

خاتمة



خاتمة

في التنبيه على مسائل حكم فيها بعدم اللزوم لكونها من باب إسقاط الحق قبل وجوبه ، أو لكون [٣٢/ب] الالتزام فيها مخالفاً لمقتضى العقد ، وفيها فصلان :

الفصل الأول

في إسقاط الحق قبل وجوبه.

ويذكر من ذلك مسائل :

قال أبو الحسن الصغير : قيل لأبي عمران : إذا قال له إذا وجبت الشفعة فقد سلمتها لك . قال : لا يلزمه شيء . قال ابن يونس : لأن من وهب ما لا يملك لم تصح هبته . انتهى . بخلاف من قال إن اشتريتك فأنت حر ، أو قال لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أن ذلك يلزمه ؛ لأنه معلوم من أن وجوب الشفعة إنما يكون بعد وجوب البيع .

قال أبو الحسن : ولعل الفرق بين الطلاق والعتق وبين الشفعة أن الطلاق والعتق من حق الله بخلاف الشفعة . انتهى .

وقال ابن عرفه : وفي الموطأ والعتبية ^(١) : قال مالك : إن أذن الورثة للصحيح أن يوصي بأكثر من ثلثه لم يلزمهم ذلك إن مات ؛ لأنهم أذنوا في وقت لا منع لهم ^(٢) .

(١) لعلها المجموعة كما في النوادر والزيادات

(٢) الموطأ: ٢/ ٧٦٥، ٧٦٦، والنوادر والزيادات: ١١/ ٣٧٠ .

قلت: والذي في البيان والتحصيل: وسئل مالك عن الرجل يوصي وهو يريد الغزو فيستأذن ورثته في أكثر من ثلثه فيأذنون له أترى ذلك جائزاً له عليهم إن مات؟ قال: نعم، فليل له: والذي يريد=

أبو عمران : هذا مشهور مذهبه . وعنه أنه يلزمهم . ابن زرقون في الموازية :
من قال ما أُرث من فلان صدقة عليك وفلان صحيح لزمه ذلك إن كان في
غير يمين ، فهذا مثل ذلك .

قال الشيخ : وزاد اللخمي والأول أشهر وهذا أقيس . انتهى .

وقال في كتاب الهبة من المدونة : وإن وهبه مورثه من فلان وهو لا يدري
كم هو ربع أو سدس ، أو وهبه نصيبه من دار ولا يدري كم ذلك فذلك
جائز ، والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز . انتهى ^(١) .

فظاهرها سواء كان في الصحة أو في المرض ، [٣٣/أ] أو بعد الموت وقال
المشذلي في حاشيته على المدونة : قال الوانوغني معنى المسألة أن فلاناً مات حين
الهبة ، أو مرض أما لو كان صحيحاً فلا يلزم الواهب ما وهبه .
قال ابن القاسم : فيمن تصدق بميراثه إذا مات والأب باق لا أرى أن يجوز
هذا ولا يقضى به .

ابن رشد قوله لا يجوز أي لا يلزمه ، وله أن يرجع ولا نص خلاف فيها ،
ولو وهب ميراثه في مرض الموت الذي مات منه لزمه ، ولم يكن له رجوع إلا
إذا ظنه يسيراً ثم بان أنه كثير فيحلف على ذلك ولا يلزمه ، ولا نص خلاف في
ذلك ^(٢) .

قال الشيخ : وقد أوماً بقوله ولا نص خلاف إلى أنه لا يبعد تخريج اللزوم ،

= سفرأ فيستأذن ورثته فيوصي في أكثر من ثلثه فيموت أترى أن يجوز ذلك؟ قال: نعم، وأراه مثل
المريض . البيان والتحصيل ، لابن رشد: ١٢ / ٤٧٥ .

(١) المدونة: ٣١٣/١٠ .

(٢) البيان والتحصيل ، لابن رشد: ١٣ / ٤٢٣ .

وإن كثر وما أحسن قولها ولو شاء لم يجعل ، وقوله في العتبة إذ لو شاء لاستتبت. انتهى.

وهذا بالنسبة إلى ما يتعلق بوقت الهبة ، وأما ما ذكره بالنسبة إلى كونه مجهل قدره فالمعروف في المذهب أن الجهل بقدر الموروث لا يبطل الهبة.

قال في سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات وسألته عن الرجل يسأل امرأته في مرضه أن تضع عنه مهرها أو تتصدق عليه بشيء من مالها فتفعل ، ثم أرادت بعد موته أو بعد أن صح الرجوع فيه هل ترى لها ذلك بمنزله الميراث قال ابن القاسم : ليس لها ذلك ، ولا يعجبني ذلك لها صح أو مات قضى فيه بشيء أو لم يقض ، وليست الصدقات والديون في هذه بمنزلة [٣٣/ب] الموارث ، وهذا وجه الشأن فيه وهو قول مالك.

قال محمد بن رشد : لا اختلاف أن ما وهبت المرأة لزوجها من مالها أو من صداقها عليه في مرضه أو في صحته لازم لها ، وليس لها الرجوع في شيء منه في حياته ولا بعد موته إلا أن يكون أكرهها على ذلك بالإخافة والتهديد مثل أن يسألها ذلك فتأبى فيقول : والله لئن لم تفعلي ذلك لأضيقن عليك ، ولا أدعك تأتي أهلك ولا يأتونك وما أشبه ذلك فلا يلزمها لأن إكراه الرجل امرأته إكراه على ما قاله في المدونة ، وقوله لا يعجبني ذلك لفظ فيه تجوز ولا يسوغ لها ذلك فقد يعبرون بالمكروه عن الحرام ، وأما إذا سألها في مرضه له ميراثها مما يخلفه ، أو بعضه فلا يلزمها ذلك ولها أن ترجع فيه إذا مات قضى فيه بشيء أم لم يقض بخلاف الابن البائن عن أبيه يسأله أبوه في مرضه أن يهب له ميراثه مما يخلفه ، أو من بعضه فهذا إن قضى فيه بشيء لزمه ، ولم يكن له أن

يرجع عليه. انتهى^(١).

مسألة

إذا أسقطت المرأة عن زوجها نفقة المستقبل فحكى في التوضيح في لزوم ذلك قولين^(٢)، واقتصر القرافي في الفرق الثالث والثلاثين على عدم اللزوم وحكاها عن الأصحاب^(٣)، وقبله ابن الشاط.

وقال الشيخ على ذلك حمل ابن غازي ما وقع في بعض نسخ مختصر الشيخ خليل في فصل الصداق أعني قوله [٣٤/أ] (لَا إِنْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الْفَرَضِ، أَوْ أَسْقَطَتْ فَرَضاً قَبْلَ وَجُوبِهِ)^(٤).

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد: ١٣/٤٦٤، ٤٦٥.

(٢) التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: ٤/٢٠٠، ٢٠١.

(٣) الفروق، للقرافي: ١/١٩٩، حيث قال ما نصه: إذا أسقطت المرأة نفقتها على زوجها قال أصحابنا لها المطالبة بها بعد ذلك مع أنه إسقاط بعد السبب الذي هو النكاح وقبل الشرط الذي هو التمكين: يقال السبب هو التمكين خاصة وما وجد في المستقبل عند الإسقاط في الحال فقط أسقطت النفقة قبل سببها فيكون كإسقاط الشفعة قبل بيع الشريك والأول عندي أظهر وإسقاط اعتبار العصمة بالكلية لا يتجه فإن التمكين بدون العصمة موجود في الأجنبية ولا يوجب نفقة والأحسن أن يقال هو من ذلك غير أنه يشق على الطباع ترك النفقات فلم يعتبر صاحب الشرع الإسقاط لطفاً بالنساء لا سيما مع ضعف عقولهن وعلى التعليين يشكل بما إذا تزوجته وهي تعلم بفقره قال مالك ليس لها طلب فراقه بعد ذلك مع أنه قبل العقد وقبل التمكين والفرق أن المرأة إذا تزوجت من تعلم بفقره فقد سكنت نفسها سكونا كلياً فلا ضرر عليها في الصبر على ذلك كما إذا تزوجته مجبواً أو عنيماً فلا مطالبة لها لفرط سكون النفس.

(٤) وعلق ابن غازي على ذلك بقوله: (لَا إِنْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الْفَرَضِ، أَوْ أَسْقَطَتْ فَرَضاً قَبْلَ وَجُوبِهِ) أما التي أبرأت قبل الفرض فقال ابن الحاجب: تخرج على الإبراء عما جرى بسبب وجوبه دونه. قال في «التوضيح»: «اختلف هل يلزم نظراً لتقدم سبب الوجوب، وهو هنا العقد أم لا؟ لأنها أسقطت حقها قبل وجوبه كالشفيع يسقط الشفعة قبل الشراء، فيه قولان، وكالمرأة تسقط نفقة المستقبل عن زوجها هل يلزمها؟ لأن سبب وجوبها قد وجد أو لا يلزمها؛ لأنها لم تجب بعد، قولان، حكاها =

قال الشيخ : وهذا الذي اقتصر عليه القرافي ، وقبله ابن الشاط ، وحمل عليه ابن غازي كلام الشيخ خليل مخالف لما نقله المتيطي وغيره من الموثقين ، ونقله ابن عرفة عن المتيطي : أن المرأة إذا أرادت التطليق على زوجها الغائب بعدم النفقة فلا بد من حلفها على أنها لم تسقطها عنه .

ومخالف أيضاً لما ذكره الشيخ خليل في توضيحه في الكلام على مسألة ذات الوليين لما ذكر النظائر التي لا يفيتها الدخول . قال : الرابعة التي تطلق لعدم النفقة ثم يكشف الغيب أنها أسقطتها عنه ^(١) .

ونص على ذلك أبو عمران في نظائره فقال : ومن طلقت عليه بعدم النفقة ثم أثبت أنها أسقطت عنه النفقة فهو أحق بها وإن دخل بها الثاني .

وذكر ذلك أيضاً غيره ممن صنف في النظائر ، وعلى ذلك اقتصر الشيخ خليل في مختصره لما ذكر النظائر المذكورة في فصل المفقود ^(٢) ، وكذلك صاحب الشامل ^(٣) .

وقال عبد الحق في تهذيبه في أواخر النكاح الثاني : ومن الواضحة إذا رفعت

= ابن رشد، وكعفو المجروح عما يؤول إليه الجرح، وكإجازة الورثة الوصية للوارث، أو إجازتهم أكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموصي، وأمثلة هذا كثيرة، أما إن لم يجز سبب الوجوب فلا يعتبر باتفاق، حكاه القرافي. انتهى. وأما التي أسقطت فرضاً قبل وجوبه فلعلّه أشار بها لمسقطه النفقة التي تقدّم ذكرها. وفي بعض النسخ أو أسقطت شرطاً قبل وجوبه، ولا شك أنه من النظائر المنخرطة في هذا السلك، وقد عدّه القاضي ابن عبد السلام منها، ولكن المشهور في ذات الشرط أن إسقاطها إياه قبل وجوبه يلزمها. شفاء الغليل: ١/ ٤٦٩، ٤٧٠.

(١) التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: ٣/ ٥٤٨.

(٢) مختصر خليل، ص: ١٣١.

(٣) الشامل، لبهرام: ١/ ٤٧٨.

امرأة الغائب أمرها إلى الإمام في النفقة وله مال حاضر حلفها ما ترك لها نفقة ، ولا بعث إليها نفقة ، ولا وضعتها عنه ، ثم فرضها ^(١) . فالذي تحصل من هذا أن المرأة إذا أسقطت عن زوجها نفقة المستقبل لزمها ذلك على القول الراجح ، والله أعلم .

مسألة

[٣٤/ب] إذا أسقطت الحاضنة حقها في الحضانة . قال المشذلي في كتاب الشفعة في تسليم الشفعة قبل الشراء : قال ابن عرفة : الفتوى عندنا فيمن خالع زوجته على أن تسقط هي وأمها الحضانة أنها لا تسقط في الجدة ؛ لأنها أسقطت ما لم يجب لها ، فعلم من هذا أن الراجح الذي عليه الفتوى في إسقاط الحضانة قبل وجوبها عدم اللزوم . وإذا قلنا : لا يلزمها إسقاط الحضانة قبل وجوبها فلا فرق بين أن يسقط ذلك بعوض أو بغير عوض .

تنبيه

ليس من ذلك إسقاط الأم حقها في الحضانة في حال العصمة كما يفهم من الكلام السابق . وقد قال في المدونة وغيرها أنه يجوز الخلع على إسقاط حضانتها ، وإلا كان حكمها في ذلك حكم الجدة والخالة ، وأيضاً فالحضانة واجبة للأم في حال العصمة .

فرع

قال المشذلي في كتاب الشفعة : قال الميتطي : الذي عليه العمل - وقاله غير واحد - أن الأم إذا أسقطت حقها في الحضانة بشرط في عقد المبرأة أن ذلك يرجع إلى الجدة والخالة . وقاله أبو عمران . وقال غيره من القرويين : يسقط

(١) النوادر والزيادات ، لابن أبي زيد : ٤ / ٦٠٤ .

بذلك حق الجدة والخالة ، ولا كلام لهما في ذلك .

مسألة

وفي العتبية : سئل سحنون عن الرجل يقول يا ليتني أجد من يقتلني ، فقال له رجل : أشهد على نفسك أنك وهبتني دمك وعفوت عني ، وأنا أقتلك ، فأشهد لي علي ذلك ، فأشهد وقتله . فقال لي : قد اختلف في ذلك أصحابنا ، [٣٥/أ] وأحسن ذلك أن يقتل القاتل ؛ لأن المقتول عفا عن شيء لم يجب له ، وإنما يجب لأوليائه ، ولا يشبه من قتل فأدرك حياً فقال أشهدكم أنني قد عفوت عنه . قيل له : فلو قال اقطع يدي فقطعه ، قال : لا شيء عليه ؛ لأن هذا ليس بنفس ، وإنما هو جرح . انتهى ^(١) .

فرع

قال ابن حبيب عن أصبغ : من أمر رجلاً بقتل عبده ففعل فإنه يغرم قيمته لحرمة القتل ، كما تلزمه دية الحر إذا قتله بإذن وليه فعفا عنه ، ويلزم الأمر والمأمور ضرب مائة وحبس سنة . انتهى . وروي : عوقب المأمور إن فعل ولا غرم عليه في الحر ولا في العبد ، وأنه الصواب ^(٢) .

وقال ابن رشد في سماع سحنون من كتاب الجنائيات : قول أصبغ أغرمه لحرمة القتل ليس بجيد ؛ لأن إغرامه القيمة إنما هو من باب العقوبة بالمال ، وإذا عاقب القاتل بغرم ما لا يجب عليه فالسيد أحق ، ولا يعطى القيمة لحرمة في الأمر بالقتل عنده . ولو قال أصبغ إنما أغرمه القيمة لإسقاطها السيد قبل وجوبها له ؛ إذ لا يجب عليه إلا بعد قتل العبد لكان له وجه ؛ لأن لزوم إسقاط

(١) البيان والتحصيل ، لابن رشد : ٥٧ / ١٦ .

(٢) النوادر والزيادات ، لابن أبي زيد : ٢٩١ / ١٣ .

الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه. والله أعلم^(١).

مسألة

إذا عفا المجروح عما يؤول إليه جرحه ، قال في كتاب الديات من المدونة :
وإن قطع يده عمداً فعفا عنه ثم مات منها فلا ولياءه القصاص في النفس
بقسامة إن كان عفوه عن اليد [٣٥/ب] لا عن النفس ، وللمقتول أن يعفو
عن قاتله عمداً ، وكذلك في الخطأ إن حمل ذلك الثلث^(٢).

قال في كتاب ابن المواز : ويجوز عفو المقتول عن دمه العمد وإن كره ذلك
وليه ، وكذلك لا قول لغرمائه وإن أحاط الدين بهاله. انتهى^(٣).

تنبيه

لو عفا عن قاتله على الدية ، أو أوصى أن يعفو عن قاتله على الدية لزم
ورثته كما يفهم من كلام ابن القاسم.

والثاني عكس هذه المسألة؛ إذا أوصى أن لا يعفى عن قاتله ، وأن يقتل ،
فهل للورثة أن يخالفوه ويعفوا ، أو يأخذوا الدية؟ قال الشيخ أبو الحسن :
توقف في ذلك أبو عمران. وقال اللخمي : قال أصبغ في كتاب ابن حبيب : إن
ثبت القتل بينة لم يكن للأولياء أن يعفوا ، وإن ثبت بقسامة منهم كان لهم
العفو لإمكان أن يكون عفوهم لشبهة دخلت عليهم في أيمانهم. انتهى.

والمسألة منصوصة في النوادر ذكر فيها قولين. قال : عن أصبغ ما ذكره
اللخمي كما نقل.

(١) البيان والتحصيل ، لابن رشد: ١٦ / ١٦٩ ، ١٧٠ .

(٢) المدونة: ١١ / ٣٧٦ .

(٣) النوادر والزيادات ، لابن أبي زيد: ١٤ / ٨٧ .

وقال أشهب فيمن قال دمي عند فلان فاقتلوه ولا تقبلوا منه دية ، فأراد الورثة أخذ الدية : فليس لهم ذلك. وإن اقتسموا ثم عفا بعضهم لم يجز عفوه ، وإن نكل بعضهم فلا قسامة فيه حتى يقسموا جميعاً^(١).

وقال في النوادر : قال ابن حبيب : قال أصبغ : من قتل عمداً فوكل رجلاً فوض إليه أمر دمه ، وأقامه فيه مقام نفسه فعفا عن الدم وأبى الأولياء ، أو عفوا وأبى الوكيل فإن ثبت الدم بينة [٣٦/أ] فالأمر للوكيل في العفو والقتل ، وإن استحق بقسامة فالعفو والقتل للولادة^(٢).

قال الشيخ : هذا هو الجاري على قول أصبغ السابق ، والجاري على قول أشهب أن الأمر فيه للوكيل ؛ لأن الوكيل قائم مقامه ، وقد ذكر في الفرع السابق أنه لا كلام للأولياء إذا أوصى بالقتل ولو ثبت بقسامة ، والله أعلم. واقتصر في الذخيرة على قول أصبغ في الفرعين^(٣).

مسألة

إذا أعتق أمته على أن تتزوجه لزمه العتق ولا يلزمها النكاح. قال في كتاب العتق الثاني من المدونة : ومن أعتق أمته على أن ينكحها أو تنكح فلاناً فامتنعت فهي حرة ولا يلزمها النكاح إلا أن تشاء^(٤).

قال أبو الحسن : قال ابن يونس : إنما قال ذلك ؛ لأن الأمة إذا أعتقت سقط إجبار السيد إياها ، فقد أسقطت بذلك حقها من الخيار قبل ثبوت ذلك الحق

(١) (٢، ١) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: ٨٩ / ١٤.

(٢) الذخيرة، للقرافي: ٤١٥ / ١٢.

(٣) المدونة: ٣٣٠ / ٥.

لها ، وإسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح . وقوله ولا يلزمها النكاح إلا أن تشاء ؛ يريد بعقد ثان ؛ لأن العقد الأول فيه خيار . انتهى .

تنبيه

فإن شرط عليها النكاح قبل العتق ثم نكحها ودخل بها فسخ ، وكان لها الصداق المسمى ، وله بعد ذلك نكاحها إن شاء بعد الاستبراء من النكاح الأول . انتهى .

مسألة

قال الباجي : إذا اعتقت الأمة على إن تركت حضانة ولدها فروى عيسى عن ابن القاسم أنه يرد إليها بخلاف الحرية يصلح الزوج على تسليم [٣٦/ب] الولد إليه ؛ لأنه يلزمها . وروى عنه أبو زيد أن الشرط لازم كالحرية ^(١) .

وذكر ابن رشد القولين ^(٢) . انتهى .

فظهر أن القول بعدم اللزوم أرجح لكونه الموافق لمذهب المدونة في مسألة اشتراط النكاح . والله أعلم .

وقال في المدونة : وكذلك إن قال رجل لرجل لك علي ألف درهم على أن تعتق أمتك وتزوجنيها ، فأعتقها فهي حرة ، ولها ألا تنكحها ، والألف لازمة للرجل ^(٣) .

قال الشيخ أبو الحسن : ظاهره أن الألف لازمة كلها . وقال ابن المواز : إلا

(١) المنتقى ، للباجي : ١٥٨ / ٨ .

(٢) البيان والتحصيل ، لابن رشد : ٢٧١ / ٥ .

(٣) المدونة : ٣٣٠ / ٥ .

أن يتبين أنه زاد على قيمتها لموضع النكاح فيرد عليه ما زاد على قيمتها. وقاله أصبغ واستحسنه. قال الشيخ أبو الحسن: وظاهر كلام ابن يونس أنه ساق كلام محمد مساق التفسير. وحمله عبد الحق على الخلاف، فقال بعد ذكره كلام محمد واستحسان أصبغ ووقف محمد عن قوله فيها واستحسان قول أصبغ، ورأى أن قول مالك أصوب، وأن ذلك المال في الحرية قليلاً كان أو كثيراً، ولا يدخل الاستثناء في شيء من الثمن^(١). انتهى كلام أبي الحسن.

وقد نظم الدماميني غالب المسائل، فقال:

وإِسْقَاطُ حَقِّ الْمَرْءِ قَبْلَ وَجُوبِهِ	حَكَى فِيهِ خُلْفًا أَهْلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ
وَيَجْرِي عَلَى هَذَا الْخِلَافِ مَسَائِلُ	يُحَقِّقُهَا أَهْلُ النُّهْيِ وَالْمَدَارِكِ
شَرِيكَ سَخَا طَوْعًا بِإِسْقَاطِ شُفْعَةٍ	وَذَلِكَ مِنْهُ قَبْلَ بَيْعِ الْمُشَارِكِ
وَتَارِكُ إِرْثٍ أَوْ مُجِيزُ وَصِيَّةٍ	بِصَحَّةِ مَوْرُوثٍ لَهُ غَيْرِ هَالِكٍ
كَذَلِكَ مَنْ أَمْضَى وَصِيَّةً مُنْفَقٍ	عَلَيْهِ مَرِيضٍ قَدْ غَدَا فِي الْمَهَالِكِ

[٣٧/أ]

وَرَاضِيَةٌ بِالْهَجْرِ لَيْلَةً وَصَلِيهَا	وَمَنْ بَعْدَ أَمْسَى سِنَّهَا غَيْرُ ضَاحِكٍ
وَمُخْتَارَةٌ مِنْ قَبْلِ عَتَقٍ لِنَفْسِهَا	تَرُومُ فَكَأَنَّهَا مِنْ فَتَى مُتَمَاسِكٍ
وَتَارِكَةٌ لِلشَّرْطِ مِنْ قَبْلِ عَقْدِهَا	تَشَكَّتْ بِحَالٍ بَعْدَ ذَلِكَ حَالِكٍ
وَمُسْقِطٌ حَقٌّ لِلْحَضَانَةِ لَمْ يَجِبْ	كَذَا حُكْمُهُ اخْتِزَاقُ مَقَالَةِ آفِكِ
وَعَافٍ صَحِيحٌ قَبْلَ قَتْلِ يَنَالُهُ	تَجَاوَزَ عَنْ جَانٍ عَلَيْهِ وَفَاتِكِ

(١) النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة، لعبد الحق الصقلي: ٣٢٦/١.

وَقَدْ كَمَلْتُ تِسْعًا وَأُحْكِمَ نَظْمُهَا فَجَاءَ بِحَمْدِ اللَّهِ سَهْلَ الْمَسَالِكِ
عَلَى أَنْبِيَّيْنِ إِنْ أُلْفِ بِعَدِّ زِيَادَةٍ فَلَسْتُ لَهَا يَا صَاحِبَ يَوْمٍ بِتَارِكِ

وزاد الشيخ شمس الدين التتائي بعدها ثلاثة أبيات فقال :

وَمُسْقِطَةُ الْإِنْفَاقِ قَبْلَ وَجُوبِهِ وَمُنْكَحَةُ التَّفْوِيضِ يَا خَيْرَ نَاسِكِ
إِذَا أَبْرَأْتُ مِنْ قَبْلِ فَرَضٍ لَهَا وَمَنْ عَفَا عَنْ مَالِ الْجُرْحِ عِنْدَ الْمَهَالِكِ
وَرَبَّةُ شَرْطٍ وَاحِدٍ أَوْ مُعَدِّدٍ إِذَا أَبْرَأْتُ قَبْلَ الْوُقُوعِ لِمَاسِكِ

الفصل الثاني في الشروط المتعلقة بالنكاح

الشروط في النكاح على ثلاثة أقسام :

القسم الأول

ما يقتضيه العقد

كشرط أن ينفق على الزوجة ، أو يبيت عندها ، أو لا يؤثر عليها ، أو لا يضر بها ونحو ذلك فذلك جائز لا يوقع ذكره في العقد خلافاً ولا يكره اشتراطه ، ويحكم به سواء شرط أو ترك ، فوجوده وعدمه سواء .

القسم [٣٧/ ب] الثاني

ما يكون مناقضاً لمقتضى العقد

كشرطه على المرأة ألا يقسم لها ، أو ألا ينفق عليها ، أو لا يعطيها ولدها ، أو لا يأتيها ليلاً ، أو لا يطؤها نهاراً ، أو لا أرث بينهما ، أو على أنه إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح بينهما ، أو على أن أمرها بيدها متى شاءت ، أو على أن الطلاق بيد غير الزوج فهذا القسم لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ، ويفسد به النكاح إن شرطه فيه . ثم اختلف في ذلك ، فقليل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده ، وقليل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ، ويسقط الشرط ، وهذا هو المشهور ، وقليل : إن أسقط مشترط الشرط شرطه صح النكاح ، وإن تمسك به فسخ .

مسألة

إذا أبرأت الزوجة زوجها من الصداق في نكاح التفويض قبل البناء وقبل

أن يفرض لها فقال ابن شاس وابن الحاجب : يتخرج ذلك على الإبراء مما جرى سبب وجوبه قبل حصول الوجوب. انتهى^(١).

قال في التوضيح : هل يلزم نظراً لتقدم سبب الوجوب - وهو هنا العقد - أو لا يلزم ؛ لأنها أسقطت حقاً قبل وجوبه؟^(٢). واقتصر الشيخ خليل في مختصره ، وصاحب الشامل على القول بأن ذلك لا يلزمها^(٣).

وذكر ابن عرفة كلام ابن شاس وقال بعده : قلت في ثاني وصاياها : إن أجاز وارث في مرض مورثه وصية بأكثر من ثلثه لزمه إن كان نائباً عنه ليس في عياله وفي حمالتها إن أخر الطالب الحمل بعد محل الحق فهو تأخير للغريم.

قال الشيخ : فهو إسقاط للحق قبل وجوبه بعد سببه على المشهور في شرط طلب الحمل بتعذر الأصل. انتهى.

تنبيه

من هذا القسم ما يقتضي الفسخ مطلقاً قبل البناء وبعده. قال في كتاب النكاح الثاني من المدونة : من زوج أمته ، وشرط أن ما ولدت فهو حر لم يقر على هذا النكاح ، ويكون لها إن دخل بها المسمى^(٤).

قال ابن يونس : وقال بعض فقهاءنا : وقيل لها صداق المثل ، وهو أبين ؛ لأن الصداق وقع للبضع ، ولحرمة الولد ، وما يخص كل واحد من ذلك مجهول ؛ فوجب لذلك صداق المثل.

(١) عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس: ٢ / ٤٨١، وجامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: ٢٨٠

(٢) التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: ٤ / ٢٠٠

(٣) الشامل، لبهرام: ١ / ٣٧٤

(٤) المدونة: ٣ / ٤٠٢.

قال ابن يونس : ووجه القول الأول أن الصداق إنما وقع للبضع المتيقن ،
والولد قد يكون وقد لا يكون.

قال ابن المواز عن مالك : إن نكاحها يفسخ قبل البناء وبعده ، سواء
[٣٨/أ] زوجها من حر أو من عبد له أو لغيره ، ويكون الولد حراً وولائه
لسيد الأمة الذي اعتقه ^(١) انتهى.

فرع

قال ابن عرفة : اللخمي : روى محمد من زوج أمته على أن ولدها أحرار
فسخ نكاحه ولو بنى ، وولده أحرار وولائهم لسيدهم ، ولا قيمة على أبيهم
فيهم . محمد : إن باعها بعد ذلك وهي غير حامل فولدها رقيق ، وكذلك إن لم
يبعها ، وفسخ الشرط ، أو تفاسخاه ورجع فيه قبل حملها ؛ لأنه رضا بفاسد رد
قبل وقوعه . انتهى.

فرع

قال اللخمي : وإن استحققت الأمة أخذها المستحق وجميع ولدها ، ورد
عتق ما كانت ولدت قبل رد السيد ؛ لأن العتق من السيد ليس من الأب
الواطي ، فإذا استحق الولد كان للمستحق أن يرد العتق . انتهى.

فرع

إن زوج أمته عبد غيره على أن ما تلده الأمة بين السيدين ، فروى محمد عن
مالك أن النكاح يفسخ قبل البناء وبعده ، ويكون الولد لسيد الأمة ^(٢) .
وحكى أبو الفرج أن الولد بينهما ، نقله ابن عرفة وغيره ، قالوا : ويجب لها

(١، ٢) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: ٥٥٣/٤.

بالدخول مهر المثل.

قال بعض القرويين : إن زاد مهر المثل على المسمى فعلى رواية محمد يسقط الزائد ، وعلى رواية أبي الفرج لا يسقط لحصول غرض الزوج^(١). والله أعلم.

القسم الثالث

ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض

كشرطه أن لا يتزوج عليها ، أو لا يتسرى ، أو لا يخرجها من بلدها ، أو لا يغيب عنها ، فهذا النوع لا يفسد به النكاح ولا يقتضي فسخه لا قبل الدخول ولا بعده ، فإن شرط الزوج شيئاً من ذلك في [٣٨/ب] العقد أو بعده ، فلا يخلو إما أن يعلقه بطلاق أو عتق ، أو تمليك أو لا ، فإن علقه بطلاق أو عتق أو تمليك لزمه ذلك كقوله : إن تزوجت عليها فهي طالق ، أو نحو ذلك. وسواء كانت أسقطت من صداقها لذلك شيئاً أو لم تسقط ، وسواء شرطت ذلك في عقد النكاح أو تطوع به الزوج ، فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه كما لو قالت له : أسقطت عنك مائة من صداقي على أنك إن تزوجت علي فأنا طالق ، أو فالزوجة طالق ، فإن تزوج عليها لزمه الطلاق ، ولا رجوع لها بما أسقطت ، واختلف في جواز النكاح على ذلك ابتداء ، ففي الموازية قال : لا يحل الشرط ابتداء ، فإن وقع جاز النكاح ولزم الشرط. وقال ابن القاسم : يكره العقد على ذلك. وقال اللخمي : أجاز ذلك سحنون ابتداء ، وزوج غلامه أمته على أنه إن سرق زيتونة كان أمر امرأته بيده. انتهى.

وإن لم يعلق ذلك بطلاق ولا عتق ولا تمليك فالشرط مكروه ولا يلزم ، ويستحب له الوفاء بذلك ، وسواء وضعت لذلك شيئاً من صداقها أم لا ، ولا

(١) التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل : ١٨١ / ٤.

رجوع لها عليه بما وضعته إلا أن تكون شرطت عليه هذه الشروط بعد العقد ، ووضعت عنه لأجل ذلك بعض صداقها فإنه إن خالف رجعت عليه بما وضعته . والله أعلم .

مسألة فيما يتعلق بالبيع

فرع

قال البرزلي في مسائل الضرر عن ابن رشد فيمن له داران باع إحداها وشرط على المشتري أن لا يرفع على الحائط الفاصل بين الدارين شيئاً مخافة أن يظلم عليه داره أو يمنعه من دخول الشمس فيها فالتزمه : إن البيع جائز ، والشرط لازم . انتهى ^(١) .

فرع

بيع الأرض الموظفة؛ أي التي عليها خراج يسلمه المشتري كل سنة ، وقد أطل الموثقون [٣٩/أ] الكلام فيها ، ولخص ابن عرفة الكلام في ذلك في آخر الكلام على الشروط في البيع ، وفرق بين أن يكون ما قرر عليها عند إحياؤها ، أو قرر عليها بعد الإحياء ، وقال : إن الذي استقر عليه العمل عندهم أنه يجوز شراء الأرض التي قرر عليها شيء عند إحياؤها . قال : وهي المسماة بأرض الخراج . قال : ولا ينبغي أن يختلف في ذلك . وأما التي قرر عليها شيء بعد إحياؤها فهي التي يسميها الموثقون أرض الوظيف ، وأرض الطبل ، وفيه الخلاف . وقول ابن القاسم أنه لا يجوز بيعها للجهل في الثمن ، وأطل في ذلك فليراجعه من أراد . وبالله التوفيق .

ويستثنى من هذا القسم بيع العبد والأمة بشرط تنجيز العتق فإن ذلك

(١) فتاوى البرزلي: ٤ / ٣٦٨

جائز. قال اللخمي في كتاب البيوع الفاسدة : وذلك على أربعة أوجه؛ لأنه إما أن يشتريه على أنه حر بالشراء ، أو على أنه يعتقه بعد الشراء وأوجب ذلك على نفسه ، أو على أن المشتري بالخيار في العتق ، أو يشترط العتق ولا يقيد بإيجاب ولا خيار. قال : وأي ذلك كان فالبيع جائز ، وإنما يفترق الجواب في صفة وقوع العتق وفي شرط النقد.

فأما الوجه الأول وهو ما إذا باعه على أنه حر بنفس البيع.

قال الرجراجي : ولا خيار في ذلك للمشتري ، ولا يحتاج إلى تجديد عتق ، وإن مات بفور العقد مات حراً يرث [٣٩/ب] ويورث ، ولا خلاف في ذلك في المذهب. انتهى.

وأما الوجه الثاني وهو ما إذا باعه على أن يعتقه المشتري وأوجب ذلك على نفسه.

فقال اللخمي : إذا كان الشرط على أن يعتقه المشتري والتزم ذلك أجبر على أن يوقع العتق ، فإن لد أعتقه الحاكم عليه.

وقال الرجراجي : إذا باعه على أن يعتقه المشتري فلا يعتق بنفس الشراء ، وإنما يعتق بعتق جديد ، لكن يجبر المشتري على العتق؛ لأنه على إيجاب العتق ليشتري ، فإما أعتقه وإلا أعتقه عليه السلطان. والنقد في هذين الوجهين جائز بشرط وبغير شرط. انتهى.

وأما الوجه الثالث وهو ما إذا باعه على أن المشتري بالخيار في العتق.

فإن اشترط البائع النقد فالبيع منسوخ للغرر؛ لأنه تارة بيع وتارة سلف ، وإن لم يشترط البائع النقد فالبيع جائز وللمشتري الخيار قدر ما يستخير فيه

ويستشير ، كما لو اشتراه من غير شرط العتق ، فإن أعتقه فلا كلام ، وإن لم يعتقه فللبائع الخيار في أن يرد عبده وينقض البيع ، أو يترك الشرط ويلزمه البيع .

وأما الوجه الرابع وهو ما إذا باعه بشرط العتق ولم يقيده بإيجاب ولا خيار .

فاختلف في ذلك على قولين :

أحدهما : أن الخيار في ذلك للمشتري ، فإن شاء أعتق وإن ترك ، وهذا قول ابن القاسم في المدونة ، وهو المشهور .

والثاني : أنه يجبر على العتق ويحكم عليه به كما لو اشتراه على إيجاب العتق ، وهو قول أشهب [٤٠ / أ] وبه أخذ سحنون ، واختاره اللخمي ، واستظهره ابن رشد أيضاً ، فعلى هذا القول يجبر المشتري على العتق إذا امتنع منه ، فإن لد أعتقه الحاكم كما تقدم في الوجه الثاني ، ويجوز النقد بشرط وبغير شرط .

وعلى القول الأول فإن أعتق المشتري العبد أو الأمة بعد العقد أو بقرب ذلك فلا كلام للبائع ، وسواء كان عتق المشتري من نفسه ، أو بعد قيام البائع عليه بذلك وطلبه منه ، وسواء كان العتق قبل أن يحصل في العبد أو الأمة عيب ، أو بعد حصول العيب فيهما ، بل لو مات العبد أو الأمة قبل عتقهما بقرب العقد فلا شيء على المشتري ، ولا له ، وإن امتنع المشتري من عتق العبد أو الأمة فإن قام البائع بعد العقد أو قربه بشهر ونحوه فليس له إلا أخذ عبده أو أمته ونقض البيع أو ترك الشرط من غير شيء إلا أن يتفق هو والمشتري على أن يعطيه شيئاً لأجل ترك الشرط فذلك لهما ، هذا إن كان العبد أو الأمة صحيحين لم يدخلهما عيب ، وإن دخلهما عيب فالمشتري بالخيار بين أن يعتقهما

معيين ولا شيء عليه ، أو يغرم للبائع ما نقصه لأجل الشرط ويصير العبد والأمة ملكاً له ، هذا إذا كان البائع عالماً بتأخير العتق إلى شهر ونحوه ، وإن كان البائع غير عالم كان الخيار له بين [٤٠/ب] أن يرضى بعتهما معيين ولا شيء له ، أو يرجع بما نقصه من الثمن لأجل الشرط ، وليس للبائع أن يسترجعهما إلا أن يرضى المشتري بذلك ، وإن لم يقم البائع بقرب العقد بل سكت حتى طال الأمد كثيراً كالسنة قاله ابن يونس . فإن كان عالماً بعدم عتق المشتري فلا قيام له على المشتري ولا شيء له عليه ؛ لأن تركه المطالبة بمقتضى شرطه يؤذن بإسقاطه عن المشتري .

قال ابن رشد : ولا يدخل في هذا عندي الاختلاف الذي في السكوت هل هو إذن أم لا ؟ وسواء كان العبد أو الأمة صحيحين ، أو دخلهما عيب ، أو ماتا وإن لم يعلم البائع بذلك حتى طال الأمد فإن كان العبد أو الأمد صحيحين لم يدخلهما عيب فله الخيار بين أن يسترجع عبده أو أمته ، أو يدعهما ويرجع بما نقصه لأجل الشرط من ثمنها ، ولو رضى المشتري بعتهما بعد الطول لم يسقط ذلك عنه الرجوع بما قبضه البائع من الثمن لأجل الشرط .

قال في البيان : لأنه لم يتم للبائع ما قصده بشرطه من معجل العتق ؛ إذ إنما أعتق المشتري لنفسه بعد أن قضى وطره من وطء الأمة واستخدام العبد إلا أن يرضى البائع بعته المشتري حينئذ فذلك جائز ، ولا يجوز للمشتري الوطء حتى يفصل أمره مع البائع . ولو أعتق المشتري العبد أو الأمة عن ظهار أو عتق واجب عليه بعد أن حصل فيهما [٤١/أ] عيب مفيت ، أو بعد طول أجزاء .

هذا ملخص كلام صاحب النوادر ، واللخمي ، وابن رشد من سماع ابن

القاسم ، ومن سماع أصبغ ، وكلام الرجراجي . ونقل ابن عرفة غالب ذلك باختصار .

وينزل ورثة كل من المشتري والبائع منزلته ، وإن دخلها عيب مفيت فليس للبائع أن يسترجعها ، وإنما له الرجوع بما نقصه لأجل الشرط من ثمنها ، إلا أن يتفق وهو المشتري على عتقها على تلك الحال . وإن لم يقم البائع إلا بعد موتها ، وقد طالت إقامتهما بيد المشتري ولم يعتقهما فللبائع الرجوع بما نقصه لأجل الشرط كما تقدم .

قال ابن رشد : ولا يفوت العبد والأمة إلا بالعيوب المفسدة . وقيل : يحصل الفوات بحوالة الأسواق ، وهو بعيد ؛ لأنه ليس ببيع فاسد ^(١) .

تنبيهان

الأول : وجه العمل في التوصل إلى معرفة ما نقص الشرط من ثمن العبد أو الأمة أن يقوم المبيع بالشرط وبغير الشرط ، وينظر ما نقصه الشرط فيؤخذ مثله من الثمن . وهذا الوجه أصح من غيره الذي قيل : إنه يرجع بما نقص الشرط من قيمته يوم الشراء إلا أن يقارب ذلك الثمن الذي بيع به لم يكن للبائع على المشتري شيء ، وإن كانت أكثر من الثمن بكثير رجع عليه بما زادت القيمة على الثمن [٤١/ب] الذي اشتراه به . والله أعلم .

الثاني : إذا باع بشرط العتق المؤجل ، أو الكتابة ، أو التدبير ، أو اتخاذ الأمة أم ولد فذلك لا يجوز للتحجير على المشتري ، وللغرر والجهل ؛ لأن البائع وضع من الثمن لأمر قد يكون وقد لا يكون ، فعلى المشهور يفسخ البيع ما دام

(١) البيان والتحصيل ، لابن رشد : ٧ / ٢٦٢ .

البائع متمسكاً بشرطه ، فإن ترك شرطه صح البيع ، وهذا ما لم يفت المبيع ، فإن فات كان فيه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم القبض ، وهذا قول ابن القاسم . وعلى القول الثاني لا بد من فسخه وهو قول أشهب . انتهى .

وما ذكرناه من عدم جواز اشتراط العتق المؤجل قاله في كتاب البيوع الفاسدة من المدونة وأطلق ، وقيده المشدالي في حاشية المدونة فقال : أي أجل بعيد ، وأما القريب جداً فحكمه حكم العتق الناجز .

قال الشيخ : وهو تقييد ظاهر ؛ لأنه إنما منع من ذلك للغرر ، وإذا كان الأجل قريباً جداً كان الغرر الخفيف المعتفر في البيع ، وقد أجازوا بيع العبد واستثناء خدمته الأيام اليسيرة كالعشرة أو أقل ، فكذلك هنا إذا شرط العتق إلى عشرة أيام أو أقل جاز . والله أعلم .

فرع

قال اللخمي : والصدقة والهبة كالعتق ، فإن باعه على أنه صدقة لفلان أو على أنه يتصدق به على فلان ، والتزم المشتري ذلك جاز العقد والنقد ، وإن كان على أن المشتري بالخيار في انفاذ الصدقة [٤٢ / أ] جاز العقد دون النقد . ويختلف إذا أطلق ذلك ولم يقيده بالالتزام ولا بخيار ، فقال ابن القاسم في كتاب محمد فيمن باع من امرأته خادماً بشرط أن تتصدق بها على ولده : ذلك جائز ولا تلزمها الصدقة بالحكم ، والبائع بالخيار إن لم يتصدق بها ، وإن شاء أجاز البيع على ذلك ، وإن شاء رده ^(١) . وعلى قول أشهب وسحنون : تلزمها الصدقة من غير خيار . انتهى .

(١) البيان والتحصيل ، لابن رشد : ٧ / ٨

قال الشيخ : وهذا إذا كانت الصدقة أو الهبة منجزة أو مؤجلة إلى أجل قريب كما تقدم في العتق ، وأما إن كانت مؤجلة إلى أجل بعيد فلا يجوز للغرر ، ولو كان الشيء الملتزم صدقة أو هبة مما يؤمن بقاؤه كالدور والأرض ؛ لأنه يدخله الغرر من جهة موت المشتري قبل الصدقة والهبة فيبطلان ، فتأمل. والله أعلم.

تنبيهان

الأول : أن من هذا القسم إذا باع السلعة على ألا يبيعها.

وذكر اللخمي في ذلك تفصيلاً فقال : إن باعه على أن لا يبيعها جملة أو على أن لا يبيعها إلا من فلان فالحكم كما تقدم ، وإن كان على أن يبيعها من فلان وحده أو من هؤلاء نفر جاز ، وإن كان على أنه يبيعها من فلان كان بيعاً فاسداً ، وليس على المشتري إلا الثمن الذي باعها به من فلان ؛ لأنه ليس فيه تمكين فلا يضمنه المشتري. انتهى.

قال الشيخ : فإذا باع سلعة من شخص [٤٢/ب] على أنه لا يبيعها من فلان أو من هؤلاء نفر ثم باعها المشتري من فلان ، أو من واحد من نفر المذكورين فإن بيعه يرد على ما ظهر من كلام اللخمي. انتهى.

الثاني : الإقالة في هذا بخلاف البيع.

قال مالك في أول رسم من سماع أشهب من جامع البيوع : فمن أقال من حائط على أنه متى باعه بائعة المستقل فالمشتري أحق به بالثمن الذي باعه به آخراً ، وله أن يتركه.

قال ابن رشد : أوجب مالك للمقبل أخذ الحائط بشرطه ، وإن باعه

المستقيل بعد زمان لقوله في الشرط متى باعه؛ لأن متى لا تقتضي قرب الزمان بخلاف ما في سماع محمد بن خالد لابن القاسم، وابن كنانة من التفرقة بين القرب والبعد على أنه إن باعه من غيره فهو له بالثمن، وكأن المقيّل تخوف من المستقيل أنه إنما استقاله لبيعه من غيره بزيادة أعطيها، وإنما جاز هذا الشرط في الإقالة؛ لأنها معروفة فعله معه واشترط أن يكافئه عليه بمعروف، فلزم ذلك فيها بخلاف البيع^(١).

وفي سماع سحنون عن ابن القاسم من جامع البيوع فيمن استقال مبتاعه فقال له أخاف أنك تريد بيعها لربح، فقال البائع إنما أردتها لنفسني فأقاله على ذلك ثم باع تلك السلعة أنه إن علم أنه استقاله لبيعه فبيعه منتقض غير جائز، وإن باعها لغير ذلك بدا له في بيعها فطال زمانها فبيعه جائز، كقول مالك فيمن طلب من امرأته أن تضع له مهرها، فقالت أخاف [٤٣/أ] إن وضعت طلقني، فقال لا أفعل، فوضعت، ثم طلقها: لها الرجوع عليه بما وضعت إلا أن يطول الزمان وتبين صحة ذلك فلا رجوع لها إلا أن تقول له إنما أضعه لك على أنك لا تطلقني أبداً، أو على أنك متى طلقني رجعت عليك به، فيكون لها أن ترجع متى طلقها، كان ذلك بالقرب أو بعد طول الزمان. انتهى.

قال ابن رشد: قوله إن البيع منتقض إذا علم أنه إنما استقاله لبيعهها صحيح؛ لأنه إنما أقاله على ألا يبيعها، فإن باعها نقض البيع وردت إليه سلعته، ويستدل على ذلك ببيعه إياها بقرب ذلك، وإذا نقض البيع فيها

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد: ٣٣٣/٧، ٣٣٤.

انتقضت الإقالة وردت إلى المكيل ، على ما مضى في سماع أشهب. انتهى^(١).

والحاصل أن هذا الشرط لا يجوز في البيع ، ويفسده كما تقدم ، وليس في ذلك خلاف ، وأما الإقالة فاختلف فيه . وقال مالك وابن القاسم بجوازه . والخلاف جار في الإقالة ولو كانت في الأمة ، فإن المسألة مفروضة في سماع محمد بن خالد من ابن القاسم فيمن يبيع أرضه أو جاريته ثم يستقبل ، ومقتضى كلامهم أن ذلك لا يوجب بيع البائع من وطئها بعد الإقالة ، وهو ظاهر ، فتأمل . وقال المتيطي بعد أن ذكر المسألة وفرضها في دار : وحكم العروض والحيوان في ذلك كالعقار .

القسم الثالث

من أقسام الشروط المتعلقة بالبيع

ما يكون [٤٣/ب] الشرط فيه غير صحيح إلا أنه خفيف فلم تقع له حصة من الثمن فيصح البيع ويبطل الشرط .
ولنذكر من هذا النوع فروعاً :

الأول : وهو أن يبيع السلعة ، ويشترط له إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما . وفيه اضطراب كثير ، والذي يحصل من كلام المدونة وشروحه كالشيخ أبي إسحاق التونسي ، وابن يونس ، واللخمي ، وأبي الحسن الصغير ، والرجراجي ، ومن كلام ابن بشير ، وصاحب التوضيح ، وابن عرفة ، وغيرهم أن في المسألة سبعة أقوال :

الأول : كراهة هذا البيع ابتداء ، فإن وقع صح البيع وبطل الشرط . وهذا

(١) البيان والتحصيل ، لابن رشد : ٧ / ٤٧٣ ، ٤٧٤ .

مذهب المدونة - وعليه اقتصر الشيخ خليل في مختصره ^(١) - قال في كتاب البيوع الفاسدة منها : قال مالك : ومن اشترى سلعة على أنه إن لم ينقد ثمنها إلى ثلاثة أيام - وقال أصبغ في موضع آخر : إلى عشرة أيام - فلا بيع بينهما ، فلا يعجبني أن يعقد البيع على هذا ، وكأنه زاده في الثمن على أنه إن أنقده إلى ذلك الأجل فهي له ، وإلا فلا شيء له ، فهذا من الغرر والمخاطرة ، فإن نزل ذلك جاز البيع وبطل الشرط ، وغرم الثمن الذي اشترى به ، ولكن أجعل هلاك السلعة وإن كانت حيواناً من البائع حتى يقبضها المبتاع بخلاف البيع الصحيح يحبسها البائع بالثمن ، تلك هلاكها [٤٤/أ] من المبتاع بعد عقد البيع. انتهى ^(٢).

القول الثاني : أن البيع مفسوخ.

والقول الثالث : أن البيع جائز والشرط جائز. حكى هذه الأقوال القاضي عياض في التنبيهات.

والقول الرابع : التفصيل بين قوله إن جئني بالثمن ، وقوله إن لم تأتني بالثمن ، فإن قال أبيعك على إن جئني بالثمن فالبيع بيني وبينك فالثمن حال كأنه رآه بيعاً ثانياً ، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد فيفسخ الشرط ويعجل النقد ، وأما إذا قال إن لم تأتني بالثمن فكأنه لم ينعقد بينهما بيع إلا أن يأتيه بالثمن ، فلا يجبر على النقد إلا إلى أجل. حكاه في التنبيهات عن الدمياطي. وحكى الأقوال الأربعة صاحب التوضيح ^(٣) ، والرجراجي في شرح المدونة.

(١) يشير إلى قول الشيخ خليل في مختصره: (أَوْ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِالثَّمَنِ لِكَذَا فَلَا يَبِيعُ). انظر: مختصر خليل، ص: ١٥٩.

(٢) تهذيب المدونة، للبراذعي: ٣/١٩٦، ١٧٠.

(٣) التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: ٥/٥٥٨.

والقول الخامس : أنه يوقف المشتري ، فإن نقد مضى البيع ، وإلا رد ، حكاه في التنبيهات ، وحكاه ابن عرفة .

والقول السادس : أن ذلك جائز فيما لا يسرع إليه التغير كالربع وما أشبهه ، ويكره فيما يسرع إليه التغير ، حكاه ابن بشير في كتاب التنبيه .

والقول السابع : أنه إن كان الأجل كشهر فحكمه حكم البيع الفاسد ، حكاه في التنبيهات عن ابن لبابة عن ابن القاسم ، ومفهومه أنه إذا كان الأجل أقل من ذلك لا يكون كالبيع الفاسد . وقال اللخمي : إن دخلاً [٤٤/أ] على أن المبيع على ملك البائع فإن أتى بالثمن إلى ذلك الأجل أخذها كان كبيع الخيار يجوز فيه من الأجل ما يجوز في بيع الخيار ، ويفترق فيه أمد السلعة من أمد الدار ، ومصيبته قبل القبض وبعده من البائع ، وإن دخلاً على أنه مشترى فإن لم يأت بالثمن أخذ المبيع عن الثمن كان شرطاً فاسداً . واختلف في الشرط الفاسد فقليل البيع فاسد ، وقيل جائز والشرط باطل ، وقيل إن أسقطه جاز وإن تمسك به فسخ ، وهو أحسنها . انتهى .

فإذا فرعنا على مذهب المدونة من جواز البيع بعد الوقوع وبطلان الشرط ، فاختلف هل يجبر المشتري على نقد الثمن في الحال ، أو لا شيء عليه حتى يحل الأجل .

قال في التنبيهات : والأول ظاهر المدونة ، وحملها أكثرهم على الثاني ، وهو اختيار اللخمي كما تقدم ، وزاد ابن عرفة ثالثاً بالفرق بين قوله إن جئتني بالثمن وإلا فلا بيع فيجبر على التعجيل . وقوله إن لم تأتني فيؤخر للأجل ، وعزاه للدمياطية .

الفرع الثاني

إذا باع الحائط وشرط في عقد البيع أن الجائحة على المشتري فالبيع جائز والشرط باطل.

قال في المقدمات : لأن الجائحة لو أسقطها بعد وجوب [٤٥/أ] البيع لم يلزمه ذلك؛ لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه ، فلما اشترط إسقاطها في عقد البيع لم يؤثر ذلك في صحته؛ لأن الجائحة أمر نادر فلم يقع لشرطه حصة من الثمن ولم يلزم الشرط أو حكمه أن يكون غير لازم إلا بعد وجوب الرجوع بالجائحة وما أشبه ذلك. انتهى^(١).

وذكر اللخمي المسألة في كتاب الجوائح ، وزاد بعده وفي السليمانية : البيع فاسد. قال : وقال ابن شهاب : البيع جائز والشرط جائز ، وأرى أن يخير البائع بين أن يسقط شرطه وتكون المصيبة منه ، أو يرد البيع ويكون له بعد الفوات الأكثر من القيمة أو الثمن ، وإنما لم يصح الشرط؛ لأن ما انتقل إليه الثمرة من حلاوة ونضج مشترى ، وإنما اشترى الثمرة على أنها على تلك الصفة ، فاشتراط الجائحة بمنزلة من اشترط أن يأخذ ثمن ما لم يكن بعد. انتهى. ونقله ابن عبد السلام عن السليمانية أنه يوفي له بالشرط.

الفرع الثالث

من اشترى أرضاً وفيها زرع أخضر على أن الزكاة على البائع ، هكذا ذكر المسألة في التوضيح لما ذكر النظائر التي ذكر عن المتيطي وغيره أن مالكا قال

(١) المقدمات الممهدة، لابن رشد: ٣٧٦/١.

فيها بصحة البيع وبطلان الشرط^(١).

والذي في المتبعية ومختصرها لابن هارون ما نصه : الثانية من باع على أن لا زكاة [٤٥ / ب] عليه. وهو مشكل كما سيأتي بيانه.

قال في كتاب الزكاة من المدونة : ومن باع أرضه بزرعها وقد طاب فزكاته على البائع ، وإن كان الزرع أخضر فاشترطه المبتاع فزكاته على المشتري^(٢).

قال ابن يونس : قال في العتبية : فإن اشترط المشتري زكاته على البائع لم يجز؛ لأنه غرر؛ إذ لا يعلم مقداره. انتهى.

ونقله أبو الحسن ، وما نقله عن العتبية هو في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب زكاة الحبوب. قال ابن القاسم في رجل باع أرضاً وفيها زرع لم يطب فاشترط المشتري الزكاة على البائع قبل أن يطيب الزرع ، فإذا طاب الزرع فهي على البائع إلا أن يشترطها على المشتري.

قال ابن رشد : هذه مسألة صحيحة ، أما إذا اشترى الأرض وفيها الزرع لم يطب فاشترطه فالبيع جائز والزكاة عليه ، فإن اشترط الزكاة على البائع ففسد

(١) قال الشيخ خليل: ذكر المتبعية وغيره ست مسائل قال مالك فيها بصحة البيع وبطلان الشرط:

الأولى: هذه على ما ذكر ابن مغيث.

الثانية: من اشترى أرضاً بزرع أخضر على أن الزكاة على البائع.

الثالثة: البيع على ألا مواضعة على البائع.

الرابعة: ألا عهدة عليه.

الخامسة: على أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا.

السادسة: إذا اشترى الثمرة على ألا قيام له بجائحة، خلافاً لما في السليمانية أنه يوفى له بالشرط. هكذا نقل

ابن عبد السلام. ونقل اللخمي عن السليمانية أن البيع فاسد قال: وقال ابن شهاب: البيع جائز

والشرط جائز. انظر: التوضيح شرح جامع الأمهات، لخليل: ٥٥٧/٥.

(٢) المدونة: ٢/ ٢٧٤.

البيع؛ لأنه اشترط عليه مجهولاً لا يعلم قدره ولا مبلغه، وأما إذا طاب الزرع فاشترى الأرض بزرعها فالزكاة على البائع، فإن اشترطها على المشتري فذلك أجوز للبيع؛ إذ قد قيل أنه إذا باع جميع الزرع ولم يشترط جزء الزكاة فسد البيع؛ لأنه باع ما ليس له، وهو مذهب الشافعي. انتهى^(١).

واقترع صاحب النوادر وصاحب الطراز على نقل ما في العتبية، وظاهر كلامهم، وكلام ابن يونس، [٤٦ / أ] وأبي الحسن أن البيع يفسد بذلك كما صرح به ابن رشد بذلك، ولم أر من صرح بصحة البيع وبطلان الشرط إلا المصنف في التوضيح، وأما كلام المتيطة ومختصرها فمشكل؛ لأنه يقتضي أن البائع هو المشتري الزكاة على المشتري، واشترط البائع لذلك على المشتري صحيح على كل حال؛ لأنه إذا كان الزرع قد طاب فالزكاة على البائع، وقد تقدم نص ابن القاسم على أنه يجوز أن يشترطها على المشتري. وقال ابن رشد أن ذلك أجوز للبيع، وصرح بجواز اشتراط ذلك غير واحد، وإن كان الزرع لم يطب فالزكاة على المشتري، ولو لم يشترطها البائع فاشترطها صحيح؛ لأنه من الشروط التي يقتضيها العقد، فتأمل. وقد مشى الشيخ خليل في مختصره^(٢) على ما قاله في توضيحه، وتقدمت النصوص بخلاف ذلك، والله أعلم.

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد: ٥٠٣/٢.

(٢) يشير إلى قول الشيخ خليل في مختصره: (كُمُشْرِطُ زَكَاةً مَا لَمْ يَطْبُ، وَأَنْ لَا عُهْدَةٌ وَلَا مُوَاضَعَةٌ وَلَا جَائِزَةٌ؟ أَوْ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِالْثَمَنِ لِكَذَا فَلَا يَبِيعُ؟ أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ وَلَا مَالِيَّةَ وَصَحَّ؟ تَرَدُّدٌ). مختصر خليل، ص: ١٥٩، ١٦٠.

الفرع الرابع

إذا شرط في عقده البيع في الأمة التى يجب فيها المواضعة أن لا مواضعة فيها ، فمذهب المدونة أن البيع صحيح ويبطل الشرط .

قال في كتاب الاستبراء من المدونة : وأكره ترك المواضعة واثتمان المبتاع على الاستبراء ، فإن فعلاً أجزأهما إن قبضها على الأمانة ، وهى من البائع حتى يدخل في أول دمها ، فإن قبضها على شرط الحيازة وسقوط المواضعة كالوخش ، أو لم يشترط [٤٦/ب] استبراء في المواضعة ، أو جهلاً وجه المواضعة فقبضها كالوخش ، ولم يتبرأ البائع من الحمل لم يفسد البيع وألزمتهما حكم المواضعة^(١) .

قال الشيخ أبو الحسن الصغير : إذا اشترط إسقاط المواضعة ، أو وقع الأمر مبهماً ، ولم يشترط إسقاطها ولا وجوبها عمداً أو جهلاً ، ولم يتبرأ البائع من الجهل فالبيع صحيح على مذهب الكتاب ، ويلزمهما حكم المواضعة . وفي كتاب محمد أن البيع فاسد إذا اشترط ترك المواضعة . الشيخ : فعلى هذا إذا أبهما كان البيع صحيحاً فيتفقان في هذا . انتهى .

وحكى ابن عرفة فيما إذا شرط ترك المواضعة خمسة أقوال :

فذكر القولين السابقين : مذهب المدونة ، وما في كتاب محمد .

والقول الثالث : صحة البيع ولزوم الشرط ، وعزاه لابن عبد الحكم .

والقول الرابع : إن شرط مع ذلك نقد الثمن بطل البيع وإلا فلا ، وعزاه

(١) تهذيب المدونة، للبراذعي: ٤٦٣/٢ .

لابن حبيب.

والخامس : إن تمسك البائع بالشرط بطل البيع ، وإلا فلا ، وعزاه للخمي .
وهذا الخلاف إذا شرط ترك المواضعة ، فأما إن وقع الأمر مبهماً ، ولم يشترط إسقاط المواضعة ولا وجوبها فالبيع صحيح باتفاق ويلزمها حكم المواضعة . انتهى .

تنبيهات

الأول : إذا وقع البيع بشرط ترك المواضعة أو مبهماً فلا يضر فيه اشتراط النقد ، ويقضى بالمواضعة ، وينزع الثمن من البائع على مذهب [٤٧/أ] المدونة ، كما يفهم من كلام ابن عرفة حيث جعل القول بالتفصيل بين اشتراط نقد الثمن وعدم اشتراطه مقابلاً لمذهب المدونة ، وعزاه لابن حبيب ، وهذا بخلاف ما إذا وقع البيع بشرط المواضعة ، فإن اشتراط النقد يفسد حينئذ ، والفرق بينهما أنهما إذا اشترطا المواضعة وشرط البائع النقد فقد دخلا على الغرر؛ لأنه تارة يصير ثمناً ، وتارة سلفاً ، بخلاف ما إذا شرط ترك المواضعة فلم يدخلا على الغرر ثمن .

قال ابن يونس : قال أصبغ : ما يبيع على المواضعة ، أو على معرفة المواضعة والاستبراء فإن شرط النقد فيه يفسد البيع إلا أن يتطوع به بعد العقد فيجوز ، فأما ما يبيع على البت فمن لا يعرف المواضعة مثل بيع أهل مصر ومن لا يعرفها من البلدان يتبايعون على النقد ، ولا يشترطون نقداً ولا مواضعة فهو بيع لازم ولا يفسخ ، ويقضى عليهما بالمواضعة ^(١) .

(١) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: ٦/٥ .

قال مالك في العتبية : ولو انصرف بها المبتاع ، وغاب عليها ردت على المواضعة ولا حجة للمبتاع بغيبته عليها وهو قد أئتمنه عليها. انتهى^(١).

وقال ابن عرفة : وشرط نقد المواضعة في عقد بيعها يفسده وطوعه بعد جائز في بيعها بتاً وبخيار مذكور في كتاب الخيار ، وروى محمد بيع من لا يعرف المواضعة كمصر يبيعون [٤٧/ب] على النقد ولا يشترطون نقداً ولا مواضعة فيصح ويقضى بها ، وينزع الثمن من البائع أن يطلبه المبتاع.

قال ابن عرفة : قلت وأن لم يطلبه لقول محمد لا يوقف بيد البائع ولو طبع عليه ، وفرق بينه وبين رهن ما لا يعرف بعينه مطبوعاً عليه بأنه في المواضعة عين حقه. انتهى.

وقول الشيخ في الرواية : ولا يشترطون نقداً ولا مواضعة. معناه : لا يدخلون على المواضعة ، ويشترطون تعجيل النقد ، وقول ابن عرفة ينزع الثمن وإن لم يطلبه المبتاع ليس بظاهر لجواز التطوع بالنقد في بيع المواضعة.

الثاني : قوله في المدونة : ولم يتبرأ البائع من الحمل يريد وأما إن تبرأ من الحمل فإن كان الحمل ظاهراً فلا مواضعة ، وإما إن خفياً فشرط البراءة منه يفسد البيع في العلية التي تحتاج للمواضعة على المشهور للغرر ، وقيل يصح البيع ويبطل الشرط قاله في كتاب ابن المواز ، وقيل البيع والشرط جائزان حكاه ابن عبد الحكم ، ونقل هذه الأقوال الثلاثة ابن رشد ، وأبو الحسن وغيرهما في كتاب الإستبراء.

الثالث : إذا أسقط المشتري المواضعة بعد العقد صح ذلك ولو كره [٤٨/أ]

(١) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: ٦/٥.

البائع على مذهب المدونة خلافاً لسحنون ، قال في كتاب الاستبراء من المدونة : وللمبتاع قبولها في المواضعة قبل محيضاها على الرضا بالحمل إن كان بها ، ولا يجوز ذلك في أصل التبائع ، وله أن يزوجه مكانه قبل أن يستبرئها كما كان للبائع ، ويحل للزوج وطؤها مكانها ^(١) . انتهى .

وقال في المقدمات : إذا أراد المبتاع بعد أن اشترى على المواضعة وصح عقد البيع ترك المواضعة ، ويرضى بالأمة وإن كانت حاملاً كان له ذلك عند ابن القاسم ، وإن كره البائع . وقال سحنون : لا يجوز ووجه قوله أنه أسقط الضمان عن البائع على أن يتعجل خدمة الجارية ، ويدخله سلف جر نفعاً ؛ لأنه عجل له النقد بما تعجل من خدمة الجارية . انتهى ^(٢) .

وقال ابن عرفة : وفي صحة إسقاطها بعد العقد قولان لها وللشيخ عن ابن عبدوس قائلًا : كأنه أسقط ضمانها عن البائع لما تعجل من خدمتها ، وكذا أن طاعا معاً بذلك ، كأنه عجل له الثمن بما تعجل من نفعها ، فهو سلف ينفع ، وذكره ابن رشد كأنه من عنده ، وقال : فيدخله ابتياع الضمان ^(٣) . انتهى .

الفرع الخامس

إذا كانت العادة جارية بالبيع على العهدة فاشترط البائع في عقده البيع إسقاطها عنه [٤٨ / ب] فقليل يصح البيع ويوفى له بالشرط ، ولا عهدة عليه ، وقيل : يسقط الشرط ولا يوفى به . حكى القولين اللخمي في تبصرة ، واختار الأول ، وخرج ثالثاً بفساد البيع لفساد الشرط . ورده المازري التخريج فإن

(١) تهذيب المدونة، للبراذعي: ٤٦٨/٢.

(٢) المقدمات المهمات، لابن رشد: ٤٢٧/١.

(٣) البيان والتحصيل، لابن رشد: ١١٩/٤.

ذلك في الشرط المتفق على فسادده ، وأما المختلف فيه اختلافاً مشهوراً فلا يوجب فساداً؛ لأن الخلاف المشهور تحسن مراعاته ، وأما إن شذ وضعف فتسقط مراعاته.

وذكر الشيخ خليل في التوضيح في الكلام على العهدة أنه وقع في بعض نسخ ابن الحاجب بعد قوله : (وللمشتري إسقاطها بعد العقد) ^(١) ما نصه : وللبائع قبله كعيب غيره ، وعليها تكلم ابن رشد فقال : يعني وللبائع إسقاط العهدة قبل العقد كما له أن يتبرأ من عيوب سائر الرقيق. انتهى ^(٢). ولم يذكر هنا غير هذا الكلام.

ثم ذكر في شرح قول ابن الحاجب : (والعبد يشمل ثياب مهنته) ^(٣). النظائر التي يصح فيها البيع ولا يوفي بالشرط عن المتيطي وغيره ، وذكر من جملتها هذه المسألة ، ولم يذكر فيها خلافاً أيضاً ، ولا نبه على أن هذا مخالف لما تقدم ^(٤) ،

(١) جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: ٣٦٢.

(٢) البيان والتحصيل، لابن رشد: ٤٩٦/٥، والتوضيح شرح جامع الأمهات: ٤٩٦/٥.

(٣) الذي في جامع الأمهات: (والعبد يشمل ثياب المهنة). جامع الأمهات، لابن الحاجب، ص: ٣٦٦.

(٤) قال الشيخ خليل في التوضيح: ذكر المتيطي وغيره ست مسائل قال مالك فيها بصحة البيع وبطلان الشرط:

الأولى: هذه على ما ذكر ابن مغيث.

الثانية: من اكترى أرضاً بزرع أخضر على أن الزكاة على البائع.

الثالثة: البيع على ألا مواضعة على البائع.

الرابعة: ألا عهدة عليه.

الخامسة: على أن المتبائع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا.

السادسة: إذا اشترى الثمرة على ألا قيام له بجائحة، خلافاً لما في السليمانية أنه يوفي له بالشرط.

هكذا نقل ابن عبد السلام. ونقل اللخمي عن السليمانية أن البيع فاسد قال: وقال ابن شهاب: البيع

=

جائز والشرط جائز.

واقصر على هذا القول في مختصره^(١).

وقد ذكر المتيطي في الكلام على العهدة الخلاف الذي ذكره اللخمي ، واقصر في آخر كلامه على المواضعة لما ذكر النظائر على القول بصحة البيع وسقوط [٤٩/أ] الشرط.

والحاصل أن كلاً من القولين الأولين قوي مرجح ، وأما الثالث فضعيف بل إنما هو تخريج فقط ، والأظهر من القولين الأولين ما اقتصر عليه الشيخ خليل في مختصره؛ لأنه من باب إسقاط الحق قبل وجوبه ، والله أعلم.

ومن باب الهبة

فرع

قال اللخمي : إن قال إن مت أنت رجع العبد إلي ، وإن مت أنا قبل كان لك فإنه يمضي على ما شرط ، وكانت العطية قد تضمنت عمري ووصية ، فإن مات المعطى قبل ردت إلى المعطى لأنها عمري ، وإن مات المعطى قبل كانت في ثلثه.

= خليل : ويزاد على هذا إذا اشترط المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية فإنه يلغى كما تقدم. وذكر ابن لبابة عن مالك في : "إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا" ثلاثة أقوال : أحدها : ما تقدم.

والثاني : صحة البيع والشرط.

والثالث : فسخ البيع.

وفرق في الدميائية بين : إن جئتني ، وبين : إن لم تأتني . وإن قال : "أبيعك على إن جئتني بالثمن فالبيع بيني وبينك" فالثمن حال كونه رآه بيعاً ثانياً ، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد . وإن قال : "إن لم تأتني بالثمن" فكأنه لم ينعقد بينهما بيع ، إلا أن يأتيه فلا يجبر على النقد إلا إلى الأجل . انظر : التوضيح شرح جامع الأمهات ، لخليل : ٥٥٧/٥ ، ٥٥٨ .

(١) يشير إلى قول الشيخ خليل في المختصر (وَالْعَبْدُ يُبَابُ مِهْنَتِهِ وَهَلْ يُؤْفَى بِشَرَطِ عَدَمِهَا وَهُوَ الْأَظْهَرُ؟ أَوْ لَا). مختصر خليل ، ص : ١٥٩ .

قال ابن القاسم في العتبية : وسواء حيزت العطية أو لم تحز؛ لأن الوصايا وسائر ما يخرج من الثلث لا يحتاج إلى حوز. قال أصبغ : وليس له أن يحولها عن حالها. يريد أنه أوجب الوصية كالمدير ، وإن قال أهبك العبد على إن مت أنا قبل رجوع العبد إلي ، وإن مت أنت قبل كان لورثتك كان على ما شرط.

وقال المغيرة في كتاب المدنيين فيمن وهب أمة واشترط لنفسه كل ولد تلده فهو حلال جائز ، وقد يهب الرجل الحائط ويشترط ثمرته ، يريد اشتراط الثمرة السنة والسنتين ، ولا يجوز فيما كثر ، ويجوز في الولد ، وإن طالت [٤٩/ب] السنون؛ لأن المقصود منها المنافع والخدمة ، وهي للموهوب له ، والولد تبع ليس بمقصود ، وقد يكون أو لا يكون ، والله أعلم^(١). انتهى.

مسألة

في الشروط المتعلقة بالقرض ، وهي على ثلاثة أقسام :

قسم يفسد به القرض

وقسم لا يفسد به القرض ويلزم الوفاء به

وقسم اختلف فيه.

فالقسم الأول : كل ما جر نفعاً لغير المقرض ، سواء جره للمقرض أو لغير المقرض والمقرض. قال في سماع ابن القاسم من كتاب السلم والآجال فيمن له على رجل عشرة دنائير حل أجلها فيعسر بها ، فيقول له رجل آخر وأنا أسلفك عشرة دنائير : قال مالك : إن كان الذي يعطي يكون له على الذي عليه الحق فلا خير فيه ، وإن كان قضاء عن الذي عليه الحق وسلفاً له فلا بأس به.

(١) فتاوى البرزلي: ٥ / ٤٦٧.

قال ابن رشد : لأنه لا يحل السلف إلا أن يريد به المسلف منفعة المتسلف لا منفعة نفسه ولا منفعة من سواه. انتهى بالمعنى ^(١).

فكل شرط أدى إلى منفعة غير المتسلف فإنه يفسد به القرض ، كشرط أن يعطيه سالماً بدل عفن أو مسوس ، أو شرط أن يقضيه في بلد آخر إذا كان فيه نفع للمقرض بحمل أو غيره ، فيفسد القرض بذلك ويلزم رده إن كان قائماً ، فإن فات رد [٥٠ / أ] مثل المثلي وقيمة المقوم على المشهور.

والقسم الثاني : ما لا يفسد به القرض ويلزم الوفاء به ، كشرط المقرض الرهن أو الحمل ، وكشرط المستقرض الأجل ، فإن اقترض إلى أجل سماه لزم بلا خلاف في المذهب ، وإن لم يشترط أجلاً رجع إلى التحديد بالعادة ، وليس للمقرض الرجوع قبلها على ظاهر المذهب ، وعليه اقتصر ابن الحاجب والشيخ خليل في مختصره.

ولو كان الدين مؤجلاً وحل أجله ، أو كان حالاً وقال رب الدين للذي عليه أوحرك - من غير تعيين مدة التأخير - لزمه التأخير قدر العادة في ذلك كما تقدم.

والقسم الثالث : المختلف فيه ، وهو ما إذا كان شرط فيه ما يوجب الحكم ، كما إذا شرط رد المثل.

قال في الذخيرة : قال سند : ومنع ابن القاسم أن يقول الرجل للرجل أقرضك هذه الخنطة على أن تعطيني مثلها. وإن كان القرض يقتضي إعطاء المثل لإظهار صورة المكايسة قال أشهب : إن قصد بالمثل عدم الزيادة فغير

(١) البيان والتحصيل، لابن رشد: ١٠٨ / ٧.

مكروه ، وكذلك إن لم يقصد شيئاً ، فإن قصد المكايسة كره ، ولا يفسد العقد لعدم النفع للمقرض ^(١) . ونقله ابن فرحون .

وقال ابن ناجي في شرح [٥٠ / ب] الرسالة إلا أن يقرضه قرضاً سيئاً مثله صفة ومقداراً ^(٢) .

يؤخذ من كلامه جواز اشتراط ما يوجبه الحكم ؛ لأن الصفة والمقدار يوجبهما الحكم ، وإن لم يقع العقد عليهما في الفرض ، واختلف في فساد العقد بهما إن وقع ، وشرط على ثلاثة أقوال ، ثالثها : يمنع في الطعام ، فإن وقع فسخ . انتهى .

ومن ذلك ما إذا التزم المتسلف تصديق المسلف في عدم القضاء دون يمين ، وقد تقدم عليها الكلام في الباب الأول ، والله أعلم بالصواب .

(١) الذخيرة، للقرافي: ٢٩١ / ٥ .

(٢) شرح ابن ناجي على الرسالة: ١٦٤ / ٢ .

المصادر



المصادر

* الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام ،
لأبي الإصبع ، عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني ، بتحقيق يحيى مراد
(ط دار الحديث ، القاهرة ، سنة ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م)

* البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام)) ، لأبي الحسن ، علي بن
عبد السلام بن علي ، التُّسُولي ، بتحقيق : محمد عبد القادر شاهين (ط ١ دار
الكتب العلمية - لبنان / بيروت ، سنة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م)

* البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ،
لأبي الوليد ابن رشد القرطبي ، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة
بالعُتْبِيَّة لمحمد العُتْبِي القرطبي (ط ٢ دار الغرب - بيروت - لبنان ، سنة
١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م).

* التهذب في اختصار المدونة ، لأبي سعيد البراذعي ، تحقيق محمد الأمين
ولد محمد سالم ابن الشيخ (ط ١ منشورات دار البحوث لدراسات الإسلامية
وإحياء التراث - دبي - الإمارات العربية المتحدة ، سنة ١٤٢٠ هـ -
١٩٩٩ م).

* التوضيح شرح جامع الأمهات ، للشيخ خليل بن إسحاق الجندي ،
بتحقيق د. أحمد عبد الكريم نجيب (ط ١ مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة
التراث ، سنة ١٤٣٠ هـ).

* الجامع الصحيح المختصر ، لمحمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ،
بتحقيق : د. مصطفى ديب البغا (ط ٣ ، دار ابن كثير واليامة ، بيروت ،
١٤٠٧ - ١٩٨٧) .

* الجامع الصحيح سنن الترمذي ، لأبي عيسى الترمذي ، بتحقيق : أحمد
محمد شاكر وآخرون (ط دار إحياء التراث العربي ، بيروت) .

* الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، بتحقيق محمد حجي
(ط دار الغرب ، بيروت ، سنة ١٩٩٤ م) .

* الشامل ، لأبي البقاء ، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري المصري
المالكي ، بتحقيق الكتور أحمد عبد الكريم نجيب (ط ١ ، منشورات مركز
نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، القاهرة ، ٢٠٠٩) .

* الشرح الكبير ، لأبي البركات أحمد الدردير ، مطبوع على هامش حاشية
الدسوقي على الشرح الكبير ، لمحمد بن عرفة الدسوقي (ط دار إحياء الكتب
العربية) .

* الطبقات ، لمحمد بن أحمد الحضيكي ، بتحقيق : أحمد بومزگو (ط ١ ،
مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٤٢٧ هـ ، ٢٠٠٦ م) .

* العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام ، لأبي
محمد ، عبد الله بن عبد الله بن سلمون الكناني ، (ط ١ المطبعة الشرفية ، مصر ،
سنة ١٣٠١ هـ)

* الفروق ، لأبي العباس ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي ، الشهير

بالقرافي (ط عالم الكتب).

* المدونة الكبرى ، لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي ،
رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم
العتقي ، بتحقيق : المستشار السيد علي بن السيد عبد الرحمن الهاشم (طبع
على نفقة صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان رئيس دولة الإمارات
العربية المتحدة).

* المستدرك على الصحيحين ، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، بتحقيق :
مصطفى عبد القادر عطا (ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١١ -
١٩٩٠).

* المعجم الكبير ، لأبي القاسم ، سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ،
بتحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي (ط ٢ ، مكتبة العلوم والحكم ، الموصل ،
١٤٠٤ - ١٩٨٣).

* المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام
الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات ، لأبي الوليد
بن محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي ، تحقيق الشيخ زكريا عميرات
(ط ١ دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، سنة ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٢ م).

* المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس ، لأبي الوليد سليمان
بن خلف الباجي الأندلسي ، بتحقيق : محمد عبد القادر احمد عطا (ط ١
منشورات دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، سنة ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)

* المنتقى من السنن المسندة ، لأبي محمد ، عبد الله بن علي بن الجارود

النيسابوري ، بتحقيق : عبد الله عمر البارودي (ط ١ مؤسسة الكتاب الثقافية - بيروت ، سنة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م)

* النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة ، محمد عبد الحق بن هارون الصقلي ، بتحقيق : أحمد بن علي (ط ١ دار ابن حزم - بيروت ومركز التراث الثقافي المغربي ، سنة ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م)

* النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني ، تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو (ط ١ دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان ، سنة ١٩٩٩) .

* تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، لأبي عبد الله ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ، المعروف بالخطاب ، بتحقيق عبد السلام محمد الشريف (ط ١ دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، سنة ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م) .

* تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، لابن حجر العسقلاني ، بتحقيق : السيد عبد الله هاشم اليماني المدني (ط المدينة المنورة ، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م) .

* توشيح الديباج وحلية الابتهاج ، لبدر الدين محمد بن يحيى بن عمر القرافي ، بتحقيق : الدكتور علي عمر (ط ١ مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة ، سنة ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م) .

* خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر ، لمحمد المحبي (ط دار صادر ، بيروت) .

* سنن ابن ماجه ، لمحمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، بتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، (ط دار الفكر ، بيروت).

* سنن أبي داود ، لأبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني ، الأزدي ، بتحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد (ط دار الفكر).

* سنن البيهقي الكبرى ، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، بتحقيق : محمد عبد القادر عطا ، (ط مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م).

* سنن الدارقطني ، لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، بتحقيق : السيد عبد الله هاشم يمانى المدني ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٦ - ١٩٦٦).

* سنن النسائي ، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (ط ٢ مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).

* شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، لمحمد بن محمد مخلوف (ط دار الفكر).

* شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة ، لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي ، تحقيق أحمد فريد المزيدي (ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ٢٠٠٧ م - ١٤٢٨ هـ).

* صحيح مسلم ، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، بتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي (ط دار إحياء التراث العربي ، بيروت).

* عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ، دراسة وتحقيق الدكتور حميد بن محمد لحر (ط ١ دار الغرب الإسلامي ، بيروت - لبنان ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م).

* فتاوى البرزلي المسمى جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام ، لأبي القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي ، بتحقيق الأستاذ الدكتور محمد الحبيب الهيلة (ط دار الغرب الإسلامي ، بيروت - لبنان)

* كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج ، لأحمد بابا التنبكتي ، بتحقيق : الأستاذ محمد مطيع (طبع وزارة الأوقاف والشئون المغربية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٤٢١ هـ).

* لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب ، لأبي عبد الله ، محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي المالكي (ط ١ ، سنة ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)

* مختصر العلامة خليل ، لأبي الضياء ، خليل بن إسحاق الجندي ، بتحقيق : أحمد جاد (ط ١ دار الحديث ، القاهرة ، سنة ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م)

* مختصر خليل ومعه شفاء الغليل ، لابن غازي المكناسي ، بتحقيق الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب (ط ١ ، منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ، القاهرة ، ٢٠٠٨).

* مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجدد) ، تحقيق محمد الحبيب التجكاني

(ط ٢ ، دار الجليل - بيروت - دار الآفاق الجديدة - المغرب ، سنة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).

* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ، المعروف بالخطاب ، بتحقيق : زكريا عميرات (ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م)

* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني ، المعروف بالخطاب ، بتحقيق زكريا عميرات (ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، سنة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م)

* موطأ الإمام مالك لمالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ، بتحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي (ط دار إحياء التراث العربي - مصر).
