

القول في العقود

قال الدارمي في جامع الجوامع ، ومن خطه نقلت : إذا كان المبيع غير الذهب والفضة بواحد منهما . فالنقد ثمن ، وغيره مثنى : ويسمى هذا العقد بيعا .
وإذا كان غير نقد سمي هذا العقد معاوضة ، ومقايضة ، ومناقلة . ومبادلة :
وإن كان نقدا سمي صرفا ، ومصارفة :
وإن كان الثمن مؤخرا ، سمي نسيتة :
وإن كان المثنى مؤخرا سمي سلما ، أو سلفا .
وإن كان المبيع منفعة : سمي إجارة :
أو رقية العبد له ، سمي كتابة :
أو بضعا ، سمي صداقا ، أو خلعا انتهى :
قلت : ويزاد عليه : إن كان كل منهما ديناً ، سمي حوالة :
أو المبيع ديناً ، والثمن عينا ممن هو عليه ، سمي استبدالا :
وإن كان يمثل الثمن الأول بغير البائع الأول سمي تولية :
أو زيادة ، سمي مراجعة ، أو نقص : سمي محاطة ،
أو إدخالا في بعض المبيع ، سمي إشراكا .
أو يمثل الثمن الأول للبائع الأول ، سمي إقالة :

تقسيم ثلث

العقود الواقعة بين اثنين ، على أقسام :

الأول : لازم من الطرفين قطعا . كالبيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك
وصلح المعاوضة ، والحوالة ، والإجارة ، والمساقاة ، والهبة للأجنبي بعد القبض ، والصداق
وعوض الخلع :

الثاني : جائز من الطرفين قطعا ، كالشركة ، والوكالة ، والقراض ، والوصية ، والاربية
والوديعة ، والقرض ، والجمالة قبل الفراغ ، والقضاء ، والوصايا ، ومسائر الولايات ،
غير لإمامة .

الثالث : مافيه خلاف : والأصح أنه لازم منهما : وهو : المسابقة ، والمناضلة ،
بناء على أنها كالإجارة ، ومقابلته يقول : إنها كالجمالة ، والنكاح لازم من المرأة قطعا
ومن الزوج على الأصح : كالبيع ، وقيل : جائز منه لقدرته على الطلاق ،

الرابع : ما هو جائز ، ويشول إلى اللزوم ، وهو الهبة ، والرهن قبل القبض ، والوصية
قبل الموت :

العلماء : ما هو لازم من الموجب ، جائز من القابل : كالرهن ، والكتابة ، والضمان والكفالة ، وعقد الأمان ، والإمامة العظمى :
السادس : عكسه ، كالهبة للأولاد :

تنبيه

صرح العلائي ، في قواعد ، بأن من الجائز من الجانبين ؛ ولاية القضاء ، والتولية على الأوقاف ، وغير ذلك من جهة الحكام :
هذه عبارته :

فأما القضاء : فواضح ، فلكل من المولى والمولى : العزل ؛
وأما الولاية على الأيتام ، فظاهر ، أذكره : أن الحاكم إذا نصب قيباً على يتيم فله عزله وكذا لمن يلي بعده من الحكام : وهو ظاهر ، فإنه نائب الحاكم في أمر خاص ، وللحاكم عزل نائبه ، وإن لم يفسق ؛

وقد كنت أجبته بذلك مرة في أيام شيخنا ، قاضي القضاة ، - شيخ الإسلام شرف الدين المناوي : فاستفتى ، فأفتى بخلافه ؛ وأنه ليس للحاكم عزله ، ولم يتضح لي ذلك إلى الآن ، وكأنه رأى واقعة الحال تقتضي ذلك . فإن الحاكم الذي أراد عزل القيم ، إنما كان غرضه أخذ مال اليتيم منه يستعين به فيما غرمه على الولاية لجهة السلطنة ؛

ولا ينافي هذا ما في الروضة كأصلها ، من أن المذهب الذي قطع به الأصحاب ، أن القوام على الأيتام والأوقاف لا ينزلون بموت القاضي وانعزاله ، لثلاث تعطل أبواب المصالح وهم كالمولى من جهة الواقف ؛ لأن هذا في الانعزال ، بلا عزل ؛
وأما التولية على الأوقاف ، فقد ذكر الأصحاب أن للواقف (على الصحيح) عزل من ولاه النظر ، أو التدريس ، ونصب غيره ؛

قال الرافعي : ويشبه أن تكون المسئلة مفروضة في التولية بعد تمام الوقف ، دون ما إذا أوقف بشرط التولية لفلان ، لأن في فتاوى البغوي أنه لو وقف مدرسة ، ثم قال لعالم فوضت إليك تدريسها ، أو اذهب ودرس فيها ، كان له تبديله بغيره ؛
ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها ، أو قال حال الوقف ، فوضت تدريسها إلى فلان فهو لازم لا يجوز تبديله كما لو وقف على أولاده الفقراء لا يجوز التبديل بالأغنياء ؛

قال الرافعي : وهذا حسن في صيغة الشرط ، وغير متضح في قوله : وقفها ، وفوضت للتدريس إليه ؛

زاد النووي في الروضة : هذا الذي استحسنته الرافعي : هو الأصح أو الصحيح ؛

ويتعين أن يكون صورة المسئلة : كما ذكروا ، ومن أطلقها ، فكلامه محموث على هذا التأويل :

وفي فتاوى ابن الصلاح : ليس للواقف تبديل من شرط له النظر حال إنشاء الوقف إن رأى المصلحة في تبديله :

ولو عزل الناظر المعين حال إنشاء الوقف نفسه ، فليس للواقف نصب غيره ، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حال الوقف لغيره ، بل ينصب الحاكم ناظرا انتهى :

واختار السبكي في هذه الصورة « أعتى إذا عزل الناظر المعين نفسه » أنه لا ينزل ، وضم إلى ذلك المدرس الذى شرط تدريسه في الوقف ، أنه لا ينزل بهزل نفسه . وأفت في ذلك مؤلفا ، فعلى هذا يكون لازما من الجانبين ، فيضم إلى القسم الأول .

وقيل : إن منشأ الخلاف فيه أنه تردد بين أصلين :

أحدهما : الوكالة ، لأنه تفويض ، فينزل ؛

والثانى : ولاية النكاح ، لأنه شرط فى الأصل ، فلا ينزل .

وفى الروضة وأصلها ، عن فتاوى البغوى ، وأقره : أن القيم الذى نصبه الواقف لا يبدل بعد موته ، تزيلا له منزلة الوصى ، فيكون هذا من القسم الرابع :

وكان هذا الفرع مستند ما أفتى به شيخنا فيما تقدم ، لكن الفرق واضح ، لأن الحاكم ليس له عزل الأوصياء بلا سبب ، بخلاف القوام ، لأنهم نوابه :

وفى الروضة قبيل الغنيمة ، عن الماوردى ، وأقره : أنه إذا أرادولى الأمر إسقاط

بعض الأجناد المثبتين فى الديوان بسبب جاز ، أو بغير سبب ، فلا يجوز :

قال المتأخرون : فيقيد بهذا ما أطلقناه فى الوقف : من جواز عزل الناظر والمدرس

فلا يجوز إلا بسبب :

نعم أفتى جمع من المتأخرين : منهم العز الفارونى ، والصدر بن الوكيل ، والبرهان

ابن الفركاح ، والبلقيني : بأنه حيث جعلنا للناظر العزل ، لم يلزمه بيان مستنده ،

واقفهم الشيخ شهاب الدين المقدسى . لكن قيده بما إذا كان الناظر موثوقا

بعلمه ودينه :

ومال فى التوشيح ، لاحاصل لهذا القيد ، فإنه إن لم يكن كذلك لم يكن ناظرا ، وإن

أراد علما ودينا زائدين على ما يحتاج إليه الناظر فلا يصح ،

ثم قال : فى أصل الفتيا نظر ، من جهة أن الناظر ليس كالقاضى العام الولاية ، فلم

لا يطالب بالمستند .

وقد صرح شريح فى أدب القضاء : بأن متولى الوقت إذا ادعى صرفه على المستحقين

وهم معيّنون وأتسكروا ، فالقول قولهم : ولهم المطالبة بالحساب .
وقال الشيخ ولي الدين المراقى فى نكته : الحق تقييد المقدسى وله حاصل ، فليس كل
ناظر يقبل قوله فى عزل المستحقين من وظائفهم ، من غير إيداء مستند فى ذلك إذا نازعه
المستحق ، فإن عدالته ليست قطعية ، فيجوز أن يقع له الخلل ، وعلمه قد يحتمل أيضا
بظن ماليس بقادح قادحا ، بخلاف من تمكن فى العلم والدين وكان فيه قدر زائد على ما يمكن
فى مطلق النظر : من تمييز بين ما يقدح وما لا يقدح ، ومن ورع وتقوى بحولان بينه وبين
متابعة الهوى .

وقد قال البلقينى فى حاشية الروضة ، مع فتوه بما تقدم : إن عزل الناظر للمدرس
وغيره تهورا من غير طريق تسوخ : لا ينفذ . ويكون قادحا فى نظره .
فيحمل كل من جوابه على حالة انتهى :
هذا حكم ولايات الوقف :

وأما أصل الوقف ، فإنه لازم من الواقف ، ومن الموقوف عليه أيضا ، إذا قبل ؛
حيث شرطنا القبول ، فأورد بعد القبول . لم يسقط حقه ، ولم يبطل الوقف .
وفى الأشباه والنظائر لابن السبكي : كثيرا ما يقع أن شخصا يقر بأنه لاحق له فى هذا
الوقف ، أو أن زيدا هو المستحق دونه ، ويخرج شرط الواقف مكذبا للمقر ، مقتضيا
لاستحقاقه ، فيظن بعض الأغبياء أن المقر يؤخذ بإقراره ؛ فالصواب أنه لا يؤخذ ،
سواء علم شرط الواقف ، وكذب فى إقراره ، أم لم يعلم ؛ فإن ثبوت هذا الحق له
لا ينتقل بكذبه .

ضابط

ليس لنا فى العقود اللازمة ما يحتاج إلى استقرار للمعقود عليه إلا البيع ، والسلم ،
والإجارة والمسابقة ، والصداق ، وعوض الخلع ؛

تقسيم ثالث

من العقود ما لا يفترق إلى الإيجاب ، والقبول لفظا ؛

ومنها : ما يفترق إلى الإيجاب والقبول لفظا ؛

ومنها : ما يفترق إلى الإيجاب لفظا ، ولا يفترق إلى القبول لفظا . بل يكنى الفعل ؛

ومنها : ما لا يفترق إليه أصلا ؛ بل شرطه : عدم الرد ؛

ومنها : ما لا يرتد بالرد ؛

فهذه خمسة أقسام ؛

فالأول منه : الهدية ، فالصحيح أنه لا يشترط فيها الإيجاب والقبول لفظا ، بل يكنى

البعث من المهدي ، والقبض من المهدي إليه ، وفي وجه : يشترطان ، وفي ثالث : لا يشترط في المأكولات ، ويشترط في غيرها ، وفي رابع : لا يشترط في الانتفاع ، ويشترطان في التصرف :

ومنه : الصدقة : قال الرافعي : وهي كالهدي ، بلا فرق :
ومنه : ما يخلعه السلطان على العادة :

ومنه : ما قلنا بصحة المعاوضة فيه : من البيع ، والهبة ، والاجارة ، والرهن ، ونحوها على ما اختاره في الروضة ، وشرح المهذب : من الرجوع فيه إلى العرف :

وقيل : يختص بالمحقرات ، كرتل خبز ، ونحوه ، وقيل : بما دون نصاب السرقة :
والثاني : البيع ، والصرف ، والسلم ، والتولية ، والتشريك ، وصلاح المعاوضة ،
والصلح عن الدم ، على غير جنس الدية ، والرهن ، والاقالة ، والحوالة ، والشركة ،
والاجارة ، والمساقاة والهبة ، والنكاح ، والصداق ، وعوض الخلع ، إن بدأ الزوج ، أو
الزوجة بصفة معاوضة ، والخطبة : فلو لم يصرح بالاجابة لم تحرم الخطبة عليه ، والكتابة
وعقد الإمامة ، والوصاية : وعقد الجزية ، وكذا القرض في الأصح ، والوصية لمعين ، وكذا
الوقف على معين ، في الأصح : كما ذكره الشيخان في بابه :
واختار في الروضة في السرقة : عدم اشتراطه ، وصححه ابن الصلاح ، والسبكي ،
والأسنوي :

وقال في المهمات : المختار في الروضة ، ليس في مقابلة الأكرين ، بل بمعنى الصحيح
والراجح .

وأما ولاية القضاء : فنقل الرافعي عن الماوردي أنه يشترط فيها القبول ، وقال :
يذبح أن تكون كالوكالة .

والثالث : الوكالة ، والقراض ، والوديعة ، والعارية : والجمالة ، ولو عين العامل
والخلع إن بدأ بصيغة تعليق ، كمتى أعطيتني ألفا فأنت طالق : والأمان ، فانه يشترط
قبوله ، في الأصح ، ويكفي فيه إشارة مفهومة :

والرابع : الوقف ، على ما اختاره النووي :

والخامس : الضمان ، وكذا الوقف في وجه ، والابراء ، والصلح عن دم العمدة على
الدية ، وإجازة الحديث . صرح البلقيني : بأنه لا يشترط فيها القبول ، والظاهر أيضا :
أنها لا ترد بالرد :

ضابط

اتحاد الموجب ، واثقابل ممنوع ، إلا في صور:

الأولى : الأب والجد في بيع مال الطفل لنفسه ، وبيع ماله للطفل ، وكذا في الهبة ، والرهن :

الثانية : في تزويج الجد بنت ابنه بابن ابنه الآخر ، على الأصح :

الثالثة : إذا زوج عبده الصغير بأخته ، على قول الاجبار :

الرابعة : الامام الأعظم ، إذا تزوج من لاولى لها ، على وجه ، يجري في القاضى ، وابن العم والمعتق :

الخامسة : إذا وكله ، وأذن له في البيع من نفسه ، وقدر الثمن ، ونهاه عن الزيادة ، ففى المطالب : يلبغى أن يجوز ، لانقضاء التهمة :

فائدة

الإيجاب والقبول ، هل هما أصلان في العقد ، أو الإيجاب أصل ، والقبول فرع ؟ . قال ابن السبكي : رأيت في كلام ابن عدلان حكاية خلاف في ذلك ، وبنى عليه بعضهم : ما إذا قال المشتري : يعنى . فقال البائع : بعثك . هل ينقذ إن قلنا بالأول صحح وإلا فلا ، لأن الفرع لا يتقدم على أصله :

ضابط

ليس لنا عقد يختص بصيغة ، إلا النكاح ، والسلام :

ضابط

كل إيجاب افتقر إلى القبول ، فقبوله بعد موت الموجب لا يفيد ، إلا في الوصية ، وكل من ثبت له قبول . فات يموته ، إلا الموصى له ، فإنه إذا مات قام وارثه فيه مقامه :

تقسيم رابع

من العقود مالا يشترط فيها القبض ، لافى صحته ، ولا فى لزومه ، ولا استقراره :

ومنها : ما يشترط فى صحته :

ومنها : ما يشترط فى لزومه .

ومنها : ما يشترط فى استقراره :

فالأول : النكاح ، لا يشترط قبض المنكوحه :

والخوالة : فلو أفلس المحال عليه ، أو جحد ، فلا رجوع للمحتال ، والوكالة ،

والوصية :

والجمالة ، وكذا الوثاق على المشهور ، وقيل : يشترط في المعين ؛
والثاني : الصرف ، وبيع الربوي ، ورأس مال السلم ، وأجرة إجارة الذمة .
والثالث : الرهن ، والهبة ؛
والرابع : البيع ، والسلم ، والاجارة ، والصدائق ، والقرض ، يشترط القبض فيه
للملك لكنه لا يفيد لزوم : لأن المقرض الرجوع ، مادام باقيا بحاله .

ضابط

اتخاذ القابض ، والمقبض ممنوع ، لأنه إذا كان قابضا . لنفسه احتاط لها ، وإذا كان
مقبضا ، وجب عايه وفاء الحق من غير زيادة : فلما تخالف الغرضان والطباع لا تنضبط
امتنع الجمع ، ولهذا لو وكل الراهن المرتهن في بيع الرهن لأجل وفاء دينه . لم يجوز ، لأجل
التهمة ، واستعجال البيع ؛
ولو قال المستحق الخنطة من دينه : أقبض من زيد مالي عليك لنفسك : ففعل ، لم
يصح .

ويستثنى صور :

الأولى : الوالد يتولى طرفي القبض في البيع ، لأن القبض لا يزيد على العقد ، وهو
يملك الأفراد به ؛

الثانية : وفي النكاح إذا أصدق في ذمته ، أو في مال ولد ولده بلبت ابنته ؛

الثالثة : إذا خالعهما على طعام في ذمتها ، بصيغة السلم ، وأذن لها في صرفه لولده منها

لصرفته له ، بلا قبض ، برئت .

الرابعة : مسألة الظفر : إذا ظفر بغير جلس حقه ، أو يجنسه ، وتعدر استيفائه من

المستحق عليه طوعا ، فأخذه يكون قبضا منه لحق نفسه ، فهو قابض مقبض ؛

الخامسة : لو أجر دارا ، وأذن له في صرف الأجرة في العمارة ، جاز ؛

السادسة : لو وكل الموهوب له الغاصب ، أو المستعير ، أو المستأجر : في قبض ماني

يده من نفسه وقيل صح ، ويرى الغاصب ، والمستعير إذا مضت مدة يتأتى فيها

القبض ، كما نقله الرافعي في باب الهبة عن الشيخ أبي حامد ، وغيره ؛

ثم قال : وهذا يخالف الأصل المشهور : أن الواحد لا يكون قابضا ومقبضا ؛

السابعة : نقل الجورى ، عن الشافعي : أن الساعي يأخذ من نفسه لنفسه ؛

الثامنة : أكل الوصي الفقير مال اليتيم .

قال الشيخ عز الدين : إن جعانه قرضا ، اتحد المقرض ، والمقرض ، وإن لم نجعله

قرضا ، فقد قبض من نفسه لنفسه ؛

التاسعة : لو امتنع المشتري من قبض المبيع ، نأب القاضي عنه ؛ فإن فقد ، ففى

وجه : أن البائع يقبض من نفسه للمشتري ، فيكون قابضاً مقبضاً ، والمشهور بخلافه ، وأنه من ضمان البائع ، كما كان :

قال الامام : واو صح ذلك الوجه لسكان من عليه دين حال ، وأحضره إلى مستحقته وامتنع من قبضه ، يقبض من نفسه ، ويصير في يده أمانة ، وتبرأ ذمته : ولم يقل بذلك أحد :

العاشرة : لو أعطاه ثوبا ، وقال : بيع هذا واستوف حقلك من ثمنه ، فهو في يده أمانة : لا يضمته لو تلف وهل يصح أن يقبض من نفسه فيه وجهان .

قلت : وسئلت عن رجل أذن لزوجته : أن تقترض عليه كل يوم مائة درهم ، تنفقها على نفسها . فهل يصح ذلك فأجبت : نعم :

وبلغني أن بعض من لاعلم عنده ولا تحقيق أنكره ، لأنه يلزم منه : اتحاد القابض والمقبض :

تذنيب

يقرب من قاعدة اتحاد القابض والمقبض : ما لو قطع من عليه السرقة نفسه أو جلد الزاني نفسه بإذن الإمام ؛ أو قطع من عليه القصاص نفسه بإذن المستحق ، أو وكله في قتل نفسه ، أو جلده في القذف :

والأصح : المنع في صورتى القصاص ، وجاد القذف ، والزنا ، والاجزاء في صورة السرقة لحصول الغرض ، وهو التثكيل بذلك ، بخلاف الجلد . لأنه قد لا يؤلم نفسه ، ويوهم الإيلاء : فلا يتحقق حصول المقصود .

وبخلاف صورتى القصاص ، قياساً على مسألة الجراد ، وعلى مسألة قبض المشتري المبيع من نفسه بإذن البائع ، فإنه لا يعتد به :

تقسيم خامس

قال الباقرى : كل عقد كانت المدركتنا فيه لا يكون إلا وثيقاً : كالأجارة ، والمساقاة والمدينة :

وكل عقد لا يكون كذلك ؛ لا يكون إلا مطلقاً : وقديعرض له التأقيت . حيث لا ينافيه كالقراض يذكر فيه مدة ويمنع من الشراء بعدها فقط : وكالأذن المقيد بالزمان ، في أبوابه وكالوصاية :

وما لا يقبل التأقيت : الجزية في الأصح .

وما يقبله : لإيلاء ، والظهار ، والنذر ، واليمين ، ونحوها : انتهى :

والحاصل : أن ما لا يقبل التأقيت بحال ، متى أقت بصل البيع بأنواعه ، والنكاح

والوقف قطعاً ، والجزية :

ويقبله ، وهو شرط في صحته : الاجارة ، وكذا المساقاة ، والهدنة على الأصح .
ويقبله ، وليس شرطاً في صحته : الوكالة ، والوصاية :

تقسيم سادس

قال الامام : الوثائق المتعلقة بالأعيان ثلاثة : الرهن ، والكفيل ، والشهادة :
فمن العقود : ما يدخله الثلاثة ، كالبيع ، والسلم ، والقرض :
ومنها : ما يدخله الشهادة دونهما ، وهو المساقاة ، جزم به الماوردي ، ونجوم
الكتابة ؛
ومنها : ما تدخله الشهادة ، والكفالة ، دون الرهن ، وهو الجمالة .
ومنها : ما يدخله الكفالة ، دونهما ، وهو ضمان الدرك :

ضابط

ليس لنا عقد يجب فيه الاشهاد من غير تقييد الموكل ، إلا النكاح قطعاً ، والرجعة
على قول ، وعقد الخلافة ، على وجه .
ومما قيل بوجود الاشهاد فيه ، من غير العقود : اللقطة على وجه ، واللقيط على
الأصح لحرف إرقاقه .

قواعد

الأولى : قال الأصحاب : كل عقد اقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده ،
وما لا يقتضى صحيحه الضمان ، فكذلك فاسده .
أما الأول : فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان ، فالفاسد أولى ؛
وأما الثاني : فلأن إثبات اليد عليه باذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضماناً ،
واستثنى من الأول مسائل :
الأولى : إذا قال : قارضتك على أن الربح كله لي ، فالصحيح : أنه قراض فاسد:
ومع ذلك لا يستحق العامل أجره على الصحيح .
الثانية : إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له ، فهي كالعراض ؛
الثالثة : ساقاه على ودي ليغرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليغرسه ويهبه مدة
والثمرة بينهما . فسد ، ولا أجر :
وكذا إذا ساقاه على ودي مغروس وقدر مدة ، لا يثمر فيها في العادة ؛
الرابعة : إذا فسد عقد الذمة من غير الامام ، لم يصح على الصحيح . ولا جزية فيه
على الذمي ، على الأصح .

الخامسة : إذا استأجر المسلم للجهاد ، لم يصح ، ولا شيء .
السادسة : إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه ، وقتلنا : لا يجوز ، فلا يستحق أجره
المثل ، في لأصح :

السابعة : قال الإمام لمسلم : إن دلتني على القلعة الفلانية ، فلك منها جارية ، ولم
يعين الجارية ، فالصحيح : نصحة ، كما لو جرى من كافر : فان قلنا : لا يصح ،
لم يستحق أجره :

الثامنة : المسابقة إذا صحت ، فاعمل فيها مضمون ، وإذا فسدت لا يضمن في وجهه ؛
التاسعة : النكاح الصحيح يوجب المهر ، بخلاف الفاسد ؛
ويستثنى من الثاني مسائل :

الأولى : الشركة ، فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه
مضمونا عليه :

وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل ؛

الثانية : إذا صدر الرهن ، والإجارة من الغاصب ، فتلفت العين في يد المرتهن ،
أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح ، وإن كان القرار على الغاصب ، مع أنه
لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة ؛

الثالثة : لا ضمان في صحيح الهبة ، وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجهه : أنه يضمن ،
كالبيع الفاسد .

الرابعة : ما صدر من السفه والصبى مما لا يقتضى صحيحه الضمان ، فانه يكون
مضمونا على قابضه منه ، مع فساده .

تنبيه

المراد من القاعدة الأولى : استواء الصحيح والفاسد في أصل الضمان ، لافي الضامن
ولافي المقدار ، فانهما لا يستويان :

أما الضامن : فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبى إجارة فاسدة : تكون الأجرة
على الولي ، لافي مال الصبي ، كما صرح به البغوى في فتاويه ، بخلاف الصحيحة ؛
وأما المقدار : فلأن صحيح البيع : مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة ، أو المثل ؛
وصحيح القرض : مضمون بالمثل مطلقا ، وفاسده بالمثل ، أو القيمة ؛ وصحيح المساقاة
والقراض ، والإجارة ، والمسابقة ، والجمالة : مضمون بالمسمى ، وفاسدها بأجرة المثل .
والوطء في النكاح الصحيح : مضمون بالمسمى ، وفي الفاسد : بمهر المثل ؛

ضابط

كل عقد يسمى فاسد ، يسقط المسمى ، إلا في مسألة ؛
وهي : ما إذا عقد الإمام مع أهل الذمة السكنى بالحجاز على مال فهي اجارة فاسدة
فلو سكنوا أو مضيت المدة ؛ وجب المسمى ، لتعذر إيجاب عوض المثل ، فان منفعة دار الإسلام
حسنة لا يمكن أن تقابل بأجرة مثلها ؛

تذنيب

لا يلحق فاسد العبادات بصحتها ، ولا يمضي فيه ، إلا الحج والعمرة ؛

القاعدة الثانية

كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده ، فهو باطل
فلذلك لم يصح بيع الحر ، وأم الولد ، ولا نكاح المحرم ، ولا المحرم ، ولا الإجارة
على محل محرم ، وأشبه ذلك ؛
وختلفت في شرط نفي خيار المجلس في البيع ؛ فن أبطل العقد ، أو الشرط نظر إلى أن
مقصود العقد : إثبات الخيار فيه للتروى : فاشتراط نفيه يخل بمقصود ؛
ومن صححه نظرا إلى أن لزوم العقد : هو المقصود ، والخيار دخيل فيه ؛

الثالثة

في وقف العقود

قال الرافعي : أصل وقف العقود ثلاث مسائل :
إحداها : بيع الفضولي ، وفيه قولان أصحهما وهو المنصوص في الجديد :
أنه باطل ؛
والثاني : أنه موقوف ، إن أجازته المالك ، أو المشتري له ، نفذ ، وإلا بطل ؛
ويجريان في سائر التصرفات . كتزويج موليته ، وطلاق زوجته ، وعتق عبده ،
وهبته ، وإجارة داره ، وغير ذلك ؛
الثانية : إذا غصب أموالا ، ثم ياعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى ، وفيه
قولان ؛ أصحهما : بطلان الكل ؛
والثالثي . أن للمالك أن يجيزها ، ويأخذ الحاصل منها ؛
الثالثة : إذا باع مال أبيه ، على طن أنه حي ، وأن البائع فضولي ؛ فكان ميتا حالة
العقد ؛ وفيه قولان : أصحهما : صحة البيع لمصادفته ملكه ؛
والثاني : المنع ، لأنه لم يقصد قطع الملك ؛

وقد تحرر من إضاقهم قول الوقت إلى هذه المسائل الثلاث : أن الوقت نوعان :
وقف تبين ، ووقف انعقاد :
ففي الثالثة : العقد في نفسه صحيح ، أو باطل . ونحن لا نعلم ذلك ، ثم تبين في
ثاني الحال :

وفي الأولين : الصحة أو نفوذ الملك ، موقوف على الإجازة ، على القول بذلك ،
فتكون الإجازة مع الإيجاب ، والقبول : ثلاثها : أركان العقد : وهو في مسألة الغصب
أقوى منه في بيع الفضولي ، لما فيها من عسر تتبع العقود الكثيرة بالتقص :
ثم هنا مراتب آخر : قيل بالوقف فيها أيضا :
منها : تصرف الراهن في المرهون بما يزيل الملك : كبيع ، وهبة : أو بما يقلل الرغبة
كالتزويج بغير إذن المرتهن : والمشهور : بطلان ذلك :
وعلى وقت العقود تكون موقوفة ، إن أجاز المرتهن ، أو فك الرهن : تبين نفوذها
والإفلا ، وهي به أولى من بيع الفضولي ، لوجود الملك المقتضى لصحة التصرف في الجملة :
ومنها : تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور عليه فيه بغير إذن الغراء :
والأصح البطلان :

والثاني : أنه موقوف ، فإن فضل ذلك عن الدين ، بارتفاع سعر أو إبراء ، بان نفوذه
من حين التصرف ، وإلا بان بطلانه ، هكذا عبر كثيرون :
وظاهره : أن الوقت وقف تبين ، ومال الراعي إلى أنه وقف انعقاد :
ومنها : تصرف المريض بالمحاباة فيما زاد على الثلث : وفيه قولان : أحدهما : بطلانه
والأصح : وقفه ، فإن أجازها الوارث صحت ، وإلا بطلت :
وهذه أولى بالصحة من تصرفات المفلس ، لأن ضيق الثلث أمر مستهمل : والمانع
من تصرف المفلس والراهن قائم حالة التصرف :

القاعدة الرابعة

الباطل ، والفاقد عندنا مترادفان

إلا في الكتابة : والخلع : والعارية : والوكالة : والشركة : والقراض :
وفي العبادات : في الخلع ، فإنه يبطل بالردة ، ويفسد بالجماع ولا يبطل :
قال الإمام في الخلع : كل ما أوجب البيئونة وأثبت المسمى ، فهو الخلع الصحيح :
أو كل ما أسقط الطلاق بالكلية ، أو أسقط البيئونة ، فهو الخلع الباطل ، وكل ما أوجب
البيئونة من حيث كونه خلعا ، وأفسد المسمى ، فهو الخلع الفاسد :
وفي الكتابة الصحيحة : ما أوقعت العتق ، وأوجهت المسمى : بأن انتظمت
بأركانها وشروطها :

والباطلة : ما لا توجب عتقا بالكلية ، بأن اختلف بعض أركانها ؛
والفاسدة : ما أوقعت العتق ، وتوجب عوضا في الجملة ، بأن وجدت أركانها محم
نصح عبارته ووقع الخلل في العوض ، أو اقترن بها شرط مفسد ؛

تذنيب

نظير هذه القاعدة : الواجب ، والغرض عندنا مترادفان . إلا في الحج ؛
فإن الواجب يجبر بدم : ولا يتوقف التحلل عليه ، والغرض بخلافه :

ضابط

قال الروياني ، في الفروق : والتصرفات بالشراء الفاسد كلها كتصرفات الغاصب ؛
إلا في وجوب الحد عليه وانعقاد الولد حرا ، وكونها أم ولد ، على قول ؛

القاعدة الخامسة

تعاطى العقود الفاسدة حرام

كما يؤخذ من كلام الأصحاب في عدة مواضع .

قال الأستوى : وخرج عن ذلك صورة :

وهي : المضطر إذا لم يجد الطعام ، إلا بزيادة على ثمن المثل ؛ فقد قال الأصحاب :
ينبغي أن يمتثل في أخذ الطعام من صاحبه ببيع فاسد ، ليكون الواجب عليه القيمة ؛
كذا نقله الرافعي ؛

القول في الفسوخ

قال ابن السبكي : الفسخ : حل ارتباط العقد ؛

فسوخ البيع

قال في الروضة : قال أصحابنا : إذا انعقد البيع ، لم يتطرق إليه فسخ ؛ إلا بأحد
سبعة أسباب ؛

خيار المجلس : والشرط ، والعيب ، وحلفت المشروط ، والإقالة ، والتخالف

وهلاك المبيع قبل القبض ؛

وزيد غايه أمور ؛

خيار تلقى الركبان ؛ والفريق الصفيقة ، دواما وابتداء ؛ وفلس المشتري ؛ وما رآه قبل

العقد إذا تغير عن وصفه ، وما لم يره ، على قول ؛ والتغريب الفعلي . من التصرية ونحوها

وجهل الذكاة تحت الصبرة ؛ وجهل الغصب ، مع القدرة على الاتزاع ؛ وطريان العجز

مع العلم به ؛ وجهل كون المبيع مستأجرا ؛ والامتناع من المشروط غير المعتقد ؛ ومن العتق

على رأى : وتعدر قبض المبيع لغصب ونحوه وتعدر قبض الثمن ، اغيبة مال المشتري إلى مسافة انقصر- وظهور الزيادة في الثمن في المراجعة ، وظهور الأخجار المدفونة في الأرض المبيعة إذا ضر القلع والترك ، أو القلع فقط ، ولم يترك البائع الأحجار : واختلاط الثمرة والمبيع قبل القبض بغيره ، إن لم يسمح البائع ، وتعييب الثمرة ، بترك البائع السقي : والتنزع في السقي إذا ضر الثمرة ، وضر تركه الشجرة ، وتعدر الفداء ، بعد بيع الجاني والخيار في الأخير لأجنبي : لا للبائع ، ولا للمشتري :

فهذه نحو ثلاثين سببا وكلها يباشرها العاقد دون الحاكم إلا فسخ التخالفت : ففي وجه : إنما يباشره الحاكم ، والأصح لا يتعين ، بل هو أو أحدهما : وكلها تحتاج إلى فسخ ، ولا يتفسخ شيء منها بنفسه إلا التخالف في وجه واختلاط المبيع قبل القبض على قول : وكلها تحتاج إلى لفظ ، إلا الفسخ في خيار المجلس والشرط ، فيحصل بوطء البائع وإعتاقه :

وكذا يبيعه وإجارته وتزويجه ورهنه وهبته في الأصح ، وإلا الفسخ بالفلس فيحصل بهذه الأمور في رأى :

السلم

يتطرق إليه : الفسخ بالاقالة وانقطاع السلم فيه عند الحلول ووجود المسلم إليه في مكان غير محل التسليم وانقله ، مؤنة :

القرض

يتطرق إليه الفسخ بالرجوع قبل التصرف فيه :

الرهن

يتطرق إليه الفسخ بالاقالة وهو معنى قولهم : وينفك بفسخ المرتهن وبتلف المرهون ، وبتعلق حق الجناية برقبته ، وباختلاط الثمرة المرهونة :

الحوالة

يتطرق إليها الفسخ فيما لو أحال بئمن مبيع ثبت بطلانه بينة أو بإقرارها ، والاحتال :

الضمان

يتطرق إليه الفسخ بإبراء الأصيل الضامن :

الشركة ، والوكالة ، والمارية ، والوديعة ، والقراض
كلها تنفسخ بالغزل من المتعاقدين أو أحدهما ، ويمجنون كل منهما وإغنامه ، وتزيد
الوكالة ببطلانها بالإنكار ، حيث لاغرض فيه :

الهبة

يتطرق إليها الفسخ بالرجوع في هبة الأصل للفرع ؛ ولا يحصل بالإقالة :

الإجارة

يتطرق إليها الفسخ بالإقالة وتلف المستأجر المعين : كموت الدابة ، وانهدام الدار ،
وغصبه في أثناء المدة ، واستمر حتى انقضت ، وقيل : بل يثبت الخيار كما لو لم يستمر
وموت مؤجر دار أوصى له بها مدة عمره ، أو هي وقف عليه فانتقلت إلى البطن الثاني ،
ومضت المدة قبل التسليم ، وشفاء سن وجعة استؤجر لقلعها ويد متأكلة استؤجر لقطعها
والعفوعن قصاص استؤجر لاستيفائه ، فيما أطلقه الجمهور .

ويثبت فيها خيار الفسخ بظهور عيب تفاوت به الأجرة ، قديم أو حادث ؛
ومنه : انقطاع ماء أرض استؤجرت للزرع والغصب ، والإباق حيث لم يستمر ،
وموت المؤجر في الذمة ، حيث لاوفاء في التركة ولا في الوارث ، وهرب الجمل بجماله ،
حيث يتعذر الاكتراء عليه :

تنبيه

أجر الولي الطفل مدة لا يبلغ فيها بالسن ، فبلغ باحتلام لم تنفسخ الإجارة على الأصح
وعلى هذا لا خيار له على الأصح ، كالصغيرة إذا زوجت فبلغت .
ويجوز ذلك فيما لو أجر المجنون فأفاق ، أو العبد ثم أعتقه ، أو استأجر المسلم دار من
حربي في دار الحرب ، ثم غنمها المسلمون أو استأجر حرياً فاسترق .

النكاح

فرقة أنواع

فرقة طلاق وخلع وإيلاء ، وإعسار بمهر وإعسار بنفقة ، وفرقة الحكمين وفرقة عنة
وفرقة غرور ، وفرقة عيب وفرقة عتق تحت رقيق وفرقة رضاع ، وفرقة طرود محرمة ،
وفرقة سبي أحد الزوجين وفرقة إسلام وفرقة ردة ، وفرقة لعان وفرقة ملك أحد الزوجين
الآخر ، وفرقة جهل سبق أحد العقدين وفرقة تبين فسق الشاهدين ، وفرقة موت ؛
وكلها فسوخ إلا الطلاق :

وفرقة الحكيمين والخلع على الجديد ، وفرقة الإيلاء على الأصح ، وفي الاعسار وجه أنه طلاق :

وكلها لا يحتاج إلى حضور حاكم حال الفرقة إلا اللعان ، فإنه لا يكون إلا بحضوره ، ولا يقوم المحكم فيه مقام الحاكم ، على الصحيح :

وأما مالا يحتاج إليه أصلا ، فالطلاق والخلع والعتق : وما لا يحتاج إلى إنشاء وهو : الاسلام والردة وطروء المحرمة ، والسبي والرضاع : وكلها يقوم الحاكم فيها مقامه ، إذا امتنع إلا لاختيار ، وكذا الإيلاء في قول :

ضابط

ليس لنا موضع تملك فيه المرأة فسخ النكاح ، ولا تملك إجازته إلا فيما إذا عتقت تحت رقيق ، فطلقها رجعيًا ، أو ارتد ، فلها الفسخ والتأخير إلى الرجعة والإسلام ، وليس لها الإجازة قبل ذلك :

تذنيب

قال النووي في تهذيبه : العيوب ستة : عيب المبيع ، ورقبة الكفارة والغرة والأضحية والمهدى والعقيقة والإجارة والنكاح .

وحدها مختلفة :

ففي المبيع : ما ينقص المالية ، أو الرغبة ، أو العين ، إذا كان الغالب في جنس المبيع عدمه :

وفي الكفارة : ما يضر بالعمل لإضرارنا :

وفي الأضحية والمهدى والعقيقة : ما ينقص اللحم :

وفي الإجارة : ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به تفاوت في قيمة الرقبة ؛ لأن العقد على المنفعة :

وفي النكاح : ما ينفر عن الوطء ويكسر ثورة التوقان :

وفي الغرة : كالمبيخ ، انتهى :

وبقي عيب الدية وهي : كالمبيع ، وعيب الزكاة ، كذلك على الأصح ، وقيل : كالأضحية :

وعيب الصداق إذا تشطر : وهو : ما فات به غرض صحيح ، سواء كان في أمثاله هلته أم لا .

وعيب المرهون ، وهو : ما نقص القيمة فقطع :

خاتمة

الخيار في هذه الفسوخ وغيرها ، على أربعة أقسام :
أحدها : ما هو على الفور بلا خلاف ، كخيار العيب إلا في صورتين :
إحدهما : إذا استأجر أرضا لزراعة ، فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعب ؛
قال الماوردي : على التراخي ، وجزم به الرافعي ؛
والأخرى : كل مقبوض عما في الدمة من سلم ، أو كتابة اذا وجده معيبا فله الرد ،
وهو على التراخي إن قلنا يملكه بالرضى ، وكذا إن قلنا بالقبض على الأوجه . قاله الإمام ؛
الثاني : ما هو على التراخي بلا خلاف ، كخيار الوالد في الرجوع ؛
ومن أبهم الطلاق أو العتق أو أسلم على أكثر من أربع ، أو امرأة المولى وامرأة المعسر
بالتفقة ، وأحد الزوجين إذا تشرط لصداق وهو زائد أو ناقص ، والمشتري إذا أبق العهد
قبل قبضه ، وولى الدم بين العفو والقصاص ؛
الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه على الفور ، كخيار تلقى الركبان ، والبائع في
الرجوع فيما باعه للمفلس ، والأخذ بالشفعة والفسخ بهيب النكاح ، والخلف فيه وخيار
العتق ، والمغرور والإعسار بالمهر .
الرابع : ما فيه خلاف ، والأصح أنه على التراخي ، كخيار المسلم إذا انقطع المسلم
فيه عند محله ، وخيار الرؤية إذا جوزنا بيع الغائب ؛

الصداق

يتطرق إليه الفسخ بتلفه قبل القبض ، وتعيينه وبالإقالة .

الكتابة

يتطرق الفسخ إلى الصحيحة بعجز المكاتب عن الأداء أو غيبته عند الحلول ، ولو كان
ماله حاضرا وامتناعه من الأداء مع القدرة ، ويجنون العبد حيث لا مال له ، فللسيد الفسخ
في الصور الأربع ؛
وللعبد أيضا : في غير الأنجيرة ، وبموت المكاتب قبل تمام الأداء ، فتنسخ من غير
فسخ :

وإلى الفاسدة يجنون السيد وإغماؤه والحجر عليه ؛

ضابط

ليس لنا عقد يرتفع بالإنكار ، إلا الوكالة مع العلم حيث لا غرض ولا إنكار الوصية
على ما رجحه في الشرح والروضة في بابها .

الفسخ

هل يرفع العقد من أصله ، أو من حينه ؟

فيه فروع

الأول : فسخ البيع بخيار المجلس أو الشرط فيه وجهان أصحهما في شرح المهلب

من حينه .

الثاني : الفسخ بخيار العيب ، والتصرية ونحوها والأصح ، أنه من حينه وقيل :

من أصله ، وقيل إن كان قبل القبض ، فمن أصله وإلا من حينه ،

الثالث : تلف المبيع قبل القبض ، والأصح الانفساح من حين التلف :

الرابع : الفسخ بالتخالف ، والأصح من حينه .

الخامس : إذا كان رأس مال السلم في الدمة ، وعين في المجلس ثم انفسخ السلم يسبب

يقتضيه ورأس المال باق ، فهل يرجع الى عينه أو بدله ، وجهان : الأصح ، الأول .

قال الغزالي : والخلاف يلتفت إلى أن المسلم فيه إذا رد بالعيب : هل يكون نقضا

للملك في الحال أو هو مبين لعدم جريان الملك ؟

ومقتضى هذا التفريع : أن الأصح هنا ، أنه رفع للعقد من أصله :

ويجوز ذلك أيضا في نجوم الكتابة ، وبدل الخلع إذا وجد به عيبا فرده ،

لكن في الكتابة : يرتد العتق لعدم القبض المعلق عليه :

وفي الخلع : لا يرتد الطلاق ، بل يرجع إلى بدل البضع .

السادس : الفسخ بالفلس ، من حينه قطعاً :

السابع : الرجوع في الهبة ، من حينه قطعاً ،

الثامن : فسخ النكاح بأحد العيوب ، والأصح أنه من حينه .

التاسع : الإقالة على القول بأنها فسخ ، الأصح أنها من حينه .

العاشر : إذا قلنا ، يصح قبول العبد الهبة بدون إذن السيد ، وللسيد الرد .

فهل يكون الرد قطعاً للملك ، من حينه ، أو أصله ؟ وجهان : ذكرها ابن القاص :

ويظهر أثرهما في وجوب افطرة ، واستبراء الجارية الموهوبة .

الحادي عشر : إذا وهب المريض ما يحتاج إلى الإجازة ، فنقضه الوارث بعد الموت

فهل هو رفع من أصله ، أو حينه ؟ وجهان :

الثاني عشر : إذا كانت الشجرة تحمل حملين في السنة ، فوهن الثمرة الأولى بشرط

القطع ، فلم تقطع حتى اختلطت بالحادث ، مرسر التمييز ، فإن كان قبل القبض انفسخ

الرهن أو بعده ، فقولان ، كالبيع .

فان قلنا : يبطل ، فهل هو من حين الاختلاط ، كتلف المرهون ، أو من أصله ، ويكون حدوث الاختلاط دالاعلى الجهالة فى العقد ، وجهان : حكاهما الماوردى ، فلو كان مشروطا فى بيع ، فلباع الحيار فى فسخه على الثانى دون الأول :
الثالث عشر : فسخ الحوالة ، انقطاع من حينه ؛

قاعدة .

يغتر فى الفسوخ مالا يختصر فى العقود
ومن ثم لم يمتج إلى قبول ، وقبلت الفسوخ : التعليقات ، دون العقود ؛ ولم يصح
تطبيق اختيار من أسلم على أكثر من أربع . لأنه فى معنى العقد : ولافسخه ، لأنه يتضمن
اختيار الباقي ، وجاز توكيل الكافر فى طلاق المسلمة ، لاقى نكاحها ؛

القول فى الصريح ، والكناية ، والتعريض
قال العلماء : الصريح : اللفظ لموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره ، عند الاطلاق ،
ويقابله : الكناية ؛

تلييه

اشهر أن مأخذ الصراحة ، هل هو ورود الشرع به أو شهرة الاستعمال ؟ خلاف ؛
وقال السبكي : الذى أقواه : إنها مراتب ؛
أحدها : مانكر قرآنا ، وسنة ؛ مع الشيع عند العلماء والعامه ، فهو صريح قطعا
كلفظ الطلاق ؛

الثانية : المنكر غير الشائع ، كلفظ الفراق ؛ والسراح فيه خلاف ؛
الثالثة : الوارد غير الشائع ، كالافتداء ، وفيه خلاف أيضا ؛
الرابعة : وروده دون ورود الثالثة ، ولكنه شائع على لسان حملة الشرع ،
كالتحاج .

والمشهور : أنه صريح ؛
الخامسة : ما لم يرد ، ولم يشع عند العلماء ، ولكنه عند العامة ؛ مثل : حلال الله على
حرام ؛ والأصبح : أنه كناية ؛

قاعدة

الصريح : لا يحتاج إلى نية ، والكناية : لا تلزم لإبالية ؛
أما الأول : فيستثنى منه ما فى الروضة وأصلها : أنه لو قصد المكروه إيقاع الطلاق ؛
فوجهان ؛

أحدهما : لا يقع ، لأن اللفظ ساقط بالإكراه ، والنية لا تعمل وحدها : والأصح :
يقع ، لقصد بلفظه .

وعلى هذا فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه : كناية : إن نوى وقع ، وإلا فلا :
وأما الثاني : فاستثنى منه ابن القاص صورة ، وهي : ما إذا قيل له : طلقت ؟ فقال
نعم : فقيل : يلزمه * وإن لم ينو طلاقا ، وقيل : يحتاج إلى نية ؟
واعترض بأن مقتضاه : الاتفاق على أن « نعم » كناية ، وأن القولين في احتياجه
إلى النية ؟
والمعروف : أن القولين في صراحته ، والأصح : أنه صريح ، فلم تسلم كناية عن
الاتفاق إلى النية ؟

تلميحات .

الأول : قد يشكل على قولهم « الصريح لا يحتاج إلى نية » قولهم « يشترط في وقوع
الطلاق قصد حروف الطلاق بمعناه » وليس بمشكل ، فإن المراد في الكناية : قصد الإيقاع
الطلاق ، وفي الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه ، لا الإيقاع ، ليخرج ما إذا سبق لسانه ،
وما إذا نوى غير معنى الطلاق الذي هو قطع العصمة كالحل من وثاق ؟ ويدخل ما إذا
قصد المعنى ونم يقصد الإيقاع ؛ كالمأزل ؟

الثاني : من المشكل ، قول المنهاج في الوقف : وقوله « تصدقت » فقط : ليس
بصريح ، وإن نوى ، إلا أن يضيف إلى جهة عامة * (يهوى) ، فإن ظاهره أن النية تصيره
صريحا ، وهو عجيب ، فإنه ليس لنا صريح يحتاج إلى نية ؟
وعبارة المحرر : ولو نوى لم يحصل الوقف ، إلا أن يضيف ، وهي حسنة ، فإنه من
الكنايات : كما عده في الحاوي الصغير .

وعبارة الروضة والشرح ، نحو عبارة المحرر .

الثالث : قال الرافعي في الإقرار : اللفظ ، وإن كان صريحا في التصديق * فقد ينضم
إليه قرآن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء ، والكذب ، كحركة الرأس الدالة على
شدة التعجب والانسكار ، فيشبه أن لا يجعل لإقرار أو يجعل فيه خلاف لتعارض اللفظ
والقرينة .

الرابع : ذكر الرافعي في أواخر مسألة « أنت على حرام » فيما لو قال : أنت على
كأية أوالدم ، وقال : أردت أنها حرام : أن الشيخ أباحامد قال : إن جعلناه صريحا
وجبت الكفاية ، أو كناية ، فلا لأنه لا يكون للكناية كناية ؟

قال الرافعي : وتبعه على هذا جماعة : لكن لا يكاد يتحقق هذا التصوير ، لأنه ينوى

باللفظ معنى لفظ آخر ، لاصورة اللفظ ، وإذا كان المنوى المعنى ، فلا فرق بين أن يقال نوى التحريم ، أو نوى : أنت على حرام : وقال ابن السبكي : وقد يقال : من نوى باللفظ ، معنى لفظ آخر ، فلا بد أن يكون تجوز به عن لفظه ، وإلا فلا تعلق للفظ بالنية ، وتصير النية مجردة مع لفظ غير صالح ، فلا تؤثر ، ومتى تجوز به عنه ، كان هو الكتابة عن الكناية ، فهي كالمجاز عن المجاز والمجاز لا يكون له مجاز ؟

ومن قروع ذلك

لو قال أنا منك بأن ، ونوى الطلاق ؛
قال بعضهم : لا يقع ، لأنه كناية عن الكتابة ؛
ولو كتب : الطلاق ، فهو كناية فلو كتب كناية من كتاباته ، فكما لو كتب الصريح
فهذا كناية عن الكناية ؛

قاعدة

ما كان صريحا في بابه ، ووجد نفاذا في موضوعه ، لا يكون كناية في غيره ،

ومن فروع ذلك

الطلاق : لا يكون كناية ظهار ، ولا عكسه ؛
وقواه : أجمعت كذا بألف ، لا يكون كناية في البيع ، بلا خلاف ، كما في شرح
المهذب ؛

قال : لأنه صريح في الإباحة مجانا ، فلا يكون كناية في غيره ؛
ويخرج عن ذلك صور : ذكرها الزركشي في قواعده :

الأولى : قال لزوجه : أنت على حرام ، ونوى الطلاق : وقع مع أن التحريم صريح
في إيجاب الكفارة ؛

الثانية : انطلق ، إذا قلنا : فسخ ، يكون كناية في الطلاق ؛

الثالثة : قال السيد لعينه : أعتق نفسك ، فكناية تنجيز عتق ، مع أنه صريح

في التفويض ؛

الرابعة : أتى بلفظ الحوالة : وقال : أردت التوكيل : قبل عند الأكبرين ؛

الخامسة : راجع بلفظ التزويج ، أو النكاح : فكناية ؛

السادسة : قال لعينه : وهبتك نفسك : فكناية عتق ؛

السابعة : قال : من ثبت له الفسخ : فسخت نكاحك ، ونوى الطلاق : طلقت

في الأصح ؛

الاطمنة : قال : آجرتك حارمى لتعبرنى فرسك ، فاجارة فاسدة غير مضمونة ، فوقعت
الاعارة كناية في عقد الإجارة .

التاسعة : قال : بعثك نفسك ، فقالت : اشتريت ، فكناية خلع

قلت : لا تستثنى هذه ، فان البيع لم يجد نفاذا في موضوعه ة

العاشرة : صراحح الطلاق : كناية في العتق ، وعكسه ة

قلت : لا تستثنى الأخرى ، لما ذكرناه :

الحادية عشرة : قال : مالى طالق ، ونوى الصدقة لزمه :

قلت : لا يستثنى أيضا ، لذلك :

فالثلاثة أمثلة ، لما كان صريحا في بابه ، ولم يجد نفاذا في موضوعه ، فانه يكون كناية

في غيره . .

قاعدة

كل ترجمة تنصب على باب من أبواب الشريعة ، فالمشتق منها صريح ، بلا خلاف
إلا في أبواب :

أحدها : التيمم ، لا يكتفى « نويت التيمم » في الأصح ة

الثانى : الشركة ، لا يفتى مجرد « اشركنا » .

الثالث : الخلع ، لا يكون صريحا إلا بذكر المال ، كما سيأتى ة

الرابع : الكتابة : لا يكتفى : « كاتبك » حتى يقول : « وأنت حر إذا أديت » ة

الخامس : الوضوء على وجه :

السادس : التدبير على قول ة

قاعدة

قال الأصحاب : كل تصرف يستقل به الشخص ، كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء
ينعقد بالكناية مع النية ، كانعقاده بالصریح ، وما لا يستقل به ، بل يفترق إلى إيجاب
وقبول : ضربان :

١. يشترط فيه الاشهاد ، كالنكاح ، وبيع الوكيل المشروط فيه ة

فهذا لا ينعقد بالكناية ، لأن الشاهد لا يعلم النية :

وما لا يشترط فيه ، وهو نوعان :

ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر ، كالكتابة والخلع ، فينعقد بالكناية مع النية ة

وما لا يقبل : كالإجارة ، والبيع ، وغيرها ة

وقى انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية ، وجهان : أحدهما : الانعقاد ة

سرد صرائح الأبواب، وكناياتها

أعلم أن الصريح وقع في الأبواب كلها ، وكذا الكناية ؛ إلا في الخطبة ، فلم يذكرها فيها كناية ، بل ذكروا التعريض ، ولا في النكاح ، فلم يذكرها ؛ للاتفاق على عدم انعقاده بالكناية :

ووقع الصريح ، والكناية ، والتعريض جميعا : في القذف ؛

صرائح البيع

ففي الإيجاب : بعتك ؛ ملكتك ؛ وفي « ملكتك » وجه ضعيف : أنه كناية ؛ كأدخلته في ملكك .

وفرق الأول : بأن أدخلته في ملكك يحتمل الإدخال الحسن في شيء مملوك له ، بخلاف « ملكتك » و « شريت » بوزن ضريت . صرح به الرانعي ، والنوى ، في شرح المهذب :

وفي التولية ، والاشراك ، وليتك ، وأشركتك .

وفي بيع أحد التقدين بالآخر : صارفتك .

وفي الصلح : صلحتك ؛

قال الأسنوي : ومنها عوضتك ، كما اقتضاه كلامهم في مواضع ؛

ومنها : التقرير ، والترك بعد الانفساخ ، أن يقول البائع بعد انفساخ البيع : قررتك

على موجب العقد الأول ، فيقبل صاحبه ، كما اقتضاه كلام الشيخين في القراض ، ويؤيده

صحة الكفالة أيضا بذلك ، فإنه لو تكفل ، فأبراه المستحق ، ثم وجده ملازما للخصم

نقال : اتركه ، وأنا على ما كنت عليه من الكفالة صار كفيلا ؛

وفي القبول : قبلت ، ابتعت : اشتريت ، تملكيت : وفيه الوجه السابق : شريت ؛

صارفت . توليت . اشركت : تقررت ؛

قال الأسنوي : ومنها : بعث ، على ما نقله في شرح المهذب عن أهل اللغة ؛

والفهاء ؛

ومنها : « نعم » صرح بها الرافعي في مسألة المتوسط ، غير أنه لا يلزم ؛ منه الجواز فيما

إذا قال : بعتك ؟ فقال : نعم ، لأن مدلولها حينئذ - وهي حالة عدم الاستفهام - :

تصديق المتكلم في مدلول كلامه ، فكأنه قال : إنك صادق في إيجاب البيع ، بخلاف

ما إذا كانت في جواب الاستفهام ؛

وقد صرح بالبطلان في وقوعها في جواب « بعثك » العبادي في الزيادات ، والامام .

تأقلا عن الأئمة ؛

ليكن الرافعي جزم بالصحة في وقوعها بعد « بعث » ذكره في النكاح ، وفيه نظر ، انتهى كلام الأسنوي :

ومن صرائح القبول

فعلت : صرح بها الرافعي في جواب اشتر مني ، والعبادي في الزيادات ، في جواب بعثك :

ومنها : رضيت : صرح بها الروياني ، والقاضي حسين :

تبيينه

ظاهر كلامهم أن « قبلت » وحدها من الصرائح : أعني إذا لم يقل معها البيع^١ ونحوه :

قال في المهمات : وقد ذكر الرافعي في النكاح ما يدل على أنها كناية : فقال ، فيما إذا قال : « قبلت » ، ولم يقل « نكاحها » ، ولا تزويجها مانصه :

وأصح الطرق : أن المسئلة على قولين : أحدهما : الصحة ، لأن القبول ينصرف إلى ما أوجبه ، فكان كالمعتاد لفظا ، وأظهرها المنع ، لأنه لم يوجد التصريح بواحد من لفظي : الانكاح ، والتزويج ، والنكاح لا ينعقد بالكنايات :

هذا لفظه ، وهو صريح في أن التقدير الواقع بعد « قبلت » الحقه هنا بالكنايات ، فيكون أيضا كناية في البيع :

قال : فان قيل : بل هو صريح ، لأن التقدير : قبلت البيع ، والمقدر كالمفروض

قلنا : فيكون أيضا صريحا في النكاح ، لأن التقدير : قبلت النكاح ، فينعقد به :

قال : فالقول بأنه كناية في أحد البابين دون الآخر يحكم لادليل عليه ، قلت : الذي يظهر : أنه صريح في البابين ، وإنما لم يصح به النكاح ، لأنه لا ينعقد بكل صريح ، للتعبد فيه بلفظ التزويج والانكاح ، وليس في كلام الرافعي ما يدل على أنه كناية ، وإنما مراده : أن لفظ التزويج أو الانكاح : مقدر فيه ، ويمكن ، ومبضم^٢ .

خصار ملحقا بالكنايات باعتبار تقديره ، فالكناية راجعة إلى لفظ النكاح أو التزويج ، والمعتبر وجوده في صحة العقد باعتبار تقديره ، لا إلى لفظ « قبلت » فتأمل :

الكنائيات

جعلته لك بكذا ، خذته بكذا ، تسلمه بكذا ، أدخلته في ملكك ، وكذا أسطقتك عليه بكذا ، على الأصح ، في زوائد الروضة :

وفي وجه لا ، كقوله : أجمتكم بالفت : وكذا باعك الله : وبارك الله لك فيه ، فيما نقله في زوائد الروضة عن فتاوى الغزالي ، وضم إليه : أقالك الله ، ورد الله عليك ، في الإقالة ، وزوجك الله ، في النكاح :

ونقل الرافعي في الطلاق ، في : طلقك الله ، وأعتقتك الله ، وقول رب الدين للمدين : أبرأك الله وجهين ، بلا ترجيح :

أحدهما : أنه كناية ، وبه قال البوشنجي :

والثاني : أنه صريح ، وهو قول العبادي :

قال في المهمات : وهذه المسئلة - أعنى مسئلة البيع ، والإقالة - مثلها الخيار جزم الرافعي بأن قول المتعاقدين « تخايرنا » صريح في قطع الخيار :

وكذا « اخترنا إمضاء العقد » : أمضيناه أجزأناه ، ألزمناه :

وكذا قول أحدهما لصاحبه : اختر :

القرض

ذكر في الروضة وأصلها : أن صبيته : أقرضتك : أسلفتك : خذ هذا بمثله : خذته واصرفه في حوائجك : ورد بدله : ملكته على أن ترد بدله :

قال السبكي ، والأسنوي : وظاهر كلامه : أن هذه الألفاظ كلها صرائح :

لكن سبق في البيع أن « خذته بمثله » كناية ، فينبغي أن يكون هنا كذلك :

ولو اقتصر على قوله : واصرفه في حوائجك ، ففي كونه قرضا وجهان في المطلب :

والظاهر المنع ، لاحتماله الهبة :

الوقف

الصحيح الذي قطع به الجمهور : أن : وقفت ، وحبست ، وصهلت : صرائح : وقيل : كنائيات : وقيل : وقفت ، فقط صريح . وقيل : هو ، وحبست :

والمذهب : أن حرمت هذه البقعة للمساكين وأبدتها كنايتان ، وأن : تصدقت فقط

لا صريح ، ولا كناية :

فإن أضافه إلى جهة عامة ، كقوله : على المساكين : فكناية ، وإن ضم إليه أن قال

صدقة محرمة ، أو محبسة ، أو موقوفة ، أو لانهاء ، أو لتوهيب ، أو لتورث ،

فصريح :

قال السبكي : جاء في هذا الباب نوع غريب لم يأت مثله إلا قليلا ، وهو انقسام الصريح إلى ماهو صريح بنفسه ، وإلى ماهو صريح مع غيره ۞

ومن الصرائح

جعلت هذا المكان مسجدا لله تعالى ، وكذا جعلتها مسجدا فقط في الأصح : وقوله :
وقفتها على صلاة المصلين : كناية ، يحتاج إلى قصد جعلها مسجدا ۞

فرع

وقع السؤال عن رجل ، قال : هذا العبد ، أو الدابة خرج عن ذمى لله تعالى ۞
قلت : يؤخذ باقراره في الخروج عن ملكه : ثم هو في العبد يحتمل العتق والوقف
فان فسره بأحدهما ، قيل : وإن لم يفسره ، فالحمل على العتق أظهر ، لأنه لا يحتاج إلى
تعيين ولا قبول ، والوقف يحتاج إلى تعيين الجهة الموقوف عليها ، وقبول الموقوف عليه
إذا كان معينا ۞

وأما الدابة : فان كانت من النعم ، احتملت الوقف ، والأضحية ، والهدى : ويرجع
إليه ، فان لم يفسره ، فالحمل على الأضحية أظهر من الوقف ، لما قلناه : ومن الهدى ،
لأنه يحتاج إلى نقل : فان كان قائل ذلك بمكة ، أو محرما ، استوى الهدى والأضحية ۞
ويحتمل أيضا أمرا رابعا ، وهو التدرج
وخامسا : وهو مطلق ذبحها ، والصدقة بها على الفقراء ۞

وإن كانت من غيرها وهي مأكولة ، احتملت الوقف ، والتدرج ، والصدقة ، أو
غير مأكولة : لم تحتمل إلا الوقف : فان فسره بوقف باطل ، كعدم تعيين الجهة ، وهو
عاصي . قيل : إن قال : قصدت أنها سائبة ، ففي قبول ذلك منه نظر ۞
قلت ذلك تخریجا ۞

الخطبة

صريحها : أريد نكاحك إذا انقضت عهدتك ، نكحتك ۞

التعريض

وب راغب فيك ، من يجد مثلك ، أنت جميلة ، إذا حلت فأذني ، لا تبين
أبما ، لست بمرغوب عنك ، إن الله سائق إليك خيرا ۞

النكاح

صريحه في الإيجاب : لفظ التزويج ، والانكاح ، ولا يصح بهما : وفي القبول
قبلت نكاحها ، أو تزويجها ، أو تزوجت ، أو نكحت ۞

ولا يكنى ؛ قبلت فقط ، ولا قد فعلت : ولا نعم ، في الأصح ، بخلاف البيع ،
وحكى ابن هبيرة إجماع الأئمة الأربعة على الصحة في « رضيت نكاحها » ،
قال السهكى : ويجب التوقف في هذا النقل ، والذي يظهر أنه لا يصح .

الخلع

إن قلنا : إنه طلاق « وهو الأظهر » فلفظ الفسخ كناية فيه .
قال في أصل الروضة : وأما لفظ الخلع ففيه قولان .
قال في الأم : كناية ، وفي الاملاء : صريح .
قال الروياني وغيره : الأول أظهر ، واختار الامام ، والغزالي ، والبهوي الثاني ،
ولفظ المفاداة : كلفظ الخلع في الأصح ، وقيل : كناية قطعاً .
وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره فكتابة على
الأصح . وقيل : على القولين :
وهل يقتضى الخلع المطلق الجارى بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ أصحهما عند الامام
والغزالي ، والروياني : نعم : للعرف ، والثاني : لا ، لعدم الالتزام ،
هذه عبارة الروضة :

وصارة المنهاج : وافظ الخلع صريح ، وفي قول : كناية ،
فعلى الأول : فلو جرى بغير ذكر مال وجب مهر المثل في الأصح ،
وهي صريحة في أن لفظ الخلع صريح . وإن لم يذكر معه المال ، وهو خلاف ما في
الروضة .

قال الشيخ ولي الدين في نكته : والحق أنه لامتنافاة بينهما ، فإنه ليس في المنهاج
أنه صريح مع عدم ذكر المال ، فعمل مراده : أنه جرى بغير ذكر مال ، مع وجود مصحح
له ، وهو : اقتران النية به ، انتهى .

فالخاصل : أن لفظ الخلع والمفاداة ، صريحان ، مع ذكر المال ، كناية إن
لم يذكر :

ويصح بجميع كنايات الطلاق ، سواء قلنا إنه طلاق ، أو فسخ في الأصح ،
ومن كناياته : لفظ البيع ، والشراء ، نحو : بعتك نفسك ، فتقول : اشتريت ،
أو قبلت والإقالة ، ويصح الطلاق بالمهر ، من جهته ، ويصح المهر بالطلاق ،
من جهتها ؛

الطلاق

صرامحه :

الطلاق ، وكذا الفراق . والسراج على المشهور
كطلقتك ، وأنت طالق ، وياطائق ، ونصف طالق ، وكل طلقة ، وأوقعت عليك
طلاق وأنت مطلقة ويامطلقة ، وفيهما وجه :
وأما أنت مطلقة ، وأنت طالق ، أو الطلاق ، أو طلقة ؛ أو أطلقتك ، فالأصح :
أنها كنيات ؛

وفي : لك طلقة ؛ ووضعك هليك طلقة وجهان ؛
ويجوز ذلك في الفراق ؛ والسراج أيضا ؛

والكنيات

أنت خلية ، ربة ، بنة ، بعة ، بائن ، حرام ، حرة ، واحدة ، اعتدى ، استبرئ
رحمك الحق بأهلك ، جبلك على غاربك ، لأنده سربك اغربني اعزبي ، أخرجني ، اذهبي ،
سافري ، تجردى ، تقنعي ، تستري ، ائزى الطريق بيني ، ابعدي ، دعيني ، ودعيني ، برئت
منك ؛ لاحاجة لي فيك ؛ أنت وشأنك ، لعل الله يسوق إليك خيرا ؛ بارك الله لك ؛ بخلاف
[بارك الله فيك ؛ تجرعي ذوق تزودي ، وكذا كلي واشربي ، وانكحي ، ولم يبق بيني
وبينك شيء ، ولست زوجة لي في الأصح ، لأغناك الله وقوى ، واقعدى ، وأحسب الله
جزاءك ، زوديني ، على الصحيح ؛

تنبيه

تقدم أن « نعم » كناية في قبول النكاح ؛ فلا ينعقد به ، وفي قبول البيع ؛ فينعقد على
الأصح ؛ وينعقد به البيع في جواب الاستفهام جزما ؛ وكأنه صريح ؛
وأما في الطلاق ؛ فلو قيل له : أطلقت زوجتك ؛ أو فارقتها ، أو زوجتك طالق ؟
فقال : نعم ؛ فإن كان على وجه الاستخبار ، فهو لإقرار يؤخذ به ؛ فإن كان كاذبا لم تطلق
في الباطن ، وإن كان على وجه التماس الإنشاء ، فهل هو صريح ، أو كناية ؟ قولان ؛
أظهرهما : الأول ، وقطع به بعضهم ؛

فرع

الأصح : أن ما اشترى في الطلاق ، سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة ، كحلل الله على
حرام ، أنت على حرام ، أو الجلل على حرام كناية لا يلتحق بالصريح ؛

فلو قال لزوجته : أنت على حرام ، أو حرمتك ، فإن نوى الطلاق وقع رجعيًا ،
أو نوى عدداً وقع مانواه ، أو نوى الظهار فهو ظهار ، وإن نواها معا فهل يكون
طلاقا لقوته ، أو ظهارا ، لأن الأصل بقاء النكاح ، أو يتخير ، ويثبت ما اختاره ؟
أوجه : أصحها : الثالث :

وإن نوى أحدهما قبل الآخر ، قال ابن الحداد : إن أراد الظهار ، ثم أراد الطلاق
صح : وإن أراد الطلاق أولا ، فإن كان بائنا ، فلا معنى للظهار بعده ، وإن كان رجعيًا
فالظهار موقوف ، إن راجعها ، فهو صحيح : والرجعة : عود ، وإلا فهو لغو .
وقال الشيخ أبو علي : هذا التفصيل فاسد عندى : لأن اللفظ الواحد : إذا لم يجز أن
يراد به التصرفات : لم يختلف الحكم بإرادتهما معا : أو متعاقبين .
كذا في الروضة وأصلها من غير ترجيح :

والراجع مقالة أبي علي ، لإطلاقه في الشرح الصغير ، والمحزر ، والمنهاج :

التخير :

: وإن نوى تحريم عينها ، أو فرجها ، أو وطئها . لم تحرم : وعليه كفارة ، ككفارة البين
في الحال ، وإن لم يبطأ في الأصح :

وكذا إن أطلق ، ولم ينو شيئا في الأظهر :

فلفظ « أنت على حرام » صريح في لزوم الكفارة .

ولو قال هذا اللفظ لأمنه ، ونوى العتق : عتقت ، أو الطلاق ، أو الظهار فلغو ،

أو تحريم عينها ، لم تحرم ، وعليه الكفارة :

وكذا إن أطلق في الأظهر :

فإن كانت محرما ، فلا كفارة ، أو معتدة ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو مزوجة ، أو

الزوجة معتدة عن شبهة ، أو محرمة ، فوجهان ، لأنها محل الاستباحة في الجملة .

أو حائضا ، أو نفساء : أو صائمة : وجبت على المذهب ، لأنها عوارض . أو رجعية .

فلا على المذهب :

ولو قال لعبد ، أو ثوب ونحوه فلغو لا كفارة فيه ، ولا غيرها :

الرجعة

صرائعها :

رجعتك ، وارتجعتك ، وراجعتك ، وكذا أمسكتك ، ورددتك في الأصح : وتزوجتك

ونكحتك : كنايةتان :

وقيل : صريحان : وقيل : لغو .

واخترت رجعتك كناية : وقيل : لغو .
وقيل : إن كل لفظ أدى معنى الصريع في الرجعة ، صريح ، نحو : رفعت تحريك
وأعدت حلت .
والأصح : أن صرائعها منحصرة ، لأن الطلاق صرائعها ، محصورة ، فالرجعة التي
تحصل لإباحة أولى .

الايلاء

صريحه :
آيتك : وتغيب ذكر أو حشفة بفرج ، والجماع بلذكر ، والافتضاض بلذكر للبكر .
وكذا مطلق الجماع ، والوطء ، والاصابة ، والافتضاض للبكر ، من غير ذكره ،
على الصحيح .

والكنايات

المباشرة ، والمياضعة ، والملاسة ، والمس ، والإفضاء ، والمعالجة ، والدخول بها ، والمضى
إليها ، والغشيان ، والقربان . والائيان .
والقديم : أنها كلها صرائع .
وافق على أن : لأبعدن عنك ، ولا يجمع رأسي ورأسك وسادة ، ولا يجمع تحت سقف :
ولطولن خيبي عنك : ولأسوانك ولأغيظتك : كنايات في الجماع ، والمدة معا .
وقوله : ليطولن تركي لجماعك ، أو لأسوانك في الجماع صريح فيه كناية في المدة .

الظهار

صريحه :
أنت على أو معي ، أو عندي ، أو مني ، أو لي : كظهر أي ، وكذا : أنت كظهر
أي : بلا صلة ، وقيل : إنه كناية .
وكذا : جملتك ، أو نفسك ، أو ذاتك ، أو جسمك : كظهر أي ، وكذا كبदन أي
أو جسمها ، أو جملتها أو ذاتها ، وكذا كيدها أو رجلها أو صدرها ، أو بطنها أو فرجها ،
أو شعرها على الأظهر :
وكعبيها : كناية . إن قصد ظهارة فظهار أو كرامة فلا :
وكذا إن أطلق في الأصح .
وقوله : كروحها كناية ، وقيل : لغو .
كرأسها صريح قطع به العراقيون ، وقيل : كناية .

قال في أصل الروضة : وهو أقرب ؛
وقوله : كأمي ، أو مثل أمي : كناية ، كعبيها ؛

القذف

صريحه :

لفظ الزنا ؛ كقوله : زنيت ، أو زنيت ، أو يا زان ، أو يا زانية ، والنيك وإيلاج
الحشفة ، أو الذكر ، مع الوصف بتحريم ؛ أو دبر ؛ وسائر الألفاظ المذكورة في الإيلاج
أنها صريحة هنا إذا انضم إليها الوصف بالتحريم ؛ ولطت ، وواط بك وزنيت في الجبل ؛
وفيه وجه : أنه كناية ، وزنا فرجك ، أو ذكرك ، أو قبلك ، أو دبرك ؛
ولا امرأة : زنيت في قبلك ؛ ولرجل : بقبلك ولخنتي : ذكرك وفرجك معا ولولد
غيره الذي لم ينف بلعان : لست ابن فلان .

والكنائيات

يا فاجر ، يافاسق ، يا خبيث يا خبيثة ، ياسفيه أنت نجسين الخلوة لا تردن يد لامس
ولقرشي : يا نبطي ، أو لست من قريش .
وأولده : لست ابني ؛
وللمنفى باللعان : لست ابن فلان ؛
ولزوجته : لم أجدك عزراء ، في الجديد ولأجنبية : قطعاً وأنت أزنى الناس أو أزنى
من الناس ، أو يا أزنى الناس أو أزنى من فلان على الصحيح في السك ؛
وزنأت في الجبل . على الصحيح ، وكذا : زنأت فقط ، أو يزاني بالهمزة في الأصح
ويازانية في الجبل بالياء على المنصوص ؛ ولرجل : زنيت في قبلك . وزنت يدك أوركلك
أو عينك أو أحد قبلي المشكل ويالوطي ؛ على المعروف في المذهب ؛
واختار في زوائد الروضة : أنه صريح لأن احتمال إرادة أنه على دين لوط لا يفهمه العوام
أصلاً ولا يسبق إلى ذهن غيرهم ؛

ومن الكنائيات

ياقواد يامؤاجر ، وفيهما وجه : أنهما صريحان .
ويامبون : كما في فتاوى النووي ، يا قحبة وياعلق ، كما في فتاوى الشاشي وفروع ابن
القطان .

وجزم ابن الصباغ والشيخ عز الدين بأن : يا قحبة صريح .
وأقضى الشيخ عز الدين بأن : يا مخنث صريح للعرف ،
وفي فروع ابن القطان بأن : يا بني كناية ؛

والتعريض

يا ابن الحلال ، أما أنا فلسك بزبان ، وأى ليست بزانية ، ما أحسن اسمك في الجيران
ما أنا ابن خيـاز ولا إسكاف ؛

. فلا أثر لذلك وإن نوى به القذف ، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوى ، ولا
دلالة في هذا اللفظ ، ولا احتمال وما يفهم منه مستنده : قرآن الأحوال .
و في وجهه : أنه كناية لحصول الفهم والإبداء .

ضابط

قال الحلبي : كل ما حرم التصريح به لعينه ، فالتعريض به حرام كالكفر والقذف ؛
وما جلي التصريح به أو حرم ، لالعينه . بل لعارض ، فالتعريض به جائز ، كخطبة
المعدة ؛

العتق

صريحه :

التحرير والإعتاق ؛

نحو : أنت حر أو محرر أو حررتك ، أو عتقتك أو أعتقتك ، وكذا فك الرقبة
في الأصح :

والكنيات

لاملك لي عليك ، لاسييل لاسلطان لايد لأمر لخدمته ، أزلت ملكي عنك حرمتك
أنت سائبة أنت بنته أنت لله ، وهبتك نفسي ؛
وكل صرائح الطلاق وكنياته : كنديات فيه وكذا أنت على كظهر أمي في الأصح .

فرعان

الأول : لأثر للخطأ في التكبير والتأنيث ، في الطلاق والعتق والقذف ؛
فلو قال لها : أنت طالق أو أنت حر أو زان أو زנית أو له ، أنت حرة أو زانية ،
أو زנית ، فهو صريح ؛
الثاني : لو قال لعبد أنت ابني - ومثله يجوز أن يكون ابنه - ثبت تشبيه وعتق إن
كان صغيراً أو بالغاً وصدقه ، وإن كذبه عتق أيضاً ولا نسب ؛
فإن لم يمكن كونه ابنه - بأن كان أصغر منه ، على حد لا يتصور كونه ابنه - لغا قوله
ولم يعتق ، لأنه ذكر عملاً .
فإن كان معروف النسب من غيره ، لم يلحقه ؛

لكن يعتق في الأصح ، لتضمنته الإقرار بحريته .
وفي نظيره ، في المرأة : لو قال لها : أنت بنتي ؛
قال الإمام : الحكم في حصول الفراق وثبوت الأب كما في المعتق .
قال في الروضة ، من زوائده : والمختار أنه لا يقع به فرقة ، إذ لم تكن نية ، لأنه إنما
يتعمل في العادة للملاطفة وحن المعاشرة ؛

التديير

صريحه :

أنت حر بعد موتي ، أعتقتك حررتك بعد موتي ، إذا مات فانت حر أو عتقك .

والكناية

خليت سيهلك بعد موتي .

ولو قال : دبرتك أو أنت مدبر ، فالنص : أنه صريح فيعتق به إذا مات إليه مدبره ؛
ونص في الكتابة أن قوله : كاتبك على كذا ، لا يكفي حتى يقول : فإذا أدبت فانت
حر ، أو ينويه فقولان ؛

أحدهما : صريحان لا شتم زهما في معنهما ، كالبيع والهبة ؛

والثاني : كنياتان تلخوهما عن لفظ الحرية والعتق ؛

والمذهب : تقرير النصين ؛

والفرق : أن التديير مشهور بين الخواص والعوام ، والكناية لا يعرفها العوام ؛ .

عقد الأمان

صريحه :

أجرتك ، أنت مجار ، أنت آمن ، أمنتك ، أنت في أمانى ، لا بأس عليك ، لا خوف
عليك ، لا تخفت لا تفرج ؛

والكناية

أنت على ما تحب ، كن كيف شئت ؛

ولاية القضاء

صريحه :

ولاية القضاء ، قلدك ، استخلفتك ، استخلفتك ، اقض بين الناس ، احكم ببلدك

والكناية

اعتمدت عليك في القضاء ، رددته إليك ، فرضته إليك : أمنتته ؛

قال الرافعي : ولا يكاد يتضح فرق بين وليتك القضاء وقوضته إليك :
وقال النووي : الفرق واضح ، فان وليتك متعين بلعله قاضيا وقوضت إليك محتمل
لأن يراد توكيله في نصب قاض .
ومن الكتابات ، كما في أدب القضاء لابن أبي الدم :
حولت عليك ، عهدت إليك ، وكلت إليك ۞

القول في الكتابة

فيها مسائل

الأولى : في الطلاق فان كتبه الأخرس فأوجه ، أصحها أنه كناية ، فيقع الطلاق إن
نوى ، ولم يشر ۞

والثاني : لا بد من الإشارة ۞

والثالث : صريح ۞

وأما الناطق : فان تلفظ بما كتبه ، حال الكتابة أو بعدها طلقت ، وإن لم يتلفظ فان
لم ينو إيقاع الطلاق لم يقع على الصحيح ، وقيل يقع فيكون صريحا .
وإن نوى فأقوال ، أظهرها تطلق والثاني لا ، والثالث إن كانت غائبة عن المجلس
طلقت وإلا فلا ۞

قال في أصل الروضة : وهذا الخلاف جار في سائر التصرفات التي لا يحتاج إلى قبول
كالإعتاق والإبراء والعمو عن القصاص وغيرها .

وأما ما يحتاج إلى قبول فهو نكاح وغيره ، فغير النكاح كالبيع والهبة والإجارة ففي
انعقادها بالكتابة خلاف مرتب على الطلاق وما في معناه إن لم يصرح بها فهنا أولى ، وإلا
فوجهان للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكتابات ، ولأن القبول شرط فيها فيتأخر
عن الإيجاب ، والمذهب الانعقاد .

ثم المكتوب إليه : له أن يقبل بالقول وهو أقوى وله أن يكتب القبول ۞
وأما النكاح : ففيه خلاف مرتب ، والمذهب منعه بسبب الشهادة فلا اطلاع للشهود
على النية .

ولو قال بعد الكتابة : نويتا ، كان شهادة على إقرارهما ، لا على نفس العقد ، ومن
جوز ، اعتمد الحاجة :

وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة ، فذلك في حال الغيبة .

فأما عند الحضور : فخلاف مرتب ، والأصح الانعقاد ۞

وحيث جوزنا انعقاد النكاح بها فيكتب : زوجته بئى ، ومحضر الكتاب عدلان ؛ ولا يشترط أن يحضرها ولا أن يقول : اشهدا ، فاذا بلغه يقبل لفظا أو يكتب القبول ويحضره شاهدا الايجاب ، ولا يكفى غيرهما في الأصح .
ولو كتب إليه بالوكالة ، فان قلنا : لا يحتاج إلى القبول فهو ككتابة الطلاق ، ولا فكالبيع ونحوه ٥

وولاية القضاء كالوكالة ، فالمدب صحتها بالكتابة ، وكذا يقع العزل بالكتابة ؛ وأن كتب إليه : إذا أتاك كتابي فأنت معزول ، لم ينزك قبل أن يصل إليه الكتاب قطعا قاضيا كان أو وكيفا ، وكذا في الطلاق .
وإن كتب : أنت معزول أو عزلتك ، فالأظهر العزل في الحال في الوكيل دون القاضي لعظم الضرر في نقض أقضيته ؛

ولا خلاف في وقوع الطلاق في نظير ذلك ، في الحال ؛
وإن كتب : إذا قرأت كتابي فأنت معزول أو طالق ، لم يحصل العزل والطلاق بمجرد البلوغ ، بل بالقراءة ؛

فان قرئ عليه أو عليها - وهما أحيان - وقع الطلاق والعزل ؛
وإن كانا قارئين ، فالأصح انزال القاضي لأن الغرض إعلامه وعدم وقوع الطلاق لعدم قراءتها مع الأمكان ، وقيل : لا ينزل القاضي أيضا . وقيل : يقع الطلاق كالعزل ؛ والفرق : أن منصب القاضي يقتضى القراءة عليه دون المرأة ؛

تلييه

قال ابن الصلاح : يلغى للمجيز في الرواية كتابة أن يتلفظ بالاجازة أيضا ؛
فان اقتصر على الكتابة ولم يتلفظ مع قصد الاجازة صحت ، وإن لم يقصد الاجازة ؛
قال ابن الصلاح : فغير مستبعد تصحيح ذلك في هذا الباب كما أن القراءة على الشيخ - إذا لم يتلفظ بما قرأ عليه - جعات إخبارا منه بذلك ؛
وقال الحافظ أبو الفضل العراقي : الظاهر عدم الصحة ؛

المسئلة الثانية

قال النووي في الأذكار : من كتب سلاما في كتاب ، وجب على المكتوب إليه رد السلام إذا بلغه الكتاب ، قاله المتولى وغيره ، وزاد في شرح المهذب أنه يجب الرد على الفور ؛

الثالثة

هل يجوز الاعتماد على الكتابة وأنخط ؟

فيه فروع

الأول : الرواية ، فاذا كتب الشيخ بالحديث إلى حاضر أو غائب أو أمر من كتب فان قرن بذلك إجازة ، جاز الاعتماد عليه والرواية قطعاً ؛ وإن تجردت عن الإجازة فكذلك على الصحيح المشهور :

ويكفى معرفة خط الكاتب وعدالته ، وقيل لا بد من إقامة البيئة عليه :

الثاني : أصبح الوجهين في الروضة والشرح والمنهاج والمحرر ، جواز رواية الحديث اعتماداً على خط محفوظ عنده ، وإن لم يذكر سماعه :

الثالث : يجوز اعتماد الراوى على سماع جزء وجد اسمه مكتوباً فيه : أنه سمعه إذا ظن ذلك بالمعاصرة واللقى ونحوهما مما يغلب على الظن وإن لم تذكر وتوقف فيه القاضي حسين

الرابع : عمل الناس اليوم على النقل من الكتب ونسبة ما فيها إلى مصنفها ؛ قال ابن الصلاح : فان وثق بصحة النسخة فله أن يقول : قال فلان وإلا فلا يأتي بصيغة الجزم :

وقال الزركشى في جزء له : حكى الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني ، الإجماع على جواز النقل من الكتب المعتمدة ولا يشترط اتصال السند إلى مصنفها ؛

وقال : الكيا الطبرى في تعليقه ، من وجد حديثاً في كتاب صحيح جاز له أن يرويه ويحتج به ؛

وقال قوم من أصحاب الحديث : لا يجوز ، لأنه لم يسمعه وهذا غلط ؛

وقال ابن عبد السلام : أما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها ، فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها والإستناد إليها ، لأن الثقة قد حصلت بها كما تحصل بالرواية ، ولذلك اعتمد الناس على الكتب المشهورة في النحو ، واللغة ، والطب وسائر العلوم لحصول الثقة بها وبعد التدليس ؛

ومن اعتقد أن الناس قد اتفقوا على الخطأ في ذلك ؛ فهو أولى بالخطأ منهم ؛

ولولا جواز الاعتماد على ذلك لتعطل كثير من المصالح المتعلقة بها ؛

وقد رجح الشارح إلى قول الأطباء في صور ؛

وليست كتبهم مأخوذة في الأصل إلا عن قوم كبار ؛

ولكن لما بعد التدليس فيها اعتمد عليها ، كما اعتمد في اللغة على أشعار العرب وهم كفار لم بعد التدليس ، انتهى ؛

الخامس : إذا ولي الإمام رجلاً كتب له عهداً وأشهد عليه عدلين ، فاف لم يشهد ، فهل يازم الناس طاعته ويجوز لهم الاعتماد على الكتاب ؟ خلاف ؛

واللهب : أنه لا يجوز اعتماد مجرد الكتاب من غير إسهاد ولا استضافة ؛
السادس : إذا رأى القاضى ورقة فيها حكمه لرجل ، وطالب عنه إمضاءه والعمل
به ولم يتذكره ، لم يعتمد قطعا لإمكان التزوير ؛
وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر ، فلو كان الكتاب محفوظا عنده
وبعد احتمال التزوير والتحريف ، كالحضر والسجل الذى يحاط فيه ، فوجهان الصحيح
أيضا : أنه لا يقضى به ولا يشهد ، مالا يتذكر بخلاف ما تقدم فى الرواية ، لأن بابها على
التوسعة ؛

السابع : إذا رأى بخط أبيه أنلى على فلان كذا أو أدت إلى فلان كذا ؛
قال الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتمادا على خط أبيه ، إذا
وثق بخطه وأمانته .

قال القفال وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد فى تلك التذكرة لفلان على كذا
لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به ، بل يؤديه من التركة .
وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم ولأنهما يتعلقان به ، ويمكن
التذكر فيهما ، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين ، فجاز اعتماد الظن فيه ، حتى لو وجد
ذلك بخط نفسه ، لم يجز له الحلف حتى يتذكر ؛

قاله فى الشامل ، وأقره فى أصل الروضة فى باب القضاء ؛
الثامن : يجوز الاعتماد على خط المفتى ؛

التاسع : قال الماوردى والرويانى : لو كتب له فى ورقة بانفخ الحوالة ، ووردت على
المكتوب إليه ، أزمه أدائها إذا اعترف بدين الكاتب وأنه خطه وأراد به الحوالة وبدين
المكتوب له فان أنكر شيئا من ذلك لم يلزمه .

ومن أصحابنا : من أزمه إذا اعترف بالكاتب والدين اعتمادا على العرف ولعل
الوصول إلى الإرادة ؛

العاشر : شهادة الشهود على ما كتب فى وصية ، لم يطلعا عليها ؛

قال الجمهور : لا يكفي : وفى وجهه : يكفي ، واختاره السبكي ؛

الحادى عشر : إذا وجد مع اللقيط رقعة فيها ، أن تحته دفتنا وأنه له ، ففى اعتمادها
وجهان : أصحهما عند الغزالي : نعم : والثانى : لا ، وهو الموافق لكلام الأكثرين ؛

تنبيه

حكم الكتابة على القرطاس ، والرق ، واللوح ، والأرض ، والنقش على الحجر
والخشب : واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء ؛

القول في الإشارة

الإشارة من الأخرس معتبرة ، وقائمة مقام عبارة الناطق ، في جميع العقود ، كإلحاق ، والإجارة والهبة ، والرهن ، والنكاح ، والرجعة ، والظهار .
والحلول : كإطلاق ، والعناق ، والإبراء ، وغيرها ، كالأقارب ، والدعاوى ،
واللعان ، والقذف ، والإسلام :

ويستثنى صور :

الأولى : شهادة لاتقبل بالإشارة في الأصح ،

الثانية : يمينة لاينعقد بها ، إلا اللعان .

الثالثة : إذا خاطب بالإشارة في الصلاة لاينبطل على الصحيح ،

الرابعة : حلف لايكلمه ، فأشار إليه ، لاينحث :

الخامسة : لايصح إسلام الأخرس بالإشارة في قول ، حتى يصلى بعدها : والصحيح

صحته .

وحمل النص المذكور على ما إذا لم تكن الإشارة مفهومة :

وإذا قلنا باعتبارها . فمنهم من أراد الحكم على إشارته المفهومة ، نوى أم لا ، وعليه

البغوى :

وقال الامام ، وآخرون : إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهي التي يفهم

منها المقصود كل واقف عليها ، وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهي التي تختص بفهم المقصود

بها المخصوص بلفظة ، والدكاء ، كذا حكاه في أصل الروضة : والشرحين ، من غير

تصريح بترجيح . وجزم بمقالة الامام في المحرر ، والمنهاج .

قال الامام : ولو بالغ في الإشارة ، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق ، وأفهم هذه الدعوى

فهو كالمفسر اللفظ الشائع في الطلاق بغيره ، وسواء في اعتبارها : قدر على الكتابة أم لا

كما أطلقه الجمهور ، وضح به الامام :

وشرط المتولى عجزه عن كتابة مفهومة : فان قدر عليها ، فهي المعتبرة ، لأنها

أضبط :

وينبى أن يكتب مع ذلك : إن قصدت الطلاق ، ونحوه :

وأما القادر على النطق ، فأشارته لغو : إلا في صور :

الأولى : إشارة الشيخ في رواية الحديث ، كنطقه ، وكذا المفتي :

الثانية : أمان الكفار ، ينعقد بالإشارة : تغليبا لحقن الدم : كأن يشير مسلم إلى كافر

فينحاز إلى صف المسلمين ، وقالوا : أردنا بالإشارة : الأمان :

الثالثة : إذا سلم عليه في الصلاة ، يرد بالإشارة :
الرابعة : قال : أنت طالق ، وأشار بأصبعين ، أو ثلاث ، وقصد وقع
مأشأر به :

فإن قال : مع ذلك ، هكذا ، وقع بلانية :
وأو قال : أنت هكذا ؛ ولم يقل « طالق » ففي تعليق القاضى حسين : لا يقع شيء .
وفي فتاوى القفال : إن نوى الطلاق طلقت ، كما أشار .
وإن لم ينو أصل الطلاق : لم يقع شيء .
وحكى وجه : أنه يقع مأشأر ، من غير نية ، وما قاله القفال أظهر :
ولو قال : أنت . ولم يزد ، وأشار : لم يقع شيء أصلا ، لأنه ليس من ألفاظ
الكنايات :
فلو اعتبر : كان اعتبار النية وحدها بلا لفظ .

الخامسة

الإشارة بالطلاق : نية كناية في وجه . لكن الأصح خلافه :
وأوقل لإحدى زوجتيه : أنت طاق وهذه : ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية :
وجهان :
وأو قال : امرأتى طالق ، وأشار إلى إحداهما ، ثم قال : أردت الأخرى ، قبل
في الأصح :

السادسة

لو أشار المحرم إلى صيد ، فصيد : حرم عليه الأكل منه ، لحديث « هل منكم أحد
أمره أن يحمل عليها ، أو أشار إليها ، فلو أكل ، فهل يلزمه الجزاء ؟ قولان ،
أظهرهما : لا :

فرع

من المشكل : ما نقله الرافعى عن التهذيب : أن ذبيحة الأخرس تحمل إن كانت له إشارة
مفهمة ، وإلا فقولان ، كالمجنون ،
والذى ينبئى القطع بحل ذبيحته ، سواء كانت له إشارة مفهمة أم لا ، إذ لا مدخل
لذلك في قطع الخلقوم والمرى .
وقد قال الشافعى في المختصر : ولا بأس بذبيحة الأخرس :

فرع

قال الأسنوى : إشارة الأخرس بالقراءة - وهو جنب - كالنطق ، صرح به القاضى حسين فى فتاويه ، وعموم كلام الرافعى فى الصلاة يدل عليه .
وفى المطلب : ذكروا فى صفة الصلاة : أو الأخرس يجب عليه تحريك لسانه ، قال : فليحرم عليه إذا كان جنباً تحريك اللسان بالقرآن ۞

فرع

المعتقل لسانه ، واسطة بين الناطق والأخرس ۞
قلو أوصى فى هذه الحالة بإشارة مفهومة ، أو قرىء كتاب الوصية : فأشار برأسه ، أن نعم : صحت ۞

فرع

اشترط النطق فى الامام الأعظم ، والقاضى ، والشاهد : وفيهما وجه ۞

فرع

علق الطلاق بمشيئة أخرس ، فأشار بالمشيئة ، وقع ۞
فإن كان حال التعليق ناطقاً ، فخرس بعد ذلك : ثم أشار بالمشيئة . وقع أيضاً فى الأصح إقامة لإشارته مقام النطق المهود فى حقه ۞
ولو أشار - وهو ناطق - لم يقع على الأصح ۞

تنبيه

حيث طلبت الاشارة من الناطق وغيره . لم يقم مقامها شيء ، كالإشارة بالمسبحة فى التشهد ، والإشارة إلى الحجر الأسود : والركن اليماني عند العجز عن الاستلام ۞

قاعدة

إذا اجتمعت الاشارة والعبارة ، واختلف موجبهما : غلبت الاشارة ۞

وفى ذلك فروع

منها : مالو قال أصلى خلفت زيد ، أو على زيد هذا . فبان عمراً : فالأصح : الصحة وكذا : على هذا الرجل ، فبان امرأة ۞
ولو قال : زوجتك فلانة هذه ، وسماها بغير اسمها : صحح قطعاً : وحكى فيه وجه ۞
ولو قال : زوجتك هذا الغلام ۞ وأشار إلى بنته : نقل الرويانى عن الأصحاب صحة النكاح ، تعويلاً على الاشارة ۞

ولو قال : زوجتك هذه العربية : فكانت عجيبة : أو هذه العجوز : فكانت شابة
أو هذه البيضاء : فكانت سوداء ، أو عكسه : وكذا المخالفة في جميع وجوه النسب ،
والصفات : وللعلو : والنزول ، ففي صحة النكاح قولان : والأصح : الصحة ،
ولو قال : بعثك دارى هذه ، وحددها ، وغلط في حدودها : صحح البيهقي : بخلاف
مالو قال : بعثك الدار التي في المحلة الفلانية : وحددها ، وغلط : لأن التحويل هناك على
الإشارة :

ولو قال : بعثك هذا الفرس : فكان بغلا ، أو عكسه : فوجهان ، والأصح هنا :
البطلان :

قال في شرح المهذب : إنما صحح البطلان هنا ، تغليبا لاختلاف غرض المالية :
وصحح الصحة في الباقي ، تغليبا للإشارة :
وحيثئذ فيستثنى هذه الصورة من القاعدة :

ويضم إليها : من حلفت لا يكلم هذا الصبي ، فكلمه شيخا : أو لا يأكل هذا الرطب
فأكله تمرا ، أو لا يدخل هذه الدار ، فدخلها غرصة : فالأصح : أنه لا يحنث :
ولو خالها على هذا الثوب الكتان : فبان تظنا ، أو عكسه : فالأصح : فساد الخلع
ويرجع بمهر المثل :

ولو قال : خالعتك على هذا الثوب المروى ، أو وهو مروى : فبان خلافه : صحح :
ولا رد له ، بخلاف مالو قال : على أنه مروى . فبان مرويا : فإنه يصح ، ويمسكه . وله
الخيار : فإن رده رجع إلى مهر المثل . وفي قول : قيمته .

ولو قال : إن أعطيتني هذا الثوب - وهو مروى - فأنت طالق : فأعطته : فبان
مرويا ، لم يقع الطلاق : لأنه علقه باعطائه ، بشرط أن يكون مرويا ، ولم يكن كذلك .
فكأنه قال : إن كان مرويا :

ولو قال : إن أعطيتني هذا المروى : فأعطته ، فبان مرويا ، فوجهان .

أحدهما : لا تطلق ، تنزيلا له على الاشتراط : كما سبق :

والثاني : تقع البيئونة ، تغليبا للإشارة :

قال الرافعي : وهذا أشبه ، وصححه في أصل الروضة :

ثم فرق بين قوله : وهو مروى ، في « إن أعطيتني » حيث أفاد الاشتراط ، فلم يقع
الطلاق .

وفي « خالعتك » حيث لم يفده : فلا رد له بأنه دخل في « إن أعطيتني » على كلام غير

مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه :

وربماه بالفراغ من قوله « فأنت طالق » :

وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل : فجعل قوله بعده « وهو هرولى » جملة مستقلة : فلم تقتيد بها الأولى .
ولو قال : لا آكل من هذه البقرة ، وأشار إلى شاة حنث بأكل لحمها . ولا تخرج على الخلاف في البيع ونحوه . لأن العقود يراعى فيها شروط وتقييدات لاتعتبر مثلها في الأيمان ، فاعتبر هنا الإشارة ، وجها واحدا ؛
ولو قال : إن اشتريت هذه الشاة ، فله على أن أجعلها أضحية ، فاشتراها : فوجهان :

أحدهما : لا يجب ، تغليبا للإشارة ، فانه أوجب المعينة قبل الملك ؛
والثاني : يجب تغليبا لحكم العبارة ، فانه عبارة نذر ، وهو متعلق بالذمة ، كما لو قال : إن اشتريت شاة فله على جعلها أضحية ، فانه نذر مضمون في الذمة : فاذا اشترى شاة لزمه جعلها أضحية :

القول في الملك

وفيه مسائل

الأولى في تفسيره

قال ابن السبكي : هو حكم شرعى يقدر في عين أو منفعة ، يقتضى تمكن من ينسب إليه ، من انتفاعه ، والعوض عنه من حيث هو كذلك ؛
نقولنا « حكم شرعى » لأنه يتبع الأسباب الشرعية ؛
وقوانا « يقدر » لأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، والتعلق عدى ، ليس وصفاً حقيقياً بل يقدر في العين أو المنفعة ، عند تحقق الأسباب المفيدة للملك .
وقولنا « في عين ، أو منفعة » لأن المنافع تملك كالأعيان ؛
وقولنا « يقتضى انتفاعه » يخرج تصرف القضاة ، والأوصياء : فانه في أعيان أو منافع لا يقتضى انتفاعهم ، لأنهم لا يتصرفون لانتفاع أنفسهم ، بل لانتفاع المالكين ؛
وقولنا « والعوض عنه » يخرج الإباحات في الضيافات ، فان الضيافة مأذون فيها ، ولا تملك ؛

ويخرج أيضا : الاختصاص بالمساجد ، والربط ، ومقاعد الأسواق ، إذ لا ملك فيها مع التمكن من التصرف .

وقولنا « من حيث هو كذلك » إشارة إلى أنه قد يتخلف مانع لعرض ، كالحجور عليهم ، لهم الملك وليس لهم التمكن من التصرف ، لأمر خارجي ؛

الثانية

قال في الكفاية : أسباب التملك ثمانية :
المعارضات : والميراث : والهبات : والوصايا : والوقف : والغنيمة : والإحياء :
والصدقات :

قال ابن السبكي : وبقيت أسباب آخر :
منها ، تملك اللقطة بشرطه :
ومنها : دية القتيل ، يملكها أولا : ثم تنقل لورثته ، على الأصح :
ومنها : الجنين : الأصح : أنه يملك الغرة .
ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله ، أو بمال آخر لا يتميز ، فإنه يوجب ملكه
لذاته :

ومنها : الصحيح : أن الضيف يملك ما يأكله : وهل يملك بالوضع بين يديه ، أو
في القم أو بالأخذ ، أو بالأزدراد يتبين حصول الملك قبيله ؟ أوجه :
ومنها : الوضع بين يدي الزوج الخال على الاعطاء .
وهيها : ما ذكره الجرجاني في المعاينة : أن الساب إذا وطئ المسبية كان متمسكا لها ،
وهو غريب عجيب :

قلت : الأخير - إن صح - داخل في الغنيمة ، والذي قبله داخل في المعارضات :
كسائر صور الخلع ، وكذا الصدقات :
وأما مسألة الضيف : فيلبي أن يغبر عنها بالإباحة : لتدخل هي وغيرها من الاباحات
التي ليست بجهة ، ولا صدقة . ويعبر عن الدية والغرة بالجنانية . ليشمل أيضا دية الأطراف
والمنافع والجرح والحكومات :
وقد قلت قديما :

وفي الكفاية أسباب التملك خذ ثمانيا ، وعليها زاد من لحقه
الأرث ، والهبة ، الإحياء ، الغنيمة ، والمعارضات ، الوصايا ، الوقف ، والصدقة
والوضع بين يدي زوج مخالعا والضيف ، والخلع للمغصوب والسرقة
كذا الجنانية مع تملك لقطته والوطء للشيء فيما قال من سبقه
قلت : الأخيرة إن صححت فداخلة في الغنم : والخلع في التعويض كالصدقة

الثالثة

قال العلائي : لا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير اختياره ، إلا في الارث اتفاقا ،
والوصية : إذا قيل : إنها تملك بالموت ، لا بالقبول : والعبد ، إذا ملك شيئا ، فإنه يصح
قبوله بغير إذن السيد ، في أجد الوجهين : فيدخل في ملك السيد بغير اختياره : وكذلك غلة

الموقوف عليه ، ونصبت الصداق إذا طلق قبل الدخول ، والمعيب إذا رد على البائع به ، وأرش الجنائية ، وثمن النقص إذا تملكه الشفيع : والمبيع إذا تلف قبل القبض ، دخل الثمن في ملك المشتري ، وكذلك بما ملكه من الثمار ، والماء التابع في ملكه : وما يستظف به من الثلج ، أو ينبت فيه من الكأ ، ونحوه :

قلت : وما يقع فيه من صيد ، وصار مقدورا عليه ، بثوحيب وغيره ، على وجه ، والابراء من الدين ، إذا قلنا : إنه تملك لا يحتاج إلى قبول ، في الأصح المنصوص ، ولا يرتد بالرد على الأصح في زوائد الروضة :

الرابعة

المبيع ونحوه من المعاوضات يملك بتمام العقد ، ولو كان خيار مجلس ، أو شرط : فهل الملك في زمن الخيار للبائع ، استصحابا لما كان أو المشتري ، لتمام البيع باليجاب والقبول ، أو موقوف إن تم البيع ، بان أنه للمشتري من حين العقد ، وإلا فللبائع ؟ أقوال :

وصحح الأول فيما إذا كان الخيار للبائع وجده ،

والثاني : إذا كان للمشتري وحده ،

والثالث : إذا كان لهما :

وهذه المستئلة من غرائب الفقه ، فإن لها ثلاثة أحوال ، وفي كل حال ثلاثة أقوال ،

وصحح في كل حال من الثلاثة :

ويقرب منها : الأقوال في ملك المرتد ،

فالأظهر : أنه موقوف : إن مات مرتدا بان زواله من الردة ، وإن أسلم بان أنه لم يزل لأن بطلان أعماله : يتوقف على موته مرتدا ، فكل ذلك ملكه .

والثاني : أنه يزول بنفس الردة ، لزوال عصمة الاسلام ، وقياسا على النكاح .

والثالث : لا ، كالأقوال المحصن :

قال الرافعي : والخلاف في زوال ملكه يجري أيضا في ابتداء التملك إذا اصطاد ، واحتطب ، فعلى الزوال لا يدخل في ملكه ، ولا يثبت الملك فيه لأهل النية ، بل يبقى على الاباحة ، كما لا يملك المحرم الصيد إذا اصطاده ، ويبقى على الاباحة ، وعلى مقابله يملكه ، كالجرب ، وعلى الوقف موقوف :

ويقرب من ذلك أيضا : ملك الموصى له الموصى به ، وفيه أقوال ،

أحدها : يملك بالموت :

والثاني : بالقبول ، والملك قبله للورثة ، وفي وجه : للميت ،

والثالث : - وهو الأظهر - موقوف : إن قبل ، بان أنه ملكه بالموت ، وإلا بان أنه كان للوارث :

ويقرب من ذلك أيضا : الموهوب ، وفيه أقوال :
أظهرها : يملك بالقبض ، وفي القديم بالعقد ، كالمبيع :
والثالث : موقوف : إن قبضه ، بان أنه ملكه بالعقد :
ويقرب من ذلك أيضا :

الأقوال في أن الطلاق الرجعي ، هل يقطع النكاح ؟
ففي قول : نعم ، وفي قول : لا :

وفي قول موقوف ، إن راجع بان بقاء النكاح ، وإلا بان زواله من حين الطلاق :-

فوائد

الخلاف ينبنى عليه في المبيع ، والموصى به : كسب العبد ، وما في معناه ، كاللبن ،
والبيض ، والتمر ، ومهر الجارية الموطوءة بشبهة ، وسائر الزوائد ، فهي مماوكة لمن له
الملك : وموقوفة عند الوقف :

وينبنى عليه أيضا : النفقة ، والفطرة ، وسائر المؤن ، كما صرح به الرافعي في الموصى .
به : وابن الرفعة في المبيع ، خلافا لقول الجبلي : إنها على قول الوقف عليهما ، أو ينبنى
على الخلاف في المرتد صحة تصرفاته :

فعلى الزوال : لا يصح منه بيع ، ولا شراء ، ولا إعتاق ، ولا وصية ، ولا غيرها :
وعلى مقابله : هو ممنوع من التصرف ، محجور عليه : كحجر المفلس ، فيصح منه
ما يصح من المفلس ، دون غيره :

وعلى الوقف : يوقف كل تصرف يحتمل الوقف ، كالعق والتدبير والوصية :

ومالا يقبله : كالمبيع والهبة والكتابة ونحوها باطلة :

ولا يصح نكاحه ولا إنكاحه لسقوط ولايته .

وفي وجه : أنه يجوز أن يزوج أمته ، بناء على بقاء الملك :

وعلى الأقوال كلها : يقضى ، منه دين لزمه قبلها .

وقال الاصطخري : لا ، بناء على الزوال وينفق عليه ، منه .

وفي وجه : لا ، بناء على الزوال وينفق على زوجات وقت نكاحهن ، وقريب ويقضى

منه غرامة ما أظلمه في الردة :

وفي وجه : لا ، بناء على الزوال :

تتبيه

دخل فيما ذكرناه

أولاً : الإجارة ، فتملك الأجرة أيضاً بنفس العقد ، سواء كانت معينة أو في الذمة ، كما صرح به القاضى حسين وغيره .
ويملك المستأجر المنفعة في الحال أيضاً ، وتحدث على ملكه .
وفي البحر : وجه غريب ، أنها تحدث على ملك المؤجر .
وبنى على ذلك : إجارة العين من مؤجرها بعد القبض .
فان قلنا : تحدث على ملك المؤجر ، لم يميز لثلاثي إلى أنه يملك منفعة ملكه كما لا يتزوج بأتمته ، وإن قلنا : يحدث على ملك المستأجر ، جاز :

فصل

وفما يملك به القرض قولان مستنبطان ، لامنصوصان .
أظهرهما : بالقبض والثاني : بالتصرف .
قال الرافعي : ومعناه أنه إذا تصرف تبين ثبوت ملكه قبله ، كذا جزم به .
وفي البسيط وجه : أنه يستند الملك إلى العقد .
قلت : فعلى هذا فيه أيضاً ثلاثة أقوال .
ثالثها . الوقت فان تصرف ، بان أنه ملكه بالعقد وإلا فلا .
ثم المراد : كل تصرف يزيل الملك ، وقيل يتعلق بالرقبة ، وقيل : يستدعى الملك ،
وقيل : يمنع رجوع البائع عند الإفلاس والواهب :
فعلى الأوجه : يكفى البيع والهبة والإعتاق والإتلاف ، ولا يكفى الرهن والتزويج :
والإجازة والطحن والحبز والذبح على الأول .
ويكفى ماسوى الإجارة على الثاني ، وما سوى الرهن على الثالث .

فصل

يملك العامل حصته في المساقاة : بالظهور على المذهب ، وفي القراض قولان :
أحدهما : كذلك ، والأظهر بالقسمة .
والفرق : أن الربح في القراض وقاية لرأس المال بخلاف الثمرة ، وينبئ على القولين :
الزكاة .

نعلى الثاني : يلزم المالك زكاة الجميع ، فان أخرجها من ماله حسبت من الربح .
وعلى الأول : يلزم المالك زكاة رأس المال ، وحصته من الربح . ويلزم العامل زكاة
حصته للخطأ .

ولو كان في المال جارية فوطئها العامل وأحبها ، فعلى الثاني لا يثبت الاستيلاء وعلى الأول يثبت في نصيبه ويقوم غايه الباقي إن كان موسرا ؛

فصل

ما يملك بالاحياء باب واسع ، والكتاب الخامس به أجدر ؛

فصل

في الملك ، في رقبة الموقوف أقوال :

أصحها : أنه انتقل إلى الله .

والثاني : أنه للموقوف عليه .

والثالث : باق على ملك الواقف .

وقيل : إن كان الوقف على معين ، فهو ملكه قطعاً ؛

فصل

دية القتل ، هل تثبت لورثته ابتداء عقب هلاك المقتول ، أو بقدر دخولها في ملكه في آخر جزء من حياته ، ثم تنتقل إلى الورثة ؟ قولان : أظهرهما الثاني :

قال الرافعي : لأنها تنفذ منها وصايا وديونه ، ولو كانت للورثة لم يكن كذلك ؛

قال الشيخ برهان الدين بن الفركاج : وكلامه يقتضي الاتفاق على أنه يقضى منها

الديون والوصايا ؛

وفي البيان : أن الشيخ أبا إسحاق صرح بذلك : أي الاتفاق ، وأن الذي يقتضيه المذهب

أنه يبنى على القولين متى تجب الدية .

ومن الفروع المبنية عليهما :

مالو أذن له في قتله ، فقتله أو في قطعه ، فسرى ؛

فإن قلنا : يجب للورثة ابتداء ؛ وجبت الدية وإلا فلا ؛

ولو جنى المرهون على نفس من يرثه السيد خطأ أو عفا على مال ؛ فإن قلنا : يجب

للورثة ابتداء ، لم يثبت مال فيبقى رهنا وإلا فوجهان يجريان فيما لو جنى على طرفه وانتقل

إلى سيده بالارث .

وقد نقل في الشرح والروضة : أن أصحهما عند الصيقلاني والامام ، أنه لا يثبت كما

لا يثبت ابتداء ، وأن العراقيين قطعوا بالثبوت ، وبيع فيه .

وصحح الرافعي في النكاح الثاني ؛

وفي الشرح الصغير الأول ؛

فصل

ويملك الارث بمجرد الموت ، ولو كان على التركة دين على الصحيح :
والقديم : أن الدين يمنع انتقال التركة إلى ملك الوارث .
وهل يمنع انتقال قدره أو كلها ؟ قولان : في الشرح بلا ترجيح ؛
وينبئ على التواين : ما لو حدث في التركة زوائد ، فعل الصحيح : لا يتعلق بها حق
الغرماء ، وعلى الآخر يتعلق ؛
وينبئ عليهما أيضا :

مسئلة

وقعت في أيام ابن عدلان وابن اللبان وابن القماخ والسبكي والسنكلوي؛ وابن الكتاني؛
وبن الأنصاري ، وابن البليغاني ؛
وهي : ما لو كان الدين للوارث ، فهل يسقط منه بقدر ما يلزمه أداءه من ذلك الدين
لو كان لأجنبي ؟ حتى لو كان جائزا والدين بقدر التركة سقط كله ؛
فأفتى جماعة : بأن لا يسقط وبأنه أخذ للتركة إرثا ، والدين باق في ذمة الميت ، لأن
التركة دخلت في ملكه بمجرد الموت ، إذ الدين لا يمنع الارث فلا يثبت له في ملكه شيء ؛
وأفتى جماعة بالسقوط وقالوا : إنه يؤثر في نقصان مجموع المأخوذ ، فيكون أخذ قدر
الدين عن دينه لا إرثا ، والباقي إرث ؛
وهؤلاء استندوا إلى تقديم الدين على الارث ، مع القول بأنه يمنع الارث .
وأفتى السبكي بالسقوط وعدم التأثير بالتقصان وألف في ذلك كتابا سماه (منية الباحث
عن دين الوارث) وخلصه في فتاويه .

فقال : يسقط من دين الوارث ما يلزمه أداءه من ذلك الدين ، لو كان لأجنبي ، وهو
نسبة إرثه من الدين ، إن لم يزد الدين على التركة ، وبما يازم الورثة أداءه منه إن زاد ؛
ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب أداءه على قدر حصصهم .
وقد يقضى الأمر إلى التقاص إذا كان الدين للوارثين ، فإذا كان الوارث جائزا أو
لادين لغيره ودينه مساو للتركة أو أقل سقط وإن زاد سقط مقدارها ويبقى الزائد ، ويأخذ
التركة في الأحوال إرثا ، ويقدر أنه أخذها ديناً لأن جهة الملك أقوى ولا ينوقف على شيء
وجهة الدين تتوقف على إقباض أو تعويض ؛ وهما متعذران لأن التركة ملكه ؛
لكننا نقدر أخذها ، وإلما برئت ذمة الميت ، تقديرا محضاً لا وجود له ؛
ولو كان مع الدين الحائز دين أجنبي ، قدرنا الدينين الأجنبيين ، فما خص دين الوارث
سقط واستقر نظيره ، كدينارين له ودينار لأجنبي ، والتركة ديناران ، فله دينار وثلث

إرثا ، وسقط نظيره وبقي له في ذمة الميت ثلثا دينار ، ويأخذ الأجنبي ثلثي دينار ويبقى له ثلث دينار :

ولو كان الوارث اثنين لأحدهما ديناران ولآخر دينار ، فلصاحب الدينارين من ديناره الموروث ثلثاه ، ومن دينار أخيه ثلثه ، والثلث الباقي من ديناره مقاصص به أخاه فيجتمع له دينار وثلث ، ولأخيه ثلثان ومجموعهما ديناران ، وهو اللازم لهما ، لأن الذي يلزم الورثة أداؤه أقل الأمرين : من الدين ومقدار التركة :

ولو كان زوجة وأخ والتركة أربعون والصدقات عشرة ، فلها عشرة إرثا وسبعة ونصف من نصيب الأخ دينا ، وسقط لها ديناران ونصف نظير ربع إرثها ، ازدحم عليه جهتا الإرث والدين :

ولو قلنا : بأن السبعة ونصفا من أصل التركة ، لسقط ربعها المخصص بها ، وهلم جرا إلى أن لا يبقى شيء ، ولأنه لو عاد له ثلاثة أرباع الاثنين ونصف لكان بغير سبب ولزاد إرثه ونقص إرثها عما هو لها :

وقد بان بهذا : أنه لا يختلف المأخوذ ، وسواء أعطيت الدين أولا ، أم بعد القسمة : والحاصل لها على التقديرين سبعة عشر ونصف :

والطريق الأول : هو الذي عليه عمل الناس ، وهو أوضح وأسهل يتمشى على قول من يقول : إن التركة لا تنتقل قبل وفاء الدين :

والطريق الثاني : أدق ، وهو مبني على أن التركة تنتقل قبل وفاء الدين ، وهو الصحيح :

ويترتب عليه : أنه لا يجوز لها أن تدعى ، ولا تحلف لإعلى النصف والربع ، وكذا لا تتعوض ولا تقبض ولا تبرئ إلا من ذلك :

قال : وأما ما زاد على قدر التركة ، فلا يسقط ومن تجزئ ذلك فهو غلط .

فان قلت : ما ادعيته من السقوط لا بد فيه من الاستناد إلى شيء من كلام الأصحاب وإلا فقد ظن بعض الناس أن بالسقوط يتفاوت المأخوذ ، وظن آخرون أن لاسقوط أصلا

قلت : أما من ظن أن لاسقوط أصلا ، فكلامه متجه إذا قلنا : التركة لا تنتقل :

فان قلنا بالانتقال ، فلا :

وأما من ظن التضاروت ، فليس بشيء :

وأما كلام الأصحاب الدال على ما قلناه ، ففي موضعين :

أحدهما : في الجراج ، إذا خلفت زوجته حاملا وأخا لأب ، وطبعا ، فجنى عليها

فأجهضت .

قالوا : يسقط من حق كل واحد من الغرة ما يقابل ملكه ، لأنه لا يثبت للإنسان على

ملكه حق .

وذكروا طريقين في كيفية السقوط :
أحدهما : طريقة الامام والرافعي : أنه يسقط نصيب الأخ كله لأنه أقل من ملكه ،
ومن نصيب الأم ما يقابل ملكها ، وهو الربع ويبقى لها نصف سدس الغرة ، يرجع به على
الأصح :

وأصحهما طريقة الغزالي : أنه يسقط من حقها من الغرة ربعه ، لأنه المقابل لملكها
ومن جقه ثلاثة أرباعه ويبقى لها سدس الغرة ، ولها عليه نصف سدسها ، والواجب في
الغداء أقل الأمرين ، وربما لا تبقى حصتها بأرثها وتبقى حصته بأرثه ، فإذا سلمت : تعطل
عليه ما زاد ولم يتعطل عليها :
مثاله : الغرة ستون وقيمة العبد عشرون ، وسلم : ضاع عليه خمسة وصار له خمسة
ولها خمسة عشر .

الموضع الثاني في الاجارة

أجر دارا من ابنه بأجرة قبضها واستنفقها ومات عقب ذلك عنه وعن ابن
آخر ، وقلنا تنسخ الاجارة في نصيب المستأجر ، فقتضى الانساخ فيه الرجوع بنصف
الأجرة يسقط منه نسبة إرثه ، وهو الربع ويرجع على أخيه بالربع في هذين الموضعين يؤخذ
ما ذكرناه من السقوط ، انتهى كلام السبكي في فتاويه :

فصل

يملك الصداق بالعقد

لا أعلم في ذلك خلافا عندنا ،
فلو مات ، أو أفلس ، وعليه صداق لزوجته دخل بها ، وصداق لأخرى ، لم يدخل
بها لم يقدم المدخول بها ، بل يستويان ، كما أفتيت به : نخرجنا من هذه القاعدة :
وأما النصف العائد بالطلاق ، ففيه أوجه : أصحها : أنه يملكه بنفس الطلاق :
والثاني : أنه لا يملكه ، إلا باختيار التملك ،
والثالث : لا يملك ، إلا بقضاء القاضي :
وينبئ على الأوجه : الزوائد الحادثة بعد الطلاق :

فصل

في ملك الغائمين

الغنيمة : أوجه أصحها : لا يملكون إلا بالقسمة ، أو اختيار التملك ، لأنهم لو
ملكوا . لم يصح إعرضهم ولا إبطال حتمهم عن نوع بغير رضاهم :

ولا شك أن الامام : أن يخص كل طائفة بنوع من المال ة
والثاني : يملكون بالحيازة ، والاستيلاء التام ، لأن الاستيلاء على ما ليس بمعصوم
من المال سبب للملك . ولأن ملك الكفار زال بالاستيلاء : ولو لم يملكوا لزال الملك إلى
غير مالك : لكنه ملك ضعيف ، يسقط بالاعراض :
الثالث : موقوف : إن سلمت الغنيمة ، حتى قسموها : فإن أنهم ملكوا بالاستيلاء
وإن تلفت ، أو أعرضوا . تينا عدم الملك .

وحيث أن هذه المسئلة من نظائر المسائل المتقدمة ة

المسئلة الخامسة

في الاستقرار

يستقر الملك في المبيع ، ومحوه : من المسلم فيه ، والمصالح عليه ، والصدقات المعين
بالتسليم ة

وتستقر الأجرة في الإجارة : بالاستيفاء ، وبقبض العين المستأجرة ، وإمساكها حتى
مضت مدة الإجارة ، أو مدة إمكان السير إلى الموضع الذي استأجر للركوب إليه . وإن لم
ينتفع : وسواء إجارة العين والذمة :

وتستقر في الإجارة الفاسدة : أجرة المثل بذلك ة

قال الأصحاب : ويستقر الصداق بواحد من شيئين : الوطاء ، والموت :
وأورد في المهمات عليهم : أنه لا بد من القبض في المعين أيضا ، لأن المشهور أن
الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد ، كالبيع ، فكما قالوا : إن المبيع قبل القبض ،
غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض : فكذلك الصداق :

وأجيب : بأن المراد بالاستقرار هنا : الأمن من سقوط المهر ، أو بعضه بالتشطر .
وفي المبيع : الأمن من الانفساخ .

فالمبيع : إذا تلف : انفسخ البيع ة

والصدقات المعين ، إذا تلف قبل القبض : لم يسقط المهر ، بل يجب بدل البضع ،

فاقرن البابان ة

ذكره الشيخ ولي الدين في نكته ة

وقال القاضي جلال الدين البلقيني : لم يبيح الأصحاب معنى الاستقرار في باب
الصدقات ، حتى نحى معناه على بعض المتأخرين ، فما ورد عليهم أنه لا بد من
قبض المعين :

وليس الأمر كذلك ؛ فإن معنى الاستقرار في الصداق : عينا كان ، أو دينا ،
الأمّن ، من تشطّره بالفراق قبل الدخول ، ومن سقوطه كله بالفرقة من جهتها قبله ؛
وهذا الاستقرار يكون في الصداق المعين ، والذي في الذمة ، وجميع الديون التي
في الذمة بعد لزومها ، وقبض المقابل لها : مستقرة لإدنا واحدا : هو دين السلم فإنه وإن
كان لازما فهو غير مستقر وإنما كان غير مستقر لأنه يصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه ؛
فينسخ العقد ؛

فمعنى الاستقرار في الديون اللازمة من الجانبين : الأمّن من فسخ العقد ، بسبب تعذر
حصول الدين المذكور ، لعدم وجود جنسه : وامتناع الأعتياض عنه ؛ وذلك مخصوص
بدين السلم : دون بقية الديون ؛
وأما دين الثمن بعد قبض المبيع : فإنه أمّن فيه الفسخ المذكور ، وإن تعذر حصوله
بانقطاع جنسه جاز الأعتياض عنه ، وكذا الفسخ بسبب رد بعيب ، أو إقالة ،
أو تحالف ، اه ؛

المسئلة السادسة

المالك : إما للعين والمنفعة معا ، وهو الغالب : أول العين فقط ، كالعبد الموصى بمنفعته
أبدا رقبته ملك للوارث : وليس له شيء من منافعه ، وعليه نفقته ومؤنته : ولا يصح بيعه
لغير الموصى له ، ويصح له إحتاقه ، لاعن الكفارة ، ولا كتابته : وله وطؤها إن كانت
ممن لا تحبل ، والأفلا ؛
وفي كل من ذلك خلاف ؛

وإما للمنفعة فقط ، كما نافع العبد الموصى بمنفعته أبدا ، وكالمستأجر ، والموقوف
على معين ؛

وقد يملك الانتفاع دون المنفعة كالمستعير : والعبد الذي أوصى بمنفعته مدة حياة الموصى
له : وكالموصى بخدمته وسكنائها : فإن ذلك إباحة له ، لا تملك ؛
وكذا الموقوف على غير معين ، كالربط ، والطعام المقدم للضيف ؛
وكل من ملك المنفعة ، فله الإجارة ، والإعارة ؛

ومن ملك الانتفاع ، فليس له الإجارة قطعا ، ولا الإعارة في الأصح ؛
ونظير ذلك : الأمة المزوجة : إذا وطئت بشبهة ، أو إكراه ، فإن مهرها للسيد : لأنه
مالك البضع ، لا الزوج . لأنه لم يملكه ، بل ملك الانتفاع به ؛
وكذا الحرة : إذا وطئت بشبهة : مهرها لها ، لا تزوجها ؛ فإنه ملك الانتفاع
بعضها دونه ؛

قال العلائي : ومن ذلك أيضا : الإقطاع وعلى الرأى المختار ، فان المقطع لم يملك إلا أن يلتزم ، بدليل الاسترجاع منه ، متى شاء الإمام . فليس له الإجارة ، إلا أن يأذن له الإمام أو يستقر العرف بذلك . كما في الإقطاعات بديار مصر :

قال : وهذا هو الذى كان يفتى به شيخنا برهان الدين ، وكمال الدين ، وهو اختيار شيخهما تاج الدين الفزارى ،

والذى أفتى به النووى : صحة إجارة الإقطاع : وشبهه بالصداق قبل الدخول .

قال العلائي : وفى ذلك نظر ، لأن الزوجة ملكت الصداق بالعقد ملكا تاما ، وإذا قبضته كان لها التصرف فيه بالبيع وغيره ، والإقطاع ليس كذلك .

وقد قال الرافعى : إن الوصية بالمنافع اذا كانت مطلقة أو مقيدة بالتأييد أو بمدة معينة كالسنة مثلا يكون تملكها لها بعد الموت ، فتصح إيجارتها وإعارتها ، والوصية بها وتقل عن الموصى له بموته إلى ورثته :

ثم قال : أما إذا قال أوصيت لك بمنافعه مدة حياتك فهو إباحة وليس بتملك وليس له الإجارة ، وفى الاعارة وجهان :

وإذا مات الموصى له رجع الحق إلى ورثة الموصى ؛

وهذه المسألة أشبه شىء بالإقطاع ، لأنه مقيد برفا بجياة المقطع ، وإذا مات بطل ل هو أضعفت من الوصية ، لأنه قد يسترجع منه فى حياته بخلاف الوصية اه :

خاتمة

فى ضبط المال والمتمول

أما المال ، فقال الشافعى رضى الله عنه : لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه ، وإن قلت وما لا يطرحه الناس ، مثل الفلوس وما أشبه ذلك انتهى .

وأما المتمول : فذكر الامام له فى باب القمطة ضابطين .

أحدهما : أن كل ما يقدر له أثر فى النفع فهو متمول ، وكل ما لا يظهر له أثر فى الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول :

الثانى : أن المتمول هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار .

والخارج عن المتمول : هو الذى لا يعرض فيه ذلك :

القول فى الدين

اختص بأحكام

الأول : جواز الرهن به فلا يضح بالأعيان المضمونة بحكم العقد كالمبيع والصداق أو بحكم اليد ، كالمغصوب والمستعار والمأخوذ على جهة السوم أو بالمبيع الفاسد :

وقف وجه ضعيف : يجوز كل ذلك :
لكن في فتاوى التتفال : لو وقف كتابا وشرط أن لا يعار إلا برهن ، اتبع شرطه ،
وقال السبكي في تكملة شرح المهذب :

فرع

حدث في الأعصار القرية وقف كتب ، يشترط الواقف أن لاتعار إلا برهن أو لاتخرج
من مكان تحميسها إلا برهن ، أو لاتخرج أصلا :

والذي أقول في هذا إن الرهن لا يصح بها لأنها عين مأدونة في يد موقوف عليه ،
ولا يملك لها عارية أيضا ، بل الأخذ لها إن كان من الوقف استحق الانتفاع ويده عليها
يد أمانة ، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ، وإن أعطاه كان رهنا فاسدا ويكون في يد خازن
الكتب أمانة ، لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها ، والرهن أمانة ،
هذا إذا أريد الرهن الشرعي .

وإن أريد مدلوله لغة ، وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح ، وإذا لم
يعلم مراد الواقف ، فيحتمل أن يقال بالبطلان في الشرط المذكور حملا على المعنى الشرعي
ويحتمل أن يقال بالصحة حملا على اللغوي وهو الأقرب تصحيحا للكلام . أمكن :
وحيث لا يجوز إخراجها بدونه ، وإن قلنا : بطلانه لم يجوز إخراجها به لتعديده ولا
بدونه ، إما لأنه خلاف شرط الواقف وإما لفساد الاستثناء فكأنه قال : لاتخرج مطلقا ،
ولو قال ذلك ، صح لأنه شرط فيه غرض صحيح ، لأن إخراجها مظنة ضياعها ،
بل يجب على ناظر الوقف أن يمكن كل من يقصد الانتفاع بتلك الكتب في مكانها ،
وفي بعض الأوتاف يقول : لاتخرج إلا بتذكرة ، وهذا لا بأس به ولا وجه لبطلانه :
وهو كما حملنا عليه قواه «إلا برهن» في المدلول اللغوي ، فيصح :

ويكون المقصود : أن تجوز الواقف الانتفاع لمن يخرج به مشروط بأن يضع في خزنة
الوقف ما يتذكر هويه إعادة الموقوف ، ويتذكر الخازن به مطالبته فيذبحي أن يصح هذا .
وتى أخذه على غير هذا الوجه الذي شرطه الواقف ، فيمتنع ولانقول : بأن تلك التذكرة
تبقى رهنا ، بل له أن يأخذها ، ناذا أخذها طالبه الخازن برد الكتاب ، ويجب عليه أن
يرده أيضا بغير طلب :

ولا يبعد أن يحمل قول الواقف «الرهن» على هذا المعنى حتى يصح إذا ذكره بلفظ
الرهن ، تنزيلا للفظ على الصحة ما أمكن :

وحيث لا يجوز إخراجها بالشرط المذكور ويمتنع بغيره ولكن لا يثبت له أحكام الرهن
ولا يستحق منعه ، ولا بدل الكتاب الموقوف ، إذا تلف بغير تقريط ، وأو تلف بتقريط

ضمته ولكن لا يتعين ذلك المرهون لوفائه ، ولا يمتنع على صاحبه التصرف فيه انتهى ،
الثاني : صحة الضمان بها أداء ،
فأما الأعيان ، فان لم تكن مضمونة على من هي في يده ، كالوديعة والمال في يد الشريك
والوصى والوكيل ، فلا يصح ضمانها قطعا وإن كانت مضمونة صح ضمان ردها على المذهب
| ولا يصح ضمان قيمتها لو تلفت على الصحيح ، لأنها قبل التلف غير واجبة .
الثالث قبول الأجل ، فلا يصح تأجيل الأعيان .
ولو قال : اشترت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا : لم يصح ، لأن الأجل
شرع رفقا للتحصيل ، والمعين حاصل .

فوائد

الأولى

ليس في الشرع دين لا يكون إلا حالا ، إلا رأس مال السلم وعقد الصرف ، والربا في
الذمة ، والقرض وكل مال متلف قهري والأجرة في إجارة الذمة ، وفرض القاضى مهر
المثل على الممتنع في المفوضة ، وعقد كل نائب أو ولي لم يؤذن له في التأجيل لفظا أو شرعا .
وليس فيه دين لا يكون إلا مؤجلا ، إلا الكتابة والدية .
وإيس فيه دين يتأجل ابتداء بغير عقد ، إلا في الفرض للمفوضة إذا تراضيا ،

الثانية

ما في الذمة لا يتعين إلا قبض مكلف بصبر ، إلا في صورتين :
الأولى : إذا خالها على طعام في اللمة وأذن في صرفه لولده منها هـ
والأخرى : النفقة التي في اللمة ، إذا أتفق على زوجة صغيرة أو مجنونة بإذن الولي ،
برى ، وإن لم يقبض المكلف .

الثالثة

الأجل : لا يحل قبل وقته إلا بموت المديون ،
ومنه : موت العبد المأذون وقتل المرتد وباسترقاقه إذا كان حربيا وبالجنون على ما وقع
في الروضة ، والأصح خلافه ،
ويستثنى من الموت : المسلم الجاني ولا عاقلة له ، تؤخذ الدية من بيت المال مؤجلة .
ولا تحل بموته .

وأواعترف وأنكرت العاقلة ، أخذت منه ، ووجلة فلو مات لم تحل في وجه هـ
ولو ضمن للدين مؤجلا ومات ، لم يحل في وجهه والأصح فيهما الحلول .!

ولا تحل بموت الدائن بلا خلاف ، إلا في صورة على وجه .
وهي : ما إذا خالعتها على إرضاع وأده منها ، وعلى طعام وصفه في ذمتها ، وذكر
تأجيله وأذن في صرفه للصبي ، ثم مات المختلج وكذا يحل بموت الصبي على وجه :
ولا يحل بموت ثالث غير الدائن والمدين ، على وجه إلا في هذه الصورة :

الرابعة

الحال لا يتأجل إلا في مدة الخيار ، وأما بعد الزوم فلا .
واستثنى الروياني والمتولي : ما إذا نذر أن لا يبطله إلا بعد شهر أو أوصى بذلك ،
قال البلقيني : والتحقيق لاستثناء ، فالحلول مستمر ، ولكن امتنع الطائب لعارض ،
كالإعسار .

على أن صورة النذر استشكلت ، فانه إن كان معسرا فالإنظار واجب .
والواجب : لا يصبح نذره ، أو موسرا قاصدا للأداء لم يصبح لأن أخذه منه واجب .
ولا يصبح إبطال الواجب بالنذر :
وقيد في المطلب مسألة الوصية : بأن تخرج من الثلث ، لقولهم في البيع بمؤجل : يحسب
كله من الثلث إذا لم يحل منه شيء قبل موته .

تذييب

قال في الرونق : الأجل ضربان : أجل ضرر وب بالشرع وأجل مضروب بالعقد :
فالأول : العدة والاستبراء والمهنة واللقطة والزكاة والعنة والإيلاء والحمل والرضاع
والخيار والحيف والظهر والنفاس واليأس والبلوغ ومسح الخلف والقصر :

والثاني أقسام

أحدهما : ما لا يصبح إلا بالأجل ، وهو الإجارة والكتابة ،
وانثاني : ما يصبح حالا ومؤجلا :
والثالث : ما يصح بأجل مجهول ولا يصح بمعلوم ، وهو الرهن والقراض والرقي ،
والعمرى :

والرابع : ما يصح بهما ، وهو العارية والوديعة .

الحكم الرابع

لا يصح بيع الدين بالدين قطعا

واستثنى منه : الحوالة للحاجة .

وأما يبيعه لمن هو عليه ، فهو الاستبدال وميثاق :

وأما لغير من هو عليه بالعين ، كأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو ، فقيه قولان أظهرهما في الشرحين والمحرر والمنهاج : البطلان ، لأنه لا يقدر على تسليمه ، والثاني : يجوز كالاستبدال ، وصححه في الروضة من زوائده : وشرطه على ما قال الهنوي ثم الرافي : أن يقبض كل منهما في مجلس العقد ما انتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما ، بطل العقد : قال في المطلب : ومقتضى كلام الأكثرين خلافه ، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحالك على معسر أو منكر - ولا يئنه له عليه - لا يصح جزاءه ، وكما لا يصح بيع الدين ، لا يصح رهنه ولا هبته على الصحيح :

ما يجوز فيه الاستبدال ، وما لا يجوز

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم ، لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض ، وبدل المتلف مثلا ، وقيمته وثمان المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم . قال الأسنوي : وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك : قال : وفي الدين الثابت بالحوالة : نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا ، ويحتمل أن ينظر إلى أصله ، وهو الحال به فيعطى حكمه . وحيث جاز الاستبدال ، جاز عن المؤجل حالا ، لعاكسه . ثم إن استبدال موافقا في علة الربا ، شرط قبضه في المجلس لانعينه في العقد أو غيره ، شرط تعينه في المجلس لاقى العقد ولا قبضه . قال في المطلب : وعلي هذا فتولم ، إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض ، محمول على ما بعد الزوم :

أما قبله : فيتعين برضاها وينزل ذلك منزلة الزيادة والخطه قال الأسنوي : وهذا الذي قاله جيد ، وهو يقتضى إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس ؟

الخامس

لا يجب فيه الزكاة إن كان ماشية ، وعلوه بأن السوم شرط وما في الذمة لا يوصف به ، واستشكله الرافي : بأن المسلم في اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة ، فكما يثبت في الذمة لحم راعية ، فلتثبت الراعية نفسها . وأجاب القنوي : بأن المدعى اتصافه بالسوم المحقق وثبوتها في الذمة سائمة أمر تقديري ، ولا يجب فيه أيضا إن كان معسرا ، لأن شرطه الزهو في ملكه ولم يوجد ، وإلا إن كان فقيرا :

كتابة أودينا آخر على المكاتب لعدم لزومه .
وأما إن كان عرضا ، ففي كتب الشيخين : أنه كالنقد .
وسوى في التتمة بينه وبين الماشية ، لأن مافي الذمة : لا يتصور فيه التجارة وادعى
تقي الخلاف .

وبذلك أفتى البرهان الفزارى : أنه لو أسلم في عرض ، بنية التجارة لم تجب فيه الزكاة .
قال : لأنه لم يملكه ملكا مستقرا .

أما كونه غير مستقر ، فواضح :
وأما كون الاستمرار : شرط وجوب الزكاة ، فلقولهم في الأجرة : لا يلزمه أن يخرج
إلا زكاة ما استقر :

قال : والسلم أولى بعدم الوجوب من الأجرة ، لأنها مقبوضة ، يملك التصرف فيها
بخلافه .

قال : وقول الرافعي : إن العرض تجب فيه الزكاة محمول على ما إذا ثبت في الذمة
بالقرض انتهى .

وفي البحر ، والحاوي : المسلم فيه للتجارة ، لا تجب زكاته ، قولنا واحدا . فإذا قبضه
استأنف الحول .

قال في الخادم : وإذا قلنا بوجوبه ، فلا يدفع حتى يقبض : وهل يقوم بحالة الوجوب
أو القبض ؟ فيه نظر .

والصواب : اعتبار أقل القيمتين كالأرض ، فإن الزكاة مواساة انتهى .
وأما التبت : فالجديد : وجوب الزكاة فيه ، ثم إن كان حالا وتيسر أخذه - بأن كان
على مليء مقر حاضر باذل وجب إخراجها في الحال . وإن كان مؤجلا ، أو على معسر
أو منكسر ، أو مهامل ، لم تجب حتى يقبض .

قال الزركشي : وهل يتعلق به تعلق شركة ، كالأعيان ، أولا ؟
لم أر من صرح به :

فإن قلنا به ، فهل يسمع دعوى المالك بالكل ، لأن له ولاية القبض ، لأجل أداء
الزكاة ؟ وإذا حلفت ، فهل يخاف على الكل ؟ أو يقول : إنه باق في ذمته ، وأنه يستحق
قبضه ؟ ينبغي الثاني :

ما يمنع الدين وجوبه وما لا يمنع

فيه فروع

الأول : الماء في الطهارة ، يمنع الدين وجوب شرائه .

قال في الكفاية : ولا فرق بين الحال ، والمؤجل .

الثاني : السرة ، كذلك ۞

الثالث : الزكاة ، وفيها أقوال ۞ أصحابها : لا يمنع وجوبها ، لأنها تتعلق بالعين ، والدين بالذمة ۞

فلا يمنع أحدهما الآخر ، كالدين ، وأرض الجنانية ۞

والثاني : يمنع ، لأن ملكه غير مستقر ، لتسلط المستحق على أخذه ، وقيل : لأن مستحق الدين تلزمه الزكاة ۞

فلو أوجبنا على المدين أيضا ، لزم منه ثنية الزكاة في المال الواحد ۞

والثالث : يمنع في الأموال الباطنة ، وهي : النقد ، وعروض التجارة ، دون الظاهرة .

وهي : الزروع : والثمار . والمواشي : والمعادن ، لأنها تامة بنفسها ، وسواء كان الدين حالا أو مؤجلا ، من جنس المال ، أو غيره ، لآدمي ، أو لله : كالزكاة السابقة ، والكفارة والنذر ۞

الرابع : زكاة الفطر ۞ نقل الإمام الاتفاق على أن الدين يمنع وجوبها ، كما أن الحاجة إلى صرفه في نفقة القريب تمنعه ۞

قال : ولو ظن ظان أنه لا يمنعه ، كما لا يمنع وجوب الزكاة ما كان مبعدا ۞

ونقل النووي في نكته على التنبيه : منع الوجوب عن الأصحاب : ومشى عليه في الخاوي الصغير ، لسكن صحح الرافي في الشرح الصغير ۞ أنه لا يمنع ، وهو مقتضى كلامه في الكبير .

الخامس : الحج يمنع الدين وجوبه حالا ۞ كان ، أو مؤجلا ۞

وفي وجه : إن كان الأجل ينقضي بعد رجوعه من الحج : لزمه ، وهو شاذ ۞

السادس : الكفارة ، والظاهر أن الدين يمنع وجوب الاعتاق ۞

ولم أر من صرح به ، إلا أن الأذرعى في القوت قال : ينبغي أن تكون كالحج ۞

السابع : العقل ، ويمنع تحمله أيضا فيما يظهر ۞

الثامن : نفقة القريب ۞

التاسع : سراية الاعتاق ، لا يمنعه الدين في الأظهر ۞

فلو كان عليه دين بقدر ما في يده ، وهو قيمة الباقي ، قوم عليه ، لأنه مالك له نافذ

تصرفه ، ولهذا لو اشترى به عبدا وأعتقه نفذ ۞

والثاني : لا ؛ لأنه غير موسر ۞

تمة

والأصح : أن لا يمنع ملك الوارث التركة كما تقدم ، ولا صحة الوصية ، ولا شراء القريب ؛
ويمنع نفوذ الوصية ، والتبرع ، وتصرف الوارث في التركة ، حتى يقبضه ، وجواز الصدقة ، ما لم يرج وفاء .

ما ثبت في الذمة بالاعسار ، وما لا يثبت

قال في شرح المهذب : الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ثلاثة أضرب ؛
ضرب يجب ، لا بسبب مباشرة من العبد ؛ كزكاة الفطر ، فإذا عجز عنه وقت الوجوب : لم يثبت في ذمته ، فلو أيسر بعد ذلك ، لم يجب ؛
وضرب : يجب بسبب من جهته ، على جهة البدل ؛ كجزاء الصيد ، وفدية الحلق ، والطيب ، واللباس في الخلع ، فإذا عجز عنه وقت وجوبه وجب في ذمته ، تغليبا لمعنى الغرامة ، لأنه إتلاف محض ؛

وضرب : يجب بسبب مباشرة ؛ لاعلى جهة البدل ، ككفارة الجماع في رمضان ، وكفارة اليمين ، والظهار ، والقتل ، ودم التمتع ، والقران ، والنذر ، وكفارة قوله « أنت على حرام » فيها قولان مشهوران . أصحهما : يثبت في الذمة ، ففى قدر عليه : لزمه ؛
والثانى : لا ، وتشبهها بجزاء الصيد أولى من الفطرة ، لأن الكفارة مؤاخذة على فعله ، كجزاء الصيد ، بخلاف الفطرة ؛ انتهى ؛
قلت : ولو لزم الفدية الشيخ المهرم عن الصوم ، وكان معسرا ؛ ففى الروضة ، وأصلها : قولان في ثبوتها في ذمته ، كالكفارة .

قال في شرح المهذب : وينبغى أن يكون الأصح هنا : أنها تسقط ؛ ولا تلزمه إذا أيسر ، كالفطرة ، لأنه عاجز حال التكليف بالفدية ، وليست في مقابلة جنائية ، بخلاف الكفارة .

فالأقسام على هذا أربعة .

وفى الجواهر للقمولى : لو نذر الصدقة كل يوم بكذا ؛ فموت أيام وهو معسر ؛ ثبتت في ذمته ؛

ولو ماتت زوجته وهو غائب ، فجهزت من مالها ؛ لم يثبت في ذمة الزوج ؛

أقضى به القاضى جلال الدين البلقينى .

تذنيب

من الغريب قول القاضي حسين : إن الطلاق يثبت في الذمة ؛
قال السبكي : حكيت مرة لابن الرفعة . فقال : عمرى ماسمعت ثبوت طلاق في
الذمة ؛

قال : ولا شك أن ابن الرفعة سمعه ، وكتبه مرات ؛
لكنه لغرابته ونيكارته ، لم يبق على ذهنه ؛

ويتفرع على ذلك فروع

ما يقدم على الدين ، وما يؤخر عنه

قال في الروضة ، وأصلها في الإيمان : إذا وفيت التركة بحقوق الله ، وحقوق الآدميين .
قضيت جميعا ؛ وإن لم تف ، وتعلق بعضها بالعين ، وبعضها بالذمة : قدم المتعلق بالعين .
سواء اجتمع النوعان ، أو انفرد أحدهما . وإن اجتمعا ، وتعلق الجميع بالعين ، أو بالذمة .
فهل يقدم حق الله تعالى ، أو الآدمي ، أو يستويان ؟ فيه أقوال ؛ أظهرها : الأول ؛
ولا تجرى هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس ، إذا اجتمع النوعان ؛ بل تقدم حقوق
الآدمي ، وتؤخر حقوق الله تعالى مادام حيا اه ؛

ومن أمثلة ما تجرى فيه الأقوال

اجتماع الدين مع الزكاة ، أو الفطرة ، أو الكفارة ، أو النذر ، أو جزاء الصيد ، أو
الحج ؛ كما صرح به في شرح المهلب ؛
والأصح في الكل : تقديمها على الدين ؛
وكذا : سراية العتق ، مع الدين ؛
وصحاحا في اجتماع الجزية ، مع الدين : التسوية ؛ لأنها في معنى الأجرة ؛ فالتحقت بدين .
الآدمي ؛

وهن اجتماع حقوق الله تعالى فقط

الزكاة . والكفارة . والحج

قال السبكي : والوجه أن يقال : إن كان النصاب موجودا قدمت الزكاة ، وإلا
فيستويان ؛

تذنيب

فيما تقدم عند الاجتماع من غير الديون

اجتمع محدث ؛ وجنب ؛ وحائض ؛ وثوب نجاسة ؛ وميت ، وهناك ماء مباح ؛ أو موصى .

به لأحوج الناس إليه ، ولا يكفي إلا أحدهم . قدم الميت على الجميع . لأنه خاتمة
تأمرة ، فخص بأكل الطهارتين . ولأن القصد من غسله تنظيفه ، ولا يحصل التراب .
والقصد من طهارة الأحياء : استباحة الصلاة ، وهو حاصل بالتيمم .
ويقدم بعده من عليه نجاسة ، لأنه لا يبدل لطهارته ، ثم الحائض ، لأن حدثها أغلظ :
وفي وجهه : يقدم الجنب عليها ، لأن غسله منصوص عليه في القرآن ، ولاختلاف
المصحابة في صحة تيمم الجنب دونها :

وفي وجهه : يستويان ، فيقرع بينهما . وقيل : يقسم .
ويقدم الجنب على المحدث ، إن لم يكف الماء واحدا منهما ، أو كفى كلا منهما ، أو
كفى الجنب فقط ، وإن كفى المحدث فقط : قدم :
فإن كان معهم ظمىء ، قدم على الميت : أبقاء الروح ؛
اجتمع مغتسل الجمعة ، وغسل الميت : فإن قلنا : غسل الجمعة أكد : قدم ، أو غسل
الميت : قدم :

اجتمع حدث ، وطيب : وهو محرم . فإن أمكن غسل الطيب بعد الوضوء ، فذاك
وإلا قدم غسل الطيب ، لأنه لا يبدل له ، والوضوء له بدل ؛
ولو كان نجاسة ، وطيب : قدمت النجاسة ، لأنها أغلظ ، وتبطل الصلاة بخلافه ؛
اجتمع كسوف ، وجمعة : أو فرض آخر : فإن خيف فوت الفرض قدم . لأنه أهم
وإلا قدم الكسوف في الأظهر ، لأنه يخشى فواته بالانجلاء ، ثم يخطب للجمعة متعرضا
للكسوف : ثم يصلى الجمعة ، ولا يحتاج إلى أربع خطب ؛
اجتمع عيد ، وكسوف ، وجمعة : قدمت الجمعة ، خوفا من تغير الميت ؛
ولو اجتمع جمعة ، وجمعة ، فكذلك ، إن لم يصدق الوقت ؛ فإن ضاق ، قدمت
الجمعة ؛ لأنها فرض عين ، وقيل : الجمعة ، لأن للجمعة بدلا ؛
اجتمع كسوف ، ووتر ، أو تراويح . قدم الكسوف مطلقا ؛
أو كسوف ، وعيد ، وخيف فوت العيد : قدم ، وإلا فالكسوف ؛
اجتمع في زكاة الفطر : رجل ، وزوجته ، وولده الصغير ، والكبير ، والأب ،
والأم ، ولم يجد إلا بهض الصبيان ، ففي المسئلة عشرة أوجه ، حكاهما في شرح المهذب ؛
أصحبها : تقديم نفسه ، ثم زوجته ، ثم والده الصغير ، ثم الأب ، ثم الأم ، ثم ولده
الكبير .

والثاني : يقدم الزوجة على نفسه ، لأن فطرتها تجب بنكح المعاوضة ؛
وثلث : يبدأ بنفسه ، ثم بمن شاء ،
والرابع : يتخير ؛

والخامس : يخرجها موزعا على الجميع ،
والسادس : يخرجها عن أحدهم ، لأبعينه ،
والسابع : يقدم الأم على الأب ،
والثامن : يستويان ، فيخير بينهما ،
والتاسع : يقدم الابن الكبير على الأبوين ، لأن النص ورد بنفخته ، والفقرة
تتبعها :

والعاشر : يقدم الأقارب على الزوجة ، لأنه قادر على إزالة سبب الزوجية بالطلاق ،
بخلاف القرابة :

ولو اجتمع المذكورون في النفقة ، قدموا على ما ذكره ، إلا أن الأم تقدم فيها على
الأب ، في الأصح : لأن النفقة شرعت لسد الخلة ، ودفع الحاجة ، والأم أكثر حاجة ،
وأقل حيلة ، والفقرة لم تشرع لدفع ضرر المخرج عنه : بل لتشريفه ، وتطهيره : والأب
أحق بهذا ، فانه منسوب إليه ، ويشرف بشرفه :

ولو اجتمع في الفطرة اثنان في مرتبة : تخير ،
قال الرافعي : ولم يتعرضوا للاقراع ، وله فيه مجال كمنظأره ،
اجتمع على رجل حدود ، فان كانت لله تعالى ، قدم الأخف فالأخف : فيقدم حد
الشرب ، ثم جلد الزنا ، ثم قطع السرقة ، أو المحاربة : ثم قتل الردة :
وإن كانت لآدمي ، فكذلك : فيقدم حد القذف ، ثم القطع ، ثم القتل .
فلو اجتمع مستحق قطع ، أو قتل : قدم من سبقت جنائته :
فان جهل ، أو جنى عليهم معا أقرع :
وإن اجتمع الصفان ، قدم حد القذف على جلد الزنا ، لأنه حق آدمي ، وقيل :
لأنه أخف :

وينبنى عليها : اجتماع حد الشرب والقذف ، فعلى لأصعب : يقدم القذف ، وعلى
الثاني : الشرب ،

وبجريان في اجتماع القطع ، والقتل قصاصا : مع جلد الزنا ،
فعلى الأصح : يقدمان عليه :
ولو اجتمع قتل القصاص ، والردة ، والزنا قدم القصاص قطعا ، وقيل في الزنا :
يقتل رجلا باذن الولي ، ليتأدى الحقتان :

ولو اجتمع قتل الزنا ، والردة ، لم يحضرني فيه نقل ،
والذي يظهر : أنه يرجم . لأنه يحصل مقصودهما ، بخلاف ما لو قتل بالسيف ، فانه
يخصل نعل الردة ، دون الزنا ،

فرع

ويقرب من هذه المسائل : مسائل اجتماع الفضيلة ، والتقيصة :
فنها : الصلاة أول الوقت بالتيمم ، وآخره بالوضوء ، والأظهر : استحباب التأخير
إن تيقن الوضوء ، والتقديم إن ظنه ، أو جوز وجوده ، أو توهمه :

قال إمام الحرمين : والخلاف فيمن أراد الاقتصار على صلاة واحدة ، فإن صلى
أوله بالتيمم وآخره بالوضوء فهو النهاية في تحصيل الفضيلة :

ومنها : الصلاة أول الوقت منفردا ، وآخره جماعة ، وفي الأفضل طرق :
قطع أكثر العراقيين : باستحباب التأخير ، وأكثر الخراسانيين باستحباب التقديم :

وقال آخرون : حكمه حكم الماء ، فإن تيقن الجماعة آخره : فالتأخير أفضل ، وإلا
فالتقديم :

قال النووي : وقد ثبت في صحيح مسلم : أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أنه
ستجىء أئمة ، يؤخرون الصلاة عن أول وقتها . قال : فصلوا الصلاة لوقتها ، واجعلوا
صلواتكم معهم نافلة :

قال : فالذي نختاره : أن يصلى مرتين ، فإن اقتصر على واحدة ، فإن تيقن حصول
الجماعة فالتأخير أفضل ، لتحصيل شعارها الظاهر ، ولأنها فرض كفاية :

وفي وجه : فرض عين ، ففي تحصيلها : خروج من الخلاف :
قال : ويحتمل أن يقال : إن فحش التأخير ، فالتقديم أفضل : وإن خفت ،

فالاتظار أفضل :

ومنها : الصلاة أول الوقت عاريا ، أو قاعدا ، وآخره مستورا ، أو قائما : وفيها الخلاف
في التيمم :

ومنها : الصلاة أول الوقت قاصرا ، وآخره مقبلا ، يصلى قاصرا . بلا خلاف : نقله

في شرح المهذب ، عن صاحب البيان :

ومنها : لو خاف فوت الجماعة إن أسبغ الوضوء ، فادراكها أولى من الانحباط لإكماله

نقله النووي عن صاحب الفروع . وقال : فيه نظر :

ومنها : لو خاف فوت الركعة إن مشى إلى الصفت الأول : قال في شرح المهذب : لم

أر فيه لأصحابنا ، ولا لغيرهم شيئا :

والظاهر : أنه إن خاف فوت الركعة الأخيرة حافظ عليها ، وإن خاف فوت

غيرها مشى إلى الصفت الأول ، للأحاديث الصحيحة في الأمر باتمامه ، والازدحام

عليه :

منها : لو قدر أن يصلي في بيته قائماً منفرداً ، وأو صلى مع الجماعة احتاح أن يقعد في بعضها : فالأفضل الانفراد ، محافظة على القيام : ذكره الشافعي والأصحاب :
ومنها : لو ضاق الوقت على سنن الصلاة ؛
قال البغوي في فتاويه ، ما حاصله : إن السنن التي تجبر بالسجود يأتي بها ، بلا إشكال ؛

وأما غيرها ، فالظاهر : الاتيان بها أيضا ، لأن الصديق كان يطول القراءة في الصبح حتى تطلع الشمس :
قال : ويحتمل أن لا يأتي بها ، إلا إذا أدرك الركعة ؛
قال الأسنوي : وإنما قاله نظره ؛

ومنها : لو ضاق الماء والوقت ، عن استيعاب سنن الوضوء ؛ وجب الإختصار على الواجبات ، صرح به النووي في شرح التلبيه ؛
ومنها : لو اجتمع في الإمامة الأئمة ، والأقرأ ، والأورع والأصح : تقديم الأئمة عليهما ، لاحتياج الصلاة إلى مزيد الفقه ، لكثرة عوارضها ، وقيل : بالتساوي لتعادل الفضيلتين ؛

ولو اجتمع السن والنسب ، فالأظهر : تقديم السن ، لأنه صفة في نفسه ، والنسب صفة في آباءه .

ولو اجتمعا مع الهجرة ، فالجديد : تقديمهما ؛ واختار النووي : تقديم الهجرة عليهما وصححه في المهذب .

ولو اجتمع الأعمى والبصير . فقيل : الأعمى أولى ، لأنه أخشع ، إذ لا ينظر إلى ما يليه . وقيل : البصير ، لأنه أكثر تحفظاً من النجاسات ؛ والأصح : أنهما سواء لتعادلهما .

ولو اجتمع في صلاة الجنائز الحر البعيد ، والعبد القريب ، والحر غير الفقيه ، والعبد والفقيه فالأصح فيهما تقديم الحر .
والثالث : يستويان ، لتعادلهما ؛

وقريب من هذه المسائل : الإختصام المعتبرة في الكفاءة ، هل يقابل بعضها ببعض ؟
الأصح : المنع ، فلا يكفي رقيق عفيف : حرة فاسقة ، ولا حر معيب : رقيقة سليمة ، ولا عفيف دنى النسب : فاسقة شريفة ؛

وفي نظير المسئلة من القصاص : لإتقابل جزما ، فلا يقاد عبد مسلم بكافر حر ،
بلا خلاف :

خاتمة

لا يقدم في التزام على الحقوق أحد ، إلا يرجع ؛
وله أسباب :

أحدها : السبق ، كجماعة ماتوا ، وهناك ما يكفي أحدهم ، قدم أسبقهم موتا ؛
والمستحاضة : ترى الدم بصفتين مستويتين ، فيرجع الأسبق ؛
وكالازدحام في الدعوى ، والإحياء ، والدرس ؛
وأو وكل رجلا في بيع عبده ، وآخر في عتقه ، قال الديبلي : من سبق فله الحكم ؛
ثانيها : القوة ، فلو أقر الوارث بدين ، وأقام الآخر بيئته بدين ، والركة لافى بهما
قال صاحب الإشراف : يقدم دين البيئته ؛
ثالثها : القرعة في مواضع كثيرة ، كازدحام الأولياء في النكاح ، والعيد في العتق ،
والمقتصين في الجاني عليهم معا ؛

القول في ثمن المثل

وأجرة المثل ، ومهر المثل ، وتوابعها

أما ثمن المثل : فقد ذكر في مواضع :

في شراء الماء في التيمم ، وشراء الزاد ، ونحوه في الحج ، وفي بيع مال المحجور ،
والمفلس والموكل ، والممتنع من أداء الدين ، وتحصيل المسلم فيه ، ومثل المغصوب ، وإبل
الدية ، وغيرها ؛

ويلحق بها ، كل موضع اعتبرت فيه القيمة ، فانها عبارة عن ثمن المثل ؛

ونبدأ بذكر حقيقته ، فنقول :

يختلف باختلاف المواضع ؛ والتحقيق أنه راجع إلى الاختلاف في وقت اعتباره ،
أو مكانه ؛

الموضع الأول : التيمم

فذكروا فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه أجرة نقل الماء إلى الموضع الذي هذا المشتري فيه ؛

ويختلف ذلك ببعده المسافة وقربها ؛

الثاني : أنه قيمة مثله في ذلك الموضع ، في غالب الأوقات ، فان الشربة الواحدة في وقت

حزة الماء ، يرهب فيها بدنانير .

فلو كلفناه شراعه بقيعته في الحال ، لحقته المشقة والحرج ؟
الثالث : أنه قيمة مثله في ذلك الموضع في تلك الحالة ، فان ثمن المثل يعتبر
حالة التقويم ؟
وهذا هو الصحيح عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع الدارمي وجماعة من العراقيين
ونقله الامام ، عن الأكرين ؟
قال : والوجه الأول بناه قائلوه علي أن الماء لا يملك ، وهو وجه ضعيف
قال : والثاني أيضا ليس بشيء ؟
قال : وعلى طريقة الأكرين : الأقرب ، أن يقال : لا يعتبر ثمن الماء عند الحاجة
إلى سد الرمق ، فان ذلك لا ينضب ، وربما رغب في الشربة حينئذ بدنانير ، ويبعد
في الرخص .
والتحقيقات : أن يوجب ذلك على المسافر ، ولكن يعتبر الزمان والمكان ، من غير
انتهاء الأمر إلى سد الرمق ؟

الموضع الثاني . الحج

جزم الأصحاب بأن ثمن المثل لزيد والماء : القدر اللائق به في ذلك المكان ،
والزمان ؟
هكذا : أطلقه عنهم الشيخان .
قال ابن الرفعة : وهذا الإطلاق إنما يستعمل في الزاد ؟
أما الماء : فينبغي جريان الأوجه المذكورة في التيمم فيه ؟
قال : ويحتمل أن لا يجري الوجه القائل بقيمة الماء في غالب الأحوال فيه ، وإنما
يجري في التيمم لتكرره ؟
وفي الوافي : ينبغي اعتبار ثمن المثل بما جرت به غالب العادة من ماضي السنين ، فان
وجد بمثله لزمه ، وإلا فلا ، وإن عرض في الطريق غلاء ، وبيع بأكثر من ثمن مثله ،
فله الرجوع ؟
أما إذا كانت العادة : غلاء ثمن الماء والزيد ، فيلزمه الحج .
قال : ويمكن أن يقال : كل سنة تعتبر بنفسها : لكن يعسر معرفة مقدار الثمن والزيادة
قبل البلوغ إلى المنهل :

الموضع الثالث

الطعام والشراب حال الخمصة
و ثمن المثل فيه : هو القدر اللائق به في ذلك الزمان والمكان قطعاً ، وكذا ثمن مثل

السّرة ، والرّقبة في الكفارة ، والمبيع بوكالة ، أو نحوها : والمسروق يعتبر فيه حاله الشراء والبيع ، والسرقه ، ومكانه قطعاً .

الموضع الرابع

المبيع : إذا تخالفا ، وفسخ ، كان ثالثاً يرجع إلى قيمته :

وفي وقت اعتبارها : أقوال ، أو وجوه :

أصحها : يوم التلف ، لأن مورد الفسخ : هو العين ، والقيمة بدل عنها ، فإذا فات الأصل تعين النظر في القيمة إلى ذلك الوقت :

والأني : يوم القبض ، لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقصان ، فهو في ملكه :

والثالث : أقلهما ، لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض أقل ، فهو يوم دخوله في ضمانه :

والرابع : أكثر القيم من القبض إلى التلف ، لأن يده يد ضمان :

والخامس : أقلها ، من العقد إلى القبض :

الموضع الخامس

اطلع في المبيع على عيب ، واقتضى الحال الرجوع بالأرض ، وهو جزء من ثمنه ، باعتبار القيمة :

وفي اعتبارها طريقتان :

المذهب : القطع باعتبار أقل قيمة من المبيع إلى القبض لما تقدم في تعليل الثالث في المسئلة قبله :

والثاني : فيه أقوال :

أحدها : هذا :

والثاني : يوم البيع ، لأن الثمن قابل المبيع يومئذ :

والثالث : يوم القبض لما تقدم

نبيه

قولي « أقل قيمة » تبعت فيه عبارة المنهاج ، وظاهرها : انقضاء اعتبار النقصان

الحاصل بين العقد والقبض ، وقد صرح به في الدقائق :

قال الأسنوي : وهو غريب ، فإنه ليس محكياً في أصوله المبسوطة ، وجهاً ، فضلاً

عن اختياره :

وعبارة الروضة والشرحيين : أقل القيمتين :

قال : وأيضا فلأن النقصان الحاصل قبل القبض إذا زال قبله ، لا يثبت للمشتري به الخيار فكيف يكون مضمونا على البائع ؟ .
نعم يوافق الأول قول الروضة وأصلها ، فيما إذا تلف الثمن ، ورد المبيع بعيب ، أو نحوه ، أنه يأخذ مثله ، أو قيمته أقل ما كانت . من العقد ، إلى القبض ، ولا فرق بينهما :
وهذا هو الموضوع السادس :

الموضوع السابع

إذا تقايلا ، والمبيع تلفت ، فالمعتبر : أقل القيمتين ، من يوم العقد ، والقبض :
كذا جزم به في أصل الروضة ،

الثامن

المسلم فيه

إذا قلنا : يأخذ قيمته لأجولة ، فيعتبر يوم المطالبة بالوضع الذي يستحق فيه التسليم . كما صححه في الروضة من زوائده ،
وجزم الراجحي باعتبار بلد العقد :

التاسع

القرض

إذا جاز له أخذ القيمة بأن كان في موضع لا يلزمه فيه زيادة المثل ، وتعتبر قيمة بلد القرض يوم المطالبة :
وإذا قلنا إنه يرد في المنتقم القيمة ، فالمعتبر قيمة يوم القبض . إن قلنا يملك به ، وكذا إن قلنا : يملك بالتصرف ، في وجهه :
وفي آخر : أكثر قيمة من القبض إلى التصرف ، وهو الأصح في الشرحين ، وشرح الوسيط على هذا ١

العاشر

المستعار إذا تلف

وفي اعتباره أوجه :
أصحها قيمة يوم التلف . إذ لو اعتبرت يوم القبض أو الأتقى ، لأدى إلى تضمين الأجزاء المستحقة بالاستعمال ، وهو مأذون فيها :
والثاني : يوم القبض ، كالقرض :

والثالث : أقصى القيم : من القبض إلى التلف ، كالغصب : لأنها لو تلفت في حال الزيادة لأوجبتنا قيمته تلك الحالة :

الحادى عشر

المقبوض على جهة السوم : إذا تلف ، وفيه الأوجه في المستعار :
لكن قال الامام : الأصح فيه قيمة يوم القبض : وقال غيره : الأصح يوم التلف .

الثانى عشر

المغصوب إذا تلف ، وهو متقوم

فالمعتبر : أقصى قيمة من الغصب إلى التلف بتقد البلد الذى تلف فيه ، لأعلم فيه خلافا :
وقرأنا « بتقد البلد الذى تلف فيه » كذا أطلقه الرافعى ، وهو محمول على ما إذا لم يتقله :
فان تقله في الكفاية : فيمجه أن يعتبر تقد البلد الذى تعتبر القيمة فيه ، وهو أكثر
البلدين قيمة ؛ كما في المثل إذا نقله ؛ وفقد المثل . فان غاب تقدان وتساويا : عين القاضى
واحدا ، وإن كان مثليا ، وتعذر المثل أخذ القيمة .
وفي اعتبارها : أحد عشر وجها .

أصحها : أقصى القيم : من الغصب إلى تعذر المثل لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب .
لأنه كان مأمورا بتسليمه ؛ كما كان مأمورا بتسليم العين ؛ فإذا لم يفعل : غرم أقصى قيمة
في المدين ؛ كما أن المتقوم يضمن بأقصى قيمة لذلك ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل ،
كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغصوب المتقوم .
والثانى : أقصاها من الغصب إلى التلف .
والثالث : الأقصى من التلف إلى التعذر .

وهما بنيان على أن الواجب عند إعواز المثل : قيمة المغصوب لأنه الذى تلف على
أمالك أو قيمة المثل ، لأنه الواجب عند التالف .
وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره ، وفيه وجهان .

والرابع : الأقصى من الغصب إلى المطالبة بالقيمة لأن المثل لا يسقط بالإعواز
بدليل أن له أن يصبر إلى وجدانه .

والخامس : الأقصى من التعذر إلى المطالبة ، لأن التعذر هو وقت الحاجة إلى
العدول إلى القيمة ، فيعتبر الأقصى يومئذ :

والسادس : الأقصى من التلف إلى المطالبة ، لأن القيمة يجب حينئذ .

والسابع : قيمة يوم التلف ، قال في المطاب ولعل توجيهه أن الواجب قيمة المثل على
رأى ، فيعتبر وقت وجوبه ، لأنه لم يتعد في المثل ، وإنما تعدى في المغصوب ، فأشبهه
العارية :

والثامن : قيمة يوم التعذر ، لأنه وقت العُدول إلى القيمة ؛
والتاسع : يوم المطالبة ، لأن الاعواز حينئذ يتحقق .
والعاشر : إن كان منقطعاً في جميع البلاد ، فقيمة يوم التعذر ، وإن فقد هناك فقط .
فقيمه يوم المطالبة .

والحادى عشر : قيمته يوم أخذ القيمة ، حكاه الرافعى عن الشيخ أبى حامد ،
وتوقف فيه .

وقال الأسنوى : إنه ثابت ، فقد حكاه عنه تلميذاه ، البندنجى وسليم الرازى :
وحكى ابن الرفعة فى الكفاية : وجهاً ثانى عشر وهو ، اعتبار الأقصى من الغصب
إلى يوم الأخذ ، ورجع عنه فى المطلب :

قال السبكى : وذلك لكونه غير منقول صريحاً ولكنه ينشأ من كلام الأصحاب :
قال : وربما يرجع على سائر الوجوه ، فلا بأس بالمصير إليه ، انتهى ؛
هذا إن كان التلف ، والمثل موجود ، فإن كان والمثل متعذر ؛

قال الرافعى : فالقياس أن يجب على الأول والثانى الأقصى من الغصب إلى التلف .
وعلى الثالث والسابع والثامن يوم التلف .

وعلى الخامس الأقصى من التلف إلى المطالبة ، والأوجه الباقية بحالها
وهذه المسئلة من مفردات المسائل ، لكثرة ما فيها من الأوجه :

الموضع الثالث عشر

التلف بلا غصب ، والمعتبر قيمته يوم التلف

لا أعلم فيه خلافاً ، إلا إن كان تلفه سراية جنائية سابقة ، فالعتبر الأقصى منها ، نقله
الرافعى عن القفال ، وأقره وجزم به فى المنهاج :

فإن كان مثلياً ، وهو موجود ، ولم يسلمه حتى تعذر ، فعلى الوجه الثانى قيمته يوم
الإتلاف ، وعلى الأول والثالث ، الأقصى من الإتلاف إلى التعذر ، وعلى الرابع ، من
الإتلاف إلى المطالبة .

والقياس عود الأوجه الباقية ، أو والمثل متعذر .

فعلى الأول والثانى والثالث والسابع والثامن ، قيمة يوم الإتلاف ؛
وعلى الرابع والخامس والسادس ، الأقصى من الإتلاف إلى المطالبة ؛
وعلى التاسع يوم المطالبة .

وعلى العاشر ، إن كان مفقوداً فى جميع البلاد ، فيرم الإتلاف ، وإلا فيوم المطالبة ؛

الرابع عشر

المقبوض بالبيع الفاسد إذا تلف

والأصح ، أنه كالمغصوب ، يعتبر فيه الأكثر من القبض إلى التلف ، والثاني ، يوم
القبض ، والثالث ، يوم التلف

الخامس عشر

إبل الدية إذا فقدت

قال في أصل الروضة : والمفهوم من كلام الأصحاب اعتبار قيمتها يوم وجوب التسليم.
وقال الروياني : إن وجبت الدية والإبل مفقودة ، اعتبرت قيمتها وم الوجوب وإن
وجبت وهي موجودة ، فلم يؤد حتى أعوزت ، وجبت قيمتها يوم الاعواز .
وهل تعتبر قيمة وضع الوجود أو موضع الاعواز ، لو كان فيه إبل ؟ وجهان الأصح
الثاني .

السادس عشر

إذا جنى على عبد أو بهيمة أو صيد ، ثم جنى عليه آخر ولم يموت
فإن كان الثاني جنى بعد الاندمال ، لزم كلا نصف قيمته قبل جنايته . إن كانت الجناية
يقطع يد العبد مثلاً وإن كان قبل الاندمال لزم الثاني نصف ما أوجبنا على الأول ،
لأن الجناية الأولى لم تستقر ، وقد أوجبنا نصف القيمة فكأنه انتقص نصف القيمة .
وإن مات من الجرحين - وكانت القيمة عند جرح الثاني ناقصة بسبب الأول - كان
جرح ما قيمته عشرة دنانير جراحة ، أرشها دينار ، ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار
ففي الواجب عليهما ستة أوجه :

الأول : على الأول خمسة دنانير ، وعلى الثاني أربعة ونصف ، لأن الجرحين «مرياً»
وصاروا قتلاً ، فلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ، قاله ابن مريج :

وضعه الأئمة : بأن فيه ضياع نصف دينار على المالك :

الثاني : قاله المزني وأبو إسحاق والقفال ، يلزم كل واحد خمسة :

فإن نقصت جناية الأول ديناراً والثاني دينارين ، لزم الأول أربعة ونصف ، والثاني
خمس ونصف ، أو نقصت الأولى دينارين والثانية ديناراً فمكسه ؛
وضعت بأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال جنايتهما .

الثالث : يلزم الأول خمسة ونصف والثاني خمسة لأن جناية كل واحد نقصت ديناراً
ثم سرقاً ، والأرض يسقط إذا صارت الجناية نفسها فيسقط عن كل واحد نصف الأرض

لأن الموجود منه نصف القتل؛

وضعت بأن فيه زيادة الواجب على قيمة المثلث .

الرابع : قاله أبو الطيب بن سلمة ، يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ونصف الأرش ، لكن لا يزيد الواجب على القيمة فيجمع ما ازهما تقديرا ، وهو عشرة ونصف وتقمم القيمة - وهي عشرة - على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما فتبسط أنصافا فيكون أحدا وعشرين ، فيلزم الأول أحد عشر جزءا من أحد وعشرين جزءا من عشرة ويلزم الثاني عشرة من أحد وعشرين جزءا من عشرة .

وضعت بأفراد أرش الجناية عن بدل النصف .

الخامس : قاله صاحب التقريب وغيره ، واختاره الإمام والغزالي : يلزم الأول خمسة ونصف والثاني أربعة ونصف ، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية لزمه العشرة ، فلا يسقط عنه إلا ما يلزم الثاني ، والثاني إنما جنى على نصف ما يساوي تسعة ؛

السادس : قاله ابن خيران واختاره صاحب الإفصاح وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين ، فيكون تسعة عشر ، فيقسم عليه مافوت وهو عشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، وعلى الثاني : تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ؛

الموضع السابع عشر

سراية العتق

إن قلنا : تحصل باللفظ أو التبيين ، اعتبرت قيمة يوم الأعتاق ؛ وإن قلنا : بالأداء فهل تعتبر قيمة يوم الإعتاق أو الأداء أو الأكثر منه إليه ؟ أوجه أصحابها الأول ؛

الموضع الثامن عشر

العبد إذا جنى ، وأراد السيد فداءه

قال بغوى : النص اعتبار قيمته يوم الجناية .

وقال القفال : يلغى أن يعتبر يوم الفداء ، لأن ما نقص قبل ذلك لا يؤاخذ به السيد ؛

وحمل النص على ما إذا سبق من السيد . نعت من بيع : ثم نقص ؛

وأما المستولدة : إذا جنت ، فالأصح : اعتبار قيمتها يوم الجناية ، والثاني : يوم

الاستيلاء ؛

التاسع عشر قيمة الولد إذا وجبت

تعتبر يوم وضعه ، ويجب في صور:
منها : إذا غر بجرية أمة وولدت منه ، أو وطئ أمة غيره بشبهة أو وطئ أمته
المرهونة وأحبلها :

العشرون

الجنين الرقيق : في إجهاضه عشر قيمة الأم

وفي اعتبارها وجهان :

أحدهما : قيمة يوم الإجهاض ، والأصح أكثر ما كانت من الجنابة إلى الإجهاض :
أما جنين البهيمة : إذا ألقته حيا بجنابة ثم مات فهل تجب قيمته حيا أو أكثر الأمرين
من قيمته ومن نقص الأم بالولادة ؟ فيه قولان في النهاية :

الحادي والعشرون

قيمة الصيد المثلث : في الحرم أو الإحرام

يعتبر بمحل الإلتاف ، وإلا فبمكة يومئذ لأن محل الذبح مكة ، وإذا اعتبرت بمحل
الإلتاف ؟ فهل يعتبر في العدول إلى الطعام : معره هناك أو بمكة ؟ احتمالان الإمام .
والظاهر : الثاني :

الثاني والعشرون

قيمة اللقطة ، إذا جاء صاحبها بعد التملك وهي تالفة

ويعتبر يوم التملك .

الثالث والعشرون

قيمة جارية الابن إذا أحبلها الأب بوطئه

ولم يصرح الشيخان بوقت اعتبارها والذي يفهم من كلامهم أنها لا تعتبر وقت الإيلاج
لإيجابهم المهر معها ، بل يعتبر وقت الحكم بانقائها إلى ملكه وفيه وجهان :
أحدهما : قبيل العلوق ، نقله عن ترجيح البخوي ؛
والثاني : معه واختاره الامام وتابعه النووي في التنقيح ؛

الرابع والعشرون

قيمة المعجل في الزكاة إذا ثبت الاسترداد وهو ثالث

والمعتبر يوم القبض ، على الأصح .

والثاني : يوم التفت ؛

والثالث : أقصى القيم ؛

الخامس والعشرون

قيمة الصداق : إذا تشطر وهو ثالث أو معيب

ولم يصرحوا بوقت اعتباره ؛

والجاري على القواعد

اعتبار وقت الطلاق ، لأنه وقت العود إلى ملكه ، والزيادة قبله على ملكها لاتعلق

عليها ؛

ضوابط

حاصل ما تقدم : أنه جزم باعتبار وقت التفت في الائلاف بلا غصب ، وفي معناه :

ياحبال أمة الولد ، كما قسته والاعتاق .

وباعتبار يوم القبض في القطة ؛

وباعتبار أقصى في الغصب ؛

وباعتبار الأقل في الاقالة ، وبمن المردود بالعيب ؛

وباعتبار المطالبة في القرض المثل ؛

وباعتبار الوجوب في الولد والصداق ، كما قسته ؛

وصحح الأول في التحالف والمستعار والمستام ؛

وصحح الثاني في معجل الزكاة ؛

وصحح الثالث في البيع الفاسد ، والجنين والرقيق ؛

وصحح الرابع في الرجوع بالأرض ؛

وصحح الخامس في السلم ؛

وصحح السادس في إيل الدية والهد الجاني والمستولدة الجانية ؛

فاحفظ هذه النظائر فانك لا تجد لها مجموعة في غير هذا الموضع ؛

ما يجب تحصيله

- بأكثر من ثمن المثل ، وما لا يجب وما يجب بيهه بأقل منه وما لا
قال بعض المتأخرين : الزيادة اليسيرة على ثمن المثل لا أثر لها في كل الأبواب ، إلا
في التيمم إذا وجد الماء يباع بزيادة يسيرة على ثمن مثله ، لم يلزمه مطلقا في الأصح ،
قال في الخادم ، ومثله شراء الزاد ونحوه في الحج ؛
وأما الزيادة الكثيرة ، وهي التي لا يتغابن الناس بمثلها ، ففيها فروع :
الأول : المسلم فيه يجب تحصيله ولو بأكثر من ثمن المثل إذا لم يوجد إلا به ، ولا ينزل
ذلك منزلة الانقطاع ، جزم به الشيخان ؛
قال السبكي في فتاويه : وعلى قياسه إذا لم يوجد من يشتري مال المديون ، إلا بدون
قيمته ، يجب بيهه والوفاء منه ؛
الثاني : إذا تلف المغصوب المثلي ، ولم يوجد مثله إلا بأكثر من ثمن المثل ؛
ففي وجوب تحصيله وجهان ، رجح كلا منهما مرجحون ؛
وصحح النووي : عدم الوجوب ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم ، كالرقبة
وماء الطهارة ؛
وتخالف العين حيث يجب ردها ، وإن لزم في مؤنتها أضعاف قيمتها ، فانه تعدى فيها
دون المثل ؛
قال السبكي : وفي تصحيحه نظر لتعديه ؛
الثالث : لو أسلم عبد لكافر ، أمر بإزالة الملك عنه ، ولو لم يجد من يشتريه إلا بأقل
من ثمن المثل ، مما لا يتغابن به ، لم يرهق إليه ، لأنه لم يلتزم بخلاف المسلم ، والغاصب ،
والمديون ؛
ولو اشترى الكافر عبدا مسلما ، وقانا . يصح ، ويؤمر بإزالة الملك .
قال ابن الرفعة : فلا يرهق للبيع بأقل ؛ ويحال بينه وبينه إلى أن يعيسر من يشتريه
بثمن مثله ، أو يزيل ملكه عنه ؛
كذا ذكره في المطلب ، في فرع من غير نقل عن أحد ؛
قال السبكي : وفيه نظر يختمل أن يقال به ، كما إذا أسلم في يده ، وإن كنت لم أراه
منقولا أيضا ؛ ويختمل أن يقال : إنه بالشراء متعرض لالتزام إزالته ؛
الربابع ، الرقبة في الكفارة ، لا يلزم شراؤها بأكثر من ثمن المثل ، على المذهب ،
واختار البغوي خلافه ؛
الخامس : لإبل الدية ، إذا لم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل •

لا يجب تخصيلها ، بل يعدل إلى قيمتها ، كذا جزم به الشبخان ؛
وبحث بعضهم : أن يجري فيها خلاف الفاصب ؛
قال البقيني : ولعل الفرق ، أن تعدى القاتل ، إنما هو في النفس ، وليست الدينة
مثل ما أتلقت ، بخلاف صورة الغصب ، فإن المثلئ مثل ما تعدى فيه ، فأتلفه ؛
قال : فلو كانت الزيادة يسيرة ، فيحتمل الوجوب ، ويحتمل خلافه : كالتييم ؛
قال : والأول أقرب ؛

ومن نظائر هذه الفروع

لو طلب الأجير في الحج أكثر من أجره المثل ، لم يجب استجاره ؛ جزموا به ؛
ومنها : لو لم يجد إلا حرة ، تطلب أكثر من مهر مثلها . جاز له نكاح الأمة على .
ماقاله المتولى ، ووافقه آخرون ، وصححه في الروضة من زوائده ؛
وقال البغوي : لا ينكح الأمة ؛
وقال الإمام ، والغزالي : إن كانت زيادة يعد بلها إسرافا : حلت الأمة ،
وإلا فلا .
وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم : بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا التاكيد
لا يعد مغبونا ؛

وتشبه هذه الترجمة . ما يجب نقله ، وما لا يجب

وفيه فروع :

الأول : المسلم فيه : يجب نقله إن كان قريبا ؛ وفي ضبط القرب خلاف ؛
الأصح : يجب نقله ما دون مسافة القصر
والثاني : من مسافة ، لو خرج إليها بكرة أسكنه الرجوع إلى أهله ليلا ؛
هذا في محل يجب التسليم ؛
فلو طولب في غيره ، فالأصح وجوبا ، إن لم يكن لنقله مؤنة ، والمنع إن كان ؛
الثاني : القرض ، وهو كالمسلم فيما ذكر ؛
الثالث : الغصب ، وهو كالمسلم أيضا ، فيجب نقله ما ينقل منه المسلم إليه ؛
ولو طولب بالمثل في غير بلد الائتلاف ، كلف نقله ؛ إن لم يكن له مؤنة ، وإلا فلا ؛
على الأصح ؛

الرابع : المتلف بلا غصب ، وهو كذلك ؛

الخامس : لئلا الدية ، يجب نقلها إن قربت المسافة ، لأن بعد ذلك
قال في الروضة وأصلها : وضبطه بعضهم بمسافة القصر .
وقال الإمام : إن زادت مؤنة إحضارها مع القيمة على قيمتها في موضع الغرة : لم يلزم
نقلها ، وإلا لزم :
وضبطه التتوي : بالحد المعتبر في السلم ، وهو معنى ضبطه بمسافة القصر فإنه الأصح
فيه ، كما سبق :

فالحاصل : أن الأرواح الخمسة على حد سواء :

فرع

لو قال المصوب منه : لاأخذ القيمة ، بل أنتظر وجود المثل ، فله ذلك ، نقله
في البيان :

كذا في زوائد الروضة :

قال : ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف ، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل
يجبر ؟ ويمكن الفرق : انتهى .

ونظيره في السلم : لو انقطع المسلم فيه : فقال للمسلم : اصبر ، حتى يوجد ، وإلا افسخ
أجيب على الصحيح ، وفي القرض كذلك :

وفي الدية : لو قال المستحق عند إعواز الإبل : لأطالب الآن بشيء وأصبر إلى
تأن توجد :

قال الإمام : فالظاهر أن الأمر إليه ، لأن الأصل هو الإبل ، ويحتمل أن يقال ،
لئن عليه أن يكلفه قبض ما عليه ، لتبرأ ذمته :

فالأرواح الخمسة على حد سواء ، في ذلك أيضا :

فرع آخر

قال الإمام : لم يصبر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم ، ثم وجدت الإبل
بجرد الدراهم ، ويرجع إلى الإبل ، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثل في الغصب والانلاف
لإعواز المثل ، ثم وجد ، ففي الرجوع إلى المثل خلاف :

والأصح فيهما أيضا ، عدم الرجوع :

وفي القرض : إذا أخذ القيمة في بلد ، لا يازمه فيها أداء المثل ، ثم عاد إلى مكانه ،

لأرجوع أيضا ، على الأصح :

وكذا في السلم ، إن قلنا بأخذ القيمة في هذه الصورة :

فهذه النظائر الخمسة قد استوت في الأحكام الثلاثة : وجوب النقل من قرب ، دون بعد ، وإجابة المستحق إلى الصبر ، وعدم الرجوع إن لم يصبر ، وأخذ القيمة ، واستواء السلم ، والقرض ، والغصب ، والاتلاف على المختار في وجوب التحصيل بأكثر من ثمن المثل :
وفارقها في ذلك : الدية :

فروع

من نظائر الفروع الخمسة المذكورة ، في عدم الرجوع عند أخذ القيمة للتعذر :
المال كان له يدان عاملتان ، ولم تعرف الزائدة ، فقطع قاطع إحداها ، فلا قصاص .

ويجب فيها : نصف دية اليد ، وزيادة حكومة :
فلو عاد الجاني ، فقطع الأخرى ، فأراد الخي على القصاص ، لامكانه حينئذ ،
جورد ماأخذه غير قدر الحكومة ، فهل له ذلك ؟ وجهان :
أحدهما : لا ، لأنه أسقط بعض القصاص ، فلا عود إليه .
والثاني : نعم ، لأن القصاص لم يكن ممكنا ، وإنما أخذ الأرش لتعذره ،
بلا إسقاطه .

كذا في الروضة وأصلها بلا ترجيح :
قلت : أصحابها الثاني :

قاعدة

كل المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلف ، إلا الصيد المثل ، فإنه تعتبر فيه قيمة مثله :
واختلف في الغصب والدية .

وقد آل بنا القول إلى عقد فصلين مهمين

الأول في التقويم

وسياتى : أنه لا يكفي تقويم واحد ، والذي يذكر هنا من أحكامه أمران :
أحدهما : أنه خاص بالنقد ، فلا تقويم بغير النقد المضروب ، ولهذا لو سرق وزن
بربع من ذهب خالص غير مضروب ، كسبيكة ، وحلى ، ولا يبلغ ربعا مضروبا بالقيمة
فلا قطع في الأصح ، كما لو سرق من غير الذهب مايساوى ربعا من المضروب ، ولا يساويه
من المضروب :

وينقد البلد في أكثر المواضع ، بل كلها : وإنما يقع الاختلاف في أى بلد يعتبر ؟
وقد تقدم الكلام في الأمثلة ، وبقي الكلام في تقويم عروض التجارة :

فإن كان المشتري به نقدا : قوم به سواء كان نصابا ، أم دونه :
وفي الثانية : وجه : أنه يقوم بغالب نقد البلد ، وحكى قولاً في الأولى :
ولو ماسكه بالتقدين ، قوم بهما بنسبة التقييط ، أو بغير نقد . قوم بغالب نقد
البلد :

فإن غلب نقدان ، واستويا . فإن بلغ بأحدهما نصابا ، دون الآخر : قوم به .
وإن بلغ بهما : فأوجه :

أحدهما : يقوم بالأغبط للمقزاة ، وصححه في المحرر والمنهاج :
والثاني : يتخير المالك ، فيقوم بما شاء ، وصححه في أصل الروضة ، أخذاً من حكاية
الرافعي له عن العراقيين والرويانى :

قال في المهمات : وبه الفتوى :

والثالث : يتعين التقويم بالدرهم ، لأنها أرفق ،

والرابع : يقوم بغالب نقد أقرب البلاد إليه :
وتظير هذا الفرع :

ما إذا اتفق العرضان ، كما ترى بعير ، واجبها : أربع حقائق ، أو خمس بنات
لهون :

فإن وجد بماله أحدهما : أخذ ، ولا يكلف الحقائق على المذهب ، وإن نقدا : فله
تحصيل ماشاء ، ولا يتعين الأغبط على الأصح :
وإن وجدنا تعين الأغبط على الصحيح :

صايط

لأقوم الكلاب ، إلا في الوصية ، على قول :

ولا الحر ، إلا في الجنائيات ، فيقدر رقيقاً للحكومة .

ولا الحر والخنزير في الأصح :

وفي قول : يقومان في الصداق :

قليل- : يعتبر قيمتهما عند من يرى لهما قيمة :

وقيل : يقدر الحر خلا ، والخنزير : شاة :

الأمر الثاني

إذا اختلفت المقومون ، بم يؤخذ ؟

فيه فروع

منها : إذا شهد عدلان بمسقة ، فقوم أحدهما المسروق نصابا ، والآخر دونه ، فلا

قطع ، للشبهة .

وأما المال : فإن رضى بأقل القيمتين ، فذاك : وله أن يحلف مع الذى شهد بالأكثر ويأخذه : ولو شهد بأنه نصاب ، وقوم آخران بدونه ، فلا قطع ۞

ويؤخذ فى الغرم بالأقل ، وله مأخذان :

أحدهما - وهو الأظهر - أن الأقل متيقن ، والزائد شكرك فيه ، فلا يلزم بالشك ۞ والثانى : أن التى شهدت بالأقل ، ربما اطلمت على عيب : :

ومنها : مثل ابن الصلاح عن ملك اليتيم ، احتيج إلى بيعه : فقامت بيئة بأن قيمته مائة وخمسون ، فباعه القيم بذلك ، وحكم الحاكم بصحة البيع ، ثم قامت بيئة أخرى بأن قيمته حينئذ : مائتان : فهل ينقض الحكم ، ويحكم بفساد البيع ؟ :

فأجاب - بعد التمهّل أياما ، والاستخارة - أنه ينقض الحكم ، لأنه إنما حكم ببناء على البيئة السالمة عن المعارضة بالبيئة التى مثلها ، وأرجح :

وقد بان خلاف ذلك ، وتبين استناد ما يمنع الحكم إلى حالة الحكم ، فهو كما قطع به صاحب المهذب : من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد بيئة ، فانزعجت العين منه ۞ ثم أتى صاحب اليد بيئة ، فإن الحكم ينقض لمثل العلة المذكورة ، وهذا بخلاف ما لورجى الشاهد بعد الحكم ، فإنه لم يتبين استناد ما يمنع إلى حالة الحكم : لأن قول الشاهد متعارض وليس أحد قوليه بأولى من الآخر اهـ .

ونازعه فى ذلك السبكى فى فتاويه ، ومنع النقض :

قال : لأن التقويم حدىس وتخمين ، ولا يتحقق فيه التعارض : إلا إذا كان فى وقت

واحد :

وإن سلمنا المعارضة : فهى معارضة للبيئة المتقدمة ، وليست راجحة عليها ، حتى تكون مثل مسألة المهذب : وكيف ينقض الحكم بغير مستند راجح ؟ : ومعنا بيتان متعارضتان من غير ترجيح ، فهو كما وجد دليلان متعارضان فى حكم ، ليس لنا أن نقضه ۞

ولا يقال : إن تعارض الدليلين مانع من الإقدام على الحكم ، فيكون موجبا لنقضه ۞

لأننا نقول : ليس كل مانع الإبتداء منع اللوام ۞

وأیضا : قد يكون ترجيح عند الحاكم أحدهما : فحكم به لرجحانه عنده ۞

وكما أنه لا يقدم على الحكم إلا بمرجح . لان تقدم نحن على نقضه إلا بمرجح ، ولم

يوجد ۞

وقوله : وقد بان خلافه : ممنوع : لم يبر خلافه . بل أكثر ما فيه : أن أشكل الأمر

علينا ، ولا يلزم من إشكال الأمر علينا : أن نوجب النقض ۞

ثم نه على أنه لو قامت بيتان متعارضتان ، واحتاج اليتيم إلى البيع . فالوجه أنه

يجوز البيع بالأقل ، مالم يوجد راغب بزيادة ، بعد إشهاده ، والقول قول القيم في أنه أشهده ، لأنه أمين .

قال : والقول قوله : في أن ذلك ثمن المثل : كما أن الوكيل ، وعامل القراض ، والبائع على المفلس : إذا باعوا ليس لهم أن يبيعوا إلا بثمن المثل :
ولو ادعى عليهم : أنهم باعوا بأقل من ثمن المثل ، فالقول قولهم فيما يظهر لنا ، وإن لم نجده منقولاً ، لأنهم منا :

قال : ولا يرد على هذا قول الأصحاب : إن الصبي إذا بلغ وادعى على القيم والوصى بيع العقار بلا مصلحة ، فالقول قوله :

لأننا نقول : إنما يكلف القيم والوصى إقامة البينة على المصلحة التي هي مسوغة للبيع كما يكلف الوكيل إقامة البينة على الوكالة :

وأما ثمن المثل : فهو من صفات البيع ، فإذا ثبت أن البيع جائز قبل قوله في صفته ، ودعوى صحته ، ولا يقبل قول من يدعى فسادها :

تنبية

هذه المسئلة : يصلح إرادها في قاعدة التقويم : كما صنعنا ، وفي قاعدة « يغتفر في الدوام ، ما لا يغتفر في الابتداء » ، وفي قاعدة « تصديق مدعى الصحة » :

وفي فتاوى السبكي أيضا : أنه سئل عن رجل عليه دين مائتا درهم ، ورهن عليه كراما وحل الدين وهو غائب ، وأثبت صاحب الدين : الإقرار ، والرهن ، والقبض ، وغيبة الراهن المديون ، وتندب الحاكم من قوم المرهون وثبت عنده أن قيمته مائتا درهم ، فأذن في تعويضه للمرتهن عن دينه ، ثم بعد مدة قامت بينة أن قيمته يوم التعويض ثلثمائة ، وكان يوم التعويض يوم التقويم الأول :

فأجاب ، يستمر التعويض ، ولا يبطل بقيام البينة للثانية مهما كان التقويم الأول .

متملا .

الفصل الثاني

في تقسيم المضمونات

أعلم أن الأصل في العلفات ضمان المثل بالمثل ، والمتقوم بالقيمة .

وخرج عن ذلك صور ، تعرف مما سذكره :

والحاصل : أن المضمونات أنواع :

الأول

النصيبي : فالمثل في المثل ، والقيمة في المتقوم ، لأعلم فيه خلافاً .

الثاني

الإتلاف بلا غضب ، وهو كذلك

وخرج عنهما صور :

أحدها : المثل الذي خرج مثله عن أن تكون له قيمة ، كمن غضب أو أتلف ماء في مفازة ، ثم اجتمعا على شط نهر ، أو في بلد ، أو أتلف عليه الجمد في الصيف ، واجتمعا في الشتاء ، فليس للمتلف بدل المثل : بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة ، أو في الصيف :

ثانيها : الحلبي : أصبح الأوجه : أنه يضمن مع صنعه بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا ، لأنه يجري في القود ، لاقى الغرامات .

ثالثها : الماشية إذا أتلفها المالك كلها بند الحول ، وقبل إخراج الزكاة : فإن الفقراء شركاؤه ، ويلزمه حيوان آخر ، لاقيمته : جزم به الرافعي ، وغيره : بخلاف ما لو أتلفها أجنبي .

رابعها : طم الأرض ، كما جزم به الرافعي :
خامسها : إذا هدم الحائط ، لزمه إعادته لاقيمته ، كما هو مقتضى كلام الرافعي وأجاب به النووي في فتاويه ، ونقله عن النص .

سادسها : اللحم ، فإنه يضمن بالقيمة : كما صححه الرافعي وغيره في باب الأضحية مع أنه مثلي .

سابعها : الفاكهة ، فإنها مثلية ، على ما اقتضاه تصحيحهم في الغصب : والأصح : أنها تضمن بالقيمة .

ثامنها : لو صار المتقوم مثليا ، بأن غضب رطبا ، وقلنا : إنه متقوم ، فصار تمرا وتلفت :

قال العراقيون : يلزمه مثل التمر ،

وقال الغزالي : يتخير بين مثل التمر ، وقيمة الرطب :

وقال البغوي : إن كان الرطب أكثر قيمة : لزمه قيمته ، وإلا لزمه المثل ،

قال السبكي : وهو أشبه :

ويبقى صور متردد فيها

منها : لو سجر التوتز ليخبز ، فصب عليه آخر ماء أطفأ. ففيه أوجه ، حكاهما الزبيري

في المسكت ، وغيره :

أحدها : يلزمه قيمة الحطب ، وليس ما غضب ، ولا قيمته ، لأنه غضب خبزا ،

وما أشبه هذا القول بما حكم به سليمان بن داود عليهما الصلاة والسلام في قصة

صاحب الغنم التي أكلت زرع الرجل ، فحكم سيدنا داود عليه السلام لصاحب الزرع برقاب الغنم . فقال سليمان : بل يلتضع بدزها ، ونسلها ، وصوفها إلى أن يعود الزرع كما كان بإصلاح صاحب الغنم ، فيردها إليه : وذلك معنى قوله تعالى (ففهمناها سليمان) ؟
والثاني : عليه أن يسجر التنور ، ويحميه كما كان ؟

والثالث : عليه قيمة الجمر ؟

والرابع : عليه الخبز ؟

واستشكل الأول ، بأنه لم يستهلك الحطب ، وإنما أثلقت الجمر بعد خروجه ، فهو كمن أحرق ثوبا ليتخذ رماده حراقا ، فأثلفه رجل ، لا تجب عليه قيمة الثوب قبل الإحراق ؟

والثالث : بأنه الجمر لقيمة له معروفة ، ولا يكال ، ولا يوزن ؟

قال الزبيرى : والأقرب ، وجوب قيمة الجمر ، لأن له قيمة .

ومنها : لو برد ماء في يوم صائف ، فأثني فيه رجل حجارة حمأة ، فأذهب برده ؟

فتى وجه : لا شيء عليه ، لأنه ماء على هيئته ، وتبريده ممكن ؟

وفى آخر : يأخذ المصدي ، ويضمن مثله باردا ؟

وفى ثالث : ينظر إلى ما بين القيمتين في هذه الحالة ، ويضمن الضاوت : ذكره الزبيرى

أيضا .

قلت : أحسنها الثالث ؟

ومنها : لو بل خيشا لينتفع به . فأوقد آخر تحته نارا ، حتى نشفت ؟

قيل : لا شيء عليه ، سوى الإثم ؟

وقيل : عليه قيمة الماء الذي بل به .

وقيل : بل قيمة الانتفاع به مدة بقائه باردا ؟

قال الزبيرى : وهذا أعداها ؟

النوع الثالث

المبيع إذا تقبلا ، وهو تلف ، وفيه المثل في المثل ، والقيمة في المقوم : جزم به

الشيخان ؟

الرابع

الثلث إذا تلفت ورد المبيع بعين أو غيره ، فيه المثل في المثل ، والقيمة في المقوم ؟

جزما به أيضا ؟

الخامس

اللقطة : إذا جاء مالها بعد التملك ، وهي تالفة : فيها المثل في المثل ، والقيمة في المتقوم ، جزما به أيضا .

السادس

المبيع : إذا تخالفا وفسخ ، وهو تالف : أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، فشمّل المثل وغيره ، وهو وجه صححه الماوردي :
والمشهور كما قال في المطلب : وجوب المثل في المثل ؟

السابع

المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلفت ، أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ، فيشمّل المثل وغيره ، وهو وجه : صححه الماودي :
وإدعى الروباني : الاتفاق عليه ؟
وهل في المهمات : إنة غريب مردود ؟
والذي نص عليه الشافعي : وجوب المثل في المثل ؟
قال : وهو القياس :
وقال في شرح المنهاج : إنة الصحيح ، وسببه إلى ذلك السبكي ؟

الثامن

القرض ، وفيه : المثل بالمثل : وكذا في المتقوم على الأصح ؟
واستثنى الماوردي نحو الجوهر ، والحنطة المختلطة بالشعير ؟
إن جوزنا فرضهما ، فانهما يضمنان بالقيمة ، وصوبه السبكي ؟

التاسع

مأداة الضامن عن المضمون عنه ، حيث ثبت الرجوع ، فان حكمه حكم القرض ، حتى يرجع في مثل المتقوم صورة ؟

العاشر

العارية : أطلق الشيخان ، وجوب القيمة فيها ، فشمّل المتقوم والمثل ، وصرح بذلك الشيخ في المهذب والماوردي .
وجزم ابن أبي عسرون في كتبه كلها بوجوب المثل في المثل ؟
وقال في بعضها إنه أصح الطريقتين ، وصححه السبكي .

تفنيه

المستعار للرهن يضمن في وجهه ، حكاها الرافعي عن أكثر الأصحاب : بالقيمة ،
وفي وجهه ، وصححه بجاعة ، وصوبه النووي في الروضة : بما يبيع به ، ولو كان أكثر
من القيمة ؛
فيسثنى ذلك من ضمان العارية بالقيمة ؛

الحادي عشر

المتام ، وفيه القيمة مطلقا

الثاني عشر

المعجل في الزكاة : إذا ثبت استرداده ، وهو نالف ، وفيه المثل ، أو القيمة ،
جزم به الشيخان ، لكن صحح السبكي : أنه يضمن بالمثل ، وإن كان متقوما ؛

الثالث عشر

الصداق : إذا تشطر ، وهو نالف ، وفيه المثل ، أو القيمة ، جزم به الشيخان ؛

الرابع عشر

إذا تشطر وهو معيب فأطلق الشيخان وجوب نصف القيمة سليما ؛
قال في المهمات : هذا في المتقوم .

أما المثل : ففيه نصف المثل صرح به ابن الصباغ وجزم به في المطلب .

الخامس عشر

الصيد : إذا تلف في الحرم أو الإحرام ، وفيه المثل صورة ، والقيمة فيما لا مثل له ،
وسلب العامل في صيد حرم المدينة على القديم ، واختاره النووي ؛

السادس عشر

لبن المصرة وفيه التمر ، لا مثله ؛ ولا قيمته .

قال بعضهم : ليس لنا شيء يضمن بغير البقد ، إلا في مستثنين ؛

إحدهما : لبن المصرة ، والأخرى : إذا جنى على عبد فعتق ، ومات ضمن للسيد الأقل
من الدية ، ونصفت القيمة من إبل الدية ؛

بيان المثلي والمتقوم

في ضبط المثلي أوجه :

- أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن ،
ونقض بالمعجونات المتفاوتة الأجزاء ، وما دخلته النار ، والأواني المتخذة من النحاس ،
فإنها موزونة ، وليست مثلية ؛
الثاني : ما حصر بكيل أو وزن ، وجاز السلم فيه ، وهو الذي صححه في المتاج ،
والروضة ، وأصلها .
الثالث : كل مكيل وموزون جاز السلم فيه ، ويبيع بعضه ببعض ، فيخرج منه الدقيق ،
والرطب ، والعنب ، واللحم ، واللبن الحامض ، ونحوها ؛
الرابع : ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم ؛
ونقض بالأرض المتساوية ، فإنها تقسم ، وليست مثلية ؛
الخامس : ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد ، بالقيمة ، وربما قيل في الجرم والقيمة ؛
وهذا سرد المثليات :

الحبوب ، والأدهان والسمن ، والألبان ، والخمير الخالص والتمر والزبيب ونحوهما
والماء ، والنخالة والبيض والورق والخل الذي لا ماء فيه والدرهم والدنانير الخائصة ؛
وعلى الأصح : الدقيق والبطيخ والقثاء والخيار ، وسائر الثبوق والرطب والعنب
وسائر الفواكه الرطبة ، واللحم الطري والتدريد والتراب ، والنحاس والحديد ،
والرصاص ، والتبر والسبائك من الذهب ، والفضة ، والمسك ، والعنبر والكافور ،
والنارج ، والحمد والقطن ، والسكر ، والقانيد والعمل المصنوع بالنار ، والإبريسم ،
والغزل ، والصبوف والشعر والوبر ، والتفط والعود والآجر ، والدرهم المغشوشة إن
جوزنا التعامل بها ، والمكسرة ؛
هذا ما في الروضة ، وأصلها والمطلب ؛

تقسيم ثان

المضمونات : أقسام :

- أحدها : ما يضم من ضمان عقد قطعا وهو : ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو
إجازة أو صلح ،
الثاني : ما هو ضمان يقطع كالعوارى والمنصوب ، ونحوها ؛
الثالث : ما فيه خلاف : والأصح : أنه ضمان عقد كعين الصداق والخلع والصلح
هن الدم وجمل الجمالة ؛

الرابع : عكسه ، وذلك في صور العليج .
والفرق بين ضمان العقد واليد : أن ضمان العقد مردده : ما اتفق عليه المتعاقدان ، أو بدله .
و ضمان اليد : مردده : المثل ، أو القيمة .

قاعدة

ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرشن إلا في صور

إحداها : المعجل في الزكاة :

الثانية : الصداق الذي تعيب في يد الزوجة قبل الطلاق :

الثالثة : البئيع إذا تعيب في يد البائع وأخذته المشتري ناقصا ، لا أرش له في

الأصح .

الرابعة : إذا رجع فيما باعه بأفلاس المشتري ، ووجدته ناقصا بأفة ، أو إتلاف البائع

فلا أرش له .

الخامسة : القرض إذا تعيب ورجع فيه المقرض ، لا أرش له : بل يأخذه ناقصا ،

أو مثله .

قاعدة

أسباب الضمان أربعة

أحدها : العقد ، كالمبيع ، والتمن المعين قبل القبض والسلم ، والإجارة :

الثاني : اليد مؤتمنة كانت كالوديعة ، والشركة ، والوكالة ، والمقارضة إذا حصل

التعدي ، أولا ، كالغصب ، والسوم ، والعمارة ، والشراء فاسدا :

الثالث : الإتلاف : نفسا ، أو مالا .

ويفارق ضمان اليد : في أنه يتعلق بالحكم فيه بالمباشر ، دون السبب . و ضمان اليد

يتعلق بهما .

الرابع : الحيلولة .

ما تؤخذ قيمته للحيلولة ، ومالا تؤخذ

فيه فروع :

الأول : المسلم فيه : إذا وجد المسلم إليه في مكان لا يلزم فيه الأذى ، وفيه ،

وجهان .

الصحيح : لا تؤخذ ، لأن أخذ العوض عنه غير جائز :

الثاني : إذا قطع صحيح الأئمة الوسطى ممن لاعليا له : فهل له طلب الأرش

للحيلولة ؟ وجهان ؟ الصحيح : لا ، حتى ينفو .

الثالث : إذا نقل الم غضوب إلى بلد آخر وأبق ، فللمالك المطالبة بالقيمة في الحال للحيلولة قطعا ، فإذا رده ردها .

الرابع : إذا ادعى عينا غائبة عن البلد : وسمع القاضى البينة ، وكتب بها إلى قاضى بلد العين ليسلمها للمدعى بكفيل ، لتشهد البينة على عينها ، ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة قطعا .

الخامس : إذا حال بين من عليه القصاص ، ومستحق الدم ، لا يؤخذ قطعا :
السادس : إذا أقر بعين لزيد ثم بها لعمرو فم له قيمتها في الأصح ، لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول :

الكلام في أجرة المثل

تجب في مواضع

أحدها : الأجارة في صور :

منها : الفاسدة :

ومنها : أن يعبر فرسه ليعلقه أو ليعيره فرسه .

ومنها : إذا جمل الدابة المستأجرة زيادة على ما استأجر له : تجب أجرة المثل لما زاد :

ومنها : إذا اختلفا في قدر الأجرة ، أو المنفعة ، أو غيرها ، وتحالفا : فسد العقد ، ورجع إلى أجرة المثل .

الثاني : المساقاة في صور :

منها : الفاسدة كأن يساقبه على ودى يفرسه ، ويكون الشجر بينهما ، أو ليفرسه في أرض نفسه ، ويكون الثمر بينهما ، أو يدفع إليه أرضا ليفرسها والثمر بينهما ، أو يشرط الثمرة كلها للعامل ، أو يشرط له جزءا منهما ، أو مشاركة المالك ، أو غيرها في صور الاسداد .

ويستثنى : ما إذا شرط الثمرة كلها للمالك ، فلا شيء للعامل في الأصح .

وكذا نظيره في القراض :

ومنها : إذا خرج الثمر مستحقا ، فللعامل على الساقى أجرة المثل .

ومنها : إذا فسح العقد بتحالف ، أو هزب العامل ، وتعدى الاتمام .

الثالث : القراض إذا فسد ، سواء ربح المال أم لا إلا في الصورة السابقة ، وإذا

اختلفا وتحالفا :

الرابع : الجمالة إذا فسدت ، أو فسح الجاعل بعد الشروع في العمل ،

أو تحالفا :

الخامس : الشركة كذلك ؛
السادس : منافع الأموال إذا فانت في يد عادية غصبا : أو شراء فاسدا ، أو غيرها
تجب فيها أجره المثل ؛ سواء استوفيت ، أم لا ؛
وأما منفعة الحر : فلا يضمن بها إلا بالاستيفاء ؛
السابع : إذا استخدم عبده المتزوج ، غرم له الأقل من أجره مثله ، وبكل المهر
والنفقة ؛
وقيل : يلزمه المهر والنفقة بالغا ما بلغ ، لأنه لو نخله ربما كسب ما يفي بهما ؛
ونظير ذلك : إذا أراد فداء العبد الجاني : يلزمه الأقل من قيمته ، وأرش الجناية ؛
وفى قول : الأرش بالغا ما بلغ ، لأنه لو سلمه للبيع ربما رغب فيه راضب بما
يفي به ؛
الثامن : حامل الزكاة : يستحق أجره مثل عمله ، حتى لو حمل أصحاب الأموال زكاتهم
إلى الإمام : فلا شيء له ، وإن بعته استحقها بلا شرط ؛
فإن زاد سهم العاملين عليها ، رد الفاضل على الأصناف ، وإن نقص : كمل من مال
الزكاة ؛

فرع مهم

أفتى ابن الصلاح فيمن أجر وقفنا بأجرة شهدت البيعة بأنها أجره مثله : ثم تغيرت
الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجره المثل : بأنه يتبين بطلان العقد ، وأن الشاهد
لم يصب في شهادته ؛
واحتج بأن تقويم المنافع في مدة ممتدة ، إنما يصبح إذا استمرت الحال الموجودة ،
حالة التقويم ؛
أما إذا لم تستمر ، وطرأ في أثناء المدة أحوال تختلف بها قيمة المنفعة ، فيتبين أن المقوم
لها لم يطابق تقويمه المقوم ؛
قال : وليس هذا كتقويم السلع الحاضرة ؛
قال : وإذا ضم ذلك إلى قول من قال من الأصحاب : إن الزيادة في الأجرة تفسخ
العقد كان قاطعا لاستبعاد من لم يشرح صدره ، لما ذكرناه ؛
قال : فليعلم ذلك ، فإنه من نفائس النكت ؛
وقال الشيخ تاج الدين السبكي : ما أفتى به ابن الصلاح ضعيف ، فإن الشاهد إنما
يقوم بالنسبة إلى الحالة الراهنة ، ثم ما بعدها تبع لها نسبو عليه حكم الأصل ؛
قال : فالتحقيق أن يقال : إن لم تتعين القيمة ، ولكن ظهر طالب بالزيادة لم

ينسخ العقد والقول بانفساخه ضعيف ، وإن تغيرت : فالإجارة صحيحة إلى وقت التغيير :

وكذا بعده فيما يظهر ، ولا يظهر خلافه :

الكلام في مهر المثل

الأصل في اعتباره : حديث أبي سنان الأشجعي « أنه صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق وقد نسكت بغير مهر فماتت زوجها : بمهر نساها » أخرجه أبو داود والترمذي ، واللساني ، وابن حبان ، والحاكم ، وغيرهم :

وقال سعيد بن منصور في سننه : حدثنا خالد بن عبد الله : عن يونس : عن الحسن « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في امرأة توفي عنها زوجها ، ولم يفرض لها صداقاً لها مثل صداق نساها » :

قال الأصحاب ، مهر المثل : هو الذي يرغب به في ثلها ، وركنه الأعظم : النسب فينظر إلى نساء عصبته ، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه : وتقدم القرني ، والشقيقة . فأقربهن : الأخوات لأبوين ، ثم لأب ، ثم بنات الأخوة ، ثم العيات : ثم بنات الأعمام كذلك ، فإن فقدن ، فبنات الأرحام ، كالجديات ، والحالات :

والمراد بالفقْد : أن لا يوجدن أصلاً ، أو لم يتكحن ، أو جهل مهرهن :

ولا يعتد اعتبارهن بموتهن :

فإن فقد الأرحام ، فثلها من الأجانب :

وتعتبر العتيقة بعتيقة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها ، وحسبته ، ويعتبر البلد ، والصفات المرغبة : كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة والصراحة ، وهي شرف الأبوين :

ومتى اختصت بفضل أو نقص ، ليس في النسوة المعبرات مثله ، زيد أو نقص بقدر ما يابق به ، كما في نظيره إذا كان الجنين نسلها ، والأم ناقصة .

ويعتبر غالب عادة النساء ، فلو ساحت واحدة لم يجب موافقتها ، إلا أن يكون لنقص دخل في النسب ، وفرة الرغبات :

ولو خفضن للعشيرة دون غيرهم أو عكسه ، اعتبر ذلك .

هذا ما في البروضة وأصلها :

وفيه أمور ينبه عليها

منها : أن الأصحاب استدلوا على اعتبار نساء العصبة بقوله (مهر نساها) لأن إطلاق

هذا اللفظ ينصرف إليهن :

وتنازع فيه صاحب النخائر : بأن النساء من الجانبين تساوا ،
قال : بل نقول هو عام فيها ، ونخص بالمعنى لأن مهر المثل قيمة البضع ، وتعرف
قيمة الشيء بالنظر إلى أمثاله ، وأمثلة نساء عشيرتها المساويات لها في نسبتها ، لأن النسب
معتبر في النكاح .

والغالب : أنه إذا ثبت مقدار في عشيرة ، جرت أنكحتهم عليه ، أن من لا ينتمى إلى
نسبها ، لا يساويها فيه .

ومنها : أن مقتضى ما تقدم ، الانتقال بعد بنات الأخ إلى العمات ، ولا تعتبر بنات
بني الأخ ، وليس كذلك ، بل المراد تقديم جهة الأختوة على جهة العمومة ، كما صرح
به الماوردي .

ومنها : المراد بالأرحام هنا قرابات الأم لالمذكورون في الفرائض ، لأن الجدة أم
الأم ليست منهن قطعا .

ومنها : أن الماوردي وسط بين نساء العصبية والأرحام بالأم والجدة .
ومنها : اعتبر ابن الصباغ مع ذلك كونهن من أهل بلدها ، وحكاه الماوردي عن النص
لأنه قيمة مثلثة ، فيعتبر محل الالتلاف .

والذي في الروضة وأصلها : اعتبار ذلك إذا كان لها أقارب في بلدها وأقارب في غيرها .
فإن لم يكن في بلدها أقارب ، قدم أقارب غير بلدها ، على أجنب بلدها .
ومنها : يعتبر حال الزوج أو الواطيء أيضا ، من اليسار والعلم والحفة والنسب .
صرح به صاحب الكافي وغيره .

ومنها : ذكر ابن الرفعة ، أن المعتبر من الأقارب ثلاث ، وتوقف فيما إذا لم يكن إلا
واحدة أو ثلثان .

المواضع التي يجب فيها مهر المثل

هي سبعة

الأول

النكاح : إذا لم يسم الصداق ، أو تلفت المسمى قبل قبضه ، أو بعضه ، أو تعيب ، أو
وجدته معييا واختارت الفسخ أو بان مستحقا أو فسد ، لكونه غير مماووك كحروه مخصوب
أو مجهولا ، أو شرط الخيار فيه ، أو شرط في العقد شرط يخل بمقصوده الأصلي ، كأن
لا يتزوج عليها ، أو نكح على ألفت إن لم يسافر بها ، وألفين إن سافر ، وعلى أن لأبيها
أما ، أو تضمن الربا . كزوجتك بنتي وبعثك هذه المائة من مالها بهاتين المائتين ، أو جمع
نسوة بمهر واحد ، أو تضمن لإثباته دفعه ، كأن يزوج ابنة بامرأة ويصدقها أمة ، لأنه

يتضمن دخولها أولا في ملك الابن ، فتعتق فلا تنقل إلى الزوجه صداقا .
أو بهقد الحجير أوولى السفية بأقل من مهر المثل ، أو لابنه أو السفية بأكثر ، أو يخالفته
مأمرت به الرشيدة ، أو يفسخ بعد الدخول بعييب أو تغرير ، أو اختلفا في المهر أو تحالفا .
أو نكحها على ما يتفقان عليه في ثانی الحال ، أو أسلما وقد عقدا على فاسد ، ولم يقبضاه .
أو زوجة ابنته بمتعة جاريتها ، أو جاريتها على أن يزوجه ابنته ، ورقبتها صداقها ، أو يطلق
زوجته على أن يزوجه ابنته ، ويضمها صداقها .

الموضع الثاني

الخلع : إذا فسد المسمى بغالب الصور المذكورة :

الثالث

الوطء في غير نكاح صحيح : إما فاسد أو يشبهه أو إكراه ، أو أمة ابنة أو مشتركة أو
مكاثبة ، أو زوجة رجعية أو مرتدة موقوفة في العدة ، أو أمتة المرهونة أو المشتراة فاسدا ،
أو في نكاح المتعة :

الرابع

الرضاع : إذا أرضعت أمه أو أختها ، زوجته ، أو الكبرى الصغرى ، انفسخ النكاح
وله على المرضعة نصف مهر المثل في الأظهر ، وكله في الثاني .
ولو أرضعت أم الكبرى الصغرى انفسختا ، وله على المرضعة مهر المثل لأجل
الكبرى ونصفت للصغرى :

الخامس

في رجوع الشهود بعد الشهادة بطلاق بائن ، أو رضاع أو لعان و فرق القاضى ، فإن
الفراق يدموم وعليهم مهر مثل :
وفي قول : نصفه إن كان قبل الوطء :

الموضع السادس

الدعوى : إذا أقرت لأحد المدعيين بالسبق ثم للآخر ، يجب له عليها مهر المثل أو
للزوج ، أنه راجعها بعد ما تزوجت .

السابع

إذا جاءت المرأة مسلمة ، في زمن الهدنة ، غرم لزوجها الكافر مهر مثلها ، على قوله

مرجوع :

وقت اعتباره ومكانه

يعتبر فيه الوطء بالشبهة يوم الوطء ، وكذا في النكاح الفاسد ؛
ولا يعتبر يوم العقد إذ لا حرمة له ؛
وفي النكاح الصحيح : إذا لم يسم فيه ووطئ ، هل يعتبر يوم الوطء ، أو العقد ، أو
الأكثر من العقد إلى الوطء ؟ أوجه أصحها في أصل الروضة ، الثالث ؛
وفي المنجاء والمحرر والشرح الصغير ، الثاني ؛
ونقله الرافعي : في سريّة العتق عن الأكبرين .
وإن مات - وأوجبنا مهر المثل ، وهو الأظهر - فهل يعتبر يوم العقد ، أو الموت ، أو
الأكثر ؟ أوجه في أصل الروضة بلا ترجيح .
وأما مكانه ؛ فيجب من نقد البلد حالا بقيمة المتلفات ؛

ما يتعدد فيه ، وما لا يتعدد

لا يتعدد بتعدد الوطء في نكاح صحيح ، كما هو معلوم ، ولا في نكاح فاسد ، أو شبهة
واحدة ؛
ومنه : وطء تجارية الابن ، والمكاتبية والمشاركة ، على الأصح ؛ سواء اتحد المجلس
أم لا ؛
ويتعدد إن زالت الشبهة ، ثم ووطئ بشبهة أخرى وبالإكراه على الزنا ووطء الغاصب
والمشترى منه إن كان في حال الجهل ، لم يتعدد لأن الجهل بشبهة واحدة أو العلم ، وهي
مكرهة ، فقد تقدم أنه يتعدد ؛
وحيث قلنا بالأحاديث : أحتر أعلى الأحوال ؛
ومع له كما قال الماوردي : إذا لم يؤد المهر ؛
فإن أدى قبل الوطء الثاني ، وجب مهر جديد ؛
ومع له في المكاتبية : ما إذا لم تحمل ، فإن حملت خيرت بين المهر والتعجيل فان اختارت
المهر ووطئت مرة أخرى ، فلها مهر آخر ؛
نص عليه الشافعي ، كما نقله في المهمات ؛
وعبارته : فإن أصابها مرة أو مرارا ، فلها مهر واحد ، إلا أن تتخير فتختار الصداق
أو العجز ؛

فإن خيرت ، فعاد فأصابها السيد ، فلها صداق آخر وكلما خيرت فاختارت الصداق
ثم أصابها فلها صداق آخر ، كنكاح المرأة نكاحا فاسدا ، يوجب مهرا واحدا ؛
فاذا فرق بينهما وقضى بالصداق ، ثم نكحها نكاحا آخر فلها صداق آخر ؛

تنبیه

يجب مهران في وطء زوجة الأصل أو الفرع بشبهة إذا كانت مدخولا بها : مهر لها ، ومهر لزوجها ، لفواتها عليه بالانفساخ :
ويجب مهر ونصف في غير المدخول بها ، وهو غريب لأنظيره :
ويقرب منه : إتلاف الصيد المملوك في الحرم أو الاحرام ، فان فيه الجزاء بالمثل
لحق الله تعالى والقيمة للمالكه ، وفي ذلك قال ابن الوردی
عندی سؤال حسن مستظرف . فرع على أصلين قد تفرعا
مئلف مال يرضى مالكة ويضمن القيمة والمثل معا
ويشبه هذا الفرع : العبد المغصوب يعني بقدر قيمته ، فيتلفه الغاصب ، فانه يضمن
فيه قيمتين :
لكن الجنایة بالغصب ، لا بالاتلاف .

مهمة

صحح الشيخان في الغصب وفي الوطء بشبهة أو إكراه : أنه إذا زال البكارة بالوطء
وجب مهر ثيب وأرش البكارة ، وفي الرد بالعيب مهر بكر فقط ، ثم يندرج الأرش :
وفي البيع الفاسد : مهر بكر وأرش البكارة :
قال السبكي : الغصب أولى ، بلزوم ذلك من البيع الفاسد :
وقال في المهمات : هذا الذي قالاه في غاية الغرابة حيث جزمنا في الشراء الفاسد بإيجاب
زيادة لم نوجبها في الغصب ، ولم يحكيها في إيجابها خلافا مع اختلافهم في أن البيع الفاسد هل
يغلف فيه ، كما يغلف في الغصب أم لا ؟ :
وأما كونه أخلف فلا قائل به .

ضابط

ليس لنا مضمون يختلف باختلاف الضامين إلا في مهر المثل : إذا خفض للعشيرة دون
غيرهم أو بالعكس ، ذكره الروياني :

القول في أحكام الذهب والفضة

اختصا بأحكام

الأول

لا يكره الشمس في أوانيهما ، على الأضح لصفاء جوهرهما .

الثاني

محرم : استعمال أو اتيهما للحديث :
والمعنى فيه : الخيلاء أو تضيق النقود ؟ قولان ، أصحابهما الأول ٥

الثالث

محرم الخلى منهما على الرجال ، إلا ما استثني .

الرابع

اختصا بوجوب الزكاة :

الخامس

ومجربان الربا ، فلا ربا في القلوس ، ولو راجت وراج النقود في الأصح ٥
واختص المضروب منهما بكونهما قيم الأشياء ، فلا تقويم بغيرهما ٥
ولا يبيع القاضى والوكيل والولى مال الغير إلا بهما :
ولا يفرض مهر المثل إلا منهما ، ويجوز عقد الشركة عليهما . والقراض ، وبامتناع
استئجارها للتزين :
واختص الذهب بحرمة التضبب منه على الأصح ، وحرمة ما يجوز للرجل اتخاذه من
الفضة ، كالخاتم وحلية آلات الحرب ، إلا السن والأنف والأتملة .

قاعدة

الذهب والفضة : قيم الأشياء إلا في باب السرقة ، فإن الذهب أصل والفضة عروض
بالنسبة إليه ، نص عليه الشافعى في الأم :
وقال : لأحرف موضعا تنزل فيه الدرهم منزلة العروض إلا في السرقة ٥

القول في المسكن والخدم

قال السبكي : اضطرب حكم المسكن والخدم ٥

وفي مواضع يباعان ٥

وفي آخر : لا ٥

وفي موضع : إن كان لا يعين بقيا ، وإلا فلا ٥

وفي آخر : يبدل النفيسان إن لم يؤلفا ، انتهى ٥

والمواضع التي ذكر فيها ، اثنا عشر موضعا

الأول

التيمن ، ولا يباعان فيه ، صرح به ابن كنج ،
وقال في الكفاية : إنه المتجه .

وقال السبكي : إنه القياس ، وقال الأسنوي : إنه للظاهر

الثاني

ستر العورة ، ولا يباعا أيضا .

قال السبكي : وفاقا لابن كنج ، وخلافا لابن القطان :

قال في الخادم : كل موضع أوجب الشرع فيه صرف مال في حق الله ، يجب كونه

فاضلا عن الخادم ، كما يأتي في الفطرة ، والحج ، ونحوهما .

الثالث

الفطرة ، ولا يباعان أيضا على الأصح . كالكفارة :

وفي وجهه : نعم ، لأن للكفارة بدلا ، وعلى الأول : إنما يعتبر ذلك في الابتلاء .

فلو ثبتت الفطرة في ذمة إنسان : بعنا خادمه ، ومسكنه فيها : لأنها بعد الثبوت :

التحقت بالديون :

قال في شرح المهذب : وأن تكون الحاجة إلى الخادم تلغيمته ، أو خنمة من تلزمه

تخدمته : ليخرج مالهو احتاج إليه لعمله في أرضه ، أو ماشيته ، فان الفطرة نجب ،

قال الأسنوي : ولا بد أن يكونا لاثنتين به :

الرابع

نكاح الأمة ، وهل يباعان ويصرف ثمنهما إلى نكاح الحرة ، أو يحل له نكاحها

ويقتان ؟ وجهان : أحدهما في زوائد الروضة : الثاني ،

الخامس

القافلة ، ولا يباعان فيها . جزم به في الروضة ، وأصلها ،

السادس

التفليس ، ويباعان فيه ، سواء احتاج إلى الخادم لزمانة ومثعب ، أم لا .

وفي قول مخرج من الكفارة : لا يباعان إذا احتاج إليهما :

والفرق على الأول : أن للكفارة بدلا ، وأن حقوق الأدميين أصيب .

وفي ثلث : يباع الخادم دون المسكن : لأن أولى بالبقاء من الخادم .

السابع

نفقة الزوجة ، وبياعان فيها كالدين .

الثامن

نفقة القريب ، وبياعان فيها كالدين ؛ وفيما الوجه الذي فيه :
وفي كيفية بيع العقار : وجهان في الروضة ، وأصلها بلا ترجيح .
أحدهما : تباع كل يوم جزء بقدر الحاجة ؛
والثاني : يقترض عليه إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له ، لأن ذلك يشق ؛
ورجح البلقيني الثاني ، فإنه الراجح في نظيره من العبد ؛
قال الأذري : واعلم أن التسوية بين نفقة القريب ، والدين مشكل جدا ؛
ولم أجد دليلا ، ولا نصا للشافعي على بيع ما لا بد منه من مسكن ، وخادم لا يستغنى عنه ؛

قال : والأرجح المختار : مقاله القاضي حسين : أنه لا يباعان هنا وإن قلنا : يباعان في الدين ؛
قال : نعم لو اقترض الحاكم عليه لغيبته ، ونحوها صار ديننا عليه ، فبياعان فيه ؛
كسائر الديون ؛

التاسع

سراية العتق ، وبياعان فيها كالدين : جزم به في الروضة وأصلها :

العاشر

الحج ، ولا يباعان إن لاقاه : بل لو كان معه نقد صرف إليهما كالكفارة ؛
وقيل : يباعان ، كالدين ؛ فإن كانا غير لائقين ، ولو أبدلا لو في التفاوت بمؤنة الحج وجب إبداله ، كذا أطلقه الأصحاب ، ولم يفرقوا بين المألوفين وغيرهما ؛
قال الرافعي : ولا بد من ذلك ، كالكفارة .

ثم فرق في الشرح الصغير ، وقبعه النوى في الروضة ، وشرح المهذب : بأن للكفارة هدلا ، بخلاف الحج ؛

قال الأسنوي : وهو متقضى بالرؤية الأخيرة منها ، فإنه لا يبدل لها : وبالفطرة ، فإنه لا يبدل لها ، مع أنها كالحج فيما نقله عن الإمام .

الحادي عشر

الكفارة : فإن لاقا ، لم يباعا ، بلا خلاف ،
ولا يجرى الوجه للذي في الحج ، لأن لها بدلا وإن لم يكونا لائقين لزم الإبدال ،

وصرف التفاوت إلى العتق إن لم يكونا مألوفين ، فان ألفا فلا في الأصح لمشقة مفارقة المألوف :

الثاني عشر

الزكاة ، ولا يسلبان اسم الفقر ، كما نقله الرافعي في المسكن عن التهذيب ، وغيره ؛ قال : لم يتعرضوا له في الخادم ، وهو في سائر الأصول ملحق بالمسكن . واستدرك عليه في الروضة : أن ابن كنج صرح في التجريد بأنه كالمسكن ، وهو

متعين :

قال في المهمات : وصرح به أيضا في النهاية ، إلا أنه اغضرها في المسكن ، دون

الفقير .

فقال : إن المسكن والخادم : لا يمنع اسم المسكنة . بخلاف الفقير ؛

قال : واغتزاز الرافعي لهما في الفقر ، يلزم منه الاعتزاز في المسكن بطريق الأولى ؛

قال السبكي : وإطلاق المسكن والخادم يقتضى أنه لا فرق بين اللاتق ، وغيره .

قال ابن النقيب : وفيه نظر :

ولو لم يكن له عبد ومسكن ، واحتاج إليهما ، ومعه ثمنهما ؛

قال السبكي : لم أر فيه نقلا ، ويظهر أنه كوفاء الدين ؛

وقد قال الرافعي فبألو كان عليه دين ، ومعه ما يوفيه به لا غيره بما يوفيه به كما في نفقة القريب ، والفقرة .

وقال أيضا في الغارم الذي يعطى من الزكاة : هل يعتبر في فقره مسكنه ، وخادمه ؟

ظاهر عبارة الأكثرين اعتبار ذلك ، وربما صرحوا به ؛

وفي بعض شروح المفتاح : أنه لا يعتبر المسكن ، والملبس ، والفراش ، والآنية ،

وكذا الخادم ، والمركوب إن اقتضاها حاله ؛

قال : وهذا أقرب ؛

تنبيهان

الأول

قال في المهمات ، في الحجج : تعبير الرافعي بالعبد للاحتراز عن الجارية النفيسة المألوفة

فإنها إن كانت للخدمة ، فهي كالعبد ، وإن كانت للاستمتاع . لم يكلف بيعها . جزما ،

لما يؤدي إليه تعلقه بها من الضرر الظاهر ؛

قال : وهذا التفصيل لم أره ، ولكن لا بد منه ؛

قلت : نقله الأذرعى عن تصريح الدارمى ؛ وزاد : إن كان له أخرى للخدمة . فان

أمكن التي للاستمتاع أن نخدم ، باع التي للخدمة ، وإلا فلا ؛

الثاني

قال في المهمات في الحج : مقتضى إطلاق الراضي ، وغيره : أنه لا فرق في اعتبار المسكن والخادم بين المرأة المكفية باخدام الزوج ، وإسكانه ، وبين غيرها ، وهو متجه ، لأن الزوجية قد تنقطع فتحْتَاج إليهما :

قال : وكذلك اعتبار المسكن بالنسبة إلى المتفقهة ، والصفوية ؛ الذين يسكنون بيوت المدارس والربط :

وقال السبكي في الزكاة : : لو اعتاد السكنى بالأجرة ، أو في المدرسة ؛ فالظاهر : خروجه عن اسم الفقر بضمن المسكن :

الثالث

قال البلقيني : لا يبيع المسكن ، والخادم في الحجر الغريب قطعا ، لإمكان الوفاء من غيره .

وقد قلت في الخلاصة ، جامعا هذه النظائر :

اضطرب المسكن والخادم في حكمهما فالمنع للبيع ففت
هنا وفي عاقلة والستره وفي نكاح أمة والفقرة
والبيع في التغليس والإنفاق للزوج والقرب والإعتاق
في الحج والتكفير إن لاقا فلا ثم لدى الحج التفتيس أبدا
ولو مألوف وفي التكفير إن لم يكن يؤلف في الشهر
وليس بمنعان وصفت الفقر ولا التي للوطء في ذا تجرى

كتب الفقيه ، وسلاح الجندي ، وآلة الصانع

ذكرت في مواضع

أحدها : الزكاة :

قال النووي في شرح المهذب ، والروضة هلا عن الغزالي في الاحياء : لو كان له كتب فقه لم يخرج من المسكنة : يعني والفقر :

قال : ولا تلزمه زكاة الفطر ، وحكم كتابه حكم أثاث البيت ، لأنه محتاج إليه ؛ قال : لكن ينبغي أن يحاط في فهم الحاجة إلى الكتاب :

فالكاتب : يحتاج إليه لثلاثة أغراض : التعليم . والتفرج بالمطالعة ، والاستفادة ، فالفرج : لا يمد حاجة ، كإقتناء كتب الشعر ، والتواريخ ، ونحوها مما لا يفتضح به

في الآخرة ، ولا في الدنيا .

فهذا يباع في الكفارة ، وزكاة الفطر ، ويمنع اسم المسكنة .
وأما حاجة التعليم : فإن كان للكسب كالمؤدب ، والمدرس بأجرة ، فهذه آتية .
فلا تباع في الفطرة : كآلة الخياط ، وإن كان يدرس لقيام فرض الكفاية لم يبع ، ولا
يسلبه اسم المسكنة ، لأنها حاجة مهمة .

وأما حاجة الاستفادة والتعلم من الكتاب ، كأدخاره كتاب طب ليعالج به نفسه ،
أو كتاب وعظ ليطالعه ، ويتعظ به . فإن كان في البلد طيب وواعظ ، فهو مستغن عن
الكتاب ، وإن لم يكن ، فهو محتاج .

ثم ربما لا يحتاج إلى مطالعته إلا بعد مدة .

قال : فينبغي أن يضبط ، فيقال : ما لا يحتاج إليه في السنة ، فهو مستغن عنه .
فيقدر حاجة أثاث البيت ، وثياب البدن بالسنة ، فلاباع ثياب الشتاء في الصيف ، ولا
ثياب الصيف في الشتاء ، والكتب بالثياب أشبه :

وقد يكون له من كل كتاب نسختان ، فلا حاجة له إلا إلى إحداها .

فإن قال : إحداها أصبح ، والأخرى حسن .

قلنا : اكتف بالأصح ، وبع الأخرى .

وإن كان له كتابان من علم واحد : أحدهما : مهسوط ، والآخر : وجيز .

فإن كان مقصوده : الاستفادة ، فليكتف بالمهسوط .

وإن كان قصده التدريس : احتج إليهما .

هذا آخر كلام الغزالي .

قال النووي : وهو حسن ، لإقواه « في كتاب الوعظ » إنه يكتفى بالواعظ ، فليس

كما قال ، لأنه ليس كل أحد ينتفع بالواعظ ، كانتفاعه في خلوته على حسب إرادته .

قلت : وكذا قوله في كتاب الطب : إنه يكتفى بالطبيب ، ينبغى أن يكون محله إذا

كان في البلد طيب معبر .

فإن لم يكن إلا بأجرة ، لم يكلف بيع الكتاب والأستجار عند الحاجة .

الموضع الثاني : الحجج

قال في شرح المهدب : لو كان فقها ، وله كتب : فهل يلزمه بيعها للحجج ؟

قال القاضي أبو الطيب : إن لم يكن له بكل كتاب إلا نسخة واحدة ، لم يلزمه : لأنه

محتاج إلى كل ذلك ، وإن كان له نسختان ، لزمه بيع إحداها ، فإنه لا حاجة به

إليها .

وقال القاضي حسين : يلزم للفقهاء بيع كتبه في الزاد والراحلة .

قال : وهذا الذي قاله ضعيف ، وهو تفريع منه على طريقته الضعيفة في وجوب بيع المسكن والخادم للحج :

قال : فالصواب ما قاله أبو الطيب ، فهو الجارى على قاعدة المذهب ، وعلى ما قاله الأصحاب هنا في المسكن والخادم ، وعلى ما قالوه في باب الكفارة ، وباب التمليس . ٨٢

الموضع الثالث : الدين

قال الأستوى : في باب التمليس : رأيت في زيادات العبادي : أنه يترك للعالم ولم أر ما يخالفه .

وذكر النووي في الحج في شرح المذهب ما يقتضيه ، ونقل كلام العبادي في قسم الصدقات وأقره :

القول في الشرط والتعليق

قال الباقيني : الفرق بين الشرط والتعليق : أن التعليق ، يدخل على أصل الفعل فيه بأداته : كإن ، وإذا . والشرط ما جزم فيه بالأول ، وشرط فيه أمر آخر :

قاعدة

الشرط : إنما يتعلق بالأمر المستقبلية :

أما الماضية ، فلا مدخل له فيها ، ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماض ، ونص عليه .

ولو قال : يا زانية ، إن شاء الله ، فهو قاذف . لأنه خبر عن ماض : فلا يصح تعليقه بالمشيئة .

ولو فعل شيئاً ، ثم قال : والله ما فعلته إن شاء الله : حنث ، كما قال الزركشي في قواعد ، وخطأ البارزي في فتواه بعدم الحنث :

قاعدة

أبواب الشريعة كلها على أربعة أقسام :

أحدها : ما لا يقبل الشرط ، ولا التعليق : كالإيمان بالله ، والطهارة ، والصلاة ، والصوم إلا في صور تقدم استثناءها في أول الكتاب ، والضمان ، والنكاح ، والرجعة ، والاختيار ، والفسوخ :

والثاني : ما يقبلهما : كالعتق ، والتدبير ، والحج ،

الثالث : مالا يقبل التعليق ، ويقبل الشرط : كالأعكاف ، والبيع في الجملة ، والإجارة ، والوقف ، والوكالة :

الرابع : عكسه : كالطلاق ، والإيلاء ، والظهار ، والخلع :

قاعدة

ما كان تملكها محضاً لامتدحلت للتعليق فيه قطعاً ، كالبيع :

وما كان حلاً محضاً يدخله قطعاً ، كالعقود :

وبينهما مراتب يجرى فيها الخلاف : كالفسخ ، والإبراء : يشبهان التملك :

وكذا الوقف ، وفيه شبه يسير بالعقود ، فجرى وجه ضعيف :

والجملة ، والخلع : التزام يشبه النذر ، وإن ترتب عليه ملك :

ضابط

ما قبل التعليق لافرق فيه بين الماضي والمستقبل إلا في مسألة واحدة :

وهي : إن كان زيد محرماً أحرمت ، فإنه يصح ، بخلاف إذا أحرم أحرمت فلا

يصح :

ضابط

ليس لنا خروج من عبادة بشرط ، إلا في الاعتكاف ، والحج :

قاعدة

الشروط الفاسدة : تفسد العقود ، إلا البيع بشرط البراءة من العيوب ، والتراض

بشرط رد مكسر عن صحيح ، أو أن يقرضه شيئاً آخر ، على الأصح فيهما :

ضابط

لا يقبل البيع التعليق ، إلا في صور :

الأولى : بعتك إن شئت :

الثانية : إن كان ملكي ، فقد بعته :

ومنه مسألة اختلاف الوكيل والموكل ، فيقول : إن كنت أمرتك بعشرين فقد

بعتكها بها :

الثالثة : البيع الضمني : كأعتق عبدك عنى على مائة إذا جاء رأس الشهر :

ولا يقبل الإبراء التعليق ، إلا في صور :

الأولى : إن رددت عبدي فقد أبرأتك ، صرح به المتولى :

الثانية : إذا مات فأنت في حل فهو وصية : كما في فتاوى ابن الصلاح :

الثالثة : أن يكون ضمنا ، لا قصدا . كما إذا علق عتقه ، ثم كاتبه . فوجدت الصفة ؛ عتق ، وتضمن ذلك الإبراء من النجوم ، حتى يتبعه أكسابه ، ولو لم يتضمنه ، تبعه كسبه ،

قاعدة

من ملك التنجيز ملك التعليق ، ومن لا فلا ؛
واستثنى الزركشي في قواعده من الأول ؛ الزوج يقدر على تنجيز الطلاق والتوكيل فيه ؛
ولا يقدر على التوكيل في التعليق ، إذا منعنا التوكيل فيه ؛
ومن الثاني صور يصبح فيها التعليق ، لمن لا يملك التنجيز ؛
منها : العبد لا يقدر على تنجيز الطلقة الثالثة ، ويملك تعليقها ، إمامة قيدا بحال ملكه .
كقوله : إن عتقت ، فأنت طالق ثلاثا . أو مطلقا : كأن دخلت ، فأنت طالق ثلاثا ثم
دخلت بعد عتقه . فتقع الثالثة على الأصح ؛
ومنها : يجوز تعليق طلاق السنة في الحيض : وطلاق البدعة في طهر لم يمسه فيها وإن
كان لا يتصور تنجيز ذلك في هذه الحالة ؛

قاعدة

ما قبل التعليق من التصرفات : صح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف ، كالطلاق
والتعق ، والحج . ومالا فلا : كالنكاح ، والرجعة ، والبيع .
واستثنى الإمام من الأول : الأيلاء ، فإنه يقبل التعليق ولا يصح إضافته إلى بعض
المحل إلا الفرج .
ولا استثناء في الحقيقة ، اصدق إضافته إلى البعض .
واستدرك البارزى : الوصية يصبح تعليقها ، ولا تصح إضافتها إلى بعض المحل ؛
ويستثنى من الثاني صور :
منها : الكفالة ، والقذف ؛

القول في الاستثناء

فيه قواعده :

الأولى

الاستثناء من النبي : إثبات ؛ ومن الإثبات : نفي .
فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة ، فالمشهور : وقوع طلقتين ؛
نظائره في الطلاق ، والأقارير كثيرة .

واستشكل على القاعدة مسألة من قال : والله لا لبست ثوبا إلا الكتان ، ففقد عريانا ، فإنه لا يلزمه شيء .

ومقتضى القاعدة : أنه حلفت على نفي ماعدا الكتان ، وعلى إثبات لبس الكتان ، وما لبسه فيحنت :

وأجاب ابن عبد السلام : بأن سبب المخالفة أن الأيمان تتبع المتقولات ، دون الأوضاع اللغوية ، وقد انتقلت « إلا » في الاستثناء في الحلفت إلى معنى الصفة : مثل « سواء » وغير « فيصير معنى حلفه : والله لا لبست ثوبا غير الكتان ، ولا يكون الكتان مخلوفا عليه ، فلا يضر تركه ، ولا لبسه .

ونظير هذه المسئلة مسألة : والله لا أجامعك في السنة إلا مرة فضت ولم يجامعها أصلا ، فحكى ابن كحج فيها وجهان .

أحدهما : تلزمه الكفارة ، لأن الاستثناء من النفي إثبات : ومقتضى يمينه : أن يجامع مرة ، ولم يفعل : فيحنت :

والثاني : لا ، وصححه في الروضة ، لأن المقصود باليمين : أن لا يزيد على الواحدة : فرجع ذلك إلى أن العرف يجعل إلا بمعنى غير :

الثانية

الاستثناء المبهم في العقود باطل :

ومن فروعها

بعتك الصبرة إلا صاعا ، ولا يعلم صبيعتها ، وبعتك الجارية إلا حملها ، فإنه باطل . أما الأقارير ، والطلاق : فيصح : ويلزمه البيان : مثل : له على مائة درهم إلا شيئا ونسأني طوائق ، إلا واحدة منهن :

صنايط

لا يصح استثناء منفعة العين . إلا في الوصية ، يصبح أن يوصي برقبة عين لرجل ، ومنفعتها لآخر

الثالثة

الاستثناء المستغرق باطل ، وفروعه لا تحصى :

ويلبغى استثناء ذلك في الوصية ، فإنه يصبح ، ويكون رجوعا على الوصية فيما يظهر :

الرابعة

الاستثناء الحكيم ، هل هو كالأستثناء اللفظي ؟ على أربعة أقسام :
أحدها : ما يؤثر قطعا ، ولو تلفظ به ضرر : كما لو باع الموصى بما يحدث من حملها
وثمرتها ، فإنه يصح : وهي مستثناة شرعا :
ولو باع واستثناهما لفظا لم يصح .
الثاني : ما يؤثر قطعا ، كما لو تلفظ به كبيع دار المعتدة بالأقراء ، والحمل .
الثالث : ما يصح في الأصح : ولو صرح باستثنائها بطل كبيع دار المعتدة بالأشهر
والعين المتشجرة .
الرابع : ما يبطل في الأصح ، كبيع الحامل بجر ، ويحمل لغير مالسكها ، كما لو باع
الجارية لإلحملها .

القول في الدور

مسائل الدور هي : التي يدور تصحيح القول فيها إلى إفساده ، وإثباته إلى نفيه .
وهي : حكيم ، ولفظي :
فالأول : مانشأ الدور فيه من حكم الشرع :
والثاني : مانشأ من لفظة يذكرها الشخص :
وأكثر ما يقع الدور في مسائل الوصايا والعق ونحوها :
وقد أفرد فيها الأستاذ أبو منصور البغدادي كتابا حافلا ، وأفرد كتابا فيما وقع منه
في سائر الأبواب .
وما أنا أوود لك منه نظائر ، مفتتجا بمسئلة الطلاق المشهورة :

مسئلة

قال لها : إن ، أو إذا ، أو متى ، أو مهما طلقتك ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم طمها
ثلاثة أوجه :
أحدها : لا يقع عليها طلاق أصلا ، مما لا بالدور ، وتصحيحا له ، لأنه لو وقع المنجز
لوقع قبله ثلاث ، وحينئذ فلا يقع المنجز للينونة .
وحينئذ : لا يقع الثلاث لعدم شرطه ، وهو التطليق :
والثاني : يقع المنجز فقط :
والثالث : يقع ثلاث تطليقات : المنجزة ، وطلقتان من المعلق إن كان
مدخولا بها :

واختلف الأصحاب في الراجع من الأوجه ، فالمعروف عن ابن سريج : الوجه الأول وهو أنه لا يقع الطلاق ، وبه اشتهرت المسئلة ، بالسريجية ، ، وبه قال ابن الحداد والقفلان ، والشيخ أبو حامد ، والقاضي أبو الطيب والرويانى . والشيخ أبو على والشيخ أبو إسحاق الشيرازى ، والغزالي .

وعن المزني أنه قال به في كتاب المنثور ، وحكاه صاحب الإفصاح عن نص الشافعي

وأنه مذهب زيد بن ثابت :

وزجج الثاني ابن القاض ، وأبو زيد ، وابن الصباغ ، والمتولى ، والشريف فاضر

العمري ، ورجع إليه الغزالي آخره .

قال الرافعي : ويشبه أن تكون الفتوى به أولى ، وصححه في المحرر ، وتابعه النووي

في المنهاج ، وتصحيح التنبيه .

وقال الأسنوي في التنقيح ، والمهات ، في الوجه الأول : إذا كان صاحب مذهبتنا

قد نص عليه ، وقال به أكثر الأصحاب ، خصوصا : الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين

والقفال : شيخ المراوزة ، كان هو الصحيح :

ونقله أيضا في النهاية عن معظم الأصحاب :

ونصره السبكي أولا ، وصنفت فيه تصنيفين ، ثم رجع عنه :

وأكثر ما رده به : أن فيه سد فيه باب الطلاق ، وليس بصحيح ، فإن الحيلة

فيه حيثلده : أن يوكل وكيفا يطلقها ، فإنه يقع ، ولا يعارضه المعلق ، بلا خلاف ، لأنه

لم يطلقها .

وإنما وقع عليها طلاقه :

فإن عبر بقوله : إن وقع عليك طلاق : استوت صورتان :

وذكر ابن دقيق العيد : أن الحيلة في حل الدور : أن يعكس ، فيقول : كلما لم يقع

عليك طلاق ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإذا طلقها : وجب أن يقع الثلاث . لأن الطلاق

القبلي - والحالة هذه - معلق على التقيضين ، وهو الوقوع وعدمه :

وكل ما كان لازما للتقيضين ، فهو واقع ضرورة :

ويشبهه قولهم في الوكالة : كلما عزلتاك ، فأنت وكيلي :

فإذا عزلتوك ، فأنت معزول ، ثم يعزله .

ذكر نظائر هذه المسئلة

قال : إن رأيت منك ، أو ظاهرت منك ، أو فسخت بعيبك ، أو لاعتتك ، أو

واجعتك : فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وجد المعلق به : لم يقع الطلاق . وفي صححه

الأوجه :

قال : إن فسخت بعيني ، أو إصصاري ، أو استحققت المهر بالوطء ، أو البتقة ، أو القسم ، فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وجد نفذ الفسخ ، وثبت الاستحقاق : وإن ألغينا الطلاق المنجز . لأن هذه فسوخ وحقوق . تثبت قهرا ، ولا تتعلق بمباشرة واختياره ؛ فلا يصلح نصرته دافعا لها ، ومبطلا لحق غيره :

قال : إن وطئت وطئا مباحا : فأنت طالق قبله ، ثم وطئ لم تطلق قطعا ؛ إذ لو طلقت : لم يكن الوطء مباحا ، وليس هنا سد باب الطلاق .
قال : متى وقع طلاق على حفصة فعمرة طالق قبله ثلاثا ، ومتى وقع طلاق على عمرة فحفصة طالق قبله ثلاثا ثم طلق إحداها لم تطلق هي ولا صاحبها ؛ فلو ماتت عمرة ثم طلق حفصة طلقت ، لأنه لا يلزم حينئذ من إثبات الطلاق نفيه ؛

قال زيد لعمره : متى وقع طلاقك على امرأتك ، فزوجتي طالق قبله ثلاثا : وقال عمرو لزيد مثل ذلك ، لم يقع طلاق كل واحد على امرأته مادامت زوجة الآخر في نكاحه .

قال لها : متى دخلت - وأنت زوجتي - فعبدي حر قبله : وقال لعبده : متى دخلت وأنت عبدي ، فأمرأتى طالق قبله ثلاثا ثم دخلت معها لم يعتق ولم تطلق :

قال الإمام : ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة ، لأنه ليس فيه سد باب التصرف ؛ قال له : متى أعتقتك فأنت حر قبله ثم أعتقه ؛

فعلى الثانى : يعتق ، وعلى الأول : لا ؛

قال : إن يعتك ، أو رهنتك فأنت حر قبله ، فباعه ؛

فعلى الثانى : يصح ، ولا يعتق ، وعلى الأول : لا ؛

قال لغبر مدخول بها : إن استقر مهرك على فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم وطئ ؛

فعلى الأول : لا يستقر المهر بهذا الوطء ، لأنه لو استقر بطل النكاح قبله ، وإذا بطل

النكاح سقط نصف المهر ، وعلى الثانى يستقر ولا تطلق :

قال : أنت طالق ثلاثا قبل أن أخالعتك بيوم على ألف تصح لى ثم خالعتها على ألف .

فعلى الأول : لا يصح الخلع ، وعلى الثانى يصح ، ويقع ولا يقع الطلاق المعلق .

قال : إن وجبت على زكاة فطرك ، فأنت حر وطالق قبل وجوبها ؛

فعلى الأول : لا تجب زكاة فطره وفطرها .

وعلى الثانى : تجب ؛ ولا يعتق ولا تطلق ؛

ذكره الأستاذ أبو منصور ؛