قال ابن القاسم لا تجمع حتى تتقارب فى الأماكن والنفاق وقال أشهب إن كانت فى نمط واحد جمعت وإن كان بعضها أكرم وكذلك قال فى الدور ووافق سحنون فيها وخالفه فى الدور وقال فيها بقول ابن القاسم . ومنها البئر ولا تصح قسمتها ولا المقواة فيها وكذلك الماثل إلا أن يكون واسعاً بحيث إذا ضربا بينهما حائطاً صار

لكل واحد ما يتتبع به . ومنها الخوانيت فإن كانت في سوق واحد أو في سوقين تتفاوت فيها الأغراض جمعت وإلا فلا ولا تجمع الديار إليها قال اللخمي وقد يستحب جمعها إلى ديار الغلة إذا قيل أن الغرر في ذلك يسير قال ويسأل أهل المعرفة في الفندق والحمام فإن قالوا تتفاوت معرفتهما جمعا . ومنها الأبرحة وهي جمع براح بالفتح وهي الفدادين فإن كان بعضها قريبا من بعض وكانت في الكرم سواء جمعت وجعل نصيب كل واحد في موضع قال ابن القاسم ولم يحد لنا مالك في القرب حداً وأرى الميل ونحوه قريبا في البساتين والأرضين فإن كانت الأبرحة مختلفة وهي متقاربة وكانت في الكرم سواء وبينهما تباعد كالיום قسم كل براح على حدته . ومنها الجنان والنخيل والزيتون والكرم وكل واحد منها صنف لا يجمع مع الآخر بالحس . وكذلك الشجر الفاكهة هي أيضاً صنف وإن اختلفت في أنفسها كتفاح ورمان وخوخ وغير ذلك واختلف إذا تراضوا بالقرعة فأصل ابن القاسم المنع وأصل أشهب الجواز ووقع لابن القاسم في رجلين بينهما نخلة وزيتونة لا بأس أن يقسماهما بالتراضى إذا اعتدلتا وإن أبا لم يجبرا فإن لم يعتدلا باعاهما أو تقاوماهما فقوله إذا اعتدلتا يدل على أنه أراد القسمة بالقرعة لأن قسمة التراضى لا يشترط فيها ذلك قال بعضهم هذا منه نزوع إلى قول أشهب وحمله اللخمي على أنه أجازه للضرورة فيما قل وقيل بل أراد قسمة التراضى وإذا كان في الجنة أشجار من فواكه مختلفة الثمار قسم بالقيمة ولا يجمع ما يسقى بالنضح مع ما يسقى بالعين ولا يقسم البعل مع السقى وإن تقاربت الحوائط ويقسم كل واحد على حدة إلا أن يتراضوا بالجمع ، قال سحنون وذلك بغير قرعة . ومنها العيون والآبار وقد منع في المدونة من قسم أصلها قال وإنما يقسم شربها بالقلد .

الجنس الثاني: الحيوان: والرقيق كلهم صنف يجمعون في القسم عند ابن القاسم اللخمي قال ابن القاسم الخيل والبراذين صنف يجمعان ولا تجمع البغال إلى الحمير والإبل إن تقاربت ولم يجز سلم بعضها في بعض جمعت وإن تباينت وجاز سلم بعضها في بعض جمعت على أحد قولي ابن القاسم وإن كان الجيد يحمل القسم وحده وعلى قوله الآخر لا يجوز إلا أن يحمل القسم على كل صنف بإنفراده وعلى قول أشهب لا يجوز بالجبر وإن لم يحمل القسم على الانفراد .

الثالث: العروض: ابن شاس يجمع البز كله من ديباج وحرير وثياب كتان وقطن وأفرية وثياب صوف إذا لم يكن في كل قسم ما يحمل القسم وما ذكره هو قول ابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون البز صنوف مختلفة لا يجوز قسمه إلا ما كان صنفاً واحداً أو متشابهاً وإن عدل بالقيمة إلا أن تكون قسمتهم بالتراضى والبسط والوسائد يجمع بعضها مع بعض إن لم يكن في كل صنف ما يحمل القسم عند ابن القاسم والصوف كله صنف ويجوز أن يقسم على ظهور الغنم إن جز مكانه أو إلى أيام قريبة يجوز بيعه إليها وما له أخ لا يقسم إلا بالتراضى كالمصراعين واللؤلؤ إن كان كثيراً قسم كل صنف بانفراده.

الجنس الرابع: المثلى: فمنه الثمار فإن زailت الأصول قسمت كيلاً وإن لم يتزايلا وأرادوا قسمتها مع الأصول لم يجز ويقسمون الأصول ويتركونها حتى تجذ فتقسم كيلاً فإن اشترط أحدهما ما يصفر في نخلة ويبقى الباقي مشتركاً فيجوز وإن أرادوا قسمتها على رؤوس النخل بعد قسمة الأصول بالخرص بعد الزهو لاحتياجهم جاز وعلى كل واحد سقى نخله وإن كانت ثمارها لغيره كما لو باعها قاله ابن القاسم وقال سحنون سقيها على رب الثمرة بخلاف بيعها ولو أرادوا قسمتها وهي بلح فأجاره ابن القاسم إن اختلفت حاجتهم بالبيع والأكل إذا لم يترك مريد الأكل ما صار له حتى يزهر وقال سحنون لا يجوز وإن قلنا بالجواز فجزد أحدهما حظه وأبقى الآخر إلى الزهو انتقض القسم وكان ما زها وقيمة ما جذ مشتركاً بينهما وهو يوم الجذاذ وإن كانت الثمار مما لا يخرص لم تقسم وإن احتاج إليها أهلها قال ابن القاسم وروى أشهب الجواز إن وجدوا من يحسن ذلك وحل بيعه واختلفت حاجتهم إليه قال اللخمي والخلاف في حال فإن جرت عادتهم بالخرص جاز وإلا فلا. ومنه الزرع فإن أرادوا قسمة الأرض أبقوه حتى يحل بيعه وإن أرادوا قسمته وحده لم يقسم إلا كيلاً ولو اقتسماه قبل أن يبدو صلاحه بالتحري على أن يحصدها مكانهما جاز إن كان يقدر على التحري. ومنه البقل وفي جواز قسمته بعد صلاحه قولان لأشهب وابن القاسم قال اللخمي منعه ابن القاسم لعدم من يحسن وأجاز أشهب إذا تبين الفضل وخرجا عن الخطار. ومنه المطعومات الربوية وغيرها وتقسم بما تباع به من كيل أو وزن وأجاز ابن القاسم

القسمة بالتحري في اليسير من اللحم والخبز والبيض وفي قسمة الكثير منه ومن غيره بالتحري أربعة: المنع مطلقاً ربوياً كان أو غير ربوي قاله مالك وهو الصحيح والمنع في الربوي للمالك أيضاً والمنع فيما يكال والجواز فيما يوزن لمحمد وقال أشهب إن كان فيما يجوز فيه التفاضل جاز ويجوز في كل موزون وما ليس بمطعوم يقسم أيضاً بما يباع به وهل يجوز تحريماً أو لا قال مالك يجوز قال عنه مطرف وابن الماجشون يجوز على التعديل والتفصيل ولا يجوز على الشك في تعديله وقال ابن القاسم لا يتجوز قسمة الحناء والكتم والتبن والنوى والكتان والمسك إلا كيلاً فيما يكال أو وزناً فيما يوزن إلا أن يقتسماه على معنى التفاضل البين ثم حيث يقسم كيلاً أو وزناً فهل يراعى الكيل والوزن المعروفين أو قال ابن رشد إن كان المكيل والموزون صنفاً واحداً وهو صبرة واحدة جاز بالمجهول كان مما يجوز فيه التفاضل أو لا وإن كان صبرتين مما لا يجوز كقمح وشعير لم يجز إلا بالمعلوم وإن كان مما يجوز فيه التفاضل من الطعام وغيره فيجوز على الاعتدال والتفاضل البين بالمعلوم إلا أن يكون في صبرة واحدة أو في صبرتين واقتسما كل صبرة وحدها فيجوز أيضاً بالمجهول.

اللواحق

تشتمل على أربعة فصول:

الأول: هي الغبن والغلط:

وإذا قام أحدهم بالغبن أما قسمة المراضاة بغير تعديل فحكمها حكم البيع والمشهور أن البيع لا يقام فيه غبن وأما قسمة المراضاة بعد التعديل وقسمة القرعة فيرجع فيهما بالغبن ويعنى عن اليسير في قسمة المراضاة واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير فقال ابن أبي زيد وغيره هو معفو عنه وقال آخرون تنتقض القسمة وهو عندهم ظاهر المدونة وهو قول الليث وابن حبيب. ابن القاسم وإذا ادعى أحدهم الغلط مضى القسم ويحلف المنكر إلا أن تقوم للمدعى بينة أو يتفاحش الغلط فينتقض القسم ما لم تفت الأملاك بهدم أو

بناء أو غير ذلك فإذا حصل الفوت أخذت الغلط فاقسموها فإن فات البعض قسم ما لم يفت مع قيمة ما فات قال إسحاق بن إبراهيم وإنما يقام بالغبن فيما قرب دون ما بعد .

الفصل الثاني: وجود العيب،

وإذا وجد بأحد القسمين عيب فإن كان يوجد ما صار إليه أو أكثره رد الجميع وابتداء القسم ما لم يفت نصيب الآخر ببناء أو هدم أو خروج عن اليد فيرد قيمته يوم قبضه فيقسمان تلك القيمة مع المردود وليست حوالة الأسواق في الدور فوتاً وإن كان المعيب الأقل فقال أشهب يرده ويرجع فيما بيد شريكه وقال في المدونة لا يرجع فيما بيد شريكه وإن لم يفت إذا لم ينتقض القسم ولكن ينظر فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على شريكه بقيمة نصف ما أخذ ثمناً ويقسمان المعيب .

الثالث: في الاستحقاق،

وإذا وقع الاستحقاق في تابع لم ينتقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار إليه مرجعه ولا يتبع المولى على المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره وإن استحق بعضه فثلاثة ابن القاسم قال مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً وإن كان يسيراً رجع بقيمته وقال مرة يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيراً أو قليلاً وقال مرة ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكاً .

تنبيه: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة وأجوبة مختلفة اضطربت لأجلها مسائل الشيوخ في تحقيق مذهبه وقد نبه عليها القاضي عياض في تنبيهاته قال بعض الشيوخ والذي يظهر من مذهبه أن مذهبه المعلوم في البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع وإن القسمة تستوى مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وهو الثلث فما دونه وفي الجمل الذي يرد منه البيع ويفسخ القسمة ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك ولا تفسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكاً فيما بيد صاحبه وكذلك العيب . ابن يونس هذا تحصيل حسن وليس في الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما فإنه قال يرجع

بقية ذلك فيما بيد صاحبه ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل ولم يكن في الكتب تناقض.

الفصل الرابع: في ظروف الدين والوارث والموصى له:

وإذا طرأ دين بعد القسمة يفترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يفترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد أخذ من كل واحد ما ينوبه وإن كان بعضهم غائباً أو معسراً أو ملداً أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه وإن كانت التركة عقاراً أو رقيقاً فسخت حتى يوفى الدين علموا بالدين أو لم يعلموا قاله في المدونة وقال أشهب وسحنون لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم بالخصص وإذا طرأ غريم آخر رجع على الغرماء ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارئ ولا كان موصوفاً بالدين ولو فضل بأيديهم شيء رجع عليهم به ويرجع بما بقى له على الغرماء. وإذا طرأ وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبهم فإن كان فيهم معسراً أخذ من الموسر منابه فقط قاله ابن القاسم وقيل بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معاً ولو ترك داراً فاقسماها ثم طرأ وارث خير في نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه كما لو اقتسما دارين إذ ليس له غير ذلك. وإذا طرأ موصى له بمعين يحمله الثلث أخذه عن صار إليه ويرجع الوارث على بقية الورثة وإن كانت بغير معين فقال ابن القاسم هو كوارث طرأ على الورثة.

كتاب الصلح

حقيقته، معلومة.

حكمه: الندب على الجملة، وقد يختلف بحسب عوارضه فيكون مكروهاً وممنوعاً ومختلفاً فيه.

فالممنوع: الصلح على الإقرار بما لا تصح المعاوضة به فإذا وقع الصلح بالحرام في حق أحد المتصلحين فسخ في قول جمهور العلماء وقال أصبغ يجوز في وجه الحكم ولا يحل أخذه فيما بينه وبين الله تعالى مثاله أن يدعى على رجل مالا فينكره فيصالحه منه على سكنى دار أو خدمة عبد أو من قمح على شعير مؤجل وقد قال مالك وابن الماجشون يفسخ ذلك ما لم يفت فإن فات وجبت فيه القيمة أو المثل في المثلى كالبيع ويرجعان إلى الخصومة وإن وقع بالحرام في حقهما معاً فسخ بلا خلاف مثاله أن يدعى عليه بعشرة دنانير فيقر بخمسة وينكر خمسة فيصالحه عن الجميع بدراهم إلى أجل.

والمكروه: ما يؤدي إلى أسلفنى وأسلفك مثاله أن يدعى كل واحد على صاحبه بدنانير فينكره فيصطلحان على أن يؤخر كل واحد على صاحبه إلى أجل وفي فسخه قولان لابن الماجشون ومطرف.

وأما المختلف فيه: فهو الصلح على الإنكار وهو جائز عندنا خلافاً للشافعي واختلف أيضاً في الصلح على القذف فمنعه في المدونة وأجازه سحنون وقال أشهب ما لا يجوز فيه العفو كالسرقة والزنا لا يجوز فيه الصلح وما جاز فيه العفو جاز فيه الصلح.

تنبيه: الصلح على الإقرار ببيع من البيوع وكذلك إن وقع على الإنكار عند مالك لاشرطه فيه ما يشترط في البيع وقد يكون الصلح إبداء وإسقاطا كمن له على رجل مائة فيصالحه على أخذ خمسين منها على أن يسقط عنه الخمسين الباقية.

حكمة مشروعيته: دفع التشاجر وإصلاح ذات البين.

أركانها، ثلاثة: المصالح ويتناول كل واحد من الخصمين، والمصالح به، والمصالح عنه.

الأول: المصالح: وهو من فيه أهلية المعاملة ويجوز للرجل أن يصالح عن غيره وإن لم يأذن له وذلك لازم للمصالح وصلح الأب والوصى جائز ولا يجوز أن يسقطا من حقه شيئاً على غير وجه النظر.

المصالح به: ما يصح أن يكون ثمنًا في البيع.
المصالح عنه: مال وعيب ودم.

الأول: المال: يعتبر فيه ما يحل ويحرم فلو كان له عليه طعام من سلم فصالحه على رأس ماله وفارقه قبل القبض لم يجوز ولو مات رجل عن دنانير ودراهم حاضرة وعروض حاضرة وغائبة وعقار فصالح الولد الزوجة على دراهم من التركة قدر ميراثها من الدراهم فأقل جاز وإن كانت أكثر لم يجوز قاله ابن القاسم ولو أعطاهم من غير التركة فمنع ابن القاسم مطلقاً وأجازه أشهب إذا أعطاهم قدر حصتها من دراهم التركة ومسائل هذا الباب وإن كثرت فالمعتبر ما يحل وما يحرم كما يعتبر في البياعات.

الثاني: العيب: وإذا باع عبداً بمائة ثم ادعى المبتاع أن به عيباً فإن كان العبد فائتاً وقد انتقد الثمن جاز للبائع أن يصالحه بدنانير أو دراهم أو عروض بعد معرفتهما بقيمة العيب ولا يجوز إلى أجل إلا أن يكون البيع بالذهب مثلاً بقيمة العيب ذهباً فيصالحه على مثل القيمة فأقل فيجوز وإن لم ينتقد جاز أن يصالحه بعين معين أو موصوف إلى أجل مثل آجال السلم ولا يجوز بدراهم إلا يداً بيد ولو كان الثمن مؤجلاً جاز أن يصالحه على عروض أو طعام نقداً ولا يجوز على عروض مؤجلة ولا على دراهم نقداً ولا إلى أجل وأما بالدنانير فقال في المدونة لا يجوز؛ يريد إذا كانت الدنانير أقل من قيمة العيب وإن كانت مثلها أو أكثر منها جاز قاله ابن أبي ريد إذ لا يتهم أن يعطى ذهباً فيأخذ مثلها أو أقل منها وإن كان قائماً وقد باعه بنقد وانتقد فيصالحه على شيء يزيد له على أن لا يرده عليه وكانت الزيادة دنانير نقداً وقد باع بدنانير جاز وكأنه استرجع ذلك من الثمن وإن كانت إلى أجل لم يجوز لأنه بيع وسلف ولو تأخرت الدنانير بغير شرط جاز ولو صالحه بدنانير إلى أجل

لم يجوز ولو كانت الزيادة عروضاً نقداً أقل من صرف دينار جاز على مذهب ابن القاسم ويجوز على مذهب أشهب وإن كانت أكثر من صرف دينار ولو كانت الزيادة عروضاً نقداً جاز ولو كانت إلى أجل فقولان لابن القاسم وإن لم ينتقد وزاده دنائير لم يجوز إلا أن تكون مقاصة وإن زاده دراهم لم يجوز إلا أن تكون نقداً أقل من صرف دينار على مذهب ابن القاسم وإن زاده عروضاً نقداً أو إلى أجل جاز.

تنبيه: إن زاده المتباع شيئاً على أن يرد إليه العبد فحكمه حكم الإقالة بالزيادة منه وأما زيادة البائع فأصل ابن القاسم في المدفوع الأخذ بالأحوط وصرف الصلح إلى أنه استثناف مبايعة بعد تقرير انفساخ البيعة الأولى فيعتبر ما يحل ويحرم في المعاوضة الثانية فيحترز من البيع والسلف ومن فسخ الدين في الدين ومن الصرف المستأخر وأصل أشهب أنها ليست بيعاً لا تحقيقاً ولا تقديراً وإنما هي معاوضة على ترك منازعة وإسقاط حق فيعتبر ما يجوز أخذه عوضاً عن الإسقاط.

الثالث: الدم: والصلح إما أن يقع على الجرح أو على النفس فإن وقع على الجرح بعد البرء جاز مطلقاً وإن وقع قبل البرء فما كان من الجراح التي فيها القود كان له عقل مسمى أو لم يكن فالصلح عنه جائز وعمما يؤدي إليه من نفس وغيرها وما لا قود فيه وفيه عقل مسمى فالصلح عنه جائز ولا يجوز عما يؤدي إليه سواء كان عمداً أو خطأ وكل جرح ليس له عقل مسمى خطأ كان أو عمداً مما لا قود فيه فلا يجوز فيه الصلح إلا بعد البرء وليس فيه بعد البرء إلا الاجتهاد على قدر الشين ولو برئ على غير شين لم يكن فيه شيء وقبل البرء لا يدرى أياً على غير شين أو عن شين، وأما الصلح عن النفس فإن كان بعد إسقاط القاتل جاز وسقط القود ويضرب مائة ويسجن عاماً ولو صالحه بعض من يستحق الدم وسقط القصاص ودخل معه سائر الأولياء في الصلح ولو وقع على أن يتقل عن بلد القاتل فقال ابن القاسم الصلح منتقض ولولى الدم أن يقوم بالقصاص وقال أصبغ يجوز ويحكم على القاتل أن لا يساكنه أبداً وهو المشهور والمعمول به وعلى قول أصبغ إن عاد وكان القتل قد ثبت فلهم القود أو الدية وإلا كانوا على حجبتهم وللورثة الصلح على مال يأخذونه قبل ثبوت الدم ولا لزوجة ولا للبنات اعتراض في ذلك

وكذلك الأخوات مع الإخوة فإن عفاوا عن الدية أو أقل أو أكثر فلسائر الورثة الدخول معهم على فرائض الله تعالى ويجوز الصلح عن دم عمد على الإنكار.

• اللواحق:

تنحصر في ثلاثة أشياء: وهي طرء ما ينقض الصلح وقيام من ينقضه ودخول الشريك على شريكه فيه.

أما الأول: فيظهر بمسألة العتبية قال ابن القاسم في رجل ثبت عليه قتل رجلين عمداً فصالح أولاد أحدهما بمال ثم اقتص منه أولاد الآخر أن الصلح منتقض ويرجع المال إلى ورثة المقتص منه.

وأما الثاني: فمثل أن يصالح قاتل الخطأ الأولياء على مال نجموه عليه فيدفع لهم نجماً ثم يقوم بنقض الصلح ويدعى أنه جهل أن الدية على العاقلة فقال مالك له ذلك قال ابن الماجشون ويرد عليه أولياء المقتول ما أخذوه منه إذا كان يجهل ذلك قال جماعة من أصحابنا ويحلف وإذا حلف وكان ما أخذوه منه قائماً أخذه وإن كان فاتتاً وكان الورثة هم الذين طلبوه في الصلح فكذلك وإن كان هو الطالب لم يرجع بشيء وإذا ادعى رجل على رجل شيئاً في ذمته أو في يديه فينكره فيصالحه على شيء ثم يقر له به فله القيام بلا خلاف وإذا صالحه على الإقرار ويذكر أن ذكر الحق المتضمن للشهادة عليه قد ضاع ثم وجده بعد الصلح فله القيام بلا خلاف أيضاً وإذا أنكره مصالحه ثم وجد البينة فإن كان غير عالم بها فله القيام بها قاله في المدونة وإذا كان عالماً بها وهي حاضرة وقدر على القيام بها وصرح بإسقاطها فلا قيام له بلا خلاف وإن لم يصرح بإسقاطها فكذلك وخرج لبعض المتأخرين فيها قولاً آخر من مسألة مستحلف خصمه مع علمه ببينة وإن كانت غائبة ولم يشهد أنه باق على حقه لم يكن له قيام وإن أشهد وأعلن بذلك فله القيام بلا خلاف وإن أشهد بذلك سراً فثلاثة قال سحنون إذا قال له أقرني وأقر لك فأشهد في السر أنه إنما يصالحه لإنكاره ومتى ما وجد بينة قام بها أن الصلح غير لازم له إذا ثبت إنكاره وثبت الحق وقال مطرف لا ينفع ما أشهد به في السر وقد أبطل مالك البينة إذا وجدها بعد الصلح قال إلا أن يقر بعد الإنكار فيؤخذ بباقي الحق وقال أصبغ لا ينتفع بذلك إلا مع من لا ينصف منه كالسلطان والرجل القاهر.

تنبيه: إذا تقيّد عليه في عقد الصلح أنه أسقط الاسترعاء سقط فلو قال في استرعائه متى أشهدت بأني أسقطت الاسترعاء والاسترعاء في الاسترعاء إلى أقصى تناهيه فإنما أفعله للضرورة إلى ذلك وإني غير قاطع بشيء منه وأرتجع في حقي فللضرر ينفعه ذلك ولا يضره ما أشهد به على نفسه منه.

وأما دخول الشريك على شريكه: فمثل أن يكون لرجلين على رجل مال بكتاب واحد فيقتضى منه أحدهما منابه أو بعضه أو يصلحه عنه فإن فعل ذلك بإذن شريكه لم يكن له مقال ولو فعله بغير إذنه ولم يعذر إليه ولا فعله بإذن سلطان فلشريكه أن يدخل معه وكذلك الوارثان يصلح أحدهما من حقه رجلا عليه حق لمورثهما ثم يكون ما بقى بينهما وإن أعذر إليه أو قبض منابه بإذن السلطان لم يكن له دخول وإذا كان الحق في كتاب واحد لرجلين ولا شركة بينهما في أصل الحق مثل أن يبيعا سلعتهما ويكتبان الثمن في عقد واحد فقال ابن أبي زيد لا يدخل أحدهما على الآخر بحال قال وفيه نظر لأن الكتب يفرق ما أصله مجتمع يريد لو كان الحق بينهما فكتباه في عقدين فلا يدخل أحدهما على الآخر بلا خلاف فإذا فرق ما أصله مجتمع وجب أن يجمع ما أصله مفترق وعليه يدل ظاهر المدونة يريد أن من أجاز لهما جمع سلعتيهما رأهما كالشريكين.

كتاب الشركة

حقيقتها، معلومة .

حكمها: الجواز .

حكمة مشروعيته: التنبيه على التعاون والتواصل .

أقسامها: أربعة: مضاربة ومفاوضة وعنان ووجوه .

المضاربة: هي القراض سميت بذلك من الضرب في الأرض .

والمفاوضة: إطلاق كل واحد من الشريكين لصاحبه التصرف غاب أو حضر في كل ما يرجع إلى التجارة ولا يتبرع إلا باليسير مما يقصد به الاستلاف للتجارة وسميت مفاوضة لاستوائهما في الربح والضمان وشروعهما في الأخذ والعطاء من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث إذا شرعا فيه .

وشركة عنان: وهي الشركة في شيء حاضر لأنه عنَّ لهما أمر أي عرض فاشتركا فيه قاله ابن أبي زيد وهذه الشركة جائزة بإجماع أهل العلم وقيل هي الشركة من غير استبداد وقيل هي الشركة في كل شيء إلا في شيء بعينه .

وشركة الوجوه: أن يبيع الوجيه ما للخامل بزيادة ربح ليكون له بعضه وقاله القاضي أبو محمد هي الشركة على الذم بغير مال ولا صنعة وإذا اشترى كان في ذمتها فإذا باعاه اقتسما ثمنه والشركة على المتعسرين باطلة .

أركانها: ثلاثة: الصيغة والعقاد والمشارك فيه .

الأول: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على إذن كل واحد في التصرف ويكفي قولهما اشتركتنا إذا فهم المقصود عرفا وهي عقد غير لازم إذ لكل واحد منهما الانفصال متى شاء ولذلك لم تكن إلا على التكافى والاعتدال لأن أحدهما إذا فضل صاحبه بشيء فإنما يفعله رجاء أن يبقى معه شريكا وذلك لا يلزمه فيكون غررا فإن كانت الشركة في الزراعة ففي المذهب ثلاثة اللزوم وعدمه واللزوم بعد الشروع في العمل قال ابن رشد وبه جرت الفتيا عندنا قال وإنما وقع الخلاف في المزارعة لأنها شركة

وأجازة فمن غلب الشركة لم يرها لازمة بالعقد ولم يجزها إلا على التكايف وأجاز أن يتطول أحدهما على الآخر بما قدر بكرائه ومن غلب الإجازة رآها لازمة وأجاز فيها التفاضل .

الثاني، العاقد:

ويتناول كل واحد من الشريكين ويشترط فيه أهلية التصرف قال مالك ولا ينبغي للمحافظ لدينه أن يشارك إلا أهل الدين والأمانة والتوقى للربا والخيانة .

الركن الثالث، المشترك فيه:

وهو أربعة أنواع: مال وأبدان ومزارعة ومغارة .

النوع الأول: المال: وهو ثلاثة أصناف عين وطعام وعروض .

الصنف الأول: العين: وقد انعقد الإجماع على جواز الشركة بالدنانير من كلا الجانبين أو الدراهم وهو إجماع على غير قياس فإذا اتفق المالان كان في النوع والصرف وكانا حاضرين وخلطاهما وكان الربح والخسارة والعمل على قدر الأموال جازت الشركة اتفاقاً ومتى انخرم قيد من هذه القيود فتارة تمنع وتارة يختلف فيها بناء على الخلاف في القياس على محل الإجماع الثابت على غير قياس فإذا أخرج هذا دنانير وأخرج الآخر دراهم فمنعه في المدونة ورآه صرفاً وشركة وأجازه سحنون قال وإنما يمنع الصرف والشركة إذا كان الصرف خارجاً عنها ولو أخرج أحدهما مائة مسكوكة والآخر مائة تبراً واستويا في الجودة وكان فضل السكة كثيراً لم يجز وإن كان يسيراً وألغيا ذلك الفضل جازت الشركة على قول ابن القاسم ولم تجز على القيمة وإذا اشتركا بمالين حاضر وغائب جار عند مالك وابن القاسم ومنعه سحنون وإنما يجوز ذلك عند ابن القاسم إذا لم يتجرا حتى يحضر الغائب وإذا لم يخلط المالين ففي الصحة قولان وإن تفاضلا في الربح أو العمل أو تفاضلا في المال واستويا في الربح أو في العمل أو فيهما أو على أن العمل على أحدهما فسدت وكان الربح والخسارة على قدر المال ويرجع من له فضل عمل بفضله عمله ولو طاع صاحب القليل بزيادة عمل بعد عقدهما على الصحة جار .

الصنف الثاني: الطعام: منع مالك الشركة بالطعام مطلقاً وأجازه ابن القاسم إذا اتفقا في النوع والصفة والجودة والكيل ورآه بمنزلة الشركة بالدنانير ومنع إذا كان

أحدهما مخالفاً كالسمرء والمحمولة والقمح والشعير كالذنانير والدرهم.
الثالث: العروض: والشركة بها جائزة مطلقا والريح والعمل على قدر قيمة كل واحد منهما.

النوع الثاني: شركة الأبدان: جائز بين الصناع وغيرهم بشرط اتحاد العمل والمكان وقيل لا يشترط اتحاد المكان فإن اختلفا في الصناعة كخياط وصباغ لم يجز إذ حاصل أمرهما أن أحدهما باع نصف كسبه بنصف كسب صاحبه وذلك غير جائز وإذا اتحدت الصناعة وكان أحدهما أسرع بالأمر البين جازت على قدر الأعمال لا على المساواة وأطلق القول في المدونة بجواز التفاضل في العمل وقال هذا مما لا بد منه قال سحنون ما لم يتفاحش وإذا كانت الصناعة واحدة وكانا يعملان في حانوتين فمنعه في المدونة وأجازه في العتبية وحمل ذلك ابن يونس على أن الحانوتين في موضع واحد أو في موضعين ونفاقهما واحد وإذا احتاجا إلى آلة فقيل لا تجوز الشركة حتى يشتركا فيها ليضمها أو يكرى بعضها من بعض وقيل يجوز إذا كرى أحدهما كراء ما يخرج الآخر وإذا اشترك حائكان بأموالهما وكان أحدهما يتولى العمل والآخر الخدمة والشراء والبيع ولا يحسن النسيج وقيمة العمل والخدمة سواء جازت الشركة قال اللخمي وكذلك إذا لم يكن لهما رأس مال وكانا يتقبلان العمل فيعمل أحدهما ما سوى النسيج وينسج الآخر وتساوت القيم.

النوع الثالث: المزارعة: وإذا أسلم المزارعان في قول مالك من أن تكون الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر وأن لا يفضل أحدهما الآخر بشرط في عمل أو نفقة أو منفعة جازت ولا اعتبار بالتفاوت اليسير ولا بما تطول به أحدهما بعد العقد وإن كثر ولا يشترط أن يشتركا في الآلة والدواب على الرواية المشهورة وإذا أخرج أحدهما الأرض واشترى من الآخر نصف البذر لم يجز إذا فهم أن يتجاوز عنه في ثمنه فيدخله كراء الأرض ببعض الطعام قاله سحنون ولو أخرج الأرض وأخرج الآخر العمل والبذر نصفه عنه ونصفه سلف عن صاحبه لم يجز فإن نزل فالزرع بينهما لأن الزراعة بينهما والعمل في مقابلة الأرض فقد تكافأ وقال سحنون الزرع للمسلف وعليه كراء الأرض إلا أن يتسلف بعد عقد الشركة على

غير شرط وإذا وقعت المزارعة فاسدة وعثر عليها قبل الفوات فسخت وإن فاتت اختلف الحكم باختلاف صورها فإن دفع أرضه على أن يزرعها ببذره وعمله على أن لصاحب الأرض حصة من الزرع فإن الزرع كله للمزارع ببذره وعليه كراء الأرض وإن دفع له الأرض والعمل على الآخر وقال له أخرج جميع البذر على أن على نصفه فالزرع بينهما كما تقدم خلافاً لسحنون فإن قال خذ بذري فازرعه في أرضك على النصف فعلى قول ابن القاسم يكون الزرع للعامل وعليه مكيلة البذر وعلى قول سحنون يكون لرب البذر وعليه كراء الأرض وإن أخرج هذا البذر والآخر الأرض وتكافأ في غير ذلك على أن الزرع بينهما نصفان كان بينهما وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض وعلى صاحب الأرض نصف مكيلة البذر.

النوع الرابع: المغارسة: وهي أن يدفع الرجل أرضه لمن يفرسها نخلا أو شجراً على أنه إذا بلغت حداً يتفقان عليه كانت الأرض بما فيها من ذلك بينهما على ما يتفقان عليه من الإجزاء ولو جعل ذلك إلى الإثمار كان حسناً لأنه معروف ولو سمياً قدرماً يثمر الشجر قبله لم يجز ولا يضره ترك تسمية العدد لأنه معروف وفي فسادها بعدم تعيين المدة قولان قال ابن حبيب وذلك جائز ولا يكون إلى الإثمار والنبات التام وروى حسين بن عاصم عن ابن القاسم أن ذلك فاسد وإذا كانت الأرض كلها شعراً لم تجز المغارسة وكذلك إن اشترط أن يعمل جدران حول الأرض لأن النفقة تكثر في ذلك فهو زيادة في ذلك ويجوز ما خف من ذلك.

اللواحق

تنحصر في ثلاثة فصول:

الأول: في حكم النفقة والتصرف والإقرار

ونفقة الشريكين وكسوتهما عليهما بالمعروف وعلى عيالهما ملغاة في بلد كانا أو في بلدين والسعر واحد أو مختلف وقيل إنما يلغى في غير الوطن وإذا كان لأحدهما عيال دون الآخر حسب كل واحد نفقته فإن كان لأحدهما ثلث المال وللآخر الثلثان وتساويا في العيال أنفق كل واحد بقدر ربحه لا بقدر عياله ويد كل

واحد منهما في أمانة فيكون القول قوله فيما يدعيه من تلف أو خسارة ما لم يظهر كذبه ويحلف إن اتهم ولو قال ابتعت سلعة فهلكت صدق والقول قوله إن قال هذا اشتريته لنفسى وكل ما فعله مما هو نظر للتجارة ماض فلو آخر غريماً بدين أو وضع عنه شيئاً استتلاًفاً للتجارة جاز ولا يضمن إن أعسر الغريم ويجوز لأحد المتفاوضين أن يبيع بغير مطالعة الآخر إذا كان المال واسعاً يحتاج فيه إلى مثل ذلك وإلا فلا إلا في مثل سلع بارت وبلغه نفاقها في بلد آخر أو يبلغه عن بلدان فيها سلع رخيصة فيبعث ما يشبه وإذا أقر أحدهما بشيء فأقراره نافذ لمن لا يتهم عليه وإذا أقر به من بعد الافتراق والطول لم يقبل وإن أقر بالقرب وادعى النسيان فيختلف فيه كما اختلف في العامل في القراض يدعى بعد المقاسمة أنه أنفق من مال القراض ونسى وقد قال في المدونة لا يقبل قوله وقال في الموازية يقبل بعد أن يحلف ولو أقر بعد موت صاحبه فجعله في المدونة شاهداً وقال سحنون يلزم الورثة ما أقر به .

الفصل الثاني، في الغلط والاختلاط في الزرع،

قال أصبغ فيمن زرع أرضاً وقال غلظت بها وكان مكترياً أو بنى في أرض جاره وادعى الغلط فأما البناء فلا يعذر فيه ولرب الأرض أن يعطيه قيمة بنائه منقوضاً أو يأمره بقلعه وأما الحارث فيشبه أن يكون غلط وأرى أن يحلف ويغرم كراء المثل كان في إبان الزراعة أو لم يكن وهو على الخطأ حتى يثبت أنه تعمد وقال سحنون لا شيء له في الزرع وغلظه على نفسه وهي مصيبة نزلت به إلا أن يكونا لم يتحاكما أو لم يعلم حتى نبت الزرع وفات إبان الزراعة فالزرع لزارعه وعليه كراء المثل وإذا زرع الرجلان فدانين متجاورين فاختلفا عند الحصاد قال ابن حبيب يحلف كل واحد منهما على قدر ما حرث ويقتسمان الطعام على مثل ذلك قال سحنون وإذا زرع هذا قمحاً وهذا شعيراً فطار من بذر كل واحد منهما في أرض جاره فنبت فهو لمن ينبت في أرضه ولا شيء فيه لربه ولو كان بين الأرضين جسر فنبت فيه ذلك المتطائر فهو بينهما اتفقت ربيعتهما أو اختلفت لأن ذلك الموضع من أرضهما .

الفصل الثالث، في التنازع،

والأصل في المتفاوضين أن ما بأيديهما على ما تشهد به البينة من الأجزاء فإن

لم يتعين جزء حمل على التساوى حتى يثبت خلافه فإن قال أحدهما هو بيننا نصفين وقال الآخر لى الثلثان ولك الثلث فقال ابن القاسم لمدعى الثلثين النصف ومدعى النصف الثلث ويقسم السدس بينهما وقال أشهب يحلفان ويكون بينهما على السواء ولو أنكر أحدهما الشركة فأقام الآخر البينة بالمفاوضة فقال مالك جميع ما بيد المنكر بينهما إلا ما أقام البينة عليه أنه ورثه أو كان بيده قبل المفاوضة ولم يفاض عليه ولو قال هذا المال الذى بيدى ليس من الشركة وإنما أصبته من ميراث أو إجارة أو مال هو وديعة أو بضاعة لفلان صدق مع يمينه إلا أن يقيم الآخر بينة أنه من الشركة وإذا كان عبد بين رجلين فأراد أحدهما السفر به وأبى الآخر لم يكن له ذلك واختلف فيمن مالك نصف عبد فأراد السفر به وأبى العبد فقال مالك فى رواية أشهب له أن يسافر به إن كان مأموناً وإلا فلا وما هو بالبين وقال أشهب الذى أخذ به أنه ليس له أن يسافر به وإن كان مأموناً وإذا قلنا عليه الخروج فعلى السيد نفقته وكراؤه حتى يقر قراره وإذا أراد أحد الشريكين فى السفينة أن يحمل فيها متاعه ولم يكن لآخر ما يحمل فطلب منه كراء حظه فقال سحنون له أن يحمل ولا يقضى عليه بكراء فإما أن يحمل مثل ما حمل شريكه وإلا يبيع المركب عليهما.

كتاب الوكالة

حقيقتها لغة: الحفظ والرعاية. وشرعاً: النيابة فيما لا يتعين فيه المباشرة.
حكمها، الجواز.

حكمة مشروعيتها: التنبه على التعاون والتعاقد ولا خفاء فيما فى ذلك من المصالح العامة.

أركانها: ثلاثة: الصيغة والعاقد والمعقود عليه.

الأول: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على معنى التوكيل ولا بد من قبول الوكيل فإن تراخى قبوله بالزمن الطويل فيتخرج فيه قولان من الروايتين فى قيام المملكة أو المخيرة فى المجلس قبل الاختيار ثم إن وقعت بأجر لزم ولا بد حينئذ من أن يكون الأجر معلوماً والعمل معروفاً واختلف إذا كان على سبيل الجعالة على أنه إن أفلح فله كذا وكذا والا فلا شيء له على قولين بالجواز والمنع.

الثانى: العاقد:

ويتناول الموكل والوكيل وكل من جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن يوكل فيما تصح النيابة فيه فيصح من الرشيد فى جميع تصرفاته ومن المحجور على الخصومة. وللوصى أن يوكل فى حق محجوره من يطلب حقوقه ولا يجعل له الإقرار ولا يشترط فى الوكيل أن يكون رشيداً ولا يوكل عدو على عدو ولا ذمى على مسلم.

الثالث: الموكل عليه:

وهو ما تصح النيابة فيه فلا يجوز أن يوكله على العبادات البدنية المحضة كالصلوات وتصح فى العبادات المالية كالزكاة، وفى المركب منها كالحج خلاف تقدم ويشترط أن يعلم الوكيل ما وكل عليه نصاً أو عرفاً أو لقرينة حالية أو داخلاً تحت عموم، قال ابن شاس: إن قال وكلتك فيما إلى من قليل الأشياء وكثيرها استرسل به التوكيل على جميع الأشياء مضى فعله فيها إذا كان نظراً وحكى غيره

عن النوادر أنه استثنى من ذلك أربعة أشياء طلاق الزوجة وبيع دار السكنى وعتق العبيد وزواج البكر قال والعرف قاض بأنه لا يفعل ذلك إلا بالنص عليه .

اللواحق

تشتمل على ثلاثة فصول:

الأول: فيما يلزم الموكل من أفعال وكياله،

والقاعدة أن كل تصرف وافق مقتضى اللفظ لغة أو عرفاً أو فهم لقرينة حالية فهو ماض وما خالفه مما يعود بنقص فغير لازم فإن عاد بزيادة فقولان فإذا قال له بع فباع بعرض ما يشبه أن يباع بالعين فهو متعد ويضمن إلا أن يجيز الأمر فعله وإذا باع أو اشترى بما لا يتغابن بمثله لم يلزمه وإن باع بما يشبه لزم ولو قال بع بعشرة نقدا فباع بخمسة فقال ابن القاسم عليه تمام العشرة لإتمام القيمة ولو قال اشتر بمائة فله الشراء بما دونها وبأكثر منها كالدينارين والثلاثة في المائة ويقبل قول الوكيل في ذلك بقرب تسليم السلعة ولا يصدق بعد الطول ولو قال بع بمائة نسيئة فباع بهذا نقداً أو قال اشتر بمائة نقداً فاشترى بها نسيئة ففي الصحة قولان لابن أبي زيد وأبي بكر بن عبد الرحمن .

الفصل الثاني: في التنازع،

وإذا باع السلعة فقال ربهما إنما أمرتك برهنها فالقول قول ربهما فاتت أو لم تفت وإذا اشترى جارية بعشرين وقال الأمر ما أمرتك إلا بعشرة حلف وغرم المأمور عشرين وإذا أمره ببيع سلعة أو اشترائها وادعى أنه دفع ذلك إلى الأمر ففي المدونة الوكيل مصدق ويبرأ البائع وحكى في الطرر في الوكيل يدعى أنه دفع لموكله ما قبضه له من غرمائه أربعة: القول قوله مطلقاً وهو الذي وقع لابن القاسم في الوكالات من المدونة والقول قول الموكل إن كان بالقرب بالأيام اليسيرة فإن تباعد كالشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه فإن طال فلا يمين عليه ورواه مطرف والقول قول الوكيل مع يمينه بقرب الأيام اليسيرة فإن طال جدا صدق فلا يمين قاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم والرابع التفرقة فإن كان وكيلاً على شيء بعينه

غرم وإن طال الأمر وإن كان مفوضاً صدق ويحلف بالقرب دون البعد قاله أصبغ، ابن المواز وإذا أرسل من يأتيه ببضاعته فقال الرسول جثتك بها حلف وبرئ ثم المرسل إليه إن دفعها له بيينة برئ وإلا حلف الأمر ما دفع له رسوله شيئاً من قبله ولا علم أنه قبضها وغرم المرسل إليه ثم لا رجوع له على الرسول بشيء وإذا وكلت المرأة زوجها أو وكل رجل رجلاً على قبض فمات الزوج أو الوكيل بحدثان القبض فذلك في أموالهما وإذا لم يكن بحدثان ذلك فلا شيء في أموالهما قاله مطرف وابن حبيب ولو قال وكيل الشراء دفعت الثمن من عندي لا رجوع به فخمسة: القول قول الوكيل مطلقاً رواه عيسى عن ابن القاسم والقول قول الموكل حكاه ابن المواز والتفرقة فإن دفع المأمور الثمن للبائع فالقول قول الموكل مع يمينه وإلا حلف المأمور ما قبضت وأخذه من الموكل رواه ابن القاسم والتفرقة فإن أشهد حين الدفع أن ذلك من ماله لم يقبل قول الموكل وإلا قبل قاله عيسى وسحنون والتفرقة أيضاً فإن قبض الموكل السلعة فالقول قوله وإلا فالقول قول المأمور قاله أشهب وإذا دفع نفقة لرجل ليوصلها إلى زوجته فقال دفعتها لها وأكذبتة ففي كون القول قولها أو قوله قولان لابن القاسم وأشهب وإذا أمر رجلاً يشتري له سلعة ويدفع ثمنها من عنده فهل له حبسها بالثمن أو لا قولان لأشهب وابن القاسم فإن ادعى ضياعها فعلى قول أشهب يضمنها لأنها عنده كالرهن وعلى قول ابن القاسم لا يضمن لأنها عنده كالوديعة قال ابن القاسم عن مالك فيمن أمر رجلاً يشتري له لؤلؤاً وينقد ثمنه من عنده عنه فزعم أنه فعل وادعى ضياعه أنه يحلف لقد ابتاع مما أمره به وينقد ثمنه عنه ويرجع بالثمن على الأمر لأنه أمينه قال ابن القاسم ولو كان عنده كالرهن لضمنه بالثمن.

الفصل الثالث، في العزل والانعزال:

وإذا وكل وكيلاً بإجارة فليس له عزله إلا أن يتبين له منه تفريط أو يقوم دليل تهمة بينه وبين من وكله عليه فله عزله وإن وكله على وجه الجعالة فقد تقدم الخلاف في لزومها وإذا فرعنا على القول باللزوم فهي كالإجارة وإن فرعنا على القول الآخر فله عزله في حضوره وغيبته وللوكيل أيضاً عزل نفسه بخلاف الإجارة فإن شرع في العمل سقط خيار الجاعل وبقي الخيار للوكيل ولو كانت بغير عوض

فإن تعلق بها حق لأحد فليس له عزله مثل أن يوكله على قضاء دين أو على الخصومة ويقاعد الخصم المرتين والثلاثة فليس له عزله إلا أن يتبين ما يوجب عزله فله ذلك كما تقدم وإن لم يتعلق بها حق لأحد فله عزله وإذا قاعد الرجل خصمه ثلاث مرات لم يكن له أن يوكل إلا أن يمرض أو يريد سفرًا قال ابن العطار ويحلف ما إن شاء السفر ليوكل فإن نكل لم يكن له أن يوكل وقال ابن الفخار لا يمين عليه وله أن يوكل إذا أخرج خصمه أو شاتمه فحلف أن لا يخاصمه بنفسه وإذا مات الموكل انعزل الوكيل على المشهور وقال مطرف وابن الماجشون هو باق على وكالته حتى يعزله الوارث حكاه عنهما ابن رشد وإذا صرح الموكل بعزل الوكيل حيث يكون له عزله انعزل ثم هل يكون منعزلاً بنفس العزل والموت أو بالبلاغ روايتان وقال ابن القاسم في كتاب الشركة في الذي يحجر على وكيله فيقبض الغريم من الغرماء بعد عزله وهم لا يعلمون ذلك أنهم لا يبرءون بالدفع إليه وإن لم يعلم هو بعزله وهذا يقتضى أن الوكالة تنسخ بمجرد العزل في حقه وحق من عامله لأن الغرماء إذا لم يبدءوا بالدفع إليه فكذلك لا يبدأ هو أيضاً ويكون لهم أن يرجعوا عليه إن تلف المال بيده وكذلك في الموت قاله التونسي وغيره من الأشياخ.

كتاب الإقرار

حقيقته: إخبار الرجل عن نفسه بأمر يوجب عليه حكماً.

حكمه: اللزوم.

حكمة مشروعيته: صيانة الحقوق.

أركانه: أربعة: الصيغة والمقر والمقر له والمقر به.

الأول: الصيغة:

ولا خفاء بصرائح الفاظه ويقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة والسكوت والإشارة من الأبكم والمريض فلو قيل لمريض لفلان عندك كذا فأشار برأسه أن نعم فهو إقرار إذا فهم عنه مراده والكتابة مثل أن يكتب بيده بمحضر بينة ويقول اشهدوا على بما فيه وإن لم يشهدهم وقام من أقر له بذلك وشهد أنه خطه لزمه إن كتبه في صحيفة أو لوح أو خرقة ولو كتب ذلك في الأرض لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا بذلك على والسكوت مثل أن يكون له حق على رجل فيموت وتباع تركته وهو ساكت فلا قيام له ما لم يكن له عذر.

الثاني: المقر:

وكل من أقر على نفسه بمال أو بما يوجب القصاص حكم عليه بما أقر به ما لم يكن مكرهاً ولا ينفعه رجوعه ولو أقر بما يوجب الحد كالزنا والسرقة فله الرجوع لكن يلزمه الصداق والصغير لا يلزمه إلا أن يدعى أنه احتلم في وقت إمكانه لأن ذلك لا يعرف إلا من قوله والمجنون مثله وإقرار العبد بموجب العقوبة نافذ وإقرار المريض للأجنبي نافذ ولصديق ملاطف كذلك بشرط أن لا يكون عليه دين للأجنبي ولا يكون ورثته عصبية.

الثالث: المقر له:

شرطه أن يكون أهلاً للاستحقاق فلو قال لحمل فلانة على كذا لزمه إن وضعت لسته أشهر فأقل من يوم الاستحقاق وإن وضعته لأكثر وزوجها مرسل عليها لم يلزم فإن كان منعزلاً عنها فقيل يلزم إن وضعته لأربعة أعوام فأقل فلو قيل له من

أى وجه فقال من قرض أقرضنيه فذلك ندم فيلزم فلو قال لفلان على ألف درهم أو لفلان فهو للأول ويحلف الأول. الثانى ما نعلم له فيه حقًا ويحلف له المقر أيضًا ما له على شىء فإن نكل غرم له ألفا قاله أشهب وسحنون.

الركن الرابع: المقربة:

وهو نوعان: نسب ومال:

النوع الأول: النسب: وهو الصبى بالاستلحاق قال ابن القاسم ومن استلحق مجهول النسب لحق به وقال سحنون لا يلحق به إذ لم يتقدم له نكاح ولا ملك يمين يجوز أن يلد منه ولو قال لعبد هذا ابنى لحق به ما لم يكذبه الحس مثل أن يكون أكبر سنا منه أو الشرع بأن يكون معلوم النسب أو العرف بأن يستيقن الناس بأنه ليس يولد له مثل أن يكون الغلام سنديًا والرجل فارسياً قاله ملك قال سحنون ولا يكون حراً ثم حيث قلنا يلحق فلا ينظر إلى إنكار الولد وإن كان كبيراً ولو قال فى أولاد أمته وهم ثلاثة أحدهم ولدى ولم تعرف عينه فالصغير حر وحده. وقال المغيرة وثلاثا الأوسط وثلاث الأكبر وقال ابن عبد الحكم يعتقد الجميع ولو ولدت زوجته غلاماً وابنته غلاماً وماتتا فقال أحدهم ولدى ولا أعرفه دعى له القافة فمن ألحقاه به لحق وألحق الآخر بالآخر. ولو نزل ضيف عند رجل ومعه أم ولد حامل فولدت وولدت امرأة الرجل أيضاً فلم تعرف واحدة ولدها أو تداعيا أحدهما دعيت لهما القافة وقال سحنون فيمن ولدت امرأته جارية وأمه جارية وأشكل عليه ولد الحرة ومات ولم يترك عصبه تستدل بهم القافة ليس فى مثل هذا قافة ولا تكون المواريث بالشك.

النوع الثانى: المال: وإذا أقر بمال فإن كان نصا فى شىء حمل عليه وإلا قيل له فسره ويقبل تفسيره بأقل ما يتمول فإن أبى من التفسير جبر عليه ويحلف عليه فلو قال له على شىء قبل تفسيره فلو قال مائة وشىء اقتصر على المائة ولو قال له فى هذه الدار حق وهى بيده جبر على تفسيره ويحلف عليه إن ادعى الطالب أكثر فلو فسره بجذع أو باب مركب فقال سحنون يصدق ثم رجع فقال لا يصدق ولو قال هو هذا البناء لبناء فى الدار ففى تصديقه قولان ولو قال هو هذا الثوب فرجع سحنون إلى أنه لا يصدق ولو قال له على حق من هذه الدار أو من هذا الثوب لم

يقبل تفسيره إلا بشيء من رقبته ولو قال في مرضه لفلان على جل المائة أو فوق المائة أو أكثر المائة أو نحو المائة أو مائة إلا قليلاً أو إلا شيئاً فقال سحنون الذي عليه أصحابنا أن يعطى من ثلثي المائة إلى أكثر بقدر ما يراه الحاكم وقيل يلزمه النصف وشيء وذلك أحد وخمسون ولو قال له عندي عشرة دراهم ونيف فالقول قوله في النيف وإن قل وقيل النيف الثلث المقر به ولو قال بضع وخمسون فأقل البضع ثلاثة دراهم. وفي المدونة إذا أقر له ببضعة عشر درهما فالبضع ما بين الثلاث إلى التسع فإن اختلفا لم يعط غير ثلاثة دراهم إذا زعم ذلك المقر ولو قال غصبت فلان ثوباً في منديل أخذ بالثوب وبالمنديل وصدق في صفتها قاله سحنون. وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه المنديل وكذلك اختلفا إذا قال مائة رطل زيتاً في زق ووافق ابن عبد الحكم أنه إذا قال عسلاً في زق أن الزق يلزمه مع العسل ولو قال له على ما بين مائتي درهم إلى درهم لزمه مائة وتسعة وتسعون ولو قال ما بين درهم إلى عشرة فقال سحنون يلزمه تسعة وقيل أيضاً يلزمه عشرة ولو قال على مائة إلا شيئاً لزمه أحد وتسعون ولو قال عشرة آلاف إلا شيئاً لزمته تسعة آلاف ومائة.

كتاب الوديعة

حقيقتها: قال بعض المتأخرين هي استتابة في حفظ المال . وهي عقد أمانة .
حكمها: الجواز من الجانبين . وقال ابن شعبان ولا يلزم أحد أخذ الوديعة وإن لم يوجد غيره وقال ابن رشد القياس اللزوم إن لم يوجد غيره قياساً على الشهادة وإنما تجب إذا لم يوجد بالبلد غيره .

حكمة مشروعيتها: الحض على الحفظ وعلى قضاء الحوائج .

أركانها: ثلاثة: الصيغة والمودع والمودع .

أما الصيغة: فهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على الاستعانة في حفظ المال .

وأما المودع والمودع: فقال ابن شاس يشترط فيهما ما يشترط في الوكيل والموكل وعلى هذا فلا يجوز للسفيه أن يودع إذ لا يجوز له التوكيل في التصرف وفيه بعد وأما الإيداع عند السفيه والصغير والمعتوه والعبد فينبغي أن لا يجوز لما يتوقع من الإتلاف فإن فعل فأتلفه الصبي أو ضيعه لم يضمن سواء أودعه عنده بإذن أهله أو بغير إذنه وكذلك السفيه وأما العبد فلا يتعلق الضمان برقبته لكن بذمته إلا أن يسقطه سيده عنه وهو غير مأذون وقبل أن يستهلكها فهي جناية في رقبته وقال أشهب في غير المأذون إن كان مثله يستودع فهي في ذمته رق أو عتق قال اللخمي ولو أتلف الصبي أو السفيه ذلك بإنفاق فيما لا غنى لهما عنه ولهما مال تبعاً فيه فلو ذهب وأفاد غيره لم يتبعاً .

اللواحق

فيها فصلان:

الأول: في الضمان:

ويد المودع يد أمانة فلا ضمان عليه إذا تلف إلا أن يقصر في الحفظ أو يتسبب في ذلك أو يباشر .

والأسباب المتضمنة لذلك عشرة:

الأول: أن يودعها عند من لم تجر عاداته بحفظ ماله من غير عذر فله أن يودعها عند عياله الذين يأمنهم على حفظ ماله وليس عليه أن يشهد عليهم لجريان العرف بعدم الإشهاد عليهم وله أن يودع لعذر عند العجز عن الرد كخوف عورة منزل أو لسفر إذا أودع في الحضر إذ لو سافر بها مع القدرة على إيداعها عند أمين ضمن ولو سافر بها عند العجز عن ذلك كما لو كان في قرية مثلاً لم يضمن وكذلك لو دفنها أو كان ذلك جهده لم يضمن ولو أودع في السفر لم يجز له أن يودعها قال ابن القاسم إلا أن تضطره لصوص فيدفعها لمن يزجو نجاته بها لم يضمن ولو طرحها عندما فجأته اللصوص لم يضمن ابن القاسم ويصدق في أنه أودعها زوجها وإن لم تقم له بيينة بذلك ولا يصدق في أنه خاف عورة موضعه أو أراد سفرًا فأودعها لذلك.

الثاني: نقل الوديعة من بلد إلى بلد قال مالك في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها إلى ورثتها ببلد آخر فلم يأتهم أحد فخرج بتركها إليهم فهلكت في الطريق هو ضامن.

الثالث: خلطها بما لا تتميز عنه مما هو غير مماثل لها كالقمح مع الشعير وكذلك لو خلط أحدهما بما هو أدنى منه ولو خلط مع مثله فلم يره في المدونة متعدياً وقال عبد الملك هو ضامن.

الرابع: الانتفاع مثل أن يلبس الثوب ويركب الدابة فيهلك في لبسه أو ركوبه فلو ادعى أن الهلاك إنما وقع بعد ذلك لم يصدق حكاة ابن سحنون في كتابه وقال محمد إن شهدت البينة بلبسه أو بركوبه لم يصدق وإن لم يعرف إلا من قوله صدق.

الخامس: المخالفة في كيفية الحفظ شرعاً أو عرفاً إلا أن يخالف إلى ما هو أحوط مما ليس فيه شهرة فإن كان فيه شهرة ضمن فلو أودعه صندوقاً وقال لا تقفل عليه فقفل ضمن للشهرة وقال ابن عبد الحكم إذا قال اجعلها في تابوتك ولا تقفل عليها فقفل ضمن وإذا قال اقل عليها قفلاً فقفل عليها قفلين لم يضمن وقيل يضمن ولو قال اجعلها في قلة فخار فجعلها في قلة نحاس ضمن ولو عكس لم

يضمن ولو سلم إليه دراهم وقال اجعلها في وسطك فجعلها في كفه أو جيبه ضمن ولو قال اجعلها في كحك فجعلها في وسطه أو عمامته لم يضمن ولو دفعها إليه في المسجد فجعلها على نعله لم يضمن قاله ابن وهب قال ولو أخذ نعليه فنشرهما ناسياً ضمن ولو قام ونسيها فقال ابن حبيب يضمن وخرج نفى الضمان من أحد القولين فيمن أودع مائة وادعاها رجلان ونسى أيهما أودعه.

السادس: التسبب مثل أن يدل عليها سارقاً أو يسعى بها إلى ظالم أو يلقيها بمضيعة ولو أودع بقرآ فأنزى عليها فماتت من الولادة أو زوج الأمة فماتت من الولادة وكذلك لو عطبت تحت الفحل وقال أشهب لا يضمن لأنه فعل صلاحاً ولو استهلك الوديعة ولده الصغير فهي في ماله فإن لم يكن له مال فهي في ذمته ولو استهلكها عبده فهي في رقبته ولو أنفق الوديعة على أهل المودع وولده ضمن إلا أن يقيم بينة على ذلك ويكون ما أنفق ينفق نفقتهم ولم يكن المودع يبعث إليهم فيراً.

السابع: الجحود وإذا طلبه بالرد فجدد الإيداع فقامت عليه البينة بذلك فادعى الضياع ضمن فإن قامت له بينة ففي قبول ذلك قولان المشهور عدم القبول ولو قال لا يلزمني تسليم شيء إليك قبل قوله في الرد والتلف.

الثامن: الامتناع من التسليم قال ابن القاسم فيمن طلب وديعته فقال له المودع أنا الآن مشغول فلم يعذره وتشاحا فيحلف أن لا يعطيها الليلة فلما كان من الغد قال ضاعت مني قال ابن القاسم فإن قال ذهبت قبل أن تلقاني ضمن لأنه أقر بها وإن قال لا أدري متى ذهبت فلا ضمان عليه قال أصبغ ويحلف ما علم بذلك حتى طلبه قال ابن القاسم ولو قال ذهبت بعدما حلفت وفارقتك ضمنها إلا أن يكون عليه في رجوعه ضرر أو يكون في أمر لا يستطيع معه أن يرجع فلا يضمن.

التاسع: عدم الإشهاد عند الموت وإذا مات المودع ولم يشهد بشيء فإن كان ربها لم يأذن له في دفعها لأحد فهي في تركته وإن كان أمره أن يدفعها لأحد وكان موته في الطريق أو بعد الوصول وقال المبعوث إليه لم يصلني شيء فقال مالك في المدونة إن كان موته بعد أن وصل فلا ضمان عليه وإن كان في الطريق فما أجد أن تكون في ماله وقال في الموازية بالعكس وقال أشهب يضمن مطلقاً إذ لو كان حياً

فقال دفعتها لم يصدق ابن القاسم إذا ترك ودائع ولم يوص بها فوجدت صور مكتوب عليها هذه لفلان وفيها كذا ولا بينة على إيداعه فلا شيء له إلا بينة أو إقرار الميت إذ قد يصانع أهل الميت وإذا بعث رسولا بمال إلى فلان فوجده الرسول قد مات فإن علم الرسول أن ذلك من دين ذهب به إلى ورثته ولو علم أنها من هبة أو صدقة لم يدفعها كان الميت الباعث له أو المبعوث .

العاشر: التجارة وإذا تجر المودع بالوديعة تعلقت بذمته والربح له والخسارة عليه .
 تنبيه: هل يجوز له أن يتسلف الوديعة أما أن كان عديماً فلا يجوز قولاً واحداً وإن لم يكن عديماً فإن كانت دنائير فأربعة الكراهة في المدونة والمنع للمالك أيضاً والجواز رواه أشهب إذا أشهد بذلك والتفرقة فإن كانت مربوطة أو مختوماً عليها لم يجوز وإلا جاز قال عبد الملك: وإن كانت من المتقومات لم يجوز وإن كانت من المثليات التي يكثر اختلافها كالكتان لم يجوز وإلا فقولان وإذا تسلف ثم أراد أن يرد إلى الأمانة لم يجوز في المتقومات وأما العين والمثليات فأربعة الضمان رواية المدنيين ونفيه للمالك أيضاً وبه أخذ ابن القاسم والتفرقة فإن ردها بإشهاد برئ وإلا فلا قاله مالك وبه أخذ ابن وهب والتفرقة أيضاً فإن كانت مربوطة أو مختومة لم يبرأ وإلا برئ قاله ابن حبيب وعبد الملك .

الفصل الثاني: في التنازع:

وإذا تنازعا في الإيداع لم يقبل قوله إلا بينة ولو قال هي وديعة وقال ربها سلف صدق ربها عند ابن القاسم وقال أشهب إن لم يحرك المال حتى ادعى الضياع فالقول قوله وإن تلف بعد أن حركه فالقول قول ربه ولو قال دفعت إلى ألف وديعة وقال ربها بل غصبتنيها فالمطلوب مصدق في إجماعهم إذا لم يقر بحركة وإذا ادعى الرد فالقول قوله إن قبضها بغير بينة ويحلف وإن قبضها بينة فقال ابن رشد قول مالك وجميع أصحابنا ابن القاسم وغيره أنه لا يصدق حاشا ما رواه أصبغ عن ابن القاسم في دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض قبض ذلك بينة أو بغير بينة ولا فرق وحكى ابن شاس ذلك نصاً عن ابن القاسم في الوديعة .

كتاب العارية والعدة

العارية

العارية - بتشديد الياء -: تمليك منافع عين بغير عوض .
حكمها: النذب .

حكمة مشروعيتها: تزكية النفس وتطهيرها من داء البخل واستجلاب المحبة وإبقاء المودة .

أركانها: أربعة: الصيغة والمعير والمستعير والمعار .

الأول: الصيغة: لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك منافع عين بغير عوض .
ثم إن صدرت مطلقة مثل أن يقول أغيرك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الدابة ولم يزد فحكى ابن شاس أن ذلك لازم بالقول والقبول وليس له رجوع حتى يتنفع بها الانتفاع المعتاد في مثلها وقال أشهب المعير بالخيار في تسليم ذلك أو إمساكه ثم إن سلمه فله أن يرده وإن قرب . وقال أبو الفرج ما روى في لزوم العارية بالقول إنما هو فيما عدا الأرضين وإن صدرت مقيدة مثل أن يقول أعرتك هذا العبد ليخدمك شهراً أو ليخيط لك ثوباً فهي لازمة وتنقضى بانقضاء الشهر وخياطة الثوب وليس له رجوع إلا بانقضاء ذلك وإذا أعاره أرضاً وسمى له أجلاً ولم يسم ما يبني أو يغرس فله منعه مما يضر أرضه وإذا بنى ثم أراد أن يقلع بناءه قبل الأجل فله ذلك إلا أن يمنعه رب الأرض ويريد أن يأخذه بعد الأجل بقيمته مقلوعاً كما يكون له ذلك بعد الأجل ثم إذا أخذه بقيمته مقلوعاً فتعتبر تلك القيمة بعد طرح قيمة القلع وإلا خلى فإن كان المستعير يتولى ذلك بنفسه لم يطرح له قيمة ذلك وما لا قيمة له بعد القلع كالجص لم يكن فيه شيء . وقال مطرف وابن الماجشون كل من بنى أو غرس في أرض قوم بإذنهم أو بعلمهم فلم يمنعه ولا أنكروا عليه فله قيمة ذلك قائماً كالبناني بشبهة وأخذ ابن القاسم بقول مالك الأول .

الثاني: المعير: مالك للمنفعة غير محجور عليه فتصح من المستعير والمستأجر .

الثالث: المستعير: من فيه أهلية الانتفاع.

الرابع: المستعار: يشترط أن تكون المنفعة فيه مباحة وأن تبقى عينه بعد استيفاء تلك المنفعة فلا تصح إعاره الجارية للوطء ولا تصح إعاره المسلم للذمي ولا إعاره السلاح للعدو ولا الدابة لمن يركب عليها لأذية مسلم ولا تصح إعاره الطعام لأن عينه غير باقية فإن سمي ذلك عارية فهو قرض.

اللواحق

تنحصر في فصلين:

الأول: في الضمان:

اختلف العلماء في الضمان في العارية فذهب الشافعي ومالك في أحد قوليه وبه قال أشهب إلى الضمان مطلقاً وإن قامت بينة على التلف كانت مما يغاب عليه أو لا وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا ضمان عليه مطلقاً وقيل لا ضمان عليه إلا أن يشترط عليه الضمان حكاه ابن شعبان وعابه والمشهور من مذهبنا أنه يضمن ما يغاب عليه أن لم تقم له بينة دون ما لا يغاب عليه أو ما قامت بتلفه بينة من غير ضيعة فيقبل قوله في الربع والحيوان ما لم يظهر كذبه وما لم يعلم أنه من غير ضيعة كالسوس صدقه فيه في الموازية قال التونسي وكذلك الفأر على هذا يقرض الثوب وقال اللخمي يضمن فيهما لأن السوس إنما يكون من الغفلة عن اللباس والفأر لا يكون إلا لأمر من اللابس مثل أن يعمل فيه طعاماً وإذا شرط المستعير أنه مصدق في تلف ما يغاب عليه فقال ابن القاسم وأشهب له شرطه ولا شيء عليه وقال سحنون فيمن أعطى لرجل مالا يتجر فيه وله ربحه ولا ضمان عليه هو ضامن قال اللخمي وعلى هذا فيسقط شرطه فيما يغاب عليه ثم حيث قلنا بالضمان فهل يضمن قيمته يوم العارية أو يوم الضياع قولان مخرجان من ضمان الرهان وقد قال ابن القاسم يضمنه يوم الرهن وقال أيضاً يوم الضياع قال التونسي وإنما يضمن الرقبة ما لا نقص بالاستعمال المأذون فيه.

الفصل الثاني: في التنازع:

وإذا اختلفا في أصل العارية فيقول هذا أعرتك كذا وينكر الآخر فالمالك مدع

ولو قال رب الدابة أجزتك وقال الآخر أعرتني فالقول قول المالك مع يمينه ولو قال أعرتني هذه الدار وقال ربه بل بعثها منك أو قال اشتريها فقال بل أعرتكها فالقول قول مدعى العارية.

العدة

العدة المطلقة غير لازمة قال ابن القاسم: قال مالك فيمن سأل رجلاً أن يهب له ديناراً فقال: نعم أنا أفعل ثم بدا له ما أراه: يلزمه ولو صبر الغريم على وعيد منه وأشهد بذلك لزمه، وقيل لسحنون: ما الذي يلزم من العدة؟ قال: أن يقول الرجل للرجل اهدم وأنا أسلفك وكذلك كلما أدخله فيه لوعده فإنه يلزمه.

كتاب الغصب والتعدي

حقيقة الغصب: في اللغة: أخذ المال بغير رضا صاحبه وكذلك التعدي سرّاً كان أو جهراً اختلاساً أو سرقة أو خيانة. وشرعاً: الاستيلاء على أمر عدواناً جهراً من غير حراية والفرق بينه وبين التعدي أن التعدي جناية على بعض السلعة والغصب جناية على جميعها ولأن المتعدي ضامن يوم التعدي لأن يده كانت عليها بإذن ربها قبله والغاصب ضامن يوم الغصب وأيضاً فالتعدي إذا أتى بها سالمة ضمنها والغاصب إذا أتى بها سالمة لم يضمها وأيضاً فالتعدي لا يضمن إلا في الفساد الكثير والغاصب يضمن في اليسير وأيضاً فالتعدي يلزمه كراء ما تعدي عليه وأجرته بكل حال عند مالك وقال في الغاصب لا كراء عليه وقد قال ابن القاسم إذا غصب دابة ليسافر بها سفرًا بعيداً ثم ردها بحالها لم يلزمه سواها بخلاف تعدي المكترى والمستعير بها في الجميع قولان.

حكمه: التحريم لصيانة الأموال وحفظ الجنس من تولد الأحقاد وسفك الدماء.

أركانه: ثلاثة: الغاصب والمغصوب والمغصوب منه.

الأول: الغاصب: وهو من ليس له شبهة في المال فمن أخذ مال ابنه قهراً لا يعد غاصباً.

الثاني: المغصوب: شرطه أن يكون معصوماً فلو غصب خمرًا لمسلم لم يضمن ويضمنها للذمي.

الثالث: المغصوب منه: من له حرمة فمن أخذ مالا لمحارب لا يقال مغصوب منه بخلاف الذمي.

اللواحق

تنحصر في فصلين:

الأول: في الضمان؛

ويتعلق النظر فيه بالموجب والموجب.

الموجب ثلاثة أقسام: مباشرة وتسبب ووضع يد.

الأول: المباشرة: كالقتل والإحراق ولا يشترط العلم فإن من غصب طعاماً فقدمه لضيف فأكله ظنا منه أنه للمقدم فإنه يضمنه ولو قدمه لربه فأكله ولم يعلم أنه الطعام المغصوب برئ وقال مطرف فيمن جلس على ثوب رجل في الصلاة فقام صاحب الثوب وهو تحت الجالس فانقطع أنه لا يضمن قال وهذا مما لا بد للناس منه. وأفتى ابن رشد في رجل أسند جرة من زيت إلى باب رجل ففتح الباب الرجل فانكسرت الجرة أنه لا يضمن.

القسم الثاني: التسبب: مثل أن يحفر بئراً في محل عدوانا فيتردى فيها إنسان أو بهيمة فإنه يضمن ولو وقف عليها إنسان فأرداه آخر فالضمان على المردى تقديماً للمباشرة ومن أوقد ناراً لعمل فترامت النار فأحرقت زرع رجل في أندره ضمن ولو أوقدها على بعد من الأندر في موضع مأمون لم يضمن ولا حد في القرب والبعد وينظر ذلك في أهل المعرفة ثم حيث قلنا بالضمان ففي المتيطية يضمن مكيلته وذلك عندى على أنها عرفت وإلا فقد قال من استهلك طعاماً لا يعرف كيله فعليه قيمته.

الثالث: وضع اليد: وهو فى المنقول بالنقل وفى العقار بالاستيلاء.

الموجب: ما يترتب على الغاصب وهو الأدب والضمان وحكم الغلة.

الأول: الأدب: وهو على قدر الاجتهاد.

الثانى: الضمان: اعلم أن المغصوب نوعان: عين ومنفعة .

النوع الأول: العين: اعلم أن العين المغصوبة إما أن تكون قائمة أو فائتة فإن كانت قائمة ووجدها ربها بيد الغاصب أو غيره فله أخذها إذا وجدها فى محل الغصب ولم تدخلها زيادة ولا نقصان فإن نقلها الغاصب إلى بلد وهى طعام فثلاثة قال ابن القاسم ليس له إلا مثلها فى محل الغصب وقاله أشهب وقال أشهب أيضاً: إن شاء أن يأخذها هنالك فله ذلك وقال أصبغ إن كان البلد بعيداً فليس إلا مثلها فى الغصب فإن كان قريباً فله أخذها وإن كانت ثياباً أو حيواناً فقال سحنون ليس له إلا أخذ متاعه وقال أصبغ هو بالخيار وقيل له الخيار فى العروض دون الحيوان، وحمل ابن رشد ذلك على الحيوان الذى لا يحتاج إلى كراء مال وأما

الرقيق فإنه يحتاج إلى الكراء فيكون كالعروض وإن دخلها زيادة وكانت في الثمن فكالعدم وإن كانت في البدن كالصغير يكبر والمهزول يسمن فليس له غيرها وإن كانت في الصفة وتغير اسمها فهو كفوات عينها مثاله أن يغصب خشبة فيعملها بابا أو ترابا فيضربه لبنا وإن كانت الزيادة كالبناء والغرس والصبغ فأما البناء والغرس فإذا غصب عرصه فبناها أو أرضاً فغرسها فلربها أخذها وأخذ البناء والغرس بقيمته مقلوعاً أو يأمره بقلع ذلك وما لا قيمة له بعد النقص كالجص والنقش فلا شيء فيه وأما الصبغ فربه بالخيار في أخذ قيمته يوم الصبغ أو أخذه ودفع قيمة الصبغ ولو نقصه الصبغ فقال ابن القاسم يخير في أخذه بغير قيمة الصبغ أو أخذ قيمته وقال إذا قطع الثوب وخاطه أو رفاه لم يدفع له شيئاً وقال أشهب لا يدفع للصبغ شيئاً وقاله ابن الماجشون في الصبغ والخياطة والصياغة قال وليس لعرق ظالم حق .

تنبيه: إذا اشترى ثوباً فصبغه ثم رده بعيبه رجع بما زاد فيه الصبغ وإن صبغه غلطا رجع بما أنفق فيه وإن غصبه واستحق رجع بقيمته وكذلك إذا لبس رب الثوب فإن الصباغ يرجع بقيمة الصبغ وهذا كله على المشهور وإن دخلها نقصان فإن كان في الثمن بحوالة الأسواق لم يعتبر على المشهور وإن كان في البدن وعاد بزيادة كالعبد يخصيه فيزيد فله أخذه ولا شيء عليه للنقص غير الأدب وإن عاد بنقص فإن كان بسماوى خير ربه في أخذه معيباً وأخذ قيمته يوم الغصب وإن كان بجناية جان فله أن يأخذ القيمة من الغاصب يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى ولو كان الجانى هو الغاصب فلربها أخذها وما نقصها يوم الجناية أو أخذ قيمتها يوم الغصب وإن كانت فائتة وهى من ذوات الأمثال فعليه مثلها فى موضع الغصب واختلف فى الحلى والغزل فقيل هما كغيرهما من الموزونات وقيل عليه قيمة الحلى والغزل لأن الصياغة كسلعة أضيفت إلى عين والغزل تختلف فيه الأغراض وربما تعذر مثله وما كان من الطعام مجهول الكل ضمن قيمته فإن كانت من ذوات القيم فعليه القيمة ثم إن كان التلف بسماوى فالقيمة يوم الغصب وقال أشهب يضمنها بأرفع القيم ما بين يوم الغصب ويوم التلف وإن كان بجناية الغاصب ضمنها يوم الغصب ولو قتل الجارية أجنبى وقيمتها يوم القتل أكثر فله أخذ القاتل بتلك القيمة وإن كانت أقل وأخذها من القاتل رجع بتمام القيمة على الغاصب وقال سحنون لا

يرجع على الغاصب بشيء كما لو باعها الغاصب فليس لربها أخذ الثمن ويرجع على الغاصب بتمام القيمة.

تنبيه: إذا سوق السلعة فأعطاه فيها غير واحد ثمنًا ثم استهلكها رجل قال مالك في رواية ابن القاسم يضمن ما أعطى فيها وقال سحنون لا يضمن إلا قيمتها وقال عيسى يضمن الأكثر.

النوع الثاني: المنفعة: وهي ضربان منفعة بضع ومنفعة عين.

الضرب الأول: منفعة البضع: فإذا غصب حرة فعليه مع الحد لكل حرة وطئها مهر المثل وعليه للأمة ما نقصها وولده رقيق لسيدها.

الثاني: منفعة العين: فإن استوفأها فعليه قيمتها وإن لم يستوفأها كالدار يغلقها والأرض يبورها فقولان الضمان لابن الماجشون ومطرف وأصغ وابن عبد الحكم ونفيه لابن القاسم.

تنبيه: إذا أخرج الغاصب المغصوب من يده فإن كان من حصل بيده عالمًا بالغصب فحكمه حكم الغاصب وإن كان جاهلاً فليس عليه شيء سكن أو زرع أو اكرى ولا شيء على الغاصب من حين باع على المشهور وفي الرجوع على الغاصب الواهب قولان.

الثالث: حكم الغلة: وما ينشأ عن العين المغصوبة ثلاثة قسم متولد على صورته كالولد ولا خلاف أنه يرد مع الأم وقسم متولد على غير صورته كالثمار والصفوف واللبن فإن كانت العين قائمة ففي وجوب رد غلتها قولان وإن كانت فائتة خير في أخذ قيمتها خاصة أو أخذ غلاتها. وقسم غير متولد ففيه خمسة المشهور الضمان مطلقًا وهو رواية ابن زياد وأشهب ونفيه مطلقًا حكاه ابن القصار والضمان في غلة الربع والإبل والغنم دون غلة الدواب والعييد رواه ابن القاسم والضمان فيما اشتغل دون ما لم يشتغل قاله ابن القاسم والضمان فيما لا يسرع إليه التغير كاللدور والأرضين والنخل دون ما يسرع إليه كاللدواب والعييد والحويان قاله ابن المعدل.

الفصل الثاني: في التنازع:

وإذا ادعى رجل على رجل الغصب فإن كان المدعى عليه معروفًا بالخير والصلاح عوقب المدعى ولم يحلف المدعى عليه وإن كان مما يشبه ذلك وليس

بمعروف به حلف ولم يعاقب فإن نكل حلف المدعى واستحق وإن كان معروفاً بالتعدى والغصب حلف وضرب وسجن فإن تمادى على الجحود ترك وفي اعترافه بعد التهديد ثلاثة عدم اللزوم مطلقاً لأنه مكره وقيل إن عين المدعى فيه أخذ باعترافه وإلا فلا يؤخذ به وقال سحنون يؤخذ باعترافه ولم يفرق ولا يعرف هذا إلا من ابتلى به يريد أن إكراهه كان جائزاً حكاه في المتبوية ابن يونس إذا كان المدعى عليه ممن يليق به ذلك هدد وسجن فإن لم يخرج شيئاً أطلق وفائدة ذلك لعله يخرج عين ما غصب إن كان يعرف بعينه وأما ما لا يعرف بعينه فلا فائدة في تهديده إذ لو أخرج شيئاً لم يعرف بعينه ولم يؤخذ منه حتى يقر آمنة مطمئناً وإذا قامت عليه بينة أنه انتهب صرة فقال كان فيها كذا فالقول قوله مع يمينه قاله مالك وقال عنه ابن القاسم إذا طرح الصرة في متلف ولم يدر كم فيها أو لم يطرحها واختلفاً في قدرها، إن القول قول المنتهب مع يمينه قال مطرف وابن كنانة وأشهب أن القول في هذا وشبهه قول المنتهب منه إن ادعى ما يشبه أن يملكه يريدون ويحلف.

• خاتمة:

نذكر مسائل من التعدى: وإذا أتلف المتعدى شيئاً ضمنه وإن أفسده فساداً كثيراً خير ربه في التضمين وأخذ الأرش وقال أشهب ليس له إلا التضمين أو أخذ متاعه دون أرش أو أفسده فساداً يسيراً وفات الغرض المقصود منه كقطع ذنب بغلة القاضى وطيلسان ذى الهيئة وهو كالكثير وإلا فالأرش.

تنبيه: إذا كان الفساد في الثوب يسيراً فلا بد من رفوه وحينئذ يعطى الأرش وما كان كثيراً فلا يرفيه لأنه قد يغرم في رفوه أكثر من قيمته، ابن يونس ولو قاله قائل في اليسير لم أعبه.

كتاب المساقاة

حقيقتها، إعطاء الحائط لمن يعمل فيه بجزء معلوم من ثمرته .

حكمها، الجواز ابتداء واللزوم إذا وقعت .

حكمة مشروعيتها، دفع الحاجة .

أركانها، أربعة: الصيغة والعاقد والمعقود عليه والمعقود به .

الأول: الصيغة: قال ابن رشد هي أصل في نفسها فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة

على مذهب ابن القاسم ولا تجوز إلى أجل مجهول .

الثاني: العاقد: ويتناول المالك والعامل ويشترط في المالك أن يكون أهلاً

للتصرف ويساقى الوصى عن محجوره والسيد عن عبده والمأذون بعقدتها لنفسه

ويساقى المريض وإن حابى فمحاباته في الثلث ولغرماء الفلاس رد مساقاته وما عقده

قبل الفلاس ماض .

الثالث: المعقود عليه: وهو العمل الذي يصلح الثمار والرجوع فيه إلى العرف .

وما تنشأ عنه الثمار يشترط فيه ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون مما لا يخلف فلا يجوز في الموز والقصب والبقل بخلاف

النخل والشجر وفي جواز مساقاة الرياحان وقصب السكر قولان بناء على أنه

كالبقل المخلف أم لا وعلى الجواز فيجوز في الجزة الأولى دون الثانية وقيل القياس

الجواز فيهما .

الثاني: أن تكون الأصول خلية عن الثمرة أو تكون فيها ثمرة لم يبد صلاحها

فلا يجوز في الثمار بعد الزهو ولا في الباذنجان والمقائى بعد بدو صلاحها وإن بدا

صلاح بعضها وفي الحائط ثمار كثيرة مختلفة يحل بعضها دون بعض وكان الذي

أرهى أقل ما في الحائط جار .

الثالث: يختص بالزرع والمقائى وما عدا الرسوم وهو أن يعمر به عليه على

الأشهر وأن يخرج من الأرض وقال ابن نافع تجوز مساقاته وإن لم يعمره وقال ابن

الطار يجوز في الياسمين والورد وإن لم يعمر بخلاف المقائى والزرع وإذا كان في

الحائط بياض أكثر من الثلث بقى لربه ولا يجوز أن يدخل في المساقاة ولا أن يلغى للعامل وإن كان أقل منه وبقي على السكت فقال مالك هو ملغى للعامل وقيل هو لربه وإذا اشترطه أحدهما لنفسه جاز لكنه إن اشترطه ربه لم يجز أن يشترط سقيه على العامل ولو أدخله في المساقاة وهو مع الأصول الثلث فأدنى جاز.

تنبيه: ما كان في الحائط من غلمان أو دواب لرب الحائط يوم العقد فذلك للعامل شرطه أو لا ونفقتهم على العامل ومن مات منهم أخلفه رب الحائط وما أدخله العامل فمات فخلفه عليه وما رث من حبل أو دلو أو غير ذلك مما كان في الحائط وقيل خلفه على العامل وقيل على رب المال.

تنبيه: لا يجوز أن يشترط رب الحائط على العامل ما يبقى بعد زوال الثمرة الزمن الكثير مما تعظم مؤنته كحفر بئر وإنشاء غرس وبناء كثير بخلاف ما كان يسيراً كتحصين جدر وكنس عين وشبه ذلك وأجازته ابن القاسم أن يشترط عليه عصر الزيتون ليسارته وإن لم يشترطه فهو بينهما.

الرابع: المعقود به: جزء معلوم من الثمرة ولا بأس أن يساقه حائطاً فيه أنواع مختلفة بجزء واحد ولا يجوز أن يساقه أربعة أعوام عامين على النصف وعامين على الربع في عقد واحد ويجوز في عقدتين.

اللواحق

تتضمن على أربعة فصول:

الأول: في التنازع:

وإذا اختلفا في المعقود به فالقول قول العامل فيما يشبه قاله ابن القاسم وإذا اختلفا في الصحة والفساد فالقول قول من ادعى الصحة قاله ابن القاسم يريد إذا عمل فهو مدعى عليه وإن لم يعمل تحالفاً وتفاسخاً على القول بلزوم المساقاة بالعقد قاله ابن يونس وإذا قال العامل لم تدفع لى من مساقاتي شيئاً فإن كان جذ الثمرة فلا شيء له على قياس قول مالك في العتبية في رب الحائط يساقى الرجل عاماً أو أكثر فيقول بعد فراغه لم تدفع لى شيئاً قال إن كان جذ فلا شيء له

ويحلف العامل كان بقرب الجذاذ أو بعيداً منه .

الثاني: في الإقالة وجناية العامل وحكم الزكاة،

ولا تجوز الإقالة على شيء يدفعه رب المال للعامل أو العكس شرع في العمل أو لم يشرع ولو تشاركاً من غير شيء جاز وإذا ألقى العامل سارقاً لم يكن له أن يخرج له لأجل ذلك وليتحفظ منه وكذلك المكتري يجد سارقاً والعامل شريكاً بذلك الجزء ويملك بالظهور قولاً واحداً فيخرجان الزكاة ثم يقتسمان .

الثالث: في الموت والفلس والعجز،

ولا تنسخ المساقاة بموت أحدهما ويتنزل الوارث منزلة مورثه فإن كان وارث العامل غير مأمون قيل له آت بمأمون ولا يفسخ أيضاً لفلس رب الحائط وبيع الحائط ويبقى العامل فيه على حاله وإذا عجز العامل قيل له آت بمأمون فإن عجز عن ذلك فلا شيء له ولا عليه وإن عجز بعد طيب الثمرة استأجر من يعمل فإن لم يستطع إلا أن يبيع نصيبه ويستأجر به فعل وإن كان فيه فضل كان له وإن نقص كان في ذمته .

الرابع: في المساقاة الفاسدة،

وإذا عثر عليها قبل العمل فسخت وإن عثر عليها في أثنائه فسخ ما كان الواجب فيه وجوب المثل ويكون له أجره المثل إلى حين العثور عليه وما كان الواجب فيه مساقاة المثل لم يفسخ ويكون فيه مساقاة المثل وإن عثر على ذلك بعد الفراغ فأربعة: أجره المثل وهو الذي يأتي على قول عبد العزيز بن أبي سلمة في القراض الفاسد . ومساقاة المثل وهو الذي يأتي على قول أصبغ في الذي يساقى الرجل على أن يحمل أحدهما نصيب صاحبه إلى منزله البعيد . والثالث: مساقاة المثل ما لم تكن أكثر من الجزء المشترط . والرابع: التفرقة ففي بعض الصور تكون له أجره المثل وفي بعضها مساقاة المثل وهو قول ابن القاسم وهو استحسان وليس بقياس والذي وجد له ما فيه مساقاة المثل أربع مسائل هنا وفي المدونة إذا ساقاه وفي الحائط تمر قد طاب وإذا اشترط العامل على رب المال ويعمل معه وثنان في العتبية اجتماع المساقاة مع البنيان والمساقاة سنة على الثلث وسنة على الثلثين .

كتاب القراض

حقيقته، هو في اللغة: مأخوذ من القرض وهو ما يفعله الرجل ليجازى عليه من خير أو شر. وشرعاً: أخذ مال يرسم التجزء بجزء من ربحه.

حكمه: الجواز إجماعاً ويلزمه بالشغل لا بالعقد قال مالك لرب المال رده ما لم يعمل به عامل أو يسافر به وكذلك يلزم العامل ألا يكون له صرف المال حتى ينقض قال ابن الموارز ولو اشترى مثال الزاد والصفرة لسفره ورضى رب المال بأخذ ذلك بما اشتراه فله ذلك ولو سافر بالمال لم يكن له ذلك ولو ضمن نفقة رجوعه. ابن القاسم ولو اشترى سلعاً لم يكن له جبره على بيعها ليرد المال ولينظر السلطان في ذلك فما يرجى له سوق أبقاه وما ليس لتأخيره فائدة بيع واقتسما ربحه.

حكمة مشروعيته: الرفق بالعبيد في طلب تنمية أموالهم التي بها معاشهم ولذلك استثنى من الإجارة المجهولة.

أركانه: ثلاثة: العاقد، والمعقود عليه، والمعقود به.

الأول: العاقد: ويتناول رب المال والعامل وهما كالوكيل والموكل وكره مالك مقارضة من لا يفرق بين الحلال والحرام وكره للمسلم أن يعمل للذمي ابن الموارز ويفسخ ما لم يعمل فإن عمل ترك حتى ينقض فيفسخ قال وإذا قرض المسلم النصراني فسخته ورددت للمسلم رأس ماله.

الثاني: المعقود عليه: هو العمل في المال ويشترط في المال أن يكون نقداً معيناً معلوماً مسلماً للعامل فلا يجوز القراض بالعروض ولا بالدين قال مالك إذا كان له عليه دين فقال اعمل به قراضاً لم يجز ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ثم يعيده إليه. ابن القاسم والوديعة مثله إلا من خاف أن يكون أنفقها فيصير ديناً وإن وقع القراض بالدين فليس له إلا رأس ماله والربح للعامل والوضيعة عليه ولا يجوز بالمجهول الوزن ولا يجوز أن يكون المال بيد ربه وإن شرط أن يراجع في التصرف أو يراجع وكيله فسد لأنه تضيق في التجارة ولا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل عمل يده لأنه غير تجارة فإن نزل كان أجيراً ولا يجوز له أن يعين له نوعاً

من البز لأجل وجوده ولا يجوز له أن يشترط عليه أن يجلس بالمال في حانوت معين ولا يعمل في غيره أو لا يشتري إلا من فلان ولا يتجر إلا في سلعة كذا وليس وجودها بمأمون وأن لا يشتري إلا البز إلا أن يكون موجوداً في الشتاء والصيف فيجوز ثم لا يعدوه إلى غيره قال ابن القاسم ولا يجوز أن يبيع البز بعرض سواء فيصير مبتاعاً لغير البز قال مالك ولا يجوز أن يعطيه المال على أن يخرج به إلى بلد ليشتري به متاعاً ولا خير فيه قال فيعطيه المال ويقوده كما يقاد البعير وإنما كره ذلك لأنه حجر عليه أن لا يشتري حتى يبلغ ذلك الموضع وقد قال ابن القاسم في رواية أصبغ فيمن قارض رجلاً على أن يخرج إلى بلد بعيد مثل برقة وإفريقية ليشتري طعاماً أو غيره أنه لا بأس به .

الثالث: المعقود به: ويشترط أن يكون معلوماً بالجزئية كالنصف والرابع أو غير ذلك من الأجزاء .

اللواحق

تنحصر في أربعة فصول:

الأول: ما يفسد القراض وحكمه بعد وقوعه،

قال ابن المواز قال مالك وأصحابه لا يجوز أن يكون مع القراض سلف ولا بيع ولا كراء ولا شرط قضاء حاجة ولا كتاب صحيفة ولا يشترط أحدهما لنفسه شيئاً خالصاً فإن نزل فالعامل أجيره إلا أن يسقط الشرط قبل العمل ولو شرط على العامل أن يخرج مثل المال من عنده ليعمل به مع ماله وله ثلاثة أرباع الربح لم يجز قاله مالك ولو شرط العامل أن يعمل معه رب المال لم يجز ويجوز أن يشترط عليه أن يعينه بعبده أو بدابته في المال خاصة ولا خير أن يعمل ولده صنعة ليبصره بالتجارة ولو شرط أن لا يبيع إلا بالدين فباع بالنقد فله أجر مثله قال ابن المواز وقال غيره هو متعد كمن قارض رجلاً على أن لا يشتري إلا سلع كذا وهي غير موجودة فهو قراض غير جائز فإن اشترى غيرها فهو متعد وله فيما ربح قراض مثله وإن خسر ضمن ولا أجر له ثم إذا وقع القراض فاسداً وفات بالعمل فأربعة:

قراض المثل مطلقاً رواه ابن الماجشون وقاله أشهب وإجارة المثل مطلقاً قاله عبد العزيز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وقيل الأقل من قراض المثل والمسمى والرابع أنه يرد إلى قراض المثل في بعض الصور وإلى أجرة المثل في بعضها رواه ابن حبيب وبه قال ابن القاسم وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ والموجود لابن القاسم إحدى عشر مسألة حكم فيها بقراض المثل. القراض بالضممان. وإلى أجل. والمبهم. وإذا قال اعمل ولك شرك. وإذا اختلفا وأتيا ما لا يشبه وحلفا. وإذا اشترطا غيرها، والقراض بالعرض وإذا أمره بشراء عبد ثم يبيعه ويتجر بثمانه وأن يقتضى ديناً على زيد ثم يتجر به وأن يعطيه دنائير يصرفها ثم يتجر بصرفها. والقراض الفاسد إن عثر عليه قبل العمل أو بعده فسخ كان مما يرد العامل فيه إلى قراض المثل أو إلى أجرة المثل لكن ما يرد فيه إلى أجرة المثل ترد السلع إلى ربها ويعطى أجرة مثله سواء كان فيها ربح أو لم يكن لأنها متعلقة بالذمة على المشهور وقال ابن حبيب بل بالربح وما يرد العامل فيه إلى قراض المثل يفسخ أيضاً لكن تبقى السلع بيد العامل ولا يتمادى على العمل بعد النضوض وقراض المثل ليس في الذمة بل في الربح فإن لم يكن فلا شيء له.

الثاني: في حكم النفقة والكسوة،

وليس للعامل في الحضر نفقة فإذا سافر بإذن رب المال أو بمقتضى الإطلاق على القول المعمول به فله في المال النفقة ذاهباً وراجعاً بالمعروف وله أن يكتسى في بعيد السفر دون قربه إلا أن يقيم إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة وذلك كله في المال الكثير أما القليل فلا نفقة له فيه ولا كسوة ولا نفقة لحاج ولا لغاز في مال القراض في ذهاب ولا رجوع فإن أقام بعد الحج للمال خاصة أنفق من حيثئذ وللعامل النفقة وإن لم يشتري شيئاً ويرد ما بقى وهى ملغاة من الربح فإن لم يكن فمن رأس المال ولو أنفق من مال نفسه رجع ما أنفق في مال القراض فإن تلف لم يرجع على ربه بشيء.

الفصل الثالث: في الموت والإقرار والتلف والخسارة التامة والتجارة بما بقى،

وإذا مات العامل بعد أن عمل فإن كان في ورثته مأمون أو أتوا بمأمون أتموا عمل مورثهم وإلا سلموا ذلك ولا شيء لهم فإن كان محجوراً ورأى وصيه أن

الاستئجار مصلحة استأجر له وإلاً ترك وإذا أقر المريض بقراض بعينه أو بوديعة وعليه دين بينة فلرب القراض والوديعة أخذ قراضه ووديعته دون غرمائه وإن لم يعين ذلك وجب القصاص. ابن حبيب. وهذا في المريض أما المفلس فصاحبها أولى وإلاً فلا يحاص بها كما لا يصدق في الدين وفيه اختلاف قال وهكذا فسره لى أصبغ وإذا أتلف المال فلا ضمان على العامل لأنه أمين وفي إلزامه اليمين إذا طلبها رب المال الخلاف الجارى في إيمان التهم ولو تلف بعضه وعمل بما بقى خير بما ربح فيه أصل المال وما بقى بعد كمال رأس المال فهو بينهما على ما شرطاه وكذلك حكم الخسارة.

الفصل الرابع: في التنازع؛

وإذا قال رب المال هو سلف وقال العامل هو قراض أو وديعة فالقول قول رب المال مع يمينه ولو قال رب المال قراض وقال العامل سلف أو وديعة صدق العامل ولو قال رب المال بضعته معه بغير قراض وقال العامل قراض فالقول قول رب المال ولو قال وديعة وقال العامل قراض وقد ضاع المال فإن ادعى ضياعه قبل أن يحرك فمصيبيته من ربه وإن حركه فالقول قول ربه أنه لم يأذن له ويضمنه له وإذا تنازعا في الرد وقبضه بغير بينة فالقول قول العامل وإن قبضه بينة لم يقبل قوله إلاً بينة وقيل يقبل إلا أن اليمين متوجهة في دعوى الرد لا محالة إن طلبها رب المال.

كتاب الإجارة

حقيقتها، تملك منفعة عين معلومة زمنا معلوما بعوض معلوم .
 حكمها، الجواز ابتداء وال لزوم بنفس العقد ما لم يقترن بها ما يفسدها كالسلف
 مثل أن يدفع غزلا لحائك ينسج له به ثوباً بعشرة على أن يسلفه رطلاً من غزل
 وذلك غير جائز لأنه سلف وإجارة .

حكمة مشروعيتها، التعاون ودفع الحاجات وقد نبه الله تعالى على ذلك بقوله:
 ﴿ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُخْرِيًّا ﴾ [الزخرف: ٣٢].
 أركانها، ثلاثة: الصيغة، والعاقدة ويتناول المستأجر والمستأجر، والمعقود عليه
 ويتناول المنفعة والأجرة .

الأول، الصيغة:

وهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تملك المنفعة بعوض وقد خص تملك
 منفعة الأدمى باسم الإجارة ومنافع الممتلكات باسم الكراء والموثقون المتقدمون
 يستفتحون عقود الأراضى والجنات بلفظ ثقيل ومعنى الجميع واحد .

الثاني، العاقدة:

وقد قدمنا أنه يتناول المستأجر والمستأجر وهما كالبائع والمشتري وكل واحد
 منهما إما أن يتولى العقد بنفسه أو يعقده عليه غيره ثم عقد الغير إما بوكالة أو
 تولية أو بغير وكالة فإن تولاه بنفسه وهو طائع رشيد لزم وإن كان محجوراً وكان
 العقد على منفعة مالية نظر فيه وصية وإن كان على منفعة بدنية وهو بالغ فظاهر
 المذهب أن له أن يؤاجر نفسه بغير إذن الوصى لأن الأفعال البدنية لا تدخل تحت
 الحجر ألا ترى أن المحجورة إذا رضيت بضرر زوجها وأراد أبوها أن يقوم بذلك
 فإنه لا يكون له قيام نعم أنه إن رضى بدون أجره المثل فينبغي أن يكون للوصى فى
 ذلك مقال وأما الصغير والعبد فلا يجوز فعلهما إلا بإذن الوصى والسيد قاله ابن
 القاسم . فإن عملاً فعله الأكثر مما عملاً له وأجرة المثل وقال مطرف وابن الماجشون
 لا بأس للرجل أن يستأجر الغلام الذى لم يبلغ الحلم والجارية التى لم تحض من

أنفسهما ويدفع الأجرة إليهما ويبرأ ما لم يكن لشيء له بال وما كان في إيجارتهما من محاباة فعلى المستأجر إتمامه وإن عقد عليه بوكالة لزم كالبيع وإن عقد بغير وكالة وقف على رضاه وإن عقد بتولييه جاز إذا كان النظر فإذا أجر الأب ولده من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان غنياً والابن فقيراً وله أن يؤاجره فيما لا مضرة فيه على الابن فإن كان الأب مقلاً أو يريد تعليم ولده جاز وينفق عليه من أجرته فإن فضل للابن شيء حسب له ولا يأكل منه لشهر أو لعدم خشية أن لا يتم الأمد الصبي أو بمرض فلا يجد ما يأكل وقال ابن لبابة لا بأس أن يأكل منه بالمعروف وإذا كان اليتيم من ثنتي عشرة سنة أو أربع عشرة وهو يستطيع الخدمة ويجد من يستأجره بنفقته فيأبى وله أصل لطيف فيريد بيعه وأكله فإنه يؤاجر فيما يطيقه وإن رغم أنفه ويحبس عليه أصله.

الثالث، المعقود عليه،

وقد قلنا: إنه يتناول الأجرة والمنفعة فأما الأجرة فكل ما جاز بيعه جاز أن يكون أجرة وتستثنى من ذلك الأرض بالطعام على المشهور وإن كان مما لا تنبته وكذلك القطن والكتان والعصفر والزعفران وقال ابن كنانة كل شيء إن أعيد فيه نية لم يجز أن تكرر به وقال ابن نافع تكرر بكل شيء خلا نوع ما يزرع فيها وخلي الحنط وأخواتها قال سحنون ومن أكرهاها بجزء مما يخرج منها فهي جرحة في حقه قال ابن أبي زيد إن كان عالماً فإنه لا يجوز قال فإن نزل ذلك فلربها كراؤها دراهم.

وأما المنفعة فيشترط فيها سبعة شروط:

الأول: أن تكون مباحة فلا يجوز استئجار آلات اللهو ولا الاستئجار عليها ولا على صياغة أواني الذهب والفضة ولا يجوز كراء الأرض ممن يبيع فيها الخمر ولا الدابة ممن يحمل عليها ذلك أو ممن يعلم أنه يريد لها لذلك فإن نزل فسوخ ويتصدق بالكراء إن علم أنه إنما أكرى الدار والأرض لذلك فإن لم يعلم يفسخ وينهى عن ذلك فإن لم يفعل وتمت المدة بالسكنى أخذ الإمام الكراء فتصدق به وعاقبهما.

الثاني: أن تكون متقومة فما لا قيمة لمنفعته فلا يجوز استئجاره وفي استئجار الأشجار لتجفيف الثياب قولان ومنع ابن القاسم استئجار ما لا يعرف بعينه فممنوع

استجار الدنانير والدراهم لتزيين الحوانيت وأجازه القاضي أبو بكر إذا كان المالك حاضراً معه وفي جواز استجار المصحف قولان لابن القاسم وابن حبيب ولا يجوز لأحد أن يبنى مسجداً ليكرهه للصلاة وكره ابن القاسم أن يكتري بيته لمن يصلى فيه قيام رمضان.

الثالث: أن لا يتضمن استيفاء عين قصدا فلا يصح استجار الأشجار بشمارها ولا الغنم لتناجها وصفوها ولبنها ويستثنى من ذلك ما كان تبعا كاشتراط ثمر الشجرة في الدار المكتراة للسكنى إذا كانت قيمة ذلك الثلث فأدنى ويجوز استجار الضئر للرضاعة وإن كان الابن غنيا للضرورة.

الرابع: القدرة على التسليم حسا وشرعاً فلا يجوز استجار الخرص للتعليم ولا الأرض التي لا ماء لها للزراعة وكذلك أرض المطر المأمونة عادة وقيل لا يجوز النقد فيها وإن كانت مأمونة ولا يجوز كراء الأرض الغارقة فإن ظن ذهاب الماء عنها بالعادة جاز.

الخامس: أن يكون الكارى منه المنفعة فإن كان إنما ملك أن ينتفع لم يجز ككراء بيت في المدرسة.

السادس: أن تكون معلومة.

السابع: أن تحصل للمستاجر فلا يصح الاستجار في العبادات كالصوم والصلاة فإن أوضح بحج فله أجر النفقة ويجوز أن يعطى المؤذن والإمام من بيت المال ومن الأحباس ويجوز للمؤذن أن يأخذ الأجرة من أجائر الناس وفي جواز ذلك للإمام ثلاثة: المنع لابن حبيب والجواز لابن عبد الحكم والتفرقة فإن أضاف لذلك أذانا أو إقامة جاز وبه العمل والإجارة على تعليم قراءة القرآن جائزة وذم ابن القاسم الإجارة على تعليم الفقه والفرائض قال لأن مالكا كره بيع كتب الفقه والشرط على تعليمها أشد. ابن يونس. قال غيره بجواز بيعها وعلى قوله يجوز الاستجار على تعليمها وهو أصوب وكره ابن القاسم الإجارة على إجارة الشعر والنحو وعلى كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك وبيعها وأجاز ذلك ابن حبيب وكره الشعر ما فيه ذكر الخمر والخناء وقبيح الهجاء قال اللخمي وأما الغناء والنوح فممنوع قال اللخمي والأجر على القضاء والفتوى رشوة.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها في خمسة فصول:

الأول: في حكم الإجارة الفاسدة:

وهو الفسخ ثم إن كان المكترى لم يضمن العين المكترة فلا يلزمه شيء وإن قبضها واستعملها فعليه كراء المثل وكذلك إن لم يستعملها عند ابن القاسم لكن اختلف المتأخرون هل يلزمه كراء مثلها على أنها مستعملة أو على أنها معطلة فقال بعض القرويين على أنها معطلة في قول ابن القاسم كمن حبسها بعد انقضاء مدة الكراء وقال ابن يونس على أنها مستعملة لأنها إنما قبضها لينتفع بها وما فعله من العطلة غير مبطل لحق ربهما كما اكترهما كراء صحيحاً فعطّلها.

الثاني: والمقتضى للفسخ أو الخيار فيه بعد وقوعه على الصحة:

وذلك ثمانية أسباب:

الأول: نهى الشارع عن الاستيفاء: مثل أن يستأجر حجاماً على قلع الضرس

فيسكن إليه أو على قصاص فيعفو ولي الدم.

الثاني: فوات المنفعة: فمن ذلك موت الدابة والأجير المعينين. ابن القاسم. وإذا

اعتلت الدابة بالطريق انفسخ الكراء يريد وهي معينة ولو صحت بعد ذلك ولم تلزمه بقية الطريق. ومنها انهدام بئر الأرض المكترة للزرع وتقدير سقيها.

تثنيته: إن أبى رب الأرض من إصلاح البئر فلبز الزرع أن يتفق في ذلك ما

يخص كراء تلك السنة وما زاد فهو فيه متطوع قاله في المدونة فإن كان ربهما قد

قبض كراءها أجبر على إخراج ما ينوب تلك السنة، ومنه انهدام جميع الدار أو ما

يتضرر المكترى بالمقام معه ويأبى الآخر من إصلاحه أو يكون عليه في الصبر إلا أن

يثبت ضرر. ومنه فساد الأرض المكترة للزراعة بكثرة الدود والفأر وكذلك إذا

غرقت في الآبار بحيث لو انحسر عنها الماء لم يمكن زرعها قال اللخمي وإذا فسد

الزرع بالدود أو الفأر سقط الكراء كان هلاكه في الإبان أو بعده وكذلك إن هلك

بسبب العطش ولو كان هلاكه بأمر خارج كالجراد والطيور والجليد والبرد ونحو ذلك

من الجوائح لم يسقط عنه من الكراء شيء ومنه قلة الطحن في الأرحاء قال صاحب الطرر إذا قل الواردون للطحن لجهد أصاب الناس في ذلك الزمان أو قل الواردون من البلاد لسكنى الفنادق المتخذة للنزول لفتنة أو خوف حدث في الطريق أو ما أشبه ذلك وجب الخيار للمكترى في الفسخ أو التمسك فإن سكت حتى انقضت المدة أو بعضها لزمه جميع الكراء ولا يسقط عنه الكراء إلا لجلاء أهل ذلك الموضع حتى تبقى الأرحاء معطلة والفنادق خالية ولا يلزم ربتها إذا قلت الواردة أن يحط عن المكترى شيئاً وإنما له الخيار وفي المتيطية إذا انقطع الرحا لقلة الماء أو لكثرته أو لخلاء موضعها لفتنة أو لصوص أخافوهم لم يفسخ الكراء فإذا عاد الأمر إلى حاله وقد يلقي من الأوجبة شيء فذلك لازم لهما كقول مالك في الأجير يمرض فما يصح في بقية المدة ويسقط عن المكترى ما ينوب قلة الانقطاع على نفاقه.

الثالث: فوات عمل الاستيفاء على خلاف: فأما موت الصبي المستأجر على رضاعه أو على تعليمه أو موت الدابة المستأجر على رياضتها وعلوق الرمكة ببعض الأكوام التي استأجر الفحل عليها فموجب للفسخ واختلف في تلف الشيء المستأجر على حمله أو بيعه والقمح المستأجر على طحنه أو حصاده والثوب المستأجر على خياطته قال القاضي أبو محمد الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا تتعين في الإجازات وأنه إن عین فذلك كالوصف لا يفسخ العقد بتلفه بخلاف العين المستأجرة وحكى ابن شاس مثل ذلك في الثوب المستأجر على خياطته يتلف عليه أن يأتي بغيره على ظاهر المذهب وقال سحنون في الرجل يستأجر بناء أو حصادا أو من يعمل له عملاً فمنعه المطر من تمامه أن له ما عمل من النهار وقال غيره له جميع الأجرة.

الرابع: وجود العيب: قال ابن القاسم إن اكترى دابة معينة أو بعيراً معيناً فإذا هو عضوض أو جموح أو لا يسير ليلاً أو به دبرة فاحشة يؤذيه ريحها فله الفسخ. ولو استأجر عبداً للخدمة فوجده سارقاً فله الرد.

الخامس: حمل الأمة المستأجرة من سيدها: قال في الجواهر من استأجر أمته فله وطؤها فإن حملت وجبت المحاسبة وكذلك الضئر تحمل من زوجها.

السادس: بلوغ الصبي وعق العبد وموت المعمر بعد الإجارة والاستحقاق: وإذا آجر الوصي يتيمه فبلغ فقال ابن القاسم إذ آجره ثلاث سنين وهو يرى أنه لا يحتلم فاحتلم بعد سنة فله فسخ الإجارة إلا أن يبقى منها اليسير كالأيام والشهر قال ولا يؤاجر الأب ولده ولا الوصي يتيمه بعد احتلامه قال يحيى ورشده ولو أكرى ربه أو رقيقه أو دوابه أعواما فاحتلم بعد سنة فإن كان يظن أنه لا يحتلم تلك المدة فعجل عليه الاحتلام وأنس منه الرشد فلا فسخ له قال ابن القاسم وقال غيره لا يلزمه إلا فيما قل قال ابن القاسم وأما إن عقد عليه أمدا يعلم أنه يبلغ فيه فلا يلزمه وكذلك الأب قال وأما سفیه بالغ يؤاجر عليه ولى أو سلطان رقيقه أو دوابه سنتين أو ثلاثة ثم انتقل إلى حال الرشد فذلك يلزمه وقال غيره إنما يجوز للمولى أن يكرى عليه ذلك السنة ونحوها وأما ما كثر فله فسخه وإذا آجر السيد عبده ثم أعتقه فلا مقال للعبد والإجارة أملك به وهو حر بتمامها ولا يلحقه دين وأحكامه أحكام العبيد. ابن حبيب. فإن اختلفا في الإجارة فسأل السيد فإن قال أردت أن يكون حراً بعد تمام الأمد صدق وكانت الإجارة له وإذا مات المعمر بعد الإجارة ففي الجواهر إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة وقبل انقضاء مدتها انفسخت في بقية المدة وقيل إن أكروا لمن يجوز الكراء إليه لم تنفسخ وإذا استحققت الأجرة وهي معينة انفسخت الإجارة فإن كانت غير معينة لم تنفسخ وإن استحققت العين المستأجرة انفسخ الكراء إلا أن يكون الكراء مضمونا فيسلم إليه تلك العين ليستوفى منها فلا تنفسخ ويلزمه الإتيان بغيرها.

السابع: الغصب: وفيه ثلاثة: المصيبة من المالك مطلقاً قال مالك في الواضحة ومن أكرى أرضاً وقبضها ثم غصبها منه سلطان فمصيبتها من ربها ولا كراء له فيما بقي. وقال سحنون الجائحة من المكترى والفرقة فإن غصب أصل الدار فالمصيبة من ربها وإن غصب السكنى فهي من المكترى.

الثامن: هروب الأجير والجمال: وإذا استؤجر رجل مدة معينة فهرب قبل استيفائها فانفسخت الإجارة بانقضائها وإن كانت غير معينة ألزم عملها وإذا هرب الجمال بالإبل وكان الكراء لشيء بعينه انفسخت الإجارة بمضيه من غير افتقار لحكم وإن كان بشيء لغير عينه ولم يفت ما اكتريت له فليرجع إلى الحاكم فإن كان لا

ضرر على المكترى لم يعجل بالفسخ فإن كان عليه ضرر فسخ مثل المكترى إلى بلد إن فاته الخروج مع هذه الرفقة فات ما اكتراها له أو يكون الكراء للحج فإن لم يرفع إلى الحاكم فهل يفسخ كالمعين أو لا قولان.

الفصل الثالث: في حكم الغلط والتضويت وموت المكترى وتخلضه:

وإذا اكترى رجل من جمال على حمل بعينه إلى بلد بعينه فأخطأ فحمل غيره فوبه بالخيار في تضمينه قيمته في البلد الذي حملة منه وبأخذها حيث هو وإن أحب أخذ الحمل وغرم الكراء قاله ابن القاسم وقال أشهب لا كراء له وليس للجمال أن يقول أنا أردته ولا لربه أن يلزمه ذلك وعلى الجمال أن يرجع فيحمل ما استأجره عليه وإذا فوت رب العين المكترة تلك العين بالبيع أو الهبة فالمكترى أحق بها في الموت والفلس بقيمة المدة كطعام بعينه مات بائعه أو فلس قبل الكيل قاله ابن القاسم ولا يفسخ الكراء بموت المتكاريين أو أحدهما وكذلك من اكترى أرضاً أو داراً فلم يجد بذراً أو سجنه السلطان وإذا مات المكترى في الطريق فلم يجد وليه كراءه وأراد أن يطرح في شقه حجارة فقال ابن القاسم ليس له ذلك وهو مضار إلا أن يكون له في تلك الحجارة نفع. ابن شاس. وإذا ظهر للعاقد عذر فتخلف عن استئجار الدابة أو تغيرت خلقته بعد استئجار الخانوت أو مرض فالعقد لازم إذ لا خلل في المعقود عليه.

الفصل الرابع: في الضمان:

ويتعلق النظر بالأجراء والصناع:

أما الأجراء: فالمعروف أن يد الأجير يد أمانة وقيل لا ولم يختلف في أن يد الحارس يد أمانة، قال محمد من استؤجر على حراسة بيت فنام فسرق فلا ضمان عليه وله أجره كاملاً وكذلك جميع الحراس والسمسار لا يضمن وكذلك الحمامى وقيل يضمن الحمامى إلا أن يأتي بحارس فلا يضمن ثم في تضمين ذلك الحارس قولان لابن حبيب والمدونة واستثنى مالك الطعام والشراب مقتاتاً أو غير مقتات حملوه في سفينة أو على ظهورهم أو دوابهم مع عدم البيئة ولا ينتفعون بشرط الضمان وخص ابن حبيب الضمان بما يقتات دون ما يتفكه به ثم ما هلك من الطعام بقولهم فإنهم يضمنون مثله في الموضع الذي يحملونه إليه ولهم جميع

الكراء وما لم يضمّنوه إما لكون ربه معه أو قامت بينة بهلاكه بأمر سماوى فلا كراء لهم فيه وعليهم حمل مثله من موضع التلف وإن تقم بذلك بينة فجعله ابن المواز مثل ما قامت بهلاكه بينة وقال ابن حبيب ولهم من الكراء بحسب ما مضى وينفسخ ما بقى ثم حيث قلنا بقبولهم التلف فذلك ما لم يصدر منهم ما يقتضى الضمان ولذلك ثمانية أسباب:

الأول: ظهور كذبهم مثل أن يدعى التلف فتشهد البينة بعد ذلك على رؤيته عنده.

الثانى: أن يدعى التلف على صفة لا تشبه.

الثالث: كراؤه لغيره على أحد الأقوال وهي ثلاثة نفى الضمان مطلقاً ووجوبه مطلقاً والتفرقة فإن أكراه من مثله فى أمانته لم يضمّن وإلا ضمّن وهو المشهور.

الرابع: فى التفرير الفعلى وفى القولى قولان مثال الأول أن يغره بضعف الحمل أو من عثار قال اللخمي ولصاحب الحمل تغريم الجمال قيمة ذلك بالموضع الذى حمله منه أو بالموضع الذى هلك فيه، وقال ابن حبيب يضمّن قيمته يوم الهلاك وله من الكراء بحسابه إلى ذلك الموضع قال وهو قول ابن القاسم مثال الثانى أن يدفع له حبلاً ويأمره أن يربط بها الحمل.

الخامس: التعدى والتفريط.

السادس: حبس الكارى المتاع حتى يقبض وحوزه عن ربه كما يحاز الرهن وذلك موجب الضمان قال ابن القاسم وله الكراء كله إذا بلغ الغاية.

السابع: الجناية عمدا كانت أو خطأ إلا ما كان منها مأذون فيه قال ابن القاسم وما فعله الراعى مما يجوز له فعله فأصاب الغنم من فعله عيب لم يضمّن.

الثامن: عدم إتيانه بما يصدقه مع القدرة على ذلك قال ابن القاسم فى المرتهن يدعى موت الدابة بموضع فيه عدول ولم يعرف واحد منهم موتها هو ضامن فكذلك ينبغى هاهنا.

الصناع: والمذهب أن الصناع ضامن إذا نصب نفسه للناس ولم يقم له دليل بصدقه يصدقه وسواء عمل بأجر أو بغير أجر كثر العمل أو قل مثل زر فى ثوب أو طوق أو رقعة أو فص خاتم وسواء عمل فى حانوته أو فى بيته سواء كان التلف

بصنعة أو بغير صنعة وأما الصانع الخاص فهو أمين. ابن شاس. إذا لم ينصب نفسه للصنعة فيده يد أمانة وكذلك لو دعاه رب السلعة فعمل في بيته وكذلك إن لازمه صاحبها وإذا أقامت للصانع بيته بالهلاك من غير تفريط ولا تعد لم يضمن قاله ابن القاسم وقال أشهب يضمن ثم إن أصل القبض على الضمان ثم إن شهدت بهلاكه بعد تمام العمل فقال ابن القاسم لا شيء له من الأجرة وقال ابن القاسم له الأجرة. وإذا اشترط الصانع نفى الضمان نفعه على قول أشهب ولم ينفعه على قول ابن القاسم وعليه القيمة يوم القبض إلا أن يقر أن قيمته يوم التلف أكثر فيضمنه ولو ظهر عنده بعد ذلك فقيمه يوم ظهر عنده وإن كانت أقل، وإذا كان عند الأجير المشترك أجر فتلف بأيديهم ضمن هو دونهم وإذا دفع القصار للثوب إلى قصار آخر وهرب بعدما قبض أجرته بيته فلربه أخذ ثوبه بلا غرم ويتبع الثاني الأول بحقه وإن لم تكن له بيعة حلف الثاني ما قبض أجرته وأخذ الأقل من أجرته وإجارة الأول قاله ابن ميسر. وإذا أخطأ القصار فدفع ثوبك بعدما قصره لغيرك فقطعه وخاطه ثم دفع إليك غيره فإنك ترده ولك أن تضمن القصار قيمته أو تأخذه مخيطةً بعد دفع أجرة الخياطة نقصته الخياطة أو زادته ولا ترجع بذلك على القصار.

الفصل الخامس: هي التنازع:

وإذا ادعى الصانع الرد فالقول قول رب المتاع عمله بأجر أو بغير أجر. وقال ابن الماجشون القول قول الصانع إلا أن يدفعه إليه بيعة وإذا قال المكتري ما يغاب عليه رددته صدق مع يمينه كما يصدق في تلفه وإن قبضه بيعة وقال أصبغ: إن قبضه بيعة لم يبرأ إلا بيعة وإن صدق في التلف وإذا استأجر رجلاً على توصيل الكتاب إلى بلد فالقول قوله في توصيله في أمد يصل في مثله ويدفع إليه الكراء وكذلك الحمول قاله ابن القاسم ولو أمر رب الثوب الغسال بدفع الثوب إلى الكماد فادعى دفعه وأكذبه الكماد أو ادعى ضياعه ففي قبول قوله قولان لابن الماجشون وأصبغ وإذا قال استودعتك وقال الصانع أجرتنى فقال مالك الصانع مصدق وقيل بل مدعى وإذا قال أمرتك بصبغ الثوب أحمر وقال الصباغ بل أخضر فالصباغ مصدق مع يمينه إلا أن يصبغه صبغاً لا يشبه مثله فيصدق ربه مع يمينه وإذا اختلفا في قدر

الإجارة فالقول قول الصانع بخلاف البناء فإن القول قول رب البناء مع يمينه لأن البناء سلم ما بيده لربه ولو سلم الصانع ما بيده لكان مثله ثم حيث قلنا بتضمين رب الثوب فذلك إذا أتى بما يشبهه وإلا صدق ربه فيما يشبهه فإن ادعى ما لا يشبهه فله أجر المثل. وإذا قال المكتري اكتريت منك إلى إفريقية ويقول الجمال بل إلى برقة فإن وقع ذلك قبل الركوب تحالفا وتفاسخا وإن قبض الكراء قاله مالك وقال غيره القبض فوت والقول قول الجمال إذا أتى بما يشبهه وإن وقع بعد الركوب فإن كان لم ينقد وكان مما لا ضرر عليه في رجوعه فكذلك وإلا فالقول قول الجمال إن أتى بما يشبهه فإن نكل حلف المكتري وركب إلى إفريقية وإن نفق الدابة ببعض الطريق فتخالفا هل هي مضمونة أو معينة فقال مطرف والقول قول من ادعى التعمين. وإذا اكترى على متاع فاعترضهم نهر فاحتيج إلى من يجوز المتاع ففي أجرة من يجوزه تفصيل قال بعض الشيوخ إن كان النهر لا يجوز إلا بالمعدية وهو معلوم في الطريق كالنيل فالأجرة على رب المتاع وإن كان يخاض بالدواب فاعترض فيه حملان لم يعلموا به من كثرة المطر فذلك على الجمال إلا أن يكون وقت الكراء علموا جريه فيكون كالنهر الدائم وإذا اكترى على وزن معلوم فزاد بالمطر فأراد الجمال أن ينقص منه وقال المكتري هو الذي اكتريت منك عليه بعينه فقال سحنون إذا زاد فليس هو بعينه وليس عليه أن يحمل إلا الوزن المشروط فإن نقص منه الزائد على الوزن لزمه حملة وإذا قال أسكتني بغير كراء وقال رب الدار بالكراء فالقول قول المالك فيما يشبهه فإن أتى بما لا يشبهه فله كراء المثل قاله ابن القاسم وقال غيره على الساكن الأقل مما ادعاه المالك ومن كراء المثل بعد أيمانها وإن اختلفا في قدر المدة تحالفا وتفاسخا في بقيتها وإن اختلفا في قدر الكراء أو في نوعه وأتيا معا بما لا يشبهه تحالفا وتفاسخا وبدأ المالك باليمين وله فيما سكن كراء المثل قاله في المدونة، وقال في الموازية عليه بحساب ما أقر به وإذا تنازعا في الكراء فالأصل أن القول قول المالك وقد روى الدمياطي أن القول قول المالك مطلقاً ولا شك أن الحكم كذلك ما لم يكن عرف فيعمل بمقتضاه وقد قالوا في الصانع يقول لم أقبض الأجرة أن القول قوله ما دام المصنوع بيده أو دفعه وقام بالقرب فان قام بالبعد فالقول قول المالك وكذلك الجمال يكون القول قوله ما دام الحمل بيده أو

بعد أن سلمه وقام بالقرب كاليوم واليومين وكذلك كراء الحاج يقدم بعد وصوله بالقرب فإن بعد صدق الحاج قاله ابن القاسم يريد للعرف وكذلك الدار إن قام بحدثان حلول الكراء فالقول قوله وإن تباعد فالقول قول المكتري مع يمينه فيما تقدم من الشهور ومن السنين والقول قول رب الدار في الشهر الأخير من السنة الأخيرة مع يمينه إن قام بحدثان ذلك، قال بعضهم: والشهر في ذلك بعد انقضاء المدة قريب.

• خاتمة:

إذا قام رجل على من زرع أرضه بغير إذنه ولا علمه واعترف بذلك وكان ذلك في الإبان فلرب الأرض قلع الزرع إن كان فيه منفعة ولا يجوز أن يأخذه بقيمته مقلوعاً ويدخله بيع الزرع قبل بدو صلاحه وقد منع ابن القاسم بيع ما زرعه المكتري من رب الأرض وإن كان نماؤه في أرضه وقيل يجوز لأنه يدخل في ضمانه بمجرد العقد لكونه في أرضه وإليه ذهب التونسي وإن لم تكن له فيه منفعة بقي لرب الأرض وإذا رضى رب الأرض بأخذ الكراء ويبقيه لربه والزرع مما ينتفع به جاز وإن كان مما لا ينتفع به لم يجز أخذ الكراء وإن قدم بعد الإبان وصدقه فله كراء المثل.

كتاب الجعالة

حقيقتها، إعطاء أجر في مقابلة عمل بشرط التمام.
 حكمها: الجواز ولا تلزم بالعقد بل لكل واحد منهما الترك فإن شرع في العمل
 لزم الجاعل وكان للمجعول له الترك.
 حكمة مشروعيتها: الفرق ودفع الحاجة.
 أركانها: ثلاثة: العاقد والمعقود به والمعقود عليه.
 الأول: العاقد:

ويتناول الجاعل والمجعول له ويشترط في الجاعل أهلية الاستتجار ولا يشترط في
 المعجول له أن يكون معيناً بل لو قال من جاءني بعبدى الأبق فله كذا فأتاه به رجل
 استحق الجعل وإن لم يعلم بالجعل ولا تكلف طلباً ولو جاءه به قبل أن يجعل ربه
 فيه جعلاً ومن شأنه التكبس مثل ذلك فله جعل المثل وإن شاء ربه تركه له ولا
 يعطيه شيئاً وإن لم يكن ذلك من شأنه فليس له إلا ما أنفق عليه.
 الثاني: المعقود به:

كل ما جاز تملكه وجاز بيعه فلو قال من جاءني بعبدى الأبق فله نصفه لم يجز
 وكان له جعل المثل إن أتى به ولو قال بع هذه الثياب ولك درهم من كل ثوب جاز
 وإن قال من كل دينار درهم لم يجز ولا يجوز به بعشرة ولك ما زاد.
 الثالث: المعقود عليه:

ويشترط فيه خمسة شروط:

الأول: أن يكون مما لا يلزم المعجول له عمله وما يجوز له عمله إن كان مما
 يلزمه عمله لم يجز له أخذ الجعل عليه مثل أن تجد آبقاً من عمل لأن رده واجب
 عليه ولو كان مما لا يجوز له فعله لم يجز له أخذ الجعل عليه كالجعل على الحرام.
 الثاني: أن يكون مما ينتفع به الجاعل قال عبد الملك فيمن جعل لرجل جعلاً
 على أن يرقيه موضعاً في الجبل سماه له: إنه غير جائز ولا يجوز الجعل إلا على
 ما ينتفع به الجاعل وقيل يجوز.

الثالث: أن يكون مما لا ينتفع به الجاعل إلاً بتمامه فلا يجوز الجعل على حفر يثر في أرض مملوكة للجاعل لأن المجمعول له أن يترك الحفر قبل التمام انتفع به الجاعل بخلاف ما يكون في أرض غير مملوكة .

الرابع: أن يكون غير مقدر بزمن فلو قال بع هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يجز إلا أن يشترط أن يترك متى شاء لأنه إن ذهب اليوم ولم يبعه ذهب عناؤه باطلاً وإن باعه في نصفه فله الجعل كاملاً وتسقط عنه بقية اليوم وذلك خطر والجعل لا يكون مؤجلاً إلا أن يكون له رده متى شاء .

الخامس: أن يكون في اليسير، قال القاضي أبو محمد: لا يجوز أن يكون في الكثير لما فيه من الغرر فذهاب العمل الكثير باطل، وقال ابن رشد: ما ذكره عبد الوهاب غير صحيح والصحيح أنه جائز في كل ما ليس فيه منفعة للجاعل إلا بتمامه قليلاً كان أو كثيراً قال وإنما قال ذلك مالك في المبيع لأن ينتفع بحفظ الكثير من الثياب مدة بقائها عنده ولو لم يدفعها إليه لجاز إذا جعل له في كل ثوب درهما .

اللواحق

وينحصر الكلام فيها في أربعة فصول:

الأول: استحقاق الجعل:

ويجب للعامل الجعل بتمام العمل لأن له أن يدعى العمل متى شاء إلا أن ينتفع الجاعل بما جعله العامل مثل أن يجاعله على حمل خشبة إلى موضع فيحملها نصف الطريق ويتركها فيجاعل عليها ربها من يبلغها الموضع قال مالك للأول قدر ما انتفع به الجاعل وكذلك البئر يحفر نصفها ويترك قال مالك وابن كنانة يرجع بقيمة عمله يوم أتمها الثاني كانت القيمة الآن مثل المسمى أو أقل أو أكثر .

الثاني: الزيادة في الجعل والنقصان منه:

وذلك جائز قبل تمام العمل إذا لم يجب له شيء بعد العقد .

الثالث: في الجعالة الفاسدة:

وحكمها حكم نفسها فيكون له جعل مثل سواء أتم العمل أو لم يتم وقيل ترد

إلى حكم نفسها في بعض الصور وإلى حكم أصلها وهي إجارة في البعض قال ابن رشد وهو الصحيح فقال ابن المواز كل جعل فاسد ففيه إجارة المثل وقال ابن حبيب إذا جعل له جعلاً في بيع متاع إن باع الجميع فله جعله وإن لم يبع الجميع فلا جعل له أو قال له ذلك الجعل سواء بعث أو لم تبع لم يجز ورد إلى أجرة المثل باع أو لم يبع، وقال ابن القاسم إذا لم يسم الجعل وقال ما بعث به فلك من كل درهم سدسه لم يجز فإن باع فله جعل المثل.

الرابع: في التنازع

وإذا تنازعا في قدر الجعل تحالفاً وتفاسخاً ورد إلى جعل المثل ولو أنكر الجاعل سعى العامل في الرد فالقول قوله.

* * *

كتاب إحياء الموات

حقيقة الإحياء، العمارة، الموات، ما لم يعمر من الألفية .

حكما؛ الجواز وهو سبب في الملك .

حكمة مشروعيتها؛ الرفق والحث على العمارة .

أركانها؛ ثلاثة: المحيى والمحيى والكيفية .

الأول: المحيى؛

ولا خلاف أن ذلك للمسلم وفي افتقاره إلى الإمام ثلاثة مشهورها التفرقة بين القرب والعبد وعلى المشهور فإن فعل بغير إذنه نظر فيه الإمام فإن رأى إمضاء له وإلا جعله للمسلمين أو أقطعه لمن شاء ويكون للأول قيمة ما فيه مقلوعاً أو يأمره بقلعه واختلف في الذمى فقال ابن القاسم مال أحياء أهل الذمة من موات المسلمين فهو لهم إلا أن يكون في جزيرة العرب وهي مكة والمدينة واليمن قال مطرف وابن الماجشون فإن فعل أعطى قيمة عمارته وأخرج وإن عمر في غير ذلك في بعد من العمران جاز ذلك وأما ما قرب فيعطى قيمة عمارته منقوضاً ويخرج وليس للإمام أن يعطيه إياه .

تنبه: القرب والبعد يرجع إلى حال البلد فما تألفه مواشيهم في غدوها ورواحها فهو قريب .

الثاني: المحيى؛

هو الموات المنفكة على الاختصاص والامتياز .

وأسباب الاختصاص خمسة:

الأول: العمارة: ولا يملك بالإحياء ما كانت فيه العمارة وإن اندرست إلا أن تكون عمارة إحياء ثم اندرست حتى عادت كما كانت قبل الإحياء فتملك بالإحياء عند ابن القاسم دون سحنون وقال مطرف وابن الماجشون إن تركها الأول إسلاماً لها فهي للآخر ثم إن عمرها الآخر بحدثان عمارة الأول جاهلاً فله قيمة بنيانه قائماً وإن كان عالماً فممنقوضاً .

الثاني: حریم عمارة: وهو يختص بصاحب العمارة فحریم البئر الذى يمنع غير حافرها من الإحداث فيه ما يضر بها باطنا أو ظاهرا فالباطن حفر بئر ينشف ماؤها وحفر مطمر لمطرح النجاسات حتى يصل وسخها إليها والظاهر الغرس والبناء والحرس والتزول الذى يضر بالمنتفعين بها ويضيق عليهم فى نزولهم وصدرهم ومعاطن إبلهم ومرابض مواشيهم وكذلك إن حفرها ليزرع عليها مواتا فحریمها قدر ما يحتاج إليه حافرها مما يقوم لسقى مائها ويقدر على زرعه وليس للآبار والعيون حد عند مالك إلا ما يضر بها وحریم الشجر ما يرى أن فيه مصلحتها وما لا يضر بأهلها ويسأل عن ذلك أهل المعرفة قال اللخمي إن قالوا عشرة أذرع لم يكن لهذا أن يغرس عند آخر العشرة لأن الشجرة الثانية تحتاج إلى ما تحتاج إليه الأولى فإن جعل بينهما دون ذلك أضر بالأولى وإن جعل بينهما عشرة فانتشرت عروق الأولى وفروعها أكثر قطع ما وصل إلى حد الأولى فى ظاهر الأرض وباطنها وإذا أحيا الأول للسكنى وأراد الآخر مثل ذلك فمنعه الأول وقال تكشفنى إن كنت قريباً فله ذلك وقد قضى عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه أن يجعل بينهما نحواً من مائة ذراع وحریم الدار المحفوفة بالموات مرافقها التى تجرى بها العادة لمطرح التراب ومصب الماء وموضع الاستطراق منها وإليها وإن كانت محفوفة بالأمالك فما كان بينهما وبين تلك الأملاك لا يختص به أحد دون آخر.

الثالث: التحجير: ونعنى بذلك أن يضرب حدا حول ما يريد إحياءه على خلاف وقد قال ابن القاسم لا يعرف مالك التحجير إحياء ولا ما قيل: إن من حجر أرضاً يترك ثلاث سنين فإن أحيا وإلا فهى لمن أحيأها.

الرابع: الإقطاع: وإذا أقطع الإمام رجلاً أرضاً فهى ملك له وإن لم يعمرها ولا عمل فيها شيئاً وله أن يبيع ويهب وليس للإمام أن يقطع غير الموات تمليكاً بل إمتاعاً.

الخامس: الحمى: وقد حمى رسول الله ﷺ البقيع لحليل المهاجرين وهو قدر ميل فى ثمانية أميال. وزاد الولاة فيه بعد ذلك قال سحنون الحمى إنما يكون فى بلاد الأعراب فى الفيافى التى لا عمارة فيها بغرس ولا نبات وإنما يكون فى الأطراف حيث لا تضيق على ساكن قال وفى ذلك يكون الإقطاع أيضاً والمشارك كالشوارع

والطرق والجدر و عمر المياه والمساجد فأما الشوارع فإن كانت نافذة فالاستطراق فيها مستحق للكافة ويتنفع بها أيضاً للجالس والمرابط والمصاطب وجلوس الباعة للبياعات الخفيفة في الأفنية لأنها تحار بالبناء والتخضير ومن سبق إلى مكان يباح له الجلوس فيه فهو أحق به وإن كانت غير نافذة فهي مملوكة لأرباب الدور التي هي فيها فلا يجوز إشراع جناح إليها ولا فتح باب جديد منها إلا برضاء الجميع وأما الجدر فليس لأحد الشريكين فيها تصرف إلا بإذن شريكه فإن تنازعا فيه فصاحب اليد من كان إليه وجه الجدار والطاقت ومعاقد القمص والغرز فإن استربا في ذلك فهو بينهما بعد أيمانها وأما عمر الماء فمذكور فيما بعد وأما المساجد فيتتنع بها للصلاة والجلوس ومن سبق إلى مكان منها لم يزعج منه ويجلس فيها للذكر وللتلاوة وللاشتغال بالعلوم الشرعية وخفف فيها النوم في القائلة للمقيم والمسافر ولا ينبغي أن يتخذ مسكنا إلا لرجل متجرد للعبادة لقيام الليل قال ابن حبيب وأرخص في الرجل فيه مجتازا المرة بعد المرة إلا أن يتخذ طريقاً.

الركن الثالث، كيفية الإحياء،

وذلك بالبناء والغرس وتفجير المياه وتحريك الأرض بالحرث والحفر وقطع الشعراء واختلف في ثلاثة: رعى الكلاء والتحجير وتعديل الأرض بكنس حجرها وتسوية خربها فلم يرها ابن القاسم إحياء ورآها أشهب إحياء.

اللواحق

ضربان:

الأول، ما يحدثه الرجل في أرضه مما يضر بجاره،

وذلك ثلاثة عشر نوعاً:

النوع الأول: الدخان: وذلك ممنوع وقد نص مالك على أن من أحدث في عرصته فرنا أو حماما أو كيرا للحديد أو فرنا لسيل الذهب والفضة فأضر بجاره أنه يمنع واستخف اتخاذ التنور. وفي الطرر عن ابن رشد أن ذلك يمنع اتفاقاً.
تنبيه: إن أمكن قطع الدخان بحيث لا يضر بالجار قطع ويبقى الفرن بحاله وبها

قضى سليمان بن أسود فجعل أنبوا في أعلى الفرن يخرج منه الدخان وصعد ولم يضر.

النوع الثاني: ضرر التبن: وإحداث الأندر ممنوع اتفاقاً قاله ابن رشد لما يتطاير من التبن في موضع الجار.

الثالث: ضرر الروائح: كأحداث الرباع قال ابن رشد وذلك أيضاً ممنوع بالاتفاق.

الرابع: ضرر الكنيف والرحا: لأن ذلك يضر بالجدران.

الخامس: ضرر الاطلاع: وقال ابن رشد يمنع من اتخاذ الكوة واتخاذ الباب لضرر الاطلاع وقيل لا يمنع ويقال للجار استر عن نفسك قاله أشهب وابن الماجشون وابن مسلمة والمخزومي قال وهو شاذ والمنع قوله في المدونة وإذا كانت الكوة قديمة أو الباب قديماً فليس له سده.

السادس: ضرر الأصوات: كالحداد والكماد والنداب فيه قولان المشهور أنه لا يمنع.

السابع: إحداث بناء يمنع الضوء والشمس والرياح: وذلك غير ممنوع ولو أحدث بناء يمنع الرياح عن أندر جاره لم يمنع قاله ابن القاسم واختلف فيه قول سحنون. الثامن: نقصان الغلة: مثل أن يحدث فرنا قريباً من فرن جاره ولا يمنع منه اتفاقاً ولو أحدث رحا على نهر فوق رحا قديمة فأضرت بها في نقصان غلتها أو كثرة مؤنها أو في غير ذلك ضرر بين فقال ابن القاسم يمنع ولو لم يبين لأهل المعرفة في ذلك ضرر قيل له عمر فإن أضرت منعتك.

التاسع: حفر البئر في الدار: قال مالك له ذلك إلا أن يضر بجاره ضرراً يبتأ في استفراغ ماء بئرته قال بعض الشيوخ هذا خلاف ظاهر المدونة لأنه أطلق فيها القول بالضرر ولم يقيد بصفة وقال ابن كنانة له أن يحفر فإن أضرت ببئر جاره منع. وقال أشهب إن كان يجد منها بدا وليس هو بمضطر منع وإن كان مضراً فله أن يحفر وإن أضرت ببئر جاره وقال ابن القاسم من حفر بئراً بعيدة من دارك فانقطع ماء بئرك من حفره وعلم ذلك فلك ردمها عليه.

العاشر: إحداث الميزاب لماء المطر: ممنوع سواء أضرت بجاره أو لم يضر إلا أن

يأذن له جاره فإن لم يأذن وأراد أن يضم جداره إلى داخل ويجعل الميزاب ينصب في موضع الجدار فقال مطرف ليس له أن يحدث على جاره شيئاً لم يكن وقال عيسى له ذلك .

الحادى عشر: إحداث باب قبالة باب الجار: منعه في المدونة في الزنقة غير النافذة وأجاره في النافذة وقال سحنون يمنع أيضاً ولكن ينكب عن باب جاره قليلاً بحيث يرى أن يزال به الضرر .

الثانى عشر: ضرر الشجر: وإذا كانت شجرة إلى جدار رجل أضرت به فقال مطرف إن كانت أقدم من الجدار وكانت على ما هي عليه اليوم من الانبساط فلا تقطع وإن حدث فيها أغصان تضر بالجدار فليشمر منها ما يضر مما حدث وقال ابن الماجشون لا تقطع وإن أضرت به لأنه قد علم أن ذلك من شأن الشجر وإن كانت محدثة بعد الجدار قطع منها ما أضربه وإن كثرت وما انتشر من الشجر إلى أرض الجار قطع ولو امتدت عروقها تحت الأرض فظهرت بأرض الجار وأثمرت خير رب الأرض بين أن يقلعها أو يعطى قيمتها مقلوعة قال ابن القاسم إلا أن تكون لربها منفعة إذا قلعها وغرسها نبتت فله قلعها وإن كان لا منفعة له فيها ولا عليه مضرة فهي لرب الأرض .

الثالث عشر: ضرر الحيوان: كالدجاج والحمام والنحل والمواسى قال أصبغ النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وقاله ابن القاسم وقيل يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زرعهم وشجرهم وما أفسدته الماشية نهاراً فجارٍ، وما أفسدته ليلاً فضمامه على أربابها ويقوم الزرع الأخضر على الرجاء والخوف قال مالك ولا يستنابه أن ينبت كما يفعل بسن الصبى الصغير ولو أراد صاحب الماشية أن يسلم ماشيته فيما أفسدت لم يكن له ذلك بخلاف جنابة العبيد وإن أفسدت الزرع بعد أن يستحصد ويستغنى عن الماء غرم مكيلته بالحرص إذا أفسدت الجميع وكذلك التبن ولو أفسدت أشجاراً غرم قيمتها على الرجاء بإحيائها والخوف بهلاكها .

الضرب الثانى: هي حكم ما ينشأ عن الأعيان المملوكة،

وهي المعادن والمياه وتوابع المياه من الكلاً والسمك فأما المعادن فقد سبق الكلام

عليها في الزكاة . وأما المياه فإن كان منها خاص كماء بئر في ملكه وما حازه في الجدار فحكمه حكم سائر الممتلكات يصح بيعه ومنعه وما كان غير خاص وكان مسيله في أرض مباحة كالذى يسيل من شعاب الجبال فحكمه أن يسقى منه الأعلى فالأعلى وإن كان مسيله في أرض مملوكة فلمن صار بأرضه أن يحبسها ويمنعها قل أو كثر وما كان متردداً بين الخصوص والعموم كماء البئر المحفورة في الفياض والبادى للمواشى فلا تباع ولا تورث لكن حافرها أحق بكفايتها ثم ورثتها وما فضل فليس له منعه والمسافرون أحق من المقيمين وعليهم إغارة الرشاء والدلاء والحوض . والكأ إذا كان بأرض غير مملوكة لم يمنع وما كان بأرض مملوكة لمعين فقال أشهب لا يجوز بيعه أصلاً وهو كالماء الذى يجريه الله سبحانه وتعالى على وجه الأرض وإنما له أن يتنفع به ويحميه لرعيه خاصة وله أن يجزه ويبيعه وأما قائماً فلا . وقال مالك وابن القاسم فى العتبية له بيعه وإنما الذى لا يكون له بيعه ما سوى المروج والحمى من خصب فدادينه ويجبر على إباحتها للناس إن استغنى عنه إلا أن يكون فى وصول المواشى إليه ضرر عليه مثل فدان فيه خصب وحوله زرع له فيتضرر بمر المواشى فى زرعه فيكون له المنع وإن لم يحتج إليه وأما السمك فما كان منه فى أرض غير مملوكة له لم يمنع منه من أراده وما كان مملوكاً لغير معين ففيه خلاف قال ابن القاسم سألت مالكاً عن بحيرات عندنا بمصر لأهل القرى أرادوا بيعها ممن يصير سمكها سنة فقال ما يعجبني أن تباع لأن سمكها يقل ويكثر وما أحب أن يمنع من يصيد ممن لا يملك فيها شيئاً وقال سحنون لهم منعها وقال أشهب إن طرحها فتوالدت فلهم منعها وإن كان الغيب أجزاها لم تمنع .

كتاب الحبس

حقيقته: لغة: المنع. وشرعاً: إعطاء عين لمن يستوفى منافعها على التأيد.
 حكمه: الجواز خلافاً لأبي حنيفة.
 حكمة مشروعيته: تكثير الأجر وعموم النفع ومراعاة مقاصد العبيد بعد الممات
 والتنبيه على أن أعماله محفوظة عليه.
 أركانها: أربعة: الصيغة والمحبس والمحبس والمحبس عليه.
الأول: الصيغة:

وهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تملك العين على التأيد وعلى منع
 التصرف في العين المحبسة بالبيع ونحوه ويقوم مقام الصيغة ما دل عرفاً على ذلك
 كالإذن المطلق في الانتفاع كما لو بنى مسجداً وأذن للناس أن يصلوا فيه ثم الصيغة
 إن صدرت مطلقة حكمها للزوم وإن صدرت مقيدة بخيار فكذلك وشرط الخيار
 باطل وإن تقيدت بشرط اختلف بحسب ذلك الشرط.
والشروط ثلاثة: جائز وممنوع ومكروه.

الأول: الجائز: وله صور منها أن يحبس على ولده على أنهم إن احتاجوا أو
 اجتمع أكثرهم على البيع باعوا وقسموا الثمن على السواء أو للذكر مثل حظ
 الأنثيين فإن هلكوا ولم يبق منهم إلا واحد فله البيع. قاله مالك ثم حيث قلنا لهم
 البيع إن احتاجوا فلا بد من إثبات الحاجة ويحلف أن لا مال له ظاهراً ولا باطناً إلا
 أن يقول المحبس وهو مصدق ومنها أن يحبس داره على عقبه ويشترط أنها لآخرهم
 بتلا فإن كان آخر العقب امرأة باعت إن شاءت وإن كان رجلاً يرجي له العقب لم
 يبع فإن مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته. ومنها أن يحبس داره ويستثنى منها بيتا
 يسكنه حياته ثم يلحقه بالحبس بعد موته وذلك جائز إذا كانت قيمته مثل ثلث
 جميع الدار أو أقل.

الثاني: الممنوع: وهو ما آكل للكراء المجهول وهو أن يحبس داراً على رجل على
 أن عليه بناء ما رث منها من ماله فإن وقع مضى وسقط الشرط وبنيت من غلتها.

الثالث: المكروه: وهو إخراج البنات من الحبس قال مالك وذلك من فعل الجاهلية وما أريد به وجه الله تعالى لا يكون كذلك قال عنه ابن القاسم إذا حبس على ولده وأخرج البنات عنه إن تزوجن، الشأن أن يبطل، وروى ابن القاسم أنه يمضى إذا مات على ما شرط وإن كان حيا ولم يحز عنه فليرده وإن حيز مضى على ما شرط.

الثاني: المحبس:

شرطه الإسلام والطوع والرشد فلا ينفذ من الذمي قال مالك في نصرانية بعثت ديناراً إلى الكعبة يرد إليها. وقال ابن القاسم في ذمي حبس داراً على مسجد أنه لا ينفذ ولا ينفذه من المكروه ولا من المحجور.

الثالث: المحبس:

ولا خفاء بجواز تحبيس العقار وفي جواز تحبيس الحيوان روايتان الجواز قوله في المدونة قال بعضهم الخلاف إنما هو في غير الخيل أما الخيل فلا خلاف في جواز تحبيسها ثم إن قلنا بجواز تحبيس الحيوان فنقول باللزوم وإن قلنا بالكراهة ففي اللزوم روايتان.

الرابع: المحبس عليه:

كل من يصح أن يملك أو يملك الناس الانتفاع به كالحبس على المساجد قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندي جواز الوقف على الذمي دون الكنيسية قال ويجوز على الجنين وعلى من سيولد قال وزعم بعض الناس أن الوقف على الحمل غير جائز. المحبس عليه إن كان معينا وهو أهل للولد والقبول فلا بد من قبوله واختلاف في قبوله هل هو شرط في اختصاصه به أو هو في أصل الوقفية ففي الموازية فيمن قال أعطوا فرسى فلاناً فلم يقبله إن كان حبساً أعطى لغيره وقال مطرف فيمن حبس حجراً فلم يقبلها المحبس عليه لأجل نفقتها رجعت ميراثاً وإن كان غير معين لم يفتقر إلى القبول.

اللواحق

وينحصر الكلام فيها في أربعة فصول:

الأول: هي الحيازة،

وهي شرط في تمام الحبس لا في انعقاده كالهبات والصدقات والعمرى وسيأتي الكلام عليها في الهبات والصدقات إن شاء الله تعالى.

الثاني: في بيان مدلولات الفاظ المحبس عليهم والفاظ المحبس،

أما ألفاظ المحبس عليهم: فكلفظ الولد والعقب والابن والذرية والنسل والآل والقربة والموالي والقوم والإخوة والعصبة والأعمام وبنى الأب وأطفال أهلى وما فى معنأهم من صبيانهم وصغارهم وشبانهم وأحداثهم وكهولهم وشيوخهم والأرامل والسبيل.

فلفظ الولد: يتناول ولد الصلب وأولاد ذكورهم دون ولد البنات على المشهور.

ولفظ العقب: كلفظ الولد، ولفظ الابن مثلهما.

ولفظ الذرية: يدخل فيه ولد البنات قال ابن العطار لا خلاف فى ذلك وقيل لا يدخلون.

ولفظ النسل: فى دخول ولد البنات فى القولان.

ولفظ الآل: قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبة والأخوات والبنات

والعمات دون الخالات وهذا هو المشهور وقال التونسى يدخل كل من كان من جهة أحد الأبوين وإن بعد.

ولفظ القرابة: قال مالك فى الموازية فىمن أوصى بمال لأقاربه أنه يقسم على

الأقرب فالأقرب بالاجتهاد قال فى العتبية ولا يدخل فى ذلك ولد البنات وولد

الخالات وروى عنه ابن زياد أن أقاربه من قبل أبيه وأمه يدخلون وقال أشهب كل

ذى محرم من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم قرابة.

ولفظ الموالى: يشمل الذكور والإناث قال مالك ويدخل معهم موالى أبيه

وموالى أمه وموالى الموالى قال عنه ابن وهب وأبناء الموالى يدخلون مع آبائهم وقال

ابن القاسم فى العتبية لا يكون الحبس إلا للموالى الذين أعتق وأولادهم يدخلون مع

آبائهم إلا أن يخصهم بالتسمية.

ولفظ القوم: يتناول الرجال من العصابة دون النساء قاله التونسي .
ولفظ إخوته: يتناول الذكور والإناث من أى جهة كانوا .
ولفظ العصابة: قال التونسي لا يدخل فى ذلك أحد من جهة الأم يدخل من
كان بسبب الأب وإن بعد .

ولفظ الأعمام: لا يتناول أولادهم كما لا يدخل فى ولد ظهري ولد الولد .
ولفظ بنى الأب: قال التونسي يتناول إخوته من أبيه وأمه وإخوته لأبيه ومن
كان ذكراً من أولادهم خاصة مع ذكور ولده .
ولفظ أطفال أهلى: يتناول من لم يبلغ الحلم والمحيض منهم . وكذلك لفظ
صبيانهم وصغارهم .

ولفظ شبان أهلى وإخوانهم: يتناول من بلغ إلى أن يبلغ الأربعين .
ولفظ الكهول: يتناول من زاد على الأربعين إلى أن يبلغ الستين من الذكور
والإناث .

ولفظ الشيوخ: يتناول من جاوز الستين من الذكور والإناث .
ولفظ الأرامل: قال التونسي يتناول الرجل الأرملة والمرأة الأرملة ويدل عليه
قول الخطيئة:

هاذى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر
ولفظ السبيل: يتناول الجهاد وغيره وأما الألفاظ الراقعة فى الحبس فهى ثلاثة:
لفظ حبس ووقف وصدقة وهى بمعنى واحد وإن كانت أحكامها تختلف فى بعض
الصور .

لفظ حبس: إذا وقع مبهما كقوله دارى حبس فلا خلاف أنها وقف مؤبد
وتصرف فى الفقراء والمساكين فإن كان فى الموضع عرف توضع فيه الأعباس
صرفت فيه عند مالك وعن ربيعة يسكنها قرابة المحبس فإن عين شخص فقال
حبسا على فلان أو على أولاد فلان وسماهم وعينهم فقال مالك إن مات فلان
رجع على أقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الأعباس وإن لم تكن له قرابة
رجع إلى الفقراء والمساكين ولا يرجع ملكاً وقال أيضاً يرجع بعد وفاة المحبس عليه
ملكاً للمحبس أو لورثته كالعمرى ولو جعله فى وجه معين محصور ففى المذهب
قولان أحدهما أنه يرجع بعد انقراض الوجه الذى جعله فيه ملكاً له فى حياته

ولورثته بعد وفاته والآخر أنه يبقى حبساً على أقرب الناس بالمحبس إن جعله في وجه معين غير محصور كقوله في السبيل أو في وقود مسجد كذا فحكمه حكم الحبس المبهم وإن جعله في وجه محصور غير معين يتوقع انقراضه كقوله على بنى زيد فحكمه أيضاً حكم المبهم وإن جعله على غير معين غير محصور كقوله على أولادى وبعدهم على المساكين ولم يترك ولداً أو يش منه فعند ابن القاسم يرجع ملكاً وعند عبد الملك ينفذ حبساً على المساكين.

وأما لفظ وقف: فقال القاضي عياض الذى حكاه شيوخنا البغداديون أنه ينفذ حبساً كان على معين أو مجهول محصوراً أو غير محصور وأنه لا يختلف فى ذلك وحكى غيرهم أنه لا فرق بين حبس ووقف وأنه يدخله من الاختلاف فى بعض الوجوه ما دخل لفظ حبس.

وأما لفظ صدقة: فإن عينها لشخص معين فهى له ملك وكذلك المجهول غير المحصور كالمساكين فيقسم عليهم فإن كانت لا تنقسم بيعت وقسم ثمنها أو أنفقت فيما يحتاج إليه ذلك الوجه المجهول ثم للناظر تعيين ذلك الوجه المجهول بالاجتهاد فى موضع الحكم ووقته إذ لا يلزم التعميم وإن جعلها على مجهولين محصورين يتوقع انقراضهم كقوله على فلان وولده فثلاثة فى المدونة هو حبس يريد يرجع بعد انقراضهم مرجع الأعباس قال ما عاشوا أو لم يقل وروى أشهب أنها ملك لآخر المحبس عليهم وقيل حكمها حكم العمرى ترجع للمحبس ملكاً.

تنبيه: جميع ما يرجع ميراثاً فهو لأقرب الناس بالمحبس يوم موته وكل ما يرجع حبساً فهو لأولاهم به يوم المرجع من ولد أو عصبه قيل لمحمد من هو الأقرب إلى المحبس الذى يرجع الحبس إليهم قال: قال مالك: هم العصبه ومن النساء من لو كانت رجلاً كانت عصبه.

الفصل الثالث: فى تصرف الناظر فى المحبس وكيفية قسمه عليهم؛

والمتولى للنظر فى الحبس من جعله المحبس بيده فإن أغفل ذلك المحبس قدم القاضى ويبدأ الناظر بإصلاح ما يحتاج إليه الحبس من غلته ثم يقسم ما بقى ولو شرط أن يبدأ بالقسمة بطل شرطه فإن كانت داراً للسكنى قيل للسكان إما أصلحت وإلا فاخرج تكرر بما تصلح به والفرس المحبس على معين نفقته عليه إن أبى ردها

وإن كانت على غير معينين فنفقته في بيت المال فإن تعذر بيع واشترى بثمانه ما لا يحتاج إلى نفقة كالسلاح ومنع ابن الماجشون البيع ورآه كالمساجد لا يوجد من ينفق عليها تبقى حتى تهلك والعبيد تحبس في السبيل أو كانت لهم صنعة تراد للسبيل فكالحليل وإن كان المراد منهم الغلة أنفق عليهم منها واختلف في نفقة المخدم هل تكون على سيده أو على المخدم على قولين ولو كان يخدمه نهاراً ويأوى إلى سيده بالليل فنفقته على سيده. وإذا حصل الربيع بيد الناظر وقسمه فليفضل أهل الحاجة لأن النفقة والسكنى ليست على الرؤوس وإنما يؤثر أهل الحاجة وكثرة العيال وأعظمهم فيها حقاً أشدهم فاقة فما فضل بعد دفع حاجتهم رده على الأغنياء ويسكن كل واحد على قدر حاجته وليس الأعزب كالمتاهل والحاضر في السكنى أولى من الغائب وهما في الغلة سواء بل الغائب الفقير أولى من الحاضر الغني ذلك على قدر الاجتهاد ولا يخرج أحد من مسكنه وإن كان ثم أحوج منه، قال في المدونة ومن حبس داراً على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكناً لم يخرج له وليس عليه كراء في حق من لم يسكن. قال ومن غاب مريداً الإقامة استحق الحاضر مكانه وإن سافر ليرجع فهو على حقه قال في الموازية وذلك إذا لم تكن سعة وسكن من هو أولى منه قال فيها أيضاً إن حبس على ولده أو ولد فلان أو آله أو آل فلان قال ابن القاسم فأما على قوم مسمين بأعيانهم ليس على التعقيب فإن جزء المسافر منهم ثابت في السكنى قال محمد وغنيهم وفقيرهم سواء وله أن يكرى منابه وإن لم يكره وسكنه غيره أخرج منه إذا قدم. ابن شاس. ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو نخل فهم فيه بالسواء الذكر والأنثى والغنى والفقير وإذا علم مقصد المحبس في الصرف لم يتعد.

الفصل الرابع: في بيع الحبس وأنقاضه وقسمته والتعدي عليه وما يفضل من

أحياس المساجد:

وإذا كان الحبس باقياً على حاله لم يجز بيعه وفي بيعه ليزاد في المحاج العظام التي هي عمر الجيوش وليوسع به مساجد للجماعات التي تضيق بأهلها وليوسع بها المقابر ففي التيطبية الجواز في جميع ذلك وقاله ابن الماجشون وقيل لا يجوز ذلك إلا في مسجد الرسول عليه السلام وقال ابن زرب لا يجوز ذلك إلا في المسجد

وقال أبو عمران إذا ضاق الجامع وحوله حبس للمساكين فلا يباع ليوسع به ولكن يكرى بمال الجامع فيكون النفع للجامع والملك لغيره وإن كان قد تغير وانقطعت منفعته فأما الدواب فقال مالك تباع ويجعل ثمنها في غيره أو يعان بثمانه في مثله وقال في الثياب تباع ويشتري بها ثياب فإن لم يكن في الثمن ما يشتري به فرق في السبيل وقال أيضاً لا يباع ما حبس من عمد أو ثوب وأما الرباع إذا خربت فالمشهور فيها المنع وروى أبو الفرج الجواز. ابن الماجشون. ولا يباع زيت المسجد وإن كثر لبيتاع به حصير وغيرها. ابن عبد الغفور. ولا يجوز بيع قاعة المسجد الخرب ولا بأس ببيع نقضه إذا خيف عليها الفساد للضرورة ويوقف ثمنها إن رجيت عمارته وإلا أعين به في غيره أو تصرف النقض نفسها في غيره وإذا أراد المحبس عليهم قسمة الوقف لم يكن لهم ذلك وإن أرادوا قسمة الاغتلال ففي الجواز والكراهة قولان وبالجواز جرى العمل أما في الإشاعة من التعطيل والضرر ومن تعدى على حبس بقطع نخل أو هدم جدر غرم قيمة ما أفسد ثم إن كان الحبس في السبيل أو في الفقراء جعلت تلك القيمة في مثل أفسد وعلى قول أشهب تصرف فيما هو أفضل وإن كان على معين ففي سقوط حقه في الهالك أو يعود عنه في تلك القيمة خلاف قال محمد فيمن أوصى له بغلة دار أو بسكناها فهدمها رجل في حياة الموصى وهي تخرج من الثلث أن الهادم يغرم ما بين القيمتين فيورث عنه وتبقى العرصة للموصى له ولو هدمها بعد موته بنيت بتلك القيمة وكانت للموصى له وكذلك إن كانت حائطاً فقطع نخله أو شجره وفي كتاب الجنائيات فيمن أوصى له بعبد فقتل لا شيء له من قيمته وعلى قول محمد هذا يشتري له بتلك القيمة مثله واختلف في الفاضل من غلة أحباس المساجد فقال بعض أهل الشورى بقرطبة تصرف في بقية سائر المساجد التي لا غلات لها بعد أن يعلم أنها لا تحتاج إلى ذلك وقال غيره قول ابن القاسم أنها لا تصرف لها وإنما يشتري بها أصول فتوقف عليها ويوسع من ذلك إليها في جميع ما يحتاج إليها في وقودها وحصرها وجميع آلاتها وقومتها وغير ذلك من ضرورتها وعليه أكثر الرواة وقال ابن الماجشون في العتبية الأجناس كلها إذا كانت لله انتفع ببعضها في بعض.

كتاب الهبات والصدقات

حقيقتهما، معلومة وهما نوعان تحت جنس العطية .

حكمهما: النذب .

حكمة مشروعتيهما: تزكية النفس وتطهيرها من داء البخل .

الأركان: أربعة: الصيغة، والواهب، والموهوب، والموهوب له .

الأول: الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك العين بغير عوض نحو وهبت وتصدقت فإن أراد بالهبة الثواب سميت هبة ثواب وهي في الحقيقة بيع ثم الهبة والصدقة يشترط في تمامها القبض لا في لزومها على المشهور .

الثاني: الواهب أو المتصدق:

يشترط فيه أهلية التبرع فلا ينفذ في المحجور عليه لنفسه كالصبي، وقد قالوا في صبية تصدقت على أبيها وأمها بصدقة ثم قالت بعد أن تزوجت بأعوام: لم أكن أعلم بأن ذلك يلزمني؛ أنها تحلف ويكون ذلك لها، والمحجور عليه لحق غيره كالعبد والمريض والزوجة تقف هبته على رضا من حجر عليه بسببه فيجيز أو يرد والحجر على المريض والزوجة فيما زاد على الثلث. فإن كان الزوج عبداً فقال ابن وهب لا حجر عليها ولها أن تتصدق بجميع مالها وقال أصبغ هو كالحر ورواه ابن نافع .

الثالث: الموهوب والمتصدق به:

وهو كل متمول وإن كان مجهولاً أو عبداً أبقاً أو مشاعاً .

الرابع: الموهوب له:

كل من يصح أن يملك فتصح للموجود والمعدوم والحرة والعبد ويجوز للرجل أن يتصدق على عبده ومدبره ومكاتبه وأم ولده قال في المتبعية يجوز أن يتصدق على أم ولده في صحته وروى ابن وهب في المبسوط أن مالكا قال ذلك جائز إلا أن يرى أن ذلك على وجه التوليع أو السرف فلا يجوز .

اللواحق

ويتم الغرض منها بذكر أربعة فصول:

الأول: هي الحيازة:

وكل عطية يفتقر تمامها إلى الحيازة إلا النحلة المقارنة لعقد النكاح على المشهور واختلف أيضاً في الزيادة في ثمن السلعة وفي الزيادة في الصداق ويتعلق النظر بالحائز وكيفية الحيازة وما تثبت به وما يبطلها أما الحائز فهو الموهوب له والمتصدق عليه والمحبس عليه إن كان رشيداً أو وكيله فإن كان المحبس عليه غير معين كالمسجد لم يفتقر إلى حيازة بل إذا أخلى المحبس بينهما وبين الناس صح ولو قدم المحبس من يجوز للرشيد ويجرى الغلاة عليه جاز بخلاف الهبة والصدقة إلا أن يكون حينئذ غائباً والمولى عليه يجوز له ولوليه فإن تصدق عليه أحد الوصيين حازها له الوصي الآخر وقيل ويجوز أن يحوزها هو له كالأب ولو تصدقت على الصغير أمه وجعلت له ذلك على غير يد الأب جاز ولم يجز للأب أخذه وكذلك غير الأم ولا تحوزه هي لولدها إلا أن تكون وصيا وقيل يصح ولو تصدق على ولده الكبير والصغير قبض الكبير سهمه وسهم أخيه بتوكيل الأب فإن لم يقبض الكبير حتى مات الأب فروى ابن القاسم أن الصدقة ترجع ميراثاً وكذلك الحبس وروى ابن نافع أن نصيب الصغير يصح ويبطل ما سواه ولو كان حبساً بطل الجميع لأنه لا يملك ولا يقسم والصدقة تملك وتقسم وقد حازها للصغير من تجوز حيازته ولو حبس على ولده وعلى عقبه فحيازته للولد حيازة للعقب ولو جعل المرجع لأجنبي لم تكن حيازته له ولا حيازة الولد حيازة للأجنبي.

تنبيه: لا يشترط علم الواهب بالحيازة لأنه يجبر عليها وفي رضاء الموهوب له قولان وقال مطرف فيمن تصدق على ابنته بمسكن فعزّن زوجها فيه طعاماً ثم مات الأب أن ذلك حيازة للابنة وقال أصبغ لا بد من توكيلها ورواه عن ابن القاسم.

وأما كيفية الحيازة: فأما الأراضى فما كان منها لا عمل فيه فيكفى فيه الإشهاد وما كان للزراعة وكانت الهبة في غير إبانها فيكفى الإشهاد بالتسليم وتحديدها في

كتاب الهبة قاله مطرف وقال اللخمي قول الموهوب له قبلت كاف وإن كانت في الإبان فقال ابن القاسم إن لم يحرثها بطلت وقال ابن العطار جرت الفتيا أن التطوف على الأرض بمحضر البينة حيازة وتخلي المحبس عنها إلى المحبس عليه بمحضر البينة بالكلام حيازة تامة وإن لم تعين عمله ولا نزوله فيها والدور وشبهها مما عليه غلق فيكفي فيها معاينة الإغلاق ولا يضره ترك السكنى فيه والعمارة ويكفي دفع مفاتها إليه وتخليه عنها إلا أن تكون الدار لسكنى الواهب فلا بد من معاينة الإخلاء ولو كانت الهبة لولده والإشهاد له بغيرها كلف والكيفية فيما عدا ذلك كالقبض في البيع وقد سبق تقريره في كتاب الرهن.

تنبيه: إذا كان الموهوب يبذل آخر مثل أن يتصدق على ابنه الحاضر بدار يبذل آخر فلم يقبضها حتى مات الأب فقال ابن القاسم إن كان الابن صغيراً نفذت له وإن كان كبيراً بطلت وإن لم يفرط وقال أشهب إذا لم يفرط في الخروج ولعله تهيأ للخروج أو وكل نفذت وإن وكل بطلت رواه ابن القاسم أيضاً قال ابن القاسم وهو على التفريط حتى يثبت الاجتهاد وإن كان الموهوب له هو الغائب مثل أن يشتري الحاج لأهله أو لابنته هدايا ويحملها معه أو يبعث بها إليهم فيموت الباعث أو المبعوث له قبل وصولها إليهم فإن أشهد بذلك فهي للمبعوث له وإن لم يشهد فقال في المدونة من مات منهما فهي لورثة المعطى ولا حق للمبعوث له لأن عدم القبول يفسد الهبة وفي الواضحة إن مات المعطى بطلت ورجعت إلى ورثته وإن مات المبعوث له رجعت لورثته وصفة الإشهاد القائم مقام الحيازة في ذلك أن يقول أشهدوا علىّ قال أشهب ولا يكفي أن يقول ذلك للعدول حتى يشهدهم وحيازة المغضوب فيه قولان قال أشهب قبض الغاصب حيازة وقال ابن القاسم ليس بحيازة قال أشهب ويكفي في حيازة المستأجر والمرهون والإشهاد والقبول وفي المنتقى قول الموهوب له قبلت حيازة يريد في العارية والوديعة والإجارة يريد إذا كانت بيد الموهوب له وإن كانت بغير ذلك البلد وأما إن كانت بيد غيره فأحرى هذه الثلاث فقال أشهب ذلك نافذ إذا أشهد وقال ابن القاسم لا تكون حيازة المرتهن والمستأجر حيازة إلا أن يشترط أن الإجارة له مع الرقبة وحيازة المستعير والمخدم حيازة للموهوب له قال التونسي رأى ابن القاسم أن قبضهما حيازة ولم يشترط علمهما

بذلك كما شرط في المودع لأنهما حازا الرقاب لأنفسهما وحيازة الابن بالطلب قال ابن الماجشون إذا طلبه الموهوب له فلم يجده إلا بعد موت الواهب فهو له .
وأما ما ثبتت به الحيازة: فثبتت بشاهدين وبالشاهد واليمين .
وأما ما يبطلها فثلاثة:

الأول: تراخى القبض إلى المرض أو الفلاس إلا أن يكون رشده حينئذ فقبضه في مرض موته فلا يبطل فإن منعه مانع من الحيازة فإن كان مساوياً مثل أن يموت الواهب أثر الإيجاب والقبول فقال مالك مرة إذا لم يفرط في القبض فهي له من رأس المال وقال مرة تسقط وإن كان من أجنبي كقيام المديان وكان دينه سابقاً فواضح وإن كان لاحقاً وبعد أن حيزت الهبة فهي نافذة وإن كان متوسطاً ففي المنتقى إن استدان بعد العطية وقبل الحيازة فقال مطرف وابن الماجشون الدين أولى وقال أصبغ الصدقة أولى وإن وقع شك في المتقدم فإن كانت على كبير وقد حازها أو على صغير وكان الأب قد قدم من يحوزها له فحازها فهو أولى وإن بقيت بيد الأب فالدين أولى ولا حجة له بحيازة الأب قاله في المدونة وقال أصبغ وسحنون على الغريم أن دينه متقدم لأن حوز الأب للصغير حوز وقاله مطرف وابن الماجشون .

تنبيه: إنما يكون تقدم الدين مبطلاً إذا لم يكن له مال إلا ذلك فأما إن كان له مال حينئذ فلا سبيل إلى النقص وعلى الغريم البينة أنه حين حبس أو تصدق ولا وفاء عنده فيما يرون فإن أثبتوا ذلك نقض وإن كان من الواهب فله صورتان:

الأولى: أن ينكر الواهب الهبة ويقوم للموهوب له شهيدان فمات الواهب وهو ساع في تزكيتهما غير متهاون فقال ابن القاسم ومطرف وأصبغ الهبة صحيحة وذلك حوز وقال ابن الماجشون ليس ذلك بحوز وقد بطلت .

الثانية: أن يعقد فيها عقداً يمنعه من القبض كالبيع والعتق والهبة والرهن فأما البيع فقال في المدونة إن علم المتصدق عليه بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها فالبيع نافذ والتمن للمتصدق وإن لم يعلم فالبيع مردود ما دام المتصدق حياً فإن مات قبل أن يعلم فالبيع ماض ولا شيء له وأما العتق وفي معناه الاستيلاء وقال ابن القاسم هو أولى وقال ابن وهب الموهوب له أولى ويرد العتق وله القيمة في الأمة إذا حملت . وأما الهبة فقال ابن القاسم هي للأول وإن حازها الثاني وقال ابن المواز

الحائز أولى . وأما الرهن فقال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه شيئاً ثم رهنه فمات صح الحبس وبطل الرهن .

الثاني: تعبير الأب ما حبسه على بنيه الصغار لنفسه وإدخال غلته في مصالحه إلى أن مات وذلك يبطل الحبس على القول المشهور المعمول به حكاه في المتبعية .

الثالث: رجوع الحبس أو الهبة أو الصدقة إلى يد ربها وذلك مبطل إذا لم يحز عنه حتى مات وهذا إذا رجعت الدار المحبسة إليه على وجه السكنى وأما لو خاف الواهب واختفى فيها عند الموهوب له أو يضيفه فيها فيمرض فيها فيموت لم تبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن الماجشون ومطرف ولو كان ذلك بعد يوم من الحيازة .

الفصل الثاني: في الاعتصار واشتراء المعطى عطيته:

والاعتصار معناه الاسترجاع وذلك للأب في الهبة إذا لم يقل: إنها مخرصة لله تعالى وإن قال ذلك فهي كالصدقة لا تعتصر وللأم عند مالك أن تعتصر وبه قال ابن القاسم وقال ابن الماجشون إن حازها الأب لم تعتصر وكذلك إن لم يكن له أب ولم يكن في ولايتها وفي تنزيل الجد والجددة منزلة الأب روايتان لابن وهب وأشهب وإذا قلنا للأم أن تعتصر فإنها لا تعتصر من يتيم وقال أشهب تعتصر إن كان غنياً كما تعتصر من الكبير قال الباجي وتعتصر من الكبير الذي لا أب له لأنه خرج عن حد اليتيم ومعنى ذلك إذا لم يكن يتيماً وقت الهبة .

والصيغة ما يدل على ذلك نحو اعتصرته ورددت قال بعض أهل الشورى بقرطبة ومن وهب ولده الصغير هبة وسلط عليها حكم الاعتصار ثم باعها باسم نفسه ومات فالثمن للولد وليس يبعه باسم نفسه اعتصاراً فلا يجوز اعتصارها بعد البيع ولا يكون اعتصار الأبوين إلاً بالإشهاد .

موانع الاعتصار سبعة:

الأول: موت الأب وذلك يمنع اعتصار الأم، وقال اللخمي: لها أن تعتصر لأنها لم تعط على وجه الصدقة وفي الموازية لا تعتصر والأول أحسن .

الثاني: المدانة قال مالك في الموطأ للأب أن يعتصر ما لم يحدث الابن ديناً لأجل ذلك .

الثالث: زواج الأنثى لأجلها وكذلك الذكر قاله مالك .

الرابع: مرض الابن أو الأب وروى أشهب أن مرض الأب غير مانع .
 تنبيه: إذا ارتفع مانع الدين بالأداء ومانع النكاح بالطلاق لم يعد الاعتصار وفي
 ارتفاع مانع المرض قولان .
 الخامس: تغير الهبة في عينها بزيادة أو نقصان عند أصبغ وهو ظاهر قول مالك
 وابن القاسم وقال مطرف وابن الماجشون ليس ذلك بمانع كما لو تغيرت قيمتها .
 السادس: وطء الولد الجارية وهو مانع إذا حملت بلا خلاف وإن لم تحمل
 فقولان .

السابع: تلف العين الموهوبة قال القاضي أبو محمد وما يكال أو يوزن إذا خلطه
 الابن بمثله مانع والرجوع في الهبة بالبيع والهبة يصح بخلاف الصدقة حكاها ابن
 رشد وحكى القاضي أبو محمد الكراهة . قال مالك لا يشتري الرجل صدقته من
 المنتصدق عليه ولا من غيره للنهي الوارد في ذلك ومحملة على التنزيه على المشهور
 لا على التحريم وقال الداودي هو حرام وعليهما الخلاف في فسخه إذا وقع وفي
 شراء الأب ما يتصدق به على ابنة الجواز والكراهة وهو ظاهر المدونة إلا للضرورة
 مثل أن تكون أمة فيحتاج الأب إليها وفي دخول الصدقة الواجبة تحت النهي
 خلاف .

الفصل الثالث: هي دعوى الهبة،

وإذا ادعى رجل على أحد أنه وهبه شيئاً فأنكر فإن ادعى أنه وهب ماله قبله من
 دين فالظاهر من المذهب أنه لا يحكم عليه إلا بعد أن يحلف أنه ما وهبه له كما
 لو ادعى القضاء وإن كان المدعى هبته معينا فالظاهر من المذهب أنه لا يمين له عليه
 لأن الحقوق اللازمة لا تجب اليمين بدعواها إلا بسبب قوى فكيف بالهبة لأنها
 ضعيفة لافتقارها إلى الحيابة واختلاف الناس في لزومها بالقول وفي الجلاب أنه
 يحلف فإن نكل حلف المدعى وأخذ وإن ادعى أن الهبة للثواب فالقول قول
 الموهوب له لأنه مقر مدع وقيل قول الواهب .

الفصل الرابع: هي ثواب الهبة،

قد تقدم أن هبة الثواب بيع من البيوع وكل شيء يجوز أن يوهب للثواب خلا
 العين فإن شرط فيها الثواب ردت على المشهور وعن ابن القاسم إن اشترطه فيكون

له ذلك عرضاً أو طعاماً وأجاز فى المدونة ذلك فى الحلأ وقال ابن المواز لا يجوز بحال وإن كان الثمن معلوماً عند التصريح باشتراطها فواضح وإن كان غير معلوم ففى الصحة والمنع قولان كابن القاسم وابن الماجشون وهى لازمة للواهب فإذا أثابه قيمتها فلا سبيل له إليها قال محمد وليس له منعه من قبضها ولا من بيعها وقال أشهب له منعه حتى يثيبه والمعروف أن الموهوب له بالخيار بعد القبض بين الرد والإمسك وروى ابن الماجشون أنها تلزمه بالقبض بالقيمة ثم الذى يلزم قبوله باتفاق الدينانير والدرهم وروى أشهب انحصاره فىهما إلا أن يتراضيا على غيرهما وروى سحنون أن كل ما يتمول يصح أن يكون ثواباً ويلزم الواهب قبوله إن كان فيه الوفاء بالقيمة ووافقه ابن القاسم فى عدم الإنجاز فى العين إلا أنه استثنى ما لا يثاب به فى العادة كالحطب والتبن وشبههما.

تنبيه: إذا عرى العقد من ذكر الثواب وطلب الواهب الثواب نظر فى ذلك إلى ما يقتضيه العرف بالنسبة إلى الواهب والموهوب له والموهوب والزمان وما ذكره الناس فى ذلك راجع إلى هذه القاعدة فلا تطول بذكر ذلك ثم حيث حكمنا بعدم الثواب فأثاب جهلاً أو أثاب من صدقة فقال مالك يرجع فى ثوابه إن كان قائماً ولا شأى له إن فات قال ابن القاسم وإن أثابه بدنانير أو دراهم فقال أنفقتها وتلف حلف وبرئ.

تنبيه: إن أهدى إليه فى عرسه ثم لما طلبه بالثواب قال لا حتى تحدث عرساً وهو شأن الناس فله الرجوع بقيمة هديته معجلاً.

كتاب اللقطة

وهي بضم اللام وفتح القاف ما التقط وأصل اللقطة وجود الشيء .
حقيقتها: أخذ مال معصوم معرض للضياع في عامر أو غامر .

حكمها: يختلف فإن كانت بين أقوام مأمونين والإمام غير عدل فهو مخير وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام عدل وجب أخذها قولاً واحداً وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام عدل فثلاثة الأفضل الترك وعكسه والتفرقة فإن كانت مما له بال فالأصل الأخذ قال ابن رشد وهذا الخلاف عندي فيما لقطه الحاج للنهي الوارد عنها وقال ابن القصار هي كغيرها .

حكمة مشروعيتها: لأجل إحياء النفس في اللقيط وحفظ المال على أربابه .
أركانها: ثلاثة: الملتقط والملتقط والتعريف .

الأول: الملتقط:

يشترط في جواز إقدامه عليها أن يكون مأموناً .

الثاني: الملتقط:

حيوان وعروض ومثليات الحيوان أصناف . الرقيق فإن عرف أنه لأحد ممن يعرف في المدونة أحب إلى أن يأخذه وإلا فلا يقربه . الإبل قال مالك لا يعرض لها فإن أخذها عرفها فإن لم تعرف ردها حيث وجدها . وقال أيضاً فيمن وجد بعيراً ضالاً يأتي به الإمام يبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال . الغنم إن وجدها على بعد وهو وحده أو مع من لا حاجة له بشرائها فله أن يأكلها ولا ضمان عليه فيها وإن نقله الحاضرة عرفها وإن كان معه من يشتريها باعها ووقف ثمنها فإن أكلها ضمنها وإن تصدق بها ففي ضمانه قولان وإن وجدها بقرب قرية ضمنها إليها وعرفها فيها فإن لم يفعل وأكلها ثم تبين أنها لأهل ذلك الموضع ضمنها وإن تبين أنها لغيرهم ففي الضمان قولان . البقر وفي إلحاقها بالإبل إذا كانت في موضع لا يخاف عليها فيه أو بالغنم قولان . الدواب ظاهر قول ابن القاسم أنها تلتقط . وقال أشهب وابن كنانة لا تلتقط وتلحق بالإبل إن أمن عليها من الجوع والعطش والسباع والناس فإن

وجدت في العمران فرفعها للإمام أفضل. العروض قال في الموازية فيمن وجد متاعاً بفلاة فحملة إلى بلد فجاء ربه فله أخذه بعد كراء حملة وكذلك إذا طرحت الامتعة خوف الغرق. ذوات الأمثال أما العين وشبهه مما يغاب عليه فيباح التقاطه لحفظه على ربه ولا يجوز أخذه لنفسه لأنه لا يسرع إليه الفساد وأما الطعام فله أن يلتقطه أيضاً وما يفعله به مذكور فيما بعد.

الركن الثالث: التعريف:

ومقداره سنة بعد الالتقاط فيما له بال في مجمع الناس ودبر الصلوات على أبواب المساجد وما كان من المال لا قدر له ويعلم بالعادة أن ربه لا يتبعه لقلته لم يعرف وما كان قليلاً له قدر ومنفعة عرف. ابن وهب. ولا تحد الأيام بحد معين بل بما يظن أن مثله يطلب فيها وهذا كالمخللة والحبل والدلو وما يفسد من الطعام فإن كان في غير عمارة أكله ولم يضمه إلا أن يكون في رفقة فيلحق بما في الحاضرة وإذا وجده في الحاضرة قال مالك يتصدق به أحب إلى وإن أكله فلا شيء عليه ثم إذا حصل التعريف فإن لم يأت أحد خیر واجدها بين أن يدفعها إلى القاضى أو يملكها أو يحبسها لربها أو يتصدق بها فإن جاء ربه غرمها له إن لم يرض بثواب الصدقة وإن شاء أن يبيعها ويحبس ثمنها لربها فعل وبيعه ماض فإن كان عبداً أبداً فليس له أن يبيعه وليدفعه إلى القاضى فإذا أقر بالرق أو علم أنه عبد سجنه سنة من يوم الرفع وينفق عليه من بيت المال أو من عنده ويرجع بذلك على سيده إن جاء وإلا فمن ثمنه فإن انقضت السنة ولم يأت ربه باعه وإن جاء معترفاً فإن أتى بالشهادة فواضح وإن أتى بالصفة ففي الصحيح إن جاء كعفاصها ووكائها وإلا فاستبقها والعفاص هو الوعاء والوكاء هو الذى يشد به وقيل العكس. وفي اعتبار معرفة العدد. إن كانت دنانير أو دراهم قولان لابن القاسم وأصبغ وسبب الخلاف ذكر ذلك في حديث والإضراب عنه في آخر فإن أخطأ بعض الصفات وعرف بعضها فقال ابن عبد الحكم إن أخطأ عشر الصفات لم يأخذها إلا أن يذكر عدداً فيوجد أقل منه وقال أشهب إن عرف وصفين وأخطأ الثالث أخذها وقال أصبغ إن عرف العفاص وحده فليستبرئ فإن جاء أحد وإلا دفعت له. ثم إذا جاء بالصفة ففي تحليفه قولان واستحسن اللخمي تحليفه قال فإن نكل دفعت له وإذا

عرف رجل عفاصها ووكاءها وعرف آخر عددها أو وزنها فقال أصبغ هي لمن عرف العفاص والوكاء . واستحسن أن تقسم بينهما كما لو اجتمعا على معرفة العفاص والوكاء ويتحالفان فإن نكل أحدهما دفعت إلى الخالف . وإذا وصفها رجل فدفعت له ثم ظهر واصف آخر لم يكن له شيء فإن أتى بالبيئة كان أحق بها .
 تنبيه: يد الملتقط يد أمانة إلا أن يقصد الاختزان فيضمن وإذا نوى التملك بعد التعريف أو تصدق بها ضمنها وإن أخذها ليعرفها ثم ردها ضمنها .

اللقيط

هو الصبي الموجود وأخذه واجب على الكفاية إجماعا وشرط الملتقط أن يكون مسلما فينزح من الذمى لثلا يربيه على دينه أو يطول الأمد فيسترقه وليس لمن التقطه أن يرده فإن عجز سلمه إلى القاضي وهو محمول على الإسلام إن وجد في قرى المسلمين وإن وجد في قرى المشركين فهو على الشرك وقال أشهب إن التقطه مسلم فهو مسلم ولو التقطه بقرية ليس بها إلا مسلمان أو ثلاثة فهو مشرك فلا يتعرض له إلا أن يكون واجده مسلماً فيجعله على دينه وقال أشهب حكمه في هذه الصورة أيضاً الإسلام التقطه مسلم أو ذمى ولا خلاف أنه حر ولا يرق إلا بيينة ونسبه مجهول فإن استلحقه واجده أو غيره وأتى بيينة أو كان لدعواه وجه مثل أن يزعم أنه إنما رماه لما سمع أن من طرح عاش وقال أشهب يلحق بمجرد الدعوى ما لم يتبين كذبه قال التونسي وهو المختار ونفقته غير لازمة للملتقط فإن وجد معه مال فهو له وينفق عليه منه فإن لم يكن له مال فمما وقف على اللقطاء فإن لم يكن فمن بيت المال وإلا فنفقته على ملتقطه حتى يستغنى بالبلوغ .

* * *

كتاب الحجر

حقيقته: لغة: المنع، وشرعاً: المنع من التصرف في المال.
حكمه: واجب لغيره لأنه سبب لحفظ مال المحجور عليه وصيافته عن التبذير
وهو الحكمة في مشروعيته.

وكناه: الحاجر والمحجور عليه.

الأول: الحاجر: وهو السيد في عبده والاب والقاضي.

الثاني: المحجور عليه: وللأب أن يحجر على ولده المعتوه وعلى الصغير في
الحياة وبعد الممات لأن له أن يوصى عليه وعلى أبنائه وقيل إلا المعنس فإذا
بلغ الذكر ومضى له من وقت بلوغه أزيد من عامين لم يكن له أن يردده إلى الحجر
حتى يثبت سفهه عند القاضي فيكون الحجر حينئذ للقاضي لا له وله أن يحجر
عليه بقرب بلوغه، قال ابن العطار: هو على السفه إلى عام وقال الباجي إلى
عامين وله أن يحجر على ابنته وإن دخل بها الزوج ما لم تبلغ الحد الذي تخرج به
من الولاية وهو المذكور فيما بعد وللقاضي أن يحجر على الصغير والسفيه بعد
ثبوت الموجب وهو المبذر لماله الذي لا يحسن النظر لنفسه وإن كان صالحاً ويحجر
على المتمر لماله إذا كان يستعين به على التسوق. ورأى اللخمي أن يحجر على
المتمر لماله الذي يصرفه في الشهوات واختلف في الحجر على الذي يخدع في
البيع.

اللواحق

فيها فصلان:

الأول: في حكم أفعاله:

وما كان من أفعاله سداد أمضى وما كان غير سداد رده وليه وأفعاله أربعة أقسام
قسم يقف على نظر الولي وهو ما كان فيه معاوضة فإن لم يكن له ولي قدم

القاضي من ينظر عليه فيه فإن لم يفعل حتى ملك رده كان بالخيار في رده وإجازته فإن رد يبعه أو ابتياعه وكان قد أتلّف الثمن أو السلعة لم يتبع بشيء. واختلف إذا أدخل الثمن فيما لا بد له منه. وقسم لا يمضى وإن أجازته الولي وهو العتق والهبة والصدقة فإن لم يعلم بذلك حتى مات ففى رده قولان. وقسم يمضى وإن رده الولي وهو ما لا يدخل تحت الحجر كالطلاق واستلحاق الولد والإقرار بموجب العقوبة والوصية وقبوله لها ويعقل مع العاقلة ويلزمه ما أتلّف وعفوه عن دمه عمداً كان أو خطأ وتصح مخاصمته في حقوقه وأن يوكل على ذلك ويحلف ليستحق وقسم يختلف فيه كحيازته لنفسه ولغيره وكعفوه عن عرضه وجراحاته إذا كانت عمداً وقد أجاز ابن القاسم عفوه عن ذلك ومنعه ابن كنانة وكعتقه أم ولده أجازته ابن القاسم ورده المغيرة.

الفصل الثاني؛ فيما يخرج من الحجر؛

أما إن لم يدخل في ولاية فيزول حجره بزوال المقتضى لذلك فيزول عن المجنون بعد بلوغه بنفس إفاقته فإن كان جنونه بعد البلوغ لم يدفع ماله إليه إلاّ بثبوت رشده ويزول عن الصبي ببلوغه وظهور رشده فإن كان معلوم السفه لم يخرج وإن جهل حاله فقال ابن القاسم لا يخرج حتى يشهد برشده وروى ابن زياد أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه وتقدم قول ابن العطار باعتبار العام بعد بلوغه وقول غيره باعتبار العامين ويعتبر في الأثني بلوغها مع ما يدل على رشدها ولا تخرج بمجرد البلوغ على المشهور فإن بقيت عند أبيها إلى حد التعنيس فقال ابن القاسم في المدونة لا يجوز من أفعالها شيء فلم ير التعنيس دليلاً وروى ابن زياد أن أفعالها جائزة وروى أنها جائزة بإجازة الأب واختلف في حد التعنيس فقيل الأربعون وقيل الخمسون فإن تزوجت فقال مطرف تخرج بمضى العام وقال ابن نافع بمضى العامين وقيل بمضى السبعة وبه جرى العمل قاله ابن رشد قال ويعزى لابن القاسم والمشهور أنها في ولاية أبيها حتى يشهد برشدها وقيل تخرج بمضى خمسة أعوام، واليتمة المهملة قال ابن رشد أفعالها جائزة بعد البلوغ وقيل بعد مضى العام وقيل العامين وقيل الثلاثة وقيل حتى يشهد بصلاح حالها وقيل إذا عنست خرجت وإن لم تتزوج والمشهور أن أفعالها جائزة إذا عنست أو مضى لها بعد

الدخول عام وبه العمل واختلف في حد تعنيس هذه فروى مطرف الأربعون ورواه أصبغ عن ابن القاسم وروى عنه سحنون من الخمسين إلى الستين وقال ابن الماجشون الثلاثون وقال ابن نافع دونها وأما من لزمته الولاية فلا يخرج منها إلا بالإطلاق وبه جرى العمل وبه الحكم وذلك للأب والوصى والقاضى بعد ثبوت الموجب وفي مقدمه خلاف والمشهور أن له ذلك حكاه المازرى وحكى فيه عكسه والعمل اليوم أن ذلك للقاضى لا له.

كتاب الأفضية

حقيقة القضاء: إخبار على حكم شرعى على طريق الإلزام.
 حكمة مشروعيته: حفظ النظام ورفع الضرر العام.
 أركانه: ستة: القاضى، والمقضى له، والمقضى به، والمقضى فيه، والمقضى عليه،
 وكيفية القضاء.

الأول: القاضى،

وشروط صحة التولية أن يكون ذكراً حراً عاقلاً بالغاً عدلاً عالماً مجتهداً وشروط
 الكمال أن يكون غنياً ورعاً ليس بمديان ولا محتاج بلدياً معروف النسب ليس بولد
 الزنى ولا ولد لعان جزلاً فظناً نافذاً غير مخدوع ولا محدود ذا نزاهة حليماً عن
 الخصوم مستخفاً بالأئمة يدير الحق على من دار عليه مستشيراً لأهل العلم ذا رحمة
 ونصيحة كثير التحرز من الخيل وما يتم مثله على المغفل عالماً بما لا بد منه من
 العريية واختلاف معانى العبارات عالماً بالشروط بعيداً عن السهو غير زائد فى
 الدهاء. وأما كونه سميعاً بصيراً متكلماً فغير شرط وولاية من ليس كذلك منعقدة
 لكن يجب عزله. قال مالك ولا أعلم أن صفات القضاء تجتمع اليوم فى أحد فإن
 اجتمع منها خصلتان العلم والورع كان واليا. ابن حبيب. فإن لم يكن علم فالعقل
 والورع فبالورع يقف وبالعقل يسأل.

الثانى: المقضى له،

من تجوز شهادته له وفى قضائه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم أربعة يفرق
 فى الثالث فلا تجوز للزوجة ولا لولده الصغير ولا لبيته الذى يلى ماله وتجوز
 لغيرهم والرابع التفرقة فإن قال ثبت عندى لم يجوز وإن حضر الشهود وكانت
 الشهادة ظاهرة جاز إلا لزوجه وولده الصغير وبيته ويجوز أن يحكم بين أهل
 الذمة إذا تظالموا وترافعوا إلينا ورضوا بحكمنا قال ابن القاسم فى العتبية ولا يحكم
 بينهم إلا برضاء أساقتهم وقال غيره ذلك غير لازم لأنه عليه الصلاة والسلام رجم
 اليهوديين ولم يأت فى الخبر أن ذلك برضاء أساقتهم.

الثالث: المقضى به:

وهو الكتاب والسته وأفضية الصحابة رضى الله عنهم ثم بإجماع غيرهم ثم باجتهاده ويشاور من يثق به من أهل العلم فيمضى بما أفتوه به إذا وافق رأيه فإن أشكل الأمر وقف ولا بأس أن يأمر بالصلح ولا يأمر به إذا تبين له وجه الحكم إلا أن يرى لذلك وجهها.

الرابع: المقضى فيه:

وهو جميع الحقوق وغيره من الأحكام مقصور على ما قدم عليه.

الخامس: المقضى عليه:

وهو كل من توجه عليه حق إما بإقراره إن كان ممن يلزمه إقراره وإما بالشهادة بعد الإعذار والعجز عن المدفع وبعد يمين الاستبراء إن كان الحق على ميت أو على غائب.

الركن السادس: في كيفية القضاء:

ومعرفته بمعرفة الدعوى والجواب واليمين والنكول والبينة، وليس للقاضى أن يحكم بعلمه إلا فى التعديل والتجريح، ويقبل قوله إذا قال شهد عندى شهود فى وجه كذا، أو أنه أعذر إلى فلان فى كذا، أو أنه أجله وانقضى الأجل ولم يأت بشيء وأنه أعجزه، وفى حكمه فيما أقر الخصمان به بين يديه خلاف فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه فى ذلك، وقال عبد الملك: يحكم، وعليه قضاة المدينة، ولا أعلم أن مالكا قال غيره، وبه قال مطرف وأصبغ وسحنون، والأول هو المشهور.

• الدعوى:

ويشترط أن تكون محققة فلو قال لى عليه شيء لم يقبل وكذلك لو قال أظن أن لى عليه شيئاً والمدعى من تجرد قوله عن مصدق. والمدعى عليه من اقترن قوله بمصدق أصلاً أو عرفاً فإن اقترن قول كل واحد منهما بمصدق مثل أن تدعى المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها فتعارض هنا أصل وغالب فالأصل عدم النفقة والغالب النفقة فقدم الشافعى قول المرأة عملاً بالأصل وقدم مالك قول الرجل عملاً بالغالب. ثم الدعوى إما أن تكون على حاضر أو ميت أو غائب فإن

كانت على حاضر فلا يخلو إما أن يكون سفيهاً أو رشيداً فإن كان سفيهاً بالغا أو صبياً وكانت الدعوى عما لو ثبتت بالبينه قضى عليهما بها في أموالهما كلف إقامة البينة بذلك وإلا أمره بالكف عنهما والذي يقضى به في أموالهما الاستهلاك والغصب والاختلاس والنهب والجراح والقتل عمداً أو خطأ بخلاف ما كان عن طوع من القائم كالمناولة والبيع والابتياح والسلف. واختلف في الوصى يدفع مالا للسفيه يتجر به ليجرب به رشده فيلحقه فيه دين فقيل يلزمه فيما أذن فيه خاصة وقال ابن القاسم في المدونة لا يلزمه شيء لأنه لم يخرج بذلك عن الولاية قال ولو دفع له ذلك أجنبى يتجر به لكان ذلك الدين فيما دفع له خاصة. وإذا فرعنا على القول باللزوم فيما بيده سمع القاضى البينة على بيعه فإن شهدت بمعاينة ذلك أنفذه وإن شهدت على إقراره لم يلزمه شيئاً إلا أن يشهدوا بأن إقراره كان في مجلس التبايع فيجوز ويعذر في ذلك إلى الوصى ثم يعدى رب الدين على ما في يد السفیه. وإذا ادعى على عبد ما يوجب قصاصاً طلب الجواب من العبد فإن أقر وكان مأذوناً فكالحر وإلاً وقف إقراره على سيده فيجيزه أو يرده فإن عتق قبل أن يعلم ما عند سيده لزمه وإن كان رشيداً ألزمه القاضى الجواب إلا أن يشهد العرف ببطلان دعواه مثل أن يدعى داراً بيد حائز لها يتصرف فيها بمحض المدعى مدة طويلة ولا مانع يمنعه من القيام ولا قرابة بينه وبينه ولا شركة ففي مثل هذا لا تسمع الدعوى ولا يمكن من إقامة البينة وما عدا ذلك فيسمع القاضى الدعوى ويأمر المدعى عليه بالجواب.

• الجواب،

إما إقرار أو إنكار أو امتناع فإذا أقر وشهد عند القاضى بإقراره في المجلس فقال ابن العطار يقضى عليه بغير إعدار وبه العمل وقال غيره لا يقضى عليه إلا بعد الإعدار ثم يأمره بإنصاف غريمه فإن ادعى القضاء وقد تقدم منه إنكار لم تسمع دعواه ولو أتى بالبينة لأنه أكذبها قاله ابن القاسم وبه العمل وإن لم يتقدم منه إنكار حلف له وإن ادعى أن له بينة حاضرة أجل في إحضارها بقیة يومه ويؤجله في الغائبة بقدر ما يراه بعد رهن أو حميل فإن لم يأت بذلك وطلب الغريم سجنه سجنه ولو أتى بالبينة بعد قوله لا بينة لى وقد كان استحلفه لم تسمع بينته على

الرواية المشهورة ولو كان خصامه مع الوكيل فقال موكلك أبرأني فقال ابن كنانة يحلف الوكيل ما علم ببراءته ويأخذ إلا أن يكون موكله قريباً فيكتب إليه فيحلف وقال ابن القاسم لا يحلف الوكيل ويتنظر صاحب الحق ولو أجاب إلى أداء الحق لكنه إن سأل النظرة أنظره القاضى بقدر ما يراه وقيل ذلك إلى صاحب الحق وإن ادعى العدم وليس عنده غير الأصول أجله في إثبات ذلك بقدر ما يراه فإذا أثبت ذلك أعذر فيه إلى الطالب فإن سلمه أو عجز عن الدفع حلفه وسرحه وأجله في بيع الأصول نحواً من شهرين وأخذ منه حميلاً بالمال ثم يأمره بعد الأجل بالبيع فإن أبى ضيق عليه بالسجن والضرب وأما الإنكار فيشترط أن يكون صريحاً فلا يقبل منه أن يقول ما أظن أن له عندي شيئاً ولو قال لا حق له عندي فقال ابن القاسم لا يسمع منه ذلك وقال مطرف وابن الماجشون يسمع ثم إذا أنكر فإن أتى الطالب بالبينة أعذر فيها للمطلوب فإن سلمها أو ادعى مدفعا وعجز عن إثباته أمره بالإنصاف وإن لم تكن بينة أحلفه بعد ثبوت الخلطة. وأما إن امتنع من الجواب أو قال للقاضى لا أحاكمه عندك فيجبر على الجواب بالسجن والضرب فإن كانت الدعوى على ميت فلا يسمعها القاضى إلا بعد ثبوت الموت والوراثة وإن أقر الوارث الرشيد بثبوتها لم يفتقر إلى ثبوتها فإذا ثبت وأثبت الدين بالشهادة عنده أعذر فيه إلى الوارث ثم حلف يمين القضاء ولو كان الورثة كلهم كباراً رشداً ولم يدعوا الدفع لا من الميت ولا منهم ففي كتاب ابن شعبان لا تلزمه يمين وظاهر ما فى النوادر خلافه وقال بعض الشيوخ لا بد من اليمين لاحتمال طرء وارث أو دين وإن كانت على غائب وكانت غيبته بالبلد فقال سحنون لا تسمع البينة إلا بحضوره إلا أن يتوارى أو يتعذر فيقضى عليه كالغائب وإن كان بغير البلد وكان قريباً كاليومين والثلاثة والطريق مأمونة أعذر إليه فى الدين بعد ثبوته فإما قدم أو وكل فإن لم يصل بيعت عليه أصوله ويحكم عليه أيضاً فى استحقاق الأصول والحيوان والعروض وجميع الأشياء من طلاق وغيره ولا ترجى له حجة وإن كانت غيبته متوسطة كالعشرة أيام حكم عليه فيما عدا الأصول من غير إعدار وترجى له الحجة وإن كانت غيبته بعيدة جداً كالأندلس وطنجة أو كان مفقوداً حكم عليه فى الأصول وغيرها وترجى له الحجة.

• اليمين:

تكون تارة لرفع الدعوى كالمدعى عليه بما لا فينكره وتارة لتصحيحها كاليمين مع الشاهد وتارة لانتفائها كالحالف على نفى حق ثبت لصغير بشاهد وتارة ليتم الحكم كيمين الاستبراء. صفتها معلومة ويحلف في ربع دينار فأكثر في المسجد حيث يعظم وتخرج المخدرة حرة أو أمة إلى المسجد ليلا إن كانت لا تخرج نهاراً وتحلف في السير في بيتها. وفي الطرر إن كانت تخرج بالنهار إلى الحمام أو إلى غيره فإنها تحلف في النهار وإن خرجت منكراً ويحلف المريض في بيته إن كان لا يحمل الخروج ويحلف اليهودي والنصراني في الكنيسة حيث يعظم ابن القاسم وليس على الحالف أن يستقبل القبلة. وقال مطرف وابن الماجشون يحلف قائماً مستقبلاً إلا في أقل من ربع دينار فيحلف في مكانه جالساً والمرأة في بيتها جالسة. ابن كنانة. ويتحرى في الدماء واللعان والمال العظيم الساعات التي يحضرها الناس في المساجد وما سوى ذلك ففي كل زمان. اللخمي. لا يحلف في الأيمان بغير موضعه إلا في القسامة قال مالك يحلف إلى مكة والمدينة وبيت المقدس وأما غيرها ففي موضعه إلا أن يكون قريباً من المصر عشرة أميال أو نحوها. وقال أبو مصعب يحلف إلى الأمصار من كان على ثلاثة أميال أو نحوها وهو أحسن وأحوط وشرط توجيهها ثبوت الخلطة إن كانت الدعوى يقبل فيها الشاهد واليمين فأما ما لا يقبل فيها إلا شاهدان فلا تتوجه بوجه وذلك كدعوى قتل العمد والنكاح والطلاق والعلق والنسب والولاء والرجعة وما أشبه ذلك ثم حيث اعتبرنا الخلطة فإنما نعتبرها فيما كان من الدعاوى غير مشبهة عرفاً فأما ما يشبه مثل دعوى الودائع على أهلها ودعوى المسافر الوديعة على أحد رفقاته والدعوى في سلعة معينة والدعوى على الصانع المنتصب أنه دفع إليه ما يعمل له والدعوى على المنتصب للبيع والشراء أنه باع منه أو اشترى ودعوى الرجل في مرض موته أن له قبل فلان كذا ويوصى أن يتقاضى منه ودعوى السرقة على المتهم فلا يحتاج إلى ثبوت خلطة ويلحق ذلك ما في معناه وفي التبصرة أما في بياعات النقد والدعوى في المعينات وعلى الصانع ودعوى الودائع والغصب والتعدى والجراح فلا تراعى فيها الشبهة واختلف في الدين هل تراعى فيه الشبهة والخلطة ثم حكى أربعة أقوال قال ابن القاسم لا

يحلّف إلا أن يكون بائعه بالنقد مراراً أو بالدين ولو مرة وقال ابن حبيب لا يحلف حتى تكون بينهما خلطة لا يعرف لها انقضاء فإن انقضت ثم أتى بعد يوم أو يومين يدعى عليه حقاً لم يحلف وقيل ينظر إلى الدعوى فإن كانت مما يجوز أن يدعى مثلها على المدعى عليه أحلف وقيل: إن كان المدعى يشبه أن يعامل المدعى عليه فيما ادعى به عليه أحلف له وإلا فلا وتثبت الخلطة بالإقرار وفى ثبوتها بالشاهد الواحد دون يمين أو لا بد من اليمين قولان لابن كنانة ومحمد. وشرط صحتها أن تطابق الإنكار وأن يحلف على البت إلا فيما ينسب إلى غيره من النفى.

• النكول:

ويتم بقوله لا أحلف أو أنا ناكل أو يقول للمدعى أحلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين وليس له أن يرجع إلى اليمين وينبغى للقاضى أن يشرح له حكم النكول ويقول له إن نكلت حلف المدعى وأخذ ما حلف عليه إن كان بالغا وإن كان صبيّاً أخذ منه الحق دون يمين وهل هو أخذ تمليك أو إيقاف خلاف فإن كان اليمين على المدعى لنكوله قام له شاهد فنكل قيل للمدعى عليه احلف فإن نكلت غرمت وإن حلفت وكان الولد رشيداً بطل حقه وإن كان سفيهاً فكذلك عند ابن القاسم وأصبغ وقال ابن الماجشون لا يبطل ويؤخر إلى رشده فيحلف ويأخذ فإن نكل لم يحلف المطلوب مرة أخرى.

• البينة:

إن كانت مقبولة قضى بها بعد الإعدار. وإن كانت مرجوحة أمر القاضى بتركيتها ويجمع فى التزكية بين وصفى العدالة والرضاء وبه جرى العمل والعمل اليوم بإفريقية على قبول التزكية القاصرة كقولهم زكيتهم فيما شهد به فيه وما علمت ذلك لأحد ممن تقدم ولا من أهل المشرق وطالما سألت عن ذلك حتى سألت القاضى أبا عبد الله بن يعقوب رحمه الله فقال لى هذه التزكية أحدثها أهل مراکش والقاضى ينبغى له أن يعول على ما يفهم من شهودها فإن فهم منهم معنى عدل رضا فى كل شىء عمل بذلك وإن فهم منهم قصر تزكيتهم فى ذلك خاصة وسكتوا عن غيره لم يقبلها وما رأيت من يعين ذلك من القضاة فإننا لله وإنا إليه راجعون فإذا ثبتت التزكية عند القاضى أعذر فيهم وفى من زكاهم.

اللواحق

تنحصر في خمسة فصول:

الأول: في العزل:

وينعزل القاضى بكل وصف يمنع من الفتيا والولاية كالكمه وفي عزله بطروء الفسق قولان المشهور العزل وقال أصبغ لا يعزل وإنما يجب على الإمام عزله .

الثاني: في نقضه أحكام نفسه:

وله ذلك إذا تبين له الخطأ وإن كان قد أصاب قول قائل وقال سحنون إذا كان الحكم مختلفاً فيه وله هو فيه رأى وحكم بغيره سهواً فله نقضه وليس لغيره نقضه وإن كان رأى بعد الحكم رأياً سواه لم ينقضه .

الثالث: إقراره بتعمد الجور والخطأ:

قال مالك ما تعمد من جور فإنه يقاد منه ومن المأمور إذا علم أنه حكم بجور ثم إن أتلف مالا غرمه وأدب وعزل ولا يولى أبداً ولو أقر بالعمد بعد الحكم وقبل القصاص أو قبل أخذ المال فقال ابن الماجشون إن أقر بجور وهو حاكم فله أن يرجع ما لم يفت يريد ما لم يقتص أو يأخذ المال وقال ابن القاسم وأشهب في البيئنة ترجع بعد الحكم وقبل القصاص ترد وقال محمد إن كان بكرةً حد وإن كان ثيباً لم يرجع قال اللخمي وعلى هذا يجري الجواب إذا رجع الحاكم ولو قال بعد القصاص أخطأت فقال ابن القاسم وأشهب ذلك على عاقلة الإمام إن كان الثلث وقال سحنون ذلك في ماله وقيل لا شيء عليه .

الرابع: نظره في أحكام غيره:

أما العدل العارف فلا يتعرض له بوجه ما لم يظهر خطأ بين لم يختلف فيه ويثبت ذلك عنده فيرده وأما الجاهل العدل فيكشف أقضيته فما كان منها صواباً أمضاه وما كان خطأ لم يختلف فيه رده ورأى اللخمي أن يرد ما كان مختلفاً فيه لأن ذلك كان منه حدساً وتخميناً والقضاء بمثل ذلك باطل ونحوه لابن محرر وأما غير العدل فظاهر المذهب فسخ أحكامه على ثلاثة الفسخ مطلقاً قاله ابن القاسم

في المستخرجة وعدمه مطلقًا قاله عبد الملك والتفرقة فيمضى من أحكامه ما عدل فيه ولم يسترب ويرد ما فيه جور أو استريب ويفعل فيها من الكشف ما يفعله في أفضية الجاهل قاله أصبغ.

تنبه: قال ابن محرز المعروف لعبد الملك في المجموعة مثل قول أصبغ وعلى هذا فيكون المذهب على قولين.

الخامس، في قيام المحكوم عليه بطلب الفسخ؛

وإذا قام فطلب ذلك لجور القاضى أو جهله فقد تقدم حكمه وإن ذكر أن بينه وبينه عداوة أو بينه وبين ابنه أو بين الأبوين وثبت ذلك وجب الفسخ وإن قال كنت أغفلت حجة كذا لم تقبل منه وإن أتى بيينة وذكر أنه لم يعلم بها فثلاثة قال ابن القاسم يسمع من بيئته فإن شهدت بما يوجب الفسخ فسح وقال سحنون لا يسمع منها وقال ابن المواز إن قام بها عند القاضى نفسه نقضه وإن قام عند غيره لم ينقضه وإن أتى بما يوجب سقوط شهادة من شهد عليه فإن كان لتقدم جرحه بفسق ففي نقض الحكم روايتان وبالنقض أخذ ابن القاسم وبعده قال أشهب وسحنون وإن أثبت العداوة فيجرب على القولين ولو أنكر المحكوم عليه الخصام عند القاضى وقال القاضى كنت خصمت عندى وأعدرت إليك فلم تأت بحجة وحكمت عليك فقال أصبغ القول قول القاضى وفي الجلاب لا يقبل إلا بيينة قال اللخمي وهو أشبه بقضاة الوقت ولو أنكرت البينة أن تكون شهدت ففي النقض قولان.

كتاب الشهادات

حقيقتها: الإخبار عن تعلق أمر بمعين يوجب عليه حكما وبقيد التعيين تفارق الرواية.

حكمها: الوجوب على الكفاية.

حكمة مشروعيتها: حفظ النظام ودفع الضرر العام لصيانة الحقوق.

ركناها: الشاهد والمشهود به.

الأول، الشاهد:

ويتعلق النظر بالموجب لقبول شهادته وبالمانع من قبولها. أما الموجب لقبولها فهي العدالة والمروءة والحرية والبلوغ وفي الرشد خلاف والعدالة هيئة راسخة في النفس تحث على ملازمة التقوى باجتنب الكبائر وتوقى الصغائر والتحاشى عن الرذائل المباحة والمراد بالمروءة التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق ردىء يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم تكن في نفسه جرحة ولا تقبل شهادة العبد ولا شهادة من لم يبلغ الحلم وإن بلغ خمسة عشر عامًا وأجاز ابن وهب شهادته إذا بلغ ذلك وفي قبول شهادة الصبيان فى القتل والجراح ثلاثة يفرق فى الثالث فتقبل فى الجراح خاصة ولم ير مالك السفه قاذحًا فى العدالة فأجاز شهادته ولم يجزها أشهب.

تبيه: قال القاضى أبو الوليد ويشترط فىمن اجتمع فيه هذان الوصفان يعنى العدالة والمروءة أن يكون عالمًا بتحمل الشهادة متحررًا يؤمن عليه التحيل.

وأما المانع فقسمان: قسم يمنع من القبول مطلقًا وقسم يمنع على جهة.

الأول: كل وصف مناف للعدالة أو المروءة أو لهما كالفسق وسماع القيان عند ابن القاسم وأشهب وكقطع السكة وإن كان جاهلا وأن يترك الجمعة ثلاث مرات متواليات من غير عذر. ابن لبابة. وكذلك كل من لم يقم صلبه فى ركوع أو سجود فى نافلة أو فريضة والفرار من الزحف واعتقاد البدعة والقضاء بالنجوم وشبه ذلك مما هو مناف لما ذكرناه.

الثاني: ما يمنع على جهة ونعنى بذلك أن يمنع من القبول مع بقاء العدالة وهو نوعان:

الأول: التغفل قد تقدم قول القاضي أبي الوليد أنه يشترط أن يكون متحرراً يؤمن عليه التحيل قال ابن عبد الحكم قد يكون الخبر الفاضل ضعيفاً لا يؤمن عليه لغفلته فلا تقبل شهادته إلاّ فيما لا يكاد أن يلبس عليه فيه.

النوع الثاني: الاتهام وله ستة أسباب:

الأول: أن يجبر لنفسه منفعة أو يدفع عنها مضرة.

الثاني: تأكيد الشفقة بالنسب أو السبب وشهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به.

الثالث: العداوة في أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب بخلاف الدينية إلاّ أن يؤدي إلى إفراط الأداء.

الرابع: الحرص على زوال التقييد ولذلك صورتان:

الأولى: أن ترد شهادته بفسق ثم يصير عدلاً فيشهد بها فإنها ترد لتهمته على دفع عار الكذب.

الثانية: التأسى كشهادة المقلوف في القذف.

الخامس: الحرص على الشهادة في التحمل والأداء والقبول أما التحمل فكالمختفى في رواية والمشهور أن ذلك لا يضر وقيد محمد بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا خائف وغير ضعيف وقيل لا يجوز أن يخفى ليشهد مخافة أن لا يحيط بها علماً لكن إن تحقق الإقرار كما يجب فليشهد وأما الحرص على الأداء فمثل أن يبدأ بالشهادة قبل أن يطلبها منه صاحبها وهو حاضر والحق مالى فإن أداها سقطت والذي ينبغي أن يعلم صاحبها إن علم أنه غير عالم بها ولو كان صاحبها غائباً ففى وجوب القيام بها قولان ولو كانت الشهادة حقاً لله تعالى ولا يستدام فيه التحريم يستحب كتمها. ابن رشد. إلا في المشتهر وإن كانت مما يستدام فيه التحريم وجب الرفع وذلك كالطلاق والعتق والعفو عن القصاص وأما الحرص على القبول فمثل أن يشهد شهادة ويحلف على صحتها.

السادس: الاستبعاد والأصل فيه قوله ﷺ: «لا تقبل شهادة البدوي على

القروى» وحمله مالك على الأموال والحقوق دون الدماء وما فى معناها مما تطلب فيه الخلوات فلذلك قلنا لا تجوز شهادة البدوى على القروى أو له فى الحقوق التى يمكن الإشهاد عليها فى الحضر دون القتل والجراح وشبههما.

الركن الثانى: المشهود به:

وهو ستة أنواع:

الأول: الزنى واللواط ويثبت بشهادة أربعة ذكور مجتمعين غير مفترقين برؤية واحدة أنه أدخل فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة وظاهر المذهب جواز النظر إلى الفرج لتحمل الشهادة وللحاكم أن يسألهم كما يسأل فى السرقة ما هى ومن أين وكيف وإلى أين فإن شهدوا بما ذكرنا لكن أنهما مكرهان فإن قلنا إن الرجل يحد مع الإكراه فلا بد من أربعة وإن قلنا لاحد اكتفى باثنين وفائدة الشهادة ما تستحقه من الصداق على الرجل أو على المكره.

الثانى: ما ليس بمال كالنكاح والطلاق والرجعة والتملك والعتق والإسلام والردة والسبب والولاء والكتابة والتدبير والعدة والجرح والتعديل والشرب والحراية والقذف والسرقة والإحلال والإحصان وكذلك الوكالة والوصية عند أشهب فهذه كلها لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين.

الثالث: ما يتعلق بالنفس كالقتل والجراح والعفو عن القصاص والتعريض للنوبة بالسب فأما القتل فإن كان عمداً فإنه يثبت باثنين ولا يستحق بشاهد وامرأتين ويستحق بشاهد عدل مع القسامة وفى غير العدل روايتان وفى جراح العمد ثلاثة فأجاز فى الأفضية قطع اليد مع الشاهد واليمين قياساً على القتل وفى الشهادات كل جرح لا قصاص فيه فإنما هو مال فلهذا جاز فيه الشاهد واليمين قال اللخمي وهذا يقتضى أنه يجتزئ بالشاهد واليمين حيث يتوجه القصاص وقيل يصح اليمين مع الشاهد فيما صغر من الجراح دون ما كبر وأما العفو عن القصاص فلا يثبت أيضاً إلا بشاهدين عدلين وتتوجه اليمين مع الشاهد على المشهود له قياساً على الطلاق وأما التعرض بالسب للنوبة فيثبت بشاهدين ولا يقبل بالواحد لكن يعاقب العقوبة الشديدة على ما سيأتى فى محله إن شاء الله تعالى.

الرابع: ما لا يطلع عليه إلا النساء كالولادة والاستهلال وعيوب النساء والحيض

فيثبت بشهادة امرأتين عدلتين وفي شهادة النساء فيما يقع بينهن في الأعراس والمآتم كالصبيان قولان .

الخامس: الأموال وحقوقها كالأجال والخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال فيثبت بشهادة رجلين ورجل وامرأتين ويشاهد ويمين وامرأتين ويمين وبرجل ونكول وامرأتين ونكول ويمين ونكول .

ثم اليمين أربعة أحوال:

الأول: أن تكون ممكنة فيحلف القائم ويستحق مطلقاً وعن مالك لا يحلف السفية مع شاهده ويؤخر حتى يرشد وإذا قلنا يحلف فنكل فقد تقدم قول ابن القاسم أن المطلوب يحلف ويبرأ ولا يحلفها إذا رشد وكذلك البكر المولى عليها تنكل عن اليمين مع الشاهد إذا رضى حالها وقاله مطرف قال ولو نكل المطلوب أخذ منه المال فإن حلف السفية بعد رشده مضى له وإن نكل رده وإذا نكل الرشيد أو العبد المأذون عن اليمين مع الشاهد حلف المطلوب وبرئ ولو نكل غير المأذون حلف سيده واستحق .

الثاني: أن تكون غير ممكنة مثل أن يقوم شاهد بحق لميت ووارثه أخرس لا يفهم ولا يفهم عنه فقال سحنون يحلف المدعى عليه ويبرأ وإلا غرم وكذلك الشاهد يشهد على رجل أنه حبس حبساً على الفقراء أو تصدق به عليهم .

الثالث: أن تكون غير ممكنة حالاً وممكنة مآلاً كشاهد يقوم لمعتوه أو صغير أو لغائب فأما المعتوه فإن المطلوب يحلف فإن حلف برئ وإلا غرم ثم إذا حلف ثم عقل المعتوه فإنه يحلف ويستحق وأما الصغير فإن كان وليه هو المتولى للمعاملة فهو الذى يحلف مع الشاهد فإن نكل غرم وإن لم يكن هو المتولى ففي المذهب ثلاثة: قال مالك يحلف الصغير وهو شاذ وقال ابن كنانة يحلف أبوه وقال ابن المواز يحلف المطلوب وهو المعروف فإن حلف ففي إيقاف المشهود به إن كان معينا كدار أو عقار أو يكون مما يخشى عليه التلف إن لم يوقف قولان وإن نكل أخذ من يده وفي كونه أخذ تمليك أو إيقاف قولان وعلى الثاني فيحلف الصبي إذا بلغ فإن نكل حلف المطلوب وبرئ وإن نكل فلا شيء له . وأما الغائب فإن شهد له بدين لم يحكم له إلا بوكالة وإن شهد أن فلانا غصب فللحاكم أن يحلفه فإن نكل وقف

الشيء المغصوب حتى يقدم وإن شهد أنه قذفه فمذكور في محله .
 الرابع: أن تكون ممكنة من بعض دون بعض مثل أن يشهد شاهد على رجل أنه وقف داره على بنيه وعقبهم بطنا دون بطن فإن من لم يخلق من الأعتاب يستحيل أن يحلف الآن مع الشاهد والموجود من ولد الصلب يمكن أن يحلف وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال فقال محمد الذي ذهب إليه أصحابنا منع اليمين مطلقاً وروى ابن الماجشون أن الجمل إذا حلف ثبت جميعها يريد من هذه الطبقة وروى إذا حلف واحد ممن يستحق ذلك ثبت جميعها للغائب والحاضر ومن سيولد وقيل يثبت نصيب من حلف وحده ومن نكل سقط حقه وردت اليمين على المشهود عليه .

النوع السادس: أن يتضمن المشهود به ما يصح فيه الحلف مع الشاهد وما لا يصح إلا بشاهدين فإن باشرت الشهادة المال أعطيت حكمه مثل أن يقوم شاهد وامرأتان لرجل على شراء زوجته فيحكم بصحة الشراء وإن أفضى إلى فسخ النكاح وكذلك لو قام له بذلك شاهد فيحلف معه وإن باشرت الشهادة ما ليس بمال ففي إجراء ذلك مجرى المال أو مجرى ما ليس بمال قولان لابن القاسم وأشهب مثاله الشهادة بالوكالة على المال وكالنكاح بعد الموت وفي الشهادة على عبد ميت أن سيده اعتقه أو أن هذا أخوه أو أبوه أو لم يكن له وارث ثابت النسب .

اللواحق

تشمّل على خمسة فصول:

الأول: في الشهادة على الخطأ:

وفي المذهب أربعة: الجواز مطلقاً وعليه عمل القضاة في زماننا والمنع مطلقاً لجواز الضرب على الخطوط والثالث الجواز على شهادة المقر دون غيره . والرابع الجواز في حق المقر والميت والغائب والمنع في خط نفسه . وقد روى عن مالك أن الشاهد إذا عرف خطه ولم يذكر موطن الشهادة أنه لا يشهد حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل على أكثرها وبه قال ابن القاسم وأصبغ .

الثاني، في الشهادة على الشهادة،

وهي جائزة في جميع الحقوق إذا قال له اشهد على شهادتي أو رآه يشهد بها عند الحاكم وقال محمد لا يشهد وإن رآها يؤديها حتى يقول له اشهد على شهادتي وإنما يشهد على شهادته لعذر كمرض أو موت أو لغيبة بمكان لا يلزمه الأداء .

الثالث، في ثبات المواطن التي ثبتت بالسمع،

والعمل بشهادة السماع جائز الضرورة في مواطن محصورة وصفتها أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم والمواطن المشار إليها سبعة وعشرون ذكر منها ابن رشد إحدى وعشرين و زاد ولده ستة وقد نظمها في هذه الأبيات :

أيا سألني عما ينفذ حكمه	ويثبت سمعاً دون علم بأصله
ففي العزل والتجريح والكفر بعده	وفي سفه أو ضد ذلك كله
وفي البيع والأحباس والصدقات	والرضاع وخلع والنكاح وحله
وفي قسمة أو نسبة وولاية	وموت وحمل والمضر بأهله
فدونكها عشرين من بعد واحد	تدل على حفظ الفقيه ونبله
وقال ولده رحمه الله متمماً لها :	

ومنها الهبات والوصية فاعلمن	وملك قديم قد يظن بمثله
ومنها ولادات ومنها حرابة	ومنها الإباق فليضم لشكله
أبي نظم العشرين من بعد واحد	وأتبعتهما ستاً تماماً لفعله

الرابع، تعارض البينتين،

وإذا تعارضت البيئات وأمكن الجمع بينهما جمع وإن لم يمكن صير إلى الترجيح وهو من أربعة أوجه :

الأول: زيادة العدالة بخلاف زيادة العدد على الرواية المشهورة .

الثاني: قوة الحججة، قال أشهب يقدم الشاهدان على الشاهد واليمين وعلى الشاهد والمرأتين إذا استورا في العدالة وقال ابن القاسم لا يقدمان قال ولو كان أعدل من كل واحد منهما لحكم بشهادته مع اليمين وقدم على الشاهدين .

الثالث: اليد فتقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافؤ مع يمينه على الرواية المشهورة ولو رجحت بينة الخارج لقدمت مع يمينه على خلاف، وذهب

عبد الملك إلى أن الحائز لا يتتفع ببينته وأن بينة المدعى أولى بتخصيص البينة به في الحديث .

الرابع: اشتمال إحدى البيتين على زيادة تاريخ أو سبب ملك فإن شهدت بينة أنه ملكه منذ سنة وشهدت أخرى أنه ملكه منذ أزيد من ذلك قدمت السابقة ولو كانت إحداها مطلقة والأخرى مضافة إلى سبب قدمت المضافة ولو شهدت بينة بالحوز والأخرى بالملك قدمت بينة الملك ولو كان تاريخ الحوز متقدما .

الفصل الخامس: في المرجوع عن الشهادة:

وإذا رجع الشاهد عن الشهادة وقال شبه على لم يحكم بها . ثم إن كان عدلاً مأموناً لم يجرح وإلا جرح وأدب قاله ابن القاسم وعبد الملك وقال أيضاً لو أدب لا كان أهلاً وقال سحنون وغيره لا يؤدب لثلاث يكون ذلك داعية إلى أن لا يرجع أحد عن شهادته وبه العمل ولو رجع بعد الحكم بشهادته فقبل لا أدب عليه قال سحنون وغيره ولا إن قال شبه على قال بعض الشيوخ وظاهر ما في الأقضية من المدونة أنه يجرح وأما شاهد الزور فيضرب ويطاف به في المجالس ولا تقبل شهادته أبداً قال ابن القاسم يريد مجالس المسجد الجامع ولم يحفظ عن مالك في غرم الشاهد جواب قال ابن المواز إلا أن أصحابه يضمونونه ما أتلف إذا أقر بتعمد الزور قال ابن الماجشون فإن رجع ولم يقر بالزور لم يغرم وقيل يغرم قال مالك ولا ينقض الحكم برجوعه .

كتاب التفليس

هو تفعيل من الفليس وهو العدم مأخوذ من الفلوس أى أن هذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب .

وحقيقته شرعاً: الحجر على المديان .

حكمة مشروعيته: صيانة الأموال على أربابها .

ركناه: المفلس بفتح اللام، والمفلس بكسرها .

الأول: المفلس،

وهو المديان وإذا كان الرجل عليه ديون قد حلت أو حل بعضها والتمس من حل دينه الحجر عليه مكن من ذلك ولا حجر في الدين المؤجل لكن يحل بالفلس إذا استغرقت الديون الحالة ما بيده وكذلك إن ظهر منه إتلاف يخاف معه أو يتلف ما بيده قبل حلول الأجل فيفلس إلا أن يضمن أو يجد ثقة يتجر له فيه .

الثانى: المفلس،

وهو القاضى قال ابن الماجشون وحبس المديان رأس تفليسه ومثله لمالك فى الموازية وفيها عنه أيضاً إذا قام الغرماء وبيّنوا على تفليسه قال محمد وحالوا بينه وبين ماله قال ابن القاسم أو تشاوروا فى ذلك فذلك حد التفليس قال أصبغ أو يجتمعوا فيأخذوا ما فى حانوته فتحاصصوا فيه ويطلقونه لياسهم من ماله وإن أراد بعض الغرماء تفليسه فله ذلك وإن كره غيره .

اللوأحق

وهى ما يترتب على الحجر ويترتب عليه أربعة أحكام :

الأول: حبسه إلى ثبوت فقره أو يطول سجنه؛

فإن طلب أن يعطى حميلاً ويخرج ليثبت عدمه فقال ابن القاسم يمكن من ذلك وقال سحنون لا يمكن من ذلك يريد لما يلزمه من اليمين عند ثبوت عدمه والحميل

لا يحلف عنه ومراده والله أعلم المتقعد بأموال الناس فإذا مكنه القاضى من ذلك ضرب له أجلاً بحسب اجتهاده وجرت عادة القضاة أن يؤجلوه ثمانية عشر يوماً ثم يتلومون له ثلاثة أيام .

تنبيه: طول السجن يختلف بحسب حال الدين والمسجون إن سجن لاختبار حاله يخرج إذا مضى من المدة ما يختبر حاله فيه قال ابن الماجشون يحبس فى الدريهمات اليسيرة قدر نصف الشهر وفى المال الكثير أربعة أشهر وفى المتوسطة شهران وأما الملد المتهم فيسجن حتى يؤدي أو يثبت عدمه وأما المتقعد بأموال الناس فى الطرر وإذا أخذ الرجل أموال الناس للتجر أو للدين ثم زعم أن لا شيء معه ولم يعلم أنه غضب فإنه يسجن ويضرب بالسوط فى الجمع وغيرها حتى يؤدي ما عليه أو يموت فى السجن أو يتبين للإمام أن لا شيء معه فيطلقه بعد أن يحلفه وبذلك كان سحنون يقضى .

الثانى: منع التصرف فى ماله بوجوه التبرعات:

وفى جواز عتقه لأم ولده قولان لابن القاسم والمغيرة وعلى القول بالإمضاء فيتبعها مالها قاله مالك فى الموازية وقال ابن القاسم إن كان يسيراً وشراء المفلس على أن يقضى الثمن مما لا حجر عليه فيه جائز وما لا حجر عليه فيه من سائر تصرفاته كالطلاق والنكاح وشبه ذلك جائز ويبيعه بعد الحجر بغير محاباة جائز إذا كان نظراً وما فعله قبل الحجر من هبة أو صدقة أو عتق فمردود إن ثبت أنه حينئذ غير ملئ بما عليه من الدين والبينة على من يريد الرد ولو قضى بعض غرماً به أو أعطاه رهناً بعد الحجر لم يجز فإن كان قبله فقال مالك ذلك مرة جائز وقال مرة لا يجوز وقيل يجوز قضاؤه ولا يجوز رهنه وهذا إذا فعله لمن لا يتهم عليه وأما إن فعله مع المتهم فلا يجوز .

الثالث: بيع ماله وقسمه للغرماء:

والمتولى لذلك القاضى بعد ثبوت الديون والأعذار فيما له وللغرماء ثم تحليفهم يمين الاستبراء فإذا فعل ذلك وثبتت أملاكه وحيزت أمر بتسويق الأملاك وطلب الزيادة فيها قال مالك ينادى عليها الشهر والشهرين ولا يؤخر الحيوان إلا السير ويسوق العروض يسيراً والحيوان أسرع بيعاً فإذا بيع ذلك أمرهم بقسم الأثمان ولا

يكلفهم إلا غريم سواهم فإن كان الغريم معروفاً بالدين فيستأنى في الموت وفي الفلاس خلاف قال ابن حبيب يأمر من ينادى على باب المسجد ومجتمع الناس أن فلانا مات أو فلس فمن كان له قبله شيء فليرفع إلى القاضي قال ويبيع متاعه بالخيار ثلاثاً ويكون البيع بمحضره وإذا اختلفت أجناس الديون قوم لكل واحد منهم دينه يوم الفلاس أو الموت واشترى بما نابه في الحصاص بتلك القيمة ما له قبله أو ما بلغ منه ويترك للغائب منابه وإن هلك بعد العزل فهو منه .

الرابع، الرجوع إلى عين المال،

وهو واجب في الفلاس دون الموت ثم السلعة إن كانت بيد ربه لم يدفعها بعد فهو أحق بها مطلقاً وإن كانت بيد المفلس فيكون أحق بها بستة شروط :

الأول: أن يكون من بيع وما في معناه من هبة الثواب والسلم والإجارة والكراء دون النكاح والخلع والصلح لتعذر استيفاء العرض فرب الأرض أحق بالزرع في الفلاس وقال ابن القاسم وفي الموت والأجير على سقى النخل أحق بخلاف الأجير على ترحيل الإبل أو رعايتها، أو رعايتها وعلفها والصباغ شريك بقيمة الصبغ وكذلك البناء والنساج وجميع الصناعات أحق بما أسلم إليهم للصناعة وصاحب الدابة أحق بما عليها والمكترى أحق بالدابة المعينة وبغير المعينة إن قبضها ورب الخانوت أسوة الغرماء فيما فيه ورب الأرض وأجير السقى يتحصان وقيل رب الأرض مقدم ويقدمان على مرتهن الزرع .

الثاني: أن يثبت أنها سلعته بالشهادة أو بإقرار المفلس بذلك قبل الفلاس وفي إقراره بذلك بعد الفلاس ثلاثة يفرق في الثالث فإن كان على الأصل بينة قبلت وإلا فلا وهو قول ابن القاسم وإذا قلنا بالقبول ففي استحلاف رب السلعة قولان وإذا فرعنا على عدم القبول فله تحليف الغرماء أنهم لا يعلمون أنها سلعته .

الثالث: أن يختار الأخذ وأما إن اختار الضرب فله ذلك .

الرابع: أن يمتنع الغرماء عن تبدئته بالثمن وأما لو دفعوا له ثمنها من مال المفلس لكانوا أحق بها وهل يكون لهم دفعه من أموالهم أو لا قولان لابن الماجشون وابن كنانة .

الخامس: أن تكون السلعة باقية على ملك المفلس فإن خرجت عن ملكه فليس

له إلا المحاصصة بالثمن .

السادس: أن لا تتغير تغير انتقال فذلك فوت فزرع الخنطة وطحنها وخلطها بأردأ منها فوتاً وذبح الكبش قوت وييس الثمرة فيه روايتان الفوت وبه أخذ أصبغ وعدمه وبه أخذ أشهب وكبر الصغير فوت وفي هرم الكبير قولان مخرجان من القول فيمن اشترى عبداً فهرم عنده ثم وجد به عيباً فليل هو فوت يمنع الرد وقيل لا وجعل الزبد سمناً فوت وقطع الثوب قميصاً والخشبة بابا فوت .

كتاب العتق

حقيقته، ارتفاع الملك عن الرقيق ويقال عتق بفتح العين وأعتقه سيده فهو معتق .

حكمه، الندب .

حكمة مشروعيته، التنبيه على شرف آدمي وتكرمه فإن الرق إذلال له والترغيب في مكارم الأخلاق وتعاطي أسباب النجاة من النار .

أركانها، المعتق والمعتق والصيغة .

الركن الأول، المعتق،

من فيه أهلية التبرع فلا ينفذ من المحجور عليه لحق نفسه كالسفيه والمعتوه ولا لحق غيره كالمديان والعبد والمريض والمرأة فيما زاد على الثلث ولو كان السفيه غير مولى عليه فعتقه جائز قال ابن القاسم إلا البين السفه الذي يحجر على مثله .

الثاني، المعتق،

كل مملوك لا يتعلق بعينه ولا بضمنه حق لازم فيتناول الذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير والجنين واحترزنا بالقيد الأخير عن العبد الذي أخدمه رجلا حياة العبد وعن المرتهن إذا لم يكن له غير العبد فإن كان عنده فكاكه كانت الخدمة أمدا معلوما صح العتق بعد انقضاء الأمد كالمستأجر .

أسباب العتق عشرة: إصدار الصيغة، والكتابة، والتدبير، والإيلاء، والمثلة، والسراية، والقراية، ويضاف إلى ذلك: اليمين بالعتق، والنذر به، وقتل الخطأ، والظهار، وكفارة اليمين إن اختار العتق فتكون اثنتي عشرة .

ويجب أن تعلم أن ما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب ألا ترى أنه جل وتعالى رتب المغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال ﷺ: «صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية . وصوم يوم عاشوراء يكفر الماضية . ورمضان إلى رمضان مكفر لما بينهما والصلوات الخمس تكفر ما بينها . وإذا توضأ العبد خرجت الخطايا من تحت أشفار عينه» الحديث وقد قلت لشيخنا شهاب الدين

رحمه الله إذا كان صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية فأى شيء يكفر صوم يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه فقال رحمه الله ذلك دليل على أنه تعالى يريد للمغفرة لعباده فإن العبد إذا أخطأه سبب لا يخطؤه غيره . وما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب وكذلك العتق .

ولنذكر كل سبب وما يتعلق به إن شاء الله تعالى :

السبب الأول: إصدار الصيغة

اعلم أن الصيغة إن صدرت مطلقة وقع العتق ناجزا وإن صدرت معلقة وقع عند صدور المعلق عليه كالطلاق . والصيغة ثلاثة أقسام : صريح وكناية وما ليس بواحد منهما فالصريح ما فيه لفظ الإعناق والتحرير وفك الرقبة وكذلك قوله هو لله أو لوجه الله وإن لم يقل هو حر . الكناية نحو وهبت لك نفسك أو اذهب أو اغرب وهذا يفتقر إلى النية بخلاف الصريح وكذلك ما ليس بواحد منهما كقوله اسقني الماء وشبه ذلك ولو قال وهبتك نفسك اليوم فقال سحنون هو حر وقال ابن القاسم في حر شتم عبدا فقال له سيده هو حر مثلك أراه حرا قال سحنون ولو قال تصدقت عليك بخراجك وخدمتك ما عشت أنا فهو حر مكانه وكذلك لو لم يقل ما عشت فهو حر مكانه قال ابن القاسم ولو أراد أن يقول أنت حر من هذا العمل اليوم وقال ما أردت حرته حلف ويبرأ وتحصيل المذهب أن اللفظ إذا صدر مقارنا للكلام النفساني فإن العتق يقع اتفاقا كالطلاق وإن صدر اللفظ وحده وقال لم أرد به العتق فإن اقترن بذلك قرينة مصدقة كما تقدم آنفاً لم يعتق وإلا عتق وقد قال مالك إذا قال لعبده أنت حر ولامراته أنت طالق وقال أردت الكذب أن العتق والطلاق لازمان له ولا ينوي وإنما النية فيما له وجه وحكى اللخمي الخلاف في العتق باللفظ دون النية وفي العتق بالنية وحدها دون اللفظ وعلى ذلك خرج الخلاف فيمن له عبدان ناصح وميمون فدعا ناصحا فأجابته ميمون فقال أنت حر يظنه ناصحا وفي ذلك أربعة أقوال كما إذا دعا حفصة فأجابته عمرة فقال أنت طالق يحسبها حفصة .

تنبيه: إضافة العتق للبعض والشعر والكلام وإلى القدر المشترك كقوله أحد

عبيدي حر كإضافة الطلاق إلى ذلك لكن المشهور في قوله أحد عبيدي حر أنه يختار واحدا ويعتقه ولو قال نويت هذا صدق بغير يمين على المشهور فإن نكل عتق هذا بإقراره والباقون بنكوله ولو قال نويت واحدا ونسيته عتقوا جميعاً.

السبب الثاني: الكتابة

وهو مشتق من الأجل المضروب لنجومها والكتابة هي الأجل قال عز من قائل: ﴿وَلَهَا كِتَابٌ مَّعْلُومٌ﴾ [الحجر: ٤] أى: أجل مقدر ومنه قيل كاتب عبده أى وأجله على ذلك.

حكمة: الندب وقيل الإباحة.

حكمة مشروعيتها: مصلحة السيد والعبد ولا يجبر السيد عبده عليها على المشهور.

أركانها: أربعة:

الأول: المكاتب: بكسر التاء وكل من جاز عتقه جازت كتابته وقد تجوز ممن لا يصح عتقه فإن المكاتب يكاتب عبده على وجه النظر وابتغاء الفضل والمريض إن كاتب عبده وقيمته أكثر من الثلث خير الورثة فى إمضاء ذلك أو عتق ما حمل الثلث منه بتلا وكذلك وصيته بكتابته ولو كاتبه بغير محاباة صحت كالبيع.

الثانى: المكاتب: بفتح التاء وهو كل من فيه شائبة رقى فتجوز كتابة أم الولد برضاها ولا تجوز بغير رضاها إذ لا سعاية عليها فإن مات السيد قبل الأداء سقطت وعتقت ولو تعجلت العتق على مال فى ذمتها لم يسقط بموت السيد. ثم حيث أجزنا الكتابة فإثما نجيزها بثلاثة شروط:

الأول: أن يكون قوياً على الأداء وقد كره مالك كتابة من لاحرفة له وقال ابن القاسم يجوز وإن كان يسأل الناس. وفى الصغير روايتان وبالجزواز قال ابن القاسم، وقال أشهب يفسخ مالم تفت بالأداء أو يكون له مال فيؤخذ منه ويعتق قال عنه الدمياطى وابن عشرة أعوام صغير فإن زاد عليها زيادة بينة أمكن أن تجوز كتابته.

الثانى: رضاه على أحد القولين.

الثالث: أن يكاتبه كله فإن كاتب بعضه لم يجز إلا أن يكون بقيته حراً ويزاد فى

كتابة الشرطين شرط رابع وهو أن يكون في عقد واحد وأن يتساويا في القدر وفي النجوم فإن كان العقد مفرقاً ولم يعلم أحدهما بما فعل الآخر فثلاثة قال ابن القاسم لا تجوز وقيل إن وافق الأول في النجوم والمال جاز وإلا فلا وقيل إن رضى صاحب الكتابة بإسقاطها أو رضى المكاتب أن يزيد الآخر مثلها جازت.

الثالث: العوض: وكل ما صح أن يكون صداقاً صح أن يكون عوضاً في الكتابة ولا يصح بما لا يضح تملكه كالخمر ويرجع بقيمته ولا يفسخ ويكره بالغرر كأبق وشارد وجنين ودين على غائب لا يعلم حياته ولا يعتق حتى يقبض السيد ما شرط. والتأجيل في العوض من حق العبد. قال مالك ولو كاتبه على ألف درهم ولم يذكر أجلاً فجمت عليه بقدر سعاية مثله وإن كره السيد قال الأستاذ أبو بكر وظاهر قول مالك هذا أن التأجيل شرط في الكتابة قال وعلمائنا النظار يجيزون الكتابة الحالة ويسمونها القطاعة وهو القياس.

الرابع: الصيغة: وهو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم ولو قال أنت حر وعليك كذا ألزم العتق وفي لزوم المال قولان لمالك وابن القاسم ولو كان ذلك برضاء العبد وعليه أعتقه لزمه بلا خلاف ولو قال أنت حر على أن عليك ألفاً فأربعة قال مالك يلزم العتق والمال وقال ابن القاسم في العتبية يخير العبد في العتق والتزام المال فإن لم يلتزمه بقي رقيقاً وقيل يخير العبد في القبول فلا يعتق إلا بالأداء أو الرد فيبقى رقيقاً وهذا تأوله بعضهم على ابن القاسم وقال أصبغ لا خيار للعبد ولا يعتق حتى دفع المال والمكاتب محجور عليه إلا فيما يعود إلى تحصيل المالية في الحضر دون السفر قال مالك وحكمه حكم الأرقاء حتى يؤدي ما عليه وليس لسيد يبيع رقيقه ويرد ما لم يعجزه أو يعتقه المبتاع فيمضى وولاؤه لمعتقه قال سحنون وهذا إذا كان المكاتب راضياً بالتعجيز وقيل يرد وينقض العتق وقاله أشهب. قال أشهب وهذا إذا لم يعلم بالبيع وهو عبد ما بقي عليه درهم فلا يعتق إلا بأداء جميع نجومه وبالإبراء والاعتياض ولو قال إن أديت إلى بعض نجومك معجلاً أبريتك من الباقي ففعل صح الإبراء والعتق ولو فسخ ما عليه من نوعه أو غير نوعه بزيادة أو فسخ دنانير في دراهم على تعجيل العتق جاز لأن الكتابة ليست بدين ثابت وإذا غاب المكاتب وقت الحلول فلسيده فسخ كتابته ولكن

عند السلطان ويتلوم له بقدر ما يراه كما يتلوم له إذا أقر بالعجز. ابن القاسم. وإذا أشهد أنه عجزه لغيره ثم قدم بنجومه التي حلت فهو على كتابته ولو امتنع من الأداء مع القدرة أخذت منه وقال ابن نافع وابن كنانة له تعجيز نفسه وأما إن لم يكن له مال فله تعجيز نفسه وقال سحنون لا يجوز ذلك إلا عند الإمام وإذا جنى المكاتب عمداً أو خطأ فإن أدى جميع العقد حالا وإلا عجز وخير سيده في إسلامه رقيقاً أو يفديه بالأرش ويبقى له رقيقاً ابن القاسم وله بيع أم ولده في جنائته إن خاف العجز كما له بيعها إن عجز عن الكتابة.

السبب الثالث: التدبير

وهو في اللغة مأخوذ من إدبار الحياة ودبر كل شيء ما وراءه بسكون الباء وضمها والجارحة بالضم لا غير.

وحقيقته شرعاً؛ عبارة عن عتق معلق على موت العاقد على غير وجه الوصية.

حكمه: الندب ابتداء واللزوم إذا وقع.

حكمة مشروعيته: كالتق.

أركانه: ثلاثة: المدبر والمدبر والصيغة.

الأول: المدبر: وكل من صح عتقه صح تدبيره ويصح من المميز ولا ينفذ من

السفيه.

الثاني: المدبر: وهو كل من فيه شائبة رق وإن كان جنينا قال ابن القاسم إذا دبر

ما في بطن أمته لا يكن له بيعها.

الثالث: الصيغة: نحو دبرتك وأنت حر عن دبر منى وأنت حر إذا مت أو إن

مات فلان فأنت حر بعد موتى وما أشبه ذلك وليس له رجوع ولو صرح بالوصية

لكان له الرجوع كقوله إذا مت من مرضى فأعتقوا عبدى فلانا ولا يباع المدبر ولا

يوهب خلافاً للشافعي ويفسخ إن وقع فإن لم يعلم ببيعه حتى مات سيده وظهر

عليه دين محيط بماله لم يفسخ وإلا فسح فإن لم يترك غير ثمنه عتق ثلثه وكان

للمبتاع الرد لضرر العتق فيه إلا أن يكون علم يوم الشراء أنه مدبر فلا حجة له قاله

محمد ولو لحق السيد دين قبل التدبير فقال مالك يباع فيه المدبر كما يباع فيه المعتق

ولا يباع في دين بعد التدبير ويباع بعد الموت إن اغترقه الدين سواء كان قبله أو بعده ويجوز بيع المدبر من نفسه .

وللتدبير ستة أسباب:

الأول: استغراق الدين كما تقدم .

الثاني: قتله لسيدة عمداً فإذا عفى عنه رجع رقيقاً .

الثالث: مجاوزة الثلث وهذا راجع لكمال الحرية لا لأصلها فإذا دبر عبداً ولا مال له غيره عتق ثلثه بموته .

الرابع: بيع المدبرة وحملها من المبتاع لأنها انتقلت لما هو أعلى كعتقه لها .

الخامس: قتل الأجنبي له بدليل أن سيده يأخذ منه قيمته وما جنى عليه فعقله

لسيده وليس ذلك كماله قال ومهر المدبرة كمالها وهي أحق به بعد موت السيد وغلتها وعقلها لسيدها .

السادس: قتله لسيدة عمداً فيعفى عنه فإنه يرجع رقا وإن قتله خطأ عتق في

ثلثها له دون ثلث الدية وتؤخذ منه الدية فإن عجز ماله عنها أتبع بها دينا وللسيد

انتزاع مال المدبر ما لم تحضره الوفاة أو يفلس وليس للغرماء انتزاعه وله أن ينتزع

ماله المتعلق إلى أجل ما لم يقرب الأجل ولم ير السنة قربا وتقوم المدبرة بعد موت

سيدها من مالها فإذا حملها الثلث عتق ويتبعها مالها ولو لم يحمل إلا نصفها عتق

نصفها خاصة وبقي مالها بيدها وإن دبر جماعة وضاق الثلث قدم الأول فالأول

فإن دبرهم في كلمة واحدة تحاصصوا في الثلث بلا سهم بخلاف المبتلين في المرض

أولئك يقرع بينهم . ابن القاسم . فإن كان عليه دين يبيع الآخر فالآخر فإذا انقضى

عتق الباقيون الأول فالأول إلى تمام ثلث ما بقي .

السبب الرابع: إيلاء الأمة

وهو موجب لحريتها بموت سيدها خلافا لأبي حنيفة وسواء كان الولد حيا أو

ميتا مضغة أو علقة ثم حيث قلنا بذلك فإنما نقوله إذا وطئها بملك أو شبهة ملك أو

شبهة نكاح فأما إذا ولدت منه بوطء النكاح مثل أن يتزوج أمة فتلد منه ثم يشتريها

فإنها لا تكون له أم ولد إلا أن يشتريها وهي حامل فتكون له أم ولد وكذلك إذا

رني بها فولدت فإنها لا تكون له أم ولد وإن اشتراها وعليه الحد وشبهة الملك مثل أن يظا جارية ابنه وقد قال مالك تقوم عليه وإن لم تحمل مليا كان أو معسرا ولا خيار للابن في ذلك ثم إذا قومت جاز له وطؤها قال سحنون بعد الاستبراء ثم إن كانت حملت منه فهي أم ولد فإن كان قد أصابها عتقت ولو لم تحمل وكان الابن وطنها ولم تحمل منه حرم عليه وطؤها وجاز له بيعها وشبهة النكاح مثل أن يتزوج حرة فيدخل عليه ولها أمة فتحمل منه قال ابن المواز تكون له أم ولد وعليه قيمتها يوم حملت ثم الصادر من السيد إما إقرار وإما إنكار وإقراره بالولد مستلزم لإقراره بالوطء وإذا أقر بالوطء لزمه ما أتت به لأمد لا ينقص عن ستة أشهر ولا يزيده على أكثر من مدة الحمل وسواء أتت به في حياته أو بعد مماته أو بعد أن أعتقها ثم إذا أقر بالولد في حياته في المرض الذي توفي منه والولد موجود كقوله هذا ولدى من هذه أو حملها مني أو يقول أصبتها فإن أتت بولد فهو مني فيقبل إقراره وإن لم يكن ذلك وإنما أقر بالإيلاء. مالك. إن أتت بولد قبل إقراره وإن ورث كلاله لم يقبل ولا يعتق في الثلث وقال أيضا لا يقبل وإن ورث فولد وإن كان صحيحا ولم يكن معها ولد قبل إن كانت في ملكه ولم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فرأى محمد إن أقر عند قيام الغرماء لم يقبل. ابن القاسم. ولو كان قد باعها رد البيع ما لم يتهم وكان موسرا وإلا فلا. وإن صدر منه الإنكار للوطء صدق بلا يمين وإن كانت راتعة وإن أقر به وأنكر الولادة وليس معه ولد وادعت عليه العلم حلف ولو كان غائبا وقت ولادتها في زعمها لم يحلف وقال عبد الملك يقبل قولها حيا كان السيد أو ميتا وإن كان قد باعها ولو شهدت امرأتان بولادتها فقال ابن القاسم تكون أم ولد ومنعه سحنون إذا لم يكن معها ولد وقال محمد يقبل قولها إذا صدقها جيرانها أو من حضر معها إذ ليس يحضر معها الثقات ولو كان معها ولد قبلت شهادة امرأتين على الولادة ولحق به نسب الولد ولو أنكر الوطاء والولد معا قبل قوله واختار اللخمي أن يحلف مطلقا إن كانت من العلى ولو أقر بالوطء وادعى أنه لم يزن صدق ولو أقر بالوطء والولادة وادعى الاستبراء فقال في المدونة له أن ينفيه وقيل لا وإذا قلنا بالنفي فقدرة حيضة وقيل ثلاثة ولا يمين عليه كدعوى العتق وقيل إن اتهم حلف أنه استبرأها فإن نكل لحق به الولد ولم ترد

اليمين. ابن القاسم. ولو أتت أم الولد بولد فإن نفاه بالاستبراء انتفى وإلاً لزمه ولو أعتقها أو مات عنها فأتت بولد لأمد يلحق فيه لزمه إلا أن يدعى الحى استبراء أو ينفى الولد وهو مصدق فى الاستبراء وإذا مات سيد أم الولد عتقت وتبعها مالها قال ابن القاسم عن مالك إذا كان بيدها حلى وثياب فهو لها إلا من المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تستمتع بها وتلبسها فى حياته وإن لم تكن لها بيته على أصل العطية ولو قال فى وصيته إذا أقامت على ولدها فدعوا لها ما كان لها من حلى وكسوة وإن تزوجت فخذوه فقال ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك وذلك لها وليس له فى مرضه انتزاع ما كان أعطاها وكذلك المدبر قال القاضى عياض ولأمهات الأولاد أحكام الحرائر فى سبعة أوجه وأحكام العبيد فى أربعة فأما أحكام الحرائر فلا خلاف عندنا أنهن لا يبعن فى دين ولا غيره ولا يوهبن ولا يرهن ولا يؤاجرن ولا يسلمن فى جناية ولا يستسعين، وأما أحكام العبيد ففى انتزاع أموالهن ما لم يمرض السيد وفى إجبارهن على النكاح فى أحد قولين وفى استخدامهن الخدمة الخفيفة وفى الاستمتاع بهن قال وولدها من سيدها قبل حملها منه رقيق وما ولدته بعد كونها أم ولد ففيه ثلاثة قال ربيعة هو حر كولدها من سيدها وقال الزهرى هو عبد وقال مالك هو بمنزلتها يعتق بعقتها من رأس المال لكن يجوز له استخدامه واستجاره.

تنبيه: إذا باع أم ولده على أنها حرة لم يرد البيع وولاؤه لسيدها وثمنها سائغ له كما لو أخذ مالا على عتقها ولو باعها على أن يعتقها المبتاع رد البيع ما لم يعتقها وولاؤها للبائع ويسوغ له الثمن ولو لم يعلم المبتاع أنها أم ولد لرجع بالثمن.

السبب الخامس: المثلة

وهى موجبة للعتق للحديث وشرط سببيتها أن تصدر من بالغ عاقل حر مسلم رشيد لا دين عليه فلا تعتق على صبي ولا مجنون واختلف فى العبد والذمى والسفيه والمفلس فقال أشهب تعتق على العبد والولاء لسيده وكذلك المولى عليه والسفيه والمديان لأنها جناية حدها العتق وقيل لا عتق على مديان ولا عبد وقال ابن القاسم لا عتق على ذمى مثل بعبده النصرانى إلا أن يمثل به بعد الإسلام قالوا

ولو كان معاهداً أو حريباً نزل أمان لم يعتق عليه إلا أن يمثل به بعد إسلام العبد. ابن القاسم يعتق على السفية ولا يتبعه ماله وقال ابن وهب يتبعه ثم رجع ابن القاسم فقال لا يعتق عليه وقال كل من جاز عتقه أعتق عليه ومن ليس فليس. ويستوى في العتق بالثلة القن ومن فيه شائبة كأم الولد والمعتق إلى أجل والمدبر ولو مثل بمكاتبه أو جرحه وكانت الجناية مثل ما عليه من الكتابة عجل عتقه وإن كانت أقل عتق بالثلة وحاسبه في الجرح بأرشة من آخر نجومه ولو كانت الجناية أكثر من الكتابة اتبع المكاتب السيد بالفاضل ثم المثلة إن كانت بإزالة عضو أو فساده أو فعل به ما شوه خلقه وساء منظره وكان ذلك لا يزول ولا يعود لهيئته وجب العتق والأدب الوجيع وإن كان الشيء يسيراً أو كثيراً يمكن إعادته لهيئته أو يبقى شيء يسير لم يعتق ثم حيث قلنا بالعتق فإنما نقوله إذا كانت المثلة عمداً على سبيل العذاب فإن كانت خطأ أو عمداً على سبيل المداواة أو شبيهة بالعمد مثل أن يحذف بالسيف فيصادف عضواً فيقطعه فلا عتق. ابن القاسم. ولا يعتق إلا بالحكم وقال أشهب بالثلة.

تنبیه: قال سحنون المعتق بالثلة يتبعه ماله وقال أصبغ إن استثناه قبل الحكم وقبل أن يشرف عليه لم يتبعه.

السبب السادس: السراية

وإذا أعتق الرجل نصيبه في عبد قوم عليه بخمسة شروط:

الأول: أن يكون المعتق مسلماً فإذا كان الشريكان مسلمين توجه التقويم وإن كان العبد ذمياً وإن كانا ذميين والعبد ذمى لم يقوم فإن كان مسلماً فروايتان وإن كان أحد الشريكين مسلماً فإن أعتق المسلم قوم عليه وإن أعتق الذمى فقولان التقويم لأشهب وابن الماجشون ومطرف وعدمه في المختصر الكبير.

الثاني: أن يكون موسراً بمال يفضل عن قوته الأيام وكسوة ظهره وقال أشهب إنما يترك له ما يواريه لصلاته وقال عبد الملك يترك له ما لا يباع على المفلس ومن عليه دين بقدر ماله فهو معسر، والمريض معسر إلا في قدر الثلث، والميت معسر مطلقاً فإذا قال إذا مت فنصيبى حر لم يسر وقيل يقوم في الثلث ولو كان موسراً

بالبعض سرى بذلك القدر ولو رضى الشريك باتباع ذمة المعسر لم يكن ذلك عند ابن القاسم وفي الموازية له ذلك ولا يستسعى العبد في عسر المعتق إلا أن يتطوع سيده بذلك ولو رضى العبد بدفع ذلك من ماله فله ذلك وإذا حكم القاضي بسقوط التقويم لإعسار المعتق ثم أيسر لم يقوم وإن لم يدفع ذلك إلى الحاكم حتى أيسر في التقويم روايتان.

الثالث: أن يحصل العتق باختياره أو لتسببه فلو اشترى نصف قريبه أو وهب له فقبله سرا قوم عليه بخلاف الميراث.

الرابع: أن يوجه العتق إلى نصيبه منه أو إلى الجميع فلو قال أعتقت نصيب شريكى لكان لغوا.

الخامس: أن يكون هو المبتدئ للتبعيض فلو كان بعضه حرًا لم يقوم ولو كانوا جماعة لكان التقويم على الأول وإذا تكاملت الشروط عجلت السراية في إحدى الروايتين وأظهر الروايتين أنها إنما تكون بالتقويم ودفع القيمة وعلى الأولى فتعتبر القيمة يوم العتق وعلى الثانية يوم الحكم فإن أعتق نصيبه ونصيب شريكه دفعة فيوم العتق.

السبب السابع: القرابة

والذى يعتق عليه من قرابته إذا ملكهم أصوله وإن علون وفصوله وإن سفلوا وفصول أول أصوله الأعلى وهم الإخوة والأخوات. واحترزنا بالأعلى عن أبنائهم وألحق ابن وهب بذلك العم وروى أن كل ذى رحم محرم بالنسب ممن لو كان امرأة لم ينكحها يعتق بذلك وروى لا يعتق عليه لا أصوله وفصوله خاصة.

اللواحق

فيها فصلان:

الأول: في الولاء،

وهو مأخوذ من الولى وهو القريب وهو ثابت لمن ثبت له ثواب العتق بأى وجه كان فيثبت لمن أعتق ناجزًا أو غير ناجز بعوض أو بغير عوض باشر العتق أو تسبب

فيه ويثبت له ولاء عبده الكافر ويرثه إن مات مسلماً فإن مات كافراً وترك وارثاً فخمسه لبيت المال، لولده خاصة، لولده ووالده، لولده وأخوته، لكل من يرثه بالقرابة وهو مذهب المدونة. وإن لم يترك وارثاً فثلاثة قال ابن القاسم لجماعة المسلمين ولمولاه ولمن يطلب ميراثه من أهل دينه. ولو أعتق الكافر عبده المسلم فولأؤه للمسلمين ولا يرجع إليه إذا أسلم ولو أعتق الكافر عبده الكافر فأسلم ثم أسلم سيده فولأؤه له ولو مات قبل إسلام سيده ورثه أقرب الناس إلى سيده من المسلمين ولو قال لعبده أنت سائبة فقال ابن القاسم يكره ذلك ابتداءً فإن وقع وأراد به الحرية فولأؤه للمسلمين وقال أصبغ: لا يكره كعتقه عبده عن غيره وهو حر وإن لم يرد الحرية وقال ابن الماجشون لا يجوز فإن فعل فولأؤه له ولو أعتق عبده على أن ولاءه لفلان فولأؤه له وشرطه باطل ولو قال أنت حر عن فلان وولأؤك لى فولأؤه لفلان وشرطه باطل وثمره الولاء المنصرة ولذلك كان للعصبة دون النساء فلا ولاء لامرأة إلا ولاء من باشرت عتقه أو من جره ولاؤه لها بولادة أو عتق ويفيد ولاية النكاح وحمل العقل والميراث ويثبت الولاء بالإقرار فإن أقر أن فلانا أعتقه وفلان يصدقه فولأؤه له وبالشهادة التامة دون الشاهد واليمين ولو شهد عدلان بأن هذا الميت مولى فلان لا يعلمون له وارثاً سواه لم تتم الشهادة حتى يقولوا أنه أعتقه أو أعتق أباه ويشهدان على إقرار الميت بذلك قال أشهب وإن لم يقدر على كشف الشهيدين عن ذلك قضى له بالمال والولاء قال ابن يونس وهو وفاق لقول ابن القاسم وإنما تكلم ابن القاسم على أنها حضور ولو شهد رجلان بالسمع بأن هذا الميت مولى فلان أعتقه تانى الإمام فإن لم يأت له مستحق قضى له بالمال مع يمين الطالب قال مالك ولم يجز بذلك الولاء قال أشهب يكون له ولاؤه وولاء ولده بعد التانى ورواه عن مالك وقال ابن القاسم عن مالك يؤخذ بذلك المال ولا يثبت له نسب ولا ولاء. ابن المواز. ولم يعجبنا ذلك وأكثر قول ابن القاسم وأشهب أنه يقضى بالسمع فى الولاء والنسب قال ابن القاسم ولو شهد واحدة بالسمع لم يستحق من المال شيء.

الفصل الثانى: فى التنازع:

وإذا ادعى رجل حرية الأصل ولم يتقدم عليه حوز لم يكن لمدعى رقه مقال إلا

بالشهادة ولم يكن له عليه يمين ولو قام له شاهد واحد حلف معه واستحقه وإن تقدم له عليه حوز وعرف ذلك لم يكن للعبد مقال ولو قال العبد أنا لفلان فهو لحائزه وإذا ادعى على سيده أنه أعتقه لم تكن عليه يمين فإن قام للعبد شاهد حلف السيد وكذلك إن قام له بذلك امرأتان وكذلك الأمة فإن أبي أن يحلف وقف على عبده وعن أمته قال ابن القاسم وسجن فإن طال سجنه خلى سبيله ودين ورأى مالك أنه يسجن أبداً حتى يحلف وعنه أيضاً أن السنة طول فيخرج عقبها وإذا جحد السيد فاستغله زمانا أو وطئ الجارية ثم ثبت العتق لم يرد الغلة قال ابن القاسم ولو أقر ردها ويحد في وطء الأمة وقال أشهب البينة كالإقرار إلا في الوطاء وقيل حكمه حكم الحر مطلقاً فيرد الغلة ويؤدى أرش جرحه ويحد لقتله ولو قال أعتقتك أمس على مال وقال العبد على غير مال فالقول قول العبد ويحلف وقال أشهب قول السيد.

وإذا تنازعا في أصل الكتابة أو التدبير فالحكم ما تقدم في العتق وإن تنازعا في قدر الكتابة ففي قبول قول السيد أو العبد قولان لأشهب وابن القاسم وإنما قبل ابن القاسم قوله إذا ادعى ما يشبهه وإن اختلفا في حلول نجم فالقول قول المكاتب وكذلك إن اختلفا في قدر الأنجم قاله ابن القاسم ولو اختلفا في التعجيل والتأجيل فالقول قوله أيضاً.

كتاب الجناية

وهي عبارة عما يحدثه الإنسان على نفسه أو على غيره مما يضر به حالاً ومآلاً .
وهي مأخوذة من اجتناء الثمار باليد .
ومتعلقاتها ست: الأديان والنفوس والأموال والأنساب والأعراض والعقول .
وحفظ هذه الكليات متفق عليها في جميع المال .

الأديان

وينحصر الكلام فيها في فصلين :

الأول: في التعريض للجناب العالی أو لأحد من عباده المصطفين،

ولا خلاف بين الأمة أن التعرض لله تبارك وتعالى بالسب كفر وأن فاعل ذلك حلال الدم قال ابن القاسم يقتل ولا يستتاب إلا أن يرتد إلى دين قال ومن سبه من أهل الذمة بغير الوجه الذي كفر به قتل ولم يستتب وقال جماعة من أصحابنا يستتاب المسلم والذمي فإن تاب وإلا قتل ومن سب ملكا من الملائكة قتل قاله سحنون وسعيد بن سليمان قاضى قرطبة وقال ابن القاسم فيمن قال لرجل غضبان كأتك وجه ملك إن عرف أنه قصد ذم الملك قتل وكذلك الحكم في ذم الأنبياء عليهم السلام ومن سب رسول الله ﷺ أو عابه أو ألحق به نقصا في نفسه أو نسبه أو دينه أو خصلة من خصاله أو دعا عليه أو تمنى مضرته أو عيره بما جرى عليه من البلاء والمحنة فهو كافر حلال الدم يقتل ولا يستتاب فإن أظهر التوبة قتل حدا لا كفرا وروى الوليد بن مسلم عن مالك أن حكمه حكم المرتد وقاله جماعة من العلماء قالوا يستتاب فإن تاب نكل وإلا قتل وإن كان ذميا فيقتل أيضا بلا خلاف إذا صرح بسبه أو استخف بقدره أو وصفه بغير الوجه الذي كفر به فإن أسلم ففي سقوط قتله قولان وطريق ثبوت ذلك الإقرار أو الشهادة التامة العادلة وأما شهادة الواحد واللفيف من الناس فلا يقتل بذلك لكن يجتهد في أدبه بقدر شهرة حاله وقوة الشهادة وضعفها . ومن جحد الكتب المنزلة أو كفر بها أو لعنها أو استخف بها فهو كافر .

الثاني: هي الردة:

وهي الكفر بعد الإيمان نصاً أو ضمناً كالتردد إلى الكنائس والتزام الزنار في الأعياد وكادعاء النبوة وكالسحر قال مالك تعلم السحر وتعليمه كفر. واختلف إذا اطلع عليه فقيل لا تقبل توبته إلا أن يأتي تائباً قبل أن يطلع عليه وهو اختيار القاضي أبي محمد وقال ابن عبد الحكم ومحمد وأصبغ هو كالزندق إذا ظهر سحره قبلت وإن كان مستتراً قتل ولم يستب قال ابن عبد الحكم وأصبغ وماله لورثته المسلمين ولا أمرهم بالصلاة عليه وإن كان مظهرًا لسحره ولم يتب فماله لبيت المال.

وللردة سبعة أحكام:

الأول: قتله إن لم يتب ويستتاب ثلاثة أيام ويحبس فيها وفي ذلك الإمهال روايتان بالوجوب والاستحباب ولا عقوبة عليه إن تاب.

الثاني: أن ولده الصغير لا يلحق به لأن الولد إنما يلحق به في دين يقر عليه فإذا قتل بقى ولده مسلماً ويجبر عليه إن أظهر خلافه فإن غفل عنه حتى عقل ففي إجباره قولان.

الثالث: إيقاف ماله فإن تاب أخذه وقيل يكون فيئا. ابن القاسم. وينفق عليه من ماله أيام الاستتابة دون ولده وعياله فإن قتل فهو لبيت المال.

الرابع: انقطاع العصمة.

الخامس: جنائته فإن قتل مسلماً أو ذمياً فجعله ابن القاسم مرة كالمسلم إن رجع ومرة كالنصراني وقال أشهب لولاة الدم أخذ الدية من ماله إن عفوا وإن شاءوا صبروا حتى يقتلوه وقال ابن القاسم أيضاً إن قتل مسلماً خطأ فديته في بيت المال وإن قتل نصرانياً أو جرحه اقتص منه وإن قتل مسلماً عمداً قتل به وإن جرحه لم يقتص منه وقال ابن المواز الذي أخذ به أنه قتل لم يقتص منه إلا أن يتوب قال سحنون ولو قتل المرتد عمداً فلا شيء على قاتله غير أدب الافتيات وقال ابن القاسم عليه دية الدين الذي ارتد إليه.

السادس: أعماله وهي باطلة وعليه استثناء العمل إن تاب.

السابع: تصرفاته وهي ماضية إن تاب وفي إمضائها بعد الحجر عليه قولان وفي كونه محجوراً عليه بنفس الردة أو الحكم خلاف.

النفوس

ينحصر الكلام فيها في ثلاثة فصول:

الأول: في قتل العمد؛

وينحصر الكلام فيه في الموجب والموجب.

فالموجب هو المقتضى للقتل وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع.

أما السبب: فهو القتل العمد العدوان المحض فقيده العمد يخرج الخطأ وقيد العدوان يخرج الاستيفاء وقيد المحض يخرج شبه العمد وهو خاص بالآباء والمعروف من قول مالك أن فيه القود إذا صدر من غير الآباء وقال إنما هو عمد أو خطأ ثم القتل قد يقع بالمباشرة وقد يقع بالسبب وهو أن يفعل فعلا ينشأ عنه الموت كمنعه من الطعام والشراب وكإلقاء السم في طعامه ونحو ذلك.

وأما الشروط فأربعة:

الأول: أن يكون القاتل ملتزماً لأحكامنا فلا قصاص على المحارب الكافر.

الثاني: أن يكون عاقلاً فلا قصاص على مجنون ولا صبي وعمدهما كإخطأ

بخلاف السكران.

الثالث: أن لا يكون المقتول أذن للقاتل في قتله عند ابن عبد الحكم قال إذا أكره رجل على قتل رجل فأذن المقتول للمكره في ذلك لم يكن عليه قتل وذكر ابن سحنون في كتابه أنه يقتل واتفقوا على أنه إذا أكره على قطع يد رجل فأذن له المقطوع يده في ذلك أنه لا يقطع ولا دية عليه وهو آثم في إقدامه وليس على الأمر في الموضوعين شيء وذكر ابن سحنون في مسألة القتل أنه يؤدب ولو أكره على قتله ولم يأذن له المقتول قتل الأمر والمأمور معا وأمر من لا يستطيع المأمور مخالفته إكراه كالسلطان والسيد وأما الأب والمعلم فإن كان الصبي محتملاً قتل وحده وإن كان غير محتمل قتل الأمر وحده وعلى عاقلة الصبي نصف الدية.

الرابع: أن يكون المقتول معصوم الدم فلا قتل على قاتل زان محصن ولا

زنديق. القاتل معصوم الدم إلا من ولى الدم فإن قتله غيره فله قتله.

وأما الموانع فخمسة عشر:

الأول: شرف الدين فلا يقتل مؤمن بكافر قصاصاً ويقتل إن قتله غيلة وعليه

ديته في ماله ويقتل الكافر بالمسلم وبالكافر.

الثاني: الأبوة وهي دارية للقتل عند قيام الشبهة على المشهور وقال أشهب وإن لم تكن شبهة فإذا حذفه بسيف وقال أردت أدبه صدق بخلاف أن يضجعه ويذبحه والام في ذلك كالأب ويلحق بهما الأجداد والجدات من قبلهما من يرث منهم ومن لا يرث وبه قال عبد الملك واختاره اللخمي لأن لهم حنانا وشفقة ووقف ابن القاسم في أب الأب وأم الأب وحيث سقط القصاص فتغلظ الدية.

الثالث: شرف الحرية فلا يقتل حر بعبد وإن كان بعضه حرًا أو فيه شائبة حرية ويقتل العبد بالحر وبالعبد ولو صادف القتل تكافؤ الدماء لم يسقط بزوال المانع كالعبد يقتل عبداً ثم يعتق القاتل وكالكافر يقتل كافراً ثم يسلم ولو رمى العبد عبداً فعتق بعد الرمي وقبل الإصابة لم يقتل ويبقى النظر في الدية فابن القاسم اعتبر حال الإصابة كما لو رمى صيداً ثم أحرم ثم أصابه السهم فعليه جزاؤه واعتبر أشهب حال الرمي وبه قال سحنون ثم رجع ولا اعتبار بشرف الذكورية ولا بشرف النسب.

الرابع: تعذر إظهار القاتل مثل أن تشهد البيعة على رجل بالقتل وأنه دخل في جماعة ولم يعرفوا عينه والحكم أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا ويغرمون الدية بغير قسامة ومن نكل منهم كان العقل عليه وقال سحنون لا شيء عليهم كحملان الشهادة.

الخامس: دعوى الولي خلاف ما قاله المقتول من عمد أو خطأ قال أشهب وذلك يسقط حقهم من الدم والقسامة والدية وقال ابن القاسم لهم أن يقسموا على قوله ولم يروه.

السادس: أن يظهر اللوث في أصل القتل دون صفة مثل أن يقول قتلني فلان ولم يقتل عمداً ولا خطأً ثم يقول بعض الأولياء عمداً وقال البعض خطأً وذلك مانع من القتل ثم يحلف القاتلون خطأً ويأخذون أنصباهم من الدية ومن نكل سقط حقهم ولو قال بعضهم لا علم لنا لم يكن لهم شيء.

السابع: إقامة المدعى عليه البيعة أنه كان غائباً حين القتل.

الثامن: نكول الأولياء عن القسامة.

التاسع: رجوع المدعى عن التدمية.

العاشر: اختيار الأولياء لواحد من الجماعة المدعى عليهم وذلك مسقط للقود عن بقيتهم.

الحادى عشر: عفو المجنى عليه وسواء ثبت الجرح بينة أو بإقرار أو يضرب مائة ويسجن عاماً.

الثانى عشر: صحة المدمى صحة بينة.

الثالث عشر: حلف بعض المستحقين للدم.

الرابع عشر: ميراث القاتل بعض دمه كرجل قتل أباه فاستحق إخوته ديتة ثم مات بعضهم.

الخامس عشر: أن يكون الولي ابن القاتل وقد قال مالك يكره أن يحلفه فكيف يقتله.

تنبيه: قد تكون أشياء من العمد لا قود فيها كالمتصارعين يصرع أحدهما الآخر أو يتراميا بالشيء أو يأخذ برجله على وجه اللعب فيموت قال مالك وفى ذلك الدية مخمسة.

الفصل الثانى، فى قتل الخطأ،

يتعلق النظر فيه أيضاً بالموجب والموجب.

فالموجب: هو القتل، والخطأ هو الفعل بغير مقصد إما مباشرة كسقوطه عليه وكالمرأة تنقلب على ولدها وهى نائمة وشبه ذلك إما تسبباً كإهمال الصئول وإهمال الحائض المائل قال ابن القاسم فى الجمل الصئوم والثور النطاح إذا عرف بالعداء تقدم إلى صاحبه فإن عقر بعد التقديم ضمن كاتخاذ الكلب العقور بموضع لا يجوز له قال ولا يثبت ذلك إلاً بعدلين ولا قسامة فيما أصابته العجماء فإن شهد بذلك عدل حلف الولي معه يميناً واحداً واستحق ديتة فما بلغ الثلث فعلى العاقلة وفى دونه ففى ماله وأما الحائض المائل المخوف إن أشهد على صاحبه ثم أصاب أحداً فربه ضامن وإن لم يشهد عليه لم يضمن. ابن شاس. قال ابن القاسم لا ضمان على الطبيب ولا على الحجام والحائض والبيطار إن مات حيوان مما صنعوا إن لم يخالفوا قال مالك ومعلم الكتاب والصنعة إن ضرب صيباً بما يعلم أنه من الأدب فمات لم يضمن وإن ضرب لغير الأدب تعدياً أو تجاوزاً فى أدبه ضمن، وكذلك الطبيب يعالج إنساناً فيؤتى عليه فإن لم يكن له علم بذلك وإنما فيه دخل جراءة

ومثله لا يعمل ذلك ولا يعرف به قيد منه .

ويثبت العمد والخطأ بالبينة وبالإقرار وبالقسامة مع اللوث:

البينة: إن كانت تامة ثبت بها القصاص في العمد والخطأ وتثبت الدية برجل وامرأتين ولا يثبت القصاص في النفس بخلاف الجراح ويثبت القصاص في الجراح بالشاهد واليمين ويشترط في الشهادة أن لا تتضمن جرماً ولا دفعاً فإن شهد أن هذا جرح مورثه لم تقبل ولو شهد بعض الأولياء بعفو بعضهم سقط القود بإقراره وإن كان غير عدل .

الإقرار: يقبل من الحر ومن العبد فيما فيه القصاص فإذا أقر بالقتل عمداً وجب القصاص إلا أن يقرأ بعد السجن والضرب ولو عشرة أسواط ولا يقبل قول العبد في قتل الخطأ ولا في شيء يوجب غرمًا على سيده إلا أن لا يتهم وقد قال مالك في صبي تعلق بعبد وأصبعه يدمى فقال هذا وطئ على أصبعي فقطعها وصدقه العبد يقبل إقراره والحر إذا أقر بالقتل خطأ صدق إلا أن يتهم أنه أراد إغناء ورثة المقتول كالأخ والصديق الملائف فإن كان من الأبعد صدق إن كان ثقة مأمونا ولم يخف أن يرشأ، ثم تكون الدية على عاقلته بقسامة في ثلاث سنين فإن أبوا أن يحلفوا فلا شيء لهم في مال المقر .

القسامة: موجبة مع اللوث وتوجب القتل في العمد والدية في الخطأ ولا قسامة في الجراح والأطراف ولا في العيب والكفار واللوث ما يغلب على الظن تصديق المدعى كالشهادة التي ليست بتامة وكالتدمية ولا خلاف أن الشاهد العدل لوث على معاينة القتل وكذلك شهادته على الإقرار بالقتل عمداً أو خطأ على الأصح وفي شهادة غيره خلاف قال محمد وإنما يقسم مع العدل بعد معاينة جسد القتيل فيشهدون على موته ويجهلون قاتله ولو شهد بذلك شاهد وامرأتان فلا قسامة فيه ويحبس المشهود عليه حتى يأتي شاهد آخر ويثبت الموت وقال أصبغ لا ينبغي للسلطان أن يعجل بالقسامة حتى يكشف فلعل شيئاً أثبت من هذا فإذا بلغ أقصى الاستثناء قضى بالقسامة مع الشاهد الواحد ومثله قاله ابن القاسم وأما التدمية فمثل أن يقول المقتول قتلني فلان عمداً أو خطأ وذلك موجب بوجب القسامة وإن كان غير عدل بشرط أن يكون حراً مسلماً بالغاً ثم إن كانت به جراح قبل قوله وإن لم تكن به جراح ولا آثار ضرب ولم يعرف ضره له قبل ذلك فقال ابن القاسم لا

يقبل قوله وبه العمل وقال أصبغ يقبل قوله ولو رمى رجلاً ثم أبرأه ورمى غيره لم يقبل قوله في الأولى ولا في الآخرة وبه الحكم.

تنبيه: إذا كانت بالمدى جراح مخوفة سجن المدعى عليه فإن مات أكفل وإن لم تكن به جراح ولا آثار ضرب لم يسجن إلا أن يموت قبل ظهور برئه.

صفة القسامة: أن يحلف الأولياء خمسين يميناً أن فلان قتل ولينا فلان أو أنه ضربه وقصرت قدماء إن كان قد عاش بعد ذلك ويقتصر على قوله بالله الذي لا إله إلا هو وقال المغيرة يزداد الرحمن الرحيم ويحلف في العمد من له القصاص من الرجال المكلفين ويحلف في الخطأ المكلفون من الورثة رجالاً ونساء على قدر مورثهم ولا قسامة فيمن ليس له وارث ولا قسامة إلا بنسب أو ولاء ولا يقسم من القبيلة إلا من التقى معه في نسب ثابت ولا يقسم المولى الأسفل ولكن ترد الأيمان على المدعى عليه فيحلف خمسين يميناً فإن نكل سجن أبداً حتى يحلف أو يموت وإذا قال ولد الملاعنة دمي عند فلان فإن كانت أمه معتقة أو أبوها أقسم مواليها في العمد قال أشهب وعصبتها. وأما في الخطأ فيقسم ورثته بقدر مورثهم من رجال أو نساء ويستكمل من حضر منهم خمسين يميناً وإن كانت من العرب فلا قسامة فيه قاله محمد لأن العرب خولته ولا ولاية للخولة وكذلك من لا ولاية له لأن ولاءه لبيت المال ثم إن كان القتل خطأ وكان الوارث واحداً حلف خمسين يميناً متوالية واستحق الدية إن كان ذكراً أو نصفها إن كانت أنثى وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان وإن ترك أكثر وزعت عليهم فإن ترك ذكراً وأنثى حلف الذكر ثلثي الخمسين والأنثى ثلثها وإن ترك ابنة وعصبة حلفت الأنثى نصفها والعصبة نصفها فإن غاب الولد أو العصبة لم تأخذ الابنة حظها إلا بعد أن تحلف الخمسين فإذا قدم الغائب حلف ما يخصه أن لو كان حاضراً وأخذ منابه وإذا وزعت الأيمان وبقي كسر جبر على أكثرهم حظاً منه وقيل على أكثرهم حظاً من الأيمان وإن نكلوا أو نكل بعضهم ردت الأيمان على العاقلة فيحلفون ولو كانوا عشرة آلاف والقاتل رجل منهم فمن حلف برئ ومن نكل غرم منابه قاله ابن القاسم وهو الصحيح وقال أيضاً يحلف منهم خمسون رجلاً يميناً يميناً فإن حلفوا أبرئت العاقلة ومن نكل منهم لزم بقية العاقلة الدية كاملة حتى يتموا خمسين يميناً وإن كان عمداً فلا يقسم فيه أقل من رجلين فيحلف كل واحد منهما خمسة وعشرين يميناً فإن طاع أحدهما

بأن يحلف أكثر لم يجز وإن كانوا أزيد من اثنين إلى خمسين وهم في العدد سواء وتشاحوا في حملها قسمت بينهم على عددهم فإن وقع كسر مثل أن يكونوا عشرين فتبقى عشرة قيل لهم اتوا بعشرة يحلفونها فإن حلفها منهم عشرة استحقوا الدم وإلا بطل الدم بنكولهم وإذا نكل بعض الأولياء فإن كان ممن لا عفو له فلا اعتبار بنكوله وإن كان ممن يصح عفو ففى المذهب خمسة والذى فى المدونة أن الدم يبطل قال ابن القاسم وليس لمن بقى أن يحلف ويأخذ حظه من الدية وقال أشهب يبطل الدم ويحلف من بقى ويأخذ حظه من الدية وقال ابن نافع إن كان نكوله على وجه العفو والترك لحقه حلف من بقى ويأخذ حظه من الدية وإن كان على وجه حلف من بقى وقتلوا وقال محمد فرق مالك بين أن ينكل بعد أن يحلف جماعة الأولياء أو قبل ذلك فإن نكل بعد يمينهم لم يسقط حقهم من الدية وإلا فلا قسامة لبقيتهم ولا دية ولا دم ويحلف المدعى عليه خمسين يميناً إن لم يجد من عصبته من يعينه ويضرب مائة ويسجن عاماً وقاله أصحابه المدنيون والمصريون إلا أشهب .

فإن نكل أحد الأولاد أو أحد الإخوة سقط الدم وإن كان من العصابة فلمن بقى أن يحلف ويستحق الدم وإن كان الجانى أكثر من واحد وثبت الدم بالشهادة قتلوا كلهم وإن ثبت بقسامة لم يقتل إلاً واحداً قال عبد الملك لأنه لا يدري أقتله واحد أو الكل وقال المغيرة يقتل الجماعة بالواحد وإذا فرعنا على المشهور فيعينون واحداً ويقسمون عليه ويقتلونه ويقولون فى القسامة مات من ضربه ولا يقول من ضربهم رواه ابن القاسم وقال أشهب لهم أن يقسموا على الجماعة ويختاروا واحداً للقتل ثم يضرب كل واحد منهم مائة ويسجن عاماً .

الموجب: هو فى العمد القود إن طلبه الولى وإلا فالضرب والسجن إن عفى .

ويتعلق النظر بالمستوفى والمستوفى به وقت الاستيفاء وأجرة المتولى لذلك .

المستوفى: هو الولى ثم الأولياء إن كانوا رجالا وهم فى العدد سواء فالقيام إلى جميعهم وإذا عفى أحدهم وهم قراء كالأبناء وأبناء الأبناء سقط وفى سقوطه بعفو أحد الأباعد كالأعمام وبينهم قولان قال مالك وابن القاسم يسقط وروى أشهب أنه لا يسقط إلاً باجتماعهم على العفو وإن كان بعض الأولياء أقرب فى القيام والعفو إليه والأقرب الابن ثم ابنه ثم الأب . ابن القاسم لا حظ للأب والجد مع

الولد المذكور واختلف في الجدم مع الإخوة فجعله ابن القاسم كأحدهم في الخطأ والميراث وقال يحلف ثلث الأيمان .

تنبية: إذا وكل المقتول من يقوم بدمه فأراد العفو وأبى الأولياء فإن استحق الدم بقسامة فالأمر إلى الأولياء وإن استحق بالشهادة فله الأمر إذا جعل ذلك في الوكالة إليه وإن كانوا نساء فقال مالك لا مدخل لهم في الدم والمعروف من قولهم إن ذلك يختص بالبنات وبنات الابن وإن سفلن والأخوات دون بنيهن واختلف في الأم فقال مالك وابن القاسم لها القيام بالدم وقال أشهب لا قيام لها بحال وإن كانوا رجالا ونساء وهم في العدد سواء فلا حق للنساء في قتل ولا عفو وإن كانت النساء أقرب كالبنات مع الآباء إلاً باجتماعهم .

المستوفى به: مثل ما قتل به إلاً الخمر واللواط وفي السم والنار قولان وقال ابن حبيب لا يقتل بالنبل ولا بالحجارة لأنه من التعذيب قال القاضي أبو بكر الصحيح وجوب المماثلة وإن أدخله في ذلك في التعذيب ولو عدل إليه الولي مكن من ذلك لأنه أسهل .

وقت الاستيفاء: غير معين إلاً في المرأة الحامل فإنها تؤخر إذا ظهرت مخائل الحمل لا بمجرد قولها وتجبس فإذا وضعت ووجد من يرضع الولد قتلت وإلاً أخرت حتى تجد من يرضعه والأجرة على المستحق في القتل والجراح والقطع على المشهور .
الموجب في قتل الخطأ: الكفارة والدية:

الكفارة: واجبة في قتل المسلم المعصوم الدم الحر وهي عتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب محررة له خالية عن شوائب العتق والعوض كما قدمناه في الظهار فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يقدر انتظر القدرة وتجب في شبه العمدة إن قلنا بإثباته وتستحب في العبد والذمي وقاتل العمدة إذا عفى عنه وعلى الشريك في القتل كفارة كاملة وفي استحبابها في الجنين روايتان لابن القاسم وأشهب قال أشهب ومن ضرب عبده على الأدب فليعتق رقبة وتجب في مال الصبي والمجنون والدية في النفس كاملة على أهل العمود مائة من الإبل خمسة عشرون بنات مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعلى أهل الذهب كأهل الشام ومصر المغرب ألف دينار وعلى أهل الورق كالعراق وفارس وخراسان اثنا عشر ألف درهم فضة خالصة وتغلظ الدية في شبه العمدة

على رواية العراقيين وفي مثل الوالد ولده فعلى أهل العمود مثلثة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وثلاثين خلفه في بطونها أولادها وفي التغليظ على غيرهم روايتان وإذا قلنا به ففي صفته ثلاثة قال ابن القاسم في المدونة عليه قيمة الإبل المغلظة ما لم تنقص عن دية مثله وقيل تقوم الإبل المغلظة والمخمسة وينظر كم بينهما فينسب إلى دية الخطأ فإن كان الثلث مثلاً زيد على دية مثلها ثلثها وقيل يعرف ما بين القيمتين فيزداد على دية مثله .

تنبیه: تقدم أن العمد فيه القصاص فإن وقع العفو على شيء قل أو كثر جاز فإن وجبت كانت مربعة تسقط ابن اللبون وتجعل خمساً وعشرين من كل سن وسبب وجوبها العفو على دية مبهمه أو عفو بعض الأولياء على الرواية المشهورة ولا تحمل العاقلة منها شيئاً ودية المرأة على النصف من دية الرجل وكذلك دية اليهودي والنصراني ودية المجوسى ثمانمائة درهم وعلى أهل الذهب ستة وستون ديناراً وثلثا دينار وعلى أهل الإبل ستة أبعرة وثلثا بعير والمعاهد كالذمي ودية نساء كل صنف نصف دية رجالهم قال مالك ولا دية في المرتد وقال ابن القاسم وأصبغ فيه دية مجوسى في العمد والخطأ في نفسه وجراحه رجع أو قتل وقال أشهب عليه عقل الدين الذي انتقل إليه وإذا ضرب رجل بطن امرأة أو صدرها وأخافها فألقت جنينا فإن ألقته حيا وكانت الجناية خطأ وتراخى الموت عن الاستهلاك فيه الدية بقسامة وإن مات عقيب الاستهلاك فقال أشهب لا يفتقر في استحقاق الدية إلى الاستهلاك وقال ابن القاسم لأبد من القسامة وإن كانت الجناية عمداً فلا قود فيه على المشهور وعمده كالحطأ قال أشهب لأن موته بضرب غيره وديته في العمد والخطأ على العاقلة وإن ألقته ميتا ولو كان علقه ففيه الغرة إن كان حرّاً مسلماً ونصف الغرة إن كان حرّاً ذمياً وفي الجنين عشر قيمة الأم وقال ابن وهب في جنين الأمة ما نقصها وإذا انفصل الجنين بعد موت الأم فلا شيء عليه وقال أشهب فيه الغرة وتؤخذ الغرة من الحمران وذلك أحب إلى مالك من السودان فإن قلت الحمران بذلك الموضع أخذت من السودان وإن غلت الحمران أخذت من أوسط السودان والقيمة في ذلك خمسون ديناراً أو ستمائة درهم فإن بذل الجاني القيمة وجب قبولها ويؤخذ الذهب من أهل الذهب والورق من أهل الورق واختلف في أهل الإبل فقال ابن القاسم ليس لهم في ذلك مدخل وقال أشهب تؤخذ منهم خمس بنات

مخاض وابن لبون وبنت لبون وحقة وجذعة ويرث الغرة ورثته على فرائض الله تعالى وقال ربيعة هي للأم وحدها وإذا ضرب الرجل بطن امرأته فالقت جنينا ميتا فلا يرث الأب من دينه شيئاً ولا يحجب ويرثها غيره .

والدية: تجب على العاقلة إذا كانت الجناية خطأ أو في حكمه عن غير اعتراف فلا تحمل عمداً ولا قيمة عبد ولا صلحا ولا اعترافاً ولا دية قاتل نفسه والدية المغلظة على الجاني على المشهور والعاقلة هم العصابة ويدخل فيها الأب والابن وفي دخول الجاني روايتان والديوان يلحق بالقرابة لعله التناصر فإذا كان في ديوان حملها عنه ديوانه دون قومه فإن اضطروا إلى معاونة قومه أعانوهم قال أشهب وإنما لا يحمل عنه أهل ديوانه إذا كان العطاء قائماً وإلا حمل عنه أهله ويلحق بالعصابة أيضاً الموالى الأعلون وبيت المال فإن لم تكن عصابة فعلى معتق الجاني فإن لم يكن فقيل يحمل المعتق الأسفل وقيل لا يحمل شيئاً فإذا لم تكن عصابة ولا موالى فبيت المال إن كان الجاني مسلماً فإن كان ذمياً فأهل إقليمه من أهل دينه الذين يؤدون معه الجزية فإن لم يستقلوا أضيف إليهم أقرب القرى إليهم من ذكورهم كلها فإن كانوا من أهل الصلح فهي على أهل الصلح ويشترط فيمن تضرب عليه الحرية والتكليف والذكورية وموافقة الدين واليسار وإذا ضربت لم يزل بالعدم وفي الموت قولان ويبدأ بأقرب العصابات فيضرب على كل واحد بقدر حاله فإن بقي شيء فالأقرب فالأقرب يبدأ بالفخذ فإن لم يستقل فالبطن فإن لم يستقلا ضمت إليهما العمارة فإن لم يستقلوا ضمت إليهم الفضيلة فإن لم يستقلوا ضمت القبيلة فإن لم يستقلوا استعانوا بأقرب القبائل إليهم . ابن القاسم . ولا يعقل البدوى مع أهل الحاضرة وإن كانوا قبيلة واحدة إذ لا يكون في دية واحدة عين وإبل ولا حد للمال الذي يستحق مالكة الضرب لأجله ولا لما يؤخذ من كل واحد وتؤجل الدية على العاقلة في ثلاث سنين ثلثها في آخر كل سنة ومبدأ الحول من يوم الحكم ودية العمدة إذا عفى عن القصاص حالة في مال الجاني على المشهور وقيل منجمة كدية الخطأ والدية المغلظة على الجاني معجلة في ماله وعدمه وإليه رجع ابن القاسم بعد أن قال هي على العاقلة منجمة .

الفصل الثالث، في الجراح والأطراف والمنافع،

ولفظ جرح مأخوذ من الاجتراح وهو الاكتساب والشجاج جراح الرأس وهي

مأخوذة من العلو يقال شجت البلاد أى علوتها وأسماء الجراح تسعة يجمعها قول القائل :

تدمى وتحرص سمحاق وباضعة مع التلاحم والملطاة والموضحا
تهشم العظم هشما ثم تنقله إلى الشقيقة ذات الذل والكشح

فعبر بقوله «تدمى» عن الدامية وهى أول الجراح وتسمى أيضاً الدامعة بعين مهملة وبقوله «وتحرص» عن الحارصة بصاد وحاء مهملتين وهى التى تشق الجلد والسمحاق هى التى تقشر الجلد وتكشفه كمساحيق السحاب والباطضة هى التى تبضع اللحم أى تشقه والمتلاحمة هى التى تغوص فى اللحم كثيراً فى غير وضع والملطاة بألف مقصورة وهى بكسر الميم وبغيرها أيضاً هى التى تبقى بينها وبين العظم لحم قليل والموضحة هى التى كشفت العظم والهاشمة هى التى هشت العظم والمنقلة هى التى يحتاج إلى نقل بعض عظامها فى الدواء وعبر بالشقيقة عن التى بلغت إلى أم الرأس وهى المأمومة والجائفة هى التى أصابت الجوف فالقصاص يقع فى كل ما يدمى والذى لا يدمى فإنما فيه الأدب وكل شخصين يجرى بينهما القصاص فى النفس من الجانبين يجرى بينهما القصاص فى الجراح والأطراف وكل ما لا يقتص منه للناقص لشرفه لا يقتص منه فى الجراح والأطراف على المشهور فإذا جرح عبد حرّاً فليس له أن يقتص منه وقال ابن عبد الحكم يقتص منه إن شاء ولو قطع الكافر مسلماً فقال الأستاذ أبو بكر لا يقتص منه فى الأطراف فى ظاهر المذهب وقال ابن عبد الحكم يخير فى القصاص والدية ويعتبر فى توجه القصاص ما تقدم فى القتل من الشروط والموانع . ثم القصاص ثابت فى الموضحة وما قبلها وغير ثابت فى المأمومة والجائفة .

وأما المنقلة فإن كانت فى الرأس فلا قصاص فيها وإن كانت فى غيره ففيها القصاص كالهاشمة إذا كانت فى الرأس فقال مالك لا أرى هاشمة فى الرأس إلاً منقلة ولم ير ابن القاسم فيها قصاصاً ورأى أشهب أن يقتص منه موضحة فإن لم يصب العظم هشم فلا شئ له غير ذلك وإن أصابه هشم فذاك والكسر فى الجسد هو المعبر عنه بهاشمة الجسد وما كان منه غير مخوف كعظم العضد ففيه القصاص . وأما عظم الفخذ والصدر والعنق والصلب فلا قصاص فيه وإبانة العضو فيه القصاص ما لم يكن مخوفاً وقد قال ابن القاسم فى الاثنتين أخاف أن يكون متلفاً

ويقتص في الذكر ولو قطع من قطعه لحمه ففيها القصاص .

وأما إزالة المنفعة كالسمع والبصر والعقل فإن ذهبت العين بما لا قصاص فيه كاللطمه والضرب والقضاء إذا لم يدم فانخسفت أقيده من عينه وإلا فالعقل وإن ذهبت بسرابة ما فيه القصاص مثل أن يشجه موضحة اقتص من الموضحة فإن ذهب ذاك فذاك وإلا فالدية في ماله قاله ابن القاسم وأشهب وقال أشهب أيضاً على العاقلة واتفقوا في اليد تضرب فتشل أنه يقتص منه فإن لم تشل فالدية في ماله وتعتبر المماثلة بقطع اليمنى بمثلها وكذلك ساثرها وتعين الدية عند عدم المماثلة ولا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء العديمة النفع اتفاقاً وإن رضياً ولا تقطع الشلاء بالصحيحة وإن قنع بها إلا أن يكون له فيها نفع وعن ابن القاسم إن شاء قطع وإن شاء أخذ العقل وعن مالك ليس له إلا العقل ولو قطعت يده من المرفق فليس له أن يقطع من الكوع وإن رضى المقتضى منه ويقتص من الجرح بغير مساحته في موضعه فإن شجه موضحة واختلفت رأساهما بالمقدر ففي اعتبار قدر الجهة بالمساحة أو بالنسبة إلى قدر الرأسين قولان لابن القاسم وأشهب وعلى قول ابن القاسم إن كانت الشجة أكثر من رأس الجراح فإنه يستوعب رأسه ولا يزداد من القفا .

وأما الخطأ فهو إما جرح وإما إبانة عضو وإما إذهاب منفعة فأما الجرح فما دون الموضحة فليس فيه إلا حكومة وإن برئ على شين فإن برئ على غير شين فلا شيء له وجراح الجسد كلها الموضحة والمنقلة وغيرهما ليس فيها إلا حكومة إن برئت على شين خلا الجائفة وتقدر بعد اندمال الجرح ومعنى الحكومة أن يقدر المجنى عليه عبداً فيقوم صحيحاً ومجروحاً فما نقص عن قيمته كان على الفاعل بحسابه من الدية والمقدر من الجراح الموضحة والمنقلة المأمومة والجائفة ففي الموضحة خمس من الإبل وهي نصف عشر الدية وفي موضحة والذمي بحساب ذلك وذلك يختص بموضحة الرأس والوجه دون الأنف واللحي الأسفل كما تختص الجائفة بالبطن والظهر وفي المنقلة خمس عشرة وذلك عشر ونصف عشر وفي المأمومة والجائفة ثلث الدية ولم يعرف مالك الهاشمة وقال لا أدري هاشمة تكون في الرأس إلا منقلة، قال الباجي: وفيها عند من عرفها عشر من الإبل .

تنبيه: دية المرأة في الجراح والأصابع والأسنان كدية الرجل ما لم تبلغ ثلث الدية فترجع إلى عقل نفسها .

الأعضاء: والمقدر منها اثنا عشر.

الأذنان: وفي كل واحد نصف الدية في رواية وفي أخرى حكومة.

العينان: في كل واحدة نصف الدية وفي عين الأعور الدية وفي القائمة الاجتهاد والضعيفة بسماوى كالصحيحة وبجناية قال مالك له بحسب ما بقى ثم قال إن كان أخذ لها عقلا وإلا فله العقل تام وفي الأجفان حكومة كالحاجيين.

الأنف: إن قطعه من أصله فالدية وكذلك المارن وروى لا دية فيه وهو شاذ يريد وإنما فيه بحسابه من الأصل قاله فى المبسوط وإذا قلنا فيه الدية ففي بعضه من الدية بحسابه كبعض الحشفة ولو قطع شيء من أصله ولم يبلغ المارن فحكومة.

الشفتان: فى كل واحدة نصف الدية وفى البعض بحسابه من الدية.

اللسان: فيه الدية إن انقطع وإلا ففي المقطوع منه حكومة لأن الدية للنطق لا له. وفى لسان الأخرس حكومة.

الأسنان: فى كل سن خمس من الإبل قلعت من أصلها أو من لحمها ويتم عقلها بأحد أربعة أوجه:

الأولى: أن يضربها فتسقط فإن انقطع نصفها فبحسابه وتعتبر من لحمها لا من أصلها والستح من السن وبقية الذكر من الحشفة وبقية الأنف من المارن سواء فى اندراج حكومتها فى عقلها عند الاستئصال.

الثانية: أن يضربها فتسود فإن اسود بعضها فبحسابه ولو انكسر نصفها واسود ما بقى فثلاثة أرباع العقل واصفرارها واحمرارها واخضرارها إن كان كالسواد فقد تم عقلها وإلا ففيه نسبة بعدها من البياض وقربها من السواد.

الثالثة: أن تسقط بعد سوادها وفيه كمال العقل كان اسودادها بجناية أو بأمر حدث فيها وفى الشاغية حكومة.

الرابعة: أن يضربها فتتحرك تحريكاً بيناً.

الثديان: من المرأة فيهما الدية وفى الحلمتين إذا بطل مخرج اللبن وكذلك إن أفسده لكن إن أعاد فله استرجاع الدية.

اليدان: فيهما الدية مطلقاً قطعاً من المنكب أو المرفق أو الأصابع وفى كل إصبع عشر من الإبل وفى كل أنملة ثلاثة وثلاث وفى الإبهام ثلاث أنامل وإليه رجوع مالك وقال أولاً أنملتان وبه أخذ أصحابه والسادسة كغيرها قطعت عمداً أو خطأ إذ لا

قصاص فيها في العمد قال ابن القاسم وذلك إذا كانت قوية. قال ولو قطعت اليد كلها لم يزد لها شيء.

الذكر والأنثيان: في كل واحد بانفراده الدية وقال ابن حبيب في اليسرى وحدها الدية فإن قطعاً معاً قال مالك في الموازية فيهما ديتان وقال في الواضحة إن قطع أحدهما بعد الأخرى ففي الثاني حكومة وقال ابن حبيب في الذكر الدية تقدم أو تأخر وفي الأنثيين الدية إن تقدمتا وإن تأخرتا فلا دية يريد وفيهما حكومة. وذكر الخصى والعنين كغيره وقيل حكومة ويتم العقل بقطع الحشفة وإبطال النسل بما يشرب أو يطعم وما قطع بعد قطع الحشفة ففيه حكومة.

الأسنان: من المرأة فيها حكومة عند ابن القاسم والدية عند أشهب.

الشفرة: إذا سلا حتى بدا العظم ففيهما الدية قاله مطرف وابن الماجشون.

الرجلان: كاليدين ورجل الأكرع كرجل غيره إذا كان خفيفاً ولم يكن عن جنابة أخذ لها أرشاً ويجب في شلها ما يجب في قطعها وكذلك اليدان.

المنافع عشر:

العقل: وفيه الدية إن كان مطبقاً فإن كان يذهب في وقت دون وقت فله من الدية بحسابه.

السمع: فيه الدية وفي إبطاله من أحدهما نصف الدية وإن لم يسمع إلاً بها بخلاف عين الأعور.

البصر: وفي إبطاله منهما مع إبقاء الحدقتين كمال الدية والأعمش والأخفش كغيرهما وفي إبطاله من أحدهما نصف الدية فإن نقصت فبحساب ذلك. ابن الحاجب. وإذا ادعى المضروب ذهاب سمعه وبصره صدق مع يمينه ويختبر إن قدر على ذلك وإلاً فالظالم أحق أن يحمل عليه.

الشم: فيه الدية إن انفرد فإن ذهب بقطع الأنف اندرجت فيه الدية كالبصر مع العين والسمع مع الأذن وقال ابن الجلاب القياس الديتان.

النظر: فيه الدية وإن بقى الذوق وإن نقص بنقص الكلام فيه من الدية بقدر النقص على الاجتهاد وقال أصبغ تجزئ الدية على حروف المعجم فما نقص من الحروف فله من الدية بقدره.

الصوت: فيه الدية.

الذوق: فيه الدية.

قوة الجماع: إذا ادعى ذهابها وأمكن اختباره اختبر وإلا حلف وأخذ الدية فإن عادت ردها.

الإفضاء: فيه حكومة وقيل الدية وذلك واجب على الزوج كموجه على غيره ولو أزال بكاره زوجته بإصبعه ثم طلقها فعليه قدر ما شأنها مع نصف صداقها وينظر بما شأنها عند الأزواج في حالها وجمالها وأرش ذلك في مال الأجنبية وكذلك الزوج إذا نقص عن الثلث ولو بلغ الثلث فعلى العاقلة منفعة.

الجلوس والقيام: فيهما الدية ولو بطل القيام فقط فروى ابن القاسم فيه الدية.

وإذا أجزمه وأبرصه أو سقاه ما سود جسمه ففيه الدية حكاه اللخمي.

وقال ابن القاسم في هدم الصور الدية وقال ابن عبدوس حكومة.

وما عدا ما ذكرنا مما فيه جمال ففيه حكومة.

تنبيه: ما كان من الديات لا تبلغ الثلث فهو في مال الجاني وما بلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجاني أيضا على الأشهر فعلى العاقلة وما كان من جراح العمدة التي لا قود فيها كالمأمومة والجائفة وكسر العجز إن بلغت ثلث الدية فعلى العاقلة وإليه رجوع بخلاف قطع اليد وغيرها مما لو كان له قطع ابن شاس قال في المجموعة والتعليق في النفس والجراح عند مالك وأصحابه إذا كان مثل فعل المدلجى فيما شعر منها وعظم قال سحنون إلا أن تكون من الجراح التي لا قود فيها فلا تغلظ وفي المدونة أنها تغلظ أيضا.

الأموال

وينحصر الكلام فيها في ثلاثة فصول:

الأول: في الحرابة؛

وهي فعل يقصد به أخذ الأموال على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة كإشهار السلاح والخنق وسقى السيكران وقتل الغيلة وإن قتل عبداً أو ذمياً على ماله فهو محارب ولو دخل الدار في الليل وأخذ المال مكابرة ومنع من الاستغاثة فهو محارب ويناشد المحارب ثلاثاً فإن عاجله قاتله قال مالك وإن طلبوا مثل الطعام

والشراب وما خف أعطوا وقال سحنون لا يناشدوا ولا يعطوا شيئاً قال عبد الملك ولييادر بقتله ومن قتل سارقاً دخل إليه وزعم أنه كابره أو وجدته مع امرأته يطؤها فقال محمد لا يقبل قوله ويقتل وتثبت الحراة بشهادة رجلين ولو من الرفقة إلا أن تضيف الجناية لأنفسهما فتجوز شهادة بعض الرفقاء لبعض شهداء بقتل أو بأخذ مال فإذا ثبتت الحراة ترتب عليهما حكمان:

الأول: العقوبة وهو ما ذكره الله تعالى في كتابه والتعيين موكول إلى اجتهاد الإمام فيفعل من ذلك ما هو الأصلح لا أن يحكم بهواه فما رآه أبلغ في الردع فعله ويتعين القتل إن قتل وإن عفا الولي والنفي للحر لا للعبد وروى ابن وهب ولا لإنسان قيل فكيف هو قال نفى من مصر إلى الحجاز ومن المدينة إلى فداك وإلى خيبر من الحجاز ويكتب لوالى ذلك الموضع اسجنه أبداً حتى يتوب قال وليس لحبسه حد قال بعض أصحابنا وأقله عند مالك مسيرة يوم وليلة ويسقط الحد بالتوبة قبل القدرة.

الثاني: الغرم قال سحنون وابن القاسم وحكمه فيما أخذ من المال حكم السارق إن كان وفره متصلًا أخذ بما استهلك من مال واستكراه نساء ودية نصراني وقيمة عبد وإن لم يتصل وفره لم يتبع بشيء وإن لم يقم عليه الحد اتبع مطلقاً.

الفصل الثاني: هي السرقة:

وهي أخذ مال من حرز حائزه لا ملك له فيه عن وجه الخفية.

أركانها: ثلاثة: السارق والمسروق والمحل.

الأول: السارق: بالغ عاقل لا شبهة له في الملك فيخرج الصبي والمجنون ومن له في الملك شبهة كالأب والسيد والشريك إذا سرق قدر حصته والغريم إذا سرق جنس حقه وفي السارق من بيت المال أو من المغنم قدر ما يستحقه قولان ويخرج السارق لجوع أصابه وفي خروج الجدد للأب قولان لابن القاسم وأشهب وفي خروج العبد قولان لملك وأبي مصعب.

الثاني: المسروق: اختلف باختصاصه بالمال على قولين. فقال عبد الملك يختص قال فيمن سرق حرماً صغيراً من حرز فلا يقطع والمشهور أنه يقطع.

ويشترط في المال ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون مما ينتفع به شرعاً فلا قطع على سارق آلة اللهو إلا أن تكون

قيمتها بعد الكسر نصاباً .

الثاني: أن يكون نصاباً وهو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كَيْلاً أو عرضاً يساوي أحدهما على أحد القولين وفي المدونة إنما يقوم العرض بالدرهم .

الثالث: أن يخرج من الحرز وهو الذي عبرنا عنه بالمحل .

تنبيه: إن طرأ ملك السارق للمسروق قبل خروجه من الحرز لم يقطع وصار كسارق ماله من المستاجر والمرتهن .

الثالث: المحل: وهو الحرز فلا قطع على من سرق من غير حرز وكل موضع لا يعد صاحب المال مضيعاً لماله إذا وضعه فيه فهو حرز وكل شيء معه من يحفظه فحافظه حرز له فأفنية الحوائت حرز لما وضع فيها للبيع وإن كان هناك حانوت كان معه صاحبه أو لا ومريض الدابة حرز لها إذا كان متخذاً لذلك كفنائها وباب داره وموقف الشاة في السوق حرز وإن لم تكن مربوطة وظهر الدابة والرحل حرز لما عليها والسفينة حرز لما فيها فإن سرقت السفينة نفسها وكان معها أحد فهو حرزها كالدابة بباب المسجد وغيره يكون معها أحد وإن لم يكن فهي كالدابة إن كانت مرسية فموضعها حرزها وإن كانت سائبة فلا حرز لها والمسجد حرز لبابه وسقفه وفي قناديله وحصره خلاف وهو عند ابن القاسم حرز لها والحمام ليس بحرز للثياب إلا أن يكون معها حارس أو ينقب أو يتصور الثوب المنشور على الزقاق ليس في حرز وقال ابن القاسم هو في حرز واضطربت الرواية في حبل الصباغ والقصار والدار ذات البيوت والفندق المأذون في ساحتها إن أخرج السارق من بيوتها شيئاً إلى ساحتها قطع مطلقاً عند محمد وقال سحنون إن كان من سكانها قطع وإلا لم يقطع حتى يخرج من بابها واتفقا على أن الساكن إن أخرج شيئاً مما في الساحة في بابها أنه لا يقطع وغيره يقطع .

• اللواحق:

وهي شيان: العقوبة والضمان بعد ثبوتهما بالشهادة التامة وبالإقرار ولا تقبل الشهادة مجملة حتى يسألهم القاضى عن القدر فإن بين أحدهما وأخرجهما فإن غاب قبل السؤال لم يقطع وشرط الإقرار أن يكون طوعاً وأن يتمادى عليه وإن أقر بعد أن هدد فقال مالك لا يؤاخذ به وقال سحنون إن كان السلطان يعدل فسجنه فأقر في السجن ألزم . قال لا يعرف هذا إلا من ابتلى به وقال ابن القاسم إذا

أخرج المتاع والقتيل لم يلزمه إلا أن يقر بعد أمن من العقوبة ويعرف ذلك أو يعزو ويحضر بأمر يعرف وجه ما أقر به .

العقوبة: القطع وذلك للإمام ومحلها اليد اليمنى من الكوع ويكوى موضع القطع فإن عاد قطعت رجله اليسرى فإن عاد قطعت يده اليسرى فإن عاد قطعت رجله اليمنى فإن عاد عزر وحبس وقال أبو مصعب يقتل .

الضمان: ويجب عليه رد ما أخذ إن كان قائماً وإن كان تلف وكان دون النصاب رد مثله أو قيمته ويتبع بذلك إن كان معسراً وإن كان نصاباً فقال غير واحد من الموثقين الحكم كذلك والمشهور التفصيل قال القاضي عياض إذا قطع وهو عديم وذهب عين ما أخذ لم يضمن ولا يجمع عليه عقوبتان قطع وغرم وكذلك إن طرأ عليه الغرم من يوم السرقة إلى يوم القطع وإن كان اليوم موسراً هذا هو المشهور واشترط أشهب تمادى العسر إلى يوم الحكم .

الفصل الثالث: هي جنایات العبيد والجنایة عليهم:

وإذا جنى العبد خير سيده في افتكاكه وإسلامه والجنایة على العبد كالجناية على المال فيوجب الأرض على الجاني ويكون للسيد ابن القاسم وما جنى على أم الولد أو المدبرة فالعمل للسيد فإن كانت هي الجانية فقال مالك أحسن ما سمعت في جنایة أم الولد أن يلزم السيد الأول من أرض جنایتها ومن قيمتها يوم الحكم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا قال وكذلك ما استهلكته بيدها أو اختلست فعلى السيد فيه الأقل كما ذكرناه قال مالك ولا يقوم ولدها معها وإن ولدت بعد الجناية قال وتقوم أمه بغير مالها وقيل بمالها قال مالك وأحسن ما سمعت في جنایة المكاتب عمداً أو خطأ أنه إن ودى جميع العقل حالاً وإلاً عجز وخير سيده في إسلامه رقيقاً أو يقومه بالأرض ويبقى له رقيقاً وجناية المدبر في خدمته فإن كان له مال دفع منه إلا أن يكون مدياناً فالغرماء أحق به فتكون في خدمته ولو جرح واحداً فأسلم السيد له خدمته ثم خرج آخر تحاصاً فيها الأول بما بقى له والآخر بقيمة جنایته بخلاف القرن فإنه يخير كما خير سيده في إسلامه أو فكاكه لأنه ملكه لما أسلمه سيده والأول لم يملك الخدمة لأنها إنما تكون شيئاً بعد شيء وخرج فيها شيء آخر وهو تخيير الأول بين أن يفديه ويختص بالخدمة أو يسلمه فيبطل حقه منها قال مالك وإذا جنى المدبر خير سيده في افتكاكه بجميع الجناية ولا يتبعه بشيء أو

يسلمه لدى الجناية فيستحقه فإذا استوفى رجع إلى سيده مدبراً وإن مات قبل وفائها ولا دين عليه أعتق في ثلثه واتبع بقيمة الجناية وإن عتق بعضه اتبع بحصة ذلك وخير الورثة في إسلام ما رق منه أو فدائه بجميع الجناية.

الأنساب

وصيانتها بالحد ويتعلق النظر فيها بالموجب والموجب.

الموجب بكسر الجيم هو الزنا وفي معناه اللواط.

ويشترط في توجه العقوبة سبعة شروط:

الأول: البلوغ فلا يحد الصبي ولا الصبية ولكن يعاقب ولا تحم المرأة البالغ بوطء الصبي ويحد البالغ بوطء الصبية التي يوطأ مثلها قاله في المدونة وقال ابن القاسم يحد إن كانت بنت خمس سنين وأوجب في المدونة الحد بالإنبات ولم ير ابن القاسم بذلك.

الثاني: أن يكون مسلماً فلا حد على النصراني ويرد إلى أهل دينه ويعاقب إن أعلن وقيل يحد حد البكر وإن زنا بمسلمة عوقب وقيل يحد، قال ربيعة: وذلك نقض للعهد.

الثالث: العقل فلا يحد مجنون ويعاقب إن لم يكن مطبقاً إن كان في حالة ترجوه العقوبة وتحم المرأة إن كانت عاقلة كالعاقل فالمجنونة.

الرابع: الطوع فلا حد على المكره ولها الصداق كاملاً فإن كان الوطء عديماً فهو على المكره ولا يرجع به على الوطء.

الخامس: أن يكون عالماً بالتحريم على قول أصبغ فلا حد عنده على الأعجمي وحديث العهد بالإسلام والمشهور الحد.

السادس: أن يكون وطؤه في فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق فلا حد في وطء بين الفخذين ولا في استمناء ويؤدبان ولا في المساحقة وفيها الاجتهاد وقيل يجلدان خمسين خمسين وفي عمد وطء المرأة في دبرها زنا أو لواطاً قولان ويحد من زنا بميتة على الأصح ولا حد على من أتى بهيمة على المشهور ولكن يعاقب ولا حد في نكاح المتعة على المشهور ولا على نكاح المعتدة إذا وطئها فيها على

الأصح ويحد ناكح الخامسة والمثلثة قبل زوجها وكذلك سائر المحرمات المتفق على تحريمها فإن ادعى الجهل ومثله يجهل ذلك لم يحد وقال الشيخ أبو إسحاق وكل ما حرم القرآن لسبب ويحل بزوال ذلك السبب ففي الحد به قولان وكذلك الخامسة لأنها تحل بطلاق واحدة من الأربع وقولنا باتفاق يخرج النكاح بلا ولى أو بغير شهود إذا استفاض .

السابع: الإحصان بالنسبة للزنا فى الفرج دون اللواط ويحصل بخمسة أوصاف الحرية والتزويج والوطء المباح والإسلام والتكليف فإذا زوج عبد حرة حصنها كما يحصن الحر الأمة الزوجة أما العبد فى نفسه فلا يكون محصناً ولا اعتبار بالوطء الفاسد كوطء الحائض والصائمة والمحرمة عند ابن القاسم وقال عبد الملك يحصن ولا اعتبار بوطء الملك ولا بالوطء فى النكاح الفاسد ووطء الصغيرة لا يحصن البالغ، ووطء الصغيرة يحصن البالغ . قال ابن عبد الحكم: إن كانت تطيق الوطء، وإن كان أحدهما مجنوناً فالعاقل محصن عند مالك وابن القاسم والزوجة النصرانية تحصن المسلم ويثبت الزنا بالشهادة حسباً تقدم فى كتاب الشهادات وبالإقرار ويظهر الحمل ويكفى فى الإقرار المرة الواحدة إن تمادى عليها فإن رجع لشبهة أو لأمر يعذر به قبل منه وإن أكذب نفسه فروايتان وأما الحمل إذا ظهر بحرة أو أمة ولم يعلم لها زوج ولا سيد يقر بوطئها بل منكر له والحره ليست بغريبة فإنها تحد وإن قالت هو من زوج طلقنى أو غاب عنى إلا أن تكون طارئة وكذلك إن قالت كنت مكرهة إلا أن تظهر أماره تصدقها مثل أن يرى بها أثر دم أو يسمع لها صياح أو استغاثة أو ما أشبه ذلك .

وأما الموجب فنوعان: جلد ورجم، الجلد: يختص بالبكر وهو مائة للحره، ونصفها لمن فيه شائبة رق ويزاد الذكر الحر التغريب عاماً فيبعث إلى غير بلاده ويكتب لقاضيها فيحبسه بها عاماً ونفقته وكراؤه فى ماله وكذلك المحارب إذا نفى فإن لم يكن له مال فمن بيت المال . والمرجع يختص بالثيب ويرجم بأكبر حجر يقدر الرامى عليه ويتقى الوجه وتؤخر الحامل حتى تضع حسبما تقدم فى القصاص وإقامة الحد للإمام وللسيد أن يعتمد فى عبده وأمه على البينة أو الإقرار أو ظهور الحمل وفى حده لهما بالرؤية روايتان فإن كان لبعده زوج حرة أو كانت أمته زوج لحر لم يقمه غير الإمام ولا يقيم السيد حد السرقة ولا يقيم عليه القصاص .

الأعراض

وصياتها واجب إجماعاً بما يجمع الناس عن ذلك وهو نوعان حد وتعزير .
الحد: للقاذف وهو ثمانون جلدة للحر وأربعون للعبد ويتوجه ذلك بخمسة شروط:

الأول: أن يكون القاذف مكلفاً فلا حد على صبي ولا مجنون ولا مكروه .
الثاني: نفى الشفقة قال ابن محرر ومن عرض لولده بالقذف لم يحد لبعده عن التهمة وسئل بعضهم عن سب عم الرجل له وخاله فقال لا أرى عليهما شيئاً إذا كان على وجه الأدب .

الثالث: أن يكون المقدوف محصناً والمراد بالإحصان هنا أن لا يكون ممن يتهم بالفاحشة ومظنة ذلك البلوغ والعقل والإسلام والحرية والعفاف فلا حد على قاذف صبي بخلاف الصبية على الأصح ولا على قاذف مجنون مطبق ولا على قاذف عبد ولا كافر ولا على قاذف من ليس بعفيف قال الأستاذ أبو بكر معنى العفة أن لا يكون معروفاً بالقيان ومواضع الفساد والزنا ولو قذف رجلاً معروفاً بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا والقذف حد له إذا كان غير معروف بما ذكرناه ثم إذا لم يوجد الإحصان وصدر من مكلف عزر ولم يحد . ويسقط الإحصان بكل وطء موجب للحد وإن طراً بعد القذف بخلاف الحرام الذي لا يوجب ثم إذا سقط لم يحد ولو صار عدلاً .

الرابع: إمكان الوطاء فلو كان المقدوف مجبوراً قبل البلوغ لم يحد قاذفه كالحصون بخلاف من جب بعد البلوغ أو بخلاف العنين .

الخامس: أن يكون اللفظ دالاً على معنى الزنا واللواط إما نصاً وإما لزوماً فالنص كل لفظ مشتق من الزنا أو اللواط واللزوم كالتعريض والنفى فالأول مثل يا زان يا لائط فلو قال له يا زان فيقول له الآخر أنت أزنى مني فيحذفان معاً والتعريض كقوله أما أنا فلست بزنان ولو قال زنت يدك أو عينك فتعريض عند ابن القاسم فيحد وقال أشهب لا يحد ولو قال يا بغل فقيل يحد ولو قال لنفسه أنا بغل حد لأنه قذف أمه وكذلك أن انتسب لغير نسبه أو إلى بطن أو عشيرة غير بطنه

وعشيرته فإنه يحد لقذف أمه وهذا يكون فيمن عرفت قبيلته وعرف نفسه أما من انتسب لأبيه وجده وذكر أنه من قبيلة وانتسب لها ويقول أخبرني بذلك عن جدي ولا يسمع من أبيه ولا من جده أنه انتسب لذلك ولا نفاه فلا يحد ويصدق وقد ذكر معنى ذلك ابن رشد والنفي كقوله لست لأبيك وشبه ذلك فإذا قال الحر مسلم لست لأبيك قال مالك يحد وإن كان أبواه لا حد على قاذفهما ولو كان عبداً أو نصرانياً لم يحد وإن كان أبواه حرين مسلمين وألحق في ذلك الأم ويثبت بالإقرار أو بالشهادة التامة فإن قام له شاهد واحد حلف القاذف فإن أبي سجن حتى يحلف ولا يمين عليه بمجرد الدعوى والقيام للمقذوف فإن كان غائباً قريب الغيبة كوتب بذلك وإن كان بعيداً قال ابن القاسم في الواضحة ذلك للولد في أبيه وأمه وليس ذلك لغيره وقال في الموازية لا يقوم بذلك الابن ولا غيره وإذا قلنا لا يحد فلا يسجن على ظاهر المدونة وقال ابن الماجشون يسجن حتى يقدم فإن مات فذلك لوارثه فإن أوصى بأن لا عفو لهم لم يكن له عفو وإن عفا فلا كلام وإن لم يقل شيئاً فالخيار للولى .

التعزير: متوجه على من ينقص الناس مثل يا سارق إلا أن يقول سرقت متاعى وهو ممن يتهم ويا شارب الخمر ويا آكل الربا ويا خاين ويا ثور ويا حمار ويا ابن الحمار أو يا يهودى ولو قال يا مخنث حلف ما أراد قذفاً وعزر فإن نكل حد وبالجملته فكل لفظ فيه تنقص وعار ففيه الأدب على قدر الاجتهاد بقدر القائل والمقول فيه والقول ومن نسب إليه لا يوجب حد الزنا أو شيئاً من المعاصى فإنه يؤدب أيضاً على قدر الاجتهاد. وعن مالك فيمن يتهم بالفاحشة يضرب خمسة وسبعين سوطاً ولا يبلغ به الحد وفي وثائق ابن القاسم إن شهد فى الرجل أنه من أهل الدعارة والشر والتخليط والفسق والمصاحبة لأهل الفساد والمجانبة لأهل الخير والسداد عوقب وأطيل سجنه حتى تظهر توبته.

العقول

وصيانتها بالحد فى شرب الخمر والتبذد وهو ثمانون وفى الحشيشة الاجتهاد وذلك إذا كان شاربها حرّاً مكلفاً فإن كان عبداً جلد أربعين ويحد الجاهل بالتحريم

وإن كان حديث عهد بالإسلام رواه محمد عن مالك وأصحابه إلا ابن وهب فإنه قال إن كان كالبدوي الذي لا يقرأ ولا يعلم ويجهل مثل هذا فلا يحد ولا يجلد حال سكره قال اللخمي فإن فعل لم يجزه إن كان طافحاً وإن كان خفيفاً أجزأه ويضرب بسوط معتدل ضرباً بين الضربين قاعداً وتحلاً له يده ويضرب على الظهر والكتفين ويجعل على المرأة ما يسترها ولا يقيها ولا يجلد في الحر والبرد الشديدين اللذين يخشى عليه فيهما الهلكة ويؤخر المريض إلى برئه ويثبت بالإقرار والشهادة الرائحة والاستنشاق يشهد بالرائحة من يستنشقها. ابن القاسم. وأحب إلى أن يستنشقها اثنان فإن شهد بذلك واحد أمره الحاكم حد وإن لم يكن أمره فلا حد.

تنبيه: لا يسقط الحد بالتوبة ولا بطول الزمان ثم الحدود إن كانت من جنس واحد تداخلت كالسرقة إذا تعددت فكذلك الزنا والقذف فمتى أقيم من هذه الحدود شيء أجزاء عن جميع ما تقدم من جنس تلك الجناية ثم لا يحد إلا أن يستأنف جنابة أخرى.

كتاب الوصايا

حقيقتها: تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه .

حكمها: الندب على الجملة وقال منذر بن سعيد هي فرض .

حكمة مشروعيتها: تقوية الزاد إلى المعاد .

أركانها: أربعة: الوصى، والموصى له، والوصى به، والصيغة .

الأول: الوصى:

حر ميمز مالك لما أوصى به فلا وصية لعبد ولا لغير الميمز وتصح من ابن عشر وما فوقها لأنه ميمز ولا وصية لمديان استغرق الدين ماله .

الثاني: الموصى له:

شرطه أن يكون قابلاً للملك غير وارث وأن يقبل الوصية إن كان معينا وكانت بغير العتق فتصح الوصية للحمل ولحمل سيكون فإذا استهل صارخاً صحت وتصح للمسجد وإن كان غير قابل للملك لأن القصد الصرف في مصالحه وتصح للميت إذا كان الموصى عارفاً بموته وتصرف في ديونه ثم لورثته وإن كان غير عالم بطلت وإذا أوصى لوارث وأجاز ذلك الورثة قبل الموت ثم قاموا بالرد نظر فإن كانت إجازتهم في صحة الموصى وقبل جريان ما يظن به موته من مرض أو سفر أو غرق فلهم ذلك وكذلك إن كانت في المرض وتخلل ذلك صحته قال ابن كنانة ويحلفون ما سكتوا رضا بذلك وإن أجازوه لجريان السبب فإن كان السبب سفراً أو غزواً فروى ابن القاسم أن ذلك لارم وقال ابن وهب لا يلزم وصوبه أصبغ وإن كان مرضاً لزم على الرواية المشهورة قال القاضي أبو محمد وذلك في المرض المخوف قال وإنما يلزمهم إذا كان طوعاً لا خوفاً من إضراره مثل أن يكونوا في عياله ونفقته أو يكون له عليهم دين أو يكون سلطاناً أو شبه ذلك فإن كان بعض هذه الأوجه لم يلزمهم وإذا أوصى لوارث فحجب أو أوصى لغير وارث فصار وارثاً فالاعتبار بوقت الموت فتصح للأول إذا كان عالماً بالحجب وإن لم يكن عالماً ففي الصحة قولان لأشهب وابن القاسم ولو أوصى لوارث فقال إن لم يجيزوه فهو

للمساكين فلم يجيزوه لم ينفذ للمساكين ورجع ميراثا ولو قال هو في السبيل إلا أن يجيزوه لابنى جاز خلافاً لأشهب وإذا كان الموصى له معيناً فلا بد من قبوله بخلاف غير المعين كالفقراء ولو قال أعتقوا عبدي فلاناً بعد موتى لم يفتقر في العتق إلى قبول العبد وكذلك إن أوصى له برقبته قال أصبغ وكذلك الجارية وفي المدونة ومن أوصى بجاريته أن تباع ممن يعتقها فأبث الجارية فإن كانت من جوارى الوطاء فذلك لها وإلاً بيعت وقيل لا يلتفت إلى قولها وتباع إلا أن لا يجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن قال محمد العتق أضر بالجارية الرقيقة يريد إذا عتقت لا تزوج إلا الأوباش وإن بقيت رقيقاً اتخذها الأكاثر ثم لا يشترط في القبول أن يكون أثر الموت بل يوقف فإن قبل صحت وإلاً بطلت ثم إذا قبل دخلت العين الموصى بها في ملكه من يوم الموت وقيل لا تدخل في ملكه إلا بالقبول وعليهما الخلاف في الغلة وزكاة الفطر.

الثالث، الموصى به:

كل ما يجوز تملكه ويشترط أن لا يزيد على الثلث فإن زاد عليه فلوارثه رد الزائد ولو أوصى بالثلث على وجه الضرر ففي المدونة لا تجوز الوصية على الضرر ورأى بعض الأشياخ أن الثلث لا ضرر فيه وإنما الضرر في الزائد وإن أوصى بمعين كدار والثلث يحملها نفذت ولا مقال للورثة ولو كان له مال حاضر وغائب وتلك العين لا تخرج من الحاضر وتخرج من الجميع فقال في المدونة لا يدفع ذلك له خشية أن يتلف ذلك المال الغائب فلهم في ذلك مقال وهم بالخيار بين أن يسلموها له أو يقطعوا له بالثلث من الجميع فيكون شريكاً لهم في جميع التركة ولو كان أكثر من قيمة العين ثم هل يقطعوا بالثلث في جميع التركة أو في العين الموصى بها روايتان وهذه المسألة تسمى بخلع الثلث وروى أصبغ عن ابن القاسم فيمن ترك ثلاثة من الدور وأوصى لرجل بخمسة دنائير يلزم الورثة أن يعطوه إياها أو يقطعوا له بثلث الميت وإلاً يبيع القاضى من دوره بخمسة دنائير قال ولو كانت التركة كلها عروضاً فإنها تباع وتدفع له الدنانير ولا يخلع له بالثلث.

الرابع، الصيغة:

لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على معنى الوصية ويحصل الاكتفاء بقريئة الحال فلو قال هذا لفلان وفهمت الوصية كان وصية ويلحق بذلك البيع والكراء والهبة

والصدقة فى المرض وما فعل ذلك فى الصحة إن لم يقبضه ولا أقبضه إياه المعطى فى مرضه بطلت وإن أقبضه إياه فهو كالوصية ولو أقر وجعل الإقرار فى الثلث جاز رشيداً كان أو سفيهاً ثم فى يمين المقر له قولان وقال ابن كنانة إقرار المحجور فى ثلثه وإن لم يوص به ثم الوصية إن كانت فى كتاب وكان قد وضعه على يد رجل ولم يسترده منه صحت وإن استرده ووجد فى تركته بطلت قاله ابن القاسم وقال مالك فى المجموعة فى الذى كتب فى وصيته إن مات من مرضى هذا فعاش بعد سنة ثم مات ووصيته بيده لم يغيرها ولا أحدث غيرها أنها جائزة نافذة وإن لم يقيدها بمرض ولا سفر وإنما قال مهما حدث بى أو إن حدث بى فهى جائزة وإن كانت بيده إذا أشهد عليها وإن كانت بغير كتب وقيدها بمرض أو سفر ثم صح أو قدم بطلت .

اللوآق

وينحصر الكلام فيها فى أربعة فصول:

الأول: فى مبطلات الوصية وهى ثمانية:

الأول: موت الموصى له قبل موت الموصى ثم فى محاصة الورثة بها أهل الوصايا روايتان .

الثانى: ذهاب العين الموصى بها بموت أو تلف أو استحقاق .

الثالث: موت من يحجب الموصى له عن الميراث .

الرابع: قتل الموصى له للموصى عمداً بخلاف الخطأ فلا يسقط من المال ويسقط من الدية ولو عاش بعد أن ضربه عمداً ولم يغير فى وصيته ففى بطلانه قولان ولو كان الموصى له صبياً أو مجنوناً فقتله لم تبطل .

الخامس: انقلاب العصير خمراً .

السادس: إسلام الوارث العبد الموصى به لذى الجباية .

السابع: رد الموصى .

الثامن: عدم القبول .

الفصل الثانى: فى الرجوع عن الوصية:

وللموصى الرجوع وإن قال فى وصيته لا رجعة لى فيها على ظاهر المذهب ثم

إن نص عليها فواضح بعينها وإن أتى بلفظ عام اندرجت وقد يتنزل الفعل منزلة التصريح بالرجوع كالعق والكتابة والاستيلاء وإن وطئ وعزل فليس برجوع وكالبيع في المعين فإن اشتراه بعدما باعه عادت الوصية وكدرس القمح وإدخاله في بيته ولو اقتصر على الحصاد والدراس لم يكن رجوعاً ونسج الغزل رجوع وكذلك تفصيل الثوب قميصاً ولو أوصى بدار فهدمها أو بعرضة فبناها فثلاثة يفرق في الثالث فيكون البناء رجوعاً بخلاف الهدم وإذا أوصى له بوصية ثم أوصى بأكثر منها من جنسها وهما دنانير أو دراهم، فذلك رجوع عن الأولى وله الثانية ولو كانت الأولى هي الأكثر فقال في المدونة له الأولى خاصة، وروى له الوصيتان، وإن كانتا من جنسين فله الوصيتان مطلقاً، ولو كانت إحداها ذهباً والأخرى فضة ففي إلحاق ذلك بالجنس الواحد أو بالجنسين قولان لابن القاسم، وفي المتبعية: الحيوان والعروض والمكيل والموزون عند ابن القاسم سواء إنما له أكثر الوصيتين إذا أوصى بصنف واحد ووصيته بمعين لرجل ثم أوصى به لآخر ليس برجوع وهو بينهما.

الفصل الثالث: فيما تدخل فيه الوصايا:

وتدخل فيما علم به الموصى دون ما لم يعلم وما يبطل من إقراراته ووصاياها بمنزلة ما لم يعلم به، وما يرجع إليه من عمرى أو حبس من ناحية العمرى ومن عبد أبى يش منه بمنزلة المعلوم ولو اشتهر عنده موالى عبد وغرق السفينة ثم ظهرت السلامة بعد موته ففي عده كالمعلوم روايتان، وما يبطل من هبة أو صدقة في الصحة بتراخي القبض إلى المرض فكالمعلوم. حكاة في المتبعية ثم قال ابن القاسم عن مالك إذا تصدق على ولده الصغار والكبار فلم يقبضها الكبار حتى مات أبوهم بطلت للجميع، فإن أوصى بوصايا أخرجت الصدقة من رأس المال ثم تكون الوصايا فيما بقى. ابن زرب. وإذا أقر بدين لوارث لم تدخل فيه الوصايا.

تنبيه: المدبر في الصحة يدخل فيما علم وفيما لم يعلم. ابن المواز. وصدوق المنكوحة في المرض وإذا ادعى أهل الوصايا أنه علم وأنكر ذلك الورثة وكذلك المدبر في المرض حلفوا أنهم ما علموا أن صاحبهم علم بذلك، فإن حلفوا بذلك لم تدخل فيه الوصايا وإن نكلوا حلف أهل الوصايا أنه علم ودخلت فيه وصاياهم فإن نكلوا لم تدخل.

الفصل الرابع: في التبادى:

وإذا ضاق الثلث قدم الأوكد فالأوكد وقد نظم بعضهم ذلك في هذه الأبيات:
 صداق المريض في الوصايا مقدم ويتلوه ذو التدبير في صحة الجسم
 وقيل هما سيان حكمهما سوا وقيل بذى التدبير يبدأ في القسم
 القول الأول هو لابن القاسم وعبد الملك، والثاني لابن القاسم أيضاً قالهما
 سواء ويتحاصن، والثالث لابن القاسم أيضاً وهو ظاهر حكايته عن مالك إذ قال
 ويقدم المدبر في الصحة على كل وصية وعلى العتق الواجب.

وإن ضيع الوصى زكاة فإنها تبدأ على ما بعد هذين في النظم
 يريد أنه إذا فرط في زكاة عين أو حرث أو ماشية تخرج بعدهما. ابن يونس.
 وزكاة الفطر ولو علم حلول الزكاة عليه وأنه لم يخرجها أخرجت من رأس المال.
 وكفارتان بعدها لظهاره وللقتل وهما لا لعمد ولا جرم
 يريد بعد الزكاة ولم يبين أيهما يخرج قبل، وقد حكى عن ابن القاسم أنهما
 سيان لا ترتيب بينهما فإن لم يحملها الثلث أقرع بينهما حكاه ابن يونس.
 ويتلوها كفارة الحلف توبعت

بكفارة الموصى عن الوصم في الصوم
 يريد أن كفارة اليمين بالله تعالى وكفارة من أفطر في رمضان ووطئ عمداً ولكن
 ابن يونس ذكر تقديم كفارة الوصم على كفارتي الظهار والقتل.
 ونذر الفتى تلوا لما قد نظمته وما بتل الموصى ودبر في السقم
 ويريد أن النذر مقدم على المبتل في المرض والمدبر فيه وهو قول ابن أبي زيد
 وقال ابن شاس بتأخيره:

هما يتلون النذر ثم وصاته بعث الذي في ملكه يا أخا الفهم
 أى: أن المبتل والمدبر في المرض يقدمان على ما أوصى بعث عبد في ملكه.
 مع المشتري من ملك زيد معيناً ليعتق عنه للنجاة من الإثم
 وما أعتق الموصى لوقت حياته لشهر ونحو الشهر من أجل حتم
 وإن كان عتق بعد مال مؤجل تعجله ذو العتق قبل انقضاء القسم
 يساوى بهم عند الحصاص حقيقة كذا حكمهم يا صاح في موجب العلم
 يريد أن الموصى بعثه معيناً مع ما ذكر بعده سواء يتحاصون في الثلث. ابن

يونس عن ابن ابن زيد. ويخرج بعد كفارة الظهر والصيام والمبتل والمدبر في المرض إذا كان في فور واحد، فإن كان بعضهم قبل بعض بدئ بالأول فالأول وقيل يبدأ المبتل وإن كان في فور واحد وكلمة واحدة، ثم الموصى بعقته إذا كان في ملكه ولو أوصى أن يشتري فيعتق وهو بعينه أو أوصى أن يعتق إلى أجل قريب كالشهر ونحوه أو يعتق على مال معجل على مذهب عبد الرحمن بن القاسم فهؤلاء يتحاصون.

وبعدهم ما كان عتقاً مؤجلاً لبعث من التأجيل في مقتضى الرسم
يريد أن يوصى بعقته عبده إلى أجل كالسنة ونحوها.

فذاك مع الموصى به لكتابة وما كان بعد المال يعتق بالعزم
يبدون قبل المشتري بعقاة بلا نص تعيين عليه ولا جرم
يعنى أوصى أن يكاتب أو يعتق على مال يدفعه وقوله بلا نص تعيين يعنى إنما أوصى بشراء عبد يعتق ولم يعينه.

ومن بعده الحج الموصى بفعله وقيل هما سيان في مقتضى الحكم
وهذا التبادى نظمه نظم لؤلؤ فدونكما نظماً صحيحاً بلا وهم
ابن يونس. الموصى بأن يكاتب أو يعتق على مال لم يعجله يقدمان على النذر مثل أن يقول: لله على أن أطعم عشرة مساكين على مذهب ابن شاس وأما ابن أبى زيد فقدمه على المبتل والمدبر في المرض، ثم الوصايا بالعتق بغير عينه وبالمال وبالحج وإطعام لقول ابن القاسم أنه إذا أوصى بعق بغير عينه وبمال الرجل أنهما يتحاصن، وكذلك بمال وبهج ولو أوصى بجزء وبدنانير مسماة فثلاث روايات: التبديية بالجزء وبالتسمية والمحاصة وبها قال ابن القاسم في المجموعة وتنفيذ الوصية لموصى الميت فإن ادعت امرأة الميت حملاً فقال مالك يؤخر التنفيذ حتى تضع، وقال ابن مسلمة وأصبنج وروى عنه ابن نافع أنه لا يؤخر ويعطى صاحب الثلث ثلثه وتؤخر قسمة التركة إلى الوضع وأما الدين فيقضى قبل الوضع قال الباجى: وهو الصحيح وإذا طلب أهل الوصايا والديون بيع التركة وقال الورثة: قوموا علينا فمن طلب البيع أولى عند ابن القاسم وبه الحكم وقال أصبنج: من دعا إلى التقويم وقال سحنون لا يجبر أحد على البيع ولا على التقويم فيما ينقسم ومن دعا إلى القسمة فله ذلك لأنهم شركاء.

كتاب الوصية

حقيقتها: إسناد النظر في أمور المحجور أو بتنفيذ وصية لثقة مأمون .
حكمها: الوجوب .

حكمة مشروعيتها: الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه .

أركانها: ثلاثة: الموصى والموصى له والصيغة .

الأول: الموصى:

وهو من له على المحل ولاية كالأب ووصيه، واختلف في الأم وفي أحد الوصيين يوصى بما في يده، وفي وصى القاضي فأما الأم فقال أشهب ليس لها أن توصى بولدها وقال مالك: يجوز لها ذلك في اليسير كخمسين ديناراً أو نحوها قال ابن القاسم: وهو استحسان وذلك فيمن ليس له أب ولا وصى، وأما أحد الوصيين يريد أن يوصى لغير شريكه فقال أشهب ويحيى بن سعيد: له ذلك وقال سحنون: ليس له ذلك وإنما ذلك للحاكم إن رأى أن يجعل معه رجلاً مكان الميت أو يقره وحده فعل قال اللخمي: وما قاله يحيى بن سعيد ليس هو على المذهب وأما وصى القاضي فليس له ذلك، قاله ابن أبي رمنين وابن الهندي وغيرهما وقال بعض الموثقين: مضى الحكم أنه كوصى الأب في جميع أموره .

الثاني: الموصى له:

ويشترط أن يكون مكلفاً مسلماً عدلاً ذا كفاية، فلا تصح لصبي ولا مجنون ولا كافر إلا أن يوصى إليه مثله ابن القاسم لا تجوز الوصية لمسخوط فالذمي أولى، وقال أيضاً: الأصح أن يرى الإمام لذلك وجهاً وقال أيضاً في العتبية كره مالك الوصية إلى اليهودي والنصراني وكان قد أجازها قبل ذلك ابن القاسم، إن كان على صلة رحم يكون أبوه نصرانياً أو أخوه فلا بأس به، ولا تجوز إلى غير عدل ويعزل إن أوصى إليه ولا تصح لعاجز ولا تشتط الحرية فتصح للعبد بإذن سيده إذا لم يخف أن يغلب على ما في يديه ولو أوصى عبد نفسه فأراد الأكاير يبعه اشترى للأصاغر، ويجوز للأعمى والمرأة وتصح لأم ولده ومدبرته ولو أسندها إلى رجلين نزلت على التعاون فلا يستقل أحدهما، فإن كان أحدهما، مشرفاً فله أن

يشرف على أفعال الوصى كلها، ولا يفعل شيئاً إلا بمعرفته فإن فعل شيئاً بغير علمه مضى إن كان سداداً وإلاً رده، وشهادة المشرف للمحجور جائزة بخلاف الوصى والقبول شرط في تمام الإيصاء، فإن قبل ثم بدا له وكان الوصى حياً فله ذلك وإن كان بعد موته فلا واختار اللخمي ألا يكون له ذلك مطلقاً، ولو امتنع في حياته ثم قبل بعد مماته لم يكن له القبول إلا أن يرده السلطان بحسن نظر وليس لمقدم القاضى عزل نفسه بعد القبول وإذا قبل الوصى وتصرف فليس له أن ينحل، وفي المتبعية لا ينحل إلا أن يحله شريكه في النظر بشرط أن تتضمن الوصية أن من عاقه منهما عائق فالباقي منفرد، فإن لم يكن هذا الشرط فلا وللقاضى حل ذلك عنه إذا ظهر له عذره، وإذا أنكر الوصى القبول حلف وبرئ ويجب عليه النظر في مال يتيمة بالأصلح، ويقضى الديون بعد الموجب ويخرج الزكاة ويدفع المال قراضاً وفي أخذه هو قراضاً قولان ويبيع بالدين إن كان نظراً قاله ابن عبد الحكم، وينفق في عرسه ما يصلح بقدر حاله وحال الزوجة، وكذلك في شأنه فإن خاف التهمة رفع إلى السلطان ويكره أكله من ماله إلا أن يصيب مثل اللبن والتمر والعنب قاله مالك، قال عنه ابن المواز فإن كان مشغولاً بماله أكل بقدر عمله إن كان محتاجاً.

الركن الثالث: الصيغة،

وهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تفويض أمر من يلي عليه لغيره كقوله: أوصيت وفوضت والأولى أن ينص الكاتب جميع ما فوض إليه، فإن لم يفعل فقال: فلان وصى فقال مالك: قد بالغ في الإيصاء وهي وصية في كل شيء كمن سميت له الأمور قال ابن القاسم: وفي إنكاح صغار بنيه ومن بلغ من بناته بإذنهن والشيب بإذنها، وقال هو وأشهب في المجموعة: إذا قال وصى على ولدى كان له فيهم جميع الأمور من مال وغيره، ويدخل الذكور والإناث وإن عين نوعاً وقصره عليه بالنص قصر عليه وإن سكت عن غيره فروى ابن القاسم أنه يقصر عليه، وروى ابن عبد الحكم أنها وصية في كل شيء كما لو أطلق ولو شرط أن ابنه إذا بلغ الحلم فهو منطلق من الولاية فقال غير واحد من الأندلسيين: ينطلق بالبلوغ إلا أن يثبت سفهه، وقال ابن المواز وغيره لا ينطلق حتى يثبت رشده.

اللواحق

فيها ثلاثة فصول:

الأول، في مبطلات الوصية وهي سبعة:

الأول: فسق الوصى وذلك موجب للعزل وقال المعزومي: ليس للقاضى عزله ولكن يشرك معه غيره وقال أصبغ: إن كان غير عدل وهو ممن يرجى حسن نظره كالقريب والمولى جعل معه غيره وقال بعض الأندلسيين: إذا أوصى بتنفيذ ثلثه لسارق أو فاسق لم يعزل وطلب بالإشهاد على تنفيذه.

الثاني: خيافته وذلك مسقط لولايته ويقدم القاضى غيره، فإن كان معه شريك فقال مالك لا يجعل معه أحد إلا أن يضعف، وروى عنه على أنه يجعل معه غيره وإليه مال سحنون.

الثالث: غيبة الوصى غيبة انقطاع وللقاضى تقديم من ينوب عن المحجور، ولا يسقط الإيصاء من يده إلا أن يكون عبداً سافر به سيده فإنه يقيم غيره قاله أشهب قال اللخمي وهو خلاف المعروف من قوله والمعروف أن العبد يقوم مقامه غيره عند سفره من غير احتياج إلى سلطان ولو مات الوصى وكان معه شريك فإن قال الوصى في وصيته: من عاقه عائق فالباقى منفرد استقل الشريك إلا أن لا يحب الانفرد فإن لم يقبل ذلك نظر القاضى في الشريك أو الاستقلال.

الرابع: العجز وإذا بان للقاضى عجزه قدم غيره، ولو أراد هو أن يقدم غيره في حياته لم يكن له ذلك ولكن يوكل من ينوب في النظر في أموره، قاله ابن العطار وغيره.

الخامس: زواج المرأة الوصية بالنسبة إلى كون المال بيدها إذا خيف عليه قال مالك: إذا تزوجت فخيف على المال، قال كان لا بأس بحالها لم تكشف عما قبلها وإلا كشفت وإن عزلت الولد في بيت وأقامت من يخدمهم فهي أولى بهم وإلا نزعوا منها، وفي الطور إذا كانت صالحة الحال وافرة المال حسنة النظر أقرت بعد أن يحصى المال عندها؛ فإن جهل حالها شرك معها في النظر من يكون المال عنده ولا يترك عندها؛ لأنها إذا تزوجت غلب عليها ولو أسند إليها الوصية على

أنها لا تتزوج فتزوجت فسخت الوصية قال ابن القاسم: وكذلك لو أوصى لأم ولد بألف درهم على أنها لا تتزوج فتزوجت أخذ منها.

السادس: إفاقة المجنون.

السابع: حسن الحال عند ابن القاسم والمشهور المعمول به أنه لا ينطلق إلا بالإطلاق وذلك للأب ولوصيه، وأما وصى القاضى فحكى المتيطى أن إطلاقه غير جائز، ويعزى للمازرى عكسه، وأما القاضى فيطلق بعد ثبوت الرشد وينبغى أن يستكثر من الشهود قال فى الموازية: ولا يكتفى فى ذلك باثنين حتى يكون فاشياً وإذا علم الوصى رشد محجوره فلم يدفع إليه ماله ضمنه إن ضاع، وإن ضاع بيته، وكذلك إن قامت برشده بيته وقت التلف وإن شك فى رشده فدفع إليه المال بغير أمر الإمام ضمنه، ولو رشده لظهور رشده عنده ثم ظهر منه سفه نزع منه ماله وحجر عليه ولو رشده فأفسد ماله وقامت البيته لزمته الولاية ورد فعله وعزل الوصى ولا ضمان عليه؛ لأنه فعل باجتهاده حكاه فى الطرر.

الثانى: فى محاسبة الوصى لمحجوره وقبض المحجور ماله منه؛

وإذا رشد المحجور وادعى الوصى إخراج ما كان له بيده من مال فما كان خروجه فى مصلحة حسابه به، مثل أن يقضى ديون الميت بعد الموجب فإن دفع ذلك بغير إشهاد ضمن، ولو أشهد وطال الزمان حتى مات الشهود لم يضمن، وإذا كان هو الحاضن صدق فيما أخرج عنه فى النفقة والكسوة وجميع المصالح التى لا بد له منها إذا وافق السداد فإن كان يأكل معه ولم يبرز له نفقة ومضت له مدة فله قيمة أكله على التوسط من الأكل والسعر وإن أفرز له نفقة من طعام رجع بمكيلة ذلك وإن دفع ذلك للحاضنة عند الدفع عليها شهراً شهراً وإن كان حاضن نفسه دفع له نفقة الأشهر ويبرئ وقيل نفقة الشهر ونحوه، فإن دفع له نفقة مدة فأكلها فى أقل منها لزم الوصى أن ينفق عليه فإن عاد لمثل ذلك لم يدفعها إلا لمن يجريها عليه مياومة، وللوصى أن يدفع له مالا يختبره به إن كان ممن يدخل الأسواق ويخالط الناس ويغبط الربح وينكر على المغبون فإن أنكر أن يكون أعطاه شيئاً صدق الوصى وحوسب اليتيم مع نفقاته، وإن تلف من يده لم يضمنه الوصى إلا أن يكون ممن لا يختبر مثله لشدة سفهه فيضمن، وإذا دفع الوصى النفقة من مال نفسه وأشهد أنه يرجع بها على محجوره ولم يكن له مال لم يكن له رجوع

وإن استفاد مالا، وإن كان له مال رجع وإن لم يشهد فليس له رجوع حتى يحلف أنه ما أسلفه إلا ليرجع به عليه، وإن أسلفه وله مال ناض فليس له رجوع لأنه متطوع لأن اليتيم غير محتاج لسلفه وإنما له الرجوع إذا كان ماله سلعا كسدت أو أصولاً في بيعها طول وعلى الوصي أن يشهد لمحجوره بما له في يده فإن أبي جبره الحاكم وإذا حاسب الوصي اليتيم بعد انطلاقه وأشهد بقبض ماله قبله وببراءته برئ ولا قيام له عليه فيما أقر بقبضه، وكذلك في إسقاط دعاويه عنه قال ابن الهندي: ولا تصلح أن تكون محاسبته له في عقد الإطلاق ولا في فوره إذ يتهم أن يكون إنما أطلقه على أنه ييرته، فإن قام اليتيم وادعى أن ما أقر به ليس على وجهه لم يكن له ذلك إلا أن يثبت أنه حين إطلاق الوصي له بحال سفه، فيرجع إلى الولاية وإن لم يكن عند الوصي مدفع ويسقط عنه ما أشهد به على نفسه تكون تهمة موجبة لعزل الوصي وتقديم غيره.

الفصل الثالث: في التنازع:

وإذا تنازع الوصيان فأراد أحدهما إطلاق المحجور وأبى الآخر لم ينطلق إلا بإطلاقهما أو بإطلاق الحاكم ولو اختلفا عند من يكون المال فقال مالك: عند عدلها ولا يقتسمانه قال ابن القاسم: فإن استويا في العدالة جعله الإمام عند أحرزهما. ابن الماجشون. فإن اقتسما المال ضمناء، وإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه الآخر وإذا تنازع المحجور مع الوصي في قدر النفقة فالوصي مصدق فيما يشبه كما تقدم، فإن تنازعا في وقت موت الأب لأجل كثرة النفقة فالقول قول اليتيم ولو تنازعا في الدفع فالقول قول اليتيم أيضاً، فإن طال الزمان كالعشرين والثلاثين سنة فهل يكون القول قول الوصي أو لا قولان: الأول: حكاه ابن المواز عن مالك ونحوه حكاه ابن يونس والثاني: حكاه ابن العطار قال وبه القضاء.

كتاب الفرائض

وتعلمها واجب على الكفاية لقوله عليه الصلاة والسلام: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها أول ما يرفع من الأرض».

حكمة مشروعيتهما: رفع التشاجر وإيصال كل ذي حق إلى حقه.

ركناتها: الوارث والجزء الموروث.

الركن الأول، الوارث:

من وجد في حقه المقتضى وهو وجود السبب والشرط وانتفاء المانع فالسبب هو النسب والولاء والشرط معرفة القعد؛ فإن جهل بيت المال فلو شهد بوفاة زيد وأن وارثه ابنا عميه فلان وفلان لا يدري شهوده الأقعد منهما من الأبعد لم يرثا شيئاً، وقد غلط بعض الناس فأفتى بأن الميراث يقسم بينهما وأظنه أخذ ذلك من مسألة من طلق إحدى زوجتيه طلقة ومات قبل أن تعرف المطلقة منهما أنهما يقتسمان الميراث والفرق بينهما واضح؛ لأن النكاح سبب للميراث وقد وجد ولم يشترط في سببته شرط كما شرط في النسب من معرفة القعد والميراث هناك محقق، وحصل الشك في رافعه بالنسبة إلى أعيان الزوجين وهنا لم يثبت السبب إذ لا يصح أن يكون سبباً إلا مع وجود شرط سببته فافترقا.

والموانع: سبعة:

الأول: اختلاف الدين فلا توارث بين ملتين.

الثاني: الرق فلا ميراث بين عبد وحر، وإن كان بعضه حراً أو فيه شائبة من

شوائب الحرية.

الثالث: القتل فلا يرث قاتل العمدة مطلقاً ويرث قاتل الخطأ من المال دون الدية.

الرابع: اللعان فلا توارث بين الولد والملاعن ويرث أمه وترثه وتوئما الملاعنة

يتوارثان لأنهما أخوان لأب وأم ويرثان أمهما وترثهما، وتوئما المغتصبة كتوئمي

الملاعنة واختار الشيخ أبو إسحاق أنهما كتوئمي الزانية وتوئما الزانية يتوارثان؛

لأنهما أخوان لأم ويرثان أمهما وترثهما.

الخامس: استبهام التقدم والتأخر كأخوين ماتا تحت الهدم أو في البحر ويقدر

كل واحد منهما أنه لم يخلف غير أحياء ورثته .

السادس: الإشكال في الوجود أو في الذكورية أو فيهما فالإشكال في الوجود كالمفقود يموت ولده فيوقف منابه منه، فإن مات بالتغيير رجع إلى أحياء ورثته يوم الحكم، والإشكال في الذكورية أن يترك خشي مشكلاً وله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وإشكال الذكورية والوجود مثل أن يترك امرأة حاملاً فلا يقسم ميراثه ولا تنفذ وصاياه حتى تضع وقال أشهب: يعجل للزوجة الثمن إذ لا شك فيه وقيل يوقف ميراث أربعة ذكور إذ هو غاية ما تلد المرأة وقد ولدت أم أبي إسماعيل أربعة ذكور محمداً وعمر وعلياً وإسماعيل، بلغ محمد وعمر وعلي الثمانين .

السابع: الحجب وهو ضربان حجب إسقاط وحجب نقل .

فأما حجب الإسقاط: فلا يلحق من يتسبب إلى الميت لنفسه كالبنين والبنات والآباء والأمهات، ويلحق بهم الأزواج والزوجات ويلحق من عدلهم فالابن يحجب ابن الابن، والقريب من بنى الابن يحجب البعيد والأب يحجب أباه، والأقرب من آبائه يحجب الأبعد والابن وابنه والأب يحجبون الإخوة وهم الجد والأخ الشقيق أو للأب يحجبون بنى الإخوة وكلهم يحجب الأعمام، والإخوة للأم لا يحجبهم إلا عمود النسب الابن وإن سفل والأب وإن علا، والذكر للصلب يحجب بنات الابن والبيتان فصاعداً للصلب يحجبان بنات الابن، إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهم أو تحتهم، والأب والابن وإن سفل يحجبون الأخوات، والأخ الشقيق يحجب الأخوات للأب وكذلك الأختان الشقيقتان إلا أن يكون معهما أخ، والأم تحجب الجدات ما كن والأب يحجب الجدات من قبله، والقرباء من جهة الأم تحجب البعداء من جهة الأب والعصبة المولى وكذلك إذا استغرقت السهام وكذلك مولاة النعمة .

وأما حجب النقل فثلاثة أقسام:

الأول: النقل من فرض إلى فرض فالابن وابنه والأخوان فصاعداً ينقلون الأم من الثلث إلى السدس، والولد وولد الذكر ينقلون الزوج من النصف إلى الربع والزوجة من الربع إلى الثمن، وتنقل الواحدة من بنات الابن على النصف والاثنين على الثلثين إذ السدس للواحدة فوقهن، وكذلك الأخت الشقيقة مع الأخت أو

الأختين للأب .

الثاني: النقل من التعصيب إلى الفرض وذلك يختص بالأب والجد ينقلهما الابن وابنه إلى السدس وكذلك إذا استغرقت سهام التركة .

الثالث: النقل من الفرض إلى التعصيب كالبنات وبنات الابن والأخوات الأشقاء والأخوات للأب يعصبن الجد والأخ في درجتهم وبنات الصلب وبنات الابن على ما سيأتي في محله إن شاء الله، وشذ من هذا القسم مسألة تسمى الغرى وهي زوج وأم وجد وأخت شقيقة أو للأب، ومقتضى ما ذكرناه أن الجد يعصبا أن لا يفرض لها شيء لأن حقيقة التعصيب أن تقسم معه والقسمة تنقص عن السدس فلم يكن له بد من أن يفرض لها النصف فتقود الفريضة بنصفها فتصير من تسعة، فلها أخذ ثلاثة من تسعة وللجد سهم فيرجع عليها فيقاسمها إذ هو معها كأخ، والأربعة لا تقسم عليهما لأن أربعة على ثلاثة غير منقسمة ولا موافقة فتضرب الثلاثة في كامل الفريضة تبلغ سبعا وعشرين للجد والأخت أربعة في ثلاثة باثني عشر للجد ثمانية ولها هي أربعة، ولو كان مكان الأخت أخ لم يفرض له شيء لأنه عاصب بنفسه، وشذ أيضا مسألة تسمى الحمارية والمشاركة وهي زوج وأم أو جدة وأخوة لأم وأخوة أشقاء ومقتضى ما تقدم أن لا يكون للأشقاء شيء؛ لأن الزوج يأخذ النصف والأم أو الجدة تأخذ السدس والإخوة للأم يأخذون الثلث فيبقى الأشقاء دون شيء فحكم فيها باشتراك الأشقاء والأخوة للأم في الثلث على السواء والذكر في ذلك كالأنثى، ويشترط أن يكونوا أشقاء ذكورا وإناثا أو ذكورا خاصة، ثم إذا وجد المقتضى فلا بد من تميز من يرث ممن لم يرث والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابنه وإن سفل والأب وأبوه وإن علا والأخ مطلقا وابن الأخ الشقيق أو للأب وإن سفل والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبع: البنت وبنات الابن وإن سفلت والأم والجدة للأم وأمهاها والجدة للأب وأمهاها والأخت مطلقا والزوجة ومولاة النعمة .

الركن الثاني: الجزء الموروث،

فالابن يرث الجميع إذا انفرد ويقسم مع إخوته بالسواء فإن كانت معه أنثى أو أكثر فللذكر مثل حظ الأنثيين، والبنت لها النصف إن لم يكن ذكرا وللانثيين فصاعداً الثلثان، وابن الابن إذا انفرد، فله الجميع ويقسم مع إخوته للذكر مثل

حظ الأثنيين ويرث مع بنات الصلب ما فضل فإن كن معه أخوات قسموا ما فضل
 للذكر مثل حظ الأثنيين، وبنت الابن إن انفردت فلها النصف وللأثنتين فصاعداً
 الثلاثان فإن كانت مع بنت الصلب واحدة من بنات الابن فلها السدس تكملة
 الثلثين، وإن كن أكثر اشتركن فيه ويسقطن مع بنتي الصلب إلا أن يكون معهن
 ذكر في درجتهم أو أنزل منهن فيعصبهن، فإن كان بعضهن أسفل من بعض
 أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين، وسقطت السفلى، إلا أن
 يكون في درجتها أو أسفل منها ذكر فيعصبها ويعصب من في درجتها معها، فإن
 كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقي معها مقاسمة وسقط الباقي، ولو كانت
 الطبقة العليا اثنتين استكملتا الثلثين وسقط من بعدهن إلا أن يكون معهن ذكر في
 درجتهم أو أسفل منهن، والأب يحوز المال إن انفرد فإن كان معه ابن أو ابن ابن
 ورث السدس بالفرض إن كان معه بنتان أو بنتا ابن فكذلك لكن يرث الباقي
 بالتعصيب، كما لو كان معه غير من ذكر من ذوى الفروض والأم فرضها الثلث
 إلا مع الولد وولد الولد، والأثنيين فصاعداً من الإخوة والأخوات ففرضها السدس
 فإن كان معها أب وزوج أو زوجة ففرضها بعد إخراج ميراث الزوج أو الزوجة
 ثلث ما بقي، والجد يحوز المال إذا انفرد وله السدس مع ذوى السهام فإن فضل
 عنهم شيء أخذه بالتعصيب، فإن كان معه إخوة أشقاء أو لأب فله الأفضل من
 الثلث والمقاسمة، فإن كان معه أخ شقيق وأخ للأب فإن كان الشقيق يعاد الجد
 بأخيه ثم يرجع ويأخذ ما بيده وله مع ذوى السهام الأفضل من ثلاثة أشياء:
 السدس من رأس المال وثلث ما بقي بعد ذوى السهام والمقاسمة، وإذا كان مع
 الأشقاء إخوة لأب عادوا بهم الجد ثم يأخذون ما بأيديهم ولا يفرض للأخوات مع
 الجد شيء إلا في الغراء والجدة فرضها السدس فإن كان معها غيرها شاركها فيه
 ولا يرث من الجدات إلا اثنتان أم الأم وأمها وأب الأم وأمها، ولا ترث أم
 جد والأخوة الأشقاء أو للأب حكمهم حكم الولد، والأخوات حكمهن حكم
 البنات وحكم الأخوات للأب مع الشقائق حكم بنات الابن مع بنات الصلب،
 وللأخ والأخت للأم السدس وللأثنتين فصاعداً الثلث، ومن اجتمع فيه فرضان
 يرث لهما معاً فرضاً كبرت هي أخت، وترث بأقواهما بخلاف من يرث بأحد
 الوجهين بالتعصيب كابن عم هو أخ لأم وإذا عدت العصباء فالمعتق ثم عصباته

ثم معتقه ثم عصابات معتقه، وهكذا ثم بيت المال.

وأصول الفرائض سبعة: اثنان يخرج منهما النصف وثلاثة يخرج منها الثلث وأربعة يخرج منها الربع والنصف، وستة يخرج منها السدس والثلث والنصف واثنا عشر يخرج منها السدس والثلث والربع والنصف وأربع وعشرون منها الثلث والثلث والربع والسدس والنصف، وما ليس فيها فرض مسمى فأصلها عدد العصابة فإن كان معهم إناث ضعف للذكور والعول يختص بالثلاثة الأخيرة، فالسنة تعول بالسدس كأخوات لأب وأخوات لأم وجدة وتعول بالثلث كزوج وأخت لأم وأختين لأب وتعول بالنصف كزوج وأختين لأب، وبالثلثين كزوج وأم وأختين لأب وأختين لأم والاثني عشر تعول بنصف سدس كزوجة وأختين شقيقتين وأخ لأم، وتعول بالربع كأخوات لأب وأخوات لأم وزوجة، وتعول بالربع والسدس كأخوات لأب وأخوات لأم وزوجة وجدة والأربعة والعشرون تعول بالثلثين وأبوين وزوجة.

تنبيه: بقى الكلام فى العمليات وفيها طول فينافى ما قصدته من الاختصار فلنقتصر على ما ذكرناه والله سبحانه المستعان وعليه التكلان وهو حسبى ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وسلم.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	ترجمة المؤلف
٥	مقدمة المؤلف
٧	البحث الأول: فى الحكم وأقسامه
٩	البحث الثانى: فى تسمية الفقهاء والأصوليين للأحكام
١٠	البحث الثالث: فى بيان ما يعتبر من المصالح
١١	البحث الرابع: فى بيان ترتيب هذا المختصر
١٢	كتاب الطهارة
١٣	الوضوء
١٦	الاستنجاء
١٧	الغسل
١٨	ذكر الحيض والنفاس وأحكامهما
١٩	المسح على الخفين
٢٠	المسح على الجبيرة
٢١	التيمم
٢٢	إزالة النجاسة
٢٥	الأحداث والموانع
٢٧	كتاب الصلاة
٣١	الجماعة
٣٢	الجمعة
٣٣	الجمعة
٣٤	الخوف
٣٤	القصر
٣٥	الاستخلاف
٣٥	السنن
٣٧	الفضائل
٤٠	السهو

٤٣	كتاب الجنائز
٤٥	كتاب الزكاة
٥٨	كتاب الصيام
٦٣	كتاب الاعتكاف
٦٥	كتاب الحج
٨١	كتاب الأضحية
٨٤	العقيقة
٨٥	كتاب الذبائح
٨٨	كتاب الصيد
٩٠	كتاب الجهاد
٩٥	كتاب السبق والرمى
٩٦	كتاب الأطعمة والأشربة
٩٨	كتاب الأيمان والندور
١٠٧	كتاب النكاح
١٢٧	كتاب الطلاق
١٣٩	كتاب الإيلاء
١٤١	كتاب الظهار
١٤٤	كتاب اللعان
١٤٨	كتاب العدة
١٥٠	كتاب الاستبراء
١٥٢	كتاب الرضاع
١٥٤	كتاب النفقات
١٥٨	كتاب الحضانة
١٦١	كتاب البيوع
١٦٤	الاقتضاء
١٦٦	القرض
١٧٨	العرايا
١٨١	المزايدة
١٨٢	الخيار
٢٠٦	كتاب الرهون

٢١٢	كتاب الحوالة
٢١٤	كتاب الحمالة
٢١٨	كتاب الشفعة
٢٢٦	كتاب القسمة
٢٣٤	كتاب الصلح
٢٣٩	كتاب الشركة
٢٤٥	كتاب الوكالة
٢٤٩	كتاب الإقرار
٢٥٢	كتاب الوديعة
٢٥٦	كتاب العارية والعدة
٢٥٩	كتاب الغصب والتعدى
٢٦٤	كتاب المساقاة
٢٦٧	كتاب القراض
٢٧١	كتاب الإجارة
٢٨٢	كتاب الجمالة
٢٨٥	كتاب إحياء الموات
٢٩١	كتاب الحبس
٢٩٨	كتاب الهبات والصدقات
٣٠٥	كتاب اللقطة
٣٠٧	اللقيط
٣٠٨	كتاب الحجر
٣١١	كتاب الأفضية
٣١٩	كتاب الشهادات
٣٢٦	كتاب التفليس
٣٣٠	كتاب العتق
٣٤٢	كتاب الجناية
٣٦٦	كتاب الوصايا
٣٧٢	كتاب الوصية
٣٧٧	كتاب الفرائض
٣٨٢	فهرس الموضوعات