

القول كبر للروائي

على

رسالة ابن أبي زيد القيرواني

تأليف

العلامة الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا
النفاوي الأزهري المالكي

التوفيق سنة ١١٢٦هـ

وهو شرح "الرسالة"

للإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني
المتوفى ٣٨٦هـ

في بطله وصحته وخرجه آياته

الشيخ عبد الوارث محمد علي

تأليفه

تمت الرسالة "أعلى الصفحات"
في كتاب كامل، ووضعنا تحتها الشرع
في فصولها بغيرها بخط

المجلد الثاني

منشورات

محرر السيد بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضخيد الكتاب كاملاً أو جزءاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر، أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى
١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohatory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب في النكاح والطلاق والرجعة والظهار والإيلاء واللعان والخلع والرضاع

ولما انقضى الكلام على ما ذكر من مسائل النذر واليمين شرع في النكاح وتوابعه بقوله:

(باب في) أحكام (النكاح و) أحكام (الطلاق و) أحكام (الرجعة و) أحكام (الظهار و)
أحكام (الإيلاء و) أحكام (اللعان و) أحكام (الخلع و) أحكام (الرضاع).

فهي ثمانية أبواب جمعها في ترجمة اختصاراً وذكرها مفصلة، ونحن نبين حقيقة كل واحد في محله اللغوية والعرفية على حسب ما ذكره فنقول: حقيقة النكاح في اللغة الدخول إذ يقال: نكح النوم العين بمعنى دخل فيها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل دخلت فيها، والبذر الأرض وغير ذلك، ويطلق في اللغة على العقد مجازاً لعلاقة السبية والمسبية وعلى الوطء حقيقة، وفي الشرع على العكس فإطلاقه فيه على الوطء من باب المجاز، وعلى العقد من باب الحقيقة، ولذا قال ابن عرفة: النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدتها حرمتها إن حرمت بالكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر، فيخرج بغير موجب قيمتها عقد تحليل الأمة إن وقع ببينة، ويدخل نكاح الخصي والطارئين لأنه ببينة صدقاً فيها، ويخرج بغير عالم عاقدتها حرمتها العقد على من تحرم على العاقد مع علمه، فإن كانت الحرمة بالكتاب فالمشهور أنه من الزنا ومقابله من النكاح الفاسد، وإن كان الحرمة بالإجماع فالمشهور أنه من النكاح الفاسد ومقابله من الزنا، والحرمة بالكتاب كالأم ذنية فإن حرمتها بنص الكتاب، والمحرمة بالإجماع كأم الأم كما قاله أبو الحسن في شرح الرسالة، وقول ابن عرفة بأدمية يقتضي عدم صحة نكاح الجنية وليس كذلك، فقد سئل الإمام مالك رضي الله عنه عن نكاح الجن فقال: لا أرى به بأساً في الدين، ولكن أكره أن توجد امرأة حاملة فتدعي أنه من زوجها الجني فيكثر الفساد، فقوله لا بأس يقتضي الجواز، والتعليل يقتضي المنع وهو منتف في العكس، ولم يبين المصنف حكمه الأصلي وهو الندب لقوله ﷺ: «تناكحوا تناسلوا فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» وفي رواية أباهي بدل مكاثر، ولحديث: «أربع من سنن المرسلين» وعد منها النكاح ومحل ندبه إن رجي النسل أو كانت نفسه تشتاق النكاح دون خشية زنا بتركه، وقد يعرض له الوجوب المضيق وذلك إذا خشي على نفسه العنت ولا يدفع عنه صوم ولا تسر، وأما لو

وَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَصَدَاقٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ فَإِنْ لَمْ يَشْهَدَا فِي الْعَقْدِ فَلَا يَبْنِي بِهَا

كان يندفع عنه بالصوم أو التسري فالواجب واحد منهما ولكن الزواج أفضل لما في الحديث: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» فقدم النكاح على الصوم، والسرايري تنتقل طباعهن للولد، ويباح في حق من لا يرجو النسل ولا تميل نفسه إليه ولا يقطعه عن فعل خير، ويكره في حق من يقطعه عن فعل العبادات غير الواجبة، ويحرم في حق من لا يخشى بتركه زنا ولا قدرة له على نفقة الزوجة أو على الوطء أو ينفق عليها من الحرام، والمرأة كالرجل إلا في التسري والباء بالمد والهاء معناها هنا الجماع، والوجاء بكسر الواو والمد المراد به هنا كسر الشهوة وله فوائد أعظمها دفع غوائل الشهوة ويليها أنه سبب لحياتين: فانية وهي تكثير النسل، وباقية هي الحرص على الدار الآخرة لأنه ينبه على لذة الآخرة، لأنه إذا ذاق لذته يسرع إلى فعل الخير الموصل إلى اللذة الآخوية التي هي أعظم ولا سيما النظر إلى وجهه الكريم، ويليها تنفيذ ما أَرَادَهُ اللهُ تعالى وأحبه من بقاء النوع الإنساني إلى يوم القيامة، وامثال أمر رسوله ﷺ بقوله: «تناكحوا تناسلوا» الحديث ويليها بقاء الذكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح بعد انقطاع عمل أبيه بموته وله أركان أربع: الولي والمحل والصيغة والصدقات المفروض ولو حكماً، وأشار إليهما خليل بقوله: وركنه ولي وصدقات ومحل وصيغة، وقدم الكلام على الولي اهتماماً به لمخالفة بعض الأئمة في اعتباره بقوله: (ولا نكاح) صحيح عند الأئمة سوى أبي حنيفة رضي الله عن الجميع (إلا ب) مباشرة (ولي) وهو كما قال ابن عرفة: من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام وشروطه ستة: الإسلام إذا كانت الزوجة مسلمة وأن يكون حلالاً لأن الإحرام من أحد الثلاثة يمنع صحة العقد، والذكورة فلا يصح عقد الأثني ولو على ابنتها أو أمتها، والحرية فلا يزوج الرقيق ابنته أو أمته، والبلوغ فلا يزوج الصبي أخته أو أمته، والعقل فلا يزوج المجنون ابنته، فهذه ستة شروط في ولي المرأة، وأما العدالة فهي شرط كمال فيستحب وجودها كما يستحب كونه رشيداً، فيعقد السفیه ذو الرأي على ابنته ويستحب له استئذان وليه، فإن عقد من غير استئذان لم يفسخ عقده، بخلاف ضعيف الرأي يعقد لنحو ابنته فإنه يفسخ عقده، وسيأتي في كلام المصنف الإشارة إلى بعض تلك الشروط في أثناء الباب، وأما وكيل الزوج في العقد فلا يشترط فيه إلا التمييز وعدم الإحرام، قال خليل: وصح توكيل زوج الجميع، والدليل على ركنية الولي الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿فَلَا تَعْضَلُوهُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٢] ووجه الاستدلال من الآية نهى الأولياء عن العضل، لأنه لو كان عقد المرأة على نفسها جائزاً لم يكن الولي عاضلاً بامتناعه من العقد عليها لأنها تعقد على نفسها ولا تبالي بمنع الولي، وأما السنة فخير: «لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها» وخبر:

حَتَّى يَشْهَدَا وَأَقْلُ الصَّدَاقِ رُبُعُ دِينَارٍ وَلِلْأَبِ إِنْكَاحُ ابْنَتَيْهِ الْبِكْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَإِنْ بَلَغَتْ وَإِنْ

«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل» قاله ثلاثاً، وقال أبو حنيفة: تزوج نفسها قياساً على بيعها وشرائها، وتحمل الأحاديث المتقدمة على نحو الصغيرة، فإن وقع النكاح عندنا بغير ولي فسخ ولو ولدت الأولاد، وهل بطلاق أو لا قولان، ولها بالدخول المسمى إن كان حلالاً وإلا فصدّاق المثل (و) لا نكاح إلا بـ (صدّاق) سمي ولو حكماً والمضر إنما هو الدخول على إسقاط الصداق فإنه يقتضي فسخ العقد قبل الدخول وإن ثبت بعده بصدّاق المثل، وإنما قلنا ولو حكماً ليدخل نكاح التفويض وهو عقد بلا ذكر مهر فإنه صحيح لكن لا يدخل حتى يسمى لها صداقاً، والدليل على ركنيته قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] والأحاديث في ذلك كثيرة، وسيأتي بيان حقيقته وقدره: (و) لا نكاح إلا بشهادة (شاهدي عدل) ويستحب إشهداهما عند العقد (فإن لم يشهدا) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل الألف ضمير الزوج والولي (في) حضرة (العقد فلا بين) أي يحرم عليه أن يختلي (بها حتى يشهد) أي الزوج وهذه النسخة مناسبة لقوله فلا بين، ونسخة يشهدا بألف الاثنين مناسبة لقوله: فإن لم يشهدا بضمير الزوج والولي، فإن وجدا رجلين عدلين بعد العقد وأشهداهما على وقوع العقد كفي في الوجوب، وكذا إن لقي كل واحد بانفراده شاهدين وأشهدهما، بخلاف لو أشهد أحدهما شاهدين ثم لقيهما الآخر وحده وأشهدهما فإنه لا يكفي، لأنه لا بد من أربعة عند التفرق وهذا بالنسبة للبكر، وأما لو عقد على ثيب من غير شهود وأشهدا متفرقين فلا بد من ستة شاهدين على الزوج وشاهدين على الولي وشاهدين على الزوجة، وهذه تسمى شهادة الإبداد أي التفرق، راجع الأجهوري، والحاصل أن أصل الإشهد واجب، وأما حضورهما عند العقد فمتسحب، وأما عند الدخول فواجب، قال خليل بالعطف على المندوب: وإشهاد عدلين غير الولي بعقده وفسخ إن دخلا بلاه، ولأحد إن فشى ولو علم كل واحد بحرمة الدخول بلا إشهدا، والفسخ بطلقة ولو بعد الدخول وتكون بائنة لحرمة الوطء، ويقوم مقام الفشو شهادة واحد بالعقد أو البناء، ويحصل الفشو بالوليمة وضرب الدف والدخان، وشرط الشاهد في النكاح أن يكون غير ولي للمرأة، فلا يصح شهادة وليها لاتهامه بالستر عليها، كما لا يقبل قوله أنها أذنت في عقد نكاحها لاتهامه على تصحيح فعل نفسه، والمراد مطلق ولي لا خصوص المباشر لعقد نكاحها، وشرطه أيضاً العدالة وقت تحمل شهادته، وإن كانت العدالة لا تشترط في غير النكاح إلا وقت الأداء، فإن لم توجد العدول وقت العقد أو الدخول استكثر الشهود كالثلاثين والأربعين (تتمة) بقي من الأركان المحل والصيغة، أما المحل فهو الزوج والزوجة الخاليان من الموانع الشرعية كالإحرام والمرض والعدة بالنسبة للمرأة والصيغة وهي كل ما يدل على الرضا من الزوج والولي أو من وكيلهما، كأنكحت وزوجت أو وهبت أو تصدقت أو منحت أو أعطيت من ذكر الصداق، ويدخل في الدال الكتابة والإشارة

ولو من الجانبين في حق الأخرس إذا كان يتولى الطرفين، وأما من الناطق فتكفي من أحدهما إن وقع في المبتدي لفظ الإنكاح أو التزويج، سواء كانت الإشارة من الزوج أو الولي، وأما لو كان المبتدي إنما ابتدأ بلفظ نحو الهبة والصدقة مع ذكر الصداق فإنما تكفي الإشارة من الزوج، بخلاف عكسه وهو أن يكون المبتدي بلفظ نحو الهبة الزوج فلا تكفي الإشارة من الولي، والضابط أن المبتدي إن نطق بالإنكاح أو الزواج صحت الإشارة من غيره زوجاً أو ولياً إن نطق المبتدي بنحو الهبة أو الصدقة ففيه تفصيل بين كون المبتدي الولي، فلا تكفي الإشارة من الزوج على ما يفهم من كلام الحطاب، والمفهوم من كلام ابن عبد السلام على ابن الحاجب أن تكفي الإشارة من الزوج أيضاً، قال جميعه الأجهوري في شرح خليل، ويفهم من كلامه أنه لو كان المبتدي بنحو الهبة الزوج لا تكفي الإشارة من الولي من غير خلاف، وقوله وهذا في حق القادر على النطق، وأما العاجز فيجوز الإشارة منه ولو من الجانبين، يقضي أن القادر لا تجوز الإشارة منه من الجانبين وحرر المسألة، ولا بد من الفورية بين الإيجاب والقبول، فلا يجوز الفصل بينهما بغير الخطبة ليسارتها، بخلاف الترتيب بين الإيجاب والقبول فإنه لا يشترط، ويلزم النكاح بمجرد حصول الإيجاب والقبول، ولو قال الأول بعد رضا الآخر: لا أرضى أنا كنت هازلاً لأن هزل النكاح جد ولو قامت قرينة على إرادة الهزل من الجانبين بخلاف البيع، ووجه الفرق جريان العادة بمساومة السلع لمجرد اختبار ثمنها، ومثل النكاح الطلاق والرجعة والعتق على المعتمد، راجع شرح الأجهوري على خليل، ووقع التوقف في جواز وطء الزوج بعد قوله: لم أرد النكاح وإنما كنت هازلاً، وظهر لنا جوازه فيما بينه وبين الله، وذلك لأن الشرع رتب صحة النكاح على وجوب الصيغة الصريحة وقد وجدت، وسلم لنا شيوخنا هذا الاستظهار حين صدر البحث بيننا وبينهم في ذلك، وما قدمناه من اشتراط الفورية بين الإيجاب والقبول يستثنى منه مسألة وهي أن يقول الشخص في مرضه: إن مت فقد زوجت ابنتي فلانة من فلان المشار إليها بقول خليل. وصح إن مت فقد زوجت ابنتي بمرض، وهل إن قيل بقرب موته تأويلان، فنص أصبغ على جوازها سواء طال زمان المرض أو قصر، وخروجها عن الأصل بالإجماع، فلا يقاس عليها السيد يقول في مرضه لأمته: إن مت من مرضي فقد زوجت أمتي من فلان، وإنما أطلنا في ذلك لكثرة وقوع النكاح، وما كان ذلك ينبغي الإحاطة بعلم أحكامه لشدة الحاجة إليها.

ثم شرع في الكلام عن ثاني الأركان وهو الصداق بقوله: (وأقل الصداق ربع دينار) من خالص الذهب وهو وزن ثمان عشرة حبة من متوسط الشعير أو ثلاثة دراهم، وأما أكثره فلا حد له، والصداق بفتح الصاد وكسرها مشتق من الصديق لأن وجوده يدل على صدق

الزوجين، ويقال له المهر والطول والنحلة، ولم أر حده لابن عرفة ولا غيره، وإنما قال خليل: الصداق كالثمن، وأقول: يمكن تعريفه بأنه متمول يملك تحقيقاً أو تقديراً لمحقة الأنوثة ممن يجوز نكاحها عند إرادة نكاحها، فقولنا: متمول جنس يشمل الذوات والمنافع، ويخرج به ما ليس كذلك كالقصاص والقراءة والصلاة على النبي ﷺ فلا يصح شيء منها صدقاً، وقولنا: يملك تحقيقاً أو تقديراً يدخل نحو هبة أبيها لفلان أو عتقه عنه أو عنها، لأن الشارع يقدر دخوله في ملكها قبل هبته أو قبل عتقه، وقولنا: المحقة الأنوثة لإخراج الأنثى المشكل لأنه لا ينكح ولا ينكح، وقولنا: ممن يجوز نكاحها دون آدمية ليشمل الجنية فإنه يجوز نكاحها لظاهر قول مالك في جواب سائله عنه: لا بأس به في الدين، واعتمد مالك رضي الله عنه في كون أقله ربع دينار على أنه عوض قياساً على إباحة القطع في السرقة، فلو وقع العقد على أقل من أقله فسد إن لم يتمه، ويفسخ إن أراد الدخول قبل إتمامه، فإن أتمه قبل الدخول فلا فساد، وإن دخل قبل إتمامه ثبت النكاح ولزمه إتمام الربع دينار، وكان القياس لزوم صداق المثل بالدخول، فخرجت هذه من القاعدة في الفاسد لصداقه، ومن باب أولى في الفساد لو عقد على إسقاطه فإنه يفسخ قبل الدخول كما يأتي في كلام المصنف، ويثبت بعده بصداق المثل، وكذلك لو وقع بما لا يقبل شرعاً كخمر أو خنزير أو جلد أو جلد أضحية، فإنه وإن صح تملكه لا يقبل النقل بالبيع والصداق كالثمن في الجملة وإن أجازوا فيه الغرر الخفيف، كأن يتزوجها على شورتها أو على صداق مثلها أو على عدد من إبل أو بقر، ولو لم يوصف لها ذلك عند العقد، ولها الوسط من مشورة مثلها في الحاضرة أو في المصر، والمراد بشورتها جهازها ومتاع بيتها، ولها الوسط من الإبل أو البقر باعتبار رغبة الزوج فيها، لأن صداق المثل ما يرغب به الزوج في الزوجة باعتبار دينها وجمالها وحسبها وبلدها، وبين المصنف أقل الصداق ولم يبين أكثره إشارة إلى أنه لا حد لأكثره بالإجماع، ولكن كره مالك رضي الله عنه الإفراط في كثرة الصداق لما رواه ابن حبان من حديث عائشة رضي الله عنها قال: قال رسول الله ﷺ: «من يمن المرأة تسهيل أمرها وقلة صداقها» قال عروة: وأنا أقول عندي ومن شؤمها تعسير أمرها وكثرة صداقها، ولما كان الولي يتنوع إلى مجبر وغير مجبر بل يتوقف على مشورة المرأة وإجازتها شرع في ذلك بقوله: (وللأب) الذي لا ولي له (إنكاح ابنته البكر) قهراً عليها، والمراد بها التي لم تذهب عذرتها لمقابلتها بالثيب ويقال لها العذراء إن لم تبلغ اتفاقاً بل (وإن بلغت) وصارت عانساً على المشهور (بغير إذنها) وبغير رضاها، قال خليل: وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً إلا لكخصي على الأصح، وأدخلت الكاف كل ذي عيب يثبت به الخيار للزوجة كالعنين والمجدوم والمجنون بذي عيب لا يثبت به الخيار بمقتضى العقد فله جبرها عليه، كأعمى أو قبيح المنظر أو دونها في النسب، لأن المولى وغير الشريف والأقل جاهاً كفو

شَاءَ شَاوَرَهَا وَأَمَّا غَيْرُ الْأَبِ فِي الْبِكْرِ وَصِيٍّ أَوْ غَيْرُهُ فَلَا يُزَوِّجُهَا حَتَّى تَبْلُغَ وَتَأْذَنَ وَإِذْنُهَا

ويجبرها ولو بأقل من صداق المثل، وكلام المصنف يقيد بالبكر التي لم تزوج أصلاً أو زوجت وطلقت قبل إقامة سنة، وأما لو أقامت سنة ولم يمسه الزوج ثم مات أو طلقها فإنها لا تجبر، ولا فرق بين إقرارها بالمس أو إنكارها، لأن إقامة السنة عند الزوج من بلوغها بمنزلة الوطاء في تكميل الصداق وعدم جبر الأب، فقول خليل بالعطف على من لم يجبر: أو أقامت ببيتها سنة وأنكرت أي المسيس لا مفهوم له، ولما كان استحقاق الجبر لا ينافي ندب المشاورة قال: (وإن شاء) أي أراد الأب (شاورها) أي البكر البالغ على جهة الندب تطيباً لخاطرها ولأنه أدوم للعشرة، وأما غير البالغ فلا يندب مشاورتها، وقيدنا الأب بالذي لا ولي له للاحتراز عن أب له ولي فالجبر لوليه، وإن لم يكن له ولي فإنه يجري في جبر ابنته على النكاح، الخلاف الجاري في معاملاته المشار إليه بقول خليل: وتصرفه قبل المحجر على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم. (تنبيهات) الأول: كما يجبر الأب البكر يجبر الثيب المجنونة ولو ذات أولاد، قال خليل: وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً إلا لكخصي على الأصح، والثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام، وهل إن لم تكرر الزنا تأويلان، بخلاف الثيب الكبيرة فلا جبر له ولو ثبت بنكاح فاسد مجمع عليه، قال خليل: لا يفسد ولا إن رشدت بعد بلوغها أو أقامت ببيتها سنة ابتداءها من بلوغها لتنزيلها منزلة الوطاء، وسواء أقرت بالوطء أو أنكرته، وأما لو أقامت أقل من سنة كسنة أشهر فإنه يجبرها إذا أنكرت الوطاء، وكلام خليل في المجنونة التي لا تفيق ويجبرها ولو مع ولدها، ويشارك الأب في جبرها المحاكم حيث عدم الأب أو كان مجنوناً، وأما التي تفيق فتنتظر إفاقتها، وحصل عندي توقف في جبر الأب أو المحاكم المجنونة هل هو مقيد باحتياجها إلى النكاح كما قيد به جبر المجنون الذكر المشار إليه بقول خليل: وجبر أب ووصي وحاكم مجنوناً احتاج أم لا؟ لم أر في شراح خليل من تعرض لذلك، ومن الثيبات بالنكاح من تجبر وهي الثيب الكبيرة إذا ظهر فسادها وعجز وليها عن صونها فيجبرها الولي ولو غير أب، لكن يستحب في حق الولي غير الأب رفع أمرها للمحاكم قبل جبرها، فإن لم يرفع وزوجها من غير رفع مضي. ذكر هذا الفرع التتائي عن ابن عرفة عن اللخمي راجع الأجهوري في شرح خليل.

الثاني: قدمنا عن خليل أنه لا يجبر البكر المرشدة بعد بلوغها وألحقوا بها البكر التي يريد أبوها أن يزوجه من ذي عيب يوجب لها الخيار فيه كالمجنون والمجذوم. الثالث: إذا كان للأب جبر ابنته فالمالك أولى لأنه أقوى لأنه يجبر الذكر الكبير، قال خليل: وجبر المالك أمة وعبداً بلا إضرار، فلا يجبر الأمة الرفيعة على النكاح من قبيح المنظر، ولا يجبر العبد على النكاح بمن صداقها يضر به، ولكن يقيد جبر السيد لرفيقه بمن ليس فيه شائبة حسرية، فلا يجبر أم الولد ولا مكاتبة ولا مدبراً ولا مدبرة حيث مرض السيد ولا معتقاً لأجل

صَمَاتُهَا وَلَا يُزَوِّجُ الثَّيِّبُ أَبٌ وَلَا غَيْرُهُ إِلَّا بِرِضَاهَا وَتَأْذُنُ بِالْقَوْلِ وَلَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ

إذا قرب الأجل، لا إن لم يمرض أو لم يقرب الأجل، فله جبر المدبر والمدبرة والمعتق لأجل، فإن قيل: يشكل على قولهم المالك أقوى عدم جبره للرقيق إذا تضمن جبره ما لا يرضاه الرقيق مما يضره وجبره لابنته البكر من نحو خصي ومجدوم، فالجواب أن يقال: الأب معه من الحنان والشفقة على ولده ما يمنعه من إضراره بخلاف السيد مع رقيقه (وأما غير الأب) من الأولياء (في البكر) وبين غير الأب بقوله: (وصي أو غيره) من أخ أو عم أو قاض (فلا) يحل له أن (يزوجها) بغير إذنها (حتى تبلغ وتأذن) لذلك الغير من الأولياء في النكاح، ويعين لها الزوج ويسمي لها الصداق وترضى بهما، قال خليل: وإن وكلته ممن أحب عين وإلا فلها الإجازة ولو بعد لا العكس (و) يكفي في (إذنها صماتها) أي سكوتها ولو جهلت الحكم، قال خليل: ورضا البكر صمت لأن شأن الأبيكار الحياء، وأقوى في الدلالة على الرضا صنعها الطعام حين يقال لها: الليلة يحضر فلان لتعقد له عليك، ففرش المحل وتصنع الطعام أو الشربات كما يفعله أهل الأمصار، ومحل وجوب الاستئذان على الوصي إذا لم يكن وصي الأب الذي أمره بالإيجاب أو عين له الزوج، وأما هذا فلا يجب عليه الاستئذان لأنه له جبرها، قال خليل: وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاص، وسيأتي النص على هذا في كلام المصنف بقوله: ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها. (تبيينان) الأول: يستثنى من قوله: حتى تبلغ اليتيمة وهي التي مات أبوها فإنه يجوز نكاحها قبل بلوغها إذا خيف عليها الفساد، أو كانت فقيرة لا مال لها ولا منفق، قال خليل بعد النص على المجبرين: ثم لا جبر فالبالغ إلا يتيمة خيف فسادها وبلغت عشراً وشوور القاضي، والمراد أن يثبت عند القاضي موجبات التزويج، وتأذن للوفي بالقول، وأن يكون الزوج كفواً لها من جهة الدين والنسب والحرية والحال والمال، وكون الصداق صداق مثلها، وترضى بالزوج، فإن زوجت مع فقد تلك الشروط أو بعضها فسخ نكاحها إلا أن يدخل بها الزوج مع الطول الذي يمكن أن تلد فيه الأولاد، ومثل اليتيمة مجهولة الأب لغريبتها بالجلء فيزوجها السلطان أو نائبه بشروط اليتيمة المتقدمة، وأما لو خيف على اليتيمة الضياع بعدم النفقة فقال ابن حارث: لا خلاف أنها تزوج، وينبغي أن مجهولة الأب كذلك، ومثلها ذات الأب التي يقطع عنها النفقة ويغيب غيبة بعيدة ويخشى عليها الضياع، فالمشهور أنه يزوجه السلطان أو نائبه لا غيرهما، وظاهره ولو لم تبلغ واحدة منهن العشر وإلا أذنت بالقول، هذا ملخص كلام الأجهوري في شرح خليل. الثاني: يستثنى من قول المصنف: وإذنها صماتها أبيكار سبع لا بد من نطقهن. الأولى: البكر المرشدة بعد بلوغها لا يزوجه أبوها وأولى غيره إلا برضاها بنطقها. الثانية: المعضولة ترفع أمرها للحاكم فيأمر الحاكم وليها بالعقد عليها أو يعقد لها الحاكم لا بد من إذنها بالقول، إلا أن تكون ذات أب

وَلِيَّهَا أَوْ ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا كَالرَّجُلِ مِنْ عَشِيرَتِهَا أَوْ السُّلْطَانِ وَقَدْ اُخْتَلِفَ فِي الدِّيَّةِ أَنْ

ويأمره الحاكم بإنكاحها فلا تحتاج إلى إذنها لبقاء جبره. الثالثة: التي تزوج بغرض أو حيوان ولا أب لها ولا وصي، ولم تجر العادة في البلد بدفعه صداقاً فلا بد من نطقها لأنها بائعة مشترية، والبيع والشراء لا يلزم بمجرد الصمت. الرابعة: التي زوجت برقيق ولو بعضه ولو رقيق أبيها فلا بد من نطقها ولو كان المزوج لها أبها، ولو على القول بأن العبد كفؤ للحره لكن بالنسبة لعبد أبيها لما يلحقها عند تزوجها بعبد أبيها من المعرة. الخامسة: التي تزوج بنحو خصي من كل ذي عيب يوجب لها الخيار به من غير شرط ولو كان المزوج لها أباً كما تقدم. السادسة: اليتيمة المتقدمة ذات الشروط. السابعة: المفتات عليها وهي التي يعقد لها نحو أخيها بدعوى إذنها ثم يستأذنها بعد العقد فلا بد من نطقها، ويتناول هذا جميع المذكورات إذا زوجن بغير إذن ثم يستأذن بعد العقد، فلا يمضي نكاحهن إلا برضاهن بالقول بشرط كون العقد في البلد وكون المزوجة في البلد أيضاً، وأن يقرب ما بين العقد والإجازة، وأن لا يقر العاقد بالافتيات حال العقد، وأن لا يحصل منها رد قبل الرضا، وأن لا يحصل الافتيات على الزوج مع الافتيات عليها، وإن فقد شرط منها فسخ العقد أبداً، ومثل الافتيات على المرأة الافتيات على الزوج.

ولما فرغ من الكلام على الأبيكار ومن ألحق بهن شرع في الكلام على الثيبات الغير الملحقات بالأبيكار بقوله: (ولا يزوج الثيب) الحره التي لا تجبر (أب ولا غيره) ممن له عليها ولاية (إلا برضاها وتأذن بالقول) لخبر: «الثيب يعرب عنها لسانها» وقيدنا بالتي لا تجبر للاحتراز عن الثيب الصغيرة ومن ألحق بها ممن تجبر على النكاح فلا تستأذن، وبالحره للاحتراز عن الأمة فإن السيد يجبرها، وفيما قدمناه ما يغني عن الإطالة هنا. ولما كان يتوهم من اعتبار رضا الثيب المذكورة عدم اشتراط استئذان الولي قال: (ولا) يجوز بمعنى يحرم أن (تنكح المرأة) الشريفة غير المجبرة (إلا بإذن وليها) الخاص كأبيها أو أخيها (أو) بإذن (ذي الرأي من أهلها) ومثله بقوله: (كالرجل من عشيرتها) أي عصبتها من النسب أو الولاء كالمولى الأعلى وعصبته، واختلف في المولى الأسفل، قال شيخ شيوخنا الأجهوري: وينبغي أن يراد بذي الرأي المستوفي شروط الولي الستة التي قدمناها وهي: الحرية والذكورية والإسلام وعدم الإحرام والبلوغ والعقل، انتهى لفظه ولي فيه وقفة، إذ شروط الولي لا بد منها في صحة النكاح في كل المسائل، ولو كان العاقد سيداً أو أباً، فلعل المراد بذي الرأي الكامل في العقل، وجزالة الرأي بمعرفة من يصلح للنكاح بالمزوجة، ولذا قال الثنائي: وذو الرأي من ترد إليه الأمور يعني المشكلات ويشاور فيها لأن الأولياء إذا تعددت وتساوت مرتبتها وحصل تنازع فيمن يتولى العقد ينظر الحاكم فيمن ينبغي تقديمه فيقدمه، المشار إليها بقول خليل: وإن تنازع الأولياء المتساوون في العقد أو الزوج نظر الحاكم في الأصلح لمباشرة العقد لجزالة رأيه وحسن دينه وعلمه بالمصالح،

تَوَلَّى أَجْنَبِيًّا وَالْإِنِّ أَوْلَى مِنَ الْأَبِّ وَالْأَبِ أَوْلَى مِنَ الْأَخِّ وَمَنْ قَرَّبَ مِنَ الْعَصَبَةِ أَحَقُّ وَإِنْ

قال ابن ناجي: عند تنازعهم في العقد يقدم أفضلهم، فإن استوتوا في الفضل فيقدم الأسن، فإن استوتوا في السن أيضاً زوج الجميع، وفي تنازعهم في الزوج يقدم الأصلح من الأزواج للزوجة، ووقع الخلاف في وجه اشتراط الولي فقيل: محض تعبد، وقيل: لدفع المعرة التي تلحق الولي إن زوجت المرأة نفسها، وعلم مما قررنا أن المراد بالأهل والعشيرة العصبية، فإن قيل: الرجل من عشيرتها ولي فما فائدة ذكره حينئذ بعد قوله وليها؟ فالجواب: يفهم مما ذكرنا وهو أن المراد بالولي أكيد القرابة كأبيها أو أخيها، ويراد بالرجل من عشيرتها ما هو أعم من كونه من عصبية النسب أو الولاء وما يليهم من بقية الأولياء الخاصة المقدمة على السلطان لأنه آخر الولاية الخاصة، ولذلك قال: (أو) يادن (السلطان) أو القاضي لأن المراد الحاكم حيث كان معتنياً بأمر الشريعة، فأوفي كلام المصنف للتنوع لا للتخيير، لأن مرتبة الحاكم متأخرة عن قبله ممن ذكرنا، فإن لم يوجد أحد من الأولياء المقدمة على السلطان ولا حاكم أيضاً فولاية عامة مسلم لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] ولو كانت شريفة، وللولي من ذي الولاية العامة أن يتولى الطرفين إذا زوجها من نفسه بعد أن يستأذنها وترضى به كابن العم ونحوه من أهل الولاية الخاصة إذا وكلته في أن يزوجهها، قال خليل: ولا بن عم ونحوه إن عين تزويجها من نفسه بتزوجتك بكذا وترضى وتولى الطرفين، ونظيره السيد يعتق أمته ويريد أن يتزوجها فإذا أعلمها ورضيت به وبما عينه لها من الصداق أن يتولي الطرفين، ولما كانت حرمة النكاح بغير إذن الولي الخاص إنما هي بالنسبة للمرأة الشريفة كما أشرنا له في صدر المسألة،

وأما المرأة غير الشريفة ففي جواز نكاحها بغير إذن وليها خلاف أشار إليه بقوله: (وقد اختلف في) الثيب (الدنية) بالهمز لأنها منسوبة للدناءة، والدنية غير الشريفة وهي التي لا يرغب فيها لعدم مالها وجمالها وحسبها هل يجوز لها (أن تولي) أي توكل رجلاً (أجنبياً) مع وجوب وليها الخاص الغير مجبر على قولين، فعند ابن القاسم يجوز ابتداء وهو المشهور، والثاني لأشهب لا يجوز ابتداء ويصح بعد الوقوع وإليه أشار خليل بقوله: وصح بها في دنيئة مع خاص لم يجبر، وأما لو وكلت الأجنبي مع وجود المجبر يفسخ نكاحها أبداً ولو ولدت الأولاد، وأما الشريفة توكل أجنبياً مع الخاص غير المجبر يفسخ، إلا أن يدخل ويطول بحيث تلد الأولاد أو يمضي ما يمكن أن تلد فيه الأولاد وإليه أشار خليل بعد قوله وصح بها دنيئة مع خاص: لم يجبر كشريفة دخل وطال، وأما إن لم يحصل طول خير القريب أو الحاكم مع غيبة القريب في الفسخ والإمضاء، وأما إن حصل طول من غير دخول فقيل يتحتم الفسخ، وقيل يخير الولي وإلى هذا الإشارة بقول خليل: وإن قرب فلأقرب، أو الحاكم إن غاب الرد، وفي تحتمه إن طال قبله تأويلان، والحاصل أن الولي

على قسمين: مجبر وغير مجبر، وغير المجبر على قسمين: خاص وعام، والمنكوحه في كل إما شريفة أو دنيئة، فتزويج غير المجبر مع وجود المجبر باطل مطلقاً كانت المنكوحه شريفة أم لا، كان الزوج خاصاً أو عاماً، وأما تزويج الخاص مع الخاص غير المجبر إلا أنه أقرب منه فصحيح مطلقاً أي في شريفة أو دنيئة لقول خليل عاطفاً على ما يصح: وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر وإن كره ابتداء على ما ارتضاه شيوخ المدونة وعند غيرهم يحرم، وأما تزويج العام مع وجود الخاص الغير المجبر فصحيح في الدنيئة مطلقاً كالشريفة إن دخل وطال، وتقدم تفسير الطول وبيان مفهوم القيدين أعني الدخول والطول فافهم. ثم شرع في بيان من يقدم من أولياء الثيب غير المجبرة بقوله: (والابن) وابنه وإن سفل (أولى من الأب) في العقد على أمه، قال العلامة خليل: وقدم ابن فابنه، والدليل على ذلك خبر عمر بن أبي سلمة إذ قال له النبي ﷺ: «قم يا عمر فزوج أمك» أي للنبي ﷺ. وفي ابن عبد السلام: «أن أم سلمة قالت لابنها: قم يا عمر زوج النبي ﷺ فزوجها» قال: وفي بعض رواة الحديث جهالة، قال العلامة البساطي: فإن قيل: هو عليه الصلاة والسلام يباح له أن يتزوج بغير ولي فكون عمر زوجه لا يدل على أنه ولي، قلنا: مسلم لكن تزويج من غير ولي وكونه يباح له ذلك لا يلزم أن لا يقع إلا كذلك وقولهم: كون عمر زوجه لا يدل على أنه ولي كلام ساقط انتهى بل يدل، ولأن الولاية بالنسب تفتقر إلى التعصيب والابن أقوى من الأب تعصياً لأنه يحجب الأب نقصاً، ولأنه أحق بموالي مواليتها من الأب، وأولى بالصلاة عليها من الأب.

(تنبيهان) الأول: ما ذكره المصنف من أن تقديم الابن على الأب من باب الأولى هو ما فهمه جل شيوخ المدونة، ويدل عليه قوله فيما يأتي: فإن زوجها البعيد مع أقرب مضى وصح، قال خليل: وصح بأبعد مع أقرب إن لم يجبر. الثاني: محل تقديم الابن على الأب ما لم تكن الثيب في حجر أبيها أو وصيها أو مقدم قاض بناء على أنه في منزلة الأب وإلا فيقدم كل على الابن، ومحل أيضاً ما لم يكن الابن من زنا ولم تثيب قبله بنكاح وإلا قدم الأب لبقاء جبره عليها، ومثله لو كانت مجنونة لأن أباه يجبرها ولو مع وجود ولدها، بخلاف الثيب بنكاح وأنت بولد من زنا بعد ذلك فالابن يقدم في هذه على أبيها فافهم، فإن لم يكن للثيب ابن فالأقرب إليها أحق بنكاحها وإليه أشار بقوله: (والأب) الشرعي (أولى من الأخ) في العقد على أخته، وإنما قدم الأب على أخ المنكوحه لأن أخاها إنما يدلي إليها بأبيها، والمدلي إلى شخص بواسطة يحجب بها، وقيدنا الأب بالشرعي لأن المخلوقة من الزنا مقطوعة النسب، فلا حق لصاحب الماء في الولاية عليها وإن حرم التزويج بها لقبح ذلك في الشرع، فإن لم يكن لها أب فيزوجها أخوها الشقيق أو لأبيها، فإن لم يكن فابنه وإن سفل، فإن لم يكن أخ ولا ابنه فجدها أب أبها دنية لاجد جدها، فعمها ابن الجد يقدم

زَوْجَهَا الْبَعِيدُ مَضَى ذَلِكَ وَلِلْوَصِيِّ أَنْ يُزَوِّجَ الطُّفْلَ فِي وِلَايَتِهِ وَلَا يُزَوِّجَ الصَّغِيرَةَ إِلَّا أَنْ

عليه، فإن لم يكن عم فابنه وإن سفل، ثم عم الأب ثم ابنه ثم عم الجد كذلك صعوداً أو هبوطاً، ويقدم الشقيق من الإخوة والأعمام وبنينهم على غيره قياساً على الإرث والولاء والصلاة، وعلم مما ذكرنا أن الأخ وابنه يقدمان على الجد هنا، كما يقدمان عليه في الولاء والصلاة على الميت، وأشار إلى ذلك كله بقوله: (ومن قرب من العصبية) فهو (أحق) وقال خليل: وقدم ابن فابنه فأخ فابنه فجد فعم فابنه، وقدم شقيق على غيره، ومعنى كونه أحق أنه أولى بمباشرة العقد على وليته لا أنه أمر واجب، فلا يخالف ما مر من قوله أولى وهو الذي اختاره شيوخ المدونة، ويحتمل أن معنى أحق أنه واجب وهو المناسب لقوله بعد ذلك: وإن زوجها البعيد مضى لأنه يقتضي أنه يحرم الإقدام عليه، واحتراز بقوله من العصبية عن الأخ للأُم والجد للأُم فلا دخل لهما في النكاح إلا بطريق ولاية الإسلام، فإن لم يكن لمريدة النكاح ولو بكرراً أولى من النسب فالمولى الأعلى وهو المعتق، ووقع خلاف في الأسفل فإن لم يكن مولى فالكافل وهو الذكر الذي ربي المكفولة وحضنها لفقد أبها حتى بلغت وطلبت النكاح، لكن اختلف في المدة التي يستحق بها الكافل الولاية، فقيل عشر سنين وقيل أربع وقيل مدة بحيث يعد فيها مشفقاً، ولكن ظاهر المدونة أن الكافل لا ولاية له إلا على الدنية، فإن لم يوجد لها ولي ولا كافل فالحاكم المعتمى بالسنة وأحكام الشريعة وهو آخر الأولياء الخاصة، فإن لم يكن أو كان ولكن لا اعتناء له بالأحكام الشرعية فجماعة المسلمين توكل من تختاره منهم ويزوجها بعد بلوغها ولو بكرراً. (وإن زوجها) أي الثيب غير المجبرة الولي الخاص (البعيد) مع وجود أقرب منه كتزويج أخيها غير المفوض مع وجود أبيها أو عمها مع وجود أخيها (مضى ذلك) قال خليل وصح بأبعد مع أقرب إن لم يجبر وإلا فسخ ولو ولدت الأولاد، وقولنا غير المفوض للاحتراز عن الأخ الذي فوض إليه أبوه التصرف في جميع أموره من البيع والشراء وسائر أمور الدنيا سوى العقد على أخته ثم تعدى وعقد على أخته البكر وزوجها بغير إذن أبيها وأعلمه بذلك بعد العقد وأجازه فإنه يمضي، قال خليل: وإن جاز يجبر في ابن وأخ وجد فوض له أموره بينة جاز، ولو كانت الشهود لم تسمع صيغة تفويضه له، وإنما شهدت بمشاهدة التصرف المشبه لتصرف المفوض له بالصيغة (تبيين) الأول: تغيير المصنف بمضى يقتضي أنه يحرم الإقدام على ذلك، وأن تقديم الأقرب من باب الأوجب وهو المناسب لقول خليل: وصح بأبعد مع أقرب إن لم يجبر ولم يجز، وقد قدمنا أن الذي عليه جل شيوخ المدونة أن الترتيب إنما هو على جهة الأولوية فقط، وأن مخالفته مكروه فقط، فتلخص أن تقديم الأقرب فيه تأويلان بالوجوب والندب، فأول كلام المصنف هنا ظاهر فيما عليه جل شيوخ المدونة، وقوله هنا ظاهر في موافقة كلام خليل أي على جهة الوجوب فافهم. الثاني: مفهوم قول زوجها البعيد الخ أنه لو زوجها أحد المتساويين مع وجود مساويه أخرى بالمضي لجواز الإقدام على ذلك

ابتداء على المشهور، ومحل المضي إذا زوجها البعيد لكفو، فإن زوجها من غير كفو فيصل فيه إن كان كافراً أو فاسقاً بالاعتقاد رد نكاحه ولو رضيت به المرأة لأن الكفاءة في الدين حق لله ليس لأحد إسقاطها، بخلاف لو زوجها لديني في النسب أو فقير أو فاسق بجارحة أو بذى عيب يوجب الخيار للزوجة فلا يرد به مطلقاً، بل إن أسقطتها المرأة مع الولي سقطت مراعاتها، وإن أسقطها أحدهما فحق الآخر باق؟ قال خليل: والكفاءة الدين والحال ولها وللولي تركها أي الكفاءة في التدين، وما ذكر معه من عدم الفسق بالجارحة فليس المراد بالدين في كلام خليل الإسلام، إذ ليس للزوجة ولا للولي ترك الإسلام والرضا بالكافر فافهم.

ثم شرع في الكلام على نائب الأب وهو الوصي بقوله: (و يجوز (للوصي) الذكر (أن يزوج الطفل) الذكر (الذي في ولايته) إذا طلب الطفل ذلك وكان في تزويجه مصلحة ولا يجبره، إلا أن يكون الأب أمره بالإجبار أو عين له الزوج، والحاصل أنه إنما يجبره الوصي إذا كان له جبر الأنثى وذلك إذا أمره بالإجبار أو عين له الزوج، والحاصل أنه إنما يجبره الوصي إذا كان له جبر الأنثى وذلك إذا أمره بالإجبار أو عين له الزوج قال خليل: وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاف، ولا بد من المصلحة كتزويجه من موسرة أو شريفة أو ابنة عم، ومثل الوصي في اعتبار المصلحة الأب أيضاً والحاكم، قال خليل: وجبر أب ووصي وحاكم مجنوناً احتاج وصغيراً، وفي السفية خلاف، والمراد بحاجة المجنون حاجته إلى النكاح لإقباله على الفساد، وكذا للخدمة عند ابن فرحون، ولعل المراد الخدمة التي لا تكون إلا من نحو الزوجة، وهذا في المجنون الذي لا يفيق أصلاً، وأما متقطع الجنون فتنتظر إفاقته كما تقدم في جبر المجنونة، ومعلوم أن الأب إنما يجبر المجنون الذي بلغ مجنوناً لأن ولايته باقية، وأما من بلغ عاقلاً رشيداً ثم طرأ جنونه فلا ولاية عليه وإنما ولايته للحاكم والذكر والأنثى في ذلك سواء، راجع الأجهوري في شرح خليل. (تنبيهان) الأول: لم يتكلم المصنف على من يدفع الصداق عن الطفل ومن ذكر معه، ونص عليه خليل بقوله: وصداقهم إن أعدموا على الأب وإن مات أو أيسروا بعد ولو شرط ضده وإلا فعليهم إلا لشرط، والضمير للمجنون والصغير والسفيه على أحد القولين، وأما لو كان المزوج لهم الوصي أو الحاكم فصداقهم في أموالهم أو على من تحمل عنهم به، لأنه لا يلزمه الوصي ولا الحاكم إلا أن يشترط عليهما. الثاني: قيدنا الوصي بالذكر، وأما الأنثى إذا كانت وصية فإن كانت وصية على ذكر فلها مباشرة عقد نكاحه، وأما لو كانت وصية على أنثى لوجب عليها التوكل في مباشرة عقدها لوجوب ذكورة وليها، قال خليل: ووكلت مالكة ووصية ومعتقة وإن أجنبياً كعبد أو وصي، ولها اختيار الزوج وتقرير الصداق. ثم صرح بحكم الطفلة بقوله: (ولا يزوج) الوصي مطلقاً

يَأْمُرُ الْأَبُ بِإِنكاحِهَا وَلَيْسَ ذُوو الْأَرْحَامِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَوْلِيَاءُ مِنَ الْعَصَبَةِ وَلَا يَخْطُبُ أَحَدٌ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِهِ وَذَلِكَ إِذَا رَكْنَا وَتَقَارَبَا وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الشُّعَارِ

(الصغيرة) التي في ولايته (إلا أن يأمره الأب بإنكاحها) أو يعين له الزوج والفرق بين الطفل يجوز للولي تزويجه إذا طلب وكان في نكاحه مصلحة دون الطفلة، أن الطفل إذا بلغ وكره النكاح له الفسخ عن نفسه، بخلاف الأنثى لا قدرة لها على ذلك لأن العصمة ملك للزوج، والحاصل أن الوصي إن أمره الأب بالإجبار أو عين له الزوج كان له جبر الذكر والأنثى، وأما إن لم يأمره بالإجبار ولا عين الزوج فلا يجوز له نكاح الأنثى حتى تبلغ وتأذن بالقول، وأما الذكر فيجوز للوصي ولو أنثى أن يزوجه إذا طلب وكان في نكاحه مصلحة ولا يجوز جبره، ومفهوم قول المصنف الذي في ولايته أن الوصي على الضيعة أو على التركة أو على تفرقة الثلث ليس كالوصي على ذات الصغير أو الصغيرة وهو كذلك فليس له تزويج الأطفال، وفي الأجهوري: أن الوصي على بيع التركة أو على قبض الديون لا يجبران، ولكنه إن وقع ونزل وجبر واحد من هؤلاء مضى، ثم قال: وكل المسائل التي لا يجبر فيها الوصي لو جبر مضى بعد الوقوع، ثم قال أيضاً: ولعل وجه الصحة أنه وصي في الجملة فراجعه، وفي شرح شيخنا محمد الخراشي عند قول خليل: وإن زوج موصى على بيع تركته وقبض دينه صح ما نصه قوله صح أي بعد الوقوع إذا زوج من لم تجبر، إذ ليس له جبر بناته اتفاقاً، فالمراد زوج منهن من لم تجبر، قال الأجهوري بإذنها، وأما لو زوج من تجبر لفسخ أبداً، هذا ملخص كلامه فانظر ما بين الكلامين، وبقي قسم في الوصي فيه الخلاف وهو الذي أوصاه على بضع بناته بأن قال له: أنا وصي على بضع بناتي أو على عقد بناتي أو على بناتي، فليل له الجبر ورجح، وقيل لا جبر، ووصي الوصي كالوصي وإن بعد، قال الأجهوري: وإذا قال وصي فقط أو وصي على مالي، وقلنا لا يجبر فإن فعل فالظاهر أنه يمضي، كما في مسألة وإن زوج موصى على بيع تركته وقبض ديونه صح، انتهى لفظ الأجهوري في شرح خليل عند وجبر وصي أمره أب إلى قوله خلاف، وراجعت كلامه في باب الوصية فوجدته مخالفاً لما في باب النكاح، وإن كلامه في باب الوصية كالصريح في موافقة كلام شيخنا الخراشي، وأيضاً قول خليل: ثم لا جبر فالبالغ أي لا تزوج إلا بعد بلوغها وإذنها فراجعه ثم شرع في مفهوم العصبة بقوله: (وليس ذوو الأرحام) وهم قرابات الأنثى من جهة أمها كأخيها لأمها وجدها لأمها وأبنائهم (من الأولياء) الخاصة (و) إنما تكون (الأولياء من) جهة القرابة (العصبة) كالأصول والفروع والإخوة بغير الأم والأعمام، ويقولنا من جهة القرابة لا يرد المعتق ولا الكامل وكل من له ولاية ثم شرع في بيان من تحرم خطبتها بقوله (ولا) يجوز أن (يخطب أحد على خطبة أخيه) والخطبة بكسر الخاء التماس التزوج، وإنما حرمت الخطبة على خطبة الغير للنهي الوارد عنه عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ قال: لا يخطب

الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب» والنهي للتحريم، والأخ ليس بقيد فتحرم الخطبة على خطبة الكافر. ولما كانت علة النهي عن الخطبة على خطبة الغير ترتب العداوة وكانت موجودة في سوم الشخص على سوم غيره قال ﷺ في بقية الحديث: (ولا يسوم على سومه وذلك) النهي المذكور عند أهل المذهب (إذا ركننا وتقاربنا) التقارب تفسير للتراكن، ومعنى التقارب الميل إلى الأول والرضا به، والضمير في الخطبة للخطاب والمخطوبة إن كانت مما يعتبر ركونها، وإلا فالمعتبر كون وليها بأن كانت مجبرة أو غير مجبرة حيث رضيت بركون الولي، وإنما قيد أهل المذهب من أهل العلم الحرمة بالتراكن لفهمه من حديث فاطمة بنت قيس فإنها جاءت إلى النبي ﷺ لتستشيره فيمن تنكحه وقالت له: إن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم ابن هشام خطباني، قال رسول الله ﷺ: «أما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه أي لكثرة أسفاره، وأما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحي أسامة بن زيد» فهذا يدل على أن الحرمة مشروطة بالركون بالخطاب الأول، وإلا لم يأمرها بأن تنكح أسامة بن زيد، ووجه الاستدلال من الحديث أنها لما أخبرته بخطبتهما فإن كانا مجتمعين فقد خطب أسامة على خطبتهما، وإن كانا متعاقبين فالثاني خطب على خطبة الأول وأسامة خطب على خطبته، وبالجملة بإرشاده ﷺ إياها إلى أسامة صريح في الجواز.

(تنبيهات) الأول: علم مما قررنا أن المعتبر ركون من له الكلام، ومثله ركون أمها حيث لم ترد، ومحل الحرمة إذا استمر الركون، فلو رجعت المخطوبة أو وليها عن الركون قبل خطبة الغير لم تحرم خطبتها، وصرح ابن عسكر في شرح العمدة أنه لا يحرم على المرأة ولا على وليها أن يرجعا بعد الركون، وعدم الحرمة لا ينافي الكراهة لأنه من إخلاف الوعد وهو موجود في رجوع الزوجة أو وليها. الثاني: محل الحرمة إذا كان الركون لغير فاسق والخطاب الثاني صالحاً قال خليل: وحرم خطبة راكنة لغير فاسق ولو لم يقدر صداق وفسخ إن لم يبين، وأما خطبة الراكنة للفاسق فلا تحرم إلا من فاسق مثل الأول، وإنما لم تحرم خطبة غير الفاسق على خطبة الفاسق لأن غير الفاسق يعلمها أمور دينها، فعلم مما قررنا أن كلاً من الصالح ومجهول الحال يجوز لهما الخطبة على خطبة الفاسق، والمحرم خطبة الفاسق على خطبة غيره مطلقاً، أي سواء كان صالحاً أو فاسقاً أو مجهول حال. (فإن قيل): إن قيد الأخ لاغ فحيثئذ تحرم الخطبة على خطبة الذمي مع أن الذمي أسوأ حالاً من الفاسق عند الله. (فالجواب): أن الفاسق على حاله لا يقر عليها شرعاً، بخلاف الذمي فإنه على حال يقر عليه بخلاف الفاسق بغير الكفر: الثالث: إذا حصلت الخطبة المحرمة فإن عقد الثاني يفسخ بطلقة بائنة ولو لم يقم الخاطب الأول: فإن بنى بها فلا فسخ، وكذا

وَهُوَ الْبُضْعُ بِالْبُضْعِ وَلَا نِكَاحٌ بِغَيْرِ صَدَاقٍ وَلَا نِكَاحُ الْمُتَعَةِ وَهُوَ النَّكَاحُ إِلَى أَجَلٍ وَلَا

لو حكم حاكم بصحته لا يفسخ. الرابع: يخطب ويسوم بالرفع على ما رواه الفاكهاني عن المصنف، فيكون من ذكر النهي بصيغة الخبر. الخامس: لم يذكر المصنف إلا الخطبة بالكسر وهي التماس التزويج، وأما بالضم وهي الكلام المسجع المشتمل على الحمد والصلاة على الرسول عليه الصلاة والسلام فلم يذكرها مع أنها مندوبة عند الخطبة بالكسر، وتكون من الزوج والولي، وتستحب منهما أيضاً عند العقد فهي أربع خطب، ويستحب إخفاؤها وتقليلها، والمبتدئ بها الخاطب عند الخطبة والولي عند العقد، وصيغتها أن يقول: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ إن فلاناً أو أنا أريد الاتصال بكم أو أريد نكاح فلانة، ثم يجيبه الآخر بعد الخطبة بمثل هذا اللفظ من غير فصل بأكثر من ألفاظ الخطبة بين الإيجاب والقبول، وكذلك تستحب عند العقد، ويقول الزوج: قبلت نكاحها، والولي يقول: أنكحتك إياها، ويستحب كون الخطبة والعقد يوم الجمعة بعد صلاة العصر لقربه من الليل، كما يستحب كونها في شوال، ويستحب إظهار العقد والدعاء لكل واحد من الزوجين: يبارك الله لكل منكما في صاحبه، ونحوه بعد العقد. ثم شرع في الأنكحة المنهي عنها بقوله: (ولا يجوز) أي يحرم (نكاح الشغار) لقوله ﷺ: «لا شغار في الإسلام» وهو بكسر الشين وبالغين المعجمتين وهو لغة مطلق الرفع لقولهم: شغر الكلب رجله إذا رفعها ليبول، ثم استعمل في رفع الرجل هذا الجماع، ثم استعمل في رفع الصداق، ولذلك فسره عليه الصلاة والسلام بقوله: (وهو البضع) بضم الموحدة وسكون الضاد المعجمة وبعدها عين مهملة (بالبضع) أي بالفرج مثل أن يقول الرجل لصاحبه: زوجتك ابنتي أو أختي على أن تزوجني ابنتك أو أختك من غير صداق، وهذا صريح الشغار لأنه على ثلاثة أقسام: صريح ووجه ومركب، فالصريح الخالي من الصداق من الجانبين، والوجه المسمى فيه الصداق من الجانبين، والمركب المسمى فيه الواحدة دون الأخرى، وحكم صريح الشغار الفسخ مطلقاً ولو ولدت الأولاد، ولا شيء للمرأة قبل الدخول ولها بعده صداق المثل، وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في كون فسخه بطلاق، وبه قال مالك مرة أو بغيره، وهو الذي قاله سحنون قائلًا عليه أكثر الرواة. وحكم الوجه أنه يفسخ قبله ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل وحكم المركب من الصريح، والوجه فسخ نكاح كل قبل الدخول، وأما بعده فيفسخ نكاح من لم يسم لها، ولها صداق مثلها، ويثبت نكاح المسمى لها بالأكثر من المسمى ومن صداق مثلها. (تنبيهان) الأول: محل فساد نكاح الشغار إذا توقف نكاح إحداهما على نكاح الأخرى، وإما لو لم يتوقف وسميا لكل واحدة ودخلا على التفويض فلا فساد، وعلم مما قررنا أنه لا فرق بين المجبرتين وغيرهما. الثاني: قد قدمنا الخلاف في الفسخ في كونه بطلاق أو غيره، وتظهر ثمرته فيما إذا تزوجها بعد ذلك، فإنها تكون على الأول على طلقتين وعلى الفواكه الدواني ج ٢ - ٢٣

النُّكَاخُ فِي الْعِدَّةِ وَلَا مَا جَرَّ إِلَى عَرَّزٍ فِي عَقْدٍ أَوْ صَدَاقٍ وَلَا بِمَا لَا يَجُوزُ بَيْنَهُ وَمَا فَسَدَ

الثاني على عصمة كاملة، ويظهر أيضاً فيما لو خالعا على شيء، فعلى أن الفسخ بطلاق لا ترجع به، وعلى أن الفسخ بغير طلاق ترجع به (ولا) يجوز أي يحرم (نكاح بغير صداق) بأن دخلا على إسقاطه ويكون فاسداً لما مر من أن الصداق ركن أو شرط في النكاح، وحكم هذا النكاح بعد الوقوع الفسخ قبل البناء والثبوت بعد بصداق المثل، ككل نكاح فاسد لصداقه كخمر أو خنزير أو أبق أو قصاص وجب له عليها، قال خليل مشبهاً في الفسخ: أو بما لا يملك كخمر وحر أو كقصاص أو على إسقاطه، وحملنا كلام المصنف على الدخول على شرط إسقاط الصداق للاحتراز عما لو سكتا عند وقت العقد، أو دخلا على التفويض باللفظ، أو على تحكيم الغير في بيان قدره فلا فساد كما يأتي في كلام المصنف.

(ولا) يجوز بمعنى يحرم (نكاح المتعة وهو النكاح إلى أجل) لما روي أنه ﷺ نهى عام الفتح عنه، وحكى المازري الإجماع على حرمة إلى يوم القيامة كما في الروايات، إذ لم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة، وشرط فساد نكاح المتعة إعلام الزوجة بأنه إنما ينكحها مدة من الزمان، وأما إن لم يعلمها وإنما قصد ذلك في نفسه فلا يفسد وإن فهمت منه ذلك، قال الأجهوري: وظاهر كلام المصنف كالمدونة ولو بعد الأجل بحيث لا يبلغه عمر أحدهما ومقتضى إلغاء الطلاق إليه إلغاء مانعته فلا يكون فيه نكاح متعة، وظاهر كلام أبي الحسن أن الأجل البعيد الذي لا يبلغه عمرهما لا يكون النكاح إليه نكاح متعة، بخلاف ما يبلغه عمرها أو عمر أحدهما، وإذا وقع نكاح المتعة فإنه يفسخ ولو ولدت الأولاد، قال خليل عاطفاً على ما يفسخ: ومطلقاً كالنكاح لأجل، وفسخه بغير طلاق وقيل بطلاق، ويعاقب فيه الزوجان بغير الحد، ولو كانا عالمين بحرمة النكاح، والولد لاحق بالزوج، وللمرأة فيه المسمى بالدخول، وقيل لها صداق المثل، وعدم الحد في نكاح المتعة مبني على تفسير نكاح المتعة بأنه النكاح لأجل مع وجود الولي والشهود وتسمية الصداق وهو تفسير ابن رشد، وفساده إنما هو من ضرب الأجل خاصة، وأما على تفسير بعض العلماء بأنه ما ضرب فيه الأجل وترك فيه الإشهاد والولي والصداق فالحد فيه راجع التحقيق. (تنبيه) نكاح المتعة كان جائزاً في أول الإسلام لمن اضطر إليه كالميتة، ثم حرم عام خيبر، ثم رخص فيه عام الفتح وقيل عام حجة الوداع، ثم حرم إلى يوم القيامة، قال المنذري: نسخ مرتين كالقبلة ولحوم الحمر الأهلية. (ولا) يجوز بمعنى يحرم (النكاح في العدة) من غير الزوج، وكذا يحرم التصريح بالخطبة فيها وكذا الواعدة، قال خليل بالعطف على المحرم: وصريح خطبة معتدة ومواعدها كوليها، وسواء كانت عدة وفاة أو طلاق ولو رجعياً، دل على حرمة الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة: ٢٣٥]. وفي الموطأ أنه عليه الصلاة والسلام قال للفريرة بنت مالك بن

سنان حين مات زوجها: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله». وفي الموطأ أيضاً: أن صليحة الأسيدي كانت زوجة رشيد الثقفي وطلقها فنكحت في عدتها فضر بها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمحققة ضربات وفرق بينهما ثم قال: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت عدتها من زوجها الأول وكان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً. وقولنا من غير الزوج للاحتراز عما لو تزوجها صاحب العدة فإنه يجوز إذا كانت العدة من طلاق بائن دون الثلاث، وأما لو كانت مبانة بالثلاث فإنها لا تحل إلا بعد زوج، فإن تزوجها قبله حد مع فسخ نكاحه ولكن لا يتأبد تحريمها عليه، كالمنكوحة في عدة الطلاق الرجعي من غيره.

(تنبيهات) الأول: علم مما قررنا أن العقد الواقع في زمن العدة من غير الزوج يفسخ مطلقاً ولو عدة طلاق رجعي وفسخها بغير طلاق ويلحق به الولد ولا حد على الزوجين، وأما تأييد تحريمها عليه فمشروط بكونها معتدة من وفاة أو من طلاق بائن، وبالدخول بها ولو بعد العدة أو بتقبيلها أو التلذذ بها بغير الوطء داخل العدة، وكما تحرم عليه تحرم على أصوله وفروعه. الثاني: مثل المعتدة في حرمة خطبتها ونكاحها المحبوسة للاستبراء من زنا أو غضب أو غلط ولو من مريد النكاح إلا تأييد التحريم فمشروط بكون الاستبراء من غيره، والفسخ الواقع في العدة أو في الاستبراء بغير طلاق للإجماع على فسخه، ويجب لها المسمى بالدخول. الثالث: مثل المعتدة في فسخ النكاح ولو ولدت الأولاد المنكوحة في زمن الإحرام منها أو من زوجها أو وليها ولكن لا يتأبد تحريمها، ومثلها في الفسخ أبداً التي يفسدها على زوجها ويتزوجها، راجع شراح خليل (ولا) يجوز أيضاً من الأنكحة (ما جر) أي وصل (إلى غرر في عقد) النكاح كالنكاح على خيار التروي ولو لغير الزوجين، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به عند الأجل أو قبله، والحكم في هذا الفسخ قبل البناء ولا شيء فيه، ويثبت بعده بالمسمى وإنما ثبت بالدخول وإن فسد لعقده، لأن الشرط فيه أثر خللاً في الصداق، فأشبهه ما فسد لصدقه في ثبوته بالدخول، وأما إن لم يأت بالصداق حتى فات الأجل أو لم يأت به فإنه يفسخ ولو بعد الدخول، وأما العقد على الخيار في المجلس كأن يشترط أحدهما أن له الخيار ما دام في المجلس الذي حصل فيه العقد فإنه يصح النكاح ولا يفسد بذلك، قاله الأجهوري في شرح خليل، ولي فيه بحث مع قوله في باب الخيار: أن اشتراط خيار المجلس في حال عقد البيع يفسده مع أنه يشدد في عقد النكاح ما يفتقر مثله في البيع (تنبيه) إذا مات أحد الزوجين في نكاح الخيار قبل الفسخ لا إرث فيه، ولعل وجهه مع أن التوارث يقع بين الزوجين بمجرد العقد الفاسد المختلف في فساده أن نكاح الخيار قبل الدخول من المتفق على فساده، قال خليل: وفيه

مِنَ النِّكَاحِ لِصَدَاقِهِ فُسِّخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا مَضَى وَكَانَ فِيهِ صَدَاقُ الْمِثْلِ وَمَا فَسَدَ
مِنَ النِّكَاحِ لِعَقْدِهِ وَفُسِّخَ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَفِيهِ الْمُسَمَّى وَتَقَعُ بِهِ الْحُرْمَةُ كَمَا تَقَعُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ

الإرث والضمير للمختلف فيه الإنكاح المريض وزادوا عليه نكاح الخيار، فإنه لا إرث فيه
لواحد من الزوجين إذا مات صاحبه قبل فسخ النكاح (أو) أي ولا يجوز من النكاح ما جر
إلى غرر في (صداق) كالنكاح على عبد أبق أو على جنين أو ثمرة لم يبد صلاحها على
شرط إبقائها، أو على بيت يبنيه لها في ملك الغير أو في ملكه ولم يصفه لها (ولا) يجوز
أيضاً عقد النكاح (بما لا يجوز بيعه) وإن حل تملكه كجلد الأضحية وقلب الصيد، وأولى
ما لا يحل تملكه كالخمر والخنزير، ولذلك كان تعبير المصنف بما لا يجوز بيعه أحسن
من تعبير من عبر بما لا يصح تملكه كخليل لما ذكرنا، وكذلك لو تضمن إثباته ودفعه كدفع
العبد في صداق زوجته فإنه يفسخ وتملكه بعد البناء، وكذا لو وقع على شرط يناقض
المقصود كشرط أن لا يقسم لها في المبيت مع غيرها، أو لا إرث لها منه، أو على أن لها
نفقة مسماة في كل شهر، أو على شرط أن نفقة زوجة الصغير أو السفية أو العبد على الأب
أو السيد، أو على نفقة زوجة الكبير المالك لأمر نفسه، والحكم في النكاح المشتمل على
الشرط المناقض الفسخ قبل الدخول والثبوت بعده بمهر المثل ويسقط العمل بالشرط،
ويجب العمل بمقتضى العقد من وجوب الإنفاق على الزوج البالغ ووجوب القسم. ثم
شرع في حكم النكاح الفاسد إذا وقع هل يفسخ مطلقاً أو قبل البناء، وعلى الفسخ هل
تستحق المرأة شيئاً أم لا؟ وعلى استحقاقها هل تستحق المسمى أو صداق المثل بقوله:
(وما فسد من النكاح لصداقه) إما لجرد غرر أو لوقوعه بما لا يصح بيعه أو تملكه فإن اطلع
عليه (فسخ) وجوباً (قبل البناء) ولا شيء فيه لقول خليل: وسقط بالفسخ قبله وإن كانت
قبضته المرأة رده ويكفون فسخه طلاقاً. (وإن دخل بها مضى) أي ثبت (وكان فيه صداق
المثل) وهو ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد وإن لم تعلم هذه
المذكورات، فباعتبار أختها شقيقتها أو لأبيها لا أمها ولا أختها لأمها، وهذا من المصنف
إشارة إلى قاعدة وهي أن ما فسد من النكاح لصداقه أو لعقده الموجب خلافاً في الصداق
لا شيء فيه إن فسخ قبل البناء ويثبت بالدخول ولها صداق المثل، وأشار إلى الفاسد لعقده
بقوله: (وما فسد من النكاح لعقده) كوقوعه بغير ولي أو كان الولي صبيماً أو أنثى أو رقيقاً،
أو وقع العقد في العدة أو الإحرام، أو وقع لأجل، أو كان صريح شغار، فإنه يفسخ ولو
بعد الدخول، لكن المتفق على فساده بغير طلاق والمختلف فيه بطلاق، فإن فسخ قبل البناء
لا شيء فيه.

(و) أما إذا (فسخ بعد البناء ففيه المسمى) إن كان وهو حلال، وإلا فصداق المثل إذا
كان الزوج ممن يعتبر دخوله وبنائه لا إن كان صبيماً، فوطؤه كالعدم لا يلزم به صداق،
وبما قررنا من دعوى حذف الخبر إلى آخر ما ذكر، فاعلم أنه لا حاجة إلى قول بعض إن

واو فسوخ زائدة لصحتها على ما قررنا أو تجعل للحال، وقوله: ففيه المسمى الخبر وكذا لا حاجة إلى تقدير وعشر عليه الخ. (تنبيهات) الأول: ظاهر كلام المصنف أن كل من فسوخ نكاحها قبل البناء لا شيء لها، ولو كان الزوج البالغ قد تلذذ بها بغير الوطء، كما أن ظاهره أن لها المسمى بمجرد الدخول ولو تصادقا على عدم الوطء أو كان الزوج صبياً وليس كذلك، إذ وطء الصبي كلا وطء، وإن تصادقا على نفي الوطء لا صداق لها، وعند التنازع في حصول الوطء وعدمه فالقول قول الزوجة في خلوة الاهتداء، قال خليل: وصدقت في خلوة وإن بمانع شرعي، وإذا كان البالغ تلذذ بها بغير الوطء وطلقها قبل إقامتها عنده سنة فإنه يجب عليه أن يعرضها شيئاً بحيث يراه الإمام أو الناس حيث لا إمام من غير تحديد، قال خليل: وتعاض المتلذذ بها. الثاني: لم يبين المصنف كون الفسوخ بطلاق أو غيره، ومحصل ما قيل من أن الأنكحة المتعرضة للفسوخ قال الفاكهاني على ثلاثة أقسام: قسم يفسوخ بطلاق من غير خلاف، وهو كل نكاح لأحد الزوجين أو الوليين أو للسيد أو للسلطان فسوخه فالفسوخ فيه بطلاق، وذلك إذا زوجها البعيد مع وجود القريب على القول بفسوخه، أو وجد بأحد الزوجين ما يوجب للأخر فسوخ النكاح، وكالعبد إذا تزوج بغير إذن سيده فإن للسيد أن يرد نكاحه أو يجيزه، فإن فسوخ فإنه يكون بطلاق وكذا إذا فسوخه السلطان. وقسم يفسوخ بغير طلاق من غير خلاف، وذلك كل نكاح متفق على فساده كنكاح ذوات المحارم بنسب أو صهر أو رضاع، وكالمعتدة وكالمنكوحه بغير صداق، وكالنكاح المتعة. وقسم فيه الخلاف هل يفسوخ بطلاق أو بغيره؟ وهو نكاح الشغار، وكالنكاح بغير ولي. أو نكاح المريض أو المحرم بحج أو عمرة، والذي مشى عليه خليل أن فسوخه بطلاق، بل قال الأجهوري نقلاً عن الحطاب: أن فسوخ المختلف فيه طلاق ولو وقع بغير لفظ الطلاق وهو المتبادر من قول خليل: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار. الثالث: لم يبين المصنف أيضاً كخليل كون الفسوخ يتوقف على الحكم أو لا، وبينه الأجهوري بما محصله: إن كان مختلفاً في فساده فلا بد من فسوخه من حكم حاكم، فإن عقد على من نكحت فاسداً مختلفاً فيه قبل الحكم بفسوخه لم يصح العقد، هكذا قال الأجهوري، ولي فيه بحث مع قوله: إن مجرد فسوخه يكون طلاقاً ولو لم يلفظ فيه بطلاق، والطلاق يحل العصمة في الصحيح فكيف بالفاسد الذي الأصل فيه عدم الانعقاد وحرر منصفاً، وأما المتفق على فساده فلا يتوقف فسوخه على حكم لما عرفت من فسوخه بغير طلاق ولو لفظ فيه بالطلاق، ومن ثمرة ذلك صحة العقد على من عقد عليها عقداً فاسداً من غير لفظ بحكم ولا طلاق، لأن المجمع على فساده بمنزلة العدم، ولما كانت المنكوحه تحرم على أصول الزوج وفروعه بسبب النكاح بين ما تقع به المحرمة من العقد أو الوطء بقوله: (وتقع به) أي النكاح الفاسد الذي حصل فيه الفسوخ بعد البناء (الحرمه) أي حرمة

وَلَكِنْ لَا تَحِلُّ بِهِ الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا وَلَا يُحَصَّنُ بِهِ الزَّوْجَانِ وَحَرَّمَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ مِنَ النِّسَاءِ سَبْعًا

المنكوحه على أصول العاقد وعلى فصوله، وكذا حرمة أصول المعقود عليها أو فصولها على العاقد المذكور. (كما تقع) تلك الحرمة (بالنكاح الصحيح) والتشبيه في ترتيب الحرمة على كل في الجملة، وإن كان التحريم في المتفق على فساده إنما يحصل بالتلذذ، وأما الصحيح فيحصل بمجرد العقد، ومثل الصحيح الفاسد المختلف في فساده، قال خليل في الفاسد المختلف فيه: والتحريم بعقده وفيه الإرث إلا نكاح المريض، ثم قال: لا أنفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرمة وطؤه فقط أي لا العقد، لما تقرر من أن المقدمات يحصل بها التحريم كما يحصل بالوطء، والحاصل أن المختلف فيه كالصحيح في حصول التحريم بمجرد العقد فيما يحرم بالعقد وفي التوارث به وفي توقف فسخه على طلاق على ما فيه، بخلاف المتفق على فساده لا توارث بعقده، ولا طلاق في فسخه، ولا تحريم بعقده، وإنما يحصل التحريم بالتلذذ المستند إليه. (تنبيه) كل ما يحصل التحريم بعقده لا يشترط في الزوج صاحب العقد بلوغه بخلاف ما يتوقف فيه التحريم على التلذذ فيشترط بلوغه وكون وطئه يدرأ الحد، كما لو كانت المعقود عليها معتدة أو ذات محرم أو رضاع مع عدم علم الزوج بحرماتها، وأما لو لم يدرأ الحد لم ينشر كالتزويج بواحدة مما ذكرنا مع علمه بتحريمها، ولما كان يتوهم من تشبيه المفسوخ لفساده بالصحيح في حصول التحريم مساواته له في حل المبتوتة استدرك عليه بقوله: (ولكن لا تحل به) أي بالوطء المستند للعقد الذي فسح بعد البناء للاتفاق على فساده ولو تكرر وطؤه (المطلقة ثلاثاً) أو اثنتين إن كان زوجها عبداً، وأما لو نكحت المبتوتة نكاحاً فاسداً مختلفاً فيه وطلقت بعد الوطاء، فإن تكرر وطؤه بحيث ثبت النكاح حلت، وأما لو طلقت بعد أول وطئه ففي حلها تردد مبني على أن النزاع هل هو وطاء أو غير وطاء، وإنما حصل التحريم بالوطء دون التحليل احتياطاً في الجانبين، قال خليل: والمبتوتة حتى يولج بالغ قدر الحشفة بلا منع ولا نكرة فيه بانتشار في نكاح لازم إلى أن قال: لا بفساد إن لم يثبت بعده بوطء ثان، وفي الأول تردد (و) كما لا تحل المبتوتة بالفساد (لا يحصن به) بالبناء للمفعول ونائب الفاعل (الزوجان) لأن التحصين كالتحليل في التوقف على النكاح الصحيح اللازم الذي حل وطؤه من البالغ وبانتشار مع إباحة الوطاء. (تنبيه) تكلم المصنف على ما يفسد من الأنكحة لأجل الصداق أو لخلل في العقد، وسكت عما يفسد لذكر بعض شروطه، قال سيدي يوسف بن عمر: إنما سكت عما يفسد بالشرط لما في الشروط من التفصيل، قال العلامة بهرام: قال في الجواهر: الشروط ثلاثة أنواع: الأول: ما يقتضيه العقد ولو لم يذكر كشرط الإنفاق أو المبيت فهذا اشتراطه وعدمه سيان، أي لا يوقع في العقد خللاً ولا يكره اشتراطه ويحكم به ذكر أو ترك. النوع الثاني: عكس هذا وهو أن يكون مناقضاً لمقتضى العقد، كشرط أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا ينفق، وهذا النوع يمنع اشتراطه ويؤدي إلى الخلل في

بِالْقَرَابَةِ وَسَبْعاً بِالرُّضَاعِ وَالصُّهْرِ فَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ وَأَخْوَاطُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبنَاتُ الْأَخِ وَبنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] فَهَؤُلَاءِ مِنَ الْقَرَابَةِ

العقد، فيفسخ لأجله قبل البناء ويثبت بعده ويلغى. الشرط الثالث: ما لا تعلق له بالعقد ولا ينفيه ولا يقتضيه، كشرط أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى عليها، أو لا يخرجها من بلدها أو بيتها، وهذا يكره اشتراطه، ولا يفسد العقد باشتراطه ولا يفسخ لأجله لا قبل ولا بعد، أي ولا يلزم الوفاء به، راجع التحقيق ببعض التصرف. ثم شرع في بيان من يحرم على المكلف نكاحه سوى ما تقدم من المنكوحه على وجه المتعة أو المعتدة بقوله: (وحرّم الله سبحانه) وتعالى على مريد النكاح من الرجال لمناسبة قوله: (سبعاً من النساء بالقرابة و) حرم عليه أيضاً (سبعاً) بعضهم (بالرضاع و) بعضهم تحريمه بسبب (الصهر) وهن قرابات الزوجة وحليلة الأب وحليلة الابن كما يأتي، فعلم من تقديرنا لفظ بعض في الموضعين أن السبع من مجموع الرضاع والصهر، فلا تفهم أن المراد سبع بالرضاع وسبع بالصهارة لأن هذا لا يصح، لأن الذي حرّمه الله بالرضاع اثنتان الأمهات والأخوات وبقية السبع حرمها الله بالصهر، وقولنا: حرّمه الله لا ينافي ما يأتي من أنه يحرم بالرضاع مثل ما يحرم من النسب وهن سبع، لأن ما يأتي في المحرم بالسنة، وما هنا في المحرم بنص الله تعالى وهن سبع بعضهم بالرضاع وبعضهم بالصهر، والصهر واحد الأصهار وهم أهل بيت المرأة، ومن العرب من يجعل الصهر من الأحماء والأختان جميعاً، يقال: صاهرت فيهم إذا تزوجت منهم قاله في التحقيق، وقال في الجلالين: الصهر أن يتزوج الذكر أو الأنثى طلباً للتناسل، ولذا قال صاحب القيس: المحرم بالصهر أربع: زوجة الابن وزوجة الأب وأم الزوجة وابنتها، ويمكن ضابطه بأن يقال: كل من حرم عليك بسبب عقدك على غيره، أو حرم عليك بسبب عقد أصلك عليه أو عقد فرعك. وهذا شامل للأربع من كلام صاحب القيس، إلا أنه يخرج من هذا الضابط الجمع بين الأختين، فإن المصنف جعله من جملة المحرم بالصهر وفيه شيء، إلا أن يقال السنة جعلت المحرم بالجمع ملحقاً بالمحرم بالصهر واستمر عليه الإجماع. ثم أشار إلى السبع اللاتي من القرابات بقوله: (فقال عز وجل: حرمت عليكم) معاشر الرجال (أمهاتكم) وهي من لها عليك يا مريد النكاح ولادة ولو بوسائط لتشمل الجدات ولو من جهة الأب فيحرم عليك نكاح الجميع (و) حرمت عليكم أيضاً (بناتكم) جمع بنت وهي كل أنثى لك عليها ولادة ولو بواسطة، ولو كانت البنت تخلقت من مائك الفاسد، قال خليل: وحرّم أصوله وفصوله ولو خلقت من مائه، والحاصل أنه يحرم على الشخص أصله وإن علا، وفرعه وإن سفل، ويلزم من حرمة أصلك عليك حرمتك عليه لأن الحرمة من الأمور النسبية، فتحرم على أمك كما تحرم هي عليك وهكذا. (و) حرمت عليكم (أخواتكم) جمع أخت وهي كل من لأبيك أو أمك عليها ولادة ولو بواسطة وهو معنى قول بعضهم: الأخوات من اجتمعت معهن في صلب ورحم

وَاللَّوَاتِي مِنَ الرِّضَاعِ وَالصُّهْرِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ

أو في أحدهما. (و) حرمت عليكم (عماتكم) جمع عمة وهي كل من اجتمعت مع أبيك في صلب ورحم أو في أحدهما (و) حرمت عليكم (خالاتكم) جمع خالة وهي كل من اجتمعت مع أمك في صلب أو رحم، قال الفاكهاني: وكذلك عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها، وكذلك عمة العمة، وأما خالة العمة فإن كانت العمة أخت أب لأم أو لأب وأم فلا تحل خالة العمة لأنها أخت الجدة، وإن كانت العمة إنما هي أخت أب لأب فقط فخالتها أجنبية من بني أخيها فتحل له، وكذلك عمة الخالة فإن كانت الخالة أخت أم لأب فعمتها حرام لأنها أخت جد، وإن كانت الخالة أخت الأم لأم فقط فعمتها أجنبية من بني أخيها، وضابط العمات والخالات أن كل ذكر يرجع نسبه إليه بالولادة فأخته عمته، وكل أنثى يرجع نسبه إليها بالولادة فأختها خالتها، ذكره في التحقيق (و) حرم عليكم (بنات الأخ) وبنات الأخ كل أنثى لأخيك عليها ولادة وإن سفلت، كان الأخ شقيقاً أو لأب أو لأم (و) حرم عليكم أيضاً (بنات الأخت) وهي كل أنثى لأختك عليها ولادة وإن سفلت، كانت الأخت شقيقة أو لأب أو لأم (فهؤلاء) السبع اللواتي يحرمن (من القرابة) وأشار إليهن خليل بقوله: وحرم أصوله وفصوله ولو خلقت من مائه، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل غير الأصل الأول، فالأصول الأمهات والجندات فيحرمن وإن علون، والفصول الأولاد فيحرمن وإن سفلن، وفصول الأخوات وأولادهن فيحرمن وإن سفلن، والأصل غير الأول الجد، وفروعه عمات وخالات وبناتهن غير محرمات، والحرام فصل الأول فقط، وتجوز بنت العمة وبنات الخالة (و) السبع (اللواتي) يحرمن (من الرضاع والصهر) يجمعها قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولو كانت المرضعة صغيرة لا يولد لها، أو كانت ميتة حيث كان في ثديها لبن ولو مع الشك على الأظهر، أو كانت الذات المرضعة خثى مشكلاً كما نص على ذلك شراح خليل، (و) حرم عليكم أيضاً (أخواتكم من الرضاعة) كان رضعكم مصاحباً لرضعهن أو سابقاً أو متأخراً، لأن الذي يرضع من امرأة يقدر كأنه نزل من بطنها، فجميع أولادها إخوة له، كما يأتي في بابه، ولم ينص في القرآن على المحرم بالرضاع إلا على الأمهات والأخوات وبواقي السبع بالصهر، وأشار إليهن بقوله: (وأمهات نسايتكم) وهي كل امرأة لها على زوجتك ولادة أو رضاع ولو بواسطة، فيشمل جدة الزوجة وإن علت سواء جدتها من قبل أبيها أو أمها من نسب أو رضاع، والمراد زوجتك من عقدت عليها ولو لم يحصل تلذذ بها، لأن العقد على البنات يحرم الأمهات، وسواء عقد له عليها في حال بلوغه أو صباه (و) حرم عليكم أيضاً (ربائيتكم) وهي بنات الزوجة (اللواتي) في حجوركم من نسايتكم) ووصف الربائب باللواتي في الحجور طردي أو غير معتبر المفهوم، بخلاف وصف الأمهات بقوله: (اللواتي دخلتم) أي

لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا

تِلْذَتُمْ (بهن) لأن مجرد العقد غير محرم للقاعدة المقررة من أن التلذذ بالأمهات يحرم البنات، والعقد على البنات يحرم الأمهات، قال خليل عاطفاً على حرم: ويتلذذه وإن بعد موتها ولو بنظر فصولها، قال الأجهوري في شرحه: ولو كانت صغيرة بحيث لا تشتهي، أو كان النظر إليها من فوق حائل يصف حيث كان النظر لغير الوجه والكفين، وأما لو انضم للنظر فعل كلمس فينبغي الحرمة ولو للوجه أو الكفين حيث وجدت اللذة لا إن لم توجد، ولو قصدت فلا تحرم، كما لا يحرم الالتذاذ بالكلام، ولعل وجه الفرق قوة الالتذاذ بالنظر دون الكلام، ثم صرح بمفهوم دخلتم بقوله: (فإن لم تكونوا دخلتم بهن) أي بنسائكم بل طلقتموهن بعد العقد ولو كان صحيحاً (فلا جناح) أي لا حرج (عليكم) في نكاح بناتهن لما عرفته من أن البنات إنما تحرم بالتلذذ بالأمهات. (تنبيه) علم مما قررنا أن المراد بالدخول في كلام الله تعالى التلذذ ولو من غير اختلاء بالزوجة، لأن المصنف أشار بهذا وما قبله إلى القاعدة المشهورة عند فقهاءنا وهي أن العقد على البنات يحرم الأمهات ولو فاسداً حيث اختلف فيه، والتلذذ بالأمهات بعد العقد عليهن يحرم بناتهن، ولعل الحكمة في ذلك قوة محبة الأم للبنات بخلاف العكس، فالأم أشد برأً بالبنات دون العكس، فلذلك لم يكن العقد عليها بمجرد محرم بنتها. (و) حرم عليكم (حلائل) جمع حليلة وهن زوجات (أبنائكم الذين من أصلابكم) والمراد من عقد عليهن الأبناء ولو فاسداً حيث اختلف فيه، ولو كان المعقود له صغيراً جداً والمراد الفرع وإن سفل، واحترز بقوله: من أصلابكم من الابن بالتبني، فلا تحرم عليك حليلته ولو كان قد دخل بها، فقد تزوج ﷺ زينب بنت جحش زوجة زيد بن حارثة، وقد كان ﷺ تبناه حتى كان يدعى زيد بن محمد، حتى نزل قوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥] وذلك أن المنافقين واليهود لما تزوجها ﷺ قالوا: تزوج محمد ﷺ حليلة ابنه وكان ينهى الناس على ذلك، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ﴾ الآية، تكذيباً لهم وتصريحاً بالجواز (تنبيهات): الأول: جعلنا محترز من أصلابكم ابن التبني فقط، لأن الابن من الرضاع حكم ابن الصلب في حرمة حليلته، وإن كانت حرمة حليلة ابن الرضاع مستندة للإجماع لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لما تقرر من أن ابن الرضاع يقدر كأنه من ظهر الرجل صاحب اللبن، ومن بطن المرأة التي أرضعته، فلا يحل لأبيه فرعه وإن سفل، ولا يحرم له هو أخذ أم أو جدة أبيه، ولا أولاد أبيه، ولا أولاد أمه وإن سفلن لأنهن أخوات وأولاد أخوات، قال خليل: وقدر الطفل خاصة ولدأ لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه وإن بعد سنين. الثاني: مفهوم حلائل الأبناء أن جواربي الأبناء لا تحرم على الآباء بمجرد الملك وهو كذلك، وإنما يحرم التلذذ ولو بغير الوطء حيث تلذذ بهن بعد بلوغه على المعتمد، لأن الضابط أن ما يحصل فيه

بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴿ [النساء: ٢٣] وَقَالَ تَعَالَى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ

التحرير بالعقد وهو التحريم بالمصاهرة لا يشترط في المعقود له البلوغ، بخلاف ما يتوقف فيه التحريم على التلذذ، فيشترط فيه بلوغ المتلذذ من زوج أو مالك، ومثل الوطاء مقدماته ولا بد من تحقق التلذذ، وأما لو حصل فيه الشك فأشار إليه خليل بقوله: وإن قال الأب نكحتها أو وطئت أمه عند قصد الابن ذلك وأنكر نذب التنزه، وفي وجوبه إن فشا تأويلان، وفي الأجهوري في شرح خليل: من ملك جارية ابنه أو أبيه بعد موته ولم يعلم هل وطئها أم لا؟ فقال ابن حبيب: لا تحل، واستحسنه اللخمي في العليّ وقال: يندب في مالو خشي أن لا يصيب ولا تحرم، وكذا إن باعها الأب لابنه والابن لأبيه ثم غاب البائع قبل أن يسأل. الثالث: الوطاء المستند للبيع الفاسد كالوطاء المستند للنكاح الفاسد، فيفرق بين ما اختلف فيه فيحرم وطؤه، وما اتفق عليه لا يحرم وطؤه إلا إن درأ الحد، قاله الأجهوري. الرابع: قد قدمنا غير مرة أن ما يحصل فيه التحريم بالعقد الفاسد المختلف فيه كالصحيح إذا وقع العقد على غير وجه الإكراه، وأما لو وقع بالإكراه فقال الأجهوري: الذي ينبغي الجزم به أنه لا يحرم، وأما لو وطئ مع الإكراه فعلى عدم الحد يحرم، وعلى الحد يجزي فيه الخلاف في الزنا. (و) حرم عليكم أيضاً (أن تجمعوا) أي الجمع في النكاح (بين الأختين) ولو من الرضاع، وأما الجمع بينهما في الملك فقط، أو واحدة للوطء والأخرى للخدمة، أو واحدة بالنكاح والأخرى للخدمة فلا حرج، لأن المحرم الجمع بينهما للوطء، قال الأجهوري في شرح خليل: فمن في ملكه أختان لم يتلذذ بواحدة منهما ثم أراد التلذذ بإحداهما فله أن يتلذذ بها ويمتنع من التلذذ بالأخرى، ولا يتوقف جواز تلذذه بمن أراد التلذذ بها على تحريم الأخرى بما سبق، أي من زوال ملك أو عتق وإن لأجل. (إلا ما قد سلف) أي وقع قبل الإسلام وفسخه الإسلام فلا يؤاخذ فاعله به لأنه يغفر بالإسلام لأنه يجب ما قبله، قال تعالى: ﴿إِنْ يَنْتَهُوا يَغْفِرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] والاستثناء في الآية منقطع، والمعنى: لكن ما قد سلف لا إثم فيه، وحرمة الجمع بين الأختين من جملة السبع اللاتي يحرم بالرضاع والصهر وهي السادسة، وأشار إلى تمام السبع بقوله: (وقال تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ) والمعنى: أنه يحرم على فرع الإنسان وإن سفل أن يتزوج بمن عقد عليه أصله وإن علا، ولو كان العقد فاسداً حيث اختلف فيه، ولو لم يحصل من الأصل تلذذ به، لأن التحريم بالمصاهرة لا يتوقف على تلذذ بل يحصل بمجرد العقد، إلا في تحريم البنت بسبب نكاح أمها فإنه يتوقف على التلذذ بأمها، وحرمة حليلة الأب على الابن ولو كان عقد الأب عليها في حال صغره، وقيدنا الفاسد بالمختلف فيه لأن المجمع عليه لا يحرم إلا وطؤه إن درأ الحد، ومثل حليلة الأصل في تحريمها على فرعه وإن سفل موطؤه بالملك حيث تلذذ بها الأصل ولو مستنداً لعقد فاسد حيث كان مختلفاً فيه، وجرى خلاف في تسميتها حليلة

النِّسَاءِ ﴿النساء: ٢٢﴾ وَحَرَّمَ النَّبِيُّ ﷺ بِالرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ وَنَهَى أَنْ تُنَكَحَ الْمَرْأَةُ

قبل التلذذ، ولكن تقييد الحرمة بأن يكون الأصل تلذذ بها بعد بلوغه لما قدمنا من أن كل ما يحصل فيه التحريم بالعقد لا يشترط فيه بلوغ الزوج، لأن النكاح حقيقة في العقد على المشهور ومجاز في الوطء، وأما ما يتوقف فيه التحريم على التلذذ فلا بد من بلوغ المتلذذ، وفي بعض النسخ تميم الآية بقوله: (إلا ما قد سلف) إلا أن هذا ليس كالمتقدم في الجمع بين الأختين، لأن نكاح حليمة الأب لم تسبق به شريعة، وإنما كان الولد يعقد على حليمة أبيه جهلاً، بخلاف نكاح الأختين فإنه كان شريعة قوم ونسخه شريعة الإسلام، قاله في التحقيق ولنا فيه بحث مع قولهم فيه، لأن الإسلام يجبه، لأن ما كان شريعة لقوم لا يؤخذون به حتى يقال الإسلام يجبه، إلا أن يقال: إن من يعلل غفران حرمة الجمع بين الأختين يجب الإسلام لا يسلم أنه كان شريعة وتأمله (تنبيه) علم مما مر بيان عدة السبع المحرمات بالقربة بنص القرآن، وأما السبع المحرمات بالصهر والرضاع فتقدم أن المحرم بالرضاع منهن بنص القرآن الأمهات والأخوات فقط، والخمس بالصهر وهن: بنت الزوجة وأمها وحليمة الأب وحليمة الابن، وعد منهن الجمع بين المرأة وأختها، مع أن المحرمة بالصهر هي المحرمة بسبب عقد أصلك أو فرعك عليها، أو عقدك على غيرها كأم الزوجة، وأم المحرمة بالجمع فلا ينطبق هذا الضابط عليها، ولكن السنة المتواترة ألحقها بالمحرمة بالصهر ومضى عليه الإجماع قاله الفاكهاني، فلعل المصنف غلب المحرم بالصهر على المحرم بالجمع، فأطلق على ما عدا المحرم بالنسب والمحرم بالرضاع أنه محرم بالصهر، هكذا يفهم من كلام ابن عمر لما كان يتوهم من آية: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء: ٢٣] عدم حرمة غيرهن، مع أن المحرم بالرضاع سبع على عدد المحرم بالنسب قال: (وحرم النبي عليه) أفضل الصلاة وأزكى (السلام) من النساء (بالرضاع) مثل (ما يحرم من النسب) وهن السبع اللاتي في الآية: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] إلى آخرها، وكلام المصنف معنى حديث عائشة رضي الله عنها وهو قوله ﷺ: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة». فكما يحرم بالنسب الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الإخوة وبنات الأخوات كذلك يحرم من الرضاع، فأمكن رضاعاً كل من أرضعتك أو أرضعتك من ولدتك بواسطة أو غيره وأمها، وبتك كل من رضعت على زوجتك بابنك أو أرضعتك بتك من نسب أو رضاع، وأخواتك كل من ولدته من أرضعتك أو ولد لفحلها، فإن جاء من أمك وفحلها ولد فهو أخ شقيق لك من الرضاع، وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل ولد فهو أخ لأم، وإن ولد لأبيك من أمك من زوجة أو سرية فهو أخوك لأبيك، وأخوات الفحل عمات الرضيع، وأخوات أم الرضيع خالات له، وبنات الأخ من أرضعتن امرأة أخيك بلبنه، وبنات الأخوات من أرضعتن الأخوات، وكل هذا داخل تحت الحديث المذكور، نعم استثنى العلماء من الحديث بعض

عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا فَمَنْ نَكَحَ أَمْرَأَةً حُرِّمَتْ بِالْعَقْدِ دُونَ أَنْ تُمَسَّ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ

أنات تحرم من النسب ولا تحرم من الرضاع، الأولى: أم أخيك أو أختك. الثانية: أم ولد ولدك. الثالثة: جدة ولدك. الرابعة: أخت ولدك. الخامسة: أم عمك وعمتك. والسادسة: أم خالك وخالتك، وأشار إليها خليل بقوله: إلا أم أخيك أو أختك، وأم ولد ولدك، وجدة ولدك، وأخت ولدك، وأم عمك وعمتك، وأم خالك وخالتك، فقد لا يحرم من الرضاع أي ويحرم من النسب وقد وقى كلامه للتحقيق، ولما كان المحرم بالجمع بنص القرآن مختصاً بالأختين وألحقت السنة المتواترة بالأختين الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها قال بالعطف على المحرم بالسنة: (ونهى) عليه الصلاة والسلام عن (أن تنكح المرأة على عمتها أو) على (خالتها) أو على بنت أخيها أو أختها والنهي للتحريم، ولفظ الحديث: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها»، وأشار إلى ذلك العلامة خليل بالعطف على المحرمات بقوله: وجمع خمس أو اثنتين لو قدرت أية ذكرا حرم أي نكاح الأخرى، وهذا الضابط مقيد بما إذا كان امتناع الجمع بالقرابة والرضاع أو الصهارة، فلا يرد الجمع بين المرأة وأمتها، والجمع بين المرأة وبنت زوجها، والجمع بين المرأة وأم زوجها فإنه يجوز لأن الحرمة من جانب واحد، بخلاف نحو المرأة وعمتها لو قدرت كل ذكرا حرم عليه نكاح الأخرى، لأن الشخص يحرم عليه نكاح عمته، وكذلك المرأة وبنت أخيها لو قدرت المرأة ذكرا لحرم عليه بنت أخيه، ولو قدرت بنت الأخ ذكرا لحرم عليه نكاح عمته، وضابط خليل ربما يشمل العمتين والخالتين والعممة والخالة، ومثال العمتين يوجد في بنتي رجلين تزوج كل منهما أم الآخر، والخالتين يتصور في بنتي رجلين تزوج كل منهما بنت الآخر، والخالة والعممة يتصور في بنتي رجلين تزوج أحدهما أم الآخر، والآخر بنت الآخر أنظر التتائي.

(تنبيهات) الأول: لم يبين المصنف حكم ما لو جمع بين محرمتي الجمع في عقد واحد وحكمه الفسخ ولو حصل دخول بهما بلا طلاق ولا مهر لمن لم يدخل بها، وأما إن ترتبتا في العقد فإن علمت الأولى فسخ نكاح الثانية وثبت نكاح الأولى، ومثل العلم لو صدقت المرأة أنها ثانية وإن اختلفا فالقول للزوج بيمين ليسقط عنه نصف الصداق، ويفسخ نكاح من ادعى أنها ثانية لكن بطلاق، وإن لم تعلم الأولى من الثانية ولم يدع الزوج العلم بأولية إحداهما فإنه يفسخ نكاحهما، قال خليل: وفسخ نكاح ثانية صدقت وإلا حلف للمهر بلا طلاق كأم وابنتها بعقد. الثاني: الوطء بالملك ينشر الجريمة كالوطء بالنكاح كما قدمنا، فتحرم أصول الموطوءة بالملك وفروعها على واطئها، وكذا تحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه، ويحرم على واطئها الجمع بينها وبين عمتها أو خالتها في الوطء، ومثل الوطء التلذذ، فلو تلذذ بأمه أو زوجة وأراد أن يتخذ من يحرم جمعه معها فلا يجوز له حتى يحرم فرج الأولى حيث أراد اتخاذها للوطء، قال خليل: وحلت الأخت بينونة السابقة أو

وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا وَلَا تَنْحُرُمُ عَلَيْهِ بَنَاتُهَا حَتَّى يَدْخُلَ بِالْأُمِّ أَوْ يَتَلَدَّ بِهَا بِنِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ
يَمِينٍ أَوْ بِشِبْهِهِ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ وَلَا يَحْرُمُ بِالزَّوْنَا حَلَالًا وَحَرَّمَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَطَاءَ الْكُوفِرِ

زوال ملك بعثق وإن لأجل أو كتابة أو نكاح يحل المبتوتة وقدمنا ذلك أيضاً، ولما قدم أن حليلة الابن محرمة على أصوله وفصوله بالصهارة أعادها ليبين أن الحرمة تحصل بمجرد العقد بقوله: (فمن نكح امرأة) أي عقد عليها (حرمت بالعقد) ولو فسد إن لم يجمع عليه (دون أن تمس على آباءه) أي أصوله وإن علوا (و) حرمت أيضاً على (أبنائه) أي فروعه وإن سفلوا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] (وحرمت عليه) أي الزوج (أمهاتها) لما تقدم من أن العقد على البنات محرم الأمهات (ولا تحرم عليه بناتها) أي فروعها (حتى يدخل بالأم أو يتلذذ بها بنكاح) أي بسببه (أو ملك يمين) ولو كان التلذذ بالنظر لباطن الجسد، قال خليل: بالعطف على المحرمات وأصول زوجته ويتلذذه ولو بعد موتها ولو بنظر فصولها، وهذا إشارة للقاعدة المطروقة وهي العقد على البنات يحرم الأمهات، والتلذذ بالأمهات يحرم البنات، والمراد بالعقد ما يشمل الفاسد إن لم يجمع على فساد، وإلا لم يحرم إلا وطؤه إن درأ الحد، وقد قدمنا ما فيه الكفاية. ولما كانت شبهة النكاح كالنكاح قال: (أو بشبهة من نكاح) عطف على بنكاح أي إن تلذذ الشخص بالمرأة بسبب شبهة النكاح يحصل به التحريم لأصول المتلذذ بها وفروعها على المتلذذ وعلى أصوله وفروعه، ومثال ذلك أن يطأ امرأة يظنها زوجته أو يتزوج تزويجاً فاسداً مجتمعاً عليه لكن يدرأ الحد، كأن يتزوج بمعتدة أو خامسة أو ذات محرم غير عالم ويتلذذ بها فيحرم عليه فرع كل واحدة من المذكورات وأصلها، قال خليل: وحرم العقد وإن فسد إن لم يجمع عليه وإلا فوطؤه إن درأ الحد، لكن يشترط في ذلك العقد كما قال الأجهوري أن يكون لازماً، فلا عبرة بعقد المكره ولا عقد صبي أو عبد بغير إذن سيد العبد وولي الصبي، ومثل الوطاء المقدمات وقد قدمت الإشارة إلى ذلك، ولما كان التلذذ بشبهة الملك يحصل به التحريم قال: (أو يتلذذ منها بشبهة (ملك) كأن يشتري أمة ويتلذذ منها ولو بقبلة ثم تستحق أو يظهر بها عيب فيردها فلا تحل له أصولها ولا فروعها، كحرمة أصول وفروع الزوجة على زوجها بتلذذه بها. ثم شرع في مفهوم التلذذ والنكاح أو شبهته أو الملك أو شبهته بقوله: (ولا يحرم بالزنا حلال) والمعنى: أن من زنى بامرأة ولو تكرر زناه بها لا يحرم عليه به أصولها ولا فروعها، بل يحل له التزوج بأمرها أو ابنتها التي لم تتخلق من مائه لحرمتها عليه، ومن باب أولى يجوز لأصوله وفروعه نكاح تلك المرأة، هذا معنى كلام المصنف، وليس معناه أن من زنى بامرأة يجوز له بعد استيرائها نكاحها لأن هذا غير متوهم ولم يقع فيه نزاع بين العلماء، وما ذكره المصنف هو المشهور في المذهب وهو قول الإمام مالك في الموطأ، قال سحنون: وأصحاب مالك كلهم عليه لم يختلفوا فيه إلا ابن القاسم فإنه روى في المدونة أن من زنى بأم امرأته فإنه يفارقها، واختلفوا في المفارقة هل على

مِمَّن لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ بِمِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ وَيَجِلُّ وَطْءُ الْكِتَابِيَّاتِ بِالْمِلْكِ وَيَجِلُّ وَطْءُ حَرَائِرِهِنَّ بِالنِّكَاحِ وَلَا يَجِلُّ وَطْءُ إِمَائِهِنَّ بِالنِّكَاحِ لِحُرِّ وَلَا لِعَبْدٍ وَلَا تَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةُ عِنْدَهَا

الوجوب أو الندب؟ قال العلامة بهرام: واختلف الأسيخ في المعتمد هل هو ما في الموطأ أو ما في المدونة؟ واقتصر البرادعي عليه، ولأن الإمام رجع عن ما في الموطأ وأفتى بالتحريم إلى أن مات، فذهب جماعة إلى تصحيح ما في المدونة، وجماعة إلى تصحيح ما في الموطأ، ووجوب التعويل عليه لما علمت من أن عليه كل الأصحاب خلا ابن القاسم، فالله در المصنف حيث اقتصر على الراجح الموافق لما في الموطأ ولو ثبت رجوع الإمام عما فيه، فإن قيل: كيف يكون الراجح ما في الموطأ وهو عدم نسبة التحريم بالزنا مع رجوع الإمام عنه؟ مع أن المرجوع عنه لا ينسب إلى قائله فضلاً عن كونه راجحاً؟ فالجواب: أن أصحابه أخذت من قواعده أن المعتمد عدم التحريم فصار عدم التحريم مذهباً لمالك وإن كان قوله مخالفاً له، ولا شك أن ما يستنبطه أصحاب الإمام من قواعده من المسائل ينسب إليه وإن لم يقله ولا تكلم به، فإن كثيراً من المسائل لم يكن للإمام فيها نص، وإنما هي منقولة عن أصحابه وتنسب إلى مذهبه كغالب مسائل الإقرار والله أعلم. ولما فرغ من بيان المحرمات بالنسب والصهر والرضاع شرع في بيان المحرمات بالدين بقوله: (وحرم الله سبحانه وتعالى) على المسلم (وطء الكوافر) جمع كافرة (ممن ليس من أهل الكتاب) كالمجوسيات والصابئات وعبادات الأوثان ونحوهن ممن ليس له كتاب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١] فإنها محمولة على غير أهل الكتاب والنهي عام في الوطء (بملك أو نكاح) والمراد بالوطء سائر أنواع الاستمتاع، ثم صرح بمفهوم من ليس من أهل الكتاب بقوله: (ويحل) للمسلم (وطء) الإماء (الكتابيات بالملك) لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] (ويحل لنا) معاشر المسلمين (وطء حرائرهن) أي الكتابيات (بالنكاح) للقاعدة وهي أن كل من جاز لنا وطء إمائهم بالملك يجوز لنا وطء حرائرهم بالنكاح ولو يهودية تنصرت وبالعكس، وكذا المجوسية إذا تهودت أو تنصرت على المعتمد لأنها تقرر على ما انتقلت إليه، قاله الأجهوري في شرح خليل، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿اليوم أحل لكم الطيبات﴾ إلى قوله: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] لأن المراد بالمحصنات في الآية الحرائر من اليهود والنصارى، وتقدم أن المراد بالمشركات في آية: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ٢٢١] غير الكتابيات، قال القرافي في الذخيرة: وما تشرف أهل الكتاب بتمسكهم بالكتاب وأضافهم الباري سبحانه وتعالى إليه بقوله: ﴿يا أهل الكتاب﴾ [آل عمران: ٦٥] أبيحت لنا نساؤهم وحل لنا طعامهم أي ذبائحهم (تنبيه) ظاهر كلام المصنف لتعبيره بيحل جواز نكاحهن من غير كراهة وهو قول ابن القاسم، ويمكن أن يكون أراد بالحل عدم الحرمة فلا ينافي الكراهة، ومشى عليها خليل لأنها قول ذلك حيث قال

وَلَا عَبْدَ وَلَدَهَا وَلَا الرَّجُلُ أُمَّتَهُ وَلَا أُمَّةً وَلَدِيهِ وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً وَالِدِيهِ وَأُمَّةً أُمِّهِ وَلَهُ أَنْ

خليل بالعطف على المحرم: والكافرة إلا الحرة الكتابية بكره وتأكد بدارالحرب، وإنما كره نكاحها في بلاد المسلمين لأن الزوج ليس له منعها من أكل الخنزير ولا من شرب الخمر ولا من الذهاب إل الكنيسة، وهذا يؤدي إلى تربية الولد على دينها، وأيضاً ربما تموت وهي حامل فتدفن في مقبرة أهل الشرك، والولد الكائن في بطنها محكوم له بالإسلام، ولأن النكاح مظنة المودة المنهي عنها بقوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢] الآية، ثم صرح بمفهوم الملك في الإمام بقوله: (ولا يحل) لنا (وطء إمائهن) أي الكتابيات (بالنكاح لحر ولا لعبد) والمراد بإمائهن الكائنات على دينهن، فليست الإضافة على معنى اللام، وحرمة نكاح الأمة الكتابية على المسلم ولو كان يخشى على نفسه الزنا إن لم يتزوجها ولو عجز عن صداق الحرة، لأن حل الأمة لمن عدم صداق الحرة وخشي على نفسه العنت مشروط بإسلام الأمة، لأن الأمة الكافرة ولدها رقيق، فيلزم على نكاح المسلم لها استرقاق الولد المسلم للكافر، لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية، وأباه في الدين والنسب.

(تنبيهان) الأول: لو تزندقت اليهودية أو النصرانية بأن أظهرت اليهودية أو النصرانية وأخفت المجوسية لا يجوز لنا نكاحها إن كانت حرة ولا وطؤها بالملك إن كانت أمة، بخلاف لو أظهرت النصرانية وأخفت اليهودية أو عكسه فإنها لا تحرم. الثاني: لم يذكر المصنف حكم من تزوج من المسلمين بمن لا يحل له، كأن يتزوج الأمة اليهودية أو النصرانية أو الحرة المجوسية، والحكم فسخ النكاح ولو ولدت الأولاد أو أسلمت، ويرجم الزوج في نكاح المجوسية لقول محمد: لو تعمد المسلم نكاح المجوسية بخلاف لو تزوجت الحرة المسلمة بمجوسي أو بكافر غيره لم يحدا وإن تعمداه، والفرق بين الرجل المسلم يحد في تزوجه بالمجوسية بخلاف المسلمة المتزوجة بالمجوسي لاحد عليها، أن إسناد النكاح إلى الرجل على جهة الحقيقة، وإسناده إلى المرأة على جهة المجاز أو الحقيقة الضعيفة، وانظر في نكاح الأمة هل يحد أم لا؟ لم أر في ذلك نصاً، والظاهر لا حد لحل وطء الأمة في الجملة دون المجوسية وحرر المسألة، فتلخص مما ذكرنا أن الكوافر على قسمين: من لا تحل حرائرهن ولا إماءهن وهن غير الكتابيات، ومن يحل حرائرهن بالنكاح وإماءهن بالملك وهن الكتابيات. (ولا) يحل أن (تتزوج المرأة عبداً ولا عبداً ولدها) لأنه كعبداً والملك ينافي الزوجية، لأن الزوجة تطالب الزوج بنفقة الزوجية وخدمة الرق، وهو يطالبها بنفقة الرق وخدمة الزوجية. والمراد بالولد الجنس فيشمل ابن ابنها وإن نزل، ويشمل الأنثى أيضاً. (تنبيه) لا منافاة بين حرمة تزوج المرأة عبداً وجواز تمكينها له من نظره شعرها المشار إليه بقول خليل: ولعبد بلا شرك ومكاتب وغدين نظر شعر السيدة كخصي وغد لزوج، وألحق بشعرها بقية أطرافها التي ينظر إليه محرماً، وكذا يجوز له

يَتَزَوَّجُ بِنْتِ أُمِّهِ مِنْ رَجُلٍ غَيْرِهِ وَتَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةُ ابْنَ زَوْجَةِ أَبِيهَا مِنْ رَجُلٍ غَيْرِهِ وَيَجُوزُ

الخلوة بها، وكل ذلك مشروط بعدم ميل النفوس إليه بأن يكون قبيح المنظر، واعلم أن جواز نظر عبد زوجها لأطرافها مشروط بكونه خصياً ووغداً أي قبيح المنظر، لا إن كان فحلاً أو حسن المنظر. (ولا) يحل أن يتزوج (الرجل أمته ولا أمة ولده) قال خليل بالعطف على المحرم وملكه: أو لولده وفسخ وإن طراً بلا طلاق كمرأة في زوجها ولو بدفع مال ليعتق عنها، ولا فرق في حرمة تزوج الرجل بملكه بين الملك الكامل والمبعض، ولا بين القنة المحضمة وذات الشائبة كأم الولد والمكاتب، وإنما حرم ذلك لأن الملك سبب للإباحة، فهو من موانع النكاح بالنسبة للمالك، ولا فرق في الرجل بين كونه حراً أو عبداً، وإنما حرمت أمة الولد لأنها بمنزلة أمة نفسه لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك». ألا ترى أن الأب لا يقطع بسرقة من مال ابنه ولا يحد بوطء أمته وتجب نفقته عليه إن احتاج، فإن وقع هذا الممنوع بأن تزوج المالك أمته أو أمة فرعه أو تزوجت الأمة مملوكها أو مملوك فرعها فسخ من غير طلاق، كما يفسخ لو كان سابقاً وطراً عليه الملك، قال خليل: وفسخ وإن طراً بلا طلاق، كما إذا اشترى زوجته أو اشترت زوجها أو ملك الزوج أو الزوجة الآخر بالهبة ونحوها، وملك البعض كملك الكل في الفسخ (و) لما لم يكن للولد في مال والده شبهة جاز (له أن يتزوج أمة والده وأمة أمه) الحرين، والمعنى: أنه يجوز للإنسان أن يتزوج أمة أصله وإن دنا، وإن لم يوجد شرط نكاح الحر الأمة حيث كانت مسلمة لتخلق الولد على الحرية، ولذلك قيدنا الوالد والوالدة بالحرين للاحتراز عن الرقيقين، فلا يجوز للولد الحر أن يتزوج بأمته لأن ولده لا يعتق عليهما لأنهما لم يملكاه وإنما هو مملوك لسيدهما، وأما لو كان الولد عبداً لجاز له أن يتزوج أمة والده وأمه ولو رقيقين. (تنبيه) يؤخذ من تعليل جواز نكاح أمة الوالد والأم الحرين بتخلق الولد على الحرية منع نكاح الحر أمة أخيه أو أخته لأنه ولده لا يعتق على أخيه ولا على أخته، لأن الإنسان الحر الرشيد لا يعتق عليه بالملك إلا الأصل وإن علا والفرع وإن سفل، والحاشية القريبة وهي الإخوة والأخوات لا أولادهم ولا الأعمام ولا العمات. ولما كانت بنت زوجة الأب من غير أبيه ولم ترضع من لبن أجنبية قال: (وله) أي مريد النكاح (أن يتزوج بنت امرأة أبيه) المخلوقة (من رجل غيره) حيث لم تشرب من لبن أمها بعد نكاح أبيه وإلا حرمت لأنها صارت أخته من الرضاع، ولو طلقها أبوه بعد وطئها وتزوجها آخر وولدت منه لأن اللبن لهما حيث لم يتحقق انقطاع اللبن من الأول، قال خليل: واشترك مع القديم ولو بحرام لا يلحق الولد به فتحرم على أولاد المطلق، كما تحرم على أولاد من هي في عصمته. (و) كذا يحل أن (تتزوج المرأة ابن زوجة أبيها) الكائن (من رجل غيره) أي غير أبيها بشرط أن يكون انقطع رضاعه قبل وطء أبيها، وأما لو تزوجها وهي ترضعه فلا لأنه صار ولداً له وأخاها من الرضاع، ولما كان العبد على النصف من الحر في العقوبات ومثله في العبادات قال: (ويجوز للحر والعبد)

وَالْحُرُّ وَالْعَبْدُ نِكَاحُ أَرْبَعِ حَرَائِرَ مُسْلِمَاتٍ أَوْ كِتَابِيَّاتٍ وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ أَرْبَعِ إِمَاءٍ مُسْلِمَاتٍ
وَالْحُرُّ ذَلِكَ إِنْ خَشِيَ الْعَنْتَ وَلَمْ يَجِدْ لِلْحَرَائِرِ طَوْلاً وَلْيُعْدِلْ بَيْنَ نِسَائِهِ وَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ

المسلمين (نكاح أربع حرائر مسلمات أو كتابيات) قال خليل: وللعبد الرابعة لأن النكاح من باب العبادات والتلذذات فيشاركه فيها كالأكل والشرب، بخلاف العقوبات كالطلاق والحد فهو على النصف لقوله تعالى: ﴿فعليةن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] والذكر كالأنثى لاشتراكهما في الرق، وتحرم الزيادة على الأربع بإجماع أهل السنة، ولا نظر لما عليه بعض المبتدعة مستندين لظاهر قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] من إبقاء الواو على بابها فإنهم مخطئون في هذا المذهب المخالف للإجماع لعدم فهمهم الآية على مقتضى العربية من أن المراد اثنتين اثنتين أو ثلاثاً ثلاثاً أو أربعاً أربعاً، قالوا: وبمعنى أو فالآية حجة للمشهور، والدليل على أن الواو بمعنى أو الإجماع على حرمة الخامسة، وأن جواز أكثر من أربع من خصائصه ﷺ بدليل أنه قال لغيلان حين أسلم على عشر: «اختر أربعاً وفارق سائرهن»، أي باقيةن، وكل من تزوج خامسة عالمياً بالتحريم يحد حد الزنا، وإن كان جاهلاً لم يحد، وإن وقع نكاح الخمس دفعة واحدة بطل فيهن، ومن دخل بها منهن كان لها صداقها، ولا شيء لمن لم يدخل بها لفساد العقد، وإن ترتب العقد فسخ نكاح الخامسة فقط، ولما كان المانع من نكاح الحر الذي يولد له أمة الأجانب رق ولده قال: (و) يحل (للعبد نكاح أربع إماء مسلمات) ولو كان قادراً على نكاح الحرائر لأن الإماء من نسائه، والولد لا يكون أشرف من أبيه. (و) كذا يحل (للحر ذلك) أي نكاح الأمة المسلمة بشرطين أشار إليهما بقوله: (إن خشي العنت) أي الزنا إن لم يتزوج (ولم يجد للحرائر) ولو الكتابيات (طولاً) أي مهراً يتزوج به الحرة غير المغالية، وتفسيرنا الطول بالمهر هو ما في المدونة، ولابن حبيب عن أصبغ أن الطول هو المال الذي يقدر به على نكاح الحرة والنفقة، قال بعض: وهو أصح، ويدخل في الطول الذي يعد به قادراً على نكاح الحرة الدين الكائن على ملاء، وما يمكن بيعه من كتابه وخدمة معتق لأجل ودابة ركوبه وكتب الفقه المحتاج إليها، ومن الطول أيضاً لو وجد حرة تتزوج بمال في ذمته لا دار سكنه ولا خدمة مدبر لأنهما ليسا من الطول، كما أن وجود الحرة التي في عصمته ولا تعفه لا يعد طولاً، والمراد بالمغالية التي تطلب زيادة على مهر مثلها زيادة لا يغتفر مثلها في التيمم وفي شراء النعلين للإحرام، وبقي شرط ثالث لجواز نكاح الحر الأمة أن تكون مسلمة وأشرنا له في أول الكلام، والحاصل أن الحر الذي يولد له لا يحل له نكاح أمة غير أصله إلا بثلاثة شروط: أن يخشى العنت، وأن يعجز عن صداق الحرة، وأن تكون مسلمة كما ذكرنا، أما لو كان لا يولد له أو كانت أمة أصله كآبيه أو أمه أو جده أو جدته الأحرار لجاز له نكاحها من غير شرط. (تنبيهات) الأول: علم مما قررنا أن اسم الإشارة في قوله: وللحر ذلك راجع لنكاح الإماء بقيد الأربع، لأن ما أجاز الفواكه الدواني ج ٢ - ٣٣

للضرورة يتحدد بزوالها ولا يحل له أزيد مما يحتاج إليه بخلاف العبد. الثاني: لو تزوج الحر الأمة بشرطه ثم زال المبيع بأن طرأ له المال أو أمن من الزنا لم يفسخ نكاحه لوقوعه على وجه جائز، كما أنه لا يفسخ إذا تزوج بالأمة بشرطه على حسب اعتقاده أنه لا مال له ثم تبين له مال لم يكن يعلم به، بخلاف لو تزوج مع فقد الشروط ولو بعضها فلا بد من فسخه. الثالث: علم مما مر أن نكاح الحر للأمة على ثلاثة أقسام: قسم جائز باتفاق وذلك في ثلاث صور: إحداها نكاحه أمة أصله الحر، ثانيها نكاحه أمة الغير وهو لا يولد له، ثالثها نكاح أمة الغير وهو ممن يولد له مع الشروط المتقدمة. وقسم غير جائز باتفاق وذلك في صورتين: إحداها تزوجه بأمة نفسه أو أمة كتابية أو مجوسية. والقسم الثالث فيه الخلاف والمشهور منعه وهو نكاح أمة الفرع أو أمة الأجنبي، والزوج ممن يولد له ولو لم توجد الشروط. (خاتمة) إذا صح نكاح الحر الأمة فنفتقتها على الزوج لوجوب نفقة الزوجات على الأزواج ولو عبيداً، وينفق العبد على زوجته من غير خراج وكسب كالمهر إلا لعرف بخلاف ذلك، وأما نفقة أولاد الأمة من الزوج الحر فإن كان قبل عتقهم فعلى سيدهم وهو سيد أمهم، وأما لو أعتقهم السيد فنفتقتهم على أبيهم كإرضاعهم إلا أن يعدم الأب أو يموت فعلى السيد، لأن من أعتق صغيراً يلزمه نفقته حتى يقدر على الكسب، وأما أولاد العبيد فإن كانوا أرقاء فنفتقتهم على سيدهم، وإن كانوا أحراراً فعلى بيت المال، لأن العبد لا يلزمه نفقة أولاده مطلقاً لأن الأرقاء ينفق عليهم سيدهم، والأحرار على بيت المال كما ذكرنا، ولما كان يجوز للحر والعبد تعدد الزوجات وكان القسم بينهما في المبيت واجباً شرع في باب القسم بقوله: (ليعدل) الزوج (بين نسائه) في المبيت وإن امتنع وطأهن، قال خليل: إنما يجب القسم للزوجات في المبيت وإن امتنع الوطء شرعاً أو عادة أو عقلاً دل على وجوبه الكتاب والسنة وإجماع الأمة، سواء كن حرائر أو إماء مسلمات أو كتابيات صحيحات أو مريضات كبيرات أو صغيرات، كان الزوج البالغ حرّاً أو عبداً صحيحاً أو مريضاً حيث كان يقدر على الانتقال، وأما من لا قدرة له على الانتقال فيمكث عند من شاء، وعلى ولي المجنون أن يطوف به عليهن، كما يجب عليه الإنفاق عليهن من مال الزوج لكن بشرط انتفاعهن بحضوره وعدم الخوف منه عليهن، وإلا فلا وجوب على الولي، كما لا يجب عليه إطاعة الصبي عليهن، فالكتاب قوله تعالى: ﴿فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة﴾ [النساء: ٣] والسنة قوله ﷺ: «إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط» رواه أصحاب السنن. وأما الإجماع: فقد أجمع المجتهدون على وجوبه وعلى عصيان تاركه، ولا تجوز شهادته ولا إمامته عند بعض الشيوخ، ومن جحد وجوبه يستتاب ثلاثة أيام لارتداده بجحده، فإن تاب وإلا قتل.

(تنبهات) الأول: علم ما ذكرنا أن القسم لا يجب إلا على الزوج البالغ العاقل أو

على ولي المجنون لا على ولي صبي لعدم انتفاعها بحضور الصبي، ويشترط في الزوجات الدخول بهن وإطاقتهن الوطاء؛ فلا يجب القسم لغير مدخول بها ولا لصغيرة لم تطق الوطاء وإن دخل بها. الثاني: إطلاقه في النساء شامل للحرائر والإماء والمجمع منهما، قال خليل: والأمة أي الزوجة الأمة كالحرّة، وسيأتي كلام المصنف الإشارة إلى ذلك. الثالث: تعبيره بالنساء يفهم منه أن الواحدة لا يجب عليه البيات عندها وهو كذلك وإنما يستحب فقط، واستظهر ابن عرفة وجوب البيات عندها أو يحضر لها مؤنسة لأن تركها وحدها ضرر بها، ولا سيما إذا كان المحل يتوقع منه الفساد أو الخوف من نحو اللصوص، وفي التوضيح: إذا اشتكت المرأة الواحدة ضمت إلى جماعة إلا أن يكون تزوجها على ذلك هذا ما يتعلق بالبيات، وأما الوطاء فقد قال صاحب القبس: الوطاء واجب على الزوج للمرأة عند مالك إذا انتفى العذر، وقال ابن حنبل والأجهوري: يجب على الرجل وطء زوجته ويقضى عليه به حيث تضررت المرأة بتركه وقدر عليه الزوج، لأن الإنسان لا يكلف ما لا يطيقه، والراجح أنها إذا شكت قلة الوطاء يقضى لها في كل أربع ليال بليلة، كما أن الصحيح إذا شكى الزوج من قلة الجماع أن يقضى له عليها بما تطيقه كالأجير، خلافاً لمن قال: يقضى بأربع مرات في اليوم والليلة لاختلاف أحوال الناس فقط لا تطيق المرأة ذلك. الرابع: إنما جعلنا وجوب العدل في المبيت فقط إشارة إلى أنه لا يجب في غيره من نحو نفقة وكسوة ومحبة قلبية، ولا في وطء إلا عند قصد اضرار المرأة، وذلك بأن تميل نفسه إلى وطء واحدة فيكف عن وطئها ليوفر لذته وقوته إلى غيرها فهذا حرام، ويجب عليه ترك الكف ويحمل عند الكف على قصد الإضرار وإن لم يلاحظ ذلك وقت الكف لأن الكف مظنة قصد الضرر، قال خليل مخرجاً له من الواجب لا في الوطاء إلا الإضرار ككفه لتوفر لذته لأخرى. الخامس: لم يبين المصنف مدة الإقامة عند كل واحدة، وأقلها الذي لا زيادة عليه ولا نقص عنه إلا برضاهن يوم وليلة، قال الباجي: الأظهر من قول أصحابنا البداء بالليل ويكمل لكل واحدة يوم وليلة، قال ابن حبيب: يقيم القادم من السفر نهراً عند أيتها أحب ولا يحسب ويستأنف القسم لأن المقصود الليل، قال خليل: وندب الابتداء بالليل كندب البيات عند الواحدة، وهذا إذا كانت الزوجات في بلدة واحدة أو في حكم الواحدة، وأما إذا تفرقت في أماكن ببلدان متباعدة فإن الإقامة عندهن بحسب الإمكان من جمعة أو شهر، ولا يجوز أن يدخل في يوم ضرة محل أخرى إلا لحاجة، ويجب عليه أن يفرد كل واحدة بمسكن ذي مرافق بحيث تستغني عن محل الأخرى، ويجوز جمعهن في دار واحدة برضاهن، والمحرم مطلقاً إنما هو الجمع ولو بين اثنين في فراش واحد ولو بغير وطء ولو برضاهن، وإن لازم البيات عند واحدة على الوجه المحرم فإن ليلة المظلومة تقوت عليها ولا تحاسب بها، قال خليل: وفات إن ظلم فيه وتجب التسوية بعد ذلك. السادس: من

وَالسُّكْنَى بِقَدْرِ وُجْدِهِ وَلَا قَسَمَ فِي الْمَيْتِ لِأَمْتِهِ وَلَا لَأُمِّ وَلَدِهِ وَلَا نَفَقَةَ لِلزَّوْجَةِ حَتَّى

تزوج واحدة بعد أخرى فإنه يقضي للثانية بسبع ليال بأيامها إن كانت بكرًا وبثلاث إن كانت ثيبًا، وأما تزوج اثنتين في اثنتين في ليلة فاستظهر ابن عرفة بتقديم السابقة في الدعوى، فإن استويتا فالسابقة عقدًا، فإن استويا بالقرعة وكل من قدمت يستحق ما يقضى لها به من سبع أو ثلاث. السابع: لو أراد الزوج السفر فإنه يختار واحدة إلا أن يكون السفر لقربة كحج أو غزو فيقرع بينهما، وكذلك إذا مرض بحيث لا يستطيع الدوران عليهن فإنه يختار الإقامة عند أيتهن شاء. الثامن: كل من امتنع من إطاعة الزوج في أمر من شأنها فله وعظها وهجرها، وإن لم تمتثل فله ضربها إن ظن إفادته، ضرباً غير مبرح بأن لا يكسر عظماً ولا يشين لحمًا، ويصدق الزوج في أنه ضربها لوجه، كما يصدق السيد في ضرب العبد لأن الله تعالى ائتمن الرجال على النساء والسادات على العبيد، وإنما أطلنا في ذلك لداعي الحاجة وحرصاً على الإفادة. ولما كان الإنفاق على الزوجات مشاركاً للقسم في الوجود قال: (وعليه) أي الزوج البالغ الموسر ولو عبداً (النفقة) وهي كما قال ابن عرفة: ما به قيام معتاد حال الأدمي دون سرف، قال خليل: يجب لممكنة مطيقة الوطاء على البالغ وليس أحدهما مشرفاً قوت وإدام وكسوة (و) يجب عليه أيضاً (السكنى) ويكون كل من النفقة والسكنى (بقدر وجده) أي وسعه أي الزوج وحال المرأة، قال خليل: ومسكن بالعادة بقدر وسعه وحالها والسعر وإن أكلته. وتزاد المرضع ما تنقوى به إلا المريضة وقليلة الأكل فلا يلزم إلا ما تأكل، وعليه الماء لشربها وطهارتها، والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة للقادر عليه، والحصير والسرير عند الحاجة إليه، وأجرة القابلة والزينة التي تتضرر المرأة بتركها كالكحل والدهن المعتادين، والإخدام إن كان الزوج ملياً وهي أهل للإخدام أو كان ملياً، والحال أنه من الذين لا يمتنون نساءهم فإنه يجب عليه أن يخدمها وإن لم تكن أهلاً، ولا يلزمه لها الدواء لمرضها ولا أجرة نحو الحجامة ولا المعالجة في المرض ولا كسوتها الحرير ولا ثياب المخرج، ولو كانت من نساء الأمصار على ما قاله مالك رضي الله عنه. (تنبيهان) الأول: علم مما ذكرنا أن المدخول بها تجب لها النفقة مطلقاً على الزوج البالغ الموسر، سواء كان حرّاً أو عبداً، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، صحيحة أو مريضة، ولو ذات مانع من الوطاء كرتق أو جذام، وأما غير المدخول بها فسيأتي في كلام المصنف حكمها. الثاني: الدليل على وجوب الإنفاق على الزوجة قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وقوله ﷺ: «أبدأ بمن تعول الزوجة تقول: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني» وأجمعت الأمة أيضاً على وجوبها، فهي واجبة بالكتاب والسنة والإجماع على الموسر، وأما المعسر فإنها تسقط عنه، واختلف في الواجب فقيل الأعيان لا الأثمان، ويدل على الأول قول خليل: يجب للمرأة قوت وإدام وهو وجيه في النظر، إذ قد تتعذر الأثمان على الزوج وذلك كأهل البوادي والقرى، وأيضاً القصد تحصيل ما به قوام الأدمي،

يَدْخُلُ بِهَا أَوْ يُدْعَى إِلَى الدُّخُولِ وَهِيَ مِمَّنْ يُوطَأُ مِثْلَهَا وَنِكَاحُ التَّفْوِيزِ جَائِزٌ وَهُوَ أَنْ

ولما قدم أن القسم إنما يجب بين الزوجات، بين أنه لا يجب بين الزوجات والسراري الموطآت بالملك بقوله: (ولا قسم) واجب على السيد (في المبيت لأمنته) القن (ولا لأم ولده) لأن الرقيقة لا حق لها في الوطاء، وإنما للمملوك على السيد طعامه وكسوته سواء كان ذكراً أو أنثى، ولسيده عليه الخدمة التي يطيقها كما في الحديث، ولو تضررت الجارية من ترك الوطاء واحتاجت للزواج لا يجبر سيدها وكذلك العبد، وأما قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فإنما هو فيما يجب للشخص ومن حقه، والوطاء لاحق فيه للرفيق على سيده فافهم، نبه على ذلك شراح خليل، ثم بين شرط وجوب نفقة الزوجة بقوله: (ولا نفقة للزوجة حتى يدخل بها) ولو غير مطيقة أو بها مانع من رتق ونحوه: (أو يدعى) بالبناء للمفعول ونائب الفاعل ليدعى وفاعل يدخل (الزوج) على طريق التنازع وصلة يدعى (إلى الدخول وهي ممن يوطأ مثلها) والزوج بالغ وموسر، والحاصل أن المدخول بها لها النفقة بشرط بلوغ الزوج ويسره، ولو كانت غير مطيقة للوطء لصغرها أو مرضها، وأما غير المدخول بها فإنما يجب لها النفقة إذا دعت إلى الدخول مع إطاقتها وبلوغ الزوج، لا إن كانت غير مطيقة لصغرها أو مرضها، وأما غير المدخول بها مانع من رتق ونحوه أو اشتد مرضها بحيث أخذت في السياق والدعوى إلى الدخول إما منها أو من وليها المجرى إذا كان زوجها حاضراً أو في حكم الحاضر، وأما لو كان غائباً فيكفي في وجوب نفقتها أن تكون بحيث لو طلبت للدخول لمكنت، ولا يشترط طلبها بالفعل لتعذر عليها في غيبة الزوج، وأما لو كان الزوج صبيّاً فلا نفقة لها عليه ولا على وليه، ولو دخل بها ولو كانت بكرّاً وافتضها لأنها المسلطة له على نفسها إن كانت كبيرة أو وليها إن كانت صغيرة، ولا يتوقف وجوب نفقة الزوجة على الزوج على حكم حاكم، فتلخص أن نفقة المدخول بها تجب بشرطين: بلوغ الزوج ويسره، وغير المدخول بها بأربع شروط: بلوغ الزوج وإطاقتها والدعوى للدخول ويسر الزوج، ويفهم من الإطاعة عدم المانع من الوطاء، والدعوى حقيقة أو حكماً كما بينا.

(تنبيهان) الأول: سكت المصنف عن الواجب للرجل على المرأة وإنما ذكر الواجب لها، وبين خليل الواجب عليها للرجل بقوله: وعليها الخدمة الباطنة من عجن وكنس وفرش واستقاء ماء من الدار أو من الصحراء إن كانت عادة بلدتها كذلك، إلا أن يكون من الأشراف الذين لا يمتنون نساءهم، وإلا لزمه إخراجها لذلك إن كان ملياً وإن لم تكن أهلاً كما قدمناه، ولا يلزمها ما كان من أنواع التكسبات كالغزل والنسج، وأما غسل الثياب وخطاؤها فينبغي فيه اتباع العرف، قاله بعض شيوخ شيوخنا. الثاني: قد يعرض للنفقة ما يسقطها عن الزوج مع قدرته عليها والدخول بالمرأة، وذلك كنشوز المرأة بأن تمنعه الاستمتاع بها ولو غير الوطاء لغير عذر بها، وكخروجها من محل زوجها وإقامتها في غيره

يَعْقِدَاهُ وَلَا يَذْكُرَانِ صَدَاقًا ثُمَّ لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَفْرِضَ لَهَا فَإِنْ فَرَضَ لَهَا صَدَاقَ الْمِثْلِ

بغير إذنه ورضاه، ولغير ظلم لحقها، ولم يقدر على ردها بوجه من الوجوه ولا بالحاكم لا إن خرجت بإذنه أو لظلم لحقها، ولو عجز عن ردها أو خرجت باختيارها وكان يقدر على ردها ولو بالحاكم فتجب ولا تسقط في تلك الأحوال، وهذا بالنسبة لمن في العصمة، وأما المطلقة طلاقاً رجعيّاً فلها النفقة على زوجها ولو خرجت باختيارها وعجز عن ردها، ومما يسقط نفقتها أيضاً أكلها معه ولو كانت مقررة بعد العقد ولو كانت سفية، والكسوة كالنفقة إلا إذا كانت غير رشيدة وكانت مقررة فلا يبرأ منها الزوج بكسوتها معه، وقد قدمنا أن للمرأة أن تطلق على زوجها إن عجز عن نفقتها إن غنياً أو فقيراً غير عالمة بفقره، لا إن تزوجته عالمة بفقره، أو أنه من السؤال إلا بتركه، أو يكون مشهوراً بالعطاء وينقطع عنه، وإن طلقت عليه يكون طلاقها رجعيّاً ولو أوقعه الحاكم، ولا تصح رجعتة لها إلا إذا وجد يساراً يظن معه دوام القدرة على الإنفاق، راجع شراح خليل. ولما فرغ من الكلام على نكاح التسمية شرع في نكاح التفويض بقوله: (ونكاح التفويض جائز) الإقدام عليه ولو من القادر على المال في الحال وفسره بقوله: (وهو أن يعقدها و) الحال أنهما (لا يذكوران صداقاً) وأوضح من ذلك قول ابن عرفة: نكاح التفويض ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد، وأما لو عقداً على إسقاطه لكان فاسداً يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل، وما عقد على صرف قدره لحكم شخص فإنه يسمى نكاح التحكيم وهو جائز أيضاً كنكاح التفويض، ولو كان المحكم في صرف قدره عبداً أو صبيّاً أو امرأة، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] فإن طلق فيه قبل الدخول لا صداق لها، وبعضهم قاسه على هبة الثواب حيث تجوز من غير تسمية قدر الثواب مع أنها كالبيع (تبيه) علم مما قررنا ما يفهم منه الجواب عن معارضة جواز نكاح التفويض مع كون الصداق ركناً من أركان النكاح، والشيء لا يوجد بدون ركنه، وهو أن الركنية أن لا يدخل على إسقاطه فيصدق بأن يسمياه وقت العقد أو يذكرا التفويض أو يسكتان بالمرّة، والمضمر اشتراط إسقاطه وقت العقد، وأما التفويض فهو في حكم التسمية ولذلك قال المصنف: (ولا يدخل بها) الزوج على جهة الكراهة (حتى يفرض لها) صداقاً لأنه يكره تمكينها من نفسها قبل قبض شيء من الصداق ولو ربع دينار، ثم إن محل جواز الفرض إذا كان الزوج صحيحاً، وأما لو طرأ له المرض بعد العقد وهو صحيح ففي جواز فرضه تفصيل بين كون الزوجة وارثة فلا يجوز الفرض لها قولاً واحداً، وكونها غير وارثة فقولان: قال خليل: وإن فرض في مرضه فوصية لوارث، وأما لو كانت غير وارثة كالذمية والأمة فقولان: قيل: يصح ويكون المفروض وصية من الثلث، وقيل: يبطل فرضه لأنه لأجل الوطاء، ولم يحصل،

لَزِمَهَا وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ فَإِنْ كَرِهَتْهُ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يُرْضِيَهَا أَوْ يُفْرِضَ لَهَا صَدَاقٌ
مِثْلَهَا فَيَلْزِمُهَا وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ بِطَلَاقٍ وَقَدْ قِيلَ بِغَيْرِ طَلَاقٍ وَإِذَا أَسْلَمَ

وسياتي أن المنكوحة تفويضاً إنما تستحق الصداق بالوطء لا بالموت ولا بالطلاق ثم شرع في بيان ما يلزمها من المفروض وما لا يلزمها بقوله: (وإن فرض) الزوج (لها) أي للمنكوحة تفويضاً في حال صحته (صداق مثلها لزمها) الرضا به لأنها بمنزلة الواهب للثواب، وهو إنما يلزمه قبول الثواب إن كان قدر القيمة، ولا يلزم الزوج أن يفرض المثل بل لا يلزمه أصل الفرض (وإن كان) ما فرضه (أقل) من صداق مثلها ولو أكثر من بيع دينار (فهي مخيرة) بين الرضا به إن كانت رشيدة وعدم الرضا به، وأما غير الرشيدة فلا يجوز لها الرضا بأقل من صداق المثل، قال خليل عاطفاً على الجائز: والرضا بدون صداق المثل للمرشدة وللأب في مجبرته (فإن كرهت) الرشيدة الأقل أو كانت المنكوحة تفويضاً غير رشيدة وامتنع الزوج من فرض المثل لهما (فرق بينهما) إن شاءت الرشيدة وولي غيرها (إلا أن يرضيها) أي الرشيدة أو ولي غيرها (أو) إلا أن يرضى الزوج بأن يفرض لها صداق مثلها) قبل فراقها (فيلزمها) ولا خيار لها ومثلها ولي غير الرشيدة، وإنما صرح بهذا بعد قوله: فإن فرض صداق المثل لزمها لحمل ما سبق على فرضه لها ابتداءً، وهذا في حكم الفرض بعد الامتناع، وجرى خلاف في اعتبار صداق المثل فقبل يوم العقد، وقيل يوم الحكم إن لم يبين، ويوم الدخول إن بنى. (تنبيه) قد علم مما ذكرنا جواز نكاح التحكيم والتفويض، وذكر المصنف أحكام الفرض في التفويض، وأما في التحكيم فمحصل الكلام فيه: إن كان المحكم الزوج وفرض صداق المثل لزمها القبول، وإن كان الزوج لا يلزمه فرضه، واختلف لو كانت هي المحكمة أو أجنبي فقبل كذلك، وقيل إن فرض المثل لزمها وأقل لزمه وأكثر فالعكس، وقيل لا بد من رضا الزوج والمحكم وهو الأظهر، وقيل إن التحكم عكس التفويض، ولما اشتهر أن النكاح الصحيح اللازم لا يزيل العصمة فيه إلا الطلاق وكان يتوهم عدم انحلاله بالردة قال: (وإذا ارتد أحد الزوجين) المسلمين أي قطع إسلامه لأن الردة هي قطع الإسلام بكلمة مكفرة أو بإلقاء مصحف في قاذورات وأولى ردتها معاً (انفسخ النكاح) اللازم بينهما (بطلاق) بأن ولو ارتد الزوج المسلم لدين زوجته النصرانية أو اليهودية، والمراد أن الارتداد نفسه يعد طلاقاً بائناً على مشهور المذهب، قال خليل: وفسخ الإسلام أحدهما بلا طلاق لارادته فبائنة ولو لدين زوجته، وقيل يعد الارتداد طلاقاً رجعياً، وثمرة القولين تظهر في عودها على الأول بعقد، وعلى الثاني يكفي الرجعة، فإن قيل: ما الفرق على المشهور بين الردة يقدر فسخها طلاقاً، وإسلام أحد الزوجين الكافرين لا يقدر فسخه طلاقاً؟ فيجاب: بأن الردة طرأت على نكاح صحيح بخلاف سلام أحد الزوجين، وأيضاً المسلم يصح طلاقه بخلاف الكافر. (وقد قيل) إن الارتداد فسخ (بغير طلاق) أي لا يعد طلاقاً، وعليه لو رجع المرتد للإسلام وعقد الزوج يكون له فيها

ثلاث طلاقات، وعلى القولين السابقين يبقى له فيها طلقتان، فنلخص أن الأقوال ثلاثة أرجحها أولها.

(تنبيهات) الأول: ظاهر كلام المصنف وقوع الفسخ بمجرد الارتداد ولو قصد المرتد منهما برده فسخ النكاح وليس كذلك، بل يجب تقييده بما إذا لم يقصد المرتد برده فسخ النكاح وإلا عومل بنقيض مقصوده ولا يفسخ كما قاله مالك رضي الله عنه، وعليه لو أسلم المرتد، الزوجية باقية. ولا يحتاج الزوج إلى عقد ولا رجعة لبقاء العصمة كاملة، ونظيره لو قصد المرتد برده حرمان وارثه أنه يرثه، ويعامل المرتد بنقيض مقصوده في الإرث، وإن كان المرتد يستتاب ثلاثة أيام، فإن لم يتب قتل، هذا ما ظهر لنا وحرره، ونظير ما قاله مالك أيضاً: لو قال لزوجته: إن فعلت كذا فأنت طالق ففعلته قاصدة تحنيته فإنه لا يحث معاملتها لها بنقيض قصدها، واختار هذا أشهب، وخالفه ابن القاسم وقال بالحث، ومشى عليه العلامة خليل، لأنه قول المدونة، ولم تزل أشياخنا وأشياخهم ترجحه وتضعف كلام أشهب الموافق لكلام مالك في عدم فسخ نكاح المرأة القاصدة بردها فسخ نكاحها، وفرق الشيوخ بين مسألة الردة ومسألة الطلاق، بأن مسألة تعليق الطلاق على فعل الزوجة أمر أوقع من الزوج باختياره فلذلك قلنا: يحث بفعلها ولو قصدت تحنيته لأنه المعلق للطلاق فكأنه الموقع له، لأنه حين التعليق مجوز فعلها للمعلق عليه، بخلاف ردها وقعت منها باختيارها قاصدة طلاقها والعصمة ليست بيدها فلم يقع على الرجل، ولو وقع لتواطأت النساء على فراق الأزواج قهراً عليهم، فافهم هذا الفرق بإيضاح. الثاني: ظاهر كلام المصنف بينونة الزوجة بالردة ولو وقعت من غير بالغ وليس كذلك فقد قيد ذلك الأقفهسي بما إذا كان الزوجان بالغين أو المرتد منهما، وأما لو كانا غير بالغين أو المرتد فقولان لسحنون لا تعتبر ردهما فلا يفرق بينهما، وقال ابن القاسم: تعتبر ردهما ويحال بينهما، والإتفاق على أنه لا يقتل إلا بعد بلوغه وعدم توبته. الثالث: لم يذكر هل للمرأة شيء إذا كانت الردة قبل الدخول أم لا؟ والمسألة ذات تفصيل، محصله: إذا كانت الردة من الزوج غرم لها النصف، وإن كانت من الزوجة فلا شيء لها لأن الفراق من قبلها. الرابع: إن ادعى رجل ردة زوجته وخالفته بانتهى لإقراره بردها، ولو شك هل تزوجها في حال ردها أو بعد إسلامها، فإن كان الشك من كل فرق بينهما، وإن ادعى أحدهما وقوع العقد بعد الرجوع إلى الإسلام والآخر قبله، القول قول من ادعى أنه وقع بعد الإسلام، لأن الأصل في عقود المسلمين الصحة، وإذا كان الزوج هو الذي ادعى وقوع العقد حال الردة فإنه يفسخ ويغرم لها النصف. الخامس: لو طلبت المرأة مفارقة زوجها فامتنع فأفتاها رجل عالم ترتد فارتدت لتبين منه فإنها لا تبين منه ولكن تستتاب. فإن رجعت إلى الإسلام لم يحتج زوجها إلى عقد لعدم فسخ نكاحها، ويرتد المفتى لرضاه بالكفر ويستتاب فإن لم يتب قتل.

الْكَافِرَانِ ثَبَّتَا عَلَى نِكَاحِهِمَا وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا فَذَلِكَ فَسَخُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ فَإِنْ أَسْلَمَتْ هِيَ
كَانَ أَحَقُّ بِهَا إِنْ أَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ وَإِنْ أَسْلَمَ هُوَ وَكَانَتْ كِتَابِيَّةً ثَبَّتَ عَلَيْهَا فَإِنْ كَانَتْ
مَجُوسِيَّةً فَأَسْلَمَتْ بَعْدَهُ مَكَانَهَا كَانَا زَوْجَيْنِ وَإِنْ تَأَخَّرَ ذَلِكَ فَقَدْ بَانَ مِنْهُ وَإِذَا أَسْلَمَ مِشْرُكٌ

ولما فرغ من الكلام على حكم ارتداد أحد الزوجين شرع في حكم إسلام الزوجين الكافرين أو أحدهما بقوله: (وإذا أسلم) الزوجان (الكافران) في وقت واحد بحضورنا أو جاء إلينا مسلمين، ولو أسلم أحدهما بعد الآخر حيث كان إسلامهما في وقت واحد (ثبتنا على نكاحهما) لأن الإسلام يصحح أنكحتهم الفاسدة، ولا فرق بين إسلامهما الواقع قبل الدخول أو بعده، ولا فرق بين كونهما كتابيين أو مجوسيين أو مختلفين حيث اتحد وقت إسلامهما، وشرط ثبوت نكاحهما بإسلامهما أن لا يكون بينهما ما يوجب الفرقة في الإسلام، فلا يقران إن كانا أخوين أو كانت أمه أو محرماً من محارمه. (و) أما (إن أسلم أحدهما) على وجه لا يقران عليه في الإسلام بأن كانت الزوجة من محارمه مثلاً (فذلك) أي الفسخ (فسخ بغير طلاق) قال خليل: وفسخ لإسلام أحدهما بلا طلاق قال شراحه: أي حيث وجب الفسخ لإسلامهما أو إسلام أحدهما لأجل مانع من الموانع ككونها غير كتابية أو محرماً فهو فسخ بغير طلاق على المشهور، ويقولنا على وجه لا يقران عليه في الإسلام سقط ما أورده بعضهم من قوله: ظاهر كلام المصنف الفسخ بمجرد الإسلام، وهو مناف لقوله بعد: إن تقدم إسلام المرأة وأسلم الزوج في زمن استبرائها يكون أحق بها، وإن أسلم قبلها يقر عليها إن كانت كتابية، ولو امتنعت من الإسلام أو كانت مجوسية وأسلمت بالقرب من إسلامه، ووجه الاندفاع إن ما قال فيه يفسخ سريعاً محمول على ما إذا أسلما على حال لا يقران عليه بوجه في الإسلام كما قدمنا، وأما لو أسلم أحدهما على وجه بحيث يجوز إقرارهما عليه في الإسلام فأشار إليه بقوله: (فإن أسلمت هي) دونه وكان إسلامها بعد البناء (كان أحق بها إن أسلم في العدة) اتفاقاً وإن أسلم بعدها لا يقر عليها، لأن إسلامه كالرجعة ولا رجعة بعد انقضاء العدة، قال خليل: أو أسلمت ثم أسلم في عدتها، ولا يقبل دعواها الإسلام قبل انقضائها إلا ببينة، فيكون أحق بها إن لم يتزوج بها غيره ويتلذذ بها من غير علم بإسلام زوجها في عدتها وإلا تفوت كذات الوليين، وعلم من قوله في العدة أنها مدخول بها كما بينا، وأما لو كانت غير مدخول بها لم يقر عليها لبينوتها بمجرد إسلامها، قال خليل: وقيل البناء بانتهى مكانها. (وإن أسلم هو) أي الزوج دونها (وكانت) حرة (كتابية ثبت عليها) قال خليل: قرر عليها إن أسلم والضمير للحرة الكتابية. (فإن كانت مجوسية) وأسلم قبلها (فأسلمت بعده مكانها) أي يقرب إسلامه بأن لم يتأخر إسلامها فوق الشهر. (كانا زوجين) أي استمرار على الزوجية، ولو كانت المجوسية التي أسلمت أمة لأنها تصير أمة مسلمة تحت مسلم، ولو لم توجد بقية شروط تزوج الحر المسلم الأمة على الراجح بناء على أن الدوام ليس كالابتداء، وتقدم أن مثل إسلام المجوسية تهودها أو تنصرها

وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ فَلْيَخْتَرْ أَرْبَعًا وَيُفَارِقْ بَاقِيَهُنَّ وَمَنْ لَاعَنَ زَوْجَتَهُ لَمْ تَحِلَّ لَهُ أَبَدًا

ومفهوم مكانها (إن تأخر ذلك) أي إسلامها عن إسلامه فوق الشهر إما مطلقاً أو عند الغفلة عن ذلك (فقد بانث منه) قال خليل: وعلى الأمة والمجوسية إن عتقت وأسلمت ولم يبعد كالشهر وهل أن غفل أو مطلقاً تأويلان، فتلخص أن الكافرين إن أسلما في وقت واحد يقران على نكاحهما ولو قبل الدخول أو كانا مجوسيين، وأما لو أسلم أحدهما فإن كان الزوج فإنه يقر على الكتابية مطلقاً، وعلى المجوسية حرة أو أمة إن أسلمت ولو لم تعتق الأمة، ومثل إسلام الأمة المجوسية عتق الأمة الكتابية، وأما لو أسلمت الزوجة ابتداء فإن كان قبل البناء بانث مكانها، وإن كان بعد البناء أقر عليها إن أسلم في عدتها لا إن تأخر إسلامه عن عدتها فلا يقر عليها لبيئتها بانقضائها. ثم شرع في حكم الكافر يسلم وتحت أكثر من أربع من النساء بقوله: (وإن أسلم مشرك) المراد كافر (و) الحال أن (عنده) المراد في عصمته (أكثر من أربع) من الزوجات (فليختر) إن شاء بنفسه إن كان بالغاً أو وليه إن كان صبيّاً (أربعاً ويفارق باقيهن) ولو كان عقد عليهن في مرة أو كان قبل الدخول، ولو أحرم أو مرض بعد إسلامه وقبل اختياره، ولو كانت تلك النساء إماء حيث أسلمن معه، ولو فقدت شروط تزوج الأمة على المعتمد كما قدمنا أو كن كتابيات، قال خليل: واختار المسلم أربعاً وإن أواخر وإحدى أختين مطلقاً، وإحدى أم وابنتها لم يمسهما وإن مسهما حرمتا وإحدهما تعينت. (تنبيهات) الأول: محل اختيار من أسلم على أكثر من أربع أن يسلمن معه أو بعده بالقرب أو يكن كتابيات كما قدمنا، ويكون اختياره إما بصريح اللفظ أو بالطلاق، قال خليل: واختار بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو وطء أو لعان من الرجل فقط لأنه منهما فسخ وله الاختيار ولو بعد موت المختارة، وفائدته إرثها إن كانت حرة مسلمة. الثاني: لا شيء لمن لم يخترها إن لم يكن دخل بها، قال خليل: ولا شيء لغيرهن إن لم يدخل به وهذا مع اختيار بعضهن، وأما إن لم يختر أحداً فليس الحكم كذلك، بل يجب أن يكون لأربع منهن غير معينات صدقات صحیحان لكل واحدة نصف صداقها وهن غير معينات، فيقسم الصدقات على عشرة يخص كل واحدة منهن خمس صداقها، لأن نسبة الاثنين للعشرة خمس، وإن مات ولم يختر لزمه أربعة أصدقة، أو ليس في عصمته سوى أربع ولكن غير معينات فتقسم العشر على الأربع يخص كل واحدة خمساً صداقها، وهذا الحكم ثابت لمن لم يدخل بها ولو دخل بغيرها، والمدخول بها يكون لها الصداق كاملاً ولو دخل بثالثة ورابعة، قال خليل: وعليه أربع صدقات إن مات ولم يختر. الثالث: لو أسلم على عشر كتابيات وأسلم منهن ست وتخلف أربع فلا إرث للمسلمات، قال خليل: ولا إرث إن تخلف أربع كتابيات عن الإسلام لجواز اختيارهن أن لو كان حياً دون المسلمات، وأما لو تخلف أقل من أربع فالإرث وهو الرابع حيث لا فرع، والضمن مع وجوده يقسم على المسلمات، فإن كان المختلف عن الإسلام واحدة قسم على تسع، ولهن

وَكَذَلِكَ الَّذِي يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ فِي عِدَّتِهَا وَيَطْوُهَا فِي عِدَّتِهَا وَلَا يَكَاحُ لِعَبْدٍ وَلَا لَأَمَةٍ إِلَّا أَنْ

ثلاثة أصدقه لكل واحدة ثلاثة أتساع صداقها، ولما قدم أن تأييد التحريم يحصل بالقرابة وبالصهارة وبالرضاع، ذكر هنا أنه يحصل بغير ذلك كاللعان وكالنكاح في العدة بقوله: (ومن لاعن) من المسلمين (زوجته) المسلمة ولاعنته (لم تحل له أبداً) قال خليل: وبلعانها تأييد حرمتها وإن ملكت أو انفش حملها، وأما مجرد لعانه من غير لعانها فلم يتأيد به تحريم ولا يفسخ به النكاح، وقيدنا بالمسلمين للاحتراز عن الكفار فلا يصح اللعان منهم، إلا أن يترافع الزوجان إلينا راضيين بحكمنا فإننا نحكم بينهم بحكم المسلمين، والدليل على التأييد باللعان: أنه صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن أمية وامراته فلما التعننت فرق بينهما وقال: «حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها» قال ابن شهاب: نصت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً. وسيأتي حقيقة اللعان وصفته في بابه، لأن ذكر حكمه المترتب عليه هنا قبل محله على جهة الاستطراد، وهو ذكر الشيء قبل محله لمناسبة (وكذلك) أي لا تحل له أبداً (الذي يتزوج) أي يعقد على (المرأة في) زمن (عدتها) من وفاة زوجها أو من طلاق غير المتزوج لها البائن (ويطؤها) بعد ذلك الزواج ولو بعد خروجها من العدة، ومثل الوطء التلذذ بها بشيء من المقدمات لكن (في عدتها) قال خليل: وتأيد تحريمها بوطء وإن بشبهة ولو بعدها وبمقدمته فيها، والدليل على ذلك ما روي أن عمر رضي الله عنه حكم بذلك بحضرة جمع من الصحابة من غير أن ينكر عليه أحد منهم فكان إجماعاً سكوتياً، وقيدنا الطلاق بالبائن لأن الرجعية ذات زوج وإن كان تزويجها لغير زوجها حراماً ويفسخ لكن لا يتأيد تحريمها على من تزوجها، وقيدنا العدة بكونها من غيره، لأن متزوج البائن منه بدون الثلاث جائز، والمبتوتة وإن أحرمت نكاحه لها قبل زوج وإن كان يفسخ ويجد لا يتأيد تحريمه عليه كما قدمناه قبل هذا المحل. (تنبيه) مثل الوطء بالنكاح الوطء بشبهة أو بالملك أو شبهته، ومثل المعتدة المستبرئة من زنى أو غصب من غيره، وتوطأ بنكاح أو شبهة ولها المهر على واطئها ولا ميراث بينهما للإجماع على فساد العقد في العدة، والحاصل أن صور تأييد التحريم ست عشرة صورة بيانها أن المحبوسة إما في عدة نكاح أو شبهته أو في استبراء من وطء بملك أو شبهته أو في استبراء من زنا أو غصب ويطؤها شخص آخر في الجميع إما بنكاح أو شبهته فهذه اثنتا عشرة صورة، أو تكون معتدة من نكاح أو شبهته ويطؤها شخص بملك أو شبهة فهذه أربع شبهته أيضاً كملت الست عشرة، والصور التي لا يتأيد فيها التحريم عشرون بيانها أن يطأها شخص بزنا أو غصب وهي محبوسة بعدة نكاح أو شبهة أو من وطء بملك أو شبهته أو من زنا أو غصب من غيره فهذه اثنتا عشرة صورة، وكذلك لو وطئت بملك أو شبهته وهي محبوسة بوطء بملك أو شبهته أو من زنا أو غصب فهذه ثمان تضم لما قبلها الجملة عشرون، هذا ملخص كلام الأجهوري رحمه الله، ولما كان الرقيق محجوراً عليه لحق

يَأْذَنُ السَّيِّدُ وَلَا تَعْقِدُ امْرَأَةٌ وَلَا عَبْدٌ وَلَا مَنْ عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَلَا يَجُوزُ

السيد قال: (ولا نكاح) جائز (لعبد ولا لأمه) ولو بشائبة حرية كمكاتب ومكاتبه (إلا بإذن السيد) لأن تزويج الرقيق عيب، وإذا وقع تحتم فسخ نكاح الأمة ولو وكلت رجلاً في عقد نكاحها، وأما العبد فلسيده رد نكاحه، قال خليل: وللسيد رد نكاح عبده بطلقة بائنة، ووارث السيد بمنزلته، ولو اختلفت الورثة في الرد والإمضاء لكان القول لمريد الرد، ولا شيء للمرأة في الفسخ قبل الدخول، ولها إن دخل ربع دينار وترد الزائد إن قبضته، وربع الدينار من مال العبد وفي حكم العبد المكاتب والمعق لأجل، وما زاد على الربع دينار يتبع به المكاتب والعبد إن غرماً لم يكن السيد أسقط ذلك عن العبد قبل عتقه، أو السلطان بأن رفع السيد الأمر إليه أو يكون غائباً لأن السلطان يذب عن مال الغائب، والحاصل أن للسيد إسقاط الزائد عن العبد مطلقاً، وعن المكاتب إن لم يغر أو غر ورجع رقيقاً إلا إن خرج حراً، وأما الرقيق المشترك فلا يتزوج إلا برضا الشريكين، فإن زوجه أحدهما فلا بد من فسخه، قال في المدونة: ولا تنكح أمة ولا عبد بين رجلين إلا بإذنهما، فإن عقد للأمة أحد الشريكين بصدوق مسمى لم يجز وإن أجازته الآخر ويفسخ ولو دخل بها، ويكون المسمى بعد الدخول بين الشريكين، وإن نقص المسمى عن صدوق المثل أتم للغائب نصف صدوق المثل حيث لم يرض بالمسمى، انظر الأجهوري رحمه الله.

(تنبيهان) الأول: ما ذكرناه من تحتم فسخ نكاح الأمة مخالف لما إذا باعها الغير أو باعت نفسها بغير إذن السيد فإنه في البيع يخير السيد، ويمكن الجواب بالفرق بين البيع والنكاح وهو أن الحق في البيع للسيد، وكون عقد النكاح واقعاً من السيد حق لله تعالى. الثاني: إن قيل: السيد له جبر الرقيق مطلقاً، فما الفرق بين الذكر والأنثى حيث خير في فسخ نكاح الذكر ووجب فسخ نكاح الأنثى بحيث يحرم عليه الإجازة؟ فالجواب أن يقال: شدة الاعتناء والحث على مراعاة شروط ولي المرأة دون الرجل، ولما في ذلك من الحرص على المحافظة على أموال الناس، لأن زواج الرقيق عيب، ولو خير السيد في نكاح الأمة بغير إذن السيد كالذكر لبادرت الناس إلى تزوج الجوارى بغير إذن السيد بل إلى الزنا، ويدعون النكاح من غير إذن السيد، وهذا فساد كبير، هذا ما ظهر لنا في وجه الفرق. ثم شرع في شروط ولي المرأة في النكاح بذكر الأضداد بقوله: (ولا) يصح أن (تعقد امرأة) نكاح نفسها ولا امرأة غيرها ولو كانت مملوكتها أو من في وصيتها، ويجب أن توكل رجلاً يعقد على مملوكتها أو من في وصيتها، لأن شرط ولي المرأة الذكورة، فإن عقدت ولو على نفسها كان باطلاً لحديث: «أيما امرأة زوجت نفسها بغير ولي فنكاحها باطل باطل باطل» وحمله أبو حنيفة على الصغيرة قياساً على بيعها وشرائها. (ولا) يصح أن يعقد (عبد) نكاح امرأة أيضاً ولو كانت بنته أو أمته، لأن شرط الولي الحرية، قال خليل: ووكلت مالكة ووصية ومعتقة ولو أجنبياً كعبد أو وصي ومكاتب في أمة طلب فضلاً وإن كره سيده،

أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً لِيُحِلَّهَا لِمَنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا يُحِلُّهَا ذَلِكَ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُحْرَمِ لِنَفْسِهِ

والحاصل أن الرقيق لا ولاية له على بناته ولا إمامه والحق لسيدته إلا المكاتب فإن له أن يزوج أمته قهراً على سيده لأنه أحرز نفسه وماله، لكن بشرط أن يكون في نكاح أمته غبطة ومصالحة، بأن دفع لها الزوج صداقاً واسعاً بحيث يجبر عيب التزويج ويزيد على صداق مثلها، ويجب عليه أن يوكل من يباشر العقد، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، كما يجب على الرقيق الوصي التوكيل في عقد من في وصيته (ولا) يصح أيضاً أن يعقد (من كان) من الرجال (على غير دين الإسلام) ومفعول يعقد (نكاح امرأة) فهو محذوف من الأولين لدلالة الثالث كما بيناه، وإنما اشترط الإسلام في العقد على المسلمة لأنه شرط في وليها لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] وأما الكافرة فيزوجها وليها الكافر ولو لمسلم، فإن لم يكن للكافرة ولي خاص كافر فأسأفتهم، فإن امتنعوا ورفعت أمرها للسلطان جبرهم على تزويجها لأنه من رفع الظالم، ولا يجبرهم على تزويجها من خصوص مسلم، وأما المسلم لو كان قريباً أو مالكاً لكفارة فلا ولاية له عليها لقوله تعالى: ﴿مَالِكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢] إلا أن تكون تلك الكافرة أمة له أو معتقته حيث أعتقها في بلاد الإسلام فله الولاية عليها ويزوجها، لكن الأمة إنما يزوجه كافر لما تقدم من أن الأمة الكائنة على دين أهل الكتاب لا يطؤها المسلم إلا بالملك، وأما معتقة التي لو قدرت ذكراً لم تضرب عليه جزية بأن أعتقها في بلاد الإسلام وبعد إسلامه أيضاً إن كان كافراً في الأصل فيزوجها ولو لمسلم، وأما الكافرة غير الأمة وغير المعتقة فلا يتولى عقدها لا لكافر ولا لمسلم لقوله تعالى: ﴿مَالِكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢] لكن إن تجرأ وعقد لها فإن كان على كافر لا يتعرض له لأننا لا نتعرض لهم في الزنا إذا لم يعلنوه فأولى النكاح، وأما لو عقد لها على مسلم ففسخ أبداً، وإلى هذه الأحكام الإشارة بقول خليل مشبهاً في الحرمة: ككفر لمسلمة وعكسه إلا لأمة ومعتقة من غير نساء الجزية وزوج الكافر لمسلم، وإن عقد مسلم لكافر ترك، وتلخص أن الولي إما مسلم أو كافر ومن في ولايته إما مسلمة أو كافرة، وقد استوفينا أحكام الجميع بفضل الله (تنبيه) فهم من جعل الذكورة والحرية والإسلام شروطاً في ولي المرأة عدم اشتراط ذلك في ولي الرجل إن وكل غيره وهو كذلك، فيصح للزوج أن يوكل عبداً أو نصرانياً أو امرأة، قال خليل: وصح توكيل زوج الجميع سوى المحرم والمعتوه لا ولي إلا كهو، أي أن ولي المرأة لا يصح أن يوكل إلا من هو مثله في جميع شروطه، ثم ذكر مسألة مناسبة لما قبلها في عدم الجواز فقال: (ولا يجوز) أي ولا يصح (أن يتزوج الرجل امرأة) مبتوتة (ليحلها لمن طلقها ثلاثاً) إن كان حراً أو اثنتين إن كان عبداً (و) إن وقع تزويجها على هذا الوجه (لا يحلها ذلك) لفساده فيفسخ بطلقة بائنة ولو بعد البناء ولها المسمى بالدخول، ويسمى هذا النكاح نكاح الدلسة بضم الدال، والزوج فيه يسمى بالتيس المستعار، وقال فيه عنه: «اللعن

وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحًا لِغَيْرِهِ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمَرِيضِ وَيُفْسَخُ وَإِنْ بَنَى فَلَهَا الصَّدَاقُ فِي

الله المحلل والمحلل له» وإنما لم يحلها لأن المبتوتة لا يحلها إلا نكاح الرغبة وهو النكاح نكاح على قصد الدوام، قال خليل بالعطف على المحرم والمبتوتة: حتى يولج بالغ قدر الحشفة أو قدرها، ولا بد أن يكون عاقلاً مسلماً، وأن يكون النكاح صحيحاً لازماً، ويطؤها مباحاً بلا منع ولا نكرة فيه بانتشار في نكاح لازم وعلم خلوة ولو بشهادة امرأتين، وعلم زوجة بالوطء فلا تحل بوطئها في حال نومها أو جنونها ولو كان الزوج عالماً، بخلاف لو وطئها حال جنونه أو إغمائه فإنها تحل حيث كانت عاقلة، لأن الحلية وعدمها من أوصافها فلذا اعتبر علمها فقط، وحصول الحل بوطء المجنون لا ينافي اشتراط كونه عاقلاً زمن العقد حتى يتأتى كون النكاح نكاح رغبة، ويحصل التحليل مع وجود تلك الشروط، ولو كان الزوج خصياً أو عبداً ولو لم يحصل إنزال، لأن المراد بالعسيلة في الحديث مغيب الحشفة، والموجب للفساد إنما هو قصد الزوج، وأما قصد المبتوتة ولو مع قصد البات لها فهو لغو، قال خليل: ونية المطلق ونيتها لغو أي لا توجب فساداً ولا تنافي الحلية، والحاصل أنه لا تحصل الحلية إلا بثبوت النكاح بشهادة عدلين، وعلم الخلوة بين الزوجين ولو بامرأتين، وأن لا يكون بينهما منكرة للوطء فلو لم يثبت النكاح، فإن كانت المرأة طارئة والبات لها حاضر عندنا وادعت التزويج الموجب لحلها فإنها تصدق لمشقة الإثبات عليها، وأما الحاضرة بالبلد فتصدق أيضاً بشرط أن تكون مأمونة، وأن يطول الزمان من يوم طلاقها ودعواها التزويج بحيث يكون الزمان يمكن أن تموت فيه الشهود والعارفون بالنكاح لتلك المرأة ويندرس العلم بذلك، فإن لم تكن المرأة مأمونة ولم يطل الزمان فقولان في تصديق المرأة وعدم تصديقها، فقولهم: لا بد في الإحلال من شهادة عدلين على النكاح وامرأتين على الخلوة واتفاق الزوجين على الوطء مخصوص بهذه، وإنما أطلنا في ذلك لداعي الحاجة. (ولا يجوز) أي ولا يصح (نكاح المحرم) ولو بعمرة (لنفسه ولا) يصح أن (يعقد نكاحاً لغيره) قال خليل: ومنع إحرام من أحد الثلاثة وهم: الزوج والزوجة والولي، فلا يقبل الزوج ولا تأذن الزوجة ولا يجيب الولي وهم محرمون، ولا يوكلون ولا يجيزون، والمعتبر في ذلك وقت العقد، فإذا صدر العقد وواحد من الثلاثة محرم كان يفسخ ولو ولدت الأولاد، وكما لا يجوز للمحرم أن يعقد يحرم عليه أن يخطب أو يحضر نكاحاً، والأصل في ذلك خبر البخاري باطلاً: «لا ينكح المحرم ولا ينكح». ويستمر النهي حتى يتحلل من حجه أو عمرته، فإن عقد بعد السعي وطواف الإفاضة وصلاة ركعتي الطواف كان عقداً صحيحاً، وظاهر كلامهم وإن لم يكن رمى جمرة العقبة، وإن حصل بعد السعي والطواف وقبل الركعتين فإنه يفسخ إن قرب لا إن بعد وهذا في الحج، وأما في العمرة فيصح بعد تمام سعيها، ويندب تأخره حتى يخلق ويجري مثله في الحج.

(تنبيهان) الأول: علم مما ذكرنا من أن المعتبر عدم الإحرام زمن العقد، أنه لو وكل

الثَلَاثِ مُبَدَأً وَلَا مِيرَاثَ لَهَا وَلَوْ طَلَّقَ الْمَرِيضُ أَمْرَاتَهُ لَزِمَهُ ذَلِكَ وَكَانَ لَهَا الْمِيرَاثُ مِنْهُ إِنْ

بعض الثلاثة محرماً والجميع محرمون ولكن لم يحصل العقد حتى تحلل كل منهم وتحلل الوكيل أيضاً صح العقد، وإن وكل الزوج أو الولي وهو حلال شخصاً حلالاً ولكن لم يحصل العقد حتى أحرم أحد الثلاثة كان العقد باطلاً. الثاني: هذا حكم الزوج والزوج والولي الخاص، وأما الولي العام كالحاكم يكون محرماً ووكل حلالاً ففيه تفصيل، فإن كان الحاكم لمحرم السلطان صح عقد نائبه الحلال، وأما إن كان هو القاضي فلا يصح عقد نائبه، لأن القاضي لا ينزل بموت السلطان، بخلاف نائب القاضي فإنه ينزل بموته، ولكن الراجح أن نائب القاضي لا ينزل بموت القاضي أيضاً، فيكون كنائب السلطان في صحة عقده حالة كونه حلالاً وإن كان من أتباعه محرماً، ومفهوم النكاح أن شراء الجوازي جائز للمحرم، كما يجوز له مراجعة الزوجة، وإنما جاز النكاح للمعتكف وحرم على المحرم مع أن كلاً متلبس بعبادة، لأن المعتكف معه ما يمنعه من الوصول للمرأة بخلاف المحرم، ولأن فساد الإحرام أشد من فساد الاعتكاف، ولما كان نكاح المريض مشاركاً لما قبله من الأنكحة من عدم الجواز ذكر عقبة، بقوله: (ولا يجوز) ولا يصح أيضاً (نكاح المريض) مرضاً مخوفاً رجلاً أو امرأة لما فيه من إدخال الوارث، وقد نهى عنه عليه الصلاة والسلام، قال خليل: وهل يمنع مرض أحدهما المخوف وإن أذن الوارث أو إن لم يحتج خلاف؟ قال بعض شراحه: والمشهور المنع مطلقاً، ويلحق بالمرض في المنع كل محجور عليه من حاضر صف القتال ومقرب لقطع ومحبوس للقتل وحامل ستة بأن يكون زوجها طلقها بائناً دون الثلاث وأراد أن يعقد عليها بعد مضي ستة أشهر فأكثر من حملها فإنه لا يجوز له ذلك. ولا لها لأنها محجور عليها في تلك الحالة. (و) إذا وقع العقد في المرض المذكور أو فيهما ألحق به فإنه (يفسخ) وجوباً (وإن بنى بها) الزوج (فلها) عليه جميع (الصدقات) المسمى حالة كونه (في الثلث مبدأ) على الوصايا بعده، قال خليل: وعلى المريض من ثلثه الأقل منه ومن صدقات المثل، وقوله في الثلث يدل على أن الزوج قد مات قبل فسخ النكاح، وأما لو صح في مرضه لصح نكاحه، وأما لو فسخ في حياته فإن كان قبل البناء فلا شيء للمرأة، وإن كان بعد البناء ثم مات فإن لها المسمى تأخذه من ثلثه مبدأ، وإن صح بعد الفسخ والبناء فإنها تأخذه من رأس ماله، فقوله في الثلث يفيد أن على المريض بعد بنائه بالأقل من ثلثه ومن المسمى ومن صدقات المثل حيث مات بعد دخوله.

(تنبيهان) الأول: ظاهر كلام المصنف أنه لو مات المريض قبل فسخ نكاحه وقبل بنائه لا شيء للمرأة وليس كذلك، إذ فيه إذا مات أو ماتت قبل الدخول الصدقات لأن هذا مما فسد لعقده واختلف فيه ولم يؤثر خللاً في الصدقات، وما كان كذلك فيه الصدقات بالموت قاله الأجهوري في شرح خليل، ومراده بالصدقات الأقل من المسمى والثلث وصدقات المثل، إذ لا يوجب الموت أكثر مما يوجبه الدخول، هذا حكم مرض الزوج، وأما لو كان

مَاتَ فِي مَرَضِهِ ذَلِكَ وَمَنْ طَلَّقَ أَمْرَأَتَهُ ثَلَاثًا لَمْ تَحِلَّ لَهُ بِمَلِكٍ وَلَا نِكَاحٍ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا

المريض الزوجة فإنه يعجل بفسخه، وإن دخل بها الزوج فلها المسمى، قال خليل: وللمريضة بالدخول المسمى يقضى لها به رأس ماله قل أو كثر، لقول خليل: وتقرر بالوطء وإن حرم، وكذا لو مات الزوج قبل أن يدخل بها فإنه لا يقرر لها به لأنه مختلف فيه. الثاني: علم مما ذكرنا حكم مرض الزوجة فقط والزوج فقط، وبقي حكم ما لو كان الزوجان مريضين والحكم فيهما أنه يغلب جانب الزوج، فعليه إن دخل الأقل من ثلاثة أشياء الثلث والمسمى ومهر المثل، كما لو انفرد الزوج بالمرض وبقي أيضاً لو تنازع الزوجان في وقوع العقد في المرض أو الصحة وشهدت بينة لأحدهما بوقوع العقد في المرض، وشهدت بينة للآخر بوقوعه في حال الصحة وتعادلت البيتان، فالظاهر على جري القواعد تقدم بينة الصحة، لأن الأصل في عقود المسلمين الصحة. (و) إذا مات الزوج المريض قبل فسخ النكاح (لا ميراث لها) لأن النهي عن النكاح في المرض إنما هو لما فيه من إدخال وارث، وقد نهى ﷺ عن إدخاله كما نهى عن إخراجها، ولذلك قال المصنف (ولو طلق المريض) مرضاً مخوفاً (امراته ثلاثاً) أو اثنتين إن كان عبداً (لزمه ذلك وكان لها الميراث منه إذا مات من مرضه ذلك) الذي طلق فيه معاملة له بنقيض قصده، وسواء كانت مدخولاً بها أم لا، قال خليل: ونفذ خلع المريض وورثته دونه إلى أن قال: ولو تزوجت غيره وورثت أزواجاً وإن في عصمة، وأما لو صح من مرضه صحة بينة ثم مات فلا ميراث لها، كما أن المرأة لو ماتت في زمن مرضه لم يرثها، وقيدنا المرض بالمخوف للاحتراز عن الخفيف فلا إرث لها إن مات فيه، وأما غير الميراث من الأحكام فحكم المطلقة في المرض حكم غيرها ممن طلقت في غيره من وجوب جميع الصداق إن كان دخل بها، والنصف إن لم يدخل، وعدم صحة الوصية لها، وإن قتلته خطأ ورثت من المال دون الدية، وإن قتلته عمداً عدواناً لم ترثه من مال ولادية، ومفهوم ثلاثاً أنه لو كان الطلاق دون الثلاث فإن كان بائناً فكالثلاث فترثه دونه، وإن كان رجعيّاً فما دامت في العدة يتوارثان، وبعد انقضائها ترثه ولا يرثها، ومفهوم المريض أن الصحيح ومن ألحق به من صاحب المرض الخفيف إذا طلق طلاقاً بائناً ولو دون الثلاث لا توارث ورجعيّاً يتوارثان، ثم ذكر مسألة يعلم علمها مما مر بقوله: (ومن طلق امرأته) المراد زوجته (ثلاثاً) إن كان حراً أو اثنتين إن كان عبداً سواء كانت حرة أو أمة في الصورتين، لأن المعتبر في الطلاق الزوج عكس العدة لأن العدة وصف المرأة وفاعل الطلاق الرجل: (لم تحل له) بعد ذلك (بملك ولا نكاح حتى تنكح زوجاً غيره) قال خليل بالعطف على المحرمات والمبتوتة: حتى يولج بالغ قدر الحشفة بلا منع، وقال تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وفي حديث الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول الله ﷺ فقالت: إني كنت عند رفاعة فطلقني فبثت طلاقاً فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير بفتح

غَيْرَهُ وَطَلَّاقِ الثَّلَاثِ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ بِدَعَا وَيَلْزَمُ إِنْ وَقَعَ وَطَلَّاقِ السُّنَّةِ مَبَاحٌ وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طَهْرٍ لَمْ يَفْرَبْهَا فِيهِ طَلْفَةً ثُمَّ لَا يَتَّبِعَهَا طَلَّاقًا حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ وَلَهُ الرُّجْعَةُ فِي

الزاي وإنما معه مثل هدبة الثوب، وفي رواية: فاعترض ولم يصبها ففارقها، فتبسم ﷺ وقال: «أتريدان أن ترجعي إلى رفاة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك» وتقدم أن المراد بالعسيلة مغيب الحشفة، ولا يشترط الإنزال عند الجمهور، فهي هنا مجاز علاقته السببية والمسببية. ولما فرغ من الكلام على ما أراد من مسائل النكاح، شرع في الطلاق وهو لغة إزالة القيد، ثم استعمل في إرسال العصمة لأن الزوجة كالموثقة والمطلق لها كأنه أطلقها من وثاقها، ولذلك تقول الناس للناس للزوج: هي في حبالك إذا كانت تحت يدك وفي عصمتك، وأما حقيقته اصطلاحاً فقال ابن عرفة: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجباً، تكررها مرتين للحر، ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج، فقوله موجبها بالنصب حال إما من ضمير ترفع أو من المبتدأ، وينقسم إلى بدعي وإلى سني، والبدعي إلى مكروه وإلى محرم، وأشار إلى البدعي بقوله: (وطلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة) أي محدثة، وفي حكم الكلمة لو طلقها ثلاثاً في كلمات نسقاً كأنت طالق أنت طالق، أو طالق، طالق، من غير قصد توكيد وإنما كان ذلك بدعة، لأن الله تعالى قال: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩] وأيضاً قد وقع أن رجلاً قد طلق امرأته ثلاثاً بحضرة النبي ﷺ فتغيظ وقال: أتهدأ بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ واختلف في حكم تلك البدعة فقيل الكراهة وقيل التحريم (و) على كل من القولين (يلزم إن وقع) واعلم أن أركان الطلاق أربعة أشار إليها خليل بقوله: وركنه أهل وقصد ومحل ولفظ، فالأهل الموقع وإليه أشار خليل بقوله: وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حراماً، والمحل العصمة المملوكة للزوج تحقيقاً أو تقديراً، كقوله لامرأة عند خطبتها: أنت طالق لأن مراده إن تزوجتك فأنت طالق، القصد المراد به قصد التللف بالصيغة الصريحة أو الكناية، أو قصد حل العصمة بالكناية الخفية والصيغة الصريحة: أنت طالق، والكناية الظاهرة: كأنت بته أو حبلك على غارك، والخفية نحو: اذهبني أو كلمني أو اشربي من كل ما لم يوضع للطلاق ولا يدل عليه، وسيأتي في كلامه الإشارة إلى بيان ذلك مع بسطنا الكلام المشتمل على الفرق بين صريحه وكنايته، وأشار إلى بيان السني ويعلم منه بقية أقسام البدعي بقوله: (وطلاق السنة) أي الذي أذنت فيه السنة (مباح) أي جائز جوازاً مستوي الطرفين، وليس المراد أن الطلاق سنة لأن النبي ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وأضافه إلى السنة، وإن جاء الإذن فيه أيضاً من الكتاب في قوله تعالى: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] لأن قيوده من السنة وأشار إليها بقوله: (و) أي طلاق السنة (أن يطلقها في طهر لم يمسه فيها طلقة) واحدة قال خليل: طلاق السنة واحدة بطهر لم يمسه فيها بلا عدة، قال شراحه: بشرط أن تكون تلك الطلقة كاملة وأن يوقعها على جميع المرأة وإلا لم يكن سنياً لقول الفواكه الدواني ج ٢ - ٤م

الَّتِي تَحِيضُ مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ فِي الْحُرَّةِ أَوْ الثَّانِيَةِ فِي الْأَمَةِ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ

خليل: وأدب المجزىء كمطلق جزء وإن كيد، ومن الشروط ما أشار إليه بقوله: (ثم لا يتبعها) أي الطلقة الواحدة (طلاقاً حتى تنقضي العدة) فلو أردف عليها في العدة طلقة أخرى كان بدعياً مكروهاً، ولذلك يكره أن يراجعها ثم يطلقها لتطويله العدة إن كانت نيته عند الرجعة الفراق، فتلخص أن القيود التي بها يكون الطلاق سنياً أن يقع في طهر وأن لا يمسه في ذلك الطهر، وأن يكون واحدة، وأن تكون كاملة، وأن يقعها على جميع المرأة، وأن لا يردف عليها طلقة داخل العدة، فإن فقد شرط منها كان الطلاق بدعياً، والبدعي مكروه في غير الحيض وحرام في زمنه، ويجبر على الرجعة إن طلقها فيه، كما يجبر عليها إذا طلقها بين دمين تلتق ثانيهما لما قبله، وإن كان الطلاق غير حرام لعدم علمه بمعاودة الدم، وإلى ذلك كله الإشارة بقول خليل: وكره في غير الحيض ولم يجبر على الرجعة، كقبل الغسل منه أو التيمم الجائز ومنع فيه ووقع وأجبر على الرجعة ولو لمعاودة الدم لما يضاف فيه للأول على الأرجح، وسيشير المصنف إلى ما ذكر إما صريحاً أو تلويحاً. (تنبيه) علم مما مر أن الطلاق ينقسم إلى أقسام: الإباحة والسنية والكراهة والحرمة وقد يعرض له الوجوب، وذلك بأن يكون يلزم على عدمه الإضرار بالمرأة، إما من جهة العجز عن الإنفاق عليها مع عدم رضاها بتركها من الزوج، أو العجز عن الوطء مع طلبها له، وقد يعرض له الندب وذلك بأن تكون زانية أو تاركة الصلاة ولا تنزجر عن ذلك، فإنه يندب له فراقها إلا أن يكون قلبه متعلقاً بحبها فله مسكها ولو زانية لخبر: «إن لي زوجة لا تريد لامس، فقال له النبي ﷺ: «فارقها»، قال: «إني أحبها»، قال: «فأمسكها» صححه النسائي، فيعتبره الأحكام الخمسة. ولما قدم أن الطلاق يحرم المرأة على زوجها لإزالة العصمة التي هي سبب للحل، شرع يذكر ما يرفع الحرمة وتحل به المطلقة وهو الرجعة بقوله: (وله) أي من طلق زوجته المدخول بها طلاقاً غير بائن بحل وطئه (الرجعة) وهي كما قال ابن عرفة: رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها فتخرج المراجعة وهي للعقد على البائن، وقوله: أو الحاكم ذكره لإدخال رجعة الحاكم زوجة من طلقها في الحيض وامتنع من رجعتها، فإن الحاكم يرتجع له قهراً عليه كما يأتي، وتعتبرها أحكام خمسة كما تعتري الطلاق والنكاح، وأمثلتها تعرف من أمثلة أحكام الطلاق المتقدمة، ولما كان حكمها الأصلي الجواز عبر بقوله: وله الرجعة ولو كان الزوج محرماً أو مريضاً أو مفلساً أو سفيهاً أو عبداً لم يأذن له سيده لقول أهل المذهب: خمسة تجوز رجعتهم ولا يجوز نكاحهم وشرطها (في) المرأة المطلقة (التي تحيض) وطلقت دون الثلاث في غير زمن حيض (ما لم تدخل في الحيضة الثالثة في) الزوجة المطلقة (الحررة) وإن كان زوجها عبداً (أو) أي وما لم تدخل في الحيضة (الثانية في) حق الزوجة (الأمة) ولو كان زوجها حراً، لأن العبرة في العدة بالزوجة، فإن دخلت الحررة في الثالثة والزوجة الأمة في الحيضة الثانية لم تصح

لَمْ تَحِضْ أَوْ مِمَّنْ قَدْ يَبَسَتْ مِنْ الْمَحِيضِ طَلَّقَهَا مَتَى شَاءَ وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ وَتُرْتَجَعُ

رجعتها لبينوتتها وحلها للأزواج، فإن قيل: ظاهر كلامه انقضاء عدتها بمجرد رؤية الدم وهو يخالف ما قالوه في أقل الحيض بالنسبة للعدة هل هو يوم أو بعضه؟ فالجواب أن يقال: إذا رأت المرأة دم الحيض الأصل استمراره وانقطاعه قبل يوم أو بعضه نادر، فأطلاق المصنف كغيره مبني على الأصل الغالب، وإن فرض انقطاعه قبل يوم أو بعضه لم تنقض عدتها من غير رجوع إلى النساء العارفات، وإن انقطع في بعض يوم رجع إلى قول النساء العارفات.

(تنبيهان) الأول: بين المصنف حكم المطلقة في غير الحيض وسكت عن حكم المطلقة في الحيض، وحكمها أن لزوجها رجعتها ما لم تدخل في الرابعة إن كانت حرة أو الثالثة إن كانت أمة، فإن دخلت الحرة في الرابعة والأمة في الثالثة حلت للأزواج، لكن ينبغي لها أن لا تعجل الزواج بمجرد رؤية الدم لاحتمال انقطاعه قبل حصول ما يعد حيضه في باب العدة وهو يوم أو بعضه. الثاني: علم مما ذكرنا أن شرط الرجعة كون الطلاق رجعياً، وهو يستلزم صحة النكاح ولو كان فاسداً ابتداءً وفات بالدخول وحصل وطء مباح بعد الفوات، فالباثن بدون الثلاث لا تحل إلا بعقد جديد، وصداق ورضا الزوجة كالمطلقة قبل الدخول أو بلفظ الخلع أو المطلقة بعوض ولو مع إبراء أو لم تصح البراءة أو عند حاكم إلا أن يكون أوقعه على مول أو معسر فإنه رجعي، ولم يبين المصنف صفة الرجعة الكاملة وهي ما كانت بالنية والقول، كارتجعت زوجتي، وأعدت حلها لعصمتي، وهذه رجعة بالظاهر والباطن، وأما لو وقعت بالقول فقط فإن كان صريحاً فتصح وذلك كارتجعت زوجتي من غير نية، لكن في الظاهر فقط، وصحح ابن رشد الرجعة بالنية فقط لكن في الباطن، وأما لو كان القول محتملاً من غير نية رجعة فلا يكفي في الرجعة وذلك بأن يقول: أعدت حلها أو رفعت التحريم عنها، لأنه يحتمل رفعت تحريمها على الغير، وأشار خليل إلى جميع ذلك بقوله: يرتجع من ينكح وإن بكإحرام وعدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة صحيح حل وطؤه بقول مع نية كرجعت وأمسكتها، أو نية على الأظهر، أو بقول صريح ولو هزلاً في الظاهر لا الباطن، لا بقول محتمل بلا نية كأعدت الحل أو رفعت التحريم، ولا يفعل دونها كوطء، وشرطها أيضاً علم الخلوة بين الزوجين ولو بشهادة امرأتين، وتقارن الزوجين على الوطء، فإذا لم يعلم دخولهما لم تصح الرجعة، ومن شروط الرجعة زيادة على ما سبق بالنسبة للطلاق من المولى أن ينحل عنه الإيلاء، وبالنسبة للطلاق على المعسر بالنفقة وجود اليسار الذي يقوم بواجب مثلها كما نص عليه العلامة خليل ويكون مخصصاً لقول خليل في باب الرجعة: أن الرجعة الكاملة تكون بالقول والنية أو القول الصريح فقط أو النية وحدها على الأظهر على ما تقدم. ولما فرغ من بيان زمن الطلاق السني لمن تحيض شرع في زمن بيانه لغيرها بقوله: (فإن كانت) المرأة التي أراد زوجها أن يطلقها (ممن لم تحض) لصغر (أو) كانت (ممن قد يبست من المحيض) لكبر سنها (طلقها متى

الْحَامِلُ مَا لَمْ تَضَعْ وَالْمُعْتَدَّةُ بِالشُّهُورِ مَا لَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةَ وَالْأَقْرَاءُ هِيَ الْأَطْهَارُ وَيُنْهَى أَنْ

شاء) إذ لا حرج عليه بالنسبة إليها في طلبة أو اثنتين، إذ لا يكون البدعي منها إلا الزائد على الثنتين للحر أو على الواحدة للرقيق، ولأن طلاق ذات الأشهر لا يوجب تطويل عدة. (وكذلك الحامل) يجوز أن يطلقها زوجها متى شاء للأمن من تطويل العدة وظاهره ولو كانت متلبسة بالحيض وممن يجوز طلاقها متى شاء الزوج غير المدخول بها ولو في حال حيضها بناء على أن النهي لتطويل العدة، ولما كانت عدة الحامل ولو في وفاة وضع حملها قال: (وترجع) بالبناء للمفعول ونائب الفاعل (الحامل) والمعنى: أنه يجوز لمطلق الحامل أن يرتجعها (ما لم تضع) الحمل كله فتتقضي عدتها وتفوت رجعتها، ولا فرق بين الحمل الكبير أو غيره ولو دماً مجتمعاً، فلو وضعت إحدى التوأمين أو بعض واحد لم تنقض عدتها فله رجعتها. (تنبيه) ظاهر كلام المصنف فوات الرجعة بوضع الحمل ولو لم يكن لاحقاً بالزوج وليس كذلك، بل لا بد أن يكون لاحقاً ولو احتمالاً حتى تقضي بوضعه العدة، فلو طلقها طلاقاً رجعيّاً وهي حامل حملاً غير لاحق به بأن وضعته لأربعة أشهر من يوم الدخول بها فله رجعتها ما لم تنقض عدتها بالأقراء وتعد نفاسها حيضة، وقولنا: ولو احتمالاً لإدخال المنفي باللعمان لأنه كاللاحق لأنه لو استحلقه لاحق به. (و) ترتجع المطلقة طلاقاً رجعيّاً (المعتدة بالشهور) إما لصغرها أو يشها أو لاستحاضتها، ولم تميز دم الحيض من دم الاستحاضة، أو تأخر حيضها لمرض، أو تأخر بلا سبب بأن لم تكن مريضة ولا مرضعة. (ما لم تنقض عدتها) أي مدة عدم انقضاء عدتها بانقضاء ثلاثة أشهر إذا كانت صغيرة مطيقة للوطء، أو يائسة أو بمضي سنة تسعة منها استبراء لزوال الرية، وثلاثة أشهر للعدة إن تأخر حيضها، قال خليل: وإن لم تميز أو تأخر بلا سبب أو مرضت تربصت تسعة ثم اعتدت بثلاثة كعدة من لم تر الحيض واليائسة، ولا فرق في الاعتداد بالشهود بين الزوجة الحرة والأمة كالاعتداد بوضع الحمل، وإنما تفترق الزوجة الحرة من الزوجة الأمة في الاعتداد بالأقراء، وقولنا في المستحاضة ولم تميز لأن التي تميز دم الحيض من دم الاستحاضة إما برائحة أو لون تعتد بالأقراء كغير المستحاضة، ولما كان يتوهم من قوله فيما سبق: وله الرجعة في التي تحيض ما لم تدخل في الحيضة الخ أن المراد بالأقراء في الآية الحيض وليس كذلك فسرها بقوله: (والأقراء) في آية: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] (هي الأطهار التي بين الدمين) وهذا عليه مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: المراد بها الحيض جمع حيضة، وسبب الاختلاف أن لفظ القروء موضوع بالاشتراك بين الأطهار والدماء فهو حقيقة فيهما، ودليل مالك من وافقه قوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] أي في زمان عدتهن، وبين ذلك عليه الصلاة والسلام بقوله: «بأن يطلقها في طهر لم يمسه فيها» فهذا صريح في أن الطهر الذي طلقها فيه تعتد به وأنه من أقراءها، ولو كان المراد بالأقراء الحيض كما قاله أبو حنيفة لكان المطلق مطلقاً لغير العدة، ومن ثمرة

يُطَلَّقُ فِي الْحَيْضِ فَإِنْ طَلَّقَ لَزِمَهُ وَيُجْبَرُ عَلَى الرَّجْعَةِ مَا لَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةُ وَالَّتِي لَمْ يَدْخُلْ

الخلافاً حلها بمجرد رؤية الدم الأخير على أن المراد الأطهار وعدم حلها حتى تتم الحيضة برؤية علامة الطهر، على أن المراد بالأقراء الحيض، والأقراء جمع قرء بالفتح والضم، فإن قيل: مقتضى تفسير الأقراء بالأطهار عدم حلها بقرأين وبعض قرء مع أنها لو طلقت في أثناء طهر فإنها تعد به ولو لحظة، قال خليل: واعتدت بطهر الطلاق وإن لحظة، فالجواب: أن الجمع يطلق على ما زاد على الاثنين ولو كان الزائد بعض واحد نحو: ﴿الحج أشهر معلومات﴾ [البقرة: 197] مع أن المراد شهران وعشرة، ولما قدم أن الطلاق السني مباح لوقوعه في طهر ذكر مقابله بقوله: (وينهى) الزوج المكلف نهى تحريم عن (أن يطلق) زوجته المدخول بها وهي غير حامل (في) حال (الحيض) أو النفاس حتى تطهر بالماء أو التيمم الجائز لما ورد: «أن عبد الله بن عمر طلق زوجته وهي حائض، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك فتغيظ وقال له: «مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها وإن شاء طلقها قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء». وأخذ العلماء بظاهر هذا الحديث، وأجموا على تحريم طلاق الحائض، وقيدنا بالمدخول بها لما سيأتي من أن غيرها يطلقها زوجها متى شاء، كما يجوز له طلاق الحامل متى شاء كما تقدم. (فإن طلق) في زمن حيضها عالمًا به (لزمه) الطلاق وإن حرم عليه، قال خليل: ومنع فيه وقوع (ويجبر على الرجعة) أي يجبره الحاكم إذا أوقع أقل من الثلاث أو أوقع واحدة إن كان عبداً، قال خليل: وأجبر على الرجعة ولو لمعتادة الدم لما يضاف فيه للأول على الأرجح، فإن أبي هدده بالسجن، فإن أبي سجنه، فإن أبي هدده بضرب، فإن لم يمتثل ضربه إن ظن إفادته، ويكون كل ذلك في مجلس واحد لأنه متلبس بمعصية، فإن لم يمتثل ألزمه الرجعة وارتجعها له بأن يقول: ارتجعت لك زوجتك، وتصح تلك الرجعة، وإن لم يحصل من الزوج قول ولا نية، ويحل له وطؤها برجعة الحاكم ويتوارثان، لأن نية الحاكم تقوم مقام نيته، ونظير هذا من يجبره أبوه أو وصية أو الحاكم على النكاح، فلو ارتجع له الحاكم من غير أن يجبره عليها بل ارتجع له ابتداء، فاستظهر العلامة الأجهوري أنه إن فهم من حاله أنه لا يرتجع، ولو فعل معه جميع ما سبق صححت رجعته على ما ينبغي وإلا لم تصح لأن جبره ابتداء على الرجعة بما سبق من الأمر الواجب وغاية الجبر على الرجعة. (ما لم تنقض العدة) فإن انقضت بانت ولم تحل إلا بعقد جديد ورضاها كابتداء نكاح أجنبية.

(تنبيهان) الأول: فهم من الحديث السابق أنه إن راجعها يجب عليه إمساكها حتى تصطلح ويزول منها الغيظ الحاصل بطلاقها في حيضها، ولا تصطلح إلا بوطء في طهر من الحيض الذي طلق فيه، وبعد ذلك يجب عليه أن يمسكها حتى تحيض ثم تطهر، لأنه بعد الوطء لا يطلق لأنه مسها في ذلك الطهر فيجب عليه إمساكها حتى تطهر من حيضة أخرى غير حيضة الطلاق؛ الثاني: محل الجبر المذكور إذا تصادق الزوجان على الطلاق في

بِهَا يُطَلَّقُهَا مَتَى شَاءَ وَالْوَّاحِدَةُ تَبَيَّنَهَا وَالثَّلَاثُ تُحَرِّمُهَا إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ وَمَنْ قَالَ لِزَوْجِيهِ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ حَتَّى يَنْوِي أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ وَالْخُلْعُ طَلْقَةٌ لَا رَجْعَةَ فِيهَا وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ طَلِاقًا

الحيض أو النفاس، وأما لو اختلفا بأن قالت المرأة وقع في الحيض، وقال الرجل بل طلقت في الطهر، فإن القول قولها من غير توقف على نظر النساء، خلافاً لابن يونس لأن النساء يصدقن في ذلك كما يصدقن في انقضاء عدة القرء والوضع بلا يمين ما أمكن، ومحل الخلاف ما لم يترافعا في حال طهر المرأة، وإلا فالقول قول الزوج، ولما قيل إن علة النهي عن الطلاق في الحيض تطويل العدة وغير المدخول بها لا عدة عليها قال: (والتي لم يدخل بها) يجوز لزوجها أن يطلقها متى شاء) ولو كانت حائضاً أو نفساء ومنعه أشهب في حال الحيض، والحاصل أن منع الطلاق في الحيض متفق عليه، وإنما الخلاف في علة المنع، فقال ابن القاسم: معلن بتطويل العدة، وقال أشهب: لمحض التعبد. (و) إنما كان له طلاق غير المدخول بها متى شاء لأن (الواحدة تبينها) لأن الرجعي إنما يكون في طلاق المدخول بها، ولا تحل له بعد بينوتها إلا بعقد جديد ورضاها ولو قبل زوج. (والثلاث) في كلمة أو ما في حكمها كالبتة أو بتكرار لفظ الطلاق نسقاً (تحرمها) على زوجها ولا تحل له (إلا بعد زوج) بالغ ينكحها رغبة مع بقية الشروط المتقدمة، وهذه الجملة مكررة مع ما تقدم. ثم شرع في بيان ألفاظ الطلاق بقوله: (ومن قال) من المسلمين المكلفين (لزوجه) ولو غير مدخول بها (أنت طالق) أو طلقتك أو أنا طالق منك أو أنت مطلقة أو الطلاق لي لازم (فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك) فيلزمه ولو لم ينو حل العصمة بهذا اللفظ لأنه صريح يلزم به الطلاق ولو هزل، وأما أنت مطلقة أو مطلوقة فلا يلزم به الطلاق إلا بالنية لأنه صار من الكناية الخفية، فإن قيل: صريح الطلاق ما فيه الطاء واللام والقاف، ومنطلقه ومطلوقة فيه الطاء واللام والقاف فما وجه خروجه من الصريح؟ فالجواب: أن الأصل في جميع تلك الألفاظ الخبر، إلا أن العرف نقل أنت طالق ونحوه للإنشاء، واستمر غيره على الخبر فافترقا. (تنبيه) لم يتكلم كخليل على حكم اللحن في لفظه كما لو قال: أنت طالقاً بالنصب أو أنت طالق بالخفض، والحكم أنه يلزمه كما قال القرافي، لأنه على فرض علمه بالنحو هازل، والهازل يلزمه ما لفظ به، لأن هزل الطلاق جد، وأما لو أسقط بعض حروفه بأن قال لزوجه: أنت طال ولم يأت بالقاف فإنه يصير من الكنايات الخفية، ومثله إذا قال: أنت تالتي بإبدال الطاء تاء حيث لم تكن لغته كذلك، وأما لو قال لها: أنت الطلاق فهل يخلف ولا يلزمه إلا ما نواه أو يلزمه الثلاث ولا ينوي قولان: الأول للمتيطي والثاني لأصبخ. ثم شرع في الخلع وهو لغة الإزالة، وشرعاً إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها هكذا قال بعضهم، وأورد عليه أنه يصح بلفظ الخلع، وأجيب عنه بأنه تعريف بالنظر للغالب، ولفظ خليل جاز الخلع وهو الطلاق بعوض وبلا حاكم، وبعوض من غيرها إن تأهل لا من صغيرة وسفينة وذات رق، ورد المال وبانت.

إِذَا أَعْطَتْهُ شَيْئًا فَخَلَعَهَا بِهِ مِنْ نَفْسِهِ وَمَنْ قَالَ لِرُؤُوسِهِ أَنْتِ طَالِقٌ الْبَتَّةَ فَهِيَ ثَلَاثٌ دَخَلَ بِهَا
أَوْ لَمْ يَدْخُلْ وَإِنْ قَالَ بَرِيَّةً أَوْ خَلِيَّةً أَوْ حَرَامًا أَوْ حَبْلِكَ عَلَى غَارِبِكَ فَهِيَ ثَلَاثٌ فِي الَّتِي
دَخَلَ بِهَا وَيَتَوَى فِي الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَالْمُطَلَّقةُ قَبْلَ الْبِنَاءِ لَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ إِلَّا أَنْ تَعْفُوَ

وبينه المصنف بقوله: (والخلع طلقة لا رجعة فيها) لأنها بائنة وهذا واضح إن سمي
الزوج طلاقاً بل (وإن لم يسم) الزوج (طلاقاً) بأن طلقها بلفظ الخلع ولو لم تدفع له عوضاً
وأحرى (إذا أعطته شيئاً فخلعها به من نفسه) ومثل دفع العوض لو وقع من المرأة إبراء ولو
جهلت ما أبرأت منه ولا يتوقف على حكم حاكم، ففي المدونة إذا أخذ منها شيئاً وانقلب
به وقال: ذاك بذاك وإن لم يسميا طلاقاً فهو طلاق الخلع، فإن سميا طلاقاً لزم ما سمياه،
وكذا لا يتوقف على كون العوض من الزوجة بل ولو من وليها أو أجنبي، لكن لا يستقر
ملك الزوج عليه إلا إذا كان دافعه رشيداً لا إن كان دافعه سفيهاً أو صغيراً أو رقيقاً، فلا
يستقر ملكه عليه وإن وقع الطلاق بائناً، والدليل على جواز الخلع قوله تعالى: ﴿فلا جناح
عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] وخبر الموطأ من حديث حبيبة بنت سهل لما أرادت
فراق زوجها قالت: «يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال عليه الصلاة والسلام: خذ
منها فأخذ منها وجلست في أهلها» فلولا أنه جائز لما أباح له عليه الصلاة والسلام الأخذ
منها، وسيأتي تنمة الخلع بعد باب اللعان، وإنما ذكر هذه الجملة هنا لمناسبتها لما قبلها في
البيونة. ثم شرع في كنايات الطلاق الظاهرة التي تنصرف إليه بمجرد التلفظ بها ولا تنصرف
عنه إلا بالنية، وأما الخفية فلا تنصرف إليه إلا بالنية، والحاصل أن ألفاظه المستعملة فيه
على ثلاثة أقسام: صريحة وكناية ظاهرة وكناية خفية، والصريحة لا تنصرف عنه ولو نوى
غيره، والكناية الظاهرة تنصرف إليه ولا تنصرف عنه إلا بالنية، والخفية لا تنصرف إليه إلا
بالنية، فمن الظاهر قوله: (ومن قال لزوجته أنت طالق البتة) بقطع الهمزة (فهي ثلاث) ولو
ادعى أقل وسواء (دخل بها أو لم يدخل بها) لأن البت هو القطع، فكأن الزوج قطع
العصمة التي بينه وبين زوجته ولم يبق بيده منها شيئاً، والدليل على ذلك ما روي: «أن
النبي ﷺ ألزم البتة من طلق بها وألزم الثلاثة من طلق بها» وقد قضى عمر رضي الله عنه
فيها بالثلاث، ولا فرق بين قوله: أنت بته أو أنت البتة، فإن قيل: الكناية الظاهرة إذا ادعى
صرف اللفظ إلى غير الطلاق يقبل فكيف لا يقبل في البتة؟ فالجواب: أن هذا الضابط
أغلب فلا ينافي أن البتة يلزم بها الثلاث ولا تقبل له نية أقل، لأن الثلاثة صارت مدلولاتها
عرفاً وشرعاً. ولما فرغ مما يلزم فيه الثلاث ولا ينوي مطلقاً ذكر ما يلزم فيه الثلاث وينوي
في غير المدخول بها بقوله: (وإن قال) الزوج لزوجته أنت (برية أو خلية أو حرام أو حبلك
على غاربك) أي كتفك أو كالدّم أو كالميتة أو وهبتك أو رددتك لأهلك أو ما انقلب إليه
من أهل حرام، أو أنا بائن أو أنت بائن (فهي ثلاث في التي دخل بها) بعد بلوغه وإطاعتها
ولا تقبل نية أقل (وينوي في التي لم يدخل بها) أي تقبل نيته أقل في التي لم يدخل بها،

وما ذكره المصنف موافق للمدونة، إلا في قوله: حبلك على غاربك فإن ظاهر المدونة أنه مساو للبتة في لزوم الثلاث من غير تنوية، واقتصر عليه خليل حيث قال: والثلاث في بته حبلك على غاربك، وكذلك لو قال لزوجته المدخول بها: أنت طالق واحدة بائنة لأن المدخول بها إنما بينها الثلاث أو الطلاق على وجه الخلع، وإنما يلزم الطلاق بحبلك على غاربك إذا كان العرف يستعملها في الطلاق، وإلا صارت في الكنايات الخفية لا يلزم الطلاق بها إلا مع النية، فيجب على المفتي أن يسأل عن عادة الحالف، فإن اعتاد ذلك أو اعتاده أهل بلده، وأولى لو كان عادة الجميع لزم الطلاق به وإلا فلا حتى حتى يدعي أنه نوى به الطلاق، ولا يجوز للمفتي أن يفتي بمجرد المسطر في الكتب بل يجب عليه السؤال، لأن الأحكام المبنية على الألفاظ العرفية يتغير فيها الحكم بتغير العرف، كما نص عليه القرافي وغيره كخليل حيث قال في باب اليمين: إن أعتد حلف به، وبقي قسم ثالث يلزمه الثلاث ابتداء حتى يدعي نية أقل في غير المدخول بها ويلزمه الثلاث في المدخول بها ولا ينوي، وأشار إليه خليل بقوله: والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها في كالميتة والدم، ووهبك ورددتك لأهلك، وأنت أو ما أنقلب إليه من أهل حرام، فتلخص أن الكناية الظاهرة على ثلاثة أقسام ما يلزمه فيه الثلاث مطلقاً ولا ينوي وذلك في بته وحبلك على غاربك على المعتمد، وما يلزم فيه الثلاث ابتداء حتى يدعي نية أقل في غير المدخول بها، وما يلزم فيه الثلاث ابتداء حتى يدعي نية أقل فتقبل حتى في المدخول بها وهو ما أشار إليه خليل بقوله: وثلاث إلا أن ينوي أقل مطلقاً في خليت سبيك. (فرع) من قال لزوجته: أنت طالق واحدة تملكين بها نفسك، قال ابن سلمون: فيه ثلاثة أقوال: الأول أنها طلقة بائنة قاله ابن القاسم وحكاه محمد عن مالك وبه القضاء. الثاني: أنها طلقة رجعية قال بعض وبه الفتوى. الثالث: أنها البتة وهو ضعيف شرح الشيخ سالم السنهوري. (تنبيه) جميع ما تقدم من الصريح والكناية حيث لا بساط، وأما لو رفعته بينة أو كان عند المفتي وادعى أنه لم يرد الطلاق بهذا اللفظ فإنه يصدق إن دل بساط على نفي الطلاق، لكن إن رفعته بينة يصدق بيمين عند القاضي، وإن جاء مستفتياً يصدق بغير يمين، قال المتيطي: إن قال لمن طلقها هو أو غيره قبله: يا مطلقة وزعم أنه لم يرد طلاقاً، وإنما قصد الإخبار بما حصل إذا كثرت في مراجعته على غير شيء فقال لها على طريق التشبيه: يا مطلقة، وادعى أنه أراد يا مثل المطلقة في طول اللسان وقلة الأدب فإنه يصدق في ذلك كله، وكذلك لو قال لها: أنت كالميتة أو الدم وادعى أنه أراد في الرائحة وقال: أردت ببائن مفصلة مني إذا كان بينهما فرجة، أو أنت كالدم في الاستقذار إذا كانت رائحتها قدرة أو كريهة، قال خليل: ودين في نفيه إن دل بساط عليه أي على نفيه، ولا يقال: كيف يدين مع قولهم إن الصريح يلزم به الطلاق ولو هزلاً، لأننا نقول: هذا حيث لا بساط وإلا فيصدق، كما لو كانت موثقة وقالت أطلقني فقال لها أنت طالق، والله أعلم.

عَنْهُ هِيَ إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا وَإِنْ كَانَتْ بَكَرًا فَذَلِكَ إِلَيَّ أَبِيهَا وَكَذَلِكَ السَّيِّدُ فِي أُمَّتِهِ وَمَنْ طَلَّقَ

ولما فرغ من الكلام على ما أراد من ألفاظ الطلاق شرع في بيان ما تستحقه المرأة بالطلاق بقوله: (والمطلقة قبل البناء) المسمى لها صدق حلال ووقع عقدها على الوجه الصحيح (يجب لها نصف الصداق) قال خليل: وتشطر ومزيد بعد العقد وهديّة اشترطت لها أو لوليها قبله إلى أن قال بالطلاق قبل المس وهذا مما لا خلاف فيه (إلا أن تعفو عنه) أي عن النصف (هي) أي المطلقة (إن كانت ثيباً) رشيدة فيسقط عن زوجها بعفوها عنه، والدال على كونها رشيدة التعبير بالعفو وأيضاً قوله: (و) أما (إن كانت بكرًا) أو ثيباً محجورة (فذلك) أي العفو مفوض (إلى أبيها) قال خليل: وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق، ابن القاسم وقبل الطلاق لمصلحة وهل وفاق؟ تأويلان: فمن قال خلاف اكتفى بظاهر اللفظ، ومن وقف حمل قول مالك على عدم المصلحة، والحاصل أنهما يتفقان على عدم جواز العفو عند تحقق عدم المصلحة، وعلى الجواز عند تحقق المصلحة، وكذا عند جهل الحال على القول بالوفاق، وأما على القول بالخلاف فمالك يقول بعدم الجواز بناء على أن الأصل في الإسقاط عدم المصلحة، وابن القاسم يقول بالجواز بناء على أن الأصل في أفعال الأب في حق ابنته البكر المصلحة حتى يظهر خلافها (وكذلك) أي مثل أبي البكر (السيد) له العفو عن الزوج (في أمته) التي زوجها وطلقها زوجها قبل الدخول، والدليل على ذلك كله قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يجب للزوجات المطلقات ويرجع لكم الزائد ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي الزوجات الرشيدات فيتركونه ﴿أَوْ يَعْفُو الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهو عند مالك وابن عباس: الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته ولو كانت ثيباً، وعند أبي حنيفة والشافعي: الزوج وعفوه أن يدفع النصف الذي لم يجب عليه للمرأة فتأخذ جميع الصداق، ورجح جماعة ما عليه مالك من أن المراد بالذي بيده عقدة النكاح الولي.

(تنبيهان) الأول: المراد بالبناء في كلام المصنف الوطء وهو المراد بالمس في الآية لا مجرد الاختلاء بها، ومفهوم قبل البناء أن المطلقة بعده يجب لها جميع الصداق، لأنه يتقرر بوطء الزوج البالغ مع إطاعة الزوجة، قال خليل: وتقرر بوطء وإن حرم كوطئها في حيضها أو دبرها، كما يتقرر بموت أحدهما أو موتها، ولو كان الزوج ضيباً وهي غير مطيقة، ولو كان موتها بقتلها نفسها كراهية في زوجها، أو بقتل سيدها لها إن كانت أمة، كما يتقرر بإقامة سنة بعد الاختلاء بها حيث كان الزوج بالغاً وهي مطيقة لتنزل إقامة سنة مقام الوطء. الثاني: لو اختلى الزوج بزوجه وطلقها قبل إقامة سنة وتنازعا في الوطء وعدمه، فالقول قول المرأة في الوطء وعدمه إن كانت خلوة اهتداء، ولو كانت حائضاً أو محجورة، وأما خلوة الزيارة ففيها تفصيل بين كونه هو الزائر فيصدق في عدم الوطء،

فَيَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُمْتَعَ وَلَا يُجْبِرُ وَالَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَقَدْ فَرَضَ لَهَا فَلَا مُتَمَّةَ لَهَا وَلَا لِلْمُخْتَلَعَةِ وَإِنْ مَاتَ عَنِ الَّتِي لَمْ يَفْرِضْ لَهَا وَلَمْ يَبَيِّنْ بِهَا فَلَهَا الْمِيرَاثُ وَلَا صَدَاقَ لَهَا وَلَوْ دَخَلَ بِهَا

وكونها الزائرة له في بيته فتصدق في الوطء، لأن الإنسان ينشط في بيته، وإن كان كل منهما زائراً للغير. واجتمعا في محل الغير فالظاهر تصديق الزوج، كما يرشد إليه التعليل، بخلاف لو اختليا في محل ليس به أحد وتنازعا في الوطء وعدمه فالظاهر قبول قولها، ولما وقع في المتعة وهي ما يعطيه المطلق لمطلقة خلاف بين الأئمة بين مختار إمامه بقوله: (ومن طلق زوجته) بعد البناء طلاقاً بائناً أو رجعياً وانقضت عدتها (فينبغي له) على جهة الندب (أن يمنع) مطلقته ولو كتابية أو أمة، قال خليل: والمتعة على قدر حاله بعد العدة الرجعية أو ورثتها ككل مطلقة في نكاح لازم، وهي في اللغة كل ما ينتفع به، وشرعاً ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق، وتكون على قدر حال الزوج فقط ولو كان عبداً، وتدفع الرجعية بعد انقضاء عدتها، وللبائن أثر طلاقها لأن الوحشة إنما تحصل بعد البيونة، وإن ماتت قبل أن تمنع فتدفع لورثتها حيث ماتت بعد العدة في الرجعية، بخلاف لو مات الزوج قبل أن يمتعها أو ردها لعصمته قبل دفعها لها فإنها تسقط ولو كان الطلاق بائناً، ولما كان لفظ ينبغي قد يراد به الوجوب قال: (ولا يجبر) المطلق على المتعة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي وطائفة من المالكية، والدليل على ندها قوله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾ [البقرة: ٢٣٦] وقال تعالى: ﴿حقاً على المتقين﴾ [البقرة: ٢٤١] والتعبير بالإحسان صرف الحق عن الوجوب لأن الوجوب لا يتقيد بالمحسنين ولا بالمتقين وأيضاً الحق قد يراد به الثابت المقابل للباطل ولما كانت لجبر ألم الفوارق وغير المدخول بها لم تتأنس بالزوج حتى تتألم قال: (و) المطلقة (التي لم يدخل بها) الزوج (و) الحال أنه (قد فرض لها) صداقاً (فلا متعة لها) لأن الغالب عدم تألمها بفراقه، أو لأنها أخذت نصف صداقها مع بقاء سلعتها، ومفهوم فرض لها أن المنكوحه تفويضاً إذا طلقت قبل الفرض لها المتعة وهو كذلك. (ولا) متعة أيضاً (للمختلعة) ولو كان العوض من غيرها، لأن الغالب رضاها بالفراق فلا تألم عندها، ومثلها المخيرة والمملكة والمعتقة تحت العبد تختار الفراق، أو التي ملكت زوجها أو ملكها، أو التي اختارت فراق زوجها لعيبه وأولى ولو اختار فراقها لعيبها لأنها غارة، بخلاف التي اختارت فراقه لتزويج عليها أو لعلمها بواحدة فألفت أكثر فإن لها المتعة لأن الطلاق بسببه. ولما كان الصداق الذي يتشطر بالطلاق ويتقرر بالموت إنما هو المفروض قال: (وإن مات) الزوج (عن) زوجته (التي) نكحها تفويضاً ومات (ولم يفرض لها) صداقاً رضيت به (و) الحال أنها (لم يبين بها فلها الميراث) لاستحقاقها إياه بالعقد ولو فاسداً حيث اختلف فيه. (ولا صداق لها) كما لو طلقت قبل البناء لأنه لا يتشطر بالطلاق ولا يتكامل بالموت إلا المفروض، وأما لو فرض في حال صحته لها صداق مثلها

كَانَ لَهَا صَدَاقُ الْمِثْلِ إِنْ لَمْ تَكُنْ رَضِيَتْ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ وَتُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْجُنُونِ وَالْجُدَامِ

أو أقل ورضيت به لوجب لها بالموت كالميراث كما يتشطر بالطلاق، وقيدنا الفرض بالصحة للاحتراز عن الفرض في حال المرض الكائن بالزوج فإنه باطل حيث كانت الزوجة وارثة بأن كانت حرة مسلمة والزوج حر مسلم، وفي الذمية والأمة قولان، قال خليل: وإن فرض في فوصيه لوارث، قال شارحه: أي حكم فرض المريض لزوجته التي عقد عليها في حال صحته عقداً صحيحاً حكم الوصية للوارث، فهو تشبيه بليغ لحذف الأداة، والقولان في الذمية والأمة، فقيل: يصح فرضه ويكون وصية من الثلث لأنه لغير وارث، وقيل: فرضه باطل لأنه لأجل الوطء. ولم يحصل (و) أما (لو دخل بها) أي المنكوحه تفويضاً ولم يفرض لها ومات (لكان لها صداق المثل) قال خليل: واستحقته بالوطء لا بموت أو طلاق. (إن لم تكن رضيت بشيء معلوم) فرضه لها ولو أقل من صداق مثلها حيث كانت رشيدة، لأنها التي يجوز لها الرضا بدون صداق المثل، قال خليل بالعطف على الجائز والرضا بدونه: للمرشدة وللأب ولو بعد الدخول، وللوصي قبله لا المهملة، وحاصل هذه المسألة على ما ذكره خليل وشراحه أن الرشيدة المنكوحه تفويضاً يجوز لها الرضا بدون صداق المثل ولو بعد البناء، كما يجوز لأبي المحجورة الرضا بالأقل ولو بعد البناء، بخلاف الوصي فإنه لا يجوز له بأقل من صداق المثل لمحجورته بعد البناء بها، وله ذلك قبل دخول الزوج بها حيث كان الرضا بالأقل مصلحة للزوجة، وأما المهملة وهي التي لا أب لها ولا وصي ولا مقدم ولا يعلم رشدها من سفهها وأخرى محققة السفه، فليس لها الرضا بأقل من صداق مثلها، وإن رضيت به لا يلزمها ولها رده بعد رشدها كما للحاكم رده قبله. (تنبيه) كما يجوز لأبي المحجورة الرضا بأقل من صداق المثل في نكاح التفويض، يجوز له أيضاً في نكاح التسمية، وأولى من الأب في جواز الرضا بالأقل السيد في أمته، وليس لأحد من الأولياء سوى الأب في مجبرته، والسيد في أمته الرضا بأقل من صداق المثل في نكاح التسمية، لأن الولي غير الأب، والسيد في النكاح كالوكيل في البيع والشراء، والوكيل لا يجوز بيعه بأقل من ثمن المثل. ثم شرع في الكلام على عيوب الزوجين الموجبة لخيار كل في صاحبه، ولو لم يشترط قبل العقد السلامة منها وهي على ثلاثة أقسام: قسم مختص بالرجال، وقسم مختص بالنساء، وقسم مشترك بين الرجال والنساء، فالمختص بالرجال ما لا يمكن قيامه إلا بهم وهو الخصاء والجب والاعتراض والعنة كلها متعلقة بذكره، والمختص بالنساء ما يتعلق بفروجهن كالرتق والعفل والإفشاء والبخر والقرن، والمشارك ما يمكن قيامها بالرجال والنساء وأشار إليه بقوله: (وترد المرأة من الجنون) والمعنى: أنه يجوز لمن عقد على امرأة معتقداً سلامتها مما يوجب له الخيار فيها ثم تبين بعد العقد أنها مجنونة جنوناً سابقاً على العقد فله الخيار في إبقائها وردها، إلا أن يحصل منه ما يدل على رضاها بها كتلذذه بها بعد علمه بجنونها فلا خيار له، وإن طلقها

وَالْبَرَصِ وَدَاءِ الْفَرْجِ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَلَمْ يَعْلَمْ وَأَدَّى صَدَاقَهَا وَرَجَعَ بِهِ عَلَى أَبِيهَا وَكَذَلِكَ إِنْ

لزمه نصف الصداق، ولو حصل منه التلذذ مع الجهل بالخيار أو بأن التلذذ يقطع خياره لا يعذر بشيء من ذلك، قال خليل: الخيار إن لم يسبق العلم أو لم يرض أو يتلذذ، وحلف على نفيه أي العلم أو الرضا إن ادعى عليه به ببرص وعذبة وجنون وجذام الخ، وظاهر كلام أهل المذهب ولو كان السالم صغيراً، وسواء كان الجنون مطبقاً أو منقطعاً ولو في كل شهر مرة لنفرة النفوس من ذلك، وعكس كلام المصنف كذلك أي فللمرأة أن ترد الزوج إذا وجدته مجنوناً إلا أن يحصل منها ما يدل على رضاها به، قال في المدونة: تمكينها عالمة بعيبه رضا وظاهرها ولو كانت صغيرة أو عقد مع العلم به فلا رد له. (و) كذا ترد المرأة من (الجدام والبرص) وعكسه كذلك أي يرد الزوج بالجدام والبرص بشرط كونهما محققين ولو قلا، ولا فرق في البرص بين أسوده وأبيضه وعلامته التفليس بأن يكون عليه قشر يشبه الفلوس، وكما يرد كل من الزوجين بالجنون أو الجدام أو البرص، يرد أحدهما بالعذبة وهي التغوط عند الجماع وهي بكسر العين المهملة وسكون الذال المعجمة والباء الموحدة، بخلاف الريح فلا رد به قولاً واحداً، وفي البول قولان: وأما جذام الأب أو غيره من الأصول فلا رد به وإن كان عيباً في البيع، لأن النكاح مبني على المكارمة والبيع على المشاحة، ألا ترى أن الرقيق يرد في البيع بوجوده أكولاً، بخلاف الزوجة لا ترد بكثرة أكلها، وإن طلقها الزوج غرم لها النصف أو الجميع، بخلاف ذات الخيار ترد قبل البناء لا شيء لها، والدليل على الرد بما ذكر من تلك العيوب ما ورد: «من أنه ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضاً فردها وقال لأهلها: دلستم علي» وروي عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة رد النساء من هذه العيوب الأربع أعني: الجنون والجدام والبرص والعذبة، ولم يعرف لهم مخالف فكان إجماعاً، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف. (تنبيه) الخيار ثابت لأحد الزوجين في صاحبه بوجود أحد هذه العيوب ولو وجد بمريد الرد منهما مثله، لأنه يتزايد بواسطة الاجتماع عادة لا لتأثيرها، فالأجزم له رد الجذمي مثلاً لما أجرى الله من العادة في خلقه من كراهة المعيب، وإن كان نظير ذلك العيب قائماً به، والمقتضي للخيار كراهة النفس لذي العيب، فالأبرص لا يحب الأبرص وهكذا. ثم شرع في العيب المختص بالمرأة بقوله: (و) ترد المرأة أيضاً من داء (الفرج) الذي لا يتأتى معه الجماع عرفاً إما لتعذره أو لعدم طيب النفس معه، وذلك كرتقها وعفلها وإفضائها وقرنها وبخرها، (فالرتق) هو انسداد المحل إما باللحم أو العظم، والعفل لحم يبرز في فرج المرأة يشبه أدرة الرجل وقيل رغوثة تحدث عند الجماع، والإفضاء اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول، وأحرى اختلاط مسلك البول والغائط، والقرن شيء يبرز في الفرج كقرن الشاة، والبخر هو نتن الفرج، وأما غير هذه كالاتحاضة وحرق الفرج وثنن الفم والسواد والكبر والصغر الفادح والعمى والثيوبه فلا رد

بها، ولو كان الزوج يظنها بصفة ذلك، قال خليل: لا يخلف الظن كالقرع والصواد من بيض وبتن الفم والثيوبة والعمور والمرض وكونها رشحاء أو زلاء إلا أن يكون الزوج شرط السلامة من ذلك، قال خليل: وبغيرها إن شرط السلامة ولو بوصف الولي عند الخطبة، وأما العيوب المتقدمة فيثبت بها الخيار، ولو لم يشترط من كره صاحبه من أجلها السلامة منها، وقدمنا ما يعلم منه الفرق بينها وبين غيرها من شدة النفس للمتصف بها. (تنبيهان) الأول: ستأتي الإشارة إلى عيوب الزوج المختصة به بقوله: ويؤجل المعترض سنة الخ، وأشار إليها خليل بقوله: وبخصائه وجبه وعتته واعتراضه، فالخصاء قطع الذكر أو الأنثيين فقط حيث لم ينزل، والجب قطع الذكر مع الأنثيين وأحرى لو خلق بغيرهما، والعنة صغر الذكر جداً، ولا يرد الزوج بغير ذلك من نحو كبر سن أو عمى أو عرج أو غير ذلك من العاهات التي تكرهها النفس كالجرب والصنان إلا بشرط السلامة منها، لأن الذي يظهر أن المرأة إذا اشترطت سلامة الزوج من الكبر أو العمى أو غير ذلك من العيوب غيرالمتقدمة يجب أن يوفي لها بشرطها، بل هي أحرى من وجوب الوفاء للزوج بشرطه، لأن المرأة محبوسة للرجل بخلافه لأن العصمة بيده، وبذلك على هذا أن العيب الحادث بعد العقد أو الدخول يثبت به الخيار للزوجة دون الزوج وحرره. الثاني: علم قررنا أن محل الرد بالعيب إما مطلقاً أو بالشرط، أن يكون سابقاً على العقد، وأن لا يحصل ممن يريد الرد علم به قبل العقد، ولا فعل بعد العلم يدل على الرضا به كتلذذ أو طول إقامة هي مظنة للعلم به وإلا سقط الخيار، إلا المرأة تجد الرجل معترضاً وتمكنه من نفسها راجية زوال عذره فلم يزل عذره فهي على خيارها، وتصديق في دعواها أنها إنما مكنته راجية زوال عذره، بخلاف زوجة نحو الخصي والمجبوب تمكنه من نفسها بعد علمها بعيبه فلا يقبل لها كلام بعد ذلك، ووجه الفرق إمكان زوال الاعتراض مع وجود آلة الوطء، بخلاف زوجة الخصي أو المجبوب تمكنه من نفسها بعد علمها بعيبه فلا يقبل اعتذارها لاستحالة زوال نحو الخصاء بخلاف الاعتراض. الثالث: إذا تنازعا في العلم بالعيب قبل العقد فإن المدعى عليه العلم يحلف على نفي علمه، قال خليل: وحلف على نفيه فإن حلف ثبت له الخيار، وإن نكل حلف الآخر وسقط الخيار لصاحبه. الرابع: بقي قسم يثبت به الخيار للزوجة دون الزوج في الزوجة وهو الجذام أو البرص أو الجنون الحاصل بالرجل بعد العقد ولو بعد الدخول، فيجب للمرأة الخيار في الزوج، قال خليل: ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده وإن شك في ذلك فالأصل السلامة، ووجه الفرق قدرة الرجل على الفراق دون المرأة. ثم شرع فيما تستحقه المرأة بعد اختيارها بقوله: (فإن دخل) الزوج البالغ (بها) أي بزوجه المطيقة ذات العيب الذي ترد به بغير شرط (و) الحال أنه (لم يعلم) بعيبها إلا بعد دخوله بها ولم يحصل منه بعد علمه بعيبها ما يدل على رضاه بل كف عنها وطلقها.

زَوْجَهَا أَخُوهَا وَإِنْ زَوَّجَهَا وَلِيِّيَ وَلَيْسَ بِقَرِيبٍ الْقَرَابَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَلَا يَكُونُ لَهَا إِلَّا رُبْعٌ

(أدى صداقها) أي وجب عليه أن يدفع لها جميع ما سماه لها لأنها استحقته بالوطء، ويصدق الزوج في عدم العلم بالعيب قبل الدخول بها، وظاهر كلام المصنف كخليل إن لها الصداق بالدخول، ولو كان الزوج عنيماً أو مجنوناً وهو طريقة ابن الحاجب قائلاً: لأن الذي عقد لأجله قد حصل، خلافاً لابن عرفة حيث قصر الكلام على من يتصور منه الوطء الكامل كالأجذم لا من ذكره صغير جداً أو لا ذكر له كالمجبوب. (و) إذا أدى الزوج الصداق لها (رجع به) كله (على أبيها وكذلك إن زوجها أخوها) يرجع الزوج عليها بجميع الصداق الذي أداه لها، وكل من غرم من الأب أو الأخ الصداق لا يرجع على الزوجة بشيء منه وتفوز بما قبضه لأنها لم تحضر العقد، والغرام هو الولي الذي لم يخف عليه أمرها، ومفهوم دخل أنه لو علم السالم بعيب الآخر قبل الدخول وفارق فإنه لا شيء للزوجة من الصداق، لأن العيب إن كان بالزوجة فهي غارة، وإن كان في الزوج فالفراق جاء من قبلها، وسواء كان العيب يوجب الرد مطلقاً أو بمقتضى الشرط، قال خليل: ومع الرد قبل البناء فلا صداق وبعده فمعه عيبه المسمى، ومعها رجوع بجميعه على ولي لم يغب كإبن وأخ ولا شيء عليها، وما ذكره خليل من أنه لا شيء للمرأة مع الرد قبل البناء ظاهره كان العيب بها أو به كان الرد بلفظ الطلاق أم بغيره، وفي الأجهوري ما محصله: هذا إن كان العيب بالزوج لأنها التي اختارت مفارقتها، وكذا إن كان بالزوجة وردها بغير لفظ الطلاق، وأما لو ردها بلفظ الطلاق للزوجة النصف لها، ولعل وجه الفرق أن الرد بلفظ الطلاق يقتضي الرضا بها ثم فارقتها بعد ذلك، ولكن تقدم لنا ما يقتضي أن الرد هنا إنما يكون بلفظ الطلاق لأنه نكاح صحيح، فلم يحصل فيه الرد إلا بالطلاق فراجع ما قدمناه.

وما قدمناه من أن الولي الذي لا يخفى عليه أمرها إذا غرم جميع الصداق للزوج لا يرجع عليها بشيء محله إذا لم تكن حاضرة بمجلس العقد، وأما لو حضرت مجلس العقد فقد أشار إليه خليل بقوله: وعليه وعليها إن زوجها بحضورها كاتمين، ثم للولي عليها إن أخذه منه لا العكس، ولما مر حكم ما إذا زوجها قريبها الذي لا يخفى عليه أمرها، شرع في بيان حكم ما إذا زوجها وليها البعيد الذي يخفى عليه أمرها بقوله: (وإن زوجها) أي ذات العيب (ولي ليس بقريب القرابة) كابن العم ونحوه ممن يخفى عليه أمرها ودخل بها الزوج غير عالم بعيبها ثم فارقتها (فلا شيء عليه) أي فلا رجوع للزوج عليه بشيء مما أخذته الزوجة من الصداق (و) إنما يرجع على الزوجة بجميع الصداق بحيث (لا يكون لها) منه (إلا ربع دينار) قال خليل: ورجع عليها في كابن العم إلى ربع دينار، فإن علم بأمرها فكقريب القرابة في التفصيل السابق، فإن قيل: ما الفرق إذا رجع على الولي يرجع عليه بجميع الصداق من غير ترك ربع دينار، وإذا رجع عليها يجب عليه أن يترك لها ربع دينار؟ فالجواب من وجهين: أحدهما أنه لو رجع عليها بجميعه لزم عرواً البضع عن الصداق

دَيْنَارٍ وَيُوَخَّرُ الْمُعْتَرِضُ سَنَةً فَإِنْ وَطِئَ وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَتْ وَالْمَفْقُودُ يُضْرَبُ لَهُ

وهو لا يجوز لأن ربع الدينار حق الله . وثانيهما إذا رجع على الولي تفوز هي بجميع الصداق فلم يعر بضعها عن صداق، وأخذ بعض العلماء من كلام المصنف من التفرقة بين العلم فيرجع عليه وعدمه فلا يرجع عليه، من أكرى مطمورة يخزن فيها الحب مثلاً وهو يعلم أن جميع ما يوضع فيها يسوس فساس جميع ما وضعه المكثري يرجع عليه، كما يرجع على الولي العالم بعيب المنكوحه، وبذلك حكم ابن عبد السلام، وأما لو باع المطمورة لما رجع عليه بشيء، ومثل ما حكم به ابن عبد السلام من نوازل الشعبي عن محمد بن عبد الملك الخولاني فيما إذا باع أو أكرى خابية دلس فيها بالكسر وعلم أن المكثري يجعل فيها زيتاً جعله فيها فانهرق من كسرها فإنه يضمن في الكراء لا في البيع، من التثائي بتصرف للإيضاح: ولعل وجه الفرق بين الكراء والبيع أن المشتري مقصر بعدم الفحص عن حالها بخلاف الكراء لا تقصير عند المكثري، لأن المكثري أكرها لمن له انتفاع بها في تلك الحالة فالمكثري غار، ولا يقال: كذلك البائع، لأن نقول: يمكن أن المشتري اشتراها لا ليضع فيها شيئاً بل ليتملك محلها وحرره.

(تنبيهان) الأول: قد قدمنا أن الولي البعيد إذا علم بعيبها يكون كالقريب جداً، فإن تنازع الزوج مع البعيد في العلم وعدمه فالقول قول الولي البعيد بيمينه لأنه لا يعلم عيبها، فإن حلف برىء، وإن نكل غرم للزوج جميع الصداق بمجرد نكوله في دعوى الاتهام وبعد حلفه في دعوى التحقيق، وإذا برىء الولي من الصداق إما بحلفه أو بنكول الزوج في دعوى التحقيق فإنه يضيع الصداق على الزوج إذ لا رجوع له به على المرأة على المعتمد، كما لا يرجع عليها إذا لا يبرأ الولي ولكن أعسر. الثاني: ما قدمناه من أن الرد قبل البناء لا شيء فيه للمرأة، سواء كان بعيب يوجب الخيار مطلقاً أو بالشرط واضح، وعليه شراح خليل، وأما بعد البناء فيجب قصر الحكم الذي ذكره المصنف على الرد بما يوجب الخيار من غير شرط، وأما ما لا يوجبه إلا بشرط كعدم البياض ونحوه مما لا خيار فيه إلا بالشرط، فإنه إذا دخل الزوج ولم يجد ما شرطه فإنها ترد إلى صداق مثلها ويسقط عنه ما زاده لأحل ما اشترطه، أي ما لم يكن صداق مثلها أكثر من المسمى، فيدفع لها المسمى ولا يرجع بجميع الصداق، فليس كالعيب الذي يثبت به الخيار من غير شرط. ثم شرع في الكلام علي بعض ما يختص بالرجل بقوله: (ويؤجل المعترض سنة) بعد الصحة من يوم الحكم وإن مرض والعبد نصفها. والمعنى: أن الزوج إذا وجدته المرأة معترضاً وهو المسمى عند العامة مربوطاً أي له آلة لكن لا تنتشر عند الوطاء إما بسحر أو مرض، فإنه يضرب له أجل يتحيل فيه على إزالة اعتراضه وقدره سنة إن كان الزوج حراً، ونصفها إن كان عبداً، وابتداء تلك المدة من يوم قيام الزوجة إن كان الزوج صحيحاً، فإن قامت وهو مريض فابتداؤها بعد الصحة والحكم، ولا ينظر إلى طريان المرض بعد ذلك. (فإن وطئ)

الزوج في تلك المدة وصدفته المرأة على ذلك أو لم تصدقه ولكن حلف على الوطء في السنة سقط خيارها بمنزلة ما إذا حصل له الاعتراض بعد وطئها (وإلا) بأن انقضت السنة للحر والنصف للعبد ولم يوطأ مع تصديقها له، أو لم يحلف على الوطء مع إنكارها. (فرق بينها) بطلقة بائنة. (إن شاءت) الزوجة الفراق لأنه من حقها، فإن امتنع من الطلاق فهل يطلق الحاكم أو يأمرها بالطلاق ثم يحكم به؟ قولان: فلو رضيت بعد الأجل بالإقامة مدة مع بقاء الاعتراض ثم أرادت القيام فلها ذلك من غير ضرب أجل، قال خليل: ولها فراقه بعد الرضا بلا أجل، بخلاف ما لو قالت: رضيت بالبقاء معه من غير تقييد بمدة، أو قالت: أقعد معه الأبد، فليس لها فراقه بعد ذلك، ويظهر من كلام أهل المذهب أن زوجة المجذوم لها الفراق وإن رضيت بالإقامة معه طول عمرها أو أطلقت، ولعل الفرق شدة الضرر اللاحق لها دون زوجة المعترض. (تنبيهات) الأول: كلام المصنف في المعترض الذي لم يتقدم منه وطء قبل اعتراضه كما قدمناه، ولا فرق حينئذ بين كون اعتراضه سابقاً على العقد أو متأخراً عنه، وأما لو وطئها سليماً ثم حصل له الاعتراض بعد وطئه فلا خيار للمرأة لأنها مصيبة نزلت بها، كحصول أدرة له مانعة له من الوطء وهو المعروف عند العامة بالقبليط، أو حصل له هرم بعد الوطء فلا خيار للمرأة، اللهم إلا أن تخشى على نفسها الزنا فلها التطلق، لأن للمرأة التطلق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال.

الثاني: إذا تنازع المعترض مع الزوجة في الوطء وعدمه بعد انقضاء السنة فقد ذكرنا أنه يصدق، قال خليل: وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه، فإن نكل حلفت ولها التطلق، وإن نكلت لزمها البقاء، بخلاف لو ادعى بعد انقضاء الأجل الوطء بعده فلا يصدق، وأما لو وقع التنازع قبل انقضاء الأجل فإنه يحلف ويبطل اختيارها، فإن نكل بقيت زوجة إلى الأجل، وليس لها أن تحلف لأن بقية الأجل من حقه، فإن حلف أو وطئ عنده بطل خيارها، وإن تمادى على إنكاره حلفت وإلا بقيت زوجة فالصور ثلاث.

الثالث: لم يتكلم المصنف على صداقها، والحكم أنها تستحقه بالوطء أو بانقضاء السنة لأن إقامة السنة عندنا كالوطء.

الرابع: لم يتكلم المصنف على النفقة لزوجة المعترض، وقد اضطرب فيها كلام الشيوخ، فاستظهر العلامة خليل عدم النفقة لها، ومذهب المدونة خلافه وأن لها النفقة، قال الأجهوري ما محصله: إن كلاً من امرأة المجنون والأجذم والأبرص والمعترض متساويات في وجوب النفقة بالدخول أو بالتمكين منه، وإذا منعت واحدة منهن نفسها من الزوج بعد وجوب النفقة بما ذكرنا فإنها تسقط عنه إلا امرأة المجنون فلا تسقط نفقتها ولو منعت نفسها منه لما يلحقها من الضرر، ومثلها زوجة المعسر بالصداق إذا منعت نفسها حتى يؤدي صداقها لاحتمال أن يكون له مال فكتمه.

الخامس: مفهوم المعترض يقتضي أن غيره من ذوي العيوب لا يؤجل وليس كذلك، بل كل من يمكن زوال عيبه كالأجلد والأبرص والمجنون يؤجل سنة عند رجاء برئه، قال خليل: وأجلا فيه وفي برص وجدام رجي برؤهما سنة، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة، ولا بين العيب السابق على العقد والحادث بعده، لكن قد علمت أن السابق على العقد فيه الخيار لكل منهما، والمتأخر على العقد إنما يجب به الخيار للزوجة فقط، وقيدنا بمن يمكن زوال عذره احترازاً عن الخصي والعنين فلا فائدة من تأجيلهما.

السادس: لم يعلم من كلام المصنف حكم المرأة إذا طلبت التأخير لمداواة عيبيها، ومحصله أنها إذا كان يمكن زوال عيبيها بمعالجة فإنها تؤجل له مدة باجتهاد أهل الخبرة، قال خليل: وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد ولا تجبر عليه إن كان خلقة، قال شراحه: ولا مفهوم للرتقاء بل ذات القرن والعقل مما يمكن مداواته، كذلك ويلزم الرجل الصبر حيث لم يلزم على مداوتها حصول عيب في فرجها، كما أنها تجبر على ذلك إذا طلبه الزوج إذا كان لا ضرر عليها في المداواة، فالصور أربع للمتأمل.

السابع: لم يذكر ما إذا ادعى أحد الزوجين عيباً بصاحبه والآخر ينكر ومحصله: أنه إن كان يجوز النظر إلى محله فلا يثبت إلا بينة من الرجال كان برجل أو امرأة، كالجدام والبرص حيث كان في ظهر أو بطن الرجل أو في كف أو وجه المرأة، وأما في غير ما ذكر فإن كان في دبر أو فرج فيقبل قول صاحبه بيمينه كان رجلاً أو امرأة، إلا إن كان يمكن علمه بغير نظر كالخصاء والجب فإنه يجس، قال خليل: وجس على ثوب منكر الجب ونحوه، وصدق في الاعتراض كالمرأة في دائها أي في نفي دائها، ولا ينظرها النساء إلا برضاها، ولا بد من حلفها على ما ادعته، وأما لو كان عيبيها داخل الثياب وفي غير الفرج والدبر فلا يثبت إلا بشهادة بينة من النساء، فتلخص أن عيوب النساء على ثلاثة أقسام: ما لا يثبت إلا بالرجال كالمعلق بالوجه والكفين، وما لا يثبت إلا بالنساء وهو ما كان بنحو بطنها أو ظهرها، وما يرجع فيه لقولهن بعد حلفهن وهو داء الفرج، وقولنا: إلا برضاها نص عليه شراح خليل عند قوله: فإن أتى بامرأتين تشهدان له قبلتا، ولنا فيه بحث محصله: كيف يباح النظر إلى العورة برضا صاحبها مع تصديقه في نفي العيب، ويلزم عليه جواز نظرنا إلى عورة الرجل إذا رضي عند دعواها أو بدبره برصاً أو جذاماً، بل كان الرجل أولى بالجواز من المرأة، ولم أر من تعرض لذلك فحرره. ولما فرغ من الكلام على عيوب الزوجين شرع يتكلم على أحكام الزوج المفقود فقال: (والمفقود) وهو كما قال ابن عرفة: من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فالأسير ونحوه مما لا يمكن الكشف عنه لا يسمى مفقوداً في اصطلاح الفقهاء، والمراد هنا المفقود في بلاد الإسلام، كما يعلم من إمكان الكشف عنه ولم يعلم له موضع وكان فقده في غير مجاعة ولا وباء، فإن لم ترض زوجته الفواكه الدواني ج ٢ - ٥٣

أَجَلٌ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ تَرَفَعُ ذَلِكَ وَيَنْتَهِي الْكُشْفُ عَنْهُ ثُمَّ يَعْتَدُ كَعِدَّةِ الْمَيِّتِ ثُمَّ تَتَزَوَّجُ إِنْ

بالصبر إلى قدومه فلها أن ترفع أمرها إلى الخليفة أو القاضي أو من يقوم مقامه في عدمه، أو والي الماء وهو الذي يجبي الزكاة، فإن لم تجد واحداً من هؤلاء رفعت لصالحه جيرانها ليفحصوا عن حال زوجها، لكن بعد أن تثبت الزوجية وغيبية الزوج والبقاء في العصمة إلى الآن، وإذا ثبت ذلك عنده كتب كتاباً مشتملاً على اسمه ونسبه وصفته إلى حاكم البلد الذي يظن وجوده فيه، وإن لم يظن وجوده في بلد بعينه كتب إلى البلد الجامع، واستصوب ابن ناجي أن أجره الرسول الذي يفحص عن المفقود على الزوجة، فإذا انتهى الكشف ورجع إليه الرسول وأخبره بعدم وقوفه على خبره فالواجب أن (يضرب له أجل) قدره (أربع سنين) للحر وستان للعبد، والمعتمد أن هذا التحديد محض تعبد لفعل عمر بن الخطاب وأجمع عليه الصحابة، ومحل التأجيل المذكور إن كان للمفقود مال تنفق منه المرأة على نفسها في الأجل، وأما إن لم يكن له مال فلها التطبيق عليه بالإعسار من غير تأجيل لكن بعد إثبات ما تقدم، وتزيد إثبات العدم واستحقاقها للنفقة وتحلف مع البينة الشاهدة لها أنها لم تقبض منه نفقة هذه المدة ولا أسقطتها عنه، وبعد ذلك يمكنها الحاكم من تطبيق نفسها بأن توقعه ويحكم به أو يوقعه الحاكم، ومثل المفقود من علم موضعه وشكت زوجته من عدم النفقة يرسل إليه القاضي: وإما أن تحضر أو ترسل النفقة أو تطلقها، وإلا طلقها الحاكم، بل لو كان حاضراً وعدمت النفقة قال خليل: ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية، ثم بعد الطلاق تعتد عدة طلاق بثلاثة أقرأ للحررة وقرأين للأمة فيمن تحيض، وإلا فثلاثة أشهر للحررة والزوجة الأمة لاستوائهما في الأشهر.

ثم بين ابتداء الأجل بقوله: (من يوم ترفع) زوجته (ذلك) أي أمر زوجها ويرسل الحاكم في النواحي للكشف عنه. (وينتهي الكشف عنه) فحينئذ يضرب له الأجل، وليس المراد أنه يضرب له الأجل بمجرد الرفع بل بعد تمام الكشف، وإلى جميع ما سبق أشار خليل بقوله: ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والولي والي الماء وإلا فلجماعة المسلمين، فيؤجل أربع سنين إن دامت نفقتها، والعبد نصفها من العجز عن خبره، ثم اعتدت كالوفاة كما يأتي.

(تنبيهات) الأول: لم ينص المصنف على من ترفع له زوجة المفقود، وقد ذكرنا عن خليل أنه القاضي أو الوالي أو جماعة المسلمين، ولكن عند وجود الثلاثة لا ترفع إلا للقاضي لا لغيره، فإن رفعت لغيره مع التمكن من الرفع له حرم عليها ذلك، وإن مضى ما فعله إن كان هو الوالي أو والي الماء لا جماعة المسلمين، هذا ما يظهر من كلام ابن عرفة كما قاله الأجهوري، وأما لو رفعت لجماعة المسلمين مع وجود الوالي أو والي الماء فالظاهر مضي فعلهم، وفي السنهوري وتبعه اللقاني أن ظاهر كلام خليل أن الثلاث في مرتبة واحدة وهو كذلك إلا أن القاضي أضبط، ووجود القاضي أو غيره مما ذكر مع كونه

شَاءَتْ وَلَا يُورَثُ مَالُهُ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّمَانِ مَا لَا يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ وَلَا تُخْطَبُ الْمَرْأَةُ

يجوز أو يأخذ المال الكثير بمنزلة عدمه فترفع لجماعة المسلمين. الثاني: ظاهر كلام المصنف كخليل سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا، لوجوب لوازم الزوجية بإطاعتها وبلوغ زوجها وتمكينها من نفسها ولو بالقوة كما مر. الثالث: لو كان للمفقود زوجات ورفعت واحدة لنحو القاضي، ثم رفعت واحدة أخرى، فإن الأجل المضروب للأولى يكون أجلاً للباقيات إن طلبن الفراق، قال خليل: والضرب لواحدة ضرب لقيتتهن. (ثم) بعد انقضاء الأجل المضروب بعد تمام الكشف عن حاله ولم يظهر (تعنت) زوجته (كعدة) زوجة (الميت) وهي أربعة أشهر وعشراً للحرة، وشهران وخمس ليال مع أيامها إن كانت رقيقة، ويلزمها ما يلزم المتوفى عنها من الإحداد. زمن عدتها، ولا تحتاج إلى إذن الحاكم عند شروعها في العدة، ولا نفقة لها في زمن عدتها، وأما في مدة الأجل فتنفق من مال الزوج، وإنما قال كعدة الميت لأن موته غير محقق، قال خليل: ثم اعتدت كالوفاة وسقطت بها النفقة ولا تحتاج فيها إلى إذن وليس لها البقاء بعدها. (ثم) بعد العدة (تتزوج إن شاءت) وليس لها بعد انقضاء العدة البقاء في عصمة المفقود لأنها أبيحت لغيره، ولا حجة لها في أنه يكون أحق بها إن قدم لأنها على حكم الفراق حتى تظهر حياته، إذ لو ماتت بعد العدة لم يوقف له إرث منها.

(تنبيهان) الأول: لم يعلم من كلامه حكم ما لو جاء المفقود أو تبين أنه حي وحكمها حينئذ كذات الوليين، فإن جاء أو تبين أنه حي أو مات وهي في عدتها أو بعدها وقبل العقد أو بعد العقد وقبل الدخول أو بعد الدخول، ولكن علم المتزوج بها بأن زوجها المفقود جاء أو لم يعلم لكن كان عقده فاسداً مجتمعاً على فساد، فلا تفوت على المفقود في هذه الصور، بخلاف لو جاء أو تبين أنه حي أو مات بعد تلذذ الثاني بها غير عالم في نكاح صحيح أو يفوت بالدخول فإنها تفوت على المفقود، قال خليل: فإن جاء أو تبين أنه حي أو مات فكالوليين. الثاني: تكلم المصنف على حكم زوجة المفقود ولم يتكلم على أم ولده، وحكمها كما له في الوقف إلى انقضاء مدة التعمير حيث كان لسيدها مال تنفق منه، وإلا تجز عتقها على قول الأكثر وتتزوج بعد حيضة لأنها عدتها من سيدها، فإن لم تحض فثلاثة أشهر، وأشار إلى حكم ماله بقوله: (ولا يورث ماله) أي المفقود في بلاد الإسلام لأن الكلام فيه (حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله) وهي مدة التعمير واختلف فيها فقيل سبعون سنة وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب، قال القاضي عبد الوهاب: وهو الصحيح، وقيل: ثمانون سنة، وحكم بخمس وسبعين، وإن اختلف الشهود في سنة فالأقل، ولا يشترط في شهادتهم تحقيق بل تجوز على التقدير وغلبة الظن.

(تنبيهان) الأول: ما مر من ضرب الأجل إنما هو في زوجة المفقود في بلاد الإسلام كما قدمنا، وأما زوجة مفقود أرض الشرك ومثلها زوجة الأسير فإنهما يبقيان لانقضاء مدة

فِي عِدَّتِهَا وَلَا بَأْسَ بِالتَّعْرِيزِ بِالقَوْلِ المَعْرُوفِ وَمَنْ نَكَحَ بِكْرًا فَلَهُ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهَا سَبْعًا

التعمير وأولى مالهما، وإنما لم يضرب لهما أجل كزوجة مفقود أرض الإسلام لتعذر الكشف عن زوجها ومحل بقائهما إن دامت نفقتهما كغيرهما وإلا فلهما التطليق. قال الأجهوري في شرح خليل: وإذا جاز لها التطليق بعدم النفقة فإنه يجوز لها إذا خشيت على نفسها الزنا بالأولى لشدة ضرر ترك الوطء الناشئ عنه الزنا، ألا ترى أنها لو أسقطت النفقة عن زوجها يلزمها الإسقاط، وإن أسقطت عنه حقها في الوطء لا يلزمها ولها أن ترجع فيه، وأيضاً النفقة يمكن تحصيلها من غير الزوج بتسلف ونحوه بخلاف الوطء، فإذا مضت مدة التعمير يحكم بموت من ذكر وتعتد زوجته عدة وفاة، ويقسم ماله على ورثته حيثئذ لا على ورثته حين فقده ما لم يثبت موته يوم الفقد أو بعده، فالمعتبر ورثته يوم ثبوت الموت، فإن جاء بعد قسم تركته فإن القسم لا يمضي ويرجع له متاعه، ولا يقاس ها هنا على ما ذكره في مسألة الاستحقاق فيمن اشتهر بجزية وأوصى ومات فإن الوصي لا يضمن، ويمضي بيع الوصي إن عذرت بينته لأن ذلك بمعاوضة، قاله الأجهوري نقلاً عن خط بعض أشياخه، وأما زوجة المفقود في معترك المسلمين فتعد بعد الفراغ من القتال والاستقصاء في الكشف عنه، ولا يضرب لها أجل لأنه يحمل أمره على الموت، ولذلك يقسم ماله حين شروعها في العدة، أما لو شهدت البينة على أنه خرج من الجيش ولم تشاهده في المعترك فإنه يكون كالمفقود في بلاد المسلمين فيجري في زوجته ما تقدم، وأما زوجة المفقود في زمن المجاعة أو الوباء أو الكبة أو السعال فتعد بعد ذهاب ذلك المرض، وأما زوجة المفقود في القتال الواقع بين المسلمين والكفار فإنها تعد بعد مضي سنة كائنة بعد الفحص عن حاله وبقي من شك في حاله هل فقد في بلاد المسلمين أو الكفار؟ لا نص في حاله، قال الأجهوري: وينبغي العمل بالأحوط، فتعامل زوجته معاملة زوجة مفقود أرض الشرك، بخلاف من سافر في البحر فانقطع خبره فسيبيله سبيل المفقود، إلا أن يكون فقد في شدة ريح والمراكب في المرسى ولم يتبين له خبر، فيحكم بموته لغلبة الظن بغرقه، فتلخص أن المفقود على ستة أقسام وقد مرت مفصلة الأحكام. الثاني: لو مات مورث الغائب وقف نصيب ذلك الغائب منه، فإن قدم أخذه وإن مات بالتعمير فإنه يرجع الموقوف لورثته الميت الأول حين مات المعمر، ويرث المعمر ورثته حين مات بالتعمير، ولما قدم أن النكاح في العدة يؤيد التحريم شرع في بيان ما يحرم من أسبابه في زمنها بقوله: (ولا) يجوز (أن) تخطب) بالبناء للمفعول ونائب الفاعل (المرأة في عدتها) والمعنى: أنه يحرم على غير صاحب العدة التصريح بالخطبة للمعتدة، قال خليل: وصريح خطبة معتدة ومواعدها كوليها ولو عدة طلاق رجعي، وإن كان الدخول بها في عدتها لا يؤيد كما قدمنا، والمواعدة مفاعلة من الجانبيين، وأما لو حصل الوعد من أحدهما لكره فقط وقيدنا بغير صاحب العدة، لأن صاحب العدة من الطلاق البائن بدون الثلاث يجوز له العقد عليها من عدتها فضلاً عن

دُونَ سَائِرِ نِسَائِهِ وَفِي الثَّيْبِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ فِي مَلِكِ الْيَمِينِ فِي الْوَطْءِ

الخطبة . (تنبيهان) الأول: مثل المعتدة المستبرأة من الزنا تحرم خطبتها في زمن استبرائها ولو منه وكذا مواعدها، والفرق بين المعتدة والمستبرأة واضح . الثاني: لم يبين المصنف حكم ما لو اقتحم النهي وخطبها في عدتها أو استبرائها وفيه تفصيل، فإن عقد عليها بعد العدة أو الاستبراء استحباب له فراقها، قال خليل: وكره عدة من أحدهما وتزويج زانية أو مصرح بها بعدها وندب فراقها وإن عقد عليها زمن عدتها ودخل بها ولو بعد انقضاء عدتها، فلا تحل له أبداً إن كانت عدة وفاة أو طلاق بائن وقد قدمنا ذلك، وأشار إلى مفهوم التصريح بالخطبة بقوله: (ولا بأس بالتعريض) من مريد النكاح أو وليه للمعتدة في زمن عدتها (بالقول المعروف) أي الحسن المقتضي لترغيبها في نكاحه، قال خليل: وجاز تعريض: كفيك راغب، وأنا لك محب، وأبشري بالخير، ونحو ذلك من كل ما يرغبها في نكاحها منه، ومحل التفرقة بين التصريح والتعريض فيمن يعرف الفرق بينهما كأهل العلم والصلاح، وأما من لا يعرف الفرق فيحرم عليه كل منهما، ومحل أيضاً في المعتدة من طلاق غيره البائن لا الرجعي، فيحرم التعريض لها إجماعاً كما نقله الأجهوري وعزاه للقرطبي .

(تنبيهان) الأول: لم يتكلم على حكم إرسال الهدية للمعتدة، ونص خليل على جوازه لما فيه من إظهار المودة المطلوبة شرعاً بين سائر المسلمين، ولكن قال ابن ناجي: الهدية في زماننا أقوى من المواعدة، فالصواب حرمتها إن لم يكن تقدم مثلها، وأقول: ينبغي أن يعلم أنه فعلها لا لإرادة النكاح، وأما إجراء النفقة عليها في زمن العدة فلا نزاع في حرمة لأنه كالتصريح بالخطبة بل أقوى . الثاني: لو أهدى أو أنفق وتزوجت غيره ثم أراد الرجوع عليها فلا رجوع له بما أهداه على مذهب ابن القاسم، وفي التوضيح للعلامة خليل: أن غير المعتدة لا رجوع عليها بما أنفق، وذكر الشمس اللقاني تفصيلاً محصله: إن كان عدم النكاح من جهة الرجل لا يرجع، وإن كان من جهة المرأة رجوع، قال الأجهوري: وهذا حيث لا عرف ولا شرط وإلا عمل به، وأقول: العرف في زماننا على هذا التفصيل . ثم ذكر مسألة كان الأنسب ذكرها في باب القسم فقال: (ومن نكح) على زوجته (بكرًا) ولو صغيرة أو أمة أو كتابية (فلها) عليه (أن يقيم عندها سبعة) أي سبعة أيام بلياليها (دون سائر نسائه) ويحرم عليه أن يدخل على واحدة منهم في خلال السبعة . (و) أما لو تزوج (الثيب) على غيرها لقضى عليه بالإقامة عندها (ثلاثة أيام) بلياليها، قال خليل: وقضى للبكر بسبع وللثيب بثلاث، وإنما تميزت البكر من الثيب بطول الإقامة عندها لما عندها من الوحشة بفراق أهلها وأيضاً للثيب من الزوج، بخلاف الثيب والإقامة المذكورة لا تنافي الخروج لقضاء مصالحه وصلاته الجمعة وحضور الجماعة، وما قيل من أن لها منعه فليس على مذهب مالك، وبعد تمام المدة يجب القسم ويبدأ بأيتهن أحب، واستحب ابن المواز البداءة

فَإِنْ شَاءَ وَطءَ الْأُخْرَى فَلْيُحْرَمْ عَلَيْهِ فَرْجَ الْأُولَى بِبَيْعٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ عِتْقٍ وَشِبْهِهِ مِمَّا تَحْرُمُ بِهِ

بالقديمة، وأما المرأة التي تزوجها ابتداء فلا يلزمه الإقامة عندها ولا البيات إلا أن يقصد إضرارها، فعليه إزالة الضرر بالبيات عندها أو بالمؤانسة كما قدمناه (تنبيه) قد قدمنا لو تزوج امرأتين في ليلة أنه يبدأ في السابقة في الدعوة للدخول أو بالعقد إن تساويا في الدعوة وإلا أقرع، وهذا على الراجح من أن الحق للمرأة، وأما على مقابله فالخيار للزوج. ثم شرع في مسألة كان الأنسب ذكرها عند الكلام على المحرمات من النساء فقال: (ولا) يجوز بمعنى يحرم أن (يجمع) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل (بين الأختين) ونحوهما كعمتين أو خاليتين أو امرأة وأمها. (في ملك اليمين وطء) أو غيره من أنواع الاستمتاع لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وقد تقدم أنه لا مفهوم للأختين، وأما الجمع بينهما في الخدمة أو واحدة للخدمة وواحدة للوطء فلا حرج، وأما لو كان تحتها واحدة ووطئها وأراد أن يجمع معها غيرها ممن يحرم جمعه معها فأشار إليه بقوله: (فإن شاء) بعد تلذذه بواحدة (وطء الأخرى) أي التي يحرم جمعها مع التي تلذذ بها (فليحرم عليه) أي على نفسه (فرج الأولى) التي تلذذ بها إما (ببيع) بت ولو بعيب دلس به على المشتري (أو كتابة أو عتق) ولو لأجل (وشبهه) أي ما ذكر (مما يحرم به) من كل فعل يحرم فرج الموطوءة عليه كإتمامها الزمن الطويل كالأربع سنين، أو عقد نكاحها اللازم، أو أسرها أو إياقها الموجبين للإياس من عودها، قال خليل: وحلت الأخت ببيئونة السابقة، أو زوال ملك يعتق وإن لأجل أو كتابة أو إنكاح بحل المبتوتة، وقال عبد الوهاب: تحل له أختها بكل عقد ليس له حله، فلا تحل بفساد لم يفت، ولا ببيع خيار أو عهدة ثلاث أو إحدام مدة قصيرة، ولا بحيض ولا نفاس، أو استبراء من وطء فاسد، ولا بردة ولا بإحرام ولا بظهار ولا هبة لمن يعتصرها منه، ولا ببيعها أو هبتها لعبد.

(تنبيهان) الأول: لم يذكر المصنف حكم ما لو وطئ الثانية قبل تحريم الأولى عليه، والحكم أنه يعاقب بغير الحد، ويوقف عنهما معاً حتى يختار واحدة منهما للوطء ويحرم الأخرى، فإن حرم الأولى فلا يطأ الثانية حتى يستبرئها لفساد مائة الحاصل فيها، وإن حرم الثانية لم يستبرئها إلا أن يكون قد وطئها زمن الإيقاف قبل الاختيار، قال خليل: ووقف إن وطئها ليحرم فإن أبقى الثانية استبرأها. الثاني: لم يذكر المصنف حكم ما لو حلت له الثانية بشيء مما سبق مما يوجب تحريم الأولى، ثم رجعت الأولى إلى حالتها الأولى الخالية عن المحرم فلا ترجع الحرمة فيمن حلت، كما لو عجزت المكاتبه أو رجعت المأسورة أو رجعت المبيعة، قال الحطاب: من زوج أو ولده ثم اشترى أختها فوطأها ثم رجعت إليه أم ولده أقام على وطء الأمة، ولو ولدت الأمة منه ثم زوجها وأختها ثم رجعتا إليه جميعاً وطئ أيتها شاء إلا أن يطأ أولاهما رجوعاً، وقال أيضاً: من باع أمة بعد وطئها ثم تزوج أختها ولم يحصل منه وطء حتى اشترى المبيعة لم يطأ إلا الزوجة، لأن عقد

وَمَنْ وَطِئَ أُمَّةً يَمْلِكُ لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّهَا وَلَا ابْنَتُهَا وَتَحْرُمُ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَاؤِهِ كَتَحْرِيمِ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ بَيْنِ الْعَبْدِ دُونَ السَّيِّدِ وَلَا طَّلَاقَ لِصَبِيِّ وَالْمَمْلُوكَةِ وَالْمُخَيَّرَةُ لَهُمَا أَنْ يَقْضِيَا مَا

النكاح كالوطء في الملك، قال خليل: وإن عقد فاشترى فالأولى أي متعينة للبقاء، ثم أشار إلى أن وطء الملك يحصل به تحريم الموطوءة على أصل الواطء وفرعه كما يحرم بعقد النكاح بقوله: (ومن وطئ) من البالغين (أمة يملك) ولو فاسداً أو تلذذ منها بشيء من مقدماته (لم تحل له أمها) وإن علمت (ولا ابنتها) وإن سفلت قياساً على الزوجة، وأما وطء غير البالغ فلا يحرم عليه أم موطأته ولا ابنتها للقاعدة، وهي أن ما يصحل فيه التحريم بالوطء أو التلذذ يعتبر فيه بلوغ الواطء، وما يحصل فيه التحريم بمجرد العقد لا يشترط فيه بلوغ العاقد، كما أشار إليه علامة الزمان الأجهوري في شرح خليل. (وتحرم) أيضاً تلك الموطوءة أو المتلذذ بها (على آبائه) أي الواطء والمراد أصوله وإن علوا (و) تحرم أيضاً على (أبنائه) المراد فروعه وإن سفلوا، والحاصل أن تحريم المصاهرة بالتلذذ بالملك (كتحريم النكاح) أي العقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] وقال تعالى أيضاً: ﴿وَحَلَائِلَ أَبْنَائِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣] ومفهوم وطئ أن مجرد عقد الملك لا يحرم أصل المملوكة ولا فرعها على أصوله ولا على فروعه، بل ولا تحرم ذاتها على أصل المالك ولا على فرعه، بخلاف عقد النكاح فإنه يحرم كما قدمنا. (تنبيه) فهم مما قررنا أنه لا مفهوم للوطء بل مطلق التلذذ ولو بالنظر، كما فهم أيضاً ممن قوله بملك أنه لو وطئها بزنا لم يحصل التحريم المذكور على المعتمد، لأنه لا يحرم بالزنا حلال كما تقدم، وإطلاقه الوطء في المملوكة يتناول الوطء الحرام كما لو كانت المملوكة مجوسية، وبه أفتى بعض شيوخ الأجهوري ثم شرع في مسألة كان الأنسب تقديمها عند مسائل الطلاق بقوله: (والطلاق) كائن (بيد العبد) المكلف الذي تزوج بإذن السيد أو أمضاه له (دون السيد) لقوله ﷺ: «إنما يملك الطلاق من أخذ بالساق» وهو الزوج، وأما المتزوج بغير إذن سيده ففسخ نكاحه بيد سيده، قال خليل: وللسيد رد نكاح عبده بطلقة وتكون بائنة، بخلاف الأمة تتزوج بغير إذن سيدها فيتحتم على سيدها رد نكاحها كما قدمناه، وإنما قيدنا العبد بالمكلف لقول المصنف: (ولا طلاق) صحيح (لصبي) حر أو عبد، قال خليل: وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ولو سكر حراماً بحيث صار لا تتميز عنده ولو بأكل حشيشة، وكما لا يصح طلاق الصبي لا يصح طلاق المجنون والمكره ولا السكران بحلال ولا الكافر على المعتمد، وإنما يطلق على الصبي وليه لمصلحة، وهذه الشروط في طلاق الشخص لزوجته نفسه، وأما لو طلق زوجة غيره فيصح، قال خليل: وطلاق الفضولي كبيعه أي فيصح بإجازة الزوج ولو كان المطلق صبياً أو كافراً لأن المطلق حقيقة الزوج، ولذلك تعتد المطلقة من يوم إجازته لا من يوم الطلاق، والدليل على ما ذكر قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يبلغ، وعن المعتوه حتى يعقل» ولأن من

دَامَتَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَهُ أَنْ يُنَاكِرَ الْمَمْلُوكَةَ خَاصَّةً فِيمَا فَوْقَ الْوَاحِدَةِ وَلَيْسَ لَهَا فِي التَّخْيِيرِ

طلق تحرم عليه زوجته بطلاقه، وفعل غير المكلف لا يوصف بتحريم ولا تجوز، ولذلك لو أكره الشخص على طلقة فأوقع أكثر أو على العتق فطلق أو عكسه و على أن يهب أو يبيع البعض فوهب أو باع الكل لا يلزمه لشبهه بالمجنون، لكن يشترط في ذلك الإكراه كونه غير شرعي، وغلبة الظن بوقوع المخوف به إن لم يفعل، وقدرة المكره بالكسر على فعل ما خوف به المكره بالفتح. ثم شرع في الكلام على النيابة في الطلاق وهي أربعة أقسام: توكيل ورسالة وتخيير وتمليك، فالتوكيل كما قال ابن عرفة جعل إنشائه بيد المخير باقياً منع الزوج من إنشائه، فله عزل الوكيل منه قبل إيقاعه اتفاقاً، وحقيقة الرسالة جعل الزوج إعلام الزوجة بثوته لغيره إن كانا اثنين كفى أحدهما، والمراد بثوته حصوله من الزوج، وحقيقة التمليك جعل إنشائه حقاً لغيره راجحاً في الثلاث يخص بما دونها بنية، وحقيقة التخيير جعل الزوج إنشاء الطلاق لغيره ثلاثاً حكماً، أو نصاً عليها حقاً لغيره فقال: (و) المرأة (المملكة) أي التي ملكها زوجها عصمتها تملياً مطلقاً أي عارياً عن التقيد بالزمان والمكان بأن قال لها زوجها المسلم المكلف: ملكتك أمرك، أو طلاقك أو أمرك بيدك، أو طلقي نفسك، أو أنت طالق إن شئت (و) الزوجة (المخيرة) أي التي خيرها زوجها في اختيار نفسها أو البقاء في عصمة زوجها تخييراً مطلقاً عارياً عن التقيد بالزمان والمكان بأن قال لها: اختاريني أو اختاري نفسك، وخبر المخيرة والمملكة جملة. (لهما أن يقضيا) بالفراق أو البقاء (ما دامتا في المجلس) الذي وقع فيه التخيير أو التمليك ما لم توقف أو توطأ، فإن تفرقا بأبدانهما من غير قضاء بعد التمكن من الاختيار، أو أوقفها قاض أو وطئت أو طال المجلس بحيث خرجا عما كانا فيه سقط ما بيدها، إلا أن يهرب الزوج مريداً قطع ما بيدهما قبل مضي زمان تختار في مثله ولم تختار فإنه لا يسقط خيارها، وما ذكره المصنف هو قول مالك الأول الذي رجع عنه وأخذ به ابن القاسم، قال المتطي: وما أخذ به ابن القاسم به القضاء، وعليه جمهور أصحاب الإمام، والمرجوع إليه أنهما باقيان على ما جعل لهما ما لم يوقفا عند قاض أو يحصل من الزوج تمكين، ولو حصل مفارقة وخروج من المجلس، ومشى عليه العلامة خليل حيث قال: ورجع مالك إلى بقائهما بيدها في المطلق ما لو توقف أو توطأ، وأخذ ابن القاسم بالسقوط، والحاصل أنهما قولان للإمام والمعتمد منهما المرجوع عنه، وجرى عليه المصنف، لأن الإمام رجع إليه آخر أمره واستمر عليه إلى أن مات، وإن كان كلام العلامة خليل موهماً عدم الرجوع إليه، ومفهوم المطلق أن التخيير أو التمليك المقيد بزمان، كخيرتك أو ملكتك في هذا اليوم مثلاً، أو بالمكان كخيرتك أو ملكتك في هذا المكان أو المجلس، فإنه يتقيد به ولو طال، إلا أن يكون الحاكم اطلع على ذلك فيجب عليه أن يوقفا ولا يمهلها، قال خليل: ووقفت وإن قال إلى سنة متى علم.

أَنْ تَقْضِيَ إِلَّا بِالثَّلَاثِ ثُمَّ لَا تُكْرَهُ لَهُ فِيهَا وَكُلُّ خَالِفٍ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةٍ

(تنبيهات) الأول: يفهم من قول المصنف: لهما أن يقضيا ما دامتا في المجلس، أنه ليس للزوج عزلهما وهو كذلك، بخلاف لو وكلها في طلاقها فله عزلها قبل أن تطلق نفسها، إلا أن يتعلق لها بذلك حق فليس له عزلها، قال خليل: إن فوضه لها توكيلاً فله العزل إلا لتعلق حق لا تخيراً أو تمليكاً، والفرق بين التوكيل وغيره أن التوكيل يفعل بطريق النيابة عن الموكل، بخلاف المخير والمملك فإنما يفعل عن نفسه. الثاني: لم يذكر المصنف جواب المرأة المخيرة والمملكة، وأشار إليه خليل بقوله: وعمل بجوابها الصريح في الطلاق كطلاقه ورده كتمكينها طائفة، فإن أجابت بالطلاق بأن قالت: أنا طالق منك، أو طلقت نفسي، أو أنا بائنة، أو أنت بائن مني، عمل به وتطلق منه كما تطلق من الزوج بذلك لأنه صريح طلاق، وإن أجابت برد ما جعله لها عمل به كقولها: رددت ما جعلته لي أولاً أقبل ذلك منك، ومثل الرد باللفظ الرد بغيره، كمضي زمن تخييرها، وكتمكينها من نفسها بعد علمها وطوعها ولو مع جهلها بالحكم، ولو لم يفعل ما مكنته منه من قبله أو غيرها، لا إن مكنته من نفسها غير عالمة بالتخيير أو التمليك فلا يبطل ما جعله لها ولو وطئها بالفعل، والقول قولها في عدم العلم، وإن أجابت بما يحتمل القبول والرد بأن قالت: قبلت أو قبلت أمري أو ما ملكتني وطلب منها التفسير ويقبل ما فسرت به، فتحصل أنه يعمل بما أجابت به، سواء صريح اللفظ أو الكناية الظاهرة لا الخفية، فلا تعتبر هنا وإن اعتبرت من الزوج في الطلاق، لأن العصمة بيده أصالة فيقبل منه قصد حلها ولو باسقني الماء. ثم شرع يتكلم على ما لو أوقعت أكثر من طليقة ونازعها الزوج مدعيًا إرادة أقل فقال: (وله) أي الزوج الذي فوض لزوجته أمرها. (أن يناكر المملكة خاصة) إن أوقعت طليقتين أو ثلاثاً. (فيما فوق الواحدة) سواء كانت مدخولاً بها أم لا، ومثل المملكة المخيرة غير المدخول بها قال خليل: وناكر مخيرة لم تدخل ومملكة مطلقاً، وإنما يناكر الزوج كلاً منهما بشروط ذكر المصنف منها واحداً بقوله: فيما فوق الواحدة المشار إليه بقول خليل: إن زاد على طليقة وأن يكون نوى الواحدة عند التخيير أو التمليك لا إن نوى أكثر أو أطلق، وأن يبادر بالمنكرة عند سماع الزائدة، لا إن تأخر بعد السماع فلا منكرة له وإن كان جاهلاً، وأن يحلف أنه لم يرد الزائد، وتكون يمينه عند المنكرة في المدخول بها ليرجعها، وعند إرادة العقد على غيرها، وأن لا يكون كرر قوله: أمرك بيدك مثلاً مع عدم قصد التأكيد، وأن لا يكون التخيير أو التمليك مشروطاً للزوجة في صلب العقد، وإلا فلا منكرة له، وأشار إلى مفهوم الشرط الأول بقوله: (وليس لها) أي المخيرة المدخول بها (في التخيير) المطلق العاري عن التقييد بعدد. (أن تقضي إلا بالثلاث) قال خليل: وبطل في المطلق إن قضت بدون الثلاث، والمعنى: أنه يبطل ما بيدها وتبقى في عصمة زوجها بعد، ولها عما جعله الشارع لها من إيقاع الثلاث، وقيدنا التخيير بالمطلق للاحتراز عن المقيد بعدد فلا توقع أكثر

منه، فإن أوقعت أقل من معدد الذي سماه فإنما يبطل ما قضت به وتستمر على تخييرها، قال خليل: وبطل إن قضت بواحدة في اختيار تطليقتين أو في تطليقتين ومن تطليقتين، فلا تقضى إلا بواحدة، لأن من للتبعيض وإن أوقعت أكثر لزمه واحدة، ولما قدمنا أن محل منكرة المخيرة حيث كانت غير مدخول بها ذكر المدخول بها بقوله: (ثم المخيرة) تخييراً مطلقاً بعد الدخول (لا نكرة له فيها) عند إيقاعها الثلاث لبطلان ما بيدها إن قضت بأقل منها كما تقدم، قال خليل: ولا نكرة له إن دخل في تخيير مطلق، والفرق بين المملكة يناكرها ولو مدخولاً بها، والمخيرة لا يناكرها بعد الدخول بها دلالة اختاري نفسك على قطع العصمة، ولا تنقطع بعد الدخول إلا بالثلاث بخلاف ملكتك أمرك. (تتمات) الأولى: لم يعلم من كلام المصنف حكم التخيير، وفيه خلاف بالإباحة وعدمها، وأما التملك فمباح اتفاقاً، إلا إن قيد بالثلاث فينبغي جريان الخلاف فيه، وأما التوكيل فاستظهر بعض الشيوخ كراهته إن قيد بالثلاث وسكت عن حكمه عند عدم التقييد، ولعل حكمه الجواز كجواز التوكيل على البيع والشراء، وربما يفهم خفة أمره عن التخيير والتملك بجواز عزلها فيه دون التخيير والتملك، قال خليل: إن فوض لها توكيلاً فله العزل إلا لتعلق حق لا تخييراً أو تملكياً. الثانية: لم ينص المصنف على اشتراط بلوغ الزوج في التخيير والتملك لعلمه مما سبق من عدم صحة طلاق الصبي، بخلاف الزوجة فإنه يصح تخييرها وتملكها، ويصح ما قضت به حيث كانت مميزة مطلقاً، وقيل إن أطاقت الوطاء، ومثل المرأة في عدم اشتراط البلوغ الأجنبي، يجوز للزوج أن يفوض له أمر الزوجة تخييراً أو تملكياً أو توكيلاً، ولو كان الصبي ذمياً أو عبداً أو امرأة، ولكن لا يفعل إلا ما فيه المصلحة، ويصير بمنزلتها في سائر ما تقدم من منكرة وعدمها، لكن يشترط حضورها، وقرب غيبته كاليومين لا أكثر فيصير لها ما جعله للبعيد، قال خليل: وله التفويض لغيرها وله النظر وصار كهي إن حضر أو كان غائباً غيبة كيومين لا أكثر فينتقل لها النظر، إلا إن تمكن من نفسها فيسقط ما كان بيدها، أو ما كان بيد الغير إذا علم بتمكينها ورضي بذلك، وكذا يسقط حق المجعول له أمرها إذا كان حاضراً أو غاب ولم يشهد أنه باق على حقه، فإن أشهد ففي بقائه بيده أو ينتقل للزوجة قولان: الثالثة: لو ملك أمر امرأته لرجلين وأمرهما بطلاقها، فإن قال لهما: طلقاها إن شئتما فليس لواحد الاستقلال بطلاقها إلا أن يجعل له ذلك كالوكيلين على البيع والشراء، وأما لو قال لهما: طلقاها ولم يقل إن شئتما لكان لكل الاستقلال بطلاقها، وأما لو فوض لهما في إعلامها بطلاقها فإنه يكفي أحدهما في إخبارها وتعتمد على إخباره وتعتمد لأن الطلاق وقع منه بمجرد قوله لهما: أعلماها بأني طلقتها أو بطلاقها. هذا تحقيق هذه المسألة كما يشهد له كلام ابن عرفة وبحث الأجهوري، ولما قيل: إن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية وكان يتسبب عنه الطلاق في الإسلام، ذكر غالب مسائله عقب الطلاق وحقيقته لغة

أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلٌّ وَلَا يَقَعُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ إِلَّا بَعْدَ أَجَلِ الإِيْلَاءِ وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لِلْمَحْرِّ وَشَهْرَانِ

مطلق الامتناع، ثم استعمل فيما كان الامتناع منه يمينين وشرعاً حلف زوج على ترك وطء زوجته بوجب خيارها في طلاقه بعد انقضاء مدة التريص المشار إليها بقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية فقال: (وكل حالف) من زوج مسلم مكلف يتصور منه الجماع ولو سكراناً سكرأ حراماً أو أخرس إذا فهم منه بإشارة ونحوها ككتابة والأعجمي بلسانه ولا ينعقد من كافر لآية: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٩٢] سواء حلف بالله أو بصفة من صفاته الذاتية لأنها التي ينعقد بها اليمين، أو بمافيه التزام من عتق أو صدقة أو غير ذلك. (على ترك الوطء) لغير مصلحة أو على ما يستلزم تركه، كحلفة أنه لا يغتسل من جنابة أو لا يلتقي معها ومفعول ترك (أكثر من أربعة أشهر) للمحر وأكثر من شهرين للعبد. قال خليل: الإيلاء يمين مسلم مكلف يتصور وقاعة، وإن مريضاً يمنع وطء زوجته غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر أو شهرين للعبد، وظاهره كالمصنف ولو قلت الزيادة على مشهور المذهب. (فهو مؤل) الجملة خبر كل الواقع مبتدأ وقرنه بالفاء لما في المبتدأ من العموم فهو شبيه بالشرط، وقولنا من زوج لأن الإيلاء إنما هو حلف الزوج، وأما حلف السيد على وطء أمته فلا يعد إيلاء لآية: ﴿يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وقولنا مسلم للاحتراز عن الكافر فلا ينعقد منه إيلاء خلافاً للشافعي لنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءَ وَإِنْ فَاءَ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فإن الغفران إنما هو للمسلم لآية: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ﴾ [النساء: ٤٨] وقولنا مكلف للاحتراز عن الخصمي الم محبوب والشيخ الفاني فلا يصح منهم إيلاء، وقولنا لغير مصلحة للاحتراز عما لو حلف على ترك وطء زوجته المرضع مدة رضاعها فإنه لا يكون مولياً، إلا إذا قصد بترك الوطء إضرارها، لا إن قصد إصلاح الولد، أو لا قصد له لحمله على قصد الإصلاح، لما أن وطء المرضع يؤدي الولد غالباً، ويفهم من هذا القيد اشتراط إطاقة الزوجة، لا إن لم تطقه لصغر أو رتق أو شدة مرض فلا يقع عليه إيلاء بحلفه على ترك وطئه.

(تنبيهان) الأول: ظاهر قول المصنف أكثر يقتضي أن مطلق الزيادة على الأربع يقع به الإيلاء وهو كذلك كما قدمنا، كما أن مطلق الزيادة على الشهرين في حق العبد يكفي، وإنما اقتصر المصنف على أجل الحر اعتماداً على ما اشتهر من أن العبد على النصف من الحر في هذا كالحودود والطلاق الثاني، لم يعلم من كلام المصنف حكم الإيلاء، ويظهر من اشتراط قصد الضرر الحرمه والله أعلم. ولما فرغ من بيان الزمن الذي يكون بالحلف على ترك الوطء فيه مولياً، شرع في بيان الزمن الذي يضرب له ويطلق عليه عقبه بقوله: (ولا يقع عليه) أي المولى (الطلاق) إلا (بعد مضي أجل الإيلاء) الذي ضربه القاضي للزوج بعد إيلائه (وهو أربعة أشهر للمحر) ابتداءً من يوم الحلف إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطء المدة المذكورة، كوالله لا أطوك فوق خمسة أشهر، أو من يوم الرفع والحكم إن

لِلْعَبْدِ حَتَّى يُوقِفَهُ السُّلْطَانُ وَمَنْ تَظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ فَلَا يَطْوُهَا حَتَّى يُكْفَرَ بِعِتْقِ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ

احتملت المدة الزيادة على المقدر وعدمها، كوالله لا أطوك حتى يقدم زيد. قال خليل: والأجل من اليمين إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطء، لا إن احتملت مدة يمينه أقل أو حلف على حث، فمن الرفع والحكم لأنه في الأجل الذي لها القيام بعد مضيه. (وشهزان للعبد) لأنه على النصف من الحر (حتى) ترفعه الزوجة و (يوقفه السلطان) أو القاضي ويأمره بالفئته وهي الرجوع إلى الوطء الذي حلف على تركه، فإن وطئ فلا إشكال، وإن وعد به أمهل واختبر المرة بعد المرة باجتهاد الحاكم، فإن لم يطقاً طلق عليه، كما لو لم يعد بالوطء بأن قال بلفظه: لا أطأ ولا يتلوم له، فإن ادعى الوطء صدق بيمينه، فإن نكل حلفت المرأة أنه لم يطقاً، ويطلق عليه الحاكم إن شاءت المرأة بأن يأمره الحاكم بطلاقها، فإن لم يطلقها فهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم قولان، وتقع عليه طلبة رجعية، ولو حكم به الحاكم لما اشتهر في المذهب من أن الطلاق على المولى والمعسر بالنفقة رجعي، وفهم مما قررنا أن الطلاق لا يقع على المولى بمجرد انقضاء الأجل المضروب، وأن الحق للمرأة في البقاء والفراق ولو صغيرة أو سفينة، فلها إسقاط حقها في الوطء، إلا أن تكون الزوجة أمة يتوقع حملها فلا بد من رضا سيدها عند إرادتها البقاء لأن له حقاً في الولد، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَبْرُؤُكُمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ومعنى فاءوا رجعوا إلى الوطء بعد امتناعهم منه، وتحصل الفئته بمجرد مغيب الحشفة في قبل الثيب، واقتضاض البكر على وجه مباح، ولو مع جنون الرجل لا مع إكراهه، فلا تحصل بوطنه مكرهاً لقول ابن عرفة: وطء المكره لغو لأن الوطء مع الإكراه لا ينتفي معه قصد الضرر، وإنما قال المصنف حتى يوقفه السلطان للرد على أشهب، فإنه روي عن مالك وقوع الطلاق بمجرد مرور الأجل المضروب وهو الأربعة أشهر للحر والشهران للعبد، وتمسك من قال بالمشهور بما تعطيه الفاء من قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] فإنها تستلزم تأخر ما بعدها عما قبلها فتكون الفئته بعد الأربعة أشهر. (تنبيهان) الأول: اعلم أن السلطان لا يوقف المولى إلا مع عدم انحلال الإيلاء عن المشار إليه بقول خليل: وانحل الإيلاء بزوال ملك من حلف بعته ولم يعد بغير إرث، وكتعجيل الحث، وتكفير ما يكفر، فإن لم يحصل الانحلال فلها ولسيدها إن لم يمتنع وطأها المطالبة بعد الأجل بالفئته وهي تغييب الحشفة في القبل إلى آخره. الثاني: علم مما قررنا أن المولى له أجلان: أحدهما الذي يحلف على ترك الوطء فيه، والثاني الذي يضر به الحاكم للمولى حين إخبار الزوجة له بأن زوجها حلف على ترك وطئها تلك المدة المتقدمة. ولما فرغ المصنف من الكلام على الإيلاء، شرع في الكلام على الظهار، وعرفه خليل بقوله: تشبيه المسلم المكلف من تحل أو أجزائها بظهر محرم أو جزئه ظهار، والمسلم يشمل الزوج والسيد، فلا يلزم الكافر ظهار ولو رفع أمره إلينا، بخلاف إيلائه فإننا نحكم بينهم عند

سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ لَيْسَ فِيهَا شِرْكٌ وَلَا طَرْفٌ مِنْ حُرِّيَّةٍ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ

الرفع، والمكلف يشمل العبد والسكران، وتذكير الأوصاف يقتضي أن الظهار لا يقع من المرأة وحكمه الحرمة لأنه كبيرة، والدليل على حرمة قوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا﴾ إلى قوله ﴿منكراً من القول وزوراً﴾ [المجادلة: ٣، ٤] وكان طلاقاً في الجاهلية وأول الإسلام، حتى ظاهر أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة ونزلت سورة المجادلة حين جادلته ﷺ، واختلفت الأحاديث في اللفظ الذي جادلته به فقيل: إنها قالت له: أكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني، ولي صبية منه صغار إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إلي جاعوا، وهو عليه الصلاة والسلام يقول لها: «اتقي الله في ابن عمك» فما برحت حتى نزل قوله تعالى: ﴿قد سمع الله قول التَّبِ تجادلن في زوجها﴾ إلى قوله ﴿تحاوركنما﴾ [المجادلة: ١، ٢] أي تراجعكما، فقال عليه الصلاة والسلام: «ليعتق رقبة، قالت: لا يجد، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: فيطعم ستين مسكيناً، قالت: ما عنده من شيء يتصدق به، قال: فإني سأعيته بفرق من تمر، قالت: يا رسول الله وأنا سأعيته بفرق آخر، قال: قد احسنت فاذهبي واطعمي ستين مسكيناً وارجعي ابن عمك». والفرق بالتحريك ستة عشر رطلاً، وبالتسكين سبعمائة وعشرون رطلاً، وسمى ظهاراً لأنه مأخوذ من الظهر، لأن الوطء ركوب والركوب إنما يكون غالباً على الظهر، وأشار المصنف إلى بيان ما يترتب عليه بقوله: (ومن تظاهر) من الأزواج أو السادات المسلمين المكلفين (من امرأته) ولو المطلقة طلاقاً رجعيّاً أو من أمته ولو مديرة أو أم ولد ونوى العود لوطئها (فلا يطؤها) ولا يستمتع بها (حتى يكفر) لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] ومعنى المظاهرة أن يشبه من تحل كزوجته أو أمته بمن تحرم عليه أبداً بأن يقول لها: أنت علي كظهر أمي، أو أنت علي كظهر الدابة، وقوله في الآية: ﴿من نسائهم﴾ لا مفهوم له، وقوله فيها: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ المراد لتقيض ما قالوا، لأن الذي قالوه التحريم ونقيضه التحليل، ولو قال المصنف بدل قوله فلا يطؤها فلا يمسه لفهم الوطء بالأولى، ولذا قال خليل: وحرّم قبلها الاستمتاع وعليها منعه ووجب إن خافته رفعها للحاكم، وجاز كونه معها إن أمن، ويلزمها خدمته قبل أن يكفر عنها بشرط الاستتار بغير وجهها ورأسها وأطرافها لجواز نظره لهذه المذكورات بغير لذة، وإنما تجب الكفارة بالعود وتتحم بالوطء ولا يجزئ إخراجها قبل العود، وهو العزم على الوطء أو مع نية الإمساك. (بعثت رقبة) لا جنين فلا يجزئ ولكن يعتق بعد وضعه، وبين وصفها اللازم بقوله: (مؤمنة) لأن القصد من العتق القرية، وعتق الكافر ينافيها، فإن قيل الآية: ﴿فتحرير رقبة﴾ ولم يقيد بمؤمنة، فالجواب: أن الرقبة قيدت بالإيمان في كفارة القتل فحمل المطلق على المقيد. (سليمة من العيوب) فلا يجزئ رقيق

فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ أَطْعَمَ سِتِّينَ مَسْكِينًا مُدَّيْنِ لِكُلِّ مَسْكِينٍ وَلَا يَطَّوُّهَا فِي لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ حَتَّى

مقطوع الأصبع ولا أعمى ولا أبكم، ولا مجنون وإن قل زمن جنونه، ولا مريض مشرف، ولا مقطوع أذنين، ولا أصم، ولا ذو هرم وعرج شديدتين، ولا مجذوم ولا أبرص ولا أفلج، ونحو ذلك من ذي العيوب المنقصة نقصاً متفاحشاً، بخلاف ذي المرض الخفيف أو العرج الخفيف أو العور. (وليس فيها شرك ولا طرف من حرية) فلا يجزي الرقيق المكاتب أو المدبر ونحوهما من كل ما فيه شائبة حرية أو اشترى للعتق، لأنه يجب أن تكون تلك الرقبة محررة لأجل الظهار، لا إن اشترى من يعتق عليه كأصله أو فرعه، ولا المشتراة على شرط حريتها بمجرد الشراء، ولا بد أن تكون كاملة، وأن تكون محققة الصحة، لا إن كانت غائبة مقطوعة الخبر، فإن أعتق رقبة متصفة بتلك الأوصاف أجزاء ولو كان معسراً بحيث يجزئه الصوم، ولكن كلف نفسه وتداينها فإنها تجزئه، قياساً على من فرضه التيمم فتكلف الغسل، وكمن فرضه الجلوس فصلى قائماً، قال خليل: ولو تكلفه المعسر جاز، ويجزى عتق الغير عنه ولو لم يأذن إن عاد ورضيه، ولما كانت كفارة الظهار ككفارة القتل مرتبة بنص القرآن قال: (فإن لم يجد) عنده رقبة تجزىء ولا ثمنها (صام شهرين متتابعين) وينوي تتابعهما وينوي بهما الكفارة، قال خليل: منوي التتابع والكفارة فإن ابتدأهما بالهلال اكتفى بهما وإن كانا ناقصين، وإن ابتدأ الصوم من أثناء شهر صح وتم المنكسر من الثالث، وشرط صحة الصوم العجز عن العتق وقت الأداء أي إخراج الكفارة، فلا يجزىء الصوم من قادر على الرقبة، وأن يملك محتاج إليه لكمرض أو منصب أو بملك رقبة فقط ظاهر منها فيعتقها عن ظهارة منها ويتزوجها بعد عتقها من غير كفارة، فإن قيل: ما الفرق بين المظاهر المالك لما يحتاج إليه لا يجزئه الصوم، وعادم الماء الواحد لثمنه لكن يحتاج إليه يجزئه التيمم مع أن الله تعالى شرط العدم في كل حيث قال في التيمم: ﴿فلم تجدوا ماء﴾ [النساء: ٤٣، المائدة: ٦] وقال في الظهار: ﴿فمن لم يجد﴾ [البقرة: ١٩٦، النساء: ٩٢] قيل: الفرق أن المظاهر فعل كبيرة بارتكابه الظهار فشدد عليه، بخلاف التيمم الغالب فيه فقد الماء لضرورة سفر أو مرض، وأيضاً تكرر الوضوء لكل صلاة أوجب التخفيف. (تنبيه) لم ينبه المصنف على حكم ما إذا حصل له اليسار بعد الشروع في الصوم، ونبه عليه خليل بقوله: وإن أيسر فيه تمادى إلا أن يفسده فيتعين العتق، ونذب العتق في كاليومين ونحوهما، وإن حصل له اليسار بعد أكثر من ذلك لم يندب له الرجوع إلى العتق بل يجوز له، ومثل كفارة الظهار في ذلك كفارة القتل، بخلاف كفارة اليمين لغلظ أمرهما (فإن لم يستطع) المظاهر التكفير بالصوم لمرض ونحوه (أطعم) أي ملك (ستين مسكيناً) أحرار مسلمين ومفعول أطعم الثاني (مدين لكل مسكين) بمدد عليه الصلاة والسلام ويدفعهما برأ إن افتاتوه أو مخرجاً في الفطر فعدلهما قال تعالى: ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً﴾ [المجادلة: ٤] ولم يبين المصنف ما منه الإطعام، للعلم بأن الذي يخرج من الطعام في الكفارات هو الذي

تَنْقِضِي الْكُفَّارَةَ فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَلْيَتُبْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَإِنْ وَطَّؤَهُ بَعْدَ أَنْ فَعَلَ بَعْضَ الْكُفَّارَةِ بِإِطْعَامٍ أَوْ صَوْمٍ فَلْيَبْتَدِئْهَا وَلَا بَأْسَ بِعِتْقِ الْأَعْوَرِ فِي الظَّهَارِ وَوَلَدِ الرِّثَا وَيُجْزَىءُ

يخرج في صدقة الفطر، كالشعير والقمح والسلت والزبيب والأقط والذرة والأرز والدخن والتمر، والمراد بعدلهما أي في الشبع بأن يقال: إذا شبع الرجل من المدين الكائنين من البركم يشبعه من غير البر فيقال كذا فيخرج ذلك، ولا بد من العدد المذكور، فلا يجوز إعطاء تلك الأمداد لأقل من الستين ولا لأكثر. (تنبيهان) الأول: ما ذكره المصنف من أنه يطعم كل مسكين مدين خلاف المشهور، والمشهور كما قال ابن الحاجب وخليل وهو مذهب المدونة: أن الواجب لكل مسكين مد بمد هشام وهو قدر مد وثلثين من أمداده عليه السلام، ويمكن الجواب عن المصنف بأنه بنى كلامه على القول بأن مد هشام قدر مدين من أمداده عليه السلام، لأن بعض الشيوخ قال: شاهدت بالمدينة مد هشام وحققتة فوجدته قدر مدين من أمداده عليه السلام، نقل ذلك خليل في التوضيح. الثاني: علم من كلام المصنف كغيره أن كفارة الظهار كغيرها لا تصح ملفقة كصوم الشهر وإطعام ثلاثين مسكيناً، وعلم من كلامه أيضاً ومن نص القرآن أنها من ثلاثة أنواع لكن في حق الحر، وأما العبد فلا يكفر إلا بالصوم، قال خليل: وتعين لذي الرق ولمن طولب بالفيئة وقد التزم عتق من يملكه عشر سنين، ومعلوم أنه إنما يصوم إذا قدر على ذلك، ولم يكن صومه يضر بسيد من جهة خدمته إن كان عبد خدمة، أو من جهة خراجه إن كان عبد خراج، وإلا أضر الصوم حتى يقوى عليه ويأذن له، وإن أذن له السيد في الإطعام جاز له التكفير به، فقول خليل: تعين لذي الرق معناه لا العتق فلا يصح التكفير به، فلا ينافي أنه يصح بالإطعام بإذن السيد، ولما كان يتوهم من قوله فيما مر: ومن تظاهر من امرأته فلا يطؤها حتى يكفر جواز الوطء أو غيره من أنواع الاستمتاع بالشروع في الكفارة قال: (ولا يطؤها) أي يحرم على المظاهر أن يمس المظاهر منها ولو بالقبلة. (في ليل أو نهار وحتى تنقضي الكفارة) سواء كانت بالصوم أو بالإطعام، فمعنى قوله فيما تقدم: حتى يكفر حتى تتم الكفارة، قال خليل: وحرّم قبلها الاستمتاع وعليها منعه، ومفهوم قوله: ولا يطؤها يقتضي أنه يجوز له وطء غير المظاهر منها وهو كذلك، لكن إن كان التكفير بالإطعام فله وطؤها ولو نهاراً، وإن كان بالصوم فله وطء غيرها ليلاً لأنه بالنهار صائم (فإن فعل ذلك) أي مس المظاهر منها ولو بغير وطء قبل الشروع في الكفارة (فليتب إلى الله عز وجل) لمخالفته لنص القرآن في قوله: ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] ووجوب التوبة يقتضي أنه ارتكب المنهي عنه عمداً لأن الإثم مرفوع عن الناسي، وقيدنا بقبل الشروع لأجل قوله: (فإن كان وطؤها) للمظاهر منها أو استمتاعه بها. (بعد أن فعل بعض الكفارة بإطعام أو صوم) ولو كان الباقي منها يسيراً، كصوم يوم أو إطعام مسكين، سواء صدر منه ذلك غلطاً أو نسياناً، في ليل أو نهار، لأن الله تعالى قال: ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] وجواب الشرط (فليبتدئها) أي الكفارة

الصَّغِيرُ وَمَنْ صَلَّى وَصَامَ أَحَبَّ إِلَيْنَا وَاللَّعَانُ بَيْنَ كُلِّ زَوْجَيْنِ فِي نَفْيِ حَنْبَلٍ يُدْعَى قَبْلَهُ

لانقطاع التتابع ولبطلان الإطعام، قال خليل: وانقطع تتابعه بوطء المظاهر منها أو واحدة ممن فيهن كفارة وإن ليلاً ناسياً، ومثل وطء المقدمات على المشهور، لأن الآية فيها المس وهو أعم من الوطء، كبطلان الإطعام ويفطر السفر أو بمرض هاجه، لا إن لم يهجه فلا يقطع كالفطر نسياناً أو لأجل إكراه أو ظن غروب، فإن قيل: الحكم ببطلان الصوم والإطعام بالوطء مشكل، لأن سببية بعض الكفارة على الوطء أولى من تأخير جميعها وقد قبل بالإجزاء لو تقدم الوطء على الجميع، فالجواب أن المماساة التي يطلب تقديم الكفارة عليها هي المماساة المباحة، لأن تقدير الآية: ﴿فصيام شهرين متتابعين﴾ [المجادلة: ٤] من قبل أن تباح له المماساة، والمماساة الواقعة في خلاف الكفارة ليست مباحة، فاستؤنفت كفارة أخرى لقصد كفارة سابقة على مماساة مباحة، وأما وطء غير المظاهر منها فلا حرج فيه حيث وقع في الليل ولا يبطل الصوم ولو عالماً، كما لا يبطله نهاراً مع النسيان، ولما كان يتوهم من اشتراط سلامة الرقبة من العيوب عدم إجزاء كل ذي عيب والواقع خلاف ذلك، وأن الذي يمنع الإجزاء العيب الفاحش لا الخفيف أشار بقوله: (ولا بأس بعنتق الأعمور) وهو ما ذهب نور إحدى عينيه (في الظهار) قال خليل: ويجزىء أعمور ومغصوب ومرهون وجان إن افتديا وذو مرض وعرج خفيفين ومقطوع بعض أصبع، وكذا مقطوع بعض الأذن أو الأنف، كما يجزىء عتق الغير بشرطه الذي قدمناه، ومثل كارة الظهار غيرها، فلا بأس هنا للإباحة لقول مالك: وجاز، وقول المدونة: وأجاز مالك عتق الأعمور لأن العين الواحدة تسد مسد العينين وتغني عنهما، ولذلك وجب فيها الدية كاملة. (و) كذا لا بأس بعنتق (ولد الزنا) في الظهار وغيره من الكفارات، وكذا السابق والآبق من غير نزاع في ذلك. (و) كذا يجوز (ويجزىء) عتق (الصغير) في الظهار وغيره ولو صغيراً جداً ولو كان مجوسياً لجبره على الإسلام ولصدق اسم الرقبة عليه وهذا باتفاق، وأما الكتابي ففيه خلاف والأصح الإجزاء، وأما الكافر الكبير الذي يجبر على الإسلام وهو المجوسي ففي إجزاء عتقه وعدمه خلاف، وعلى الإجزاء فقييل: يوقف عن وطء المظاهر منها حتى يسلم، وقيل: لا، وعلى الوقف لو مات قبل إسلامه لا يحل له وطؤها بدون كفارة، وعلى عدمه تحل له لأنه على هذا القول على دين مشترية، وإنما جاز عتق الصغير الذي لا يقدر على الكسب حالاً دون الشيخ الزمن، لأن الصغير ترجى قدرته على الكسب في المستقبل، بخلاف الشيخ الفاني فهو كذي المرض الشديد. (و) عتق الصغير وإن كان مجزئاً لكن عتق (من صلى وصام أحب إلينا) قال خليل: وندب أن يصلي ويصوم، والمعنى: أنه يستحب في كل كفارة عتق من عرف الإسلام وعقل الصلاة والصوم أي عرف أنهما من القرب بأن بلغ حد التمييز وإن لم يبلغ حد الاحتلام، لأنه إذا بلغ حد التمييز وعرف ما سبق يصير قادراً على الكسب والعمل بحيث يتمتعش من كسبه. (خاتمة) من أعتق صغيراً لا قدرة له

على الكسب أو أعتق كبيراً زمناً لزمه الإنفاق عليهما، حتى يبلغ الصغير القدرة على الكسب ويموت الكبير، هكذا قاله بعض الشيوخ. ولما فرغ من الظهار شرع في اللعان هو لغة البعد فيقال: لعنه الله أبعدته عن رحمته، وكانت العرب تطرد الشرير وتسميه لعيناً لثلاثاً تؤاخذ بجرائره، ولذا اشتق اللعان من اللعنة التي في خامسة الزوج لسبقه في اللعان وكونه أقوى وسبباً في لعان المرأة، وأما شرعاً فعرفه ابن عرفة بقوله: حلف زوج على زنى زوجته، أو نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض، واحتترز باللازم عن غير اللازم، كما لو أتت به لدون مدة الحمل، أو كان الزوج صبياً أو خصياً، فهذا الولد منفي عن الزوج بغير لعان مع فسخ النكاح لتبين وقوعه في العدة، وخرج بقوله: وحلفها ما إذا حلف ونكلت ولم يوجب النكول حدها، كما إذا غضبت فأنكر ولدها وثبت الغضب فلا لعان عليها، واللعان عليه وحده لنفي الولد، وخرج بقوله بحكم قاض عن لعان الزوجين بغير حكم فإنه ليس بلعان شرعي، وحكم اللعان الوجوب إن كان لنفي الحمل، والجواز إن كان لرؤية الزنا، والستر أولى قاله ابن عرفة، وسببه: إما رؤية الزنا أو نفي الحمل وهو مختص بالزوجين ولذا قال المصنف: (واللعان) مشروع (بين كل زوجين) ولو فسد نكاحهما أو فسقا أو رقاً لا كفراً، بشرط إسلام الزوج وتكليفه ولو عينياً أو هرمياً، أو خصياً مقطوع الذكر أو الأنثيين، أو ذاهب البيضة اليسرى، أو مجبواً، لكن في الرؤية والقذف، وأما في نفي الحمل فلا لعان على المجبوب، بل ينتفى بغير لعان، كحمل زوجة الصبي وكذا الخصي بقسميه على كلام ابن القاسم وابن حبيب لأنه لا يلحق به، وقالوا في العدد: يرجع فيه للنساء وشرطه إطاعة الزوجة ولو كتابية وغير مدخول بها، لكن البالغ تلاعن كالزوج، والمطابقة إنما يلاعن زوجها دونها، وغير المطابقة لا لعان على واحد منهما، ولا حد على الزوج لعدم لحوق المعرفة لها، وقولنا: ولو فسد نكاحهما إشارة إلى أنه لا يشترط في اللعان صحة النكاح، ففي كتاب محمد: كل نكاح يلحق فيه الولد ففيه اللعان وإن فسخ بعد ذلك، وفي الموازية والعينية، ومن نكح ذات محرّم أو أخته غير عالم وقد حملت وأنكر الولد فإنهما يتلاعنان لأنه نكاح شبهة، فإن نكلت حدثت، وإن نكل حد للقذف، ويلزمه الولد، ولا يشكل على حصر اللعان في الزوجين ما قاله أبو عمران من أنه يقع في شبهة النكاح وإن لم تكن زوجته، لأن وطء الشبهة شبيهه بوطء النكاح من حيث لحوق الولد وعدم الحد، واحترز بالزوجين عن السيد مع أمته لقوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] فابن الأمة من سيدها لاحق به حيث اعترف بوطئها من غير دعوى استبراء ولا يصح نفيه، وأما لو يعترف بوطئها واستبرأها بحيضة وأتت بولد بعد ذلك فله نفيه من غير يمين، كما هو موضح في باب أم الولد، والدليل على مشروعيته الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿والذين الفواكه اللوانني ج ٢ - ٦٣

الاستبراء أو رؤية أرنأ كالمزود في المكحلة وأختلف في اللعان في القذف وإذا أقرقا

يرمون أزواجهم إلى قوله ﴿إن كان من الصادقين﴾ [النور: ٦] وأما السنة فما ثبت في الصحيح من ملاعنة عويمر العجلاني زوجته وهلال بن أمية أيضاً على عهد رسول الله ﷺ، وأما الإجماع فقد حكاه الفاكهاني وغيره (تنبيه) يؤخذ من تعريف المبتدأ الذي هو اللعان حصره في الزوجين، لأن المبتدأ المعروف بلام الجنس محصور في الخبر نحو الكرم في العرب، والخبر في كلام المصنف متعلق الطرف الذي قدرناه بمشروع بين كل زوجين، وأما قوله: (في نفى حمل) فهو حال من الضمير المستتر في الخبر والتقدير: واللعان مشروع بين كل زوجين حال كونه في نفى حمل لأنه إشارة إلى أحد سببي اللعان، ويصح اللعان لنفي الحمل ولو ميتاً أو متعدداً لكن بشرط أن يدعى قبله الاستبراء ولو بحيضة، ومثل الاستبراء دعواه عدم وطئها بعد وضعها الحمل الأول الذي قبل هذا المنفي، والحال أن بين الوضعين ما يقطع الثاني عن الأول وهو ستة أشهر فأكثر، وأشار بقوله: يدعى قبله الاستبراء إلى أنه لا يجوز لأحد نفى حمل زوجته لأن الولد للفراش إلا إذا اعتمد على أمر قوي، وأما مجرد شكه في أنه ليس منه مع استمراره على وطئها فلا يحل له نفيه مع إمكان كونه منه ولا يصح لعانه، ولا يجوز له أن يعتمد في نفيه على عزله، ولا عدم مشابهته له، ولا سواده مع كونه أبيض، ولا على أنه كان يطؤها بين فخذيه حيث كان ينزل، ولا على وطء بغير إنزال حيث وطئ قبله ولم يبيل حتى وطئها لاحتمال بقاء المنفي في قسبة الذكر، وأشار إلى السبب الآخر بقوله: (أو) في دعواه (رؤية الزنا) ولو لم يقل: رأيت فرج الزاني في فرجها (كالمروء) بكسر الميم وفتح الواو (في المكحلة) وحملنا كلامه على خلاف ظاهره لأن المشهور أنه لا يشترط وصفه كالشهود بأن يقول: رأيت فرجها كالمروء في المكحلة، بل يكفي أن يقول: رأيتها تزني، قال خليل في توضيحه: والمشهور أنه إذا تحقق البصير زناها لا عن وإن لم يرها وهو مذهب المدونة، فالحاصل أن الرؤية ليست بقيد بل يكفي التيقن ولو من البصير، فلو قال: أو في الزنا المتيقن لشمم الأعمى فإنه يلاعن حتى في دعوى الزنا حيث تيقنه بحس أو جس، خلافاً لظاهر كلام المصنف الموهوم قصره على البصير من تعبيره بالرؤية، وإن كانت لا تشترط على مذهب المدونة بل يكفي التيقن، وإذا لاعن لرؤية الزنا فإنه ينتفي بذلك اللعان ما ولدته لسته أشهر فصاعداً عن يوم الرؤية، وإن أتت بولد سقط لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فإنه يلحق به لأن اللعان إنما كان لرؤية الزنا، قال خليل: وانتفى ما ولد لسته أشهر وإلا لحق إلا أن يدعى الاستبراء قبل الرؤية فإنه لا يلحق به، وينتفي باللعان الأول حيث كان بين استبرائه ووضعها ستة أشهر فأكثر، وأما لأقل من ستة أشهر فإنه يحمل على أنه كان موجوداً في بطنها حال استبرائها. (تنبيهات) الأول: شرط اللعان بالرؤية أن لا يطأها بعدها، كما أن شرطه لنفي الحمل المبادرة به، قال خليل: بلعان معجل، ثم قال: وإن وطء أو آخر بعد علمه بوضع أو حمل

بِاللَّعَانِ لَمْ يَتَّكَحَا أَبَدًا وَيَبْدَأُ الزَّوْجُ فَيَلْتَمِعُنِ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ثُمَّ يُخْمَسُ بِاللَّعْنَةِ ثُمَّ تَلْتَمِعُنِ

بلا عذر امتنع، والحاصل أن كلاً من الوطاء والتأخير يمنع اللعان إذا كان لنفي الحمل، وأما لو كان لرؤية الزنا فإنما يمنعه الوطاء لا التأخير. الثاني: شرط اللعان لرؤية الزنا أن ترفعه إلى الحاكم وأن يقذفها صريحاً، وأما بالتعريض فقولان، وعلى عدم اللعان يحد، وشرط لعانها أن لا يثبت غضبها، قال خليل: وتلاعنا إن رماها بغضب أو وطء شبهة وأنكرته أو صدقته ولم يثبت ولم يظهر وإلا التعن فقط. الثالث: اللعان إن كان لنفي الحمل لا يتقيد بكون المرأة في العصمة أو في العدة، قال خليل: ولاعن في الحمل مطلقاً، وأما إن كان لدعوى الزنا فلا بد من كون كل من الدعوة أو الرؤية أو التيقن في العدة، قال خليل: وفي الرؤيا في العدة وإن من بائن لا إن ادعى بعد العدة أنه رآها أو تيقن زناها في العدة، وأحرى أنه رآها بعدها فلا لعان وإنما يحد فقط، ولما قدم أن سبب اللعان إما نفي الحمل أو دعوى رؤية أو تيقن الزنا، أشار إلى حكم القذف المجرد عن دعوى الرؤية أو التيقن بقوله: (واختلف في اللعان) وعدمه (في القذف) المجرد عن دعوى الرؤية أو تيقن الزنا أو نفي الحمل، قال خليل: وفي حده بمجرد القذف أو لعانه خلاف بأن قال: يا زانية أو أنت زנית، ولم يقيد ذلك برؤية أو نفي حمل، فقال ابن القاسم: يلاعن والأكثر يحد فقط. ثم شرع يتكلم على ما يترتب على لعانها بقوله: (وإذا افترقا) أي الزوجان (باللعان) منهما (لم) يحل لهما أن (يتناكحا أبداً) ولا بعد زوج لأن من جملة ما يؤيد تحريم المرأة على الزوج لعانها بعد لعانه أو قبله، وقلنا بعدم إعادتها بعد لعانه، قال خليل: ويلعانها تأييد حرمتها وإن ملكت أو انفض حملها، والدليل على ذلك ما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال للمتلاعنين: «حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها»، قال: يا رسول الله مالي، قال: «لا مال لك إن كنت صدقت عليها فهو بما استحلتت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذاك أبعد، وأبعد لك منها» قال بعض الشيوخ: ففي الحديث دلالة على ثبوت مهر الملاءنة بالدخول وهذا مجمع عليه، وفي الموطأ من قول مالك: السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبداً، وإن أكذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ولم ترجع إليه أبداً. وفهم من كلام المصنف كخليل أن الفرقة لا تحصل كالحرمة إلا بتمام لعان الزوجة، وهو المشهور المعروف من قول مالك وأصحابه، ومقابلته لسحنون أن الفرقة تحصل بمجرد لعان الزوج، وينبني على الخلاف التوارث، إذا مات أحدهما بعد لعان الزوج وقبل لعانها فعلى المشهور يتوارثان لا على مقابله، وقد ذكرنا فيما مر أنه لا يكون لعاناً شرعياً بحيث تترتب عليه تلك الأحكام إلا إذا وقع بحكم قاض. ثم شرع في بيان صفة اللعان بقوله: (و) صفة أن (يبداً الزوج فيلتعن) أي يذكر (أربع) شهادات (بالله) بأن يقول في كل مرة: أشهد بالله ما هذا الحمل مني، أشهد بالله ما هذا الحمل مني، أشهد بالله ما هذا الحمل مني، إن كان اللعان

هِيَ أَرْبَعًا أَيْضًا وَتُخَمَّسُ بِالْغَضَبِ كَمَا ذَكَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى وَإِنْ نَكَلَتْ هِيَ رُجِمَتْ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً مُحَصَّنَةً بِوَطءٍ تَقَدَّمَ مِنْ هَذَا الزَّوْجِ أَوْ زَوْجٍ غَيْرِهِ وَإِلَّا جُلِدَتْ مِائَةً جَلْدَةً وَإِنْ

لنفي الحمل، وهذا أنسب من قول المدونة إنه يقول في اللعان لنفي الحمل: أشهد بالله لزنت لأنه لا يلزم من الزنا كون الحمل من الزاني، وأما لو كان اللعان لرؤية الزنا فإنه يقول أربع مرات: أشهد بالله لرؤيتها تزني، ولا يحتاج إلى زيادة: الذي لا إله إلا هو على أشهد بالله على المشهور، وإن وجبت في الحلف على الحقوق، ولذا قال خليل: وشهد بالله أربعاً لرأيتها تزني، أو ما هذا الحمل مني، وقول الملاعن لرأيتها لعله في الرؤية، وأما عند تيقن الزنا بحس أو جس فيظهر أنه يقول: تيقنتها تزني بدل رأيتها وحرره (ثم) بعد الأربع شهادات (يخمس باللعنة) بأن يقول: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، أو يقول: وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين كما في القرآن وهو الأولى، وليس في الخامسة لفظ أشهد بل هي لفظ اللعنة فقط خلافاً لما يوهمه قول خليل ووصل خامسة ولأنه يوهم ذكر أشهد وليس كذلك. (ثم) بعد تمام لعان الزوج (تلتعن هي) أي الزوجة بأن تذكر (أربع شهادات أيضاً) ترد بها شهادات الرجل بأن تقول في كل مرة: أشهد بالله ما رأني أزني إن كان لرؤية الزنا، وإن كان لنفي الحمل: أشهد بالله ما زنيت، إن كان قال في شهادته لزنت، وإن كان قال: ما هذا الحمل مني، تقول: أشهد بالله أن هذا الحمل منه. (وتخمس بالغضب كما قال الله سبحانه) بأن تقول: ﴿غضب الله عليها إن كان من الصادقين﴾ [النور: ٢٩] أو لقد كذب فيها. (تبيهان) الأول: لم يعلم من كلام المصنف حكم بداءة الزوج وبينه غيره بأن حكمه الوجوب، وقد ذكرنا فيما سبق حكم ما لو بدأت المرأة من الخلاف في إعادتها وما يترتب عليه. الثاني: لم يعلم أيضاً حكم ذكر أشهد وحكمه الوجوب في حق الناطق، فلا يكفي أحلف ولا أقسم، كما يجب لفظ اللعن في خامسة الرجل، والغضب في خامسة المرأة، قال خليل: ووجب أشهد واللعن والغضب وبأشرف البلد كالمسجد للمسلمة والكنيسة للذمية، ويجبر الزوج على الدخول معها في الكنيسة، ولا تدخل هي معه المسجد، ويجب كونه بحضور جماعة أقلها أربعة لتظهر الشعيرة، ويستحب كونه أثر صلاة العصر، وقيدنا وجوب أشهد بالناطق للاحتراز من الأخرس فإنه يلاعن بالكتابة أو الإشارة، قال ابن الحاجب: ويلاعن الأخرس بالكتابة أو الإشارة إن فهم، كما يصح بيعه وشراؤه ونكاحه وطلاقه، والزوجة الخرساء كذلك، والصماء يقذفها زوجها تلاعن بما يفهم منها، قال ابن شاس: ولو قال بعد الطلاق اللسان لم أرد ذلك لم يقبل منه، فلو اعتقل لسان الناطق قبل اللعان فإن كان يرجى زوال عذره عن قرب أمهل، وأما لو لم يرج برؤه أو يرجى عن بعد فيلاعن بالكتابة أو الإشارة. ثم شرع في بيان ما يترتب على الممتنع من اللعان بقوله: (وإن نكلت هي) أي الزوجة بعد إتيان الزوج بشهادته (رجمت) أي ضربت بالحجارة إلى أن تموت. (إن كانت حرة محصنة) بفتح الصاد (بوطاء تقدم من هذا الزوج) الملاعن (أو) من

نَكَلَ الزَّوْجُ جُلْدَ حَدِّ الْقَذْفِ ثَمَانِينَ وَلِحَقِّ بِهِ الْوَلَدُ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَفْتَدِيَ مِنْ زَوْجِهَا بِصَدَاقِهَا
أَوْ أَقْلٍ أَوْ أَكْثَرَ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَنْ ضَرَرٍ بِهَا فَإِنْ كَانَ عَنْ ضَرَرٍ بِهَا رَجَعَتْ بِمَا أَعْطَتْهُ وَلَزِمَهُ

(زوج غيره) في نكاح صحيح لازم، وحصل فيه وطء مباح بانتشار الزوج المسلم المكلف. (وإلا) بأن لم تكن محصنة (جلدت مائة جلدة) حيث كانت حرة مسلمة مكلفة، فإن كانت أمة فنصف الحد، والذميمة يلزمها الأدب لأذيتها لزوجها وردت لحكام ملتها بعد تأديبها لاحتمال استحقاتها الحد عندهم بنكولها. (وإن نكل الزوج) بعد رميه زوجته بالزنا أو قوله لها: ما هذا الحمل مني وامتنع من اللعان والحال أن زوجته عفيفة (جلد) أي حد لقفها (حد القذف ثمانين) جلدة حيث كان حراً مكلفاً، وكانت الزوجة حرة مسلمة عفيفة. (ولحق) به الولد) لأن الولد للفراش لا ينتفي إلا بلعان، فإن كان صيباً والزوجة بالغة فإن رماها بالزنا فلا لعان ولا حد عليه وإنما يؤدب، وإن ظهر بها حمل انتفى عنه بغير لعان وعليها الحد، وإن كان بالغاً وهي صغيرة فإن لم تطق الوطء فلا حد ولا لعان أيضاً، وإن كانت مطيقة التعن دونها إلا أن يظهر بها حمل فيتلاعنان، فإن نكل حد، وإن لاعن ونكلت حدث البكر إذا لم يثبت الوطء بعد بلوغها، فإن كان الزوج عبداً مكلفاً والزوجة حرة مكلفة تلاعنا، فإن نكل حد للقذف حيث كانت حرة مسلمة لا إن كانت كتابية وأمة فلا يحد لها.

(تنبيهان) الأول: ظاهر كلام المصنف أن الناكل من الزوجين يحد بمجرد امتناعه من اللعان ولو قال أرجع للعان وليس كذلك، فقد قال خليل: ولو عاد إليه قبل كالمرأة على الأظهر، واعترضه الأجهوري قائلاً: المعول عليه التفصيل، الرجل لا يقبل والمرأة تقبل، والفرق أن نكولها كإقرارها بالزنا ولها أن ترجع عنه، ونكول الرجل كإقراره على نفسه بقذف غيره وليس له رجوع عن الإقرار به، والتفصيل طريقة ابن رشد. الثاني: اعلم أن الثمرة المترتبة على اللعان ستة أشياء، ثلاثة مترتبة على لعان الزوج، أولها: رفع الحد عنه إذا كانت زوجته حرة مسلمة، أو الأدب إذا كانت أمة أو ذميمة. ثانيها: إيجاب الحد على المرأة المسلمة ولو أمة، أو الأدب على الذميمة إن لم يلاعن لأنها حينئذ كالمصدقة. ثالثها: قطع نسب الولد. وثلاثة مترتبة على لعان الزوجة، أولها: رفع الحد عنها. ثانيها: فسخ نكاحها اللازم. ثالثها: تأييد حرمتها. ثم أشار إلى مسألة من مسائل الخلع قد تقدم في باب الوعد بها فقال: (و) يجوز (للمرأة) الرشيدة (أن تفتدي من زوجها) ولو سفيهاً أو صيباً (بصداقها) جميعه (أو) (بأقل أو أكثر) بنص للقرآن والسنة وإجماع الأمة، أما القرآن فآية: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [النساء: ٤] وأما السنة فحديث حبيبة بنت سهل الأنصاري، وأما الإجماع فقد انعقد على جوازه لنص القرآن والسنة عليه، ويفوز الزوج بكل ما افتدت به ولا رجوع لها عليه بشيء منه. (إذا لم يكن) الافتداء ناشئاً (عن ضرر بها) غير شرعي (فإن كان) مسبباً (عن ضرر) أوقعه (بها) فلا يفوز به (ورجعت) عليه (بما أعطته) له (ولزمه الخلع) بعد إثباتها الضرر، قال خليل: ورد المال بشهادة سماع على

الْخُلْعُ وَالْخُلْعُ طَلْقَةٌ لَا رَجْعَةَ فِيهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ بِرِضَاهَا وَالْمُعْتَقَةُ تَحْتَ الْعَبْدِ لَهَا الْخِيَارُ أَنْ تَقِيمَ مَعَهُ أَوْ تُفَارِقَهُ وَمَنْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ أَنْفَسَخَ نِكَاحَهُ وَطَلَّاقُ الْعَبْدِ طَلْقَتَانُ

الضرر، ولا يشترط في هذا السماع كونه من الثقات وغيرهم، بل لو ذكرت البيعة أنها سمعت ممن لا تقبل شهادته كالخدم ونحوهم عمل بشهادتها أو امرأتين، وقال خليل أيضاً: ورد المال بيمينها مع شاهد أو امرأتين، ولا يضرها إسقاط بيعة الضرر، وقيدنا بالرشيدة للاحتراز عن الصغيرة والسفيرة والرقيقة يطلقها زوجها على مال فيلزم الطلاق ويرد المال، قال خليل: لا من صغيرة وسفيرة وذات رق وردالمال وبانت كما يرد بتبين كونها بائناً منه قبل ذلك الخلع، أو فاسدة النكاح المجمع على فساده كخامسة أو معدة أو متصفة بعيب موجب للخيار من غير شرط، وما قيل من أن العيب المطلع عليه بعد الموت أو الطلاق كالعدم غير معول عليه على ما بينه الأجهوري في شرح خليل، وقيدنا الضرر بغير الشرعي للاحتراز عما لو ضربها على ترك الصلاة أو الغسل الواجب أو شتمته فإنه يخير في إمساكها مع تأديبها أو يفارقها ولو بشيء يأخذ منها، فإنه يحل له أخذه ولا ترجع به (تنبيه) لم يذكر المصنف ولا خليل حكم ما لو كان المال المخالغ به من أجنبي ثم يثبت أن الطلاق لضرر بها، فهل للأجنبي الرجوع به كالزوجة أو لا؟ واستظهر العلامة الأجهوري الرجوع إلى قصد الدافع، فإن قصد بدفعه الصدقة لا رجوع له به، ونظير تلك المسألة من دفع لعبد ما لا يوفي به نجوم الكتابة وإن قصد تخليصها أو تجرد دفعه عن قصد فله الرجوع به نظراً إلى ما يغلب قصد الناس إليه. (والخلع طلاق لا رجعة فيها) وهذا محض تكرار مع قوله فيما تقدم: والخلع طلاق بائنة لا رجعة فيها إلا أن يقال أعاده ليرتب عليه قوله: (إلا بنكاح جديد) فله مراجعتها بولي وصدقا وشهود (برضاها) إذا كانت غير مجبرة وإلا اعتبر رضا المجبر، ويصح العقد عليها ولو في العدة ولو قبل زوج حيث لم يقصد به الطلاق الثلاث، وتقدم أن البيونة تحصل بدفع العوض ولو من أجنبي ولو بغير رضاها وعلمها، ومثله لو وقع بلفظ الخلع فإنه يكون بائناً، كما أنه يقع بائناً إذا وقع بعوض، ولو شرط أنه رجعي لا بشرط نفي الرجعة فإنه لا يكون بائناً، بل يكون رجعياً بشرط عدم النص على الخلع، وعدم دفع عوض عنده كما في شراح خليل، ولما كان فراق المعتقة تحت العبد بطلاق بائن ناسب ذكره عقب مسألة الخلع بقوله: (و) الزوجة الأمة (المعتقة) كلها عتقاً ناجزاً وهي (تحت العبد لها الخيار) في (أن تقيم معه) تحته بعد عتقها (أو) أي ولها الخيار في أن (تفارقه) وتستقل بالنظر في أمر نفسها إن كانت رشيدة وغيرها ينظر لها السلطان، فإن نظرت في نفسها مضى إن كان صواباً ويجب وقفها والحيلولة بينها وبين الزوج حتى تختار بطلقة بائنة أو طلقتين، قال خليل: ولمن كمل عتقها فراق العبد فقط بطلقة بائنة أو اثنتين، ثم إن كان قبل البناء لا نصف لها لمجيء الفراق من قبلها، كزوجة الأبرص أو الأجم وقيدنا بكلها، ويناجز للاحتراز عن المدبرة تحت العبد، والمعتقة لأجل أو المبعوضة فإنها لا خيار

وَعِدَّةُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ وَكَفَّارَاتُ الْعَبْدِ كَالْحُرِّ بِخِلَافِ مَعَانِي الْحُدُودِ وَالطَّلَاقِ وَكُلُّ مَا وَصَلَ

لها، والدليل على ثبوت خيار المعتقة تحت العبد ما في الموطأ وغيره أن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان في بريرة ثلاث سنن؟ فكانت إحدى السنن أنها عتقت فخيرت في زوجها» الحديث، وفي مسلم وغيره: «كان زوجها عبداً فخيرها رسول الله ﷺ فاخترت نفسها» ولو كان حراً لم يخيرها، وما في البخاري. من أن زوج بريرة كان حراً فهو من كلام الأسود بن يزيد، وقال بعض الحفاظ فيه: إنه مخالف للناس، أي والذي قاله الناس أنه كان عبداً، ومحل خيارها ما لم يعتقه سيده قبل اختيارها إلا سقط خيارها كسقوطه مع زوجها الحر أصالة (تنبيه) علم من وجوب وقفها بعد عتقها عدم جواز تأخيرها بالاختيار، إلا لأجل حيض أو لأجل النظر في الأصلاح من البقاء، فتؤخر مدة النظر بالاجتهد من الحاكم، ولا يجوز أن تمكنه من نفسها بعد علمها بعقوبتها إلا بعد اختيارها نفسها، فلو مكنته من نفسها طائفة بعد علمها بالعتق فإنه يسقط اختيارها، فلو تنازعا في العلم بالعتق فالقول قولها ولا يقبل دعواها الجهل، ولما كان الفسخ يشبه الطلاق لحصول الفراق عقب كل منهما قال: (ومن اشترى زوجته) أو ملكها بسبب غير الشراء كهبة أو صدقة أو إرث. (انفسخ نكاحه) ولو بملك بعضها، قال في المدونة: وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه انفسخ نكاحه، لأنها إذا طالبت به بحق الزوجية يطالبها بحق الملك فيتعارضان فتسقط النفقة وغيرها من الحقوق، وذلك خلاف الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وقال خليل: وفسخ وإن طراً بلا طلاق كمرأة في زوجها ولو بدفع مال ليعتق عنها، وإذا حصل الملك قبل البناء لا صدق لها وله وطؤها بالملك بعد الشراء من غير استبراء لأن الماء ماؤه ثم شرع في مسائل يخالف العبد الحر فيها بقوله: (وطلاق العبد) ولو فيه شائبة حرية. (طلقتان) ولو كانت الزوجة حرة لأن الطلاق معتبر بالرجال دون النساء، فطلاق الحر ثلاث ولو كانت زوجته أمة، ولأن العبد على النصف من الحر فيكمل النصف عليه بالشرع (وعدة) الزوجة (الأمة) ولو فيها شائبة حرية إذا طلقها زوجها وهي ممن تحيض (حيضتان) ولو كان زوجها حراً لأن العبرة في العدة بالمرأة عكس الطلاق وعبر بحيضتين، وإن كان إمامنا اختار تفسير الأقراء بالأطهار لاستلزام الحيض للطهر فسقط ما قيل من أنه كان الصواب طهران بدل حيضتان، وهذا إذا كانت من ذوات الحيض، وإلا اعتدت بثلاثة أشهر لأن الاعتداد بالأشهر تستوي فيه الحرة والأمة، وإنما ذكر الكلام على العدة قبل بابها جمعاً للنظير مع نظيره. (وكفارات الرقيق) المراد من فيه شائبة الرق ولو أنثى. (كالحر) في الجملة فما يصح للحر إخراج الكفارة منه يخرج منه للرقيق، وما لا يصح للحر لا يصح للرقيق، وقولنا في الجملة للاحتراز عن التكفير بالعتق فإنما يكفر به الحر لا الرقيق، إلا أن يكون الحر مدياناً فيستويان في عدم التكفير به، ويحتمل أن معنى كلامه: أن العبد ليس على النصف في الكفارة كالطلاق والحد، ويحتمل أنه كالحر في الموجبات للكفارة، وقيل غير ذلك، والمفهوم من كلامه

إِلَى جَوْفِ الرُّضِيعِ فِي الْحَوْلَيْنِ مِنَ اللَّبَنِ فَإِنَّهُ يُحْرَمُ وَإِنْ مَصَّهَ وَاحِدَةً وَلَا يُحْرَمُ مَا أُرْضِعَ
بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ إِلَّا مَا قَرَّبَ مِنْهُمَا كَالشَّهْرِ وَنَحْوِهِ وَقِيلَ وَالشَّهْرَيْنِ وَلَوْ فُصِّلَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ

بقريته قوله: بخلاف معاني الحدود الاحتمال الثاني. (بخلاف معاني الحدود والطلاق) فإن العبد بمعنى الرقيق فيها على النصف من الحر، وإضافة معاني الحدود بيانية أو أنها زائدة، فيعد في الزنا والقذف والشرب نصف الحر، قال العلامة ابن عمر: ما يساوي العبد الحر فيه وما لا يساويه أربعة أقسام: قسم يجب على الحر دون العبد كالحج والغزو والجمعة والزكاة، وقسم يجب عليهما على التساوي كالصلاة والصوم والكفارات وتحليل المحللات وتحريم المحرمات، وقسم يشاطر الرقيق الحر فيه كالحدود والطلاق والعدة، وقسم فيه الخلاف بين العلماء وهو النكاح وأجل المفقود انتهى.

والمشهور التساوي في النكاح، فيجوز للعبد الجمع بين أربع من النساء، وعلى النصف في أجل المفقود والمعترض. ثم شرع في الرضاع وهو كما قال ابن عرفة: وصول لبن آدمية لمحل مظنة غذاء آخر للتحريم بالسعوط والحقنة، ولا دليل إلا مسمى الرضاع، وعقب ما سبق من الطلاق والفسخ للعان، أو ملك أحد الزوجين صاحبه لحصول المناسبة بين كل لتحريم المرأة بالجميع في الجملة فقال: (وكل ما وصل) ولو مع الشك على ما استظهره بعض شراح خليل كالخطاب وتبعه السنهوري (إلى جوف الرضيع في) داخل (الحولين من اللبن) ولو خلط بغير طالب عليه، وفرغ اللبن كالجبين والسمن كهو، واحترز باللبن عن الماء الأصفر فلا يحصل به تحريم وخبر كل الواقع مبتدأ. (فإنه يحرم) مثل ما حرمه النسب (وإن) كان الواصل إلى جوف الرضيع (مصّة واحدة) على قول أكثر أهل العلم لأن الدليل على التحريم بالرضاع قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله عليه الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لا تحديد فيه بعشر ولا خمس رضعات، وما ورد من التحديد فمسنوخ بما قدمنا. (تنبيه) لم يقيد المصنف صاحبة اللبن بكونها حية أو ميتة، إشارة أنه لا فرق بين الحية والميتة، وأما قوله في الآية: ﴿أَرْضَعْنَكُمْ﴾ فبالنظر إلى الغالب، فإذا شرب الصغير لبن الميتة أو النائمة صار ابناً لها فلا يتزوج أصولها ولا فروعها، ولم يقيد أيضاً بكونها آدمية، مع أنه لا بد منه كما قدمنا عن ابن عرفة، والآية والأحاديث تدل على ذلك، فلو ارتضع صغيران على بهيمة فلا يحرم أحدهما على الآخر، ولم يقيد أيضاً ذات اللبن بكونها كبيرة أو ذات زوج للإشارة إلى عدم اشتراط ذلك، قال خليل: حصول لبن امرأة وإن ميتة أو صغيرة ولو غير مطيقة، إلى قوله: محرم، ثم أشار إلى مفهوم قوله في الحولين بقوله: (ولا يحرم ما) أي اللبن الذي (أرضع) بالبناء للمفعول ونائب الفاعل على ضمير ما (بعد الحولين إلا) ما رضعه في (ما قرب منهما كالشهر ونحوه) فإنه لا يحرم (وقيل والشهرين) وهذا هو المذهب واقتصر عليه خليل، لأنه

فَصَالًا اسْتَغْنَى فِيهِ بِالطَّعَامِ لَمْ يُحْرَمَ مَا أُرْضِعَ بَعْدَ ذَلِكَ وَيُحْرَمُ بِالْوَجُورِ وَالسُّعُوطِ وَمَنْ أَرْضَعَتْ صَبِيًّا فَبَنَاتُ تِلْكَ الْمَرْأَةِ وَبَنَاتُ فَحْلِهَا مَا تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ إِخْوَةٌ لَهُ وَلَاخِيهِ نِكَاحُ بَنَاتِهَا.

قول ابن القاسم في المدونة، وشرط التحريم بالرضع مطلقاً عدم الاستغناء عنه بالطعام بدليل قوله: (ولو فصل) أو منع الرضيع من لبن أمه (قبل) تمام (الحولين فصلاً) بينا بحيث (استغنى فيه) الرضيع (بالطعام) عن اللبن بحيث لا يتضرر بترك اللبن (لم يحرم ما) أي اللبن الذي (ارتضع) بلفظ المجهول (بعد ذلك) قال العلامة خليل: إن حصل في الحولين أو زيادة الشهرين إلا أن يستغنى ولو فيهما، فلا تحريم بالرضاع بعد الاستغناء إلا أن يكون زمان الرضاع قريباً من زمن الفطام بنحو اليومين والثلاثة فإنه يحرم، لأنه لو أعيد للرضاع لكان قوة في غذائه، ولذلك قال المصنف: فصلاً بيناً. (تنبيه) لو تنازع الأم مع الأب في فطام الصغير لم يلتفت لمن أراد الفطام لأن الحق فيه للأبوين معاً، فلو طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر لم يلتفت له ولا بد من رضاها معاً، قاله ابن العربي في أحكامه، قاله التتائي في شرح خليل، ولما كان الرضاع عرفاً شرب الولد بفمه وكان التحريم يحصل بوصوله إلى الجوف ولو من الأنف أو من الدبر قال: (ويحرم) اللبن الواصل إلى الجوف (بالوجور) بفتح الواو وضم الجيم وهو الصب في الحلق. (والسعوط) بفتح السين المهملة وهو الصب في الأنف، قال خليل: حصول لبن امرأة وإن ميتة أو صغيرة بوجور أو سعوط أو حقنة تكون غذاء أو خلط الأغلب ولا كماء أصفر، إلى قوله محرماً ما حرم النسب إلا ما استثنى، وتوقف العلامة الأجهوري في الواصل إلى الجوف من ثقبه تحت المعدة وفوقها ويظهر لي التحريم، لأن الثقب النافذة إلى محل الغذاء تشبه الدبر، والواصل منه إلى محل الغذاء محرّم، لأنهم غولوا على الوصول إلى الجوف من غير الأذن والعين وحرر المسألة، نعم جرى التردد في الحاصل بالحقنة هل يشترط حصول الغذاء منه بالفعل أو لا؟ وكلام خليل يقتضي اشتراط ذلك، وكلام ابن عرفة لا، ويظهر لي من التحريم بالمصّة رجحان كلام ابن عرفة والله أعلم، ووقع التوقف في لبن الخنثى المشكل، والظاهر أنه يحرم قياساً على من تيقن الطهارة وشك في الحدث، قاله التتائي في شرح خليل (تنبيه) قد ذكرنا أن تحريم الرضاع مثل تحريم الولادة، ويحرم له مثل ما يحرم من النسب إلا ما استثنى من نحو أم أخيك المشار إليها بقول خليل: إلا أم أخيك وأختك، أو أم ولد ولدك وجدك وأختك وأخت ولدك وأم عمك وعمتك وأم خالك وخالتك فقد لا يحرم من الرضاع، قال بعض شراحه: وقد في كلامه للتحقيق وناقشه بعض، راجع الأجهوري. (ومن أرضع) من الأدميات (صبيّاً) لم يستغنى عن اللبن. (فبنات تلك المرأة) ولو من زوج غير فحلها اليوم (وبنات فحلها) اليوم الذي حصل فيه الرضاع بلبنه ولو من غير تلك المرأة المرضعة. (ما تقدم) على رضاعه (أو تأخر) عند الجميع (أخوة له) أي لهذا الصبي، واعلم أن أصول التحريم بالرضاع ثلاثة: الرضيع والمرضعة وفحلها، إن كان الرضيع ذكراً حرمت عليه لأنها

أمه من الرضاع وجميع أقاربها إلا بنات إخوتها وأخواتها لأنهن بنات خالات وبنات أخوال، وكذلك يحرم عليه جميع أقارب الزوج صاحب اللبن إلا بنات إخوته وأخواته لأنهن بنات أعمام وعمات، وإن كان الرضيع أنثى حرمت على أقارب المرضعة إلا بنات إخوتها وأخواتها، وكذا تحرم على أقارب الزوج إلا على بنات إخوته وأخواته، وتحرم المرضعة على صاحب اللبن وما تناسل منها لأنها بنته، وما يتناسل منها حفدة، ومن الأصول الثلاثة تنتشر الحرمة إلى الأطراف، ثم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، بيانه إذا حرمت المرضعة على الرضيع حرمت عليه أمهاتها نسباً ورضاعاً لأنهن جدات، وأخواتها نسباً ورضاعاً، وأولادها من الجهتين إخوة، وكذلك أولاد الإخوة، وكذلك أولاد الرضيع أحفاد المرضعة، ولا تحرم المرضعة على أبي الرضيع ولا على أخيه، وكذلك زوج المرضعة أو المرتضع، وأبوه جده، وأخوه عم، وولده أخ، وعلى هذا القياس، ولا يعتبر في لبن الفحل أن يكون من وطء حلال ولو من حرام لا يلحق الولد منه بصاحبه خلافاً لظاهر كلام خليل.

(تنبيهان) الأول: ظاهر المصنف أن الرضيع يصير أخاً لأولاد فحل المرضعة، ولو كان رضع عليها قبل أن يتزوجها ذلك الفحل وليس كذلك، بل لا يكون أخاً لبنات ذلك الفحل من الرضاع إلا إذا كان قد وطئ المرضعة وأنزل قبل الإرضاع حتى يصدق عليه أنه شرب من لبن ذلك الفحل، وأما لو رضع عليه قبل نكاحه إياها ثم عقد عليها بعد انقطاع الرضاع فلا تكون بناته أخوات له لأنه لم يشرب من لبنه حتى يكون ابناً له، كما هو معلوم من قولهم: يجوز للريبب أن يتزوج ببنت امرأة أبيه من رجل غيره حيث شرطوا عدم رضاعها من لبن أبيه بأن فطمت قبل نكاح أبيه لأمها. الثاني: قول المصنف: ومن أرضع كان مقتضى الظاهر أن يقول: أرضعت بالثناء لأن الفاعل ضمير المؤنث، وقال في الخلاصة:

وإنما تلزم فعل مضممر متصل أو مفهم ذات حر
والجواب: أنه ذكر الضمير نظراً إلى لفظ من فاته يجوز مراعاة لفظها كما في قوله تعالى: ﴿ومن يقنت منكن﴾ [الأحزاب: ٣١] إذ لو راعى المعنى لقال: ومن تقنت لأن التاء مع المضارع كالتاء مع الماضي في اللزوم، وقوله: فبناتها وبنات فحلها إخوة، كان الواجب أن يقول: أخوات لأنه جمع أخت وإخوة جمع أخ المذكور، وجوابه أنه راعى لفظ ما من قوله ما تقدم فإنه مفرد مذكر، ولما كان يتوهم من كون بناتها أخوات للرضيع وعدم حلهن لإخوته قال: (و) يجوز (لأخيه) أي ذلك الصبي نسباً (نكاح بناتها) لأن الذي يقدر ولدًا للرضعة خصوص الرضيع، قال خليل: وقدر الطفل خاصة ولدًا لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه، فكأنه حاصل من بطنها ومن ظهره وفروعه كهو فتحرم عليه المرضعة وأمهاها وبناتها وعماتها وخالاتها كما تحرم على فصوله، ولا تحرم على أصوله ولا على إخوته،

باب في العدة والنفقة والاستبراء

وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ كَانَتْ مُسْلِمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً وَالْأَمَةُ وَمَنْ فِيهَا بَقِيَّةٌ رِقٌّ

ويستمر كل من رضع ولدًا لصاحب اللبن لانقطاعه وإن بعد سنين واشترك مع القديم، فالحاصل أن أصول الرضيع مع النسب، وكذلك إخوته أجنبية في تلك المرضعة فتحل لهن، قال خليل: وقدر الطفل خاصة ولدًا لصاحبة اللبن ولصاحبة من وطئه لانقطاعه وإن بعد سنين فمحترز خاصة أصوله وإخوته، وأما فصوله فلم يحترز بخاصة عنها بل هم مثله في الحرمة كما ذكرنا (تتمتان) الأولى: لم يذكر المصنف ما يثبت به الرضاع، وبينه خليل بقوله: ويثبت برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا قبل العقد، سواء كانتا أجنبيتين أو أمهاتهما، قاله أبو الحسن شارح المدونة، لا بامرأة ولو فشا ولو كانت عدلة، ولا فرق بين كون الرضاع حصل في زمن إسلام المرأة أو كفرها، قال خليل: ورضاع الكفر معتبر، فلا يحل لمن رضع على كافتة أن يتزوج بأولادها ولو بعد إسلامهن. الثانية: الرضاع على الخنثى المشكل محرّم، كما أن الشك في وصول اللبن إلى جوف الرضيع محرّم كما عند ابن ناجي وتبعه الحطاب والسنهوري كما قدمناه. ولما كان الاستبراء قد يتسبب عن ثبوت الرضاع ناسب ذكر باب العدة والاستبراء بعده بقوله:

(باب في) بيان أحكام (العدة)

وقدرها ومن تلزمها ومن لا تلزمها، وما يجب على المرأة تركه زمنها وحقيقتها كما قال ابن عرفة: مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه، والمراد منع المرأة لأن مدة منع من طلق رابعة من نكاح غيرها لا يقال له عدة لا لغة ولا شرعاً، لأنه لا يمكن من النكاح في مواطن كثيرة كزمن الإحرام أو المرض، ولا يقال فيه أنه معتد (و) في بيان أحكام (النفقة) وهي ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف. (و) في بيان (الاستبراء) وهو في اللغة الاستقصاء والبحث عن كل أمر غامض وشرعاً الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب، وأسباب العدة ثلاثة: موت أو طلاق أو فسح، كما أن أنواعها ثلاثة أقراء وشهور وضع حمل، ويبدأ بالنوع الأول فقال: (وعدة الحرة) البالغ غير الحامل (المطلقة) بعد خلوة زوجها البالغ غير المٌجبوب خلوة يمكن وطؤها فيها (ثلاثة قروء) جمع قرء بفتح القاف أي أطهار، وتحل لغير المطلق بأول الحيضة الثالثة إن طلقت في طهر، أو الرابعة إن طلقت في حيض أو نفاس، ولكن تستحب لها أن لا تتعجل بالعقد بمجرد رؤية الدم الثالث أو الرابع، بل حتى يمضي يوم أو بعضه لعدم الاكتفاء في العدة بأقل من ذلك. ولا يقال: مقتضى التعليل وجوب التأخير وعدم الحل بمجرد رؤية الدم، لأننا نقول: الأصل الاستمرار وعدم الانقطاع قبل مضي يوم أو بعضه، وقيدنا الحرة بالبالغ لقوله ثلاث أقراء، وبغير الحامل لأن عدتها وضع حملها كما يأتي، وبالزوج البالغ لأن

قَرَأَنِ كَانَ الزَّوْجُ فِي جَمِيعِهِنَّ حُرًّا أَوْ عَبْدًا وَالْأَقْرَاءُ هِيَ الْأَطْهَارُ الَّتِي بَيْنَ الدَّمِينِ فَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَمْ تَحْضُ أَوْ مِمَّنْ قَدْ يَسَّتْ مِنَ الْمَحِيضِ فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ فِي الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ وَعِدَّةٌ

زوجة الصبي لا عدة عليها في الطلاق بخلاف الموت، وبغير المجبوب لأن زوجته لا عدة عليها من طلاقه كالمطلقة قبل الدخول، وقيل: عليها العدة إن كان يعالج وينزل، وعلى الأول خليل، وعلى الثاني عياض، وإلى هذه القيود أشار خليل بقوله: تعتد حرة وإن كتابية بخلوها بالغ غير مجبوب أمكن شغلها منه إن نفيها، وأما مقطوع الأنثيين قائم الذكر فيجب على زوجته العدة على المعتمد كما قاله بعض شراح خليل، وإذا وجدت هذه القيود فلا بد من العدة سواء (كانت) تلك الحرة المطلقة (مسلمة أو كتابية) طلقها زوجها المسلم أو أراد مسلم أن يتزوجها. (و) أما عدة الزوجة المطلقة (الأمة و) كل (من فيها بقية رق) كمبعضة وأولى المكاتبه وأم الولد والمدبرة فهي (قرءان) بفتح القاف أي طهران، فتحل بأول الحيضة الثانية إن طلقت في طهر، أو الثالثة إن طلقت في حيض، وإنما اعتدت بقرأين مع أن الرقيق على النصف لأن القرء لا يتبعض وسواء (كان الزوج في جميعهن) أي الحرة والأمة القن ومن فيها بقية رق (حرراً أو عبداً) لما تقرر من أن العبرة في العدة بالمرأة، وفي الطلاق بالزوج، والفراق واضح لأن العدة من المرأة والطلاق من الزوج. ثم فسر الأقرء بقوله: (والأقرء) معناها عند مالك والشافعي وأحمد وجمع من الصحابة (هي الأطهار التي) تحصل (بين الدمين) خلافاً لمن أراد بها الحيض، وكان الأنسب بلفظ الأقرء الدماء، لأن الذي بين الدمين قرء واحد، وظاهر كلام المصنف أنه لا بد من الأقرء، ولو كانت عادتھا الحيض في كل سنة مرة أو تأخر حيضها لرضاع أو مرض أو استحاضة وهو كذلك، حيث كانت تميز دم الاستحاضة من غيره، وإلا كانت مرتابة، وسيأتي الكلام عليها (تنبيه) ما ذكره من أن الأقرء هي الأطهار يلزم عليه إشكال لا يتوجه على من فسرها بالدماء وهو أبو حنيفة، وبيان الإشكال أنه يلزم عليها حلها قبل الثلاثة أقرء إذا كان طلاقها في آخر طهر، لأنها تحل بأول الحيضة الثالثة، والمنقضي طهران وبعض طهر، وأجيب عن هذا الإشكال بأن الجمع قد أطلق في كلامه تعالى على معظم المدة ك: ﴿الحج أشهر معلومات﴾ [البقرة: ١٩٧] مع أنه في شهرين وعشر ليال، أو أن بعض الطهر منزل منزلة طهر كامل. قال خليل: واعتدت بطهر الطلاق وإن لحظة. لما فرغ من عدة ذات الحيض شرع في عدة غيرها فقال: (فإن كانت) المطلقة (ممن لم تحض) لصغر ولكن مطيقة للوطء (أو) كانت كبيرة لكن (قد يسست من المحيض) بأن جاوزت السبعين (فثلاثة أشهر) عدتها (في) حق (الحرة و) مثلها (الأمة) على المشهور لقوله تعالى: ﴿واللاني يشسن من المحيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاني لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] أي عدتهن كذلك فإنه شامل للحرة والأمة، وأيضاً الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر وتعتبر الشهور بالأهله، وإذا طلقت في أثناء شهر عملت من الثاني والثالث على الأهله وكملت المنكسر ثلاثين يوماً من الرابع

الْحُرَّةُ الْمُسْتَحَاضَةِ أَوْ الْأَمَةِ فِي الطَّلَاقِ سَنَةً وَعِدَّةُ الْحَامِلِ فِي وَفَاةٍ أَوْ طَّلَاقٍ وَضَعُ حَمْلِهَا كَانَتْ حُرَّةً أَوْ أَمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً وَالْمُطَلَّقَةُ الَّتِي لَمْ يُدْخَلْ بِهَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنْ

ولو كان المنكسر ناقصاً، ولا تحسب يوم الطلاق إن طلقت بعد فجره، وقيدنا الصغير بالمطلقة لأن غيرها لا عدة طلاق عليها. فإن قيل: زوجة الصبي لا عدة عليها ولو كبيرة وهو مطبق، والمطيقه التي لم تحض عليها العدة حيث كان زوجها بالغاً. فالجواب: أن الصبي لا ماء له قطعاً فعدم الحمل من وطئه محقق، وأما المطيقه فلا يقطع بعدم حملها لاختلاف أحوال البنات باختلاف الأزمنة والمأكول والمشرب. (تنبيه) إنما تعتد الصغيرة بشرطها بالأشهر حيث لم تر الحيض في آخرها وإلا انتقلت للأقراء، والآيسة إذا رأت الحيض في أثناء أشهرها ينظرها النساء، ومما تستوي فيه الحرة والأمة أيضاً عدة المستحاضة وأشار إليها أيضاً بقوله: (وعدة) الزوجة (الحرة المستحاضة أو الأمة) المستحاضة أيضاً يسترسل عليها الدم زيادة على أيام الحيض المعتاد لهما. (في الطلاق سنة) بشرط عدم التمييز، ومثلهما في الاعتداد بسنة من تأخر حيضها بغير سبب أو لمرض، قال خليل: وإن لم تميز أو تأخر بلا سبب أو مرضت تربصت تسعة أشهر ثم اعتدت بثلاثة، فعلم من كلام خليل أن كل السنة ليس بعدة بل تسعة استبراء وثلاثة أشهر عدة، وإن كان المصنف أطلق على كل السنة عدة، وأما المستحاضة إذا ميزت فإنها تعتد بالأقراء لا بالأشهر، لأن الدم المميز بعد طهر تام يعد حيضاً، قال خليل: والمميز بعد طهرتم حيضاً كما قدمنا. ومما تشترك فيه الحرة والأمة أيضاً وضع الحمل وإليه الإشارة بقوله: (وعدة الحامل من وفاة أو طلاق وضع حملها) كله حيث كان لاحقاً أو يصح استلحاقه، وسواء كان كاملاً أو دماً مجتمعاً سواء (كانت) تلك المعتدة (حرة أو أمة) مسلمة (أو كتابية) والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وهذه مخصصة لعموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتوفونَ مِنْكُمْ وَيَذرونَ أَزْوَاجاً يَتربصنَ بأنفسهنَّ أربعةَ أشهرٍ وعشراً﴾ [البقرة: ٢٣٤] وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتربصنَ بأنفسنَّ ثلاثةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وإنما خصصت آية الحوامل هاتين الآيتين لأن القصد من العدة الاستدلال على براءة الرحم، ووضع الحمل أقوى في الدلالة من الزمان والحيض، وقولنا اللاحق بالفعل أو يصح استلحاقه ليدخل حمل الملاعنة للاحتراز عما لو كان الزوج صبياً أو مجبواً فلا تنقضي عدة زوجته بوضع حملها لا من موت ولا طلاق، بل لا بد من ثلاثة أقراء في الطلاق تعد نفسها حيضة، وعليها في الوفاة أقصى الأجلين وهو المتأخر من الوضع، أو تمام الأربعة أشهر وعشر في الحرة، أو الشهرين والخمس ليال في الزوجة الأمة، وقولنا كله للاحتراز عما لو كان في بطنها ولدان فلا تحل إلا بوضعهما، فلو نزل بعض الواحد وبقي بعضه ولو الثلث فلا تنقضي عدتها، واستظهر بعض الشيوخ لو مات الحمل بعد خروج بعضه وبقي في بطنها نحو عضو منفصل كما لو تقطع الحمل وتأخر ذلك أن عدتها تنقضي، وهو مخالف

الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ مُسَلِّمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً وَفِي الْأُمَّةِ وَمَنْ فِيهَا بَقِيَّةُ رِقٍّ شَهْرَانِ وَخَمْسُ لَيَالٍ مَا لَمْ تَرْتَبِ الْكَبِيرَةَ ذَاتُ الْخَيْضِ

لتوكيد خليل بكله لأنه لا فرق بين البعض الباقي المتصل أو المنفصل وحرر المسألة، نعم ظهر لنا حكم آخر وهو انقضاء العدة بتمام وضع الحمل ولو من غير نوع الأم والأب، كأن تضع حيواناً بهيمياً، وربما يصدق عليه قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وحرر المسألة. ولما كان موجب عدة المطلقة الدخول بها قال: (والمطلقة التي لم يدخل) مطلقها البالغ (بها) أو دخل ولكن لم يمكن وطؤها (لا عدة عليها) إلا أن تقر الزوجة به أو يظهر بها حمل ولم ينفعه فتجب عليها العدة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولا مفهوم للمؤمنات، ولأن العدة شرعت لبراءة الرحم، ولذلك لا عدة على زوجة الصغير، ولا على من لم تطق الوطء، وإنما وجبت في الوفاة من غير اعتبار بلوغ زوج أو إطاقة زوجة لأن فيها ضرباً من التعبد. ثم شرع في عدة المتوفى عنها غير الحامل بقوله: (وعدة الحرة من الوفاة) لزوجها ولو عبداً (أربعة أشهر وعشر) برفع أربعة وعشر خبر عدة الواقعة مبتدأ سواء (كانت) الزوجة (صغيرة أو كبيرة) ولو كانت الصغيرة غير مطيقة أو الكبيرة لا يولد لمثلها وسواء (دخل بها أو لم يدخل مسلمة كانت أو كتابية) حيث كان زوج الكتابية مسلماً كان الزوج يولد لمثلها، أو لا كصبي أو محبوب حيث كان النكاح صحيحاً أو فاسداً مختلفاً فيه قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ولم يفرق بين صغيرة وكبيرة، وأما لو كان النكاح متفقاً على فساده كخامسة أو معتدة فلا عدة عليها، إلا إن كان الزوج البالغ قد دخل بها وهي مطيقة فتعتد كالمطلقة، وكذمية تحت ذمي يموت عنها ويريد مسلم أن يتزوجها فعليها الاستبراء بثلاث حيض إن كانت حرة تحيض، أو بحيضة إن كانت أمة، قال خليل: وإلا فكالمطلقة إن فسد، قال شراحه: أي وإن لم تكن المتوفى عنها حاملاً والحال أن زوجها قد مات عنها ونكاحها مجمع على فساده فحكمها حكم المطلقة، فعدتها ثلاثة أقراء إن كانت حرة، وقرآن إن كانت أمة وهذا إن كانت مدخولاً بها وإلا فلا عدة عليها، وإن كانت صغيرة مطيقة للوطء أو آيسة استبرئت بثلاثة أشهر، وقول خليل: كالدمية تحت ذمي تشبيه في حكم المطلقة، واحتترز بتحت ذمي عما لو كانت تحت مسلم ومات فإنها تجبر على أربعة أشهر وعشر ولو لم يدخل بها حيث كانت حرة، وعلى الشهرين وخمس ليال بأيامها إن كانت رقيقة.

(تنبيهان) الأول: ظاهر كلام المصنف أن المتوفى عنها تحل للأزواج بمجرد انقضاء الأربعة أشهر وعشر، سواء كانت تنقضي قبل زمن حيضتها أو لا وليس كذلك، بل لا تحل إلا أن تمت قبل زمن حيضتها، قال خليل: إن تمت قبل زمن حيضتها، وقال النسائي:

لا ربية بها وإلا انتظرتها أي وإن كانت الأربعة أشهر وعشر لا تتم قبل زمن حيضتها بأن كانت عادتتها الحيض في كل شهرين وتأخرت حيضتها إما لغير سبب أو استحاضة ولم تميز، أو كانت تتم الأربعة أشهر وعشر قبل مجيء زمن حيضتها ولكن قالت النساء بها ربية من جس بطن انتظرت الحيضة لأن تأخر الحيضة عن عاداتها، وكذا قول النساء يوجب الشك في براءة رحمها، فلا بد من الحيضة أو تمام تسعة أشهر، ويعد ذلك إن زالت الربية أو لم تزل حلت، وإن زادت بعد التسعة أشهر انتظرت أقصى الأمد، إلا أن تزول الربية قبل الأقصى وإلا حلت، والأقصى قيل أربع وقيل خمس سنين، فهذا كله في المدخول بها ذات الحيض، وأما غيرها فتحل بتمام الأربعة أشهر وعشر، والحاصل أن غير المدخول بها ومثلها المأمونة الحمل إما لصغرها أو يأسها أو كون الزوج لا يولد له تحل بمجرد فراغ الأربعة أشهر وعشر، وكذا غير مأمونة الحمل ولكن تتم الأربعة أشهر وعشر قبل مجيء زمن حيضتها، أو لا تتم قبل زمن حيضها ولكن أتاها الحيض فيها أو تأخر لرضاع، وأما إن تأخر لمرض أو لغير علة أو استحيضت ولم تميز فلا بد من الحيضة أو تمام تسعة أشهر وتحل، إلا أن أن تظهر ربية بعد التسعة فتمكث أقصى الأجلين كما قدمنا، وما ذكرناه من أن تأخر الحيض لمرض كالتأخر لغير سبب في انتظار الحيض هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وأما على قول غيره وحكى عليه ابن بشير الاتفاق أنه كالتأخير للرضاع فتحل بتمام الأربعة أشهر وعشر حيث قالت النساء لا ربية بها. الثاني: إنما ترك التاء من عشر حيث قال أربعة أشهر وعشر، إما لأن المراد عشر مدد كل مدة يوم وليلة، والمدة مؤنثة والتاء تترك من المعدود المؤنث من الثلاث إلى العشرة أو تغليباً لليالي على الأيام لسبقها عليها، فلو زوجت بعد عشر ليال وقبل مضي اليوم العاشر فسخ على هذين القولين، وإليه ذهب مالك والشافعي. وإنما جعلت العدة أربعة أشهر وعشر لأن الأربعة يتحرك فيها الحمل، وزيدت العشر لاحتمال نقص الشهور أو تأخر الحركة، والقول بأن تأنيث العشر لأن المراد الليالي فقط، وعليه فيصح العقد بعد الأربعة أشهر وعشر ليال قبل مضي اليوم العاشر ضعيف وإن ذهب إليه بعض الشيوخ. ثم ذكر محترز الحرة بقوله: (و) قدر زمن عدة الوفاة (في) حق الزوجة (الأمه ومن فيها بقية رق) كمبعضة وأم ولد (شهران وخمس ليال) مع أيامها حيث كانت غير مدخول بها أو صغيرة أو آيسة أو ذات زوج محبوب أو صغير، أو رأت الحيض في داخلها، أو تأخر لرضاع أو مرض على قول ابن بشير ومن وافقه، وإلا مكثت ثلاثة أشهر وتحل إلا أن ترتب فتمكث. تمام تسعة أشهر وتحل، إلا تزيد الربية فتمكث أقصى أمد الحمل، وإنما وجب مكثها ثلاثة أشهر عند عدم الحيض من المدخول بها وإن تمت قبل زمن حيضتها، بخلاف الحرة لقصر مدة عدة الأمة فلا يظهر الحمل فيها قاله بعض الشيوخ، قال خليل: وتنصفت بالرق وإن لم تحض فثلاثة أشهر إلا

بِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَفْتِهِ فَتَقْعُدُ حَتَّى تَذْهَبَ الرَّيْبَةُ وَأَمَّا الَّتِي لَا تَحِيضُ لِصَغَرٍ أَوْ كِبَرٍ وَقَدْ بُنِيَ بِهَا فَلَا تَنْكِحُ فِي الْوَفَاةِ إِلَّا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَالْإِحْدَادُ أَنْ لَا تَقْرَبَ الْمُعْتَدَةَ مِنْ الْوَفَاةِ شَيْئاً مِنَ الزَّيْنَةِ

أن ترتاب فتسعة، ومقتضى كلام خليل أن ذات الحيض المدخول بها إن لم تحض داخلها تمكث ثلاثة أشهر، سواء تمت قبل زمن حيضتها أم لا، ولو تأخر لرضاع أو مرض فراجعه، ولما كان حل المعتدة بانقضاء زمن عدتها مشروطاً بعدم ريبتها قال: (ما لم ترتب الكبيرة ذات الحيض) سواء كانت حرة أو أمة (بتأخيره عن وقته) وإلاً (فتقعد حتى تذهب الريبة) إما بحيضة أو بتمام مضي التسعة أشهر، هذا حكم المرتابة بتأخر الحيض، وفرض المسألة أنها مدخول بها وتأخرت حيضتها عن عادتها وزوجها يولد له، وأما لو كانت ريبتها بجس بطن فإنها تمكث أقصى أمد الحمل أربع أو خمس سنين، وقد ذكرنا أن ذات الريبة تستوي فيها الحرة والأمة. ولما قدم حكم الأمة ذات الحيض شرع في حكم غيرها بقوله: (وأما) الزوجة الأمة ولو بشائبة (التي لا تحيض لصغر أو كبر و) الحال أن الزوج كان (قد بنى بها فلا) يحل أن (تنكح في الوفاة إلا بعد) مضي (ثلاثة أشهر) من وفاة زوجها على أحد أقوال وهو ضعيف، والمذهب أنها تحل بمضي شهرين وخمس ليال بأيامها كما قدمنا، وأن التي يتوقف حلها على الثلاثة أشهر إنما هي التي دخل بها الزوج الذي يولد له وهي ممن تحيض ولم تر الحيض في الشهرين وخمس ليال، قال خليل: وتنصفت بالرق وإن لم تحض فثلاثة أشهر إلا أن ترتاب فتسعة، وأما إن لم تحض لصغر أو يأس أو حاضت فيها أو كان زوجها صغيراً أو مجبواً فإنها تحل بمجرد انقضاء الشهرين وخمس ليال بأيامها، فما ذكره المصنف ضعيف كما نبه عليه شراح خليل. ثم شرع في الكلام على توابع العدة بقوله: (والإحداد) لغة الامتناع من حدود الرجل من كذا إذا منعه منه وأحدث المرأة امتنعت من الزينة، ومنه الحدود لأنها تمنع الجاني من العود لمثل ما فعل مما يوجب الحد، وأما في الاصطلاح فقال ابن عرفة: هو ترك ما هو زينة ولو مع غيره، وفسره المصنف بقوله: (أن لا تقرب) المرأة (المعتدة من الوفاة شيئاً من الزينة) قال خليل: وتركت المتوفى عنها فقط وإن صغرت ولو كتابية ومفقوداً زوجها التزين بالمصبوغ ولو أدكن إن وجدت غيره إلا الأسود، والدليل على وجوب الإحداد على المعتدة من الوفاة ما في الصحيحين وغيرهما عن أم عطية أن النبي ﷺ قال: «لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب غضب، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار» قيل: الغضب ثياب من اليمن فيها بياض وسواد، والنبذة بضم النون القطعة والشيء اليسير، والقسط بضم القاف، والأظفار نوعان من البخور رخص فيه في الطهر من الحيض لتطهير المحل وإزالة كراهيته، ولهذا الحديث قصر مالك الإحداد على عدة الوفاة، وحكمة مشروعيته الإبعاد عما تراد المرأة له صوناً للأنسب، وإن ارتابت فعليها الإحداد حتى تنقضي الريبة، وصلة الزينة (بحلي أو كحل أو

يَحْلِي أَوْ كُحِلٍ أَوْ غَيْرِهِ وَتَجْتَنِبُ الصَّبَاغَ كُلَّهُ إِلَّا الْأَسْوَدَ وَتَجْتَنِبُ الطَّيِّبَ كُلَّهُ وَلَا تَخْتَضِبُ بِحِنَّاءٍ وَلَا تَقْرُبُ دُهْنًا مُطَيَّبًا وَلَا تَمْتَشِطُ بِمَا يُخْتَمَرُ فِي رَأْسِهَا وَعَلَى الْأُمَّةِ وَالْحُرَّةِ الصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ الْإِحْدَادَ وَأَخْتَلِفَ فِي الْكِتَابِيَّةِ وَلَيْسَ عَلَى الْمُطَلَّقَةِ إِحْدَادٌ وَتُجَبَّرُ الْحُرَّةُ الْكِتَابِيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ فِي الْوَفَاةِ وَالطَّلَاقِ وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَالِدِ مِنْ وَفَاةِ سَيِّدِهَا حَيْضَةٌ وَكَذَلِكَ

غيره) من نحو إزالة لشعث، قال في المدونة: ولا تكتحل إلا من ضرورة فتستعمله ليلاً وتمسحه نهاراً لما في الموطأ أنه ﷺ قال لامرأة معتدة اشتكت عينها: «اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه نهاراً» وعينها بضم النون فاعل اشتكت لأنه فعل لازم بمعنى مرضت عينها، والحلي يحتمل أنه مفرد فيكون بفتح الحاء وسكون اللام مع تخفيف الياء، ويحتمل أنه جمع فيكون بضم الحاء وكسر اللام وشد الياء جمع حلي وهو كل ما تتحلى به المرأة من قرط وسوار وخاتم ذهب أو فضة أو غيرهما. (تنبيه) علم مما قررنا أن معنى لا تقرب الزينة على جهة الوجوب، فإن استعملت شيئاً من الزينة زمن عدتها عصت ووجب عليها التوبة وإن اكتفت بعدتها. (و) يجب عليها أن (تجتنب) لبس سائر الثياب المصبوغة بأي نوع من أنواع (الصباغ كله إلا) المصبوغة بنوع (الأسود) فإنها لا تجتنبه وإن وجدت غيره إلا أن يكون زينة لها لشدة بياضها. (و) كذا يجب عليها أن (تجتنب الطيب كله) المذكور وهو ما يظهر لونه ويخفي أثره كالورد والياسمين، ومؤنثه وهو ما يخفي لونه وتظهر رائحته كالمسك والزبدة، وعبر بتجتنب إشارة للتعميم فلا تطيب به ولا تتجر به، وإن احتاجت إلى ذلك في تمعشها، اللهم إلا أن تضطر إلى ذلك بحيث تخشى على نفسها الضياع بترك ذلك، وإلا انبغى الجواز على ما يظهر لأن الضرورات تبيح المحظورات وحرر المسألة. (و) كذا يجب عليها أن (لا تختضب بحناء) قال خليل: فلا تمتشط بحناء أو كتم بفتح الكاف والتاء وهو شيء أسود يصبغ به الشعر يذهب حمرة ولا يسوده. (و) كذا يجب عليها أن (لا تقرب دهنًا مطيباً ولا تمتشط بما تختمر) أي تبقى رائحته (في رأسها) بخلاف نحو الزيت والسدر وغيرهما مما لا تبقى له رائحة فيجوز لها استعماله، ولما كان الإحداد متحتماً على كل متوفى عنها قال: (و) يجب (على الأمة) المتوفى عنها زوجها (والحرّة الصغيرة والكبيرة الإحداد) لكن المخاطب بذلك بالنسبة للصغيرة الولي فيجب عليه أن يجنبها كل ما يرين زمن عدتها. (واختلف في) المتوفى عنها (الكتابية) في وجوب الإحداد عليها وعدمه والمذهب الوجوب، واقتصر عليه خليل حيث قال: وتركت المتوفى عنها فقط وإن صغرت ولو كتابية ومفقوداً زوجها التزين، وعموم الحديث لا تلبس المتوفى عنها المعصفر، ولما كان الإحداد مشروعاً خوفاً اختلاط الأنساب، خصص بالمتوفى عنها دون المطلقة ولذا قال: (وليس على المطلقة) زمن عدتها (حداد) ولو كان الطلاق بائناً لأنها لو ظهر بها حمل لأمكن الزوج أن ينفه إن لم يكن منه بخلاف المتوفى عنها. (وتجبر) الزوجة (الحرّة الكتابية على العدة من) زوجها (المسلم في الوفاة والطلاق) فتربص في الوفاة أربعة الفواكه الدواني ج ٢ - ٧٢

إِذَا أَعْتَقَهَا فَإِنْ قَعَدَتْ عَنْ الْحَيْضِ فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَأَسْتَبْرَاءُ الْأُمَّةِ فِي انْتِقَالِ الْمَلِكِ حَيْضَةً

أشهر وعشراً، وفي الطلاق ثلاثة أقرء أو أشهر إن كانت صغيرة تطيق الوطاء أو كبيرة لا تحيض، ومفهوم المسلم أنه لو كان زوجها كافراً لا يكون حكمها كذلك، والحكم أنها إن أراد مسلم أن يتزوجها لا بد لها من ثلاثة أقرء ولو في الوفاة حيث كانت مدخولاً بها، أو ثلاثة أشهر إن كانت صغيرة أو كبيرة، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها، ولما كانت العدة مختصة بالزوجة، شرع في الكلام على الأمة الموطوءة بالملك يموت عنها سيدها أو يعتقها بيان ما يجب عليها بقوله: (وعده أم الولد) وهي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً (من وفاة سيدها حيضة) لأنها في حقها كالعدة في حق الحرة، اللهم إلا أن تكون حاملاً فعدتها وضع حملها، لأن وضع الحمل يحصل به الاستبراء وتنقضي به العدة ولو عدة حرة ولو من وفاة. (كذلك) تعتد بحيضة (إن أعتقها) قبل موته وأراد الغير أن يتزوجها، ولا مفهوم لأم الولد بل كل أمة أعتقها سيدها لا تتزوج إلا بعد استبرائها بحيضة، وإنما خص أم الولد لأن فيها شائبة حرية، فربما يتوهم أن الحيضة غير كافية فيها، وإنما وجب عليها تلك الحيضة في الموت أو عند عتقها خشية أن يكون قد وطأها سيدها، ولذلك لو كانت متزوجة بالغير عند موت سيدها لم تجب عليها تلك الحيضة، وظاهر كلام المصنف وجوب الحيضة بعد موت سيدها ولو كان استبرأها قبل موته، قال خليل: وإن استبرئت أو انقضت عدتها استأنفت أم الولد فقط لأنها كالحرة تطهر من الحيض ثم يموت الزوج قبل وطئها فإنها تستأنف العدة، وأما غير أم الولد يستبرئها سيدها بحيضة أو تنقضي عدتها من مطلقها ففيها تفصيل، فإن أعتقها فلا تحتاج إلى حيضة بل تحل مكانها، وأما لو مات فإنه يجب على الوارث استبرأؤها بحيضة لقول خليل: ويموت سيد وإن استبرئت أو انقضت عدتها، فالحاصل أن الأمة تأتلف حيضة بعد موت سيدها، ولو استبرئت أو انقضت عدتها أم ولد أو غيرها، وأما لو أعتقت بعد الاستبراء أو انقضت عدتها فتستأنف إن كانت أم ولد لا إن كانت غيرها، هذا ملخص كلام خليل، والفرق بين أم الولد وغيرها شبه أم الولد بالحرة، والحرة تستأنف عدة بموت الزوج ولو صبيهاً أو غير مدخول بها. (فإن قعدت) أم الولد قبل موت سيدها أو صغرت (عن الحيض فثلاثة أشهر) عدتها من سيدها.

(تنبيهان) الأول: ما ذكره المصنف من إطلاق العدة على الحيضة من أم الولد بعد سيدها فيه تجوز، إذ هو استبراء حقيقة، لأن العدة عرفها ابن عرفة بأنها مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه، فهي مختصة بالزوجة ولو أمة، وأيضاً العدة عند مالك هي الإطهار لا الحيض، ويمكن الجواب عن المصنف بأنه إنما تجوز بإطلاق العدة على الاستبراء تبعاً للمدونة لأنه قال فيها: وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقها إياها حيضة. الثاني: سكت المصنف عن أم الولد التي مات سيدها وزوجها ولم يعلم السابق منهما، وفيه تفصيل بينه خليل بقوله: إن مات السيد والزوج ولم يعلم السابق فإن كان بين موتيهما أكثر

أَتَقَلَّ الْمَلِكُ بِبَيْعِ أَوْ هِبَةِ أَوْ سَبِيٍّ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ وَمِنْ هِيَ فِي حَيَازَتِهِ قَدْ حَاضَتْ عِنْدَهُ ثُمَّ إِنَّهُ اشْتَرَاهَا فَلَا أَسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ تَخْرُجُ وَأَسْتِبْرَاءَ الصَّغِيرَةِ فِي الْبَيْعِ إِنْ كَانَتْ تُوْطَأُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالْيَائِسَةِ مِنَ الْمَحِيضِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَا تُوْطَأُ فَلَا أَسْتِبْرَاءَ فِيهَا وَمِنْ أَيْتَاعٍ

من عدة الأمة أو جهل فعدة حرة وما تستبرأ به الأمة وفي الأقل عدة حرة، وهل قدرها كأقل أو أكثر قولان. ثم شرع يتكلم على الاستبراء وهو أحد الأبواب التي ترجم لها وهو لغة الاستقصاء والبحث والكشف على الأمر الغامض، وشرعاً الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب وهو واجب كوجوب العدة في الزوجات لخبر سببايا أوطاس وهو قوله ﷺ: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض» فقال: (واستبراء الأمة في انتقال الملك) لمن لم تتيقن براءة رحمها وكانت تحل له مستقبلاً ولم تكن زوجة له قبل حصول ملكها (حيضة) واحدة حيث كانت تحيض سواء (انتقل الملك ببيع) من الغير له (أو) بقبول من (هبة) أو وصية (أو) انتقل ملكها له (بسبي) لها من أرض الحرب (أو غير ذلك) كإرث ممن لم يكن استمتع بها أو لم يكن استمتعها بها محرماً لها عليه، وإلى هذا أشار خليل بقوله: يجب الاستبراء بحصول الملك إن لم توفن البراءة ولم يكن وطئها مباحاً ولم تحرم في المستقبل، فلو تأخرت حيضتها فأشار إليه خليل بقوله: وإن تأخرت أو أرضعت أو مرضت أو استحيضت ولم تميز بثلاثة أشهر كالصغيرة واليائسة، ونظر النساء فإن ارتابت فتسعة أي تمكث تمام تسعة أشهر، فإن لم تزد الريبة أو ذهبت حلت، وإن زادت تراصت أقصى أمد الحمل، ثم ذكر محترز ما قدمناه بقوله: (ومن هي) أي الأمة (في حيازته) برهن أو ودیعة والحال أنها (قد حاضت عنده) وعلم بذلك بخبر من يثق به ولو امرأة (ثم إنه اشتراها) أو ملكها بوجه من وجوه الملك (فلا استبراء عليه) لتيقنه براءة رحمها (إن لم تكن تخرج) خروجاً يمكن وطئها فيه أو يلج سيدها عليها، وإلا وجب عليه استبراؤها لسوء الظن. ثم شرع في بيان ما تستبرأ به من لا تحيض بقوله: (واستبراء الصغيرة في البيع) أي إذا أراد سيدها أن يبيعه أو استحدث ملكها ببيع أو غيره من وجوه الملك (إن كانت توطأ بثلاثة أشهر) قبل بيعها أو قبل وطئها، لأن الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر وهي لم يقطع بعلم حملها. (و) كذلك استبراء الأمة (اليائسة من المحيض ثلاثة أشهر) وكذا المستحاضة التي لم تميز كما قدمنا، وأما التي تميز فتستبرأ بحيضة كغير المستحاضة، ثم ذكر مفهوم إن كانت توطأ بقوله: (والتي لا توطأ) لصغرها كبنت خمس سنين (فلا استبراء فيها) على مالكة عند إرادة بيعها، ولا على مشتريها عند اشترائها، للعلم ببراءة رحمها، قال خليل: ولا استبراء إن تطلق الوطاء أو حاضت تحت يده كمودعة ومبيعة بالخيار ولم تخرج ولم يلج عليها سيدها أو أعتق وتزوج أو اشترى زوجته وإن بعد البناء، واعلم أن المطيقة للوطء يجب استبراؤها ولو كانت وخشة ولا تحمل عادة، قال خليل: وإن صغيرة أطاقت الوطاء أو كبيرة لا تحملان عادة أو وخشاً أو بكراً أو رجعت من غضب

حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ أَوْ مَلَكَهَا بِغَيْرِ الْبَيْعِ فَلَا يَقْرُبُهَا وَلَا يَتَلَدُّ مِنْهَا بِشَيْءٍ حَتَّى تَضَعَ وَالسُّكْنَى
لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مَدْخُولٍ بِهَا وَلَا نَفَقَةَ إِلَّا لِلَّتِي طُلِّقَتْ دُونَ الثَّلَاثِ وَالْحَامِلِ كَانَتْ مُطَلَّقَةً
وَاحِدَةً أَوْ ثَلَاثًا وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُخْتَلِعَةِ إِلَّا فِي الْحَمْلِ وَلَا نَفَقَةَ لِلْمَلَاعِنَةِ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا وَلَا

سبي أو غنيمة، أو اشترت وهي متزوجة وطلقها زوجها قبل بنائه بها ثم شرع في بيان ما تستبرأ به الحامل فقال: (ومن ابتاع حاملاً من غيره) كزوج أو زان (أو ملكها بغير البيع) كإرث أو صدقة (فلا يقربها) بوطء (ولا يتلذذ منها بشيء) من أنواع الاستمتاع (حتى تضع) حملها، قال خليل: وبالوضع كالعدة وحرم في زمنه الاستمتاع، فإذا وضعت حملها جزم وطئها فقط حتى تخرج من دم النفاس، بخلاف المقدمات لأن كل ذات حرم وطئها يحرم الاستمتاع بها بسائر وجوه الاستمتاع، إلا الحائض والنفساء فإنما يحرم وطؤهما والاستمتاع بهما بما بين السرة والركبة لا بأعلاها لقوله عليه الصلاة والسلام: «الحائض تشد إزرها وشأنه بأعلاها» وإلا المزني بها والمغتصبة وهي حامل من زوجها أو من سيدها فلا يحرم على زوجها ولا سيدها الاستمتاع بها ولو وطأ، فيفيد قول خليل بعد بيان عدة الحرة: وقدر عدة الأمة من زوجها ووجب إن وطئت بزنى أو غصب قدرها بغير الحامل فراجع شراحه، والدليل على حرمة ما ذكر من الاستمتاع بالملوكة الحامل من غير سيدها قوله ﷺ: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره» يعني لا يحل له إتيان الحبالى من غيره، ومفهوم هذا أن زوجته أو أمته الحامل منه لو زنت بغيره زمن حملها لا يحرم عليه وطئها وإنما قيل يكره. ثم شرع يتكلم على ما تحتاج إليه المتعذرة زمن عدتها من سكنى أو نفقة بقوله: (والسكنى) واجبة (لكل مطلقة مدخول بها) سواء كان طلاقاً بائناً أو رجعياً، سواء كان المسكن له أو نقد كرائته أو لا، لأنها محبوسة بسببه، قال خليل: وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى فتدخل المحبوسة بزناه، أو فسخ نكاحه الفاسد لقرابة أو رضاع أو صهارة أو لعان، ولو لم يطلع على الفساد أو نحوه إلا بعد الموت من الحبس بسببه على مذهب المدونة، خلافاً لظاهر كلام خليل في التقييد بحياته، والدليل على وجوب السكنى للمطلقة بعد الدخول من غير قيد قوله تعالى: ﴿أَسْكَنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] ولم يقيد بكون المسكن له بخلاف المتوفى عنها، وأما غير المدخول بها فلا سكنى لها لأنها لا عدة عليها، وكذلك المدخول بها غير المطيقة كزوجة الصبي والمحبوب ونحوهما من كل ما لا عدة عليها. (ولا نفقة) للزوجة المطلقة (إلا التي طلقت دون الثلاث) حيث كان الطلاق رجعياً، لأن الرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها والأكل معها. (و) (إلا للحامل كانت مطلقة واحدة أو ثلاثاً) قال تعالى: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] لكن يشترط في لزوم نفقة الحامل كون الزوج حراً والزوجة حرة لا إن كانا رقيقين أو أحدهما فلا نفقة لها، لأنها إن كانا رقيقين النفقة على السيد لأن الولد

نَفَقَةٌ لِكُلِّ مُعْتَدَّةٍ مِنْ وَفَاةٍ وَلَهَا السُّكْنَى إِنْ كَانَتْ الدَّارُ لِلْمَيِّتِ أَوْ قَدْ نَقَدَ كِرَاءَهَا وَلَا تَخْرُجُ

رقيق له، وكذا إن كان الزوج عبداً وهي حرة لا نفقة عليه لأن المال للسيد، وإنما تكون نفقة ولده من بيت المال، وكذا لو كانت الزوجة أمة والزوج حراً لا نفقة عليه، لأن الملك للسيد فتجب عليه النفقة إلا أن يعتقه فيلزم إياه رضاعه ونفقته، إلا أن يعدم الأب أو يموت فعلى السيد، لأن من أعتق صغيراً ليس له من ينفق عليه يلزم سيده نفقته حتى يقدر على الكسب لأنه يتهم على إسقاط نفقته بعته، قاله ابن رشد.

(تنبيهان) الأول: إذا ادعت المطلقة طلاقاً بائناً أنها حامل لتأخذ النفقة لم تصدق حتى يظهر بحركته، قال خليل: ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله، ومثل ظهوره بحركته لو شهدت امرأتان بحملها على المشهور، فلو أنفق عليها مدة بعد ما ذكر من الحركة أو شهادة النساء ثم ظهرت غير حامل لرجع عليها بما أنفق عليها سواء أنفق بحكم أم لا. الثاني: لو طلق طلاقاً بائناً وهو غائب، وأنفقت الزوجة من ماله في غيبته غير عالمة بطلاقه، فقبل يرجع عليها، وقيل لا رجوع له لتفريطه بعدم إعلامها بالطلاق، وعليه العلامة خليل فإنه قال: ولا يرجع بما أنفقت المطلقة وبغير ما تسلفت، وكلام خليل مقيد بما إذا لم يخبرها من يثبت بخبره الطلاق وهو عدلان وإلا رجع عليها، ولما كانت المطلقة بائناً لا نفقة لها إلا الحامل قال: (ولا نفقة للمختلعة) لبينونها (إلا في) زمن (الحمل) اللاحق به فيجب عليه نفقتها، إلا أن يكون خالعهما على إسقاطها فتسقط، كما تسقط لو خالعهما على إسقاط أجره رضاعها إياه بعد وضعه لقول خليل: وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعه فلا نفقة للحمل. (و) كذا (لا نفقة للملاعنة) لانقطاع عصمتها بلعانها (وإن كانت حاملاً) لأن نفقة الحامل شرطها كون الحمل لاحقاً بصاحب العدة، ولذا لو استلحق الملاعن الولد الذي نفاه حد ولحق به، وترجع عليه المرأة بالنفقة قبل الاستلحاق كان موسراً في تلك المدة، قال خليل: ولا نفقة لحمل ملاعنة وأمة ولا على عبد إلا الرجعية، ولما كانت المعتدة في الوفاة وارثة والوارث لا نفقة له في التركة إلا بعد قسمها قال: (ولا) تجب (نفقة لكل معتدة من وفاة) ولو كانت حاملاً وكل من قلنا لا نفقة لها فليس لها كسوة لدخولها في مفهوم النفقة وجوداً وعدمياً (و) إنما تجب (لها السكنى إن كانت الدار) مملوكة (للميت أو) كانت مستأجرة والحال أنه (قد نقد كراءها) وهي أحق من الورثة والغرماء بذلك، قال خليل: وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كراه، وأما لو لم يكن المسكن له ولا نقد كرائه فقيل: لا سكنى لها مطلقاً، وقيل: لها السكنى إن كان الكراء وجيبية، فالخلاف في الوجيبية والراجح القول بالإطلاق، وأما غير المدخول بها يموت عنها زوجها فلا سكنى لها إلا أن يكون الزوج أسكنها معه وضمها إليه فلها السكنى وإن صغيرة لا يجامع مثلها، وأما إن كان زوجها إنما أسكنها ليحفظها عما يكره فلا سكنى لها حيث كانت غير مطيقة للوطء، والحاصل أن المدخول بها لها السكنى بشرطه من

مِنْ بَيْتِهَا فِي طَلَاقٍ أَوْ وِفَاةٍ حَتَّى تُتِمَّ الْعِدَّةَ إِلَّا أَنْ يُخْرِجَهَا رَبُّ الدَّارِ وَلَمْ يَقْبَلْ مِنَ الْكَرَاءِ مَا يُشْبِهُ فَلتُخْرَجَ وَتَقِيمُ بِالْمَوْضِعِ الَّذِي تَنْتَقِلُ إِلَيْهِ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةَ وَالْمَرْأَةُ تُرْضِعُ وَلَدَهَا

غير قيد، وأما غيرها فلا سكنى لها إلا أن يكون سكنها معه في حياته لأجل الزوجية مطلقاً، أو أسكنها ليحفظها عما يكره حيث كانت مطيقة وإلا فلا، هذا ملخص كلام خليل مع التحقيق فراجع، ولما قدم أن للمعتدة السكنى زمن عدتها إما مطلقاً أو بشرط بين محلها وصفة إقامتها بقوله: (ولا) يجوز أي يحرم أن (تخرج) المعتدة (من بيتها) الذي كانت فيه قبل عدتها، بل لو نقلها منه قبل الموت أو الطلاق واتهم على النقل لوجب عليها الرجوع، أو كانت بغيره قبل الموت أو الطلاق وإن بشرط في إجارة رضاع أو خدمة، ونسخ الإجارة إن لم يرض أهل الطفل بإرضاعه في محلها، قال خليل: وسكنت على ما كانت تسكن ورجعت له إن نقلها واتهم أو كانت بغيره وإن لشرط في إجارة رضاع وانفسخت، كما يجب عليها أن ترجع إن خرجت لحج الضرورة وبلغها موت الزوج أو طلاقها إن كانت قريبة على مسيرة يومين أو ثلاثة ووجدت ثقة ترجع معه حيث كانت تدرك شيئاً من العدة بعد رجوعها، لا إن كانت قريبة الوضع بحيث لا تدرك شيئاً إن رجعت، وأما في حج التطوع أو غيره من القرب كالخروج لرباط أو زيارة صالح فترجع ولو وصلت بل ولو بعد إقامتها نحو ستة أشهر، وأما لو خرجت للانتقال فبلغها الموت أو الطلاق في أثناء الطريق فلها الخيار في الاعتداد بأي محل شاءت، ومعنى قول المصنف لا تخرج أي خروج انتقال، وأما الخروج لقضاء حوائجها فيجوز لها لكن في الأوقات المأمونة، وذلك يختلف باختلاف البلاد والأزمنة، ففي الأمصار في وسط النهار وفي غيرها في طرفي النهار، ولكن لا تبيت إلا في مسكنها، كما إذا كانت تتكسب من شيء خارج عن محلها كالقابلة والماشطة، فلو خرجت للانتقال لغير ضرورة وجب على الإمام أن يردها قهراً عليها ولو بالأدب، ولا فرق في ذلك بين كون المرأة (في) عدة (طلاق أو وفاة) فيجب أن تمكث (حتى تتم العدة) لقوله تعالى في المطلقة ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن﴾ [الطلاق: ١] وقوله عليه الصلاة والسلام في عدة الوفاة للفرجة لما أخبرته بوفاة زوجها وأرادت أن تذهب إلى محل أهلها: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» اللهم (إلا أن يخرجها رب الدار) الساكنة بها قبل انقضاء مدة العارية المحدودة بالشرط أو العادة أو مدة الإجارة. (و) الحال أن رب الدار (لم يقبل من الكراء ما يشبهه) أن يكون كراء لها بل طلب أزيد من كراء مثلها (فلتخرج) ولا يلزمها ولا زوجها الإقامة بدفع أكثر من كراء مثلها، كما يجوز لها الخروج لعذر لا يمكنها الإقامة معه، كخوف سقوط المحل أو اللصوص أو ضرر الجيران ولا حاكم بالبلد وإلا رفعت له، فمن تبين ضرره زجره الحاكم عن صاحبه، وإن أشكل أقرع بينهم فيمن يخرج، هكذا قال خليل، وقال ابن عرفة مخالفاً لأهل المذهب: يخرج غير المعتدة.

(تنبيهان) الأول: أشعر قول المصنف: إلا أن يخرجها رب الدار وما ألحق به من

الأعدار التي ذكرناها، إنه لو كان على الميت دين وأرادت الغرماء بيع الدار لم يكن لهم إخراجها وهو كذلك وأولى الورثة، وإنما يبيعونها إن أرادوا ذلك مع البيان للمشتري، قال خليل: وللغرماء بيع الدار في المتوفى عنها، ومثل الغرماء الورثة حيث يكون على الميت دين بشرط استثناء مدة العدة وإلا ثبت للمشتري الخيار، فإن ارتابت فهي أحق، وللمشتري الخيار في الصبر والفسخ، وأما لو كانت العدة بالإقراء أو بالحمل فإنه لا يجوز للزوج بيعها، بخلاف الغرماء فإنهم يجوز بيعها في عدة الوفاة كالوارثة بالنسبة للدين، وأما بالأشهر فيجوز بيعها حتى للزوج لكن بشرط استثناء مدة العدة. الثاني: قال الأقفهسي: ظاهر كلام المصنف إن لرب الدار إخراج المعتدة لطلب الزيادة مطلقاً وليس كذلك وإنما له ذلك إذا زاد غيره على الأجرة الأولى الناقصة عن أجرة المثل وطالبها بدفع الزيادة فأبت، وأما لو رضيت بدفعها فلا يجوز له إخراجها. (و) يجب عليها بعد خروجها للانتقال عند حصول سببه أن (تقيم بالموضع الذي تنتقل إليه حتى تنقضي العدة) لأنه صار كالأول، قال خليل: ولزمت الثاني والثالث.

(تنبيهان) الأول: لم يبين المصنف من يطالب بأجرة المحل الثاني وهو الزوج في عدة الطلاق لأنه يلزمه السكنى مطلقاً، فيلزمه إبدال المنهدم والمعار والمستأجر بعد انقضاء المدة، وإليه الإشارة بقول خليل: وأبدلت في المنهدم والمعار والمستأجر المنقضي المدة، وأما في عدة الوفاة فإنما تجب لها السكنى إذا كان المسكن مملوكاً له، أو نقد كرائه على الوجه السابق، وإذا انهدم سقط حقها من السكنى، وظاهر كلامهم ولو كان له موضع آخر يملكه لأن الحق فيه لغيره. الثاني: لم يتكلم المصنف على امرأة نحو القاضي والأمير من كل ساكن بمحل موقوف على صاحب هذا الوصف ويموت أو يطلق زوجته ويتنصب غيره مكانه قبل انقضاء العدة، وأشار إليه خليل بقوله: وامرأة الأمير ونحوه لا يخرجها القادم وإن ارتابت، بل تستحق السكنى زمن العدة، ولو تولى غير الميت المطلق وتستمر ولو لأقصى أمد الحمل، وكذا امرأة من حبست عليه دار حياته وبعد تصير حبساً على غيره ويموت أو يطلق الأول وتنتقل لغيره، فلا يجوز لمن انتقل الحبس له إخراجها ولو لأقصى أمد الحمل كخمس سنين، وكذلك من حبس داره على ذريته بعد موته فلزوجته السكنى، ولا يجوز للذرية معارضتها زمن العدة، وأما زوجة نحو إمام المسجد أو خطيبه يموت أو يطلقها ففي استحقاقها السكنى خلاف، اقتصر خليل على القول بعدم استحقاقها السكنى زمن عدتها حيث قال: بخلاف حبس مسجد بيده، ويفرق بينها وبين زوجة القاضي والأمير بأن دار الإمارة لبيت المال، وزوجته نحو الأمير لها حق في بيت المال ولو بالتبع لزوجها، بخلاف خادم المسجد، وظاهره ولو كان بيت المسجد موقوفاً على خصوص من مات من نحو إمام، خلافاً لابن زرقون في تقييده بالدار الموقوفة على المسجد، وأما الموقوفة على

فِي الْعِصْمَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلَهَا لَا يُرْضِعُ وَلِلْمُطَلَّغَةِ رِضَاعٌ وَلِدَهَا عَلَى أَبِيهِ وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ

خصوص الإمام أو المؤذن ويموت أو يطلق فيكون لها السكنى كزوجة الأمير من غير خلاف، وارتضاه ابن عبد السلام وخالفه تلميذه ابن عرفة وإطلاق خليل أيضاً. ولما فرغ من الكلام على ما أراد من مسائل الاستبراء وسكنى المعتدة أو نفقتها، شرع يتكلم على من يلزمه إرضاع الصغير من الزوجين ومن يستحق حضانه بقوله: (و) يجب على (المرأة) أن (ترضع ولدها) من غير أجره ما دامت (في العصمة) أي أبيه ولو حكماً لتدخل المطلقة طلاقاً رجعيّاً لأنها حكم غير المطلقة في ذلك للزوم نفقتها، وغاية ذلك حتى يستغني عن الرضاع، قال تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] هذا أكثره، والصحيح لا حد لأقله، وجرى خلاف فيمن هو حقه، والصحيح أنه حق للأم لقوله ﷺ للمرأة التي طلقها زوجها وأراد أن يأخذ ولدها منها: «أنت أحق به منه ما لم تنكحي». وبعضهم صحح أنه من حقهما، ولذا لا يجوز فطام الولد إلا بتراضيهما على ذلك، ولما كان لزوم الرضاع للأم مقيداً بغير ذات القدر قال: (إلا أن يكون مثلها لا يرضع) ولده لعلو قدر أو مرض نزل بها فلا يلزمها فعالية القدر، مستثناة من عموم «الوالدت» في الآية على مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، قال ابن العربي: اختص مالك دون فقهاء الأمصار باستثناء فعالية القدر من عموم الآية لأصل من أصول الفقه وهو العمل بالمصلحة، ولأن العرف عدم تكليفها بذلك وهو كالشرط، فإن رضيت بالإرضاع فلها الأجر على الأب، كما قال اللخمي وابن بشير وابن عبد السلام وهو المذهب، واعلم أن محل سقوط الرضاع عن فعالية القدر كون الأب أو الولد غنياً مع وجود من يرضعه غير أمه وقبوله إياها وإلا لزمها الإرضاع، قال العلامة خليل: وعلى الأم المتزوجة والرجعية رضاع ولدها بلا أجر إلا لعلو قدر كالبائن إلا أن لا يقبل غيرها، أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبي، وإذا لم يقبل إلا أمه لزمها إرضاعه ولها الأجر من ماله حيث يكون له مال على المذهب، وكل من يلزمها الإرضاع ولا لبن لها يلزمها استئجار من يرضعه، قال خليل: واستأجرت إن لم يكن لها لبن، وفاعل استأجرت من يلزمها الإرضاع مجاناً، لأنه لما كان عليها بحسب الأصل مجاناً وجب عليها خلفه ولا رجوع لها بما تدفعه في الأجرة، ويجب فيمن تستأجر أن لا يكون في لبنها عيب ككونها حمقاء أو جذماء لأنه يضر بالرضيع، ومفهوم في العصمة أشار إليه بقوله: (وللمطلقة) البائن (رضاع ولدها) بالأجرة وترجع بها (على أبيه) الموسر ولو كان عند أبيه من يرضعه مجاناً، قال خليل: ولها إن قبل أجرة المثل، ولو وجد من يرضعه عنده أو عند أمه مجاناً على الأرجح في التأويل، والضمير في لها للأم التي لا يلزمها الرضاع من شريفة قدر أو بائن إذا قبل غيرها أن ترضع بأجرة المثل من مال الأب أو مال الوالد إن لم يكن للأب مال، والقول قولها في طلب الأجرة، ولو كان عند الأب متبرعة لثلا يلزم التفرقة بينه وبين أمه وهي حرام، ولما قدم أن التي مثلها لا ترضع ولدها

أَجْرَةَ رَضَاعِهَا إِنْ شَاءَتْ وَالْحَضَانَةَ لِلْأُمِّ بَعْدَ الطَّلَاقِ إِلَى اخْتِلَامِ الذَّكَرِ وَنِكَاحِ الْأُنْثَى
وَدُخُولِهَا وَذَلِكَ بَعْدَ الْأُمِّ إِنْ مَاتَتْ أَوْ نُكِحَتْ لِلْجَدَّةِ ثُمَّ لِلْخَالَةِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ ذَوِي رَحِمٍ

لا يلزمها الإرضاع وكان يتوهم أنها لو أرضعته لا يجوز لها طلب الأجر دفع ذلك الإيهام بقوله: (ولها) أي التي لا يلزمها الإرضاع لعلو قدرها (أن) ترضع ولدها و (تأخذ أجره رضاعها) من أبيه (إن شاءت) ولو كانت في عصمة أبيه، ولو لم يقبل غيرها على المذهب فلا مفهوم لقول خليل: ولها إن قبل أجره المثل، وعلى حمل هذا على من في العصمة اندفع تكرار هذه مع ما قبلها. ثم شرع يتكلم على الحضانة وإن كان زائداً على الترجمة لأن الزيادة على المترجم له ممدوحة فقال: (والحضانة) بفتح الحاء على الأشهر من كسرها مأخوذة من الحضن بكسر الحاء ما دون الأبط كفالة الطفل وتربيته والإشفاق عليه، وهذا نحو قول ابن عرفة هي محصول قول الباجي: حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه حق (للأم بعد الطلاق) من أبي المحضون أو موته غايتها. (إلى احتلام الذكر) المحقق (و) إلى (نكاح الأنثى ودخولها) لقوله ﷺ في حديث الرضاع حيث طلق شخص زوجته وأراد أن يأخذ ابنها فأنتت إلى النبي ﷺ وقال لها: «أنت أحق به ما لم تنكحي» قال خليل: وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة للأم ولو لأمه عتق ولدها أو أم ولد، وقيدنا الذكر بالمحقق لأن الخنثى المشكل تستمر حضانته ما دام مشكلاً، والمعتبر البلوغ هنا بغير الإنبات بل بالسن أو غيره من العلامات، ولا يعتبر بلوغ الذكر عاقلاً قادراً على الكسب، خلافاً لابن شعبان فتنتهي حضانة الذكر ببلوغه ولو مجنوناً أو زماً، وإن لم تسقط نفقته عن أبيه لبلوغه مجنوناً أو زماً، وتنتهي حضانة الأنثى بدخول الزوج ولو صغيرين وإن استمرت نفقتهما على أبيهما، لأنه لا تلازم بين سقوط النفقة والحضانة، ألا ترى أن الدخول بالصغير أو الكبير المعسر مسقط للحضانة دون النفقة، والزواج بالبالغ الموسر من غير دخول مسقط للنفقة حيث دعي للدخول مع إطاقتها الوطء مع بقاء الحضانة، فالصور ثلاث، وبيانها يعلم ما في عبارة خليل من تشبيه الحضانة بالنفقة الساقطة بدخول الزوج البالغ أو الموسر، أو المدعو إلى الدخول مع بلوغه وإطاقتها واستمرار حضانتها، وعبارة المصنف سليمة من إيهام، خلاف المراد لتصريحها بسقوط الحضانة بالدخول، ويفهم منها عدم سقوطها بالعقد دون الدخول وإن سقطت النفقة، وأشار خليل بقوله: ولو أمة عتق ولدها أو أم ولد، إلى قول مالك: إذا عتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها إلا أن تباع فتظعن إلى غير بلد الأب فالأب أحق به، أو يريد الأب انتقالاً عن بلد الأم فله أخذه، والعتق نص على المتوهم وأولى إن لم يعتق، وكذا أم الولد أحق بحضانة ولدها من زوجها بعد طلاقها، وكذا ولد الأمة أو أم الولد من سيدهما فلهما حضانته إذا عتقا أو مات سيدهما، لكن يشترط في استحقاق الأمة حضانة ابنها من زوجها أن لا يتسررها لسيد أي يتخذها للوطء، لأن تسرر السيد بمنزلة دخول الزوج الأجنبي بالحضانة.

الْأُمُّ أَحَدٌ فَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فَالْعَصَبَةُ وَلَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ النَّفَقَةُ إِلَّا عَلَى

(تنبيهان) الأول: لم يصرح المصنف بحكم الحضانة وإن علم أنه حق للأم ومن هو بمزلتها وهو الوجوب العيني، إن لم يوجد إلا الحاضن ولو أجنبياً من المحضون والكفائي عند تعدده، ولذا إذا وجد جماعة طفلاً منبوذاً وجب عليهم التقاطه وحضنه، فإذا قام به البعض سقط عن غيره كسائر فروض الكفاية. الثاني: قول المصنف: والحضانة للأم ظاهرة ولو مجوسية أو أسلم زوجها وهو كذلك، وظاهره أيضاً حصر الحضانة في الأم لما تقرر في النحو من أن المبتدأ المعرف بلام الجنس محصور في الخبر نحو: الكرم في العرب، والمجد في قريش، وهو غير صحيح فقهاً لأن غيرها يحضن، والجواب أن حصر إضافي، وهو ما يكون بالنظر إلى بعض الأفراد، لأن المعنى: الحضانة بعد طلاق الأم لها لا للأب، فلا ينافي أن غيرها له الحضانة إذا سقطت حضانة من قبله في المرتبة كما أشار إليه بقوله: (وذلك) أي استحقاق حضانة الولد (بعد الأم إن ماتت أو نكحت) أي تزوجت بأجنبي ودخل بها ينتقل (للجدة) أم أم المحضون وإن علت لقرب شفقتها على ولد ابنتها، ومثلها في الاستحقاق أم أب الأم، فالمراد الجدة من جهة الأم الشاملة لجهة الذكور والإناث، وإن قدمت الجدة من جهة الإناث. (ثم) إن لم يكن للمحضون جدة من جهة أمه أو كانت ولكن سقطت حضانتها تنتقل الحضانة (للخالدة) أي خالة المحضون وهي أخت أمه مطلقاً (فإن لم يكن) أي يوجد (من ذوي رحم) أي قرابات (الأم أحد الأخوات) يحضن الطفل.

(تنبيهان) الأول: ظاهر كلام المصنف بل صريحه أن مرتبة الأخوات بعد خالة المحضون وليس كذلك، بل أسقط بعد الخالة خالة الخالة، وعمة أمه، وعمة خالته، وهما في مرتبة واحدة، وبعدهما الجدة من جهة أبيه وأم أب أبيه، وبعدهما الجدة من جهة الأب الأب لأنه يقدم على أخوات المحضون، ولفظ خليل: ثم الخالة ثم خالته ثم جدة الأب ثم الأب، وإن كان خليل أسقط أيضاً عمه الأم وعمه الخالة، وبالجمله جعل المصنف الأخوات بعد الخالات ليس بظاهر، إلا أن يحمل كلامه على ما إذا لم يوجد أحد ممن يقدم عليهن، لأن المصنف إمام لا يخفى عليه مثل هذا والله أعلم. الثاني: يجب تقييد الرحم بالمحرم للاحتراز عن غير المحرم كبنت عمه المحضون أو بنت خالته ونحوهما فلا حق لهن في الحضانة، ولذا قال بعض الشراح: اعلم أن الحضانة من النساء من اشتملت على وصفين: أحدهما أن تكون ذات رحم، والثاني أن تكون محرمة على المحضون، فإن كانت ذات رحم ولم تكن محرمة عليه كبنت الخالة وبنت العمه لم يكن لهما حق في الحضانة، وكذا لو كانت محرمة عليه ولم تكن ذات رحم له كالمحرمة عليه بالصهارة أو الرضاع، وبقي شرط وهو انفراد الحاضن في السكنى عن سقطت حضانتها.

(و) يلي مرتبة أخوات الطفل (العمات) المراد عمته من قبل أبيه، سواء كانت أخت

الأب أو أخت أب الأب، وبعد العمة من جهة الأب المخالة من جهة الأب وهي بعد عمة الأب، وسواء أخت أم الأب أو أخت أم أبيه وإن علت، وإن لم يكن للمحضون من جهة أبيه عمة ولا خالة أو كانت وسقطت حضانتها ف قيل: تليها بنت الأخ شقيقة أو لأب أو لأم، وقيل: بنت الأخت شقيقة أو لأم أو لأب، وقيل: هما سواء، وهو الأظهر عند ابن رشد، قال خليل: ثم هل بنت الأخ أو الأخت أو الأكفاء منهن أي أوهما في المرتبة سواء، وينظر الإمام في شأنهما فيقضي لأحرزهما ومن فيه كفاية منهما بالقيام بأمر المحضون. ثم شرع فيمن يستحق الحضانة بعد الإناث السابقات على الأب والمتأخرات عنه بقوله: (فإن لم يكونوا) أي الإناث السابقات اللاتي لهن الحضانة بعد أم المحضون، ولذا قال بعد: الصواب يكن بنون الإناث لأن الضمير للأخوات والعمات، إلا أن يقال راعى الأشخاص فذكر الضمير، والمعنى: فإن لم يوجد أحد من النساء لأنهن يقدمن في الحضانة لرفقهن (فالعصبة) غير الأب هم الذين يستحقون الحضانة، والمراد مطلق العصبة الشامل لعصبة الولاء، وإن قدمت عصبة النسب على عصبة الولاء، ومحل استحقاق العصبة بعد الإناث السابقات حيث لا وصي، وإلا قدم على العصبة في الإناث الصغار وفي الذكور مطلقاً، وله حضانة الإناث الكبار ذوات المحارم، فإن لم يكن ذوات محارم فوق التردد في حضانته لهن، واستظهر ابن عرفة أن الخلاف في حال، فإن ظهرت أمارات الشفقة فهو أحق وإلا فلا، ومثل الوصي وصي الوصي، ومقدم القاضي، ويقدم بعد الوصي أخ المحضون، ويقدم الشقيق على غيره؟ قال خليل: ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه لا جد لأم واختار خلفه، والمراد ثم بعد الوصي الأخ، وكان ينبغي لخليل أن يقول: ثم الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ، لأن الجد أب الأب متوسط بين الأخ وابنه على الصواب، وأما الجد من جهة الأم ففيه خلاف، وعلى أنه له الحضانة على اختيار اللخمي، واستظهر في الشامل أن مرتبته تلي مرتبة الجد أب الأب، ثم المولى الأعلى وهو المعتق بكسر التاء وعصبته من موالي النسب، ثم المولى الأسفل وهو المعتق بفتح التاء وصورته إنسان انتقلت إليه الحضانة وهو مولى أعلى فوجد قد مات وله عتيق فإن الحضانة تنتقل لعتيقه، وقدمنا أن الشقيق يقدم على غيره ممن يدخل فيهم الشقاقة، ثم الذي للأم على ذي الأب لا في نحو الوصي ولا المولى.

(تنبيهات) الأول: إنما قيدنا العصبة بقولنا غير الأب لما قدمنا من أن مرتبة أب المحضون قبل أخواته على المعتمد كما في خليل، خلافاً لكلام المصنف الموهوم أنه داخل في العصبة المؤخرين في المرتبة، كما أن ظاهره أن الوصي لا حضانة له، إذ جعل مرتبة العصبة والية لمرتبة الإناث، وقد علمت أن الوصي مقدم على سائر العصبة ويليه الإخوة كما ذكرنا تبعاً لخليل رحمه الله. الثاني: إذا اجتمع شخصان مستويان في المرتبة قدم من له

صيانة وشفقة على من ليس كذلك، وإذا انفرد كل واحد بوصف قدم صاحب الشفقة على ذي الصيانة، فإن استويا في جميع الأوصاف قدم بالسواء، فإذا استويا في الجميع فالظاهر القرعة.

الثالث: لم يتكلم المصنف على شروط الحاضن، وأشار إليها خليل بقوله: وشروط الحاضن العقل والكفاءة بمعنى القدرة على القيام بأمر المحضون، فالزمن والمسن والأعمى والأخرس والأصم لا حضانة لهم، والسلامة من نحو الجذام والبرص والحكة والجرب، لما أجرى الله العادة من حصول مثل ذلك المرض المتصل بصاحبه، وأن يكون عنده نوع من الرشد والضبط بحيث يحفظ ما عنده وإن لم يكن بالغاً، لأن الصغير قد يكون عنده الحفظ، ويكتفي بحضن حاضنه بحيث يكون عنده حاضن، وعدم القسوة فمن علم منه قلة الحنان والعطف إما لطبعه أو لعداوة بينه وبين أبوي المحضون قدم عليه غيره، وكون المكان الذي يسكن فيه الحاضن حرزاً بأن لا يخشى على البنت الفساد فيه، وكذا الذكر إن كان يخشى عليه الفساد أيضاً، وهذا يتضمن اشتراط أمانة الحاضن على المحضون، ومن الشروط أن يكون عند الحاضن الذكر أنثى تحضن كامراً خالية من الأزواج يستأجرها، أو أمة لم يتخذها للوطء، وكون الأنثى الحاضنة خالية عن دخول الزوج الأجنبي بها، وإلا انتقلت الحضانة لمن بعدها، إلا أن يعلم بالدخول ويسكت العام وإلا استمرت حضانتها، كما لو كان الزوج محرماً للمحضون، ولو لم يكن له حضانة كخالة وتزوج بالحضانة غير الأم أو كان والياً للمحضون كابن عمه، أو كان لا يقبل غير الحضانة، أو لم يوجد من يرضعه عند من يستحق الحضانة، وإلا استمرت الحضانة لذات الزوج، وهذه الشروط معتبرة في الاستحقاق والمباشرة، فمن اتصف بضعها سقط حقه جملة إلا القدرة فإنها شرط في المباشرة، فالحاضن المسن لو طلب أن يستنيب من يحضن لم يسقط حقه، بخلاف نحو الأجدم أو صاحب القسوة فلا حق له.

الرابع: لم يتكلم المصنف على من يقبض نفقة المحضون، والذي يقبضها الحاضن قهراً على أبيه، لأن الأطفال لم ينضبط لهم حال، ولكن قبضها موكول إلى اجتهاد الحاكم، لاختلاف أحوال الناس بالسعة وعدمها، فتكون بالجمعة أو الشهر، وإذا ادعى الحاضن ضياعها فإنه يضمن إلا لبينة على الضياع من غير تفريط على مذهب ابن القاسم، والسكنى تابعة للنفقة، وأجرة محل الحاضن على أب المحضون، ولا يلزم الحضانة شيء خلافاً لظاهر خليل، ولا تستحق الحضانة شيئاً لأجل حضانتها لا نفقة ولا أجرة حضانة، إلا أن تكون الحضانة أم المحضون وهي فقيرة والمحضون موسر، وإلا وجب لها أجرة الحضانة، لأنها تستحق النفقة في ماله من حيث فقرها ولو لم تحضنه والله أعلم. ولما فرغ من الكلام على الحضانة شرع في الكلام على ثالث الأبواب التي ترجم لها وهو باب النفقة وحقيقتها

زَوْجَتِهِ كَانَتْ غَنِيَّةً أَوْ فَقِيرَةً وَعَلَى أَبِيهِ الْفَقِيرِينَ وَعَلَى صِغَارِ وَلَدِهِ الَّذِينَ لَا مَالَ لَهُمْ عَلَى

كما قال ابن عرفة: ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف وأسبابها ثلاثة: الزوجية والملك والقرابة، فقال: (ولا يلزم الرجل) الموسر (النفقة) على أحد من الأحرار غير الأقارب بغير اضطرار أو التزام (إلا على زوجته) التي دخل بها ولو صغيرة أو مريضة ولو مشرفة، أو التي دعت له للدخول بها وهي مطيقة لوطئه مع بلوغه وليس أحدهما مشرفاً، فتجب عليه النفقة عليها سواء (كانت غنية أو فقيرة) قال خليل: يجب للممكنة مطيقة الوطاء على البالغ، وليس أحدهما مشرفاً قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر وإن أكلة، وتزاد المرضع ما تقوى به، إلا المريضة وقليلة الأكل فلا يلزم إلا ما تأكل إلا المقرر لها شيء على مذهب من يراه، فيلزم المقرر، ولا يلزم الزوج الحرير، قيل مطلقاً وقيل في حق المدنية لقناعتها، فيفرض لها الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة للقادر، ويلزمه الحصير والسرير عند الحاجة إليه، ويلزمه أجرة القابلة، ويلزمه لها الزينة التي تتضرر بتركها كالكحل والدهن المعتادين، ولا يلزمه لها مكحلة ولا دواء إذا مرضت، ولا أجرة حجابة ولا ثياب مخرج، ويلزمها له الخدمة الباطنة من عجن وكنس وفرض واستقاء ماء إن كانت من نساء البوادي اللاتي اعتدن ذلك، لا إن كان زوجها عادة زوجته خلاف ذلك، كبعض الأكابر الذين لا يمتنون نساءهم فعليه ذلك، وإن لم تكن هي من ذوات الأقدار ولا يلزمها التكسب له كغزل أو حرث أو نسج ولو كان عرف بلدها ذلك، وقال بعض: إلا أن يعتادوا ذلك، وأما نحو الخياطة وغسل الثياب فيجري على العرف، قاله بعض شيوخ شيوخنا.

(تنبيهات) الأول: أشعر قوله الرجل أن الزوج لا يلزمه النفقة على زوجته إلا إذا كان بالغاً وهو كذلك، إذ لا يلزم الصبي نفقة زوجته وإن اتسع في المال وافتضها، لأنها أو وليها هي المسلطة له عليها، وكذا لا يلزمه النفقة لغير المدخول بها التي لم تطق الوطاء أو تطيقه، لكن لم تمكنه من الدخول أو مكنته ودعته لكنه صبي أو بالغ إلا أنها مشرفة على الموت بأن أخذت في النزاع، بخلاف المدخول بها فلا يسقط نفقتها إلا موتها. الثاني: قيدنا الرجل بالموسر لأن المعسر لا يلزمه نفقة، بل تسقط عنه كما تسقط بأكلها معه، ولو مقررة ولو صغيرة أو محجورة لسفهاها، لأن السفية لا يحجر عليه في نفقتها، وكذا تسقط إذا منعت الوطاء أو غيره من الاستمتاع لغير عذر، أو خرجت من محله بغير إذنه ولم يقدر على ردها بوجه، وإلا وجب لها النفقة، كما يجب لها النفقة إذا خرجت لضرر بها منه عجز عن ردها، وهذا كله بالنسبة للمرأة الحاضر زوجها وهي في عصمته، لا إن كان غائباً وخرجت من منزله مدة سفره، أو كانت مطلقة طلاقاً رجعيّاً مطلقاً أو بائناً وهي حامل، وإلا فلها النفقة وإن خرجت من محل طاعته، وإذا وجد شرط الإنفاق وجبت النفقة، ولو كان الزوج عبداً ونفقته من غير خراجه وكسبه إلا لعرف بأنها على السيد.

الثالث: لو عجز الزوج عن النفقة فلها التطلق عليه، قال خليل: ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية إلا أن تزوجه عالمة بفقره وراضية به، قال خليل: لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال إلا أن يتركه أو يشتهر بالعطاء وينقطع وإلا فلها الفسخ، وصفة الفسخ يفصل فيها بين كون الزوج ثابت العسر والمرأة ثابتة الزوجية ولو بالشهرة أو يكونان طارئين فيأمره الحاكم بالطلاق، وإن كان غير ثابت العسر فيأمره بالإفراق أو الطلاق، فإن أنفق أو طلق فلا إشكال، وإلا طلق عليه بعد التلوم عليه باجتهاده بأن يأمرها بطلاقه أو يقول طلقتها منك، وبعد الحكم بالطلاق تعتد بالأقراء أو الأشهر، ولا يمكن من رجعتها إلا إن وجد في زمن العدة يساراً يقوم بواجب مثلها، بحيث يجد شيئاً يظن معه إدامة النفقة، ويحصل الأمن من العجز عنها معه في المستقبل، وأما لو تجمد لها عليه نفقة فيما مضى من الزمان فلها الطلب بها حيث تجمدت في زمن يسره، ولكن لا تطلق عليه بالعجز عنها، كما لا تطلق عليه بالعجز عن صداقها بعد الدخول بها، بخلاف عجزه عن الحال منه قبل الدخول بها فلها التطلق، وإنما يكون ذلك التطلق من الحاكم أو جماعة المسلمين إذا لم يكن حاكم أو تعذر الوصول إليه، وإنما أطلنا في ذلك لداعي الحاجة إليه. ولما ذكر أن أسباب النفقة ثلاثة وقدم الأكدم منها وهو نفقة الزوجة، شرع في ثاني الأسباب وهو القرابة بقوله: (و) لا يلزم الشخص الحر الموسر النفقة على أحد من قراباته (على أبويه) دنية الحرين (الفقيرين) قال خليل: وبالقرابة على الموسر نفقة الوالدين المعسرين، سواء كانا مسلمين أو كافرين، سواء كان ذلك الشخص ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، لأن النفقة من باب خطاب الوضع، والضابط أن المطالب بالنفقة إن كان زوجاً اشترط بلوغه ويساره، وإن كان قريباً أو مالكاً لا يشترط فيه بلوغ، وقيدنا بالحرين، لأن الرقيقين غنيان بسيدهما بدنية، لأن الأجداد والجدات لا تلزم نفقتهم ولد الولد ولا الأبوين إثبات فقرهما بشهادة عدلين، ولا يجوز تحليفهما لما فيه من العقوق وإن كان العسر لا يثبت إلا بعدلين ويمين، واختلف في حمل الولد على الملاء أو العدم إذا طلبه الأبوان وادعى العجز على قولين، إلا أن يكون له أخ ملىء، وإلا اتفق على حمله على الملاء حتى يثبت العدم، وقيدنا الولد بالحر لأن الرقيق لا يلزمه الإفراق على أبويه لأنه لا يلزمه نفقة نفسه، وظاهر كلام المصنف وجوب النفقة على الأبوين وإن كانا يقدران على الكسب وهي طريقة الباجي وخالفه اللخمي، وإذا كان للوالدين نحو دار لأفضل في ثمنها فكالعدم، وكما يلزم الولد الموسر نفقة أبويه الفقيرين يلزمه نفقة خادمها وظاهره وإن كانا غير محتاجين إليه، نعم يظهر أنه يلزمه اتخاذ خادم لهما إن احتاجا إليه وحرره، وكذا يلزم الولد نفقة خادم زوجة أبيه، وكذا يجب على الولد إعفاف أبيه بزوجة بناء على أنه من جملة القوت، فلا يلزمه شراء أمة له ولا أكثر من زوجة إلا إذا لم تعفه الواحدة، وإذا تعددت زوجة الأب لم يلزمه إلا نفقة واحدة ويختارها الأب،

الذُّكُورِ حَتَّى يَحْتَلِمُوا وَلَا زَمَانَةَ بِهِمْ وَعَلَى الْأُنْثَى حَتَّى يُنْكَحْنَ وَيَدْخُلَ بِهِنَّ أَزْوَاجُهُنَّ

إلا أن تكون إحداهن أمه فينفق عليها دون غيرها، قال خليل: ولا يتعدد إن كانت إحداهما أمه على ظاهرها بل ينفق على أمه فقط حيث كانت تعفه، وإلا تعددت على الولد الأم ينفق عليها بالقرابة والأخرى بالزوجية، فلو لم يقدر إلا على الإنفاق على واحدة فالزوجية، والقول للأب فيمن ينفق عليها الولد حيث لم تكن إحداهما أمه وطلب الأب النفقة على من نفقتها أكثر وإلا تعينت الأم ولو كانت غنية لأن النفقة هنا للزوجة لا للقرابة.

(فرع) لو تزوجت الأم الفقيرة بفقير لم تسقط نفقتها، قال خليل: ولا يسقطها تزويجها بفقير، ومثلها البنت لو تزوجت بفقير تستمر نفقتها على أبيها، ولو قدر زوج الأم أو البنت على بعض النفقة لزم الولد والأب إكمالها. (تنبيه) إذا كان الولد متعدداً ووجب عليه نفقة أبويه أو أحدهما فإنها توزع على الأولاد حسب اليسار على أرجح الأقوال. (و) كما يلزم الولد الموسر إجراء النفقة على أبويه الفقيرين يلزم الولد الموسر إجراؤها (على صغار ولده الذين لا مال لهم) الذكور والإناث ويستمر وجوب الإنفاق (على الذكور حتى يحتلموا) والحال أنهم (لا زمانة) أي لا عجز قائم (بهم) قال خليل: ونفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب، قال شارحه: أي وتجب نفقة الولد الذكر الحر الذي لا مال له ولا سعة تقوم به على الأب الحر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب ويجد ما يكتسب فيه، أما لو كان له مال أو صنعة لا معرة فيها تقوم به لسقطت نفقته عن أبيه، إلا أن ينفد بالدال المهملة أي يفرغ ماله قبل بلوغه يدفعه الأب قراضاً ويسافر العامل ولا يوجد مسلف فتعود على الأب، وأما الولد الرقيق فنفقته على سيده لا على أبيه ولو حرّاً، ولا على الأب الرقيق نفقة ولده ولو حرّاً، ونفقة ولده الحر على بيت المال حيث كان متخلفاً على الحرية، وإن كانت حرته بالعتق فنفقته على معتقه حتى يبلغ قادراً على الكسب، وأما من بلغ زماً أو مجنوناً أو أعمى، أو لم يجد ما يكتسب فيه عند بلوغه أو يلحقه به المعرة لم تسقط نفقته عن أبيه، بخلاف ما لو بلغ صحيحاً قادراً على الكسب بحيث سقطت نفقته ثم طرأت زمانته أو جنونه لم تعد نفقته على أبيه على المشهور. (تنبيه) علم من مفهوم كلام المصنف أن الصغير الذي له مال لا تجب نفقته على أبيه وإنما ينفق عليه من ماله، كما علم أن مثل الصغير الذي لا مال له من بلغ زماً أو مجنوناً ولو في بعض الأحيان ولا مال له أنه في حكم الصغير في وجوب نفقته على أبيه (و) يجب على الأب الإنفاق (على الإناث) الفقيرات ولو كبرن وجاوزن حد التعنيس (حتى ينكحن) بالبناء للمجهول أي يعقد عليهن (ويدخل بهن أزواجهن) البالغون الموسرون، ومثل الدخول الدعوى للدخول حيث كان بالغاً وهي مطيقة، قال خليل: ونفقة الأنثى حتى يدخل بها زوجها، وأما لو دخل بها الزوج الصبي أو الفقير فإن نفقتها لا تسقط عن أبيها لما قدمنا من أن نفقة الأم الفقيرة ومثلها البنت لا تسقط بالزواج للفقير، فلو طلقها زوجها قبل بلوغها ولو بعد زوال بكراتها فإن نفقتها تعود على أبيها، بخلاف لو طلقها أو مات عنها بعد بلوغها ثبته

صحيحة، قال خليل: واستمرت إن دخل زمنة ثم طلق لا إن عادت بالغة أو عادت الزمانة، والمعنى: إن عادت إلى الأب بطلاق أو موت زوجها وهي ثيب بالغة صحيحة قادرة على الكسب من غير سؤال، أو عادت الزمانة عند الزوج بعد بلوغها صحيحة فلا تعود نفقتها على الأب، لأن الضابط في ذلك إن ثبت عند الزوج مع بلوغها وصحتها سقطت نفقتها عن أبيها ولو طرأت عليها الزمانة بعد ذلك وطلقت، بخلاف لو دخل بها زوجها زمنة واستمرت حتى طلقها أو مات عنها فإنها تعود على الأب كعودها بطلاقها أو موت زوجها وهي بكر أو صغيرة ولو ثيباً.

(تنبيهات) الأول: سكت المصنف كخليل عن الكلام على نفقة خادم الأولاد أو اتخاذه عند الحاجة إليه وفيه خلاف، فعند القرويين لا يلزم وهو الموافق لظاهر كلام خليل، والذي في المدونة أنه يلزم الأب أن يخدم الولد إن احتاج وكان ملياً قال فيها: وإن أخذ الولد من له الحضانة فعلى الأب النفقة والكسوة والسكنى ما بقوا في الحضانة ويخدمهم إن اتسع إلى ذلك. الثاني: لم يذكر المصنف حكم ما لو لم يقدر على النفقة الكاملة على من ينفق عليه من أولاد أو أبوين، والصواب كما يؤخذ من كلام الأجهوري تقديم نفقة الأولاد على نفقة الأبوين عند العجز عنهما، لأن نفقة الأولاد بالأصالة ونفقة الأبوين بالعروض، كما تقدم نفقة الأم على نفقة الأب ونفقة الصغير على نفقة الكبير ونفقة الأنثى على نفقة الذكر، وعند التساوي يقع التحاوص كما يقع التحاوص في الزوجات عند ذلك، وكذا تقدم نفقة الزوجة على نفقة الأبوين أو الأولاد لأن نفقة الزوجات في مقابلة عوض بخلاف نفقة الأقارب، وأما نفقة نفسه فتقدم ولو على نفقة الزوجة لسقوط الوجوب عنه لغيره حينئذ.

الثالث: مقتضى لقول المصنف: ولا يلزم الرجل الإنفاق إلا على زوجته وأبويه وأولاده أن الأنثى ليست كالذكر وهو كذلك لأن فيها تفصيلاً بين الإنفاق على الأبوين والأولاد فتساوي الرجل في وجوب النفقة على الأبوين، وأما بالنسبة للأولاد فقال ابن عرفة: والمعروف لا نفقة على الأم لولدها الصغير اليتيم الفقير، ولذلك قال ابن العربي في آخر سورة الطلاق: نفقة الولد على الوالد دون الأم خلافاً لابن المواز، ولا يرد على هذا لزوم استئجار من لزمها الرضاع ولا لبن لها لجريان العرف بذلك كجريانه يلزوم الإرضاع لغير عالية القدر ما دامت نفقتها على أبيه والعرف كالشرط.

الرابع: مقتضى كلام المصنف كخليل، بل صريح الآية أن نفقة الأبوين الفقيرين واجبة على الولد الموسر من غير توقف على حكم حيث كان فقرهما ثابتاً، نعم يشترط في كونها من جملة الدين المسقط لركاة ما عند الولد من المال الحكم مع التسلف، وأما أصل الوجوب على الولد فلا يتوقف على حكم، وكذلك نفقة الولد الفقير على والده، ولفظ

وَلَا نَفَقَةٌ لِمَنْ سَوى هُوَلاءٍ مِنَ الْأَقْرَابِ وَإِنْ اتَّسَعَ فَعَلَيْهِ إِخْدَامُ زَوْجَتِهِ وَعَلَيْهِ أَنْ يَنْفِقَ عَلَى عَيْبِهِ

الأجهوري في شرح خليل في باب الزكاة بعد تنظيره في تقرير بعض الشيوخ، إذا يأتي في باب النفقة ما يفيد أن نفقة الولد المعسر تجب على والده الموسر بمجرد العسر وكذلك عكسه فراجع إن شئت، والمفهوم من المدونة بل صريحها التفرقة بين نفقة الولد على الوالد وعكسه، وهو أن نفقة الولد واجبة بالأصالة فلا تتوقف على حكم، بخلاف نفقة الوالد كانت ساقطة فلا تجب إلا بالحكم. الخامس: لو ترك الولد الإنفاق على أحد أبويه مدة مع وجوبها أو عكسه لم يرجع بها من وجبت له على من تجب عليه إلا بشرط، قال خليل: وتسقط عن الموسر بمضي الزمن إلا لقضية أو ينفق غير متبرع على طريقة ابن الحاجب ونازع فيها ابن عرفة، وهذا بخلاف نفقة الزوجة فلا تسقط بحال عن الموسر ولا تتوقف على حكم لأنها في مقابلة الاستمتاع راجع شراح خليل، ولما كان الإنفاق بالقرابة مختصة بالأبوين والأولاد ففي بعض العبارات أن النفقة بالقرابة محصورة الأبوة وهي صحيحة لأنها إما واجبة على الأب أو له قال: (ولا نفقة) واجبة على الحر الموسر (لمن سوى هؤلاء) المذكورين من الأبوين والأولاد (من الأقارب) فلا تجب النفقة على الأجداد والجدات، ولا على أولاد الأولاد، ولا على الإخوة والأخوات، خلافاً للشافعي القائل بوجوبها على الأصول وعلى الإبن وابنه وعلى الإخوة والأخوات، وخلافاً لأبي حنيفة في إيجابها على كل ذي رحم. ثم أشار إلى مسألة تتعلق بالزوجة وكان ينبغي تقديمها بقوله: (وإن اتسع) الزوج الأهل للإخدام (فعليه إخدام زوجته) المتأهلة للإخدام، قال خليل: وإخدام أهله وإن بكراء ولو بأكثر من واحدة وقضى لها بخادمتها إن أحببت إلا لريبة، وإخدامها إنما يكون بأنثى أو بذكر لا يتأتى منه الاستمتاع، ففي كلام خليل التصريح بأنه لا يلزم إخدامها إلا إذا كان هناك أهلية في الزوج والزوجة، وإذا اشترى لها خادماً يخدمها فإنها لا تملك إلا بهبة، بخلاف المشترط في صلب العقد فإنها تملكه لأنه في حكم المهر، ومفهوم كلام خليل المقيد لكلام المصنف أنه إذا انتفت الأهلية منهما أو من أحدهما لا يلزمه إخدامها ولو كثر ماله، إلا إذا اشترط عليه ذلك أو كان من الذين لا يمتنون نساءهم، ومفهوم إن اتسع أن غير المتسع لا يلزمه إخدام ولو كانت الزوجة أهلاً وعليها الخدمة بنفسها، قال خليل: وعليها الخدمة الباطنة من عجن وكنس كما قدمناه، وأشار إلى السبب الثالث من أسباب النفقة بقوله: (وعليه) أي المالك ولو رقيقاً (أن ينفق على عيبه) ولو بشائبة حرية كمدبرة أو معتق لأجل أو أم ولد ولو أشرف الرقيق على الموت، بخلاف نفقة الزوجة غير المدخول بها ويكون الإنفاق بقدر كفايتهم، فلا يسرف ولا يقتر وينظر لوسعه وحال العيب فليس النجيب كالوغد، فإن امتنع السيد من الإنفاق الواجب بيع ما يباع إلا أن يعتقه سيده، قال خليل: إنما تجب نفقة رقيقه ودابته إن لم يكن مرعى وإلا بيع كتكليفه من العمل ما لا يطيق، وأما من لا يباع كأم الولد فقيل ينجز عتقها وقيل تزوج، وأما المدبر فإن الفواكه الدواني ج ٢ - ٨٣

وَيُكْفَنُهُمْ إِذَا مَاتُوا وَأَخْتَلَفَ فِي كَفْنِ الزَّوْجَةِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي مَالِهَا وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ فِي مَالِ الزَّوْجِ وَقَالَ سَحْنُونُ إِنَّ كَانَتْ مَلِيَّةً فَبِي مَالِهَا وَإِنْ كَانَتْ فَقِيرَةً فَبِي مَالِ الزَّوْجِ .

كان في خدمته ما يكفيه خدم وأنفق عليه منها وإلا نجز عتقه، وإنما قلنا ولو رقيقاً لأن السيد لا يلزمه النفقة على عبيد عبيده وإنما ينفق عليهم سيدهم الأسفل (و) كما تجب عليه نفقة عبيده يجب عليه أن (يكفنهم إذا ماتوا) وسائر مؤن التجهيز لأنه من توابع النفقة، قال خليل: وهو على المنفق بقرابة أو رق لا زوجية، والفقير من بيت المال وإلا فعلى المسلمين، والدليل على جميع ما سبق من وجوب الإنفاق على الزوجة والأصل الداني والفرع القريب والرقيق ما في الصحيح من قوله ﷺ: «أفضل الصدقة ما ترك عن غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول» تقول المرأة: إما أن تطعمني أو تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الولد: أطعمني إلى من تدعني، فجعل الذي يعوله الشخص زوجته ورقيقه وولده، وقال تعالى: ﴿وبالوالدين إحساناً﴾ [البقرة: ٨٣] ويؤخذ من الحديث مسألة حسنة وهي من قال: الأمر الفلاني وقف على عيالي، أو هذه العلوفة على العيال تدخل زوجته في العيال، وقل أن يعرفها الطالب من غير هذا فافهم، وحكى ابن المنذر الإجماع على وجوب نفقة الوالدين الفقيرين، والآية ظاهرة في الوجوب من غير توقف على حكم حاكم، ولما كان الإنفاق على الزوجة في مقابلة الاستمتاع بها في حال حياتها وقد تعذر بموتها جرى في الكفن خلاف أشار إليه بقوله: (واختلف في كفن الزوجة) على ثلاثة أقوال (فقال ابن القاسم) كنفها وسائر مؤن تجهيزها (في مالها) وهذا هو الذي تجب به الفتوى، وعليه اقتصر خليل حيث قال: وهو على المنفق إلى قوله: لا زوجية، وظاهره ولو كانت فقيرة لانقطاع الاستمتاع بها بموتها، ويفهم من قوله: من مالها أنها حرة، وأما الأمة فعلى سيدها. (وقال عبد الملك) كنفها ومؤن تجهيزها (في مال زوجها) إن كان بحيث يلزمه لها النفقة لبلوغه ويسره لبقاء أثر الزوجية لجواز التغسيل والنظر للعبودية وعزي لمالك، وظاهر هذا القول ولو كانت الزوجة أمة. (وقال سحنون إن كانت غنية) بحيث يوجد عندها ما تكفن به (ففي مالها) كسائر مؤن التجهيز (وإن كانت فقيرة ففي مال الزوج) ويتفرع على المشهور أن الزوج لو كنفها فإنه يرجع في مالها إلا أن يكون متبرعاً. (فائدة) سحنون: لقب به لحدة فهمه واسمه عبد السلام وفي سینه وجهان الفتح والضم، قال الأجهوري: الكثير عند الفقهاء الفتح وأما في اللغة فالضم.

(تتمات) الأولى: سكت عن كفن من يلزم الإنفاق عليه سوى الزوجة والحكم أنه تابع للنفقة، قال خليل: وهو على المنفق بقرابة أو رق لا زوجية، والفقير من بيت المال، وإلا فعلى المسلمين إن كان الميت حراً، ولذلك لو مات شخص ورقيقه ولم يوجد عند السيد إلا ما يكفن أحدهما قدم العبد لأنه لاحق له في بيت المال بخلاف سيده. الثانية: لو مات أبو شخص أو أحدهما وولده ونفقة كل واجبة عليه وعجز عن تكفين الجميع فحكمه

باب في البيوع وما شاكل البيوع

كالنفقة، فيقدم الولد لأن نفقة الولد بالأصالة، وينظر لو لم يقدر إلى على تكفين أحد الأبوين أو بعض الأولاد، ومقتضى الإجراء على النفقة تقديم الأم على الأب، والأثني على الذكر، والصغير على الكبير، ولتحرر المسألة. ويظهر الاقتراح عند تساوي الولدين ولم يوجد إلا من يكفن أحدهما لا بعينه، وأما لو كان الكفن الموجود لا يكفي إلا أحدهما بعينه فإنه يقدم، ويظهر أن المراد يكفي في الستر الواجب وإلا قسم بينهما وحرره فإني لم أراه منقولاً الثالثة: لم يتكلم المصنف على ما يتعلق بالمملوك البيهيمي، والحكم فيه أنه يجب على مالكة علفه المعتاد ولو بالشراء أو بيعته للمرعى، كما يجب عليه أن لا يكلفه من العمل إلا ما يطيقه، فإن لم يطعمه أو كلفه من العمل ما لا يطيقه بيع عليه ما لا يؤكل لحمه، وأما ما يؤكل لحمه فيخير بين بيعه أو ذبحه. الرابعة: لم يتكلم أيضاً على ما إذا كان له كرم أو زرع يحتاج إلى سقي بحيث يتلف بتركه، والحكم فيه أنه يجب عليه القيام به، إما بنفسه أو يدفعه لمن يعمل فيه ولو بجميع الثمرة، فإن لم يفعل أثم لما في تركه من إضاعة المال ولم يثبت نص ببيعه. ولما فرغ من الكلام على ما ذكره من عقائد الإيمان وبقية أركان الإسلام وأحكام الذبائح والأيمان والنذور والجهاد والأنكحة، وما يطرأ لها من طلاق وعدة وسكنى ونفقة، شرع في أحكام المعاملات بقوله:

(باب في) أحكام (البيوع)

جمع بيع مصدر باع، ويتنوع إلى صحيح وفاسد ولذا صح جمعه، بخلاف المؤكد لعامله لا يثنى ولا يجمع، وحقيقته في لغة قريش واصطلاح عليها الفقهاء تقريباً للفهم الإخراج عكس اشترى، يقال: باع الشيء إذا أخرجه عن ملكه، واشتراه إذا أدخله في ملكه، وأما شرى فيستعمل فيهما ومن استعماله في الإخراج قوله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس﴾ [يوسف: ٢٠] لأن المراد باعوه، والضمير في باعوه لإخوة يوسف الذين أخذوه من السيارة بادعاء أنه عبدهم وأبق منهم ثم باعوه لهم، وأما حقيقته في الاصطلاح فقال ابن عرفة: البيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، فيخرج العقد على المنافع والنكاح، ويدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم، وكذلك قال: والغالب عرفاً أخص منه بزيادة ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه لتخرج الأربعة المذكورة الداخلة في الأعم، لأن الهبة للثواب لا مكايسة أي لا مغالبة فيها، والصرف والمراطلة والمبادلة العوضان فيها من العين والسلم المعين فيه العين وهي رأس المال، وأما غير رأس المال وهو المسلم فيه فإنه في الذمة، ومعنى كون رأس المال معيناً أنه ليس في الذمة، ويظهر لي أن تعبير ابن عرفة بالعين في رأس المال مبني على الغالب، وإلا فقد يكون رأس المال حيواناً أو عرضاً، وينقسم البيع الأعم إلى أربعة أقسام: مساومة

ومزايدة وهما جائزان اتفاقاً، وبيع مرابحة وهو جائز جوازاً مرجوحاً لاحتياجه إلى الصدق المتين، وبيع استثمار واسترسال، وحقيقة بيع المساومة أن يتراضى الشخصان على ثمن ولا تقبل زيادة بعده ولو تضمن غبناً، وحقيقة بيع المزايدة أن يطلق الرجل سلته في يد الدلال للنداء عليها، فمن أعطى فيها ثمناً لزمه إن رضي مالکها وله أن لا يرضى ويطلب الزيادة، وهذا هو المعروف بين الناس اليوم وإن كان الأول أحسن، لأن هذا يورث الضغائن في القلوب، وحقيقة بيع المرابحة أن يشتري الرجل سلعة بثمن ويبيعها بأكثر منه على وجه مخصوص، وحقيقة بيع الاستثمار ويقال له أيضاً الاسترسال أن يصرف أحد الشخصين قدر المعقود عليه من ثمن أو مئتمن لعلم صاحبه لجهل الصارف به أي بقدر المعقود عليه بأن يقول الجاهل للعالم: اشتري مني كما تشتري من الناس، أو بعني كما تباع الناس، وحكمه الجواز على طريق الأكثر لثبوت الخيار للجاهل إذا كذب عليه العالم بأن غره، ومقابل الأكثر سماع عيسى بن القاسم لا يصح، ويفسخ إن كان المعقود عليه قائماً، وإن فات رد مثل المثلى وقيمة المقوم (و) في بيان أحكام (ما شاكل) أي شابه (البيوع) من سائر العقود، كالشركة والتولية والإقالة والقراض والمساقاة والإجارة وما يتعلق بذلك.

ولما فرغ من الترجمة شرع في بيان أحكام ما ترجم له مبتدئاً بحكم البيع في الأصل وهو الجواز بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] بناء على أن الآية من قبيل العام الذي لا تخصيص فيه، إن قلنا: إن الفاسد لا يطلق عليه بيع إلا على جهة المجاز أو من قبيل العام الذي دخله التخصيص فهو على عمومه، إلا ما قام الدليل على خروجه، وهذا مذهب أكثر الفقهاء، والمعنى على هذا: وأحل الله كل بيع إلا ما قام الدليل على فساده وقد يعرض له الوجوب، كمن اضطر لشراء طعام أو غيره، والندب كمن أقسم على إنسان أن يبيع له سلعة لا ضرر عليه في بيعها لأن إيراد القسم مندوب، والكراهة كبيع الهر والسبع لأخذ جلده، والتحريم كبيع المنهى عن بيعه نحو الكلب، فتلخص أن البيع تعرض له الأحكام الخمسة، وكما دل على حله الكتاب دلت عليه السنة أيضاً كقوله ﷺ: «أفضل الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده» والبيع المبرور الذي لم يعص صاحبه به ولا فيه ولا معه، ومنها قوله ﷺ: «ما أكل أحد طعاماً قط خيراً له من أن يأكل من عمل يده» وغير ذلك من الأحاديث. (تنبيه) لم يتعرض المصنف هنا لأركان البيع ولا لشروط عاقده ولا المقعود عليه، وأركانه ثلاثة: العاقد والمقعود عليه والصيغة، وشرط صحة عقد العاقد من بائع أو مشتر التمييز بأن يفهم السؤال ويرد جوابه ولو صيباً أو عبداً، وشرط اللزوم التكليف بمعنى الرشد والطوع، فلا يلزم بيع الصبي ولا السفية ولا المكروه إكراهاً حراماً وإن لزم من جهة المشتري حيث كان رشيداً، قال خليل: وشرط عاقده تمييز ولزومه تكليف لا إن أجبر عليه جبراً حراماً ورد عليه بلا ثمن، ولا يشترط إسلام العاقد ولو كان المعقود عليه مسلماً

وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا وَكَانَ رَبِّي الْبَاطِلِيَّةَ فِي الدُّيُونِ إِمَّا أَنْ يَقْضِيَهُ وَإِمَّا أَنْ يُزَيِّي لَهُ فِيهِ وَمِنَ الرِّبَا فِي غَيْرِ النَّسِيئَةِ بَيْعُ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ يَدًا بِيَدٍ مَتَقَاضِيًا وَكَذَلِكَ الذَّهَبُ

أو مصحفاً، بل يقع العقد لازماً ويجبر غير المسلم على إخراجه من تحت يده، وإنما الإسلام شرط في جواز إدامة الملك، وشرط المعقود عليه ثمناً أو مثنياً الطهارة الأصلية، والقدرة على تسليمه، والعلم بالمعقود عليه كمية وكيفية حيث وقع العقد على اللزوم وإلا جاز ولو لم يذكر جنسه ولا نوعه، وعدم النهي عن بيعه، وأن يكون منتفعاً به ولو في المستقبل، والركن الثالث الصيغة، وكفي فيها كل ما يدل على الرضا ولو معاطاة، خلافاً لما يفهم من قوله فيما يأتي: والبيع ينعقد بالكلام، إلا أن يراد بالكلام كلما يفهم معه المراد ولو إشارة، لأن الكلام يطلق في اللغة على القول وعلى كل ما يحصل به الإفادة من إشارة وكتابة وغيرهما، وهذا هو المطلوب عند الفقهاء، قال خليل: ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة، ولا يشترط في الصيغة تقدم إيجاب على قبول، وسيأتي بعد الكلام على الربا في كلام المصنف الإشارة إلى ما يفهم منه بعض ما أشرنا إليه وإن لم يكن على هذا الوجه (وحرّم) الله سبحانه وتعالى (الربا) بالقصر بقسميه النساء بالمد وهو التأخير والفضل وهو الزيادة، وفي مسلم: «لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله و كاتبه وشاهده» فمن استحل الربا كفر فإن لم يتب قتل، وكان من باع بالربا فهو فاسق يؤدب بعد فسخ بيعه ويلزمه رأس المال بعد الفوات، ومن قبض أكثر من رأس ماله رده لربه إن عرفه وإلا تصدق به، وإن أسلم كافر فهو له إن قبضه قبل إسلامه، وإلا فلا يحل له أخذ ما زاد على رأس المال بل يسقط عمن هو عليه.

﴿وكان ربا الجاهلية﴾ وهي ما قبل الإسلام (في الديون) إذا تم أجل الدين يقول له من له التكلم في شأنه (إما أن يقضيه) من هو عليه لربه (وإما أن يربى) أي يزيد (له فيه) ويؤخره ولا شك في حرمة هذا سواء كانت الزيادة في القدر أو الصفة، مثال الزيادة في القدر أن يؤخره عن الأجل الأول ويدفع له عن العشرة خمسة عشر، ومثال الثاني أن يؤخره أجلاً ثانياً على أن يدفع له بدل الكلاب ريبالات، أو عن المحمدية بناذقة، فإن وقع وأخر لم يستحق صاحب الدين إلا رأس ماله، وفي معنى الزيادة في الحرمة أن يتفق معه قبل انقضاء الأجل على أن يؤخره أجلاً ثانياً على أن يدفع له رهناً أو يقيم له حملاً لما يلزم عليه من سلف جر نفعاً، ومن ربا الجاهلية فسخ ما في الذمة في مؤخر مخالف لجنس ما في الذمة، وإن سارت قيمته حين التأخير قدر الدين بأن كان الدين عيناً وحل أجلها فأخره بها أجلاً ثانياً على أن يدفع له بدلها طعاماً أو عرضاً، والحاصل أنه يحرم فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيناً يتأخر قبضه كغائب أو مواضعة أو منافع عين، وأما لو أخره أجلاً ثانياً من غير شيء من ذلك فلا حرمة، ومن باب أولى لو ترك له بعض الحق وأخره أجلاً ثانياً. ثم شرع في بيان ربا الفضل بقوله: (ومن الربا في غير النسيئة) كخطيئة فهو بالمد والهمز الزيادة ويقال

بِالذَّهَبِ وَلَا يَجُوزُ فِضَّةً بِفِضَّةٍ وَلَا ذَهَبًا بِذَهَبٍ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا وَالفِضَّةُ بِالذَّهَبِ رَبًّا إِلَّا

لها ربا (أي زيادة) الفضل (بيع الفضة بالفضة) حال كونه (يداً بيد) أي مناجزة وحال كون المعقود عليه (متفاضلاً وكذلك) أي من الربا في غير النسيئة لا يجوز بيع (الذهب بالذهب) متفاضلاً يداً بيد سواء كانا مسكوكين أو مصوغين أو مختلفين لقوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضه على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز لما في التأخير من ربا النساء» ومعنى لا تشفوا بضم التاء وكسر الشين المعجمة والفاء المشددة لا تفضلوا. (تنبيه) ظاهر كلام المصنف والحديث حرمة المفاضلة في بيع العين بمثلها ولو قلت الزيادة وليس كذلك، إذ قد أجازوا الزيادة اليسيرة في ثلاث مسائل: الأولى المبادلة وهي بيع العين بمثلها عدداً فإنها تجوز بشروط أشار لها خليل بقوله: وجازت مبادلة القليل المعدود من الدراهم أو الدنانير بأن تكون ستة فأقل، وأن تكون الزيادة في كل واحد السدس فأقل، وأن تقع تلك المعاقدة على وجه المبادلة، وأن يقصد بالزيادة المعروف. والثانية: المسافر تكون معه العين غير مسكوكة، ولا تروج معه في المحل الذي يسافر إليه، فيجوز له دفعها للسكك ليدفع له بدلها مسكوكاً، ويجوز له دفع أجرة السكة وإن لم عليه الزيادة، لأن الأجرة زائدة وعلى كونها عرضاً تفرض مع العين عيناً، وإنما أجيبت للضرورة لعدم تمكن المسافر من السفر عند تأخيره لضربها. الثالثة: الشخص يكون معه الدرهم الفضة ويحتاج إلى نحو الغذاء فيجوز له أن يدفعه لنحو الزيات ويأخذ ببعضه طعاماً أو جرداً، وبالنصف الآخر فضة حيث كان ذلك على وجه البيع أو عوض كراء بعد تمام العمل لوجوب تعجيل الجميع، وكون المدفوع درهماً فأقل لا أكثر، وأن يكون المأخوذ والمدفوع مسكوكين، وأن يجري التعامل بالمدفوع والمأخوذ ولو لم تتحد السكة، وأن يتحدا في الرواج بأن تكون الفضة المأخوذة تروج بنصف الدرهم وأن يتعجل الدرهم، ومقابلة من عين وما معها.

ووجه التفاضل في هذه ما قدمناه من أن غير العين يفرض معها عيناً، وأشار خليل إلى الأولى بقوله: وجازت مبادلة القليل المعدود الخ، وإلى الثانية بقوله: بخلاف تبر يعطيه المسافر وأجرته دار الضرب ليأخذ زنته، وإلى الثالثة بقوله: وبخلاف درهم بنصف وفلوس الخ. ثم شرع في مفهوم متفاضلاً بقوله: (ولا يجوز) بيع (ذهب بذهب ولا) بيع (فضة بفضة) لا مراطلة ولا مبادلة في أكثر من ستة. (إلا) أن يكون المعقود عليه (مثلاً بمثل) ومقبوضاً (يداً بيد) في غير المسائل الثلاث التي ذكرناها وهي: مبادلة العدد القليل، وإعطاء المسافر نحو التبر ويأخذ مسكوكاً، ومسألة الدرهم، وإذا تحققت المماثلة ووجدت المناجزة جاز البيع، سواء كان على وجه المبادلة أو المراطلة، سواء كانت بصنجة أو كفتين. ولما فرغ من الكلام على بيع العين بنوعها شرع في بيعها بغيره بقوله: (و) بيع (الفضة بالذهب

يَدَا بَيْدٍ وَالطَّعَامُ مِنَ الْحَبُوبِ وَالْقِطْنِيَّةِ وَشِبْهَهَا مِمَّا يُدْخَرُ مِنْ قُوتٍ أَوْ إِدَامٍ لَا يَجُوزُ الْجِنْسُ مِنْهُ بِجِنْسِهِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ يَدَا بَيْدٍ وَلَا يَجُوزُ فِيهِ تَأْخِيرٌ وَلَا يَجُوزُ طَعَامٌ بِطَعَامٍ إِلَّا

رباً) فيحرم في كل حال (إلا يدا بيد) أي إلا أن يكون على وجه المقابضة والمناجزة فيجوز، ولو اختلفا في الوزن والعدد لما في الحديث من قوله ﷺ: «إذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» وتلخص أن ربا الفضل لا يدخل في العين إلا إذا كان الجنس واحداً، وأما النساء فيدخل فيه مطلقاً مختلفاً أو متفقاً مسكوكاً أو غيره. (تنبيه) بيع العين بالعين على ثلاثة أقسام: إما مراطلة، وإما مبادلة، وإما صرف، فالمراطلة بيع النقد بمثله وزناً، والمبادلة بيع النقد بمثله عدداً، والصرف بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوس، وتجب المناجزة في الجميع، ويفسد العقد في الجميع بعدمها ولو قريباً أو غلبة، وأما المساواة فتجب في المراطلة، وكذا في المبادلة إذا زاد العدد على ستة أو كانت الزيادة في كل واحد منها أو بعضها أكثر من السادس

(فرع) لم يتعرض المصنف للإثناء المصنوع من الذهب أو الفضة، والحكم فيه أنه يحرم اقتناؤه واستعماله ولو في حق الأثني، ولكن يجوز بيعه لمن يكسره أو يصنعه حلياً بعرض أو نقد، لكن إن كان من غير جنسه اشترطت المناجزة فقط، وإن كان من جنسه اشترطت المماثلة في الوزن والمناجزة، وأما المصنوع من النقدين فلا يجوز بيعه إلا بالعرض، ولا يجوز بهما أو بأحدهما ولو التابع على المشهور، وأما المحلى بالنقدين فأشار إليه خليل بقوله: وإن حلى بهما لم يحز بأحدهما إلا إن تبعاً الجواهر بأن كان الذهب والفضة الثلث والجواهر الثلثان فإنه يباع بجنس الأقل من الذهب أو الفضة، فإن كان الذهب قدر الفضة لم يجز بيعه إلا بالعرض (خاتمة) وقع خلاف في علة الربا في النقود، فقيل غلبة الثمنية، وقيل مطلق الثمنية، وعلى الأول تخرج الفلوس الجدد فلا يدخلها الربا ويدخلها على الثاني. ولما فرغ من الكلام على الربا في النقدين، شرع في الكلام على الأطعمة وبيان ما يدخل فيه الربا منها وما لا يدخل فيه بقوله: (والطعام) الكائن (من الحبوب) ذات السنبل كالقمح والشعير وألحق بهما السلت (و) الكائن من (القطنية) بكسر القاف أو ضمها وسكون الطاء المهملة وكسر النون والياء المشددة وحكي تخفيفها، وتجمع على قطني كالقول والحمص والبسيلة والجلبان والترمس واللوبيا والكرسنة وهي قريبة من البسيلة وفي لونها حمرة، والباجي يقول: هي البسيلة سميت بذلك لأنها تقطن بالمحل ولا تفسد بالتأخير. (و) من (شبهها) أي القطنية (مما يدخر من قوت) كزبيب أو لحم (أو إدام) كسمن وعسل وخيزر الطعام الواقع مبتدأ. (لا يجوز) بيع (الجنس منه بجنسه إلا مثلاً بمثل) للسلامة من ربا الفضل، وللسلامة من ربا النساء اشترط كونه (يداً بيد) وقوله (ولا يجوز فيه تأخير) بيان لقوله يداً بيد، ويفسد البيع بالتأخير ولو قريباً، وتعتبر المماثلة بالمعيار الشرعي من كيل أو وزن أو عدد إن وجد معيار شرعي، وإلا فالمعيار لأهل محل البيع، فإن جرت العادة

أَجَلٍ كَانَ مِنْ جَنْسِهِ أَوْ مِنْ خِلَافِهِ كَانَ مِمَّا يُدَخَّرُ أَوْ لَا يُدَخَّرُ وَلَا بِأَسِّ بِالْفَوَاكِهِ وَالبُقُولِ وَمَا لَا يُدَخَّرُ مُتَفَاضِلًا وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ يَدَأُ بِيَدٍ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ. فِيمَا يُدَخَّرُ مِنَ الْفَوَاكِهِ الْيَابِسَةِ وَسَائِرِ الْإِدَامِ وَالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا الْمَاءَ وَخَدَهُ وَمَا

عندهم بأمرين اعتبر الغالب وإلا اعتبر أحدهما، وإن لم تجر العادة فيما يوزن بشيء وجب المصير إلى التحري إن أمكن، وأما نحو المكيل والمعدود فلا يحصل فيهما تعذر، وإلى هذا كله الإشارة بقول خليل: واعتبرت المماثلة بمعيار الشرع وإلا فبالعادة، فإن عسر الوزن جاز التحري عند إمكانه وإلا امتنع ويجب اعتبار الوزن.

(تنبيه) فهم من قول المصنف: مما يدخر من قوت أن علة أي علامة كون الطعام ربوياً أن يكون يحصل به الاقتيات ويمكن ادخاره وهو كذلك، قال خليل: علة طعام الربا اقتيات وادخار وهل لغلبة العيش تأويلان، ولذلك جرى الخلاف في ربوية التين والزيت والجراد، والحاصل أن ربا الفضل لا يدخل إلا في الطعام المقتات المدخر المتحد الجنس كما هو صريح قول المصنف: لا يجوز بيع الجنس منه بجنسه إلا مثلاً بمثل يداً بيد، ومعنى الاقتيات قيام بنية الأدمي به، ومعنى الإدخار عدم فساده بالتأخير المعروف فيه. ولما كان ربا النساء وهو التأخير محرماً ولو في مطلق الجنسين المطعومين قال: (ولا يجوز) بيع (طعام بطعام إلى أجل) ولو قريباً (كان من جنسه) كقمح بمثله (أو من خلافه) سواء (كان مما يدخر) كالقمح والشعير (أو لا يدخر) كالبطيخ والرمان لدخول ربا النساء في كل المطعومات، فتخلص أن ربا الفضل إنما يدخل في متحد الجنس المقتات المدخر، وأما ربا النساء الذي هو التأخير فيدخل في متحد الجنس ومختلفة ولو غير مقتات غالباً كالخيار والفواكه، لأن ربا النساء يدخل في كل ما فيه الطعمية، ولما كان ربا الفضل لا يدخل إلا في المقتات المدخر قال: (ولا بأس بالفواكه) أي ببيع الفواكه كالخوخ والمشمش (والبقول) كالخس والهندبا من كل ما يجز من أصله. (و) كل (ما لا يدخر) من الخضر وهي كل ما يجز مع بقاء أصله كالملوخية بعضها ببعض ولو (متفاضلاً وإن كان) جميع المعقود عليه (من جنس واحد) حيث وقع التناجز (يدأ بيد) ولما قدم ما يفهم منه أن علامة الطعام الذي يدخله ربا الفضل الاقتيات والادخار، ذكر أن أحد الأمرين كاف فقال: (ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد فيما يدخر من الفواكه اليابسة) كالبنندق بناء على أن العلة الإدخار فقط ولكنه ضعيف، بل العلة مركبة من الاقتيات والادخار، وقيل كونه متخذاً للعيش غالباً، فالمفتى به ما عليه خليل من أن الفواكه لا يدخلها ربا الفضل فيجوز التفاضل فيها، قال خليل: لا خردل وزعفران وخضر ودواء وتين وموز وفاكهة ولو ادخرت بقطر، أي فيجوز التفاضل فيها بشرط المناجزة، ورجح بعض الشيوخ ربوية التين بناء على أنه لا يشترط في الادخار كونه للعيش غالباً. (و) كذا لا يجوز التفاضل في الجنس الواحد من (سائر) أنواع (الإدام) كالسمن والزيت، فقوله: وسائر بالجر لعطفه على قوله: فيما يدخر (و) كذا لا

أَخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهُ مِنْ ذَلِكَ وَمِنْ سَائِرِ الْحُبُوبِ وَالثَّمَارِ وَالطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بِالتَّفَاضُلِ فِيهِ يَدًا
يَبْدُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ إِلَّا فِي الْخَضِرِ وَالْفَوَاكِهِ وَالْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ
وَالسَّلْتِ كَجِنْسٍ وَاحِدٍ فِيمَا يَحِلُّ مِنْهُ وَيَحْرُمُ وَالزَّرْبِيبُ كُلُّهُ صِنْفٌ وَالتَّمْرُ كُلُّهُ صِنْفٌ

يجوز التفاضل فيما اتحد من سائر أنواع (الطعام) الكائنة من غير الحبوب كاللحم والمرق
فلا يتكرر مع ما سبق. (و) كذا لا يجوز التفاضل في كل ما اتحد من أنواع (الشراب)
المتخذة مما هو ربوي كالشراب المتخذ من العنب أو التمر، واعلم أن اتحاد الجنسية تابع
للغرض، فنحو الأنبذة كلها جنس واحد وإن اختلفت أصولها، لأن القصد والغرض منها
الحلاوة، كما أن الخلول كلها صنف واحد لأن الغرض منها الحموضة، وكذا سائر الألبان
ولو من بهيمة وأدمي، بخلاف العسول المختلفة الأصول فإنها أجناس لا اختلاف الأغراض
فيها في استعمالها. ثم استثنى من الشراب قوله: (إلا الماء وحده) فيجوز بيع بعضه ببعض
ولو متفاضلاً، كما يجوز بيعه بالطعام لأجل ولو ماء زمزم لأنه ليس من الطعام، واعلم أن
الماء على قسمين: أحدهما العذب وهو ما يمكن شربه ولو عند الضرورة وهذا جنس
واحد، وثانيهما الأجاج وهو ما لا يشرب لمرارته كالبحر المالح وهو جنس آخر، فيجوز
بيع أحد الجنسين بالآخر ولو متفاضلاً إلى أجل، وأما بيع الماء بماء من جنسه فإن كانا
متساويين جاز ولو إلى أجل، وأما عند اختلافهما بالقلة والكثرة فلا يجوز إلا يداً بيد ويمتنع
إلى أجل، لأن القليل إن كان هو المعجل فيه سلف جر نفعاً، وإن كان المعجل هو الكثير
فيه تهمة ضمان بجعل، وهكذا يقال في كل ما اتحد جنسه وهو غير ربوي.

ثم صرح بمفهوم قوله: ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد فيما يدخر بقوله: (وما
اختلفت أجناسه من ذلك) المذكور من طعام وشراب من غير الحبوب. (ومن سائر) أي
جميع (أنواع الحبوب) ولو المقتاتة المدخرة (ومن) سائر أنواع (الثمار والطعام) وخبر ما
الواقعة مبتدأ قوله: (فلا بأس) أي فلا حرج في بيع بعضه ببعض الآخر (بالتفاضل فيه) حاله
كون المعقود عليه (يداً بيد) أي مناجزاً فيه لقوله ﷺ بعد ذكر ما فيه الربا: «إذا اختلفت
هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» وإنما كرر قوله: (ولا يجوز التفاضل في
الجنس الواحد منه) أي من مطلق الطعام بقريئة قوله: (إلا في الخضر والفواكه) ولو ادخرت
بقطر لما قدمنا من أن حرمة التفاضل في الجنس الواحد مقيدة بما إذا كان الجنس مما يقتات
ويدخر، وأما غيره فيجوز التفاضل فيه بشرط المناجزة، ولما قدم أن الجنس الواحد لا
يجوز التفاضل فيه بشرطه شرع في بيان ما هو جنس واحد وما هو أجناس بقوله: (والقمح)
مبتدأ (والشعير) وهما معرفان (والسلت) بالسین المهملة المضمومة واللام الساكنة حب بين
القمح والشعير لا قشر له وخبر القمح الواقع مبتدأ (كجنس واحد) على المعتمد (في) كل
(ما يحل منه ويحرم) لتقاربهما في المنفعة، فلا يجوز بيع القمح والشعير أو السلت إلا مثلاً
بمثل يداً بيد، خلافاً للسيوري وعبد الحميد الصائغ وتبعهما ابن عبد السلام وهو قول

وَالْقِطْنِيَّةُ أَصْنَافٌ فِي الْبُيُوعِ وَأَخْتَلَفَ فِيهَا قَوْلُ مَالِكٍ وَلَمْ يَخْتَلَفْ قَوْلُهُ فِي الزَّكَاةِ أَنَّهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ وَلُحُومٌ ذَوَاتِ الْأَزْبَعِ مِنَ الْأَنْعَامِ وَالْوَحْشِ صِنْفٌ وَلُحُومُ الطَّيْرِ كُلِّهِ صِنْفٌ

الشافعي وأبي حنيفة أخذوا بظاهر الحديث من قوله: «إذا اختلفت هذه الأجناس الخ» ودليل أهل المذهب على المشهور ما في الموطأ عن سعد بن أبي وقاص قال لفتى علف حمارة: «خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيراً ولا تأخذ إلا مثله» وعن عبد الرحمن الأسود وغيره مثله، وأيضاً اشتهر بين أهل المدينة اتحاد القمح والشعير في الجنسية، والناس تبع لأهل المدينة لأن الأحكام نزلت عليهم قبل الناس، وإذا ثبت أن القمح والشعير صنف واحد فإن السلت يلحق بهما بلا خلاف في المذهب، وحينئذ يظهر أن المعنى قول المصنف: كجنس واحد أي متفق عليه، وأما اتحاد جنسية هذه الثلاثة ففيها خلاف فلم يزل اتحاد المشبه والمشبه به. (والزبيب كله) أحمره وأسوده رديئة وجيده جديدة وعتيقه (صنف واحد) وكذا كل أفراد التين جنس واحد (و) كذلك (التمر كله) برني وصيحاني وعجوة (صنف) واحد، قال خليل: وتمر وزبيب ولحم طير وهو جنس أي كل واحد جنس، فيجب التماثل في بيع الشيء بجنسه ويحرم التفاضل ولو شكاً، كأن يكون أحد العوضين رطباً والآخر يابساً، وأما البلح قبل أن يتمر ففيه تفصيل، فالصغير الذي لا يؤكل علف يجوز بيعه ولو بالطعام لأجل، وأما البلح الكبير وهو الرامخ أو البسر وهو الزهو أو الرطب فيجوز بيع كل واحد منها بمثله، كما يجوز بيع البلح الصغير بجمعها لأنه ليس بطعام، وكذا يجوز بيع البسر بالزهو لأنهما شيء واحد، ولا يجوز بيعهما بالرطب ولا بالتمر لما فيه من بيع الرطب باليابس، والحاصل أن كل شيء يدخله ربا الفضل يجوز بيعه بنوعه بشرط التماثل والتناجز إلا الرطب باليابس، فلا يباع القمح اليابس بالبليلة، ولا الفول اليابس بالحرار، ولا النبيذ بالتمر أو الزبيب ولو متماثلاً، بخلاف الخل فيجوز بيعه بهما ولو متفاضلاً لبعد الخل عن التمر والزبيب، وأما الخل والنبيذ فيجوز بيع أحدهما بالآخر مع التماثل والتناجز لا مع التفاضل أو عدم التناجز، ولعل وجهه لقرب الخل من النبيذ، فلا يشكل عليه أن الشيء إذا انتقل عن أصله صار كالجنس الآخر، لأن هذا عند البعد كاللحم المطبوخ مع النيء ونحو ذلك. (والقطنية) بكسر القاف أو ضمها واحدة القطني كل ماله غلاف يخزن به كالفول والعدس والبسيلة والحمص والجلبان والترمس ومنها الكرسنة حب قريب من البسيلة فيه حمرة، وقال الباجي: هي البسيلة (وأصناف في البيوع) على الأصح في المذهب (و) إن (اختلف فيها قول مالك) فالمشهور من الخلاف ما صدر به من أنها أنواع يجوز التفاضل في النوعين منه بشرط المناجزة اقتصر عليه خليل (ولم يختلف قوله) أي الإمام فيها (في الزكاة) بل جزم (أنها صنف واحد) يضم بعضها لبعض في الزكاة حتى يكمل النصاب رفقا بالفقراء، وقال خليل: وتضم القطني كقمح وشعير وسلت، وعدم اختلاف قول الإمام بالنظر إلى ما في المدونة فلا ينافي ما قاله في الموازية من أنها أصناف، ومعلوم أن المدونة يقدم ما فيها على ما في الموازية.

وَلَحُومٌ دَوَابُّ الْمَاءِ كُلُّهَا صِنْفٌ وَمَا تَوَلَّدَ مِنْ لُحُومِ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْ شَحْمٍ فَهُوَ كُلُّحِيمِهِ

(تبيينان) الأول: سكت المصنف عن نحو الأرز والدخن والذرة هي أجناس من غير نزاع في البيوع والزكاة. الثاني: علم مما قدمنا أن محل منع التفاضل في الجنس الواحد المقتات المدخر مقيد بما إذا لم ينتقل عن أصله وإلا جاز، بشرط أن يكون بأمر قوي بحيث يبعده عن أصله، وذلك كقلي الحب أو طبخه أو جعله خبزاً لا بطحنه ولو عجن، ولا بصلقه إلا الترمس فإنه يصير جنساً آخر بصلقه ووضع في الماء حتى يصير حلواً، وأما صلق القمح أو الفول أو الحمص فإنه لا ينقله، فلذا لا يباع اليابس بالمصلوق منها، وما يقع في الأرياف من بيع الفول الحار باليابس فهو غير جائز. ولما فرغ من بيان الجنس والأجناس من الحبوب شرع يبين المتحد والمختلف من أنواع غير الحبوب بقوله: (ولحوم) مبتدأ (ذوات الأربع من الأنعام) كالبقر والضأن والإبل (و) من (الوحش) كالغزال ويقر الوحش وخبر لحوم (صنف) واحد وإن اختلفت مرقته، قال في المدونة: والمطبوخ كله صنف وإن اختلفت صفة طبخه كقلبه بعسل وأخرى بخل أو لبن، ولا فرق بين كون طبخها بأبزار أم لا، وما قيل من أن الطبخ بالأبزار ناقل عن اللحم الذي لم يطبخ، وفائدة الاتحاد في الصنفة وجوب المماثلة. وحرمة التفاضل في بيع بعضه ببعض ولو لحم جمل بلحم ضأن (و) كذلك (لحم الطير كلها) الإنسي والوحشي كالنعامة ولو طير ماء أو جراد بناء على أنه من الطعام الربوي (صنف) واحد خبر لحوم، فالرخمة مثل الحمامة، والحدأة مثل الدجاجة والغراب على مشهور المذهب ولو اختلفت المرقة، كما تقدم في ذوات الأربع. (تبيينه) هذا في ذوات الأربع المباحة والطيور المباحة، وأما غيرها فقال في المدونة: ولا بأس بلحم الأنعام بالخيل وسائر الدواب نقداً ومؤجلاً لأنه لا يؤكل لحمها، وأما بالهر والثعلب والضبع فمكروه بيع لحم الأنعام بها لاختلاف الصحابة في أكلها، ومالك يكره أكلها من غير تحريم انتهى، ولم يذكر أبو الحسن أن الكراهة على التحريم، وهو يفيد أن مكروه الأكل من ذوات الأربع ليس من جنس المباح منها، وإلا حرم بيع لحم المباح منها بالمكروه متفاضلاً، وحرم أيضاً بيع الحي بلحم منها لأنه يحرم بيع اللحم بالحيوان من جنسه، ولكن في الذخيرة ما يفيد أن الكراهة على التحريم وعليه فهما جنس واحد، فيحرم التفاضل بين لحم المكروه والمباح، كما يكره بيع الحي من المكروه بلحم الحيوان المباح أو المكروه، والظاهر كما في الأجهوري أنه يجري في مكروه الأكل من الطير ما جرى في مكروه الأكل من ذوات الأربع. (ولحوم) مبتدأ (دواب الماء) كضفدع وسمك وتمساح وأدمي الماء وكلب الماء وخنزيره الحي والميت منها (كلها) وخبر لحوم (صنف) واحد ولو اختلفت مرقته، ولا ينتقل الصبر بتخليجه عن أصله فالفسخ لا يخرج عن جنس الحلو، وفي الأجهوري: أن البطارخ في حكم المودع في السمك وليس من جنسه فيباع بالسمك ولو متفاضلاً، كما يباع الطير ولحمه ببيضه ولو متفاضلاً، ولو في قياس البطارخ على البيض

وَأَلْبَانُ ذَلِكَ الصَّنْفِ وَجِبْنُهُ وَسَمْنُهُ صِنْفٌ وَمَنْ أَتْبَاعَ طَعَاماً فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ

وقفه لوجود الفارق، وأيضاً البطارخ كالشحم والشحم كاللحم المشار إليه بقوله: (و) كل (ما تولد من لحوم الجنس الواحد) من ذوات الأربع أو الطيور أو دواب الماء (من شحم) أو كبد أو قلب أو طحال أو رأس (فهو كلحمه) بل العظم والمرق والجلد كذلك، قال خليل: والمرق والعظم والجلد كهو، لكن إن كان العظم متصلاً فالأمر واضح في حرمة التفاضل لأجل العظم لأنه كاللحم، وأما لو كان منفصلاً عن اللحم فإنما يكون كاللحم إذا كان يمكن أكله كالقرقوشة إلا إن لم يمكن أكله فإنه يصير أجنياً كنوى البلح.

(تنبيهان) الأول: فائدة كون المتولد من اللحم كاللحم حرمة التفاضل في الجنس الواحد كما مر في الحبوب ما لم ينتقل اللحم عن أصله، وإلا جاز التفاضل ونقل اللحم المطبوخ عن اللحم النيء أن يطبخ مع شيء من الأبرار ولو الخفيفة كالأرز أو البصل زيادة على الملح لأن الجمعية لا تشترط، ومثل طبخ اللحم بالأبرار شبيه أو تجفيفه بالشمس أو الهواء بالأبرار، وأما طبخه بغير أبرار فلا ينقله عن اللحم النيء لأنه صلقت وإن نقله عن الحيوان الحي. الثاني: لو طبخ لحم من جنسين في قدر أو قدر، فإن طبخاً بغير أبرار أو طبخ أحدهما بها والآخر بدونها فهما باقيان على اختلافهما فيباع أحدهما بالآخر ولو متفاضلاً، وأما لو طبخاً بأبرار ولو في قدرين فقيل هما باقيان على اختلافهما، وقيل صارا جنساً واحداً فيحرم التفاضل بينهما، وأما مع لحم آخر فإن كان نيئاً أو مطبوخاً بغير ناقل فيجوز التفاضل بينهما ولو كان من جنسهما لانتقالهما، وأما لو كان مطبوخاً بناقل لجرى فيه الخلاف. ثم شرع في الكلام على الألبان بقوله: (وألبان ذلك الصنف) المتقدم من ذوات الأربع الإنسي منه والوحشي كلها صنف واحد. (و) كذلك (جبنه وسمنه) كل واحد منها (صنف) فصنف مقدر في الألبان والجبن، ولا يتوهم عاقل فضلاً عن المصنف أن الثلاثة صنف واحد، ولذلك قال الجزولي تقدير كلامه: وألبان ذلك الصنف صنف وجبنه صنف وسمنه صنف، فكل واحد من الثلاثة يجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً لا متفاضلاً، فلا إشكال في كلام المصنف، والعلامة خليل كثيراً ما يسلك هذه العبارة فإنه قال: وتمر وزبيب ولحم طير وهو جنس المراد كل واحد من الثلاثة جنس، وكون ألبان ذوات الأربع صنفاً يوهم أن لبن آدمي صنف آخر وليس كذلك بل الجميع صنف واحد، قال خليل: ومطلق لبن، قال شراحه: ولو لبن آدمي الجميع صنف واحد، فكان الأحسن للمصنف أن لو قال: وجميع الألبان: صنف ليوافق كلام خليل، ويشمل المخيض منه والمضروب والحليب، فيباع الحليب بالمخيض مثلاً بمثل يداً بيد.

(تنبيهان) الأول: إذا عرفت ما قررنا به كلام المصنف من أن كل واحد من الأمور الثلاثة صنف يطرأ عليك إشكال وهو إيهام جواز بيع اللبن الحليب بالسمن أو الجبن، لأن كل واحد جنس مستقل وليس كذلك، بل الحكم المنع لما فيه من المزابنة، وأنواع اللبن

إِذَا كَانَ شِرَاؤُهُ ذَلِكَ عَلَى وَزْنٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ عَدَدٍ بِخِلَافِ الْجُزْأِ وَكَذَلِكَ كُلُّ طَعَامٍ أَوْ إِدَامٍ

من فروعها سبعة: حليب ومخيض ومضروب وجبن وزبد وسمن وأقط، والصور الحاصلة من بيع الأنواع ببعضها أو غيرها بعد إسقاط المكرر ثمان وعشرون صورة، فبيع كل واحد بنوعه متماثلاً يداً بيد جائز فهذه سبع صور، ويجوز بيع الحليب والزبد والسمن والجبن بواحد من المخيض والمضروب متماثلاً وهذه ثمان صور، ويجوز بيع المخيض بالمضروب متماثلاً فصارت الصور الجائزة ست عشرة، وبقي ثلاث مختلف فيها وهي بيع الأقط بالمخيض والمضروب وبيع الجبن بالأقط فتصير الصور الجائزة خلافاً وفاقاً تسع عشرة صورة، والصور الباقية ممنوعة وهي بيع الحليب بالزبد وبالسمن وبالجبن وبالأقط وبيع الزبد بما بعده وبيع السمن بما بعده وبيع الجبن بالأقط. الثاني: ما قدمناه من إيهام جواز بيع اللبن بالسمن أو الجبن لاختلاف الصنفية مبني على أن المراد بالصنف الجنس أو النوع، وأما لو أريد بالصنف حقيقته وهو ما كان أخص من الجنس والنوع فلا يأتي الإيهام المذكور، لأن اختلاف الصنف لا يقتضي جواز بيع صنف بآخر، وإنما يقتضي اختلاف الجنس ولذلك قال عليه الصلاة والسلام: «فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم» ولم يقل الأصناف، ومحصل الجواب لاختلاف المجوز ببيع الشيء بغيره متفاضلاً للاختلاف في الجنس أو النوع، أو أن المراد بالجواز الذي يوهمه كلام المصنف الجواز في الجملة، لأنه يجوز في بيع السمن بالجبن الذي أخرج زبدة، وليس المراد جواز كل الصور الواقع فيها الاختلاف فافهم. ثم شرع في بياعات نهى عنها الشارع بقوله: (ومن ابتاع طعاماً) أو أخذه عوضاً عن عمل ولو كرزق قاض أو بعض الجند أو أخذ صداقاً أو أرش جنابة (فلا يجوز) له (بيعه قبل أن يستوفيه) بكيله أو وزنه لقوله ﷺ: «من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله» وفي رواية: «حتى يستوفيه» وفي رواية: «حتى يقبضه». واختلف في وجه الحرمة فقليل تعبدي وقليل معلن بأن غرض الشارع سهولة الوصول إلى الطعام ليتوصل إليه القوي والضعيف ولو جاز قبل قبضه لربما أخفي بإمكان شرائه من مالكي وبيعه خفية فلم يتوصل إليه الفقير، ولأجل نفع نحو الكيال والحمال، ومفهوم ابتاع طعاماً إن غيره من حيوان أو عرض يجوز بيعه قبل قبضه، قال خليل: وجاز البيع قبل القبض إلا مطلق طعام المعاوضة ولو كرزق قاض.

(تنبيه) علم مما قررنا من دخول رزق القضاة في طعام المعاوضة لأنه في مقابلة عمل حكم ما يؤخذ من الشون لا في مقابلة عمل مما أصله صدقة لنحو الفقراء، واستمر جارياً إلى هذا الزمن ينتقل من قوم إلى آخرين أنه يجوز بيعه قبل قبضه، لأنه ليس من طعام المعاوضة بل هو صدقة، والطعام المتصدق به يجوز للمتصدق عليه بيعه قبل قبضه. ولما كان عدم جواز بيع طعام المعاوضة قبل قبضه مشروطاً بكونه أخذ بكيل قال: (إذا كان شراؤه ذلك) الطعام (على كيل أو وزن أو عدد) وهذا القيد من بيان المتفقين، لأن النهي

أَوْ شَرَابٍ إِلَّا الْمَاءَ وَخَدَهُ وَمَا يَكُونُ مِنَ الْأَدْوِيَةِ وَالزَّرَارِيحِ الَّتِي لَا يُعْتَصَرُ مِنْهَا زَيْتٌ فَلَا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِيمَا يَحْرُمُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ أَوْ التَّفَاضُلِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ وَلَا

إنما ورد عن بيع الطعام قبل قبضه، والقبض لا يلزم منه الكيل ولا الوزن ولا العدد. (بخلاف) المشتري لا على المكيل بل على وجه (الجزاف) فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، قال خليل: وجاز بالعقد جزاف لأنه يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد، وأما ما لا ينتقل من ضمان البائع إلا بقبضه فإنه كالمشتري على الكيل في حرمة بيعه قبل قبضه، كلبن شاة اشتري جزافاً، أو ثمرة غائبة اشترت على الصفة جزافاً، قاله ابن القاسم، وأشار إليه خليل بالعطف على قوله: أخذ بكيل بقوله: أو كلبن شاة، قال بعض شراحه: أي أو كان كلبن شاة، وكأن قال: أخذ بكيل حقيقة أو حكماً، كأن يسلم في لبن شاة أو شياه معينات بشروط للجواز وهي ثلاثة: كون المأخوذ منها معينة، وكثرة الشياه عند البائع بحيث إذا تعذر أخذ اللبن من هذه يؤخذ من غيرها، ومعرفة قدر حلابها، وأما لو اشترى لبناً كيبلاً في كل يوم كان يشتري منه كل يوم في إبان اللبن رطلاً أو أكثر من اللبن فذلك جائز، ولا يشترط كثرة الشياه عند البائع، فقول المصنف: بخلاف الجزاف مخرج مما قبله فهو مخالف له في الحكم، بشرط انتقال الضمان إلى المشتري لأنه بصدد بيان الجائز والممنوع، فقول التثائي نقلاً عن ابن عمر: أنه ليس مخالفاً لما قبله في الحكم فيه نظر، بل هو مخالف له على الوجه الذي ذكرنا، فتلخص أن الجزاف على قسمين: قسم كالمكيل يحرم بيعه قبل قبضه، وقسم يجوز بيعه قبل قبضه كالموهوب والمتصدق، بل هو ما يدخل في ضمان مشتريه بمجرد العقد، بخلاف الأول لا يدخل في ضمان مشتريه إلا بقبضه، ولما كان يتوهم حمل الطعام السابق على خصوص الربوي قال: (وكذلك كل طعام أو إدام أو شراب) يحرم بيعه قبل قبضه ولو مما يدخله ربا الفضل، وما أحسن قول خليل على طريق الاستثناء من قوله: وجاز البيع قبل القبض إلا مطلق طعام المعاوضة ربوياً كان أو غيره، كالفواكه ونحوها مما لا يدخله ربا الفضل بقريئة الاستثناء الذي هو معيار العموم بقوله: (إلا الماء وحده) فإنه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه ليس بطعام بدليل جواز بيعه بالطعام إلى أجل، كما لو مر ولو كان ماء زمزم وإن قال فيه ابن شعبان: إنه طعام فإنه مؤول.

(و) إلا (ما يكون من) أنواع (الأدوية) كالصبر والحلبة على القول بأنها دواء. (و) إلا (الزراريع) جمع زريعة (التي) شأنها أن (لا يعتصر منها زيت) بل تؤكل على حالها كحب الفجل الأبيض وحب السلق والجزر واللفت وحب البصل، وزاد بعض ما يعتصر منه زيت اللوقيد كبزر الكتان. (فلا يدخل ذلك) المذكور من الماء وما بعده (فيما يحرم من بيع الطعام بل قبضه و) لا يدخل فيما يحرم (التفاضل في الجنس الواحد منه) بل يجوز بيعها قبل قبضها، ويجوز التفاضل في الجنس الواحد منها لأن هذه المذكورات ليست من مطلق الطعام، وقولنا شأنها أن لا يعتصر منها زيت للاحتراز عن نحو الزيتون وحب السمسم

بَأْسَ بَيْعِ الطَّعَامِ الْقَرْضِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ وَلَا بِأَسِّ الشَّرِكَةِ وَالتَّوَلِيَةِ وَالْإِقَالَةِ فِي الطَّعَامِ

المعروف بالجلجلان والقرطم ومصالحات الطعام كالحبة السوداء فإنها من الطعام حكماً، قال خليل: ومصلحه كملح وبصل وتوم وتابل كفلل وكزبرة وأيسون وشمار وكمونين، قال شراحه: أي أن مصلح الطعام كالطعام، والحاصل أن الزرايع أربعة أقسام: ما لا يعتمر منه زيت ويؤكل حياً، وما يعصر منه شيء لغير الأكل، وهذان القسمان يجوز بيعهما قبل قبضهما وهما كلام المصنف، وقسمان لا يجوز بيعهما قبل قبضهما وهما: ما يعصر منه شيء يؤكل كالجلجلان ونحوه، وما لا يعصر منه ويؤكل على حاله كالحبة السوداء أو الشمر والكمون وغير ذلك مما هو مصلح للطعام.

ثم بين مفهوم ابتاع الذي هو طعام المعاوضة بقوله: (ولا بأس ببيع طعام القرض قبل أن يستوفي) بالبناء للمفعول والنائب ضمير الطعام والمعنى: أنه يجوز لمن اقترض طعاماً من شخص لم يشتره أو اشتراه وقبضه أن يبيعه قبل قبضه من مقرضه، ومثله المملوك من نحو صدقة ولو اقترضه على الكيل، وكما يجوز للمقترض بيعه قبل قبضه يجوز له دفعه وفاء عن قرض في ذمته، وقيدنا بكون القرض من غير مشتر لم يقبضه للاحتراز عن اشتري طعاماً ولم يقبضه ثم أقرضه لغيره فإنه لا يجوز لذلك المقترض بيعه قبضه، ويجري هذا القيد في الطعام المتصدق به والموهوب، فشرط جواز بيعه قبل قبضه أن لا يكون من مشتر لم يقبضه لما يلزم عليه من توالي عقدتي بيع لم يتخللها قبض (تنبيه) إذا قلنا: يجوز بيع طعام القرض قبل قبضه فيجوز للمقترض أن يبيعه من المقرض ومن غيره، لكن إن باعه للمقرض يجوز بكل شيء إذا حصل نقد الثمن، وأما لو باعه إلى أجل فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين، فإن باعه المقترض لأجنبي فيجوز بكل شيء أيضاً إذا كان نقداً، وأما لأجل فلا يجوز لأن فيه بيع الدين بالدين هكذا قال الشاذلي، وحاصل كلام الشاذلي أنه يجوز بيعه من غير أجل سواء باعه بعرض أو غيره، ويمتنع إلى أجل سواء باعه لقرضه أو غيره، وفي الأجهوري في شرح خليل ما يخالف ذلك فإنه قال: كلام المصنف شامل لما إذا باعه لأجنبي أو لمقرضه وهذا ظاهر إذا باعه لهما بغير طعام مطلقاً، وإلا امتنع لما فيه من بيع طعام بطعام لأجل، وإذا باعه لمقرضه فلا بد من قيد آخر وهو أن يكون أجل القرض إلى أجل السلم أو أكثر، فلا يجوز شراؤه بطعام مطلقاً أي ولو لأجل السلم لربا النساء، ولا بيعه لمقرضه بنقد أو عرض حيث كان أجل القرض أقل من أجل السلم لأن القرض يعد لغواً، قال الأمر إلى أن المقرض دفع نقداً أو عرضاً في طعام مثل القرض قدرأ وصفة يأخذه بعد أجل القرض وهذا سلم، فيشترط في أجل القرض أن يكون قدر أجل السلم أو أكثر هذا كلامه، وتلخص من كلام الشيخين أنه يجوز بيع طعام القرض قبل قبضه على الحلول مطلقاً أي للمقترض أو غيره ولو بطعام، ولا يجوز إلى أجل على كلام الشاذلي مطلقاً، وأما على كلام الأجهوري فلا يمتنع إلا بالطعام مطلقاً أو بغيره، حيث كان البيع لمقرضه وكان

المَكِيلِ قَبْلَ قَبْضِهِ وَكُلُّ عَقْدٍ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ بِخَطَرٍ أَوْ غَرَرٍ فِي ثَمَنِ أَوْ مَثْمُونٍ أَوْ

الأجل أقل من أجل السلم، إلا إن كان لأجنبي مطلقاً أو للمقرض إلى قدر أو أكثر من أجل السلم فيجوز، وانظر الراجح من الكلامين.

ولما وقع في حديث النهي الآتي عن بيع الطعام قبل قبضه استثناء التولية والشركة والإقالة أشار إليها بقوله: (ولا بأس بالشركة) في طعام المعاوضة قبل قبضه، وحقيقة الشركة هنا جعل مشتر قدرأ لغير بائعه باختياره مما اشتراه لنفسه بما نابه من ثمنه. (و) كذلك التولية لا بأس بها في طعام المعاوضة قبل قبضه، وحقيقتها أن يجعل الطعام الذي اشتراه لغير بائعه بثمنه وهي في الطعام غير جزاف قبل كيله رخصة، فمن اشترى حصة من الطعام على الكيل يجوز له أن يدفعها لغيره بثمنها. (و) كذلك (الإقالة) لا بأس بها كالشركة والتولية (في) جميع (الطعام المكيل قبل قبضه) وإنما جازت تلك المذكورات في طعام المعاوضة قبل قبضه لشبهها بالقرض في المعروف لخبر أبي داود وغيره عنه عليه الصلاة والسلام: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة وتولية وإقالة» وهي ترك المبيع لبائعه بثمنه، لكن شرط أهل المذهب لجواز الإقالة من طعام المعاوضة قبل قبضه أن تقع من جميعه، وأما لو وقعت الإقالة من بعضه فلا تجوز إلا إذا كان رأس المال عرضاً يعرف بعينه مطلقاً أو كان عينياً، أو طعاماً لم يقبض أو قبض ولم يغب عليه أو غاب غيبة لم يمكن الانتفاع به فيها، وأما لو غاب به غيبة يمكن الانتفاع به فيها لم تجز من البعض والطعام وغيره في ذلك سواء، ومفهوم المكيل وقبل قبضه جواز الإقالة من الجميع المشتري جزافاً أو مكيلاً بعد قبضه بالأولى، وشرطوا لجواز التولية والشركة أن يستوي عقداهما فيهما حلولاً وتأجيلاً وفي رأس المال، وأن لا يشترط الشرك بكسر الراء على الشرك بفتحها أن ينقد عنه، قال خليل بعد قوله وإقالة من الجميع وتولية وشركة: إن لم يكن على أن ينقد عنك واستوى عقداهما فيها وإلا فبيع كغيره فلا يجوز شيء منهما إلا بعد القبض، وبقي شرط ثالث في التولية والشركة وهو أن يكون رأس المال عيناً، وأما لو كان غيرها فلا يجوز شيء منهما قبل قبض الطعام، خلافاً لأشهب في القرض المثلى، راجع شرح خليل.

(تنبيهان) الأول: علم مما قررنا ومن كلام خليل أن لا بأس في كلامه بمعنى الإباحة، سواء كان الطالب لما ذكر الآخذ أو المأخوذ منه: الثاني: إذا قال الطالب للشركة للمشارك له: أشركني فإن سمي له جزءاً معلوماً فلا إشكال، وأما لو أطلق له فإنه يستحق معه النصف، وأما لو كان المسؤول اثنين فإن سألتهما مجتمعين أو منفردين وكان السؤال بلفظ أشركاني واستوت انصباؤهما فله الثلث، وأما لو اختلفت أو قال لكل واحد منفرد عن غيره: أشركني فله نصف حصة كل واحد. ثم شرع في الكلام عن العقود الفاسدة بقوله: (وكل عقد بيع) وهو ما تملك به الذات وقد مر حده (و) عقد (إجارة) وهو العقد على منفعة العاقل غالباً (أو)

أَجَلٍ فَلَا يَجُوزُ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَرْرِ وَلَا بَيْعُ شَيْءٍ مَجْهُولٍ وَلَا إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ وَلَا يَجُوزُ فِي الْبُيُوعِ التَّدْلِيْسُ وَلَا الْغِشُّ وَلَا الْخِلَابَةُ وَلَا الْخَدِيْعَةُ وَلَا كَيْتْمَانُ الْعُيُوبِ وَلَا خَلْطُ

عقد (كراء) وهو ما تملك به منفعة الدواب والدور وقد وقع ملتبساً (بخطر أو غرر) تفسير للخطر وحقيقة الغرر كما قال ابن عرفة: ماشك في حصول عوضيه أو المقصود منه غالباً، والغرر حرام سواء كان (في ثمن) وهو ما يدفعه المشتري (أو) في (مثمون) وهو ما يدفعه البائع، والمراد أحد العوضين أو هما كان العقد بيعاً أو غيره. (و) كان الخطر في (أجل فلا يجوز) والأصل فيما لا يجوز الفساد، لأن شرط صحة عقد البيع أو غيره العلم بالمعقود عليه عوضاً وم عوضاً، والأصل المعقود عليه له حصة من العوض، فلا بد من علم ابتدائه وانتهائه بقوله: فلا يجوز خبر كل الواقع مبتدأ، وقرن بالفاء لما في كل من العموم فاكتمى شياً كما شرط مثال الغرر في الثمن أن يشتري سلعة معينة بعبد آبق أو بما في يده أو صندوقه والمبائع لا يعلم ذلك، ومثال الغرر في المثمون أن يكون المبيع عبداً آبقاً أو دابة في السباق ولو مباحة الأكل أو مشرفة وهي محرمة الأكل، ومثال الغرر في الأجل في البيع أن يشتري سلعة بشمن إلى اليسار أو حتى يقدم زيد، ثم أكد ما سبق بقوله: (ولا يجوز بيع الغرر) قال خليل: كييعها بقيمتها أو على حكمه أو حكم غير أو رضاه. (ولا يبيع شيء مجهول) كييعه ما في صندوقه أو ما في يده أو غيره مما لا يعلمه المشتري أو البائع. (ولا) البيع (إلى أجل مجهول) كأبيعتك هذه السلعة والثمن من أولادها أو حتى يحصل اليسار.

(تنبيهات) الأول: لم يبين المصنف الحكم إذا وقع العقد ملتبساً بغرر وحكمه الفسخ قبل الفوات، فإن حصل الفوات بتغير الذات في البيع أو استوفيت المنافع في الإجارة والكراء فالواجب في البيع غرم قيمة السلعة حيث اتفق على الفساد أو الثمن عند اختلافه، والواجب في المنافع أجرة أو كراء المثل. الثاني: يستثنى من الغرر ما قل، قال خليل: واغترغر غرر يسير للحاجة لم يقصد كأساس الدار المبيعة وكالجنة المحشوة، وأما السمك في الماء أو الطير في الهواء فممتنع إجماعاً وأما بيع السلعة بقيمتها أو بما يحكم به فلان ففيه خلاف، والراجح فيه عدم الجواز، وقيد خليل الغرر اليسير بعدم قصده للاحتراز عن اليسير الذي يقصد لشراء الحيوان بشرط حملة، حيث كان حملة يزيد في ثمنه وذلك في الحيوان البهيمة فإنه غير جائز. الثالث: إنما أشار المصنف إلى هذه الكلية لينبه على أن شرط البيع علم المعقود عليه لكل من المتعاقدين، وإلا وقع فاسداً حيث وقع العقد على اللزوم، وأما لو وقع على خيار المشتري عند رؤيته للمعقود عليه فإنه يجوز، ولو لم يذكر البائع ولا غيره نوع المعقود عليه، كما نبه عليه خليل بقوله: وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية. (و) كذا (لا يجوز في البيوع التدليس) وهو كتمان عيب السلعة عن المشتري وقت العقد مع ذكره. (ولا) يجوز فيها (الغش) وهو أن يحدث في السلعة ما يوهم زيادتها أو جودتها، كخلط اللبن بالماء، وكسقي الفواكه الدواني ج ٢ - ٩٠

دَنِيءٌ بِجَيِّدٍ وَلَا أَنْ يَكْتُمَ مِنْ أَمْرِ سَلَعَتِهِ مَا إِذَا ذَكَرَهُ كَرِهَهُ الْمُبْتَاعُ أَوْ كَانَ ذِكْرُهُ أَبْخَسَ لَهُ فِي الثَّمَنِ وَمَنْ ابْتَاعَ عَبْدًا فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَلَهُ أَنْ يَخْبِسَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ أَوْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ إِلَّا

الحيوان عند بيعه ليوهم أنه سمين، وكتطيرير الكتاب ليوهم أنه مقابل أو مقروء. (ولا) يجوز في البيوع أيضاً (الخلافة) بكسر الخاء المعجمة واللام المفتوحة المخففة وهي الكذب في ثمنها إما بلفظ أو كناية. (ولا الخديعة) بأن يفعل صاحب السلعة مع مرید الشراء ما يوجب الاستحياء منه، كان يجلسه عنده ويحضر له شيئاً من المأكول أو المشروب أو غير ذلك. (ولا كتمان العيوب) لأنه تدليس وهو حرام. (ولا) يجوز لمريد البيع أيضاً (خلط دنيء) من طعام أو شراب أو عروض بجيد فإن هذا من الغش، ولذلك كان الأنسب لمقام الاختصار حذف قوله: ولا كتمان العيوب لأنه عين التدليس الذي قدمه وما بعده لأنه مكرره مع ما قبله، إلا أن يقال إنه أراد بقوله: ولا كتمان العيوب تفسير التدليس، ويقوله: ولا خلط دنيء بجيد تفسير الغش، ولعل هذا هو المتعين والله أعلم.

(تنبيه) لم يعلم من كلام المصنف حكم البيع الواقع فيه ما ذكر ومحصله: أن المشتري يلزمه الأقل من الثمن والقيمة عند فوات السلعة في الغش والخلافة والخديعة، سواء كان البيع مرابحة أو غيرها، وأما في التدليس بالعيوب فيرجع المشتري بأرش العيب، قال خليل: والمخرج عن المقصود مفيت فالأرش، وأما عند قيام السلعة فالخيار للمشتري بين التماسك بالسلعة بجميع الثمن، ولا شيء في نظير العيب، لأن خبرته تنفي ضرره مع قيامها بحالها من غير حدوث شيء فيها عند المشتري، كما يأتي ذلك في كلام المصنف والرد. (فرعان) لو باع شخص حجراً ثم تبين أنه جوهراً أو ذهباً، فإن اشتراه مع النداء عليه باسمه العام فلا يرد، ومن باب أولى إذا لم يسم بل وقع البيع على رؤية ذاته، وأما إن باعه باسم غيره كأبيعك هذه الزجاجة فيجدها المشتري ياقوته لم يلزم البائع اتفاقاً، قال خليل: ولم أره يغلط أن سمى باسمه ولا يعين ولو خالف العادة حيث كان البائع مالكاً رشيداً لا أن كان وكيلاً أو وصياً. الفرع الثاني: فلو اشترى شخص سمكة فوجد في بطنها سمكة أخرى فإنهما يكونان للمشتري حيث اشتراهما بالوزن وإلا كانت الثانية للبائع، وأما لو وجد في بطنها جوهرة أو نحوها ففيل للمشتري وقيل للبائع، ومحل الخلاف لم يكن عليها علامة الملك وإلا كانت لقطعة، وأما الخرزة البدنية فهي للمشتري اتفاقاً. ثم شرع في بيان ما هو أخص مما يجب بيانه على البائع بقوله: (ولا) يجوز لمريد البيع مرابحة أو مساومة (أن يكتُم من أمر سلعته ما) أي الأمر الذي (إذا ذكره) البائع (كرهه المبتاع أو كان ذكره أبخس له) أي للمبيع (في الثمن) لاقتضائه نقصه، قال خليل: ووجب تبين ما يكره كثوب الأجدم أو الأجرى أو الميت والمشتري بدوي، ومفهومه أن ما لا يكرهه المبتاع لا يجب بيانه وإن كرهه غيره، فلو وقع وكتُم البائع شيئاً مما يجب عليه بيانه فالحكم أن الخيار للمشتري مع قيام السلعة، ومع الفوات يلزمه الأقل من الثمن والقيمة بناء على أن الكتمان لما يجب بيانه

من الغش، قال ابن ناجي: وأخذ من كلام المصنف وغيره أيضاً حرمة الشراء بدراهم الكيمياء، لأن من علم بها يكرهها ولو أخبر بعدم تغيرها، ولا يمكنه أن يتصرف فيها مع خوفه على نفسه عند البيان، ونص ابن عبد السلام على تجريح المشتغل بمطلق علم الكيمياء، وأفتى أبو الحسن المنتصر بمنع إمامة المشتغل بها، والدليل على ما ذكر ما ذكره مسلم وغيره من: «أنه ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بلة فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابه الماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غشنا فليس منا» أي ليس على سنتنا، لأن المسلم لا يكفر بفعل المحرم إلا إذا استحله، ويجب على الإمام أن يعزر من فعلها، كما يجب عليه تعزيره لكل معصية.

ثم شرع يتكلم على حكم من اشترى سلعة ودلس عليه بائعها بعيها بقوله: (ومن ابتاع) أي اشترى (عبداً) أو غيره وقبضه (فوجد به عيباً قديماً) لم يطلع عليه المشتري حين العقد، ومثل القديم الحادث في زمن خيار التروي والعادة السلامة منه كالإباق والجذام، قال خليل: ورد بما العادة السلامة منه. (فله أن يحبسه ولا شيء له) على البائع في نظير العيب (أو يرده ويأخذ ثمنه) إلا أن يطلع على العيب ويسكت، أو يأتي بما يدل على رضاه به كركوب الدابة واستخدام العبد فليس له رده، والدليل على ما قاله المصنف قوله ﷺ: «لا تصروا الغنم». وفي رواية الإبل. ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيتها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر» والتصرية ترك الحلاب حتى يعظم الضرر ويتوهم المشتري كثرة اللبن، وهذا إشارة إلى خيار النقيصة، وعرفه ابن عرفة بقوله: لقب لتمكين المبتاع من رد مبيعه على بائعه لتقصه عن حالة بيع عليها غير قلة كمية قبل ضمانه مبياعه، فقوله: لتقصه أخرج به ما إذا أقاله البائع من المبيع فإن له رده على بائعه، وقوله: غير قلة كمية صفة لحالة أخرج به صورة استحقاق الجمل من يد المشتري، وقوله: قبل ضمانه متعلق بالنقص وضمان فاعل بالمصدر وهو لفظ ضمانه، ولم يقل قبل بيعه ليدخل في ذلك العيب الذي يحدث في السلعة بعد البيع، وفي مدة ضمان البائع كالحادث في المبيع الغائب قبل قبضه، وفي الأمة زمن مواضعها، فإن حكم هذا حكم الموجود قبل العقد في ثبوت الرد به للمشتري، قال العلامة خليل: ورد بعدم مشروط فيه غرض كتيب ليمين فيجدها بكراً، وسواء كان الشرط صريحاً أو بمناداة، وبما العادة السلامة منه كعور وقطع ولو أنملة، وخصاء واستحاضة ورفع حيضة استبراء وعسرو وزنى وشرب ويخر وزعر، وزيادة سن وظفر وعجر وبجر والدين أو والد لا أخ ولا جد، وجذام أب أو جنونه بطبع لابس جن، وكرهص وعثر وحرن وعدم حمل معتاد، وكالدين وتقويس الذراعين، وقلة الأكل في الحيوان البهيمي، أو العاقل إذا كان ينقص عمله بسبب قل أكله، وأما كثرة الأكل فليست عيباً في الحيوان البهيمي، وأما في العبد والأمة فيظهر أنها عيب حيث خرجت عن المعتاد، كما يؤخذ من تخيير من استأجر رجلاً بأكله فيوجد أكولاً.

أَنْ يَدْخُلَهُ عِنْدَهُ عَيْبٌ مُفْسِدٌ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِقِيَمَةِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يَزِدَّهُ وَيَرُدُّ مَا نَقَصَهُ الْعَيْبُ عِنْدَهُ وَإِنْ رَدَّ عَبْدًا بَعِيْبٍ وَقَدْ اسْتَعْلَهُ فَلَهُ غَلَّتُهُ وَالْبَيْعُ عَلَى الْخِيَارِ جَائِزٌ إِذَا

(تنبيهان) الأول: الرد بالعيب ثابت في القليل كالكثير إلا في الدور وغيرها من العقارات فلا رد فيها بالقليل ولا المتوسط، وإنما يجب للمشتري الرجوع بأرض المتوسط، وأما الكثير كالكاثن بوجهتها مما ينقص ثمنها فإن للمشتري الرد به أو التماسك ولا شيء له، فعيوبها ثلاثة: كثير فيه الرد ولا أرش له إن تماسك، والمتوسط له الأرش ولا رد له، والقليل جداً لا رد ولا أرش، هكذا قال ابن أبي زيد في غير هذا الكتاب، وفرق أهل المذهب بين الدور وغيرها بأن غيرها قد يراه منه التجارة. الثاني: محل الرد بالعيب المذكور أن يكون من العيوب التي يمكن الإطلاع عليها من غير تغيير ذات المبيع كالعيوب التي ذكرناها في كلام خليل، وأما ما يمكن الإطلاع عليه إلا بتغيير ذات المبيع كسوس الخشب والجوز، ومرارة نحو القثاء، وعدم حلاوة نحو البطيخ، فلا رد للمشتري به إلا لشرط أو عادة على ما استظهره خليل في توضيحه، ومحله أيضاً أن لا يتغير عند المشتري لقول خليل: ورد إن لم يتغير، وأما لو تغير عنده قبل اطلاعه على العيب فتغيره على ثلاثة أقسام: متوسط ومخرج عن المقصود كهرم الدابة وقطع الشقة قطعاً غير معتاد، وقليل جداً، وأشار إلى المتوسط بقوله: (إلا أن يدخله) أي المبيع (عنده عيب مفسد) أي ينقص ثمنه ولم يخرج عن المقصود منه وهو المتوسط، كعجف الدابة أو سمنها سمناً بيناً خارجاً عن العادة بحيث لا تلحق غيرها، أو عمى أو شلل أو تزويج الأمة. (فله) أي المشتري الخيار في (أن يرجع بقيمة العيب القديم من الثمن) ولا يرد المبيع (أو يردّه) أي المبيع على بائنه (ويرد ما نقصه العيب) الحادث (عنده) وهذا التخيير ثابت للمشتري، سواء كان البائع مدلساً أو غير مدلس، قال خليل بعد قوله: ورد إن لم يتغير وتغير المبيع إن توسط فله أخذ القديم ورده ودفع الحادث وقوماً بتقويم المبيع يوم ضمان المشتري، فيقوم سالماً من العيبين بعشرة مثلاً، وبالقديم بثمانية، وبالحادث بستة، فإن رد دفع للبائع اثنين، وإن تماسك أخذ اثنين، وإن زاد الثمن أو نقص فبنسبة ذلك منه، والحاصل إن أرش العيب القديم ينسب إلى ثمنه سليماً من العيبين، وأرش الحادث ينسب إلى ثمنه معيماً بالقديم، ومحل هذا التخيير ما لم يقبله البائع بالحادث، وإلا نزل الحادث عند المشتري بمنزلة العدم، فيخير المبتاع بين أن يتماسك ولا شيء له في القديم، أو يرد ولا شيء عليه في الحادث، قال خليل: إلا أن يقبله بالحادث أو يقل فكالعدم، وفسرنا المفسد بالنقص للثمن لأن المخرج عن المقصود من المبيع مفوت للرد وموجب للمشتري الرجوع بأرش القديم، قال خليل: والمخرج عن المقصود مفيت فالأرش فيقوم سليم من كل عيب لأنه اشتراه على وجه أنه سالم، فإذا قيل: قيمته عشرة، يقال: وما قيمته معيماً بالقديم، فإذا قيل: ثمانية فإنه يرجع من الثمن بنسبة ما نقصته الثمانية عن العشرة وهو الخمس، فإذا كان الثمن خمسة عشر رجع بثلاثة، وإذا كان الثمن مائة رجع بعشرين وهكذا، وأما القليل جداً فكالعدم كوعك ورمد وصدّاق وذهاب ظفر.

(تنبيه) كلام المصنف في العيب الذي ثبت أنه قديم، وأما لو حصل التنازع في عدم عيب أو حدوثة أو تنازعا في وجود عيب مثله يخفى وعدم وجوده، فالحكم في هذا الثاني قبول قول البائع لأن الأصل السلامة ولا يمين عليه، وأما في الأول فالقول للبائع إلا بشهادة عادة للمشتري، ومعنى شهادة العادة أن تقول أهل المعرفة أنه حادث معتمدة في شهادتها على العادة، وكل من قطعت أهل المعرفة بكلامه فالقول قوله من غير يمين، وكل من رجحت قوله فالقول قوله بيمين، وعند الإشكال عليها القول للبائع، وإلى هذا كله الإشارة بقول خليل: والقول للبائع في العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة للمشتري وحلف من لم تقطع بصدقة وبيمينه بعته وما هو به وتكون بنافي الظاهر وعلى نفي العلم في الخفي، وما كان الرد بالعيب قد يكون بعد اغتلال المشتري.

نبه المصنف على من يستحق العلة بقوله: (وإن رد المبتاع عبداً) مثلاً (بعيب قديم) والحال إنه كان (قد استغله) قبل اطلاعه على العيب ورضاه أو في زمن الخصام (فله غلته) إلى حين فسخ البيع برد المبيع، قال خليل: والغلة له للفسخ، والمراد الغلة التي لا يكون استيفائها دالاً على الرضا بالسلعة المعيبة وهي التي تنشأ عن غير تحريك كلبن وصوف، أو عن تحريك واستوفائها قبل الاطلاع على العيب أو بعده حيث لا يكون استيفائها منقوصاً كسكنى الدار في زمن الخصام، وما عدا ذلك فالغلة له من غير غاية لدالتها على الرضا فلا فسخ له بعد استيفائها كركوب الدابة واستخدام الرقيق المنقصبين له، وإنما كانت الغلة للمشتري حتى يرد السلعة لأن ضمانها قبل الرد منه، ومثل الرد بالعيب بالفساد وبالاستحقاق وأخذها بالشفعة أو بالفلس، وهذا في الغلة غير الثمرة التي لم تكن مؤبرة يوم الشراء، وكذا فيها إن فارقت الأصول قبل ردها، وأما لو كانت باقية على أصولها فيفصل فيها بين الرد بالعيب أو الفساد فاز بها المشتري إن كانت أزهرت، وأما في الشفعة والاستحقاق فيفوز بها إن بيعت، وأما لو ردت بتفليس فتزد ولا يفوز بها المشتري إلا بجدها، وإنما قيدنا بالتي لم تكن مؤبرة يوم الشراء لأن المؤبرة يوم الشراء كالولد والصوف التام ليست بغلة، والأصل في ذلك ما في حديث الترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «الخراج بالضمان» قال عليه الصلاة والسلام فيمن ابتاع غلاماً وأقام عنده مدة ثم أراد أن يرده وجاء به إلى الرسول ليرده على صاحبه فقال صاحبه: يا رسول الله قد استغل غلامي، فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» ونص خليل على ما تخرج به السلعة من ضمان المشتري وتدخل في ضمان البائع بقوله: ودخلت في ضمان البائع إن رضي بالقبض ولو لم يقبضها بالفعل ولا مضى زمن يمكن قبضها فيه أو ثبت موجب الرد عند الحاكم وإن لم يحكم بالرد، وهذا إذا كان البائع حاضراً، وأما لو كان غائباً فلا تنتقل إلى ضمانه إلا بالحكم عليه بالرد ولما فرغ من الكلام على الرد بالعيب القديم ويسمى خيار النقيضة، شرع في خيار التروي وهو كما قال ابن عرفة: بيع وقف بته

ضَرَبْنَا لِذَلِكَ أَجْلاً قَرِيباً إِلَى مَا تُخْتَبَرُ فِيهِ تِلْكَ السَّلْعَةُ أَوْ مَا تَكُونُ فِيهِ الْمَشُورَةُ وَلَا يَجُوزُ

أولاً على إمضاء يتوقع فيخرج البيع اللازم ابتداء ولكن يؤول إلى خيار بعد الاطلاع على العيب فهذا لم يتوقف به أولاً ويسمى خيار النقيصة، وقد بينا حقيقته عن ابن عرفة فيما سبق بقوله: (والبيع المدخول فيه (على الخيار) للبائع أو المشتري أو أجنبي (جائز) ليتروى في أخذ السلعة أو ردها، والدليل على جوازه ما في الموطأ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار» والإجماع على جوازه، والحديث حجة على من شذ بمنعه، وخيار التروي عندنا إنما يكون بالشرط كما قال خليل: إنما الخيار بشرط أو عادة، لأنها عند مالك كالشرط لا بالمجلس فإنه غير معمول به عندنا، وعند أبي حنيفة وهو قول الفقهاء السبعة، وقيل: إلا ابن المسيب، وقال الشافعي وأحمد بن حنبل وابن حبيب من أصحابنا: بأن التروي يكون بالمجلس، وسبب الخلاف فهم قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» فحمله الجمهور على ظاهره من التفرق بالأبدان من المجلس، وحمله مالك على التفرق بالقول ويشهد لما قاله إمامنا رضي الله عنه ما في آخر الحديث في قوله: «إلا بيع الخيار» فإن المتبادر منه أن معناه إلا بيعاً شرط فيه الخيار، فلا ينقضي الخيار بالمفارقة بل يبقى بيد من جعل له إلى تمام المدة المشترطة ولو تفرقا، وقال مالك في الموطأ بعد ذكره حديث: «المتعاقدان بالخيار ما لم يتفرقا» والعمل عندنا على خلافه، وإنما قدم مالك العمل على الحديث الصحيح لأنه خبر آحاد، وعمل أهل المدينة كالخبر المتواتر، وأشار إلى شرط الجواز بقوله: (إذا ضربنا لذلك أجلاً) والمعنى: أن الخيار لأحد المتبايعين لا يثبت إلا بالشرط أو العادة، وأن يكون ذلك الأجل معلوماً لهما ونهايته. (إلى ما تختبر فيه تلك السلعة) وأشار بقوله: إلى ما تختبر فيه تلك السلعة إلى اختلاف مدته باختلاف السلع، ولذلك قال خليل بعد قوله: إنما الخيار بشرط كشهري في دار ولا يسكن وكجمعة في رقيق واستخدمه، وكثلاثة في دابة وكيوم لركوبها في البلد ولركوبها في خارجها يكفي البريد ونحوه، وكثلاثة في ثوب أو سفينة أو كتاب أو غيرهما مما ليس بحيوان ولا عقار ولا رقيق، وأما نحو الدجاج والطيور وبقية الحيوانات التي لا عمل لها فالظاهر أن مدة الخيار فيها ليست كذلك لإسراع التغير لها، فتكون مدة الخيار فيها ما لا تتغير فيه، ويقاس عليها سائر الفواكه والأطعمة التي تفسد بالتأخير، ففي المدونة: من اشترى شيئاً من رطب الفواكه والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يشاورون غيرهم في هذه الأشياء ويحتاجون إلى رأيهم فلهم من الخيار بقدر الحاجة مما لا يقع فيه تغير ولا فساد.

ثم عطف على قوله إلى ما تختبر فيه السلعة قوله: (أو) إلى (ما تكون فيه المشورة) للغير حيث لا تزيد مدة المشورة على مدة الخيار المعلومة لتلك السلعة، وأفاد المصنف بهذا جواز إمضاء البيع على مشورة الغير، ولا شك أن المشورة خلاف اختبار المشتري للسلعة، لأن اختبارها امتحانها من جهة قلة أكلها أو عملها أو غير ذلك، وأما المشورة

فتكون في الغالب لأجل الإقدام على الشراء أو عدمه، كبت البيع أو رد السلعة، واستفد مما قررنا أن زمن المشورة لو كان يتأخر عن مدة الخيار لأفسد البيع، قال خليل: وفسد بشرط مشاوره بعيد أو مدة زائدة أو مجهولة أو غيبة على ما لا يعرف بعينه، ويفهم من قول خليل: وفسد بشرط الخ أن البيع لو وقع على الخيار ولم يعيننا أجلاً لم يفسد المبيع وهو كذلك ويصار إلى أجل تلك السلعة، وصرح بذلك الشاذلي أيضاً وهو ظاهر حيث كانت مدة الخيار لتلك السلعة معلومة بين المتبايعين، ولا مفهوم لقول الشاذلي: وقع على الخيار بل لو سكتنا عنه وقت العقد، وكان العرف جارياً به كما عندنا في بلاد الأرياف في بيع الدواب، والعرف عند مالك كالشرط.

(تنبيهات) الأول: علم من كلام المصنف كخليل أن خيار التروي لا يكون إلا بالشرط أو العادة وأنه لا يكون بالمجلس، ولم يبيننا حكم ما لو شرطاه، وفي الأجهوري: أن اشتراط خيار المجلس في العقد يفسده، ولي بحث فيه مع قولهم بصحة البيع المدخول فيه على مشورة شخص قريب كما في كلام المصنف، ولا يفسد العقد بمجرد جهل زمن الخيار كما يفهم من مفهوم قول خليل: وفسد بشرط مشاوره بعيد أو مدة زائدة، والذي يظهر لي عدم فساد العقد باشتراط الخيار لأحدهما ما دام في المجلس لقصر زمان المجلس عرفاً عن مدة الخيار، ولا ينافيه ما عليه مالك، لأن غاية ما حصل منه نفي ثبوت خيار المجلس لأحد المتبايعين بمقتضى المجلس، وهو لا ينافي أنهما لو شرطاه لأحدهما مدة المجلس لعمل به وحرر الحكم في ذلك، ولا يقال: مدة الخيار محدودة بأكثر من مدة المجلس، لأننا نقول: المدة المذكورة في كلامهم حد لأكثره، ولذلك يفسد العقد باشتراط أكثر منها، فلا ينافي جواز اشتراط أقل منها، ألا ترى أنهما لو شرطاه نفي الخيار جملة لكان لهما ذلك؟

الثاني: لم يذكر المصنف ما يقطع الخيار ويعد بعد المختار راضياً، وبينه ابن عرفة بقوله: وقاطعه قول وفعل المازري وترك هو عدمهما، فالقول نحو رضيت، والفعل ما أشار إليه خليل بقوله: ورضي مشتر كاتب أو زوج ولو عبداً أو قصداً تلذذاً أو رهن أو أجر أو أسلم للصنعة أو تسوق أو جنى أو تعمد أو نظر الفرج أو عرب دابة أو ودكها، والترك كالقضاء مدة الخيار، والسلعة تحت يد من له الخيار، ولا بد من انقضاء نحو اليومين بعدها، لأنه لو أراد الرد بعد مدة الخيار لكان له الرد في الغد والغداين، قال خليل: ويلزم بانقضائه ورد في الغد.

الثالث: لم يبين المصنف ولا خليل الذي تكون عنده السلعة زمن الخيار، ومحصله أنه إن كان الخيار لاختبار الثمن أو للتروي في إمضاء العقد وعدمه فمحل السلعة عند البائع

النُّقْدُ فِي الْخِيَارِ وَلَا فِي عَهْدَةِ الثَّلَاثِ وَلَا فِي الْمَوَاضِعَةِ بِشَرْطِ وَالثَّقَّةُ فِي ذَلِكَ وَالضَّمَانُ

إذا تنازعا فيمن تكون عنده، وإن كان لاختبار أكل السلعة أو عملها أو لبنها فمحلها عند المشتري، ويلزم البائع تسليمها للمشتري إن بين ذلك وقت العقد، فإن وقع العقد مطلقاً من غير بيان واتفقا على الإطلاق لم يلزمه تسليمها، وإن لم يتفقا وادعى كل نقيض قصد صاحبه فسخ البيع حتى يحصل الاتفاق على شيء.

ولما كانت السلعة في زمن خيار التروي على ملك بائعها لانحلال البيع قال: (ولا يجوز النقد) أي تعجيل الثمن (في) زمن (الخيار ولا في) زمن (عهدة الثلاث) وهي بيع الرقيق على أن ضمانه في الثلاث من بائعه ولو بالسماوي. (ولا في) زمن (المواضعة) وهي جعل الأمة العلية أو الوحش التي أقر بائعها بوطئها. (بشرط) في المسائل الثلاث لتردد المنقود بين السلفية والثمنية، فالعقد يفسد باشتراط نقد الثمن في هذه المسائل، وظاهر كلام أهل المذهب ولو أسقطاه بل ولو لم يحصل نقد بالفعل، ولا يقال: العلة إنما تظهر مع النقد بالفعل، لأننا نقول: لما كان النقد بالفعل يصحب الشرط غالباً نزل غير الحاصل منزلة الحاصل، وأشار خليل إلى تلك المسائل بقوله: وفسد بشرط نقد كغائب وعهدة ثلاث ومواضعة وأرض لم يؤمن ربهما وجعل وإجارة بجزء زرع وأجير تأخر شهراً، ومفهوم بشرط جواز النقد تطوعاً إلا في المواضعة فإنه يمتنع فيها مطلقاً، ومثلها مسائل أشار إليها خليل بقوله: ومنع وإن بلا شرط في مواضعة وغائب وكراء ضمن وسلم بخيار، وقوله بخيار راجع للأربع مسائل، وإنما امتنع النقد وإن تطوعاً لما يلزم عليه من فسخ ما في الذمة في مؤخر، وقول خليل: وكراء ضمن لا مفهوم له بل المضمون والمعين سواء على مذهب ابن القاسم في المدونة، فالمفهوم فيه معطل، وموضوع كلام المصنف أن المتبايعين دخلا على شرط المواضعة، وأما لو شرط عدم المواضعة أو كان العرف جارياً بعدمها كما في بياعات مصر فلا يضر اشتراط النقد، ولكن لا يقران على ترك المواضعة، بل تنزع من يد المشتري ويجبران على وضعها تحت يد أمينة، وأما الأمة التي لا تتواضع وهي الوحشة التي لم يقر بائعها بوطئها فإنها تستبرأ بحيضة عند مشتريها، ولا يمتنع اشتراط النقد لثمنها، ولعل الفرق غلبة توقع حمل من تتواضع وندرة حمل غيرها. (تنبيه) علم مما تقدم في كلام المصنف و خليل ما يمتنع النقد فيه بشرط وهو ثمان مسائل ويجوز تطوعاً، ولم يذكر ما يمتنع النقد فيه مطلقاً وهو أربع مسائل وذكرها خليل بقوله: ومنع وإن بلا شرط في مواضعة وغائب وكراء ضمن وسلم بخيار. ثم شرع في بيان من عليه النفقة والضمان زمن الخيار بقوله: (والنفقة) والكسوة على المبيع بالخيار أو على العهدة أو المواضعة. (في ذلك) الزمن الواقع في تلك المذكورات. (والضمان) كلاهما (على البائع) لأن المبيع على ملكه في أزمته تلك المذكورات، قال خليل في الخيار: والملك للبائع وما يوهب للعبد سوء المستثنى ماله، والنفقة والأرض والغلة للبائع، والقاعدة أن كل من له النماء عليه التواء أي الهلاك، وقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» وإنما يضمنه

عَلَى الْبَائِعِ وَإِنَّمَا يُتَوَاضَعُ لِلِاسْتِبْرَاءِ الْجَارِيَةِ الَّتِي لِلْفِرَاشِ فِي الْأَغْلَبِ أَوْ الَّتِي أَقْرَ الْبَائِعِ بِوَطْئِهَا وَإِنْ كَانَتْ وَخْشاً وَلَا تَجُوزُ الْبَرَاءَةُ مِنَ الْحَمْلِ إِلَّا حَمَلاً ظَاهِراً وَالْبَرَاءَةُ فِي الرَّقِيقِ

البائع إذا كان مما لا يغاب عليه، ولم يظهر كذب المشتري ولو لم تشهد بيعة على هلاكه أو ضياعه، وكذا إن كان مما يغاب عليه كثوب أو كتاب إن شهدت بيعة للمشتري على ما ادعاه من تلف أو ضياع وإلا كان ضمانه من المشتري، فالحاصل أن ما لا يغاب عليه ضمانه من البائع حيث لم يظهر كذب المشتري ولكن لا بد من حلفه ولو غير متهم، وصفة يمينه إن كان متهماً أن يقول: لقد ضاعت في دعوى الضياع، أو تلفت في دعوى التلف وما فرطت، وغير المتهم يكفي أن يقول: ما فرطت، وأما ما يغاب عليه فيضمنه المشتري ولو حلف ولا ينفي عنه الضمان إلا شهادة البيعة.

(فرعان) الأول: قال البغداديين: وإذا اشترى رجلان دابتين على خيار فادعى كل واحد أنها ماتت بموضع كذا، فقال أهل ذلك الموضع: لم يمت عندنا إلا واحدة، فكل واحد منهما مصدق ولا شيء عليه لأن أحدهما صادق قطعاً والآخر يضمن بالشك، وقال غير من سبق: يضمن كل واحد منهما النصف، وصوب عبد الحق القول الثاني. وأن كل واحد يضمن نصف دابته ويبرأ من النصف الثاني. والفرع الثاني: لو اشترى شخص شيئاً بخيار، فادعى المبتاع أنه هلك في أيام الخيار وقال البائع بعد أيام الخيار، فإن القول قول البائع مع يمينه، لأن المبتاع يتهم على إرادة نقض البيع، وهذا إن تصادقا على انقضاء أيام الخيار، وأما لو اختلفا في انقضائها فإن ادعى البائع الانقضاء، والمشتري البقاء فالقول لمنكر التقضي وهو المشتري. ثم شرع في بيان من تجب مواضعها من الجوارى بقوله: (وإنما) يجب أن يتواضع (أي يوضع) (للاستبراء الجارية) العلية وهي (التي) تراد (للفراش في الأغلب) سواء أقر بائعها بوطئها أم لا. (أو التي أقر البائع بوطئها وإن كانت وخشاً) قال خليل: وتتواضع العلية أو وخش أقر بائعها بوطئها عند من يؤمن والشأن للنساء، وهذا معنى كلام البيان أن توضع الجارية على يد امرأة أو رجل له أهل حتى تعرف براءة رحمها من الحمل بحيضة إن كانت ممن تحيض، وبثلاثة أشهر إن كانت يائسة من الحيض لصغر أو كبر ممن يوطأ مثلها، بكرة كانت أو ثيباً، أمنت الحمل أم لا، ويندب أن تكون على يد النساء، ويجوز أن تكون على يد رجل مأمون له أهل، وينهى عن كونها على يد أحدهما نهى كراهة إن كان مأموناً، وحرمة إن كان غير مأمون، ويكتفي بامرأة على المعتمد فهي واجبة عند مالك وجميع أصحابه وإن دخلا على إسقاطها لم يفسد البيع ولكن يجبران عليها، وإن ظهر بها حمل زمن المواضعة كان عيباً في العلية يخير المشتري في ردها والتماسك بها إن كان الحمل من غير السيد، وأما منه فهي أم ولد يفسخ بيعها، ومفهوم كلام المصنف أن الوخش التي لم يقر بائعها بوطئها لا مواضعة فيها، ولكن يجب على المشتري أن يستبرئها بحيضة قبل وطئها، ويقال له الاستبراء المجرد عن المواضعة لأنها تكون في زمنه عند المشتري.

(تنبيه) يستثنى من قول المصنف: وإنما يتواضع الخ ما أشار إليه خليل بقوله: ولا مواضعة في متزوجة وحامل ومعتدة وزانية كالمردودة بعيب أو فساد أو إقالة إن لم يغيب المشتري، وأما لو غاب المشتري على المردودة بما ذكر ففيها المواضعة، لكن على تفصيل في المردودة بالعيب والإقالة إن كان الرد بهما بعد دخولها في ضمان المشتري وجبت فيها المواضعة، وإن كان الرد بهما قبل دخولها في ضمانه فلا مواضعة. (ولا تجوز البراءة من الحمل) الذي يتوقع ظهوره في الأمة العلية بعد اشتراطها. (إلا حملاً ظاهراً) وقت العقد فيجوز، والمعنى: أنه لا يجوز أن يبيع المالك أمة عليّة، ويشترط على المشتري أنه بريء من حملها بحيث لا رد له بسببه لما فيه من الغرر، وأما لو كان حملها ظاهراً وقت العقد لجاز التبري من حملها لدخول المشتري على ذلك، كما يجوز التبري من حمل الوحش ولو لم يكن ظاهراً، فإن قيل: ما الفرق بين العلية لا يجوز التبري من حملها غير الظاهر وبين الوحش يجوز التبري من حملها مطلقاً؟ قلت: الفرق أن الحمل يضع من حمل العلية كثيراً فهو غرر وعيب، بخلاف الوحش الحمل يوجب الرغبة فيها. فإن قلت: ما الفرق بين الظاهر والخفي في العلية حيث يجوز التبري من الظاهر دون الخفي؟ فالجواب: وجود الغرر في الخفي لأن المشتري يتردد في وجوده وعدمه، بخلاف الظاهر المشتري جازم بوجوده ومحل جواز التبري من الحمل الظاهر مطلقاً، والخفي في الوحش فقط أن لا يكون البائع قد وطئها ولم يستبرئها وإلا لم يجز التبري من حملها، وهذا كله في حملها من غير سيدها لاتفاق العلماء على عدم جواز التبري من حمل يلزمه، ومحل جواز التبري من حملها الظاهر أن لا يمضي لها ستة أشهر وإلا امتنع بيعها بالكلية، لأنها حامل مقرب لا يحل بيعها لأنها مريضة، والمعرم إذا قوي مرضه لا يجوز بيع ذاته، قال خليل: لا كمحرم أشرف إلى أن قال: وحامل مقرب والأصل في الممنوع الفساد.

(تنبيهان) الأول: تكلم المصنف على حكم بيع الأمة مع التبري من حملها وسكت عن بيع الذات بشرط حملها، وأشار إليه خليل بقوله: وكحامل بشرط الحمل تشبيه في الفساد، ومحل الفساد باشتراط ذلك إذا كان اشتراطه لقصده في الثمن لكون الحمل يزيد في ثمنها، ولا فرق في ذلك بين كون الحمل ظاهراً أو خفياً لأنه غرر إن لم يظهر، ومن بيع الأجنة إن كان ظاهراً وهذا تستوي فيه الأمة والبهيمة، وأما لو كان القصد من اشتراط حملها التبري منه فلا فساد على المرتضي من الخلاف، وهذا واضح إذا صرح بالقصد أو فهم من الحال قصده، وأما بيعها بشرط الحمل ولم يصرح بقصده ولا فهم من الحال فإنه يحمل على ما يكثر قصد الناس إليه وهو الزيادة في الثمن في الحيوان البهيمي، ويمكن جريانه في الرقيق إذا كان حملاً يزيد في ثمنه، فإن كان ينقص فيه الثمن فإنه يحمل اشتراطه على قصد التبري، ومن باب أولى في عدم الجواز بيعها مع استثناء جنينها أو بيع جنينها وحده.

جَائِزَةٌ مِمَّا لَمْ يَعْلَمْ الْبَائِعُ وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا فِي الْبَيْعِ حَتَّى يُتَغَيَّرَ وَكُلُّ بَيْعٍ فَاسِدٌ

الثاني: قول المصنف: إلا حملاً ظاهراً بالنصب هذا ما في أكثر النسخ، والاستثناء متصل على الإطلاق في الحمل وهو الأصل في الاستثناء، وفي بعض النسخ إلا حمل بالجر على أنه بدل من الحمل المجرور بمن وهو الأولى في المستثنى بعد النفي أو شبهه. ولما كان التبري من عيب المبيع لا يجوز إلا في الرقيق قال: (والبراءة في الرقيق) فقط (جائزة مما لم يعلم) به (البائع) من العيوب وهذا أحد شرطين، والشرط الثاني أن تطول إقامة الرقيق عند البائع، قال خليل عاطفاً على ما يمنع الرد بالعيب: وتبري غيرهما فيه مما لم يعلم إن طالت إقامته، والمعنى: أن من عنده رقيق طالت إقامته عنده ولم يعلم به عيباً يجوز له أن يبيعه ويتبرأ من عيوبه، بأن يشترط على مشتريه عدم رده عليه بعيب يظهر كإباق أو سرقة أو غيرهما حيث طالت إقامته عنده، بحيث لو كان به هذا العيب لظهر، فأما إن علم بعيبه أو لم تطل إقامته عنده لم يجوز له التبري من عيبه، بل يجب عليه إن علم به عيباً أن يبيئه للمشتري، قال خليل: وإذا علمه بين أنه به ووصفه أو أراه له ولم يحمله فالظاهر كالعور والقطع يريه له، ونحو الإباق والسرقة يصفه وصفاً شافياً بعد بيان أنه به بأن يقول له: يأبق أو يسرق وبعد ذلك يفصل له بأن يقول: أبق عندي مرتين أو ثلاثاً أو سرق مراراً الأمر الفلاني كذا، لأن المشتري ربما يغتفر سرقة نحو الرغيف، ولا يكفي الإجمال بأن يقول فيه جميع العيوب، ووقع التردد فيما إذا قال إنه سارق واقتصر على ذلك فهل ينفعه في البراءة من يسير السرقة دون المتفاحش وعليه البساطي والنقل يوافق أو لا ينفعه ذلك ولا في اليسير لأنه من باب الإجمال، وعليه بعض المعاصرين له، والظاهر الرجوع لأهل المعرفة في اليسير والكثير.

(تنبيهان) الأول: إنما قيدنا بـ فقط كما هو المفهوم من كلام المصنف، لأن التبري من العيوب إنما يصح في الأرقاء فقط، لأن الرقيق يمكنه التحيل بكتم عيوبه أو بعضها بخلاف غيره لا يتأتى منه تحيل، فلذا لا يجوز لبائع نحو الجملة أو الثور أو الحمار التبري من عيبه، بل متى ما ظهر به عيب وثبت قدمه عند البائع ولم يعلم به المشتري عند العقد ثبت له الخيار في رده ولو تبرأ منه البائع، كما لا يجوز التبري من عيوب الرقيق الذي لم تطل إقامته عنده، وموضوع المسألة أن الرقيق مباح، وأما العبد المدفوع قرصاً فلا يجوز لمقرضه أن يتبرأ للمقترض من عيوبه لأدائه إلى سلف جر نفعاً خلافاً لمن عمم في الرقيق. الثاني: هذا الكلام في البائع البالغ ولو حاكماً أو وارثاً، لأن بيع الحاكم والوارث الرقيق بيع براءة إن بين أنه إرث، قال خليل: ومنع منه بيع حاكم ووارث رقيقاً فقط بين أنه إرث، وأما غير البائع فلا يعتبر علمه، وعلم مما قررنا أن فائدة التبري أن المشتري لا رد له بظهور العيب الذي تبرأ منه البائع على الوجه المذكور.

ومن البياعات المنهي عنها ما أشار إليه بقوله: (ولا) يجوز أي يحرم أن (يفرق) بالبناء

للمفعول ونائب الفاعل الظرف أعني (بين الأم) العاقلة (و) بين (ولدها في البيع) وما شابهه من كل عقد معاوضة فيشمل كلامه: لو دفع الولد أو الأم أجره أو صداقاً أو هب أحدهما للثواب والمراد الأم ذنية ولذا قال خليل: وكتفريق أم فقط من ولدها وإن بقسمة، فقول المصنف: في البيع وصف طردي أي غير معتبر المفهوم، وأما بغير المعاوضة كدفع أحدهما صدقة أو هبة لغير ثواب بل لوجه المعطي فلا حرمة ويجبران على جمعهما في ملك، وقيل يكتفي بجمعهما في حوز، ويجوز التفريق بينهما بالعتق، ويكتفي بجمعهما في حوز اتفاقاً، فإذا أعتق الولد وباع الأم فيشترط على المشتري الإنفاق على الولد وكسوته إلى حصول الإنفاق، وإن أعتق الأم وباع الولد اشترط على مشتريه جمعه مع أمه ونفقة الأم على نفسها، وإن دبر أحدهما لم يجز له بيع الآخر وحده ولا مع الآخر قاله في المدونة، بخلاف لو كاتب أحدهما ثم باع كتابته وجب عليه بيع غير المكاتب مع كتابة المكاتب، ويشترط على المشتري أن لا يفرق بينهما إذا عتق المكاتب حتى يحصل الإنفاق، وقيدنا بدنية لأنه لا تحرم التفرقة بين الجدة وولد ولدها، كما لا تحرم بين الأب وولده، ولا بين الأم وولدها من الرضاع، لأن المراد الأم من النسب، وقلنا العاقلة لأن حرمة التفرقة مختصة بالعلاء على المشهور، وبالغ خليل بقوله: وإن بقسمة للإشارة إلى أن من مات عن جارية وأولادها الصغار لا يجوز لورثته أن يأخذ واحد الأم والآخر الولد وتستمر الحرمة. (حتى يثغر) الولد فإن أثمر أي سقطت رواضعه ونبتت كلها ولو لم يتكامل نباتها جازت التفرقة، والمراد الإنفاق المعتاد، قال خليل: ما لم يثغر معتاداً ويكتفي ببلوغ زمنه المعتاد وهو بعد السبع ولو لم يثغر بالفعل بناء على المشهور من أن عدم التفرقة حق للأم، ومشى عليه خليل حيث قال: ما لم ترض الأم وإلا جازت ولو لم يحصل زمن الإنفاق، والدليل على حرمة التفرقة قوله ﷺ: «ألا لا توله والدة على ولدها» وقوله ﷺ أيضاً: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته ألا أحبابه يوم القيامة» وظاهر الحديث كانت الأم مسلمة أو كافرة لكن غير حربية، وسواء كان ولدها من زوجها أو من زنى ولو كان مجنوناً وأمة كذلك إلا أن يخاف من أحدهما على الآخر، وأما الحرية فلا تحرم التفرقة بينها وبين ولدها، فيجوز لبعض المجاهدين أخذ الأم أو الولد دون أمه، والمسبية مع صغير تدعي أنه ولدها فيقبل قولها حيث قامت قرينة على صدقها، قال ابن عرفة: وتثبت البنوة المانعة للتفرقة بالبينة أو بإقرار مالكيهما أو دعوى الأم مع قرينة صدقها، وتصديق المسبية إنما هو من جهة التفرقة فقط لا في غيرها من أحكام البنوة، فلا يختلي بها إن كبر، ولا توارث بينهما لكن هي لا ترث من أقرت به، وأما هو فيرثها إن لم يكن لها وارث يحوز جميع المال.

(تبيينان) الأول: لم يذكر المصنف حكم ما لو حصلت التفرقة على الوجه الممنوع، وأشار إليها خليل بقوله: وفسخ إن لم يجمعهما في ملك إلا أن يمضي زمن الحرمة بأن لم

فَضْمَانُهُ مِنَ الْبَائِعِ فَإِنْ قَبِضَهُ الْمُبْتَاعُ فَضْمَانُهُ مِنَ الْمُبْتَاعِ مِنْ يَوْمِ قَبْضِهِ فَإِنْ خَالَ سَوْقُهُ أَوْ

نطلع على ذلك حتى حصل الإثغار المعتاد وإلا مضى البيع، وأما لو حصلت التفرقة بغير معاوضة فقليل لا بد من جمعها في ملك، وقيل يكفي جمعها في حوز ولا سبيل إلى الفسخ، ويضرب بائع التفرقة ومبتاعها كما قاله مالك وجميع أصحابه، وظاهره ولو لم يعتاده ومحل ضربهما إن علما حرمة التفرقة وإلا عذرا بالجهل. الثاني: علم مما قدمنا جواز عتق أحدهما أو كتابته، كما يجوز بيع نصفهما أو ثلثهما ولو لغير العتق، ويشترى يجوز في يائه الفتح ويسكن المثلثة وكسر الغين المعجمة ويجوز ضمها مع تسكين المثلثة أيضاً وهو سقوط الرواضع.

ثم شرع في ضمان المبيع فاسداً وفيما ينقل ملكه إلى المشتري بقوله: (وكل) مبيع (بيع فاسد) لفقد شرط أو وجود مانع. (فضمانه من البائع) لبقائه على ملكه حيث لم يقبضه المبتاع. (فإن قبضه المبتاع) قبضاً مستمراً بعد بت البيع (فضمانه من المبتاع من يوم) أي زمن (قبضه) قال العلامة خليل: وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض، وإنما ضمنه بقبضه لأنه قبضه على وجه التملك لا على جهة الأمانة، فإن لم يقبضه فلا ضمان ولو مكنه البائع من قبضه، والضمان ضمان أصالة لا ضمان رهان، فلا يتنفي بإقامة البيعة، ولا فرق فيه بين ما يغاب عليه وغيره، وقيدنا القبض بالمستمر للاحتراز عما إذا اشترى سلعة شراء فاسداً فقبضها ثم ردها إلى البائع على وجه الأمانة أو غيرها فهلكت فإن ضمانها من بائعها لأن هذا القبض بمنزلة العدم، وقيدنا بكونه بعد البت للاحتراز عن بيع الخيار فإن ضمانه من البائع ولو قبضها المشتري، لأن البيع الصحيح إذا وقع على خيار الضمان فيه من البائع لما لا يغاب عليه كغيره إن قامت بيعة على تلفه أو ضياعه كما قدمنا.

(تنبيهات) الأول: أشعر قول المصنف بضمان المبيع فاسداً بعد قبضه من المشتري أنه مما يحل تملكه، وأما نحو الميتة والزبل والكلب فلا ضمان على المشتري ولو قبضه وأدى ثمنه كما قاله ابن القاسم، والمراد الكلب غير المأذون في اتخاذه لأنه لا ضمان على من قتله تعدياً كما نذكره عند قول المصنف فيما يأتي: ونهى عن بيع الكلاب. الثاني: مفهوم الفاسد أن البيع الصحيح ليس كذلك بل فيه تفصيل، لأن منه ما ينتقل ضمانه للمشتري بمجرد عقده وذلك إذا كان ليس فيه حق توفيه ووقع بتاً، ومنه لا ينتقل ضمانه إلا بقبضه وذلك إذا كان مما يكال أو بوزن أو يعد، وقبضه بكيال ما يكال أو وزن أو عد ما يوزن أو يعد، ومثل ما فيه حق توفية المحبوسة للثمن أو لإشهاد لا يضمنها المشتري لا بقبضها لأنها عند بائعها كالرهن، وكذلك الغائب المشتري على صفة أو على رؤية متقدمة، وكذلك الأمة التي تجب مواضعها لا يضمنها مشتريها إلا برؤيتها الدم، وكذا الثمار يستمر ضمانها من بائعها حتى تأمن الجائحة بأن يتناهى طيبها ويتمكن المشتري من أخذها فحينئذ ينتقل

ضمانها لمشتريها، وأما لو كان موجب الضمان فيها غير الجائحة فإنه يكون من المشتري بالعقد، ثم قال الأجهوري: وما ذكرناه من أن الضمان في الثمار في البيع الصحيح للأمن من الجائحة حيث كان موجب الضمان الجائحة، وإن كان غير الجائحة فضمانها من المبتاع بالعقد، وأما في البيع الفاسد فإن اشترت بعض الطيب فضمانها من المشتري بالعقد لأن التمكن من أخذها بمنزلة قبضها، وإن كان الشراء قبل طيبها فضمانها من البائع حتى يجدها المشتري انتهى، وأقول في هذا وقفة مع ما تقدم من أن الفاسد لا ينتقل ضمانه إلى المشتري إلا بقبضه بالفعل، ولا عبرة بتمكن المشتري من أخذه على القول المعتمد، فلعل ما في الأجهوري زلة قلم، لأن الأجهوري إمام عظيم وحرر المسألة.

الثالث: قد قدمنا أن البيع بيعاً فاسداً باق على ملك بائعه، لأن العقد الفاسد لا ينقل الملك على الصحيح لوجوب فسخه شرعاً قبل الفوات، وقد استشكله الفاكهاني قائلاً: جعل الضمان من البائع صريح في أن الفاسد لم ينقل الملك، وجعل الضمان بعد القبض من المشتري يقتضي أن الفاسد ينقل ولم يذكر جواباً، وأقول: لا ملازمة بين نقل الملك والضمان إذ قد يوجد الضمان من غير تقدم ملك، كمن أتلف شيء غيره من غير تقدم سبب ملك فإنه يضمن لتعديه، والمشتري هنا متعد بقبض المشتري شراء فاسداً، فمحصل الجواب أن ضمان المشتري إنما هو لتعديه بالقبض لما يجب فسخ عقده قبل فواته، وبذلك على ما قلنا إنه يضمن بعد القبض ولو بأمر سماوي، ولا حاجة إلى بناء الضمان بعد القبض على القول بأن الفاسد ينقل الملك لما ذكرنا.

الرابع: إذا ردت السلعة بسبب الفساد يفوز مشتريها بغلتها، قال خليل بعد قوله: وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض ورد ولا غلة أي ولا تصحبه الغلة في الرد بل يفوز بها المشتري لأن الضمان كان منه، والخراج بالضمان كما قدمنا في الرد بالعيب، وظاهر كلام أهل المذهب: ولو علم المشتري بالفساد وبوجوب الفسخ ولو في الثنيا الممنوعة على الرجوع إلا في مسألة وهي: من اشترى شيئاً موقوفاً شراء فاسداً مع علمه بأنه وقف فإنه لا يفوز بالغلة، بل يجب ردها حيث كان على غير معين أو على معين غير رشيد، وأما لو كان موقوفاً على معين وباعه ذلك المعين فإنه يفوز المشتري بغلته. ولو علم بأنه وقف حيث كان ذلك البائع رشيداً، واعلم أن المشتري كما يفوز بالغلة لا يرجع على البائع بكلفة الحيوان إذا كانت الغلة قدر الكلفة أو أكثر، وأما لو زادت الكلفة على الغلة أو كان لا غلة فإنه يرجع على البائع بالكلفة لأنه قام عن البائع بما لا بد له منه، وأشار إلى هذا بعض الفضلاء بقوله: واعلم أن كل من أنفق على ما اشتراه وله غلة تبتغي كالغنم والدواب والعيبد ثم رد بعيب أو استحقاق أو فساد لا يرجع بنفقتة، بخلاف ما ليس له غلة تبتغي كالنخل إذا ردت مع ثمارها فإنه يرجع بقيمة سقيها وعلاجها، وهذا كله في غير ماله عين قائمة، وأما

تَغَيَّرَ فِي بَدَنِهِ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ وَلَا يَرُدُّهُ وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُوزَنُ أَوْ يُكَالُ فَلْيُرَدُّ مِثْلَهُ وَلَا تُفِيَّتِ الرَّبَاعُ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ وَلَا يَجُوزُ سَلْفٌ يَجْرُ مُنْفَعَةً وَلَا يَجُوزُ بَيْعٌ وَسَلْفٌ وَكَذَلِكَ مَا

النفقة فيما له عين قائمة كالبناء والصباغ فإنه يرجع بها وله الغلة كسكنى الدار، نقل جميعه الأجهوري.

ولما كان محل بقاء المبيع فاسداً على ملك بائعه إذا لم يفت عند المشتري قال: (فإن حال سوقه) بأن تغير ثمنه بزيادة أو نقص (أو تغير بدنه) تشغر أو كبر (فعليه) أي المشتري غرم (قيمته) إن كان الفساد متفقاً عليه وتعتبر قيمته (يوم قبضه) لا يوم العقد ولا يوم الفوات (ولا يرده) على بائعه لانتقال ملكة إلى المشتري بالفوات، وقيدنا بالمتفق عليه لأنه المختلف في فساده إذا فات يمضي بالثمن، قال خليل: فإن فات مضي المختلف فيه بين العلماء ولو كان الخلاف خارج المذهب بالثمن، وإلا ضمن قيمته يوم قبضه، وحوالة الأسواق إنما تكون مفيدة في غير المثليات والعقار بدليل قوله: (وإن كان) المشتري فاسداً وحالت أسواقه (مما يوزن أو يكال) أو يعد (فعليه مثله) أي يجب عليه أن يرد مثله للبائع لأنه لا يفوت بتغير سوقه لقيام مثله مقامه، واحترز بقوله: مما يكال أو يوزن أي بالفعل عن المثلى المشتري جزافاً إذا فات فإنه يحرز ويقوم ويغرم قيمته ولا يرد مثله لأنه أشبه المقوم في الفوات بحوالة الأسواق. (ولا تفيت الرباع) أيضاً وسائر العقارات (حوالة الأسواق) ولا بد من ردها لفساد بيعها، فالحاصل أن المثليات والعقارات لا تفوت بحوالة الأسواق، قال خليل في تصويره الفوات بتغير سوق غير مثلى وعقار وبطول زمان حيوان وفيها شهر وشهران، واختار أنه خلاف وقال: بل في شهادة وينقل عرض ومثلى لبلد بكلفة وبتغير ذات غير مثلى كالهدم والبناء وكبر صغير الحيوان وهزاله، وبالخروج عن يد مشتريه بأن باع ما اشتراه أو وهبه أو وقفه، ويتعلق حق الغير به بأن رهنه أو آجره، والفرق بين تلك المذكورات وبين غيرها أن الغالب في العقار أن يراد للقنية لا للتجارة فلا يطلب فيه كثرة ثمن، والأصل في ذوات الأمثال القضاء بالمثل فلا يفوتان بحوالة الأسواق، وأما زرع الأرض المشتراة فاسداً فلا يفيتها وترد، ثم إن كان الزرد في الأبان فعلى المشتري الكراء، ولا يقلع زرعه لأنه صاحب شبهة، وإن كان بعد فواته فلا كراء عليه، وأما غرسها ففيه تفصيل محصله: إن عظمت مؤنثة وكان محيطاً بها فاتت كلها وإن كان البياض أكثرها وإن كان في ناحية منها، فإن كانت فوق نصفها فات جميعها باتفاق، وإن كانت أقل من ربعها فلا يفوت منها شيء وترد كلها ويرجع المشتري بقيمة غرسه قائماً وهذا متفق عليه أيضاً، والقسم الثالث أن تكون تلك الجهة الربع فأكثر إلى الثلث أو حتى النصف على ما عليه أبو الحسن تفوت تلك الجهة فقط، والبناء حكم الغرس في التفصيل، قال خليل: وفاتت بهما جهة هي الربع فقط لا أقل وله القيمة قائماً.

ولما كان السلف الذي يجز نفعاً شبيهاً بالمبيع فاسداً في وجوب فسخه بعد وقوعه

وبعد فواته يرد إلى فاسد أصله وهو البيع ذكره عقبه بقوله: (ولا يجوز) أي يحرم (سلف يجر نفعاً) لغير المقترض بأن يجر للمقرض بكسر الراء أو لأجنبي من ناحية المقترض، لأن السلف لا يكون إلا لله، فلا يقع جائزاً إلا إذا تمحض النفع للمقترض، فلا يجوز إقراض المقصوص ليأخذ جيداً، ولا الحب القديم ليأخذ جيداً، وأحرى الدخول على أكثر كمية فإنه محض ربا لقول ابن يونس: من أربى الربا ما جر من السلف نفعاً، كشرط عفن بسالم، وكدفع ذات يشق حملها ليأخذ بدلها في الموضوع الذي يتوجه إليه وقصده بذلك إراحته من حملها، وأما لو كان الحامل على ذلك كثرة الخوف في الطريق فلا منع، قال خليل: وكعين عظم حملها كسفتجة إلا أن يعم الخوف فيجوز أن يسلفها في محلها ويأخذ سفتجة أي ورقة مكتوباً فيها لوكيل المتسلف بإعطاء مثل الذات المدفوعة في بلد بعيد ومحل المنع، إلا أن يقوم دليل على أن القصد نفع المقترض فقط وإلا جاز كل ما منع.

(تنبيه) لم يتكلم المصنف على حكم ما إذا وقع القرض الممنوع، وحكمه أنه يرد أن يفوت بما يفوت به البيع الفاسد فلا يرد ويلزم المقترض القيمة في المقوم، والمثل في المثلى رداً له إلى فاسد أصله وهو البيع لأن القرض الذي هو السلف فرع والبيع أصله، لأن القاعدة أن كل مستثنى من أصل إذا وقع فاسداً يرد إلى فاسد أصله لا إلى صحيح نفسه، ووجه استثناء القرض من البيع أن البيع عقد معاوضة والقرض كذلك، لكن أخرجوا القرض من البيع حيث أجازوا فيه ما لا يجوز في البيع وهو إقراض المجهول كملء غرارة بمثلها عدم معرفة ما فيها والدخول على ذلك، لأن الجراف المدخول عليه في البيع غير جائز، ويجوز فيه جهل الأجل بخلاف البيع، ويقرض ما لا يباع كجلد الأضحية، ولعل وجه الاستثناء الرفق بالمتسلف حيث يجوز في السلف ما لا يجوز في البيع. (ولا يجوز) أيضاً اشتراط (بيع وسلف) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط، وحمل أهل المذهب النهي على شرط يناقض المقصود أو يخل بالثمن، فالذي يناقض المقصود كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع تلك السلعة أصلاً أو إلا من نفر قليل، أو لا يطأها إن كانت أمة، أو لا يفعل بها شيئاً مما تراد له، أو شرط يخل بالثمن كشرط بيع وسلف، ومعنى إخلاله بالثمن أنه يقتضي إما كثرته إن كان الشرط من المشتري، أو نقضه إن كان الشرط من البائع، وأما اجتماع البيع والسلف من غير شرط فلا يمتنع على المعتمد ولو اتهما عليه، خلافاً لما جرى عليه خليل في بيوع الآجال.

(تنبيه) إذا علمت ما حملنا عليه كلام المصنف ظهر أن إطلاق المصنف في اجتماع البيع والسلف غير مسلم على المعتمد، وأن محل الفساد عند الشرط حيث لم يسقطاه، والأصح البيع حيث اسقطاه قبل فوات السلعة، بخلاف اسقاطه بعد فواتها فإنه لا يوجب الصحة، ولذلك يجب على المشتري الأكثر من الثمن والقيمة إن كان هو المتسلف، لأنه لما

قَارَنَ السَّلْفَ مِنْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ وَالسَّلْفُ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْجَوَارِي وَكَذَلِكَ تُرَابُ الْفِضَّةِ وَلَا تَجُوزُ الْوَضِيعَةُ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى تَعْجِيلِهِ وَلَا التَّأْخِيرُ بِهِ عَلَى الزِّيَادَةِ فِيهِ وَلَا

سلف البائع أخذها بالنقص، وإن كان البائع هو المسلف كان على المشتري له الأقل منهما، اللهم إلا أن يكون المشتري قد غاب على السلف بحيث ينتفع، فإنه يلزمه القيمة قلت أو كثرت كما يؤخذ من كلام ابن رشد، أشار إلى ذلك الحطاب وهذا في المبيع المقوم، وأما المثلى فالواجب مثله مطلقاً، هذا حكم الشرط المخل بالثمن، وأما حكم الشرط المناقض للمقصود كموت الجارية التي شرط بائعها على مشتريها أن لا يطأها أو أن لا يبيعها فنص في المدونة على أن للبائع الأكثر من قيمتها يوم قبضها ومن ثمنها. (كذلك) أي لا يجوز (ما) أي عقد (قارن السلف) وبين عموم ما يقوله (من إجارة أو إكراء) لأنهما من أنواع البيع، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يحل بيع وسلف» فكما لا يجوز اشتراط السلف مع البيع، لا يجوز شرط السلف مع الإجارة أو الكراء، ولا خصوصية للبيع بل النكاح والشركة والقراض والمساقاة والصرف لا يجوز شرط السلف مع واحد منها، لأن الزوج في النكاح مثل المشتري في البيع، والزوجة مثل البائع، وصدّق المثل نظير القيمة في السلعة، والمسمى نظير الثمن للسلعة في البيع والضابط الحاصر لما يمتنع جمعه مع السلف هو كل عقد معاوضة، وأما اجتماع السلف مع الصدقة أو الهبة إن كان السلف من المتصدق أو من الواهب فذلك جائز، وإن كان بالعكس فلا يجوز، وكما لا يجوز جمع البيع وما معه من نحو الإجارة والكراء، لا يجوز جمع البيع مع النكاح أو الشركة أو الجعل أو المغارسة أو المساقاة، ولا جمع واحد منهم مع الآخر.

ولما قدم أن السلف يحرم جمعه مع البيع وما معه شرع في حكم السلف وحده وفي بيان ما يجوز سلفه وما لا يجوز بقوله: (والسلف) وهو القرض (جائز في كل شيء) يحل تملكه ولو لم يصح بيعه فيدخل جلد الميتة المدبوغ ولحم الأضحية وملء الظرف المجهول. (إلا في سلف الجوّاري) لمن تحل له على تقدير ملكها، فلا يجوز سلفها له لما في ذلك من عارية الفروج، لأن المقترض يجوز له أن يرد نفس الذات المقترضة، وربما يكون ردها بعد التلذذ بها، ولذا لا يحرم إقراضها لمن لا يأتي منه الاستمتاع كصغير وشيخ فان، أو كان المقترض امرأة وكانت الجارية لا تشتهي، ولذا قال خليل: إلا جارية تحل للمستقرض وردت إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد فالقيمة، ولا ترد كاستيلادها ولا يغرم المشتري قيمة ولدها، ولا تكون به أم ولد، واختلفت في الغيبة عليها هل تكون فوتاً مطلقاً أو بشرط أن يمكن فيها الوطاء ثالث الأقوال لا تفوت إلا بالوطء، ومثل الجارية المذكورة في حرمة إقراضها لا تحصره الصفة كتراب الصواغين، وما لا يقدر على وفائه بمثله كاللور والأرضين والأشجار وإن أمكن وصفها، ولذلك يقع في بعض النسخ عقب قوله إلا في الجوّاري (وكذلك تراب الفضة) لا يجوز قرضه.

(تنبيهات) الأول: لم يبين المصنف حقيقة السلف وبينها ابن عرفة بقوله: دفع متمول في عوض غير مخالف له عاجلاً تفضلاً فقط لا يوجب إمكان عارية لا تحل متعلقاً بذمة، وقال غير مخالف ليشمل ما إذا رد عين ما تسلفه، واحتترز بقوله لا عاجلاً عن المبادلة المثلية، وقوله تفضلاً أشار به إلى أنه لا يجوز إلا إذا تمحض النفع للمقترض، لا إن حصل به نفع للمقترض أو لأجنبي من ناحية المقترض فلا يجوز. الثاني: تعبير المصنف بجائز يوهم إباحته لأنه الأصل في الجائز وليس كذلك، والجواب أنه أراد بالجائز المأذون فيه شرعاً، فلا ينافي أنه مندوب لما فيه من إيصال النفع للمقترض وتفريج كربته بل قيل إنه أفضل من الصدقة لما ورد في الحديث: «أن رسول الله ﷺ رأى مكتوباً على باب الجنة: درهم القرض بثمانية عشر ودرهم الصدقة بعشرة، ثم سأل عليه الصلاة والسلام جبريل وقال: ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ فقال: لأن السائل يسأل وعنده والمقترض لا يقترض إلا من حاجته» وإن كان المعتمد أن الصدقة أفضل من القرض لأن المتصدق لا يأخذ بدلها بخلاف المقترض، والحديث ضعيف أو محمول على صدقة لم تقع الموقع مع قرض وقع لمكروب اندفعت به كربته، وقد يعرض له ما يقتضي وجوبه أو حرمة أو كراهته وتعسر إباحته لما عرفت من أن الأصل فيه الندب وهو من أعظم أنواع المعروف وقد فعله ﷺ، ففي الحديث: «أنه ﷺ استلف من رجل بكرة فجاءته إبل الصدقة، قال أبو رافع: فأمرني أن أقضي الرجل بكرة، فقلت: لا أجد إلا جملاً خياراً رباعياً، قال رسول الله ﷺ: أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء» ولعل هذا قبل حرمة الصدقة عليه ﷺ، وإلا فكيف يقضي ما عليه من إبل الصدقة والرباعي من الإبل ما دخل في السنة الرابعة.

الثالث: السلف يملك ويلزم بمجرد القول كسائر أنواع المعروف من صدقة وهبة ونحلة وعمرى وغيرها للمستلف، وإذا قبضه لا يلزمه رده لربه إلا إذا انتفع به عادة أمثاله أو يمضي الأجل المشترك، قال خليل: وملك ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة، ويجوز ضرب الأجل في القرض عند مالك دون غيره من الأئمة، وإذا دفعه المقترض لزم المقترض قبوله ولو كان غير عين حيث دفعه له بمحل لا بغيره فلا يلزمه، بخلاف العين فيلزمه القبول مطلقاً إلا أن يكون المحل مخوفاً فلا يلزمه القبول قبل المحل كسائر الديون هذا هو الذي ينبغي.

ثم شرع في بيان أشياء نهى عنها الشارع فقال: (لا تجوز الوضعية) أي الحطيطة (من الدين) كان من بيع أو من قرض (على) شرط (تمجيله) قبل حلوله كأن يكون لشخص على آخر دين عرض أو عين أو طعام لأجل كشهر مثلاً ويتفق مع من عليه الدين على إسقاط بعضه ويعجل له الباقي قبل انقضاء الشهر فهذا حرام، وتسمى هذه الصورة بضع من حقت

تَعْجِيلُ عَرْضٍ عَلَى الزُّيَادَةِ فِيهِ إِذَا كَانَ مِنْ بَيْعٍ وَلَا بَأْسَ بِتَعْجِيلِهِ ذَلِكَ مِنْ قَرْضٍ إِذَا كَانَتْ

وتعجل، أي حط عني حصة منه وأعجل لك باقية، وحرمة ضع وتعجل عامة في دين بالبيع والقرض كما بينا، وإنما امتنع لأدائه إلى سلف جر نفعاً بيانه أن من عجل شيئاً قبل وجوبه يعد مسلفاً لما عجله ليأخذ عنه بعد الأجل ما كان في ذمته وهو جميع الدين، فإن وقع ونزل رد إليه ما أخذه ويستحق جميع دينه عند حلول الأجل، وإن لم نطلع عليه حتى انقضى الأجل وجب على من عليه الدين أن يدفع له الباقي الذي كان أسقطه عنه صاحب الدين (و) كما لا يجوز تعجيل الدين على إسقاط بعضه (لا يجوز التأخير) أي تأخير من هو عليه (به على الزيادة فيه) كان من بيع أو قرض، كان من عين أو غيرها، لأنه فسخ دين في دين وفيه سلف بزيادة، لأن المؤخر لما في الذمة مسلف وهو يأخذ أكثر من دينه بعد الأجل الثاني كانت الزيادة من المديان أو من أجنبي، لأن فسخ ما في الذمة في مؤخر حرام مطلقاً، ومفهوم قوله على الزيادة أن تأخير الدين أجلاً ثانياً من غير زيادة أو مع ترك بعضه لا حرمة فيه بل مندوب لما فيه من الإرفاق بمن هو عليه والتبرع له بإسقاط بعضه. (و) مما هو محرم أن (لا يعجل عرض) أي غير نقد قبل أجله (على الزيادة فيه) سواء كانت تلك الزيادة في الكمية أو الكيفية ومحل الحرمة. (إذا كان) العرض (من بيع) أو سلم وتعرف هذه المسألة بحط الضمان عني وأنا أزيدك، ولا فرق في تلك الزيادة بين كونها من جنس الدين أو من غير جنسه، ومثال الزيادة من الجنس في الكمية أن يكون له عشرة أثواب أسبوطية لشهر، ويتفق مع من هي عليه على أن يعجلها له نصف الشهر مع زيادة ثوب من نوعها، ومثال الزيادة من الجنس في الكيفية أن يعجل العدد على وصف أجدود من المشترط، ومثال الزيادة من غير الجنس أن يعجل الأثواب على وصفها مع زيادة درهم أو طعام، ومفهوم على الزيادة أن التعجيل من غير زيادة ولا نقصان جائز حيث رضي المسلم بتعجيلها قبل أجلها لأن الأجل من حقهما فيها، وأما التعجيل على أن يأخذ أقل عدداً أو أدنى صفة فيمتنع وهو المتقدم في قوله: ولا تجوز الوضعية من الدين على تعجيله.

ولما فرغ من الكلام على حكم تعجيل أو تأخير الدين على زيادة أو نقصان كان من بيع أو قرض وعلى تعجيل عرض البيع بزيادة، شرع في الكلام على عرض القرض فقال: (ولا بأس بتعجيله ذلك) العرض على الزيادة فيه حيث كان (من قرض إذا كانت الزيادة في الصفة) ومن باب أولى إذا كان دفع الزيادة في الصفة بعد الأجل، لأن زيادة الصفة متصلة فلا تهمة بسببها، ولأنه ﷺ رد في سلف بكر جملاً رباعياً وقال: «إن خيار الناس أحسنهم قضاء» ولأن حط الضمان وأزيدك لا يدخل القرض لأن الأجل في القرض من حق من هو عليه، بخلاف البيع فمن حقهما، ولذلك لو عجل المقرض القرض قبل أجله وفي محله يلزم المقرض قبوله إن كان جميع الحق أو بعضه لعسره بالباقي، وأشار خليل إلى هذه المسألة بقوله: وقضاء قرض بمساو وأفضل صفة أي جائز، سواء حل الأجل أو لم يحل،

الزِيَادَةُ فِي الصَّفَةِ وَمَنْ رَدَّ فِي الْقَرْضِ أَكْثَرَ عَدَدًا فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَقَدْ اِخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَرْطٌ وَلَا وَائِيٌّ وَلَا عَادَةٌ فَأَجَازَهُ أَشْهَبُ وَكَرِهَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ وَلَمْ يُجْزِهِ وَمَنْ عَلَيْهِ دَنَانِيرٌ أَوْ دَرَاهِمٌ مِنْ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ مُؤَجَّلٍ فَلَهُ أَنْ يُعَجِّلَهُ قَبْلَ أَجَلِهِ وَكَذَلِكَ لَهُ أَنْ

سواء كان القرض عيناً أو طعاماً أو عرضاً، وأما قضاؤه بأقل صفة أو قدرأ أو فيهما فيجوز إن حل لا إن لم يحل، فلا يجوز لما فيه من ضح من حقلك وتعجل كما تقدم لأنه شامل للقرض قبل الأجل، ولو نقص صفة لما فيه من ضح من حقلك وتعجل وهي ممنوعة للسلف الذي يجز نفعاً كما تقدم أيضاً، ولذلك قال خليل أيضاً: وإن حل الأجل بأقل صفة وقدرأ، وأشار إلى مفهوم قوله في الصفة بقوله: (ومن رد في القرض) الذي عليه (أكثر عدداً في مجلس القضاء) المراد بعد حلول الأجل لأن المراد بمجلس القضاء حلول أجل القضاء وذلك إنما يكون بعد فراغ الأجل. (فقد اختلف) العلماء (في ذلك) بالجواز وعدمه وقيد الخلاف بقوله: (إذا لم يكن فيه شرط ولا وائي) أي وعد (ولا عادة) بين الناس بقضاء الأكثر، وبين الخلاف بقوله: (فأجازه أشهب) لظاهر حديث خيار الناس أحسنهم قضاء. (وكرهه ابن القاسم) أي منعه بقرينة (ولم يجزه) وكلام ابن القاسم هو المفتى به، وعليه خليل حيث قال: لا أزيد عدداً أو وزناً إلا كرجحان ميزان على ميزان فيجوز عند ابن القاسم، قال بعض شراحه: فحيث كان التعامل بالعدد يجوز قضاء ذلك العدد كان مثل وزنه أو أقل أو أكثر، ولا يجوز أن يقضيه أزيد في العدد كان مساوياً له في الوزن أو أقل أو أكثر وإن قضاء أقل من العدد، فإن ساوى الأقل وزن جميع العدد أو نقص عنه جاز، وإلا منع هذا كله حيث كان العامل بالوزن، فيجوز أن يقضيه ذلك الوزن زاد على العدد أو نقص أو ساوى، ولا يجوز القضاء بأكثر مطلقاً ويجوز القضاء بأقل حيث حل الأجل، وأما لو كان التعامل بالعدد وبالوزن فاختار الأجهوري إلغاء العدد واختار غيره إلغاء الوزن راجع شرح خليل، وحملنا مجلس القضاء على حلول الأجل لأنه المتعين كما هو موضوع كلام خليل، لأن القضاء قبل الأجل بأكثر حرام باتفاق، كما اتفق على حرمة الزيادة عند الشرط أو الوعد أو العادة.

ثم شرع في مفهوم العرض بقوله: (ومن عليه دراهم أو دنانير من بيع أو من قرض مؤجل) كل منهما (فله) أي فيجوز لمن عليه ما ذكر (أن يعجله قبل أجله) مساياً لما في الذمة أو أعلى ويجبر صاحبه على قبوله، لأن أجل دين العين من حق من هو عليه في الزمان والمكان كان من بيع أو قرض، ولا فرق في جبر صاحب العين على قبولها بين كون الدفع في بلد القرض أو غيره لأنه لا كلفة في حمل العين، وينبغي أن يكون مثل العين غيرها مما يخف حمله كالجواهر النفيسة وإن ألحقت بالعروض في غير هذا، وإلى هذه المسألة أشار خليل بقوله: وجاز قبل زمانه قبول صفته، قال شراحه: أي وفي محله ثم قال: كفيل محله في القرض مطلقاً، وفي الطعام إن حل إن لم يدفع كراء ولزم بعدهما

يُعَجَّلُ الْعُرُوضُ وَالطَّعَامُ مِنْ قَرْضٍ لَا مِنْ بَيْعٍ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ثَمَرٍ أَوْ حَبٍّ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ

كقاض إن غاب، قال شيخ مشايخنا الأجهوري: وينبغي أن يقيد لزوم قبول دين العين وما ألحق بها في غير بلد القرض بأن لا يكون بين البلدين خوف وإلا لم يلزمه كما في دين غير العين، ويقيد أيضاً لزوم القبول بأن يجعل جميعه أو بعضه مع عسره بالباقي، وقولنا مسايأ أو أعلى لأن تعجيل الأقل حرام كما تقدم لما فيه من ضح من حقه وتعجل لأنه يدخل القرض أيضاً، وتعجيل الأكثر عدداً أو وزناً فوق رجحان الميزان فيه سلف جر نفعاً وهو حرام في القرض، بخلاف ثمن المبيع فإنه يجوز قضاؤه بأكثر إذا كان عيناً، قال خليل مشبهاً في قضاء القرض: وثن المبيع من العين كذلك وجاز بأكثر.

(تنبيه) إذا عرفت هذا فكان ينبغي للمصنف أن لو قال بدل فله أن يعجله قبل أجله فيجب على صاحبها قبولها قبل أجلها، لأن الضمير راجع للدرهم والدنانير، ولأجل الإخراج الآتي في قوله: لا من بيع فإنه مخرج من لزوم القبول لا من جواز التعجيل فإنه غير متوهم وهو جائز في عروض البيع والسلم، ويجوز لمن هي عليه تعجيلها قبل أجلها وإن كان المشتري لا يجبر على قبولها لأن الأجل من حقهما فيجوز أن يتراضيا على التعجيل، ولكن المصنف رحمه الله لم يقصد التدقيق في التعبير نظراً لحال من قصده بكتابه، ولما كان دين القرض يفترق فيه عرض البيع من القرض بينه بقوله: (وكذلك له) أي من عليه الدين (أن يعجل العروض والطعام) قبل الأجل إذا كانتا (من قرض) ويجبر المقترض على قبولها لأن الأجل في القرض من حق من هو عليه، فإذا أسقط حقه منه لزم الآخر القبول حيث كان في بلد القرض وإلا لا يلزمه لكلفة الحمل بخلاف العين كما تقدم (لا من بيع) فلا يلزم صاحب دين العرض والطعام قبوله قبل الأجل لأن الأجل في عرض البيع ومنه السلم من حقهما، فإذا عجله من هو عليه لا يلزم صاحبه قبوله، وإنما حملنا كلامه على خلاف ظاهره وهو عدم جواز التعجيل لأنه لا يصح، لأنه يجوز لمن عليه دين العرض تعجيله إذا رضي من هو له بقبضه قبل أجله، والحاصل أن دين العين يجوز لمن هو عليه تعجيله ويلزم صاحبه قبوله، لا فرق بين كونه من قرض أو بيع، وأما لو كان من غير العين فيفصل فيه إن كان من قرض، فكذلك يجوز تعجيله ويجبر مستحقه على قبوله، وأما من بيع فلا يجبر مستحقه على قبوله، وإنما كان الأجل في عروض البيع من حقهما لأنها ترصد بها الأسواق طلباً للأرباح.

(تنبيهان) الأول: تلخص مما قدمناه لزوم قبول دين القرض العين مطلقاً أو غير العين حيث كان الدفع في بلد القرض، وأما في غيرها فلا يلزم قبول غير العين مطلقاً، كما لا يلزمه قبول العين إذا كان بين البلدين خوف. الثاني: سكت المصنف عن حكم الدفع بعد حلول الأجل لوضوح أمره وهو وجوب الدفع على من هو عليه ووجوب القبول على من هو له، قال خليل: ولزم بعدهما كقاض إن غاب وجاز أجود وأردأ لا أقل إلا عن مثله

وَيَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا بَدَأَ صَلاَحُ بَعْضِهِ وَإِنْ نَخَلَةً مِنْ نَخِيلٍ كَثِيرَةٍ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا فِي الْأَنْهَارِ

ويبريء مما زاد، أي يجوز للمسلم أن يقبل من المسلم إليه بعد الأجل، وفي محل السلم الأجود عن الأدنى والأدنى عن الأجود، لأن قضاء الأجود حسن قضاء الأدنى حسن اقتضاء، وأما قبول الأقل قدرأ عن أكثر منه فما لا يدخله الربا كالحديد والخشب يجوز من غير شرط، وأما ما يدخله الربا كالأطعمة والتفود فلا يجوز إلا بشرط، أخذ القليل عن مثله وإبراء ذمة من هو عليه مما زاد كما تقدم في كلام خليل، وأما أخذ القليل صلحاً عن الجميع فهذا لا يجوز، هذا ملخص كلام خليل ذكرناه إتماماً للفائدة.

ثم شرع في مسائل يعلم منها شرطية الانتفاع والعلم بالمعقود عليه والقدرة على تسليمه وعدم النهي عن بيعه بقوله: (ولا يجوز بيع ثمر) بالمثلثة كبلح وعنب (أو حب) كقمح وفول (لم يبد صلاحه) لعدم الانتفاع به المعتبر شرعاً في البيع، ولذا نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وعن بيع الحب حتى يبيض ويأمن العاهة، ومحل المنع لما ذكر إن وقع على شرط التبقية أو الإطلاق، وأما على شرط الجذ فيجوز إن نفع واضطر له ولم يتمالا عليه، وكذا يجوز شراؤه تبعاً لأصله بأن اشتريا معه أو الأصل أولاً ثم الحق به، والأصل والأشجار بالنسبة للثمر والأرض بالنسبة للحبوب، قال خليل: وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إن لم يستتر وقبله مع أصله أو الحق به أو على قطعه إن نفع واضطر له ولم يتمالا عليه على التبقية أو الإطلاق، وإذا وقع الشراء على الوجه الممنوع فإنه يفسخ، وضمان الثمرة من البائع ما دامت في رؤوس الشجر، فإذا جذها رطبة رد قيمتها وتمراً رده بعينه إن كان قائماً، وإلا رد مثله إن علم وإلا قيمته. ثم شرع في مفهوم لم يبد صلاحه بقوله: (ويجوز بيعه) أي المذكور من ثمر وحب. (إذا بدا صلاح بعضه) وأولى كله قال خليل: وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إن لم يستتر، فإن استتر في أكمامه كقلب لوز وجوز في قشره وكقمح في سنبله وبرر كتان في جوزه لم يصح بيعه جزافاً لعدم الرؤية ويصح كيلاً، وأما شراء ما ذكر مع قشره فيجوز جزافاً ولو باقياً في شجره لم يقطع إذا بدا صلاحه ولم يستتر بورقه، ثم بالغ على الاكتفاء ببدو صلاح البعض بقوله: (وإن) كان ذلك البعض (نخلة من نخيل كثيرة) إذا لم تكن باكورة، قال خليل: وبدوه في بعض حائط كاف في جنسه إن لم تبكر، وأما الباكورة إذا بدا صلاحها وحدها فلا يجوز بيع غيرها ببدو صلاحها ويجوز بيع ثمرها وحدها، ومفهوم كلام المصنف كخليل أن بدو صلاح البلح لا يكفي في حل بيع نحو العنب وهذا مختص بالمقائي والثمر، وأما بدو صلاح بعض الزرع فلا يكفي في حل بيع باقيه بل لا بد من ييس حب جميع الزرع، والفرق بين الثمر والمقائي يكتفي ببدو صلاح بعض الجنس، والزرع لا يحل إلا ببدو صلاح المعقود عليه أن الثمر إذا بدا صلاح بعضه يتبعه الباقي سريعاً، ومثله نحو القثاء بخلاف الزرع، ولشدة حاجة الناس لأكل الثمار رطبة.

وَالْبِرْكِ مِنَ الْحَيْتَانِ وَلَا يَبِيعُ الْأَجْنِينَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَلَا يَبِيعُ مَا فِي بَطْنِ سَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ وَلَا

(تنبيهات) الأول لم يبين المصنف ما يبدو به الصلاح وبينه غيره بأنه في البلح الزهو بضم الزاي والواو المشددة وهو احمراره أو اصفراره، ويقوم مقام الزهو ظهور الحلاوة في البلح الخضاري، وأما بدوه في نحو العنب والتين والمشمش فظهور الحلاوة وفي الموز بالتهيب للنعج، وفي ذي النور بفتح النون بانفتاحه كالورد والياسمين، وفي البقول واللفت والجزر والفجل والبصل بإطعامها واستقلال ورقها بحيث لا تفسد عند قلعها، وأما البطيخ المعروف بالعدلاوي والقاوون فاختلف فيه على قولين: أحدهما أن يصفر، والثاني يكتبني بتهينه للإصفرار، وأما البطيخ الأخضر فبدو صلاحه بتلون لبه بالسواد أو الحمرة، وأما قصب السكر فبظهور حلاوته، وأما الجوز واللوز وما شابههما فأخذه في اليبس، وأما نحو القمح والفول والعدس ونحوها من بقية الحبوب فبدو صلاحه ييسه على المعتمد، فلو عقد عليه فريكاً فسخ إلا أن يفوت بقبضه بعد جذه، قال خليل: ومضى بيع حب أفرك قبل ييسه بقبضه، وأقول: الضابط الشامل لكل ما سبق أن يبلغ المعقود عليه الحالة التي ينتفع به فيها على الوجه الكامل.

الثاني: لم يعلم من كلامه حكم الذي يطرح بطوناً وفيه تفصيل محصله أن ما لا تتميز بطونه مما يخلف كالياسمين والمقائي كالخيار فللمشتري جميع البطون ولو لم يشترط ذلك، لأنه لا يجوز شراء ما تطرحه المقثاة مدة نحو جمعة أو نصف شهر لعدم ضبط ذلك، وأما ما تتميز بطونه بأن تقطع البطن ثم تخلفها أخرى فحكمه أن تباع كل بطن على حدتها، ولا يكفي في حل بيع بطن بدو صلاح أخرى، قال خليل: لا بطن ثان أول هذا حكم البطون التي تأتي وتنقطع أصلاً، وبقي حكم ما تستمر ثمرته زمناً طويلاً فهذا يجب عند بيعه ضرب الأجل، قال خليل: ووجب ضرب الأجل إن استمر كالموز.

الثالث: ما قررناه من نصب نخلة على الخيرية لكان المضمره هو الظاهر لكثرة حذفها مع اسمها بعد إن ولو الشرطيتين، ويوجد في بعض النسخ رفعها، ويمكن توجيهه على جعله فاعلاً بفعل محذوف تقديره وإن بدا نخلة أي صلاح نخلة ولم يظهر لي وجه استحسان الرفع، ولما كان من شرط المعقود عليه علمه: (لا يجوز بيع ما في الأنهار) جمع نهر بفتح الهاء وسكونها وهي البحار. (و) لا ما في (البرك من الحيتان) لكثرة الغرر وكذلك الطير في الهواء والنحل خارجاً عن الجبج لعدم القدرة على تسليمها وتسلمها، وأما لو كان النحل في جبجه فيجوز بيعه ولو بدون جبجه، كما يجوز بيع العصافير بقفصها لكن مذبوحة وأما حية فلا إلا أن يشتريها مع طرفها فيجوز لأنه غرر تابع، وقدمنا أنه يجوز شراء النحل في جبجه ويدخل الجبج تبعاً، كما أنه لو عقد على الجبج وسكت عن النحل أنه يدخل النحل ولا يدخل العسل في الصورتين، وما تقدم من منع بيع السمك في الماء قيده بعض الشيوخ بما إذا لم يكن في محل محصور كبركة صغيرة بحيث يتوصل إلى معرفة ما فيها ويقدر على تناولها وإلا جاز.

يَبِعُ نَتَاجَ مَا تَتَجَّ النَّاقَةُ وَلَا يَبِعُ مَا فِي ظُهُورِ الْإِبِلِ وَلَا يَبِعُ الْآبِقُ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ وَنَهَى عَنْ

(تنبيه) تكلم المصنف على منع بيع السمك في الماء وسكت عن جواز اصطياته للإجماع على جوازه، إلا أن يكون الماء في أرض مملوكة للغير، وأراد غير المالك للأرض اصطياً ما فيها ففي منعه خلاف، والمعتمد أنه لا يجوز لمالك الأرض منع الاصطياد منها إلا في صورة وهي أن يكون اصطياً الغير يضر صاحب الأرض، كأن تكون البركة في وسط زرع صاحب الأرض. (ولا) يجوز أيضاً (بيع الجنين) حال كونه (في بطن أمه) لا بيع أمه مع استثنائه، قال خليل: ولا يستثنى ببيع أو عتق، وعلة الحرمة في البيع الغرر لأن عتق إمام يسري إلى جنينها لخبر: «كل ذات رحم فولدها بمنزلتها». (ولا) يجوز أيضاً (بيع ما في بطون سائر الحيوانات) محض تكرار مع ما قبله (ولا بيع نتاج ما تنتج) بضم التاء الأولى وفتح الثانية على لفظ المبني للمفعول الذي بمعنى المبني للفاعل وفاعله (الناقة) لقوله ﷺ: «لا يباع حبل الحبل» فقد فسره ابن وهب وغيره بنتاج ما تنتج الناقة لما فيه من شدة الغرر. لأنه جنين الجنين، وقد تقدم منع بيع الجنين فكيف تجنين الجنين، وبعضهم فسر حبل الحبل بأنه بيع الحيوان الصغير وتأجيل ثمنه ليكون من نتاجه وهو غير مناسب للحديث وإن كان ممنوعاً أيضاً، ولا مفهوم للناقة كما يدل عليه الكلام السابق (ولا) يجوز أيضاً (بيع ما في ظهور الإبل) المراد الفحول مطلقاً بأن يقول صاحب الفحل لصاحب الناقة مثلاً: أبيعك ما يتكون من ماء فحلي هذا في بطن ناقتك أو ناقتي، لما في البخاري عنه ﷺ من النهي عن غسيب الفحل، وخبر الموطأ عن سعيد بن المسيب مراسلاً: «إلا ربا في الحيوان» وإنما نهى عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل الحبل، قال مالك: المضامين بيع ما في بطون الإناث، والملاقيح بيع ما في ظهور الفحول، وحبل الحبل بيع الجوزر إلى أن ينتج نتاج الناقة على ما ذكرنا، وإذا وقع العقد على شيء من ذلك فإنه يفسخ إلا أن يفوت المعقود عليه بما يفوت به البيع الفاسد. (ولا) يجوز أيضاً (بيع العبد) (الآبق) ولا البعير (الشارد) لعدم القدرة على تسليم الآبق والشارد، وشرط صحة عقد البيع القدرة على المعقود عليه، قال مالك: بيع الآبق في إباقه فاسد وضمانه من بائعه ويفسخ وإن قبض وظاهره ولو كان مقيداً ببلد وحبس لصاحبه، وقال اللخمي: لو كان في بلد موثقاً وحبس لصاحبه جاز بيعه على الصفة ويكون تحصيله على البائع، ويؤخر قبض الثمن إلى حين القبض، قال بعض شيوخنا: تفصيل اللخمي وتأمل هذا الضعيف مع قول المدونة في كتاب اللقطة: وإذا عرف أن الآبق عند رجل جاز أن يباع منه أو من غيره ممن يوصف له إذا وصف للسيد أيضاً حاله الآن وصفته إن مضى زمن يمكن أن يتغير فيه أو كان المشتري لا يعلم صفته لا إن كان الأمر بالقرب والمشتري يعرف صفته فلا حاجة إلى الوصف وأن لا يشترط نقد الثمن، ويشترط في الكائن عنده الآبق أن يكون غير الإمام، ومثله من لم يمكن الوصول إلى ما في يده، فإن كلام اللخمي ملخص كلام المدونة. (ونهى) ﷺ

بَيْعِ الْكِلَابِ وَأُخْتَلِفَ فِي بَيْعِ مَا أُذِنَ فِي اتِّخَاذِهِ مِنْهَا وَأَمَّا مَنْ قَتَلَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَلَا يَجُوزُ
بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ وَلَا يَبْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ وَذَلِكَ أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً إِمَّا بِخَمْسَةِ نَقْدًا

نهى تحريم (عن بيع الكلاب) والمنع متفق عليه إن كان غير مأذون في اتخاذه بدليل (واختلف في بيع ما أذن في اتخاذه منها) على ثلاثة أقوال: المنع والكرهه والجواز، والمشهور منها عن مالك المنع، واقتصر عليه العلامة خليل حيث قال وعدم نهى لا ككلب صيد، والكرهه رواها ابن القاسم عن مالك أيضاً ولكنها ضعيفة وإن نقلت عن بعض الأصحاب، والجواز قول ابن كنانة وسحنون حتى قال سحنون: أبيع وأحج بشمته، وقد علمت أن المعتمد الأول، والدليل على النهي المذكور ما في مسلم: «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن» ومهر البغي ما تأخذه المرأة على فرجها، وسمي مهراً مجازاً، وحلوان الكاهن ما يأخذه على كهانته، قال ابن عمر: أثمان هذه الثلاثة خبيثة باتفاق، وكذلك ما يؤخذ على الجاه حرام باتفاق، وإباحة اتخاذ الكلاب لا تدل على جواز بيعها، فإن وقع ونزل وعقد على الكلب فالحكم أنه يفسخ بيعه إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم الفسخ وإن طال، وعن ابن ناجي المضي بمجرد العقد مراعاة لمن يقول بالجواز، هذا حكم المأذون في اتخاذه وهو كلب الزرع والحراسة والصيد.

وأما ما لا يجوز اتخاذه فقد قدمنا أنه لا خلاف في عدم جواز بيعه، وإذا وقع العقد عليه كان باطلاً لأنه لا ضمان على قاتله تعدياً لقول بعض العلماء يندب قتله، ولما كان لا تلازم بين حرمة البيع وعدم الضمان قال: (وأما من قتله) أي الكلب المأذون فيه (فعليه) غرم (قيمته) يوم قتله على تقدير جواز بيعه من غير تحديد على المعتمد، كغرم قيمته الجلد المدبوغ وأم الولد ولحم الأضحية بعد ذبحها لما علمت من أنه لا تلازم بين حرمة البيع وعدم الضمان ولذلك قالوا: لو حلف شخص لا يبيع ثوبه مثلاً فحرقه شخص وأخذ الحالف قيمته لا حنث أي لأنه لم يبعه. (و) كذلك (لا يجوز) أي يحرم أيضاً (بيع اللحم بالحيوان) حيث كان (من جنسه) ولو كان الحيوان يراد للقتية للمزانية وهي بيع معلوم بمجهول، قال خليل: وفسد منهى عنه إلاً بدليل كحيوان بلحم جنسه إن لم يطبخ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فيجوز، كبيع لحم طير بحيوان من ذوات الأربع لما مر من أن ذوات الأربع جنس الطير كله جنس آخر، وقيد أهل المذهب منع بيع اللحم بحيوان من جنسه بما إذا لم يطبخ اللحم وإلاً جاز يبعه بحيوان من جنسه، وظاهر كلام أهل المذهب: ولو كان الطبخ بغير أبقار واشتراط الأبقار في انتقال اللحم إنما ذلك في انتقاله عن اللحم لا عن الحيوان، وإذا بيع المطبوخ بالحيوان من جنسه فشرط جوازه التعجيل، وأما إلى أجل فيحرم إلاً إذا كان الحيوان يراد للقتية كجمل أو ثور، ومثل اللحم في منع البيع بالحيوان الحيوان الذي لا تطول حياته أو لا منفعة فيه إلاً اللحم، أو قلت: لا يجوز بيع

أَوْ عَشْرَةَ إِلَى أَجَلٍ قَدْ لَزِمَتْهُ بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ التَّمْرِ بِالرُّطْبِ وَلَا الزَّيْبِ بِالْعَيْبِ

واحد منها بالآخر لأنه يقدر أحدهما لحماً، وأما حيوان يراد للقنية مثلاً فيجوز ولو لأجل كجواز بيع حيوان القنية بلحم غير جنسه ولو لأجل، بخلاف حيوان غير القنية فيشترط في جواز بيعه بلحم من غير جنسه التعجيل، وأما بيع اللحم باللحم فيجوز مثلاً بمثل يداً بيد حيث كانا من جنس واحد، والحاصل أن الصور ست: بيع اللحم بحيوان من جنسه، بيعه بحيوان من غير جنسه وهاتان صورتان في بيع اللحم بحيوان، وصورتان في بيع اللحم باللحم لأنه تارة يكون من جنسه وتارة من غير جنسه فهذه أربع، وصورتان في بيع الحيوان بالحيوان لأنه إما من جنسه وإما من غير جنسه، فهذه جملة الست وأحكامها مختلفة، لأن اللحم باللحم من جنسه لا يجوز إلا عند المماثلة والمناجزة، وإما بغير جنسه فيكفي المناجزة، كما أنه يكتفي بالمناجزة في بيع الحيوانات التي لا تتراد للقنية بشيء من الأطعمة ولو لحماً نياً من غير جنسها، وأما الحيوان بالحيوان فتقدم إن كانا يرادان للقنية فالجواز ولو لأجل، وأما ما لا يراد للقنية فيحرم بيعه بمثله ولو نقداً للغرر لأنه يقدر أحدهما لحماً، وأما بحيوان من غير جنسه فيجوز نقداً لا إلى أجل، والحيوانات التي لا تتراد للقنية كما لا تباع بلحم من جنسها ولو نقداً ولا من غير جنسها لأجل لا يجوز دفعها كراء لأرض ولا قضاء عن دارهم أكرت الأرض بها، والدليل على ما ذكر المصنف «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان» ومحملة عند مالك على الجنس الواحد حيث لم يطبخ للمزانية، لأن دافع المذبوح قد يذبح الحي فيصير لحماً مغيباً بلحم مغيب، وقد يزيد لحمه على اللحم المدفوع فيه وقد ينقص، والشك في التماثل كتتحقيق التفاضل، وأما لو طبخ لجاز بيعه بالحيوان لانتقاله وصار كأنه جنس آخر.

(ولا) يجوز أيضاً (بيعتان في بيعة) أي جمع بيعتين في بيعة أي في عقد لما في الموطأ من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعتين في بيعة، ومحملة عند مالك على صورتين، وبين المصنف إحداهما بقوله: (وذلك أن يشتري) شخص (سلعة إما بخمسة نقداً أو بعشرة إلى أجل) والحال أنهما دخلا على أن السلعة (قد لزمته بأحد الثمنين) وإنما منع ذلك للغرر، لأن البائع لا يدري بم باع، والمشتري لا يدري ما اشترى، ولذلك لو عكس التصوير كأن يبيعه بعشرة نقداً أو بخمسة لأجل لجاز لعدم التردد حينئذ، لأن العاقل إنما يختار البيع إلى أجل بالثمن القليل، وتسمية ذلك العقد بيعتين باعتبار تعدد الثمن، ومفهوم قد لزمته أن العقد لو وقع على الخيار لجاز سواء كان لأحدهما أو لها، والصورة الثانية أن يبيعه إحدى سلعتين مختلفتين بغير الجودة كثوب ودابة أو رداء أو كساء والحال أنهما دخلا على أن المبيع إحداهما على اللزوم ولو لأحدهما فإنه يمتنع للجهل بالثمن إن اختلف أو بالثمن إن اتحد، وأما على الخيار فيما يعينه فجائز، كما يجوز اختلافهما بالجودة والرداء، لأن الغالب أن المشتري إنما يدخل على أخذ الأجود وهذا حيث لم تكن السلعة

لَا مُتَّفَاضِلًا وَلَا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَلَا رَطْبٍ يَبِابِسٍ مِنْ جِنْسِهِ مِنْ سَائِرِ الثَّمَارِ وَالْفَوَاكِهِ وَهُوَ مِمَّا نَهَى عَنْهُ مِنَ الْمُرَابَنَةِ وَلَا يُبَاعُ جُزَافٌ بِمَكِيلٍ مِنْ صِنْفِهِ وَلَا جُزَافٌ بِجُزَافٍ مِنْ صِنْفِهِ إِلَّا

المبيعة أحد طعامين، وإلا امتنع مطلقاً بناء على أن من خير بين شيئين يعد منتقلاً، وأشار خليل إلى هاتين الصورتين بقوله: وكبيعتين في بيعة يبيعهما بالإلزام بعشرة نقداً أو أكثر لأجل، أو سلعتين مختلفتين إلا بجودة ورداءة وإن اختلفت قيمتها لا طعام وإن مع غيره. (و) كذا (لا يجوز بيع التمر) بالمشاة (بالرطب) بضم الراء وفتح الطاء لأن الشك في التماثل كتحقق التفاضل (ولا) يجوز أيضاً بيع (الزبيب بالعنب) لا نقداً ولا مؤجلاً (لا متفاضلاً ولا متماثلاً ولا رطب ولا يابس) كائن (من جنسه من سائر) أي من جميع أنواع (الثمار والفواكه) والحبوب فلا يباع الفول الحار باليابس ولا القمح بالبليلة لعدم تحقق المماثلة مع عدم انتقال أحدهما، ولذا يجوز بيع المدمس باليابس والقمح بالهريسة يبدأ لانتقال المدمس والمطبوخ عن أصله، كما يجوز اليابس بالرطب من غير الجنس لأن المماثلة إنما تعتبر في الجنس الواحد الربوي. ثم بين علة المنع في التمر بالرطب وما بعده بقوله: (وهو) أي بيع التمر بالرطب وما بعده (مما نهى عنه من) أي لأجل (المزابنة) أو الذي هو المزابنة فتكون بيانية كهي في آية: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾ [الحج: ٣٠] أي الذي هو الأوثان، والمزابنة مأخوذ من الزبن وهو الدفع، لأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه ويغالبه، وفسرها أهل المذهب بأنها بيع معلوم بمجهول، أو بيع مجهول بمجهول من جنسه.

وأشار المصنف إلى هذين التفسيرين بقوله: (ولا يباع جزاف) وهو الذي لم يعلم قدره بمعياره الشرعي (بمكيل من جنسه) لأنه بيع مجهول بمعلوم وهذا أحد التفسيرين، وأشار إلى الثاني بقوله: (ولا) يباع (جزاف بجزاف من جنسه) وهذا هو بيع المجهول بمجهول من جنسه، ومثال الأول: كصبرة قمح لا يعلم كيلها بوسق أو وسقين من القمح، ومثال الثاني: كصبرة قمح غير مكيلة بأخرى غير مكيلة، قال خليل عاطفاً على ما يجوز: وكمزابنة مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه، واحترز بقوله من جنسه عن بيع شيء بشيء آخر من غير جنسه فلا شك في جوازه بشرط المناجزة لأنه لا مزابنة بين الجنسين لقوله صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم: «إذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يبدأ بيد» ومثل الجنسين في الجواز الجنس الواحد إذا دخلت الصنعة القوية فيه، فإنه يجوز بيع المصنوع بغيره مما لم تدخله صنعة، أو تدخل فيه صنعة سهلة كقطعة نحاس جعلت صحناً أو إبريقاً فإنه يجوز بيعها بما تدخله صنعة قوية ولو جهل قدره، قال خليل: وجاز بيع نحاس بتور ولا بفلوس لهينة صنعتها، واعلم أن المزابنة لا تختص بالربوي لعموم النهي عن الغرر، إلا أن الربوي يتميز عن غيره من جهة اشتراط المماثلة وعدمها، فإن الذي يدخله ربا الفضل لا يجوز بيع الجنس منه بجنسه إلا عند تحقيقها.

وأما غيره فإنما تدخل فيه المزابنة عند عدم تحقق المفاضلة وإليه أشار بقوله: (إلا أن

أَنْ يَتَّبِعَنَّ الْفَضْلُ بَيْنَهُمَا إِنْ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الشَّيْءِ الْغَائِبِ عَلَى الصِّفَةِ وَلَا يُنْقَدُ فِيهِ بِشَرْطٍ إِلَّا أَنْ يَقْرَبَ مَكَانَهُ أَوْ يَكُونَ مِمَّا يُؤْمَنُ تَغْيِيرُهُ مِنْ دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ شَجَرٍ فَيَجُوزُ النَّقْدُ فِيهِ وَالْعَهْدَةُ جَائِزَةٌ فِي الرَّقِيقِ إِنْ أَشْتَرَطْتَ أَوْ

يتبين الفضل بينهما) أي المجهولين فيجوز بيع أحدهما بالآخر (إن كان) ما وقعت فيه المفاضلة البينة (مما يجوز التفاضل في الجنس الواحد منه) بأن لا يكون مما يقتات ويدخر ولا من أحد النقيدين، بل كان مما يدخله ربا النساء فقط، أو لا يدخله ربا أصلاً كالنحاس والحديد، قال خليل: وجاز إن كثر أحدهما في غير ربوي لأن المراد في غير ربوي أي ربا فضل، وأما ما يدخله ربا الفضل فلا يباع بعضه ببعض إلا عند تحقيق المماثلة والمناجزة كما قدمناه، ولما كان العلم بالمعقود عليه غير محصور في مشاهدته مع شرطية العلم في بيع اللزوم قال: (ولا بأس ببيع الشيء الغائب على الصفة) ولو على اللزوم، وأما على خياره بالرؤية فيجوز ولو من غير ذكر لجنسه، قال خليل: وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية أو على يوم أو وصفه غير بائعه أي ولو كان بوصف بائعه، واعلم أن بيع الغائب على ثلاثة أقسام: أحدها أن يباع بالصفة على اللزوم وجوازه مشروط بغيبته ويكفي غيبته ولو عن مجلس العقد، ولا يشترط أن يكون في رؤيته مشقة ولا غيبته عن البلد على المأخوذ من المدونة ورجحه ابن عبد السلام وابن عرفة، خلافاً لما يفهم من كلام خليل نبه على ذلك الأجهوري، نعم يشترط أن لا يبعد مكانه جداً كخراسان من الأندلس، كما يشترط ذلك في كل مبيع على اللزوم، ومثل غيبته عن مجلس العقد حضوره به حيث كان في رؤيته مشقة أو فساد، وأما الحاضر بمجلس العقد ولا مشقة ولا فساد في رؤيته فلا بد في صحة العقد عليه من رؤيته حيث كان البيع على اللزوم، وأن يكون بوصف غير البائع إن اشترط نقد الثمن فيه وإلا جاز ولو بوصفه على المعتمد، وأن يكون المشتري يعرف ما يوصف له معرفة تامة، وأن لا يكون مكانه بعيداً جداً كخراسان من إفريقية. (و) من شروط المبيع بالصفة على اللزوم أيضاً أن (لا ينقد فيه) الثمن (بشرط إلا أن يقرب مكانه) أي المبيع على الصفة بأن يكون على مسافة كيومين ذهاباً حيث لا يؤمن تغييره بأن كان حيواناً (أو يكون مما يؤمن تغييره) وهو العقار (من دار أو أرض أو شجر فيجوز) اشتراط (النقد فيه) أي فيما ذكر مما يقرب مكانه أو يؤمن تغييره، وقال خليل: وجاز النقد فيه أي الغائب على الصفة باللزوم عقاراً أو غيره تطوعاً، ومع الشرط في العقار المعقود عليه بغير وصف البائع وفي غيره إن قرب كاليومين، والحاصل أن الغائب المبيع بالصفة على اللزوم يجوز النقد فيه تطوعاً مطلقاً، وأما بشرط فيجوز في العقار مطلقاً وفي غيره إن قرب مكانه، وأما ما يبيع على الخيار عند رؤيته فلا يجوز النقد فيه ولو تطوعاً، قال خليل: ومنع وإن بلا شرط في مواضعة وغائب وكراء ضمن وسلم بخيار. القسم الثاني من أقسام بيع الغائب ما يباع على الخيار بالرؤية وهذا جائز، ولو كان قريباً بحيث لا مشقة في رؤيته أو كان

كَانَتْ جَارِيَةً بِالْبَلَدِ فَعَهْدَةُ الثَّلَاثِ الضَّمَانُ فِيهَا مِنَ الْبَائِعِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ وَعَهْدَةُ السَّنَةِ مِنَ

بعيداً جداً، قال خليل: وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية، ولا يقال: شرط البيع علم المعقود عليه زمن العقد، لأننا نقول: هذا شرط في البيع على اللزوم كما نبهنا عليه فيما سبق القسم الثالث: أن يباع على رؤية سابقة وهو جائز ولو على اللزوم، ولو كان حاضراً بين يدي المتعاقدين خلف جدار أو في صندوق مثلاً.

(تتمتان) الأولى: لم يذكر ضمان الغائب ومحصله: إن كان عقاراً وأدركته الصفة سالمًا

يكون من المشتري بمجرد العقد يبيع بشرط النقد أم لا، قرب مكانه أو بعد حيث يبيع جزافاً، هكذا قاله بعض شراح خليل، ولي وقفة في صحة بيعه جزافاً مع غيبته إلا أن يقال: بناء على الاكتفاء بالوصف في بيع الجزاف وغير العقار ضمانه من البائع، وكذا العقار إذا لم تتحقق سلامته عند العقد، وهذا التفصيل حيث لم يشترط خلافه وإلا عمل بالشرط راجع شراح خليل. الثانية: لم يتكلم المصنف أيضاً على تحصيل الغائب وإحضاره للمشتري، ونص عليه خليل بقوله: وقبضه على المشتري لا على البائع، قال ابن عرفة: الإتيان بالغائب على مبتاعه وشرطه إياه على بائعه مع ضمانه يفسد بيعه، وإن كان ضمانه في إتيانه مبتاعه فجائز وهو بيع وإجارة. ثم شرع يتكلم عن العهدة وهي في اللغة مأخوذة من العهد الذي هو الالتزام قال تعالى: ﴿أوفوا بعهدتي﴾ [البقرة: ٤٠] أي بما التزمتم لي من طاعتي أوف لكم بما التزمتم لكم من ثوابي، وأما شرعاً واصطلاحاً فهي تعلق ضمان المبيع من بائعه مما يطرأ عليه وهي على قسمين: عامة وخاصة، فالعامة هي عهدة الإسلام وهي درك المبيع من العيب والاستحقاق فإنه غير مختصة بالرقيق، ولا يعمل بشرط إسقاطها بالنسبة للاستحقاق، وكذا العيب في غير الرقيق، وكذا في الرقيق بالنسبة للعيب الذي يعلم به البائع، بخلاف عيب الرقيق الذي لم يعلم به إن طالقت إقامته عنده، وخاصة وهي المتعلقة بالرقيق فقط وأشار لها بقوله: (والعهدة) وهي تعلق ضمان المبيع من كل حادث أو من حادث مخصوص في زمن محدود. (جائزة) معمول بها (في الرقيق) فقط لأن له قدرة على التحيل بكتم بعض عيوبه دون غيره. (إن اشترطت) بأن اشترطها المشتري على البائع وإن لم تجر بها العادة. (أو كانت جارية) أي معتادة (في البلد) الذي وقع فيه البيع، وكذا إن حمل السلطان الناس عليها ويقضى بها على هذا الوجه، فإن لم يكن شرط ولا عادة ولا حمل السلطان الناس عليها فلا تلزم ولا يقضى بها، وتلك العهدة على قسمين: عهدة ثلاث وعهدة سنة. (فعهدة الثلاث) قليلة الزمان كثيرة الضمان لأن (الضمان فيها من البائع في كل شيء) يحدث في الرقيق في ثلاثة أيام كوامل لإلغاء الكسر وتعتبر بلياليها بعد العقد اللزوم ابتداءً أو بانقضاء أيام الخيار، قال خليل: ورد في عهدة الثلاث بكل حادث حتى الموت ما عدا ذهاب المال، فمن اشترى عبداً واشترط ماله ثم ذهب في زمن العهدة فلا يرد به لأنه لا حظ له في ماله، وأما لو اشترطه السيد لنفسه لكان له رده بذهاب ماله، وإذا كان

الْجُنُونِ وَالْجُدَامِ وَالْبَرَصِ وَلَا بَأْسَ بِالسَّلْمِ فِي الْعُرُوضِ وَالرَّقِيقِ وَالْحَيَوَانِ وَالطَّعَامِ

ضمان الحادث بعد لزوم العقد من البائع ويرده المشتري به، فمن باب أولى له الرد بظهور عيب قديم، والنفقة والأرش والموهوب الجميع على البائع وله إلا المستثنى ماله فما يوهب للعبد تابع لما له، وما قدمناه من أن المبيع بعهدته الثلاث يرد بكل حادث وبالقديم بالأولى محله ما لم يبيع بالبراءة من العيوب التي لا يعلمها البائع به مع طول إقامته عنده وإلا لم يرد بالقديم عملاً بالبراءة، وإنما يرد بالحادث عملاً بالعهدته المشترطة أو التي حمل السلطان الناس عليها، كما قرره علامة الزمان الأجهوري.

(تنبيه) ابتداء مدة العهدة بعد انقضاء أيام الخيار وتدخل من أيام المواضعة، قال خليل: ودخلت في الاستبراء بمعنى أن الزمان يحسب لهما، فإذا انقضت أيام العهدة قبل رؤية الدم انتظرتة والمراد به المواضعة لأنها في ضمان البائع، وإذا اشترى على العهدين قدمت عهدة الثلاث وتبتدأ عهدة السنة بعدها وبعد المواضعة. (وعهدة السنة) عكس عهدة الثلاث لأن هذه كثيرة الزمان قليلة الضمان لأن الضمان فيها. (من الجنون) إذا كان بطبع أو مس جن، لا إن كان بكضربة أو طرية. (والجذام والبرص) المحققين وفي مشكوكهما خلاف، قال خليل: وفي عهدة السنة بجذام وبرص وجنون لا بكضربة بشرط استمرار الحاصل من تلك الأدواء إلى تمام السنة، لا إن حصل واحد منها داخل السنة وزال قبل انقضائها فلا رد به إلا أن تقول أهل المعرفة بعوده، ويسقط كل من العهدين بالعتق والتدبير والاستيلاد، قال خليل: وسقطتا بكتعتق فيهما، والدليل على مشروعية العهدين عمل أهل المدينة، وفي الموطأ: أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة حين يشتري العبد أو الوليدة وعهدة السنة، ونقل ابن عبد البر أن عمر بن عبد العزيز قضى بها، وبها قال الفقهاء السبعة وابن شهاب والقضاة ممن أدرکنا يقضون بها، وغير ذلك من الأحاديث.

(تنبيهات) الأول: الكلام السابق واضح فيما إذا تحقق حصول العيب زمن العهدة، وأما لو انقضت أيامها واطلع على عيب وشك في حصوله في زمن العهدة أو بعدها فلم يعلم من كلام المصنف حكمه ونص عليه خليل بقوله: والمحمتمل بعدهما منه أي من البائع. الثاني: ظاهر كلام المصنف العمل بالعهدته لجريان العادة بها في كل رقيق انتقل ملكه لغير مالكة وليس كذلك، فقد استثنى المتيطي إحدى وعشرين مسألة وأشار إليها خليل بقوله: لا في منكح به أو مخالغ أو مصالح به في دم عمد أو مسلم فيه أو به أو مقرض أو غائب اشترى على الصفة أو مقاطع به مكاتب والذي يبيعه السلطان على نحو مفلس، وغير ذلك من بقية المستثنيات المذكورة في المطولات فلا عهدة فيها بمقتضى العادة، وأما لو اشترطت بالفعل لعمل بها ما ارتضاه شيخ مشايخنا الأجهوري، وللمشتري إسقاطهما قبل

وَالْإِدَامِ بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ وَيُعَجَّلُ رَأْسُ الْمَالِ أَوْ يُؤَخَّرُهُ إِلَى مِثْلِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ

العقد وبعده، لأن الحق له بخلاف البائع إنما له إسقاطهما قبل العقد فقط. الثالث: عهدة الرقيق غير عهدة الإسلام، لأن عهدة الإسلام في كل معقود عليه ويقضى بها ولو دخل المتعاقدان على إسقاطها، ولم يبين المصنف الذي تكون عليه، وبينه غيره من شراح خليل بقوله: وهي على متولي البيع إلا الوكيل فلا عهدة عليه في صورتين، وإنما هي على الموكل وهما أن يصرح بالوكالة أو يعلم العاقد أنه وكيل وهذا في غير المفوض، وأما هو فالعهدة عليه لأنه أحل نفسه محل البائع، وكذا المقارض والشريك المفوض في الشركة، وأما القاضي والوصي ففي المدونة لا عهدة عليهما فيها وليبايعه والعهدة في مال اليتامى، فإن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شيء على الأيتام. ثم شرع في الكلام على البيع خاص وهو السلم ويقال له السلف لأن كلاً منهما فيه إثبات مالي في الذمة مبذول في الحال وعوضه مؤجل يقبض في المال، ولذا قال القرافي سمي سلفاً لتسليم الثمن دون العوض، والسلف في اللغة التقديم قال تعالى: ﴿بِمَا أَسْلَفْتُمْ فِي الْأَيَّامِ الْخَالِيَةِ﴾ [الحاقة: ٢٤] أي قدمتم ومعناه شرعاً كما قال ابن عرفة: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين، فقوله بغير عين أخرج بيعة الأجل، وقوله ولا منفعة أخرج به الكراء المضمون، وقوله غير متماثل العوضين أخرج به السلف، وبدأ بحكمه فقال: (ولا بأس بالسلم) أي يجوز السلم (في العروض) وهي ما عدا الحيوانات والأطعمة بقريئة قوله: (و) في (الرقيق و) في (الحيوان) البهيمة (و) في (الطعام) المراد به سائر الحبوب والشمار بقريئة: (والإدام) كالسمن والعسل وكل ما يؤتمد به، والدليل على الجواز قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وما في الصحيحين من أنه ﷺ قال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والإجماع على الجواز ولا نظر إلى من خالف في بعض البياعات، نعم هو مستثنى من أصل ممنوع وهو بيع ما ليس عندك، كما استثنيت الحوالة من بيع الدين بالدين، وبيع العرية من المزبنة، وكما استثنيت الإقالة والتولية والشركة من بيع الطعام قبل قبضه، واستثنى القراض والمساقاة من الإجارة المجهولة. ولما كان السلم مستثنى من أصل ممنوع احتاج إلى شروط زائدة على ما يشترط في أصله وعدتها سبع شروط أشار إليها خليل بقوله: شرط السلم قبل رأس المال كله أو تأخيره ثلاثاً ولو بشرط، وكون المسلم فيه ديناً في الذمة وتأجيله بأجل معلوم أقله نصف شهر إن كان قبض المسلم فيه بيد العقد أو قريب منه على مسافة يوم ونحوه إلا كفى تأجيله بمسافة ما بين البلدين كما بينه المصنف فيما يأتي، ووجوده عند حلوله وبيان الصفة التي تختلف بها الأثمان اختلافاً قوياً وإن يضبط بعادته من كيل أو وزن أو عدد، وأن لا يكونا طعامين ولا نقدين ولا شيئاً في أكثر منه أو أجود كالعكس، بل الشرط اختلاف الجنس ولو تقاربت

وَأِنْ كَانَ بِشَرْطٍ وَأَجَلٍ السَّلِيمِ أَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يَكُونَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا أَوْ عَلَى أَنْ يَقْبِضَ بِبَلَدٍ

منفعتها، ومثل اختلاف الجنس اختلاف المنفعة اختلافاً قوياً، كفاره الحمر في الأعرابية، وكسابق الخيل وقوة الحمل في الإبل، وكثرة لبن البقرة أو قوتها في العمل، أو اختلاف الأفراد بالصغر والكبر.

وأشار المصنف إلى بعض تلك الشروط بقوله: (بصفة معلومة) أي أن الشرط صحة عقد السلم بيان صفة المسلم فيه، قال خليل: وإن تبين صفاته التي يختلف بها الثمن في السلم اختلافاً قوياً كالنوع والجودة والرداءة والتوسط بينهما، فيبين في الجوب كونه قمحاً أو غيره، وكونه سمراء أو محمولة، وكونه جديداً أو قديماً وضامراً أو ممتلئاً، وهكذا كل شيء تختلف أفرادها بالجودة والرداءة سواء كان حيواناً أو عرضاً، ويشترط علم المتعاقدين بالأوصاف وعلم الناس أيضاً، لأنه لو انفرد العاقدان بمعرفة الصفة لم يصح السلم فيما اختص العاقدان بمعرفة لأدائه إلى النزاع، وأشعر قول المصنف بصفة معلومة أن ما لا يمكن وصفه لا يجوز السلم فيه وهو كذلك، ولذلك قال خليل: لا فيما لا يمكن وصفه كتراب المعادن والصواعين، ولا نحو النيلة المخلوطة بالطين أو الحناء، ولا نحو الدور والأرضين لاختلاف الأغراض فيها المقتضي لتعيينها الموصل إلى السلم في معين وهو لا يصح، لأن شرط السلم كون المسلم فيه في الذمة. (تنبيه) ظاهر كلامه أنه لو عقد السلم من غير بيان صفة المسلم فيه يكون العقد باطلاً مطلقاً وليس كذلك، بل يفضل في مفهوم هذا الشرط بين كون الشارع أو العادة عين شيئاً خاصاً أولاً. فيصح العقد في الأول ويفسد في الثاني. (و) من الشروط أن يعقده على (أجل معلوم) فلا يصح السلم الحال ولا المؤجل بأجل مجهول، والدليل على اشتراط الأجل المعلوم قوله ﷺ: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» والأمر هنا للوجوب، وإنما اشترط الأجل للسلامة من بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه، واشترط كونه معلوماً ليعلم منه وقت القضاء والأجل له حصة من الثمن، والثمن يشترط علمه. (و) من الشروط (تعجيل) جميع (رأس المال) في حضرة العقد (أو) أي ويجوز (أن يؤخره إلى مثل يومين أو ثلاثة وإن كان) تأخير تلك المدة (بشرط) لأن ما قبض داخل الثلاثة أيام في حكم المقبوض بحضرة العقد حيث حصل القبض قبل غروب شمس الثالث، وإنما قلنا جميع لأنه لا يكتفي بقبض البعض ويفسد العقد في الجميع كما قاله ابن القاسم، قال خليل: شرط السلم قبض رأس المال كله أو تأخيره ثلاثاً ولو بشرط، وفي فساد الزيادة إن لم تكثر جداً تردد والراجح الفساد، وهذا كله حيث كان أجل السلم خمسة عشر يوماً فأكثر، وأما لو كان أجل السلم على أقل بأن كان المسلم فيه يقبض في غير بلد السلم فإنه يجب فيه القبض بالمجلس أو بالقرب بأن لا يؤخر أكثر من كالיום، وهذا أيضاً في رأس المال العين كما يفهم من كلامه فيما يأتي، وأما لو كان رأس المال حيواناً لجاز تأخيره ولو إلى أجل المسلم فيه، قال

أَخْرَجَ وَإِنْ كَانَتْ مَسَافَتُهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً وَمَنْ أَسْلَمَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ يَفِيضُهُ بِبَلَدِ أَسْلَمَ فِيهِ فَقَدْ أَجَازَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَكَرِهَهُ آخَرُونَ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ جِنْسِ مَا

خليل: وتأخير حيوان بلا شرط أي وأما بالشرط فلا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام كالعين، وأما لو كان طعاماً أو عرضاً فقليل يكره تأخيرهما فوق ثلاثة أيام ولو مع كيل الطعام وإحضار العرض، وقيل: يجوز معهما ويكره مع عدمهما، هذا هو المعتمد خلافاً لظاهر خليل.

ولما وقع الخلاف بين الشيوخ في أقل أجل السلم بين المصنف مختاره منه بقوله: (و) أقل (أجل السلم أحب إلينا) على جهة الوجوب (أن يكون خمسة عشر يوماً) فأكثره، ومعنى كلامه أنه يجب أن يكون أجل السلم خمسة عشر يوماً لا أقل منها حيث كان يقبض المسلم فيه في بلد العقد أو ما قرب منه، ولذا قال خليل: وأن يؤجل بمعلوم زائد على نصف شهر، فذكر لفظ زائد تأكيداً للاحتراز عن أقل من الخمسة عشر، فما مشى عليه المصنف هو مختار مالك وابن القاسم ولذا اقتصر عليه خليل، وإنما حد أقل الأجل بتلك المدة لأنها أقل زمن تتغير فيه الأسواق غالباً ويتمكن المسلم إليه فيه من تحصيل المسلم فيه، وأما أكثر الأجل فممنتهاه ما لا يجوز تأجيل ثمن المبيع إليه وهو ما لا يعيش البائع إليه غالباً، كأن يبيع سلعة ويشترط عليه المشتري أن لا يدفع الثمن إلا بعد مائتي سنة أو ستين إن كان ابن أربعين أو ثلاثين لأنه بمنزلة التأجيل بالموت. (أو) يكون الأجل (على أن يقبض) المسلم فيه (ببلد آخر) غير بلد العقد فإنه يكفي في الأجل (وإن كانت مسافته يومين أو ثلاثة) لما قدمناه من أهل التأجيل بالخمسة عشر إذا كان المسلم فيه يقبض ببلد العقد أو ما قرب منه، قال العلامة خليل مستثنياً من التحديد بنصف الشهر: إلا أن يقبض ببلد كيومين فلا يشترط نصف الشهر بل يكفي أن يكون الأجل مسافة ما بين البلدين لكن بشروط، أن يدخل على قبضه بمجرد الوصول إلى البلد، وأن يكون على مسافة يومين فأكثر، وأن يشترط في العقد الخروج فوراً ويخرج المسلم بالفعل، وأن يكون السفر في البر أو في البحر بغير ريح كالمنحدرين، فإن انخرم شرط من هذه فلا يصح التأجيل إلا بنصف الشهر فأكثر، ولما كان التأجيل لما يقبض في بلد العقد أو ما قرب منه أقله نصف الشهر على الراجح من أقوال خمسة ذكر بعضها منها بقوله: (ومن أسلم) غيره على شيء مؤجل (إلى ثلاثة أيام) ودخلا على أن المسلم (يقبضه) أي المسلم فيه المفهوم من أسلم (ببلد أسلم فيه فقد أجازه غير واحد) أي أكثر من واحد (من العلماء وكرهه آخرون) واختلفوا في الكراهة فقليل على التحريم وقيل على التنزيه، والراجح ما قدمه من التحديد بنصف الشهر إن كان يقبض في بلد العقد أو ما قرب منها لأنه كلام مالك وابن القاسم، وإن كان يقبض ببلد على مسافة كيومين فأكثر فيكفي ما بين البلدين بالشروط المتقدمة وما عدا ذلك من الأقوال ضعيف، كما يؤخذ من كلام خليل وشراحه، ولعل المصنف إنما ذكر هذا القول تنبيهاً على الخلاف وإلا فقد صدر بالراجح.

أُسْلِمَ فِيهِ وَلَا يُسَلَّمُ شَيْءٌ فِي جِنْسِهِ أَوْ فِيمَا يَقْرُبُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يُقْرَضَهُ شَيْئًا فِي مِثْلِهِ صِفَةً

(تنبيهات) الأول: علم مما قررنا أنه لو نقص الأجل عن الخمسة عشر عند اشتراطها يفسد عقد السلم ولو كان المنقوص يوماً خلافاً لما في بعض شراح خليل. الثاني: إذا سكت عن ذكر الأجل فسد السلم إلا أن يكون لقبض المسلم فيه أجل معلوم بحسب العادة، ومثل ذلك لو سكت عن بيان صفة المسلم فيه كما يفيد كلام البرزلي وغيره وأشرنا لذلك فيما سبق. الثالث: كما يجوز التأجيل بالزمان يجوز بغيره كقدوم الحاج أو الحصاد أو الدراس، ويعتبر ميقات معظم ما ذكر لكن بشرط أن يكون بين ذكر العقد وما ذكر خمسة عشر يوماً فأكثر، ولما كان من جملة الشروط أن لا يسلم الشيء في أكثر منه أو أجود كالعكس إلا أن تختلف المنفعة اختلافاً قوياً قال: (ولا يجوز أن يكون رأس المال من جنس ما سلم فيه) كأن يدفع عرضاً في عرض من جنسه، أو حديداً في حديد، أو حيواناً في حيوان مثله، لأن الشيء في مثله قرض لا سلم، فيشترط وجود شروط القرض التي من جملتها تمحض النفع للمقترض، ولا ينظر للصيغة بل قرض ولو وقع على لفظ السلم، قال خليل: وأن لا يكونا طعامين ولا ندين ولا شيء في أكثر منه أو وجود كالعكس إلا أن تختلف المنفعة، فيجوز سلم الشيء في جنسه، لأن اختلاف المنفعة اختلافاً قوياً يصير الشيء كالجنس الآخر، والحاصل أن دفع الشيء في أكثر منه أو أجود كعكسه ممتنع ولو في غير الطعامين والنقدين، والعلة إما سلف جر منفعة إذا كان رأس المال أقل أو أدنى، أو تهمة ضمان يجعل إذا كان المدفوع أكثر أو أجود، وأما عند التساوي في القدر والصفة فيجوز في غير الطعامين والنقدين، وأما فيهما فيمتنع إذا وقع العقد بلفظ السلم أو البيع أو الإطلاق، وأما إن وقع بلفظ القرض فيجوز حيث تمحض النفع للمقترض، وسيأتي الإشارة لبعض هذا في كلام المصنف.

(ولا) يجوز أن (يسلم شيء في جنسه أو فيما يقرب منه) أي من جنسه فلا يسلم رقيق ثياب القطن في رقيق ثياب الكتان على هذا لأن المقاربة تصير الجنس بمنزلة الجنس الواحد، وما ذكره المصنف من قوله: ولا يسلم شيء في جنسه محض تكرار مع ما قبله، ولعله كره ليرتب عليه قوله: أو ما يقرب منه ولكنه ضعيف، والمعتمد كما في خليل أن الجنس يجوز سلم أحدهما في الآخر ولو تقاربت المنفعة فإنه قال مشبهاً في الجواز: وكالجنسين ولو تقاربت المنفعة كرقيق ثياب القطن في رقيق ثياب الكتان، ومن باب أولى في غليظه، فما مشى عليه المصنف كلام أشهب ومذهب المدونة هو المشهور ولذا جرى عليه خليل.

(تنبيهان) الأول: ظاهر قول المصنف: ولا يجوز أن يسلم شيء في جنسه أن يمتنع، ولو حصل الاختلاف بالمنفعة أو الصغر والكبر وليس كذلك، بل محل المنع حيث لم يحصل الاختلاف وإلا جاز كما قدمناه عن خليل فإنه قال: إلا أن تختلف المنفعة

وَمَقْدَاراً وَالتَّفْعُ لِلْمُتَسَلِّفِ وَلَا يَجُوزُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ وَتَأْخِيرُ رَأْسِ الْمَالِ بِشَرْطِ إِلَى مَحَلِّ السَّلْمِ
أَوْ مَا بَعْدَ مِنَ الْعُقْدَةِ مِنْ ذَلِكَ وَلَا يَجُوزُ فُسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لَكَ شَيْءٌ فِي

اختلافاً قوياً وهو في الحمير بالفراهة وهي سرعة المشي، فيجوز سلم الحمار الفاره في اثنين أو أكثر لا فراهة فيها، والبغال من جنس الحمير على مذهب المدونة، والاختلاف القوي في الخيل بالسبق لا بالهملجة التي هي حسن السير، إلا أن ينضم لها البرزنة بأن يصير جافي الأعضاء فيجوز سلم الهملجة الغليظ الأعضاء في متعدد ليس كذلك، وفي الجمال بكثرة الحمل، وفي البقر بالقوة على العمل، وذكر اللخمي وينبغي التعويل على كلامه أن البقر والجواميس تختلف بكثرة اللبن في الأمصار كما تختلف به المعز والضأن، وصحح بعض الشيوخ اختلاف الضأن بكثرة الصوف، وأما الرقيق فيختلف ببلوغ الغاية في الغزل أو الطبخ أو الحساب أو الكتابة، والطير بالتعليم لمنفعة شرعية لا بالبيض ولا بالذكورة والأنوثة. الثاني: علم مما قررنا ومن كلام خليل أنه عند اختلاف المنفعة يجوز سلم الشيء في جنسه، لكن بشرط أن يحصل التعدد من أحد الجانبين، أو يكون الاختلاف بالصغر والكبير، لأن الاختلاف بالصغر والكبير بمنزلة التعدد، ولما قدم أنه لا يجوز سلم الشيء في جنسه وكان ظاهره يوهم عموم المنع ولو عند تساوي الغرضين وليس كذلك قال: (لا أن يقرضه قرضاً) وفي نسخة شيئاً بدل قرضاً (في مثله صفة ومقداراً) أي في الصفة والقدر. (و) الحال أن (النفع للمتسلف) فقط فيجوز، قال خليل: والشيء في مثله قرض ولو وقع بلفظ البيع أو غيره في غير الطعامين والنقدين، وأما فيهما فلا يجوز إلا إذا وقع بلفظ القرض وقد قدمنا ما فيه الكفاية.

ثم شرع في مسألة مشاركة لما قبلها في عدم الحواز وهي الكالء الكالء المشار إليها في حديث ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن الكالء الكالء بالهمز، قال اللغويون: وهو النسيئة أي الدين بالدين، وهو عند الفقهاء عبارة عن ثلاثة أشياء: بيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين، وفسخ الدين في الدين، وأشار إليها المصنف بقوله: (ولا يجوز دين بدين) أي نسيئة بنسيئة فأول الثلاثة وهو بيع الدين بالدين لا يتصور في أقل من ثلاثة، وصورته أن يكون لك على شخص مائة شقة مثلاً إلى أجل فتبيعها من شخص آخر بمائة إلى أجل ويصور في أربعة، ومثاله أن يكون لشخص على آخر دين ولثالث على رابع دين فباع كل من صاحبي الدينين ما يملكه من الدين بالدين الذي هو للآخر، فالحاصل أن بيع الدين بالدين لا بد فيه من تقدم عمارة ذمة أو ذمتين على البيع، وعلة المنع كونه يوصل إلى المنازعة والمخاصمة التي يبغضها الشارع، وقيل محض تعبد. وثانيها: ابتداء الدين بالدين وهو تأخير رأس مال السلم العين أكثر من ثلاثة أيام وإليه أشار بقوله: (وتأخير رأس المال) مبتدأ ورأس المال مضاف إليه (بشرط إلى محل السلم) أي إلى حلوله (أو) تأخيره إلى (ما بعد) بضم العين لأنه فعل ماض (من العقدة) بأن تأخر عنها أكثر من ثلاثة أيام كائن (من

ذَمِّهِ فَتَفْسُخُهُ فِي شَيْءٍ آخَرَ لَا تَتَعَجَّلُهُ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ عَلَيْكَ حَالاً

ذلك) أي الدين بالدين، فالجار والمجرور خبر تأخير الواقع مبتدأ، ومعنى كلام المصنف أنه يحرم تأخير رأس مال السلم العين أكثر من ثلاثة أيام ولو كان التأخير بلا شرط لقول خليل: شرط السلم قبض رأس المال كله أو تأخيره ثلاثاً ولو بشرط، فيفسد بالتأخير عن الثلاث ولو قليلاً على المعتمد.

(تنبيه) في كلام المصنف أمور: منها أنه أطلق في رأس المال والإطلاق غير صحيح، لأنه إن حمل على العين أشكل باعتبار مفهومه الموهوم للجواز عند عدم الشرط، وإن حمل على غير العين أشكل منطوقه مع الشرط، فإن المذهب حرمة تأخير رأس المال فوق الثلاثة أيام بالشرط ولو حيواناً، وأما بغير شرط فيجوز تأخير الحيوان ولو إلى حلول أجل السلم، وأما العرض والطعام فقليل كذلك حيث كيل الطعام وأحضر العرض وإلا كره، وقيل يكره مطلقاً كما ذكرنا سابقاً. ومنها: أن قوله بشرط يوهم جواز التأخير عند عدمه مطلقاً وقد علمت ما فيه من التفصيل. ومنها: أن قوله أو ما بعد من العقدة يوهم أن القريب جائز مطلقاً وليس كذلك إلا أن يفسر القريب بما لم يزد عن الثلاثة أيام، ولعل المصنف أطلق ذلك اتكالا على الموقف، ولأن إطلاقه صحيح باعتبار منطوقه، لأن التأخير بشرط فوق الثلاثة أيام لا يجوز في رأس المال العين ولا غيرها، والمفهوم على الموقف بيانه. وأشار إلى ثالث الأقسام وهو أشدها حرمة بقوله: (ولا يجوز فسخ دين في دين) وصور ذلك بقوله: (مثل أن يكون لك شيء) من المال (في ذمته) أي المدين المفهوم من لفظ دين (فتفسخه في شيء) مخالف لما في ذمته ولو في عدده أو صفته (لا تتعجله) الآن وقد رنا لفظ مخالف لفهمه من كلام المصنف، لأن النكرة إذا أعيدت نكرة تكون غيراً غالباً، وأيضاً لفظ فسخ يقتضي الانتقال عن الدين الأول، وفي بعض النسخ زيادة آخر وهي صريحة في ذلك، فيشمل كلام المصنف ما إذا كان الدين عيناً ففسخه في عرض أو حيوان إلى أجل فإنه حرام، ولو كانت قيمة العرض أقل من الدين، ويشمل ما إذا كان دينه عرضاً وفسخه في عين فيحرم أيضاً مطلقاً، وتشمل ما إذا كان دينه عيناً وفسخها في عين أجود وأولى أكثر، وأما إذا فسخ العين في عين مثلها قدرأ وعدأ أو أقل فإن ذلك جائز، لأن إطلاق الفسخ على هذا فيه تجوز لأنه محض تأخير بالحق أو مع حطيطة لبعضه ففيه ثواب، وأشار خليل إلى هذه الأقسام الثلاثة بقوله: وككاليء بمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيناً يتأخر قبضه كغائب أو مواضعة أو منافع عين وبيعه بدين وتأخير رأس مال سلم، ولا يقال: يلزم على جعل تلك الحقائق الثلاث أقسام للكاليء بالكاليء المفسر ببيع الدين بالدين تقسم الشيء إلى نفسه وإلى غيره وهو لا يصح، لأننا نقول: المقسم الدين بالدين بالمعنى اللغوي الذي هو مطلق النسبية بالنسبية كما قدمنا، وهو غير كل واحد من هذه الثلاثة بخصوصه، وقد تقرر أن المغايرة تحصل ولو بالخصوص والعموم.

(تنبيهان) الأول: ربما يدخل في كلام المصنف مسألة كثيرة الوقوع ممن ولع بأكل الربا، وهي ما إذا أخذ صاحب الدين ممن عليه الدين سلعة في دينه ثم يردها له بشيء مؤخر من جنس الدين وهو أكثر أو من جنسه ولو كانت قيمته أقل فإنه حرام، لأن ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغواً وكأنه فسخ دينه. ابتداء من شيء لا يتعجله، وهو حقيقة فسخ الدين في الدين وهو حرام، سواء كان الدين المفسوخ في مؤخر قد تم أجله أو كان بقي منه شيء وأخره أزيد منه. الثاني: إنما لم يعطف المصنف فسخ الدين على سابقه بل استأنف بإعادة العامل لينبه على ما قدمناه من أن فسخ الدين أشد الثلاثة في الحرمة، ويليه بيع الدين بالدين، وأخفها ابتداء الدين بالدين لأنه يجوز في رأس المال التأخير ثلاثة أيام، وإنما كان فسخ الدين أشد في الحرمة لأنه من ربا الجاهلية، والربا محرم بالكتاب والسنة والإجماع. وأما الآخرا ففتحريمهما بالسنة.

ولما قدم أن السلم يجب فيه أن يكون المسلم فيه مؤجلاً شرع هنا في مفهومه بقوله: (ولا يجوز) أي يحرم عليك (بيع ما ليس عندك على) شرط (أن يكون عليك) يا بائع الشيء الذي بعته والحال أنه ليس عندك (حالياً) أي معجلاً، فإن وقع فسخ لأن الأصل فيما لا يجوز الفساد وترد السلعة إن كانت قائمة، وسواء قال له: بع لي السلعة الفلانية من غير تعيين مالكمها، أو قال له: بعني سلعة فلان، ومثل بعني أسلمك على السلعة الفلانية على أن تكون حالة عليك لأن السلم الحال باطل، والدليل على حرمة بيع ما ليس عندك ما رواه أصحاب السنن الأربعة أن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عندي، فقال حكيم: يا رسول الله يأتيني الرجل فيريد مني بيع ما ليس عندي فأبتاع له من السوق، قال: لا تبع ما ليس عندك» قال المتيوي وأشهب في تعليل ذلك النهي: لأنه إذا اشترى ما ليس عنده فكأنه أي المشتري لتلك السلعة ممن يبتاعها من الغير قال: خذ هذه الدراهم واشتر منها كذا وكذا على أن يكون لك ما فضل عليك ما نقص، وفي هذا غرر ولا سيما إذا عين له سلعة شخص وقال له اشترها مني، لأنه تارة يبيعها له وتارة لا يبيعها، وعلى فرض بيعها له قد يكون بثمن مثل الأول أو أقل أو أكثر، فإن أخذها من صاحبها بأكثر مما باعها به للأجنبي فيضيع عليه الزائد وهو سفه، وإن باعها بكثير وقد كان اشتراها من صاحبها بقليل فيأكل الزائد بالباطل.

(تنبيهان) الأول: موضوع كلام المصنف أن البيع وقع على السلعة قبل أن يملكها بائعها ولذلك منع لما عرفت من أن هذا مفهوم السلم الجائز وهو ما أجل فيه المسلم فيه وهذا حال والسلم الحال ممنوع، وأما لو طلب شخص من آخر سلعة ليشتريها فلم يجدها عنده فنص خليل عليها بقوله: جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها من الغير ويبيعها بعد اشترائها لطالبها ولو بثمن مؤجل كله أو بعضه على ظاهر الكتاب والأمهات، فلا تتوهم أن

وَإِذَا بَعْتَ سِلْعَةً بِثَمَنِ مُؤَجَّلٍ فَلَا تَشْتَرِهَا بِأَقْلٍ مِنْهُ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ دُونَ الْأَجَلِ الْأَوَّلِ وَلَا بِأَكْثَرٍ مِنْهُ إِلَى أْبَعَدَ مِنْ أَجَلِهِ وَأَمَّا إِلَى الْأَجَلِ نَفْسِهِ فَذَلِكَ كُلُّهُ جَائِزٌ وَتَكُونُ مُقَاصَّةً

مسألة المصنف عين كلام خليل لما علمت من المخالفة بينهما موضوعاً وحكماً. الثاني: قيد بعض الشيوخ قول المصنف: ولا يجوز بيع ما ليس عندك بما إذا لم يكن يغلب وجوده عند البائع، وأما لو كان يغلب وجوده عنده فإنه يجوز أن يشتريه منه على الحلول إجراء له مجرى القبض وليس سلماً، وإليه الإشارة بقول خليل: وجاز الشراء من دائم العمل كالخباز واللحام بشرط وجوده عنده، وحصول الشروع في الأخذ حقيقة أو حكماً بأن يشرع قبل مجاوزة خمسة عشر يوماً من يوم العقد، ويجوز الدخول على تعجيل الشيء المشتري ولا يشترط نقد الثمن لما علمت من أن هذا بيع لا سلم. ولما فرغ من البياعات المنهي عنها لظهور علة حرمتها، شرع في بياعات نهى عنها سداً للذريعة وهي بيوع الآجال وحقيقتها بالمعنى الإضافي كما قال ابن عرفة: ما أجل ثمنه العين وما أجل ثمنه غيرها سلم، وحقيقتها بالمعنى اللقب ما تكرر فيه بيع عاقدي الأول ولو بغير عين قبل انقضائه، لأن البيع الأول وقع لأجل واللقب أحد أنواع العلم، فكان ابن عرفة قال: وهو علم لما تكرر فيه الخ، وإنما نهى عنها لأنها يتوصل بها إلى دفع قليل في كثير وإن لم يصرح المتأقدان بذلك، لأن الناس كثيراً ما يقصدون ذلك، فمنعها مالك لأنه بنى مذهبه على سد الذرائع فقال: (وإذا بعْتَ) من شخص (سلعة) على وجه صحيح (بثمن مؤجل) معلوم كشهر مثلاً (فلا) يحل لك أن (تشتريها) ممن اشتراها منك (بأقل منه نقداً أو إلى أجل دون الأجل الأول) لأن السلعة التي خرجت من اليد وعادت إليها تعد لغواً، وكان البائع الأول وهو المشتري ثانياً دفع قليلاً ليأخذ بدله أكثر منه. (ولا) يحل لك أيضاً أن تشتريها منه (بأكثر منه) أي من الثمن الأول (إلى) أجل (أبعد من أجله) الذي اشتري إليه للعلة المتقدمة، وذلك لأن المشتري الأول يدفع عند الأجل الأول قليلاً يأخذ عنه بعد الأجل البعيد أكثر منه وهذا سلف يجز منفعة، ولذلك لو اشتراه بأقل لأبعد لجاز، ويمثل الثمن أولى بالجواز.

ثم صرح بمفهوم النقد ولدون الأجل أو أبعد بأكثر بقوله: (وأما) لو اشتريت ما بعته من مشتريه (إلى الأجل نفسه فذلك) الشراء (كله جائز) سواء كان بمثل الثمن الأول أو أقل منه أو أكثر، ثم ذكر ما هو كالعلة للجواز بقوله: (وتكون) أي توجد (مقاصة) أي إنما جازت الصور كلها عند اتفاق الأجل لوجود المقاصة حينئذ ولو لم يشترطها، لأنه إذا انقضى الأجل فيما أن يتساقط الثمنان وذلك عند اتفاق الثمنين، وأما عند اختلافهما فعند تمام الأجل تقع المقاصة في قدر القليل، ويدفع الزائد لا في مقابلة شيء، فانتفى ابتداء الدين بالدين الموجب للمنع، ولذلك لو شرطاً المقاصة فيما أصله ممنوع لجاز، كشرائها بأكثر لأبعد، أو بأقل نقداً و لدون الأجل، لأن ضابط هذا الباب الجائز ابتداء لا يمنعه إلا شرط نفي المقاصة، والممنوع ابتداء لا يصيره جائزاً إلا شرط المقاصة، ومفهوم قول

المصنف: وإذا بعث سلعة فلا تشتريها الخ أنه لا يحرم عليك شراء غيرها من غير نوعها وهو كذلك، فإذا باعه فرساً إلى أجل فيجوز له أن يشتري منه رقيقاً ولو بأقل من ثمن ما باعها به نقداً أو لدون الأجل أو بأكثر لأبعد، ومثل شراء غيرها شراء عين ما باع بعد تغييره كثيراً في جواز جميع الصور، وأما لو اشترى مثلها من نوعها فإن كانت سلعته مثلية فكأنه اشترى عين ما باع، قال خليل: والمثلي صفة وقدراً كمثله والأولى كغيره فيمتنع ما تعجل فيه الأقل ويجوز في غيره، فالسلعة المثلية شراؤها أو مثلها في الحكم سواء في امتناع ثلاث صور، قبل غيبة المشتري الأول عليه وهي بأقل نقداً أو لدون الأجل أو بأكثر لأبعد ويجوز ما عداها، وأما لو كان الشراء الثاني بعد غيبة المشتري الأول زيد على الثلاث الممنوعة صورتان وهما: كون الشراء الثاني بأقل للأجل أو لأبعد، وأما لو اشترى مثل سلعته من المقومات كما لو كانت سلعته فرساً واشترى منه فرساً لكان بمنزلة شراء سلعة من غير الجنس، قال خليل: وإن باع مقوماً فمثله كغيره كتغيرها كثيراً فتجوز الصور كلها، كما تجوز عند اتفاق الأجل أو عند اتفاق الثمن، لأن قاعدة هذا الباب إذا اتفق الثمنان فالجواز ولا ينظر لاختلاف الأجل، وكذا إذا اتفق الأجلان فالجواز ولا ينظر إلى اختلاف الثمنين، والكلام إنما هو إذا اختلف الأجلان والثمنان فإنه ينظر إلى اليد السابقة بالعطاء، فإن دفعت قليلاً وعاد إليها كثير فالمنع وإلا فالجواز، وإلى هذه المسألة الإشارة بقول خليل: فمن باع بأجل ثم اشتراه بجنس ثمنه من عين وطعام وعرض، فإما نقداً أو للأجل أو لأقل أو أكثر، بمثل الثمن أو أقل أو أكثر يمنع منها ثلاث وهي ما عجل فيه الأقل وصوره اثنتا عشرة صورة خارجة من ضرب أربع وهي صور النقد ولدون الأجل وللأجل، ولا بعد في ثلاث صور مثل الثمن أو أقل أو أكثر، الجائز تسع والممتنع ثلاث، وهي ما تعجل فيه الأقل كشراء ما باعه بعشرة إلى شهر بشمانية نقداً، أو لدون الأجل أو باثني عشر لأبعد.

(تنبيه) علم مما تقدم أن شرط كون المسألة من بيوع الآجال أن تكون البيعة الأولى إلى أجل، وكون المشتري ثانياً هو البائع أولاً أو من تنزل منزلته، أو البائع الثاني هو المشتري الأول أو من تنزل منزلته، وكون السلعة المشتراة ثانياً هي المبيعة أولاً على ما بينا، والمنزل منزلة كل واحد من المتعاقدين وكيله أو عبده المأذون أو المأذون حيث كان يتجر للسيد، وسواء علم الوكيل أو الموكل ببيع الآخر أم لا، وسواء باع السيد ثم اشترى العبد أو عكسه، وأما لو اشترى ما باعه لأجل لغير نفسه بأن اشتراه لأجنبي أو لابنه الصغير لكره فقط، ومثل شرائه لابنه المحجور شراء غيره من الأولياء لمن في حجره، وأما عكس هذا وهو شراء الأجنبي للبائع الأول أو شراء محجوره له فلا يجوز، لأن كلاً إنما يشتري بطريق الوكالة فهو كشراء البائع لنفسه.

(فرعان عزيزان مناسبان للباب) الأول: من طلب منه شخص دراهم قرضاً فامتنع ودفع

وَلَا بَأْسَ بِشِرَاءِ الْجُزَافِ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ سِوَى الدَّنَائِيرِ وَالدَّرَاهِمِ مَا كَانَ مَسْكُوكًا وَأَمَّا

له دراهم يشتري بها سلعة، ويعد اشتراطها لصاحب الدراهم باعها لطالب القرض بدراهم أكثر من ثمنها، فالظاهر أو المجزوم به حرمة هذا الفعل، وأحرى في المنع ما يفعله أهل مصر تجار البن من بيعهم البن لشخص إلى أجل معلوم، ثم يبيعه المشتري إلى البائع بثمن قليل يعجله إلى المشتري بل هذا داخل في كلام المصنف. الثاني: من له دين على شخص قد حل أجله فطالبه به فوجده معسراً بجميعه ووجد عنده سلعة لا تفي به فأخذها منه في جميع الدين ثم باعها له بأكثر من الدين، فهذا لا يجوز أيضاً، لأن السلعة التي خرجت من اليد وعادت إليها تعد لغوياً، وكأنه فسخ ما في ذمة المدين في أكثر منه ابتداء فهو ربا الجاهلية.

(خاتمة) لم يذكر المصنف حكم ما لو وقع ما لا يجوز من بيوع الأجال، بأن اشترى ما باع بأقل نقداً أو لدون الأجل أو بأكثر لأبعد، ومحصله: أن البيعة الثانية تفسخ لأنها الممنوعة والأولى صحيحة هذا إذا كانت السلعة قائمة، فإن فاتت فالمشهور أنهما يفسخان، قال خليل: وصح أول من يبيع الأجال فقل إلا أن يفوت الثاني فيفسخان، وهل مطلقاً أو إن كانت القيمة أقل خلاف محله في فسخ الأول حيث فاتت بيد المشتري الثاني وهو بائعها الأول وكانت قيمته أقل من الثمن الأول، وأما فسخ الثاني فمتفق عليه راجع شرح خليل، وإنما أطلنا في ذلك روماً للفائدة، لأن المصنف بالغ في اختصار المسألة.

ولما كان بيع الجزاف مستثنى من بيع الغرر نص عليه المصنف بقوله: (لا بأس بشراء الجزاف) وحقيقته كما قال ابن عرفة بيع ما يمكن علم قدره دونه أي دون أن يعلم بالفعل والأصل معه، ولكن خفف فيما شق علمه أو قل جهله، ولجوازه شروط: أحدها أن يصادف كونه جزافاً، فلا يصح الجزاف المدخول عليه كأن يقول للجزار أو العطار أو بياع الفول: اصنع لي كوماً مثلاً وأنا أشتريه منك، أو يقول لصاحب صبرة: املا لي هذه الغرارة بكذا، أو يقول للجزار: اعطني وزن هذا الحجر المجهول، أو للعطار: املا هذه الورقة فلفلاً مثلاً، فهذا كله من الجزاف المدخول عليه، ومنه ما يقع عندنا بمصر من شراء الفول الحار أو الملح أو اللبن بأن يدفع البائع للمشتري مقداراً في ظرفه من غير كيل فهذا غير جائز، وأما لو وجده مجزافاً عند الجزار أو العطار فإنه يجوز بشرطين: أحدهما أن يراه المشتري قبل شرائه إن كان في ظرف بأن يفتح ورقة الفلفل أو البن، والثاني أن لا يشترط عليه زيادة وإلا امتنع لأنه يصير من المدخول عليه.

الثاني من الشروط: أن يكون المعقود عليه حاضراً مرئياً، ولذلك يجب أن يكون كل من البائع والمشتري بصيراً، فلا يجوز بيع الأعمى جزافاً ولا شراؤه لاشتراط رؤية المعقود عليه، وتكفي الرؤية ولو قبل العقد، ويكفي رؤية بعضه المتصل بباقيه كالصبرة يرى ظاهرها

والغرارة والحاصل الكبير وكروية بعض مغيب الأصل، وإنما اشترط حضور جميع المعقود عليه مع الاكتفاء برؤية بعضه للتمكن من حرزه، وهذا الشرط في غير قلال الخل المطينة ويعلم أنه يفسدها الفتح لكن بشرط كونها مملوءة، أو يعلم المشتري نقصها ولو بإخبار البائع وصفة ما فيها، وفي غير الثمار الغائبة عن بلد العقد على مسيرة خمسة أيام، ويكتفي في حل بيعها بذكر الصفة لكن من غير شرط نقد ثمن وإلا امتنع بيعها، كما إذا بعدت جداً إلا أن يكون ثمرها يابساً.

الثالث: أن لا يكثر المعقود عليه جداً بحيث لا يمكن حرزه وإلا امتنع بيعه جزافاً ولا معدوداً، وأما ما قل بحيث لا مشقة في ضبطه بمعياره الشرعي فيجوز في المكيل والموزون ولا يجوز في المعدود. الرابع: أن يكون مجهولاً للمتبايعين فلو علماه معاً لجاز العقد لأنه حينئذ ليس من بيع الجزاف، وأما لو علمه أحدهما فلا يجوز بيعه جزافاً، وإن أعلم العالم الجاهل قبل العقد فسد، وإن لم يعلمه لم يفسد ولكن يثبت الخيار للجاهل، كظهور عيب في السلعة دلس به البائع على المشتري. الخامس: أن يكون المتعاقدان من أهل الحزر أو يوكلا من هو كذلك، ويحزر المعقود عليه بالفعل. السادس: أن تستوي أرضه بأن لا تكون مرتفعة ولا منخفضة ويظهر كذلك فإن لم يظهر استواؤها ثبت الخيار لمن عليه الضرر. السابع: وهو خاص بالمعدود أن يكون في عده مشقة وإلا لم يصح بيعه جزافاً، وأما الموزون والمكيل فيجوز بيعهما جزافاً بغير هذا الشرط، لأن شأنهما المشقة لتوقفهما عن معيار شرعي أو معتاد. والعد يتيسر غالباً لكل أحد.

الثامن: أن لا تتفاوت أفراد المعقود عليه تفاوتاً بيناً بكثرة ثمن بعض الأفراد وقلة البعض كالرقيق والثياب وأما تفاوت الثمن بالشيء اليسير فلا يمنع كأثمان البطيخ والرمان. التاسع: أن لا يشتري الجزاف مع الكيل مع اتحاد الجنس في عقدة واحدة أو اختلاف الجنس مع خروج كل عن أصله، بخلاف لو وقع كل على الأصل فيجوز شراء الجزافين والمكيلين في عقدة واحدة ولو مع الخروج عن الأصل، والأصل في الحبوب الكيل والأرض الجزاف، قال خليل عاطفاً على الجائر: وجزاف إن رأى ولم يكثر جداً وجهلاء وحزراً واستوت أرضه ولم يعد بلا مشقة ولم تقصد أفراده إلا أن يقل ثمنه، قال شراحه: وكل الشروط للصحة سوى استواء الأرض فإنه شرط في الجواز بدليل ثبوت الخيار لمن عليه الضرر عند تبين عدم الاستواء، وإذا وجدت تلك الشروط جاز بيع الجزاف (فيما يوزن) كالسمن والعسل والبن (أو يكال) كالحنطة والفول، أو يعد كالبطيخ والسمن وغيرهما من كل ما لا تتفاوت أثمان أفراده أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً، وإنما أسقط المصنف المعدود لأن الكلام في المثلى والمعدود منه بدليل ما يأتي في قوله: ولا يجوز شراء الرقيق والثياب جزافاً، ففي كلامه اكتفاء على حد: ﴿سراييل تقيكم الحر﴾ [النحل: ٨١] لأن التقدير

شِنْفَارُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَذَلِكَ فِيهِمَا جَائِزٌ وَلَا يَجُوزُ شَرَاءُ الرَّقِيقِ وَالثِّيَابِ جُزْأً وَلَا مَا

والبرد، والتقدير هنا فيما يوزن أو يكال أو يعد، ولما كان المقدر في قوة الملفوظ به استثنى منه المعدود المسكوك بقوله: (سوى الدنانير والدراهم) وغيرها من كل (ما كان مسكوكاً) فلا يجوز بيع شيء منها جزافاً لأن شأن المسكوك أن يعتبر عنده ولذلك كان محل منع بيع المسكوك جزافاً إذا كان التعامل به عدداً أو عدداً ووزناً لقصد أفراده حينئذ المؤدي للمخاطرة والمقامرة، فإن انفرد التعامل بالوزن جاز، قال خليل بالعطف على ما لا يجوز: وتقدان سك والتعامل بالعدد وإلا جاز.

(تنبيه) فهم مما قرنا أن إطلاق المصنف في المسكوك غير مسلم إلا أن يقال: أطلق اتكالاً على الغالب من أن المسكوك إنما يتعامل به عدداً، ومفهوم المسكوك أشار إليه بقوله: (وأما نقار) بكسر النون أي فجرات (الذهب والفضة فذلك) المذكور من الشراء جزافاً (فيهما جائز) لعدم قصد الأفراد حينئذ، والحاصل أن التبر والحلي المكسر وكذا المسكوك المتعامل به وزناً فقط يجوز بيعه جزافاً، والفلوس الجدد كالنقد. (تنبيه) لم يبين ما تباع به النقار المذكورة إذا تعومل بها وزناً، ومحصله أنها تباع بالعروض، وكذا بالعين من غير جنسها بشرط المناجزة، وكذا بجنسها بشرط المماثلة في الوزن والمناجزة. (و) كذا (لا يجوز شراء الرقيق والثياب) والحيوانات وغيرها من أنواع المقومات التي تختلف أفرادها حال كون شرائها (جزافاً) لأن اختلاف الأفراد اختلافاً قوياً يؤدي إلى المخاطرة والمقامرة وهي حرام، وأما نحو البطيخ والأترج وغيرها مما لا تختلف أفراده اختلافاً كثيراً فلا يمنع شراؤها جزافاً.

ولما كان من شرط جواز بيع الجزاف وجود المشقة في عد ما يعد ذكر مفهوم ذلك بقوله: (ولا يجوز شراء) ما يمكن عده بلا مشقة (جزافاً) لسهولة العد حينئذ، بخلاف المكيل والموزون فيجوز بيعهما جزافاً، لأن شأن الكيل والوزن المشقة لتوقفهما على معيار شرعي أو معتاد، ومما لا يجوز شراؤه جزافاً ما لا يمكن حزره كحمام حي في برجه، ولا ما كان مدخولاً عليه كاملاً لي هذه الغرارة من ذلك الحب بدينار مع وجود المكيال الشرعي أو المعتاد إلا في نحو التين والعنب لأن قفصهما كالمكيال الشرعي لهما. ثم شرع المصنف يتكلم على باب التداخل وهو الزيادة في المعقود عليه، لأن العقد قد يتضمن زيادة على المعقود عليه، كأن يهب المالك أو يبيع أرضاً أو شجراً أو يسكتنا عن قطع الشجر أو دخول الأرض، فإن العقد على البناء يتناول ما تحته من الأرض، وكذلك العقد على الشجر، قال خليل: تناول البناء والشجر الأرض وتناولتهما والبذر لا الزرع فلا تتناوله لأنه في قوة المنفصل عن الأرض، بخلاف الشجر فإنها تتناوله لأنه كجزء منها، ومثل الزرع المدفون فلا تتناوله وهو للبائع إن ادعاه وأشبهه وإلا كان لقطعة، وقولنا ويسكتنا للاحتراز عما لو شرطاً هدم البناء أو قطع الشجر فلا يتناولونها والعادة كالشرط، وقد يقتضي العقد النقص في

يُمْكِنُ عَدْدُهُ بِلَا مَشَقَّةٍ جَزَافاً وَمَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبْرَتْ فَمَثَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ
وَكَذَلِكَ غَيْرُهَا مِنَ الثَّمَارِ وَالْإِبَارِ التَّذْكِيرُ وَالْإِبَارُ الزَّرْعُ خُرُوجُهُ مِنَ الْأَرْضِ وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا

المعقود عليه ظاهراً وأشار إليه المصنف بقوله: (ومن باع نخلاً) مَثَرًا فَإِنْ كَانَتْ (قد أبرت) كلها أو أكثرها (فثمرتها) باقية (للبائع إلا أن يشترطها المبتاع) فتكون (له) عملاً بالشرط لقوله ﷺ: «من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المشتري» ومفهوم كلامه أنها لو كانت غير مأبورة أو أبر منها دون النصف فإنها تكون للمشتري بمجرد العقد على الأصل، وأما لو أبر نصفها لكان لكل حكمه، فالمؤبر للبائع إلا أن يشترطه المشتري، وغيره للمشتري كالحمل في البطن واللبن في الضرع، واختلف في جواز اشتراط البائع لغير المؤبر، فصحح في الشامل الجواز بناء على أنه مبقي، قال اللخمي: وهو الصحيح، وشهر بعض المنع كمنع استثناء الجنين بناء على أنه مشتري.

(تنبيهات) الأول: ظاهر قول المصنف: إلا أن يشترطها المبتاع أنه لا يجوز اشتراط بعضها وهو كذلك لأنه إنما جاز بيعها قل بدو صلاحها في تلك الحالة بطريق التبعية لأصلها، واشتراط بعضها يقتضي قصد بيعها لذاتها وعدم التبعية. الثاني: تكلم المصنف على حكم من ابتاع نخلاً مَثَرًا ولم يتكلم على حكم من ابتاع أرضاً وفيها نخل مَثَرًا، وقد قدمنا أن العقد على الأرض يتناول ما فيها من شجر أو بناء، وأما الثمر الذي يكون مؤبراً عليها فلم يتكلم خليل كالمصنف عليه، واختلف العلماء فيمن يكون له، فأفتى ابن عتاب بأنه للمشتري قائلاً بأن تناول الأرض لأصله يقتضي تناولها لفرع الأصل بالأولى، ورد بعض شيوخ شيوخنا عليه بحديث: «من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع» وأقول: لا يحسن الرد عليه بالحديث لاختلاف الموضوع، لأن الحديث العقد على ذات النخل، وفتوى ابن عتاب المعقود عليه الأرض لا ذات النخل والأرض تتناوله فكيف لا تتناول ثمره وحرر المسألة، ولم يتكلم المصنف أيضاً على من عليه سقي النخل الذي ثمره للبائع عند الاحتياج إلى السقي، وفي خليل: أن السقي على البائع عند المشاحة وعند عدمها لكل السقي ما لم يضر بالآخر: الثالث: فهم من كون الثمر المؤبر للبائع إلا أن يشترطه المشتري أنهم لو تنازعا في الاشتراط وعدمه لكان القول للبائع، لأن الثمر له في الأصل حتى يثبت المشتري اشتراطه. الرابع: إنما أنث المصنف الضمير العائد على نخلاً في قوله: قد أبرت لأن النخل والنخيل بمعنى واحد، فيجوز في الضمير العائد عليه التذكير والتأنيث، ومنه: ﴿أعجاز نخل خاوية﴾ [الحاقة: ٧] ولما كان غير النخل كالنخل في كل ما تقدم قال: (وكذلك غيرها من الثمار) كالخوخ والتين والعب، فالثمر المؤبر كله أو جله للبائع إلا أن يشترطه المشتري، وغيره للمشتري إلا أن يشترطه البائع. ثم بين صفة التأبير بقوله: (والإبار) مختلف ففي النخل (التذكير) وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى لثلاث تسقط ثمرتها ويقال له اللقاح، وقيل شق الطلع عن الثمرة، وفي غير النخل كالخوخ والتين أن تبرز الثمرة

وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ وَلَا بَأْسَ بِشِرَائِهِ مَا فِي الْعَدْلِ عَلَى الْبَرْتَامِجِ

عن موضعها وتتميز بحيث تظهر للناظر. (وإبار الزرع) والمراد به غير ذي الثمر كالبرسيم والقرظ (خروجه من أرضه) فمن ابتاع أرضاً ذات زرع ظاهر للناظر يكون زرعها لبايعها إلا أن يشترطه المشتري، كمن اشترى نخلاً مؤبراً كله أو جلده، ومن اشترى أرضاً مبدورة لم يبرز زرعها فإنها تتناول بذرها كما قدمنا. (و) مثل من باع نخلاً مؤبراً (من باع عبداً) يملك جميعه (وله مال) سوى ثياب مهنته (فماله) جميعه باق (للبايع إلا أن يشترطه) كله (المبتاع) فيكون له لقوله ﷺ: «من باع عبداً وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المشتري» وإذا كان ماله لا يتبعه فأحرى ولده، وقولنا: يملك جميعه احتراز عن المشترك والمبعض، فإن مال المشترك يكون لمشتريه بمقتضى العقد ولو كان المشتري أحد الشركاء، لأنه لا يجوز لأحد من الشركاء انتزاعه إلا بموافقة شريكه، وهذا ما لم يشترطه البائع وإلا كان له، وأما المبعض فإن ماله يبقى بيده ليأكل منه في يوم نفسه، وإذا مات ورثة المتمسك بالرق، وقولنا: سوى الثياب مهنته بفتح الميم أي خدمته فإن العقد على ذات العبد يتناولها، واختلف لو شرطها البائع هل يوفى له بشرطه أو لا خلاف، وقولنا: كله احتراز على اشتراط بعضه فإنه لا يجوز خلافاً لأشهب، كما لا يجوز اشتراط بعض الصبرة أو بعض الزرع أو حلية السيف أو أحد عبيدين يبيعهما ويستثنى مال أحدهما (تنبيهات) الأول: في قول المصنف: إلا أن يشترطه المبتاع إجمال لأنه لم يبين هل المراد يشترطه لنفسه أو للعبد؟ والحكم الجواز فيهما والبيع صحيح في الصورتين، لكن في اشتراطه للعبد البيع صحيح مطلقاً، وأما في اشتراطه لنفس المشتري فلا بد أن يكون ثمن العبد مما يباع به ماله، وأن يشترطه جميعه، وأن يكون معلوماً، فهذه ثلاثة شروط، وهذا على اختيار اللخمي، وأما على اختيار ابن ناجي حيث قال: مال العبد بالنسبة لبيعه كالعدم على المعروف، فيجوز شراؤه بالعين وإن كان ماله عيناً، وسواء كان حاضراً أو غائباً معلوماً أو مجهولاً، ولا يراعى فيه ربا ولا صرف مستأخر ولا تفاضل ولا غير ذلك لأن ماله تبع له، وظاهر كلام ابن ناجي سواء قال المشتري: أشتريه بماله، أو قال: أشتري هذا العبد وماله، لأن معنى وماله مع ماله، وصل الأقفهسي بين قوله بماله فيجوز شراؤه بكل شيء، وبين قوله أشتريه وماله فيراعى فيه الربا، فإن كان ماله عيناً لا يجوز بعين من جنسه، وقال الأجهوري: وقول ابن ناجي على المعروف يقتضي أن كلامه هو المعتمد، وأما لو اشترطه المشتري ولم يبين المشتري فإن العقد يفسخ هكذا قال بعض الشيوخ.

الثاني: قول المصنف: باع لا مفهوم له بل مثله كل عقد معاوضة، فإن دفعه صداقاً أو خالعت به الزوجة فما له للزوج في الأولى وللزوجة في الثانية، إلا أن تشترطه الزوجة في الأولى أو الزوج في الثانية، وأما لو خرج من يد المالك بغير عوض، فإن كان بعثت أو كتابة فإن ماله يتبعه ولو كثر إلا أن يستثنيه سيده قبل عتقه إن كان ممن ينزع ماله كما يشير له

بِصَفَةِ مَعْلُومَةٍ وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ ثَوْبٍ لَا يُنَشَرُ وَلَا يُوصَفُ أَوْ فِي لَيْلٍ مُظْلِمٍ لَا يَتَأَمَّلَانِيهِ وَلَا

المصنف فيما يأتي بقوله: ومال العبد له إلا أن ينزعه السيد، فإن أعتقه أو كاتبه ولم يستثن ماله فليس له أن ينزعه، وأما لو خرج من ملك السيد بهبة أو صدقة فقيل ماله يتبعه فيكون للمعطي له، وقيل يبقى للمعطي بالكسر.

الثالث: إسناد المال للعبد يقتضي أنه يملك وهو كذلك، إلا أن ملكه غير تام بدليل عدم وجوب الزكاة عليه وجواز انتزاع السيد لما له. الرابع: مثل الثمار المؤبرة ومال العبد في كونهما للبائع إلا أن يشترطهما المشتري خلفه الفصيل كالقرظ والبرسيم وغيرهما مما يجذ ويخلف كالملوخية، فإن خلفته لبائعه حتى يشترطها المشتري، لأنه يجوز له اشتراطها حيث كانت في أرض مأمونة كأرض السقي، ويشترط جميعها، وأن يكون اشتراطها بعد. وصلاح أصلها. الخامس: لم يبين المصنف حكم جواز شراء المشتري لما ذكر من البائع حيث لم يشترطه وقت العقد وفيه خلاف والأصح الجواز، لكن يشترط في الخلفة أن تكون مأمونة، وأن يكون شراؤها قبل جذاذ أصلها لأن الغرر حيثئذ تابع.

ولما كان يتوهم من اشتراط الغيبة في المبيع على الصفة باللزوم منع بيع ما في البرنامج قبل رؤيته نص عليه بقوله: (ولا بأس بشراء) وبيع (ما في العدل) بكسر العين من الثياب معتمدين (على البرنامج بصفة معلومة) مكتوبة فيه لأن المراد به الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل فلا بأس المراد بها الجواز، قال خليل عاطفاً على الجائر وعلى البرنامج، قال شراحه: أو جاز البيع والشراء على البرنامج وكان الأصل منعه حتى ينظر بالعين لكنه أجاز لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويث ما فيه ومؤنة شدة إلى أن يرضه المشتري فأقيمت الصفة مقام الرؤية، فإن وجد على الصفة لزم المشتري وإلا خير المشتري، والمراد بالصفة المعلومة بيان عدة الثياب وأصنافها وذرعها وصفتها.

(تنبيهات) الأول: لو تنازع البائع والمشتري بعد قبض المتاع والغيبة عليه، فادعى البائع أن الثياب التي في العدل موافقة لما في الدفتر الذي هو البرنامج، والحال أن الدفتر قد ضاع أو حرق أو كان موجوداً معه، وادعى البائع على المشتري أن ما أتى به غير ما وجدته في العدل، فإن القول قول البائع بيمينه، قال خليل: وحلف مدع لبيع برنامج أن موافقته للمكتوب المراد في بيع برنامج، فاللام بمعنى في، وصفة يمينه أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو أن ما في العدل موافق لما في البرنامج، وحملنا الكلام على أن البرنامج ضاع أو حرق لأنه لو كان موجوداً لوجب الرجوع إليه.

الثاني: لو وجد المشتري الثياب أقل أو أكثر مما في البرنامج، كما لو اشترى خمسين ثوباً مثلاً فوجد زيادة ثوب، فقال مالك: يكون البائع شريكاً للمشتري بجزء من اثنين وخمسين جزءاً، وفي رواية: بجزء من أحد وخمسين جزءاً، وقول مالك: بجزء من اثنين

وخمسين جزءاً رواية ابن القاسم، والحق والصواب رواية بجزء من أحد وخمسين جزءاً، واعتذر ابن اللباد عن مالك بأنه أدخل اللفاقة في العدد، وإن ناقش فيه عياض قائلاً: اللفاقة ملغية لأنها ليست من جنس الثياب فهي كحبل الشد، وإن وجد فيه أقل بأن وجد فيه تسعة وأربعين ثوباً وضع عنه من الثمن جزء من خمسين جزءاً، فإن كثرت النقص رد المبيع ولا يلزمه أخذه، ومحل الشركة عند الزيادة، والوضع عند ظهور النقص إذا كان ما في العدل متحد النوع والصفة، وأما لو كان مختلفاً كما لو كان فيه عشرة من الشاش وعشرة من البفت ثم وجدت الزيادة في أحد النوعين أو النقص لكان الاشتراك أو الوضع في ذلك النوع فقط.

الثالث: البرنامج بفتح الباء وكسر الميم لفظة فارسية استعملتها العرب، والمراد أنها الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل الذي هو الغرار، قال شيخ شيوخنا الأجهوري رحمه الله: والظاهر أن الكتابة ليست بقيد، بل لو حفظ البائع عدد العدل وصفته وباعه على عدده ووصفه لكان ذلك كافياً، وذكر بعض أن برنامجاً مصروف لأنه وإن كان أعجمياً فهو اسم جنس، والأعجمي إنما يمنع صرفه إذا استعمل علماً في اللغة الأعجمية.

الرابع: مثل بائع ما في البرنامج في قبول قوله الصيرفي، والمقرض يدعي القابض منهما أنه وجد ما قبضه رديئاً أو ناقصاً فإنه يحلف ما دفعت إلا جيداً، قال خليل عاطفاً على بيع البرنامج: وعدم دفع رديء أو ناقص وصفة يمينه أن يحلف ما يعلمها من دراهمه وما دفعت إلا جيداً في علمي، إلا أن يتحقق أنها ليست من دراهمه فيحلف على البت.

ولما كانت علة جواز البيع على البرنامج كثرة المشقة بحل الثياب وطبها ونشرها لكثرتها ذكر محترز ذلك بقوله: (ولا يجوز شراء ثوب) مطوي يشترط بائعه على مشتريه أنه (لا ينشر) له (ولا يوصف) له وقت العقد ولا سبق له رؤية بل يبيعه على الملزوم بمجرد لمس يده ولا يقبله ولا يعرف ما فيه، قال خليل مشبهاً في عدم الجواز: وكلامسة الثوب أو منا بدته فيلزم، وأما لو باعه على الخيار بالرؤية لجاز ولو لم يذكر نوعه ولا جنسه، وقولهم يشترط في صحة البيع العلم بالمبيع محمول على بيع البت، ومفهوم قول المصنف: لا ينشر ولا يوصف أنه لو نشر لجاز الشراء ولو على اللزوم، وأما لو وصف فلا يجوز على أحد قولين لمالك في الشيرج المدرج في جرابه، ومحل القولين ما لم يكن في رؤيته فساد وإلا اتفق على الجواز، كما أجازوا بيع قلال الخل المطبنة إذا كان الفتح يفسدها لكن بشرط أن تكون مملوءة أو يعلم ما نقص منها من ثلث ونحوه، ويكفي علم المشتري ولو من البائع، ولا بد من بيان صفة ما فيها من الخل، لأنه إذا جاز بيع ما في البرنامج على الوصف لدفع المشقة، فأولى لدفع الفساد المؤدي إلى تلف المال، راجع الأجهوري في شرح خليل مع زيادة إيضاح. (أو) أي وكذا لا يجوز شراء ثوب (في ليل مظلم) والحال أن

يَعْرِفَانِ مَا فِيهِ وَكَذَلِكَ الدَّابَّةُ فِي لَيْلٍ مُظْلِمٍ وَلَا يَسُومُ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَذَلِكَ إِذَا رَكْنَا

البائع والمشتري (لا يتأملانه ولا يعرفان ما فيه) تفسير لما قبله، فإن وقع البيع على هذا الوجه على اللزوم كان باطلاً، لأن شرط صحة البيع على اللزوم علم المتعاقدين بالمعقود عليه، قال خليل: وعدم جهل بمشمون أو ثمن ولو تفصيلاً، وأما على الخيار بالرؤية فيجوز، ولو لم يذكر جنس المعقود عليه ولا نوعه.

(تنبيهات) الأول: قول المصنف: في ليل مظلم يومهم أن المقمر يجوز فيه البيع على هذا الوجه على اللزوم وليس كذلك، بل المقمر كالمظلم، وكان الأولى إسقاط لفظ مظلم أو ذكر مقمر مع حذف مظلم ليكون ناصباً على المتوهم، وما أحسن قول المدونة: ولا يجوز شراء بليل ولم يقيده، بل لو وقع البيع نهاراً على هذا الوجه على البت كان باطلاً، لأن المدار على عدم معرفة المعقود عليه، وأما على الخيار فلا بطلان، قال خليل بالعطف على الجائز وغائب: ولو بلا وصف على خياره بالرؤية. الثاني: قوله: لا يتأملانه ولا يعرفان ما فيه جعله بعض الشراح كالتعليل لسابقه لعدم صحة البيع في الليل وكأنه قال: ولا يجوز الشراء في الليل لعدم الوصول إلى معرفة المعقود عليه، وهذا يومهم أنه لا يصح البيع ليلاً ولو تأمله وهو كذلك على ظاهر الأمهات، بناء على أن حقيقة المبيع لا تدرك ليلاً، وفي مختصر البرزلي: إذا كان العاقد يمكنه الوصول إلى معرفة المعقود عليه ظاهراً وباطناً بالمقمر مثل النهار جاز، قال بعض شيوخ شيوخنا الأجهوري: وهذا الخلاف في شهادة. الثالث: إنما ثنى الضمير في يتأملانه ويعرفان لأنه يطلب العلم من كل واحد من المتعاقدين، والبائع قد لا يعلم حقيقة ما عنده فسقط ما قيل: إنما يشترط علم المشتري لعلم البائع بشيئه، وثبوت النون في يتأملانه ويعرفان على اللغة الفصيحة لأن النافية، وأما على نسخة إسقاطها فهو على إجراء لا النافية مجرى النافية، أو على لغة قليلة تحذف نون الأفعال الخمسة لمجرد التخفيف، وجاء عليها قول الشاعر:

أبيت أسري وتببستي تدلكي وجهك بالعنبر والمسك الزكي
وقوله ﷺ: «كما تكونوا يولى عليكم» ولما كان يتوهم أن الدابة كالثوب قال:
(وكذلك) لا يجوز شراء (الدابة) سواء كانت مأكولة اللحم أم لا. (في ليل) مقمر وأولى (مظلم) على ما عليه ابن القاسم، وأما أشهب ففصل بين ما يؤكل لحمه فيجوز شراؤه بالليل حيث كان المقصود لحمه لأنه يمكن اختباره بالليل فلا يجوز شراؤه بالليل، والظاهر أن شراء الحوت ونحوه من الطيور كبهيمة الأنعام التي يراد منها اللحم، وملخص ما فهم من كلام أهل المذهب في الثياب وغيرها أنه إن علم المعقود عليه باطناً وظاهراً بحيث لا يتميز إدراكه للمتعاقدين في النهار عن إدراكه لهما في الليل جاز بيعه وإلا فلا، والأصل في ذلك كله ما في الصحيحين: «نهى رسول الله ﷺ عن لبستين وعن بيعتين، ونهى عن الملامسة والمنابذة في البيع» فاللامسة هي لزوم المبيع بلمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو

وَتَقَارَبًا لَا فِي أَوَّلِ التَّسَاوُمِ وَالْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْكَلَامِ وَإِنْ لَمْ يَفْتَرِقِ الْمُتَبَايِعَانِ وَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ

بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك، والمنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه لآخر ولا يلمسه ولا ينشره بل يلزمه الشراء بمجرد طرحه له من غير إحاطة بحاله، واللبستان إحداهما اشتمال الصماء وهو أن يجعل ثوبه على أحد عاتقيه فيبدو أحد شقيه ليس عليه ثوب، واللبسة الثانية اختباؤه بثوب ليس على فرجه منه شيء، وأما لو وقع البيع في ذلك الخيار لجاز ثم ذكر المصنف أمراً مشاركاً لما قبله في النهي بقوله: (ولا يسوم أحد على سوم أخيه) أي لا يجوز أن يزيد على الثمن الذي سماه غيره، لأنه يورث العداوة بين صاحب العطاء الأول والثاني، وقد نهى ﷺ عن ذلك بقوله: «لا تحاسدوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخواناً» وما ذكره المصنف بعض حديث ولفظه: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا يسم على سومه» واختلف الناس في فهم الحديث، فمنهم من فهم أن السوم والبيع شيء واحد وهو الزيادة في الثمن على عطاء الغير، ومنهم من فهم أنهما شيان فالسوم الزيادة في الثمن والبيع متعلق بالثمن الذي هو السلعة، ومثاله أن يحضر شخص لصاحب سلعة ويريد شراءها منه فيأتي شخص آخر بسلعة ويقول لمن يريد الشراء المذكور: سلعتي هذه خير لك من سلعة فلان التي أرت شراءها، وأنا أرضى منك بما أعطيت في سلعة فلان، ولا شك في حرمة هذا لأنه يؤدي إلى التباغض، ولما كانت حرمة السوم مشروطة بما إذا كان البائع ركن إلى المشتري أشار إليه بقوله: (وذلك) أي ومحل حرمة السوم على سوم الغير (إذا ركننا) أي المتعاقدان أي بعضها إلى بعض، وفسر التراكن بقوله: (وتقارباً) بأن مال البائع إلى البيع والمشتري إلى الشراء بحيث لم يبق بينهما إلا الإيجاب والقبول باللفظ، فحيث لا يجوز لأحد أن يزيد على عطاء ذلك المشتري أو يعرض له سلعة أخرى يرغب فيها حتى يعرض عن الأولى، وهذا التقييد من تفسير الراسخين وبيان المتفهمين، فقد قال مالك في الموطأ: وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما ترى والله أعلم: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» أنه إنما نهى عن أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا ركن البائع إلى السائم وجعل يشترط وزن الدراهم ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك ما يعرف به أن البائع ركن إلى المشتري، فهذا الذي نهى عنه والله أعلم، وبين مفهوم إذا ركننا بقوله: (لا من أول التساوم) فلا ينهى عن ذلك فقد قال مالك رضي الله عنه: أما قبل التراكن والتقارب فجائز، لأنه لو ترك ذلك لدخل الضرر على الباعة في سلعهم لأنه يؤدي إلى بعسها وبيعها بالنقص، وإنما صرح المصنف بذلك وإن فهم من التقييد رداً على من كره التزايد في السلعة مطلقاً مخافة الوقوع في النهي المذكور، وإنما يجوز السوم على سوم الغير قبل التراكن أو أراد السائم أن يشتريها، وأما لو قصد بسومها والزيادة في ثمنها غرور الغير فإنه يحرم لأنه يكون ناجساً، وقد نهى ﷺ عن ذلك بقوله: «ولا تناجسوا».

(تنبيهات) الأول: تكلم المصنف عن النهي المذكور وسكت عما لو طلب مريد

الشراء من الغير الكف عن العطايا في السلعة ليأخذها برخص وحكمه الجواز، قال خليل: وجاز سؤال البعض ليكف عن الزيادة لا الجمع، ولا البعض الذي هو كالجمع في كونه مقتداً به، فإن خالف الجائز وسأل من لا يجوز سؤاله وثبت ذلك بينة أو قرار خير البائع في قيام السلعة ردها وعدمه، فإن أمضى بيعها فالجميع فيها شركاء لتواطئهم على ترك الزيادة زادت أو نقصت أو تلفت، وللمبتاع أن يلزمهم الشركة إن نقصت أو تلفت، ولهم الدخول معه قهراً عليه إن زادت، ولا فرق في ذلك بين كونها في سوقها أم لا، كانت للتجارة أم لا، وإن فاتت فله الأكثر من الثمن والقيمة على المبتاع من غير اشتراك.

الثاني: استثنى بعض الشيوخ من النهي عن السوم المذكور سوم ما يبيعه الحاكم بالخيار ثلاثاً من سلع المفلس أو من الشركة التي يبيعها للأيتام، وكذا ما بيع في المغانم، وغير ذلك مما يبيعه الحاكم فإنه يجوز التزايد فيه ولو كان لغير أعطى فيه وحصل التراكن لأن الحاكم قبول الزيادة، ويجوز لفاعلها الإقدام عليها ولا يدخل هذا تحت النهي.

الثالث: لم يذكر المصنف حكم ما لو وقع المنهي عنه بأن سام وزاد على غيره بعد التراكن ووقع الإيجاب والقبول، وجرى فيه خلاف بين العلماء في الفسخ وعدمه، فذهب الشافعي وجماعة إلى إيمضائه حملاً للنهي على عدم الوجوب، ولمالك قولان في النهي: هل على الكراهة أو الحرمة؟ والفسخ على الثاني دون الأول؟ والمعتمد الحرمة، وتقدم في النكاح أنه إذا خطب على خطبة غيره بعد التراكن أنه يفسخ إن لم يدخل، قال خليل: وفسخ إن لم يبين، وإنما فسخ لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه حتى يوجد دليل على الصحة بعد الوقوع، قال العلامة خليل: وفسد منهي عنه إلا للدليل، قال شراحه: سواء كان المنهي عنه عقد معاملة أو عبادة، وقوله: إلا للدليل أي يدل على الصحة بعد الوقوع.

الرابع: في قوله لا يسوم أحد على سوم أخيه أمران: أحدهما متعلق باللفظ وذلك لأن لا ناهية وكان الواجب حذف الواو من يسوم لالتقاء الساكنين كما وقع في لفظ الصحيحين من قوله: لا يسم الرجل بحذف الواو، وثانيهما التقييد بأخيه فإنه صريح في المسلم كما وقع التصريح به في بعض الروايات وهو ليس بقيد بل الذمي كذلك للإجماع على حرمة أذى الجميع، والجواب عن الأول أنه أجرى النهي مجرى الخبر، وعن الثاني بأن التقييد بالأخ وصف طردي أو غير معتبر المفهوم ولما فرغ من ذكر ما أراده من البياعات المنهي عنها شرع في بيان ما كان الأولى تقديمه قبل ذلك وهو ما ينعقد به البيع فقال: (والبيع) وقد تقدم معناه لغة وشرعاً (ينعقد) أي يتحقق وجود حقيقته (بالكلام) وكذا بغيره من كل ما يدل على الرضا ولو الإشارة منهما أو من أحدهما ولو مع القدرة على النطق، إلا الأخرس الأعمى الأصم فلا تجوز معاملته ولا مناكحته، قال خليل: ينعقد البيع بما يدل الفواكه الدواني ج ٢ - ١٢٠

الرضا وإن بمعاطاة وبيعي فيقول: بعت وبابتعت أو بعتك ويرضى الآخر فيهما، ويلزم من لفظ بالمضارع ابتداء من بائع أو مشتر ويرضى الآخر، فإن قال الباديء بعد رضا الآخر: لم أرض فإنه يلزمه يمين، قال خليل: وحلف وإلا لزم إن قال: أبيعكها بكذا أو أنا أشتريها به أو أتسوق بها، فقال: بكم؟ فقال: بمائة، فقال: أخذتها، والحاصل أنه ينعقد بلفظ الماضي أو الأمر أو المضارع، ولا يشترط عندنا تقدم الإيجاب من البائع على القبول من المشتري، وإنما فسرنا ينعقد في كلام المصنف بما ذكرنا لدفع إشكال في كلامه لأن البيع عقد، فكيف يقول البيع ينعقد لأنه يصير المعنى ينعقد بالعقد بالكلام وهو غير صحيح، وقدّمنا أن شرط صحة العقد تمييز العاقد وشرط لزومه تكليفه، فقعد المحجور عليه صحيح غير لازم كعقد المكره إكراهاً حراماً، ثم إن وقع على خيار التروي ولو بالعادة كان منحللاً ولا يلزم إلا بما يدل على الرضا من قول أو فعل أو بمضي مدته وما اتصل به من الغد والغدائين، قال خليل: ويلزم بانقضائه ورد في كالدو إن وقع بتا. كان لازماً بمجرد حيث صدر من مكلفين رشيدين. (وإن لم يفترق المتبايعان) تثنية متبايع بالتاء لا بالهمزة خلافاً لمن قال: لا ينعقد إلا بعد الافتراق من المجلس كالإمام الشافعي ومن وافقه من أصحابنا، وسبب الاختلاف خبر المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار، فمالك ومن وافقه ترك العمل بظاهره وحمل التفرق على التفرق بالأقوال، وأنهما إذا عقدا البيع ولم يذكر خياراً ولا كانت العادة جارية به يقع البيع لازماً ولم يكن لأحدهما خيار، ومن هؤلاء من قال هو على ظاهره، وتقدم أن الحامل لمالك رضي الله عنه على عدم العمل بخيار المجلس عمل أهل المدينة، وقد ذكرنا في صدر الباب ما فيه الكفاية.

ولما فرغ من الكلام على بيع الذوات شرع في الكلام على بيع المنافع فقال: (والإجارة جائزة) قال خليل: صحة الإجارة بعاقده وأجر كالبيع وهي مأخوذة من الأجر بمعنى الثواب، يقال: استأجر الرجل على عمل بأجر أي بثواب يعطيه له على عمله، وعرفها ابن عرفة بقوله: بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضها، فخرج بيع منفعة الدور والأرضين والدواب فلا يسمى إجارة وإنما يسمى كراء، كما خرجت المساقاة والقراض والضمير في بعضه للعوض وفي تبعيضها للمنفعة، وإنما زاد لفظه بعضه ليدخل في التعريف: ﴿إني أريد أنكحك إحدى ابنتي هاتين﴾ [القصص: ٢٧] الآية، للإجماع على أن هذه إجارة وعوضها البضع وهو لا يتبعض، فلو حذفها لصار التعريف غير جامع، وجوازها ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] وقوله تعالى حكاية عن نبيه شعيب مع موسى عليهما الصلاة والسلام: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانين حجج﴾ [القصص: ٢٧] وشرع من قبلنا شرع لنا ما

إِذَا ضَرَبْنَا لَهَا أَجْلاً وَسَمَّيْنَا الثَّمَنَ وَلَا يُضْرَبُ فِي الْجُعْلِ أَجْلٌ فِي رَدِّ آبِقٍ أَوْ بَعِيرٍ شَارِدٍ أَوْ

لم يرد ناسخ، فذكر تأجيل الإجارة وسمى عوضها، وأما السنة فقوله ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» وقوله أيضاً عليه الصلاة والسلام: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره» رواه البخاري، وفيه أيضاً في حديث الرقية بالفاتحة: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله» وأما الإجماع فحكاه غير واحد، واعلم أن أركانها خمسة: المؤجر والمستأجر والصيغة والأجرة والمنفعة، أما المؤجر والمستأجر فشرط صحة عقدهما التمييز، وشرط لزومه التكليف والرشد، فعقد الصبي والعبد على سلعهما أو على أنفسهما صحيح غير لازم فلوليها فسخه وإمضاؤه، وإن لم يطلع على ذلك إلا بعد الاستيفاء لزم المستأجر الأكثر من المسمى وأجرة المثل، وكذا إن عقد السفية أو المكروه إكراهاً حراماً يكون لولي السفية وللمكروه بعد زوال الإكراه الإجازة أو الفسخ، إلا أن يكون عقد السفية على نفسه فلا كلام لوليها لأنه لا حجر عليه في نفسه إلا أن يكون في إجارته نفسه محاباة، وأما صيغة الإجارة فهي كل ما يدل على الرضا، وأما الأجرة فهي كل ما يصح أن يكون ثمناً في الجملة، قال خليل: صحة الإجارة بعاقده وأجر كالبيع، وإنما قلنا في الجملة لثلاثا نتقص الكلية بالطعام ومما تنبته الأرض لصحة كونهما ثمناً وعدم صحة كونهما أجرة الأرض الزراعة، ويجب تعجيلها إن كانت معينة بالشرط أو العادة.

قال خليل: وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع فيها إلا كرى حج فاليسير، وأما المنفعة فهي كما قال ابن عرفة: فهي ما لا تمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه، وقال خليل بمنفعة تتقوم قدر على تسليمها بلا استيفاء عين قصداً، فلا تستأجر التفاحه لشمها لأن تأثرها ليس من الاستيفاء وإنما هو من مرور الزمان، ولا الأعمى للخط، ولا الأخرس للكلام، ولا الأرض التي غمرها الماء ولا يمكن انكشافها، ولا الفقيه لإخراج الجان أو لحل المربوط لعدم تحقق المنفعة، ولا الأشجار لثمارها، ولا الشاة للبنها لأدائه إلى بيع الشيء قبل وجوده وهو لا يجوز، ولا الحافض لكنس المسجد بنفسها، ولا على فعل ما يطلب من الإنسان بنفسه كصلاة الوتر أو الصوم لعدم حصول المنفعة للمستأجر، وأشار المصنف إلى شروطها بقوله: (إذا ضربنا لذلك أجلاً وسمي الثمن) والمعنى: أن الإجارة لا تصح إلا بشروط ثلاثة، أحدهما: أن يكون أجلها معلوماً بشهر أو سنة، أو تكون محدودة بعمل كخياطة ثوب أو كتابة كراس. وثانيها: أن يكون الأجر معلوماً للمتعاقدين ولو بالعرف، كأجرة الخياطة أو صبيغ الثوب أو غيرها مما تختلف أجرته عرفاً. وثالثها: أن يكون العمل المستأجر عليه معلوماً للمتعاقدين، كما يشترط تعيين الذات المعقود عليها لتعليمها أو لركوبها، قال خليل: وعين متعلم ورضيع ودار وحانوت وبناء على جدران ومحمل إن لم توصف ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة.

(تنبيهان) الأول: إنما يشترط التصريح بالأجل فيما لا تعرف غايته إلا بانتهاء الأجل كالاستئجار على الرعاية أو الحرث، وأما ما غايته الفزاع منه كالخياطة والحياكة والصبيغ فيكفي تعيين العمل، وجرى خلاف في فساد العقد عند الجمع بين العمل والزمان، قال خليل: وهل تفسد إن جمعها وتساويا أو مطلقاً خلاف؟ الثاني: ما قدم من أن الإجارة جائزة ببيان لحكمها الأصلي وقد تكون مكروهة، مثل أن يؤجر نفسه للإمامة أو للحدج أو غيرها من أنواع الطاعات أو لذمي لا يناله من ذلك مذلة، وقد تكون محرمة مثل أن يؤجر نفسه لذمي يناله بذلك مذلة أو يؤجر نفسه لمعروف بالغضب، وكذا كل إجارة يترتب عليها فعل محرم، ولما كان الجعل مشاركاً للإجارة في العقد على المنفعة لأن حقيقته كما قال ابن عرفة: عقد على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه، فخرج العقد على كراء السفن والرواحل والأرضين كما خرجت المساقاة والقراض وشركة الحرث، وزاد لفظه به ليدخل: إن أتيتني بعبدى الآبق فلك عمله شهراً مثلاً، فإنه جعل وإن كان فاستدأ للمجهل بالعوض، ولو سقط لفظه به لخرجت لمشاركتها للقراض فيما خرج به، لأن عوضها نشأ عن محل العمل، والضمير في محله عائد على عمل الآدمي وبه كذلك، والمعنى: أن العوض شرطه أن يكون غير مأخوذ عن محل العمل بسبب عمل عامله فدخلت تلك الصورة، لأن عوضها غير ناشئ عن عمل عاملها بل أخذ من عمل محلها لا بسبب عمل عاملها، بخلاف نحو القراض، وإنما احتيج إلى إخراجها مع كونها فاسدة لأن التعاريف لمطلق الماهية الشاملة للفاصلة دل على جوازه الكتاب والسنة، أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] فجعل لمن جاء بصواع الملك الذي فقدوه حمل بعير من الطعام ولم يقدر له مدة، وأما السنة فقولته ﷺ: «من قتل قتيلاً نقله سلبه» وقضية الرهط مع الجماعة الذين لدغ سيدهم التي رواها أبو سعيد الخدري فإنه قال: انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من العرب فاستضافوهم فلم يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء فلم ينفعه شيء، فقال بعضهم لبعض: لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا عندنا لعل أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم فقالوا لهم: إن سيدنا لدغ وقد سعينا له بكل شيء فلم ينفعه فهل عند أحد منكم شيء؟ فقال بعضهم: نعم والله إنني لأرقي ولكن قد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق حتى تجعلوا لي جعلاً فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ الحمد لله أي الفاتحة فكانما نشط من عقال يمشي وما به قلبه أي علة فأوفوهم جعلهم، فقولته في الحديث: حتى تجعلوا لي جعلاً يرد على من نظر في الاستدلال بقضية الرهط لجواز أن يكون إقرار النبي ﷺ إياهم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة، كما يرده قوله ﷺ: «وما يدريك أنها رقية» مع قوله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله»

حَفْرٍ بَثْرٍ أَوْ يَبِيعُ ثَوْبًا وَنَحْوَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ إِلَّا بِتَمَامِ الْعَمَلِ وَالْأَجِيرُ عَلَى الْبَيْعِ إِذَا تَمَّ الْأَجَلُ

فإن هذا يقتضي أن ما أخذه في نظير الرقية لا الضيافة، وقد مضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأقطار على توالي الأعصار، والمصنف لم يذكر أركانه، وهي أربع: العاقدان والعمل والعوض، وأشار لها خليل بقوله: صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً علم يستحقه السامع بالتمام، فشرط العاقد التأهل لعقد الإجارة صحة ولزوماً، وشرط الجعل بمعنى العوض أن يكون مما يصح كونه أجره، وأما العمل المجاعل عليه فبعضه تصح فيه الإجارة وذلك كحفر بئر في أرض موات لأنه إن عين فيها مقدار مخصوص من الأذرع كان إجارة، وإن عاقده على إخراج الماء كان جعلاً، وبعضه مما لا تصح فيه الإجارة وذلك كالمعاقدة على إحضار عبد أبق أو بعير شارد ونحوهما من كل ما جهل فيه العمل، وبعضه لا تصح فيه الجعالة وتتبع الإجارة، وذلك كالمعاقدة على عمل في أرض مملوكة للجاعل كحفر بئر في أرض مملوكة له، لأنه على تقدير عدم تمام العمل يذهب عمله باطلاً مع انتفاع الجاعل بعمله، فبين الإجارة والجعل العموم والخصوص الوجهي على التحقيق، خلافاً لظاهر خليل في قوله: في كل ما تجوز فيه الإجارة.

ولما كان شرط الجعل عدم تقدير زمن للعمل قال: (ولا يضرب في الجعل أجل) أي يحرم أن يقدر زمن معين (في رد) رقيق (أبق أو بعير شارد أو حفر بئر) في أرض موات جاعله على إخراج مائها. (أو) في (بيع ثوب ونحوه) وإنما لم يجز ذلك لما فيه من زيادة الغرر، إذ ربما ينقضي الأجل قبل تمام العمل فيذهب عمله باطلاً، أو يتم العمل قبل انقضائه فيأخذ ما لا يستحقه لأنه يأخذ الجعل كاملاً لتمام العمل ويسقط عنه العمل في بقية الأجل، إلا أن يكون العامل شرط على الجاعل الترك متى شاء فإنه يجوز ضرب الأجل حينئذ، قال خليل: بلا تقدير زمن إلا بشرط تركه متى شاء، ولا يقال: شأن الجعل أن للعامل فيه الترك متى شاء فلم امتنع مع تقدير الزمن من غير اشتراط تخيير في الترك وجاز مع الاشتراط؟ لأننا نقول: المجمعول له عند عدم الشرط دخل على التمام فغرره قوي وإن كان له الترك متى شاء وعند الشرط يحف غرره لدخوله ابتداء على التخيير.

(تنبيهات) الأول: كما لا يجوز ضرب الأجل في عقد الجعل لا يجوز شرط نقد العوض، وإذا وقع ضرب الأجل في عقده أو شرط نقد العوض فسد ولو لم يحصل نقد، ويجب فيه إن تم العمل جعل المثل، وإلا فلا شيء له إلا أن يقع العقد على أن له الجعل وإن لم يتم العمل فيكون فيه أجره المثل، قال خليل: وفي الفاسد جعل مثله إلا بجعل مطلقاً فأجرته. الثاني: قد ذكرنا أن الجعالة كالإجارة في العاقد والعوض، إلا أنه لا يشترط إيقاع العقد فيه من الجانبين، بل يستحق العامل الجعل وإن لم يعاقده رب الشيء، قال خليل: ولمن لم يسمع جعل مثله إن اعتاده، والضابط أنه متى أحضر العبد الأبق من اعتاد

ذلك وجب له الجعل، سواء وقع من ربه الالتزام أو لم يقع، وأما لو أتى به من لا عادة له بطلب الإباق فإنما له ما أنفقه على الأبق من أكل وشرب ولباس لا نفقته على نفسه فإنها على نفسه لا على رب الأبق. الثالث: يشترط في صحة الجعل إذا كان المجاعل عليه عبداً أبقاً أو بعبيراً شاردأ جهل مكانه، فإن علما أو أحدهما مكانه فسخ العقد، فإن تم العمل فإن كان العالم الجاهل والجاهل العامل فله الأكثر من الجعل وأجرة مثله، وإن انفرد المجعول له بالعلم فلا شيء، وقال ابن القاسم في العتبية له بقدر تبعه، والقول لمن ادعى عدم العلم منهما. الرابع: لو أعطى شخص غيره ثوباً لبيعه وقال له: لا تبعه حتى تشاورني لم يجز إن ضرباً للبيع أجلاً، لأن الجعل يفسد بضرب الأجل كما تقدم، والواجب فيه تسمية الثمن والتفويض إلى البائع في بيعه متى شاء.

ولما كان يتوهم من كون عاقد الجعل كعاقد الإجارة تبعض العوض كالأجرة قاله: (ولا شيء له) أي للعامل (إلا بتمام العمل) لورود النص بذلك قال تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾ [يوسف: ١٧٢] فإن مفهومه أنه إن لم يأت به لا شيء له، وأما إن تم العمل فيستحق الجعل المسمى له وجعل مثلها إن لم يكن تسمية حيث كانت عاداته الإتيان بالأبق كما تقدم، ولو استحق الشيء المجاعل عليه ولو قبل قبض ربه، ولو كان الاستحقاق بحرية، ولا يرجع الجاعل بالجعل على المستحق على المشهور، لأن الجاعل هو الذي ورط العامل في العمل مثل الاستحقاق، ولو أعتق السيد العبد بعد شروع العامل في تحصيله بخلاف موته قبل قبض ربه له فإنه لا يستحق، ومثل الموت في تفصيله لو هرب العبد أو أسر أو غصب، والفرق بين هذه المذكورات والاستحقاق أن الاستحقاق يغلب كونه ناشئاً عن عداء الجاعل، ثم إن محل كون العامل لا شيء له قبل تمام العمل ما لم ينتفع رب الشيء بعمله وإلا استحق بنسبة عمل الثاني، قال خليل: إلا أن يستأجر ربه على التمام، فبنسبة عمل الثاني سواء عمل عمل الثاني قدر الأول أو أقل أو أكثر، فإن كان جعل للأول عشرة دراهم على حمل خشبة إلى موضع كذا فبلغها نصف الطريق مثلاً وتركها ثم جعل لآخر عشرة على تبليغها فإنه يستحق الأول عشرة وهكذا، ولا مفهوم للاستتجار، بل لو بلغها ربه أو شخص آخر مجاناً فإنه يستحق الأول بنسبة عمل من يتمه أن لو استأجر عليه، لأن المدار على الانتفاع بعمله، راجع شرح خليل للعلامة الأجهوري.

(تنبيهان) الأول: عقد الجعل قبل الشروع في العمل منحل من جهة العامل والجاعل، وأما بعد الشروع في العمل فلازم من جهة الجاعل ومنحل من جهة العامل، والمراد بالجاعل ملتزم عقد الجعل ولو عقده وكيهه. الثاني: إنما يصح عقد الجعل فيما لا يجب على العامل، فأما ما يجب عليه من قول أو فعل فلا يصح مجاعلته عليه، قال في البيان: قال ابن القاسم قال مالك: من قال دلني على من يشتري مني جاريتي ولك كذا أو من

وَلَمْ يَبِعْ وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الْأَجْرِ وَإِنْ بَاعَ فِي نِصْفِ الْأَجْلِ فَلَهُ نِصْفُ الْإِجَارَةِ وَالْكَرَاءِ

أؤجره نفسي فدل عليه فذلك لازم له لأنه لا يجب عليه الإدلال عليه، بخلاف ما لو قال: دلني على امرأة تصلح لي أتزوجها ولك كذا فدلته فلا شيء له، والفرق بين الدلالة على من يشتري أو يستأجر، وبين الدلالة على من تصلح للزواج في لزوم العوض في الأول دون الثاني وقوع العوض في مقابلة ما لا يلزم العامل وهو التفتيش على من يشتري أو يستأجر، بخلاف الثاني فإنه في مقابلة ما يجب على العامل وهو النصيحة، لأنه لما استنصحه صارت النصيحة واجبة عليه، ولا يجوز لأحد أخذ عوض في واجب عليه. ولما كان الجعل لا يستحقه العامل إلا بالتمام والإجارة تخالفه قال: (والأجير على البيع) أي على السمسرة على أثواب أو دواب أو عبيد معلومة في أجل معلوم بأجر معلوم. (إذا تم) أي انقضى (الأجل ولم يبيع) شيئاً مما استؤجر على بيعه (وجب له جميع الأجر) المشتراط أو المعروف له بحسب العادة، وإنما وجب له جميع الأجر لأن المستأجر قد استوفى ما استأجره عليه وهو النداء على السلع في تلك المدة. (و) أما (إن باع) المستأجر على بيعه (في نصف الأجل) فله نصف الإجارة) أو في ربع الأجل فله ربع الأجر، لأن كل جزء من الأجرة في مقابلة ما يعادله ويقابله من أجزاء المنفعة، ولذلك قال ابن عرفة في التعريف: يتبعض بتبعيضها، والمراد بالإجارة في كلامه الأجر الذي هو العوض، حكملنا كلامه على السمسرة للاحتراز عما لو كان الاستئجار على نفس البيع فإن الأجير لا يستحق فيه شيئاً إلا بالبيع، وقيدنا المعقود عليه بالأشياء المعينة للاحتراز عما لو استأجر شخصاً على بيع سلع غير معينة شهراً مثلاً وأحضر له شيئاً فباعه قبل انقضاء الشهر فليأته بمتاع آخر يبيعه حتى ينقضي الشهر أو يدفع له جميع الأجر لأنه استأجره على عمله شهراً. وقال الثاني:

(فرع) لو أعطاه ثوباً وقال له: لا تبع حتى تشاورني لم يجز، قاله عبد الحق انتهى. وأقول: لعل وجه عدم الجواز شدة الغرر، لأنه إذا شاوره يحتمل أن يجيز فيأخذ الأجرة وتارة لا يجيز فيذهب عمله باطلاً.

(تنبيه) ظهر لك من هذا البيان أن كلام المصنف في الإجارة لا في الجعل بدليل قوله: إذا تم الأجل، وظهر أيضاً أن الإجارة تخالف الجعل في ثلاثة أوجه، الأول: انتقال الإجارة إلى الأجل دون الجعل. الثاني: الجعل لا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بتمام العمل، بخلاف الإجارة تنبعض الأجرة غالباً بتبعيض المنفعة. الثالث: لزوم الإجارة بمجرد عقد المكلف الرشيد وإن لم يحصل شروع في العمل، بخلاف الجعل فإنه منحل من جهتهما قبل الشروع، وبعده لازم من جهة الجاعل دون العامل. ولما قدم أن الإجارة جائزة ولازمة وكانت تستعمل في الغالب في بيع منفعة العاقل، شرع في الكلام على العقد على منافع الدواب ويقال له كراء مضمناً له بيان شرط العوض مطلقاً بقوله: (والكراء) بالمد وهو بيع

كَالْبَيْعِ فِيَمَا يَحِلُّ وَيَحْرُمُ وَمَنْ أَكْتَرَى دَابَّةً بَعَيْنَهَا إِلَى بَلَدٍ فَمَاتَتْ أَنْفَسَخَ الْكِرَاءَ فِيَمَا بَقِيَ

منفعة ما أمكن نقله من حيوان لا يعقل كما قاله ابن عرفة، بخلاف بيع منفعة العاقل فإنه يسمى إجارة وهذه تفرقة للفقهاء وهي غير ملتزمة الاستعمال لأنهم كثيراً ما يطلقون كلاً على الآخر كما في كلام المصنف، لأن المراد هنا العقد على المنافع كانت من عاقل أو غيره. (كالبيع فيما يحل) من الأجل المعلوم والعوض المستوفى للشروط المطلوبة في المعقود عليه من كونه طاهراً منتفعاً به مقدوراً عليه للمتعاقدين. (و) فيما (يحرم) من كونه منهيّاً عنه أو مجهولاً أو غير طاهر، وحاصل المعنى: أن الكراء بمعنى بيع المنافع كالبيع في الشروط المطلوبة في العاقد والمعقود عليه، قال خليل: صحة الإجارة بعاقده وأجره كالبيع. ثم قال: وكراء الدابة كذلك.

(تنبيهان) الأول: أورد على المصنف أنه يجوز بيع الأرض بطعام وبما تنبته وإن غير خشب، ولا يجوز كراؤها بشيء من ذلك سوى الخشب والحلفاء والحشيش، فالكلية غير مسلمة لصحة وقوع هذه المذكورات أثماناً، ولا يصح دفعها كراء لأرض الزراعة، ويمكن الجواب على المصنف بأن وجود الشرط لا يلزم منه ترتب الحكم، فكم من مسألة يكون الثمن فيها مستوفياً للشروط ويكون العقد ممتنعاً كالبيع عند نداء الجمعة، فقوله كالبيع أي في الجملة فلا يرد ما ذكر. الثاني: إطلاق المصنف في الكراء يوهم مساواته للبيع في كل الوجوه وليس كذلك، فإن الكراء في نحو الدابة على وجهين، أحدهما: أن تكون مضمونة أي غير معينة، فإن وقع عقد الكراء في زمن أبان الكراء فلا بد من تعجيل الكراء داخل الثلاثة أيام أو الشروع في المنفعة، وأما لو وقع قبل الأبان كوقوع العقد قبل أشهر الحج بالنسبة له لا به الحج فيكفي تعجيل نحو الدينار أو الدينارين، ولا يجب تعجيل الجميع لثلاث تهرب أصحاب الإبل، فهذه الصور تخالف البيع، لأن البيع يجب فيه تعجيل كل المثلثين أو كل الثمن كما في السلم هروباً من ابتداء الدين بالدين ثانيهما: أن تكون الدابة معينة فيجوز كراؤها نقد أو إلى أجل إن حصل الشروع في الركوب ولو حكماً بأن تأخر يسيراً كعشرة أيام، وأما إن تأخر الشروع فوق العشرة أيام فإن كان بالنقد لم يجز لتردد المنقود بين الثمنية والسلفية، وإن لم يحصل نقد فيجوز عند ابن القاسم لأن ضمانها إذا هلكت من ربها، وهذه أيضاً يخالف فيها عقد الكراء المبيع، لأن المبيع المعين لا يجوز تأخير قبضه فوق ثلاثة أيام، وقد أجاز ابن القاسم هنا في الكراء تأخير قبض الدابة المعينة أكثر من عشرة أيام حيث لم يحصل نقد لكرائها، وهذا كله إذا كانت الدابة حاضرة، وأما لو كانت غائبة فلا يجوز النقد فيها، كما لا يجوز النقد في الذات المشتراة في غيبتها ولو بغير شرط.

ثم شرع في بيان ما يفسخ الكراء بتلفه فقال: (ومن اكترى دابة بعينها) بأن تكون حاضرة وأشار إليها (إلى بلد) أي محل معين (فماتت) أو تعذر سيرها قبل تمام المسافة بأرض نزل بها أو غصبت أو استحقت ونحو ذلك مما لا يمكن سيرها معه. (انفسخ الكراء

وَكَذَلِكَ الْأَجِيرُ يَمُوتُ وَالِدَارُ تَنْهَدِمُ قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ الْكِرَاءِ وَلَا بَأْسَ بِتَعْلِيمِ الْمُعَلِّمِ الْقُرْآنَ

فيما بقي) ويرجعان للمحاسبة، فعلى المكتري بحساب ما سار من الطريق ويعرف ذلك بالقيمة بأن تقوم المسافة كلها فيقال: بكم تكرر في هذه المسافة؟ فيقال: عشرة دنانير، ثم يقال: ما قيمة هذا الذي ساره منها؟ فإذا قيل: خمسة دنانير فتنسبها للعشرة فتجدها نصفها فيرجع صاحبها على المكتري بنصف الكراء، وظاهر قول المصنف انفسخ أنه لا يجوز التراضي على أخذ غير المعينة مطلقاً وليس كذلك، فقد قال خليل: وجاز الرضا بغير المعينة الهالكة إن لم ينقد أو نقد أو اضطر فيجوز، كما إذا كان في مفازة أو في محل غير مستعتب بأن لا يجد فيه ما يكتريه، فإن نقد ولم يحصل اضطرار فلا يجوز الرضا ببدل المعينة لما فيه من فسخ دين في دين، لأنه يفسخ ما وجب له من الأجرة في منافع يتأخر قبضها وهي منافع المأخوذة بدلاً، ولا يقال: العلة موجودة عند أخذ البدل مع الاضطرار، لأننا نقول: كثيراً ما يباح ما كان محرماً للضرورة كأكل الميتة للمضطر، وسيأتي مفهوم قول المصنف بعينها أن المضمونة وهي التي لم تعين بالمعنى السابق بأن قال: أكثرى منك دابة أو دابتك ولو كانت حاضرة ومشاهدة ولكن لم يشر إليها، أو قال له: دابتك الفلانية والحال أنه لم يعلم له سواها لا تنفسخ الإجارة بموتها، ويلزم المكري أن يأتي للمكتري ببدلها كما يأتي. (وكذلك) أي مثل الدابة المعينة (الأجير) المستأجرة عينه لخدمة بيت أو رعاية غنم ونحو ذلك مدة معلومة. (يموت) أو يحصل له ما يمنع الاستيفاء منه في أثناء المدة، فإن الإجارة تنفسخ في المدة وله بحساب ما عمل، وقيدنا بقولنا المستأجرة عينه للاحتراز عما لو كانت الإجارة مضمونة في ذمته فلا تنفسخ بموته، ويجب على المتولي أمر التركة أن يستأجر منها من يتم العمل. (و) كذلك (الدار) المعينة تكرر مدة معلومة (تنهدم) كلها أو جلها أو يتعذر الانتفاع بها بسبب غضب ونحوه. (قبل تمام مدة الكراء) فإن عقد الكراء يفسخ ويرجعان للمحاسبة، والضابط في ذلك أن كل عين تستوفى منها المنفعة تنفسخ الإجارة بتعذر الانتفاع بها، بخلاف الذات التي تستوفى بها المنفعة، كالراكب للدابة أو الساكن في الدار لا تنفسخ الإجارة بموته، قال خليل: وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به إلا صبي تعلم ورضع وفرس نزو وروض، وألحق بهذه الأربع بعض مسائل تنفسخ الإجارة بتلفها وهي مما تستوفى به، منها المستأجر على حصد زرع ليس للمستأجر سواء فاحترق، أو على بناء حائط أو على خياطة ثوب أو نسجه فغرقت الدار ذات الحائط وحرقت الثوب ولا شيء للمستأجر سوى ما ذكر، فإن الإجارة تنفسخ في هذه الملحقات، وقيدنا انهدام الدار بأكملها أو جلها للاحتراز عما لو كان المنهدم منها شيئاً خفيفاً بحيث لا يضر بالساكن كهدم شرافة فإنه كالعدم، وأما لو انهدم منها ما يحصل بهدمه الضرر على الساكن فإنه يخير بين فسخ الكراء عن نفسه ويدفع من الكراء بحسب ما سكن، وبين أن يستمر ساكناً ويدفع جميع الكراء ولا رجوع له بقيمة العيب على المشهور، وأما النقص من قيمة

عَلَى الْحِذَاقِ وَمَشَارَظَةِ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرْءِ وَلَا يَنْتَقِضُ الْكِرَاءُ بِمَوْتِ الرَّائِبِ أَوْ السَّاكِنِ

الكراء ولا يضر بالساکن فلا يثبت به خيار للمكثري ويلزمه السكنى ويحط عنه من الكراء بحسب النقص، فالحاصل أن الحادث في الدار على ثلاثة أقسام وقد بينا أحكامها. (تنبيه) لم يعلم من كلام المصنف حكم ما لو طلب المكثري من صاحب الدار أن يصلحها له بعد حصول انهدامها، والحكم عدم الجبر، قال خليل: ولم يجبر مؤجر على إصلاح مطلقاً ولو كان الانهدام يضر بالساکن وخيرته تنفي ضرره، فإن أصلحها المكثري من عنده بغير إذن صاحبها فإنه يحمل على التبرع وله قيمة بنائه منقوضاً أو يأمره بأخذ أنقاضه، إلا أن يكون المحل وقفاً فيلزم المكثري الإصلاح لحق الوقف، وإن أصلحها المكثري من ماله كان له الرجوع بقيمة بنائه قائماً، ولو أصلح غير مستند لإذن من الناظر حيث أصلح ما يحتاج للإصلاح لأنه قام عنه بواجب، وينبغي أخذ النفقة من فائض الوقف وإلا فمن غلته المستقبل.

ولما وقع الخلاف بين الأئمة في جواز الاستئجار على تعليم القرآن بين المصنف مختار إمامه بقوله: (ولا بأس بتعليم المعلم القرآن) بأجرة (على الحذاق) أي على الحفظ للقرآن أو شيء منه، والمعنى: أنه يجوز الإجارة على حفظ القرآن كله أو بعضه وهو المراد بالحذاق، ولا فرق بين الحفظ غيباً أو معرفة قراءته بالحاضر، كما يقع للأعاجم الذين يقرأون في المصحف، قال خليل: على تعليم قرآن مشاهرة أو على الحذاق، والدليل على جواز ذلك قوله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله» وإجماع أهل المدينة على ذلك، ولذلك قال مالك رضي الله عنه: لم يبلغني أن أحداً كره تعليم القرآن والكتابة بأجرة، واحترز بالقرآن عن الفقه وغيره من العلوم كالنحو والأصول والفرائض فإن الإجارة على تعليم ما ذكر مكروهة، وفرق أهل المذهب بين جوازها على القرآن وكراهتها على تعليم غيره، بأن القرآن كله حق لا شك فيه، بخلاف ما عداه مما هو ثابت بالاجتهاد فإن فيه الحق والباطل، وأيضاً تعليم الفقه بأجرة ليس عليه العمل بخلاف القرآن، وأيضاً أخذ الأجرة على تعليمه يؤدي إلى تقليل طالبه.

(تنبيهات) الأول: كما يستحق المعلم الأجرة المسماة له يستحق الحذاقة وهي المعروفة بالإصراف إن اشترطت أو جرت بها العادة، ويقضي للمعلم بها على الأب إلا أن يكون اشترط عدمها، قال خليل: وأخذها وإن لم تشترط، كما قال شراحه: الضمير راجع للحذاقة المعروفة بالإصراف ولا حد فيها على المذهب، والرجوع فيها إلى حال الأب من يسر وعسر، وينظر فيها أيضاً إلى حال الصبي، فإن كان حافظاً كثرت بخلاف غيره، ومحلها من السور ما تقرر به العرف نحو: ﴿والضحى﴾ و ﴿سبح﴾ و ﴿عم﴾ و ﴿تبارك﴾ فإن أخرج الأب ولده من عند المعلم قبل وصولها، فإن كان

الباقي إليها يسيراً لزم الأب، وإلا لم تلزم إلا بشرط فيلزم منها بحسب ما مضى، ولا يقضى بها في مثل الأعياد وإنما تستحب، وإذا مات الأب أو الولد قبل القضاء بها سقطت، كما تسقط إذا مات المعلم ولا طلب لورثته بشيء. الثاني: علم مما قررنا أن لا بأس في كلام المصنف المراد به الجواز بمعنى إلا إذا، فلا ينافي وجوب الإجارة على التعليم المذكور، إما لنفسه فيما يجب عليه حفظه، أو لتعليم الصبي الذي في كنفه من ولده أو خادمه ومثلهما لزوج، لما تقرر من أنه يجب على الولي أن يعلم نحو الصبي ما يعتقد في الله وفي الرسول، وكذا سائر ما جاءت به الرسل، وكذا معرفة ما يتعلق بصلاته وصيامه وطهارته، ويجب عليه أن يعلمه من القرآن ما يصلي به من فاتحة، ويسن تعليمه ما تحصل السنة، وما عدا ذلك فمندوب، والمراد بالولي ما يشمل القاضي فإنه كالأب عند فقده وفقد الوصي وإن لم يكن فجماعة المسلمين. الثالث: كما يقضى للمعلم بالإصراف زيادة على الأجرة، يطلب منه زيادة على التعليم للقرآن تعليمه الأدب ولو بالضرب على ما يحصل منه من نحو سب وكذب وسرقة وغير ذلك مما يحرم فعله على المكلف، كما يضربه على الهروب من المكتب، ويرجع في الضرب والتأديب إلى اجتهاد المعلم، وهو يختلف باختلاف المتعلمين لاختلاف أحوالهم، ويطلب منه أيضاً أن يلي تعليمهم بنفسه، فلا يجوز له أن يفوض تعليم بعضهم إلى بعض لأنه ربما يجر إلى الفساد، ويجب عليه أن يعدل بينهم في محل التعليم وفي التعليم وفي صفة جلوسهم عنده، ولا يجوز له تفضيل بعض على بعض في شيء من ذلك، كما لا يجوز له قبول هديتهم أو استخدامهم أو يرسلهم إلى نحو جنازة أو مولود ليقولوا شيئاً يأخذ منهم ما يدفع لهم، فإن فعل ذلك كان جرحة في شهادته وإمامته، إلا ما فضل من غذائهم مما تسمح به النفوس غالباً، وإلا ما كان من الخدمة معتاداً، وخف بحيث لا يشغل الولد فيجوز، كما يجوز ترك تعليمهم في نحو الجمع والأعياد لثلاث تسام أنفسهم بدوام التعليم.

ولما كانت مشاركة الطبيب على البرء شبيهة بمسألة الإجارة على التعليم للقرآن على الحذاق باعتبار أنه لا شيء للعامل إلا بالتمام ذكرها عقبها بقوله: (ومشاركة الطبيب على البرء جائزة) والمعنى: أنه يجوز معاودة الطبيب على البرء بأجرة معلومة للمتعاقدين، فإذا برى المريض أخذها الطبيب وإلا لم يأخذ شيئاً، واتفق على أن جميع الدواء من عند العليل لأنه يجوز كونه من عند الطبيب، على أنه إن برى العليل يدفع الأجرة وثنم الدواء، وإن لم يبرأ يدفع له قيمة الدواء فقط، وإنما لم تجز تلك الصورة لأدائها إلى اجتماع جعل وبيع وهو لا يجوز، والحاصل أن المعاودة على حفظ القرآن وعلى البرء وعلى استخراج الماء وكراء السفينة والمغارة وهي إعطاء الرجل أرضه لمن يغرّس فيها شيئاً من الأشجار، وإذا بلغت حداً معروفاً تصير الأرض والأشجار بينهما مشابة للإجارة والجعالة، وبيان ذلك

وَلَا يَمُوتُ غَنِمِ الرَّعَايَةِ وَلِيَأْتِ بِمِثْلِهَا وَمَنْ أَكْثَرَى كِرَاءٍ مَضْمُونًا فَمَاتَتِ الدَّابَّةُ فَلْيَأْتِ بِغَيْرِهَا

أنه لما كان العامل لا يستحق شيئاً إلا بتمام العمل شابته الجعالة، ولما كان إذا ترك الأول وكمل غيره العمل يكون للأول بحسابه لا بنسبة الثاني شابته الإجارة، ولا يجوز اشتراط النقد في تلك الحالة لتردد المنقود بين السلفية والثمنية.

(تنبيه) علم مما قررنا أن موضوع كلام المصنف فيما إذا تعاقد على شرط حصول البرء، وأما الاستئجار على المداواة في زمن المرض فعلى ثلاثة أقسام: قسم يجوز باتفاق وهو استئجاره على مداواته مدة معلومة بأجرة معلومة، فإن تمت المدة وبريء أو لم يبرأ فله الأجرة كلها، وإن برىء في نصف الأجل فله نصف الأجرة والدواء من عند العليل، ولا يجوز اشتراط النقد في تلك الحالة لاحتمال البرء في أثناء المدة فتكون سلفاً، وقسمان فيهما خلاف، أحدهما أن يعاقده على أن يداويه مدة معلومة والمسألة بحالها إلا أن الدواء من عند الطبيب فليل يجرى وقيل لا يجوز لما فيها من اجتماع الجعل والبيع، وثانيهما أن يقول له: أعاقدك بكذا على علاج هذا المريض حتى يبرأ، فإن برىء كان له الجعل وإن لم يبرأ فلا شيء له ويكون الدواء من عند الطبيب، فقيل يجوز وقيل لا يجوز لما فيه من الغرر، ولما قدم أن الإجارة تنفسخ بتعذر الاستيفاء من الذات المعينة التي تستوفى منها المنفعة دابة أو داراً أو شخصاً، شرع يتكلم على ما إذا حصل التعذر من جانب المستوفى به المنفعة من راكب أو ساكن أو غيرهما بقوله: (ولا ينتقض) أي لا ينتقض عقد (الكراء بموت) أو تعذر (الراكب) لدابة أو سفينة (أو الساكن) المكتري للدار ونحوها، ولو كان الراكب عروساً يزف على المركوب في زمن غير معين، ويلزم وارث الميت الخلف أو يدفع جميع الكراء، لأن الراكب ومن معه مما يستوفى به المنفعة والإجارة لا تنفسخ بتلفه، وأما لو اكترى الدابة ليزف عليها العروس في زمن معين ولم يحصل ذلك ففي المتيطية: إن كان التأخير لمرض أو عذر لم يلزم كراؤها، وإن كان التأخير اختياراً لزم الكراء، وللمكتري أن يكريها في مثله. (ولا) ينتقض الكراء أيضاً (بموت غنم) أي ماشية (الرعاية وليأت) ربهما للراعي (بمثلها) لأن الغنم مما تستوفى بها المنفعة، وظاهر كلام المصنف وجوب الخلف سواء شرطاً ذلك عند العقد أم لا، كانت الغنم معينة أم لا وهو كذلك حيث وقعت صحيحة وإلا فلا، واعلم أن العقد على رعاية نحو الغنم فيه تفصيل محصله: إن كانت معينة لا يجوز العقد على رعايتها إلا بشرط أن كل ما مات أو سرق منها يخلفه، فإن لم يشترط الخلف لم يجز العقد وتفسخ، وإن لم يطلع عليها إلا بعد انقضاء المدة كان له أجر مثله، وأما لو كانت غير معينة فيجوز الاستئجار على رعيها ولم يشترط الخلف ويلزم ربهما الخلف أو دفع جميع الكراء، فتلخص أن الخلف واجب على رب الغنم كانت معينة أم لا حيث كانت الإجارة صحيحة، فإن عقدت على شرط الخلف عند تعيينها أو بغير الخلف عند عدم تعيينها، فإن امتنع ربهما من الخلف لزمه دفع جميع الكراء، وأما الفاسدة فلا يلزم فيها خلف

لوجوب فسخها، ويفهم من قوله بمثلها أنه لو أخلف الغنم بغيرها كبقر أو معز لا يلزمه، لأنه لو استأجره ابتداء على رعاية غنم وأتى له بمعز لا يلزمه لما في رعيها من المشقة، كما لا يلزمه رعي أولاد ما استؤجر على رعيه إلا لعرف كما هو الآن، وحيث لا عرف يلزم ربها الإتيان براع لها، ويجب عليه أن يرعاها مع الأمهات، لأن رعي الولد مع الأم يتعب راعي الأم لا لحرمة التفرقة لاختصاصها بالعاقل.

(تنبيهان) الأول: علم مما ذكرنا أن كلام المصنف في الاستئجار على رعاية عدد من الغنم، وسكت عن حكم الاستئجار على رعاية غنم من غير تعيينها ولا بيان عددها بأن قال: أستأجرك على أن ترعى لي غنماً، فإن هذا العقد جائز ويأتي له بما يقدر على رعيه لأنه ملك جميع منافعه، وليس للراعي أن يرعى معها غيرها ولو قدر على ذلك، ولو لم يشترط عليه عدم رعي غيرها، فإن فعل كان الأجر لرب الغنم، وكذا لو استأجره على رعاية عدد معين واشترط عليه أن لا يرعى معها غيرها فالشرط لازم، فإن خالف ورعى معها غيرها فالأجر لرب الغنم، وأما لو لم يشترط عليه في الفرض المذكور عدم رعي غيرها فيجوز له إن كان يقوى على ذلك ولو بشريك، وإلى هذا الإشارة بقول خليل: وليس لراع رعي أخرى إلا بمشارك أو ثقل. ولم يشترط خلافه وإلا فأجره لمستأجره كأجير لخدمة أجر نفسه. الثاني: لا يجوز للراعي أن يأتي براع بدله حيث كان معيناً إلا أن يكون قد شرط ذلك أو جرى به العرف فيجوز كما يجوز لغير المعين.

(تنمة) لو ماتت الغنم أو سرقت لا ضمان عليه فيما ملك من الغنم ولو شرط عليه الضمان، ومثله كل من تولى العين المؤجرة كمكتري الدابة أو البيت، وهذا حيث لم يحصل منه ما يوجب الضمان ويقبل قوله بيمين، فيما إذا ذبح منها شيئاً وادعى خوف موته لأنه إذا لم يذبحها يضمن حيث ظهر منه تفريط، والكلام في الراعي المكلف وأما غيره فلا ضمان عليه، قال خليل: وإن أقرض أو أودع صبيماً أو باعه فأنلف لم يضمن وإن بإذن أهله، وقال في محل آخر: وضمن ما أفسد إن لم يؤمن، ولا شك أن الاستئجار على الرعاية مستلزم للتأمين. ثم شرع في مفهوم المعينة بقوله: (ومن أكرى) دابة أو سفينة (كراء مضموناً) وهو ما لم تعين فيه الدابة بالإشارة إليها مع حضورها بأن قال: أكرى منك دابة أو سفينة أو دابتك أو سفينتك، ولو كانت حاضرة بالمجلس حيث لم يشر إليها ولو كان يعرفها قبل ذلك، وعدم اشتراط تعيينها بالإشارة إليها لا ينافي وجوب بيان جنسها ونوعها وذكرورتها وأنوئتها حتى يصح العقد عليها (فماتت الدابة) المضمونة أو انكسرت السفينة (فليات) المكري قهراً عليه للمكتري (بغيرها) لعدم فسخ الكراء بموت غير المعينة، لأن المنافع متعلقة بذمة المكري لا بعين المضمونة، بخلاف المعينة فإنها كالأجير المعين يفسخ الكراء بموته، ولا يقال: الدابة تستوفى منها المنفعة والكراء يفسخ بموت

وَإِنْ مَاتَ الرَّابِطُ لَمْ يَنْفَسِحِ الْكَرَاءُ وَلِيَكْتَرُوا مَكَانَهُ غَيْرَهُ وَمَنْ أَكْتَرَى مَا عَوْنَا أَوْ غَيْرَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي هَلَاكِهِ بِيَدِهِ وَهُوَ مِصْدَقٌ إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ كَذِبُهُ وَالصُّنْأَعُ ضَامِنُونَ لِمَا عَابُوا

ما يستوفى منه، لأننا نقول: الاستيفاء من نوعها لا من عينها وشخصها، ولا منافاة بين كون منفعة الذات المضمونة في الذمة وكون المكري إذا أتى بدابة للمكترى وركبها لا يجبر على قبول غيرها، لأنه يركوبه عليها استحق منفعتها، حتى لو فلس المكري بعد قبضها يكون المكترى أحق بها إلى تمام المدة لصيرورتها كالمعينة يركوبه عليها. ولما كان الراكب مما تستوفى به المنفعة والإجارة لا تنفسخ بموته قال: (وإن مات الراكب) للدابة أو السفينة (لم ينفسخ الكراء) بموته (وليكتروا) أي ورثة الراكب أو الحاكم إن لم يكن ورثة (مكانه غيره) مما هو مساو للميت أو دونه، ثم إن قوله: وإن مات الراكب الخ مكرر مع قوله سابقاً: ولا ينتقض الكراء بموت الراكب، ولعله إنما ارتكب ذلك ليرتب عليه قوله: وليكتروا مكانه غيره.

(تنبيه) لم يتكلم المصنف على اشتراط تعيين الراكب، والحكم أنه لا يلزم تعيينه عند عقد الكراء بل يصح عقد الكراء على حمل آدمي، قال خليل: وعلى حمل آدمي لم يره ولم يلزمه الفادح وهو العظيم الثقيل، ومثله المريض المعروف بكثرة النوم أو بعقر الدواب وإن لم يكن ثقيلاً، والأثنى ليست من الفادح مطلقاً، فإن وقع العقد على حمل آدمي وأناه بامرأة لزمه حملها حيث لم تكن ثقيلة، بخلاف ما لو وقع العقد على حمل رجل فأتى له بامرأة فله الامتناع من حملها بخلاف عكسه فيما يظهر. ولما فرغ من الكلام على ما تنفسخ الإجارة بتلفه وما لا تنفسخ بتلفه، شرع يتكلم على ما يضمنه المستأجر عند تلفه وما لا يضمنه بقوله: (ومن اكترى ماعوناً) كصفحة وقدر (أو غيره) من سائر الأعيان المكتراة فهلك (فلا ضمان عليه في هلاكه بيده وهو مصدق) فيما ادعاه من التلف أو الضياع لأنه مؤتمن على ما استأجره، وإنما يصدق بيمين إن كان منهما، واحترز بقوله بيده عما لو أكره المكترى لغيره وادعى تلفه فإنه يضمنه إن أكره لغير أمين، قال خليل: وضمن إن أكرى لغير أمين أو لمن هو أثقل منه أو أضر أو لمن هو دونه في الأمانة، بخلاف لو أكرى لمن هو مثله في الأمانة فلا ضمان على واحد منهما، وحكم الإقدام على إجارة المستأجر لما استأجره من غير إذن المؤجر الجواز إن كان داراً، والمنع إن كان ثواباً، وأما الدابة ففي إجارتها للغير خلاف، وقيد المصنف تصديقه بقوله: (إلا أن يتبين كذبه) في دعواه كأن يقول: هلكت الدابة مثلاً في أول الشهر ثم تشهد بينة برؤيتها عنده في آخر الشهر، أو يدعي الهلاك في محل فيسأل أهله فينكرون فإنه لا يصدق ويضمن، وإذا ادعى المكترى ضياع الشيء المكترى قبل الانتفاع به ليسقط عن نفسه الأجرة لا يصدق ويلزمه الكراء، ولا يسقط عنه إلا بينة تشهد على ما ادعاه لأن الكراء قد لزم ذمته فلا يبرأ منه إلا بينة.

(تنبيهان) الأول: تلخص مما ذكرناه في الكلام على الراعي وعلى المكترى التصديق

عَلَيْهِ عَمَلُوهُ بِأَجْرٍ أَوْ بغيرِ أَجْرٍ وَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الْحَمَامِ وَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ

في الهلاك أو الضياع بعد حلف المتهم دون غيره، ولا فرق بين كون الذات المكترة مما يغاب عليها كالثوب والوعاء أو لا يغاب عليها كالدابة، وأما لو ذبح واحد منهما الذات التي تحت يده فتقدم أنه يصدق الراعي في ذبحه لخوف موت ما ذبحه، بخلاف المكتري لنحو ثور فإنه لا يصدق أنه ذبحه لخوف موته إلا ببلطخ أو بينة، ومثله المستعير والمرتهن والشريك والمودع وإن كانوا يصدقون في دعوى التلف أو الضياع، ولعل الفرق بين هؤلاء وبين الراعي مع كون الجميع مؤتمنين تعذر الإشهاد من الراعي غالباً، بخلاف هؤلاء فإنه لا مشقة عليهم في الإشهاد غالباً، وأحرى من هؤلاء في الضمان من مر على دابة شخص فذكاها وادعى أنه إنما فعل ذلك خوف موتها، أو سلخ دابة غيره وادعى أنه وجدها ميتة فلا يصدق إلا ببينة أو لطح، وكل من ترك الذبح من هؤلاء حتى ماتت الدابة فلا ضمان عليه إلا إذا كان عنده من يشهد على ذبحها خوف الموت، كما يضمن الراعي بترك ذكاتها وشهادة البينة عليه بتفريطه.

الثاني: تكلم المصنف على حكم من ذكر التلف أو الضياع، وسكت عن حكم دعواه رد الذات مع تكذيب المالك، والحكم أنه يصدق في دعوى ردها إلا أن يكون قبضها ببينة مقصودة للتوثق فلا يصدق، وهذا إذا كانت الذات يقبل دعواه في تلفها بأن كانت مما لا يغاب عليها كالدابة، لأن القاعدة أن كل من قبل قوله في الضياع أو التلف يقبل قوله في الرد إلى من دفع إليه، إلا أن يكون أخذ الذات ببينة مقصودة للتوثق، وأما نحو الثوب والماعون من كل ما يغاب عليه فلا يصدق في دعوى رده وإن كان قبضه بلا بينة، وهذا التفصيل يجري في المستعير يدعي رد العارية، وفي الصانع يدعي رد المصنوع، بخلاف المودع يدعي رد الوديعة فإنه يقبل قوله ولو لما يغاب عليه حيث قبضه بلا بينة، ولعل وجه الفرق بين الوديعة وغيرها حيث خفف فيها وشد في غيرها من تلك المذكورات أن الحيابة في الوديعة لمحض حق غيرها، بخلاف غيرها القابض له حق في المقبوض في الجملة، هكذا ظهر لنا في وجه الفرق، ولم يظهر الفرق بأن الوديعة قبضت على وجه الضمان، لأن غيرها وهو الشيء المكتري قبض على غير وجه الضمان أيضاً.

ولما كان الصانع يخالف نحو الراعي والمكتري أشار إليه بقوله: (والصانع) جمع صانع كالخياط والقزاز والكاتب (ضامنون لما غابوا عليه) من مصنوعهم إذا ادعوا ضياعه أو تلفه سواء (عملوه بأجر أو بغير أجر) صنعوه في الحوائث أو البيوت، سواء تلف بصنعه أو غير صنعه، ولضمان الصانع شروط منها: أن ينصب نفسه للصناعة لعامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بجماعة. ومنها: أن يغيب على الذات المصنوعة لا إن صنعها بيت ربها ولو بغير حضرته أو بحضرته ولو في محل الصانع فلا ضمان. ومنها: أن يكون المصنوع مما يغاب عليه بأن يكون ثوباً أو حلياً، فلا ضمان على معلم الأطفال أو البيطار

إذا ادعى الأول هروب الولد والثاني هروب أو تلف الدابة . ومنها : أن لا يكون في الصنعة تغرير وإلا فلا ضمان ، كنفش الفصوص وثقب اللؤلؤ وتقويم السيوف وحرق الخبز عند الفران وتلف الثوب في قدر الصباغ ، وما أشبه ذلك كالبيطار يطرح الدابة لكيها مثلاً فتموت ، وكالخاتن لصبي يموت عند ختنه ، والطبيب للمريض يموت تحت يده ، والحاجم يستأجر لقلع الضرس ، فلا ضمان على واحد من هؤلاء لا في ماله ولا على عاقلته ، حيث لم يحصل تقصير ولا خطأ في الصنعة ، فإن كان من أهل المعرفة ولكن أخطأ فخطأه على العاقلة إن بلغت الجناية الثلث ، وإلا كانت في ماله ، كما لو لم يكن من أهل المعرفة وغر من نفسه فإن علتة الدية في ماله والعقوبة من الإمام في بدنه . ومنها : أن لا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع فلا ضمان ، وتسقط الأجرة عن رب المصنوع حيث لم يحصل منه تفريط في حفظه . ومنها : أن لا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعاً على الصفة المطلوبة ويتركه ربه اختياراً فيضيع ، وإلا فلا ضمان حيث كان إحضاره بعد دفع الأجرة لأنه صار كالوديعة ، بخلاف ما لو أحضره على غير الصفة أو دعاه لأخذه من غير إحضار أو بقاء عنده حتى يقبض الأجرة ثم يدعي ضياعه بعد ذلك فإنه يضمه ، واحترزنا بقولنا من مصنوعهم للاحتراز عن غيره كظرف المصنوع ، كقفة الطحين وجفير السيف يدفع مع السيف لإصلاحه ثم يدعي ضياع ما ذكر ، فيضمن القمح والسيف دون القفة والجفير ولو كان المصنوع يحتاج إليهما ، ولم يبين المصنف ما الذي يضمه الصانع ، ويبينه غيره بأنه يضمن قيمته غير مصنوع وتعتبر يوم دفعه له ، ولو كان الصانع شرط على ربه عدم ضمانه عند دعوى ضياعه .

(تنبيه) اعلم أن الأصل عدم ضمان الأجراء لأنه ﷺ أسقط عنهم الضمان ، وأخرج إمامنا مالك رضي الله عنه منهم الصانع وقال بضمانهم وعدم ائتمانهم باجتهاد منه رضي الله عنه ، وسبقه إلى تضمينهم الخلفاء رضي الله عنهم فقصوا بتضمينهم ولم ينكر عليهم أحد ذلك لما في ذلك من مراعاة المصلحة العامة ، لأن غالب الناس يضطر إلى الاستصناع ، فلو علم الصانع أنهم يصدقون في دعوى الضياع أو التلف أو رد المصنوع إلى ربه لتسارعوا إلى كل ما يدفع لهم ليصنعوه ، فحكم هؤلاء العظماء بالضمان لتلك المصلحة ، ومن مراعاة المصلحة العامة أيضاً ما نقله العلامة خليل عن مالك من جواز قتل الثلث من المسلمين لإصلاح الثلثين ، ومحملة عندنا على أن الجميع مفسدون ، ولا يحصل انزجارهم لا بحبسهم ولا بضربهم إلا بقتل ثلثهم ، هذا محل الجواز إذ لم يقل أحد بجواز قتل أهل الصلاح لإصلاح أحد من أهل الفساد ، واتضح أن المراد بجوز قتل ثلث المفسدين لإصلاح ثلثيهم حيث توقف الإصلاح على القتل وإلا ارتكب الأخف والله أعلم .

ولما كان الحارس لنحو حمام وكرم مشبهاً للصانع في داعية الحاجة إليه وكان هذا

السَّفِينَةَ وَلَا كِرَاءَ لَهُ إِلَّا عَلَى الْبَلَاغِ وَلَا بِأَسِّ الشَّرِكَةِ بِالْأَبْدَانِ إِذَا عَمِلَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ

يوهم ضمانه رفعه بقوله: (ولا ضمان على صاحب الحمام) والمعنى: أن حارس الحمام لا ضمان عليه في الثياب التي تضيع من الحمام ولو أخذ على ذلك أجرة لأنه أجير والأجير أمين، وظاهره أنه يأخذ الأجرة ولو ضاعت الثياب، ومحل عدم الضمان إذا لم يحصل منه تفريط، وإلا ضمن بأن يقول: جاءني إنسان يشبهك فدفعت إليه الثياب، أو قال: أخذ شخص ثوباً فتركته لظني أنه المالك، ومثل حارس الحمام غيره من حراس الكروم والدور وغيرها من حارس الأندر، لأنه لا فرق بين المحروس طعاماً أو غيره مما يعاب عليه، وسواء كان الحارس أجنبياً أو كان هو صاحب الحمام، وإنما عبر بصاحب الحمام لأن الغالب كونه الحارس، واعلم أن محل عدم ضمان صاحب الحمام للثياب إن لم يجعلها ربه رهنًا تحل الأجرة وإلا ضمنها ضمان الرهان، ومحل عدم ضمان الحارس أيضاً أو لا يكون جعل حارساً لاتقاء شره لكونه معروفاً بالسرقة والخيانة، وإلا ضمن ما يدعي ضياعه مما هو تحت يده وأمن عليه كما صرح بذلك أبو الحسن، ومما لا ضمان عليهم الخفراء في الحارات والأسواق ولو كتب عليهم حجة بضمان ما يضيع، لأن ذلك من باب التزام ما لا يلزم وهو لا يلزم، بخلاف التزام أمر مندوب كالتزام التصديق بشيء على الفقراء بصيغة النذر كقوله: لله علي التصديق على زيد بكذا، فإنه يلزمه الوفاء به لقول مالك رضي الله عنه: من التزم معروفاً لزمه أي لزمه الوفاء به، وهذا كله حيث لا تفريط وإلا ضمنوا كسائر الأمانة، هكذا قول من كلام جد الأجهوري وبعضه بالتصريح، وأما نفس الأجهوري فكان يقرر في المحافل ما نقله العلامة التتائي في شرح خليل من أن المصالح العامة الآن تضمن الخفراء ولم ينقله في شرحه. (تنبيه) حارس الحمام ونحوه في عدم ضمانه حارس الأجير الذي تحت يد الصانع، وكذلك الدلال تعطى له الثياب يطوف بها فتضيع منه أو ثمنها بعد بيعها حيث كان مشهوراً بالصلاح، وأما الجالس في الحانوت وتوضع عنده الأمتعة للبيع فهذا كالصانع يضمن، وكذا غيره مما نصب نفسه لأمتعة الناس.

(خاتمة حسنة) كل من قيل بضمانه من صانع مطلقاً أو حارس لتفريطه، إذا غرم قيمة ما ضمنه ثم وجد بعد ذلك فإنه يكون له لا لصاحبه، ومثلها المدعى عليه سرقة شيء ويغرم قيمته ثم يوجد فإنه يكون له إلا أن يوجد عنده، ومثل من ذكر المستعير يدعي ضمان ما استعار مما غاب عليه فإنه إذا غرم قيمته ووجده بعد ذلك فإنه يملكه، ووجه ذلك في الجميع أنه يغرم قيمته ويملكه على تقدير وجوده، كالغاصب يغرم قيمة المغصوب فإنه يملكه. (ولا) ضمان أيضاً (على صاحب السفينة) ولا النوتي الذي يخدم فيها فلا مفهوم لصاحبها، والمراد لا ضمان عليه في جميع ما كان فيها من مال أو نفس إذا غرقت بفعل سائح فعله فيها من علاج أو موج أو ريح، وأما إن غرقت بفعل غير سائح فإنه يضمن المال والدية في ماله على المذهب، وقيل الدية على عاقلته، وهذا كله حيث لم يقصد قتل الفواكه الدواني ج ٢ - ١٣م

الأنفس والأقتل بهم، ولما كان كراء السفينة شبيهاً بالجعل في استحقاق العوض قال: (ولا كراء له) أي لصاحب السفينة مستحق (الأعلى البلاغ) فإذا غرقت في أثناء الطريق وغرق جميع ما فيها من طعام وغيره فلا كراء لربها، وهذا قول مالك ووجهه أن الإجارة في السفن جارية مجرى الجعل، فإذا لم يحصل الغرض المطلوب لم يستحق العوض، وقولنا غرق جميع ما فيها احتراز عن غرق بعضه وسلامة البعض الآخر، واستأجر عليه ربه، فإن للأول كراء ما بقي إلى محل الغرق على حساب الكراء الأول لا بنسبة الثاني وليس له كراء ما ذهب بالغرق، وأما لو غرقت بعد وصولها إلى المحل المخصوص فإن كان الغرق بعد تمكن رب الشيء من إخراج ما فيها فإنه يلزمه جميع الكراء والألم يلزمه بشيء.

(تنبيهان) الأول: وقع التوقف من بعض مشايخ مشايخنا في أمرين، أحدهما: إذا اكرت شخص سفينة لمحل معين وخرج منها قبل الوصول إليه اختياراً واستظهر أن يلزمه جميع الكراء لأنه عقد لازم، كمن اكرت دابة لمحل وترك ركوبها قبل وصوله فإنه يلزمه جميع الكراء، وأما لو خرج منها قبل الوصول قهراً بأن غرقت وانتقل لسفينة أخرى فإنه يلزمه من الكراء حصة ما ركب، ووقع التوقف أيضاً إذا وحلت مثلاً وخرج منها ثم تخلصت بعد ذلك فهل يلزمه الرجوع لها كمرض عبد مستأجر أو دابة في مدة الإجارة ثم يصحان قبل انقضائها، فإنه يلزمه الرجوع حيث كان في الحضر، أو لا يلزم كمرضهما وعودهما في زمن السفر، ويظهر أنها كهما في السفر لوجود العلة وهي مشقة الصبر لانتظار صحة العبد والدابة في السفر. الثاني: لم يذكر المصنف ولا خليل حكم ما لو خيف على المركب الغرق من كثرة ما فيها وتعذر الوصول إلى البر، والحكم كما قال في الشامل: أنه تجب المبادرة إلى رمي ما ثقل وخفت قيمته، وعند تقارب القيمة يرمى الأثقل ويبدأ برمي الأمتعة على رمي النفوس المعصومة، وقد نظم علامة الزمان الأجهوري ما يتعلق بذلك مع زيادة فقال:

فطرح ثقل عوضه قل قد وجب
مقاربة فافهم وقيت من الريب
بقرعة اطرح ما بقاه به العطب
لتجر فقط لا اللذ لقنية انتسب
على قيمة الباقي خلاف بلا نصب
بدأت به سيراً أو اللذ له ذهب
لموضع طرح فهي خمس لمن حسب
بما طرحه تنجو به من أذى العطب
وأنشى وضد الكل سو ولا عجب

إذا مركب قد خيف من حملها العطب
كأثقل محمولين في العوض عنهما
وإن يتساوى ثقل أحمال حملها
ووزع مطروح على ما بها بقي
وهل ذا على عوض لبق أو أنه
وهل بمحل الطرح أو بمكان ما
أو انظر لها لكن بأقرب موضع
وإن حملها من آدميين فاطرحن
وذا باقتراع والرقيقت وكافرا

(خاتمة) مشتملة على مسألتين يحتاج لهما الطالب: إحداهما الإجارة على قسمين: وجيبة وغيرها وهي المسماة بالمشاهرة ككل شهر بكذا، أو المساناة ككل سنة بكذا، وحقيقة الوجيبة المدة المحسودة كأستأجرها السنة الفلانية أو الشهر الفلاني، أو استأجرها عقداً ولم يأت في عقدها بلفظ كل سنة أو شهر، والوجيبة تلزم بمجرد العقد ولا يتوقف لزومها على نقد الأجرة، وغيرها لا يلزم العقد إلا بنقد الكراء فيلزم بقدر ما نقد. ثانيتهما: عقد الإجارة اللازم لا يفسخ بموت أحد المتعاقدين ولا بموتهما قبل انقضاء المدة، إلا أن يكون المؤجر مستحقاً لوقف وأكراه مدة مستقبله ويموت قبل انقضائها، فإن لمن استحق الوقف بعده فسخها، ومثال ذلك أن يكون وقف على أولاد شخص طبقة بعد طبقة، أو على زيد وبعده على عمرو، ثم يؤجره أهل الطبقة الأولى أو زيد مدة مستقبله ثم يموت المؤجر قبل انقضائها، فإن لمن انتقل الحق له فسخ تلك الإجارة، ومن ذلك المقرر في رزقه يؤجرها مدة مستقبله ويموت قبل انقضائها فإن لمن يقرره نائب السلطان بعده فسخها، وأما إجارة الناظر لوقف مدة مستقبله ويموت قبل انقضائها فليس لمن توفي ناظراً بعده فسخ تلك الإجارة إلا أن يكون الناظر من جملة المستحقين. ولما فرغ من الكلام على ما أراه من بيع الذوات والمنافع، شرع في الكلام على شيء من مسائل الشركة وهي في اللغة الاختلاط والامتزاج، وفي الاصطلاح تنقسم إلى شركة عامة وخاصة، فالعامة عرفها ابن عرفة بقوله: تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط، فتدخل شركة الإرث والغنيمة والشركة في بقرة أو غيرها مما هو متخذ للقنية، وتدخل شركة التجرة كما يخرج ما تقرر بين شخصين أو أكثر وليس بمتمول كثبوت النسب بين جماعة وخروج بملكاً فقط تقرير جماعة في انتفاع بوقف، والخاصة عرفها ابن عرفة أيضاً بقوله: بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع، وإنما كانت هذه أخص لأنها تزيد على تقرر المتمول بين الشريكين جواز التصرف، فتخرج شركة الإرث والغنيمة، وشركة في نحو بقرة أو بيت القنية لتوقف التصرف بغير الانتفاع على إذن الشريك، وتدخل شركة الأبدان والحرث باعتبار العمل لجواز التصرف وموجب بالرفع صفة لبيع وصحة مفعول موجب وضمير تصرفهما عائد على المالكين، وهي جائزة كتاباً وسنة وإجماعاً، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعدوا أحدكم بورككم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف: ١٩] بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا حيث لا ناسخ، وأما السنة فقوله ﷺ: «إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما». وانعقد الإجماع على جوازها، والمصنف إنما تعرض لشركة التجرة وأركانها ثلاثة: العاقدان، والمعقود عليه وهو المال في شركة التجرة، والعمل في شركة الأبدان، والصيغة. فشرط العاقد أهلية التوكيل والتوكل لأن كل واحد وكيل وموكل، فيشترط في كل البلوغ والرشد، فلا تصح شركة عبد غير مأذون،

عَمَلًا وَاحِدًا أَوْ مُتَقَارِبًا وَتَجَوُّزُ الشَّرِكَةِ بِالْأَمْوَالِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا بِقَدْرِ مَا أُخْرِجَ

ولا صبي ولا سفية، كما يؤخذ من كلام خليل وابن الحاجب لعدم صحة توكل المحجور عليه كما قاله اللخمي وغيره، خلافاً لابن رشد القائل بالصحة لأننا نشترط وجود شرط صحة التوكيل والتوكل معاً في الشركة، ولذلك أوردوا على كلامهما شركة العدو لعدوه، وشركة الذمي لمسلم لصحة شركتهما على المعتمد، مع عدم صحة توكل العدو على عدوه، والكافر على المسلم، لكن جوازها في الأول بلا قيد، وفي الثاني بقيد حضور المسلم لتصرف الكافر، وأما مع غيبته عنه وقت البيع والشراء فلا تجوز ابتداءً وتصح بعد الوقوع، ويعد ذلك إن حصل للمسلم شك في عمل الذمي بالربا استحب له التصديق بالربح، وإن شك في عمله بالخمر استحب له التصديق بالجميع، وإن علم السلامة من ذلك فلا، وشرط المعقود عليه في شركة الأموال التساوي في الصرف والقيمة إن وقعت بذهبين أو ورقين، قال خليل: بذهبين أو ورقين اتفق صرفهما وبهما منهما وبعين وبعرض وبعرضين مطلقاً وكل بالقيمة يوم أحضر لافات إن صحت، وأما في شركة الأبدان والعمل فالشرط التساوي أو التقارب في العمل كما يأتي.

وأما الصيغة فهي كل ما دل عليها عرفاً من قول كاشتركتنا، أو فعل كخط المالين في شركة الأموال وتلزم بالقول على المعتمد، وأما الضمان فيتوقف على خلط المالين ولو حكماً ونوعها الفقهاء إلى شركة أبدان، ويقال لها شركة العمل، وشركة مفاوضة، وشركة عنان، وشركة جبر، وشركة ذم، ويقال لها شركة وجوه، وبدأ بشركة الأبدان ولم أقف على حدها لأحد، ويمكن رسمها بالمعنى المصدري بأنها اتفاق شخصين فأكثر متحدي الصنعة أو متقاربيها على العمل، وما يحصل يكون على حسب العمل فقال: (ولا بأس بالشركة بالأبدان) أي تجوز جوازاً مستوياً بشروط أشار إلى بعضها بقوله: (إذا عملاً في موضع واحد) هكذا ذكر المصنف تبعاً للمدونة، وفي خليل جوازها وإن بمكانين على ما في العتبية، ووفق الأشياخ بين الكتابين بحمل المدونة على ما إذا لم يتحد النفاق في المكانين والعتبية على الاتحاد، ومن شروطها أيضاً أن يعمل: (عملاً واحداً) بأن تكون صنعتها متفقة كحدادين أو نجارين أو خياطين، لا إن اختلفت اختلافاً بعيداً كحداد وخياط فلا يجوز لاحتمال رواج صنعة أحدهما دون الآخر فيأكل أحدهما استحقات الآخر. (أو) يكون عملها (متقارباً) كما إذا كان أحدهما يجهز الدقيق والآخر يعجن أو يخبز، أو أحدهما يحول والآخر ينسج، ولفظ خليل: وجازت بالعمل إذا اتحد أو تلازم وتساويا فيه أو تقاربا وحصل التعاون وإن بمكانين، ومعنى التساوي في العمل أن يأخذ كل واحد قدر عمله، فلا يجوز أن يعمل أحدهما الثلث والآخر الثلثين ويستويا في الحاصل، وليس المراد به أن يكون عمل كل مساوياً لعمل الآخر، وبقي من الشروط أيضاً الاشتراك في الآلة إما بملك أو

اكتراء من الغير، وأما لو خرج كل آلة أو كانت من عند أحدهما وأجر شريكه نصفها فقبل تجوز وقيل لا تجوز ابتداء، وتصح بعد الوقوع على المعتمد من الخلاف، ويدخل في العمل الطب والصيد والحفر في المعادن وعمل الأجر، وتدخل فيه أيضاً قراءة الأطفال حيث كان كل يحفظ القرآن، ووقع الخلاف في شركة شخصين يعلم أحدهما من يقرأ في النصف الفوقاني لكونه لا يحفظ إلا هو، والآخر يعلم من يقرأ في النصف الآخر لكونه لا يحفظ سواه، فقال بعض شيوخ ابن ناجي بعدم الجواز واستصوب هو، خلاف كلام شيخه قائلاً: وفيه نظر، والصواب عندي الجواز، قال بعض شيوخنا: وهو واضح مع وجود من يقرأ من الأعلى ومن يقرأ من الأسفل لحصول التعاون.

(تنبيهان) الأول: اختلف في شركة الأبدان هل تقع لازمة بمجرد عقدها أو لا تلزم إلا بالشروع في العمل على قولين، وكما تسمى شركة أبدان تسمى شركة عمل، ووجه تسميتها بذلك عدم توقفها على المال غالباً فلم يبق إلا عمل البدن. الثاني: لم يذكر المصنف حكم ما لو انفرد أحدهما بالعمل مدة لمرض صاحبه أو غيبته، وبينه خليل بقوله: وألغى مرض كيومين وغيبتهما لا إن كثر، ففي مرض اليومين أو غيبتهما يقسم الحاصل من عمل أحدهما بينهما، وأما عند طول المرض أو الغيبة فلا إلغاء، وحينئذ يرجع الذي عمل على من مرض أو غاب أكثر من يومين بنصف أجره مثله فيما عمله والأجرة المتحصلة تقسم بينهما.

(مثال يوضح ذلك) لو عاقد شخصاً على خياطة ثوب مثلاً بعشرة دراهم وغاب أحدهما أو مرض زمناً طويلاً فخاطه الآخر فإن العشرة تقسم بينهما، ويقال ما أجره مثله في خياطة هذا الثوب؟ فإذا قيل أربعة دراهم مثلاً رجع الذي صنعه على شريكه بدرهمين.

ولما فرغ من الكلام على شركة الأبدان شرع في شركة الأموال بقوله: (وتجوز الشركة بالأموال) بأن يأتي كل واحد بذهبه أو فضته، ونقد أحدهما مساوٍ لنقد الآخر صرفاً ووزناً وقيمة، قال خليل: بذهبين أو ورقين اتفق صرفهما أي وقت المعاقد ولا يضر الاختلاف بعد ذلك، فلا تجوز بمختلف الصرف، وإذا وقعت فسخت، ولكل واحد رأس ماله بعينه في سكتته، والربح يقدر وزن رأس ماله لا على فضل السكة، وكذا لا تجوز بتمر ومسكوك ولو تساويا وزناً إن كثر فضل السكة، وأما إن ساوتها جودة التبر فقولان، وكذا تجوز بذهب وورق من أحدهما والآخر كذلك، قال خليل: وبهما منهما ويعين ويعرض ويعرضين مطلقاً أي سواء كانا من جنس واحد أو مختلف وكل بالقيمة يوم أحضر لافات إن صححت، وتلزم شركة الأموال بمجرد القول، ولا يكون ضمان التالف منهما إلا إذ خلطا، والمالين ولو حكماً بأن بقيت صرة كل واحد على حدتها ولكن جعل المالين في حوز واحد، وإلا كان ضمان التالف من ربه، ولا تصح بذهب من عند أحدهما وورق من عند الآخر،

كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلِلْعَمَلِ عَلَيْهِمَا بِقَدْرِ مَا شَرَطَا مِنَ الرَّبْحِ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ رَأْسُ الْمَالِ وَيَسْتَوِيَا فِي الرَّبْحِ وَالْقِرَاضِ جَائِزٌ بِالذَّنَائِيرِ وَالذَّرَاهِمِ وَقَدْ أُرْخِصَ فِيهِ بِنَقَارِ

ولو عجل كل واحد ما أخرجه لاجتماع الشركة والصرف وهو لا يجوز، وكذا لا تصح إذا أخرج هذا طعاماً والآخر كذلك ولو اتفق الطعامان نوعاً وصفة وقدرًا لأدائه إلى بيع الطعام قبل قبضه، لأن كل واحد باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه ولم يحصل قبض لبقاء يد كل على ما باع، فإذا باعه لأجنبي يكون كل واحد بائعاً الطعام قبل قبضه، ولو حصل خلط الطعامين، وشرطها أن يدخلها (على أن يكون الربح بينهما بقدر ما أخرج كل واحد منهما) فلا تجوز إن دخلا على التساوي في المال المخرج والتفاوت في الربح. (و) يشترط أيضاً أن يدخلها على أن (العمل عليهما بقدر ما شرطاً من الربح لكل واحد) ولو لم تكن الشركة على المناصفة، فإذا دخلا على أن أحدهما يأتي بربع المال ويعمل الربع وله ربع الربح، والآخر عليه ثلاثة أرباع المال وثلاثة أرباع العمل وله ثلاثة أرباع الربح جازت الشركة. (و) مفهوم ما سبق من قوله: على أن يكون الربح بينهما بقدر ما أخرج كل واحد أنه (لا يجوز أن يختلف رأس المال ويستويا في الربح) والحاصل أنه يشترط أن يكون الربح والخسر والعمل بقدر المالين، وتفسد بشرط التفاوت في العمل، كما تفسد باشتراط التفاوت في الربح، وإذا وقعت فاسدة بدخولهما على التفاوت فلكل أجر عمله للآخر، مثال ذلك لو أخرج أحدهما عشرين مثلاً والآخر عشرة وشرطاً التساوي في الربح والعمل ولم يطلع على ذلك حتى عملا فإن الربح يقسم على قدر المالين ويرجع صاحب العشرين على صاحب العشرة بفاضل الربح وهو السدس، وينزعه منه إن كان قبضه ليكمل له الثلثان، ويرجع صاحب العشرة بفاضل عمله وهو أجر سدس العمل، قال خليل: وتفسد بشرط التفاوت ولكل أجر عمله للآخر، ومفهوم الاشتراط أنه لو تبرع أحدهما لشريكه بشيء من العمل أو الربح بعد تمام العقد لجاز، كما يجوز له أن يسلفه أو يهبه شيئاً بعد العقد، وأما الهبة والتبرع في العقد فلا يجوز لأن الواقع فيه كالواقع قبله، وأما السلف في العقد فيجوز إلاً لكبيرة المشتري، هذا محصل معنى قول خليل: وله التبرع والسلف والهبة بعد العقد.

(تنبيهات) الأول: أجمل المصنف حيث لم يبين هل يجوز للشريك التصرف بغير إذن شريكه أو يتوقف على إذنه؟ ومحصله على ما قاله خليل أنه إن أطلق كل واحد لصاحبه التصرف في العقد أو بعده كانت شركة مفاوضة يجوز لكل واحد التصرف بالمصلحة من غير إذن شريكه، فيبيع ويشترى ويقبل ويولي ويقبل العيب، وإن أبى شريكه وإن لم يطلق له بأن سكت كل حين العقد أو حجر على صاحبه باللفظ كانت شركة عنان أي إذن وهي جائزة أيضاً، إلاً أنه لا يجوز له التصرف في هذه إلاً بإذن صاحبه.

الثاني: لم يتعرض المصنف لشركة الجبر ولم أر من حدها، ويمكن رسمها بأنها استحقاق شخص الدخول مع مشتر سلعة لنفسه من سوقها المعد لها على وجه مخصوص،

والوجه المخصوص كون الشراة للتجارة في البلد لا إن اشتراها للسفر بها ولو للتجارة أو للقتية أو من غير سوقها، وأن يكون مر يد الدخول من تجار تلك السلعة، وأن يكون حاضراً لشرائها وساكتاً لم يتكلم، وسواء كان من أهل ذلك السوق أم لا، فإذا وجدت تلك الشروط في الحاضر قضى له بالدخول قهراً على المشتري، كما أن المشتري لو طلب المشاركة من الحاضر لخسارة مثلاً وأبى الحاضر لقضى عليه بالدخول مع المشتري، ومفهوم بقية القيود مبسوط في المطولات، وترك المصنف أيضاً الكلام على شركة الذميمة ويقال لها شركة الوجوه وهي فاسدة، قال ابن الحاجب: ولا تصح شركة الوجوه، وفسرها بعضهم ببيع الوجيه مال الخامل بحصة من ربحه، وفسرها بعضهم بالشراء بلا مال حاضر بل في الذمة، ووجه فساده ما فيها من الإجارة المجهولة والتدليس على الغير، لأن غالب الناس لا يحب البيع أو الشراء إلا من الأملياء أو من سلع غير الخامل.

الثالث: أطلق المصنف كغيره في المشاركين، فظاهره سواء كانا رجلين أو امرأتين أو مختلفين بشرط كون المرأة المشاركة للرجل متجالة أو شابة لا تباشر التصرف، وأما مشاركة الشابة لرجل مع مباشرة البيع والشراء فذلك لا يجوز، لأن محادثة الشابة للرجال ذريعة للفساد، وسواء كانا مسلمين أو كافرين أو مختلفين حيث كان التصرف بحضورهما أو من المسلم، وأما مع غيبة المسلم فلا يجوز ابتداء كما قدمناه.

الرابع: لم يبين المصنف أيضاً نفقة الشريك هل من المال أو غيره؟ والحكم أن لكل من شريكي المفاوضة الإنفاق والاكسء من مال الشركة، وتلغى نفقتهم وكسوتهم بشرطين: التساوي في المال وإلا أنفق كل واحد على قدر حصته، والثاني أن يتساويا أو يتقاربا في النفقة والكسوة، ولا فرق بين أن يكونا في بلد أو بلدين مختلفي السعر، ولو كان الاختلاف بيناً كان وطناً لهما أو لا، كما تلغى نفقة وكسوة عيالهما إن تقاربا نفقة وعيالاً، وأما إن لم يحصل تقارب في النفقة أو العيال بأن كان أحدهما يقنع بالجريش من الطعام والغليظ من الثياب والآخر على الضد، أو تخالفا بكثرة العيال حسباً، كما لو انفرد أحدهما بالإنفاق أو العيال، هذا ملخص كلام خليل. الخامس: الشريك أمين فيقبل قوله في دعوى التلف أو الخسر أو أخذ شيء يناسبه من مأكول ومشرب، كما يقبل قوله في دعوى المناصفة عند منازعة شريكه.

(فائدة) الشركة فيها لغات ثلاث: إحداها وهي الفصحى على وزن سدره، ويليهما على وزن نمرة، والثالثة على وزن نبة، فتكون بفتح الشين وكسر الراء، وإنما أطلنا في ذلك لداعي الحاجة مع إجحاف المؤلف في الاختصار. ولما كان القراض مناسباً للشركة في كون العاقد أميناً فيهما وأيضاً هما شريكان في الربح ذكره عقبها فقال: (والقراض جائز) بإجماع المسلمين وهو بكسر القاف مشتق من القرض وهو القطع، سمي بذلك لأن المالك

الدَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَلَا يَجُوزُ بِالْعُرُوضِ وَيَكُونُ إِنْ نَزَلَ أَجِيراً فِي تَبِعِهَا وَعَلَى قَرَاظٍ مِثْلِهِ فِي

قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح، وهذا اسمه عند أهل الحجاز، وأهل العراق لا يقولون قراضاً وإنما يقولون المضاربة، وكتاب المضاربة بدل كتاب القراض أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] ومن قوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا يَمْرُوقَهُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠] وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام أو غيرها فيبتاع المبتاع على هذا الشرط، ولا خلاف في جواز القراض بين المسلمين كما قدمنا وكان في الجاهلية فأقره الرسول عليه الصلاة والسلام في الإسلام، لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم، وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه فاضطر فيه لاستنابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل فيه بأجرة فرخص فيه، وعرفه ابن عرفة بقوله: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة، فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين وبالوديعة ويخرج عنه قولها، قال مالك: من أعطى رجلاً مالاً يعمل له على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به، وعبر بتمكين دون عقد إشارة إلى أن عقده غير لازم، فلكل حله عن نفسه قبل شغل المال وبعده لازم لكل، وبعد تزود العامل للسفر لازم للعامل دون رب المال، قال خليل: ولكل فسخه قبل عمله كربه، والحال أن العامل تزود لسفر ولم يظعن وإلا فلنضوضه، وجواز القراض مستثنى من الإجارة المجهولة المدة والكمية ومن السلف بمنفعة، ووجه الاستثناء من الحرمة الرفق بالعباد كما مر، وأركانه العاقدان وهما كالوكيل والموكل والمال والصيغة والجزء المجمعول للعامل، وأشار إلى شرط المال بقوله: (بالدينانير والدراهم) ولو كانت مغشوشة حيث تعومل بها وإن لم ترج كالكاملة ولو مع وجود النقد الخالص، وأما غير المتعامل به فهو كالعرض (وقد أُرخص) أي تسوّهل (فيه) أي القراض (بنقار الذهب والفضة) والنقار بكسر النون القطع الخالصة من الذهب والفضة ومثلها التبر والحلي، فإن حكم الجميع واحد في الجواز إن تعومل بها في بلد العمل ولم يكن فيها مسكوك، وأما إن لم يتعامل بها أو وجد المسكوك فلا يجوز على المعتمد، خلافاً لما يوهمه ظاهر المصنف، والمراد لا يجوز ابتداء، وأما بعد الوقوع فإنه يمضي بالعمل عند ابن القاسم، وعند أصبغ مطلقاً، وليس المراد بعدم الجواز أنه يفسخ العقد به ولو حصل العمل، والحاصل أن غير المضروب من تبر ونقار وحلي لا يجوز جعله رأس مال إلا بشرطين: التعامل به في بلد العمل، وعدم وجود المسكوك، وإن وقع شيء من ذلك رأس مال مع فقد الشرطين أو أحدهما مضى بالعمل وقيل بمجرد تمام العقد.

(تنبيه) فهم من قوله: وقد أُرخص فيه بنقار الخ أنه لا يجوز بالفلوس الجدد لأنها ليست من النقود، وظاهر كلام أهل المذهب ولو تعومل بها حيث تعومل بالمسكوك، وأما لو انفردت بالتعامل بها لجاز جعلها رأس مال قراض، ثم صرح بمفهوم الدينانير والدراهم

الثَّمَنِ وَلِلْعَامِلِ كِسْوَتُهُ وَطَعَامُهُ إِذَا سَافَرَ فِي الْمَالِ الَّذِي لَهُ بَالٌ وَإِنَّمَا يُكْتَسَى فِي السَّفَرِ

وما معهما بقوله: (ولا يجوز) القراض (بالعروض) والمراد بها ما قابل العين فتدخل الفلوس الجدد حيث لم تفرد بالتعامل بها، ويدخل الحديد والرصاص والودع ولو انفردت بالتعامل، كما لا يجوز بسائر المقومات والمثليات، لأن الرخصة يقتصر فيها على ما ورد والوارد بالتقيد المضروب، ولا يقال: الشارع لم يجوزه بالتبوير ولا بالجدد ولا بنقار الذهب والفضة فلماذا رخص فيها؟ لأن نقول: المذكورات أعيان وأثمان ورؤوس أموال، والجدد عند انفرد التعامل بها قد قيل أنها من النقود، ثم بين الحكم لو وقع بالعرض فقال: (ويكون) أي عامل القراض المفهوم من السياق (إن نزل) العقد بالعروض (أجيراً في بيعها) أي العروض فيستحق أجره مثله في تولية بيعها حيث لم يطلع عليه إلا بعد بيعها، فقوله أجيراً أي كأجير لأنه لم يستأجر، وأما إن لم يطلع عليه إلا بعد البيع للعرض والشراء بثمنه أمتعة فأشار إليه بقوله: (وعلى قراض مثله من الثمن) أي إذا اتجر بالثمن، وحاصل المعنى أنه إن وقع عقد القراض بعرض فإنه يكون فاسداً يجب فسخه، فإن لم يطلع عليه حتى باع العامل العرض فإنه يجب فسخه وله أجره مثله في تولية البيع، وأما لو لم يطلع عليه حتى اتجر بثمن العرض فإنه يستحق في تولية بيع العرض أجره مثله، وله قراض مثله في الاتجار بالثمن فيجمع بين الأمرين، هذا إذا دخلا على أن رأس المال هو الثمن الذي يباع به العرض، فإن قال له: خذ هذا العرض اجعله رأس مال أو قيمته الآن أو يوم المفاصلة فإنه يكون كأجير في بيعها ويعطى أجره مثله في الاتجار بالثمن، والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل أن قراض المثل في الربح، فإن لم يحصل ربح لا شيء له وأجرة المثل في الذمة فتلزم رب المال ولو لم يحصل ربح، وليس من ذلك ما لو دفع رجل عدل مثلاً لآخر وقال له: امض به إلى البلد الفلاني فادفعه لفلان يبيعه ويقبض ثمنه لنفسه، فإذا قبض ثمنه فخذ منه واعمل به قراضاً بيني وبينك، فإن هذه جائزة بلا خلاف، وملخص شروط القراض أن يكون رأس المال نقداً مضروباً وما ألحق به، وأن يكون مسلماً وقت العقد من يده، فلا يصح بدين ولا رهن ولا ودیعة، وأن يكون الجزء مجهول الكمية معلوم النسبة كربع أو خمس الربح، وأن يكون من ربح المال لا من غيره، وأن يكون جميع العمل على العامل ولا يتقيد عقده بصيغة مخصوصة كما يفهم من قول ابن عرفة: تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه فلا وجه لتنظير بعض الشيوخ في ذلك.

(و) يجب (للعامل) في حال القراض (كسوته وطعامه) بشروط بينها بقوله: (إذا سافر) للتجارة وتنمية مال القراض مدة سفره وإقامته بالبلد الذي يتجر فيه إلى أن يرجع إلى بلده، وليس له قبل السفر إنفاق، ولو شغله التردد للسفر عن الوجوه التي كان يتمتع منها خلافاً للخمى، ويشترط في إنفاقه في محل إقامته للتجر عدم البناء بزوجة، قال خليل: وأنفق إن سافر ولم يبن بزوجة، فإن بنى بها أو دعي للدخول بها فليس له الإنفاق منه، وقيدنا السفر

الْبَعِيدِ وَلَا يَتَّقِسِمَانِ الرَّبْحِ حَتَّى يَنْضُ رَأْسَ الْمَالِ وَالْمُسَاقَاةَ جَائِزَةً فِي الْأُصُولِ عَلَى مَا

بكونه للتجر للاحتراز عما لو سافر بمال القراض لقصد حج أو غزو أو لقربة أو لبلد زوجته المبني بها، فإنه لا ينفق من مال القراض لا في ذهابه ولا في إيباه إلا في السفر لبلد الزوجة، وإنما تسقط نفقته في مدة الذهاب والإقامة، لا في مدة رجوعه لبلد ليس له بها أهل فإن له الإنفاق، والفرق أن سفر الحج أو القربة الرجوع فيه لله تعالى كالذهاب فلا ينفق بخلاف رجوعه من بلد الزوجة، وقيد خليل البناء بالزوجة بكونه في بلد التجارة للاحتراز عما لو سافر للتجارة ومعه زوجته فإن له الإنفاق على نفسه ذهاباً وإياباً وفي مدة الإقامة للتجارة، لأن السفر للتجارة في تلك الحالة، ومن شروط الإنفاق أيضاً أن يكون (في) أي من (المال الذي له بال) والمراد به الكثير الذي يحتمل الإنفاق، فلا إنفاق له من المال اليسير، ومن الشروط أن ينفق بالمعروف، فلا يجوز السرف في النفقة أو الكسوة، فإن أسرف كان عليه كالإنفاق الزائد على مال القراض، وكما لو أنفق من مال نفسه على أن يرجع في مال القراض ثم ضاع مال القراض فإنه لا رجوع له على رب المال، ويلحق بالإنفاق الجائز أجره نحو الحج والمزين وصاحب الحمام وجميع ما يحتاج إليه التاجر عرفاً، لا على وجه المداواة فلا يجوز له دفعه من مال القراض ويرجع عليه بما دفعه فيه، وأما اتخاذه خادماً ففيه تفصيل بين كون العامل أهلاً للإخدام فله اتخاذه في السفر بشروط النفقة، والمراد اتخاذه الخادم بالأجرة لا بشراء رقيق، فلا يجوز ولو كثر المال، ولما كان يتوهم كون الكسوة كالنفقة في جواز فعلها من مال القراض في السفر ولو كان قصيراً قال كالمستدرك على ما سبق: (وإنما يكتسى في السفر البعيد) الذي تخلق فيه الثياب ومن لازم ذلك طول زمانه، فليس له شراء كسوة في السفر القصير، قال خليل: واكتسى إن بعد، ولا بد من مراعاة الشروط السابقة في الإنفاق في السفر وكونه للتجر فقط، لا لأهل ولا لحج أو غزو أو قربة واحتمال المال وكونه بالمعروف، ولما كان عقد القراض بعد شغل المال بالعمل لازماً ولو طلب أحدهما نضوضه لإيجاب لذلك بل الكلام للحاكم قال: (ولا يقتسمان) أي رب المال والعامل (الربح حتى ينض رأس المال) أو يتراضيا على قسمة، فإن طلب أحدهما نضوضه قال خليل: وإن استنضه فالحاكم ينظر في ذلك من تعجيل أو تأخير فما كان صواباً فعله، وتجاوز قسمة العروض إذا تراضوا عليها وتكون بيعاً، وإنما لم تجز قسمته قبل نضوضه إلا برضاها، لأنه إذا قسم قد تهلك السلع أو تتحول أسواقها فينقص رأس المال فيحصل الضرر لرب المال بعدم جبر رأس المال بالربح.

(تتمات) الأولى: لم يبين المصنف حكم ما لو نض المال وتم عمل القراض، هل يجوز للعامل بعد ذلك تحريكه بغير إذن رب المال أو يتوقف على إذنه؟ وفيه تفصيل بين أن يكون ببلد رب المال فليس له تحريكه إلا بإذن رب المال، وبين أن يكون في بلد آخر فله تحريكه ولا يتوقف على إذن رب المال. الثانية: لم يبين المصنف أيضاً حكم ما لو وقع

القراض فاسداً؟ والحكم أنه يفسخ قبل العمل ولا شيء للعامل، وإذا لم يطلع على فساده إلا بعد العمل فيفوت فسخه حيث كان العامل يستحق قراض مثله من ربحه وذلك فيما إذا كان الفساد لكون رأس المال عرضاً أو كان الجزء المجعول للعامل مبهماً ولا عادة للعامل بشيء، وأما لو كان الواجب له عند الفساد أجره المثل في ذمة رب المال، ولو لم يحصل ربح بأن كان رب المال اشترط على العامل أن لا يستقل بالعمل أو اشترط عليه مراجعته فإنه يفسخ ولو بعد العمل، والحاصل أن الفاسد يفسخ عند الاطلاع عليه قبل العمل مطلقاً، وأما بعد العمل ففيه تفصيل بين كون الواجب فيه قراض المثل فلا يفسخ ويمضي وأجره المثل يفسخ، والفرق بين أجره المثل وقراض المثل أن أجره المثل في ذمة رب المال ولو لم يحصل الربح، بخلاف قراض المثل لا يستحق العامل شيئاً إلا إن حصل ربح، وإنما لم يفسخ في الأول بعد العمل لثلا يوضع عمله باطلاً بخلاف الثاني.

الثالثة: العامل في القراض أمين، فالقول قوله في تلف المال أو ضياعه أو خسره إلا أن تكذبه التجار، ويقبل قوله أيضاً في رده لربه إلا أن يكون قبضه بينة مقصودة للتوثق فلا يقبل في رده إلا بينة تشهد على رده. **الرابعة:** إذا حصل في رأس مال القراض خسر وحصل فيه بعد ذلك ربح فإنه يجب جبر الخسر بالربح، ولو شرط العامل على رب المال خلاف ذلك ما دام المال تحت يد العامل لا إن قبضه ربه بعد الخسر ورده للعامل بعد ذلك فإنه يصير قراضاً مؤتلفاً. **الخامسة:** إذا مات العامل قبل نضوض المال فلوارثه الأمين إتمام العمل، ولو كان أقل أمانة من مورثه ويستحق الجزء، وإن لم يكن أميناً فله الإتيان بأمين كمورثه فيها وإلا سلم المال لربه هدرأ، وظاهر كلام أهل المذهب أنه لا شيء لوارث العامل حينئذ، ولو اتخذ رب المال من يتم العمل فليس كالجعل في هذه، ولعل الفرق أن الشارع لما مكن الوارث من الإتيان بأمين ولم يأت به عد معرضاً عن حقه، بخلاف العامل في الجعل لم يمكنه الشارع من الإتيان بغيره فهو مغلوب فجعل له بنسبة الثاني، واستحسن شيوخنا هذا الفرق. ولما فرغ من الكلام على مسائل القراض شرع في المساقاة بقوله: **(والمساقاة جائزة)** وهي مستثناة من أصول أربعة ممنوعة، الأول: الإجارة بالمجهول، الثاني: المخابرة وهي كراء الأرض بما يخرج منها، الثالث: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بل قبل وجودها، الرابع: الغرر لأن العامل لا يدري أتسلم الثمرة أم لا، وهي مشتقة من السقى لأنه معظم عملها ولفظها مفاعلة على حد سافر وعافاه الله، أو باعتبار العقد فيكون من التعبير بالمعتق بالفتح وهو المساقاة عن المتعلق بالكسر وهو العقد وهو لا يكون إلا بين اثنين، وحققتها كما قال ابن عرفة: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل، فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل ثمرة للعامل ومساقاة البقل، وقوله لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل يدخل فيه عقدها بلفظ عاملتك مع أنها

تَرَاضِيًا عَلَيْهِ مِنَ الْأَجْزَاءِ وَالْعَمَلُ عَلَى الْمَسَاقِي وَلَا يَشْتَرِطُ عَلَيْهِ عَمَلًا غَيْرَ عَمَلِ الْمُسَاقَاةِ

ليست مساقاة عند ابن القاسم فيكون التعريف غير مانع، والجواب أن يقال: التعريف على طريق سحنون فإنها تتعقد عنده بغير لفظ ساقيت كعاملتك، وارتضى طريقه جمع من الشيوخ قائلًا: وهي المذهب، وإنما قال لا من غير غلته ليشمل ما لو كان العقد على كل الثمرة أو بعضها، ويخرج ما لو كان بجزء من غير الثمرة، فلا تصح لخروجها عن المساقاة كوقوعها بدراهم أو عرض وأركانها أربعة: المعقود عليه وهو الشجر، والجزء المشروط للعامل والعمل والصيغة والعاقدة وشرطه كشرط عاقد الإجازة.

واستدل مالك رضي الله عنه على جوازها بما في الصحيح: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» ووقع عقد النبي ﷺ معهم يوم فتح خيبر، ساقاهم في النخل على أن لهم نصف الثمرة بعملهم والنصف يؤدونه له ﷺ أو لأصحابه، فقال لهم: «أفركم ما أفركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم» فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرض بينه وبينهم ثم يقول لهم: إن شئتم فلکم وتضمنون نصيب المسلمين، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم، وكانوا يأخذونه، فكان ذلك من فعله ﷺ مخصصاً لما نهى عنه، لأن النهي عموم ومساقاته ليهود خيبر في النخيل خصوصاً، فدل ذلك على الجواز، وعمل بها أبو بكر في خلافته وصدراً من خلافة عمر، ثم أجلاهم عمر إلى تيماء واريحاء وصلة جائزة. (في الأصول) جمع أصل وهو كل ما تجتنى ثمرته ويبقى أصله، قال خليل: إنما تصح مساقاة شجر وإن بعلاً ذي ثمر لم يخل ببيعه ولم يخلف إلا تبعاً، وأشار إلى أن شرط مساقاة الأشجار بلوغها حد الإثمار ولو تم لثمر بالفعل، ومن الشروط أن لا يبدو صلاحها، ومن الشروط أن لا يخلف الأصل أو ثمره إلا أن يكون ما لم يبلغ حد الإثمار، أو ما بدا صلاحه، أو ما يخلف تبعاً وإلا جاز، والتبعية أن يكون التابع الثلث فأقل وتصح المساقاة (على) كل (ما تراضيا عليه من الأجزاء) قال خليل: تصح بكل جزء قل أو كثر شاع وعلم، فأشار إلى أن الجزء لا حد له، بل لو جعل للعامل كل الثمرة صحت كما تقدمت الإشارة إليه، ويشترط في الجزء الشيوخ، وأن يكون معلوماً كربع أو نصف أو جميع الثمرة، فلا تصح بثمر نخلات بعينها ولا بجزء مبهم إلا أن تكون العادة معروفة عند الناس بحد، وإذا كان الحائط مشتملاً على أصناف من الثمار فيشترط أن يكون في جميعها متفقاً، ويشترط علم الحائط إما بالرؤية أو بالوصف، فتدخل مساقاة الحائط الغائب إن وصف حيث كان يصل إليه قبل كمال طيبه.

(تنبيه) مقتضى قوله: في الأصول عدم جوازها في غيره وليس كذلك، بل تصح في الزرع كالقصب والبصل والمقاني لكن بشروط، أحدها: عجز رب الزرع عن القيام به، ثانيها: أن يخاف عليه الموت بترك السعي، ثالثها: ألا يبرز من الأرض، رابعها: أن لا يبدو صلاحه، ووقع الخلاف بين العلماء في نحو القطن والورد مما تجنى ثمرته ويبقى في

وَلَا عَمَلَ شَيْءٍ يُنْشِئُهُ فِي الْحَائِطِ إِلَّا مَا لَا بَالَ لَهُ مِنْ سَدِّ الْحَظِيرَةِ وَإِصْلَاحِ الضَّفِيرَةِ وَهِيَ مُجْتَمَعُ الْمَاءِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْشِئَ بِنَاءَهَا وَالتَّذْكِيرُ عَلَى الْعَامِلِ وَإِصْلَاحُ مَنْسَقِطِ الْمَاءِ مِنْ

الأرض أصله، فبعضهم ألحق هذه بالشجر، وبعضهم ألحقها بالزرع، فتجوز مساقاتها بالشروط المطلوبة في الزرع (و) يجب أن يكون (العمل) الذي يحتاج إليه الحائط أو ما ألحق به من سقي وأبار وتنقية منافع الشجر الحصاد والدراس وما أشبهه (كله على المساقى) بفتح القاف وهو العامل كما عليه إقامة الأدوات من الدلاء والمسلحي والأجراء وسائر ما يحتاج إليه، قال خليل: وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاً كأبار وتنقية ودواب وأجراء، ولذا لا يلزم تفصيل ذلك وقت العقد، وأما إن لم يكن عرف فلا بد من النص على ما يحتاج إليه. (ولا) يجوز أن (يشترط) رب الحائط (عليه) أي العامل (عملاً غير عمل المساقاة) خارجاً عن الحائط كاشتراطه عليه حصد زرع له أو بيع سلعة أو بناء حائط في داره، أو نحو ذلك مما ليس له تعلق بالحائط، وظاهر كلام المصنف سواء كان له بال أم لا بدليل استثناء ما لا بال له مما له تعلق بالحائط وإبقاء ما ليس له تعلق بالحائط على عمومه.

(ولا) يجوز أيضاً أن يشترط عليه (عمل شيء ينشئه في الحائط) مما له كحفر بئر أو إنشاء غرس، لأن المساقاة رخصة مستثناة من أصول ممنوعة، ولم يثبت جواز اشتراط شيء من ذلك في زمنه عليه السلام، ومفهوم في الحائط قد سبق قبل هذه القولة، واستثنى أهل المذهب العمل القليل الذي تسمح به النفوس وأشار إليه بقوله: (إلا ما) قل مما (لا بال له) فيجوز اشتراطه على العامل وبينه بقوله: (من) نحو (سد الحظيرة) وهي الزرب الموضوع على الحائط لمنع من يتسور على الحائط، ويروى بالسين المهملة وبالشين المعجمة، فالمعنى على الأول سد الفرجة الكائنة في ذات الحظيرة، وعلى الثاني إصلاح الحظيرة بالأحبل ونحوها مما يمسك الحظيرة وهي بالطاء المشالة من الحظر وهو المنع. (و) من (إصلاح الضفيرة) بالضاد (وهي مجتمع الماء) كالصهريج وأشار بقوله: (من غير أن ينشئ ببناءها) إلى اشتراط يساره ما يجوز اشتراطه على العامل، قال خليل عاطفاً على ما يجوز اشتراطه على العامل: وقسم الزيتون حباً كعصره على أحدهما، وإصلاح جدار، وكنس عين، وسد حظيرة، وإصلاح ضفيرة، أو غير ذلك مما لم تعظم مؤنته، وأما اشتراط إنشاء تلك المذكورات على العامل فلا تجوز لأنها من ذوات البال لأنها تبقى بعد القضاء مدة المساقاة، وما كان كذلك يفسد عقد المساقاة باشتراطه على العامل، وملخص ما ذكر أن العمل على ضربين: متعلق بإصلاح الثمرة وغير متعلق، فغير المتعلق لا يجوز اشتراط شيء منه على العالم ولو قل، والمتعلق على العالم قال خليل: وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاً كأبار وتنقية وإليه أشار المصنف هنا بقوله: (والتذكير على العامل) بمقتضى عقد المساقاة ويقال له التلقيح والتأبير وهو تعليق طلع الذكر على الأنثى، وكذا ما يلحق به أيضاً على المذهب. (وإصلاح مسقط الماء) مبتدأ وما بعده مرفوع لعطفه عليه وخبره جائز

الْعَرْبِ وَتَنْقِيَةُ مَنَاقِعِ الشَّجَرِ وَتَنْقِيَةُ الْعَيْنِ وَشِبْهُ ذَلِكَ جَائِزٌ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْعَامِلِ وَلَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى إِخْرَاجِ مَا فِي الْحَائِطِ مِنَ الدُّوَابِّ وَمَا مَاتَ مِنْهَا فَعَلَى رَبِّهِ خَلْفُهُ وَنَفَقَةُ

الآتي، والمراد به موضع سقوطه. (من الغرب) أي الدلو ونحوه من آلات الماء ومسقط لم يسمع فيه الكسر كمسجد وهذا مما شذ، لأن قياس اسم المكان مما مضارعه بالضم أو الفتح فتح عينه نحو مدخل ومكتب ومذهب. (وتنقية منافع الشجر) معطوف على إصلاح وكذا ما بعده، والمنافع جمع منفع بفتح القاف موضع يستنقع فيه الماء، والمراد كنس أماكن الماء الكائن في أصول الشجر بأن يحفر حول الشجرة ليجري فيه الماء. (وتنقية) أي كنس (العين) بأن يخرج كل ما سقط في الساقية من ورق وسعف. (وشبه ذلك) المذكور من كل ماله تعلق بإصلاح الثمر، كإصلاح الدلو وجذ الثمر ورم نحو قفة وتهيئة قناة الماء (جائز) خبر إصلاح الواقع مبتدأ وأفراده لتناوله بالمذكور أو باعتبار كل واحد من المذكورات، (وأن يشترط على العامل) في تأويل مصدر فاعل جائز، ولا يقال: أن في كلام المصنف تناقضاً حيث جعل أن هذه المذكورات على العامل بالأصالة، ثم ذكر أنه لا يجوز اشتراطها عليه، وهذا يقتضي أنها غير واجبة عليه وأنها على رب الحائط وتجب على العامل بالأصالة بالشروط، لأننا نقول: هي واجبة على العامل بمقتضى عقد المساقاة كما علم من قوله أولاً: والعمل كله على المساقى بفتح القاف، ونص هنا على أنه يجوز أن يشترط عليه ما هو واجب عليه بمقتضى عقد المساقاة ولا يفسد عقدها بالاشتراط، فيكون نص على ما قد يتوهم منعه لأن بعض أشياء تكون واجبة بمقتضى العقد، واشتراطها في صلبه يفسده كما في مسائل يصح نقد العوض فيها تطوعاً وتفسد، ولذا قال بعض الشراح: في كلام المصنف جواز اشتراط ما يوجب الحكم، لأن هذه الأشياء كلها على العامل بمقتضى العقد، وهذا المسلك وقع في كلام خليل أيضاً لأنه قال: وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاً، ثم قال بالعطف على ما يجوز اشتراطه: وقسم الزيتون حباً كعصره على أحدهما، وإصلاح جرار وكنس عين وسد حظيرة إلى آخر ما ذكر.

ثم شرع فيما لا يجوز اشتراطه بقوله: (وتجوز المساقاة) المدخول فيها (على إخراج ما) كان (في الحائط من الدواب) والرقيق والأجراء والآلة، فإن وقع اشتراط ذلك في صلب عقدها فسدت، كما يفسد باشتراط زيادة عمل عليه غير عمل الحائط، قال خليل بالعطف على ما لا يجوز: ولا نقص من في الحائط ولا تجديد ولا زيادة لأحدهما، فإن حصل شيء من ذلك فسد عقدها، وإن حصل عمل وجب له مساقاة مثله، وأما التبرع بتلك المذكورات فلا بأس به (تنبيه) تقدم أن من شروط المساقاة أن تقع قبل بدو صلاح الثمر الخ وترك التعرض لغايتها، مع أنه يشترط أيضاً أن تحدد بأجل معلوم، قال ابن الحاجب: ويشترط باقيها وأقله الجذاذ وإن لم يقيد بوقت معلوم، فالعقد صحيح ويحمل انتهاؤها على الجذاذ، وإن كان يتكرر في العام فيحمل انتهاؤها على الجذاذ الأول إن تميزت البطون،

الدَّوَابَّ وَالْأَجْرَاءِ عَلَى الْعَامِلِ وَعَلَيْهِ زَرْعَةُ الْبَيْضِ وَالْأَسْبَاطِ وَلَا بَأْسَ أَنْ يُلْتَمَى ذَلِكَ لِلْعَامِلِ

قال خليل: وحملت على أول إن لم يشترط ثان، وأما لو وقع عقد المساقاة على ما يطرح بطوناً ولا يتميز بعضها عن بعض فلا يجوز مساقاته إلا تبعاً لغيره مما ينضبط جذاذه.

ثم شرع في بيان ما يلزم رب المال خلفه بقوله: (وما مات منها) أي من الدواب والعييد التي وقع العقد وهي في الحائط (فعلى ربه خلفه) ومثل الموت المرض والإيقاع، فالموت وصف طردي أي غير معتبر المفهوم، ووجوب الخلف على رب الحائط ولو بغير شرط، ففي الموطأ قال مالك: ومن مات من الرقيق أو غاب أو مرض فعلى رب المال أن يخلفه أي وإن لم يشترط العامل ذلك عليه.

(تنبيه) كما يجب على رب الحائط خلف ما مات من الدواب والعييد يجب عليه أيضاً أجرة ما كان فيه، وأما ما كان فيه من أحبل ودلاء ومساحي وصواديد البئر وهي المسماة بالزرائيق إذا بليت أو سرقت فلا يلزم رب الحائط، وإنما يلزم العامل على أصح القولين، لأنه إنما دخل على انتفاعه بها حتى تهلك أعيانها، فلا ينافي أن تجديدها على العامل فليست كالدواب والعييد، والفرق بين الدواب والعييد وبين ما يلزم العامل من الأحبل وما معها من الدواب والعييد مدة حياتها مجهولة، فلو لم يتعلق عملها بذمة رب الحائط لهدست المساقاة للغرر، وأما الأحبل ونحوها فزمن الانتفاع بها معلوم في العادة، فوجب بقاؤها على مقتضى الأصل في التعيين. (ونفقة) الرقيق وعلف (الدواب) و نفقة (الأجراء) وكسوتهم واجبة (على العامل) سواء كانت لرب الحائط بأن كانت موجودة في الحائط أو كانت للعامل، قال في المدونة: ويلزمه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط ورقيقه كانوا له أو لرب الحائط، وأما ما ترتب في ذمة رب الحائط قبل عقد المساقاة فإن عليه لا على العامل، وإنما وجب على العامل نفقة ما ذكر ولو كان ملكاً لرب الحائط لأن عليه العمل وجميع المؤن المتعلقة به التي تنقطع بانقطاع الثمن لأن العوض يقع على ذلك، وظاهر كلام المصنف كخليل أن العامل يلزمه نفقة الأجراء، سواء كان الكراء وجيبة أو مشاهرة وهو كذلك عند ابن الباجي، ولعل المصنف اعتمده خلافاً لمن قيد الوجوب بغير الوجيبة. ثم شرع يتكلم على البياض وهو ما خلا من الزرع والشجر هل يدخل في عقد المساقاة أم لا بقوله: (و) يجب (عليه) أي العامل (زرعاً) بفتح الزاي والراء المكسورة المخففة (البياض اليسير) الذي اشترط إدخاله في عقد المساقاة بشروط ثلاثة: أن يكون الجزء المجعول للعامل فيه موقفاً لجزء الحائط، والثاني: أن يكون البذر على العامل لأنه ﷺ لم يعهد أنه دفع لأهل خيبر شيئاً حين عاملهم على سقي حوائطها، الثالث: أن يكون كراء البياض منفرداً ثلث قيمة التمرة فأقل، كما إذا كان مائة قيمة التمرة بعد إسقاط ما أنفق عليها مائتان والعمل كله على العامل، هذا ملخص قول خليل مشبهاً في الجواز، وكبياض نخل أو زرع

وَهُوَ أَحْلَهُ وَإِنْ كَانَ الْبَيَاضُ كَثِيراً لَمْ يَجْزُ أَنْ يَدْخُلَ فِي مُسَاقَاةِ النَّخْلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرَ الثُّلُثِ مِنَ الْجَمِيعِ فَأَقَلُّ وَالشَّرِكَةُ فِي الزَّرْعِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَتِ الزَّرِيعَةُ مِنْهُمَا جَمِيعاً وَالرَّبْحُ

إن وافق الجزء وبذره العامل وكان ثلثاً بإسقاط كلفة الثمرة، فإن فقد شرط فسد عقد المساقاة، ويرد العامل إن عمل إلى مساقاة مثله في الحائط وإلى أجرة مثله في البياض، ولما كان يتوهم عدم جواز إلغائه للعامل لما يلزم عليه من أخذه أكثر مما شرط له دفعه بقوله: (ولا بأس أن يلغى) أي يترك (ذلك) البياض اليسير (للعامل) إن سكتنا عنه أو اشترطه العامل لنفسه (وهو) أي إلغاؤه (أحله) أي أحل له من اشتراط إدخاله في المساقاة لما في إلغائه من السلامة من كراء الأرض بما يخرج منها، ولأنه عليه الصلاة والسلام إنما ساقى أهل خيبر على النخل خاصة وترك لهم بياض النخل فاستحب مالك هذا، قال خليل: وألغى للعامل إن سكتنا عنه أو اشترطه، قال شراحه: هذا كله إذا كان البياض يسيراً، وأما الكثير فأشار إليه بقوله: (وإن كان البياض كثيراً) بحيث يكون كراؤه منفرداً فوق ثلث قيمة الثمرة (لم يجوز أن يدخل في) عقد (مساقاة النخل إلا أن يكون) أي البياض لا بقيده السابق (قدر الثلث من الجميع فأقل) حتى يصير تابعاً فيجوز إدخاله في المساقاة، ويجوز اشتراطه للعامل كما يجوز إلغاؤه، ويحرم على رب الحائط أن يشترطه لنفسه مع سقي العامل، والحاصل أن البياض اليسير يجوز إدخاله في المساقاة بالشروط المتقدمة، ويختص به العامل إن سكتنا عنه أو اشترطه، ويفسد عقد المساقاة باشتراط ربه له إن كان يناله سقي العامل، كما يفسد عقد المساقاة بإدخال الكثير أو اشتراطه للعامل أو إلغائه له بل يبقى لربه.

(تتمات) الأولى: لم يبين المصنف حكم ما لو قصر العامل وأشار إليه خليل بقوله: وإن قصر عامل عما شرط حط من الجزء بنسبته، مثاله لو شرط عليه السقي أو الحرث ثلاث مرات فحرث أو سقى مرتين فإنه يحط من الجزء ثلثه، وأما لو لم يقصر بأن نزل المطر بحيث استغنى الحائط عن السقي فلا يحط شيء ويأخذ الجزء جميعه، بخلاف الإجارة بالدرهم والدنانير على سقيات فيحصل الغيث ويستمر على الحائط حتى استغنى فإن الأجرة تسقط لأن الإجارة مبنية على المشاحة. الثانية: يجوز لعامل المساقاة مساقاة غيره ولو أقل أمانة منه، ويحمل على ضد الأمانة فيضمن الأول موجب فعل الثاني إن حصل منه موجب الضمان، بخلاف ورثة العامل فإنهم محمولون على الأمانة، بخلاف ورثة عامل القراض فإنهم محمولون على عدم الأمانة، لأن المال مما يغاب عليه، بخلاف الشجر يمكن عدها وضبطها. الثالثة: إن وقعت المساقاة فاسدة وجب فسخها قبل العمل مطلقاً، وإن لم نطلع على فسادها إلا بعد الشروع في العمل فيفسخ أيضاً في باقي المدة إن كان الواجب أجرة المثل، وذلك فيما إذا كان الفساد بسبب زيادة عين أو عرض لأحدهما على الآخر، وأما لو كان الواجب فيها مساقاة المثل فتمضي بالشروع في العمل، وذلك فيما إذا كان فسادها لحصول غرر أو نحوه من كل ما يفسد ولا يخرجها عن المساقاة، كمساقاة

بَيْنَهُمَا كَانَتْ الْأَرْضُ لِأَحَدِهِمَا وَالْعَمَلُ عَلَى الْآخِرِ أَوْ الْعَمَلُ بَيْنَهُمَا وَأَكْثَرِيَا الْأَرْضِ أَوْ

حائط حل بيعه ما لم يحل بيعه أو حائط بلغ، أو أن الإثمار مع ما لم يبلغه، ولا تبعية في الصورتين. ولما فرغ من الكلام على ما ذكره من مسائل المساقاة، شرع في الكلام على المزارعة لقربها منها، لأن الأصل في كل منهما المنع وإنما أجيبتا بالشروط وفقاً بالأمة، وحقيقة المزارعة كما قال ابن عرفة: عقد على علاج الزرع وما يحتاج إليه، والمراد بعلاجه عمله وبما يحتاج إليه بالآلة فقال: (والشركة في الزرع جائزة) وفي الزرع ثواب جسيم، فقد خرج مسلم عن النبي ﷺ أنه قال: «ما من مسلم يغرس غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة» ولعل الضمير في كانت للأكلة بضم الهمزة المفهومة من الفعل، وصدقة بالنصب خير كانت وهي هنا بمعنى صارت لأنه أحد معانيها، وهذا على رواية كانت بالتاء، وأما على رواية كان له صدقة فتكون صدقة مرفوعة على أنها اسم كان وعقدها لا يلزم إلا بالبذر، قال خليل: لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر، وإنما كان عقدها منحللاً كشركة التجار لأنه قد قيل بمنعها مطلقاً فإن حصل بذر لزم، وظاهره ولو في بعض الأرض كما هو ظاهر قول خليل: إن لم يبذر، كما أن ظاهره لزومها بالبذر ولو لم ينضم للبذر حرث، وأما الحرث بدون البذر فلا يمنع الفسخ، وشرط عاقبتها أن يكون فيه أهلية الاشتراك في التجارة بأن يكون من أهل التوكيل والتوكل، فلا تصح بين صبيين ولا سفيين، ولا بين صبي ورشيد، وشرط صحتها سلامة الأرض من كرائها بما يمنع كرائها به وهو جميع ما تنبته، خلا الخشب والحشيش والصنديل والعود وجميع الأطعمة ولو لم تخرج منها، قال خليل: وصحت إن سلما من كراء الأرض بممنوع وقابلها عمل بقر أو وعمل يد لا شيء من البذر كما يفهم من قوله: (إذا كانت الزريعة منها جميعاً والزرع بينهما) على المناصفة فيهما سواء (كانت الأرض لأحدهما والعمل) أي عمل البقر وهو الحرث المقابل للأرض (على الآخر) وهذه لا شك في جوازها، وقولنا على المناصفة فيهما للاحتراز عما لو تفاضلا في الزريعة بأن أخرج أحدهما ثلثها والآخر ثلثيها فإنه ينظر، فإن كان صاحب الأرض هو الذي أخرج الثلثين فالمزارعة صحيحة، لأن الثلث الذي أخرجه صاحب العمل يقابل ثلثاً مما أخرجه صاحب الأرض، والعمل يقابل الأرض والثلث الثاني وإن كان الذي أخرج الثلثين هو صاحب العمل فينظر إن كان الربح بينهما أثلاثاً على قدر ما أخرج كل واحد من الزريعة، فالجواز لأنهما تساويا في الزريعة والعمل مقابل للأرض وإن كان الزرع بينهما على المناصفة فالمنع، لأن الثلث يقابل الثلث، والثلث الآخر مع العمل مقابلان للأرض وذلك حرام لوقوع جزء من البذر في مقابلة جزء من الأرض، ولا بد أن يكون المخرج منهما من البذر متفق النوع، فلا يجوز أن يخرج أحدهما قمحاً والآخر شعيراً أو فولاً، لأن المساواة في نوع البذر شرط عند سحنون، فإن اختلف بذرها لم تكن مزارعة ولكل ما خرج من بذره ويتراجعان في الأكرية، ومذهب ابن القاسم عدم اشتراط الفواكه الدواني ج ٢ - ١٤٠

كَانَتْ بَيْنَهُمَا أَمَّا إِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا وَمِنْ عِنْدِ الْآخِرِ الْأَرْضُ وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهِمَا وَالرِّيحُ بَيْنَهُمَا لَمْ يَجْزُ وَلَوْ كَانَا أَكْثَرِيَا الْأَرْضَ وَالْبَذْرَ مِنْ عِنْدِ وَاحِدٍ وَعَلَى الْآخِرِ الْعَمَلُ جَازٌ إِذَا تَقَارَبَتْ قِيمَةُ ذَلِكَ وَلَا يُنْقَدُ فِي كِرَاءِ أَرْضٍ غَيْرِ مَأْمُونَةٍ قَبْلَ أَنْ تُرَوَى وَمَنْ

التساوي في نوع البذر، وقوله: والعمل على الآخر أي بشرط مساواته لأجرة الأرض في القيمة أو مقارنته لها، كأن تكون قيمة الأرض تسعة عشر وقيمة العمل عشرون أو عكسه، وأما لو تباعدت فلا جواز إلا أن يأخذ كل واحد من الزرع قدر ما أخرج، فالجواز مثال ذلك لو كانت أجرة الأرض مائة والبقر والعمل خمسين ودخلا على أن لرب الأرض الثلثين ولرب البقر وعمل اليد الثلث جاز، وإن دخلا على النصف فسد عقدها لأنه سلف، وإن كانت أجرة الأرض خمسين والبقر وعمل اليد خمسين ودخلا على التفاوت فسدت، قال خليل: وقابلها مساو، قال شراحه: المراد بالتساوي أن يكون الريح مساوياً للمخرج، فلا يجوز الدخول على أن يأخذ أحدهما أكثر مما أخرج، وليس المراد بالمساواة المناصفة، وهذه أول الصور الجائزة، والثانية أشار لها بقوله: (أو العمل بينهما) والمسألة بحالها الزريعة منهما، والزرع بينهما، والعمل بينهما، ولم يأخذ أحدهما أكثر ما أخرج (و) الحال أنهما قد (اكتريا الأرض) من الغير (أو كانت) أي الأرض مشتركة (بينهما) إما بملك أو منفعتها وهذه مسألة ثالثة، وفرض المسألة أن الزريعة منهما والعمل منهما، والحكم في المسائل الثلاث الجواز، وأشار إلى الصور الممنوعة بقوله: (أما إن كان البذر من عند أحدهما ومن عند الآخر الأرض و) جعل (العمل عليه) أي على صاحب الأرض، وسيأتي أن هذه الشركة لا تجوز وهي المعروفة عند فلاحي مصر بالمشاطرة، ووجه عدم جوازها وقوع بعض البذر في مواجهة الأرض، ويصح عود ضمير عليه لمخرج البذر، فيكون أحدهما أخرج البذر والعمل ومن عند الآخر الأرض فقط وهي فاسدة أيضاً، لأن البذر مع العمل مقابلان للأرض، فلم تسلم من كراء الأرض بممنوع، فهي صورة ثانية من الصور الممنوعة، وثالثها أشار إليها بقوله: (أو) كان العمل (عليهما) والمسألة بحالها البذر من عند أحدهما ومن عند الآخر الأرض. (و) الحال أن (الزرع بينهما) في الصور الثلاث على ما ذكرنا في مرجع الضمير (لم يجز) الاشتراك وهذا جواب أما لما فيها من معنى الشرط، وعلّة عدم الجواز في المسائل الثلاث عدم سلامة الشركة من كراء الأرض بما يخرج منها، والمصنف حذف لم يجز مما تقدم لدلالة المتأخر عليه، وبقي من صور الجواز صورة كان الأولى تقديمها مع صور الجواز المتقدمة لتصيير مسائل الجواز مجتمعة وصور المنع مجتمعة، وأشار إليها بقوله: (ولو كانا اكتريا الأرض) من الغير أو كانت مملوكة لهما أو لأحدهما وأكرى شريكه نصفها بدراهم أو غيرها مما يجوز كراؤها. (و) دخلا على أن (البذر من عند واحد وعلى) الشريك (الآخر العمل جاز ذلك) العقد (إذا) تساوت أو (تقاربت قيمة ذلك) المذكور مع بذر وعمل على المشهور، مثال التقارب أن تكون قيمة

البذر أو العمل أحد عشر وقيمة الآخر عشرة، ويشترط أيضاً أن يكون الربح بينهما على المناصفة، وأما لو دخلا على التفاوت بأن جعل لواحد الثلث والآخر الثلثان، فإن كان المجموع له الثلثان صاحب العمل جاز ذلك أيضاً، وأما إن كان صاحب البذر فقولا بالجواز وعدمه، وليست هذه الصورة مكررة مع الصور الجائزة المتقدمة لأن الزريعة في هذه من أحدهما، بخلاف الصور المتقدمة البذر من عندهما.

(تنبيهان) الأول: تلخص مما تقدم أن شرط صحة الشركة في الزرع السلامة من كراء الأرض بممنوع وأن يتساويا في الخارج والمخرج، وليس المراد بالتساوي المناصفة، ويجوز أن يتبرع أحدهما لصاحبه بعد العقد اللازم بشيء من العمل أو غيره، وذكر العلامة خليل شرطاً آخر وهو خلط البذر إن كان من عندهما، ويكفي خلطه ولو حكماً بأن يخرج كل واحد البذر من عنده ولم يخلطاه حتى يصلا إلى الفدان، وبذر كل واحد بذره بحيث لا يتميز عن بذر صاحبه، فإن تميز بأن بذر كل في ناحية فلا تصح ولكل مانبته حبه، والذي مشى عليه خليل من اشتراط الخلط أحد قولي سحنون، وقوله الآخر موافق لقول مالك وابن القاسم بعدم اشتراط الخلط لاحسأ ولا حكماً، هكذا يفهم من كلام أبي الحسن في شرح المدونة وعليه ابن عرفة، وتقدم أن من الشروط^(١) سحنون اتفاق البذرين في النوعية، ومذهب ابن القاسم عدم اعتبار هذا الشرط، ومن الشروط أن يقع عقدها بلفظ الشركة لا إن وقعت بلفظ الإجارة أو الإطلاق.

الثاني: لم يذكر المصنف حكم ما لو وقعت فاسدة، ومحصله أنها تفسخ قبل الفوات بالعمل، وأما بعد فواتها بالعمل فأشار له خليل بقوله: وإن فسدت وتكافئا عملاً فبينهما وتزادا غيره أي غير العمل، كما لو كانت الأرض من أحدهما والبذر من الآخر فيرجع صاحب البذر على صاحب الأرض بمثل نصف بذره، ويرجع صاحب الأرض على صاحب البذر بأجرة نصف أرضه، ولا خفاء في فساد هذه الصورة لمقابلة الأرض البذر، والمراد بالتكافؤ في العمل وقوعه من كل منهما وإن لم يتساويا في قدره، وإنما يكون الزرع بينهما إذا انضم لعمل يد كل منهما غيره من أرض أو بذر أو عمر بقر وبعض ذلك، وأما لو وقع العمل من أحد الشريكين فقط فالزرع كله له لأنه نشأ عن عمله، وعليه للآخر أجرة الأرض، فشرط اختصاص المنفرد بالعمل بالزرع أن يكون له مع عمله إما بذر أو أرض، أو تكون الأرض والبذر منهما والعمل من واحد، ولا بد أيضاً أن ينضم إلى عمل يده آلة من بقر أو محراث وإلا فليس له إلا أجرة مثله وهي مسألة الخماس.

ثم شرع في الكلام على ما إذا اكترى شخص قطعة أرض قبل ريبها بقوله: (ولا يجوز الدخول على أن ينقذ) الأجر (في كراء أرض غير مأمونة) الري (قبل أن تروى)

أَبْتَعَ ثَمْرَةً فِي رُؤُوسِ الشَّجَرِ فَأَجِيحَ يَبْرَدُ أَوْ جَرَادٌ أَوْ جَلِيدٌ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنْ أَجِيحَ قَدَرُ الثُّلُثِ

بالفعل كأرض المطر وأرض العين القليلة الماء، لأن المنقود يتردد بين السلفية والشمسية، وأما النقد تطوعاً فلا يمتنع على ظاهر المدونة وهو يدل على جواز العقد من غير نزاع، ومفهوم غير المأمونة أن المأمونة كأرض النيل القريبة من البحر الشديدة الانخفاض، وكأرض المطر في بلاد المشرق يجوز عقد الكراء فيها على النقد ولو مع الشرط، كما يجوز عند كرائها ولو طالت المدة كالثلاثين سنة، وأما التي رويت بالفعل أو تحقق ريبها وتمكن المكتري من زرعها فيجب نقد الكراء فيها، قال خليل: ويجب في مأمونة النيل إذا رويت، قال شراحه: المراد تحقق ريبها وإن لم ترو بالعقل وتمكن من زرعها، لأن الكراء إنما يلزم بالتمكن، ومحل وجوب نقد الكراء في الفرض المذكور حيث لم يشترط تأجيل الكراء وإلا عمل بالشرط. (تنبيه) بقي لنا مسألتان متعلقتان بكراء الأرض، إحداهما: الأرض المغمورة بالماء ويندر انكشافها، وحكم هذه أنه يجوز اكتراؤها على تقدير انكشاف الماء عنها، ولكن لا يجوز النقد فيها ولو تطوعاً، وثانيتها: المغمورة التي لا يمكن انكشاف الماء عنها عادة لا يجوز عقد كرائها حتى تنكشف بالفعل. ثم شرع في الكلام على الجوائح جمع جائحة وهي مأخوذة من الجوح وهو الاستئصال والهلاك وهي كل ما لا يستطيع دفعه كسماوي وجيش، وعرفها ابن عرفة بما هو قريب من هذا حيث قال: الجائحة ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادة قدرأ من ثمر أو نبات بعد بيعه، فقوله: من معجوز من لبيان الجنس وقدرأ مفعول أتلّف وأطلق في القدر ليتناول الكثير والقليل لأن كلامه شامل للثمار وغيرها، وإن كان يشترط فيه الثلث في الثمار بخلاف أنواع البنات والبقول فتوضع مطلقاً ولو وضعها شروط أربعة: أن تكون الثمرة من بيع وإن عريته لا إن كانت من مهر ولا من هبة ولا صدقة، وأن تكون الثمرة قد بقيت على رؤوس الشجر لينتهي طيبها فإن تناهت ومضى ما تقع فيه عادة فلا توضع، وأن تكون الثمرة اشتريت مفردة عن أصلها أو اشتراها قبل أصلها ثم اشترى أصلها قبلها أو اشتراها معاً، وأن يكون الذاهب الثلث فأكثر في الثمار فقال: (ومن ابتاع ثمرة في رؤوس الشجر) سواء كانت ثمرة نخل أو غيره، ووقع الشراء بعد بدو الصلاح وقبل تناهي طيبها، أو بيعت قبل بدو صلاحها على شرط الجذ. (فأجيح) ما ذكر من الثمرة (ببرد) وهو الحجر النازل مع المطر وهو محرك الرءاء. (أو) أجيح بأكل (جراد) جمع جرادة تقع على الذكر والأنثى كالبقرة، سمي جراداً لأنه يجرد الأرض بأكل ما عليها. (أو) أجيح بسبب حلول (جليد) وهو النداء الساقط من السماء فيجمد على الأرض. (أو غيره) أي غير ما ذكر من ريح أو دود أو طير أو غرق أو سموم أو غبار أو غير ذلك من كل ما لا يستطيع دفعه، قال خليل: وهل هي ما لا يستطيع دفعه كسماوي وجيش أو سارق خلاف محله ما لم يعلم السارق وإلا فلا، ويتبعه المشتري ولو معدماً، وقال ابن عرفة: والأظهر في عدمه غير مرجو يسره عن قرب أنه جائحة وهو ظاهر

فَأَكْثَرَ وَضِعَ عَنِ الْمُشْتَرِي قَدْرُ ذَلِكَ مِنَ الثَّمَنِ وَمَا نَقَصَ عَنِ الثُّلْثِ فَمِنَ الْمُبْتَاعِ وَلَا جَائِحةَ فِي الزَّرْعِ وَلَا فِيمَا اشْتَرَى بَعْدَ أَنْ يَسَّ مِنَ الثَّمَارِ وَتَوْضِعُ جَائِحةَ الْبُقُولِ وَإِنْ قُلْتَ

المدونة، وأشار إلى شرط الوضع في الثمرة بقوله: (فإن أبيع قدر الثلث) أي ثلث مكيل الثمرة (فأكثر وضع عن المشتري قدر) ما يخص (ذلك) المجاح (من الثمن) الذي اشترت به الثمرة ولو كان الثلث ملفقاً من كصيحاني وبرني، وقيدنا بتلك المكيلة للإشارة إلى أن المعتبر المكيلة لا القيمة، فإذا كان المجاح أقل من ثلث المكيلة فإنه لا يوضع عن المشتري شيء من الثمن ولو ساوت قيمة ذلك الأقل نصف الثمن أو جميعه، ويلزم المشتري التمسك بالباقي وإن قل، بخلاف الاستحقاق فإنه قد يخير المشتري معه وقد يحرم عليه التمسك بالباقي، والفرق أن الجوائح لتكررها يعد المشتري كالدخل على ذلك ولندور الاستحقاق لم يدخل عليه. (و) مفهوم قدر الثلث أن (ما نقص عن الثلث فمن المبتاع) أي مصيبته منه ويلزمه جميع الثمن لأنه مجوز لذهاب ما نقص عن الثلث بأكل طير أو سقوط بعض الثمرة بريح أو غيره كما هو معلوم بالعادة، قال خليل: وتوضع جائحة الشار كالموز والمقائي وإن بيعت على الجذ، ومن عرية لا مهر إن بلغت ثلث المكيلة، ولو من كصيحاني وبرني بقيت لينتهي طيبها، وأفردت أو الحق أصلها لا عكسه أو معه، والدليل على وضع الجوائح ما في الصحيح: «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح» وفيه أيضاً: قال رسول الله ﷺ: «لو بعت من أخيك تمرأ فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ثم تأخذ مال أخيك بغير حق» وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب على البائع الوضعية» فما في هذه الرواية مقيد لإطلاق التي قبلها.

(تنبيهان) الأول: ما ذكره المصنف من التجديد بالثلث في غير ما ذهب بسبب العطش وإلا وضعت مطلقاً، قال خليل: وتوضع بسبب العطش وإن قلت لأن السقي لما كان على البائع أشبه ما فيه حق توفية. الثاني: مثل ذهاب ثلث المكيلة ذهاب ثلث القيمة فيما إذا تعينت والعين قائمة، قال خليل: وتعيينها كذلك فإن التشبيه في مطلق الذهاب لا بقيد المكيلة، فإن أذهب التعيب ثلث القيمة وضع عن المشتري ثلث الثمن، ولما كان شرط الوضع كما قدمنا أن تكون الثمرة بقيت لينتهي طيبها قال: (ولا جائحة في الزرع) كالقمح والبول وغيرهما من أنواع الحبوب، لأن ما ذكره لا يحل بيعه إلا بعد يبسه واستحصاده، فتأخيره محض تفريط مع المشتري فلا يوضع عنه شيء من الثمن. (ولا فيما اشترى بعد أن يبس من الثمار) وتناهي طيبه وفات أو إن قطعه على المعتاد، قال خليل: وإن تناهت الثمرة فلا جائحة كالقصب الحلو ويابس الحب، لأن تأخير ما ذكر بعد زمان قطعه على العادة محض تفريط، فيجب على المشتري جميع الثمن ولو أذهبت الجائحة جميعه، وأما لو أصابته الجائحة في الزمان الذي تقطع فيه على العادة لحطت عنه، لأن تأخيرها على هذا الوجه بمنزلة تأخيرها لتناهي طيبها.

وَقِيلَ لَا يُوضَعُ إِلَّا قَدْرُ الثُّلُثِ وَمَنْ أَعْرَى ثَمَرَ نَخْلَاتٍ لِرَجُلٍ مِنْ جِنَانِهِ فَلَا بَأْسَ أَنْ

(تنبيه) في كلام المصنف إشارة إلى جواز بيع الحبوب في الأندر لكن على تفصيل محصله: إن وقع بعد صيرورتها صبرة فلا خلاف عند أهل المذهب في الجواز وقع البيع على الكيل أو الجزاف بشروطه، وأما إن وقع البيع قبل ذلك فإن كان بعد نقشه وقبل درسه ففيه خلاف والمشهور المنع، وأما بعد درسه وقبل تدريته فالمشهور الجواز، قال خليل: وجاز بيع حنطة في سنبل وتبن وإن بكيل وقت جزافاً لا منفوشاً، وقال العلامة بهرام: ولا خلاف عندنا في جواز بيع الزرع قائماً لكن بشروط الجزاف، ويجوز المبتغى منه من حب وغيره كالبرسيم فراجع إن شئت، ولما كان شرط التحديد بالثلث مختصاً بالثمار قال: (وتوضع) عن المشتري (جائحة البقول وإن قلت) ونقصت عن الثلث إلا أن يكون المجاح شيئاً قليلاً جداً، قال خليل: وتوضع من العطش وإن قلت كالبقول تشبيهه في الوضع وإن قلت ولو من غير العطش، والمراد بالقبول ما لا تطول مدته في الأرض كالحبس والجزر والسلق والكزبرة والهندبا والزعفران والريحان والقرظ وورق التوت والبصل، وإنما كانت توضع منها وإن نقصت عن الثلث لعسر معرفة ثلثها لأنها تقطع شيئاً فشيئاً. (وقيل لا يوضع إلا قدر الثلث) قياساً على الثمرة وهذا خلاف المعتمد، والمعتمد ما تقدم من وضعها مطلقاً ولذا اقتصر عليه خليل، وقدمه المصنف وحكى هذا بصيغة التمريض.

(تنبيه) في كلام المصنف إشارة إلى جواز بيع مغيب الأصل كالجزر والبصل والفجل لأنها من البقول وهو كذلك، لكن يشترط في حال بيعها أن يقلع منها شيء ويراه المشتري كما هو ظاهر كلام ابن رشد وغيره لأنه لا يكفي رؤية ظاهرها، ولكن ذكر الناصر اللقاني أنه يكفي في جواز بيع مغيب الأصل رؤية ظاهره، أي لأنه برؤية ورقه يستدل على ما في الأرض من كبر وصغر على ما هو معروف لأرباب الخبرة بذلك. (خاتمة عزيزة الوجود) مما هو منزل منزلة الجائحة عدم حصول المقصود، من ذلك لو اشترى شخص ورق توت ليطعمه لدود الحرير فيموت الدود، ومن ذلك أيضاً لو اشترى حماماً أو فندقاً في بلد فخلي البلد ولو يوجد من يتحتم أو يسكن، ومن ذلك أيضاً من اشترى ثمرة لبيبعها في بلد فخرّب البلد، أو اشترى علفاً لبيبعه لقافلة تأتي من طريق معروفة فعدلت عنه، ووجه تنزيل ما ذكر منزلة الجائحة باعتبار أن المشتري له الفسخ عن نفسه ويسقط عنه الثمن أو الكراء. ولما فرغ من الكلام على إطعام الجائحة، شرع في الكلام على حكم شراء العرايا جمع عرية بتشديد الياء مشتقة من عروته أعروه إذا طلبت معرفته، فعرية فعيلة بمعنى مفعولة وحقيقتها كما قال بعض: هبة ثمرة تيبس لشخص بأكلها هو أو عياله في عام أو أكثر، ولا فرق بين ثمر النخل وغيره فقال: (ومن أهرى) أي وهب (ثمر نخلات) أو غيرها مما تيبس ثمرته بالفعل إذا تركت، ولا يكفي يبس نوعها وذلك كثمر نخل غير مصر وجوز ولوز، كذلك لا ثمر ما ذكر في أرض مصر ولا في موز ولا رمان ولا تفاح لأنها لا تيبس (لرجل)

يَشْتَرِيهَا إِذَا أَزْهَتْ بِخَرْصِهَا تَمْرًا يُعْطِيهِ ذَلِكَ عِنْدَ الْجُذَاذِ إِنْ كَانَ فِيهَا خَمْسَةُ أَوْسُقٍ فَأَقْلُ
وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ إِلَّا بِالْعَيْنِ وَالْعَرْضِ.

المراد لشخص ولو امرأة (من جنانه) أي المعري، وأما لو أعري رجلاً ثمر نخل آخر لكانت
عريته باطلة، لأن تبرع الإنسان بملك غيره باطل، وإن أجاز الغير كان ابتداء عطية منه،
وهذا بخلاف بيع ملك الغير فإنه يمضي بإجازته لأن البيع في مقابلة عوض، ولا يحترز
بقول من جنانه عن عرية جميع ثمر الحائط فإنه يصح، ومن شرطية، وأعري فعل الشرط
وجوابه (فلا بأس أن يشتريها) أي يجوز لمعريها شراؤها (بخرصها) بكسر الخاء أي بكيلها
(تمراً) قال خليل: ورخص لمعر وقائم مقامه وإن باشتراء الثمرة فقط اشتراء ثمرة تيبس
كلوز لا كموز، وتلك الرخصة مستثناة من أصول ممنوعة ربا الفضل لأنه يشتريها بنوعها
وخرصها من غير كيل، والشك في التماثل كتحقق التفاضل وربما النساء لأنها تباع بخرصها
إلى أجل، لأن الوفاء عند الجذاذ والمزابنة وهي بيع المجهول. بالمعلوم من نوعه والرجوع
في الهبة، وإن كان المشهور في هذا الأخير الكراهة، ومعنى رخص أبيع لأن الرخصة هنا
جائزة، والدليل على جوازها ما في الموطأ والصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة
رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها من الثمر بما دون خمسة
أوسق أو في خمسة أوسق» شك من الراوي، وحديث سهل: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع
التمر بالتمر» إلا أنه أرخص في العرية أن تباع بخرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً، وأشار إلى
شروط الجواز بقوله: (إذا أزهت) أي بدا صلاحها فلا يجوز شراؤها قبله، وإنما نص على
ذلك وإن لم يختص بالعرية لثلا يتوهم عدم اشتراطه لكون شرائها رخصة حتى قال الباجي
بعدم اشتراطه، وفسرنا الزهو ببدا صلاح للإشارة إلى أن الثمرة غير مختصة بالبلح
المختص بالزهو الذي هو الاحمرار أو الاصفرار، ومن الشروط أن يكون الشراء بخرصها
أي بكيلها بأن يقول الخارص أي الحازر العارف: إذا جفت تصير خمسة أوسق أو أقل،
فيعطى المعري بالفتح مكيلة ذلك القدر عند الجذاذ، وإذا جذت فوجدت أقل أو أكثر فإن
المعري بالكسر يرجع على المعري بالفتح في الأول، ويرجع المعري بالفتح على المعري
بالكسر في الثاني، وقيل إنه حكم مضي، ومن الشروط أن يكون خرصها من نوعها، فلا
يجوز أخذ الصيحاني عن البرني ولا الجيد بالرديء، وأولى في المنع بيعها بعرض أو
درهم، ومن الشروط أن يتفقا على أن (يعطيه) أي المعري بالكسر للمعري بالفتح (ذلك)
الخرص (عند الجذاذ) بالذال المعجمة أي قطع الثمرة، ومن الشروط أن يكون المشتري
خمس أوسق فأقل وإن كانت العرية أكثر وإلى هذا الإشارة بقوله: (إن كان فيها خمسة
أوسق فأقل) ولذلك قال: (ولا يجوز) للمعري بالكسر (شراء أكثر من خمسة أوسق إلا
بالعين والعرض) الواو بمعنى أو، قال خليل: وخمس أوسق فأقل، فلو أراد أن يشتري من
الأكثر خمسة أوسق بخرصها والزائد يشتريه بعين أو عرض فإنه لا يجوز، قال خليل: ولا

باب في الوصايا والمدبر والمكاتب والمعتق وأم الولد والولاء

يجوز أخذ زائد عليه معه بعين على الأصح، والضمير في عليه ومعه للقدر المرخص في شرائه، وأما شراء جميع الثمرة الزائدة على خمسة أوسق بعين أو عرض فيجوز كما قال المصنف ومفهوم كلام خليل، وهذا كله في العرية الواحدة، وأما لو أعراه عرايا في حوائط في أوقات متعددة وألفاظ متعددة لجاز له أن يشتري من كل حائط خمسة أوسق لا إن كانت العرايا في عقد واحد، فكعرية واحدة لا يشتري منها إلا خمسة أوسق، ولا فرق في هذا كله بين تعدد المعري بالفتح واتحاده على ظاهر كلام خليل واقتصر عليه المواق.

(تنبيه) اعلم أن المصنف لم يستوف شروط العرية وإنما استوفها خليل بقوله: ورخص لمعر وقائم مقامه وإن باشتراء الثمرة فقط اشتراء ثمرة تيس إن لفظ بالعرية وبدا صلاحها وكان بخرصها ونوعها، وأن لا يدخلها على شرط تعجيلها بل دخلا على الوفاء عند الجذاذ أو سكتا ولو عجل الخرص بعد ذلك، بخلاف لو شرطا التعجيل فلا يجوز شراؤها، ولو جذها رطباً رد المثل إن وجد وإلا فالقيمة، وأن يكون المشتري خمسة أوسق فأقل، وأن يكون الاشتراء إما لدفع الضرر بدخول المعري بالفتح حائط المعري بالكسر، أو للمعروف رفقا بالمعري بالفتح بكفايته الحراسة والمؤنة، وأما لغير ذلك فلا يرخص في شرائها، كما لا يرخص لغير المعري بالكسر لما علمت من استثنائها من أصول ممنوعة بالشروط المذكورة. ولما فرغ من الكلام على عقود المعاملات وما يتعلق بها، شرع في الكلام على بعض أنواع القرب فقال:

(باب في) الكلام على أحكام (الوصايا)

جمع وصية وهي لغة الوصل لأنها مشتقة من صيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، كأن الموصي لما أوصى بالشيء وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، وأما في الاصطلاح فقال ابن عرفة: هي في عرف الفقهاء لا الفراض عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده، فما يوجب حقاً في رأس ماله مما عقده في صحته لا يسمى وصية كما خرج ما يلزم بدون الموت كالنظام من لا حجر عليه بشيء من ماله لشخص وزاد قوله: أو نيابة عطفاً على حقاً ليدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت، وأما الوصية عند الفراض فهي عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده فقط، فالوصية عند الفقهاء أعم من الوصية عند الفراض، لأن الوصية عند الفراض قاصره على الإيصاء بما فيه حق، وأما عند الفقهاء فتنوع إلى وصية نيابة عن الموصي، كالإيصاء على الأطفال وعلى قبض الديون وتفارقة التركة. والنوع الثاني أن يوصي بثلث ماله للفقراء أو بعقده أو قضاء دينه، وتعريف ابن عرفة مشتمل على النوعين. (و) في الكلام على أحكام (المدبر) وهو المعلق عتقه على الموت

وَيَحِقُّ عَلَى مَنْ لَهُ مَا يُوصِي فِيهِ أَنْ يُعَدَّ وَصِيَّتَهُ وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَالْوَصَايَا خَارِجَةٌ

ويخرج من الثلث . (و) في الكلام على (المكاتب) وهو المعتق على مال مؤجل يدفعه لسيده . (و) في الكلام على (المعتق) لا على وجه التدبير ولا الكتابة، كالمعتق لأجل أو للمثلة أو للسراية أو للملك . (و) في الكلام على (أم الولد) وهي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً . (و) في الكلام على (الولاء) بفتح الواو والمد من الولاية بفتح الواو وهو من النسب والعتق وأصله الولي وهو القرب، وأما من الإمارة والتقدم فبالكسر وقيل بالوجهين فيهما، والمولى لغة يقال للمعتق والمعتق وأبنائهما، ولغيرهما كالناصر وابن العم والقريب، والمراد هنا ولاية الإنعام والعتق، وعرفه بعضهم بأنه صفة حكمية توجب لموصوفها حكم العصوية عند عدمها، فهذه ستة أبواب جمعها في ترجمة روماً للاختصار . وشرع في بيان على التفصيل فقال: (ويحق) بضم الياء وفتحها وفتح الحاء وكسرها أي يتأكد نديها (على من له ما) أي مال (يوصي فيه أن يعد) بضم الياء من أعد أي يحصر ويهيئ (وصيته) ويشهد عليها لأنها بدون الإشهاد لا يجب تنفيذها وتبطل ولو كانت بخط الموصي لاحتمال رجوعه عنها إلا يقول: ما وجدتم بخط يدي فأنفذوه فإنه ينفذ، والدليل على طلب مشروعيتها الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية﴾ [البقرة: ١٨٠] وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: «ما حق امرئ مسلم له شيء ما يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» وحمل الحديث بعض العلماء على الصحيح والمريض لعدم الأمن من الموت فجأة، قال ابن رشد: وهو الصحيح، وما ذكرناه من أنها مندوبة هو الذي عليه أكثر الشيوخ، إلا أن يخشى بعدمها ضياع الحق على أربابه إن لم يوصى فتجب، ولذا قسمها ابن رشد واللخمي خمسة أقسام: فتجب إذا كان عليه دين، وتندب إذا كانت بقرية غير واجبة، وتحرم بمحرم كالنياحة ونحوها كالإيضاء بالصلاة والصوم، وتكره إذا كانت بمكروه أو في مال فقير، وتباح إذا كانت بمباح من بيع أو شراء، وإنفاذها ينقسم إلى تلك الأقسام هكذا قال، ويبحث فيه الأجهوري قائلاً: الصواب أن تنفيذها في جميع الأقسام ما عدا المحرم واجب إلا أن يحمل . كلامهما على أن المراد التنفيذ من الموصي نفسه، بمعنى أنه يجب عليه قبل موته إنفاذ ما هو واجب عليه، ويحرم عليه الرجوع عنه، ويندب له إنفاذ المندوبة بمعنى عدم رجوعه، والمباحة يباح له الرجوع عنها، وأما متولي أمر التركة بعد موت الموصي فيجب عليه تنفيذ حتى المباحة والمكروهة، كالإيضاء بالقراءة على قبره، وكالإيضاء ببناء قبة عليه لغير المباهاة، وكالإيضاء بالحج عنه، أو الإيضاء بعمل مولد بعد موته له أو للنبي ﷺ أو غيره من صلحاء المسلمين .

(تنبيهات) الأول: تعبير المصنف بمن له مال يشمل الصغير المميز والكبير والسفيه المسلم أو الكافر، فيوافق قول خليل: صح إيضاء حر مميز مالك وإن سفيهاً وصغيراً وكافراً

إلا بكخمر لمسلم، فدل ذلك على أن شرط صحته الحرية والتميز والملك لما أوصى به، ولا يشترط بلوغ ولا رشد، وإنما يشترط فيه إن كان صبياً بلوغه عشر سنين فما قاربها، وأن يكون ضابطاً بحيث لا يخلط في وصيته، وقيل معنى الضبط أن يوصي بما فيه قرينة وإن صحت وصية الصبي المذكور والسفيه مع تذييره لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، فلو حجر عليهما في الوصية لكان الحجر لحق الغير. الثاني: لم يبين المصنف الموصى له وهو من يصح تملكه للموصى به شرعاً حالاً أو مآلاً ولو حكماً، فيدخل الإيصال للحمل ويستحق إن استهل وإلا بطلت، وغلة الموصى به قبل استهلاكه لورثة الموصى بالكسر، وتصح للميت حيث علم الموصى بموته، وتصرف في دينه إن كان عليه دين أو تدفع لورثته، وأما إن لم يعلم بموته فتكون باطلة، ويدخل بقولي ولو حكماً الإيصال لنحو المسجد أو القنطرة، ويخرج بقولي شرعاً إيصال الكافر بالخمر أو الخنزير لمسلم فلا تصح وإن صحت منه بذلك لكافر. الثالث: لم يبين المصنف صيغتها وهي كل ما يفهم منه الوصية من لفظ أو إشارة ولو من قادر على الكلام أو خط، ولكن لا يجب تنفيذها إلا بإشهاد الموصى عليها لأن له الرجوع عنها ما دام حياً كما يأتي في كلامه؟ قال خليل: وإن ثبت أن عقدها خطه أو قرأها ولم يشهد أو لم يقل أنفذوها لم تنفذ ولهم الشهادة حيث أشهدهم، ولو لم يقرأ عليهم الكتاب ولا فتحه لهم، ولا يضر بقاء الوصية عنده حتى مات حيث أشهدهم على ما فيها أو قال لهم: أنفذوا وصيتي. ثم شرع في بيان من لا تصح له بقوله: (ولا وصية) صحيحة (لوارث) الموصى حين موته لا حين الإيصال، قال خليل: والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر ماله فتصح لابن الوارث لأنه محجوب بالوارث، كما تصح لأخيه إذا طرأ له من يحجبه حجب حرمان وقد رنا متعلق المجرور صحيحة لأن المعتمد أن الوصية للوارث باطلة ولو بأقل من الثلث، وإن أجازها الوارث كانت ابتداء عطية منه، ومثل الوصية للوارث الوصية لبعض عبيد الورثة حيث كانت بشيء له بال، بخلافها لعبد الوارث المتحد فتصح حيث كان يحوز جميع المال أو وقعت بتافه أو قصد به العبد، قال خليل: وتصح لعبد وارثه إن اتحداً وتنافه أريد به العبد، والدليل على ما قاله المصنف قوله ﷺ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». (تنبيه) كما تبطل الوصية للوارث تبطل أيضاً بارتداد الموصى أو الموصى له ولو رجع المرتد للإسلام، قال خليل بالعطف على ما تسقطه الردة: وإحصاناً ووصية إلا أن يكون بكتاب فتصح على قول أصبغ، وكذا تبطل إذا وقعت بمعصية كالإيصال بشيء لمن يشرب به خمرًا، أو بشيء لمن يصلي أو يصوم به عن الميت ويرجع ميراثاً، بخلاف الإيصال بالمكروه كالإيصال بضرب قبة لا بقصد المباهاة أو بفعل ضحية أو نحو ذلك مما هو مكروه فإنها لا تبطل ويجب تنفيذها. ثم بين مخرج الوصية بقوله: (والوصايا) الصحيحة الواجبة التنفيذ (خارجة) أي مصروفة

مِنَ الثَّلَاثِ وَيُرَدُّ مَا زَادَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجِيزَهُ الْوَرِثَةُ وَالْعِتْقُ بِعَيْنِهِ مُبْدَأٌ عَلَيْهَا وَالْمُدَبِّرُ فِي الصَّحَّةِ مُبْدَأٌ عَلَى مَا فِي الْمَرَضِ مِنْ عِتْقٍ وَغَيْرِهِ وَعَلَى مَا قَرَّطَ فِيهِ مِنَ الزَّكَاةِ فَأَوْصَى بِهِ

للموصى له (من الثلث) فلا يجوز الإيضاء بأكثر من الثلث، فإن وقع وأوصى بأكثر لم تصح. (ويرد) بمعنى يبطل (ما زاد عليه) أي الثلث ولو كان الزائد شيئاً يسيراً. (إلا أن تجيزه الورثة) البالغون الرشداء فتكون الإجازة ابتداء عطية منهم لأن الحق انتقل لهم، وإن أجاز البعض دون البعض مضت حصة المجيز وردت حصة الممتنع له.

(تنبيهات) الأول: قول المصنف: والوصايا خارجة من الثلث ظاهره من ثلث جميع مال الموصي المعلوم له حين الوصية والمجهول له وليس كذلك، بل لا تخرج إلا من ثلث ما علم به قبل موته ولو حصل له العلم به بعد الوصية، وأما الذي لم يعلم به فلا تدخل فيه، وسواء وقعت في الصحة أو في المرض، بخلاف المدبر ففيه تفصيل بين كون تدبيره في المرض فيكون كالوصية، وفي الصحة فيكون في الثلث المعلوم والمجهول كصداق الزوجة المنكوحه في المرض، قال خليل: وهي ومدبر إن كانا فمرض فيما علم، والفرق بين مدبر الصحة والوصية أن عقد التدبير لازم، بخلاف الوصية عقدها منحل له الرجوع فيها ما دام حياً، ولو شرط عدم الرجوع على ما قال بعض: الثاني: أشعر قول المصنف: برد ما زاد بعدم رد الثلث كما يشعر بأن الورثة ليس لها رد الجميع، بخلاف الزوج تبرع زوجته بأكثر فله رد الجميع على المشهور، وفرق بين تبرعها وزائد الوصية بأن الزوجة قد تقصد تبرعها بالزائد ضرر زوجها بخلاف الموصي، وبأن الزوجة لو رد زوجها جميع تبرعها يمكنها التبرع بثلاثها، بخلاف المريض قد يدركه الموت سريعاً بعد الوصية فلا يمكنه الإيضاء بعد رد الجميع فيفوت القصد من الوصية. الثالث: لم يعلم من كلام المصنف هل المعتبر ثلث الموصى حين الإيضاء أو حين الموت؟ وبينه غيره بأن المعتبر ثلثه يوم الموت، لأن الموصي له لا يملك الموصى له إلا بعد موت الموصي لكن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ، فإذا كان المال كثيراً يوم الموت بحيث يحمل ثلثه المال الموصى به وطراً عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جائحة حتى قل فلا يلزم إلا ثلث الباقي، ولا فرق في ذلك بين وصية المرض والصحة. (خاتمة) الوصية بالثلث من خصائص هذه الأمة وحكمة مشروعيتها التزود للدار الآخرة. ثم شرع يتكلم على ما يبدأ على غيره عند ضيق الثلث عن حمل جميع ما يخرج من الثلث بقوله: (والعتق) الموصى به لعبد (بعينه) وهو يشمل ما كان عنده وأوصى بعتقه كاعتقوا عبدي مرزوقاً، ويشمل ما أوصى بشرائه كاشتروا عبد فلان المعين واعتقوه، ويشمل ما أوصى بعتقه ناجزاً أو إلى شهر بعد موته، ويشمل ما أوصى بعتقه مجاناً أو على مال وعجله أو بكتابته وعجلها. (مبدأ عليها) أي على الوصية بالمال أو بكتابة عبد أو عتقه على مال ومات الموصي قبل دفع الكتابة والمال ولم يحمل الثلث الجميع، وليس المراد أن عتق العبد المعين مبدأ على جميع الوصايا. (والمدبر في الصحة مبدأ) عند

فَإِنَّ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ مُبَدَأٌ عَلَى الْوَصَايَا وَمُدَبَّرٌ الصَّحَّةِ مُبَدَأٌ عَلَيْهِ وَإِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ تَحَاصَّنَ أَهْلُ الْوَصَايَا الَّتِي لَا تَبْدِئَةٌ فِيهَا وَلِلرَّجُلِ الرَّجُوعُ عَنْ وَصِيَّتِهِ مِنْ عِتْقٍ وَغَيْرِهِ وَالتَّذْبِيرُ أَنْ

الضيق (على ما) أوصى به . (في) حال (المرض من عتق وغيره) لأن تدبير الصحة لازم بخلافه في المرض فإنه منحل (و) كذا يقدم المدبر في الصحة أيضاً (على ما فرط فيه من الزكاة) حتى مات (فأوصى به) أي بإخراجه (فإن ذلك) المفرط فيه يكون (في ثلثه مبدأ على الوصايا) فإن لم يوص به لم يخرج من الثلث، وقوله: (ومدبر الصحة مبدأ عليه) أي على ما فرط فيه من زكاة العين وأوصى بإخراجه محض تكرار مع ما قبله ارتكبه لزيادة الإيضاح، وهذا ما لم يعترف بحلول ما فرط فيه وبقائه في ذمته ويوصي بإخراجه وإلا أخرج من رأس المال، ومثل ذلك لو أشهد في حال صحته بحلولها وبقائها في ذمته، ومفهوم فأوصى به أنه لو اعترف بالتفريط ولم يوص بالإخراج لم يخرج من ثلث ولا رأس مال، ومفهوم فرط أن زكاة عامه الذي مات فيه ليس حكمها كذلك، وحكمها أنه اعترف بحلولها وعرفه غيره من الناس ولو واحداً أو أوصى بها فإنها تخرج من رأس المال، وإن لم يوص بها لم تخرج لا من ثلث ولا رأس مال وتؤمر الورثة بإخراجها من غير قضاء، وأما إن لم يعرف حلولها إلا منه فإن أوصى بها أخرجت من الثلث وإلا لم يخرج ولا من الثلث لاحتمال أن يكون أخرجها، والبصير أربع في زكاة العين، وأما زكاة الحرث والماشية فمتى اعترف بحلولها أخرجت من رأس المال أوصى بها أم لا، شاركه غيره في معرفة حلولها أم لا، والفرق بين زكاة العين وغيرها أن زكاة العين قد يخرجها ولا يطلع أحد على ذلك فلذلك لا يجب إخراجها إلا إذا أوصى به، بخلاف الحرث والماشية .

(تنبيه) قد قدمنا أن العتق لعبد معين إنما يبدأ على بعض الوصايا لا على جميعها خلافاً لظاهر كلام المصنف، وبين العلامة خليل الذي يقدم منها على الإطلاق مع بيان ترتيبها بقوله: وقدم لضيق الثلث فك الأسير الذي أوصى بفدائه، ثم مدبر الصحة، ثم صداق المريض، ثم زكاة أوصى بها إلا أن يعترف بحلولها ويوصي فمن رأس المال كالحرث والماشية وإن لم يوص، ثم زكاة الفطر، ثم عتق ظهار وقتل وأقرع بينهما إن لم يسعهما، ثم كفارة يمين، ثم كفارة فطر رمضان، ثم كفارة التفريط في قضائه، ثم النذر ثم العتق المبطل في المرض والمدبر فيه، ثم الموصي بعتقه معيناً عنده أو يشتري أو لكشهر أو بمال فعجله، ثم الموصي بكتابته والمعتك بمال والمعتك لأجل بعد، ثم العتق لسنة ثم المعتك لأكثر منها ثم عتق لم يعين، ثم حج إلا لضرورة فيتحصان، ثم عتق لم يعين ومعين غيره وجزئه، وإنما ترك المصنف ذلك روماً للاختصار. ثم شرع في بيان أحكام الوصايا المتحددة الرتبة ويضيق الثلث عن حملها بقوله: (وإذا ضاق الثلث) أي لم يسع جميع ما أوصى به (تخاص أهل الوصايا التي لا تبدئة فيها) كما تتخاص غرماء المفلس في المال الذي يتحصل من أثمان ما يبيع عليه، فإنه يقسم بينهم بنسبة ديونهم بعضها لبعض، والوصايا

التي لا تبدئة فيها هي التي لم يرتبها الموصي ولا الشارع، كأن يوصي لشخص بنصف ماله مثلاً ولآخر بثلثه، وإن أجازت الورثة الوصيتين فلا إشكال في أخذ أحدهما نصفه والآخر ثلثه، لأن مقام النصف من اثنين والثلث من ثلاثة وهم متباينان، فيضرب أحدهما في الآخر بستة، هذا حاصل مخرج الوصيتين لصاحب النصف ثلاثة والثلث اثنان والباقي واحد للورثة، وإن لم تجز الورثة الزائد اقتسما الثلث على النصف والثلث وهما متباينان ومقامهما من ستة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان وذلك خمسة وهي المحاصة فاجعلها ثلث المال يكون المال خمسة عشر، خمسة للموصى لهم للنصف ثلاثة والموصى له بالثلث اثنان وتبقى عشرة لأهل الفريضة، وكان يوصي لرجل بنصف ماله ولآخر بربعه فإنك تأخذ مقام النصف ومقام الربع وتنظر بينهما فتجدهما متداخلين فتكتفي بالأربعة فتأخذ نصفها وربيعها يكون المجموع ثلاثة، تقسم بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الربع سهم وللآخر سهمان، وإن أوصى لشخص بثلث ماله ولآخر بربعه فالثلث بينهما على سبعة أسهم، لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا القياس، ومما يقع فيه التحاوص النذر ومبتل المريض إذا ضاق الثلث عن حملها، بخلاف ما إذا ضاق الثلث عن كفارة الظهار والقتل فإنهما لا ترتيب بينهما ولكن لا يتحاصان وإنما يقرع بينهما بخلاف غيرهما من متحددي الرتبة، لأن تقديم أحدهما على غيره ترجيح بلا مرجح وعدم التحاوص لأن الكفارة لا تتبع بخلاف ما سبق.

ولما كانت العطية تلزم بمجرد القول والوصية لا تلزم نبه على ذلك بقوله: (وللرجل) المراد الموصي مطلقاً (الرجوع عن وصيته من عتق وغيره) مما ليس بواجب عليه، ولا فرق بين الحاصلة في الصحة أو المرض في انحلال عقدها فهي بمنزلة الوعد، والوعد لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب فقط، وصفة الرجوع أن يقول: رجعت عن وصيتي أو نسختها، قال خليل عاطفاً على ما تبطل به وبرجوع فيها وإن يمرض بقول أو بيع أو عتق أو كتابة وبإيلاد وحصد زرع ونسج غزل وصوغ فضة وحشو قطن وذبح شاة وتفصيل شقة، وظاهر كلام المصنف كخليل أن للموصي الرجوع عن وصيته ولو شرط لنفسه عدم الرجوع فيها وبه العمل، وصحح بعض العلماء بالشرط، وليس من الوصية ما تبطله المريض في مرضه من صدقة أو هبة أو حبس فإنه لازم لا رجوع له فيه، وقولنا: مما ليس بواجب عليه للاحتراز عن الإيصاء بإخراج ما عليه من الزكوات والديون التي لا شاهد عليها، وإنما علمت باعترافه وإيصائه بإخراجها، فلا يجوز له الرجوع فيها لاعترافه بوجودها عليه.

(تتمة) تكلم المصنف على نوع من الوصية وهو ما أوجب حقاً في ثلث العاقد، وسكت عن النوع الثاني وهو ما أوجب النيابة عن الموصي بعد موته كإيصائه على أولاده وصيغتها: إن قصرت عمت كاشهدوا علي أن فلاناً وصيي ولم يزد على ذلك، فإنه يكون

وصياً عاماً في جميع الأشياء، ويزوج صغار بنيه لمصلحة والبنات إذا بلغن، وأذن بالقول: إلا أن يأمر الموصي بالإجبار أو يعين له الزوج لقول خليل: وجبر وصي أمره أب به أو عين له الزوج وإلا فخلاف، وإذا طال لفظها بأن قال: وصي على الشيء الفلاني فإنها تختص بذلك الذي سماه، قال خليل: ووصي فقط يعم وعلى كذا يخص به، والذي يوصي على المحجور عليه الأب الرشيد أو الحاكم أو وصي الأب أو وصي الوصي، وكذا الأم لها الإيصاء على الصغير بشرط قلة المال وعدم ولي للصغير، وأن يكون المال موروثاً من الأم، وشرط الموصى له أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً فيه الكفاية، بمعنى القدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور ولو أعمى، أو امرأة أو عبداً ويتصرف بإذن سيده، وليس للموصى له عزل نفسه بعد القبول وموت الموصي وإنما يعزله الفسق والعجز، هذا حكم وصي النظر، وأما الوصي على عتق عبد أو تفرقة ثلثه فإنه لا يشترط فيه المعدالة كما نبه عليه خليل في توضيحه وسنبه عليه بعد. ولما فرغ من الكلام على الوصية شرع في ثاني الأبواب المترجم لها وهو التدبير بقوله: (والتدبير) مأخوذ من إدار الحياة، ودبر كل شيء ما وراءه فهو بسكون الباء وضمها والجارحة بالضم لا غير، وقال أهل اللغة: التدبير عتق العبد عن دبر صاحبه، ومعناه شرعاً قال ابن عرفة: عقد يوجب عقد مملوك من ثلث مالكة بعد موته بعقد لازم، فقوله: بعد موته يخرج به المتلزم العتق في المرض المبطل فيه فإنه لازم له إذا لم يمت، وقوله: بعقد لازم يتعلق بيجب أخرج به الوصية، والمدبر هو المعتق من ثلث السيد، سمي مدبراً لأنه يعتق دبر حياة السيد وكأنه قال: إذا أقبلت على الله وأدبرت عن الدنيا فأنت حر، وحكمه أنه مستحب، دل على مشروعيته الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج: ٧٧] ونحوه، وأما السنة فقوله ﷺ: «لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من الثلث» وأما الإجماع فقد انعقد على أنه قربة وله أركان ثلاثة: المدبر بالكسر وشرطه البلوغ والعقل والرشد، قال خليل: التدبير تعلق مكلف رشيد وإن زوجة في زائد الثلث العتق بموته لا على وجه الوصية، فلا ينفذ تدبير صبي ولا مجنون ولا سفیه ولا مدين، والأقرب لزومه للسكران كعتقه على المشهور، وإنما لزم الصبي والسفيه الوصية استحساناً، ولأن للموصي الرجوع ولأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، والمكلف يشمل المسلم والكافر فيصح تدبير الكافر لعبده المسلم ويلزمه ويؤجر له ويكون ولاؤه للمسلمين، إلا أن يكون للكافر قريب مسلم فيكون الولاء له، إلا أن يسلم السيد فيرجع له الولاء، بخلاف ما لو كان قريبه كافراً قبل التدبير يستحق ولاؤه بل يستمر للمسلمين، وأما تدبير الكافر عبده الكافر فلا يلزمه وله الرجوع عنه. الركن الثاني: المدبر بفتح الباء وهو كل من فيه شائبة رق من عبد أو امرأة مملوكة للمدبر بكسر الباء، فإن دبر أحد شريكين تقاويها، فإن صار كله مدبراً وإلا صار كله رقيقاً. الركن الثالث: الصيغة وهي

يَقُولُ الرَّجُلُ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مُدَبِّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبْرِ مَنِّي ثُمَّ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَلَهُ خِدْمَتُهُ وَلَهُ
اِنْتِزَاعُ مَالِهِ مَا لَمْ يَمْرَضْ وَلَهُ وَطْؤُهَا إِنْ كَانَتْ أُمَّةً وَلَا يَطَأُ الْمُعْتَقَةَ إِلَى أَجْلِ وَلَا يَبِيعُهَا وَلَهُ

كل ما يفهم منه التدبير وهي على قسمين: صريحة وكفائية، فالصريحة (أن يقول الرجل)
المراد مطلق المكلف الرشيد (لعبدته) أي رقيقه (أنت مدبر) أو دبرتك (أو) يقول (أنت حر
عن دبر مني) أو أنت عتيق عن دبر مني ونحوه من كل ما يفهم منه تعليق العتق على موته لا
على وجه الوصية بل على وجه التحتم واللزوم، بخلاف تقييده بوجه مخصوص كقوله: إن
مت من مرضي هذا أو سفري هذا فهذا وصية لا تدبير، وبخلاف ما إذا قال بعد الصيغة
الصريحة ما لم أرجع عنه أو ما لم أغير ذلك فإنه ينقلب وصية، والكفائية أن يقول المالك
في صحته: أنت حر بعد موتي ولم يقيد بيوم ولا شهر أو يوم أموت، ونحو ذلك من كل ما
كان المعلق عليه يحتمل الوقوع وعدمه، فهذا وصية لا تدبير إلا أن يريد به التدبير (ثم) إذا
وقع التدبير مستوفياً لشروطه التي ذكرناها فإنه يكون لازماً (لا يجوز له) أي للمدبر بكسر
الباء (بيعه) ولا هبته لوقوعه عقده لازماً وبيعه ذريعة لإرقاقه والشارع متشوف للحرية،
والدليل على حرمة بيعه وهبته قوله ﷺ: «لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من الثلث»
وإذا وقع بيعه فإنه يفسخ إلا أن يكون المشتري قد أعتقه فإنه يمضي بيعه وعتقه الواقع بعده
ويكون الولاء للمشتري، هذا هو المشهور، ولا يقال بشكل على حرمة البيع جواز المقاواة
إذا دبر أحد الشريكين حصته وفيها بيع المدبر، لأن جواز المقاواة مستثنى من حرمة بيع
المدبر مع احتمال صيرورته مدبر الجميع أيضاً. (تنبيه) محل حرمة بيع المدبر ما لم يتبين
دين على السيد تداينه قبل التدبير وليس عنده ما يجعله في الدين، وإلا جاز بيعه ولو في
حياة السيد، وأما الدين المتأخر عن التدبير فلا يباع فيه المدبر في حياة السيد ويباع فيه بعد
موته، قال الأجهوري:

ويسطل التدبير دين سبقا إن سيد حيا وإلا مطلقا

وإنما بطل التدبير بالدين المتأخر بعد موت السيد لما تقدم من أن المدبر لا يعتق إلا
من الثلث، ولما كان المدبر في حياة سيده على حكم الرقيق في خدمته وشهادته وعدم حد
قاذفه وعدم قتل قاتله الحر قال: (وله) أي سيد المدبر (خدمته) فيستخدمه أو يؤجره لأنه
على ملكه (إلى أن يموت فيعتق حينئذ) مات سيده ملباً من ثلثه (وله) أي سيد المدبر أيضاً
(انتزاع ماله) أي المدبر (ما لم يمرض) أي السيد مرضاً مخوفاً وإلا حرم عليه انتزاع ماله
لأنه حينئذ ينتزع لغيره، وهذا فيما استعاده من هبة أو صدقة أو وصية أو صداق إن كان
المدبر أنثى، وأما ما استفاده المدبر من عمل يده وخراجه أو أرش جنايته عليه فإنه يجوز
لسيده انتزاعه ولو مرض لأنه من أمواله. (تنبيه) مثل المدبر في عدم جواز انتزاع ماله أم
الولد، فلا يجوز لسيدها إذا مرض انتزاع مالها، والمعنى لأجل وقد قرب الأجل،
والمكاتب مطلقاً، والمعنى بعضه، والمأذون له في التجارة إذا صار مديناً. (و) كما يملك

أَنْ يَسْتَحْدِمَهَا وَلَهُ أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَهَا مَا لَمْ يَقْرُبِ الْأَجْلُ وَإِذَا مَاتَ فَالْمُدَبَّرُ مِنْ ثَلَاثِهِ وَالْمَعْتَقُ

السيد خدمة مدبرة في حياته يجوز (له وطؤها) أي النسمة المدبرة (إن كانت أمة) لأن المدبر على ملك سيده إلى الموت والعتق، وإذا حملت المدبرة من وطء سيدها صارت أم ولد تعتق من رأس المال، وإذا لم تحمل تعتق من الثلث.

(تنبيه) لم يتكلم المصنف على حكم رهن المدبر وكتابته والحكم جواز كتابته، لأن المحرم إنما هو إخراجه لغير حرية كييعه، وأما رهته فإن كان على أن يباع للغرماء في حياة السيد في الدين السابق على التدبير لا المتأخر فإنه يجوز، وأما على أن لا يباع إلا بعد موت السيد فإنه يجوز ولو في الدين المتأخر عن التدبير، ولما كانت المعتقة لأجل قد أشرفت على الحرية بخلال المدبرة قال: (ولا) يحل للسيد أن (يطأ) أمته (المعتقة إلى أجل) وهي التي قال لها سيدها: اخدمي وأنت حرة بعد سنة أو سنتين مثلاً، وإنما حرم وطؤها لاحتمال انقضاء الأجل قبل موته فتخرج حرة فيشبه وطؤه لها نكاح المتعة، وإن اقتحم السيد النهي ووطئها أدب ولا يحد ويلحق به الولد وتكون به أم ولد، ويعجل عتقها وقيل لا يعجل لبقاء أرض الجناية عليها له إن جرحت وقيمتها إن قتلت، ولا يجوز له وطؤها سواء عجل عتقها أو بقيت إلى أجلها. (و) كما لا يحل للسيد وطء المعتقة لأجل (لا يبيعها) ولا يتصدق بها لإشرافها على الحرية. (وله) أي سيد المعتقة لأجل (أن يستخدمها) لبقائها على ملكه حتى ينقضي الأجل. (وله) أي السيد (أن ينتزع مالها) الذي استفادته من هبة أو صدقة. (ما لم يقرب الأجل) بالشهر وما قاربه فيحرم عليه انتزاعه، وأما ما كان من خراجها وكسبها وأرض جناية عليها فله انتزاعه وإن قرب الأجل، وإنما أقحم الكلام على أحكام المعتقة لأجل من خلال أحكام المدبر لما بينهما من المناسبة في بعض الأحكام. ثم شرع في صفة إخراج المدبر وعتقه من الثلث وصفة عتق المعتق لأجل أيضاً بقوله: (وإذا مات) السيد (فالمدبر حر) إذا خرج (من ثلثه) بأن كان مال السيد كثيراً ولا دين يستغرق قيمته وإلا رجع رقيقاً، ولو كان الدين متأخراً عن التدبير، وشرط عتق المدبر أن لا يقتل سيده وإلا لم يعتق، قال خليل: وبطل التدبير ويقتل سيده عمداً وباستغراق الدين له وللمتركة وبغضه بمجاوزة الثلث، وصفة خروجه من الثلث أن يقوم مع ماله لأنه صفة من صفاته كطوله، والعبرة بيوم النظر لا بيوم موت السيد، فيقال كم يساوي على أن له من المال كذا فتارة يحمله الثلث فيعتق كله، كما إذا كان ماله مائة وقيمته مائة وترك السيد أربعمائة ويقر ماله بيده، وتارة يحمله الثلث بعضه فإن ذلك البعض يصير حراً ويرق باقيه ويترك ماله بيده ملكاً له ليس للسيد ولا لورثته فيه شيء لأنه مال مبعوض والمبعض لا ينتزع ماله، مثاله لو كانت قيمته مائة وماله مائة وترك سيده مائة فإنه يعتق نصفه ويترك ماله بيده لأن قيمته بماله مائتان وثلث السيد مائة وهي نصف المائتين اللتين هما قيمته بماله، قال خليل: وقوم بماله فإن لم يحمله الثلث إلا بعضه عتق وأقر ماله بيده.

إِلَى أَجَلٍ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ وَالْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ عَلَى مَا رَضِيَهُ الْعَبْدُ وَالسَّيِّدُ مِنَ الْمَالِ مُنْجَمًا قَلَّتِ النُّجُومُ أَوْ كَثُرَتْ فَإِنْ عَجَزَ رَجَعَ رَقِيقًا وَحَلَّ لَهُ مَا

(تنبيهان) الأول: أطلق المصنف في الثلث، فظاهره شمول ثلث المال المعلوم للسيد قبل موته والمجهول له وهو كذلك لكن بالنسبة للمدبر في الصحة، وأما المدبر في المرض فإنما يخرج من ثلث الذي علم به قبل موته لا ما كان مجهولاً له. الثاني: إنما قيدنا بيوم النظر للاحتراز عما لو ملك بعض ماله بعد الموت وقبل التنفيذ فإنما ينظر للباقي منه، وإذا كان المال الموجود عند السيد لا يحمل المدبر وله دين مؤجل على حاضر موسر فإنه يباع بالنقد، وإن قربت غيبته استوفى بقبضه ولا يبيع المدبر إن أراد الوارث بيعه، فإن حضر الغائب أو أيسر المعدم بعد بيعه عتق منه حيث كان، ولو كان الذي اشتراه قد أعتقه لأنه يرجع من عتق إلى عتق، بخلاف ما لو كان يرجع مدبراً فإنه لا ينقض عتقه. (و) إذا انقضى أجل (المعتق إلى أجل) فإنه يخرج حراً (من رأس المال) المملوك للسيد فليس كالمدبر، والفرق أن التدبير جار مجرى الوصية فلا يخرج إلا من الثلث، وأما العتق إلى أجل فهو لازم فلذا أخرج من رأس المال. ثم شرع في ثالث الأبواب المترجم لها وهو الكتابة وهي مشتقة إما من الأجل المضروب أو من الإلزام لقوله تعالى: ﴿إِلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ﴾ [الحجر: ٤] أي أجل مقدر، ولقوله تعالى: ﴿كَمَا كَتَبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٣] أي إلزامكم كالإلزام الذين من قبلكم، وعرفها ابن عرفة بقوله: عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه، فيخرج العتق على مال معجل، ويخرج العتق على مال مؤجل من أجنبي، ويخرج العتق على غير مال وهو العتق المبتل والعتق إلى أجل، وقوله: مؤجل أخرج به القطاعة وهي العتق على مال يدفعه العبد لسيدته ليعتقه سريعاً، وقوله: موقوف على أدائه لإخراج العتق الناجز على مال يدفعه العبد إلى سيده بعد أجل فإنه ليس من الكتابة بقوله: (والمكاتب) حكمه حكم (عبد ما بقي عليه شيء) من نجوم الكتابة، وبدأ بذلك قبل بيان حكم الكتابة لأنه كالدليل عليها لأنه إشارة إلى قوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابة درهم» وهذا من التشبيه البليغ، إلا أن المكاتب أحرز نفسه وماله فلا يحجز عليه في التصرفات المقتضية لتنمية المال، بخلاف أنواع التبرعات كالهبة والصدقة والعتق ونحوها مما فيه إضاعة للمال، وأشار إلى حكمها بقوله: (والكتابة) وهي عتق المكلف الرشيد عبده (جائز على ما رضى العبد والسيد من المال) حالة كونه (منجماً) أي مؤجلاً لأن التنجيم التأجيل بأن يقول السيد لعبده: تدفع إلى كل نجم بعد شهرين أو ثلاثة. (قلت النجوم أو كشرت) وظاهر كلام المصنف كالمدونة اشتراط التنجيم ففيها والكتابة عند الناس منجمة، والمراد بالناس الصحابة والتابعون، ولعل المصنف اعتمد على ظاهرها وعلى قول الجواهر، وشرط العوض أن يكون منجماً، قال الأستاذ أبو بكر: ظاهر قول مالك أن التنجيم شرط وهو خلاف المشهور كما في المقدمات لابن رشد أنها تجوز الفواكه اللدواني ج ٢ - ١٥٠

عند مالك حالة ومؤجلة فإن وقعت مسكوناً عنها أجلت، وأما لو شرط تعجيل المال لم تسم كتابة بل قطاعة لما تقدم في حدها من أنها العتق على معجل من العبد الخ.

(تنبيهات) الأول: ظاهر تعبير المصنف بالنجوم اشتراط تعددها وليس كذلك المعتمد كما قاله الأجهوي صحة جعلها نجماً واحداً. الثاني: قول المصنف جائزة هنا مما لا خلاف فيه دل على مشروعيتها الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور: ٣٣] وأما السنة فالحديث المتقدم، وأما الإجماع فقد نقله العلماء والمراد بالجواز النذب، قال خليل: نذب مكاتبة أهل تبرع ومحل النذب حيث كان العبد له قدرة على الكسب، وأما مكاتبة الصغير ومن لا مال له فجائزة من غير نذب بناء على جبر الرقيق على الكتابة، فإن قيل: قول الله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾ [النور: ٣٣] الخ يقتضي وجوبها، فالجواب أنه صرف الأمر عن الوجوب إلى النذب الرفق بالسادات، لأنه لو حمل على الوجوب لتسلطت العبيد على السادات فيضربهم.

الثالث: أركان الكتابة أربعة: السيد المكلف الرشيد، فلا تصح من صبي بناء على أنها عتق ولا من مجنون ولا من محجور، وأما الإسلام فلا يشترط على المشهور لأن مذهب المدونة صحة كتابة الكافر لعبد المسلم، وتباع عليه من مسلم ككتابة من أسلم بعد كتابته وصيغتها كل ما دل عليها: ككاتبك بكذا، أو أنت مكاتب، أو أنت معتق على كذا، أو بعتك نفسك بكذا، والعوض ويجب تأجيله وفقاً بالمكاتب، فإن وقعت من غير شرط التأجيل أجلت إلا أن يشترط تعجيله فتكون قطاعة لا كتابة وهي جائزة، ويجوز فيه الغرر كالآبق والشارد، وعلى عبد فلان غير الآبق كعلى جنين في بطن أمة المكاتب لا بخمر ولا خنزير ولا لؤلؤ لم يوصف، فإن وقعت بشيء من ذلك مضت ويرجع لكتابة المثل والركن الرابع المكاتب بفتح التاء وله شرطان: أحدهما أن يكون له قدرة على الكسب، وأما الصغير الذي لا مال له ولا قدرة له على الأداء ففيه خلاف بين ابن القاسم وأشهب، فعند ابن القاسم لا بأس بكتابته، وعند أشهب تمنع كتابته وتفسخ إلا أن تفوت بالأداء، والمعتمد الأول كما قدمنا، وثانيهما أن يكتب جميعه إن كان جميعه له فلا تصح كتابة بعضه، والمشترك لا بد من رضا الشريكين، وأما معتق البعض فيجوز كتابة بعضه، الرابع في قول المصنف: على ما رضيه العبد إشارة إلى أن العبد لا يجبر على الكتابة وهو مشهور المذهب، وصدر به خليل حيث قال: ولم يجبر العبد عليها وروي عن مالك ما يدل عليه وبنوا عليه كتابة الصغير والضعيف عن الكسب كما قدمنا، ونص ما روي عن مالك مما يدل على الجبر قولها: ومن كاتب عبده على نفسه وعلى عبد له غائب لزم العبد الغائب وإن كرهه لأن هذا يؤدي عنه، وسبب الخلاف كون الكتابة من باب البيع فلا يجبر عليها العبد أو من باب العتق فيجبر.

أَخَذَ مِنْهُ وَلَا يُعْجِزُهُ إِلَّا السُّلْطَانُ بَعْدَ التَّلُومِ إِذَا أَمْتَنَعَ مِنَ التَّعْجِيزِ وَكُلُّ ذَاتٍ رَجِمَ فَوَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا مِنْ مَكَاتِبَةٍ أَوْ مَدْبَرَةٍ أَوْ مُعْتَقَةٍ إِلَى أَجَلٍ أَوْ مَرْهُونَةٍ وَوَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ السَّيِّدِ

ولما كان المكاتب عبداً ما بقي عليه درهم ولا يخرج حراً إلا بأداء جميع النجوم قال: (فإن عجز) المكاتب عن شيء من النجوم وإن قل (رجع رقيقاً) إن كان قبل عقد الكتابة رقيقاً، وإن كان مدبراً رجح مدبراً، فلذا كان الأحسن أن يقول: رجح لما كان عليه قبل الكتابة، وكذا يرجع رقيقاً إذا غاب عند حلول الكتابة بغير إذن السيد، والحال أنه لا مال له ظاهر، وإنما يرجع رقيقاً بعد الرفع للحاكم وتلومه لمن يرجو يسره. (و) إن كان المكاتب قد دفع لسيدته شيئاً قبل عجزه (حل ما أخذه منه) لأنه مملوكه إلا أن يكون المال المدفوع من عند أجنبي لم يقصد به الصدقة وإلا لم يحل لسيدته، قال خليل: وإن أعانه جماعة فإن لم يقصدوا الصدقة بأن قصدوا فكاك رقبته أو لا قصد لهم رجوعاً بالفضلة على المكاتب إن خرج حراً وعلى السيد بما قبضه إن عجز، وأما إن قصدوا بما دفعوه الصدقة على المكاتب فلا يرجعون عليه بالفضلة إن أعتق ولا بما قبضه السيد إن عجز. (و) أما لو أراد السيد أن يعجز المكاتب فإنه (لا يعجزه إلا السلطان بعد) تلومه لمن يرجى يسره وانقضاء مدة (التلوم) وهذا كله فيما (إذا امتنع من التعجيز) مع سيده مع عدم ظهور مال له، وأما لو أطلع سيده على التعجيز ولم يظهر له مال فإن ذلك جائز ولا يتوقف على السلطان، وكذا في عكس كلام المصنف وهو ما إذا طلب العبد التعجيز وأبى السيد فإن له أن يعجز نفسه دون السلطان، فالصور ثلاث: صورتان لا يتوقف فيهما التعجيز على رفع للسلطان، وصورة يتوقف على الرفع له، وهذا تفصيل ابن رشد، والذي ارتضاه العلامة خليل في توضيحه وهو ظاهر المدونة لا بد من السلطان فيما إذا لم يتفقا على الفسخ، وقال في مختصره: وله تعجيز نفسه إن اتفقا ولم يظهر له مال فيرق ولو ظهر له، وقيد ذلك الأجهوري بما إذا لم يكن معه في الكتابة غيره كولده، وإلا فلا يجوز له تعجيز نفسه ويجبر على السعي صاغراً. (تنبيه) ما قدمناه من اشتراط التلوم في فسخ الحاكم حيث لم يكن مأيوساً من يسره كما يفهم من التقييد برجاء يسره، ولا فسخ كتابته من غير تلوم حيث لم يكن معه أحد، فكلام المصنف ليس على إطلاقه، ولما كان يتوهم أن ولد من فيها شائبة حرية ليس كهي، لأن العتق أو الكتابة إنما وقع في الأم دون ولدها قال: (وكل ذات) أي صاحبة (رحم فولدها) من غير سيدها (بمنزلتها) ثم بين ذات الرحم المذكورة بقوله: (من مكاتب أو مدبرة أو معتقة إلى أجل) أو مبعضة (أو مرهونة) وإنما يكون الولد بمنزلة أمه إذا وقع عقد الكتابة وما معه على الأم وهو في بطنها وأولى الحادث بعد العقد، وأما المنفصل عن أمه قبل عقد كتابتها أو قبل تدبيرها أو عتقها فلا يكون بمنزلتها، وقولنا من غير سيدها بأن كان من زوج أو زنا للاحتراز عن ابنها من سيدها فإنه حر إن كان سيدها حراً من غير خلاف إذ به اكتسبت الحرية، وإن كان سيدها رقيقاً فهو رقيق بمنزلتها في جواز بيعه

بِمَنْزِلَتِهَا وَمَالُ الْعَبْدِ لَهُ إِلَّا أَنْ يَنْتَزِعَهُ السَّيِّدُ فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ وَلَمْ يَسْتَنْ مَالَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهُ وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ مَكَاتِبَتِهِ وَمَا حَدَّثَ لِلْمَكَاتِبِ وَالْمَكَاتِبَةِ مِنْ وَلَدٍ دَخَلَ مَعَهُمَا فِي

واستخدامه كامه، واحترز بقوله من مكاتبة وما معها عن الموصي بعقها والمخدمة والمؤجرة فإن ولدتهن ليس كذلك، لأن ولد المخدمة والمؤجرة لا حق للمخدم بالفتح في خدمة الولد ولا للمؤجر أيضاً، أو أما الموصي بعقها ففي ولدها تفصيل بين ما تلده في حياة السيد لا يدخل معها والذي تلده بعد موته فيعتق معها، وأما الموصي بذاتها لشخص وهي حامل ومثلها الموهوبة والمتصدق بها فإنه يدخل معها إلا أن يستثنى سيدها فلا يدخل معها لصحة استثنائه في هذه المذكورات، بخلاف لو أعتقها أو باعها وهي حامل فيدخل معها ولا يصح استنائه.

(تنبيه) المأخوذ من بيان تلك الكلية بالمكاتبة وما معها تخصيص ذلك بالآدمية، وأما ذات الرحم غير الآدمية فتارة يكون ولدها بمنزلتها في الحكم الثابت لها كنتاج حمارة أو خنزيرة على صورة بهيمة الأنعام فإنه لا يؤكل إلحاقاً له بالأم، وتارة لا يكون بمنزلتها كنتاج ذات رحم من الأنعام من فحل وحشي فإنهم لم يوجبوا فيه زكاة ولم يجتزوا به في الضحية. (و) كذلك (ولد أم الولد من غير السيد) يجب أن يكون (بمنزلتها) اتفاقاً فيعتق من رأس المال في عدم جواز بيعه لا في الخدمة فإن له فيه كثير الخدمة، بخلاف أمه فإن له فيها فوق ما يلزم الزوجة ودون ما يلزم الفنة، وأما ولدها من سيدها الحر فهو حر من غير خلاف، وفهم من قوله: ولد أم الولد أن الكلام في الولد الذي حدث لها بعد ولادتها من سيدها، وأما من ولده من غير سيدها كزوج أو زان أو سيد رقيق قبل صيرورتها أم ولد فهو رقيق قطعاً، ولما كان العبد يملك عندنا بين غاية ملكه بقوله: (ومال العبد) القن (له) إلا أن ينتزعه السيد فيصير ملكاً ويحل له وطؤها إن كانت أمة ويخاطب بزكاته إن كان مما يزكى (فإن أعتقه) أي القن الذي للسيد انتزاع ماله (أو كاتبه و) الحال أنه (لم يستثن ماله فليس له) حينئذ (أن ينتزعه) لأن مال العبد يتبعه في العتق وإن كثر دون البيع فإنه لا يتبعه إلا بالشرط، والدليل على ما ذكره المصنف قوله ﷺ: «من أعتق عبداً وله مال تبعه ماله إلا أن يشترطه سيده» وحينئذ فليس للسيد انتزاع مال المكاتب، قال ابن الحاجب: ولا يباع مكاتب ولا ينتزع ماله، قال خليل في توضيحه: هذا مذهبننا، قال في المدونة: ولو رضي لأن الولاء قد ثبت لعاقد الكتابة، والولاء لا يجوز نقله ويحرم نزع ماله سواء الذي اكتسبه قبل الكتابة أو بعدها، وما قيل من جواز بيعه إذا رضي بالبيع اعتماداً على بيع بريرة فمحمول على حالة العجز، لأن بريرة رضيت ببيعها حتى ساومت نفسها لعدم قدرتها على الوفاء، وإذا وقع بيع المكاتب على الوجه الممنوع فإنه يفسخ إلا أن يفوت بعق المشتري ففي نقض عتقه خلاف. (تنبيه) ما ذكره المصنف من أن ما بيد العبد له مبني على أنه يملك لكن ملكه غير تام وقيل لا يملك، وبنوا على ملكه جواز وطئه لجاريته وعدم وجوب تزكيتها لما بيده

الْكِتَابَةِ وَعَتَقَ بِعْتَقِيهِمَا وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْجَمَاعَةِ وَلَا يَغْتَقُونَ إِلَّا بِأَدَاءِ الْجَمِيعِ وَلَيْسَ لِلْمُكَاتِبِ

لعدم كمال الملك، وبنوا على عدم الملك إذا اشترى من يعتق على سيده فإنه يعتق على سيده. (وليس له) أي السيد بمعنى يحرم عليه (وطء مكاتبته) سواء قلنا أن الكتابة بيع أو عتق لأنها أحرزت نفسها ومالها، فإن تعدى ووطئ أدب ولا حد عليه للشبهة، وإنما يؤدب إذا كان عالماً بحرمة الوطء لا إن كان جاهلاً أو غالطاً، قال خليل: وأدب إن وطئ بلا مهر وعليه نقص المكروهة وذلك فيما إذا كانت بكرأ لا إن كانت ثيباً، وإن حملت خيزرت في البقاء وأمومة الولد إلا لضعفاء معها أو أقوياء لم يرضوا وحط حصتها إن اختارت الأمومة، وإن اختارت البقاء على كتابتها فهي مستولدة ومكاتبه ونفقة حملها على سيدها كالمبتوتة، ثم إن أدت النجوم عتقت وإلا عتقت بموت سيدها من رأس المال. (و) كل (ما حدث للمكاتب) من أمته (و) أي أو (المكاتبه من ولد) بيان لما (دخل معهما في الكتابة) من غير توقف على شرط (وعتق بعتقهما) عطف على دخل الواقع خبيراً عن ما الواقعة مبتدأ، وأشعر قوله حدث أنه لم ينفصل عن ظهر أبيه إلا بعد عقد كتابته، ولم يخرج من بطن المكاتبه إلا بعد عقد الكتابة، لأن وجود الحمل في بطن الأمة بمنزلة ما في ظهر الذكر، وما انفصل من الظهر بمنزلة ما خرج من البطن، وأما الولد الذي انفصل عن ظهر المكاتب قبل عقد الكتابة وولد المكاتبه خرج من بطنها قبل عقد الكتابة فلا يدخل في الكتابة إلا بالشرط، وأما لو تنازع السيد مع المكاتب فقال السيد: انفصل عن ظهر أبيه قبل عقد الكتابة فيكون رقيقاً أبيه، وقال المكاتب: إنما انفصل مني بعد عقد الكتابة، فإنه ينظر إن وضعته أمه لأقل من ستة أشهر من يوم عقد الكتابة فالقول للسيد للقطع بأنه كان انفصل من ظهر أبيه قبل الكتابة، ولسته فأكثر فالقول للمكاتب، وإن أشكل لأمر فالقول للسيد، وهذا كله في ابن المكاتب من أمته، وأما ولده من زوجته فلا يدخل في الكتابة لأنه رقيق لسيد أمه إن كانت أمة، وإن كانت من حرة فهو حر تبعاً لأمه، ولا يقال: هذا مكرر مع قوله فيما سبق: وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها، لأننا نقول: المتقدم في كتابة الأم وحدها وما هنا في كتابتهما معاً.

(وتجوز كتابة الجماعة) من العبيد فالمصدر مضاف للمفعول والمعنى: أن المالك الواحد يجوز له مكاتبه جماعة مملوكة له من العبيد بمال واحد وعقد واحد، ويجب أن توزع على قدر قوتهم على الأداء يوم الكتابة، فلا توزع على حسب الرؤوس ولا على حسب قيم العبيد. (ولا يعتقون إلا بأداء الجميع) لأنهم حملاً في القدر المجعول عليهم. ولو من غير شرط، بخلاف حمالة الديون تتوقف على شرط، ووجه الفرق تشوف الشارع للحرية، وأشار خليل إلى هذه المسألة بقوله عاطفاً على الجائز: ومكاتبه جماعة لمالك فتوزع على قوتهم على الأداء يوم العقد وهم وإن زمن أحدهم حملاً مطلقاً فيؤخذ من المليء الجميع، ويرجع الدافع على المدفوع عنه إن لم يكن الدافع زوجاً ولم يكن المدفوع

عَتَقَ وَلَا إِتْلَافَ مَالِهِ حَتَّى يَغْتَبِقَ وَلَا يَتَزَوَّجَ وَلَا يُسَافِرُ السَّفَرَ الْبَعِيدَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ وَإِذَا

عنه ممن يعتق على الدافع، والمراد بالزمن الذي حدثت زمانته بعد العقد، لأن من كان زمناً يوم العقد لا توزع عليه، وظاهره ولو زالت زمانته بحيث صار يقدر على الأداء ولا يسقط عنهم شيء بموت واحد ولا بفقده ولا بأسره، بخلاف لو استحق أحدهم برق أو حرية فإنه يسقط نصيبه لتبين بطلان كتابته.

(تنبيه) ظاهر قول المصنف: ولا يعتقون إلا بأداء الجميع ولو رضي السيد وليس كذلك، بل يجوز للسيد أن يعتق بعضهم قبل الأداء بشرطين: أحدهما أن يرضى الباقيون بذلك، وثانيهما أن يكون لهم قوة على الأداء، فلو لم يكن لهم قدرة لم يجز وإن رضوا، بخلاف عتق الضعيف عن الكسب فإنه يجوز مع قوة الباقيين ولو لم يرضوا، قال خليل: وللسيد عتق قوي منهم إن رضي الجميع وقوا، فإن رد ثم عجزوا صح عتقه، وحيث جاز عتق من له قوة بشرطه فإنه يسقط عنهم قدر حصته. (تنبيه آخر) كلام المصنف في المالك الواحد، وأما الجماعة المشتركة في عبيد فأشار إليهم خليل بقوله: ومكاتبة شريكين بمال واحد لا أحدهما أو مالين أو متحد بعقدين فلا يجوز وتفسخ، وإنما تجوز إذا كاتبوهم على مال واحد متحد في القدر والصفة والأجل ويتفقان على أن الاقتضاء واحد والعقد واحد.

(تنبيه آخر) لو تعددت السادات ولكل واحد عبد من غير اشتراك وأرادوا أن يكاتبوهم صفقة واحدة على مال واحد فلا تجوز تلك الكتابة إن شرطوا حمالة بعضهم عن بعض لأدائه إلى أكل الشخص مال غيره على تقدير موت واحد أو عجزه، وأما حيث لا شرط فتجوز ويجعل على كل واحد ما ينويه من جملة الكتابة، فتلخص أن جماعة العبيد صورها ثلاثة وقد علمت أحكامها، ولما كان يتوهم من قولهم: المكاتب أحرز نفسه وماله أنه لا يحجر عليه في سائر التصرفات ولو غير المالية دفع هذا الإيهام بقوله: (وليس للمكاتب عتق) لرقيقه إلى عجزه إلا بإذن سيده فيصح ويكون الولاء للسيد، إلا أن يؤدي المكاتب ما عليه فيرجع له الولاء، وقال الأجهوري: الولاء له ابتداء لا للسيد، ثم قال: والحاصل أن الرقيق إذا أعتق رقيقه بإذن سيده أو بغير إذنه وأجازه بعد الوقوع فإن الولاء للمعتق إن كان السيد لا ينتزع ماله وإلا فالولاء للسيد، وأما إن أعتق بغير إذنه ولم يعلم سيده بعتقه حتى عتق أو علم وسكت فإن الولاء للمعتق لا للسيد، سواء كان للسيد انتزاع ماله أم لا. (ولا) يجوز له أيضاً (إتلاف ماله) وأخذ الأموال بنحو هبة أو صدقة إلا ما خف مما جرت به العادة من نحو درهم أو كسرة لسائل ويستمر المنع (حتى يعتق) فإنه يجوز له حينئذ العتق وغيره. (ولا) يجوز له أيضاً أن (يتزوج) إلا بإذن سيده ولو كان زواجه نظراً لأن زواج الرقيق عيب ولسيده رده وفسخه، ولا شيء لزوجه حيث لم يدخل بها، وبعد الدخول يترك لها ربع دينار ويرجع عليها بما زاد ولا تتبعه بالباقي إن عتق، وإنما يجوز للسيد إجازة نكاح المكاتب إذا لم يكن معه أحد، وإلا توقف على رضا من معه حيث كان كبيراً، وأما

مَاتَ وَلَهُ وَلَدٌ قَامَ مَقَامَهُ وَأَدَّى مِنْ مَالِهِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ حَالاً وَوَرِثَ مَنْ مَعَهُ مِنْ وَلَدِهِ مَا بَقِيَ

لو كان صغيراً لفسخ ولا يعتبر رضا الصغير، ومفهوم يتزوج أن التسري لا يمنع منه المكاتب بل يجوز له شراء السرية ولا كلام لسيدة لأن السرية تباع بخلاف الزوجة. (ولا) أي وكذا لا يجوز للمكاتب أن (يسافر السفر البعيد) الذي يحل فيه نجم قبل قدومه (بغير إذن سيده) راجع للتزوج والسفر كما قررنا، بخلاف القريب فإنه لا يحجر عليه فيه، ومحل منع السيد لمكاتبه من السفر البعيد إذ لم يكن معروفاً به وإلا فلا يمنعه لدخوله على ذلك، ومفهوم العتق وما معه أنه لا يمنع من التصرفات المالية ولذا قال العلامة خليل: وللمكاتب بلا إذن بيع واشتراء ومشاركة ومقارضة ومكاتبه، واستخلاف عاقد لأمته وإسلامها أو فداؤها إن جنت بالنظر وسفر لا يحل فيه نجم وإقرار في رقبته فصوله في ذمته، لأن الإقرار في الرقبة يشاركه فيه غيره وإسقاط شفيعته لا عتق وإن قريباً وهبة وصدقة وتزوج وإقرار بجناية خطأ وسفر بعد إلا بإذن، وإنما نص خليل على تلك الجزئيات جوازاً ومنعاً رفقاً بالمفتي، والضابط في ذلك أن تقول: وللمكاتب التصرف بغير تبرع، ولذا قال ابن الحاجب: وتصرف المكاتب كالححر إلا في التبرع لأنه مظنة لعجزه، ولما تقدم أن المكاتب لا يعتق إلا بأداء جميع نجوم الكتابة، فإن مات قبل الأداء مات رقيقاً، ذكر هنا أن محل هذا حيث لم يكن معه أحد في الكتابة بقوله: (وإذا مات) قبل الوفاء وعنده ما يوفي منه (وله ولد قام مقامه وأدى من ماله) أي الميت (ما بقي عليه) أي على ولده من الكتابة (حالاً) من الحلول لأن بموت الشخص يحل ما كان عليه مؤجلاً وتفسخ كتابته، قال خليل: وفسخت إن مات وإن عن مال إلا لولد أو غيره دخل معه بشرط أو غيره فتؤدى حالة، وحاصل المعنى: أن المكاتب إذا مات قبل وفاء نجوم الكتابة وقبل الحكم على السيد بقبضها أو قبل الإشهاد عليه بإتيانه بها ولم يقبلها في بلد لا حاكم بها فإنها تفسخ، ولو خلف مالاً يفي بها ويرثه سيده بالرق لموته قبل الحرية، إلا أن يكون معه في الكتابة ولد أو غيره فإن كتابته لا تفسخ، ولكن تحل بموته وتمتجلها للسيد من ماله ويعتق بذلك من معه في عقد الكتابة، فقول خليل: بشرط أو غيره يرجع للولد وللأجنبي معاً، أما دخول الولد بالشرط فبأن يكاتب عبده وللعبد أمة حامل وقت الكتابة فإن حملها لا يدخل إلا بالشرط كما في المدونة، وأما دخوله بغير شرط فبأن يفصل من ظهر أبيه بعد عقد كتابته، وأما دخول غير الولد بالشرط فواضح، وأما بمقتضى العقد فبأن يشتري المكاتب من يعتق عليه زمن كتابته، ففي المدونة: ولا ينبغي للمكاتب أن يشتري أباه أو ولده إلا بإذن سيده، فمن ابتاعه بإذن سيده ممن يعتق على الحر بالملك دخل معه في الكتابة، قال فيها: وصار كمن عقدت الكتابة عليه. (تنبيه) علم مما قررنا أن موضوع كلام المصنف أن المكاتب مات عن مال كثير يزيد على الوفاء وأنه لا مفهوم للولد، وقوله: أدى من ماله المراد وجب عليه الأداء لا أنه مخير فيه وإن قيل به. (و) إذا بقي شيء بعد الأداء (ورث من معه) في الكتابة (من)

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ وَفَاءً فَإِنَّ وَلَدَهُ يَسْعَوْنَ فِيهِ وَيُؤَدُّونَ نُجُوماً إِنْ كَانُوا كِبَاراً وَإِنْ كَانُوا صِغَاراً وَلَيْسَ فِي الْمَالِ قَدْرُ النُّجُومِ إِلَى بُلُوغِهِمُ السَّعْيِ رَقُوعاً وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ مَعَهُ فِي كِتَابَتِهِ

(ولده) أو من حكمه ومفعول ورث (ما بقي) من المتروك، قال العلامة خليل: وورثه من معه فقط ممن يعتق عليه من الأولاد والآباء والأخوة، والحاصل أنه لا يرثه إلا بشرطين: فلا يرثه من ليس معه ولو ممن يعتق عليه ولا من معه ممن لا يعتق عليه كزوجة كوتبت معه أو عم، وإنما لم يرثه من في كتابة أخرى من ورثته لأن شأن المتوارثين التساوي حال الموت، والتساوي هنا غير محقق لاحتمال أداء أصحاب أهل الكتابتين دون الأخرى، والإرث هنا على فرائض الله، ولذا لو كان في الكتابة ابن وأخ فالإرث للابن دون الأخ. (و) مفهوم الكلام السابق أنه (إن لم يكن في المال) المتروك عن المكاتب (وفاء) بما عليه (فإن ولده) ومن في حكمه (يسعون) أي يتحرون (فيه ويؤدون) ما بقي من الكتابة (نجوماً) أي على التنجيم مثل ما كان على الميت (إن كانوا كباراً) لهم قوة على السعي وأمانة على المال. (و) أما (إن كانوا صغاراً) ومن في حكمهم (و) الحال أنه (ليس في المال قدر النجوم) التي تحل (إلى بلوغهم السعي رقوا سريعاً) وأما لو كان فيه ما يفي بالنجوم التي تحل إلى بلوغهم القوة على السعي فإنهم لا يرقون.

(تنبيهات) الأول: المتبادر من قول المصنف: وإن لم يكن في المال وفاء الخ أن سعي أولاد المكاتب مشروط بوجود متروك وليس كذلك بل الشرط قدرتهم على السعي وإن لم يكن أبوهم ترك شيئاً، ويمكن أخذ ذلك من كلام المصنف لأن قوله: وإن لم يكن في المال وفاء بصدق بعدم المال أصلاً، لأن السالبة تصدق بنفي الموضوع، وعدم الوفاء يصدق بأن يترك مالا أصلاً أو ترك شيئاً قليلاً لا يفي. الثاني: ظاهر كلامه أيضاً أنه إذا لم يكن هناك من له قدرة على السعي من أولاده يرقون سريعاً ولو كان له أم ولد لها قوة على السعي وليس كذلك، ففي المدونة: وإن ترك شيئاً لكنه لا يفي بالكتابة يدفع لولده الذي له أمانة وقوة على السعي، وإن لم يكن له قوة أو لا أمانة له ولم يكن في المال ما يبلغهم السعي، فإن كان مع الولد أم ولد لها قوة وأمانة دفع لها إن رجي لها قوة على سعي بقية الكتابة، وإن لم يكن في أم الولد قوة بيعت وضم ثمنها إلى التركة فتؤدي النجوم إلى بلوغ السعي، وإن لم يكن من ذلك شيء رقوا كلهم. الثالث: علم مما قررنا به كلام المؤلف أنه لا مفهوم للولد، بل كل من كان مع الميت في الكتابة وله قدرة وأمانة يدفع له المال ويسعى، وإذا آل الأمر إلى بيع أم الولد هنا فقال مالك في المدونة: للولد بيع من فيه نجاحهم من أمهات الأولاد سواء كانت أمهم أو غيرها، وقال ابن القاسم: أرى أن لا يبيع أمه إذا كان في بيع سواها ما يعينه، ثم شرط في مفهوم قوله: ورثه من معه من ولده بقوله: (وإن لم يكن له) أي المكاتب (وله معه في الكتابة) ولا غيره ممن يرثه وترك مالا ولو كان

وَرِثُهُ سَيِّدُهُ وَمَنْ أَوْلَدَ أُمَّةً فَلَهُ أَنْ يَسْتَمْتَعَ مِنْهَا فِي حَيَاتِهِ وَتُعْتَقُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ

فيه الوفاء (ورثه سيده) المراد أخذه سيده ملكاً، قال ابن الحاجب: ولا يرث منه من ليس معه في الكتابة شيئاً ولو كان حراً، ولا أولاده المكاتبون في كتابة أخرى، لأن المكاتب عبد والعبد لا يرث ولا يورث، فإطلاق الإرث على أخذ السيد مال عبده مجاز.

(تتمة) تشتمل على مسألتين: إحداهما: لو أدى المكاتب نجوم الكتابة وخرج حراً ثم عرض للعرض استحقاق أو رد بعيب فإن العتق يستمر ويرجع السيد بمثل العرض الموصوف ولو مقوماً في الاستحقاق، والرد بالعيب وإن كان معيناً فيرجع بمثل المثلي ولو لم يكن له فيما دفع شبهة، وإن كان مقوماً يرجع بقيمته إن كان له مال أو له فيما دفع شبهة وإلا رجع بحاله قبل العتق. الثانية: القطاعة تخالف الكتابة في الحلول والتأجيل، فالكتابة المال فيها مؤجل، والقطاعة العتق على مال معجل ولها صورتان: إحداهما أن يعتق عبده ابتداء على مال يعجله العبد له، الثانية: أن يكتبه ابتداء على مال مؤجل ثم يفسخه في شيء يعجله له وحكمها في توقف العتق على أداء المال كالكتابة. ولما فرغ من الكلام على الكتابة شرع في الكلام على أم الولد، والأم في اللغة أصل الشيء وتجمع على أمات، وأصل أم أمية ولذلك تجمع على أمهات، وقيل الأمات للنعم والأمهات للناس، وأم الولد في اللغة كل من لها ولد، وهي في استعمال الفقهاء خاصة بالأمة التي ولدت من سيدها ولذلك قال ابن عرفة: هي الحر حملها من وطء مالكةا عليه جبراً، فتخرج الأمة التي أعتق سيدها حملها من غيره، والأمة المملوكة لأبي زوجها فإن حملها إنما جاءت حرته من عتقه على جده، وهاتان الصورتان خرجتا بقوله: من وطء مالكةا، وخرج بقوله عليه جبراً ما إذا أعتق السيد حمل أمة عبده فإن الحد يصدق عليها، لأنها حر حملها من وطء مالكةا، لكن ليس العتق يجبر عليه المالك وهذا بناء على ملك العبد، ولي في دخول هذا في الحد بحث لا يكفي، إذ بعد فرض الحرية من وطء المالك لا تدخل هذه الصورة فقال: (ومن أولد) من الأحرار (أمة) مملوكة له (فله أن يستمتع منها في حياته) وحياتها بسائر أنواع الاستمتاع التي تجوز في الزوجة المشار إليها بقول خليل: وحل لهما حتى نظر الفرج إلى أن قال كالمملك وتمتع بغير دبر، وإنما جاز له ذلك لبقاء الملك عليها وله أخذ قيمتها ممن قتلها وانتزاع مالها ما لم يمرض.

(و) يجب لها أن (تعنتق عليه من رأس ماله بعد وفاته) وتقدم على الحقوق المتعلقة بالأعيان ولو كانت وفاة سيدها بقتلها له عمداً عدواناً بخلاف المدبر، ولعل الفرق لإشرافها على الحرية دون المدبر، ألا ترى أن عتقها لا يرده الدين ولو كان سابقاً وتعنتق من رأس المال لا من الثلث بخلاف المدبر فيهما، ومحل عتقها على سيدها كونه حراً وغير محجور عليه للغرماء حين الوطاء الذي منه الولادة، فإن وطء المفلس أمته الموقوفة للبيع فحملت من ذلك الوطاء لم يمنع بيعها، فقول خليل: ولا يردها دين سبق فيمن استولدها قبل

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلَا لَهَ عَلَيْهَا خِدْمَةٌ وَلَا غَلَّةٌ وَلَا ذَلِكَ فِي وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أُمِّهِ فِي الْعِتْقِ يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا وَكُلُّ مَا أَسْقَطْنَهُ مِمَّا يُعْلَمُ أَنَّهُ وُلِدَ فِيهَا بِهَ أُمٌّ وَلَدٌ وَلَا يَنْفَعُهُ الْعَزْلُ

التفليس، وهذا الذي ذكره المصنف مما لا نزاع فيه عند مالك وجميع الفقهاء ولا يتوقف عتقها على حكم حاكم، والدليل على وجوب عتقها وحرمة بيعها وجواز الاستمتاع بها ما في ابن ماجه والدارقطني من حديث ابن عباس قال: «لما ولدت مارية إبراهيم قال رسول الله ﷺ: أعتقها ولدها» وفي الموطأ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «أيا وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا مات فهي حرة». (ولا يجوز) لمستولدها (بيعها) ولو كان عليه دين استدانه قبل استيلادها ولا هبتها ولا التصديق بها، فإن وقع شيء من ذلك فسخ ولو أعتقها مشتريها ويرد عتقها وترجع لسيدها، ويرجع المشتري بالثمن على البائع ولو بعد موتها لأن المصيبة منه لأن الملك فيها لم ينتقل، ومحل رد عتق المشتري لها ما لم يكن المشتري اشتراها على أنها حرة بمجرد الشراء أو على شرط العتق وأعتقها، وإلا لم يرد عتق المشتري سواء علم أنها أم ولد أم لا، ويستحق بائعها ثمنها ويكون الولاء له، وأما إن باعها على أن يعتقها المشتري فهذه ترد ما لم تفت بالعتق فيمضي والولاء للبائع، لأن المبتاع لما علم أنها أم ولد لها العتق فكأنه فكك منه لها بالثمن، وأما إن لم يعلم المشتري بأنها أم ولد لرجع بالثمن، وإذن فسخ بيعها فيما يفسخ فيه فظاهر المذهب أنه لا رجوع على البائع بشيء مما أنفقه المشتري ولا له شيء من قيمة خدمتها، هكذا قيل ولي فيه وقفة في عدم الرجوع بالنفقة مع بقاء ملك بائعها وعدم انتقال ضمانها بقبضها ورجوع المشتري شراء فاسداً في غير هذه المسألة.

(ولا) يجوز له أن يجعل (له عليها خدمة) كثيرة بغير رضاها، وأما ما خف وهو ما نقص عما يلزم الأمة وفوق ما يلزم الحرة فيستحقه عليها ولذلك يلزمه نفقتها. (ولا) يجوز له أن يجعل له عليها (غلة) وظاهره ولو كانت قليلة، والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة يستعملها بنفسه من الطحن وغيره، والغلة بأن يؤجرها لغيره فإن أجزها بغير رضاها فسخت ولها أجرة مثلها على من استعملها، ولذا قال عياض: لأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه، وحكم العبيد في أربعة أوجه، فأما الستة فلا خلاف عندنا أنهم لا يبعن في دين ولا غيره ولا يرهن ولا يوهبن ولا يؤجرن ولا يسلمن في جنابة ولا يستسعين، وأما الأربعة فانتزاع أموالهن ما لم يمرض السيد وإجبارهن على النكاح على قول واستخدامهن لكن في خفيف الخدمة فيما لا يلزم الحرة والاستمتاع بهن وله أرش الجنابة عليهن، وزيد على ذلك عدم شهادتهن وحدهن نصف حد الحرة وعدم إرثهن وعدم القسم لهن في المييت. ثم شرع فيما يتعلق بأولادها الحاصلين منها بعد استيلائها بقوله: (وله ذلك) المذكور من خدمة وغلة (في ولدها من غيره) الحاصل لها بعد حملها من سيدها. (وهو) أي ولد أم الولد من غير سيدها (بمنزلة أمه في العتق) فيجب أن (يعتق بعقها) بعد موت سيدها، والحاصل أن ولدها

إِذَا أَنْكَرَ وَلَدَهَا وَأَقْرَبَ بِالْوَطْءِ فَإِنَّ أَدْعَى اسْتِبْرَاءٍ لَمْ يَطَأْ بَعْدَهُ لَمْ يَلْحَقْ بِهِ مَا جَاءَ مِنْ وَلَدٍ

على ثلاثة أحوال: إن كان من سيدها الحر فهو حر بلا خلاف، وإن كان من غير سيدها ولدته قبل الاستيلاء فهو رقيق بلا خلاف، وإن كان من غير سيدها وبعد استيلائها فيعتق بعثتها من رأس المال وهو كلام المصنف، وهذا كله إذا مات سيدها في حياتها، فإن ماتت أمهم قبل موت سيدها لم يعتق أولادها حتى يموت سيدهم. ثم شرع في بيان ما تكون به أم ولد بقوله: (وكل ما أسقطته) الأمة بعد اعتراف سيدها بوطئها وعدم استبرائها (مما يعلم) بشهادة العارفات من النساء (أنه ولد) كمضغة أو علقة وهي الدم المجتمع الذي لا يذوب بصب الماء الحار عليه (فهو به) أي بما أسقطته (أم ولد) عند ابن القاسم كما تنقضي به العدة وتجب به الغرة، فالثلاثة في الحكم سواء على مشهور المذهب، وقولنا: بعد اعتراف سيدها الخ إشارة إلى أنها لا تكون أم ولد إلا بشرطين: أحدهما إقرار السيد بوطئها مع الإنزال ولو قال إقراره في حال مرضه، والثاني أن تثبت ولادتها أو سقطها ولو بشهادة امرأتين حيث كان الولد معدوماً، وأما لو أتت به وقالت هذا الولد منك مع اعترافه بوطئها وإنزاله فإنها تكون به أم ولد ولو لم يحصل شهادة على الولادة، والحاصل أن البينة إنما تشتط عند عدم حضور الولد، ومفهوم الشرط الأول أنه لو أنكر السيد الوطء ولم تشهد عليه بينة بالإقرار بوطئها وأتت بولد فإنه لا يلحق به ولا يلزمه يمين أنه لم يطأ، كما لا يلزمه يمين أنه كان استبرأها بحيضة ونفى ما ولدته لسته فأكثر من يوم استبرائها، ولا يلحق به لانتفائه عنه بمجرد نفيه من غير توقف على لعان، وأما لو أتت به لأقل من أقل أمد الحل من يوم الاستبراء فإنها تكون به أم الولد لاعترافه بوطئها قبل الاستبراء، والحامل عندنا تحيض.

(فرع) من مات من غير اعتراف بالوطء ووجدت أمته حاملاً فإنها لا تعتق لعدم ثبوت أمومة الولد لاحتمال كونه من زنى أو شبهة والله أعلم. (و) إذا أتت أمة السيد بولد (لا ينفعه) دعوى (العزل) عنها وهو الإنزال خارج الفرج (إذا أنكرها ولدها) وقال ليس مني (و) الحال أنه كان قد (أقر بالوطء) لأن الماء يسبق من غير شعوره به، قال خليل: ولا يدفعه عزل أو وطء بدبر أو فخذين إن اعترف بالإنزال، وينبغي أن يكون مثل الإنزال عند وطئها إنزاله عند غيرها أو من احتلام ولم يبيل حتى وطئها ولم ينزل، بخلاف لو قال: كنت أظاً من غير إنزال فإنه لا يلزمه الولد، وهذا حكم من أقر بوطء أمته ولم يدع استبراءها (فإن ادعى استبراء) بحيضة والحال أنه لم يطأ بعده ومضى له ستة أشهر فأكثر (لم يلحق به ما جاء من ولد) على المشهور ولا يمين عليه ولما فرغ من الكلام على أحكام أم الولد شرع في العتق الناجز وهو من جملة المترجم له، وحقيقته اللغوية الخلوص والكرم والحرية لخلووص الرقبة من الرق، ولذا سمي البيت بالعتيق لخلووصه من أيدي الجابرة ومن الغرق والظوفان، وحقيقته الشرعية كما قال ابن عرفة رفع ملك حقيقي لا بسبب محرم على آدمي

وَلَا يَجُوزُ عِتْقُ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنَ بِمَالِهِ وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ أَسْتَتَمَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِ

حي حتى خرج بآدمي حيوان غير آدمي، ويقوله حي رفعه عنه بموته، وأخرج بقوله ملك رفع غيره كرفع الحكم بالنسخ ووصفه بقوله حقيقي ليخرج به استحقاق العبد بحرية، لأن المستحق من يده بحرية لم يكن ملكاً حقيقة، وقوله لا بسبأ محرم عطف على مقدر أي بغير سبأ لا بسبأ ليخرج به فداء المسلم من حربي سبأ، وقوله عن آدمي متعلق بقوله رفع، وحكم العتق من هو مندوب إليه دل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرَ رَقِيَّةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وأما السنة فمنها ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل أرب منها أرباً منه من النار» وفي رواية: «أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه». وفي الصحيحين أيضاً من حديث أبي ذر رضي الله عنه قال: «قلت يا رسول الله أي الأعمال أفضل؟ قال: إيمان بالله والجهاد في سبيل الله قال قلت: أي الرقاب أفضل؟ قال: أنفسها عند أهلها وأكثرها ثمناً» وأما الإجماع فقد قال في الذخيرة: وأجمعت الأمة على أنه قربة وهو من أعظم القرب لأن الله جعله كفارة للقتل، وصلة الرحم أفضل منه لما في مسلم: «قال رسول الله ﷺ لامرأة أعتقت رقبة: لو كنت أخدمتها أقاربك لكان أعظم لأجرك» اللخمي، وظاهر حديث أبي هريرة يقتضي أنه إذا أعتق ناقص عضو لا يحجب النار عن العضو الذي يقابله منه وهو ممكن لأن الألم يخلقه الله تعالى في أي عضو شاء كما جاء في الصحيح: «أن الله تعالى حرم النار أن تأكل موضع السجود» وعتق الذكر أفضل ثم أعلى الرقاب ثمناً وأنفسها عند أهلها وإن كان الأعلى ثمناً كافرأ فضله مالك وخالفه أصبغ ونسبه ابن بزيمة للججمهور، قال في التوضيح: قيل وهو الأقرب وأن الذي يظهر أن السيد لا يعتق من النار إلا بعتق عبيدين نصرانيين، فإنه لما كانت دية الحر المسلم كان كالمراة، أما إن تساويا فالمسلم أفضل بلا خلاف، قال في الذخيرة: وإذا كانا مسلمين كالدين أفضل وإن كان أقلهما ثمناً، وفي المقدمات: إنما يكون الأعلى ثمناً أفضل عند استوائهما في الكفر والإسلام وله ثلاثة أركان: المعتق وشرطه التكليف والرشد وعدم إحاطة الديون بماله فقال مشيراً إلى هذا الشرط. (ولا يجوز عتق من أحاطت الديون بماله) كما لا تجوز هبته ولا صدقته ولو بعد أجل تلك الديون إلا بإذن الغرماء إلا ما جرت به العادة، كنفقة الآباء والأبناء وكسوتهم، وكالأضحية ونفقة العيدين من غير سرف، وله أن يحج حجة الفرض لكن على قول مرجوح، قال خليل: إنما يصح إعتاق مكلف رشيد بلا حجر وبلا إحاطة دين، ويدخل في المكلف السكران على المشهور فيصح عتقه ويلزم كما يلزم طلاقه، ويدخل فيه الزوجة والمريض في الثلث، فلا يصح عتق صبي ولا مجنون ولا مولى عليه، وأما عتق من أحاطت الديون بماله فللغرماء رده إلا أن يعلم ويسكت بحيث يعد راضياً، أو يطول زمان العتق بحيث يشتهر بالحرية، ويرث الوارثات وتقبل شهادته ولو

لم يثبت علمه، أو إلا أن يستفيد ما يوفي منه الدين فينفذ ولا يرد، كما ينفذ عتق الزوجة والمريض من الثلث، وأما عتقهما ما يزيد قيمته على الثلث فلورثة المريض وللزوج الرد والإجازة. والثاني من الأركان: المعتق بفتح التاء وشرطه أو لا يتعلق به حق لازم ولو فيه شائبة حرية، فيدخل فيه المدبر والمعتق إلى أجل، وأم الولد والمبعض والمكاتب يصح تنجيز عتق الجميع، وأما ما تعلق به حق لازم كالمرهون والمستأجر والعبد الجاني فإن عتقهم موقوف على إجازة من له الحق. والثالث من الأركان: الصبيغة وهي صريحة وكناية، فالصريح كل ما فيه لفظ العتق أو التحرير أو الفك أو لا ملك أو لا سبيل لي عليك، فإذا قال: أعتقت أو فككت أو حررت رقبتك أو أنت حر فإنه لا ينصرف إلا للعتق ولا ينصرف عنه لغيره ولو نوى صرفه إلا لقرينة كمدح أو خلف أو دفع مكس، ففي المدونة: ومن عجب من عمل عبده أو خالفه عند أمره بشيء فقال ما أنت إلا حر فلا شيء عليه في الفتوى ولا في القضاء ولو قامت عليه بينة بذلك، وفيها أيضاً: ولو مر على عشار فقال هو حر عند طلب المكس ولم يرد بذلك الحرية فلا يعتق عليه. وأما الكناية فهي على قسمين ظاهرة وخفية، فالظاهرة ما لا ينصرف عنه إلا بنية صرفه كوهبت لك نفسك وملكتك نفسك، والخفية ما لا ينصرف إليه إلا بالنية كذهب واغرب واسقني الماء مما لا دلالة له على العتق، وإنما ترك المصنف التعرض لذلك روماً للاختصار.

(تنبيه) ظاهر كلام المصنف لزوم عتق من لم يحط الدين بماله من المكلفين ولو كافراً وهو كذلك، حيث كان العبد مسلماً قبل العتق أو أسلم العبد أو سيده بعد العتق ففي الثلاث يلزم العتق ولو لم يبين العبد عن سيده، وأما لو أعتقه في حال كفرهما ولم يحصل إسلام منهما فلا يلزمه عتقه إلا إذا بان عنه العبد. ولما فرغ من العتق المقصود شرع في العتق بالسراية بقوله: (ومن أعتق بعض عبده استتم عليه) أي بحكم حاكم على المشهور الذي اقتصر عليه العلامة خليل حيث قال: وبالحكم معه جميعه إن أعتق جزءاً والباقي له، والمعنى: أن من أعتق جزءاً ولو يداً أو رجلاً من عبده الذي يملك جميعه فإن الباقي يعتق عليه بالحكم سواء كان موسراً أو معسراً، وقوله بعض عبده يشمل القن المحض والمدبر والمعتق إلى أجل وأم الولد والمكاتب لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وإنما يلزم ذلك إذا كان المعتق مسلماً مكلفاً رشيداً لا دين عليه يرد العبد أو بعضه، وأما لو أعتق الكافر عبده الكافر فله الرجوع فيه إلا أن يسلم أحدهما أو يبين العبد عن سيده. (تنبيه) فهم مما قررنا أن المراد بالبعض ما يشمل نحو اليد أو الرجل وأنه يتوقف على حكم حاكم، ويشترط في ذلك البعض الاتصال بالعبد، واختلف إذا أعتق نحو الشعر والكلام والرقيق على قولين مبنين على طلاق الزوجة بذلك وعدمه، هذا حكم عتق بعض عبد يملك جميعه، وأما لو أعتق حصته من العبد المشترك بينه وبين غيره فأشار إليه بقوله: (وإن كان) العبد المعتق

مَعَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ يَقَامُ عَلَيْهِ وَعَتَقَ فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ
بَقِيَ سَهْمُ الشَّرِيكِ رَقِيقًا وَمَنْ مَثَلَ بِعَبْدِهِ مُثْلَةً بَيِّنَةً مِنْ قَطْعِ جَارِحَةٍ وَنَحْوِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ وَمَنْ

بعضه (لغيره) أي غير المعتق (معه فيه شركة قوم عليه) أي على الذي أعتق حصته (نصيب شريكه بقيمته) وتعتبر (يوم يقام عليه وعتق) عليه حيثئذ جميعه والمعنى بإيضاح: أن من أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه تقوم عليه حصة شريكه بشروط ستة، أحدها: أن يدفع القيمة بالفعل لشريكه يوم الحكم بالعتق ثانيها: أن يكون المعتق مسلماً أو العبد فلو كان العبد والشريكان كفرة فلا تفويم، وكذا لو كان المعتق ذمياً والعبد كذلك وغير المعتق مسلماً. ثالثها: أن يعتق الشريك باختياره لا إن ورث جزءاً من أبيه فلا تقوم عليه حصة شريكه. رابعها: أن يكون المعتق هو الذي ابتداء العتق لأنه الذي أهد الرقبة، وأما لو كان العبد حر البعض قبل العتق فلا تقوم عليه حصة شريكه كما لو كان العبد مشتركاً بين ثلاثة أملياء وأعتق أحدهم نصيبه ابتداءً وتبعه الثاني بإعتاق حصته وامتنع الثالث من العتق، فإن حصته تقوم على الأول إلا أن يرضى الثاني بتفويمها عليه، فلو كان المبتدئ للعنت معسراً لم تقوم حصة الثالث على الثاني إلا برضاه، وأما لو أعتقا معاً أو مترتباً وجهل الأول قومت حصة الثالث عليهما إن أيسر وإلا فعلى الموسر منهما. خامسها: أن يكون المعتق لحصته موسراً بقيمة الشريك، فإن أيسر ببعضها عتق منها بقدر ما هو موسر به، والمعسر به لا تقوم عليه ولو رضي شريكه باتباع ذمته. وسادسها: أن تكون تلك القيمة التي يشترط يسره بها أو ببعضها زائدة على ما يترك للمفلس وإلى هذا الإشارة بقوله: (فإن لم يوجد له) أي للمبتدئ العتق (مال) زيادة على ما يترك للمفلس (بقي سهم الشريك) الذي لم يعتق (رقيقاً) ولا يقوم على المعتق ولو رضي شريكه باتباعه، والشروط التي قدمناها ملخص كلام خليل.

(تنبيه) إنما يقوم المعتوق بالسراية على من ابتداء العتق بماله، قال خليل: وقوم كاملاً بماله بعد امتناع شريكه من العتق ونقض له بيع منه وتأجيل الثاني أو تدبيره ولا ينتقل بعد اختياره أحدهما. ثم شرع في العتق بالمثلية بقوله: (ومن مثل) بشد المثلثة (بعبد) المراد برقيقه ولو بشأبة حرية أو برقيق رقيقه أو رقيق ولده الصغير أو السفية (مثل) مفعول مطلق وهو بضم الميم وسكون المثلثة أي عقوبة ووصلها بقوله: (بينة) أي ظاهرة وبينها بقوله: (من قطع جارحة) كيد أو أنملة أو فقاء عين (ونحوه) أي القطع كوسم وجهه بالنار أو فقاء عينه قاصداً تعيبه (عتق عليه) هذا جواب من الشرطية ويتوقف العتق على حكم حاكم، قال خليل: وبالحكم إن عمد لشين برقيقه أو رقيق رقيقه أو لولد صغير غير سفية وعبد ذمي بمثلة أي وغير ذمي بمثله وغير زوجة ومريض في زائد الثلث وغير مدين، وأمثلة الشين الموجبة للعتق كقطع ظفر وقطع بعض أذن أو جسد أو سن أو سحطها أو خرم أنف أو حلق شعر أمة رفيعة أو لحية تاجر أو رسم وجه بنار لا غيره، وفي رسم وجهه بغير النار قولان

مَلَكَ أَبَوَيْهِ أَوْ أَحَدًا مِنْ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ بَنَاتِهِ أَوْ جَدَّهُ أَوْ جَدَّتَهُ أَوْ أَخَاهُ لِأُمِّ أَوْ لَأَبِّ أَوْ لِهَمَّا جَمِيعاً عَتَقَ عَلَيْهِ وَمَنْ أَعْتَقَ حَامِلاً كَانَ جَنِينُهَا حُرّاً مَعَهَا وَلَا يُعْتَقُ فِي

ولكن المعتمد كما قال الأجهوري: أن حلق شعر الأمة أو لحية التاجر لا يكون مثله لسرعة عودهما، كما أن المعتمد أن الوسم بالنار مثله ولو في غير الوجه.

(تنبيهات) الأول: علم مما ذكرنا أن شرط العتق أن يقع التمثيل عمداً بقصد الشين، ويكفي في الدلالة على قصدتها قرائن الأحوال، والقول للسيد في نفي العمد وهل يتبعه ماله أم لا قولان، اقتصر الأقفهسي على أنه يتبعه لما تقرر أن مال العبد يتبعه في العتق لا في البيع إلا بالشرط من المشتري. الثاني: علم مما ذكرنا عن خليل أنه يعتبر الممثل كونه مكلفاً رشيداً حراً ويعتبر إسلامه أو إسلام العبد، فلا عتق على ذمي مثل بعبده الذمي، وأن لا يكون مريضاً أو زوجة مثلاً بما تزيد قيمته على الثلث ولا مديناً. الثالث: الدليل على العتق بالمثلة ما رواه ابن وهب: «أنه كان لزنايع عبد يسمى سندرا أو ابن سندرا فوجده يقبل جارية له فجبه وقطع أنفه وأذنيه فأتى إلى رسول الله ﷺ فقال: لا تحملوهم ما لا يطيقون، وأطعموهم مما تأكلون، واكسوهم مما تلبسون، وما كرهتم فبيعوا، وما رضيتم فأمسكوا، ولا تعذبوا خلق الله. ثم قال رسول الله ﷺ: من مثل بنار أو حرق بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله، فأعتقه رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أوصني، فقال: أوصي بك كل مسلم» ومعنى مولى الله ورسوله أن العتق كان بسببهما لا أن الولاء للمسلمين. وخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه قال: «جاء مستصرخ إلى النبي ﷺ فقال: ويحك مالك؟ فقال سندرا: أبصر لسيدة جارية فغار فجب مذاكيره، فقال رسول الله ﷺ: علي بالرجل، فطلب فلم يقدر عليه، فقال رسول الله ﷺ: اذهب فأنت حر، فقال: يا رسول الله على من نصرتي؟ فقال: على كل مؤمن أو على كل مسلم». الرابع: قال العلامة ابن ناجي: يمكن أن يقوم من كلام المؤلف أن الزوج إذا مثل بزوجه طلقت عليه وهو لمالك في العتبية، وفي المبسوط: طلقة بائنة، ابن رشد: مثله الزوج بزوجه ويبيعه لها وإنكاحه إياها واحد في المعنى، قال الأجهوري: والمذهب أن من مثل بزوجه لا نطلق عليه بخلاف بيعها وتزويجها. ولما فرغ من الكلام على العتق الناجز والتدبير والكتابة والعتق بالسراية وبالمثلة ذكر العتق بسبب القرابة فقال: (ومن شرطية وشرطها (ملك أبويه) نسباً وإن علياً (أو) ملك (أحداً من ولده أو ولد ولده أو ولد بناته) وإن سلفوا (أو جده أو جدته) ولو من جهة أمه (أو) ملك (أخاه) أو أخته (لأم أو لأب أو لهما جميعاً عتق) كل (عليه) فقوله عتق جواب الشرط، وعتقه بمجرد دخوله في ملكه ولا يتوقف على حكم، قال خليل: وعتق بنفس الملك الأبوان وإن علوا، والولد وإن سفل، والإخوة والأخوات ولو لأم، والمعنى: أن الشخص إذا ملك أصله وإن علا أو فرعه وإن سفل أو حاشيته القريبة فإنه يعتق عليه بمجرد الملك، ومحل العتق حيث كان المالك

والمملوك مسلمين، وكذا إن كان أحدهما مسلماً ولا بد أن يكون المالك رشيداً، ولا فرق في الملك بين أن يكون بالبيع الصحيح البت اللازم، أو بالهبة أو الصدقة إن علم المعطي بالكسر أو قبل المعطي بالفتح والولاء للمعطي بالفتح، ولا فرق مع علم المعطي بالكسر بين أن يكون المعطي بالفتح دين أم لا، والضابط أنه أعتق لعلم المعطي لعدم قبول المعطي بالفتح لا يباع في دين ولا غيره، وأما إن عتق لقبول الموهوب له فإن كان له عليه دين فإنه يباع فيه، وحيث لا قبول فلا يباع ولو كان عليه دين، وأما المملوك بالإرث أو الشراء فمحل عتقه حيث لا دين وإلا يبيع فيه، قال خليل: لا يارث أو شراء وعليه دين فيبيع، وقولنا: حيث كانا مسلمين أو أحدهما احترازاً عما لو كانا كافرين فلا تعرض لهما، وقولنا: البيع الصحيح ومثله الفاسد إذا فات لا إن لم يفت، أو كان على خيار ولم تنقض أيام الخيار فلا عتق، وقولنا: نسباً للاحتراز عن ملك أبوي الرضاع أو أولاد الرضاع أو الإخوة منه فلا عتق على المشهور.

ولما فرغ من العتق بالقصد والعتق بالسراية والعتق بالمثلثة والعتق بمجرد الملك، شرع في مسألة العتق بالتبعية فقال: (ومن أعتق) أمته حالة كونها (حاملًا) من غيره كزوجها أو زنى (كان جنينها حرًا معها) ولا يصح استثناءه، لأن كل ولد حدث من غير ملك يمين فإنه تابع لأمه في الحرية والرقية، لأنه لا يوجد في الأصول حرة حامل برقيق إلا على جهة الندور، وإنما توجد أمة حامل بحر، ولأن الحرية مسته وهو في بطنها وهو كعضو من أعضائها فوجب أن يعتق بعتقها، وإنما قلنا على جهة الندور لما قاله العلامة خليل في توضيحه: قد وجدت حرة حامل بعبد وصورتها: أن يكون عبد وطىء جاريته فحملت منه وأعتقها ولم يعلم سيده بعتقه حتى أعتقه ولم يستثن ماله فعتق الأمة ماض وقاصر عليها وتصير حرة والولد في بطنها رقيق لسيد أبيه، ولما نقل هذه المسألة ابن ناجي في درس شيخه أبي مهدي قال: هذا هو المذهب ويحمل على أنها وضعت قبل عتق السيد العبد، وأما لو كان في بطن أمه حين العتق لتبع أمه.

(تنبيهات) الأول: قد علمت أنه لا يصح استثناء الجنين عند عتق الأم لأنه كجزء منها، ومثل العتق ببيع الأم أو رهنها بخلاف هبتها أو التصديق أو الإيضاء بها فإنه يصح استثناءه ويستمر رقيقاً للواهب، وما تقدم من عتق الجنين بعتق أمه ظاهر عند اتحاد المالك، وأما لو اختلف بأن وهبت الأم لشخص واستثنى الواهب ولدها الذي في بطنها وأعتقها الموهوب له فقيل: يدخل جنينها في العتق ويصير حرًا بمجرد عتقها، وقيل: إنما يخرج حرًا بعد الوضع وعلى معتق الأم قيمته في الصورتين، وقيل: لا يعتق بعتقها وبعد انفصاله يأخذه مالكة، وعلى عدم عتقه أصلاً أو بعد وضعه تصير حرة حاملة بعبد. الثاني: وأما عكس كلام المصنف وهو عتق الجنين فقط فإن أمه لا تتبعه، ووجه الفرق كون الولد كجزء من

الرَّقَابِ الْوَاجِبَةِ مَنْ فِيهِ مَعْنَى مِنْ عِتْقٍ بِتَدْبِيرٍ أَوْ كِتَابَةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا وَلَا أَعْمَى وَلَا أَقْطَعُ الْيَدِ
وَشِبْهُهُ وَلَا مَنْ عَلَى غَيْرِ الْإِسْلَامِ وَلَا يَجُوزُ عِتْقُ الصَّبِيِّ وَلَا الْمَوْلَى عَلَيْهِ وَالْوَلَاءُ لِمَنْ

أمه فإن عتق الكل تبعه جزؤه، وإنما يصح عتق الولد في بطن أمه دونها حيث لا دين على سيد أمه يستغرق قيمتها، وإلا رق حيث قامت الغرماء قبل وضعه مطلقاً أو لو بعد وضعه حيث كان الدين سابقاً على عتقه، وإلا مضى عتقه وتابع أمه دونه بعد وضعها. الثالث: علم مما قدمناه من مسألة التوضيح ومسألة الأمة الموهوبة تصور الحرة الحاملة بالرقيق، وأما عكسه وهو كون الرقيقة حاملة بحر ففي مسائل ستة تباع فيها أم الولد، الأولى: الأمة المرهونة يطؤها الراهن بغير إذن المرتهن والحال أنه معسر فإنها تباع بعد الوضع والولد حر لا يباع. الثانية: الأمة الجانية يطؤها سيدها بعد علمه بجنابتها والحال أنه عديم فإنها تسلم للمجنني عليه وولدها حر. الثالثة: أمة التركة يطؤها أحد الورثة وعلى الميت دين يستغرق التركة والوطيء لها عديم وعالم بالدين فإنها تباع دون ولدها. الرابعة: أمة المفلس يطؤها بعد وقفها للبيع وتحمل فإنها تباع بعد الوضع دون ولدها. الخامسة: الأمة المشتركة يطؤها أحد الشركاء مع عسره وتحمل فإنها تباع بعد وضعها دون ولدها. السادسة: أمة القراض يطؤها العامل وزاد بعضهم أمة المكاتب.

ولما كان العتق مندوباً ولو لرقبة معينة عيباً فاحشاً أو فيها شائبة حرية خشي أن يتوهم أجزاء الجميع حتى في العتق الواجب قال: (ولا) يجزىء أن (يعتق في الرقاب الواجبة) ككفارة الظهار أو اليمين أو المشتراة من الزكاة ونائب فاعل يعتق (من فيه معنى من عتق بتدبير أو كتابة أو غيرهما) كأم ولد أو معتق لأجل أو مبعوض، ولا فرق بين كون من ذكر من عند المكفر أو اشتراه كذلك، وإنما لم يجز ما ذكر في الرقاب الواجبة لأنه يشترط في رقيقها أن تكون حرته لخصوصها. (ولا) يجزىء أيضاً في الرقاب الواجبة عتق (أعمى ولا أقطع اليد) أو الرجل أو الأصعب (وشبهه) كالأشل ومن فيه عيب غير خفيف (و) كذا (لا يجزىء) فيها عتق (من على غير الإسلام) لأن الله تعالى قيد الرقبة بالمؤمنة في بعض الآيات والمطلقة تحمل على المقيدة، وأما ذات العيب الخفيف فيجزىء عتقها، كالأعور وذو مرض خفيف أو عرج خفيف أو ذاهب ما دون الأصعب أو بعض أذن أو أنف لا جميع كل، كما يجزىء عتق المغصوب والمرهون والجاني حيث فكالبقاء الجميع على الملك السابق (تنبيه) مفهوم الواجبة الأجزاء الواجبة كما ذكرنا، ولم يعلم من كلام المصنف حكم عتق غير المجزىء بعد الوقوع  العتق وإن كان يجزىء، فلا ترجع الرقبة رقيقة بعد عتقها، ولما كان شرط الموهبة مكلفاً رشيداً قال: (ولا يجوز) أي ولا يصح بعد الوقوع (عتق الصبي) ولا المجنون لفقد شرط العتق وهو التكليف (ولا المولى عليه) لفقد الرشد، قال العلامة ابن عسقلان في شرحه لا يجوز إلا بأربعة أوصاف: البلوغ والعقل والحرية وكمال الرشد وهو حسن التصرف في المال، وهذا لا ينافي صحة الفواكه الدواني ج ٢ - ١٦م

أَعْتَقَ وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ رَجُلٍ فَالْوَلَاءُ لِلرَّجُلِ وَلَا يَكُونُ الْوَلَاءُ

وصية الصغير والسفيه لأن شرطها التمييز والحرية والملك لما أوصى به، وإنما صححت منهما لعدم لزومها ولأن الحجر عليهما لحق أنفسهما، فإن حجر عليهما فيها لكان الحجر لحق غيرهما، ومفهوم المولى عليه يصح عتقه لأن تصرفه على الإجازة عند مالك، قال خليل: وتصرفه قبل الحجر على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم وعليهما العكس في تصرفه إذا رشد بعده.

(تنبيهان) الأول: يستثنى من عدم جواز عقد السفيه عتق أم ولده، فالمذهب أن له عتقها لأنه لم يبق له فيها لا الاستمتاع وقليل الخدمة كما تجوز وصيته ويلزمه طلاقه والكفار، ويكفر بالصوم إلا أن يشق عليه فيكفر بالأقل قيمة فيما لا ترتيب فيه. الثاني: لو أعتق الولي عبد محجور من صغير وسفيه ففيه تفصيل، إن كان أباً جاز عتقه لعبد محجور بعوض قدر القيمة أو بغير عوض حيث كان موسراً، قال في المدونة: وإن أعتق عبد ابنه الصغير جاز إن كان له مال ويلزمه قيمته يوم العتق لمضي العتق، بخلاف ما لو كان الولي وصياً أو أباً معسراً أو أعتقه عن الصغير فرد العتق في هذه كلها، والمفهوم من كلام خليل وشراحه إن عتق الولي ولو غير أب رقيق محجور بعوض قدر القيمة فأكثر جاز حيث كان العوض من غير مال العبد، والمختص بالأب العتق على غير مال، فيجوز للأب الموسر دون الوصي، ومفهوم العتق لو تصدق به أو وهبه لا يمضي فعله ويرد ولو من الأب الموسر. ولما فرغ من الكلام على العتق بسائر أنواعه، شرع في بيان من يكون له الولاء وهو أحد خواص العتق فقال: (والولاء) بفتح الواو والمد من الولاية بفتح الواو وهو من النسب والعتق وأصله من الولي وهو القرب، وأما من الإمارة والتقديم فبالكسر وقيل الوجهين فيهما، والمولى لغة يقال للمعتق والمعتق وأبنائهما، والناظر وابن العم والقريب والعاصب والحليف والقائم بالأمر وناظر اليتيم والنافع المحب، والمراد هنا ولاية الإنعام والعتق وسببه زوال الملك بالحرية، فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه سواء نجز أو علقه أو دبره أو كاتبه أو أعتقه بعوض أو باعه من نفسه أو أعتق عليه، ولم يعرفه ابن عرفة وعرفه بعض الفضلاء بأنه صفة حكومية توجب لموصفها حكم العصوبة عند عدمها كائن. (لمن أعتق) ذكر أو أنثى حقيقة أو حكماً، فيشمل من أعتق عنه غيره بغير إذنه، والولاء بالمباشرة والولاء بالجر، وعتق الغير يشمل الناجز ولأجل والتدبير والكتابة كأن يقول: أنت حر أو معتق لأجل أو مدير أو مكاتب عن فلان إلا أن يكون المعتق عنه ميتاً فيكون الولاء لورثته، وسواء كان العتق تطوعاً أو واجباً، كعتقه في كفارة وجبت عليه أو مندوراً أو بسبب حلف أو كاتبه أو قاطعه فأدى وخرج حراً، أو أعتق عليه بحكم لزمه، أو باعه نفسه، أو أعتق عبده عبداً بإذنه، أو أعتق عليه بسرابة أو مثله أو لقرابة، وإنما يستحق المعتق الولاء بشروط أربعة: أن يكون المعتق ملكاً للمعتق بالكسر، وأن يكون أعتقه عن

لِمَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ وَهُوَ لِلْمُسْلِمِينَ وَوَلَاءٌ مَا أَعْتَقَتِ الْمَرْأَةُ لَهَا وَوَلَاءٌ مَنْ يَجْرُ مِنْ وَلَدِ

نفسه، وأن يكون المعتق حراً، وأن يتساويا في الدين، فإن أعتق الكافر عبداً مسلماً فإن ولاءه يكون للمسلمين لا لمعتقه الكافر ولو أسلم بعد ذلك، وإن أعتق العبد الذي للسيد انتزاع ماله عنده بإذن سيده أو بغير إذنه وأجازته فإن الولاء يكون لسيدة لا للعبد لأنه لا ولاء للعبد، وأما لو لم يعلم سيده بعتقه لعبد حتى أعتقه، ومثل عدم العلم لو علم وسكت، أو كان العبد ممن ليس للسيد انتزاع ماله فإن الولاء يكون للمعتق بالكسر في جميع هذه الصور لا لسيدة، وإن أعتق مستغرق الذمة رقيقاً فإنه لا ولاء له لعدم ملكه وولاء من أعتقه لجماعة المسلمين، فتخلص أنه يستثنى من قوله الولاء لمن أعتق الكافر المعتق لعبد مسلم، والرقيق المعتق لعبد على ما مر، والمستغرق الذمة، فهي ثلاثة أشخاص لا ولاء لهم، والدليل على ما ذكره المصنف ما في الصحيحين من قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب» (تنبيه) كما يكون للمعتق ولاء من أعتقه يكون له ولاء من أعتقه المعتق بالفتح وولاء أولاده، قال خليل: وجر ولد المعتق كأولاد المعتقة إن لم يكن لهم نسب من حر وإلا لرق أو عتق لآخر، وشرط جر ولاء من أعتقه المعتق بالفتح عدم حرته في الأصل، وإلا فلا يجر ولاء الذي كان أعتقه المعتق بالفتح، مثاله لو أعتق النصراني عبداً نصرانياً ثم هرب السيد إلى دار الحرب بعد أن أعتق عبده ناقضاً لعهد فسيبي وبيع وأعتق فإنه لا يجر إلى معتقه ولاء الذي كان أعتقه قبل لحوقه بدار الحرب بل ولاؤه لمعتقه وإن كان معتقاً لأنه حر الأصل أي قبل هروبه وقبل عتقه، قال الجعدي: ولا يكون ولاء ولد المرأة لمواليها إلا في أربعة مواضع: أن يكون أبوهم عبداً، أو يكونوا من زنى أو من أب لاعن فيهم ونفاهم عن نفسه، أو يكون الأب حربياً بدار الحرب، ولما كان الولاء لحمة كلحمه النسب قال: (ولا يجوز بيعه) أي الولاء لأن النسب لا يجوز بيعه (ولا هبته) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته، وإنما قلنا: ولو حكماً إشارة إلى قوله: (ومن أعتق) رقيقه (عن رجل) المراد عن شخص (فالولاء للرجل) الذي أعتق عنه ولو بغير إذنه، لأن الشرع يقدر دخوله في ملك من أعتق عنه، وشرط كونه للمعتق عنه كونه حراً مسلماً، أما إن كان رقيقاً فإن ولاء الذي أعتق عنه لسيدة، وإن كافر أو يكون ولاء الذي أعتق عنه مسلماً للمسلمين، لأن الكافر لا ولاء له على مسلم. ولما جرى خلاف بين المجتهدين في من أسلم على يد شخص هل يكون له ولاء عليه أم لا، بين المشهور عند الإمام بقوله: (و) إذا أسلم كافر على يدي حر مسلم (لا يكون الولاء) على الذي أسلم (لمن أسلم على يديه) وإنما (هو للمسلمين) لأن الولاء المذكور سبب زوال الملك بالحرية، وقصد المصنف الرد على ابن راهويه وجماعة من أهل العلم حيث قالوا: إن الولاء لمن أسلم على يديه حيث لم يكن له وارث خاص، ودليل المشهور ما في الصحيح من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «جاءت بريرة فقالت: إني كاتب

أَوْ عَبْدٍ أَعْتَقْتَهُ وَلَا تَرِثُ مَا أَعْتَقْتَ غَيْرَهَا مِنْ أَبِي أَوْ ابْنٍ أَوْ زَوْجٍ أَوْ غَيْرِهِ وَمِيرَاثُ السَّائِبَةِ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَالْوَلَاءُ لِلْأَقْعَدِ مِنْ عَصَبَةِ الْأَوَّلِ فَإِنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ فَوَرِثَا وَلَاءَ مَوْلَى

أهلي على تسعة أواق في كل عام فأعنيني، قالت عائشة رضي الله عنها: إن أحب أهلك أن أعدها لهم إلى قوله في آخره: إنما الولاء لمن أعتق» فأتى بصيغة الحصر بقوله: إنما، وما روي من قوله ﷺ: «من أسلم على يدي رجل فله ولاؤه» وذهب إليه جماعة أجاب عنه ابن رشد وقال: هذا الحديث محمول عندنا على أنه أحق به في نصرته والقيام بأمره وتولي دفته إذا مات، لا أنه يرث ماله كما يدعيه المخالف. (و) يجب أن يكون (ولاء ما أعتقت المرأة لها و) كذا (ولاء من يجره) ولاؤه لهما (من ولد أو عبد أعتقته) قال خليل: ولا ترث أنثى إن لم تباشره بعق أو جره ولاء بولادة أو عتق، وقال فيها: ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكوراً كانوا أو إناثاً، ولا شيء لهن في ولد البنت ذكراً كان أو أنثى فافهم، وقوله: لا ترثه أنثى المراد لا ترث به لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به المال.

(تنبيه) في كلام المصنف المناقشة من وجهين: أحدهما من جهة اللفظ وهو التعبير بما في قوله: ما أعتقت المرأة وما لما لا يعقل وإثبات التاء في أعتقته مع أن فاعل أعتق ضمير مستتر عائد على الولد أو العبد فهو مذكر، والجواب أنه عبر بها على لغة قليلة، واختلف الناس في الجواب عن إثبات التاء في أعتقته، وأحسن ما أجيب به أنه لما كانت المرأة هي المعتقة أو لا أسند إليها الفعل إقامة لسبب مقام المباشرة فحين تسببت في العتق الأول أسند إليها العتق الثاني. وثانيهما من جهة المعنى وذلك لاقتضائه أن كل من يلد من أعتقته لها ولاؤه، سواء كان له نسب من حر أو لا، مع أنه مقيد بما إذا لم يكن له نسب من حر كما في خليل وغيره فإنه قال: وجر ولد المعتق كأولاء المعتقة إن لم يكن لهم نسب من حر بأن كانوا من زنا أو غصب أو حصل فيهم لعان، ولما كانت النساء لا تستحق إلا ولاء من باشرن عتقه أو جره إليهن ولاء من أعتقن بعق أو ولادة قال: (ولا ترث) الأنثى ولا (ما أعتقته) (غيرها) وبين ذلك الغير بقوله: (من أب أو ابن أو زوج أو غيره) فإذا أعتق الأب رقبة وخلف ابناً وبتناً فولاء تلك الرقبة للابن دون البنت لأنها لم تباشر عتقها لا حقيقة ولا حكماً، قال في المدونة: ولا يرث أحد من النساء ولا ما أعتق أب لهن أو أم أو أخ أو ابن والعصبة أحق بالولاء منهن، ولا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكوراً كانوا أو إناثاً، ولا شيء لهن في ولد البنات ذكراً كان أو أنثى، لأن الولاء إنما يورث بالتعصيب والنساء لا يرثن به. (وميراث السائبة) وهو الذي قال له سيده: أنت سائبة أو سيبتك قاصداً بذلك العتق لا عن واحد بعينه ثابت (لجماعة المسلمين) وسواء قال مع ذلك أنت حر أم لا، أو قال له أنت حر سائبة وإن لم يقصد عتقاً، وكذلك يكون الميراث للمسلمين إن قال له: أنت حر عن المسلمين وكما

لأبَيْهِمَا ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَتَرَكَ ابْنَيْنِ رَجَعَ الْوَلَاءُ إِلَى أَخِيهِ دُونَ بَنِيهِ وَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ وَتَرَكَ

يرثونه يعقلون عنه ويلون عقد نكاحه إن كان أنثى ويحضنونه، وظاهر كلام المصنف أن الولاء للمسلمين ولو كان المسيب مسلماً وسيداً كافراً وهو كذلك، ولا يرجع ولاؤه لمن سببه إن أسلم على المشهور، ووقع الخلاف فيما لو قال السيد لعبده: أنت حر ولا ولاء لي عليك، فقال ابن القصار: يكون الولاء للمسلمين بمنزلة قوله أنت حر عن المسلمين، وخالفه غيره قائلاً: الولاء لمعتقه لأنه بمجرد قوله أنت حر ثبت له وولاؤه شرعاً، ولا نظر إلى قوله بعد ذلك: ولا ولاء لي عليك لأنه لا يغير حكم الشرع، وأما لو قال له: أنت حر عن المسلمين وولاؤك لي أو عكسه لكان الحكم لأول اللفظين عند ابن القاسم.

(تنبيهان) الأول: لم يبين المصنف حكم عتق السائبة، والذي اقتصر عليه العلامة خليل الكراهة لأنه من ألفاظ الجاهلية في الأنعام. الثاني: أنظر هل يدخل نفس المعتق في الصور التي يكون الولاء فيها للمسلمين فيرث معهم أو لا يدخل؟ والذي يظهر لي عدم دخوله فيهم، لأن الإنسان لا يدخل في قربه كما قالوه فيمن أوقف على بني أبيه أو أخرج زكاة ماله وافتقر قبل إعطائها والله أعلم. ثم شرع في بيان من يقدم على غيره عند تعدد من يستحق الولاء فقال: (والولاء) بالمد ثابت (للاعتد) أي الأقرب (من عصابة الميت الأول) المراد الأقرب من عصابة المعتق ولذلك مثل المصنف لهذا بقوله: (فإن ترك) الأنسب خلف المعتق (ابن فورثا ولاء) بالمد (مولى) أي معتق (لأبئهما) لا عاصب له من جهة النسب (ثم مات أحدهما) أي أحد الابنين (وترك بنين) وأخاه (رجع الولاء إلى أخيه دون بنيه) لأن الأخ أقرب للمعتق من بني الميت، قال خليل: وقد عاصب النسب ثم عصبته كالصلاة. والحاصل: أن أولى الناس بميراث الولاء عند عدم القرابة المعتق ثم أولاده الذكور، ثم بنوهم وإن نزلوا، والأعلى يحجب الأسفل، فإن عدم بنو المعتق فأبوه، فإن عدم أبوه فأخوته الأشقاء، ثم الذين للأب، ثم بنو الإخوة للأب، ثم بنوهم وإن نزلوا، فإن استوت الدرجة فالشقيق أولى، فإن عدمت أخوة المعتق وبنوهم فجد المعتق، فإن لم يكن جد فالأعمام وهم في الترتيب كالإخوة، ثم بعد انقراض أقارب المعتق معتق المعتق، فإن لم يوجد معتقه انتقل الحكم لعصابة معتقه إن كان له استحقات وإلا كان للمسلمين. مثاله: لو أعتقت امرأة عبداً ولها ابن من زوج غير قريب لها، فإذا ماتت المرأة كان ولاء من اعتقته لابنها، فإذا مات ابنها لم يرث ابنه ما اعتقته أمه بالولاء عند الأئمة الأربعة ويكون ميراثه للمسلمين وهو من جملتهم، وخبر: «من مات عن حق فلوارثه» غير معروف، والمراد بالعاصب الذي يرث الولاء العاصب بالنفس لا بغيره ولا مع غيره، فلا ترث الأم مع الأب، ولا الأخت مع الأخ، ولا الأب مع الابن، ولا البنت مع الابن.

وَلَدًا وَمَاتَ أَخُوهُ وَتَرَكَ وَلَدَيْنِ فَالْوَلَاءُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ أَثْلًا.

باب في الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن والعارية والوديعة واللقطة والغصب

(تنبيه) في قول المصنف: فورث الخ مسامحة لما تقرر من أن الولاء لا يورث وإنما يورث به. ثم شرع في مفهوم قوله للأقعد بقوله: (وإن مات واحد منهما) أي من ابني المعتق (وترك ولداً ذكراً ومات أخوه) أي أخو الميت أيضاً (وترك ولدين) ذكراً (فالولاء) يجب أن يكون (بين الثلاثة) حالة كونه (أثلاثاً) لاستواء الثلاثة في القرب من المعتق، وإذا مات أحدهما وترك أربع بنين ومات الآخر عن ذكر فقط لكان الميراث بينهم أخماساً، وإذا كان مع الذكور أنثى فلا إرث لهن (خاتمة) للولاء حكم النسب لا يثبت إلا بشهادة عدلين يشهدان لو على السماع الفاشي من الثقات وغيرهم، وأما شهادة واحد ولو على البت فلا يثبت بها الولاء، وإن كان لمقيم الواحد الحلف على صحة ما شهد به شاهده ويستحق المال لأنه لم يبق بعد موت العتيق إلا المال وهو يثبت بالشاهد واليمين، وإن بحث فيه بأن استحقال المال مسبب عن الولاء، وكيف يثبت المسبب دون ثبوت سببه؟ ونظير هذا من يدعي زوجية ميت ويقيم شاهداً فإن له الحلف معه ويستحق الإرث حيث لا وارث للميت ثابت النسب، ولكن لا يدفع المال لمقيم الشاهد الواحد إلا بعد الاستيناء لاحتمال دعوى آخر ويقيم شاهدين. ولما فرغ من الكلام على العتق والولاء، شرع في تسعة أبواب بترجمة واحدة فقال:

(باب في بيان الشفعة)

الشفعة بضم الشين وإسكان الفاء وحكي ضمها وفتح العين مأخوذة من الشفع ضد الوتر، لأن الشفع يضم ما يأخذه إلى حصته فتصير شفعاً، والأخذ بالشفعة يسمى شافعاً وشفيعاً وحقيقتها كما قال ابن عرفة: استحقال شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، أي طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه الذي باع به سواء أخذ أو لم يأخذ، والشفعة معروضة للأخذ وعدمه. وأركانها أربعة: الآخذ بالمد وهو الشافع، والمأخوذ منه وهو المشتري، والشيء المأخوذ وهو الشقص المبتاع، والمأخوذ به والثمن أو قيمة الشقص إذا أخذ في صلح عن دم عمد أو في صداق. (و) الباب الثاني في أحكام (الهبة) وهي مصدر وهب هبة ووهباً بإسكان الهاء ويفتحها، واسم مصدر وهب الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما، والإيهاب قبول الهبة، والاستيهاب سؤالها وهي على قسمين: هبة ثواب وهبة لمجرد وجه المعطي، فهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وغيرها العطية لمجرد ذات الموهوب له فتخرج الصدقة فإنها العطية لثواب الآخرة، ويخرج أيضاً العارية والوقف والعمرى فإن الذات باقية على ملك صاحبها والمدفوع للغير إنما هو المنفعة. (و) الباب الثالث في أحكام (الصدقة)

وَإِنَّمَا الشُّفْعَةُ فِي الْمَشَاعِ وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا قُسِمَ وَلَا لِجَارٍ وَلَا فِي طَرِيقٍ وَلَا عَرَضَةً

اسم مصدر لتصدق، ومصدره التصدق وهي العطية لشوابب الآخرة أو له مع وجه المعطي على قول الأكثر. (و) الباب الرابع في أحكام (الحبس) ويرادفه الوقف وحده، ابن عرفة مصدراً بقوله: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً، واسماً بقوله: ما أعطيت منفعة مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً فخرج عطية الذات فإنها إما هبة أو صدقة، وأشار بقوله: ولو تقديراً إلى صحة وقف غير المملوك على تقدير ملكه كقوله: إن ملكت هذا فهو وقف، كما يصح العتق كذلك، وإلى صحة الوقف على تقدير وجود الموقوف عليه نحو: هذا وقف على من سيحدثه الله لزيد. وأركانه أربعة: الواقف، والعين الموقوفة، والموقوف عليه، والصيغة، فعاقده الهبة والصدقة والحبس شرطه أن يكون من أهل التبرع بأن يكون مكلفاً رشيداً مالكاً لما تبرع به، فيدخل المريض والزوجة في الثلث، فلا يصح شيء من الثلاث من غير المالك ولا من صبي ولا مجنون ولا سفیه، وكذا لا يلزم من زوجة ومريض في زائد الثلث. (و) الباب الخامس في أحكام (الرهن) مصدر رهن الشيء رهناً وهو في اللغة اللزوم والحبس، وشرعاً مال قبض موثقاً به في دين ويدخل في المال أذكار الحقوق. (و) الباب السادس في أحكام (العارية) اسم مصدر أعار والمصدر الإعارة والعارية مشددة الياء كأنها منسوبة للعار لأن طلبها عار، وهي بالمعنى المصدري تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض، وبالمعنى الإسمي مال ذو منفعة مؤقتة أعطيت منفعته بغير عوض، هكذا قال ابن عرفة وفيه شيء لأنه غير مانع من دخول الوقف المؤقت بمدة إلا أن يقال: هذا مبني على اشتراط تأييد الوقف الذي جرى عليه ابن عرفة في التعريف وإن كان المعتمد خلافه. (و) الباب السابع في أحكام (الوديعة) مصدر على غير قياس مأخوذة من الودع وهو الترك وهي لغة الأمانة، وشرعاً توكيل على حفظ مال. (و) الباب الثامن في أحكام (اللقطة) وهي بضم اللام وفتح القاف ما يلتقطه، والالتقاط أحد الشيء عند وجوده من غير طلب. (و) الباب التاسع في أحكام (الغصب) مصدر غصب الشيء وهو في اللغة أخذ الشيء ظلماً، وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال فيخرج الأخذ غيلة لأنه بموت صاحب المال، ويخرج التعدي لأنه أخذ المنافع، ويخرج أخذ مال الغير بوجه جائز ككون الأخذ بالمد له مال على المأخوذ منه وهو يجحده، كما تخرج السرقة لأنها لا قهر معها لأنها تؤخذ خفية، ومثلها المأخوذ على وجه الخيانة والاختلاس وإن شاركت الغصب في الحرمة، وهذا آخر الأبواب التي ترجم لها، وسيأتي أنه يزيد عليها مسألة من استهلك عرضاً فعليه قيمته، والزيادة على المترجم له محمودة لوقوعها في آية: ﴿وما تلك بيمينك يا موسى﴾^(١) وفي السنة في قوله ﷺ حين سئل عن ماء البحر فقال: «الطهور ماؤه الحل ميتته».

ثم شرع في تلك الأبواب على التفصيل فقال: (وإنما الشفعة) وهي كما تقدم

دَارٍ قَدْ قُسِمَتْ بِيُوتِهَا وَلَا فِي فَحْلِ نَخْلٍ أَوْ بَثْرِ إِذَا قُسِمَتِ النَّخْلُ أَوْ الْأَرْضُ وَلَا شُفْعَةٌ إِلَّا

استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه (في مبيع الشريك) (المشاع) وهو غير المتميز على حدة ولذلك ذكر محترزه بقوله: (ولا شفعة فيما) أي مبيع (قد قسم) قبل بيعه (ولا لجار) خلافاً لأبي حنيفة حيث أثبتتها للجار في سكة غير نافذة، وإنما اشترط الشيوع لأن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر الذي يحصل بين الشركاء فيما فيه الشفعة وهو العقار وما يتبعه من نحو حيوان الحائط وبعد القسمة لا ضرر، ويؤخذ من مقابلة الشائع بالأجزاء المسمومة والجار تناول الشائع للاشتراك بأذرع، وإن كان فيها خلاف بين مالك وأشهب، والدليل على مشروعية الشفعة ما في الصحيح وغيره من حديث جابر رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» ولذا قال في التوضيح: لا خلاف بين الأئمة في وجوب الشفعة، وفي الموطأ مرسلًا: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم ينقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة». مالك: ذلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا: وفي حديث الموطأ دليل على أنه لا شفعة في غير العقار، لأن ضرب الحدود إنما يكون في العقار، وفيه دليل أيضاً على أنه لا شفعة للجار، وما احتج به أبو حنيفة على إثبات الشفعة لجار من قوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بصقبة». وقوله عليه الصلاة والسلام: «جار الدار أحق بدار جاره أو بالأرض». وقوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بالشفعة» ويتنظر بها ثلاثاً إن كان غائباً إذا كان الطريق واحداً مجاب عنه، أما الأول فإن المراد أحق بمعونته والعرض عليه قبل البيع لأن الصقب القريب، وأما الثاني فمحمول على العرض عليه، وأما الثالث فإننا نمنع صحته سلمناها لكنه محمول على العرض عليه قبل البيع بدليل قوله: ينتظر بها ثلاثاً، والشفيع الغائب لا يتقيد بالثلاث، على أن الشريك يطلق عليه لفظ الجار.

(ولا) شفعة أيضاً (في طريق) قسم متبوعها (ولا) في (عرضة دار قد قسمت بيوتها) والمعنى: أن الدار أو الأرض المشتركة بين قوم إذا اقتسموها وتركوا الطريق من غير قسمة للانتفاع بها وباع أحدهم ما يخصه فيها فلا شفعة للباقيين في المبيع من الطريق ولو أمكن قسمه، سواء باع حصته في الطريق وجدها أو مع ما نابه من الدار، وكذلك الدار المشتملة على بيوت وعرضة، إذا قسمت البيوت وتركت العرضة مشتركة وباع أحدهم حصته منها وحدها أو مع متبوعها من البيوت لا شفعة فيها، لأن المقصود بالذات متبوع الطريق والعرضة، قول المصنف: قد قسمت بيوتها محذوف من الأول لدلالة الثاني، والعرضة هي الساحة الخالية من البناء تجمع على عرضات، سميت بذلك لأن الصبيان يتعرضون فيها أي يتفسحون. (ولا) شفعة أيضاً (في فحل نخل) أي وكذا لا شفعة في (بثر إذ قسمت النخل) راجع للفحل (أو الأرض) راجع للبثر، والمعنى: أن النخل المشترك إذا قسمت إناثه وبقي الفحل على الشركة ثم باع أحدهم حصته منه فلا شفعة فيه لبقية شركائه ولو مع نصيبه من

في الأرضِ وَمَا يَتَّصِلُ بِهَا مِنَ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ وَلَا شُفْعَةَ لِلْحَاضِرِ بَعْدَ السَّنَةِ وَالْغَائِبِ عَلَى

الإناث، وكذا إذا قسمت الأرض التي تزرع على البئر وبقيت البئر على الشركة وباع أحدهم حصته منها لا شفعة لشركائه فيها لقسم متبوعها وهو الأرض، وما ذكره المصنف من عدم الشفعة في البئر إذا قسمت الأرض ظاهره اتحدت البئر أو تعددت وهو ما في المدونة لأن القسم يمنع الشفعة، وقال في العتبية: الشفقة ثابتة، واختلف أهل ما في الكتابين خلاف؟ وعليه الباجي؟ ومنهم من قال بالوفاق، فحمل ما في المدونة من عدم الشفعة على البئر المتحدة، وما في العتبية على الآبار المتعددة، أو تحمل المدونة على بئر لا فناء لها، والعتبية على بئر لها فناء، قال خليل: وكبئر لم تقسم أرضها وإلا فلا، وأولت أيضاً بالمتحدة، ثم بين ما فيه الشفعة بقوله: (ولا شفعة إلا في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر) ونحوهما من الثمار والمقائي.

(تنبيهات) الأول: أطلق المصنف في المتصل بالأرض من البناء، فظاهره شمول ما لا يقبل القسمة وفيه خلاف والمشهور أنه لا شفعة فيه، قال خليل: عقاراً ولو مناقلاً به إن انقسم وفيها الإطلاق، وعمل به بعض القضاة في نحو الفرن والحمام، ومنشأ الخلاف في سبب الشفعة هل هو ضرر الشركة أو ضرر القسمة إذا طلبها البعض وأبى غيره؟ فمن قال بالأول أثبتتها في الجميع، ومن قال شرعت لدفع ضرر القسمة منعها فيما لا ينقسم لانتفاء الضرر، إذ لا يجبر الممتنع لها من طلبها عند عدم الإمكان أو مع الإمكان الذي يحصل منه فساد المقسوم. الثاني: أشرنا بقولنا: ونحوهما من الثمار والمقائي إلى ما استحسنته الإمام مالك من ثبوت الشفعة في الثمار، سواء بيعت مع أصلها أو منفردة عنه فإنه قال: ما علمت أحداً قبلي من أهل العلم قاله ولكني استحسنته فهي إحدى مستحسناته الأربع، وألحق أصحابه بالثمار المقائي والقطن والبادنجان والقرع وكل ما تجيء ثمرته مع بقاء أصله ففيه الشفعة إلا أن تبيس الثمرة فلا شفعة فيها ويفوز بها المشتري، وثانيتها البناء والشجر بالأرض المحبسة أو المعارة، وثالثتها القصاص بالشاهد واليمين، ورابعتها في أنملة الإبهام خمس من الإبل، فهذه الأربع استحسنتها الإمام من غير أن يسبقه أحد بها. الثالث: علم من قصر الشفعة على ما ذكر عدم ثبوتها فيما عدا ذلك من البقول والزرع، فإذا باع أحد الشركاء في الزرع حصته منه بعد بيعه فلا شفعة لشريكه، سواء باعها منفردة أو مع الأرض، وتكون الشفعة في الأرض دون ما فيها من الزرع بما ينوبها من الثمن، وفرق في المدونة بين الزرع والثمار بأن النخل إذا بيعت وفيها ثمر لم يؤبر لم يجز للبائع استنناؤه، والأرض إذا بيعت وفيها زرع لم يبد صلاحه يكون للبائع. ثم شرع فيما يسقط الشفعة بقوله: (ولا شفعة للحاضر) في بلد الشقص يوم بيعه ولو حضر العقد (بعد) انقضاء (السنة) وما قاربها على مذهب المدونة ولو كتب شهادته على شريكه ببيع حصته، خلافاً لتفصيل ابن رشد بين حضوره للعقد وكتابته خطه فتسقط بمضي شهرين، وإن لم يحضر عقد الشراء أو حضر ولم

شَفَعْتَهُ وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ وَعَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَيُوقَفُ الشَّفِيعُ فَإِمَّا أَخَذَ أَوْ تَرَكَ وَلَا

يكتب شهادته فبمضي سنة ولو جهل كون السكوت مسقطاً، ومشى عليه خليل في مختصره حيث قال: أو سكت بهدم أو بناء أو شهرين إن حضر العقد وإلا سنة.

(تنبيهان) الأول: إنما يكون مضي المدة المذكورة مسقطاً لشفعة من حضر العقد إذا كان الشفيع عاقلاً بالغاً رشيداً عالماً بالبيع ولا عذر له، وإلا استمر على شفيعته حتى يحصل العلم أو يزول العذر فينزل منزلة من كان حاضر العقد فتسقط شفيعته بعد السنة وما قاربها. الثاني: محل كون الشفيع على شفيعته في السنة وما قاربها بشرطه الذي ذكرناه إذا لم يحصل منه ما يدل على إسقاطها وإلا سقطت ولو قبل مضي تلك المدة، قال خليل: وسقطت إن قاسم أو طلب مقاسمة المشتري، وإن لم يقاسم بالفعل أو اشترى أو ساوم أو سكت بهدم أو بناء أو استأجر حصة المشتري أو باع حصته. (و) مفهوم الحاضر أن (الغائب) عن البلد يوم البيع يستمر (على شفيعته وإن طالت غيبته) أو علم ببيع شريكة زمن غيبته، ومثل ذلك لو لم يعلم ببيع حصة شريكه حتى غاب فإنه يستمر على شفيعته ولو طالت غيبته، فإذا رجع بعد غيبته كان حكمه حكم الحاضر العالم بالبيع فتسقط شفيعته بعد سنة وما قاربها من يوم قدومه، وظاهر كلامه سواء كان على مسافة بعيدة أو قريبة على ظاهر كلام ابن القاسم، وقيدها أشهب بالبعيدة، وأما القريبة التي لا كلفة عليه فيها فكالحاضر وهو الجاري على قولهم: والقريب كالحاضر، وأما لو كان حاضراً بالبلد يوم البيع وعلم ببيع شريكه وغاب بعد علمه وقبل أخذه بالشفعة فإنه بمنزلة الحاضر الذي لم يغيب تسقط شفيعته بمضي السنة وما قاربها، إلا أن يحلف أنه لم يغيب إلا لظنه الرجوع قبل انقضاء السنة فإنه يستمر على شفيعته ولو طالت غيبته، قال خليل: كأن علم فغاب إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق وحلف إن بعد، فتلخص أن غيبة الشفيع على ثلاثة أقسام قبل البيع وبعده من غير علم على شفيعته فيهما مطلقاً بعد البيع، والعلم يكون كالحاضر إلا أن يدعي أنه سافر ليرجع سريعاً فعيق، ولما كان الشقص المأخوذ بالشفعة قد يستحق من يد الشفيع أو يظهر به عيب، وكان المشتري له كالبائع والشفيع كالمشتري قال: (وعهدة الشفيع) كائنة (على المشتري) والمعنى: أن الشقص إذا استحق من يد الشفيع أو ظهر به عيب يوجب الرد فإنه يرجع بثمنه على المشتري، كما يرد به بالعيب عليه كمشتري سلعة لم يعلم صحة ملك بائعها فتستحق منه فإنه يرجع بثمنها على بائعها ويردها بالعيب الذي لم يعلم به حين الشراء، فالمراد بالعهدة في كلام المصنف رجوع الشفيع على المشتري بالثمن عند الرد بالعيب، ودرك الاستحقاق أي لحوقه لأن الدرك هو اللحوق، يقال: أدرك فلان فلاناً إذا لحقه، فدرك اسم مصدر إن كان الفعل أدرك، ومصدر إن ثبت في اللغة أن الفعل أدرك بفتح الراء، وتفسير الدرك باللحوق لعله بحسب اللغة، وإلا فالمراد هنا ظهور الاستحقاق والعيب، فمعنى قولهم الدرك على المشتري أن أثره عليه وهو الرجوع بالثمن.

تَوْهَبُ الشُّفْعَةَ وَلَا تُبَاعُ وَتُقَسَّمُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ وَلَا تَتِيمٌ هِبَةٌ وَلَا صَدَقَةٌ وَلَا

(تنبيهان) الأول: سكت المصنف عما لو لم يأخذ الشفيع إلا بعد تعدد البياعات، وأشار إليها خليل بقوله: وأخذ بأي بيع وعهدته عليه ونقض ما بعده ومحل تخييره إذا لم يعلم بتعددتها أو علم في غيبته، وأما لو كان حاضراً عالماً بتعددتها فإنما له الأخذ بالآخر لأن سكوته مع علمه دليل على أنه رضي بشركة غير الأخير، وعهدته على من أخذ ببيعه من المشتريين ويدفع الثمن لمن بيده الشقص، فإن اتفق الثمنان فلا إشكال، وإن اختلفا فإن كان الأول أكثر كما إذا كان عشرين مثلاً والأخير عشرة فإن أخذ بالأول دفع للأخير عشرة ويدفع العشرة الأخرى للأول، وإن كان بالعكس دفع له عشرة ويرجع على بائعه. الثاني: يستثنى من قوله: وعهدة الشفيع على المشتري مسألتان العهدة فيهما ليست على المشتري بل على البائع، إحداهما: أن يشتري عامل القراض بمال القراض شقصاً هو شفيعه. وثانيتهما: أن يشتري بمال القراض شقصاً ورب المال هو شفيعه فإن عهدة الشفيع في هاتين على البائع كما قال ابن رشد، لأنها لو كانت على المشتري فيهما لضاع الثمن على دافعه، ولما كان يتوهم من كون الحاضر في بلد العقد على شفيعته إلى انقضاء السنة وما قاربها أنه ليس للمشتري إيقاف الشفيع وطلبه ليأخذ أو يسقط حقه قال: (ويوقف) المشتري (الشفيع) مفعول يوقف بعد الشراء ولزومه (فإنما أخذ أو ترك) فإن أخذ لزمه الثمن ولو ديناً أو قيمته إن كان مقوماً برهنه وضامنه وأجرة دلال وعقد شراء وفي المكس تردد، وقيمة الشقص في كخلع وصلح عمد وجزاف نقد، وقولنا: بعد وقوع الشراء لأنه لا يطالب قبل البيع ولا بعده وقبل لزومه لأنه لو طالبه وأسقط حقه لم يلزمه الإسقاط، قال خليل: وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله ولم يلزمه إسقاطه لأنه من باب إسقاط الشيء قبل وجوبه، وهذا بخلاف من قال لعبد: إن ملكتك فأنت حر، أو إن تزوجتك فأنت طالق فيلزم مع أنه قبل الوجوب لتشوف الشارع للحرية في العتق وللاحتياط في الفروج.

(تنبيهان) الأول: ظاهر قول المصنف: ويوقف الشفيع أنه يوقفه بنفسه وليس كذلك وإنما يوقفه عند الحاكم ليجبره عند سكوته وامتناعه من الأخذ أو الترك، وإذا اختار الشفيع الأخذ بالشفعة ووجد المشتري قد وهب الشقص أو حبسه فإن له نقضه، قال خليل: وله نقض وقف كهبة وصدقة ولو بناه مسجداً، وتجعل الأنقاض في حبس آخر، وثمن الموهوب للموهوب له إن علم المشتري أن له شفيعاً. الثاني: إذا طلب الشفيع المهلة عند إيقافه، وأشار إليه خليل بقوله: واستعجل إن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري إلا كساعة، واختلف في تصرف المشتري قبل الإيقاف، وفي شرح شيخنا: لا يجب على المشتري ترك التصرف حتى يعلم الشفيع، ولا يجب على البائع ترك البيع حتى يعلم المشتري وإنما يستحب فقط خلافاً لفتوى ابن رزق، وفي شرح الأجهوري: لا يجوز للمشتري التصرف قبل إيقاف الشفيع. (ولا) يجوز أن (توهب الشفعة ولا تباع) والمعنى: أنه لا يجوز للشفيع

حُبْسٍ إِلَّا بِالْحِيَازَةِ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُحَازَ عَنْهُ فَهِيَ مِيرَاثٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي الْمَرَضِ

قبل أخذه بالشفعة أن يهب أو يبيع الشقص الذي له فيه الشفعة لغير المشتري، وأما للمشتري فتجوز الهبة دون البيع، فإنه لا يجوز إلا بعد الأخذ بالشفعة لا قبله لما فيه من بيع ما ليس عندك ولكن لا تسقط شفעתه، كما أنه لو وهبها لشخص قبل الشراء له الرجوع في الهبة ويأخذ بالشفعة. (و) إذا تعدد الشفيع فإن الحصة المأخوذة بالشفعة (تقسم بين الشركاء بقدر الأنصباء) عند اختلافها، فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة لواحد نصفها، والآخر ثلثها، وللثالث سدسها، فباع صاحب الثلث ثلثه لغير الشركاء، فإن الثلث يقسم بين الشريكين أرباعاً، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس الربع الباقي، وأما لو تختلف الأنصباء فإنها تقسم على الرؤوس كما لو كان المشترك مما لا يقبل القسمة كطاحون ومعصرة وفرن على القول بالشفعة فإنها تقسم على الرؤوس اتفاقاً، وقولنا: لغير الشركاء لأنه لو كان المشتري بعض الشركاء لترك له حصته التي كان يأخذها لو كان المشتري أجنبياً، قال خليل: وهي على الأنصباء وترك للشريك حصة، فإذا كانت دار بين أربعة لأحدهم الربع ولآخر الثمن ولآخر الثمن أيضاً ولآخر النصف فباعه لصاحب الربع فإن لصاحبي الثمنين أن يأخذ بالشفعة نصف المبيع وباقيه لمشتريه لأنه كان يأخذها لو كان المشتري أجنبياً. (تنبيه) كلام المصنف في الشركاء غير الورثة، وإلا فيختص بالشفعة المشارك للبائع في سهمه، قال خليل: وقدم مشارك في السهم وإن كان لأب أخذت سدساً، وإذا كان في الورثة زوجات وأخوات مثلاً فباعت إحدى الزوجات فحصتها بين بقية الزوجات ولا دخول لغيرهن من الأخوات إلا إذا أسقط المشارك في السهم حقه من الشفعة.

ولما فرغ من الكلام على الشفعة شرع في الكلام على الهبة وقدم تعريفها فقال: (ولا تتم هبة) لوجه المعطى بالفتح أو لقصد الثواب في الدنيا. (ولا صدقة) وهي العطية لثواب الآخرة أو له مع وجه المعطى بالفتح على قول الأكثر. (ولا حبس) وهو ما أعطيت منفعتة على غير وجه العارية ولا العمري بل على وجه الوقفية (إلا بالحيازة) قبل حصول المانع منها، وحققتها في عطية غير الابن رفع تصرف المعطى في العطية بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه، ولا بد من معاينة البينة للحوز في الحبس والهبة والصدقة والرهن وسائر أنواع العطايا، فلو شهدت البينة على الهبة أو الصدقة لم تنفع تلك الشهادة حتى تشهد على القبض لأن الحيازة شرط، قال ابن عبد السلام: القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط، وإنما اشترطت خوفاً من قول المعطي بالكسر في مرضه: ادفعوا لفلان كذا فإني كنت وهبت له قبل مرضي فيحرم الوارث وهذا لا يجوز، وقولنا: قبل حصول المانع المراد به المرض والموت والفلس والجنون كما تأتي الإشارة إليه، وقولنا: في عطية غير الابن احترازاً عن عطية الأب لابنه الصغير أو السفيه ومثل الأب الوصي على يتيم، قال

خليل: إلا لمحجوره إذا شهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكناه فتصح العطية لهؤلاء، ولو استمرت تحت يد المعطي إلى موته أو فلسه حيث وجدت تلك الشروط.

(تنبيهات) الأول: في كلام المصنف تقديم الحكم على التصوير لأنه حكم على تلك المذكورات بأنها لا تتم إلا بالحيازة قبل تصويرها للطالب وهذا جائز، وإنما الممتنع تقديم الحكم على التصور. الثاني: لم يذكر المصنف حكم نحو الهبة والصدقة والحكم النذب لأنها من أنواع المعروف والإحسان، والكتاب والسنة والإجماع دلت على نذبتها، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠] و﴿آتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾ [البقرة: ١٧٧] و﴿إِنْ تَبَدُّوا الصَّدَقَاتِ﴾ [البقرة: ٢٧١] الآيات، وقوله ﷺ في الصحيحين: «من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ولا يقبل الله إلا الطيب فإن الله يتقبلها بيمينه يريها لصاحبها كما يربي أحدكم فلوه حتى تكون مثل الجبل». وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: «إن الصدقة لتطفئ غضب الرب وتدفع ميتة السوء». وغير ذلك من الأحاديث وحكى ابن رشد وغيره الإجماع على نذبتها، ولكن يتأكد نذبتها على الأقارب والجيران وكونها من أنفس المال. الثالث: لم يتعرض المصنف أيضاً لأركانها وهي أربعة: المعطي والمعطي له والشيء المعطى والصيغة، فأما المعطي بالكسر فشرطه أن يكون من أهل التبرع بما يريد أن يهبه، فدخل الزوجة والمريض في الثلث، ويخرج المحجور عليه مطلقاً كهما في زائد الثلث، وأما المعطي له فشرطه أن يكون ممن يصح له تملك العطية ولو لم يستمر ملكه فتدخل عطية الرقيق لمن يعتق عليه، فإنه يعتق بمجرد الملك حيث علم المعطي بالكسر أو قبل المعطي بالفتح، وأما الشيء المعطى فشرطه أن يكون مما يقبل النقل في الجملة، فيشمل كلب الصيد وجلد الأضحية والأشياء المجهولة، ويخرج الاستمتاع بالزوجة والأمة والشفعة ورقبة المكاتب والحبس فلا تصح هبة شيء منها. وأما الصيغة فهي كل ما دل على تملك الرقبة للمعطي له ولو فعلاً، كدفع دينار لفقير، وكنحلة الوالد لولده. الرابع من التنبيهات: فهم من قوله: ولا تتم هبة الخ أن المذكورات تصح وتلزم بمجرد القول أو الفعل الدال عليها، ويقضي على الفاعل بدفعها على المذهب وليس له رجوع فيها، وللمعطي له أن يحوزها ولا يتوقف على إذن المعطي بالكسر، وإنما لزمتم بمجرد عقدها لأنها كالبيع وقعت بإيجاب وقبول لقوله ﷺ في الصحيحين: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» حيث شبه الراجع فيها بالكلب والمرجوع فيه بالقيء، وذلك غاية التنفير المقتضي للمنع. الخامس: قول المصنف: ولا تتم هبة الخ يوهم قصر الحكم على تلك الثلاث وليس كذلك، بل مثلها بقية العطايا كالنحلة والمنحة والعريه والهدية والإسكان والعارية والإرفاق والعدة والإخدام والصلة والرهن والعمرى والإحباء فلا تتم إلا بالحيازة، قال القراني في الذخيرة: وضعت العرب لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة، فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض

فَذَلِكَ نَافِذٌ مِنَ الثَّلَاثِ إِنْ كَانَ لِعَيْزٍ وَارِثٍ وَالْهَبَةُ لِصَلَةِ الرَّجْمِ أَوْ لِفَقِيرٍ كَالصَّدَقَةِ لَا رُجُوعَ

وبعوض إجارة، والرقبي إعطاء المنفعة لمدة أقصرهما عمراً لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه، والعمر تملك المنفعة مدة عمره فهما أخص من العارية، والإفطار عارية الظهر المركوب مأخوذ من فقاره وهو عظام سلسلته، أو لإسكان هبة منافع الدار مدة من الزمان، والمنحة هبة لبن الشاة، والعرية هبة ثمرة النخل، والوصية تملك بعد الموت، والمنح والعطاء يعم الجميع، انتهى كلام الذخيرة. والنحلة مصدر نحلته أعطيته فهي العطية، والهدية واحدة الهدايا والمهدي بكسر الميم ما يهدي فيه كالطبق ونحوه، قال ابن الأعرابي: ولا يسمى مهدي إلا وفيه ما يهدى، والإرفاق النفع يقال أرفقته نفعته، والمرفق من الإرفاق ما ارتفعت به أي انتفعت به، والعدة جمعها عدات مصدر وعد فهي الوعد فالهاء عوض من الواو، والإخدام إعطاء خادم غلاء أو جارية، والصلة العطية، والحباء بكسر الحاء، والمد العطاء، والرهن معروف، وإنما أطلنا في ذلك قصداً لنفع الطالب لعزة بيان هذه المذكورات على هذا الوجه. ثم فرع على شرطية الحوز قوله: (فإن مات) الواهب أو المتصدق أو المحبس أو المعمر بالكسر أو غيرهم من كل من صدر منه عطية (قبل أن تحاز عنه) تلك المذكورات على نحو ما مر سوى عطية الولي لمحجوره. (فهو ميراث) لبطلانها بالموت قبل تمامها بالحوز، ومثل موت الواهب أو الواقف إحاطة الديون بماله أو جنونه أو مرضه المتصل بموته، قال خليل: وبطلت إن تأخر لدين محيط أو وهبت لثان وجاز أو أعتق الواهب أو استولد، ولا قيمة على الواهب للموهوب له من الفروع الثلاثة. (تنبيه) ظاهر كلامه بطلان الهبة وما معها بمجرد الموت ولو وجد الموهوب له في حوزها وهو قول ضعيف، والمذهب ما عليه العلامة خليل من أنه إن جد وسارع في حوزها فمات لم تبطل ولفظه: وصح إن قبض ليرتوي أوجد في القبض أو في تزكية شاهد الهبة عند إنكار الواهب فلم يحصل شيء من ذلك حتى مات أو فلس أو جن أو مرض فلا تبطل كما قاله ابن القاسم، واستشهد لذلك بالمفلس إذا خاصمه الرجل في عين سلعة ثم مات المفلس أن ربها أحق بها إن ثبت بينة أنها له، قال ابن المواز: ليس له إيقافها إلا في البينة القريبة مثل الساعة، وأما البينة البعيدة فلا يحال بينها وبين ربها إلا مع شاهد.

ثم بين أن محل بطلان المذكورات بالموت قبل الحوز في غير الواقع منها في حال المرض بقوله: (إلا أن يكون ذلك) المذكور من الهبة وما ذكر معها من أنواع العطايا صدر من المعطي (في) حال (المرض) المتصل بموته (فذلك) التبرع الواقع بلفظ الهبة أو الصدقة أو الحبس في حال المرض (نافذ من الثلث) لأنه خرج مخرج الوصية وهي لا تبطل بالموت وتكون من الثلث بشرط أشار إليه بقوله: (إن كان) الإعطاء (لغير وارث) لأن الوصية للوارث باطلة ولو بالثلث كبطلانها لغيره بأزيد من الثلث، وإن أجاز الوارث الباطلة كانت ابتداء عطية منه، وقيدنا المرض بالمتصل بالموت للاحتراز عما لو صح منه فإن جميع ما

فِيهَا وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَلَهُ أَنْ يَغْتَصِرَ مَا وَهَبَ لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ أَوْ الْكَبِيرِ
مَا لَمْ يُنْكَحْ لِذَلِكَ أَوْ يُدَايِنَ أَوْ يُحْدِثَ فِي الْهَبَةِ حَدَثًا وَالْأُمُّ تَغْتَصِرُ مَا دَامَ الْأَبُ حَيًّا فَإِذَا

صدر منه ولو بأكثر من الثلث، أو كانت لوارث صحيح لازم يجب عليه تنفيذه لا حجر عليه بسفه ولا دين، لأن الإنسان ما دام صحيحاً رشيداً له التبرع بجميع ماله على كل من أحب، ولما كانت العطية تلزم بمجرد القول ويقضي عليه بدفعها وما هذا شأنه لا يرجع فيه، شرع يبين أن هذا ليس على إطلاقه بقوله: (والهبة لصلة الرحم) وهو من يحرم نكاحه ولو غنياً. (أو لفقير) أو صالح أو يتيم (كالصدقة) في أنها (لا رجوع فيها) لأنها لقصد ثواب الآخرة ولا مفهوم للرحم، بل كل ما يكون لثواب الآخرة لا رجوع فيه ولو من والد لولده، ولعله إنما ذكر الرحم لتنبية على أنهم أولى بفعل المعروف لقوله ﷺ: «من سره أن يبسط في رزقه وينسأ له في أجله فليصل رحمه» أي يعطيهم رواه الشيخان. (تنبيه) ظاهر كلام المصنف أن الهبة لا لصلة الرحم ولا للفقير بأن تكون لأجنبي غني لا تكون كالصدقة وللواهب الرجوع فيها وليس كذلك لما قدمنا من أن الهبة تلزم بالقول ويقضى بها ولا يحل الرجوع فيها لقوله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد» كما يأتي ثم فرغ على ما قبله، ولذا كان الأولى الإتيان بالفاء فقال: (ومن تصدق على ولده الصغير) لا مفهوم له بل وكذلك الكبير (فلا رجوع له عليه) فيما تصدق به لما تقدم من أن الصدقة لا رجوع فيها إلا لشرط، وأشار إلى مفهوم الصدقة بقوله: (وله) أي للأب دنية (أن يعتصر) أي يأخذ قهراً (ما وهب لولده الصغير أو الكبير) لا لصلة الرحم ولا لفقره ولا لقصد ثواب الآخرة بل وهبه لوجهه لقوله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد». وفي المدونة: ولا يعتصر الأبوان ما تصدقا به على ولد صغير أو كبير، وأما الهبة وما في معناها من أنواع العطايا ولم يرد به ثواب الآخرة فللأب اعتصاره من ولده، وأما الحبس فهو كالصدقة لا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع فيعمل به في الصدقة والحبس، وقولنا دنية لإخراج الجدد، فلا يحل أن يعتصر ما وهبه لولد ولده، ومحل رجوع الأب في هبته لولده (ما لم ينكح) الولد (لذلك) أي لأجل المال الموهوب (أو يداين) أي يعطى ديناً لأجلها. (أو يحدث في الهبة حدث) أي حادث ينقصها في ذاتها أو يزيدا فإنها تفوت عليه ولا يحل له اعتصارها، قال خليل: وللأب اعتصارها من ولده فقط، إلى أن قال: إن لم تفت بحوالة سوق بل زيد أو نقص، ولم ينكح أو يداين لها أو يطأ ثيباً أو يمرض كواهب إلا أن يهب على هذه الأحوال، أو يزول المرض أو النقص أو يرجع الزيد فإنه يعود الاعتصار، ولا فرق في النقص بين الحسي كهزال الحيوان الذي كان سميناً، والمعنوي كنسيان العبد صنعته، وكذا تفوت الهبة المثلية بخلطها بمثلها.

(تنبيه) فهم من قوله لذلك أن التداين والإنكاح إنما يكونان مفوتين للاعتصار عند قصد الولي في النكاح، وصاحب المال في الدين أن النكاح والدين لخصوصها، لا إن لم

مَاتَ لَمْ تَعْتَصِرْ وَلَا يُعْتَصِرُ مِنْ يَتِيمٍ وَالْيَتِيمُ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ وَمَا وَهَبَهُ لِإِنِّهِ الصَّغِيرِ فَحَيَازَتُهُ لَهُ جَائِزَةٌ إِذَا لَمْ يَسْكُنْ ذَلِكَ أَوْ يَلْبَسُهُ إِنْ كَانَ ثَوْبًا وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ مَا يُعْرِفُ بِعَيْنِهِ وَأَمَّا

يقصد ذلك أو كانت قليلة لا ينكح ولا يداين الشخص لأجلها فلا يفوتان الاعتصار، ولا إن قصد الموهوب له بعقد نكاحه أو تداينه تفويتها دون قصد الولي أو الزوجة أو صاحب الدين. (والأم) ذنية كالأب لها أن (تعتمر) ما وهبه لولدها الذي له أب سواء كان صغيراً أو كبيراً. (ما دام الأب حياً) ولو مجنوناً زمن الهبة إلا أن تكون قصدت بهيتها صلة الرحم أو ثواب الآخرة، أو يكون فقيراً بائناً عن أبيه فلا تعتمرها، وقولنا ذنية للإشارة إلى أن الجدة لا تعتمر كالجد كالمعتاد. (فإذا مات) الأب (لم تعتمر) الأم ما وهبه ولو كان ولدها غنياً لأنه صار يتيماً. (و) الأم (لا تعتمر من يتيم) وهو من مات أبوه صغيراً، وظاهر كلام المصنف سواء وقعت الهبة قبل يتمه أو في حال حياته، خلافاً للخصي في قوله: أنها تعتمر من ذوي الأب ولو يتم بعد ذلك، ومفهوم كلامه أنها لو وهبت لكبير بعد موت أبيه لها أن تعتمر منه. والحاصل أن الذي وهبه أمه إن كان بالغاً حين الهبة فلها الاعتصار منه ولو لم يكن له أب لأنه لا يسمى يتيماً، وأما إن كان صغيراً حين الهبة فإن كان له أب فلها الاعتصار منه ما دام أبوه حياً، وأما إن كان صغيراً حين الهبة ولا أب له فلا اعتصار لها ولو بلغ قبل الاعتصار، وأما لو وهبت الصغير ذا الأب ثم مات أبوه والصبي صغير فقيه قولان، أحدهما لها الاعتصار وهو ظاهر المصنف والمدونة ومقابله للخصي، ومشى عليه خليل. ثم بين الجهة التي بها يكون الولد يتيماً بقوله: (واليتيم) في الأدمي (من قبل) بكسر القاف وفتح الموحدة أي جهة فقد (الأب) فمن مات أبوه صغيراً يصير يتيماً إلى أن يبلغ فلا يسمى يتيماً، وأما من مات أمه فقط فلا يقال له يتيم، وأما اليتيم من الطير فهو من فقدتهما معاً، وأما في نحو البقر وغيرها فمن جهة الأم فقط، ووجه التفرقة أن الأدمي إنما يضيع بفقد أبيه غالباً، ولما قدم أن الهبة وما معها لا تتم إلا بالحيازة، بين هنا أن ما سبق في غير هبة الأصل لفرعه بقوله: (وما وهبه) الأب الرشيد (لابنه الصغير) أو السفية (فحيازته له جائزة) معمول بها ولو استمرت عند الأب إلى أن فلس أو مات، لأن الأب هو الذي يحوز لمحجوره، وقيدنا الأب بالرشيد لأن الأب السفية لا يحوز، وإنما الذي يحوز وليه، واعلم أن حيازة الولي لمحجوره لا بد فيها من ثلاثة شروط: أحدها أن يشهد على الهبة له ولو لم تشهد البينة بالحيازة له، وثاني الشروط أشار إليه بقوله: (إذا لم يسكن) الأب (ذلك) الشيء الموهوب إن كان مما يسكن كدار أو حانوت. (أو) إذا لم (يلبسه إن كان ثوباً) أما إن كان الموهوب دار سكنه واستمر ساكناً بجميعها أو أكثرها أو استمر لابساً لما وهبه إن كان مما يلبس حتى حصل المنافع بطلت الهبة، قال خليل عاطفاً على ما لا يصح حوزة له: ودار سكنه إلا أن يسكن أقلها ويكرى له الأكثر، وإن سكن النصف بطل فقط، والأكثر بطل الجميع، وأما لو وهب دار سكنه لكبار ولده فلا يبطل منها إلا ما سكنه فقط، ويصح ما

الْكَبِيرُ فَلَا تَجُوزُ حَيَازَتُهُ لَهُ وَلَا يَزِجُ الرَّجُلُ فِي صَدَقَتِهِ وَلَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ إِلَّا بِالْمِيرَاثِ وَلَا

جازه الولد كان كثيراً أو يسيراً، والوقف مثل الهبة في ذلك. وأشار إلى ثالث الشروط بقوله: (وإنما يحوز) الأب (له) أي لمحجوره (ما يعرف بعينه) كدار أو دابة، فلو وهب له ما لا يعرف بعينه كدراهم أو دنائير وحازها حتى حصل له مانع من موت أو جنون أو فلس بطلت الهبة ولو طبع عليها بحضرة شهودها، بخلاف لو طبع عليها أو وضعها عند غيره إلى موته أو فلسه فلا تبطل، قال خليل: ولا إن بقيت عنده إلا لمحجوره إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم عليه، وسواء كان لمحجور صغيراً أو سفيهاً، وسواء كان الولي أباً أو وصياً أو مقدماً من قبل القاضي، وعبرة خليل أجود لشمولها الأب وغيره من الأولياء والمحجور الصبي وغيره.

(تنبيهات) الأول: أشعر قول المصنف: وما وهبه لابنته الخ أن حياة الأم ما وهبته لولدها الصغير لا تصح وهو كذلك ولو أشهدت على ذلك، إلا أن تكون وصية الولي أو وصية وصيه فيصح حوزها له حينئذ. الثاني: ظاهر كلام المصنف صحة حياة الأب لمحجوره ولو لم يصرف غلة الشيء الموهوب للموهوب له كالوقف والمسألة ذات خلاف، والذي أفتى به الغبريني والرصاع وابن عرفة ووقع لابن رشد نحوه وجرى به العمل عدم اعتبار ذلك، وأن الحياة هنا تصح ولو كان الولد يصرف غلة الموهوب في مصالح نفسه بخلاف الوقف، وهذا لا ينافي ما ذكره المتيطي وخليل في دار السكنى من أنه لا بد في صحة حوزها من كرائها باسم المحجور للفرق بين صرف الغلة وعقد الكراء. الثالث: كما لا تبطل الهبة الصادرة من الولي لمحجوره ببقائها تحت يده إلى موته، كذلك هبة أحد الزوجين للآخر متاعاً، قال خليل بالعطف على ما تصح فيه الهبة: وهبة أحد الزوجين للآخر متاعاً فإنها صحيحة وإن لم ترفع يده عن هبته للضرورة، ومثل هبة أحد الزوجين لصاحبه هبة السيد لأم ولد فإنها صحيحة ولو استمرت تحت يده إلى موته، ويشترط في صحة جميع ما ذكر الإشهاد على الهبة. والحاصل أن هبة الولي لمحجوره وأحد الزوجين لصاحبه خلا دار السكنى أو دار سكنى الزوجة لزوجها والسيد لأم ولده لا يشترط فيها حياة، وما عدا ذلك من أنواع العطايا لا ينافي تمامه من الحياة قبل حصول المانع للمعطي بالكسر.

ثم صرح بمفهوم الصغير بقوله: (وأما) ما وهبه لابنه (الكبير فلا تجوز حياته له) وإنما يجوز لنفسه حيث كان رشيداً، وأما السفيه فقد قدمنا أنه كالصغير يحوز له أبوه، ويفهم من كلامه أنه لو وهب لابنه في حال صغره شيئاً واستمر حائزاً له حتى بلغ رشيداً ولم يحزه قبل موت أبيه أنها تبطل، وأما لو بلغ سفيهاً فإنه يستمر حائزاً له، واختلف لو بلغ الصغير وجهل حاله بعد بلوغه واستمر أبوه حائزاً حتى مات، فهل يحمل على السفه فلا الفواكه الدواني ج ٢ - ١٧٤

بَأْسَ أَنْ يَشْرَبَ مِنْ لَبْنٍ مَا تَصَدَّقَ بِهِ وَلَا يَشْتَرِي مَا تَصَدَّقَ بِهِ وَالْمَوْهُوبُ لِلْمَعْوِضِ إِمَّا

تبطل أو على الرشد فتبطل؟ لعدم حيازته لنفسه بعد بلوغه قولان. (تنبيه) هذا كله في الولد الذكر الحر، وأما ما وهبه لولده الرقيق فيحوزه له سيده ولو كان كبيراً ولا تعتبر حيازته لنفسه، وأما ما وهبه لابنته البكر فإنه يحوزه لها ولو بلغت حتى يدخل بها زوجها ويؤنس منها الرشد. (ولا يرجع الرجل) المراد المتصدق (في صدقته) والمعنى: أنه يكره لمن تصدق بشيء أن يملكه بشراء أو غيره من أسباب الملك. (ولا) ينبغي أن (ترجع إليه إلا بالميراث) قال خليل: وكره تملك صدقة بغير ميراث، ومفهوم الصدقة أن الهبة لوجه المعطى له يجوز تملكها بغير الميراث على المشهور، ووجه الفرق بين الهبة والصدقة أن الصدقة لشواب الآخرة، فالتسبب في تملكها مناف لقصد الفاعل، والأصل فيما ذكر قوله ﷺ لعمر في الفرس الذي تصدق به: «لا تشتريه ولو أعطاكه بدرهم» قال اللخمي: ومشهور المذهب حمل النهي على الندب، وحمله الداودي على التحريم، واستظهره ابن عرفة وأبو الحسن، وحملنا الرجوع على استحداث ملكها بسبب إشارة إلى أنه ليس المراد بالرجوع إبطال الصدقة لأن هذا لا يصح للزوم سائر العطايا سوى الوصية بمجرد القول، ويقضى عليه بدفعها ويحرم عليه إبطالها إلا عطية الوالد لولده كما مر، وإلا أن يكون المتصدق شرط في عقد صدقته الرجوع وإلا عمل بشرطه ولو أجنبياً مع أجنبي، قياساً على من وقف شيئاً وشرط لنفسه بيعه إن شاء فإن له بيعه ولو لغير حاجة.

(تنبيه) أخذ بعض العلماء من قول المصنف: ولا يرجع الرجل في صدقته أن من أخرج كسرة لسائل فوجده قد ذهب أنه لا يجوز له أكلها، ويجب عليه أن يتصدق بها على غيره كما قاله مالك، وقال غيره: يجوز له أكلها، وجمع ابن رشد بين قولي مالك وغيره بحمل كلام غير مالك على ما إذا أخرجها لمعين فيجوز له أكلها عند عدم وجوده أو عدم قبوله، وحمل كلام مالك على إخراجها لغير معين، فلا يجوز له أكلها بل يتصدق بها على غيره لأنه لم يعين الذي يأخذها، وهذا جمع حسن، ثم ذكر ما هو كالمناقض لما قبله بقوله: (ولا بأس أن يشرب) المتصدق (من لبن ما تصدق به) من شاة أو بقرة، وإنما كان هذا كالمناقض لما قبله، لأن شرب لبن ما تصدق به رجوع في صدقته وقد قال أولاً: ولا يرجع الرجل في صدقته ولا ترجع إليه إلا بميراث، وقال خليل أيضاً: ولا يركبها ولا يأخذ من غلتها، ولا شك في أن هذا كالمناقض، والجواب عن تلك المعارضة بحمل ما تقدم من عدم جواز الانتفاع بشيء مما تصدق به، على ما إذا كانت الصدقة على أجنبي أو على ولده الصغير أو السفية ولو مع رضاه أو الرشد مع عدم رضاه، وحمل قوله: ولا بأس الخ على شربه من لبن ما تصدق به على ولده الكبير الرشيد برضاه، وهذا يؤخذ من قول المدونة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها ولا ينتفع بشيء منها، وقول ابن المواز: وللرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب

أَثَابَ الْقِيَمَةَ أَوْ رَدَّ الْهَبَةَ فَإِنْ قَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا وَذَلِكَ إِذَا كَانَ يُرَى أَنَّهُ أَرَادَ الثَّوَابَ مِنْ الْمُوهُوبِ لَهُ وَيُكْرَهُ أَنْ يَهَبَ لِبَعْضِ وَلَدِهِ مَا لَهُ كُلُّهُ وَأَمَّا الشَّيْءُ مِنْهُ فَذَلِكَ سَائِعٌ وَلَا بَأْسَ

من لبنها ويكتسي من صوفها إذا رضي الولد، وكذلك الأم. «محمد» وهذا في الولد الكبير وأما الصغير فلا يفعل، وقاله مالك، وبعضهم حمل قوله: ولا بأس أن يشرب الخ على ما إذا كان اللبن ونحوه شيئاً يسيراً بحيث يكون ثمنه تافهاً أو كثيراً ورضي المتصدق عليه المالك لأمر نفسه، وعدم الجواز على ما إذا كان اللبن كثيراً ولم يرض المتصدق عليه المالك لأمر نفسه بأخذه.

(تنبيهان) الأول: محل هذا ما لم يفتقر الأب وإلا جاز له الأكل مما يصدق به على ولده، قال خليل: وينفق على أب افتقر منها ولا يدخل تحت النهي، كما يجوز للزوج أن ينفق على زوجته من صدقته وإن غنية لوجوب نفقتها عليه كوجوب نفقة الأبوين الفقيرين على ولدهما فينفق عليها الزوج مما تصدقت به عليه. الثاني: الذي يقتضيه النظر وعليه ابن ناجي أن لا بأس هنا لما غيره خير منه، وأما قوله: (ولا يشتري) المتصدق (ما تصدق به) فهو محض تكرار مع ما قبله من قوله: ولا يرجع الرجل في صدقته، لأن المراد لا ينبغي له أن يستحدث ملك ما تصدق به اختياراً بشراء أو غيره، وأما بالميراث فلا حرج عليه لأنه لم يتسبب في الرجوع.

(تنبيه) يستثنى من قول المصنف: ولا يرجع الرجل في صدقته اختياراً أشياء منها: العرية فإنه يرخص للمعري شراؤها، قال خليل: ورخص لمعر وقائم مقامه اشتراء ثمرة تبيس الخ، ومنها من أعر شخصاً داره فإنه يجوز للمعمر بالكسر شراؤها، ومنها من سبل ماء على غيره فيجوز له أن يشرب منه، ومن أخرج كسرة لسائل معين فلم يجده على ما قاله ابن رشد، ومنها من تصدق على ابنه الصغير بأمة فتعلقت نفسه بها فإنه يجوز له أن يأخذها بقيمتها، قال خليل: وتقويم جارية أو عبد للضرورة ويستقصي، بخلاف ما تصدق بها على ابنه الكبير أو على أجنبي فلا يجوز له تملكها. ولما فرغ من الكلام على الصدقة والهبة لوجه المعطي شرع في الهبة لثواب الدنيا، وعرفها ابن عرفة بقوله: وهي عطية قصد بها عوض مالي فقال: (والموهوب للعوض) المخير (إما أثناب القيمة) يوم القبض فيلزم قبولها. (أو رد الهبة) لوأهبها وهذا التخيير مع عدم فوات الذات الموهوبة. (فإن فاتت) بيد الموهوب له لا بحوالة سوق بل بزيادة أو نقص (فعليه قيمتها) جبراً عليه، قال خليل: ولزم وأهبها لا الموهوب القيمة إلا لفوات، يزيد أو نقص، ثم بين محل استحقاق الواهب الثواب بقوله: (وذلك) أي لزوم القيمة للواهب بعد فوات الهبة مشروط بما (إذا كان) أي الحال والشأن (يرى) بالبناء للمجهول أي يظن (أنه أراد) أي قصد الهبة لأجل (الثواب) أي العوض (من الموهوب له) ويعرف ذلك بقرائن الأحوال، كفقير يدفع شيئاً لغني، بخلاف هبة الغني لفقير أو صالح أو عالم، فلا يصدق في قصد الثواب في هبته لواحد منهم، وفهم

من قول المصنف: إذا كان يرى الخ أنه يصدق في قصد الثواب وهو كذلك، قال خليل: وصدق واهب فيه إن لم يشهد عرف بضده، والحكم المذكور عام ولو كانت الهبة لأجل عرس أو عند قدوم من حج، ولو اهب الثواب طلب الثواب ولو معجلاً ولا يلزمه الصبر إلى أن يتجدد للموهوب له عرس إلا لعادة، وللموهوب له أن يحاسب الواهب بما أكله هو ومن معه عند إحضار الهبة المسماة عند العامة بالحمولة، والتصديق في إرادة الثواب بيمين مطلقاً، وقيل اليمين عند إشكال الأمر، وذلك إذا لم يشهد العرف له ولا عليه، بناء على أن العرف بمنزلة شاهد فقط أو بمنزلة شاهدين، واعلم أنه إذا جرى العرف بالثواب يعمل به، ولو كان الموهوب مسكوكاً أو كان الواهب أحد الزوجين لصاحبه، فما في خليل حيث لا عادة وإلا عمل بها لأنها عند مالك كالشرط.

(تنبيهات) الأول: لم يبين المصنف حكم هبة الثواب، والذي يظهر أنها جائزة كالبيع لا مندوبة، يدل على جوازها الكتاب والسنة، فالكتاب قوله تعالى: ﴿وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله﴾ [الروم: ٣٩] فإن ابن عباس قال: الربا أن يعطي الرجل عطية ليعطي أكثر منها. وقوله تعالى: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾ [المدثر: ٦] قال المفسرون: وذلك أن يهدي هدية ليهدي له أكثر منها، فنهى النبي ﷺ عن ذلك وأباحه الله لسائر الناس، ومن السنة ما روي أن النبي ﷺ كان يقبل الهدية ويشب عليها كما في الصحيحين، وهذا لا ينافي ما قالوه من أن هبة الثواب إنما تجوز لأمة النبي ﷺ لا له لآية: ﴿ولا تمنن تستكثر﴾ [المدثر: ٦] لأنه لا ملازمة بين جواز قبولها ودفعها بل لكل حكم. الثاني: فهم من جواز الهبة لقصد الثواب جواز دفعها مع شرط الثواب، قال خليل: وجاز شرط الثواب ولزم بتعيينه حيث رضي به من لم يحصل منه التعيين، وقولهم للواهب الرجوع في هبته حيث لم تفت الهبة ولم يدفع له الواهب القيمة، محمول على ما إذا لم تعين الثواب ويرضى به من لم يحصل منه تعيين وإلا صار عقدها لازماً، وقضى على الموهوب له بدفعه، وإنما جازت هبة الثواب مع عدم تعيين العوض مع أنها كالبيع تنزيلاً لها منزلة نكاح التفويض وهو عقد بلا ذكر مهر.

الثالث: لم يبين المصنف ما منه الثواب وبينه خليل بقوله: وأثيب ما يقضى عنه ببيع وإن معيباً حيث كان فيه وفاء بالقيمة، فيثاب عن العرض طعاماً أو دراهم أو عرضاً عن غير نوع الموهوب، ويثاب عن الذهب أو الفضة عرضاً أو طعاماً أو حيواناً، ولا يجوز أن يثاب عن الذهب فضة ولا عكسه لما يلزم عليه من الصرف المؤخر، ولا عن العين من صنفها لما يلزم عليه من البدل المؤخر، ولا عن الحيوان لحماً من جنسه ولا عكسه لحرمة بيع اللحم بالحيوان من جنسه وقضائه عنه، ويثاب عن الطعام عرضاً أو دنائير لا طعاماً ولا من غير نوعه لما يلزم عليه من ربا النساء، وما يقع في الأرياف بين العامة من رد الطعام عن الطعام

فحرام، ومثله قضاء الدراهم عن مثلها أو عن الذهب، اللهم إلا أن يقع قضاء الطعام عن الطعام قبل تفرقهما بل في مجلس الهبة فيجوز بشرط المساواة عند اتحاد الجنس أو مع الزيادة عند اختلافه كما يفيد قول المدونة لأن هبة الثواب بيع.

الرابع: فهم من قول المصنف: إما أثاب القيمة أورد الهبة أنه لا يلزم الموهوب له دفع أكثر من القيمة ولو كانت العادة كذلك وهو كذلك، كما لا يلزم الواهب قبول أقل من القيمة، ووقع خلاف فيما إذا طاع الموهوب له بدفع أكثر مما يلزمه وأبى الواهب من أخذ أزيد من قيمة هبته، فأفتى القابسي بجبر الواهب على أخذ الزائد على قيمة هبته حتى لو حلف كل بالطلاق على نقيض ما أراد صاحبه لقضى بتحنيث الواهب لأن هبات الناس على ذلك، هذا ملخص كلام القابسي، لكن يقيد كلامه بما لا يدخله ربا الفضل وإلا امتنع، وأفتى غيره بأنه لا يجبر الواهب على قبول الزائد لأن الإنسان لا يلزمه أخذ ما يتوقع المن به.

الخامس: هبة الثواب شبيهة بالبيع، ولذا لو مات الواهب للثواب قبل حيازة الهبة لم تبطل ويجب تنفيذها، ولا تبطل بموت أو مرض أو فلس واهبها قبل حوزها فليست كغيرها من أنواع العطايا التي تبطل بعدم حيازتها قبل موت الواهب. ثم شرع في حكم هبة الوالد جميع ماله لبعض أولاده بقوله: (ويكره) كراهة تنزيه للشخص في حال صحته (أن يهب لبعض ولده) ولو صغيراً أو مريضاً (ماله كله) أو جله على مشهور المذهب، وإذا وقع ذلك المكروه مضى بشرط الحيازة قبل موت أو مرض الواهب، وبشرط أن لا يمنع من ذلك باقي الأولاد في حياة والدهم مخافة مطالبتهم بنفقة وإلا ردت، ومثل الإعطاء المذكور في الكراهة قسمته عليهم بالسوية إذا كان فيهم ذكور وإناث، وأما لو كانوا ذكوراً فقط أو إناثاً فقط فلا كراهة، كما لا يكره قسمته بينهم على أن للذكر مثل حظ الأنثيين، وقيدنا بحال الصحة للاحتراز عن حال المرض المخوف المتصل بالموت أنها باطلة لأنها وصية لو ارث، ومثلها لو وقعت في صحته وتأخر حوزها حتى مرض مرض الموت. (وأما) هبة (الشيء) القليل (منه) أي من ماله لبعض ولده (فذلك سائغ) أي جائز من غير كراهة، وتتم بالحيازة قبل حصول المانع للأب كسائر العطايا سوى هبة الثواب كما مر، والدليل على ما ذكر ما ورد: «أن النعمان بن بشير نحله أبوه شيئاً من ماله وأراد أبوه أن يشهد النبي ﷺ على ذلك، فقال رسول الله ﷺ: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ قال: لا، قال: فارجع فرجع فرد عطيته» ووجه الدلالة للمشهور من الكراهة أن النبي ﷺ إنما أمره بالرجوع وامتنع من الشهادة فدل ذلك على عدم كمالها، ولو كانت باطلة لقال عليه الصلاة والسلام إنها باطلة، وعلّة الكراهة أن عطية الأب كل ماله أو جله لبعض الأولاد يؤدي إلى عقوق الباقين وحرمانهم ويؤدي إلى تباعضهم، والمطلوب الحرص على المواصلة والمودة والعدل بينهم، ولذا جاء في بعض

أَنْ يَتَّصِدَّقَ عَلَى الْفُقَرَاءِ بِمَالِهِ كُلِّهِ لِلَّهِ وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً فَلَمْ يَحْزُهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ حَتَّى مَرَضَ الْوَاهِبُ أَوْ أَفْلَسَ فَلَيْسَ لَهُ حَيْثُ قَبِضُهَا وَلَوْ مَاتَ الْمَوْهُوبُ لَهُ كَانَ لَوَرَثَتِهِ الْقِيَامُ فِيهَا عَلَى

الروايات: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم». وإنما قدرنا الشخص في حق الواهب إشارة إلى أنه لا فرق بين الأب والأم، كما أنه لا فرق في الولد الموهوب له بين الذكر والأنثى، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين البار والعاقل، ولما كان علة كراهة هبة جميع أوجل المال منتفية في الأجانب قال: (ولا بأس أن يتصدق) العاقل البالغ الرشيد (على الفقراء بماله كله لله تعالى) أي ابتغاء للثواب في الآخرة، والظاهر أن المتعين أن لا بأس هنا لما هو أحسن من غيره لأن الصدقة مستحبة، لأن الله تعالى أثنى على فاعل ذلك بقوله: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾^(١) ولأن الصديق رضي الله عنه تصدق بجميع ماله ولم ينكر عليه الرسول عليه الصلاة والسلام، وفعله جماعة من الصحابة رضي الله عنهم.

(تنبيهات) الأول: محل ندب التصدق بجميع المال أن يكون المتصدق طيب النفس بعد الصدقة بجميع ماله بحيث لا يندم على البقاء بلا مال، وأن ما يرجوه في المستقبل مماثلاً لما تصدق به في الحال، وأن لا يكون يحتاج إليه في المستقبل لنفسه أو لمن تلزمه نفقته أو يندب له الإنفاق عليه، وإلا لم يندب له ذلك، بل يحرم عليه إن تحقق الحاجة لمن تلزمه نفقته أو يكره إن تيقن الحاجة إليه لمن يندب الإنفاق عليه كحواشه، لأن الأفضل أن يتصدق بما يفضل عن مؤنته ومؤنة من يتفق عليه. الثاني: إنما قيدنا بالعاقل الرشيد للاحتراز من المحجور عليه، فلا يجوز له ما ذكر سواء كان الحجر عليه لصغر أو سفه أو إحاطة دين. الثالث: أشعر قوله يتصدق أن هذا غير يمين ولا نذر فيلزمه جميعه ولا يحبس منه شيئاً سوى ما يرده دين، بخلاف من التزم التصدق بجميعه بنذر أو يمين حنث فيه فيجزيه ثلثه، قال خليل: وثلثه حين يمينه إلا أن ينقص فما بقي من مالي في كسبيل الله، قال شراحه: ومثل في سبيل الله صدقة على الفقراء أو المساكين.

ثم شرع في مبطلات الهبة بقوله: (ومن وهب هبة) لغير ثواب الدنيا بل لوجه المعطى له أو للآخرة أولهما (فلم يحزها الموهوب له) بل استمرت عند الواهب ولم يجد الموهوب له في حوزها (حتى مرض الواهب) أو جن واتصل كل بموته (أو حتى) (أفلس) ولو بإحاطة الديون من غير قيام الغرماء (فليس له) أي للموهوب له (حينئذ) أي حين حصول المرض أو الفس وما ذكر معهما (قبضها) لبطانها بعد حوزها قبل حصول المانع، وإنما قيدنا بلم يجد في الحوز لما قدمنا من أن الراجح عدم بطانها بعدم الحوز مع الجد في الحوز، والدليل على بطانها بالمرض ما في الموطأ أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل ابنته عائشة جاد عشرين وسقاً فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غنى بعد موتي عنك، ولا أعز علي فقراً منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً فلو كنت جذتية وأخذتية لكان لك، وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله عز وجل.

الْوَاهِبِ الصَّحِيحِ وَمَنْ حَبَسَ دَاراً فِيهِ عَلَى مَا جَعَلَهَا عَلَيْهِ إِنْ حَبِزَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ وَلَوْ كَانَتْ

(تنبيهان): الأول: إنما قيدنا الهبة بغير هبة الثواب لما قدمنا من أنها كالبيع لا تبطل بموت الواهب قبل حوزها، وإنما قيدنا المرض بالمتصل بالموت للاحتراز عما لو مرض الواهب قبل الحوز ثم صح صحة بينة فإنها تحاز وتتم، وإنما قلنا في الفلوس ولو بإحاطة الديون لثلا يتوهم أن المراد الفلوس الخاص وهو حكم الحاكم بخلع مال المديون، ولا فرق في الدين المحيط بين السابق على الهبة والمتأخر عنها. الثاني: يستثنى من بطلان الهبة بعدم الحوز قبل المانع الهبة التي استصحبها الواهب معه إلى الموهوب له وأرسل بها رسولاً، فلا تبطل بموت الواهب ولا بموت الموهوب له المعين إذا كان الواهب قد أشهد على الهبة، قال خليل في مبدلات الهبة: أو استصحب هدية أو أرسلها ثم مات أو المعين لها إن لم يشهد، وفي صدقات المدونة أيضاً من قولها: من بعث بهدية أو صلة لغائب فمات المعطي أو المنعطي له قبل وصولها، فإن كان أشهد حين بعث بها على إنفاذها فهي للمبعوث إليه أو وارثه، وإن لم يشهد عليها حين بعث بها فهي للذي أعطى أو وارثه، وحكم من استصحب هدية معه لغائب حكم من أرسلها فعند الإشهاد لا تبطل وبدونه تبطل، ولما قدم أن الهبة تبطل بموت الواهب قبل الحوز ذكر حكم موت الموهوب له بقوله: (ولو مات الموهوب له) الحر الذي لم تقصد عينه لم تبطل الهبة بموته (وكان لورثته القيام فيها على الواهب الصحيح) لأنها صارت حقاً له، ومن مات عن حق فلوارثه، وإنما قيد الواهب بالصحيح للاحتراز عما لو كان قد مرض أو جن أو فلس قبل حوزها فليس للموهوب له ولا لورثته بعد موته الطلب بها لبطلانها بذلك كما مر، وقيدنا الموهوب له بالحر لأجل تعبير المصنف بالوارث، فلا ينافي أن الموهوب له الرقيق يقبض سيده ما وهب له بعد موته، فلو قال المصنف: كان لوارث الحر وسيد الرقيق القيام بها لكان أشمل ووافق لفظ المدونة، فقد قال في المدونة: وإن وهب لحر هبة أو عبد فلم يقبضها حتى مات فلورثة الحر وسيد العبد قبضها، وهذا في الهبة ومثلها صدقة التطوع، وأما الواجبة كالكفارة والزكاة فتوقف فيها بعض الشيوخ هل يقوم وارثه مقامه أم لا؟ وقيدنا بقولنا الذي لم تقصد عينه للاحتراز عما لو كان الواهب قال: هذه هبة لفلان بعينه لا لغيره ولا لوارثه فإنها تبطل بموت الموهوب له ولا يأخذها الوارث، فإن حصل التنازع في قصد عينه وعدم قصدها، فإن قامت قرينة لأحدهما عمل عليها وإلا فانظر أيهما يقبل قوله. ولما فرغ من الكلام على الهبة والصدقة شرع في الحبس لأنه عقبه في الترجمة وهو بضم الحاء وسكون الباء ويرادفه الوقف مصدر وقف المجرد على اللغة الفصيحة والرديئة أوقف عكس أعتق وعتق، وسمي بهذين الاسمين لأن العين موقوفة ومحبوسة وقد مرت حقيقته، واختلف أهل الإسلام في حكمه، والصحيح وهو مذهب الجمهور جوازه بل ندبه لأنه من أحسن ما تقرب به إلى الله تعالى، وقد حبس نبينا ﷺ وعمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة دوراً

وحوائط، وهو مما اختص به المسلمون لقول الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام، ومقابل الجمهور أبو حنيفة وأصحابه حيث ذهبوا إلى منعه وعدم صحته في حال حياة الواقف وهو ملك يورث عنه إلا أن يحكم حاكم بصحته أو يعلقه على موته كأن يقول: إن مت فداري وقف على كذا، واستدلوا بما لم ينهض لهم دليلاً، وقد قدمنا تعريفه في صدر الترجمة، كما قدمنا أن أركانه أربعة: الواقف وشرطه أن يكون من أهل التبرع، والموقوف وشرطه أن يكون مملوكاً للواقف لم يتعلق به حق لغيره ولو طعاماً أو نقداً على من يتسلفهما أو يرد مثلهما أو رقيقاً أو مستأجراً، والموقوف عليه وشرطه أن يكون محتاجاً إلى منفعة الموقوف ولو للصرف في مصالحه كقنطرة ومسجد، والصيغة وهي كل ما دل على إعطاء المنفعة ولو مدة من الزمان، لأنه لا يشترط فيه التأيد ولا التنجيز كلفظ حبست ووقفت مطلقاً أو تصدقت إن قارنها ما يدل على التأيد كقوله: هذا صدقة على الفقراء والمساكين لا يباع ولا يوهب أو يغتلبونه أو ينتفعون بذاته بالسكنى فيه، أو يكون على مجهول محصور كأن يقول: هذا صدقة على فلان وعقبه ونسله لقيام التعقيب مقام القيد، ويقوم مقام الصيغة التخلية بين الذات الموقوفة وبين الناس كالمسجد بينه ويفتحة للناس، وكالطاحون أو القنطرة، وما أشبه ذلك من كل ما ينتفع به عموم الناس فقال: (ومن حبس) من أهل التبرع (داراً) أو حائطاً أو حيواناً أو غيرهما من كل مملوك للمحبس ولم يتعلق به حق لغيره (فهي) قاصرة (على ما جعلها) المحبس بالكسر (عليه) بمجرد التلفظ بالصيغة، ولا تتوقف صحته على حكم حاكم، فلا يجوز له بيعها ولا الانتفاع بها ولا الرجوع فيها لما قاله أئمتنا من أن حكم الوقف اللزوم في الحال إذا نجزه أو أطلق، لأنه يحمل عند الإطلاق على التنجيز، ولذا لا يصح عندنا الاستبدال في الوقف، ولا تتوقف صحته على قبول حيث كان على غير معين كالفقراء والمساكين أو على مسجد لتعذره منه، وأما على معين كزيد فإنه يشترط قبوله إن كان أهلاً للقبول أو وليه إن كان محجوراً، وإن لم يكن للموقف عليه الصغير أو المجنون ولي فيقيم له السلطان من يقبل له، فإن رد الموقوف عليه المعين الأهل ما وقفه الغير عليه في حياة الواقف أو بعد موته فإن الوقف يرجع حبساً للفقراء والمساكين.

(تنبيهات) الأول: فهم من قول المصنف: فهي على ما جعلها عليه أنه عين الجهة الموقوف عليها، ولم يعلم من كلامه حكم ما لو وقف داره ولم يعين الشيء الموقوف عليه، والحكم فيه الصحة لأنه لا يشترط تعيين مصرفه ويصرف في غالب ما تحبس عليه أهل البلد، قال خليل: ولا تعيين مصرفه وصرف في غالب وإلا فالفقراء. الثاني: يفهم من قول المصنف: فهي على ما جعلها عليه أنه يجب اتباع شرط الواقف وهو كذلك، قال خليل: واتبع شرطه إن جاز، قال بعض شراحه: وكذا إن كره كاشتراط وقفه على قراءة

حُبْسًا عَلَىٰ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ جَازَتْ حَيَازَتُهُ لَهُ إِلَىٰ أَنْ يَبْلُغَ وَلْيُكْرِهَا لَهُ وَلَا يَسْكُنُهَا فَإِنْ لَمْ يَدْعُ سَكْنَاهَا حَتَّىٰ مَاتَ بَطَلَتْ وَإِنْ أَنْقَرَضَ مَنْ حُبِسَتْ عَلَيْهِ رَجَعَتْ حُبْسًا عَلَىٰ أَقْرَبِ النَّاسِ

سبع جماعة أو على ضحية في كل سنة عن الواقف بعد موته، ويحل وجوب اتباع شرطه عند الإمكان، فإن تعذر العمل بشرطه جازت مخالفته كاشتراط قراءة درس علم في محل ويخرب بحيث لا تمكن القراءة فيه أو يتعذر حضور الطالب أو غير ذلك، فإنه يجوز نقله في محل آخر وفعله كشرطه في وجوب الاتباع، مثال ذلك: أن يقرر مدرساً مالكياً يقرأ في مسجده ثم يموت فإنه لا يجوز للناظر بعده إن مات المالكي أن يقرر حنفياً أو شافعياً، وإنما يقرر مالكياً اتباعاً لفعل الواقف. الثالث: لا يشترط في الوقف عندنا التأييد وإن كان قول المصنف: فهي على ما جعلها عليه يوهم اشتراط التأييد وليس كذلك، خلافاً لابن عرفة في تعريفه للوقف حيث قال: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده فإنه خلاف المعتمد وأنه بنى التعريف على الغالب، فلا ينافي أنه يصح الوقف مدة من الزمان ويصير الذي كان موقوفاً ملكاً كما نص عليه خليل وغيره، ويجوز عندنا لناظر الوقف بأن يفعل في الوقف كل ما كان قريباً لغرضه وإن خالف شرطه، كما لو وقف ماء على الغسل والوضوء فيجوز للناظر أن يمكن العطشان يشرب منه لأنه لو كان حياً لما منع من ذلك.

ثم بين شرط تمام وقف الدار ونحوها بقوله: (إن حيزت قبل موته) أو فلسه أو جنونه، فلو قال قبل كموته لشمّل بقية المانع من فلس أو جنون، ومفهوم كلامه أنه لو لم تحصل حيازة حتى مات الواقف أو فلس بطل الوقف، وحقيقة الحيازة رفع يد الواقف عن الوقف وتمكين الموقوف عليه من التصرف في الذات الموقوفة بما يجوز للموقوف عليه أو النخلية بين الشيء الموقوف وبين الناس في نحو المسجد والطاحون، وهذا إذا كان الموقوف عليه أجنبياً أو ولداً كبيراً ولو سفيهاً بناء على المشهور من اعتبار حيازته. (تنبيه) لم يذكر المصنف ما تثبت به الحيازة وفيه خلاف، قيل لا بد من شاهدين، وقيل يكفي الشاهد واليمين، قال الأجهوري، وهو المشهور: وصفة الشهادة أن يقول العدل عاينته تحت يد الموقوف عليه قبل حصول المانع للواقف، ولا يكفي إقرار الواقف بالحوز قبل حصول المانع (ولو كانت) الدار أو غيرها (حُبْسًا عَلَىٰ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ) أو على يتيم في وصيته (جازت حيازته له) وتستمر (إلى أن يبلغ) فإن بلغ وجب أن يحوز لنفسه ولو سفيهاً على المشهور من اعتبار حيازته وهذا في الموقوف عليه الذكر، وأما الأنثى فيستمر الولي حائزاً لها ولو بلغت حتى يدخل بها الزوج وتشهد العدول على صلاح حالها، وهذا كله في الموقوف عليه الحر، وأما الرقيق فيحوز له سيده سواء كان الواقف أباً أو غيره. وأشار إلى شروط حيازة الولي للصغير بقوله: (وليكرها له ولا يسكنها) إذا كانت الدار الموقوف دار سكنى الواقف (فإن لم يدع) الواقف أي يترك (سكنها) بل استمر ساكناً فيها كلها أو جلها (حتى مات) أو فلس (بطلت) وقفيتها وترجع ميراثاً، وأما لو سكن الأقل وأكرى له الأكثر

بِالْمُحْبَسِ يَوْمَ الْمَرْجِعِ وَمَنْ أَعْمَرَ رَجُلًا حَيَاتَهُ دَارًا رَجَعَتْ بَعْدَ مَوْتِ السَّاكِنِ مِلْكَاً لِرَبِّهَا

لصح الوقف في جميعها، لأن الأقل يتبع الأكثر في الصحة والبطلان، وأما لو سكن النصف وأكرى النصف لبطل فيما سكن وصح فيما أكرى، هذا حكم وقف دار سكناء على ولده الصغير، وأما لو وقف دار سكناء على كبار ولده وسكن البعض فلا يبطل إلا ما سكن سواء كان قليلاً أو كثيراً، والهبة والصدقة مثل الوقف في جميع ذلك، قال في المدونة: ومن حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فذلك جائز وحوزه حوز لهم، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن يسكن أقلها ويكرى لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما يسكن، وبقي من شروط حيازة الولي للصغير أن يكون قد أشهد الواقف على وقفه قبل حصول المانع، وأن تكون البينة عاينت الشيء الموقوف قبل حصول المانع أيضاً، ولا يكفي مجرد إقرار الواقف دون معاينة الذات الموقوفة، لأن المنازع للموقوف عليه بعد موت الواقف إما الورثة وإما الغرماء، والبينة إما تشهد على ما عاينته وأن تثبت أن الواقف كان يصرف جميع أوجل الغلة في مصالح المحجور، فلو صرفها في مصالح نفسه لم تصح الحيازة، قال خليل مستثنياً في اشتراط الحوز الحسي: إلا لمحجوره إذا أشهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكناء. (تنبيه) لم يذكر المصنف حكم ما لو حيزت دار السكنى أو غيرها مما له غلة بعد وقفها ثم عاد الواقف لسكنائها بعد حيازتها وفي ذلك تفضيل، فإن عاد بعد حوزها عاماً لم يبطل تحبيسها لحصول شهرة وقيمتها، وإن عاد لها قبل مضي عام من يوم التحبيس بطل تحبيسها، قال خليل: وبطل على معصية وحربي وكافر لعمسجد، أو على بنه دون بناته، أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام، أو جهل سبقه لدين إن كان على محجور أو على نفسه، أو على أن النظر له، أو لم يجره كبير وقف عليه ولو سفيهاً، أو ولي صغير، أو لم يخل بين الناس وبين كعمسجد قبل فلسه وموته ومرضه إلا لمحجوره إذا أشهد وصرف الغلة له ولم تكن دار سكناء، أو على وارث بمرض موته إلا معقياً خرج من ثلثه فكميرات للوارث.

ثم شرع في بيان من ترجع له الذات الموقوفة بعد انقراض الموقوف عليه بقوله: (وإن انقراض) أي انقطع (من حبست عليه) الدار ونحوها على التأييد أو مدة من الزمان ولم تنقض (رجعت حبساً على) فقراء (أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع) قال خليل: روجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبية المحبس، وامرأة لو رجلت عصبية ويستوي فيه الذكر والأنثى، ولو كان الواقف شرط في أصل وقفه للذكر مثل حظ الأنثيين لأن المرجع ليس فيه شرط، ولو لم يكن له يوم المرجع إلا ابنة واحدة لكان لها جميعه، وإن لم يوجد له قريب يوم المرجع فإنه يصرف للفقراء، والدليل على ذلك قوله ﷺ: «لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج». وقوله ﷺ: «اجعلها في أقاربك». وظاهر كلام المصنف رجوعها لأقرب

وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْمَرَ عَقْبَهُ فَأَنْقَرَضُوا بِخِلَافِ الْحُبْسِ فَإِنْ مَاتَ الْمُعْمِرُ يَوْمَئِذٍ كَانَتْ لِرِثَتِهِ يَوْمَ

فقراء عصابة المحبس ولو كان المحبس حياً وهو كذلك، ولا يدخل في الوقف ولو صار فقيراً لأن الإنسان لا يدخل في صدقة نفسه، كما لو وقف على أولاد أبيه لا يدخل هو فيهم، وكمن عزل زكاة ماله ولم يدفعها للفقراء حتى ضاع الأصل وصار فقيراً فإنه يجب عليه أن يدفع سهم الفقراء، لأنه لا يسقط عنه بضياع الأصل ولا يدخل فيه ولو صار فقيراً.

(تنبيهات) الأول: افهم قوله: من حبست عليه أن المحبس عليه جهة معينة كزيد وذريته، وأما لو كان نحو الفقراء من كل جهة لا تنقطع فلا يتأتى هذا الحكم، وأما لو كان الوقف على مسجد أو قنطرة وحصل فيهما انهدام فأشار إليه خليل بقوله: وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها، وأما لو كان يرجى عودها فإنه يحبس لها. الثاني: إنما قلنا على التأييد أو مدة ولم تنقض للاحتراز عن الوقف مدة وانقضت فإنه يرجع ملكاً لواقفه إن كان حياً ولوارثه بعد موته. الثالث: علم مما قررنا أنه لا يشترط في الوقف التأييد خلافاً لظاهر كلام ابن عرفة في تعريفه، وكذا قال القرافي في الذخيرة: الوقف يتنوع إلى خمسة أنواع: منقطع الأول، منقطع الآخر، منقطع الطرفين، منقطع الوسط، منقطع الطرفين والوسط، فالأول: كالوقف على نفسه أو على معصية أو على ميت لا ينتفع ثم على الفقراء. والثاني: كالوقف على أولاده ثم على معصية. والثالث: كالوقف على نفسه ثم على أولاده ثم على ميت لا ينتفع. والرابع: كالوقف على أولادهم ثم على معصية ثم على الفقراء. والخامس: كالوقف على نفسه ثم على أولاده ثم على المحاربين في جهة معينة ثم على مدرسة معينة ثم على الكنيسة، والظاهر من مذهبنا أنه يبطل فيما لا يجوز الوقف عليه، ويصح إذا أمكن الوصول إليه، ولا يضر الانقطاع لأن الوقف نوع من التملك في المنافع أو الأعيان، فجاز أن يعم أو يخص كالعواري والهيئات والوصايا، وقال الشافعي يمنع منقطع الابتداء وحده أو مع الانتهاء، وقال أبو حنيفة: يمنع منقطع الانتهاء، وقال أحمد: يمنع منقطع الانتهاء والوسط، هكذا في الذخيرة. ثم شرع في الكلام على العمرى بضم العين وسكون الميم وهي بالقصر مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفاً لها، وعرفها ابن عرفة بقوله: هي تملك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء، فيخرج إعطاء الذات ويخرج بحياة المعطى الحبس والعارية والمعطى في كلامه بفتح الطاء، وأما تملك المنفعة حياة المعطى بالكسر فهي عارية حقيقة، وإن أطلق عليها لفظ العمرى فعلى جهة المجاز، ويخرج بقوله: بغير عوض الإجارة الفاسدة، ويخرج بإنشاء الحكم باستحقاق العمرى وحكمها النذب كالهبة والصدقة وهي من الأركان كالهبة وصيغتها أعمرتك وأسكنتك، وتجوز في الدور والرقيق وغيره من سائر الحيوانات والحلي والنياب فقال: (ومن أعمر رجلاً) أو امرأة (حياة داراً) أو غيرها لينتفع بسكنائها مدة عمره صح ذلك و (رجعت بعد موت الساكن ملكاً لربها) إن كان حياً (وكذلك) ترجع ملكاً لربها إن كان حياً (إن أعمرها عقبه) أي ذلك الرجل بأن قال: أعمرت

مَوْتِهِ مِلْكَاً وَمَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِ الْحُبْسِ فَتَصِيْبُهُ عَلَى مَنْ بَقِيَ وَيُؤْتَرُ فِي الْحُبْسِ أَهْلُ الْحَاجَةِ

أولادك فقط (فانقرضوا) وكذلك لو أعمره وعقبه بأن قال: أعمرتك ووارثك فإنها تكون لوارثه بعد موته، وبعد انقراض وارثه ترجع ملكاً لربها، والصور ثلاثة: إعمارها فقط، عقبه فقط، إعمارها مع عقبه. (بخلاف الحبس) فإنه لا يرجع بعد موت المحبس عليه ملكاً لربه بل يستمر حبساً، قال خليل: ورجع إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس وامرأة لو رجعت لعصبة (فإن مات المعمر) بكسر الميم (يومئذ) أي يوم موت المعمر بفتح الميم أو مات العقب إن كان هو المعمر بفتح الميم. (كانت) أي الدار (لورثته) أي المعمر بكسر الميم (يوم موته) لا يوم المرجع إذا مات عن ابن رقيق أو كافر وأخ أو عم حر مسلم، ولم يمت المعمر بفتح الميم حتى عتق أو أسلم الابن فإنها تكون للأخ لا للابن لأنه لم يكن وارثاً حين موته، وقوله (ملكاً) بالنصب على الحال في الموضوعين من الضمير المستتر العائد على الدار لتأوله بمملوسة، أو على المفعول المطلق على حذف مضاف أي رجعت رجوع ملك.

(تنبيهان) الأول: قصد ببيان صفة رجوع العمري ملكاً الرد على من قال: المعقبة لا ترجع بعد انقراض العقب مطلقاً، أو على من قال: ترجع المعقبة مراجع الأحياس، وأما ما في الموطأ من قوله عليه الصلاة والسلام: «أيما رجل أعمار رجلاً عمري له ولعقبه» فإنها للذي يعطاها لا ترجع للذي أعطاها أبداً، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارثة، فلم يأخذ به مالك لأن عمل أهل المدينة على خلافه. الثاني: علم مما قررنا أن العمري لا تتقيد بالعقار، كما لا تتقيد بعمر المعمر بفتح الميم ولا بلفظ أعمرتك، فلو قال له: وهبت لك غلتها مدة عمرك كانت عمري. ثم شرع في بيان حكم الحبس بعد موت بعض من حبس عليه بقوله: (ومن مات من أهل الحبس) وهم الموقوف عليهم (فنصيبه) موزع (على من بقي) من الموقوف عليهم إذا كان الوقف على معينين كقوله: هذا وقف على أولاد فلان أو أولاد أولاده ولم يرتب، فإنه يقسم على الجميع عند وجودهم، ولا يمنع ولد الولد لوجود أصله لأنه لم يرتب، ولذا ينتقض القسم بحدوث ولد لأولاد الأولاد أو لأبائهم، كما ينتقض بموت واحد من الفريقين. والحاصل أن الفرع يدخل في الوقف مع وجود أصله ولو صغيراً في غير دور السكنى، وأما لو كان الموقوف بيوت سكنى فلا يستحق الولد الذكر مع أبيه إلا إذا تزوج، وأما الأنثى فلا تعطى لأنها في كفالة أبيها، وأما إذا قال: على أولاد فلان ثم على أولاد أولاده وهكذا، فإن من مات ينتقل نصيبه لولده ولا ينتقل لأخيه إلا إذا لم يكن له ولد ولا ولد ولد، ولو قال: الطبقة العليا تحجب السفلى لأن مراد الواقف بقوله: الطبقة العليا تحجب السفلى أن كل أصل يحجب فرع نفسه لا فرع غيره. (تنبيه) وإذا قسم على الموقوف عليهم المعينين فيعطى للغني والفقير والصغير والكبير، وتعطى الأنثى مثل الذكر لأن شأن العطايا التساوي إلا لشرط خلافه، فيعمل بالشرط إلا في مراجع

بِالسُّكْنَى وَالغَلَّةِ وَمَنْ سَكَنَ فَلَا يَخْرُجُ لِغَيْرِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي أَصْلِ الْحُبْسِ شَرْطٌ فَيُمَضَى

الأحباس فلا يعمل بالشرط، ويسوى بين الذكر والأنثى ولا يزداد الفقير على الغني، لأن الإيثار إنما هو في الوقف على من لا يحاط بهم كالفقراء كما سيأتي التنبيه عليه.

(تمتة تشتمل على مسائل حسان عزيزة الوجود)

(ملخصة من كلام علامة الزمان الأجهوري رحمه الله وغيره)

منها: لو كان الموقوف غلة ثمرة ثم يموت بعض أهل الحبس قبل أخذ الثمرة ففي استحقاقه منها وعدم استحقاقه تفصيل محصله: إن كان الموت بعد طيب الثمرة فحظ الميت لورثته اتفاقاً، وإن كان قبل إبارها فلا شيء لوارثه اتفاقاً، وإن كان بعد الإبار وقبل الطيب فخمسة أقوال الذي رجح إليه مالك منها: أن تكون لمن بقي من أهل الحبس وهذا في الوقف على معينين، وأما لو كان على مثل بني زهرة أو الفقراء فلا يستحق منه أحد شيئاً إلا من كان موجوداً حين القسمة، وكل من مات أو غاب قبلها غيبة انقطاع لا يعطى وارثه شيئاً، وأما من غاب ليرجع سريعاً فيوقف له نصيبه على ما يظهر، ومنها الحبس على قوم للاغتلال كالدور والحيوانات ويريدون قسمته فهل يمكنون من ذلك أم لا؟ والحكم فيه أنه تجوز قسمته بتراضيهم قسمة انتفاع أو اغتلال بشرط اتفاقهم على نقض القسمة عند وجود ما يقتضي نقضها من زيادة عدد الموقوف عليهم أو نقصهم، ولا يجوز تراضيهم على قسمه ذاته، ومنها الوقف على نحو إمام أو مؤذن أو مدرس إذا أدخل واحد منهم بشيء من العمل المطلوب منه شرعاً، كالإمام يترك الإمامة مدة ولم يقم نائباً، أو المؤذن أو المدرس ثم يموت أو يعزل أو يستمر فهل يستحق شيئاً زمن إخلاله ويعطى ما يقابل عمله أو لا يعطى شيئاً؟ اختلف رأي القوم في ذلك، فالذي ارتضاه الوانشريسي أنه يستحق كل واحد بقدر عمله، والذي ارتضاه القرافي أنه لا يستحق شيئاً من المعلوم ولا في نظير ما عمل لأنه لم يصدق عليه أنه عمل ما طلب منه، والذي يظهر لي الأول لأنه كالأجير يتبع بعض العوض بتبعيض المنفعة، وسواء كان الموقف خراجياً أو هلالياً، ويدل لما قلناه أيضاً فتوى بعض فضلاء المالكية والشافعية بأن من تقرر في وظيفة ثم مات أو عزل فإن له أو لمورثه بقدر ما باشر، ولا يعطى المقرر بعده إلا من يوم مباشرته لا من يوم تقديره السابق على مباشرته، وأما نحو القراءة في سبع أو أجزاء يقصر الواحد منهم أحياناً أو يموت، فإن كانوا معينين فهم كالأجزاء لكل واحد أو وارثه بقدر عمله وإلا لم يعط شيئاً والله أعلم. ثم شرع في بيان صفة قسم المقصود من الوقف بقوله: (و) يجب على متولي أمر الوقف على غير معين أن (يؤثر في) قسم (الحبس أهل الحاجة) والعيال على غيرهم (بالسكنى والغلة) قال خليل: وعلى من لا يحاط بهم أو على قوم وأعقابهم أو على كولده ولم يعينهم فضل المولى أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى باجتهاده، لأن قصد الواقف الإرفاق والإحسان

بالموقوف عليهم وسد خلتهم، فإن استوا في الفقر أو الغنى فإنه يؤثر الأقرب على غيره، وأما لو كان الوقف على معينين فإنه يسوى بين الجميع، ولا يفضل فقيراً على غني، ولا أنثى على ذكر، ولا صغيراً على كبير، ويعطى منه الحاضر والغائب، بخلاف على نحو الفقراء فإنما يعطى منه الحاضر لا الغائب وقت القسمة كما قدمنا.

(تنبيهان) الأول: لم يبين المصنف معنى الإيثار على معناه التفضيل والزيادة على غيره، أو معناه التقديم على غيره، فمن الشيوخ من فسره بالأول، ومنهم من فسره بالثاني، قال الأجهوري وهو الأحسن: بخلاف الإيثار في الوصايا فإنه بالزيادة لا بالتقديم، ووجه الفرق أنه لو كان في الوصايا لفات غرض الموصي بسبب حرمان الباقي بخلاف الوقف فإنه مستمر، وهذا يفهم من قول ابن رشد: المبدأ في الحبس أهل الحاجة على الأغنياء في السكنى والغلة، فلا سكنى للأغنياء معهم إلا أن يفضل عنهم شيء. الثاني: لم يبين المصنف حكم الإيثار وحملناه على الإيجاب لأنه المتبادر من غرض الواقف عند فقد شرطه، ولا شك أن إيثار المحتاج موافق لغرضه، ولما كان يتوهم من وجوب الإيثار حتى في السكنى خروج من سكن فقيراً ثم استغنى. (فلا يخرج لغيره) من الفقراء أو ذوي العيال (إلا أن يكون في أصل الحبس شرط) بإخراج من استغنى (فيمضي) شرطه ويعمل به، قال خليل: ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط أو سفر انقطاع أو بعيد، وهو الذي يظن فيه عدم رجوع صاحبه، بخلاف من سافر ليرجع فإنه يبقى على حقه فله أن يكري محله إلى أن يعود، ومجهول الحال يحمل على العود حتى يحصل اليأس من عوده، هذا حكم الوقف على قوم محصورين كالمغاربة مثلاً، أو على ذرية فلان الفقراء، وأما الوقف على قوم موصوفين بوصف كالوقف على الفقراء، أو على طلبة العلم، أو على المشتغل بقراءة العلم، أو على الملازم للمجاورة في الأزهر ثم سكن واحد بوصفه وزال وصفه، فإنه يخرج لغيره ممن هو متصف بذلك الوصف.

(تنبيهان) الأول: لم يذكر المصنف حكم أولاد المقسوم عليهم، والحكم أن من سكن من أهل الحبس ومعه ولده فإن كان غير ممكن الانفراد عن أبيه فلا يستحق شيئاً، وإن بلغ وقوي على الانفراد ولم يسكن كالكبير، وإن لم يكن يتزوج حيث ضاق عنه مسكن أبيه، وأما الإناث فلا مسكن لهن لأنهن في كفالة الأب. الثاني: أقام الشيخ أبو الحسن المغربي من قول المدونة في هذه المسألة: من مات وغاب غيبة انتقال استحق الحاضر مكانه، وأما من سافر ليرجع فهو على حقه، أن من جلس بموضع من المسجد في الصف الأول وقام يجدد الوضوء أو يفعل شيئاً سواه ويعود إلى محله بالقرب فإنه أحق به، ومن هذا المعنى قيام الطالب من درس العلم لحاجة ويعود إلى محله فلا يسقط حقه، ولا يجوز

وَلَا يَبِيعُ الْحُبْسُ وَإِنْ خَرِبَ وَيَبِيعُ الْفَرَسُ الْحُبْسُ يُكَلَّبُ وَيُجْعَلُ ثَمُّهُ فِي مِثْلِهِ أَوْ يُعَانُ بِهِ

لغيره الجلوس فيه حيث كان لكل واحد مكان معلوم، ويقاس عليه كل من سبق إلى محل مباح كطريق أو جلوس باعة في سوق وأخذ ماء من بئر مباح. ثم شرع في بيان ما يجوز بيعه وما لا يجوز من الوقف بقوله: (ولا) يجوز بمعنى يحرم أن (يباع) العقار (الحبس وإن خرب) بحيث صار لا ينتفع به ولو لم يرج عوده، قال مالك رضي الله عنه: لا يباع العقار الحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك، وعند بعضهم يجوز بيعه إن كان في بقائه ضرر ولا يرجى عوده، وحكى على ذلك الاتفاق ولا شك في مخالفته لما قاله الإمام، ولعل وجه كلامه رضي الله عنه لما يلزم عليه من التطرق إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب، والإمام بنى مذهبه على سد الذرائع، وكما لا يجوز بيع العقار الحبس لا يجوز بيع أنقاضه: (تنبيه) كلام المصنف مقيد بما إذا لم يكن الواقف شرط للموقوف عليه بيعه وإلا جاز، سواء قيد ذلك بالحاجة أم لا، كما لو شرط الواقف لنفسه بيعه فيجوز له بيعه عملاً بالشرط قياساً على شرط الرجوع في صدقته، وكذا يجوز بيع الوقف لتوسعة مسجد الجمعة، قال خليل: إلا لتوسع كمسجد ويؤجر أو يشتري بثمنه ما يجعل حبساً كأول، ومثل توسعة المسجد توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم، لأن نفع المسجد والمقبرة والطريق أكثر من نفع الوقف فهو قريب لغرض الواقف، وأيضاً يستبدل بالثمن خلافه، فإن امتنع البائعون من جعل الثمن في مثله لا يقضى عليهم بذلك على المعتمد، واختلال أمر الوقف يحل بيعه، وهذا غير مناف لجبرهم على البيع كما قاله مالك رضي الله عنه في الدور التي كانت حول مسجده ﷺ وهي محبسة فإنها اشترت وزيدت فيه، وقيدنا بمسجد الجمعة لإخراج غيره، فلا يباع الوقف لتوسعته كما لا يباع لتوسعة نحو الميضأة، وأشار إلى ما يجوز بيعه بقوله: (و) يجوز أن (يباع الفرس الحبس يكلب) بفتح المثناة التحتية واللام والكلب فقد الإلهام، لأنه إذا أصاب الفرس لا يأكل ولا يشرب وتحمر عيناه ويعض كل من يقرب إليه، ومثل الكلب الهرم والمرض، ومثل الفرس الكلب على ما تعلقت منفعته المقصودة كالكبيرة من الإناث الموقوفة لنسلها أو لعملها، والزائد من الذكور على ما يحتاج إليه في الغزو. (و) إذا بيع الفرس الكلب وما ذكرناه فإنه يجب أن (يجعل ثمنه في مثله) مما ينتفع به كالنفع الذي كان في المباع إذا بلغ ثمنه ثمن شيء مماثل للأول. (أو) يعان به فيه) أي في شراء مثله، قال خليل: وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو شقصه كان أتلف، وفضل الذكور وما كبر من الإناث في إناث، فإن لم يبلغ ثمن ما بيع ثمن شيء كامل وإلا أمكن الإعانة به في شقصه فإنه يتصدق به على الجهة الموقوف عليها، فثمن الفرس يفرق على المجاهدين، وثمن الحيوان على من وقف عليه، وثمن الثوب الخلق على العراة. (تنبيه) تلخص مما ذكرنا أنه يجوز بيع الأعيان الموقوفة غير العقار إذا تعطل المقصود منها، لا فرق بين الحيوان والثياب، سواء كان الحيوان يعلف من بيت

فِيهِ وَأَخْتَلَفَ فِي الْمُعَاوَضَةِ بِالرَّبْعِ الْخَرِبِ بِرَبْعٍ غَيْرِ خَرِبٍ وَالرَّهْنُ جَائِزٌ وَلَا يَتِمُّ إِلَّا

المال أو يرمى في المرج حرصاً على الوفاء بغرض الواقف وبقاؤه معطل الانتفاع مفوت له .
(واختلف في) حكم (المعاوضة) أي المبادلة (بالربيع الخرب بربيع غير خرب) ولو كان
جديداً فالذي عليه ابن القاسم وهو المعتمد عدم الجواز، قال خليل عاطفاً على
ما لا يجوز: لا عقار وإن خرب ونقض ولو بغير خرب، أي لا يجوز بيع أنقاض الوقف
ولا إبدال الربيع الخرب بالربيع غير الخرب والجواز لربيعة، ونقل مثله عن مالك رضي الله
عنه، ولكن قد علمت أن المعتمد المنع فالقول بالجواز ضعيف .

(خاتمة تشتمل على مسائل حسان)

منها: أن الذات الموقوفة باقية على ملك الواقف وإن كان ممنوعاً من التصرف فيها
بالبيع ونحوه، وليس للموقوف عليه إلا المنفعة المعطاة من غلة أو عمل لما تقدم من أن
الوقف هو إعطاء المنفعة فليس الوقف من باب الإسقاط، بخلاف العتق والصدقة، قال
خليل: والملك للواقف وظاهره حتى في المساجد وقيل إلا في المساجد لقوله تعالى:
﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] ولكن الراجح الأول، وفائدة ذلك مع منعه من التصرف فيه
أن له ولوارثه منع من يريد إصلاحه. ومنها: أنه إذا أكرى بدون أجره المثل يفسخ كراؤه
لمن يريد أن يأخذه بأكثر، وأما لو أكرى بأجرة المثل زمن العقد فلا يفسخ كراؤه لأجل
زيادة عليها. ومنها: أن إجارة المدة الطويلة إن وقعت من ناظره الذي ليس من الموقوف
عليهم فصحيحة لعدم انفساخها بموته، سواء كان على معينين أو غيرهم، وإن كانت
الإجارة من بعض المستحقين، فإن كانوا معينين فيجوز كراؤها لغير من مرجعها له نحو
السنين والثلاثة، ولمن مرجعها له العشر سواء كانت ترجع له بملك أو تحبب هذا حكم
الأرض، وأما الدور الموقوفة فلا يجوز أن تكرر أكثر من عام، وهذا كله حيث لا شرط
من الواقف بخلاف ذلك، وإلا أتبع شرطه حيث لا ضرورة تدعو إلى مخالفته وإلا جازت
مخالفته، فقد أفتى بعض أكابر أهل الغرب بجواز كراء دار محبسة على الفقراء وتخربت ولم
يوجد ما تعمر به السنين الكثيرة بشرط إصلاحها من كرائها وأبى أن يسمح ببيعها ولم ينكر
عليه أحد من أهل عصره.

ولما كان بين الرهن والوقف مناسبة من جهة توقف التمام على الحيابة ذكره عقبه
فقال: (والرهن) لغة اللزوم والحبس وشرعاً قال ابن عرفة: مال قبض توثقاً به في دين، فلا
يصح في معين ولا في منفعة العين، وعرفه خليل بالمعنى المصدرى بقوله: الرهن بذل من
له البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق، ومعنى التوثق بالرهن بيعه في
الدين إذا عجز من هو عليه عن وفائه، وبين المصنف حكمه بقوله: (جائز) حضراً وسفراً
عند مالك وأكثر العلماء لقوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فراهان

بِالْحِيَاةِ وَلَا تَنْفَعُ الشَّهَادَةُ فِي حِيَاةِهِ إِلَّا بِمُعَايِنَةِ الْبَيِّنَةِ وَضَمَانُ الرَّهْنِ مِنَ الْمُرْتَهِنِ فِيمَا

مقبوضة ﴿ [البقرة: ٢٨٣] ولما في الصحيحين من حديث عائشة: «أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد» وفي البخاري أيضاً: «أنه عليه الصلاة والسلام توفي وله درع مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير». ولا حجة لمن خص الجواز بالسفر دون الحضر مستدلاً بظاهر آية: ﴿وإن كنتم على سفر﴾ [البقرة: ٢٨٣] لأنه إنما خص السفر لعدم وجود الكاتب الذي هو البيئنة فيه، واعلم أن للرهن أربعة أركان: الراهن وهو دافع الرهن، والمرتهن وهو القابض له وشرطهما التأهل للبيع صحة ولزوماً، فيصح من المميز ولو صيباً أو سفياً ويلزم من المكلف الرشيد، والثالث: الشيء المرهون وشرطه أن يكون مما يمكن أن يستوفى الدين منه أو من ثمن منافعه، فيدخل رهن الشيء المعار للرهن والدين ووثيقته، لجواز بيعها وبيع ما فيها من الدين، لكن صحة رهن الدين مشروطة بكون أجله مثل أجل الدين المرهون فيه أو أبعد منه، لا إن كان يحل قبل المرهون فيه فإنه لا يجوز لأدائه إلى البيع والسلف وهو انتفاعه به في بقية الأجل، ويدخل رهن الشيء المغصوب من غاصبه، ويكفي في الصحة العزم على الرد، وينتقل من ضمان العزاء إلى ضمان الرهن، ويدخل رهن الأبق والشارد لخفة غرهما، بخلاف ما اشتد غرره أو حرم تملكه كالخمر والخنزير وجلد الميتة فلا يصح شيء منها. الرابع: المرهون فيه وشرطه أن يكون ديناً في الذمة يمكن استيفائه من الرهن، فلا يصح الرهن في معين ولا في منفعة لاستحالة استيفاء الدافع العينة أو منفعتها من ذات ثمر الرهن، وأن يكون ذلك الدين لازماً أو صائراً إلى اللزوم، كالجعل بعد العمل لا ككتابة وجعل قبل العمل.

(تنبيه) لم يذكر المصنف صيغة الرهن، وذكر العلامة خليل الخلاف فيها بقوله: ففي افتقار الرهن للفظ مصرح به تأويلان مفرعان على تأويلين فيما لو قال الراهن للمرتهن: أنفق على الرهن ونفقته في الرهن هل يكون رهناً فيها بناء على افتقاره للفظ مصرح به أو لا يكون رهناً بناء على افتقاره للفظ مصرح به، وعلى الأول ابن يونس والثاني ابن رشد وابن شبلون. (ولا يتم) الرهن بحيث يختص به مرتته دون بقية الغرماء (إلاً بالحياة) قبل حصول المانع من موت أو فلس، قال خليل: وبطل بموت رهنه أو فلسه قبل حوزة ولو جد فيه، بخلاف الهبة والصدقة فإن الجد فيهما بمنزلة حوزهما، لأن الرهن لم يخرج عن ملك رهنه بخلافهما. (تنبيه) لو امتنع الراهن من وضع الرهن تحت يد المرتهن وطلب وضعه عند أمين فالقول قوله كعكسه وإن اختلفا في الأمين فإنه ينظر الحاكم. ثم شرع في بيان ما يكفي وما لا يكفي من الحياة بقوله: (ولا تنفع الشهادة في) أي على مجرد (حياته) بل لا تعتبر الحياة (إلاً بمعاينة البيئنة) لحوز المرتهن له قبل حصول المانع للراهن، وقيل لا بد من شهادة البيئنة على التحويز وهو شهادتها على معاينة تسليم الراهن الرهن للمرتهن، وفي المدونة ما يدل للقولين، قال خليل: وهل تكفي بيئنة على الحوز قبله وبه عمل أو التحويز وفيها دليلهما.

يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَتَمَرَّةُ التُّخْلِ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ وَكَذَلِكَ غَلَّةُ الدُّورِ

(تنبيهات) الأول: علم مما ذكر من اشتراط الشهادة على الحيابة قبل المانع أو على التحويز، أنه لو وجدت سلعة للمديان بيد صاحب الدين بعد موت المديان أو فلسه وادعى أنها رهن عنده وحازها قبل حصول المانع من غير إقامة بينة لم يصدق، قال خليل: والحوز بعد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين، لأن المراد ودعوى الحوز بعد مانعه لا تفيد، ولا بد من بينة تشهد على الحوز قبل المانع، أو تشهد على التحويز الذي هو أخص من الحوز. الثاني: لم يذكر المصنف البينة الشاهدة على الحوز، وفي بعض شراح خليل: أن المراد بالبينة هنا ولو الواحد مع اليمين لأنها شهادة على مال، ولم يذكر كخليل حكم ما لو شهد عدلان على الحوز قبل المانع وشهد عدلان على عدم الحوز، ونص بعض شراح خليل على العمل بالشهادة بالحوز لأنها مثبتة وتلك نافية، والمثبتة تقدم على النافية. الثالث: لم يذكر المصنف حكم ما لو طلب صاحب الدين قبض الرهن وامتنع الراهن من دفعه، وذكر خليل أنه يجبر على دفعه إن كان معيناً ومشرطاً في صلب عقد المعاملة وإلاً لزمه رهن ثقة، ونصه: وأجبر عليه إن شرط بيع وعين وإلاً فـرهن ثقة، والمراد بالرهن الثقة ما فيه وفاء للدين. ثم شرع في الكلام على ضمان الرهن بقوله: (وضمنان الرهن) إذا عرض له تلف أو ضياع (من المرتهن فيما يغاب عليه) بشروط ثلاثة، أحدها: ما أشار إليه بقوله: فيما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه كحلي أو ثياب وسفينة في حال جريها. ثانيها: أن يكون بيده لا إن كان بيد أمين. ثالثها: أن لا تشهد بينة للمرتهن على التلف أو الضياع بغير سببه وغير تفریطه، قال خليل: وضمنه مرتهن إن كان بيده مما يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقة ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلا ببقاء بعضه محرقاً، وصرح بمفهوم يغاب عليه بقوله: (ولا يضمن) المرتهن (ما لا يغاب عليه) كالحيوان ولو طيراً وكالعقار والزرع والثمار قبل الحصاد والقطع، وكسفينة في مرساة إلا أن يظهر كذبه فيما ادعاه من تلف أو ضياع، والدليل على التفرقة بين ما يغاب عليه فيضمنه المرتهن وغيره لا يضمنه العمل الذي لا اختلاف فيه، ولأن الرهن لم يؤخذ لمنفعة ربه فقط حتى يكون كالوديعة، ولا لمنفعة الآخذ فقط حتى يكون كالعرض، بل أخذ شبهاً من كل منهما فتوسط فيه.

(تنبيهان) الأول: لم يذكر المصنف ما الذي يضمنه إن ضمنه وهو قيمته يوم قبضه إن كان مقوماً، ومثله إن كان مثلياً لكن بعد حلفه ولو غير متهم إن تلف بلا دلالة عند دعوى التلف، أو أنه ضاع عند دعوى الضياع، وإنما حلف مع غرم قيمته مخافة إخفاؤه، وإذا لزمه اليمين مع الضمان فمع عدمه أولى، فقول خليل: وحلف فيما يغاب عليه أنه تلف بلا دلالة، ولا يعلم موضعه نص على المتوهم. الثاني: لم يذكر المصنف غاية ضمان الرهن، وبينها خليل بقوله: واستمر ضمانه إن قبض الدين أو وهب إلا أن يحضره لربه أو يدعوه لأخذه فيقول اتركه، فإن أحضره بعد براءته من الدين ولم يقبضه حتى ضاع فمصيبته من

وَالْوَلَدُ رَهْنٌ مَعَ الْأَمَةِ الرَّهْنِ تَلْدُهُ بَعْدَ الرَّهْنِ وَلَا يَكُونُ مَالُ الْعَبْدِ رَهْنًا إِلَّا بِشَرْطٍ وَمَا

ربه، سواء قال له: اتركه عندك أم لا، أو دعاه لأخذه فقال له: اتركه عندك فضاع فضمانه من ربه، لأنه صار في الحاليتين كالوديعة والوديعة مصيبتها بعد ضياعها من ربه. ثم شرع في بيان مستحق غلة الرهن بقوله: (وثمره النخل الرهن) باقية (للراهن) ولو كانت موجودة يوم عقد الرهنية.

(وكذلك) أي مثل ثمره الرهن (غلة الدور) للراهن وكذا كراء نحو العبد أو الدابة، وهذا كله حيث لم يشترط إدخال ما ذكر في الرهن وإلا دخل، ولما كان ولد الرهن مخالفاً لغلته قال: (والولد رهن مع الأمة الرهن تلده بعد الرهن) ومثل الأمة سائر الحيوان المرهون، قال في المدونة: ومن رهن أمة حاملاً كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهناً معها، ولو شرط عدم دخوله في الرهنية لا يعمل به لأنه شرط مناقض، وكذلك نتاج الحيوان، ومثل الولد في الدخول في الرهنية الصوف التام، قال خليل: واندرج صوف تم وجنين وفرخ نخل لا غلة وثمره، والفرق بين الصوف والثمرة أن الصوف التام سلعة مستقلة، فالسكوت عنه وقت الرهنية دليل على إدخاله في الرهنية. (تنبيه) المراد بقول المصنف: تلده تحمل به، لأن المراد تضعه لدخول الجنين يوم الرهنية، وإنما احترز بقوله تلده بعد الرهنية عن الذي انفصل عنها قبل الرهنية فلا يدخل، ومثل الغلة والثمرة في عدم الدخول مال العبد وإليه الإشارة بقوله: (ولا يكون مال العبد المرهون رهناً) معه (إلا بشرط) دخوله في الرهن فيدخل لقول المدونة: ولا يكون مال العبد رهناً إلا أن يشترطه المرتهن، كان ماله معلوماً أو مجهولاً، ومثل مال العبد بيض الطير لا يدخل في الرهن إلا بالشرط. (تنبيه) علم مما سبق أن منفعة الرهن للراهن لأنه باق على ملكه، ويجوز للمرتهن أن يشترط أخذها، قال خليل: وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض، واشترطها فيه تفصيل، لأنه تارة يشترط المرتهن أخذها مجاناً، وتارة يشترط أخذها لتحسب من الدين، فإن اشترطت لتحسب من الدين فإنما يجوز إذا دخلا على أن ما بقي من الدين بعد فراغ الأجل يدفعه أو يتركه له الراهن، وأما إن كان على أن يوفيه له من المنفعة أو يدفع عنه شيئاً مؤجلاً فلا يجوز لما فيه من فسخ ما في الذمة في مؤخر، وأما إن اشترط أخذها مجاناً فإنه يجوز إن اشترط في صلب عقد البيع وعينت مدتها، فإن تطوع بها بعد العقد امتنع لأنه هدية مديان، كما يمتنع أخذها مجاناً في دين القرض لما فيه من سلف جر نفعاً، سواء اشترط في عقده أو تطوع بها، وهذا كله في غلة غير ثمرة لم يبد صلاحها، وأما الثمرة التي لم يبد صلاحها فلا يجوز اشتراطها إلا مجاناً ولا في الدين، لما فيه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وأما لو بدا صلاحها فإنه يجوز اشتراطها في عقد البيع والإجارة، إلا أن يكون المبيع طعاماً والمؤجر أرضاً لزراعة فلا يجوز اشتراطها لا مجاناً لأنه هدية مديان، ولا من الدين لأنه من اقتضاء طعام عن ثمن الطعام، واقتضاء طعام عن أجره الزراعة، والكل

هَلَكَ بِيَدِ أَمِينٍ فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْعَارِيَةُ مُؤَدَّاءٌ يَضْمَنُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ

حرام، ولما قدمنا أن شرط ضمان الرهن كونه بيد المرتهن ذكر محترزه بقوله: (وما هلك) من الرهن الذي يغاب عليه (بيد أمين فهو من الراهن) كضمانه ما لا يغاب عليه ولو تلف تحت يد المرتهن، أو يغاب عليه ولكن شهدت بينه بتلفه أو ضياعه.

(خاتمة تشتمل على مسائل لها تعلق بالباب)

منها: إذا ادعى المرتهن رد الراهن إلى الرهن وقبض ديبته وأنكر الراهن الرد فالقول قول الراهن، إن كان مما يغاب عليه قبضه بينة أم لا، وإن كان مما لا يغاب عليه فالقول قول المرتهن إلا أن يكون قبضه بينة، قاله ابن رشد ونقله صاحب النوادر وظاهره قبض الدين أم لا، والحاصل أن دعوى المرتهن رد الرهن كدعوى المستعير رد العارية، وإن ادعى كل رد ما لم يضمن فالقول قوله ما لم يكن قبضه بينة، فلا يقبل قوله كدعواه رد ما يضمنه لكونه مما يغاب عليه. ومنها: لو ادعى حائز عبد رهن جميعه وقال ربه بل نصفه وقال ربهما بل أحدهما صدق، بخلاف لو ادعى حائز عبد رهن جميعه وقال ربه بل نصفه صدق حائزه، وقال ابن عرفة: الأظهر أنه كالأول ومنها: لو أتى المرتهن بشيء وادعى أنه الرهن وقال الراهن: بل هو غيره فالقول قول المرتهن لأنه ائتمنه على عينه ولم يشهد على ذلك، قاله في الإرشاد وغيره. ولما انقضى الكلام على ما تيسر من أحكام الرهن، شرع في تاليه في الترجمة وهو سادس الأبواب وهو باب العارية بقوله: (والعارية) بتشديد الياء على المشهور وحكي تخفيفها اسم مصدر والمصدر إعارة، لأن الفعل أعار، والمراد هنا الشيء المعار، وحقيقة العارية الشرعية كما قال ابن عرفة: تملك منفعة مؤقتة لا بعوض، فيخرج تملك الذات وتمليك الانتفاع، لأن العارية فيها تملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع، وقوله: مؤقتة حقيقة أو حكماً لتدخل المعتادة عند الإطلاق لإخراج تملك السيد عبده منفعة سيده فليست بعارية وإخراج الجبس فإن الغالب فيه التأييد، وأما بالمعنى الاسمي وهو مراد المؤلف بقوله: (والعارية الخ فهي مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض كما يدل عليه قوله: (مؤداة) أي مضمونة، وقيل مردودة لخبر: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». واعلم أن الكلام على العارية من وجوه: الأول في حكمها وهو النذب هذا حكمها الأصلي لأنها إحسان، وتتأكد في الأقارب والجيران والأصحاب، وقد يعرض لها الوجوب لمن معه شيء مستغنى عنه وطلبه من يخشى عليه الهلال بتركه، ككساء في زمن شدة برد، والحرمة إذا كانت تعين على معصية، والكره إذا كانت تعين على فعل مكروه، والإباحة إذا أمان بها غنياً، دل على الإذن فيها الكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾ [الحج: ٧٧].

وأما السنة فما في الصحيحين من «أن رسول الله ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة

واستعار من صفوان بن أمية درعه يوم حنين فقال له: أغضب يا محمدا؟ قال: بل عارية مضمونة. وفي أبي داود والترمذي وابن ماجه من حديث أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم». قال الترمذي: حسن صحيح، والمنحة الشاة أو نحوها تعار لأخذ لبنها. وأما الإجماع فقد حكاه شيوخ المذهب. الثاني: من الوجوه من أركانها الأربعة المعير وشرطه أن يكون من أهل التبرع ومالكاً للمنفعة التي يريد الإعانة بها ولو بإجارة أو استعارة، لأن للمعير أن يعير إن لم يحجر عليه المعير له ولو بلسان الحال، كأنه يفهم منه أن لا يسمح بإعارتها لغير هذا المستعير، والمستعير وشرطه أن يكون ممن يجوز شرعاً انتفاعه بالعارية، فلا تصح إعارة المصحف للكافر، أو الغلام المسلم لخدمة الكافر، والشيء المعار وشرطه أن يكون يمكن الانتفاع به مع بقاء ذاته كالكتاب والثوب والبيت، بخلاف الطعام والنقد فلا يعاران لأنهما يستهلكان عند الانتفاع بهما وإنما يقرضان، وأن تكون منفعته مباحة للمستعير، فلا تعار الأمة أو الزوجة للاستمتاع بهما، ولا الأمة لخدمة بالغ غير محرم، أو لمن تعتق عليه لأن الخدمة فرع الملك، وملكها لا يستقر لمن تعتق عليه، وإن أعيرت الأمة أو العبد لمن يعتقان عليه لم تصح العارية ويملكان خدمتهما تلك المدة، ولا يملكها السيد ولا المستعير، وما به العارية وهي الصيغة من قول أو فعل تفهم منه العارية، ثم إن قيدت بزم فلا إشكال في لزومها لأنها معروف وهو يلزم بالقول وإن لم تقيد بزم، فاللازم ما تعار لمثله، قال خليل: ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتادة، ولما كان يتوهم من قوله: مؤداة بمعنى مضمونة ضمانها مطلقاً والواقع ليس كذلك قال: (يضمن) المستعير من أنواع العارية (ما يغاب عليه) أي يمكن إخفاؤه كالحلي والكتاب والثياب والسفينة السائرة إذا ادعى تلف أو ضياع شيء من ذلك فإنه يضمنه، إلا أن تشهد له بينة على ما يدعيه من تلف أو ضياع فلا ضمان عليه، قال خليل: وضمن المغيب عليه إلا لبينة، وهل وإن شرط نفيه تردد، واستظهر بعض الشيوخ نفي الضمان، لأن الإعارة معروف وإسقاط الضمان معروف ثان، ومثل قيام البينة لو علم أن التلف بغير سببه كسوس في ثوب أو قرض فأر لكن بعد يمينه أنه ما فرط.

(تنبيهان) الأول: إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمتها يوم انقضاء

أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد الحلف، لقد ضاعت ضياعاً لا يقدر معه على ردها لأنه يتهم على إخفاؤها رغبة في أخذها بقيمتها، فإن استعملها في غير المأذون فيه فنقصت به أكثر من نقصها بالمأذون فيه فإنه يغرم قيمتها مع مراعاة نقصها بالمأذون فيه. الثاني: إذا غرم المستعير القيمة ثم وجدت بعد ذلك عند اللص فإنها تكون حقاً للمستعير لأنه ملكها لغرم قيمتها، ومثل المستعير الحياك والخياط والصباغ يدعون

مِنْ عَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ إِلَّا أَنْ يَتَّعَدَى وَالْمُودَعُ إِنْ قَالَ رَدَدْتُ الْوَدِيعَةَ إِلَيْكَ صُدِّقَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

الضياح ويغرمون قيمة ما ضاع ثم يوجد فإنه يكون حقاً لهم، وأما لو وجد عندهم فإنه يكون لصاحبه كالغاصب يدعي ضياح أو تلف الذات المغصوبة ويغرم قيمتها ثم توجد عنده فإنه لا يملكها والله أعلم. ثم صرح بمفهوم ما يغاب عليه بقوله: (ولا يضمن) المستعير (ما لا يغاب عليه) أي لا يمكن إخفاؤه (من عبد أو دابة) كبقرة أو سفينة بمرساة ولو شرط المعير على المستعير الضمان قال خليل: لا غيره ولو بشرط فيقبل قوله في التلف والضياح بغير يمين إلا أن يظهر كذبه كدعواه موت دابة يوم كذا ثم تشهد بينة أنه كان يستعملها بعد ذلك اليوم (إلا أن يتعدى) عليها بأن حملها أضر مما استعارها له ولو أقل قدرأ، بخلاف ما لو تلفت بفعل المأذون فيه أو مثله أو دونه فلا ضمان، قال خليل: وفعل المأذون ومثله ودونه لا أضر، وجواز فعل المثل جائز ولو في المسافة على الراجح من قولين، بخلاف الإجارة لا يجوز للمستأجر العدول عن المسافة المأذون فيها وإن ساوت إلا بإذن المكري لما في العدول إلى غيرها من بيع دين في دين وهو يجوز، وإذا ثبت تعديه فإنه يغرم قيمتها بعد استعمالها فيما أعيرت له، ونظيره ولو استعار ثوباً جديداً للبس ثم يدعي ضياحه سريعاً دون ثبوت فإنه يغرم قيمته بعد لبسه شهراً كما أشرنا لذلك قبل.

(تنبيهان) الأول: لم يتكلم على حكم ما لو استعار دابة لحمل شيء ثم زاد عليه: وحكمه إن زاد ما تعطب به وعطبت فإن صاحبها بالخيارين أخذ قيمتها يوم التعدي ولا شيء له من الكراء أو يأخذ كراء الزائد فقط، وطريق معرفة ذلك أن يقال: كم يساوي كراؤها فيما أعيرت له؟ فإن قيل عشرة، قيل: كم يساوي كراؤها في جميع ما حمل عليها من الزائد وغيره؟ فإن قيل خمسة عشر دفع للمعير الخمسة الزائدة إلا أن تكون أكثر من قيمتها يوم التعدي فاللزام القيمة هكذا يظهر، وأما لو سلمت في الفرض المذكور أو زاد ما لا تعطب بمثله وسلمت أو عطبت فلا شيء للمعير إلا كراء الزائد في الثلاث صور. الثاني: لو كانت العارية أرضاً لبناء أو غرس وانقضت المدة مع قيام البناء أو الغرس فإن الخيار فيه للمعير، إن شاء يأمر المستعير بقلعهما وتسوية الأرض كما كانت، أو يدفع له قيمتهما مقلوعين بعد إسقاط كلفة لم يتولها المستعير، ونظير ذلك من غصب أرضاً وغرسها أو بناها. ولما فرغ من الكلام على ما أراد من مسائل العارية شرع في سابع الأبواب وهو باب الوديعة من الودع وهو الترك قال تعالى: ﴿مَا ودعك ربك وما قلى﴾ [الضحى: ٣] أي ما ترك عادة إحسانه في الوحي إليك وهي بالمعنى الأسمى لغة الأمانة، واصطلاحاً مال وكل على حفظه، وأما بالمعنى المصدري فقال خليل: الإيداع توكيل بحفظ مال، وقال ابن عرفة: نقل مجرد حفظ ملك ينقل فيدخل إيداع ذكر الحقوق ويخرج وضع الأب ولده عند من يحفظه لانتفاء لوازم الوديعة من الضمان، وأيضاً الحر لا يقال له مال، ويخرج وضع الأمة مدة المواضعة عند أمينة، لأن وضعها لم يكن لحفظها وإنما هو للإخبار بحيضها،

قَبَضَهَا بِإِشْهَادٍ وَإِنْ قَالَ ذَهَبْتُ فَهُوَ مُصَدِّقٌ بِكُلِّ حَالٍ وَالْعَارِيَةُ لَا يَصَدِّقُ فِي هَلَاكِهَا فِيمَا

وقوله ينقل تقتضي إخراج الربيع ونحوه من أنواع العقار التي لم تقبل النقل حساً، مع أن ظاهر المدونة أن الإيداع لا يتقيد بما ينقل حساً، فيكون الإيداع فيه ليحفظه المودع بالفتح ممن يتسور عليه، وحكم الإيداع في الأصل الجواز للفاعل والقابل، وقد يعرض الوجوب كخائف فقدها الموجب لهلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها، والحرمة كإيداع الغاصب الشيء المغصوب عند من لا يقدر على جردها ليردها لربها، أو للفقراء إن كان المودع بالكسر مستغرق الذمة، لأن عياضاً ذكر أن من قبل وديعة من مستغرق الذمة ثم ردها إليه بضمها للفقراء وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحقق، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحقق، والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي ائْتَمَنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وخبر: «أد الأمانة إلى من ائتمنتك، ولا تخن من خانك» وأداء الأمانة من علامات الإيمان ومن عمل المؤمنين، وأما الخيانة فهي من علامات النفاق وعمل الفساق، وأجمعت الأمة على حسن الإيداع وأركانها ثلاثة: المودع بالكسر، والمودع بالفتح، وشرطهما أهلية التوكيل في الجملة ليشمل المأذون له في التجارة، لأنه يجوز قبول الوديعة وإن كان لا يتوكل إلا بإذن سيد، وأما الصبي والسفيه فلا يودعان ولا يستودعان، لكن إن أودعك شيئاً وجب عليك يا رشيد حفظه، وإن أودعت عندهما فأتلفا أو فرطاً لم يضمنا، قال خليل: وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو فرضه أو باعه فأتلفه لم يضمّن وإن بإذن أهله، والثالث الشيء المودع، وهو كل ما لا يحتاج إلى من يحفظه ولو عقاراً، وأما الصيغة فهي شرط وقيل ركن رابع وهي كل ما يفهم منه طلب الحفظ ولو بقرائن الأحوال، ولا يتوقف على إيجاب وقبول باللفظ، حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت وذهب الواضع لحاجته فإنه يجب على الموضوع عنده المتاع حفظه بحيث يضمّنه إن فرط في حفظه حتى ضاع، لأن سكوتة رضا منه بالإيداع عنده.

وأما الأعمى فلا بد أن يضع يده عليها حتى يضمّن إن فرط فقال: (والمودع) بفتح الدال وهو من عنده الوديعة (إن قال رددت الوديعة إليك) يا مودع بكسر الدال (صديق) لأنها أمانة والأصل في الأمانة عدم الضمان وإنما يصدق بيمينه إن كان منهما، قال خليل: وحلف المتهم أي الذي يظن فيه التساهل في حفظ الوديعة، فإن وكل حلفت يا مودع إن حققت عليه الدعوى كان متهماً أم لا وتضمنه لوديعة، وهذا عام في دعوى الرد الذي هو كلام المصنف، ودعوى التلف أو الضياع. والحاصل أن اليمين تتوجه في دعوى التحقيق ولو كان المودع بالفتح غير متهم، ولا يغرم إذا نكل إلا بعد رد اليمين على مودع بالكسر، وأما عند عدم تحقيق الدعوى فلا تتوجه اليمين عليه إلا أن اتهم وإذا نكل يغرم بمجرد نكوله، ومحل تصديق المودع بالفتح في رد الوديعة (إلا أن يكون قبضها بإشهاد) بقصد

يُغَابُ عَلَيْهِ وَمَنْ تَعَدَّى عَلَى وَدِيعةٍ ضَمِنَهَا وَإِنْ كَانَتْ ذَنَائِبَ فَرَدَّهَا فِي صُرَّتِهَا ثُمَّ هَلَكَتْ

التوثق، فلا يصدق في دعوى الرد إلاً ببينة تشهد على الرد للقاعدة، وهي أن كل من دفع إليه شيء من قراض أو وديعة على يد بينة بقصد التوثق لا يصدق في دعوى رده إلاً ببينة، والمراد بالبينة المقصودة للتوثق هي التي يقول مشهدها: أشهدوا أنني إنما أشهدت خوف دعوى الرد أو الجحد، وأما إشهادها خوف الموت أو خوف دعوى التلف وما أشبهه مما يعلم أنه لم يقصد به التوثق فإنه يصدق في دعواه الرد، وظاهر كلام المصنف كغيره أنه يكفي في كونها مقصودة للتوثق قصد المودع بالكسر، ولا يتوقف على علم المودع بالفتح أن المودع بالكسر أشهد تلك البينة بقصد التوثق، وأما لو أشهد من قصده وفي الخطاب أنه يشترط في كونها للتوثق علم المودع بالفتح أن المودع بالكسر قصد بها التوثق، وأما لو أشهد من هي عنده أن عنده وديعة لزيد مثلاً قاصداً إشهادها على قبضها ففيه قولان: أحدهما أنه كإشهادها المودع بالكسر فلا يصدق في دعوى الرد، والثاني أنه ليس كإشهادها فيصدق في دعوى الرد.

(تنبيه) مفهوم قول المصنف: رددتها عليك أنه لو قال: رددتها لوالدك مثلاً فإنه لا يصدق، لأن دعوى الرد لليد التي لم تدفع لا تنفع، قال خليل: وبدعوى الرد على وارثك، والضابط أن صاحب اليد المؤتمنة إذا كانت دعوى الدفع منه لليد التي ائتمنته فإنه يصدق سواء كانت دعوى الدفع منه أو من وارثه على ذي اليد التي ائتمنته أو على وارثها وفيما عدا ذلك الضمان، ولما كانت دعوى التلف أو الضياع مخالفة لدعوى الرد قال: (وإن قال) من عنده الوديعة (ذهبت) أو ضاعت أو هلكت بغير تقصير مني في حفظها. (فهو مصدق) فيما ادعاه بيمينه إن كان منهما أو حقق عليه المودع بالكسر الدعوى والمتهم يغرّم بمجرد نكوله، وفي دعوى التحقيق لا يغرّم إلاً بعد حلف صاحب الوديعة ومعنى قوله: (بكل حال) سواء قبضها ببينة مقصودة للتوثق أم لا، كانت مما يغاب عليها أم لا، قال خليل: لا بدعوى التلف أو الضياع، أو قال: لا أدري متى تلفت، أو قال: ضاعت من سنين وكنت أرجوها، ولو كان صاحبها حاضراً فإنه لا ضمان عليه في جميع ذلك، وقيدنا بغير تقصير للاحتراز عما لو هلكت بتقصيره فإنه يضمن لوجوب حفظها عليه بمجرد قبولها، ولو أذن له ربه في إتلافها أو كان المودع بالكسر صبيّاً أو سفيهاً، ونظيرها في الضمان مع الإذن من قال لآخر: اقتلني أو اقتل ولدي، بخلاف من قال لآخر: أحرق ثوبي واقطع يدي فإنه لا ضمان عليه مع الإذن، والفرق بين ما ذكر وبين الوديعة أن الوديعة التزام حفظها بمجرد قبولها فلا يسقط عنه الإذن، ولما كانت العارية تخالف الوديعة فيما ذكر قال: (والعارية) مخالفة للوديعة لأن المستعير (لا يصدق في) دعوى (هلاكها) أو ضياعها (فيما يغاب عليه) منها لما تقدم من أن العارية مؤداة أي مضمونة، وإنما أعاد المصنف هذه وإن قدمها في العارية لينبه على الفرق بين الوديعة والعارية. ثم شرع فيما تشترك فيه الوديعة

فَقَدْ اُخْتَلَفَ فِي تَضْمِينِهِ وَمَنْ اتَّجَرَ بِوَدِيعَةٍ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَالرَّبْحُ لَهُ إِنْ كَانَتْ عَيْنًا وَإِنْ بَاعَ

والعارية بقوله: (ومن تعدى على وديعة) بأن حرقها أو دل لصاً عليها على المعتمد (ضمنها) لصاحبها ومن التعدي عليها إطلاق الفعل عليها بغير إذن صاحبها وتموت من ذلك وإن عند الولادة، ومنه نقلها من محل إلى آخر لغير مصلحة أو لها ولكن لم ينقلها نقل أمثالها، قال خليل: لا إن انكسرت في نقل مثلها ويخلطها إلا كقمح بمثله أو دراهم بدنانير حيث وقع الخلط بالمثل أو غيره للإحراز، ولا مفهوم لقوله وديعة إذ غيرها أخرى في الضمان بالتعدي من عارية ورهن وغيرهما.

(تبيينه) الأول: علم مما ذكرنا في بيان التعدي أنه لا يشترط قصد الإتلاف خلافاً لظاهر لفظ المصنف، بل متى حصل الإتلاف بسبب من عنده الوديعة ضمها ولو خطأ، قال خليل: تضمن بسقوط شيء عليها من المودع بالكسر كما قاله أشهب في الذي يأتي لبائع الفخار ويقول له: قلب ما يعجبك فيأخذ شيئاً يقلبه فيسقط من يده قهراً على شيء فيتلفه فإنه يضمن قيمة المسقوط عليه مع أن السقوط بغير اختياره، لأن الخطأ والعمد في أموال الناس، سواء كان يضمن بيعتها لصاحبه بغير إذنه وتضييع من الرسول وبنسيانها في موضع إيداعها وبدخوله الحمام بها وبخروجها بها يظنها له، أو سافر بها أو يستعملها بغير إذن صاحبه فتتلف، أو أمره بوضعها في محل فخالف ووضعها في محل غير حرز لها، أو تكون في موضع فيه إغراء للسارق كوضعها في محل عليه قفلان. الثاني: لا يجوز لمن عنده الوديعة إيداعها عند غيره لأن رب الوديعة لم يرض إلا بأمانته، إلا أن يكون ذلك الغير ممن اعتاد الإيداع عنده كزوجته أو أمته، أو إلا أن يحصل عذر يقتضي الإيداع عند الغير، ويجب عليه الإشهاد على العذر لأنه لا يكفي أن يقول: أودعتها لعذر، كما لا يكفي أن يقول للشهود: اشهدوا آتي إنما أودعتها لعذر بل يجب عليه أن يشهدهم على عين العذر. ثم شرع يتكلم على ما إذا تصرف في الوديعة بغير إذن ربها بقوله: (وإن كانت) أي الوديعة شيئاً مثلياً (دنانير أو دراهم) وتصرف فيها بغير إذن ربها. (فردها في صرتها) المراد مثلها (ثم هلكت) بعد دعواه ردها (فقد اختلف في تضمينه) وعدمه على قولين المشهور منهما القول بعدم الضمان لأنه قول ابن القاسم وأشهب وجماعة حيث كان تصرفه في الوديعة مكروهاً بأن كان ملياً حين تصرفه فيها، وأما لو كان معدماً لحرم عليه التصرف فيها إلا بإذن من ربها، كما يحرم عليه التصرف في الوديعة المقومة كعرض أو حيوان إلا بإذن ربها، فالحاصل أن التصرف في الوديعة على ثلاثة أحوال: جائز ومكروه وحرام، فالجائز التصرف بالإذن مطلقاً، والحرام التصرف بغير إذن حيث كانت مقومة مطلقاً أو مثلية وهو معدم، وإذا ادعى ردها إلى موضعها فإنه يصدق في قسم المكروه ولا يصدق في الجائز، والحرام إلا بينة تشهد على ردها ليد صاحبها، ولا يكفي شهادتها على ردها إلى موضعها، قال خليل: وبرى إن رد غير المحرم وهو المكروه فقط، وأما الجائز والمحرم فلا يصدق في دعواه الرد لأنهما صاروا كالسلف الحقيقي، فلا بد من بينة تشهد على ردهما ليد صاحبهما.

الْوَدِيعَةَ وَهِيَ عَرَضٌ قَرُبُهَا مُخَيَّرٌ فِي الثَّمَنِ أَوْ الْقِيَمَةِ يَوْمَ التَّعْدِي وَمَنْ وَجَدَ لِقَطَّةً فَلْيُعْرِفْهَا

(تنبيهان) الأول: علم مما قررنا في كلام المصنف إجمالاً لما عرفت من أنه لا يصدق بمجرد دعوى الرد إلى محل الوديعة إلا في قسم المكروه بخلاف قسمي الجائز والحرام، وقد بينا الفرق بأن الجائز والمحرم صاروا بمنزلة القرض في ذمة المقترض لا يبرأ منه إلا ببينة تشهد على رده إلى يد صاحبه. الثاني: لم يبين المصنف المضمون وهو المثل إن كانت مثلية، والقيمة إن كانت مقومة، والضمان لها في ذمة الحر الرشيد، وأما لو كان المودع عبداً فإن كان مأذوناً له في التجارة فيضمنها في ذمته أيضاً، لكن يدفعها من غير خراجه وكسبه من هبة أو صدقة، وإن كان غير مأذون وقبل الوديعة بغير إذن سيده فإنها تكون في ذمته إذا عتق لا في رقبته، إلا أن يسقط سيده عنه ضمانها بأن يقول: أسقطتها عن عبدي فلا يتبع بها ولو عتق لأنه عيب أسقطه عن عبده، وأما لو كان صبيّاً أو سفياً فلا ضمان عليه لأن صاحبها هو المسلط لهما عليها ولو كان قبولهما بإذن وليهما، اللهم إلا أن يصونا بها مالهما فيضمنان الأقل من قيمتها ومما صوناه إن تلف ما صوناه واستفاداً غيره. ثم شرع في بيان حكم الاتجار بالوديعة بغير إذن مالكة بقوله: (ومن اتجر بوديعة) عنده بغير إذن مالكة (فذلك) الاتجار (مكروه) سواء كانت مما يحرم تسلفهما كالمقوم مطلقاً والمثل للمعدم، أو يكره كالمثل للمليء، للفرق بين السلف والتجارة، بأن المتسلف قصد تملكها بصرفها في مصالحه، والمتجر قصد تحريكها ليأخذ ربحها ويحبس رأس المال لصاحبه. (و) إذا اتجر بالوديعة (الربح له) والخسارة عليه (إن كانت عيناً) دراهم أو دنائير لأن ضمانها زمن الاتجار منه، والقاعدة أن من عليه الضمان يستحق الربح، وعلم مما قررنا من تناول الكراهة لما يحرم تسلفه أن قوله: إن كانت عيناً ليس شرطاً في الكراهة وإنما هو شرط في قوله: والربح له، وأشار إلى حكم غير العين بقوله: (وإن باع) المودع بالفتح (الوديعة) بغير إذن مالكة (وهي عرض) أي غير عين (فربها مخير) عند عدم فواتها (في) إجازة البيع وأخذ (الثمن) الذي بيعت به وعند فواتها يجب له الأكثر من الثمن. (أو القيمة يوم التعدي) لأنه فضولي، فالحاصل أنه عند قيامها له الإجازة وأخذ الثمن وله رد البيع وأخذ سلعته، وأما عند فواتها فيقضى له بأخذ الأكثر من الثمن أو قيمتها يوم التعدي، ومثله كل متعد بالبيع على سلعة غيره ولو غاصباً، وهكذا حكم بيع الوديعة من غير اتجار في ثمنها، وأما لو باعها على وجه التجارة ففي بيعها تفصيل محصله: إن باعها بعرض والعرض بعرض وهلم جراً فلا ربح له وله الأجر، وإن باعها بدراهم فالربح الكائن في ثمنها لربها، مثال ذلك أن يودعه سلعة اشتراها بعشرة فباعها بعشرين فربها له إجازة البيع وأخذ العشرين أو رد البيع وأخذ سلعته، وبعد الفوات يخير بين الإجازة وأخذ ما بيعت به أو تضمينه القيمة يوم بيعها، والمراد أن له الأكثر من الثمن والقيمة، والظاهر من كلام أهل المذهب أنه لا أجر له في البيع لأنه متعد به، ولعل الفرق بين هذا وبين المتجر في العرض بعرض له الأجر أن المتجر إنما فعل مكروهاً بخلاف هذا.

سَنَةٌ بِمَوْضِعٍ يُرْجُو التَّعْرِيفَ بِهَا فَإِنْ تَمَّتْ سَنَةٌ وَلَمْ يَأْتِ لَهَا أَحَدٌ فَإِنْ شَاءَ حَبَسَهَا وَإِنْ شَاءَ

(تنبيه) مثل الودع في استحقاق الربح عند الاتجار بالعين الوصي يتجر بأموال اليتامى له الربح وعليه الخسر، ومثلهما أيضاً ناظر الوقف يتجر في مال الوقف، إلا أن الوصي والناظر يحرم عليهما التصرف فيما تحت أيديهما، ومثل من ذكر الغاصب للدرهم واتجر فيها فإنما عليه رأس المال والربح له، لأن الضمان عليه لو كان صاحب الدرهم تاجراً على المعتمد، لأن كل من ذكر لم يقبض المال تنمية لربه، بخلاف المبعوض معه والمقارض إذا اتجرا بما في أيديهما فلا ربح لهما بل لرب المال، وأما لو حصل خسر فهو عليهما بتعديهما. (تنبيه آخر) محل تخير صاحب الوديعة في الإجازة والرد الخ ما لم يحضر عقد البيع أو يبلغه البيع ويسكت مدة بحيث يعد راضياً وإلزامه للبيع وأخذ ما بيعت به من قليل أو كثير كما قالوه في هذا المحل. ثم شرع في التالي للوديعة في الترجمة وهو باب اللقطة بضم اللام وفتح القاف ما يلتقط، والالتقاط وجود الشيء من غير طلب، وعرفها ابن عرفة بقوله: مال وجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نعماً بل عيناً أو عرضاً أو رقيقاً صغيراً، وسواء وجدت في العمار أو الخراب أو بساحل البحر وعليها علامة المسلمين، لا نحو عنبر وعقيق فلواجده، وخرج بقوله مال اللقيط وخرج محترماً مال الحربي فليس يلقطه بل إما فيء أو غنيمة، وخرج الأبق الكبير فلا يسمى لقطه، كما خرج أخذ الإبل والبقر فإنه يسمى ضالة الشيء، فالشيء المعرض للضياع أربعة أشياء: لقطه أو لقيط أو أبق أو ضالة، فاللقطة تقدم حدها، وأما اللقيط فهو صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقه، أما لو علم رقه فإن كان صغيراً فهو اللقطة وإن كان كبيراً فهو الأبق وجده رقيق كبير محترم وجد بغير حرز، وأما الضالة فحدها نعم محترم وجد بغير حرز فيخرج ما كان يحزره أو مع من يحفظه فليس بضالة فقال: (ومن وجد) من المكلفين (لقطة) وقد مر تعريفها لابن عرفة، وعرفها خليل بقوله: اللقطة مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً وفرساً التقطها. (فليعرفها) وجوباً بنفسه أو بمن يثق به ولو بأجرة منها إن لم يعرف مثله. (سنة) حيث كانت من ذوات البال، وأما إن كانت من سفاسف الأمور كدلو ومخللة ودرهيمات فإنها تعرف أياماً لا سنة على الراجح، وأما الشيء الحقيق جداً بحيث لا تلتفت إليه النفوس كالعصا والسوط فلا يجب تعريفه أصلاً ويجوز لواجده أكله ولا شيء عليه حيث لم يعلم ربه وإلا لم يجز له أكله بل يجب عليه دفعه لربه فإن أكله ضمنه، ومثله ما يفسد بالتأخير ك لحم ورطب، وبين محل التعريف بقوله: (بموضع يرجو التعريف بها) أي بموضع يرجو وجود صاحبها وهو الموضع الذي يظن أن صاحبها يطلبها فيه ولذا قال خليل: وتعريفها سنة بمظان طلبها كأبواب المساجد والأسواق، ويكون التعريف أثر الالتقاط في كل يوم، وإذا تقادم الزمان ففي كل يومين مرة، وتعريفها في البلدين إن وجدت بينهما، ويطلب منه الإبهام عند التعريف، فلا يذكر نوعها ويظن التوصل به إلى معرفتها، وإن وجدت بقرية من قرى أهل الشرك فالأفضل

تَصَدَّقَ بِهَا وَضَمِنَهَا لِرَبِّهَا إِنْ جَاءَ وَإِنْ أُنْتَفَعَ بِهَا ضَمِنَهَا وَإِنْ هَلَكَتْ قَبْلَ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا

له دفعها العالم أهل الذمة، وإن عرفها بنفسه لم يأنم، فإن آخر تعريفها حتى تلفت فإنه يضمها بدفعها لغيره لغير عذر لأن اللقطة لم يأنمته ربها عليها بخلاف الوديعة.

(تنبيهان) الأول: تكلم المصنف على التعريف وترك الكلام على حكم الالتقاط لعله لما فيه من التفصيل المنافي لغرضه من الاختصار، ومحصله أنه يجب بشرطين: علم أمانة نفسه وخوف الخائن، فإن علم خيانة نفسه حرم عليه الالتقاط، وأما إن لم يخف عليها فيكره له الالتقاط مع علمه أمانة نفسه أو شك فيها ولو خاف الخائن، قال خليل: ووجب أخذها لخوف خائن لا إن علم خيانة نفسه هو فيحرم وإلا كره، وفائدة الوجوب أنه لو تركها أو ردها بعد أخذها للحفظ وضاعت فإنه يضمها، وفائدة الحرمة أنه إن أخذها يضمها إن تلفت أو ضاعت قبل ردها لمحلها بحالها، وأما في المكروه فلا يضمها بتركها، وإنما يضمها إذا أخذها وردها لموضعها بعد مدة طويلة وضاعت. الثاني: لو تلفت عند الملتقط زمن تعريفها لا ضمان عليه إلا إذا تعدى عليها أو فرط في حفظها كما إذا أخذها ليملكها فإنه يخاطب بضمانها بمجرد وضع يده عليها لشبهه بالغاصب، فلو تنازع مع ربها بعد ضياعها أو تلفها بغير تفريط وادعى أنه أخذها ليعرفها وادعى ربها أنه أخذها بقصد تملكها فالقول للملتقط بلا يمين، لأن الشرع أوجب عليه أخذها ولأنه أمر لا يعلم إلا منه.

(فإن تمت) أي انقضت (سنة) أو أيام فيما يعرف أياماً. (و) الحال أنه (لم يأت) أي لم يظهر (لها أحد) يستحق أخذها بوصفها على الوجه الآتي في كلام المصنف فإنه يخير بين ثلاثة أمور بينها بقوله: (فإن شاء) الملتقط بعد تلك المدة (حبسها) لربها (وإن شاء تصدق بها) عن ربها (وضمنها لربها إن جاء) فوجده تصدق بها وقد فاتت عند الفقير، وأما إن وجدها قائمة فإنه يأخذها، وإن أخذ صاحبها قيمتها من الملتقط فللملتقط الرجوع على الفقير بها إلا أن يكون الملتقط تصدق بها عن نفسه فلا رجوع له على الفقير بشيء، وإن شاء تملكها وتصدق بها عن نفسه ضامناً لها في الصورتين، قال خليل: وله حبسها بعدها أو التصدق أو التملك ولو بمكة ضامناً فيهما، وما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل لقطة مكة إلا لمنشد» وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحل لقطة الحاج» فمحمول على أنها لا تحل لمن يريد تملكها من غير تعريف بل لا تؤخذ إلا لتعرف، وسبب تنبيه الشارع على خصوص لقطة مكة، مع أن هذا الحكم عام حتى في غيرها أن لقطة مكة توجد كثيراً في الحرم عند اجتماع الناس من كل قطر، والغالب أن الذي قطره بعيد لا يمكنه الرجوع مرة أخرى فعند ذلك يكثر أخذها بنية التملك، فنبه عليه الصلاة والسلام على أنه لا يحل أخذها بهذا القصد وإن كان غيرها كذلك، ومحل التخيير المذكور إذا كان الملتقط غير الإمام، وأما لو كانت اللقطة بيده فليس له إلا حبسها لربها أو بيعها وحبس ثمنها في بيت

بِعَيْرِ تَحْرِيكِ لَمْ يَضْمَنْهَا وَإِذَا عَرَفَ طَالِبُهَا الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ أَخَذَهَا وَلَا يَأْخُذُ الرَّجُلُ ضَالَّةً

المال لربها، ولا يجوز له التصديق بها ولا تملكها، ولعل الفرق بينه وبين الإمام مشقة تخليص ما في ذمة الإمام بخلاف غيره، ولذلك لا يجوز لمن أبق منه عبد وبلغه أنه بيد الإمام يبيعه حتى يقبضه منه، بخلاف ما إذا بلغه أنه بيد غيره ممن يقدر عليه فإنه لا يجوز يبيعه ولو قبل قبضه ولو كان من يديه غاصباً ولكن أقر به ويقدر عليه انظر شرح خليل.

(تنبيهان) الأول: ظهر مما قررنا أن الملتقط يضمن اللقطة في التصديق بها ولو عن ربها وفي حالة تملكها لا في حالة حبسها لربها فإن ضمانها فيها من ربها لأنها تحت يده كالوديعة. الثاني: لم يعلم من كلامه مستحق غلة اللقطة، وفي خليل: وله كراء بقر ونحوها في علفها كراء مضموناً أي مأموناً، وله ركوب دابة من موضع التقاطها إلى موضعه وإن لم يتعذر قودها عليه، وإن فعل شيئاً من هذه لا على هذا الوجه وتلفت ضمناً، وللملتقط غلاتها من لبن وجبن، لا صوفها ولا نسلها ولا كراؤها الزائد على علفها فإنه لصاحبها، وإن كلفها الملتقط ولم يكن لها غلة فإن صاحبها يخير في أخذها ودفع كلفتها وله تسليمها للملتقط في كلفتها ولو زادت على قيمتها لأن ربها لا يلزمه الزائد على قيمتها، ولو ظهر على صاحبها دين لقدم الملتقط بنفقته على ذي الدين كالمرتهن. ولما كانت اللقطة كالوديعة في عدم جواز الانتفاع بها بين حكم ما إذا تعدى وانتفع بها فقال: (وإن انتفع). الملتقط (بها) في غير ركوبها لموضعه وتلفت (ضمنها) وأما لو لم يحصل تلف فإنما يلزمه كراؤها لمالكها إن كان مثله يكرى الدواب، وأما لو هلكت لا بسبب انتفاعه فأشار إليه بقوله: (وإن هلكت) أي اللقطة سواء كان (قبل السنة أو بعدها بغير تحريك) أي بغير سبب من الملتقط. (لم يضمنها) لما قدمنا من أن اللقطة تحت يده كالوديعة والمودع لا يضمن الوديعة إلا بتعديه، وأما لو تعدى عليها الملتقط بالبيع ففيه تفصيل في بيعها بعد السنة فليس لربها إلا الثمن، وقبل السنة يخير ربها بين إمضاء البيع وأخذ الثمن ورده وأخذها إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت، قال خليل: وإن باعها بعدها فما لربها إلا الثمن، بخلاف لو وجدها بيد المسكين أو مبتاع منه فله أخذها، وللملتقط الرجوع عليه إن أخذ منه قيمتها إلا أن يتصدق بها عن نفسه، وإن نقصت بعدنية تملكها فلربها أخذها أو قيمتها. ثم شرع في بيان ذكر الأوصاف التي تستحق بها بقوله: (وإذا عرف طالبها) أي اللقطة (العفاص) وهو الخرق المربوطة فيها المال. (و) عرف أيضاً (الوكاء) بالمد وهو الخيط الذي يربط به طرف المال. (أخذها) بلفظ الماضي أي استحق أخذها من غير يمين، وأحرى لو عرفها وعرف العدد، قال خليل: ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين، وظاهر كلام المصنف أنه لو لم يعلم إلا العفاص أو الوكاء فقط لا يأخذها وليس كذلك بل يأخذها لكن بعد الإستيفاء مدة لاحتمال أن يأتي من يعرف الوصفين، قال خليل: واستؤني في الواحدة إن جهل غيرها لا

الإبل من الصَّحْرَاءِ وَلَهُ أَخْذُ الشَّاةِ وَأَكْلُهَا إِنْ كَانَتْ بِقَيْفَاءٍ لَا عِمَارَةَ فِيهَا وَمَنْ اسْتَهْلَكَ

غلط بأن قال: العفاص كذا فيوجد بخلافه فلا تدفع له، كما لو غلط في صفة المال بأن قال: محمديّة فإذا هي يزيدية، بخلاف ما لو أخبر بعدد فيوجد أقل منه فإنه يأخذها لاحتمال اغتيال الملتقط عليها، وأما لو غلط بالنقص أي أخبر به فتوجد أكثر ففيه قولان، وفهم من تعويله على معرفة العفاص والوكاء أنه لا يضر جهله بقدرها وهو كذلك، والأصل فيما قال المصنف ما في الموطأ والصحيحين من حديث زيد بن خالد الجهني: «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فسأله عن اللقطة فقال له: اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها، قال: فضالة الغنم؟ قال: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: فضالة الإبل؟ قال: مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها» وفي رواية: «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطها إياه وإلا فهي كسبيل مالك».

(فروع): الأول: لو عرف شخص عفاصها ووكاءها وعرف آخر عددها ووزنها لقضى بها لمن عرفهما، لكن بعد يمينه على من عرف العدد والوزن، كما يقضي لمن عرف العفاص والعدد على من عرف العفاص والوكاء بيمين، وكذا يقضي بهما لمن عرف أوصافاً يقوى بها الظن على أنه صاحبها على من وصف أوصافاً دونها. الثاني: لو وصفها ثابثاً مثل أول فإن كان الأول لم ينفصل بها حلقاً وقسمت بينهما، بخلاف لو انفصل بها انفصلاً بيناً بحيث يمكن وصول العلم للثاني من الأول فإنها لا تكون للأول. الثالث: لو أخذها شخص بالوصف وانفصل بها ثم جاء آخر وأقام بينة أنها له فلا ضمان على دافعها للأول وتنزع منه وتدفع للثاني لأن البينة أقوى من الوصف. الرابع: لو أقام كل من شخصين بينة فتعطى الذي البينة الزائدة في العدالة، فإن استوتا في العدالة قدمت المؤرخة أو السابقة تاريخاً، وإن استوتا في الجميع قسمت بينهما بعد حلقهما. (تنبيه) لم يعلم من كلام المصنف حكم اللقطة التي لا عفاص لها ولا وكاء، والحكم أنها تدفع لمن يأتي بأوصاف يغلب معها الظن بصدق الآتي بها. ولما فرغ من الكلام على اللقطة شرع في الكلام على الضالة وتقدم أحدها بأنها نعم محترم وجد بغير حرزه بقوله: (ولا يجوز أن يأخذ الرجل) أو المرأة (ضالة الإبل من الصحراء) ولو كانت في موضع يخاف عليها من السباع أو الجوع أو العطش لخبر: «دعها فإن معها حذاءها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فإن تعدى وأخذها فإنه يعرفها سنة ثم يتركها بمحلها». ومحل عدم جواز أخذ ضالة الإبل ما لم يخف عليها الخائن وإلا وجب التقاطها، ولعل هذا هو سبب تخصيص عدم أخذها بكونها في الصحراء، لأن الضالة في العمران يخاف عليها من الخائن، خلافاً لمن قال: التقييد بالصحراء بالنظر للغالب، ولا يلحق بضالة الإبل الخيل والحمير بل هي داخلة في اللقطة ولذا قال خليل: اللقطة مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً وفرساً. (وله) أي مريد

عَرْضاً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَكُلُّ مَا يُوزَنُ أَوْ يُكَالُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ وَالْعَاصِبُ ضَامِنٌ لِمَا عَصَبَ فَإِنْ رَدَّ

الالتقاط (أخذ الشاة وأكلها إن كانت بفيفاء) بالمد أي بأرض (لا عمارة فيها) ولا شيء عليها لربها وجواز ذبحها وأكلها ولو مع تيسر سوقها للعمران على ظاهر المدونة، وأما لو أتى بها حية للعمران لوجب عليه تعريفها لأنها صارت كاللقطة، وأما لو ذبحها في الفيفاء ولم يأكلها حتى دخل العمران فلا يجوز له أكلها إلا إذا لم يعرف ربها ولم يكن يتيسر بيعاً، قال خليل: وله أكل ما يفسد ولو بقرة وشاة ولو بفيفاء أي على التفصيل الذي بيناه.

(تنبيه) سكت المصنف عن ضالة البقر وحكمها أنها إن كانت بمحل بحيث يخاف عليها من السباع أو الجوع فإن حكمها كالشاة توجد بالفيفاء، فإن ذبحها فيها جاز له أكلها لكن بشرط أن لا يمكن سوقها للعمران وإلا وجب فليست كالشاة في هذه الحالة، وأما إن كانت بمحل لا يخاف عليها من سباع ولا جوع فإنها تترك فإن أخذها وجب عليه تعريفها، وهذا حيث لم يخف عليها من السارق وإلا وجب التقاطها، فالحاصل أن الإبل والبقر عند خوف السارق سيان في وجوب الالتقاط ويفترقان عند الخوف من الجوع أو السباع، فالإبل تترك والبقر يجوز أكلها بالفيفاء إن تعذر سوقها للعمران، ومفهوم قول المصنف في الصحراء أن الإبل والبقر والشاة الموجودة في العمران يجب التقاطها عند خوف الخائن كالخيل والحمير والطيور والعروض والنقود.

(خاتمة) أسقط المصنف الكلام على اللقيط وهو صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا أمه ولا رقه، والحكم فيه أنه يجب لقطه كفاية ولو علم خيانة نفسه وإن لم يوجد سواء تعين عليه، قال خليل: ووجب لقط طفل نبذ كفاية، وشروط الوجوب كون الواجد رجلاً رشيداً أو حرة خالية من الأزواج أو ذات زوج أذن لها زوجها الرقيق ولو مكاتباً فلا يلتقط إلا بإذن سيده، ويجب عيناً على الملتقط للطفل نفقته وحضانه الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب، والأنثى حتى يدخل بها الزوج الموسر كولد الصلب، وأسقط الكلام على الأبق وهو رقيق محترم وجد بغير حرز والحكم فيه أنه يندب لمن يعرف سيده أخذه وإن لم يعرفه لا يندب له، وإن أخذه من غير معرفة فله رفعه للحاكم وله إرساله. ولما فرغ من الكلام على اللقطة شرع في الكلام على التعدي على مال الغير بقاعدة كلية فقال: (و) كل (من استهلك عرضاً) المراد شيئاً غير مثلي بقريئة ذكر المثلي (فعليه) غرم (قيمه) لربه ولو استهلكه خطأ ولو غير بالغ ولو مكرهاً، لأن الضمان من باب خطاب الوضع، وتعتبر قيمته بمحل الإتلاف، وتكون تلك القيمة في ذمة الحر وفي رقبة العبد الغير المأذون وغير المؤمن، والمراد باستهلك أي تسبب في الإهلاك ولو لم يباشر، ومحل ضمان الصبي والسفيه إذا لم يؤمنا على ما أتلفا وإلا فلا ضمان عليهما إلا أن يصونا به مالهما فيضمنان في المصون فقط، وأما العبد المأذون له في التجارة والمؤمن فإنهما يضمنان في ذمتها يتبعان إن عتقا كما قدمنا ذلك، وأشار إلى مفهوم عرضاً على ما فسرنا بقوله: (وكل ما يوزن) كسمن وعسل ونحاس

ذَلِكَ بِحَالِهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَإِنْ تَغَيَّرَ فِي يَدِهِ قَرْبُهُ مُحَيَّرَ بَيْنَ أَخْذِهِ بِنَقْصِهِ أَوْ تَضْمِينِهِ الْقِيَمَةَ

(أو يكال) كقمح أو يعد ولا تختلف أفراده وأتلفه شخص أو تسبب في إتلافه. (فعلية) غرم (مثله) في موضع إتلافه لمالكة لأن المثلى تقوم مقام مثله، وظاهره ولو استهلكه في الغلاء وقدر عليه في الرخاء وعكسه على مشهور المذهب، قال خليل في بيان مفعول: وضمن الغاصب بالاستيلاء المثلى ولو بغلاء وصبر لوجوده وأشعر قوله غرم مثله أو وزنه أو كيله معلوم، وأما لو جهل كيله أو وزنه أو عدده فإنما يضمن قيمته لعدم معرفة مثله، لأن الجزاف كالمقوم الواجب على متلفه قيمته بعد تحريمه حيث كان متلفه غير مالكة، وأما المالك يبيع صبرة على الكيل ثم يتلفها قبل كيلها فالواجب عليه مثلها ليوفيه للمشتري.

(تنبيهان) الأول: كلام المصنف فيمن أتلف بغير إذن مالكة، أما لو كان بإذنه فلا ضمان حيث كان المالك ممن يعتبر إذنه بأن كان رشيداً حيث لم يكن المتلف مؤتمناً على ما أتلفه وإلا ضمنه ولو أذن له المالك، كما قدمنا التنبيه عليه في باب الوديعة، ومن الإذن المريض يأذن للطبيب الحاذق في طبه فيطبه فيموت من غير تقصيره، ومؤدب الأطفال يأذن له الولي في التأديب، والحاكم يقيم الحد على مستوجه فيموت منه فلا ضمان على واحد من هؤلاء حيث فعل كل المطلوب مع ظنه السلامة. الثاني: ما ذكره المصنف من أن الواجب في المقوم القيمة وفي المثلى المثل قاعدة أغلبية لا كلية خلافاً، فالظاهر لفظه لأن المقوم قد يجب مثله، وذلك فيمن أتلف سلعة وقفت على ثمن الواجب مثل الثمن لا غرم قيمتها، والمثلى قد يغرم قيمته كالجزاف قبل معرفة كميته يجب على متلفه غرم قيمته كما قدمنا. ثم شرع في بعض مسائل تتعلق بالغصب وهو أخذ المال قهراً تعدياً بلا حراة بقوله: (والغاصب) وهو الذي يأخذ المال من صاحبه قهراً عليه على وجه التعدي. (ضامن لما) أي لكل شيء (غصب) ومعنى ضمانه تعلق الضمان به لا أنه تضمنه بالفعل بدليل قوله: (فإن رد) الغاصب (ذلك) الذي غصب قائماً (بحاله) أي لم يتغير بنقص في بدنه إذ لا تعتبر حوالة أسواقه. (فلا شيء عليه) لربه وإنما يجب عليه التوبة والاستغفار، ويجب على الحاكم تأديبه ولو صيباً استصلاحاً لحاله ولو عفى عنه رب الشيء المغصوب لأن الأدب حق لله دفعاً للفساد لحرمة الغصب كتاباً وسنة وإجماعاً، فالكتاب ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ [البقرة: 188] ﴿لا تعتدوا﴾ [البقرة: 140] الآية، وأما السنة فما رواه الشيخان من قوله ﷺ: «من أخذ شبراً من أرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين» وأما الإجماع فمعلوم من الدين بالضرورة حتى قال ابن عبد السلام. أجمع كل الملل على حرمة، وأشار إلى مفهوم قوله فإن رده بحاله بقوله: (وإن تغير) الشيء المغصوب عند غاصبه. (في يده) بأمر سماوي لا صنع لأحد فيه. (قربه مخير بين أخذه بنقصه) من غير أرش ولو كان النقص كثيراً. (أو تضمينه) أي الغاصب (القيمة) يوم الاستيلاء عليه، وأشار

وَلَوْ كَانَ النَّقْصُ بِتَعْدِيهِ خَيْرٌ أَيْضاً فِي أَخْذِهِ وَأَخْذِ مَا نَقَصَهُ وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ وَلَا غَلَّةَ لِلْغَاصِبِ وَزُرْدٌ مَا أَكَلَ مِنْ غَلَّةٍ أَوْ انْتَفَعَ وَعَلَيْهِ الْحُدُّ إِنْ وَطِئَ وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِرَبِّ الْأُمَّةِ وَلَا

إلى مفهوم التغير بالسماوي بقوله: (ولو كان النقص) الحاصل في بدن الشيء المغصوب (بتعديده) أي الغاصب أي بفعله ولو خطأ لأنه كالعمد في أموال الناس كدابة غصبها فاستعملها في طحن أو ركوب لو لم نحرق فيه فتعيبت في بدنها. (خير) ربه (أيضاً في أخذه) ناقصاً. (وأخذ) أي مع أخذ (ما نقصه) أي أرش نقصه بأن يقوم سالماً من هذا النقص وإن كان ناقصاً قبل ذلك بغيره، فإن قيل: قيمته عشرة، يقال: ما قيمته معيماً بما أحدثه الغاصب؟ فيقال: ثمانية يأخذ من الغاصب درهمين وفي تركه للغاصب وأخذ قيمته يوم الغصب، والمصنف حذف أحد شقي التخيير، هذا هو المشهور ومقابل المشهور يجعله كالسماوي يخير بين أخذه ناقصاً من غير أرش أو يأخذ قيمته وأشار إليه بقوله: (وقد اختلف في ذلك) وإنما نص على هذه الجملة دفعاً لما يتوهم من الاتفاق على الحكم السابق، فبين أن المسألة ذات خلاف، وأما لو كان الجاني أجنبياً لخير بين تضمين الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني بالأرش لأنه غرم قيمته سالماً، وبين أخذ شيء معيماً ويتبع الجاني بالأرش وليس له أخذ شيءه واتباع الغاصب، قال خليل: وخير في الأجنبي فإن تبعه تبع هو الجاني، فإن أخذ ربه أقل فله الزائد من الغاصب فقط، فالحاصل أن السماوي الحاصل عند الغاصب يخير فيه بين أخذه ناقصاً وتركه ويأخذ قيمته، وفي جناية الغاصب بين أخذه مع الأرش أو تركه وأخذ قيمته يوم غصبه، وفي جناية الأجنبي يخير بين تضمين الغاصب وبين أخذه معيماً ويتبع الجاني بالأرش فالصور ثلاث. (تنبيه) ذكر المصنف حكم النقص ولم يتكلم على حكم ما لو أحدث في الذات شيئاً لم يكن فيها، كما لو غصب ثوباً وخاطه أو صبغه فحكمه أنه يخير صاحبه بين أخذه ودفع قيمة ما زيد فيه، ولا فرق بين أن يزيد ما أحدثه في قيمته أو لم يزد فيها ولم ينقصها، وبين أخذ قيمته خالصاً من تلك الزيادة وتركه للغاصب، وأما لو حدث فيه شيئاً فنقص بسبب ذلك كما لو صبغه فنقص فإنه ينزل منزلة العيب السماوي، فيخير ربه بين أخذه من غير أرش وبين أخذ قيمته سالماً من هذا النقص، قال خليل مشبهاً في التخيير: كصبغة في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ بالكسر أي المصبوغ به وفي بنائه في أخذه ودفع قيمة نقضه بعد سقوط كلفة لم يتولها، وبين أن يأمر الغاصب بأخذ بنائه وتسوية الأرض كما كانت، ولما كان الغاصب ظالماً والظالم لا يربح قال: (ولا غلة) مستحقة (للمغاصب و) يجب عليه أن (يرد) جميع (ما أكل من غلة) المغصوب (أو) قيمة ما (انتفع) به والمعنى: أن من غصب رقبة عبداً أو دابة أو داراً واستغله بنفسه أو أكرهه لغيره فإنه يغرم للمالك عوض ذلك، وظاهر كلام المصنف كخليل أنه يجب على الغاصب رد الغلة سواء كانت غلة ربع أو حيوان أو غيرهما، وهو رواية أشهب وابن زياد عن مالك، والذي في المدونة أن هذا في الغلة الناشئة من غير تحريك الغاصب كثمرة الفواكه الدواني ج ٢ - ١٩٠

يَطِيبُ لِغَاصِبِ الْمَالِ رَبْحُهُ حَتَّى يَرُدَّ رَأْسَ الْمَالِ عَلَى رَبِّهِ وَلَوْ تَصَدَّقَ بِالرَّبْحِ كَانَ أَحَبَّ

ونسئل حيوان ولبن وصوف ومنفعة العقار، هذا هو الذي يرد لربه إن كان موجوداً أو مثله إن كان مثلياً وعلم وإلا فقيمته، وأما ما نشأ عن تحريكه كريح المال المغصوب ونماء البذر المغصوب فهذا للغاصب، وظاهر قول المصنف: وترد ما أكل من غلة الخ أنه استعمل الذات المغصوبة وهو كذلك، ولذا قال خليل عاطفاً على ما هو للغاصب: وغلة مستعمل ومفهومه أنه لو عطل لا يغرّم للمغصوب منه شيئاً، كالدار يغلقها والدابة يحبسها والأرض يبورها والعبد لا يستخدمه، ولا يشكل على هذا ما يأتي في كلام خليل من أنه يضمن بتفويت الانتفاع ولو لم يستعمل لأنه محمول على غصب المنفعة ويقال له التعدي، والمتعدي يضمن قيمة المنفعة ولو لم يستعمل إذا المنفعة بل عطله، فتلخص أن نحو الثمرة والنسل والصوف واللبن ومنفعة العقار لرب الشيء المغصوب، وأما ربح الدراهم ونماء البذر فهو للغاصب وإنما يرد رأس المال، وأما منفعة الحيوان والرقيق فظاهر المصنف و خليل أنها لرب المغصوب لا للغاصب.

(تنبيه) سكت المصنف عن نفقه الحيوان المغصوب، وفي خليل أنها في غلته حيث قال: وما أنفق في الغلة فلو لم يكن له غلة ضاعت عليه، ومثله في الأحكام السابقة السارق، وفي كلام ابن عرفة ما يفيد أن المعتمد أن الغاصب لا رجوع له بالنفقة لا في لبن ولا صوف ولا نسل ولا ثمرة، فلعل مراد خليل بقوله: وما أنفق في الغلة نحو زكوب الدابة أو طحنها لا نسلها ولا صوفها ولا لبنها فافهم. ثم شرع في الكلام على الأمة المغصوبة يطؤها الغاصب بقوله: (و) من غصب أمة لا شبهة له فيها فيجب (عليه الحد إن وطئ) حيث كان مكلفاً لأنه زان ويغرّم لسيدها نقصها ولو كان صيباً أو مجنوناً ولا يلزم من وطئها صداق، بخلاف الحرة فاللزام الصداق في وطئها حيث وطئها قهراً عليها وكان مكلفاً. (وولده) أي الغاصب من تلك الأمة. (ورقيق لرب الأمة) لأن ولد الأمة من غير سيدها الحر رقيق ولو كان من زنى أو زوج، وقيدنا بقوله لا شبهة له فيها للاحتراز عن الأب يطاءً جارية فرعه فلا حد عليه وإن سفل الفرع، ويجب عليه غرم قيمتها لمالكها بمجرد التلذذ. قال خليل: ومملك أب جارية ابنه بتلذذه بالقيمة. (تنبيه) لم يذكر المصنف حكم ما إذا ولدت ومات ولدها أو ماتت وبقي الولد، ومحصل الكلام في ذلك أنه إن مات الولد قبل قيام السيد يكون بمنزلة العدم وإنما له أمته، وأما إن ماتت الأم وبقي الولد كان له الخيار في أخذه أو تركه ويأخذ قيمة أمه فقط لأنها المغصوبة كما لو ماتا معاً وإن وجدتهما حين أخذهما. ولما قدم أن الغاصب يجب عليه رد غلة المغصوب الناشئة من غير تحريكه والناشئة عن تحريكه يملكها، بين هنا أنه لا يجوز له الانتفاع بها حتى يرد الأصل بقوله: (ولا يطيب) أي لا يحل (لغاصب المال) إذا اتجر فيه وربح أكل. (ربحه حتى يرد رأس المال على ربه) وإنما لم يحل له أكل الربح وإن ملكه لاشتغال ذمته برأس المال، وفسرنا لا

إِلَى بَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ وَفِي بَابِ الْأَقْضِيَّةِ شَيْءٌ مِنْ هَذَا الْمَعْنَى .

باب في أحكام الدماء والحدود

يطيب بلا يحل لصدقة بالكراهة والحرمة وهما قولان والراجح منهما الحرمة، ولما كان يتوهم من طيبه بعد رد رأس المال عدم نذب التصدق به قال كالمستدرك عليه: (ولو تصدق) الغاصب (بالربح) بعد رد رأس المال (كان) أي التصدق به (أحب إلى بعض أصحاب) الإمام (مالك) رضي الله عنه من أكله، والمراد بذلك البعض الإمام أشهب، ولعل وجه نذب التصدق مع براءة ذمته برد رأس المال ليكون ذلك كفارة لما اقتترفه من الإثم الحاصل بالغصب لما ورد في الحديث من قوله ﷺ: «الصدقة تطفيء الخطيئة كما تطفيء الماء النار» فإن قيل: نذب الصدقة مطلوب من كل أحد لأنها خير، وقال تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧] ولا مفهوم لربح هذا المال، ولعل الجواب أن المراد يتأكد النذب في حق هذا دون غيره ممن لم يغصب، فلا ينافي نذب التصدق لكل مالك رشيد متسع فافهم. ولما كانت فروع باب الغصب كثيرة قال: (وفي باب الأقضية شيء من هذا المعنى) وهو الغصب ولعل تأخيره لمناسبة اقتضت ذلك. قال بعض شراح هذا الكتاب: ولما انقضى الكلام على ثلاثة أرباع هذا الكتاب شرع في رابعها فقال:

(باب في) بيان (أحكام الدماء) وما في معناها من الجراحات من قصاص ودية

(و) في بيان موجبات (الحدود) كالزنا والقتل والشرب والسرقة

والحدود جمع حد وهو لغة المنع، وشرعاً ما وضع لمنع الجاني من عوده لمثل فعله وزجر غيره، وفي معنى الحدود التعاذير وأحدها تعذير وهو اسم لنوع من العذاب موكول قدره لاجتهاد الإمام، بخلاف الحدود فإن تعدادها محدود من الشارع، وحكمة مشروعيتها الزجر عن إتلاف ما حكى الأصوليون إجماع الملل على وجوب حفظه من العقول والنفوس والأديان والأعراض والأموال والأنساب، فإن في القصاص حفظاً للدماء، وفي القطع للسرقة الحفظ للأموال، وفي الحد للزنا حفظ الأنساب، وفي الحد للشرب حفظ العقول، وفي الحد للقتل حفظ الأرواح، وفي القتل للردة حفظ الدين، وقيل: إن الحدود جوائز أي كفارات، قال بعضهم: وهو الأصح، وبدأ المصنف من هذه المذكورات بقتل النفس لأنه أشد الذنوب وأعظمها بعد الكفر للآيات والأحاديث وإجماع سائر الملل على حرمة قتل النفس بغير حق، فمن ذلك حديث: «لو أن أهل السماء والأرض اشتروا في دم مؤمن لأكبهم الله في النار». وحديث: «لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم». وحديث: «من اشترك في دم امرئ مسلم بشطر كلمة جاء يوم القيامة بين عينيه مكتوب آيس من رحمة الله» حتى اختلف في قبول توبة القاتل، فأية الفرقان ظاهرها له التوبة، وظاهر آية النساء لا توبة له وهو قول مالك، لأن شرط التوبة من مظالم العباد تحللهم منها