

UNIVERSAL
LIBRARY

OU-232976

UNIVERSAL
LIBRARY

الجزء الثاني

٩٠٢

كتاب غناء
الدين في حجة

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد

ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي

الشهير (بابن رشد الحفيد) المتوفى

سنة ٥٩٥ هجرية رحمه

الله تعالى

الطبعة الاولى

(على نفقة محمد علي صبيح صاحب المكتبة الجديدة بميدان الازهر بمصر)

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ

الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية

المحفوطة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

(طبع بمطبعة محمد علي صبيح)

(بميدان الازهر بمصر)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في مقدمات النكاح ،
الباب الثانى في موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ،
الباب الرابع في حقوق الزوجية ، الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها والفسادة .

﴿ الباب الاول ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة
على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو
مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية
هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك
عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر
به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام :
تناكحوا فأنى مكاثر بكم الامر وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب
أم على الندب أم على الإباحة . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع
من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له أصل معين يستند اليه وقد
انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور أنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة ووافقه من الشافعية أبو عوانة وترجمه في صحيحه «باب وجوب الخطبة عند العقد» ثم وسبب الخلاف هل يحمل قوله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النبي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل وان كان يدل فعلى أى حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن اقسام إنما منع النبي اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما ان كان الاول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال : أما أبو حنيفة فرجل لا يرفع يده عن النساء . وأما معاوية فصالح لا يدل له ولكن انكحى أسامة . وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين ثم والسبب في اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا وورد مقيدا أعنى بلوجه والكفين على ما قلناه كثير من العلماء في قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها انه الوجه والكفين وقياساً على جواز كشفها في الحج عند الاكثرومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء .

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان؛ الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد، الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد، الثالث في معرفة شروط هذا العقد.

(الركن الاول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في موضع في كيفية الاذن للمتعقد به ومن اعتبر رضاه في لزوم هذا العقد هل يجوز تقديمه على الخيار أم لا يجوز وهل ان تراخي القبول من أحد المتعاقدين يلزم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) لاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والذئب من النساء بالالفظ وهو في حق الايهار المستأذنان واقع بالسكوت أعنى الرضخ وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعي ان اذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا جدد بالنطق وإنما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وانفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح من اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة ، أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج . وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن أحقه بالمعقود التي يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ انفق اذا فهم المعنى الشرعي من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين ، أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة إما مع الولي وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المملوكة أمر نفسها ، والثاني يعتبر فيه رضا الاولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومساائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول . أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لا أمر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره . والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصى محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب . وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام : والذيب تعرب عن نفسها الا ما حكى عن الحسن البصري . واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأبو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا لامعوم وذلك أن ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله : لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور : والبكر تستأمر بوجوب بعمومه استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : والبكر يستأذن أبوها وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ فإن مالكاً وأبا حنيفة قالاً يجبرها الاب على النكاح وقل الشافعي لا يجبرها وقل المتأخرون أن في المذهب فيها ثلاثة أقوال ، قول أن لاب يجبرها ما لم تبلغ بعد العلق وهو قول اشهب ، وقول أنه يجبرها وإن بلغت وهو قول سحنون ، وقول أنه لا يجبرها وإن لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه أن ذات الاب لا تستأمر الا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الثيب أحق بنفسها من وليها يقتلوا البالغ وغير البالغ وكذلك قوله : لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعي واختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك أنهم لما اجمعوا على أن الاب يجبر البكر غير البالغ وأنه لا يجبر الثيب البالغ اخلافاً شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة أو الصغر فن قل الصغر قل لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال يجبر البكر البالغ ولا يجبر الثيب الصغيرة ومن قل كل واحد منهما بوجوب الاجبار اذا انفرد قل يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتمليل الاول لتمليل أبي حنيفة والثاني لتمليل الشافعي ، والثالث لتمليل مالك والاصول أكثر شهادة لتمليل أبي حنيفة واختلفوا في الثبوتية التي ترفع الاجبار وتوجب التعلق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثبوتية التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون برضا ولا بقصد وقل الشافعي كل ثبوتية ترفع الاجبار بسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام : الثيب أحق بنفسها من وليها بالثبوتية الشرعية أم بالثبوتية اللغوية واتفقوا على أن الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبني بها بنت تسع بنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه الا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك في مسئلتين ، أحدهما هل يزوج الصغيرة غير الاب ، والثانية هل يزوج الصغير غير الاب . فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب أم لا فقال الشافعي يزوجها الجسد ابو الاب والاب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط أو من جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستامر واذنها صلتها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الاب التي خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه . وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالاب في هذا المعنى فهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجسد فقط لانه في معنى الاب اذ كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب رأى ان مالاب فى ذلك غير موجود لغيره لما من قبل الشرع أن خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم الا أن يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغير غير الاباء بقوله تعالى (فان خفتن أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لکم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تستامر اليتيمة والمستمرة هى من أهل الاذن وهى البالغة فيكون لا اختلافهم سبب آخر وهو اشراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب لها بقوله عليه الصلاة والسلام : تستامر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئثار باتفاق فوجب المنع ولا ذلك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئثار وأما الصغيرة . فمسكوت عنها . واما هل يزوج الولي غير الاب الصغير فان مالكا أجاز له الوصى وأبا حنيفة أجاز له الاولياء الا ان أباً حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الاب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الاب في ذلك فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملك المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لها الخيار اذا بلغا (وأما الموضوع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز * والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو نقول ان الأصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثلث للخيار الدليل أن نقول ان أصل منع الخيار في البيوع هو الفرر والانكحة لا غرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازوه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير أذنها فيبلغها النكاح فتجيزه . ومن منعه مطلقا الشافعي ومن أجازوه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك * وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

* (الركن الثاني في شروط العقد) *

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في الاولياء ، الثاني في الشهود ، الثالث في الصداق

(الفصل الاول)

والنظر في الاولياء في مواضع أربعة ، الاول في اشتراط الولاية في صحة النكاح ، الموضع الثاني في صفة الولي ، الثالث في أصناف الاولياء وترتيبهم في الولاية وما يتعلق بذلك ، الرابع في عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

(الموضع الاول) يختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لا يكون نكاح الابولى وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشمسي والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفوًا جاز وفرق داود بين البكر والتيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في التيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها وكان يستحب ان تقدم التيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعنى أنهم يقولون انها من شروط الصحة لامن شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك خص بل الآيات والسنة التي جرت العادة باحتجاجها عنده من يشترطها هي كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنن التي يحتاج بها من يشترط اسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الاحديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الزمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان وتبين وجه الاحتمال في ذلك . فمن أظهر ما يحتاج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فلمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن . وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا هذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجا غيره) . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صمايتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهن عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لاحقية ولا مجازا أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة او النص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لاولى الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء أو لاولى الامر فمن احتج بهذه الآية فعملية البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في أولى الامر . فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوى الامر والاولياء قيل أن هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فبستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجعلا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيرهم عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر لأن هذا مما تعم به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والظاهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط إذن الولى لمن له ولى أغنى المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها أغنى أن لا تكون هي التي تلى العقد بل الاظهر منه أنه إذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح اشهاد الولى معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) فإن المفهوم منه النهى عن التزيب عابن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما إضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين التيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فيما ذاليت شمري تكون الأيم أحق بنفسها من ولها وحديث الزهري هو أن يكون موافقا لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضا له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) هو أظهر في أن المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولى هو الذى يلى العقد وقد ضعف الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا أيضا في صحة الحديث الوارد في نكاح النكاح عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك أنه يمكن أن يقال أن الرشد إذا وجد

في المرأة اكنفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال وبشبه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفافة يتطرق الى اوليائها لـكن يكتفى في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لـكن الذى يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضى ان ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً او قريباً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يمتد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضاف قول من يبطل عقد الولى الابد مع وجود الاقرب .

(الموضع الثانى) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها باضداد هذه أعنى الكفر والصغرة والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشيد فالمشهور في المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى ويقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب رحمهما وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فن رأى انه قد يوجد الرشيد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشيد في المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشيد في المال غير الرشيد في اختيار الكفافة لها . وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفافة وقد يمكن أن يقال إن الحالة التي بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند القائلين بها في نسب وساطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصى فقال

مالك يكون الوصى وليا ومنع ذلك الشافعى رحمته وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايباء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت. واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالنصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم الاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم الاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان سفلوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب. واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب أو ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى أولى وخالف الشافعى مالكى ولاية البنوة فلم يعجزها أصلا وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية لابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضا الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعى اعتبر النصب أعنى ان الولد ليس من عصبتها الحديث عمر: لا تنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأى من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم : أمر ابنه أن ينكحها إياه ولا ينفقوا أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاية الواجب للام والولاء عندهم للعصبة رحمته وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ. ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أولا تنتقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلاف فيها قول مالك فرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصى في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب بنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى . وقال الشافعى لا يعقد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب * وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى أعنى ثابتاً بالشرع في الولاية أم

ليس بحكم شرعى وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الابعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعى ورأى انه حق للمولى قال النكاح منعقد فان أجازة الولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعنى ان يكون النكاح غير منفسخا غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لاخلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المسكان وطول الغيبة او قربها والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما للامرين جميعا . فانفق المذهب على أنه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة انها أن لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيدا فقل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضا في هذه الاحوال الثلاثة أعنى في الغيبة البعيدة وفي الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا

تزوج في الغيبة القريبة المعلوم المسكان امكان مخاطبتها وليس يبعد بحسب النظر المصلح الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب ، فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثانى وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم . وأما ان أنكحها مآ فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف * وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أولا اعتبار معارضه المعلوم لا قياس وذلك انه قد روى

انه عليه الصلاة والسلام قال : ايما امرأة أنكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها للاول دخل بها الثانى أولم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلمة في البيع المسكروه وهو ضيف . وأما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع في عضل الاولياء) وانفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كف وبصداق مثلها وانها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا . وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والنيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصى في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الا ما روى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملـة من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما . وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح المولى من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الامن قرشى ولا عربية الامن عربى وهو السبب في اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فهاظف بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هم المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وانه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب بجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب ايضا ان الفقير بما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة . وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخير الامة اذا اعتقت . وأما مهر المثل فان مالكا والشافعى

يربان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صدق المثل أعنى البكر وأن الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن نكاحاً مقارناً وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صدق ابنته البكر شيئاً أم لا . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلاق بمن يشترط الولاية بمن لم يشترطها لكر أتى الامر بالمكس ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة وهي هل يجوز للولي ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فتع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا ما روى من انه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي لان ابنها كان صغيراً وما ثبت انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفة فجعل صداقها عنها والاصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرته خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثاني في الشهادة ﴾

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على ان الشهادة من شرط النكاح وأختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول او شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا اذا شهد شاهدين ووصيا بالكتبتان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ ، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بسر . وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الانكار فن قال حكم شرعي قال هي شروط من شروط الصحة ومن قال توثيق قال من شروط التهام والاصل في هذا ما روى عن ابن عباس : لانكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد ولا يخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعاً ذكره الدارقطني وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة . واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتبتان . وسبب اختلافهم هل ماتع فيه الشهادة

ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام : اعانوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه أبو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدم فيه لرجت وقال أبو نؤير وجاعة ليس بالشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح

(الفصل الثالث في الصداق)

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه واركانه ، الموضع الثاني في تقرر جميعه لازوجة ، الموضع الثالث في تشايره ، الموضع الرابع في التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق . (الموضع الاول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل ، الاولى في حكمه ، الثانية في قدره ، الثالثة في جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

(المسئلة الاولى) اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فأنكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن) .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد * واختلفوا في أقله فقال الشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور وفقهاء لمدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنًا بقيمة الشيء أجاز أن يكون صداقًا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ما يساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما * وسبب اختلافهم في التقدير سببان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتد فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحل في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقنا وذلك أنه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لا يجوز التراضي على اسقاطه يشبه العبادة * والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقضى التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضى التحديد . أما القياس الذي

يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقفة . وأما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ما عندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتس شيئا فقال لأجد شيئا فقال عليه الصلاة والسلام : التس ولو خاتما من حديد فالتس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك نىء من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنسكتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التس ولو خاتما من حديد دليل على انه لا قدر لأقله لانه لو كان له قدر لبيته اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين ، احدهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة موقفة وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلنى في الشرع من العبادات ما ليست موقفة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصا وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد أنسكتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياته انه قال قم فعملها لما ذكر أنه معه من القرآن فقام فعملها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك أن القياس الذى استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا عضو مستباح بما فوجب أن يكون مقدراً أصله القطع وضمف هذا القياس هو من قبل أن الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم وذلك أن القطع غير الوطء وأيضا فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضمه أن يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد

وأما القياس الذى استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ماخرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ بِنَعْلَيْنِ فَقَالَتْ نَعَمْ فَجُوزَ نِكَاحُهَا وَقَالَ هُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ * ولما انفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون المصدق معداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه قال : لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتاً لكان رافعاً لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر ابن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضاً لم يلق جابراً ولذلك لا يمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فشكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً. واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق أمته صداقها أم النكاح على الاجارة فى المذهب فيه ثلاثة أقوال ، قول بالاجارة ، وقول بالانع ، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسحه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبح وسجنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان ، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالمكس فن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى : إِنْى أُرِيدُ أَنْ أَنتَكِحَ إِحْدَى ابْنَتَى هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرْنِي ثَمَانِي حَجِج * الآية ومن قال لبس بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلاتها حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجارة على المستاجر. وأما كون العتق صداقاً فانه منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفيه وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه

في هذا الباب ووجه مفارقتها للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبيته عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الاما قام الدليل على خصوصيته ^١ وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف أعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف . واختلفوا في العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال أبو حنيفة يجبر على القيمة ^٢ وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز : وأما التأجيل فان قوماً لم يجيزوه اصلاً وقوم أجازوه واستحبوا ان يقدم شيئاً منه اذا اراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه الا من محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجاز لموت أو فراق وهو مذهب الاوزاعي ^٣ وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه فن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلا يكونه عبادة (الموضع الثاني) في النظر في التقرر وانفق العلماء على ان الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية ^٤ وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الا أن فيه دليلاً مسموعاً لان انعقاد الاجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والحلوة وهو الذي يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر مالم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالحلوة نفسها ان لا يكون محرماً او مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً ^٥ وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب . وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز أن يؤخذ من

صداقها شيء في قوله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بهنكم الى بهن » ونص في المطلقة قبل الميسر ان لها نصف الصداق فقال تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل الميسر وبعد الميسر ولا وسط بينهما فوجب به هذا ايجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب الا بالميسر والميسر ههنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل أن يجعل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه قد وجب الصداق لها عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيراً في ايجاب الصداق واما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو ان من اغلق باباً او أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا . واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلفا في الميسر أعنى القائلين باشتراط الميسر وذلك مثل ان تدعى هي الميسر وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكرأ نظر اليها النساء فيحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه ممل أو غير ممل وكذلك القول في وجوب البيعة على المدعى وسبائى هذا في مكانه (الموضع الثالث في التشهير) واتفقوا اتفاقاً مجملًا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقاً انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » الآية ، والنظر في التشهير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجه من أنواع الطلاق أعنى الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق. أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعنى أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح. وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشهير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقاً فلا خلاف انها ليست توجب التشهير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق وبالجملة

من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار أصلاً . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لهادونه لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وإن ما كان فسخاً ولم يكن طلاقاً فلا تنصيف فيه ^١ وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فن قال أنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها المسمى الجبر على رد سلعها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال أنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فاما حكم ما يعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فإن كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلفاً للكل وإما أن يكون نقصاً وإما أن يكون زيادة وإما أن يكون زيادة ونقصاً معاً وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مبل البيع والعق والهبة أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها فعند مالك أنها في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة ^٢ وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكاً مستقراً أو لا تملكه فن قال أنها لا تملكه ملكاً مستقراً قال هما فيه شريكان ما لم تمتد فتدخله في منافعها ومن قال تملكه ملكاً مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف ^٣ واختلفوا إذا اشترت به ما يصاحبها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عنها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له ^٤ وسبب اختلافهم هو الاحتمال بالذي في قوله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وذلك

في افضة يعفو فانها نقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لـكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حـكما زائداً في الآية أى شرعاً زائداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة انشرع ومن جعله الولي إما الاب وإما غيره فقد زاد شرعاً فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك نـبىء بمسر. والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصيراً لموم قوله تعالى (الا أن يعفون) واختالفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طاعت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فمن قل في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قل هو في ذمة المرأة قل يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له نـبىء كأنه رأى ان الحق في العين ما لم يقبض فاذا قبضت صار في الذمة .

(الموضع الرابع في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » واختالفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق . واختلفا في القدر ، والموضع الثاني اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا (فاما المسئلة الاولى) وهي اذا قامت المرأة وتطلب أن يفرض لها مهرأ فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحـكم فمن هؤلاء من قل لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها نـبىء لان أمل الفرض لم يكن في عقدة النـكاح وهو قول أبى حنيفة وأصحابه . وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ما تطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها * وسبب اختلافهم أغنى بين من يوجب مهر المثل عن غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب

اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أولاً يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى (ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداءً انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المنعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المنعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وإنما تعرضت لباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خیار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا مات الزوج قبل تسوية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المنعة او الميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا الا ان المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك ثم وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأبي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فني أرى لها صداق امرأة من نساءها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعي فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في جروج بنت واشق خرجه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه . واما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب المعوض قياسا على البيع وقال المزني عن الشافعي في هذه المسئلة ان ثبت حديث جروج فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

﴿الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة﴾

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفه فيه من جهل أو عذر . فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة .

(المسئلة الاولى) اذا كان الصداق خرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلحها أو بعيرها شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك روايتان ، احدها فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد قال يفسد النكاح ويصح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست أذكر الآن فيه نصاً .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبداً ويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فنه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بامر لا يشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعي فرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشتد عليه في صداقها حباً يحى به الاب على ثلاثة أقوال ، فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباً قال لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز . وأما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط في عقد النكاح ان يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد وخرج النسائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب

مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمر بن عبد البر اذ روته الثقات وجب العمل به ،

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت . واختلفوا هل يرجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال أبو حسن اللخمي ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة أو صداق المثل لسكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه فمن شبهه قال يفسخ ومن لم يشبهه قال لا يفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال أبو حنيفة ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الالفين أو أقل من الالف ويتخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لمساكن القدر ولست أذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة ، واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جمالها ونصابها وما لها وقال الشافعي يعتبر بنسائها عصبته فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابته من العصبه وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام : تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث .

(الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلفوا في لا يخلو ان يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت أعنى وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأنى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج . وقالت طائفة القول قول الزوج

مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن ابي ليلى وابن شبرمة وجاعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ، وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعى والنورى وجاعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل أو غير معلل فن قال معلل قال يحلف أبداً أقواها شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانها تقرله بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرأ زائدا فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عندهم لم يراع الاشياء والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواها من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها فيكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعى في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فن قال يشبهه به قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لا يجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبهه بالامان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للامان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعى والنورى وأحد ابواب ثور، وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول ، وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً والقول بأن القول قولها أبداً أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين احسن وأما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالجمهور في المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن

القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبح القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها او لم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبهاً تحالفاً وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر اغنى بتحالفان وبتراجمان الى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف اصله في كتاب البيوع ان شاء الله واما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالء والذي يجيء على اصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضاً متى يجب هل قبل الدخول او بعده فمن شبه النكاح بالبيع قال لا يجب الا بعد الدخول قياساً على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق .

✽ (الركن الثالث في معرفة محل العقد) ✽

وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولاً الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد ، والثاني مانع الجمع ، والثالث مانع الرق ، والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام ، والسادس مانع المرض . والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تأييده والثامن مانع التطليق ثلاثاً للمطلق ، والتاسع مانع الزوجية ، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً في هذا الباب أربعة عشر فصلاً .

(الفصل الاول في مانه النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبيل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت . واتفقوا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنات اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك ومجموعيهما أعنى الاب أو الام أو كليهما . والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لايك أو لكل ذكر له عليك ولادة . واما الحالة فهو اسم لاخت أمك أو أخت ل أنثى لها

عليك ولادة. وبنات الاخ اسم لكل أنثى لا خيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة. وبنات الاخت اسم لكل أنثى لا ختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة. والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن اللبس الذي يحرم الوطء بنسكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء . والاصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) الآية وزوجات الابناء والاصل في ذلك أيضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا والاصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والابناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة . واختلفوا منها في موضعين ؛ أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج ؛ والثانية هل تحرم بالمباشرة للإمام للذة أو بالوطء . وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسألة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة فهنا أربع مسائل .

(المسئلة الاولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله قوله تعالى (اللاتي في حجوركم) وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير وإنما خرج مخرج الموجود الأكثر فن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطاً في الربائب اذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره .

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولي

الشافعى وقال داود والمزنى لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلمذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط وحمل الثورى النظر على حمل اللبس ولم يشترط اللذة وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوله فلم يوجب فى النظر شيئاً وأوجب فى اللبس ٥ ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى « اللاتى دخلتم بهن » الوطء أو التلمذ بما دون الوطء فان كان التلمذ فهل يدخل فيه النظر أم لا.

(المسئلة الثالثة) واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالمقد على البنت دخل بها أولم يدخل وذهب قوم الى أن الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت أعنى أنها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى (وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتى دخلتم بهن يعود على الامهات والبنت ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات. ومن الحجة لاجمهور ما روى المتى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلا تحل له امها.

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء ما يوجب الوطء فى نكاح صحيح أو شبهه اعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح امها ولا بنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنته، وقال ابو حنيفة والثورى والازاعى يحرم الزنا ما يحرم النكاح، واما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة انه يحرم وقال سحنون واصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما فى الموطأ وقد روى عن اليت ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ ٥ وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالة على المعنى الشرعى واللغوى فن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمه التى بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يعرم الزنا أيضا ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا ، واتفقوا

فكما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح *
واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

(الفصل الثالث في مانع الرضاع)

وانفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعني أن المرضة تنزل منزلة الأم فتحرم على الموضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب *
واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع . أحداها في مقدار الحرم من اللبن . والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال الموضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أولاً يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر الوصول من الحلق أولاً يعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعني الزوج من الموضع منزلة أب وهو الذي يسمونه بن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب *
والثامنة الشهادة على الرضاع * والتاسعة صفة المرضة .

(المسئلة الاولى) امامة مدار الحرم من اللبن فإن قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والنورى والاوزعى وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال ابو عبيد وأبو ثور، وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها ما ينطلق عليه اسم الارضاع والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام : لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثانى حديث سهل في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث

فإن تحرم المصّة والمصتان ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لا تحرم المصّة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فافوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لا تحرم المصّة ولا المصتان يقتضى أن مافوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعني خمس رضعات يقتضى أن مادونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور وهو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك حديثان . أحدهما حديث سالم وقد تقدم . والثاني حديث عائشة خرج به البخاري ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من أخوانكن من الرضاعة فإن الرضاعة من المجاعة فن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم الابن الذي لا يقوم للرضع مقام الغذاء إلا أن حديث سالم نازلة في عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعمل حديث عائشة لأنها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي ثبتت الحرمة به * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فأنما الرضاعة من المجاعة فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار الموضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم يشرطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول غيره إلى ثلاثة

أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوم ان ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : إنما الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومها ان ما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان ما سكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مختلط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك نفع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن او كان مختلطاً لم تذهب عينه * وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أولا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أولا يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أباً للرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى واحمد والاوزاعى والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأول قال على وابن عباس وبالفول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح أخو ابى القعيس يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فابيت أن آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه

عمك فاذنى له فقلت يا رسول الله انما ارضعتى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فلباج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى ان ما في هذا الحديث شرع زائد على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى ان آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاء أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التي بقصدها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالا حاديث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا ترك كذاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعى وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشوقولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشوقولها قبل الشهادة وهو مذهب أبى حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه انه لا يجوز فيه شهادة أقل من اثنتين والسبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأني هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فبخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعنى انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنتين وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يا رسول الله إننى تزوجت امرأة فانت امرأة فقالت قد أرضعتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قبل دعما عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الذنب جمعاً بينه وبين الاصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك (المسئلة التاسعة) وامام صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ

والبائسة من الحيض كان لها زوج أولم يكن حاملا كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة لابن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى وإن وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم. واختلفوا من هذا الباب في ابن الميتة بسبب الخلاف هل يتناولها العموم أولا يتناولها ولا ابن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول .

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم بسبب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها الا اذان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أو الى النكاح وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم فى زوجته انها لا تريد لامس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له انى احبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن . واما زواج الملاحنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان .

﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له أن ينكح أربعة وبه قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز له الجمع الا بين اثنين فقط بسبب اختلافهم من العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعنى ان حده نصف حد الحر . واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فالىكم كحو ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لقيلان لما أسلم وتحتة عشر نسوة . أمسك اربعا وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة اعنى جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

الفصل السادس في مانع الجمع

وانفقوا على أنه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت ايمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى اقرب مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان علمنا ذلك بعلة الاخوة او بسبب موجود فيهما. واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احدهما بنكاح والاخرى بملك اليمين فمنعه مالك وابو حنيفة واجازه الشافعي. وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها وانفقوا على ان العممة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواحدة ذكر آخر وان الحالة هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة اما بنفسها واما بتوسط أنثى غيرها وهن الحرات من قبل الام. واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ولا بينهما وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لم يجر لها ان يتنكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أنثى فلم يجر لهما أن يتنكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما . واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل.

نكاح المرأة منه لانها زوج أبيه وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبى وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك وأولئك ينعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

(الفصل السابع فى موانع الرق)

واتفقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة ولا حرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها . واختلفوا فى نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى . والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضى أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين ، أحدهما عدم الطول الى الحرية ، والثانى خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) يقتضى بعمومه انكاح من حر أو عبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفا للعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الامة وانما المقصود به الامر بانكاح من والا يحبرن على النكاح وهو أيضا محمول على التذب عند الجمهور مع ما فى ذلك من ارقاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما ، أحدهما اذا كانت تحتة حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك فى ذلك القولان ، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع او ثنتان فن قال اذا كانت تحتة حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحتة حرة لم يجزله نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أو متاهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة لان حاله مع هذه الحرية فى خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الامة الاولى أولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان

الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرية واعتباره مطلقا فيه نظر وإذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرية أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح اختلف في ذلك قول مالك . واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الأمة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها أغنى أصحاب مالك . وانفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز ان تنكح المرأة من مملكتها وانها اذا مملكت زوجها انفسخ النكاح .

* (الفصل الثامن في مانع الكفر) *

وانفقوا على أنه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بمعصم الكوافر) واختلفوا في نكاحها بالملك على انه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الا ما روى في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في احلال الكتابية الأمة بالنكاح وانفقوا على احلالها بملك اليمين * والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بمعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء إلا ما مملكت أيمانكم) وهن المسيبات وظاهر هذا يقتضي العموم سواء كانت مشركة أو كتابية والجمهور على منعها وبالجمهور قال طائوس ومجاهد ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسيبات في غزوة أو طاس اذ استأذنوه في المنزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالمعنى لان الاصل بناء الخصوص على العموم اغنى ان قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جمل العام ناسخا للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا في احلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضي اباحة تزويجها وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقي الباقي على عمومته فنخصص العموم الباقي بالقياس أو لم ير الباقي من العموم المخصص عموما قال لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ومن رجح باقي العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الأمة الكتابية وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطأ بالقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتيانكم

المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية ان ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما انفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) ولا جماعهم على أن السبي محل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فتى يهدم فقل قوم ان سبيا معا أغنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة ، وقال قوم بل السبي يهدم سبيا مآ أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي ، وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلا والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي في السبب في اختلافهم هل يهدم أولا يهدم هو تردد المسترفين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لازوج لها أو المستأجرة من كافر وأما تفريق أبي حنيفة بين ان يسبيا معا وبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما انظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية هنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالذمية فبيد لان الذمي انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه.

الفصل التاسع في موانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقل مالك والشافعي والليث والاوزاعي وأحد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالتنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك في سبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فن رجح هذه الاحاديث

على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

(الفصل العاشر في موانع المرض)

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله أنه يفرق بينهما وإن صح ويتخرج من قوله أيضا أنه لا يفرق بينهما إن الفریق مستحب غير واجب ^١ وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه ولا اختلافهم أيضا سبب آخر وهو هل يتم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لأنهم انفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصلح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه أثبات الحكم بالمصلحة حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد وأعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصلح نظرق للناس أو ينصرفوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم ولنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بها وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر الى شواهد الحال فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم إذ لا يمكن أن يحدث في ذلك حد مؤقت صناعي وهذا كثير مما يمرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

﴿ الفصل الحادى عشر في موانع العدة ﴾

وانفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل

له أبدا . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية . وسبب اختلافهم هل قول الصحابي حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكاً روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد النفقي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد ولها مهرها بما استحبل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله وهو أنه ادخل في النسب شبهة فاشبهه الملاعن وروى عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال فلما ابلغ ذلك علياً انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لا نوطاً حامل مسببة حتى تضع لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا تعتق والجمهور على أنه لا تعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر فإن قلنا أنه مؤثر كان له أبنا بجهة ما وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره . وأما النظر في مانع التطلاق فلاننا فسيأتي في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فاتهم اتفقوا أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسيية على ما تقدم واختلفوا أيضاً في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً للجمهور على أنه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لموم قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) يقتضي المسييات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقاً لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكن نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد

الحدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيامن العرب يوم اوطاس فهزمومهم وقتلوم واصابوا لهم نساء لمن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نائموا من غشيانهم من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي البقى بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للانكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليها ، صفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم انفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضيين ، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام ، والموضع الثانى اذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعة ومن الاختين واحدة أيتما شاء وبه قال الشافعى وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجن في عقد واحد فرقى بينه وبينهن وقال ابن المساجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعة ، والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعنى انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كتابة فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجة عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام وصفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين

زوجهما باجرا قبل أن تنقضى عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الاسلام قابت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للآثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضى المفارقة على الفور ، وأما الآثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيتته وقالت اقتلوا الشبخ الضال ثم اسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للآثر فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها فإن كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامه أيضا قبل .

(الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح)

وموجبات الخيار أربعة ، العيوب ، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة ، والثالث الفقد أعنى فقد الزوج ، والرابع العتق نلامة المزوجة فينمقد في هذا الباب أربعة فصول .

(الفصل الاول في خيار العيوب)

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أولا يرد ، والموضع الثاني إذا قلنا انه يرد فن أيها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الاول فإن مالك والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما هل قول صاحب حجة الآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال : إنما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار لمعيب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبهه بالبيع وقال المخالفون لهم لبس شبهها بالبيع لاجتماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أى العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد في حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن اثرود

يكون من أربعة عيوب ، الجنون والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذى يمنع الوطء اما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الأنف ف قيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والنورى لا ترد المرأة في النكاح الا بعيين فقط القرن . والرتق فاما أحكام الرد فان القائلين بالرد انفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا نئى عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيب فقل مالك ان كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ . وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيب ولا رجوع له عليها ولا على ولي . وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيب أعنى اتفاهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيب لقوله عليه الصلاة والسلام : أيما امرأة نكحت بغير إذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في الشيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول وانفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يعطى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة ف قيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا يخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد لكل عيب اذا علم أنه مما خفى على الزوج .

﴿ الفصل الثانى في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصدق فكان الشافعى يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له فقيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر . وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبهاً بالابلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقل مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجاعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والنورى

لا يفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر رحمهم الله وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لأن الجمهور على القول بالتطبيق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث في خيار الفقد رحمهم الله

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته تجهل ذلك ضرب لها الحاكم لأجل فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر وأحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسمان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى أيضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تنحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن علي وابن مسعود رحمهم الله والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الأيموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب ؛ ومفقود في حروب الاسلام أعنى فيما ، بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشبه فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وقتلهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته

وحكم المفقود في ارض المسلمين في ماله اعنى يعمّر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصالح في الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع في خيار العتق)

وانفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والاوزعى وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حراً كان أو عبداً . وسبب اختلافهم تمارض النفل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الحر الذى كان في انكاحها باطلاق اذا كانت أمة أو الحبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الحبر على النكاح باطلاق قال تخيرت تحت الحر والعبد ومن قال الحبر على تزويج العبد فقط قال تخيرت تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضاً في الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار ما لم يمسه وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت ان المسيس يسقط خيارها .

(الباب الرابع في حقوق الزوجية)

وانفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف لقوله لهند : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف فاما النفقة فانفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولما تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكاً قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغاً وأما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعى قولان ؛ أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لما كان الاستمتاع أو لما كان انهما محبوساً على الزوج كالعائبات والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى

لأنها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي الى أنها مقدرة فعلى المومر مدان وعلى الاوسط مدونصف وعلى المعسر مدنة وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اتفقوا أن الكسوة غير محددة وأن الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لاتخدم انفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيهه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجمية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحررة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لانفقة للناشز . وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل لها النفقة كالحررة وهو المسهور وقيل لانفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتبه فإياها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي لم تأتبه وقيل أن كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبداً فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لانفقة لها الا على سيدها الذي يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتبه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتى زوجها في كل اربعة أيام . وأما على من تجب فانفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال ابو المصعب من أصحاب مالك لانفقة عليه . وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا

فيمن القول قوله اذا اختلفوا في الاتفاق وسيأتى ذلك في كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : اذا كانت للرجل امرأتان فال الى احدهما جاء يوم القيامة وأحدث فيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام : كان اذا أراد السفر أفرع بينهما واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج ، وقال أبو حنيفة الإقامة عندهن سواء بكرأ كانت أو ثيباً ويحتسب بالإقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى ^١ وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان : اذا تزوج البكر أقام عندها سبعا واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقل ليس بك على أهلك هو ان إن شئت سبعت عندك وسبب عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري خرجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في ما مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب ^٢ وسبب الخلاف حمل قوله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوما لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا ان يكون الطفل لا يقبل إلا نديها وهو مشهور قول مالك ^٣ وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى ايجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الامر بالرضاع ولا يجابه وإنما من الاخبار التي مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ندى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان ارضعن لكم فآثرن أجورهن)

(الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها)

الانكحة التي ورد النهي فيها مصرحاً بأربعة ، نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه بضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ^١ واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي الا انه قال إن سمي لاحدهما صداقاً أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمي فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو نور والطبري ^٢ وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأن مالكا رضى الله عنه رأى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به أو رأى أن النهي انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد النهي .

(وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أو طاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتاج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة الا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس .

(وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) فقد تقدم ان فيه

ثلاثة أقوال ، قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين ان ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحال أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان ما لكأقال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله المحال فن فهم من لعن التأنيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأنيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهى . وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد إما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغير حكمه وأوجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل . وأما زيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التى بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أولا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق فان ذلك يلزمه إلا ان يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضا وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها أو عليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن على وقول الاوزاعى مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : أحق الشروط ان يوفي به ما استحلانم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم إلا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبة وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعنى في لزومها أو عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فهما ما انفقوا على فسخه قبل الدخول وبعبده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الاكثر يفسخه قبل الدخول وينبته بعبده والاصل عنده فيه أن لا يفسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير

من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المسكروحة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه او مختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول وعنده وقد نرى ان نقطع ههنا القول في هذا الكتاب فان ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

(كتاب الطلاق)

والسلام في هذا الباب ينحصر في أربع جل ، الجملة الاولى في انواع الطلاق الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ، الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

(الجملة الاولى) وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعى ، الباب الثانى في معرفة الطلاق السنى من البدعى . الباب الثالث في الخلع . الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس في التخيير والتمليك .

(الباب الاول) واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون في مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللهديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب

البيّنونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثاً في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر في اسقاط أعداد الطلاق وان الذي يوجب البيّنونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففي هذا الباب اذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهما عمر واحتجوا أيضاً بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتهما قال طلقتهما ثلاثاً في مجلس واحد قال إنما تلك طلقة واحدة فارتجمها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمر بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجته البتة لا ثلاثاً . وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البيّنونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما لزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيف ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غالبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة

عثمان بن عفان. وزيد بن ثابت وابن عباس وإن كان اختلف عنه في ذلك لكن الأشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً ومن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشد من هذين وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما قل ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقه فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الأول بما روى عن ابن عباس مرفوعاً إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : الطلاق بالرجال والعدة بالنساء إلا أنه حديث لم يثبت في الصحيح . وأما من اعتبر من رق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقاً ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثة مع الرق .

(المسئلة الثالثة) . وأما كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا لقياس وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والامة على حدودها وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر إلا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله وبشبهه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نفسه وإن الفاحشة ليست تقبح منه فبها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغاظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البيذونة واقعة في العاقلة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عمراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما يرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

﴿الباب الثاني﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طلبة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي يمسه فيه غير مطلق للسنة وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء، واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع، الموضع الأول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة؛ والثاني هل المطلق ثلاثاً أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض.

(أما الموضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال أبو حنيفة إن طلقها عند طهر طلبة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقاً ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

(وأما الموضع الثاني) فإن مالكاً ذهب إلى أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلائي طلق زوجته ثلاثاً بحضور رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه إنه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف بالسنة ولا بدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعي .

(وأما الموضع الثالث) في حكم من طلق في وقت الحيض فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها أن الجمهور قالوا يمضى طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء اختلفوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب ، وأنه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة قبل ينسحب إلى

ذلك ولا يجبروبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذى يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعى وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسكها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسكها فيه فنهاذا أربع مسائل، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ، والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ، والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

(اما المسئلة الاولى) فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قل نعم وروى انه الذى كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يردده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجمله ، فاسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع في الطلاق السنى هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتتمام فن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ومن قل شروط كمال وتتمام قال يقع ويندب الى ان يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أولا يجبر فن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الامر هو على الذنب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذى بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالطلاق قبل الدخول وبالجمله فقالوا ان من شرط الرجعة

وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى بونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه * فبسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهى متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها الطول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مرة فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً فانه قال انما أمر بمراجعتها الثلاثين طولا عليها المدة فانه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغى ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذى بعد الحيضة ثم فبسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد .

* (الباب الثالث فى الخلع)

واسم الخلع والفدية والصلح والمباراة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمباراة باسقاطها عنه حقاً لها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولاً ثم ثانياً في شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثاً في نوعه أعنى هل هو طلاق او فسخ . ثم رابعاً فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكيف بعد الدخول

في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتريدن عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرج به - هذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزينى عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلاجناح عليهما فيما افندت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فحائز به فسيب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

(الفصل الثانى)

فاما شروط جوازه فنحن ما يرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذى يجوز به ، ومنها ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها ، ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لا تملك أمرها ففي هذا الفصل أربع مسائل .

(المسئلة الاولى) أما مقدار ما يجوز ان تخضع به فان مالكا والشافعى وجاعة قالوا جائز ان تخضع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطها على ظاهر حديث ثابت فن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض فان الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والغرور والمعلوم مثل الآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبى حنيفة جواز الغرر ومنع المعدم به وسبب الخلاف تردد العوض هنا بين العوض في البيوع أو الاشياء الموهوبة والموصى بها فن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لانستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل .

(المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرار بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقهاء ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال . قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال أى مع الضرر . وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفهية مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهمة التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان .

❦ الفصل الثالث ❦

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعي انه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا ولا كان فسخا وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التعليلات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله باثنا لانه لو كان لازوج في العدة منه الرجعة

عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة. واحتج من جملة طلاقا بان الفسوخ انما هي التي تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ. واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعنده هؤلاء ان الفسوخ تقع باتراضى قياسا على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شيء غير الطلاق ثم فسبب الخلاف هل اقتران الموضع بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها .

(الفصل الرابع)

وأما لو احقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما شهر . فمنها هل يرتدف على المختلة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي ثم سبب الخلاف ان العدة عند الفريق الاول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم ير ذلك لم يرتدف . ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلة ق العدة الا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالوا ان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثورين أن يكون بلفظ انطلاق أو لا يكون . ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة ثم سبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معمل واختلفوا في عدة المختلة وسيأتى بعد . واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك القون قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين ، أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ ، والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

(الباب الخامس)

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخير وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخيرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التملك الى أن ترد أو تطلق . والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل لانه يعز لها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعي اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا ان ينويه وان نواه فهو ما أراد أن واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه وفي المدد في الخيار أو التملك وهي عنده ان طلقت نفسها رجمية وكذلك هي عند مالك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التملك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التملك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن

ابن عباس وعمر رضى الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بينى وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع قال فان الذى بيدى من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بها مادامت في عدتها وسالني أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل بعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء ففيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب . وقد قيل ليس التملك بشيء لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبى حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي أن التملك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق وإنما صار الجمهور للقضاء بالتملك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وإنما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتملك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمراً من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختيار بيني او اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى بينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان بينونة وإنما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التملك انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعترف به النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وإنما اتفقوا على ان له مناكرتها في العدد أعنى في لفظ التملك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وإنما رأى مالك والشافعي انه اذا طلقت نفسها بتملكه اياها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحتمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وإنما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى ان لها ان تطلق نفسها في التملك ثلاثا وانه ليس للزوج منكرتها في ذلك فلان معنى التملك عنده انما هو نصير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقفه

من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلقة واحدة فقط أو التخيير فأنما ذهب الى انه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لان العلة في جعل الطلاق بايدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فنلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع . أحدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثاني انه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير البيئونة وبالتمليك مادون البيئونة واذا قلنا بالبيئونة فقل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقل رجعية وقيل بائنة . وأما حكم الالفاظ التي تجيب بها امرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم في الالفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .
(الباب الاول) وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في انواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثاني في انواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

* (الفصل الاول) *

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح . واختلموا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتبعوا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالمعقد في النذر وفي اليقين أو قومه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أو قومه باللفظ واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية . واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن فأنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول فقال مانك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو

اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وإنما انفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لان دلالة على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلاً في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف اعنى أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق أو هى باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت فى هذا المعنى أعنى فى معنى الطلاق كانت مجازاً اذ هذا هو معنى الكناية اعنى اللفظ الذى يكون مجازاً فى دلالاته وإنما ذهب من ذهب الى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة لان الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسثلتان مشهورتان أحدهما اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التى انفقوا عليها فإن مالك والشافعى وأبو حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقاً اذا قال لزوجه أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكىة بان قالت إلا ان تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسأله ان يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعى وأبو حنيفة ان الطلاق لا يحتاج عندهم الى نية . وأما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية فى ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهى اختلافهم فيما قال لزوجه أنت طالق وادعى انه أراد بذلك أكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثاً فقال مالك هو مانوى وقد لزمه وبه قال الشافعى إلا ان يفيد فيقول طلبة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة قال يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لا يتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحاً . وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فن قال بالنية أو جب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لا يحتمل العدد وانه لا بد من اشتراط اللفظ فى الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعنى اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه انه

يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا دعي في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهيه في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع ، وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية، وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً واحدة واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينو لم يصدق وذلك اذا كان عنده في هذا كونه الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى ونفنى لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نية كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقاً فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال ؛ قول انه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي ؛ وقول انه لا يصدق باطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك . وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البيونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وإنما صار مالك الى انه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقاً لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ إنما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا ان يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وإنما صار الى انه لا يقبل

قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البيئونة والبيئونة لا تقع الا خلا
عنده في المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلا لانه ليس هناك عوض فبقي ان يكون ثلاثا
وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض
ودون عددان يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع
على انه يقبل قوله فيمدون الثلاث في صريح ألعاط الطلاق كان أخرى ان يقبل قوله
في كنيته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكنية ويشبه ان تقول المالكية ان لفظ
الطلاق وان كان صريحا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي
حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن
الطلاق في الكنيات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعا لحديث ركانة المتقدم
وصار أبو حنيفة الا أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان
الثلاث معنى زائد على البيئونة عنده فبسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية
أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البيئونة فقط أو العدد
فن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية
ومما اختلف فيه المصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعنى من جنس
المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم أعنى من قال لزوجك أنت على حرام وذلك
ان مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت اى الثلاث وينوى في غير المدخول
بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنيات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن
ثابت وعلى من لصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى في غير المدخول
بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال في هذه المسئلة والقول الثاني انه ان نوى بذلك
ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمينا يكفرها وان لم ينوبه طلاقا
ولا يمينا فليس بشيء هي كذبة وقال بهذا القول الثوري ، والقول الثالث انه يكون
ايضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فتلاث وان لم ينوشيثا فهو يمينا يكفرها
وهذا القول قاله الاوزاعي . والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضعين في ارادة
الطلاق وفي عدده فما نوى كان مانوى فان نوى واحدة كان رجعا وان اراد تحريمها
بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي ، والقول الخامس انه ينوى أيضا في
الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان
نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس
انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا ان بعض هؤلاء قال يمين مغلفة وهو قول عمر
وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد

كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرجه البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (يا أيها النبي لم نحرّم ما أحل الله لك) الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لانحرّموا طيبات ما أحل الله لكم) وهو قول مسروق الاجماع وأبى سلمة بن أبى عبد الرحمن والشعبى وغيرهم ومن قال فيها أنها غير مغلفة بمعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة وسبب الاختلاف هل هو بين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثانى فى الفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيّد لا يخلو من قسمين . اما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلية أو بخروج شيء محبب العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف هل يعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كعلقه بالافعال المستقبلية أو لا يعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فن قل لا يعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلية فان الافعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها ما يمكن أن يقع أولا يقع على السواء كدخول الدار وقدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزا عند مالك

ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحاً الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتملق الطلاق بوضع الحمل ومحبي الحيض والظهر ففي ذلك روايتان عن مالك ، احدهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانجاز الطلاق في هذا يضعف لانه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لاسبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا . وأما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده . ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلاً من الافعال انه لا يحث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على برحتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البرحتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم في تبويض المطلقة أو تبويض الطلاق أو إرداف الطلاق على الطلاق . فاما مسألة تبويض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك أو رجلك أو شمرك طالق طاعت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف طليقة طلقت لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند الخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فن شبه تكرار اللفظ بلفظ بالعدد أعنى بقوله طلقتك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثاً ومن رأى أنه بالالفة الواحدة قد بان منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجمي . وأما الطلاق المقيّد بالاستثناء فاما يتصور في الممدد فقط فاذا طلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من

ثلاثة أحوال . إما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الاثلاثا أو اثنتين الاثنتين . وإما ان يستثنى ما هو أقل واذا استثنى ما هو أقل . فاما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر . وأما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الأقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويستقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الواحدة . واما ان استثنى الاكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الاكثر من الأقل ، والآخر أن الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الاثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق مما فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذ أبو محمد ابن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجة في ذلك .

(الباب الثانى في المطلق الجائر الطلاق) واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض ان صح . واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجاعة وبه قال عبيد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس . وفرق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فعنهم قولان أحدهما انزومه وان لم ينو فقولان أحدهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعة ففرقوا بين البيع والطلاق والعتيق * وسبب الخلاف دل المطلق من قبل الاكرام مختار أم ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء أصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقفا للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) وانما فرق أبو حنيفة بين

البيع والطلاق لان الطلاق مغاظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس في المختصر أنه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنى عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقدًا للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلاف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والتودد من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شئ وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم أنه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصاً في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو نوري وأحق وجماعة من التابعين أغنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع. وأما المريض الذي يطلق طلاقاً بائناً ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقولون ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها. والذين قالوا بثورثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم لها الميراث ما لم تنزوج ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى ، وقال قوم بل ترث كانت في العدة ولم تكن تزوجت أم لم تنزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في ان يكون انما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحق وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب ان يقع بجميع احكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع احكامها ولا بد لحصومهم

من احد الجوابين لانه يسر ان يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق وبعض احكام الزوجية واعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولا يصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى ان يصح اولا يصح وهذا كله مما يسر القول به فى الشرع ولكن انما انس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور واما من رأى انها تترت فى العدة فلان العدة عنده من بعض احكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من شرط فى توريثها الم تنزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا تترت زوجين ولكون النعمة هي المالة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو منكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا تترت أصلا وفرق الاوزاعى بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التملك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان مات لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

﴿ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق ﴾

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء الانى فى عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضى عدتهن فى الطلاق الرجمى وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق باجنبيه أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجاعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبى حنيفة وجاعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعنى مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق وكذلك فى وقت كذا فان هؤلاء يطلقن اذا زوجن به وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الوجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عمم فوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عتابه وحرجا وكأنه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا

الزمناء الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعى وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب أن يكون في هذا الجنس بابان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعى ، الباب الثانى في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

(الباب الاول)

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعى مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبمولتهن أحق بردهن في ذلك) وان شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له وانفقوا على انها تكون بالقول والشهاد . واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب . وسبب الخلاف معارضة القياس للاظهار وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) يقتضى الوجوب وتشبيهه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الانسان يقتضى أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على النيب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لانكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قول الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده ينزل منزلة القول مع التوبة وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعي فمأس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فان أبنا حنيفة يرى ان الرجعة محالة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولان المالك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعا فلا بد عنده من النية فهذاواختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت

في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معها غيرها وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال أبو حنيفة لا بأس ان تنزىن الرجمية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وأبو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنجس أو خفق نمل * واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلبة رجمية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجمة فتتزوج اذا أنقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أولم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى به. الا أن يدخل اثنتى وبالقول الاول قال المدنيون من أصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبت في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ. واما الشافعي والكوفيون أبو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارنجمها أحق بها دخل بها الثاني أولم يدخل وبه قال أبو داود وأبو ثور وهو مروى عن علي وهو الاين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارنجمها مخير بين ان تكون امرأته أو ان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك في الرواية الاولى مارواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امراته ثم يراجعها فيكتمها رجمتها حتى تحل فتكح زوجا غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث إنما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجمة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج وإن كانت الرجمة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له في ابطال الرجمة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ماخرجه الترمذى عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعا من رجلين فهو الاول منهما .

(الباب الثانى)

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف وفي الختامة باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجمة بعد هذا الطلاق حكم

أُبتداء النكاح اعنى في اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهؤلاء كانوا رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعه بن سموال انه طلق امرأته تيممة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعرض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها فأراد رفاعه زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لمعوم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الحنانيين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء باتزال وجهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الحنانيين . وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتسكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما في ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والحصى الذى يبقى له ما يغيبه في الفرج * والخلاف في هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله ثم اختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعنى اذا يزوجها على شرط أن يحلها الزوج الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعبءه والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال دواد وجاعة قالوا هو محل للزواج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أى ليس بحلها وهو قول ابن أبى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه إياه كلمه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه . واسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه وأما الفريق الآخر فتملق بمعوم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا

وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المفصولة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الاذن من مالكها في ذلك قالوا وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فاحرى أن لا يدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها ثم اختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعنى إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فن رأى ان هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه إذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

(الجلة الرابعة) وهذه الجلة فيها بابان ؛ الاول في العدة ، الثانى في المنة .

(الباب الاول)

والنظر في هذا الباب في فصلين . الفصل الاول في عدة الزوجات . الفصل الثانى في عدة ملك اليمين .

(الفصل الاول)

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين . أحدهما في معرفة العدة . والثانى في معرفة أحكام العدة (النوع الاول) وكل زوجة فهم إما حرة واما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها . فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فالحكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار وإما يائسات وذوات الحيض اما حوامل واما جاريات على عادتھن فى الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض فى سن الحيض اما مراتبات بالحمل أى بحس فى البطن واما غير مراتبات وغير المرتبات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض واما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا

من هذه الآية في الاقراء ما هي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسها ومن قال ان الاقراء هي الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ومن قال ان الاقراء هي الحيض أما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعري وحكي الاثر عن أحمد بن حنبل قال الاكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبي انه قول واحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلف الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول على وابن مسعود هو انها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن الزوج عليها رجعة وحلت للزواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة . وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه . فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروه . وحكوا ذلك عن ابن الانباري وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيمادون العشرة وقالوا أيضاً الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض أى جمعه فزمان اجتماع الدم هو زمان الصهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروه) ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الاتجوزاً واذا وصفت الاقراء بانها هي الاطهار أمكن ان تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الاتجوزاً واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بأن تكون الاقراء هي الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضىه الحدائق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار حديث

ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليرا جمها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على أن العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أى فتلك مدة استقبال العدة لثلا يتبع بعض القرء بالطلاق في الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى أن العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبرائها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو صلب العدة بالاقراء فوجب أن تكون الاقراء هي الحيض * واحتج من قال الاقراء هي الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو النقطة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام أعنى المشترك هي الاطهار التي بين الحيضتين ولكلا الفريقين اجتجاجات طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون أن العدة هي الاطهار انها تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا انها الحيض ف قيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء النورى واسحق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في العمل عشرين سنة حتى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التي تحيض . وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك رية حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الا شهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الا شهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الا شهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل . واختلف عن مالك من متى تعتمد بالتسعة أشهر ف قيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم

رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترفع حيضتها وهي لا تئأس منها في المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل في السن الذي تئأس فيه من الحيض وحينئذ تمتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مودود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظاهراً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني او السنة الى أن تمضي لها ثلاثة اقراء . وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يشن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة وهذا رأى فيه عسر وجرح ولو قيل انها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً اذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالك لم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككتهم في حكمهم ثم قال في التي تبقى تسعة لا تحيض وهي في سن من تحيض انها تعتد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى أن الرية هنا في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو الماحكم عليه بما يشس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم هنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون في هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ملايقه بقطع بذلك فقد يجب ان تعتد انى انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لان اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسنان . وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذ لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعدتها روايتان احدهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تميز لها فتعد ثلاثة أشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القاني من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت

بمعد أيام حيضتها في صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التي لا تحيض .
وهي من أهل الحيض والشافعي انما ذهب في العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياسا
على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : اتركي الصلاة أيام اقراك فاذا
ذهب عنك قدرها فاعلى الدم وانما اعتبر التمييز من اعتباره لقوله صلى الله عليه وسلم
لفاطمة بنت حبيش : اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكي
عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرج به أبو داود
وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب
انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه
كارتفاعه . وأما المسترابة اعني التي تجد حساً في بطنها تظن به انه حمل فانها تمكث
أكثر مدة الحمل . وقد اختلف فيه فقل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين
وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعني
المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات
غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضا بتلك الاقسام بينها أعني حيضا ويائسات ومستحاضات
ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتى يأتين حيضهن فالجمهور على
أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحررة
وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن
ثلاثة قروء وهي بمن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم
بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحسد أعني كونه متصفا مع الرق
وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تنبعض . وآما الامة المطلقة اليائسة من
الحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال
الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة
الحررة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فيكان مالكا اضطرب قوله فرة أخذ
بالمعوم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في
ذلك واحد ، وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحررة
والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة . واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لاعدة
عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل
أن يمسه هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت
فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولي الشافعي وقال داود ليس
عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالحمل فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة

وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الاتفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فمن مالك في ذلك روايتان ، احدها تداخل العدتين ، والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار برامة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل في الوجهين معا * وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجية قال لانفقة ، عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو أعتقت وعسى زوجة ثم طلقت . وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين وذلك ان الرجعى فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى في عدة طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر في العدة .

القسم الثانى

وأما النظر في أحكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبى ثور وإسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة * وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنما السكنى والنفقة لمن تزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطنه من

حديث فاطمة المذكورة وفيه فقل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى فبقى على عمومته في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعلموا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد في بيت ابن أم مكتوم بانه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها ليكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحينما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة من حيث تحب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغي ان تعلم أن المسلمين اتفقوا على ان العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها اذا أعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام في العدة متعلق فيها احكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يترصدن بانفسهن أربعاً أشهر وعشراً) . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذ لم تاتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة ان تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مسترابة فتتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتھا في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود أغنى من تكون عادتھا ان تحيض من أكثر من اربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور الفقهاء الامصار أبى حنيفة والشافعي والثوري.

(وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التي يتوفي عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن.

يضمن حاملهن) وان كانت الاية في الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لها : قد حملت فانكحى من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتمد بأبعد الاجلين اما الحل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . واما الامة المتوفى عنها من تحل له فانها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور أن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . وأما ام الولد فقال مالك والشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر، وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة اشهر ولها السكنى ؛ وقال ابو حنيفة واصحابه والثورى عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة اربعة اشهر وعشرا وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتمد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتمد ثلاث حيض فلم يبق الاستبراء رحماً وذلك يكون بحيضة تشبيها بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف فيه وحجة أبى حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتمد عدة الوفاة ولا بامة فتعتمد عدة أمة فوجب أن تستبرىء رحماً بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها أربعة اشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة فبسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبى حنيفة .

﴿ الباب الثانى فى المتعة ﴾

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة فى كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هى واجبة فى كل مطلقة وقال قوم هى مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها فى بعض المطلقات اختلفوا فى ذلك فقال ابو حنيفة هى واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى وقال الشافعى هى واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (بأيتها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عابن من عدة تعتدونها فنعوهن وسرحوهن سراحا جيلا) فاشتراط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فعلم انه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمري مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (وتمتوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الذنب لقوله تعالى في آخر الآية (حقا على الحسين) أى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة الممتدة هل عليها احدات فقال مالك ليس عليها احدات .

(باب في بعث الحكمين)

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهات احوالهما في التشاجر أعنى المحق من المبطّل لقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على ان الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، احدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة الا ان لا يوجد في اهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرها وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينعذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج أو لا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجمل الزوج اليهما التفريق . وحجة مالك مارواه من ذلك عن علي بن أبي طالب انه قال في الحكمين اليهما التفريق بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من بوكله الزوج . واختلف أصحاب

مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث على هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيكما أن نجمكما جمعكما وان رأيكما ان نفرقا فرقتها فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه الى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما قرأت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الايلاء)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤولون من نساءهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يوطأ زوجته اما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى أم انما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا أم لا ومنها هل المولى هو الذي يقيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل خلاق الايلاء بائن أو رجعي ومنها ان أبى الطلاق والفاء هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يوطأها في العدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسألة منها وعلوون

أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا

(المسئلة الاولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاه واما طلق فان مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاه واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالحلمة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا أن يبقى فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاهوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا ينفى حتى تنقضى المدة فن فهم من اشتراط الفية اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية في الآية أربعة أدلة ، أحدها أنه جعل مدة التريض حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة ، الدليل اثنائى أن الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة : الرابع ان الفاه في قوله تعالى (فان فؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التوقيف فدل ذلك على أن الفية بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . وأما أبو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما نرعت لئلا يقع منه ندم وبالحلمة فشبهوا الا بلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اليمين التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم ترص أربعة أشهر) والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هي اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة (المسئلة الثالثة) واما حقوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان

الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الإيلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء وإن لم يخاف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لأن الحكم إنما يلزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعاً.

(المسألة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الإيلاء فإن مالكاً ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان النفي عنده إنما هو بعد الأربعة الأشهر وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط إذ كان النفي عنده إنما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى إلى أنه إذا حلف وقتاً ما وإن كان أقل من أربعة أشهر كان مولياً يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس أن المولى هو من خاف أن لا يصيب امرأته على التأييد * والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآية فاختلفوا في وقت النفي وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو مجتمعة وكذلك اختلفوا في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتي بعد . وأما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي أركان الإيلاء أعني معرفة نوع اليمين وقت النفي والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه.

(المسألة الخامسة) فأما إطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجمي لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يجب أن يحمل على أنه رجمي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن وقال أبو حنيفة وأبو ثور هو بائن قالوا وذلك أنه إن كان رجمياً لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة * فسبب الخلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق فن غلب الأصل قال رجمي ومن غلب المصلحة قال بائن .

(المسألة السادسة) وأما هل يطلق القاضي إذا أنى النفي أو الطلاق أو يجبس حتى يطلق فإن مالكاً قال يطلق القاضي عليه وقال أهل الظاهر يجبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف في الطلاق للمصلحة فن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق إلا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك نأعمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسألة السابعة) وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها فإن مالكاً يقول إذا راجعها فلم يأتها تكرراً للإيلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجمي والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق

البائن يسقط الایلاء وهو أحد قولی الشافعی وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على ان الایلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الایلاء وذلك انه لا یرى في الشرع الا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لافي نكاح آخر ولكن ان رعيناهذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الایلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الایلاء بغير يمين اذا وجد معنى الایلاء.

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت في مدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعدد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فن لحظ جانب المصلحة لم يرعليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد فان مالكاً قال إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر قياساً على حدوده وطلافه وقال الشافعی وأهل الظاهر إيلاءه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تسمى بالعموم والظاهران تعلق اليمينان بالحر والعبد سواء والایلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة اليمين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الایلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الایلاء الایلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الایلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحاً ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الایلاء انما ضربت جماعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الایلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الایلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الایلاء هل ينتقل الى إيلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من إيلاء العبيد الى إيلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الأمة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى إيلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجامع منها لا إيلاء عليها فان وقع وتمادى حسب الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الجماع

وقال أيضا لا إيلاء على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطاق في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطاق فيها من غير غدر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يجوز أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها في العدة أولا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة أعنى بحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الإيلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الإيلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قبل كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المستر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيسارته ففسب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق اضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبق على الأصل

(كتاب الظهار)

والأصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهرتني زوجي أويس بن الصامت فحنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بمرق من تمر قالت وأنا أعينه بمرق آخر قال لقد أحسنت اذ هي فاطمى عنه ستين مسكينا خرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها في ألفاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح . ومنها هل الإيلاء عليه ، ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر أمي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهاراً إلا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء . وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لا يسمى ظهاراً الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام . وأما اذا قال هي على كأمي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوى في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار . وأما من شبه زوجته باجنبية لانحرم عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لانحب دون العود وشهد مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود . ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في البين فكلما ان الكفارة انما تلزم بالخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليسا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود في الاسلام فاما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات ، احدها ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معا ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي أضف الروايات عند أصحابه ، وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان

يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظاهر ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمساك تنبئ على أصليين ، أحدهما ان المفهوم من الظاهر هو ان وجوب الكفارة فيه إنما يكون بإرادته العودة الى ما حرم على نفسه بالظاهر وهو الوطء وإذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هي اما الوطء نفسه . واما العزم عليه وإرادته والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظاهر نفسه يحرم الامساك فكان الظاهر يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يدخل ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد وتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون له ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتد الشافعية في اجراءهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمها واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظاهر ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعاً أعني الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظاهر باليمين أى كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث كذلك الامر هنا وهو قياس شبه عارضة النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظاهريهم في الجاهلية وعند مالك والشافعية ان المعنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا منه وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) بمعنى فيه . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكريراً للفظ وأن العودة الثانية إنما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالاشبه له ان يعتقد ان بنفس الظاهر تجب الكفارة كما اعتقد ذلك

مجاهد الا ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . امة
ان تكون العودة هي تكرار اللفظ ، واما ان تكون ارادة الامساك ، واما ان تكون العودة .
هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعنى الاول والثالث ، أحدهما ان يقدر في الآية
محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . واما ان لا يقدر
فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو
هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو مانت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا
فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك
بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكى عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق
وانها اذا مانت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا
شذوذ يخالف للنص والله أعلم .

الفصل الثالث

واتفقوا على لزوم انظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الامة
ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار
من الامة فقال مالك والثوري وجاعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة
وكذلك المدبرة وأم الولد ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لاظهار من
أمة وقال الاوزاعي ان كان يطاء أمته فهو منها مظاهر وان لم يطاءها فهي يمين وفيها
كفارة يمين ، وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار
الامة عموم قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والاماء من النساء وحجة
من لم يجعله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء في قوله تعالى « الذين يولون من نسائهم »
تربص أربعة أشهر « هن ذوات الازواج فيكذلك اسم النساء في آية الظهار ثم
فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ
النساء أعنى ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي
خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة
أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر
منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يمين وقال كل امرأة أتزوجها
فهي مني كظهر أمي وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة
والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل ويمن قال بهذا
القول الشافعي وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو

ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي منى كظهر أمي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعالى أو فوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظاهر شبهه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظاهر من باب الحرج وقد قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فمن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلان رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف ثم وسبب الخلاف تعارض الاشياء في هذا المعنى .

(الفصل الرابع)

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط لجماع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجاعة ودليل قول مالك قوله تعالى « من قبل ان يتماسا » وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت عليه به فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها . إما ان تدل على ما فوق الجماع . واما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وان كان لم يجز به عادة للعرب

ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان لا شرع فيه نصرفا لحاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج.

❦ الفصل الخامس ❦

وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا تدخل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها فكحلها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا لأنه وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أولا يهدمها فنه من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

* (الفصل السادس) *

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحـكـان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أو لم يكن وبه قال الاوزعي وأحمد وجماعة ، وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط أن يكون مضاراً وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضائه الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال ، قوله انه يدخل باطلاق ، وقوله انه لا يدخل باطلاق ، وقوله انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وبسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر .

* (الفصل السابع) *

والنظر في كفارة الظهار في أشياء . منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعنى الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من

واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع ، اعتناق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتناق أولاً فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالإطعام هذا في الحر . واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو الإطعام بعد اتفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أغنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الإطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أولاً يملك ثم وأما اختلافهم في الشروط المصححة فنها اختلافهم اذا وطء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال ثم وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة الظهار أغنى أن تكون قبل المسيس فن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يجزى في ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتناق الوثنية والمرتدة دليل . الفريق الاول انه اعتناق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتناق في كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمن في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطاق على المقيد فيه خلاف والحنيفة لا يجيزونه وذلك أن الاسباب في القضيتين مختلفة . وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه * ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سليمة فن أى العيوب تشتط سلامتها فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحي والهدايا لكون القرية نجمها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ في الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب ما يعتبر في الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء . واختلفوا فيما دون ذلك فنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجازة أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي . وأما الاعور

فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك يجزى . وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعى يجزى . وأما الاصم فاختلف فيه في مذهب مالك فقبل يجزى وقبل لا يجزى . وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى في ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزى . أما الحصى فقال ابن القاسم لا يعجزنى الحصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجزى . وأما العين العرج فلا . والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرية وليس له أصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شرك أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المالك أدي شيئاً من مال الكتابة لم يجزوان لم يؤد جاز . واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشديدها بالكتابة لانه عقد ليس له حل ولا يجرى عند مالك اعتاق أم ولده ولا العتق الى أجل مسمى . أما عتق أم الولد فلان عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما في الكتابة فن المجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثالث وأما العتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلاف مالك والشافعى مع أبى حنيفة في أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عنظهار أجزاء قابو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأته انما اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه قابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهو لا قالوا لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه في كلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الاول والاخر بالعكس واختلاف مالك والشافعى فيمن اعتق نصفي عبيدين فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعى يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . رأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزى لمساكين مسكين من الستين مسكيناً الذي وقع عليهم النص فمن مالك في

ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مد بمدهشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلاث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشيع غالباً أعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفار اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع انحادها فنما اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فمد مالك انه يجزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر فمنهن ان اثنتين فائتتين وان ثلاثاً فائتلاتاً وان أكثر فأكثرفن شبهه بالطلاق أو جوب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أو جوب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي تظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل تظاهر كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف التظاهر كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد التظاهر وقال يحيى ابن سعيد تلزم الكفارة على عدد التظاهر سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى * والسبب في هذا الاختلاف أن التظاهر الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بالاختلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد التظاهر أم لا يوجب ذلك فيه تمداً وكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فن غلب عليه شبه الطرف الواحد وجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثر فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه تظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأنى رسول الله صلى الله عليه وسلم لم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه

كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء ، لانه وطئ وطئاً محرماً وهو مروي عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء لاعتن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بالمرحبد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال ابو محمد ابن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

❦ كتاب اللعان ❦

والقول فيه يشمل على خمسة فصول بمداقول بوجوبه ، الفصل الاول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثاني في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتعمام اللعان ، فأما الاصل في وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم ابن عدي العجلاني رجل من وقومه فقال له يا عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقضه فتقولونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتي بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فاقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقضه فتقولونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ من تلاعنها قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقة هائلاً قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم نزل تلك سنة المتلاعنين وأيضاً من طريق المعنى لما كان الفرائض موجبة للحقوق بالنسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفون به اذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان فالامان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولا صورتان ، احدهما دعوى الزنا ، والثانية نفي الحمل ودعوى الزنا لا يخلو ان تكون مشاهدة أعنى ان يدعى انه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة واذا نفي الحمل فلا يخلو ان ينفيه أيضا نفيا مطلقا أو يزعم انه لم يقر بها بعد استبرائها فهذه أربعة أحوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يدميها بالزنا وينفى الحمل أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم . واما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا انه يجوز وهي ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهن) الآية ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لم فقال والله يا رسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت باذننى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهن) الآية وأيضا فان ادعى دعوى يجب أن تكون بيينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فمن مالك في ذلك روايتان ، احدها سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعى والاوزاعى وجماعة بينهما لعان وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفي ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلعن . واما ان نفي الحمل فانه كما قلنا على وجهين أحدهما ان يدعى أنه استبرها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالجمهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعى وأحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى انه لا يجوز نفي الحمل مطلقا من غير قذف

واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل
 وشرط مالك انه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال
 الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه
 بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع . وحجة مالك ومن قال بقوله
 الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وائس وسهل بن سعدان النبي عليه الصلاة
 والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين . قال أن جاءت على صفة كذا فما اراه الا قد صدق
 عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان . وحجة ابي حنيفة ان الحمل قد ينفش
 ويضمحل فلا وجه لللعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما
 كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابي حنيفة
 انه يلاعن وان لم ينفي الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك
 وقتا ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت
 الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا
 في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها
 بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين
 وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وبقرير من هذا
 المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاء في غير
 العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل
 على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم
 هو المعتاد من ذلك وهي التسعة أشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم
 به في مدة العصمة فازاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة أشهر أعنى ان يولد المولود
 لستة أشهر من وقت الدخول أو امكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من
 وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب
 الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق
 به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه انما اعتمد في ذلك عموم
 قوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد
 فكانه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شيء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا
 الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات
 احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفي الولد ، والثالثة
 انه يلحق به الولد ويلاعن ليدراً الحد عن نفسه . وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته

مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الأنفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم في دفع الفرائش

(الفصل الثاني)

وأما صفة المتلاعنين فان قومًا قالوا يجوز للامان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين أو أحدهما حر والاخر عبد محدودين كانا أو عديلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كناية ولا لمان بين كافرين الا أن يترافعا لينا ومن قال بهذا القول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لمان الا بين مسلمين حريين عديلين وبالحيلة فالامان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة . وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الأنفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطا ومعمد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد سماه الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون أنه لا يكون لمان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد انفقوا على العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى عليه وسلم قال : لا لمان بين أربعة العبدن والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحدا لا يشهد لنفسه . وأما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لمان الاعمى . واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

(الفصل الثالث)

فاما صفة اللعان فتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتهما تزني وان ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم هي تشهد أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله

متفق عليه واختلف الناس هل يجوز ان يبذل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا مانص عليه من هذه الالفاظ . أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

(الفصل الرابع)

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبى والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أغنى انه يحد وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره في قصة المجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام : ان قتلتي قتلتي وان نطقتي جلدي وان سكنت سكنت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية الامان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرى عنها باليمين وللإشترار الذى في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالحد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بعير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حكم رده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحري أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناه في الشرع على أنها لا تراق الا بالبيئة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب الا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك قابو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى في كتابه في البرهان بقوة أبى حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعى وانفقوا على انه اذا أكذب نفسه حد والحق به الولد انه

كان نفي ولدأ . واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تعجب باللعان . اما بنفسه واما بحكم حاكم على مانقوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجاعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته . وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ولم يستثن فاطمى التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فيكأ يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدها مع القطع بان أحدها كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

(الفصل الخامس)

فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تعجب الفرقة أم لا وان وجبت فتى تعجب وهل تعجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيماروا مالك عنه فكانت تلك سنة المتتالعين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من ان تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجاعة انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان وقال الشافعي اذا أكل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكأ على الله أحداً كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل

تشبيها بالطلاق وحجتهما جميعا على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال : لا سبيل لك عليها فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان . فبسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة والاصل أن لافرقه الإبطال وإنه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعنى متفقاً عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتمال النفي وجوب الفرقة قال بإيجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فترده هذا الحكمين أن يغلب عليه شبه الاحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة وهي إذا قلنا أن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فإن القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأييد التحريم به فاشبهه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين إذ كانت عنده بحكم حاكم .

(كتاب الاحداد)

أجمع المسلمون على أن الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتبية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكتبية ابن نافع وأشهب وروياه عن مالك وبه قال الشافعي أعنى أنه لا احداد على الكتبية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتبية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالكا قال لا إحداد الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والنورى الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجب . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع عنه فإنها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال الى النساء

وذلك كالحلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جملة بالليل دون النهار وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم فيها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام : ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عيضا فتكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن ترمي بالبعرة على رأس الحول وقل أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التمويل على القول بايجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فسححت به عارضها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحدد على ميت فوق ثلاث ليل الا على زوج أربعة أشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضي الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش (قال القاضي) وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعنى هل يقتضي الوجوب أو الاباحة * وسبب الخلاف بين من أوجب على المسلمة دون الكافرة ان من رأى أن الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى أنه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجب على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدد الا على زوج قبل ونشرطه الايمان في الاحداد يقتضي انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحره وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق . أحدهما الاحداد . والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المسكنة فن قبل تردها بين الحره والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجب على المتوفي عنها زوجها دون المطلقة

فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا نتشوف اليها الرجال في العدة ولا نتشوف هي اليهم وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى ،

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولاكثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربع أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فيقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ؛ الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا أعني في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا . الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولاكثرها . الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت . السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الاول) ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عينا بعين أو عينا بشيء في الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسبة وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين . وإما نسبة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسبة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسبة من الطرفين فلا يجوز باجماع لابي العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه واسمها هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد

حوال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يخلو ان تكون ثمننا بثمانين أو ثمننا بثمان فان كانت ثمننا بثمان سمي صرفا وان كانت ثمننا بثمانين سمي بيعاً مطلقاً وكذلك ثمنونا بثمانين على الشروط التي يقال بعد وان كان عينا بذمة سمي سلماً وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المراجعة سمي بيع مراجعة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

(الجزء الثاني) واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعى في البيوع وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة ؛ أحدها تحريم عين المبيع ؛ والثاني الربا ، والثالث الغرر ؛ والرابع الشروط التي تؤل الى عد هذين او لمجموعهما وهذه الاربعة هى بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهي انما يتعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لامر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج ففهي الغش ومنها الضرر ومنها لما كان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففي هذا الجزء أبواب .

(الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع)

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا ثمنها وقال في الخمر ان الذي حرم شرها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ؛ ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانما نجسة الا خلافا شاذاً في الخمر أعنى في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة . واختلف في الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثاني وهى النجاسات التي تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعنى اباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من انياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فن رأى انه ناب جملة ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته ففيها الكلب والسنور .

أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين مالا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن مالا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وامساكه فأما من أراد له لاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ولم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيان ؛ أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين فالحنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز به فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى أنه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناء الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقترنت فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء ائتمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السورقنايت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع فبسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وماضارعه بعد اتفاهم على تحريم اكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرم الخمر والميتة والحنزير وعمدة من أجاز به انه اذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولا سيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والحنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعنى انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فيعت لهذا جاز ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعنى لتحريم البيع واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين . أحدهما جواز ذلك . والاخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الفيل والطبخ ومن

رآه نجاسة عين لم يظاها عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الادمية اذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه ابن أبيح شره فابيع بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الابان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله ابن الخنزير والانان تتسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض اقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول .

الباب الثاني في بيع الربا

واتفق العلماء على ان الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الزمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فاما الربا فيما تقرر في الزمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام : بقوله في حجة الودع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضمه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني ضع وتمجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد . وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الا ماروى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا ربا الا في النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك ، الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء ، الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فتقول أجمع العلماء على ان التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح

الاسواء بسواء عيننا بعين فن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسبة فيها فتثبت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ربا الاهاه وهاه والبر بالبر ربا الاهاه وهاه والشعير بالشعير ربا الاهاه وهاه فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك ان فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها . فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يتمتع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ماعداها لا يتمتع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء تمتنع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ما حكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ماعدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعنى في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤسا للأثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطاعم التي ليست مدخرة أعنى في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلمكونها ليست مدخرة وقد قيل أن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلمكونها مطبوعة مدخرة وقد قلنا أن الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطاعم . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة

هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه السنة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فإن الإجماع انمقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي مالمسا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعنى أن كونهما رؤسا للأثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسبة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدرأ يتأتى فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدرهم بما يخصها في كتاب الصرف . وأما ههنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء على علل الربا المطلق في هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فنقول أن الذين قصرنا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نفوا القياس في الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هي حيابة الاموال يريد منع القبن ، وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم أنه في معنى التمر والسكك واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل في استنباط الشبه الذى اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلاً بمنزلة البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم . وأما المالكية فانها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على مافى الوطأ وإما صفتين وهو الادخار والافقيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافى معناه وهي كلها يجمعها الافقيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلوات المدخرة

كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا
فإنهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وان
تحتفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاييس وهي الاقوات ، وأما الخفية
فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف
واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم
لعامله بحير من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا ان التقدير أعنى
الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة
فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رَوَوْا في بعض الاحاديث المتضمنة
المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها
وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق
المعنى ظهر والله أعلم ان علمهم أن أولى العمل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود
بتحريم الربا إنما هو لئلا يكون الغبن الكثير الذى فيه وان العدل في المعاملات إنما هو مقاربة
التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى في الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم
لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة
العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه
نسبة قيمة الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا بثياب
هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب
فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون
فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة اثواب فإذا اختلف هذه
المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة أعنى أن يكون عدل فرس
عشرة اثواب في المثال . وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف
كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها
صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل في هذه
انما هو بوجود التساوى في الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضا فان
منع التفاضل في هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة
والتعامل إنما يضطر اليه في المنافع المختلفة فإذا منع التفاضل في هذه الاشياء أعنى
المكيلة والموزونة علمتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثنى منع المعاملة اذ
كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت
هذه ليس المقصود منها الربح وإنما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية

وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوتهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسبة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعم فان علة منع النسبة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسبة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسبة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يجز منفعة .

(الفصل الثالث)

وأما ما يجوز فيه الامران جميعا أعنى التفاضل والنساء فلم يكن ربويا عند الشافعي . وأما عند مالك فلم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متمائلا أو صنفا واحدا باطلاق على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلاً فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فاما الاشياء التي لا تجوز فيها النسبة فانها قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد يقدّم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فاما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعم ومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرم النسبة . وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان امام مطعومة واما غير مطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها علة المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده

فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا ان تكون احدها حلوبة والاخرى أكلة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فملى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التى لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعه وأما الشافعى فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجوز شاة بشاتين نسيئة ونقدأ وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعى حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأخير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته فى مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم وقد قيل عنه أنه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعى ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضى أن لا يحوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ومما سمع من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يداً بيد . وقال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون أصلاً بنفسه لا من قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يحوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات بعد انفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يبيعوا منها غائباً بناجز فن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق

ليس شرطاً في البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت
سائر الربويات على الاصل .

(الفصل الرابع)

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر في التفاضل مما لا
يعد صنفاً واحداً في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في
صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة
والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد
صنفاً واحداً فن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون
الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعي وحكام مالك في الموطأ
عن سعيد بن المسيب وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة وعمدتهما السماع
والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا البر بالبر والشعير
بالشعير الا مثلاً بمثل فجعلهما صنفين وأيضاً فإن في بعض طرق حديث عبادة
ابن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم
والمالح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق وروى عن الثوري وصحح
هذه الزيادة الترمذي وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت اسماؤها ومنافعهما فوجب
أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . وأما
عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتدوا في ذلك أيضاً السماع
والقياس أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام : قال الطعام مثلاً بمثل فقالوا
امم الطعام يتناول ابرو الشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة
وأما من طريق القياس فنهتم عددوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمنفعة المنافع
لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والسمت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية
فإنها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان احدهما انها صنف واحد
والاخرى انها أصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فن غلب
الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن
والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز
فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات
الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضاً وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها

التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر ان جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لا يجيزه والشافعي لا يجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام : الطعام بالطعام مثلا بثل ولأنها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحدا وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفا والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعنى في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجمل فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث ، وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المنفعة أعنى الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده في الحيوان المأكول حتى انه لا يجيز الحى بالحى اذا كان المقصود الاكل من أحدهما فهى عنده من هذا الباب أعنى ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب المرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زبد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فن لم تنفذ عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين ، إما ان يغلب الحديث فيجمله أصلا زائدا بنفسه . أو يردده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله في البيوع وجعل البيع فيه من باب الربا أعنى بيع الشئ الربوى بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الاصل فانه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهى داخله في الربا بجهة وفى الفرر بجهة وذلك أنها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والفرر وفى غير الربويات من جهة الفرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الاصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه ، وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كياله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان أحدها مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعى لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالاشهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل وانتساوى . وأما المعجبين بالمعجبين فحائز عنده مع المماثلة * وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعى لا تنقله . واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجى في المنتقى وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعنى في الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر أن الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادية النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم في بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعيد بن أبى وقاص

انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فاخذ به أكثر العلماء وقال لايجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوى بقول أبى حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط للممانلة والمساواة وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لا حال المال فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات والحديث أيضاً اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج به الشيخان قال الطحاوى خوفاً فيه عبد الله فرواه يحيى بن كنفير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسبة وقال ان الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبى وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قياساً به على تعليل الحكم في هذا الحديث؛ وكذلك كل رطب يابس من نوعه حرام يعنى منع الممانلة كالمعجن باندقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك انتهى عنها عنده والعرية عنده مستتناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعى والمزابنة عند أبى حنيفة المنهى عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافعى هذه العلة في الشبهة الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا المعجن بالمعجن مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردى في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفي أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يهتمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مدين من الطيب فجعل معه الردى ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافق الشافعى في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردى عن الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنائير أو دراهم اذا كان انصاف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما

عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيل من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز . فبسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فمن قبل الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجمل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة . مثل ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى لكيل ، والا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة لانه انما جعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلاً فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

﴿ باب في بيع الذرائع الربوية ﴾

وهنا نرى يعرض المتبايعين اذا قبل أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان والمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو ان يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تباع ربوي مثل أن يبيع انسان من أنسان سبعة عشرة دينار نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذي يعرف ببيع الآجال فنذكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسألة من بيع الآجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وإنما المقصود فيه تحصيل الاصول .

(مسألة) لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قات عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ثم ندم البائع فسأل المتبايع أن يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو الى أجل أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن لاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مسأفة ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء شئناً ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسألة اشترى منه البائع الاول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقداً أو الى أجل وكذلك لا خرف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل . اما ان ندم المشتري في هذه المسألة وسأل الاقالة على أي يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى أجل

أبعد من الاجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه وأيضاً بدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بمائة وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاماً بالمائة دينار التي عليه ويتمجل له عشرة دنائير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على أنهم لا يجوز وأما ان كان البيع الاول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس بدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يدين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهر من البيع من غير أن تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهم ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً . وهناك سبع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسألتين وانفق في الباقي وذلك أنه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه . فالما أن يشتره الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن يشتره بثمن الثمن الذى باعه به منه وإما بأقل . وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشترها قبل الاجل نقداً أو قبل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فمذ مالك وجهه أهل المدينة أن ذلك لا يجوز وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز فنمنعه فوجه منه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنائير في أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصل بها الى الحرام مثل أن يقول قائل لا آخر أسلفنى عشرة دنائير الى شهر وارد اليك عشرين ديناراً فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقداً . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل بمن الحجة لمن رأى هذا رأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين انى بعثت من زيد عبداً الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمانمائة فقالت عائشة بثمان مئيرت وبثمان مئيرت أبلغنى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الاول فان الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان يتذرع منها اني أنظرني أزدك او الى بيع ما لا يجوز متفاضلا او بيع ما لا يجوز نساء او الى بيع وسنف او الى ذهب وعرض بذهب او الى ضع وتمجّل او بيع الطعام قبل ان يستوفي او بيع وصرف فان هذه هي اصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فتمه مالك وأبو حنيفة وجماعة واجازه الشافعي والثوري والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن اجاز له في ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى اجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشتري طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذي وجب له فاجاز ذلك الشافعي وقال لافرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه او من المشتري نفسه ومنع من ذلك مالك ورواه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه رد عليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قل الذي عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشترى منك الطعام الذي وجب لك على فقل هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفي فنقول له فبع طعاما مني وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه اعني ان يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر اثمهما كما قلنا وانما يراعى ما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطوا ذكره بالسنة وما ظهر من فعلهما لاجماع العلماء على انه اذا قل أبيك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ونحو قل له أسدقني دراهم وأمهاني بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ انقراض وقصده وما كانت اصول الربا كما قلنا خمسة انظرني أزدك والمتفاضل والنساء وضع وتمجّل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب في فاعل ذلك يدفع دنائير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعاقق بذمته فينبغي ان نذكرها هنا هذين

الاصلين أما ضع وتمجّل وأجازّه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار؛ واختلف قول الشافعي في ذلك فاجاز مالك وجهور من ينكر ضع وتمجّل ان يتمجّل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يعجز ضع وتمجّل انه شبهه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريرها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازّه ماروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم : لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يابني الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضموا وتمجلوا ثم فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما يحكى عن عثمان التقي وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع ؛ أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات ، والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط ، والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزا فافيه ثلاثة فصول .

(الفصل الاول)

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في اجازته . وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان ؛ احدها المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبو نوح الا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ما عدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول وهي الدور والنفار . وأما الشافعي فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيع قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعداد فتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال ، الاول الطعام الربوي فقط ؛ والثاني في

الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكييل والموزون ، الرابع فى كل شئ ينقل ، الخامس فى كل شئ ، السادس فى المكييل والموزون ، السابع فى المكييل والموزون والمعدود أما عمدة مالك فى نعمة ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلوات والسلام : لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع مالم يس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشتري واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله انى أشتري بيوعاً فما يحل لى منها وما يحرم فقال يا ابن أخى اذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصفه حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك ، وعبد الله بن عصفه لأعرف لهما جرحه الا أنه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحه وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المغنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل لان ما ينقل القبض عنده فيه هي التخليّة . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا نفاقهم ان المكييل والموزون لا يخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

❦ (الفصل الثانى) ❦

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم أولاً الى قسمين . قسم يكون بمعاوضة . وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام . أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمسال المضمون بالتعدى وغيره . والقسم الثانى لا يختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الاقسام . أما ما كان بيعاً وبمعرض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشئ الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصاً للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضاً ان القبض ليس شرطاً فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بمعرض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان

فلا خلاف أعلمه في المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعبده ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجاوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعامضات انها في معنى البيع المنهى عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للآثر والمعنى . أما الآثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة . وأما من طريق المعنى فان هذه إنما يراد بها الفرق لا المغالبة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجمل لان العوض في ذلك ليس بيننا اذ لم يكن عينا .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعي ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهم عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبعث الينامن يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد روته جماعة وجوده عبيد الله بن عمرو وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص عموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أنه يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريبا مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرصا فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا انها غير جائزة في المذهب أعني اذا تقاررا على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد

بد اصلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب
يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في
أخذ شيء منه وهو القياس عند كثير من المالكين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وبما
أجازهم مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس
كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والتمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما
قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك
لا يجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا
فهذه هي أصول هذا الباب كله انما حرم في الشرع لما كان الثمن الذى يكون طوعاً
وعن علم .

﴿ الباب الثالث ﴾

وهي البيوع المنهى عنها من قبل الثمن الذى سببه انفرروا الفرر يوجد في المبيعات من جهة
الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل
بوصف الثمن والمثمن المبيع أو بقدره أو باجله ان كان هناك أجل واما من
جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وإما من جهة
الجهل بسلامته أعنى بقائه وههنا بيعوع تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التى
توجد فيها هذه الضروب من الفرر بيعوع منطوق بها وبيعوع مسكوت عنها والمنطوق
به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أسماؤها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن
نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت
عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالتقانون في نفس الفقه أعنى في رد
الفروع الى الاصول . فاما المنطوق به في الشرع . فمنه نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع
حبل الحبله . ومنها نهي عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى ترهي وعن بيع الملامسة
والمنابذة وعن بيع الحصة . ومنها نهي عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشروط
وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهي عن المضامين
والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلبس الرجل الثوب ولا
ينشره أو يبتاعه لئلا ولا يعلم ما فيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة .
وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتابعين الى صاحبه الثوب من غير
ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصة
فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصة التى أرمى بها

فهو لى وقيل أيضا أنهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصة من يدى فقد وجب البيع وهذا
قمار . وأما بيع جبل الحبله ففيه تأويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى ان
تنتسج الناقه مافي بطنها ثم ينتج مافي بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل
انما هو بيع جنين جنين الناقه وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين
هى مافي بطون الحوامل والملاقيح مافي ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جهلية متفق
على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه
عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك
مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل
أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم
اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن يكون قبل ان تزهى أو بعد ان تزهى وكل واحد من
هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الاول
وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى
عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه
الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر
اعواما الا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان
بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه وأما بيعها
بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا
ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام
فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل
أن تزهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع
أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الا
ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما
بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى أنه لا يجوز الا ما ذكره اللخمي من
جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار
فجمهورهم على أنه لا يجوز مالك والشافعى وأحمد واسحق والليث والثورى وغيرهم وقال
أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم
يزم بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ما سيأتى بعد ما دلائل الجمهور على منع
بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فلم ان ما بعد الغاية بخلاف

ما قبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للعامة ورأى المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أ رأيت أن منع الله الثمرة فبهم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى في هذا على الإطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأيت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع . واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فنحل الإطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بمومه قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجبتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن ترهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن ترهى على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها فاذا جذا الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصوصتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لا يتبعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحها هو ظهر الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أ رأيت أن منع الله الثمرة فبهم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أ رأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ في الاكثر على الثمار قبل بدو صلاحها وأما بعد بدو صلاحها فلا تظهر الا قليلاً ولولم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلاً وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجبتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه والالحقة الثمر للثمر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل

لكون الثمر ايس يمكن أن يبيس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين ، أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهى . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق المقد وخلافهم في الموضع الاول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعنى في شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافهم في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك أيضا مروى عن عمر الخطاب بن وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصرف فيه اليسر ويسود فيه العنبان كان مما يسود وبالجمل ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع مما ره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول ابن عمر أيضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبى هريرة عن النبی صلى الله عليه وسلم قال اذا طامع النجم صباحا رفقت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائظ وان لم يزه اذا أزهى ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا لان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه ازهره وقد قبل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال ، قول انه الازهاء وهو المشهور ، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء ، وقول الامر ان جميعا وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان في الحائط لواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عندة بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لاني كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تبكرا يترأخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا لان الوقت الذى تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذ ابدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسبا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقد تشافى لا يجوز الا ببيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للأنوع الواحد والشافى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يعط كان من بيعه مالم يخاف ذلك ان

صفة الطيب فيه وهى مشترأة لم تخاق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اختلفوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبليها دون السنبل لانه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعى لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا ببنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيان الاثر والقياس أما الاثر فما روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى يزهي وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة نهى البائع والمشتري وهى زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى انه لما وصلت هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود فقول عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه وأما بيعه في تنبه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيها أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكبلا فخاثر عند مالك ولا أعرف فيه قولاً لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمل حبا للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة قال أبو عمر وكلها من نقل العدول فانفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التفصيل أغنى في الصورة التى بنطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة ، أحدها اما في مضمونين بثمانين أو مئتين واحد مئتين أو مئتين بثمانين واحد على أن أحد البيعين قد لزم . اما في مضمونين بثمانين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمانين كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمانين كذا ، والثانى ان يقول له أبيعك هذا الغلام بدينار أو هذه الاخرى بدينارين . وأما بيع مئتين واحد بثمانين فان ذلك يتصور أيضاً على وجهين ، أحدهما ان يكون أحد الثمنين نقداً والاخر نسيئة مثل ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة أو الى أجل بعشرين ، والوجه الثانى ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بثمانين كذا على ان أشتريه منك الى أجل كذا بثمانين كذا . وامام مئتين

بشمن واحد فنل ان يقول له أبيعك أحد هذين بشمن كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على ان تبيني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لا يجوز لان الثمن في كليهما يكون مجهولا لانه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعه انما هو جهل الثمن أو المثلون . وأما الوجه الثاني وهو ان يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما اختلفا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمينين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيع الغرر التي نهى عنها وعلة امتناعه عند مالك سد الدرعية الموجبة للمبا لا مسكان ان يكون الذي له الخيار قد احتار أو لا اماذا العقد باحد الثمينين المؤجل أو المعجل ثم بداله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمينين للثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمينين بالثاني فيدخله ثمن بتمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دحله وجه آخر وهو بيع الطعام متفاضلا وأما اذا قال اشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على ان تبينه منى الى اجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله ايضا علة جهل الثمن واما اذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما ايها اختار واقترا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فانه لا خلاف بين مالك والشافعي في انه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . واما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي . وأما مالك فانه أجاز له لانه يجيز الخيار بعد عقد المبيع في الاصل والمستوية فله الغرر عنده في ذلك وامامنا لا يجيزه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز

لأنهما افرقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وان القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشتري على ان يختار فذلك أحدهما أو أصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقل تكون المصيبة بينهما وقيل بل بضمه كله المشتري الا ان تقوم البيعة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه كالعبد يضمن فيما لا يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغي أن تعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هي أما عند فقهاء الامصار فن باب الغرر . وأما عند مالك فنما ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهي عن بيع الثياب وعن بيع وشروطه وان كان سببه الغرر فالاشبه ان نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

(فصل)

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسألة) المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا الاختلاف في بيعه ومبيع غائب أو متمذر الرؤية فهنا اختلاف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قول الشافعى وهو المنصور عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثروا أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لا ينعقد البيع أصلا في الموضوعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأكبره عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصوله وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه قال شافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فنه

وأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية - وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان الشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا النوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدافاً في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى باربعين ألفاً أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقاً ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر وهو هل موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأموناً كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع باثر عقد الصفة الا ان مانكا ربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كالم يجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم وبشبهه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بد اصلاحه ويره من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين ما لم يشترع في قبض شيء منه أعنى انه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة .

(مسئلة) أجمع فقهاء الامصار على بيع المثل الذي يثمر بطنا واحداً يطيب بعضه وان لم تطب معاملة واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل فان لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها دخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز فنال المتميز جزاء القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباحض والمقاني والباذنجان والقرع ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان احدهما الجواز والاخرى المنع وفي الذي

يتصل ولا يتميز قول لواحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في ذلك فقلوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع مالم يطلب من الثمر مع ما طاب لأن الفرر في الصفة شبه بالفرر في عين الشيء وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أغنى ما طاب مع مالم يطلب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الفرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معارضة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك يبيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للكل ولم يجزئه الشافعي إلا مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والبقلا في قشره أجزائه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الفرر المؤثر في البسوق أم ليس من المؤثر وذلك أنهم اتفقوا أن الفرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجزائه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الآباق ويتواضعان الثمن أغنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لأنه يتردد عند المقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس ومن قال بجواز بيع الآبق والبعر الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافي بطون الانعام حتى تضع وعن شراء مافي ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروف في المادة ولم يحز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب ومن الباب هذا منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجزائه مالك إلا أن يكون ميتاً وسأله عنه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة

ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعا وأجازة قوم في الامرين جميعا وبه قال
لحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل
بالكيفة وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على انه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو
الموزون أو المعدود أو المسوح الا ان يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري
واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل المكيل المعلوم أو الموزن المعلوم
مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من
جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسوحة وان العلم بمقادير هذه
الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في
أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه
الكثرة لا أحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات
والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهي المسوحات كالارضين والثياب
ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا
يجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر
او الفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال
أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على
الكيل أي كل كيل منها بكذا فاكث فيها من الاكيل وقع من تلك القيمة بعد كيلها
او العلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سمياه ويجوز هذا
البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع
ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق
المشتري البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره
بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتاها المشتري لنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع
الطعام حتى يجرى فيه الصاعان . وأجازة قوم على الاطلاق ومن منعه أبو حنيفة
والشافعي وأحمد ومن أجازة باطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز
عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند
الشافعي وأبي حنيفة والمزانية المنهى عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول
الكبة بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات
فلعدم تحقق القدر .

* (الباب الرابع في بيع الشروط والثنيا) *

وهذه البيوع الفاسد الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الفرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا أو شرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخاربة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهي عن بيع وشرط وعموم نهي عن الثنيا ومن أجازها جميعا أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام . شروط تبطل هي والبيع معا ، وشروط تجوز هي والبيع معا ، وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وإنما هي راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والفرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازته وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى لما ذهب اذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من

الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدى والمازرى والباچى وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين ، أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري فقل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة ، والقسم الثانى ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام . إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه . وإما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام او خاص . وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين ، أحدهما أن يكون معنى من معانى البر ، والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة مثل الشهر وقبل السنة فذلك جائز على حديث جابر . واما ان يشترط منعا من تصرف خاص او عام فذلك لا يجوز لانه من الدنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطاها أو لا يبيعها . وأما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشتراط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه ويقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها أنه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فجازاه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة ، وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس بر مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى حبسك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجى كان بيعا واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى أن الاقالة بيع فسسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط ان لا يبيعه حتى يلتصف من الثمن فقل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقبل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف انفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض

فنه ابو حنيفة والشافعي وسائر العلماء واجازوه مالك واصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد النهى عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لا اقتران السلف به وقد روى ان محمد بن احمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خر فلما عقد البيع قال انا ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسألة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طوّل فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هنا لك مخيراً في ان يترك الزق ويصح البيع والا شبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعنى اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به لا انه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا الحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يتفق الفساد الا لاحقاً للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا ايضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي او معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رأى معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ما سألتني في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد ابن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئا فيدفع الى المتباع من ثمن ذلك المبيع شيئا على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالب به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازوه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنبا أم ليس تدخل فن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثنى ما في بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس

بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المذمى عنهما
فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز
ذلك . وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون
شائما أو معينا أو مقدرا فان كان شائما فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبداً الاربعه
واما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز
وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا
يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى
رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح
ذبحه فان باعه واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان ، أحدهما
انه لا يجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب جواز بيع الشاة مع استثناء
القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه
قول مالك انه ان كان استثناءه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده
فانه لا يدري بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى
عضوا معينا معلوما فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره
واما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا . وإما ملفوظا به جزءا
مما درأ مثل أرتال من جزور فمن مالك في ذلك روايتان ، أحدهما المنع وهى رواية
ابن وهب ، والثانية الاجازة في الأرتال اليسيرة فقط . وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا
الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز
سرايه وانفقوا على انه لا يجوز ان يستثنى من حائطه عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشتري
لها بعد البيع لانه يبيع ما لم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة
نخلات بعد البيع فمنه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع
ابن القاسم قوله في النخلات وأجازه في استثناء الغنم وكذا اختلف قول مالك وابن القاسم في
شراء نخلات مدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشتري فأجازه مالك ومنعه ابن
القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فرفع ذلك
فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهبهم لنبيه صلى الله عليه
وسلم عن الثنيا في البيع لانه استثناء مسكيل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم
أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثليا على ما فوق الثلث
وشبهوا ببيع ما عدا المستثنى ببيع البصرة التى لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا
الاصل أيضا مختلف فيه أعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في

بيع وأجارة معافي عقد واحد فأجازة مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ محبولا ومالك يقول إذا كانت الاجارة معلومة لم يمكن الثمن محبولا وربما رآه الذين منعه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز تسلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فن قويت عنده علة المنع في مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازتها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في امثال هذه المسائل الى التخيير .

الكتاب الخامس

في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن نلقي الركباني ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمبتاعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على مذهبه في ان البيع إنما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافها فيما به يكون اللزوم في البيع على ما سنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع بكرة وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ في أى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وإنما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين لذي وغيره وقال الاوزاعي

لابأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخى المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم :
لايسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه
بسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أو على الخطر ثم اذا حمل على
الخطر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

(فصل)

وأما نهيه عن تلقى الر كبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهى ماهو فرأى مالك
ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الاسواق
ورأى أنه لايجوز أن يشتري احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى
قريباً فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى
انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التى من شأنها أن
يكون ذلك سوقها واما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع لئلا
يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان
شاء أنفذ البيع أو رده ومذهب الشافعى هو نص في حديث أبى هريرة الثابت عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه
شيئاً فاشتره فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

(فصل)

وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء في معنى ذلك
فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لاهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري
للبدوى فرة أجازوه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عندهم الامصار وقد
قبل عنه انه لايجوز ان يبيع أهل القرى لاهل العمود المتقلين وبمثل قول
مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال أبو حنيفة واصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر
للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضري البادى بالسعر و اجازوه
الاوزاعى والذين منعهوا اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارفاق أهل الحضر لان
الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهى عندهم أرخص بل أكثر ما يكون
محاجنا عندهم أى بغير ممن فكأنهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضري للبدوى وهذا مناقض
لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه ابو حنيفة وحجة
الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والأشبه أن يكون من باب غبن البهوى لانه يردو السعر مجهول عنده الا أن تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركب ان على ما تأوله الشافعى وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ .

(فصل)

واما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان النجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراءها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشتري بالخيار ان شاء ان يرد ردوان شاء ان يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع اثم وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس في نفس الشيء بل من خارج فن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازوه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى في المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والفرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء . وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء وقال لا يمنع رهو بشر ولا بيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومته فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بشر أو غدير أو عين في أرض مملوكة أو غير مملوكة غير أنه ان كان مملوكة كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربع لا أرى ان يمنع من الماء والنار والحطب والكلاء وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البشر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذي لشريكه زرعه فيجب عليه ان لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بشره ولجأه فضل ماء أنه ليس لجأه ان يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بشره والتاويلان قريبان ووجه التاويلين انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو المنوع في الحديثين . واما مالك فاصل مذهبه ان الماء متى كان في أرض مملكة منبوعة فهو لصاحب الأرض له يبيعه ومنعه الان يرد عليه قوم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الارضين الغير متملكة فرأى ان صاحبها اعنى الذي حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رأى ان البشر لا تملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة ولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام ولدها الثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا قاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وانهم البائع والمشتري وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان له من خارج . واما الوقت الذي ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حدد ذلك الانقار وقال الشافعي حدد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك أنه اذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمنزله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الخلب اذا تلقى خارج المحرديل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذين حبان من الخيار ثلاثا لما ذكره انه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة .

(الباب السادس في النهى من قبل وقت العبادات)

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى «إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع» وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الاذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه اذا وقع هل يفسخ أولا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى

بالبیع أم لا یلحق فالمشهور عن مالک انه یفسخ وقد قیل لا یفسخ وهذا مذهب الشافعی وأبوی حنیفة . وسبب الخلاف كما قلنا غیر مأمرة هل انتهی الوارد لسبب من خارج یقتضی فساد المنهی عنه أولا یقتضیه . وأما علی من یفسخ فعند مالک علی من نجب علیه الجمعة لا علی من لا نجب علیه . وأما أهل الظاهر فتقتضی أصولهم ان یفسخ علی کل بائع . وأما سائر العقود فیحتمل ان تلحق بالبیوع لان فیها المعنی الذی فی البیع من الشغل به عن السعی الی الجمعة ویحتمل أن لا یلحق به لانها تقع فی هذا الوقت نادرا بخلاف البیوع . وأما سائر الصلوات فیمکن أن تلحق بالجمعة علی جهة السدب لمرتقت الوقت فاذا فات فعلی جهة الحظر وان کان لم یقل به أحد فی مبلغ علمی ولذلك مدح الله تارکی البیوع لیکن الصلاة فقال تعالی (رجال لا تلهیهم تجارة ولا بیع عن ذکر الله وإقام الصلاة وإیتاء الزكاة) واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبیوع فلنصر الی ذکر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانی من النظر العام فی البیوع

(القسم الثانی)

والاسباب والشروط المصححة للبیع هی بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة فی ثلاثة أجناس ، النظر الاول فی المقدم ، والثانی فی المعقود علیه ، والثالث فی العاقدین ففی هذا القسم ثلاثة أبواب .

(الباب الاول فی العقد)

والعقد لا یصح الا بالفاظ البیع والشراء التی صیغتھا ماضیة مثل ان یقول البائع قد بعثت منك ویقول المشتري قد اشتريت منك واذا قال له بعنی سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعثتها فعند مالک ان البیع قد وقع وقد لزم المستفهم الا ان یأنی فی ذلك بعذر وعند الشافعی انه لا یتم البیع حتی یقول المشتري قد اشتريت وكذلك اذا قال المشتري للبائع بكم نیع سلعتك فیقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل یلزم البیع أم لا حتی یقول قد بعثتها منك وعند الشافعی انه یقع البیع بالالفاظ الصریحة وبالکناية ولا أذكر لمالک فی ذلك قولا ولا یکنی عند الشافعی المعطاة دون قول ولا خلاف فیما أحسب ان الایجاب والقبول المؤثرین فی اللزوم لا ینراخی احدهما عن الثانی حتی یفترق المجلس أعنی انه متى قال البائع قد بعثت سلعتی بكذا وكذا ففسكت المشتري ولم یقبل البیع حتی افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت انه لا یلزم ذلك البائع واختلفوا متى یکون اللزوم فقال مالک وأبو حنیفة وأصحابهما وطائفة من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي شريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبي بريدة الاسلامى من الصحابة ولا يخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمدان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أيما بيعين تبعا فالقول قول البائع أو يتراد ان مكانه حمل هذا على عمومته وذلك يقتضى ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا يلزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخزجه أحد مسنداً فيما أحسب فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل به هذا الحديث . وأما اصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فن اظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعد ما انعم ما لم يفترقا . واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن خيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتججون بها بخصوصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب نأناؤة وصرفه عن ظاهره قالوا وتاويله الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الأصوليين قولا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقبل لم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقلوا أن التفرق ههنا انهما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الندم فهذه هي أصول الركن الاول الذي هو العقد ،

(واما الركن الثاني)

الذي هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمنون معلوم الاجل أيضا ان كان بيعا مؤجلا .

(واما الركن الثالث)

وهما الماقدان فانه يشترط فبهما ان يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالعين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على أحدهما أما لحق أنفسهما فالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينعقد أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشتري صح الشراء والا لم يصح فنهى الشافعي في الوجهين جميعا وأجازه مالك في الوجهين جميعا وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي دينارا وقال اشتر لنا من هذا الحلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعث احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر في الشاة الثانية الا بالشراء ولا بالبيع فخصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الامرين جميعا وعمدة الشافعية

النهى الوارد عن بيع الرجل ماله عند المالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره فالوا
والدليل على ذلك ان النهى انما ورد في حكمين بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع
لنفسه ماله عند يه وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على
سببه أو يعم فهذه هي أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة
في الجزء الاول ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى ان يفرد بالتكامل فيه واذ قد تكلمنا في
هذا الجزء بحسب غرضنا فلننصر في الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة
لليوع الصحيحة .

(القسم الثالث القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة)

وهذا القسم تنحصر اصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جهات بالجملة الاولى
في احكام وجود العيب في المبيعات ؟ والجملة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل
من ملك البائع الى ملك المشتري ؟ والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة
فيه في حين البيع من التي لا تنبه والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الا ليق به كتاب الا قضية
وكذلك أيضا من أبواب أحكام اليوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي أيضا من احكام
الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها بابان ، الباب الاول في احكام وجود العيوب في
البيع المطلق ، والباب الثاني في أحكامها في البيع بشرط البراءة .

(الباب الاول في احكام العيوب في البيع المطلق)

والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)
وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد
أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام في عقد يوجب الرد فلا يخلو أيضاً أن يقوم بعيب
يوجب حكماً أولاً يوجبه ثم قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلو المبيع أيضاً أن يكون قد
حدث فيه تغير بعد البيع أولاً يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث
فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة . الفصل
الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها . الثاني
في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث في معرفة حكم العيب
الموجب اذا كان المبيع لم يتغير . الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها

الحامس في القضاء ، وحكمها المشتري في هذا الحكم عند اختلاف المتابعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

(الفصل الاول من الباب الاول)

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في انه لا تأثير للعيب فيها كالمكاتب لغير الثواب والصدقة . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعنى ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالأظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجوب العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً .

(الفصل الثاني)

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التي توجب الحكم ، والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الاول) . فاما العيوب التي توجب الحكم فمنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ماهي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ومنها ماهي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدتها نقص في أصل الحلقة . وأما العيوب الاخر فهي التي أضدادها كمالات وليس فقدتها نقصاً مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهي في أجسام ذوات الانفس ومنها ماهي غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الحلقة الطبيعية أو عن الحلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الحلقة فضيلة في الشرع كالحفاض في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء مما يتعامل الناس به وفي الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الحلق الشرعي الذي هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن

العيب بالجملة هو ماعاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا المائق قديكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيها أحسب والحمل في الرائعة عيب عند مالك وفي كونه عيبا في الوحش خلاف في المذهب والتصريفة عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يوم ذلك أن الحيوان ذوا بن غزير وحقنهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا نصر والابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أم كها وان شاء ردها وصاعمان تمر قالوا فائت له الخيار بالرد مع التصريفة وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فإنه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصريفة عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فذنا انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام : الحراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الاصل في المتلفات إما القيم . واما المثل واعطاء صاع من تمر في ابن ليس قيمة ولا متلا ومنها بيع الطعام المجهول أى الجراف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فإنه ينقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كانه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرده اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فتقول انه لا خلاف عندنا في المور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أى عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرائعة وقيل لا بأس بالسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فاصل المذهب ان كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة نرد الجسارية به ولا يرد العبدية والتأنيث في الذكر والتذكير في الانثى عيب هذا كله في المذهب الا ما ذكرنا فيه من الاختلاف .

(النظر الثاني) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في المهدة عند من يقول بها فيجب ههنا ان نذكر اختلاف الفقهاء في المهدة فنقول نفر دمالك بالقول بالمهدة دون سائر فقهاء الامطار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى المهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الادواء الثلاثة وهذه المهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما انقصد منه المما كسة والمحاكرة وكان بيعا لا في الذمة هذا مالا خلافا فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثمانية فعهدة الاستبراء اولانم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم المهدة في كل البلاد من غير أن يحتمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام المهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة المهدة فلنرجع الى تقرير حجج المبتئين لها والمبطلين . أما عمدة مالك رحمه الله في المهدة وحجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن بن عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لا عهدة بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن بن سمرة بن جندب الفزاري رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن بن سمرة وان كان الترمذى قد صححه ، وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في المهدة أثر ورأوا انها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسطين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في

كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سالفاً واذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجب وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقى .

* (الفصل الثالث) *

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا يخلو ان يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما ان كان في عقار فلاك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجب قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد وهذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابنا ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن زرق شيخ جدى رحمة الله عليهما وكان يقول أنه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعنى ان يفرق في ذلك أيضاً في العروض والاصل ان كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذى عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) واذا قد قلنا أن المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له فان اتفقا على أن يمسك المشتري سلمته وبعطيه البائع قيمة العيب فعمامة فقهاء الامصار يميزون ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض خيار الشفعة (قال القاضي) عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله أن يتوفيه أعنى أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهدنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الاخلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التمييز . أحدهما هل اذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً فهل يرجع بالجميع أو بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له إلا ان يرد الجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والاوزاعي إلا ان يكون قد سمي ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط وإنما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المبيع بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وعن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان مما وفرق مالك فقال ينظر في المبيع فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقاً آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجدته بعد القبض رد المبيع بحصته من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن انه لو بعض السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المبيع ولا بد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياساً على ان مافات في البيع فليس فيه الا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسن منه لانه رأى ان ذلك المبيع اذا لم يكن مقصوداً في البيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أرادة المشتري أو البائع . وأما عندما يكون مقصوداً أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المبيع خاصة . وأما تفريق أبي حنيفة بين ان يقبض أولاً يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسئلة الثانية) فانهم اختلفوا أيضاً في رجلين يتناعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجد ان به عيباً فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعي لمن أراد الرد ان يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفرقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالعيب .

❦ الفصل الرابع ❦

وأما ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فاما ان تغير بموت أو فساد أو عتق فقهاء الامصار على انه قوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب وقال عطاء ابن أبي رباح لا يرجع في الموت والعتق بشيء وكذلك عندهم حكم من اشترى

جارية قاولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة . وأما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشيء . وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تفصيل وذلك انه لا يخلوا أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلسا أى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثانى بشئ وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثانى في الثمن والثانى على الاول أيضا وينفسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبى حنيفة والشافعي وقال ابن عبيد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما شتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبى حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا فيه من غير ان يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه عيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثانى تشبيهه بالبيع بالعق ووجه قول أشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجوع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاء باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقياس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان في يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير في اسقاط شيء من الثمن وانما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هي الاحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

(باب في طرؤ النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلوا ان يكون انقص في قيمته أو في البدن أو في النفس . فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع وأما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنه وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك فالقول قول المشتري والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشتري الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا نثى عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده . وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فقياساً على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاه وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين . اما ان يكون مفرطاً في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري أو يكون علمه فدلس به على المشتري وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البائع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضاً فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نفسه الا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب مانص عنده

باصر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن. وأما العيوب التي في النفس كالا باق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تنفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له في الرد الا ان لا تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطاه الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرا أو نيبا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي رد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيبا رد نصف العشر من عنها وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضم. وأما البكر فهو عيب يبت عنده للمشتري الخيار على ماسلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر في القيمة رد البائع مانقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شيء فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشتري لعدم قوله عليه الصلاة والسلام: الخراج الضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشتري الا الرد للزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد توجب أرش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ماتولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده ورد ماتولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب الا مانع منه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب . إما في الامساك والرجوع بقيمة العيب . وإما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يتب به الخيار للمشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغير .

(الفصل الخامس)

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائل فلا يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان انكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهد ان عدلان ممن اتفق من الناس

وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة ففيل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم (١) تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليماً ويقوم ميبئاً ويرد المشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعينة عن القيمة السليمة وان أبى المشتري الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

(الباب الثاني في بيع البراءة)

ختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يحمده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه - ساء أو لم اسمه أبصره أو لم يبصره وبه قال أبو ثور وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند اصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري وبه قال الثوري . وأما مالك فلا شهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الابراءة من الحمل في الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوحش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقب والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدرى عنه أن بيع البراءة انها يصح من السلطان فقط او قيل في بيع السلطان ومع الموارث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داه لم تسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعني عبد أوبه داه لم تسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف نقد باع العبد وما به داه يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وأرتجع العبد وروى

أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وأما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية وبالجملة خيار الرديع حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافا كبيرا كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه للسلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعنى إذا اشترطها اليبع السلطان والمواويث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه فيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولأن يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أنى تكون خسارته أن هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري إلا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام ، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يمد ، فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فعن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع والثانية أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الافتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر عن هذا المعنى كلف الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاهم على أن الحراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام : الحراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له

انهم عن بيع مالم يقضوا وربح مالم يضمّنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشتري بعد القبض الا في العهدة والجوائح واذا قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الجوائح .

﴿القول في الجوائح﴾

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع ثمراً فاصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً على ما إذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثنا جابر هذان وقياس الشبه أيضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى ان يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد انفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال أحییح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة . فسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبي سعيد يمكن ان يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة او أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة او ان يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضمفه ويقول انه اضطرب

في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول الاول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، الثاني في محل الجوائح من المبيعات ، الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه . في الوقت الذي توضع فيه .

﴿ الفصل الاول ﴾

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمقاصصة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان فن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : رأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى الاصل قال يمكن أن يتحفظ منه .

﴿ الفصل الثاني ﴾

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصل الذي هو الثمر .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة اما في الثمار فالثلث واما في البقول فقليل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشبه يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند اشبه ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعاً واحداً ايسر تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك

الثالث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث نستوى القيمة في أجزاء الثمرة وبطونها وفي موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة والمالكية يحتاجون في مصيرهم الى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمرة فكان المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجائحة التي عاق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثالث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فرة يجعل الثالث من حيث الكثير كجمله اياه ههنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات بعسراتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لوقات بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثالث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام : الثالث والثالث كثير .

* (الفصل الرابع) *

وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلقوا اذا ابقاء المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا فقل في الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غاب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كالطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحدا قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

(الجملة الثالثة من جل النظر في الاحكام) وهو في تابعات الميمات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل و متى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها نمر قبل أن يؤبر فان الثمر للمشتري واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا أن يشترطه المتبايع والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الإبرار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الإبرار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الإبرار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والأولى قالوا وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبرار فهي أخرى أن تجب له قبل الإبرار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكذا أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر في الثمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشتراطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول إلا أن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وإنما خالف مفهوم الدليل فيه ثم فاذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأخرى والأولى وهو الذي يسمى فحوى الخطاب لكنه هنا ضعيف وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسمع وهو كما قلنا ضعيف والإبرار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع أنثا وفي سائر الشجر أن تنور وتعتقد والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الإبرار وإبرار الزرع مختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إبراره أن يفرك قياساً على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبرار أو وقت الإبرار قبل الوقت وقبل الإبرار وهل هذا ينبغي الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما أبراً ولا يتبعه وانفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع تمر وقد دخل وقت الإبرار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة أقوال ، أحدها أن ماله في البيع والعتق لسيدته وكذلك في المسكاتب وبه قال الشافعي والكويتيون . والثاني أن ماله تبع له في البيع والعتق وهو قول داود وأبي ثور ، والثالث أنه تبع له في العتق لا في البيع إلا أن يشترطه المشتري وبه قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيدته إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً له مال فماله الذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع ومن جعله لسيدته في العتق فقياساً على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال اتبعت على كون العبد مالكا عندهم وهي مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً أعنى هل يملك العبد أولاً يملك وبشبهه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على

السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسلم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطأ الامر بالمجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاما فإله إلا أن يستتبه سيده ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وما له بدراهم وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضاً أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بشمر النخل بعد الابار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه . ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعنى أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وقائدة الفرق ان من قال هي من الثمن أو جب ردها في الاستحقة وفي الرد بالعيب وما اشبه ذلك وأبضا من جعلها في حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا فذهب أبو حنيفة إلى انها من الثمن إلا انه قال لانتبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المراجعة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لانتحق الزيادة والنقصان بالثمن اصلا وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل « ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » قالوا واذا لحقت الزيادة في الصديق بالصدق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على انها لانتحق في الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخت للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بيئة ففقهاء الامصار متفقون على انها يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ويختلفون في التفصيل اعنى في الوقت الذي يحكم فيه بالايان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجاعة انهما

يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة فان فانت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت . وأما مالك فنه روايتان ؛ احدهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري ، والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو نور والقول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا مختلفا في جنس الثمن حينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثلون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما بيعين تباعا فالقول قول البائع أو يترادان فن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والملة في ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة أو فانت فقد صار القبض شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء أو مدعى عليه عدداً في الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرج به الشيخان البخاري ومسلم وانما خرج به مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ؛ إحداها الفسخ ، والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف فلا شهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا

وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الردأعنى ان يرد البائع الثمن والمشتري الثمنون واختلفوا اذا قبضت ونصرف فيها بتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا تمت أو نقصت فقال الشافعى ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة مالك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة. والبيع الفاسد عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة. فاما المحرمة فانها اذا فاتت مضيت بالقيمة. وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لحفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النسي في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى ببوغ الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد قبض السلعة وهي تساوى الفأوترد وهي تساوى خمسة أوبالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتاً في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو السلف رد المشتري القيمة مالم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذى أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك فى هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا بن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النسي يتضمن فساد المذهب فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد ابن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار ورزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجواب عن ذلك تجواب لا يقوم به حجة وقد تقدم القول فى ذلك واذا قد انقضى القول

فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولكثيرمنها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم المسببة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أجناس؛ الاول فى معرفة ما هو نسبة مما ليس بلسببة ، الثانى فى معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين معنى الزيادة والنسبة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا أنقسم أيضاً الى نوعين كانقسام أصله ، الرابع فى خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يسمونه بكتاب الصرف وجدها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسبة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل مايجب له ان يحصل قبله من القدر السكافي له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكنى من ذلك ما هو مسا لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا يحفظ

مسائل الفقه ولو بافت في العدد وهو ما يذكر ان يحفظه انسان كما نجد متفقته زماننا يظنون ان الافقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ومؤلا عرض لهم شبه ما يعرض لمن ظن ان الحفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف كثيرة سيأتي انسان يقدم لا يجد في خفاقه ما يصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الحفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثل أكثر المتفقته في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على أن يبيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد الا ماروي عن ابن عباس ومن تبعه من المسلمين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وإنما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة . واما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الاتبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تتبعوا منها شيئا غائبا بناجز وهو من أصح ما روي في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روي فيه لفظان ، أحدهما أنه قال إنما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا في النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضي أن ماعدا النسيئة فليس ربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا في النسيئة من جهة انه الواقع في الأكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على ان مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الا معاوية فانه كان يعجز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ماروي عن مالك انه سئل عن الرجل يأتي داره الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب وباخذ منهم دنانير ودرهم وزن ورقه أو دراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجوا أن لا يكون به باس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور

م لءاء وأجاز مالك بدل لدينار الناقص بالوزن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لايجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعى لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز ببيعته أى بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهباً والا لم يجوز وكأنه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا باس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشترطة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعى عموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يختر بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المغانم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن فى أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزواختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تاخر القبض وقال مالك ان تاخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره الموعدة فيسـ * وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : الا هاء وهاء وذلك ان هذا يختلف بالاقول والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس اعنى انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لايجوز التأخير فى المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض على المقعد فى المجلس بطل الصرف ولا تنافهم على هذا المعنى لم يجوز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبى ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما مرة قيل فيه أنه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيما من اصطرف دراهم بدنانيتم وجد فيها

درهما زائفا فأراد رده فقال مالك يلتقص الصرف وان كانت دنائير كثيرة انتقص منها دينار بالدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقص منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهي الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء، وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا أن تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري اذا رد الزيوف كان خيراً أن شاء أبداً لها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدنانير اعني لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان أو كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البذل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو احسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهائنا الامصار في هذه المسئلة اربعة أقوال ، قول بابطل الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول باثبات الصرف ووجوب البذل وقول بالفرق بين القليل والكثير، وقول بالتخير بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له وبسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فية أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير . واما وجود النقصان فان المذهب اضطرر فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البذل انتقص الصرف قياساً على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف . واختلفوا أيضاً اذا قبض الصرف وتأخر بمضه اعني هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط فقل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وابو يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط .

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على ان المراهلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراهلة في موضعين ، أحدهما ان تختلف صفة الذهبين ، والثاني ان ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر ان يزيد بذلك عرضاً أو دراهم ان كانت المراهلة بذهب أو ذهباً ان كانت المراهلة بدراهم . فذهب مالك أما في الموضع الاول وهو ان يختلف جنس المراهل بهما في الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بنصف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين أحدهما لوجود من ذلك النصف الواحد والآخر اردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان النصف الواحد من الذهبين اعني الذي أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو اردأ

منهما معا او مثل أحدهما وأجود من الثاني جازت المراتلة عنده وقال الشافعي اذا
اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز
جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع
وذلك انه يتهم ان يكون المراتل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه أعطى
جزء من الوسط بنا كثير منه من الاراد أو باقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى
بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لآخر خذ مني خمسة وعشرين
منقلا وسطا بعشرين من الاعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من
الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى
يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبي الوسط والعشرين من ذهبك الاعلى
وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود
الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكتمل اختلافهم في المصارفة التي تكون
بالمراتلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التي تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة
الذهبين أو الاذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراتلة فاراد أحدهما ان يزيد شيئا
آخر مما فيه الربا أو بما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما
صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذي نقص ذهبه ان
يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز
والمراتلة قاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود
المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة في ان يقصد بذلك
بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد
الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير ولا آخر
عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي في الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلاما وقال
أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز ذلك حلالا ولم يحلا وحجة
من لم يجزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أخرى أن لا يجوز غائب
بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترطان يكونا
حالين مما لثلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن
كثانة من أحجاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما
اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقبضاه قبل
الافتراق فاجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخذه من

الطرف الواحد أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهاباً أو بالمعكس فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الأجل حالاً أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الأبل بالبيع أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك إذا كانت بسعر يومه خرجه أبو داود وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره : ولا تبيعوا منها غالباً بناجز .

(المسئلة الرابعة) اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأثر والآخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنائير وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فإن كانا معاً مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر .

(كتاب السلم)

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الأول في محله وشروطه ، الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الأقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم .

(الباب الأول) أما محله فأنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والمقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فنع ذلك

داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط بما لا ينضبط بالصفة فن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ماروي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم في الحيوان ماروي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشا فنفتد الابل فامرء أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث أبي رافع أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة فسيب اختلافهم شيثان ، أحدهما تمارض الآثار في هذا المعنى ، والثاني تردد الحيوان بين ان يضبط بالصفة اولا يضبط فن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا ينضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجهز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازة مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجازة مالك والشافعي ومنه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرأس والا كارع أجازة مالك ومنه أبو حنيفة واختلاف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجازة مالك ومنه الشافعي وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها يختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها أن يكون الثمن والمثمن مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع المجلس على ما يراه الشافعي في علة النساء ومنها أن يكون مقدرأما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن أ يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيداً لثلا يكون من باب السكالي بالكالي هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخير بلا

شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف
فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا ،
والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم
أم لا ، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه ، والرابع أن يكون الثمن مقدراً اما
مكيلاً واما موزوناً واما معدوداً وأن لا يكون جزافاً فاما الاجل فان أبا حنيفة
هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور
عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم
الحال وأما الأحمي فإنه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين
سلم حال وهو الذي يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة ؛ وسلم مؤجل وهو الذي يكون
ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شعبة بن جابر حديث
ابن عباس والثاني أنه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع
المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً
اربما استدلت الشافعية بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم : اشترى جملًا من اعرابي
بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرًا
وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى
أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترحاص
المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسبة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى
واختلفوا في الاجل في موضعين ، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل
الجداد والقطاف والحصاد والموسم ، والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب
مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه .
وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاء في البلد المسلم فيه فقال ابن
القاسم أن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها
وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس
به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة
التي بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فن جمل
الاجل شرطاً غير معمل اشترط منه أقل ما ينطلق عليها الاسم ومن جملة شرطاً
معمل باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالباً وأما الاجل
الى الجداد والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فن
رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير اجاز ذلك إذ الغرر

اليسير مفعونه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة وائتقان ومن رأى أنه أكثر وإنما أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكما لم يجزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فإن مالكا والشافعي وأحمد وإسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إبانته وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم إلا في إبان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الإبان ما ورد في حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث فأقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الفرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودا في حال العقد وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وإن كان ذلك معينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع فالم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر وقال القاضي أبو محمد الأفضل اشترطه وقال ابن المواز ليس يحتاج إلى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذكروعا لا جزافاً فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحباً أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف إلا فيما يعظم الفرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وإن لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعاً مختلفة أو مع تركه إن كان نوعاً واحداً ولم يختلفوا إن السلم لا يكون إلا في الذمة وأنه لا يكون إلا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة .

(الباب الثاني)

وفي الباب فروغ كثيرة لكن نذكر منها المشهور

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم في ثيء من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور إذا وقع ذلك كان المسلم

بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك يفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رأى من باب الكالي بالكالي وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة ماروام أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالبي بالكالي المنهى عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراباً .

(مسئلة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وتمسك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره . وأما مالك فانه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين ، احدهما اذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناءً على مذهبه في ان الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث ، والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز ان يسلم فيه رأس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً مخالفاً له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئاً من جنس فلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاماً لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر منه لامن جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان أقل جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسان من ان يكون له عليه قبح فيأخذ بمكيلته شعيراً وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسبة إذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع مالم يكن طعاماً لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه

وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعاً من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف أو الى ضع وتمجّل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع.

(مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئاً بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلاً ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبى حنيفة لا يجوز على الإطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجاز به وقال الشافعى والنورى وحيثهم أن بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والغان الرديء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبى سعيد فإنه إنما وقع النهى فيه قبل الاقالة .

(مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز وأصل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقبله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا أنه من باب المعروف والاحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أقال مسلماً صفقته أقال الله عشرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله.

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعتها اليه عند محل الاجل وبمده فإنه يلزمه أخذها . واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أتى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذها كللتحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الاجل

فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل أنه من ضمانه الى الوقت المضروب الذي قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدنانير والدرهم اذ لا مؤنة فيها ولم يلزمه بعد الاجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض أنما كان وقت الاجل لاغيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعنى بعد الاجل أو قبله فشيبهه الدنانير والدرهم .

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيكة ما فآخبر الهائع أو المسلم اليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيكه وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف أن يكون من باب الربا كأنه انما صدقه في السكيل لمكان أنه أنظره باليمن وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيكه البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم أنه لما كان ايس للمشتري أن يبيعه الا بعد أن يكيكه لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيكه البائع له لانه لما كان من شرط البيع السكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام : نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري . واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل السكيل فاختلغا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

﴿ الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم ﴾

والمتبايعان في السلم أما أن يختلفا في قدر الثمن أو الثمنون وأما في جنسهما وأما في الاجل وأما في مكان قبض السلم . فاما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه إن أتى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم أن أتى أيضا بما يشبه فان أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلمت في تمر ويقول الآخر في قح . وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حمله فالقول قول المسلم اليه وإن كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتي بما لا يشبه مثل أن يدعى

المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في في الموضوع الثاني فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفا سحنون وأما اختلافهم في الثمن فحكمهم حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب أما أولا فهل يجوز أم لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا وعن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول . أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روى في حديث ابن عمر : البيعان بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو اجماع قالوا وحديث حبان أما أنه ليس بصحيح وأما أنه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه . أنه يخدع في البيوع قالوا أما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدير الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذي فيه فصل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن حنن وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا

ويكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلاف أبو حنيفة والشافعي أن وقع الخيار في الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة إن وقع في الثلاثة الأيام جاز وإن مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعي بل هو فاسد على كل حال فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقاً أو مقيداً وإن جاز مقيداً فكم مفداه وإن لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وإن وقع في الثلاث فاما أداتهم فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلنا . واما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثاً فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام . وأما حديث منقذ فاشبه طرقة المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع : اذا بعث فقل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثاً . وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان أمكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص إنما ورد عندهم تليها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والمبيع وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعي مصيبتهم من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وقد قيل في المذهب انه أن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ماله . وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي معلقاً حتى ينقضي الخيار وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري وللاشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري لهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير

لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعثك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى انه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جمل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشتري هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واذا كان المشتري هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل في ملك المشتري لانه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لا بد ان تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا في تنميته فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعنى أنه قلل يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ما وهبه لابنه أعنى انه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جمل له الشرع من ذلك أعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فيموت الرجل المجهول له الخيار فان ورثته لا ينتزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعى ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائداً خيار الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال اما مقام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق اما مقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فوضع الخلاف هل الاصل هو أن تورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه بالمالكية والشافعية تحتج على أبى حنيفة بتسليمه وراثه خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما ينفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالبعد أعنى أن

يمطى فارقا فيها يضعه الخصم متفقا ويمطى اتفاقا فيها يضعه الخصم متباينا مثل ما تقول المالكية أما قلنا ان خيار الاب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الاب لا توجد في غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة في المقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعنى أنه من انقذح له في شيء منها أنه صفة للمقد ورثه ومن انقذح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبى فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى في أحد قولي لا يجوز الا أن يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد ولا شافعى قول آخر مثل قول مالك ويقول مالك قال أبو حنيفة واتفق المذهب على أن الخيار للاجنبى اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار فقبل القول في الامضاء والرد قول الاجنبى سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري أى ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبى وقول الاجنبى دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبى الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشتري فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد واراد الاجنبى الامضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبى المشتري فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أى ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشتري فالقول قول الاجنبى وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخياراً فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعبد الموضع بعينه أعنى أجنبيا فقال مالك والشافعى لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد ثم فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يمتدى الى العقد أم لا يمتدى وإنما هو في الشرط فقط فن قل يمتدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يمتدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد الا انه يبقى العقد صحيحاً .

كتاب بيع المراجعة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان مساومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدنار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما اتفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال ، والموضع الثاني اذا كذب البائع للمشتري فآخبر أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فآخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح . اثنان في حكم من وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

(الباب الاول) . فاما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذى يحسبه في رأس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظاً من الربح فلا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء التبيوت التى توضع فيها . وأما ما لا يحتسب فيه في الامرين جميعاً فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسحرة والطلى والشد وقال أبو حنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا تجوز المراجعة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلمتى كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفة رأس الثمن الذى يجوز ان يجربه فان مالكا والليث قالوا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشترىها صرف معلوم تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشترىها لانه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشترىها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة تعرض هل يجوز له ان يبيعها مراجعة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه

فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنائير فأخذ في الدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم مانقد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل أجله وقال أبو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

(الباب الثاني) واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . اما باقراره . واما بينة ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجاعة المشتري بالخيار اما ان يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان الزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان الزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما ارجحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع الى الذي ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فانت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك أن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وأن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو وده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح . واما اذا باع الرجل سلعة مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويعبر المتاع على ذلك الثمن . وهذا بعيد لانه يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا فانت السلعة ان المتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذي صح فبذه هي مشهورات

وسلم : أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق
وأنما كان عن مالك في الخمس الأوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من
الراوي وأما اشتراطه أن يكون من ذلك النصف بعينه إذا بيعس فلما روى عن زيد
ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العربية أن يبيعها بخرصها
تمرا خرجه مسلم وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حمزة
عن النبي صلى الله عليه وسلم . أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه
أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطباً والعربية عندهم هي اسم لما دون الخمسة
الأوسق من التمر وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته
هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذي جاء فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر
للهمزة وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناد منقطع عن محمود بن ليبد أنه قال لرجل من
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عراياكم هذه
قال فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
الرطب أنى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل
من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم
يأكلونها رطباً وإنما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسبية وأما أحمد
فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا ولم يخصص الممرى من غيره وأما
أبو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعاً نوعاً من المزابنة رأى أن انصرافها
إلى الممرى ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء
خرصها تمرأ وتسمية أياها بيعاً عنده مجاز وقد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات
عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخرص وإن كان المشهور عنه جواز
ذلك وقد قيل إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك
أنه خالف الأحاديث في مواضع . منها أنه لم يسمها بيعاً وقد نص الشارع على تسميتها
بيعاً . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه
لا تكون العربية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هي في البيع والمعجب منه أنه سهل عليه
أن يستثنى من النهى عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر
عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع وهي المزابنة والله أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

(كتاب الاجارات)

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعنى أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعاً نوعاً منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولاً إلى قسمين ، القسم الأول في أنواعها وشروط الصحة والفساد ، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بمقدّم الدليل على جوازها فلنذكر أولاً ما في ذلك من الخلاف ثم نسير إلى ذكر ما في ذنبك القسمين من المسائل المشهورة إذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول . وحكى عن الاصم وابن عليه منهما ودليل الجمهور قوله تعالى « انى أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية وقوله « فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ما خرجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بنى الديل هادياً خريتنا وهو على دين كفار قريش فدفعنا اليه راحلتيهما وواعداه غار نور بعد ثلاث ليال براحتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم ميراً وشروط ظهره إلى المدينة وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالاجر . وشبهة من منع ذلك أن المعاوزات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غرراً ومن بيع مالم يخفق ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه على السواء .

(القسم الاول)

وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التي يكون الثمن مقابلاً له وصفتها .

فاما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك من باب البيوع : وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل أنفقوا عليها واختلفوا فيها فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كالت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها وأنفقوا على أجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة تزويج الفحول . فاما كراه الارضين فاختلقوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجزوا ذلك بته وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدرهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراه الارض بكل شيء ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وما عدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره . والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراه الارض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراه الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ومن قال بهذا القول سلم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم بجواز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراهها بحال . مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراه المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسالت رافع بن خديج عن كراثها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ بموممه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لا يخص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤاجرها فهذه هي جملة الاحاديث التي تسمك بها من لم يجز كراه الارض وقالوا أيضا من جهة الملقى أنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الضرر لانه يمكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن

يُنتفع من ذلك بشيء . قال القاضي ويشبه أن يقال في هذا أن المعنى في ذلك قصد
الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كأنهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما أنها أصلا
الحلقة . وأما عمدة من لم يجز كراهها إلا بالدرهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن
عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إنما
يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزعمها رجل منح أرضا فهو يزرع مامنح ورجل اكترى
بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتمدى ما في هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقا
وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراهها بكل شئ ما عدا
الطعام وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار
عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها
أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلاث ولا ربيع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة
التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرها حديث سعيد بن المسيب مرفوعا
وفيه والمحاقلة استكرها الاوض بالحنطة قالوا وأيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام
نسبية وعمدة من لم يجز كراهها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها أما بالطعام فحجته
حجة من لم يجز كراهها بالطعام وأما حجته على منع كراهها مما تنبت فهو ما ورد من
نهي صلى الله عليه وسلم عن الخبابة قالوا وهي كراه الأرض بما يخرج منها وهذا قول
مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراهها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج
منها انه كراه منفعة معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء
ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا اكترى
رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائر ما قال كنهأ كثر
أهل المدينة حقا قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لى وهذه لك وربما
أخرجت هذه ولم تخرج هذه فهما الذي صلى الله عليه وسلم خرج البخارى وأما
من لم يجز كراهها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر . أما الاثر فما ورد من النهى عن
الخبابة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أمر كان بنا رفة فاقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال
دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربيع
وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها
أو زارعوها أو امسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخارى ومسلم .
وأما من أجاز كراهها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم

على نصف ما تخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافعه لانها مضطربة المتن وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لاعلى الخطر بدليل ماخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنع أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقدم معاذ ابن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأما اجارة المؤذن) فان قوم مالم يروا في ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اتخذ مؤذنا لا يأخذ على آذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب . وأما الاستنجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازوه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جستم من عند هذا الجرب فهل عندكم دواء أورقية فان عندنا معنوها في القيود فقلنا لهم نعم فجاؤا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع برقى ثم أنفل عليه فكانما أنشط من عقال فأعطونى جملا فقلت لاحتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقا وبما روى عن أبى سعيد الخدرى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة فروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرىء فأعطى قطيعا من الغنم فأبى ان يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال به رقيقته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجمل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجمل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجمل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستنجار عندنا جائز كالملاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على ان ينزوا كوامامه ملومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهى عن عيب الفحل ومن اجازوه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستنجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعى ولا عند مالك والشافعى

يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون منقومة على أفرادها فلا يجوز استئجار
تفاحة للشم ولا طعام لتزوين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على أفرادها فهو
لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم
والدنانير وبالحملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو
قرض وكان أبو بكر البكري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع
من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا بانلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصور فيها
منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكرر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فهذه
هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة
بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنًا في المبيعات
وما لا يجوز وما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن
عسب الفحل وعلى كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع
القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو
استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الاشياء التي تكون ديونا على
الذمم ووافقه الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان
بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا
على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان
ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم
في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردى . يكره لارجل وقال آخرون بل هو
مباح . والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام
احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من
السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال : حرم رسول الله صلى الله
عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عوف بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاجا
فكسر محاجه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن ثمن الدم . وأما من رأى أباحه ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : احتجهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجرة قالوا ولو كان حراما لم يعطه
وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعا ابا طيبة فحججه فسأله كم ضربتك
فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه ايضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر
مواليه ان يخففوا عنه . وأما الذين قالوا بكرهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن

رايع أو رافع بن رفاعه جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وامرنا أن نطعمه ناضحا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجع حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك . (ومن هذا الباب أيضا) اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فاجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة وامله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيها يتماق بجنس الثمن و بجنس المنفعة وأماما يتعلق باوصافها فذكر أيضا المشهور منها فن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب وأما بضرب الاجل اذا لم تسكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك أما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والخوانيت وأما بالسكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل وذهب اهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة الجبهولات مثل أن يعطى الرجل حمارة لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود . عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة يبيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغين ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على ان القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول وانفق مالك والشافعي على انهما اذا ضربا بالمنفعة التى ليس لها غاية امدان الزمان محدودا وحدودا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحدودا أول الزمان أو حدوده ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا او شهرا بكذا ولا يذكر اهل ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنه الشافعي لانه غرر وأجازه مالك لانه معلوم بالمادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة بالتغير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا كثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والانهار فاجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا

يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالميون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز الا لثمرة أعوام فقط فالاختلاف هنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد. وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقبل مدة مثل ان يقول أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غير ذلك وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المفعو عنه أو المنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازة مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يحز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لان عنده أن الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المسكرى بها مع شريكه أغنى رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أغنى في كل أجير وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة أم ليست بمجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمن. وأما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي منافعه وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحل الذي تستوفي به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لا يحتاج ان يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعى على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الحلف وعند غيره نلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يجعل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الأرض غير المأثومة السقي عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الرى. واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين، وقال الشافعي لا يجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر في محال هذا

العقد وأوصافه وأنواعه وهي الاشياء التي تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفاسد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر في الجزء الثاني وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو النظر في أحكام الاجارات ﴾

واحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين ، الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارىء عليه ، الجملة الثانية في أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم في الاشارة الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

(الجملة الاولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وأبى حنيفة أن الثمن انما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع الا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء في الذمة وقال الشافعي يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعي كأنه رأى ان تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكرى دابة او داراً وما أشبه ذلك هل له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكرتاه فاجازة مالك والشافعي وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعندهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعني من المكري وأيضاً فانه من باب بيع ما لم يقبض وأجاز فلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري والجمهور رأوا ان الاجارة في هذا شبه بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذي أكرأها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكأنه رأى انه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكرى أرضاً ليزرعها حنطة فارد أن يزرعها شعيراً أو ماضرراً مثل ضرره الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراه فالجمهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكتري وبه قال الشافعي وأستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس في هذه على رب الدار . ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر

فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من اصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

(الجملة الثانية وهي النظر في الاحكام الطواري) الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجمل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما يفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى انه لا يفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعدر الطاريء على المستأجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أو فو بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم يفسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة انه شبه ذهاب ماله تستوفي المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبيد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء منافع لا يتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا يفسخ بغيره أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستأجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق القميص فلا يفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخطيه قال وقد قيل انها تتعين بالتعين فيفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا في المذهب وإنما ذلك على قسمين ؛ أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك واشترط ابن القاسم في المدونة أنه اذا استأجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا ان يشترط الحلف هو التفتات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء العين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى أنه من باب الضرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الحلف . ومن نحو هذا اختلافهم في هل يفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أغنى المكري او المكترى فقال مالك والشافعي واحمد واسحق وابو ثور لا يفسخ ويورث عقد الكراء وقال ابو حنيفة والثوري والليث يفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية أن الموت

نقطة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل اصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة اعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب هنا انتقال الملك والاقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالتمسك كاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والتمسك كاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزأ جزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوفى في ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك ان ارض المطر اذا اكرت فنع القحط من زراعتها او زرعها فلم يثبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء. وعند مالك ان الكراء الذي يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكترى عن ذلك الوقت انه تنفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فانه لا يفسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الاعيان. فأما الكراء الذي يكون في الذمة فانه لا يفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

(الفصل الثانى وهو النظر في الضمان)

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدى فيجب على المكترى باتفاق والخلاف إنما هو في نوع التعدى الذى يوجب ذلك أولا يوجب وفي قدره . فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعية وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان يأخذ كراء دابته في المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعداة . ولا خلاف انها اذا تلفت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعية انه تعدى على المنفعة فلزمه أجره المثل أصله التعدى على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى

انه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبّهه بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبى حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول الشرعية والأقرب الى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعى وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت عنوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصانع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا ان يتعدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان ما كاسمته ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصانع مادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فاتهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعى قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر ويتضمن الصانع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشرىك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . واما من فرق بين ان يعملوا باجر أو لا يعملوا باجر فلان العامل بغير أجر إنما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فاشبهه المودع واذا قبضها باجر فالمنفعة لكليهما فقبلت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعى وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسّن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشبه فضمن الصانع ما قامت اليينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصانع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت اليينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا اجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن الموزان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لا يضمن عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن المواز اقبس وقول ابن القاسم أكثر نظر الى المصلحة لان رأى ان يشركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في

ضمان صاحب السفينة فقال مالك لاضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الامن الموج وأصل مذهب مالك ان الصناع بضمنون كل ما أنى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تقرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفرن والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تمضى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شئ عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

* (الفصل الثالث) *

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضا مسائل : فمنهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصانع ردما استضمنوا فيه وأنكر ذلك الدافع فalcول عند مالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة . واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثنان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكبرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكبرى وان طال وهو الاصل . واذا اختلف المكبرى والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المتافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها وقدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف

والنفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والنفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جمل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن وانفقا على المسافة فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا في الامرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة اكترت منك الى قرمونة بدینارین ويقول المكتري بل بدینار الى اشبيلية فان كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا ونفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكتري شيئا كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكتري في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكتري وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارین وان كان المكتري نقد الثمن الذي يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقربه المكتري على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاها بهذا القدر كاف في هذا الباب .



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجمل ﴾

والجمل هو الأجرة على منفعة مظلون حصولها مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الحذق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلا . والثانى ان يكون الثمن معلوما وقبل أبو حنيفة لا يجوز وللشافعى القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الأبق والسؤال وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقبة بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الفرر الذى فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجمل لا يستحق ثنى منه الا بتمام العمل وأنه ليس به عقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراه السفينة هل هو جمل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراه الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى أن حكمها حكم الجمل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراه وقال اصبح ان لحج فهو جمل وان لم يبلغ فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحلّه وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجمل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجمل عليها وقلنا على حكم الجمل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجمل عليها لم يكن له ثنى . فقد انتفع الجاعل بعمل المجمل من غير ان يعوضه من عمله باجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جمل أو اجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجمل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعة على حفر الابار وقالوا في المقارسة انها تشبه الجمل من جهة والبيع من جهة وهى عند مالك ان يعطى الرجل أرضه لرجل على ان يفرس فيه عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب القراض ﴾

ولاخلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنهما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجربه على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تناف من رأس المال اذا لم يتعدوا أن كانا يختلفوا فيما هو تعدد مما ليس بتعدد وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقتضون به شرط يزيد في محبة الربح أو في الضرر الذى فيه وان كانا يختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم وختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

(الباب الاول في محله)

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فأنهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدرهم وختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى لیلی وجمعة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضاً كان غرضاً لانه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولاً وأما أن كان رأس المال مابيه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعى أيضاً وأجازاه أبو حنيفة وعمدة مالكا انه قارضة على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان ما يبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضة على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضاً انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوزه ابن أبى لیلی بل هو الظاهر من قولهم فأنهم حكوا عنه انه يجوز ان يعطى الرجل

ثوباً يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا إنما هو على أن يجعلاً أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ويشبه أيضاً أن جعل رأس المال الثمن أن يتهم القارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلاف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازها شبهها بالدرهم والدنانير لقلّة اختلاف أسواقها واختلاف أيضاً أحباب مالك في القراض بالفلس فنهى ابن القاسم وأجازها أشهب وبه قال محمد بن الحسين وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه . وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا في من أمر رجلاً أن يقبض ديناله على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى أنه ازداد على التعامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لانه وكله على القبض لأنه جعل القبض شرطاً في المصارفة فهذا هو القول في محله . وأما صفته فهي الصفة التي قدمناها .

(الباب الثاني في مسائل الشروط)

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندم إلى غرر أو إلى محملة زائدة ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحد هما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض محمولاً وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق بشرطه أحدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما انفقوا عليه وإن كان قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك اختلافهم إذا اشترط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه أحسن من رب المال تطوع إذا كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لانه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشروط

باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبّهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس مامن السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع مالا لتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً مامن أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فما لك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنساً ما من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا فن لم يجره رأى ان في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فباحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك ويقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجره أنه تعود حصة العامل ورب المال بحولة لانه لا يدري كم يكون المسال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبهها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعنى على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الربع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكناً ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا . واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاماً بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال اشهب من أصحاب مالك لا يجوز ذلك فن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجر ذلك رأى انها زيادة ازادها العامل على رب المال فأما ان

اشتراط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان
حظ العامل يكون عنده مجهولا .

(القول في أحكام القراض)

والاحكام منها ماهى أحكام القراض الصحيح ومنها ماهى أحكام القرض الفاسد
وأحكام القراض الصحيح منها ماهى من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد
ومختلف فيها هل هى تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارىء تطرأ على العقد مما لم
يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدى والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من
هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول
لأنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد
منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض . واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك
هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل
أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأثروا بآمين . وقال الشافعى وأبو حنيفة لكل
واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما
فيه من ضرر وآثم من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد
الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعبد أن
ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا
في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح
فيريد المقارض أن يحمل رأس المال ببقية المال بعد الذى هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك
وجهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل
فاخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله
ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من أحب مالك إليه يلزمه
القول ويكون الباقي قراضا وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارىء ، ولكن ذكرناها
هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل
نفقة من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال . فقال الشافعى في أشهر أقواله
لأنفقة له أصلا الا أن ياذن له رب المال . وقال قوم له نفقة وبه قال ابراهيم
الرخمي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعى . وقال آخرون له النفقة في السفر من
طعامه وكسوته وليس له نىء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجهور
العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ناهبا ولا ينفق راجعا

وقال الليث يتعدى في المصير ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لانهقة له في المرض وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز أصله المتافع وحجة من أجاز له أن عليه العمل في الصدر الأول ومن أجاز له في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء المصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال وإن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بيته ولا غيرها :

(القول في أحكام الطوريء)

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيها ادعاء من الضياع. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل يردده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا إن كان هنالك. واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وإن شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل إلا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمن ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا أعنى ثمن تلك السلعة التي تلفت أولا والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلعة القراض فمكره ذلك مالك وأجاز له أبو حنيفة على الإطلاق وأجاز الشافعي بشرط أن يكون قد تباعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا اعرف خلافا بين فقهاء المصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة إنما على العامل لا على رب المال لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه. واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز : وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ دينافيا . واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فإن فعل ضمن

وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل أئمة
يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا في أكثر الاحوال
فن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يجزه
ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازوه واختلاف مالك والشافعى وأبو حنيفة
والليث في العامل يخاط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم
ما عدا مالك هو تعد وبضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير
من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن
ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون الذى عمل شرطه على الذى
دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال . وقال المزنى عن الشافعى ليس له الا أجره
مثله لانه عمل على فساد .

(القول في حكم القراض الفاسد)

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت
بالعمل . واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال،
أحدها أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو
قوله وقول أشهب ؛ والثانى أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعى وأبو حنيفة
وعبد العزيز بن أبى سلمة من أصحاب مالك وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن
مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما
سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو . مشروط الشرط على المقارض أو الاكثر
من قراض مثله أو من الجزء الذى سمي له ان كان المقارض هو مشروط الشرط الذى يقتضى
الزيادة التى من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه
يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال بما ليس ينفرد
أحدهما عن صاحبه الى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصا لمتشرطها
مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن
نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في
القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها أجره المثل وفي بعضها قال
فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على
الفرق الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى
رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجره

المثل الا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالمعروض والقراض بالضممان والقراض الى أجل والقراض بالمهمم واذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فخلقا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشتري به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لا يشتري الاسلعة كذا وكذا والاسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة واحدة والا فهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد ردالى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازادها أحدها على الاخر ردالى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتماق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له .

(في اختلاف المتقارضين) واختلاف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجرة مثله وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب البين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه في الاغلب أقوى شبهة فن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواها شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فيؤمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المساقات

(القول في المساقاة) اما أولا ففى جوازها والثانى في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث في أحكامها .

(القول في جواز المساقاة) فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعي .

والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة وأحمد وداود وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلاً وعمدة الجمهور في اجازتها حديث ابن عمر الذابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطرنجها إخرجه البخاري ومسلم وفي بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج من الأرض والثمرة وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود خيبر يوم افتتح خيبر أفرمكم على ما أفرمكم الله على أن التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار في معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فمعدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع أنه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أفرمهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون أفرمهم على انهم ذمة الا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه يبيع مالم يخلق وأيضاً فانه من المزبنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً لان القسمة بالحرص بيع بالحرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى في حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الحرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلي وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهي الوارد عن الخبارة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان الخبارة هي كراه الأرض ببعض ما يخرج منها قالوا وبما يدل على نسخ هذا الحديث أو انه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراه الأرض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً في بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج من الأرض والثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

(القول في صحة المساقاة) والنظر في الصحة راجع الى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشترطة في أركانها وأربعها المحل المخصوص بها والعجز الذي تنعقد عليه وصفة العمل الذي تنعقد عليه ، والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

(الركن الاول في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة إلا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط ، وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالزمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الأصول غير الثابتة كالقماني والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا

يجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا ثبت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها عملها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذ فيها سبب عام فوجب تعددية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التي علقت الرخص بالنسب بها وقوم منعوا انقياس على الرخص واما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فأنما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالحرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالحرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يحرص العنب وتؤدي زكاته زبيبا كما تؤدي زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن ابن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث وأحمد والنوري وابن أبي ليلى وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الأرض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجاً منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فادونه أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فادونه ولم يجزان . يشترط رب الأرض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطرب به الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الأصول لان الأصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال آخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذي تتمتع عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها .

الركن الثاني

وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجنة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والا بار . واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال فى الموطن السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وختم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخوله فيها بنفس العقد . وقال الشافعى ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعى لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير فى اصلاح الثمر وعمل له تأثير فى اصلاحها والذى له تأثير فى اصلاحها منه ما يتابد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فاما الذى ليس له تأثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لانفس العقد ولا بالشرط الا الشئ اليسير منه . وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لانفس العقد مثل انشاء حفرة بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر ولا يتابد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان فى الحائط من الدواب والعييد أنه ليس من حق العامل واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة . وأما ان اشترط فيها ما لم يكن فى الحائط فلا يجوز . وقال الشافعى لا بأس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد بن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما بهلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازاه رأى ان ذلك نافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسنت مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ما واجب عليه من المساقاة وهو العمل

بيده وانفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ان ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بمالم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

الركن الثالث

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فاجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل أن ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز. وانفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنابر ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظائر وإصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خيبر وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون إلا بالكيل وكذلك في الشركة وأنها لا تجوز بالحرص وأجاز قوم قسمتها بالحرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزبنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسبيته وحجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبيهها بالعمرية وبالحرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الحرص في مساقات خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء ابن يسار .

الركن الرابع

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشروط في جواز المساقاة . ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لمدتها . فاما الوقت المشروط في جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح . فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في

ذلك الوقت قالوا وإنما هي اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعنى عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولا أعنى مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الفرر قياسا على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقرم ما أقرم الله وكره مالك المساقاة فيما طل من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجدلا بالاهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا المقد فاختلما في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لا تنقصد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنقصد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعى وقال غيرهم تنقصد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون .

القول في احكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينقصد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد مورث ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته . وقال الشافعى اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة مع عمل وفسد المقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة . وقال الشافعى تنفسخ المساقاة بالمعجز ولم يفصل . وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له نى استؤجر من حفظه من الثمر واذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعى أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل . وقال الشافعى اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشراكة واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه . وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليين في حق العامل لانه مؤتمن ومن أصله أن اليين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التى ذكرناها .

احكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم نفت بالعمل واختلفوا اذا قامت بالعمل ماذا يجب فيها ف قيل إنها ترد الى اجارة المثل في كل نوع . من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعى وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل أنها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك ف قيل في مذهبه أنها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها ؛ أحدها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمع . والثانية اذا اشترط المسقى على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل أن الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى أجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنائير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الثمر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذى شرط عليه ان كان الشرط للمساقى أو أقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الشرقة

والنظر في الشرقة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في

هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع . شركة العنان . وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتى بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الاول)

فاما محل الشركة فانه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فانفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدرهم وان كانت في الحقيقة بيعا لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدرهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك انفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة . واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر وبالطعام الربوي اذا كان صنفا واحدا فبهنا ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) فاما اذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودرهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لا تتعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدرهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

(المسئلة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيها النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدرهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فأجازة مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدرهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل

الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يمتز هذه الملل اجازها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء في القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلط اما حسا واما حكما مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعى لا تصح الشركة حتى يختلطا مالهيهما خلطا لا يتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده قابو حنيفة ا كنى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقة ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

(فاما الركن الثانى) وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم انفقوا على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعى ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالحسran فكأنه لو اشترط أحدهما جزءا من الحسran لم يجز كذلك اذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله وربما شهبوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للمعامل من الربح ما يصلح عليه والمعامل ليس يجعل مقابله الاعمال فقط كان في الشركة اخرى ان يجعل للمعامل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لمفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا

يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالا لهم متساويين النفاة إلى العمل فانهم يرون أن العمل في الغالب مستوفى إذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أغنى دراهم أو دنائير ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ماراً بما من أنواع التجارة وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً . والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشر كاه أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

﴿القول في شركة المفاوضة﴾

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وإن كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر وما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعة ووكالة وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في أنه لا يرعى في شركة العنان إلا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة قالت أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى في رؤس الأموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحدهما شيء إلا أن يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضي هذين الأمرين أغنى تساوى المالكين وتعميم ملكهما .

﴿القول في شركة الإبدان﴾

وشركة الإبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة

الشافعية أن الشركة إنما تختص بالاموال لا بالأعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم
إذا كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغائبين في
الغنيمة وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم
بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم
عليهما وأيضاً فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعية
أن المفاوضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة
خارجاً عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة
تعجز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة
مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبي
حنيفة جواز الشركة على العمل :

(القول في شركة الوجوه الصحيحة)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعية باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه
الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعية أن الشركة
إنما تتعاق على المال أو على العمل وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر
لأن كل واحد منهما عارض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو
حنيفة يعتمدانه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهي من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة أى لأحد الشريكين أن ينفصل من
الشركة متى شاء وهي عقد غير مودوث ونفقة مثلها ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض
في العيال ولم يخرجها عن نفقة مثلها ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض
وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا
أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو
ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فإنه يضمن لانه قصر
أذ لم يشهد وله أن يقبل الشيء المبيع في الشراء وإقرار أحد الشريكين في مال لمن
ينهم عليه لا يجوز وتجوز أقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال
التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بأذن شريكه ويستزل
كل واحد منهما منزلة صاحبه فيماله وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي
اركانه * القسم الثانى في أحكامه .

﴿ القسم الاول ﴾

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث
الثابتة وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

﴿ الركن الاول ﴾

وهو الشافع ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة الى ان لاشفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال
أهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا
بقيت في الطارق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لاشفعة للجار
ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن
عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالشفعة فيما
لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه
مسلم والترمذى وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن
أبى سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ما روى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل
مالك أحب الى اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا
الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهيناً له وقد روى عن مالك في غير الموطن عن
ابن شهاب عن أبى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ما ذكر فيه من أنه اذا وقعت
الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن
لا تكون واجبة للجار وأيضاً فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق
حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الجار أحق بصقبة وهو حديث

متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام انه قال : جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لم أيضا انه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخلى من الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصل مذهب مالك انها في ثلاثة أنواع ، أحدها مقصود وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين ، والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالشجر ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم ، والثالث ما يتعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراه الارض للزرع وكتابة الميكاتب واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا وأما ما عدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولم يختلفا في ايجابها في الكتابة لحرمه العتيق وفقهاء الامصار أن لا شفعة الا في العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شيء ماعدى الميكب والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا في العرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفاه جميعا في انما وعدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ماورد في الحديث الثابت من قوله عليه السلام : الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فلا

خرجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة في كل شيء. ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء وإن كان في العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البشر بما روى : لاشفعة في بشر ومالك حل هذا الاثر على آبار الصحارى التى تعمل في الارض الموات لالتى تكون في أرض متملكة .

(الركن الثالث)

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار. واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة إنما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارث الجنائيات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق. وأما الحنيفة فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنيفة ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لان في بعضها فلا بيع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعى فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار أنه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرح الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل أن الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فمن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقاة بين الاثراك أو الاجانب فلم يرها في الاثراك ورأها في الاجانب .

(الركن الرابع في الاخذ بالشفعة)

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكما يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالتمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل

يأخذه الشفيع بالتن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان ملداً أو يأتى بضامن ملء وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تمجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال النورى لا يأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى في يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعامضات مما ليس يبيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع واما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكبلاً ولا موزناً فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقولة فانه يأخذه ببدية الموضحة أو المنقولة . وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما أن كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذى ورثوه لانهم أهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصبه .

(فأما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالسكا والشافعى وجهور أهل المدينة يقولون أن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص ثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل أصله الاكبرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة

لاستوائهم في نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أغنى حظ من لم يعتق

(واما المسئلة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا في دخول الاشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذو والعصبة في الشفعة أهل السهم المقدرة ويدخل ذو السهم على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابناعم ثم تباع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعتها فقط دون ابني العم وان باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو السهم على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قوليه يدخل ذوو السهم على العصبات والعصبات على ذوى السهم وهو الذي اختاره المزني وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهم من العصبات فلان رأى أن الشركة مختلفة الاسباب عني بين ذوى السهم وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهم على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهم فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان أنه رأى ان ذوى السهم أقدم من العصبة . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فاراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثاني فقال ابن القاسم إما أن يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي له أن يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فان أبا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعي . واما اذا كان الشافعون اكثر من واحد اعني الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي في البيوع فالجمهور على ان المشتري ان يقول للشريك إما ان تشفع في الجميع أو تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشتري على ذلك وانه ليس له ان يبيع الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبيعها وقال أصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا للمشتري لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فأرادا خاضراً يأخذ حصته فقط انه ليس له

ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك وانفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة في حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فاما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكاً في حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكاً فروى أشهب ان قول مالك اختلف في ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه في أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيع حظه . وأما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقصة في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجع العلماء على ان الغائب على شفخته ما لم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفخته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال: الجار أحق بصقبة أو قل بشفخته ينتظر بها اذا كان غائباً وأيضاً قال الغائب في الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعندة الفريق الثانى ان سكوتهم مع العلم قرينة تدل على رضاهم باسقاطها . وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وابو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفخته الا ان أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع أبداً الا أن يحدث المتاع بناء أو تغييراً كثيراً عرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة والسلام : قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت

لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه وكان هذا أشبه بأصول الشافعي لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في مكان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام .

* (القسم الثاني) *

(القول في أحكام الشفعة) وهذه الأحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثه قياساً على الأموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته فوجب أن تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسيخ له وعقد لها وأجمعوا على أن الأقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الأقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الأقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو بخير ومنها اختلافهم إذا أحدث المشتري بناء أو غرساً أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفيعه فقال مالك لا شفعة إلا أن يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متمتع ولا شفيع إن يعطيه قيمة بنائه مقلوعاً أو يأخذه بنقصته والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه في العالم بوجود الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس ذلك أنه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التمدي قال له أن يأخذه بنقصته أو يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لأن المشتري قد أقر له بوجود الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري إذا

أنى بما يشبه باليمن فان أنى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أنى بما يشبه
خالقول قول المشتري بلايمن وفيما لا يشبه باليمن وحكى عن مالك انه قال اذا كان
المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغيريمن وقيل
اذا أنى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أنى كل واحد
منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا أنى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن
القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال أشهب
البينة بينة المشتري لانها زادت عليها :

بسم الله الرحمن الرحيم

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القسمة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى «واذا حضر القسمة أولوا القربى» وقوله «مما
قل منه وأكثرنصيبا مفروضا» وقول رسول الله صلى عليه وسلم : أيما دار قسمت في
الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم
الاسلام * والنظر في هذا الكتاب . في القاسم ، والمقسوم عليه . والقسمة * والنظر
في القسمة في أبواب . الباب الاول في أنواع القسمة . الثاني في تعيين محل نوع نوع من
أنواعها أعنى مايقبل القسمة ومالا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعنى فيما يقبل
القسمة . الثالث في معرفة أحكامها .

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر في القسمة ينقسم أولا الى قسمين . قسمة رقاب الاموال . والثاني منافع الرقاب

(القسم الاول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التي لانكال ولانوزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة أقسام . قسمة فرعة
بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضة بغير تقويم
ولان تعديل وأماما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثاني)

وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام * مالا ينقل ولا يحول وهي الرباع والاصول . وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض . وأما مكيل أو موزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول الاول في الرباع . والثاني في العروض . والثالث في المكيل والموزون .

(الفصل الاول)

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تنقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمه لا تخلو ان تكون في محل واحد وفي محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصبر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبي حنيفة والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » وقال ابن القاسم لا يقسم الا ان يصبر لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخله عليه في الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصبر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضيفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لا تعضية على أهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها

لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد أو مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهم ، وقال أبو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخلى على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار قائم بنفسه لانه تعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهم ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ان لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزايمة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعتدل لذلك لانه يؤدي الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولا نقداً وأما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدها على الآخر ان ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخلى في القسمة ومالم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة والعسلة في ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان أحدها اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى ان تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق اسماء الانثراك واسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها وقبل يرمى بالاسماء فى الجهات فمن خرج اسمه فى جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضعيف له حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم فى الرقاب والسهم انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين وهي موجودة فى الشرع فى مواضع منها قوله تعالى (فسام فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت الذى جاء فيه أن رجلاً اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم فى البيوع .

﴿ الفصل الثاني في العزء ض ﴾

واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهم للفساد الداخل في ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريك في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياخ وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضرورى في بعض الاشياء . وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه فاجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبى سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمه من التى لا تجوز فاعبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمه فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمه أخف من السلم ومرة منع القسمه فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمه في ذلك أخف وان مسائله التى يظن من قبلها أن القسمه عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمه ما تقارب من الصنفين مثل الحز والحريز والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمه بالسهمه مع التراضى وذلك ضعيف لان الفرر لا يجوز بالتراضى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صرتين فزائداً فان كان صنفاً واحداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضى على التفصيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافاً بغير كيل ولا وزن . وأما ان كانت قسمته تحريماً فقل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في

جواز بيعه تحرياً وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكنا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيها يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم بدركم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير . وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل بين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعنى على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا . وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة انى تكون في الرقاب .

(القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباهما ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمبايأة وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الاعيان بأن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضا فيها ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فاما فيها ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة . وذلك في الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع . واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقليل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وأما الاستخدام فقليل يجوز في مثل الخمسة الايام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهاؤ في الاعيان بان يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقليل يجوز في سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكراه الا في الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهاؤ بالازمان وكذلك القول في

استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالزمان فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب وفي المنافع وفي الشروط المصححة والمفسدة وبقي من هذا الكتاب القول في الأحكام .

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ . عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب إلا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب فانه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في حل نصيبه أوفى أقله فان وجد في حل نصيبه فانه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أولم يفت فان كان قد فات رد الواحد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أولم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه وإن كان قائماً بالعيب وقال أشهب والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لأن التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق وإذا فسخت بالغبن وجب أن يفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكاً فيما في يديه وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على الشركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ان طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أولم تكن هلكت بأمر من السماء أولم تهلك وقد قيل أيضاً إن القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين

ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقيل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ماتلف في يده بغير حجب منه ففيل يضمن وقيل لا يضمن .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى . « ولم تجدوا كاتبا فراهان مقبوضة » والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي : الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

﴿ الركن الاول ﴾

فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المصائب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجزوبه قال الشافعى . وانفق مالك والشافعى على أن المفسل لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل أن يفسل والخلاف آيل الى هل المفسل محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكرن مرتهنا .

﴿ الركن الثاني ﴾

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط، الأول أن يكون عيناً فإنه لا يجوز أن يرهن الدين، الثاني أن لا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع، الثالث أن تسكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزراع والتمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في اداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدرهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكاً للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً . واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بنصب ثم أقره المفضوب منه في يده رهنًا فقال مالك يصح ان ينقل الشيء المفضوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجمل المفضوب منه الشيء المفضوب رهنًا في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فنهى أبو حنيفة وأجاز مالك والشافعي * والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن .

* (الركن الثالث) *

وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن في جميع الايمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعنى في المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » ثم قال « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة » فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الاموال وفي جراح العمى الذي لا قود فيه كالأمومة والجائفة . وأما قتل

العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولي قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي مخير في العمدة بين الدية والقود . والقول الثاني أن ذلك لا يجوز وذلك أيضا مني على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أتى الجاني من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يمتنع من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيما لا تضمن ويجوز أخذه في الاجارات ويجوز في العمل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تنصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث . أحدها ان يكون ديناً فانه لا يرهن في عين . والثاني أن يكون واجبا وأنه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك . فالثالث أن لا يكون لزومه متوقفا ان يجب وأن لا يجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

القول في الشروط

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد . فاما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهنا فشرطان ، أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجملة التي هو بها شرط وهو القبض . والثاني مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالمعقد ويجبر الراهن على الاقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفسد الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن إلا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى « ولم تجسدوا كتابا فرهان مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد إلى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وجود القبض واستدامته والشافعي يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا

يجل ذلك اعارته ولاغير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقدان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة ان لا يشترط الاستدامة . وانفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى وان كنتم على سفر الاية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم : رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فانفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام : لا يغل الرهن .

﴿ القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إما من نفس العقد وإما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والانفاق . اما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له أن يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وبعضه أعنى أنه اذاره في عددا فأدى منه بعضه فان الرهن بامره يبقى بمديد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدي الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه أصله الكفالة .

(ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثرة في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن أعنى الذي يحدث منه في يد المرتهن ومن قال بهذا القول الشافعي ، وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري ، وفرق مالك فقال ما كان من

نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية
وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولدا عنه كشمر النخل أو غير
متولد كسكراء الدار وخراج القلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للرهن
قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك
أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض
وذلك مناقض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا لا يصح أيضا ان يكون معناه
أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهوره لربه ونفقته عليه
واستدلوا أيضا بمعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن بمن رهنه له غنمه وعليه غرمه
قالوا ولانه نماء زائد على ما رضى رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة
أبى حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع
لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى
هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة في ذلك وذلك أن الثمر لا
يتبع بيع الأصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس
للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فلم مرتهن ان يحلبه
ويركبه بقدر ما يعلمه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة
عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب
اختلافهم في الرهن يملك عند المرتهن بمن ضمانه فقل قوم الرهن أمانة وهو من
الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ومن قال بهذا
القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضم انقسموا قسمين
منه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضم انقسموا قسمين
فهم من رأى ان الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة
وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وإنه ان فضل
للا رهن نوى فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال علي بن أبى طالب وعطاء واسحق
وفرقت قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والمقار بما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب
عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ومن قال
بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البتي الا أن مالساكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك
ما يغاب عليه من غير تضبيب ولا تفريط فانه لا يضمن وقال الاوزاعي وعثمان البتي بل
يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول عثمان
والاوزاعي قال أشهب وعمدة من جملة أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب

عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يعلق الرهن وهو بمن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجها وعليه أفنكا كه وصيته منه قالوا وقد رضى الراهن أمانته فأشبهه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً له قد قال مالك ومن تابعه أن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام : له غنمه وعليه غرمه إن غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن أنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وإن كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقه . وأما تفريق مالك ما بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيراً فضممه قوم وقالوا أنه مثل استحسان أبي حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وإنه إن باعه فللمرتهن الإجازة أو الفسخ قال مالك وإن زعم أن إجازته ليعتجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه وإذا كان الرهن غلاماً وأمة فاعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وإن كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال ، الرد ، والإجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فإزاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك هنا أن المرتهن وإن كان مدعياً فله هنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين

شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الرهن الشيء موقيمته أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتين لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله فان المرتين أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتين يمين الا ان يناكره الراهن في تلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتين في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا في الامرين جميعا أغنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتين في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا انفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن في المذهب فيه قولان والافيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب . الباب الاول في أصناف الحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون . الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة .

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر عنهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن

عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبدأ الحجر على الكبار . وهو قول إبراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير ومنهم من قال إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالبا فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى ﴿ فان آنتم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقدا ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تأثيره في إسقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه الذى يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذ كانا يوجدان فيه غالبا أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيا فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسوخ بيعهم وإبطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغار والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسباثنى ذكر كل واحد منهم في بابيه .

الباب الثانى

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجرو وقت خروج السفهاء فنقول إن الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو وصى وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذو الآباء فانفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا بلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ماهو وذلك لقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ واختلفوا في

الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ الحيض وإيناس الرشد وقال مالك هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولأصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل انها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختيار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد . وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد يمكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى الآباء البلوغ وإيناس الرشد فاختلف قول مالك اذا لمع ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه أنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فاما ذو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه أنه رشيد ان كان مقدما من قبل الأب بلا خلاف أو باذن القاضي مع الوصي ان كان مقدما من غير الأب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصي الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل أن حاله مع الوصي كحاله مع الأب يخرج به من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرج به وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الأب وأما ابن القاسم فذهب أن الولاية غير معتبر بثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو فان مالك يرى ان الرشد هو تمير المال وإصلاحه فقط والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين فهو سبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تمنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها مع الوصي كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم أنه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيا متصل السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والإردده فأما اليتيمة التي لأب لها ولاوصى فان فيها في المذهب قولين ، أحدهما ان أفعالها جائزة اذا بلغت الحيض ، والثاني أن أفعالها مردودة مالم تمنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ؛ أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال
 وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم
 من غير أب ولا وصى وهو لا يكفلنا ما صغار واما كبار متصلو الحجر من الصغر وأما مبتدأ
 حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب
 في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان أذن له
 الاب في ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر
 وليه ان كان له ولي فان رآه رشداً أجازة والا أبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي
 ينظر في ذلك وان عمل في ذلك حتى يلى أمره كان النظر اليه في الاجازة أو الرد
 واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي ان يفعله هل له أن ينقضه
 اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق أو نكاح فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور
 ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما افسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما
 أفسد وكسر مما يؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحرته في صغره وحنت
 به في صغره واختلف فيما حنت فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال
 ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه
 فالمشهور انه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب
 والوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تنيسها فاما السفية البالغ فجمهور
 العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته أو خالها مضى طلاقه وخلعه الا ابن أبي ليلى
 وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور أنه لا ينفذ .
 وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء
 من المعروف الا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما لها
 فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بموض
 فهو أيضاً موقوف على نظر وليه ان كان له ولي فان لم يكن له ولي قدم له فان رد بيعه
 الولي وكان قد أنلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء . وكذلك ان تلف عين المبيع وأما
 أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فأنها تنقسم الى أربعة أحوال . فمنهم
 من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا وهو أن
 تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله
 محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضاً وهو ان تكون أفعاله كلها محمولة

على الرشد حتى يتبين سفيهه فاما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعمس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلاف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفيهه . فنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولا يعم من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب وحال البكر ذات الاب التى لاوصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لاوصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فنها حال البكر المعنيس عند من يعتبر التعنيس أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله اخذ المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهات حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لايعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب التفليس ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفليس وفى أحكام المفلس (فتقول) إن الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين . أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وقاه بديونه . والثانى أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفى كلا الفلسين قيد يختلف العلماء فى أحكامهما فاما الحالة الاولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال

يبنى بدينه فإني أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ما له عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان ملياً أو يحكم عليه بالافلاس إن لم ينف ماله بدينونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي والفقهاء الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحنيفة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم وحديث أبي سعيد الخدري أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمراتباعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه: أما بعد أيها الناس فإن الاسيفع اسيفع جبهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وأنه ادان معرضاً فأصبح قدرين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضاً من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم. وأما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوساً فيبيع القاضى حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء. ففيها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم أن يقبلوا منى حائطى ويحللوا أبى قابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطى قال ولكن سأعندو عليك قال ففدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فخذتها ففضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روى أيضاً أنه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بمالهم عليه قالوا فهذه الأثار كلها ليس فيها أنه يبيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجارته وإذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيماذا يحجر عليه وبأى ديون تكون المحاصة في ماله وفي أى نية من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلاس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف نية من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه لأن له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وإن لم يكن بموضع كنفقته على الآباء المعسرين أو الإبناء

وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله لأن له أنلاف اليسير من ماله بغير عوض كاللاضحية
والنفقة في العبد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالتزويج
والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتداعه ما لم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره
بالدين لمن لايتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي
رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وإنما
ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى
نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لأنه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم
يكن فيه محاباة ولا يجوز له المحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها
عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولايجوز اقراره بدين في ذمته لقريب
ولا بعيد قيل الا ان يكون لواحد منهم بينة وقيل بجوزن يعلم منه اليه تقاض . واختلف
في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث
بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لا تكون فقيل ان كانت
صدق وان لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل
تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف
ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه
قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين
فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما ان لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم في الموارث
الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير ميراثهم حتى
تحل الديون حيلئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذمهم بخلاف ماكان عليه الدين قبل
الموت لأنه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه
ان رضى ان يقرضه بتحملة في ذمهم ابقيت الديون الى أجلها ومن قال بهذا القول ابن
سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت
كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجى الملاء لها بخلاف
ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع
الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم
على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقياً بعيه لم يفت إلا
أنه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب
السلمة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعى وأحمد
وأبو ثور والقول الثانى ينظر الى قيمة السلمة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من

الثمن خير صاحب السلعة بن ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية. للثمن أخذها بمينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التغليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أغنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر، والقول الرابع انه أسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة ^ب والاصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرج به مالك والبخارى ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك ان يأخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك يخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك . واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته لاصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظلونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لنندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن علي انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبى هريرة يختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق لاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبى هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض انبائع بعض الثمن فقل مالك ان شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته . وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن ، وقالت جماعة من أهل العلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال : إما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيئا فوجدته بعينه فهو أحق به وإن مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وإن أرسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن أبى هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئا فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعى أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد . ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته إلا عطاء فإنه قال إذا فوت المشتري بعضها كان البائع اسوة الغرماء . واختلف الشافعى ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلاس أم لا فقال مالك هو في الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلاس . وقال الشافعى الأمر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر أن فرقا بين الذمة في الفلاس والموت وذلك أن المفلس يمكن أن تثرى حاله فيتمعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعى فعمدته ما رواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلاس قال وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه للمالك إلا بعد أداء ما عليه فاشبه مال المفلس بقياس مالك أقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه الموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرج عبد الرزاق في فسيب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضا فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت أعنى أن من باع شيئا فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعى إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يفرسها أو عرصة يبنيتها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة ثمنها للغرماء . وقال الشافعى بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ويأخذها أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتا مما لا يكون فوتا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في

الموت والفلس او في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس
ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لا يتعين فاما
العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشتري فهو أحق به في الموت والفلس
وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو أحق
به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلعة بالثمن. وقال ابن الشافعي
ليس لهم وقال اشهب لا يأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس . وقال ابن الماجشون
ان شاؤا كان الثمن من أموالهم او من مال الغريم . وقال ابن كنانة بل يكون من
أموالهم . وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضا والفلس ما كان بيده . واختلف
اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ففلس انه أحق به
كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل ل أنه لا سبيل له عليه
وهو اسوة الغرماء وهو قول اشهب والقولان جاربان على الاختلاف في تعيين العين
وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس وأما العمل الذي لا يتعين
فان افلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله في
الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلس وان كان فلسه بعد
أن استوفي عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التي شارطه عليها في الفلس
والموت جميعا على أظهر الاقوال إلا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على
عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان
اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس
دون الموت وكذلك الأمر عنده في فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق
بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه
مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت
والفلس ولحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت وانه اسوة
الغرماء في سلعته اذا فانت وعند ما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة
البائع منفعة بالبائع الرقية فرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري
فيقولون هو أحق بها في الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت
فيقولون هو أحق بها في الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فانت فيه
فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسداه حتى
أثمر الحائط ثم افلس المستأجر فاتهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيهه ببيع المنافع
في هذا الباب يبيع الرقاب هو شيء فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء

الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضمن
ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هنالك قياس
علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا
كله ليس يليق بهذا المختصر . ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في
التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه إنما
يتبع بما في يده لا في رقبته ثم إن اعتق اتبع بما بقى عليه . ورأى قوم انه يباع ، ورأى
قوم أن الغرماء يخبرون بين بيعة وبين أن يسمى فيما بقى عليه من الدين وبه قال
شريح ، وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته
قالوا إنما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك
بالجنائيات التي يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فأنهم
شبهوا ماله بمال انسيده اذ كان له انتزاعه في فسيب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه
في هذه المسئلة . ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ هل بدين العبد
ثم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين دأبوا العبد إنما فعلوا ذلك
اقتداء بما رأوا عند العبد من المال والذين دأبوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن
رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى في فسيب الخلاف تردد
مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبى أو حكم مال السيد . وأما قدر
ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار
الايام وقال في الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف ماله
في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بمعوض مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير
عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا يترك
الا ما يواريه وبه قال ابن كنانة . واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا
مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التي يخاص
بها من الديون التي لا يخاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين
أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثاني ان تكون واجبة عن غير عوض فاما الواجبة
عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض فاما ما كانت
عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا او اوارش جناية فلا خلاف في المذهب ان محاصة
الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام
أحدها ان لا يمكنه دفع الموض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة . والثاني ان لا يمكنه
دفع الموض ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد أو يكون

العرف فيه النقد ففلس المـكـتـرى قبل أن يسكن أو بعد ماسكن بعض السكـنـى وقبل أن يدفع السكـراء * والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كـرأس مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها اليها البائع * والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل أن يسلم الرجل الى الرجل دنائير في عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محالة في ذلك الا في مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العرص ويمكنه دفع ما يستوفي منه مثل المـكـتـرى يفلس قبل دفع الكراء ففيل للمكـرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للـغـرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سـكـن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا وأما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال المـفـلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد ويتحصوا فيها كاف ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الاباء والابناء ففيها قولان . أحدهما أن المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا لزمتم بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضى في الديون الاما هو من جنس الدين الا أن ينفقوا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المـفـلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه إنما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك.

وفرق أصنع بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرما مو في الفلس من المفلس فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه . وأما المفلس الذي لا مال له أصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن انعدام له تأثير في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أحمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقور بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبي حنيفة ان لغيرمائه ان يدور وامنعه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس في الديون وان كان لم يأت في ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضى المصلحة وهو الذي يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة خرجه فيما أحسب أبو داود . والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن لازوج حقا في المال وخالفه في ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وما روى عن النبي عليه السلام مرفوعا . وهو قولا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وانفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا في جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة وان دفاع اليمين عنه ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الاقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع ففسد بما فسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصلحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الرب

والفرر . وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لأن المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة منى وأما أن ارتفع المكروه من الطرفين مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله إلى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر إياه فيدخله أسلفنى وأسلفك وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع منى وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل أنه يجوز إذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده فإن طال مضى فالصلح الذى يقع فيه بما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق . و صلح يفسخ باختلاف . و صلح لا يفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطال فيه اختلاف

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

رُ (وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكفالة)

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها أسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فأما أنواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فتأبى بالسنة ويجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار وحكى عن قوم أنها ليس لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام : الزعيم غارم . وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا إذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى في الجديد أنها لا تجوز وبه قال داود وحجتهم قوله تعالى (مماذا الله إن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده) ولأنها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في

الحدود ووجبة من أجازها عموم قوله عليه السلام : الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة
وانه مروى عن الصدر الاول . وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون
على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك ،
وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً أو غائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل
شيء وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن التحيل فيها
احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم
والا لم يغرم . واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم التحيل بالوجه على ثلاثة أقوال ،
القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ،
والقول الثاني انه يحبس التحيل الى ان ياتى به او يعلم موته وهو قول ابى حنيفة واهل
العراق ، والقول الثالث انه ليس عليه الا ان ياتى به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا
يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه
على التحيل وانكر التحيل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس التحيل الا اذا كان
المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن
سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه
غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس
ان رجلاً سأل غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلاً فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي
عليه السلام فتحميل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم
في الحالة المطلقة ، واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضاره ما تحمل به وهو النفس
فليس يجب ان يمدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام : المؤمن
عند شروطهم فانما عليه ان يحضره أو يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه
ان يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه
انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما
اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه
احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أخرى ان يكون مغروراً من أن
يكون غاراً فانما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان
المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط
فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا
عدم المضمون أو غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما
موسر فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والاوزاعي واحمد واسحق للطالب

ان يأخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في أحد قوليه ليس له ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحمال والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل ما لزمه وبرى المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً غنياً أو عديماً حديث قبيصة ابن الحارث قال تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا في ثلاث وذكر رجلاً تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام : الزعيم غارم اعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي مادون النصاب أو من غير ذلك وروى عن أبي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والفصاص أو في الفصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي اعنى كفالة النفس . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال اعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار أو بأبينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل يلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك وإلى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا أن يذكر بيئته حاضرة في المصر فيعطيه حميلاً من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى بيئته حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلاً حتى يثبت دعواه او تبطل وقد انكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البيئته الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد إلا بيئته وذلك الى بيان صدق دعواه أو بطلانها وسبب هذا الاختلاف تمارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيضت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى

تباطلة فيمنعت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى اليئسة الحاضرة والغائبة
وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصيحهم رجلان
خبأتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لاحد : الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بماذهب فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفرلى فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله
لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض
العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبني ذلك لانه لا يجب الحبس
بمجرد الدعوى وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب اذا كانت هنالك
شبهة لمكان صحبتهم لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف
مشهور لاختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازهم مالك
والشافعي وقال أبو حنيفة لايجوز واستدل أبو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق
بعدم قطعاً وليس كذلك المفسر واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بما روى
أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام لا يصلى على من مات وعليه
دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح
عند أبي حنيفة. وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعي يشترطان في
وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه
ومالك لا يشترط ذلك ولا يجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب
بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما مايجوز فيه الكفالة بالمال بما
لايجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة الا السكينة وما لايجوز فيه
التأخير وما يستحق شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الأزواج وما شاكلها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستتناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام :
مطل الغنى ظلم واذا أحبيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي
حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر

رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاها معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقبض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كالا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : واذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبّع والأمر على الوجوب وقى المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً الا ان منهم من أجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنهما فى الطعام والذين منموها فى ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالاً . وأما ان كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز الا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالاً ولم يفرق بين ذلك الشافعى لانه كالبيع فى ضمان المستقرض وإنما رخص مالك فى القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفى . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة فى أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالاً لانه ان لم يكن حالاً كان ديناً بدين ، والثانى ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة لانه اذا اختلفا فى أحدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل او حل أحدهما ولم يحل الآخر لانه يدخله بيع الطعام قبل ان يستوفى كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت ويتنزل المحال فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته فى الدين الذى أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره اعنى انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى أحاله مع الذى أحاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض

لم يجوز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم تزل منزلة المحيل في انه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض تزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أغنى انه كما انه ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لا يجوز ان يبيع الطعام الذي أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما أحكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحالة في انه اذا افلس المحيل عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك وأصحابه الا ان يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال أبو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحيل عليه مفلساً أو جحد الحوالة . وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة المحالة .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ، والثاني في أحكام الوكالة ، والثالث في مخافة الموكل للتوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في الموكل ﴾

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المسالكتين لامور أنفسهم . واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا أن تكون برزة فمن رأى أن الاصل أن لا ينوب فعمل الغير عن فعل الغير الا مادعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى أن

الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة الا فيما أجمع على أنه لا ينصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

﴿ الركن الثاني في الوكيل ﴾

وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة أي بأن نوكل هي من يلي عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر.

﴿ الركن الثالث فيما فيه التوكيل ﴾

وشروط محل التوكيل أن يكون قابلاً للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في أحد قولي لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقود عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا أن الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن .

﴿ الركن الرابع ﴾

وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالاجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل جائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك أنه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وإنما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه وهو الاقبس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع .

﴿ الباب الثاني في الاحكام ﴾

وأما الاحكام . فمنها أحكام العقد . ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يسترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة

وقال اصبح له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحام حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه. واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال . أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل . والثاني أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث أنها تنفسخ في حق من عامل الوكيل يعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل . وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الاب والوصى ومنها اذا وكاه في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بضمن مثله نقداً بنقد البلد ولا يجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكاه في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بضمن المثل نقداً ويشبه ان يكون أبو حنيفة اتما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة غيرها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذا قد أئزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه يعتدى واذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل اولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

(الباب الثالث)

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى اذا أمره بضمن محدود وقد يكون في انثمنون وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدي فاذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه بيينة فان كان المال قد

قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفوع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بيينة برىء ولم يلزم الوكيل شيء . وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لافقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل . وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشتري وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الأمر . وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل ن القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر في اللقطة في جملتين ، الجملة الاولى في أركانها ، والثانية في أحكامها

*(الجملة الاولى) *

والاركان ثلاثة ، الالتقاط ، والملتقط . واللقطة فاما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم التترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم ان يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماعة كراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لامرين ، أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار وما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التمدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث

وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب
 وقد قيل أن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل
 قالوا وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وإن
 كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها وإن كانت بين قوم
 غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها
 أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فإن العلماء أجمعوا على
 أنه لا يجوز التقاطها لنيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز
 التقاطها إلا لمنشد لورود النص في ذلك والمرى في ذلك لفظان ، أحدهما أنه لا ترفع
 لقطتها إلا لمنشد ، الثاني لا يرفع لقطتها إلا لمنشد فالعنى الواحد أنها لا ترفع إلا لمن
 ينشد والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا من ينشد لها ليعرف الناس وقال مالك يعرف
 هاتان اللقطتان أبداً فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن
 الشافعى في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك في دار الاسلام
 قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز
 عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض لضرب كان ذلك
 في عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الأبل بانفاق والاصل
 في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهمي وهو متفق على صحته أنه قال : جاء رجل الى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عقاصها ووكاهها ثم
 عرفها سنة فإن جاء صاحبها والافشأذك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك
 أو لاختك أو للذئب قال فضالة الأبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد
 الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط
 ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فاما
 الأبل فانفقوا على أنها لا تلتقط وانفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص
 عن الشافعى أنها كالأبل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف .

الجملة الثانية

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن
 الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والاوزاعي
 وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها إن
 كان فقيراً أو يتصدق بها إن كان غنياً فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين أن

يجوز الصدقة فينزل على ثوبها أو يضمه إياها واختلفوا في الفى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له إلا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجاعة من التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالا كثيراً جملة في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمرو ابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام: فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن الحجة لهما ما رواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأنيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد ثم أتيت ثلاثاً فقال احفظ وعادها ووكأها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وابو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها . قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن أن لم يجوز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فانفقوا على أنها لا تدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكأ واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بيينة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بيينة . وقال ابو حنيفة والشافعى لا يستحق الا بيينة . وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لا بد من البيينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بيينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعى وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكأها فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة العفاص والوكأ لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون انما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكأ فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي نذكرها بعد وعند مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يعصف مع العفاص والوكأ صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكأها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكأ وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا

إذا جهل الصفة وجاء بالمفاس وأما إذا غلط فيها فلا شيء له وأما إذا عرف إحدى
العلامتين اللتين وقع النص عليها وجهل الأخرى فقبل أنه لا شيء له إلا
بمعرفة كليهما جميعاً وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء وقيل إن ادعى الجهالة استبرأ وإن
غلط لم يدفع إليه واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير
يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال أشهب بيمين . وأما ضالة الغنم فإن العلماء انفقوا
على أن لو وجد ضالة الغنم في المكان الفقير البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه
السلام في الشاة : هي لك أو لاختك أو لذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها
أم لا فقال جمهور العلماء أنه يضمن قيمتها . وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه أنه لا
يضمن * وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة إلا أن مالكا
هنا غلب الظاهر فجري على حكم الظاهر ولم يجز كذلك في التصرف فيما وجب تعريفه
بعد العام لقوة اللفظ هنا وعنه رواية أخرى أنه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى إذا
خشى عليه التلف إن تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة
أقسام . قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه كالعين والعروض .
وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه كالشاة في القفر والطعام
الذي يسرع إليه الفساد . وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الأول وهو ما يبقى في
يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام ، أحدها أن يكون يسيرا لا بال له
ولا قدر لقيمه ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده
والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال
لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وإن
كان أشهب قد استحسّن تعريف ذلك ، والثاني أن يكون يسيرا إلا أن له قدرا ومنفعة
فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا في قدر ما يعرف فقبل سنة وقيل إياها
وأما الثالث فهو أن يكون كثيرا أوله قدر فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولا .
وأما انقسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإن هذا يأكله كان
غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لا ضمان . واختلفوا أن وجدما
يسرع إليه الفساد في الحاضرة فقبل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن
يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث فهو كالابل أغنى أن الاختيار
عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك فإن أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في
المذهب هو عام في جميع الأزمنة وقيل أنما هو في زمان العدل وأن الأفضل في زمان غير العدل
التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه فإن العلماء انفقوا على من التقطها وأشهد على

التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن. واختلفوا اذالم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف
ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان
هلكت ولم يشهد استدلل مالك والشافعي بأن اللقطة ودبعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة
الى الضمان قالوا وهي ودبعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها
والا فلتسكن ودبعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن
عياض بن حجاز قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من النقط لقطة فليس بهد
ذوى عدل عليها ولا يكتسب ولا يعتق فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال
الله يؤتبه من يشاء ونحصيل المذهب في ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو
التقاطه لها من ثلاثة أوجه . أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها ، والثاني
أن يأخذها على جهة الالتقاط . والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على
جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها
فان ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم بضمن وقال أشهب لا يضمن اذ اردتها في موضعها
فان ردها في غير موضعها ضمن كالودبعة والقول قولنا في نلفها دون يمين الا أن يتهم . وأما اذا
قبضها مقتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله . وأما الوجه
الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيا خذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليستلمهم عنه فمنا ان لم
يعرفوه ولا أدعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك
وتتعلق بهذا اثنيان مسألة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك أنها في
رقبته اما أن يسلمه سيده فيها . وأما أن يفديه ب قيمتها هذا اذا كان استهلا كما قبل الحول
فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته وقال الشافعي ان علم بذلك
السيد فهو والضامن وان لم يعلم بها السيد كانت في رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط
بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا
يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما أنفق الا أن تكون
النفقة على اذن الحاكم وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب
غرضنا في هذا الباب.

﴿ باب في اللقيط ﴾

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه وقال الشافعي كل
شيء ضائع لا كافر له فالتقاطه من فروض الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه
خفية الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف في الاشهاد على

قطعة واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان مميزا فيه في مذهب الشافعي تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط الكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع ون يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي يحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان يثبت في ذلك اثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : تراث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الودعة ﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في أحكام الودعة فمنها أنهم اتفقوا على أنها امانة لامضمونة الا ما حكي عن عمر بن الخطاب قال لما لكيون والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الودعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببيينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببيينة فكانه أنتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببيينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد ويعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التي دفعها اليه . وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا

بيينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك أم صاحب
الوديعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره
بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع
واعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان
كان القابض امانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصدق القابض
وتكون المصيبة من الأمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا بالاقامة البيينة
على الدفع أو يأتى القابض بالمسال . وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل الذى
عنده الوديعة ادفعها الى سلفا أو تسلفا في سلمة وأما أشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة
برى الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان في السبب في
هذا الاختلاف كله أن الامانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه
فمن شبه امانة الذى أمره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال
يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الامانة
اضعف قال لا يبرأ الدافع بتصدق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة
الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الأمر وهو مذهب أبى
حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال والدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها
بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجمله فالفتهاء يرون باجمهم
انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا ان يعتدى ويختلفون في اشياء هل هي تعد أم ليس
بتعد فن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اتفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجهما لنفقة ثم ردها
فقال مالك يسقط عنه الضمان بحاله اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها
لم يضمن وإن ردها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن في الوجهين جميعا فمن غاظ
الامر ضمنه اياها بتحريرها ونية استيفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم
في السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها الا أن تعطى له في سفر وقال ابو حنيفة
له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع
عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال ابو حنيفة ان أودعها عند
من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله
الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو امة أو من أشبههم وبالجمله فعند الجميع
انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فما كان بيتا من
ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بيت انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب
فيمن جعل وديعة في حبيبه فذهبت والا شهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع

ودیعة فی المسجد فجعلها علی نعله فذهبت انه لاضمان علیه ویختلف فی المذهب فی ضمانها باللسان مثل ان ینساها فی موضع أو ینسی من دفعها الیه ویدعیها رجلاً فقیل یختلفان وتقسم بینهما وقیل انه یضمن لکل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالک ان یودعها عند نفقة من أهل البلد ولاضمان علیه قدر علی دفعها الی الحاکم أولم یقدر واختلف فی ذلك أصحاب الشافعی فمنهم من یقول ان أودعها لغير الحاکم ضمن وقبول الودیعة عند مالک لا یجب فی حال ومن العلماء من یری انه واجب اذا لم یجد المودع من یودعها عنده ولا أجر للمودع عنده علی حفظ الودیعة وما یحتاج الیه من مسکن أو نفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب فی فرع مشهور وهو فیمن اودع مالا فتعدى فیه وتجربه فربح فیه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقیل مالک واللیث وأبو یوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان کان غاصبا للمال فضلاعن ان یکون مستودعا عنده ، وقال أبو حنیفة وزفر ومحمد بن الحسن یؤدى الاصل ویصدق بالربح ، وقال قوم الرب الودیعة الاصل والربح وقال قوم هو مخیر بین الاصل والربح وقال قوم الیسع الواقع فی تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذین أوجبوا التصدق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح لا تصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضی الله عنه ابنه عبد الله وعیید الله ان یصرفا المال الذی اسلفهما أبو موسى الأشعری من بیت المال فنجرا فیه فربحا قیل له لوجملته قراضا فاجاب الی ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحیم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر فی العارية فی أركانها واحكامها وأركانها خمسة . الاعارة . والمعير . والمستعير . والمعار . والصبغة . أما الاعارة فهي فعل خير وهو ندوب الیه قد شدى فیه قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالوا فی قوله تعالى وهیمنعون الماعون ، انه متاع البیت الذی یتماطاه الناس بینهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا یعتبر فیه الا کونه مالکاً للعارية أما لرقبتها وأما لمنفعتھا والاظهر أنها لا تصح من المستعير أعنى أن یعیرها . وأما العارية فتکون فی الدور

والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعة مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة أى للمعير ان يسترد عاريتة اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية . وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الاحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال أنها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعى وأحد قولى مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلاً وهو قول أبى حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك للمشهور وابن القاسم واكثر أصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤادة وفي بعضها بل عارية مؤادة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه إلا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض . واتفقوا في الاجارة على انها غير مضمونة أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعى اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى ان لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويحى على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذى لا يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التى استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ

المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انتضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه أو ينقض بارش أو بتمليك ببدل فإيهما اراد المعير أجبر عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان أخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف يتنزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما يمتنع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لألاريهن بها بين اكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خديجا من العريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة نسق منه أولا وآخرا ولا يضرك فابى محمد فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامرّه أن يخلي سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامرّه عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فنعه صاحب الحائط فكلّم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذّل الشافعي مالك لا دخاله هذه الاحاديث في موطنه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك انها محمولة على التدب وانه اذا أمكن أن تكون مخصصة وان تكون على التدب فحملها على التدب أولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصيبغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك

انه رأى ان تحويل الربيع أبسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول فى الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ، والثانى ما فيه الضمان والثالث الواجب ، وأما الباب الثانى فهو فى الطوارئ ، على المقصود

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو المباشرة لاخذ المال المقصود أو لاثلافه وأما المباشرة للسبب المتلف وأما اثبات اليد عليه . واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمه هاجبه على الطير ان أولم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضم على حال وقرى الشافعى بين ان يهجه على الطير ان أولم يهجه فقال يضم ان هاجبه ولا يضم ان لم يهجه ومن هذا من حفر بشراً فسقط فيه شيء فهلك فما لك والشافعى يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعدياً ضمن ما تلف فيه والالم يضم ويحجى على اصل أبى حنيفة انه لا يضم مسئلة الطائر وهل يستتر فى المباشرة العمد اولاً يشترط فالاشهر أن الاموال تضمن عمداً وخطأً وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالملوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المسكرة الضمان أعنى المسكرة على الاتلاف .

(الركن الثانى)

وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلف عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بامر

عن السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعني انها ان اهدمت للدار ضمن قيمتها وقال ابو حنيفة لا يضمن في سبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمنان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان .

* (الركن الثالث) *

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرد به بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهب بعينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكايلا أو موزونا أن على الغاصب المثل اعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا يلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العبد الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم » ولان منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدي عليه ومن الحجة لهم ما خرج به ابو داود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى امهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احدهما الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحيفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اياه مثل اناه وطعام مثل طعام .

(الباب الثاني في الطوارئ)

والطوارئ على المغصوب إما زيادة وإما بنقصان وهذان إما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً ويضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة

العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين ان يضمه القيمة يوم الغصب او يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمه القيمة أو يأخذه ناقصا ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز * والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث في ملك صحيح فوجب له الفلّة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أو ان كانت يده عليه أخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الفلّة وضمان النقصان سواء كان من فعله او من عند الله وهو قول الشافعي او قياس قوله ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب وبين الجناية التي تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان منكر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . واما ان كان الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضم الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنایات فهذا حكم الجنایات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيرا من المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين . وأما ان كانت الجناية مما تبطل المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء أسلمه للجاني واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعي وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين . وأما النماء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثاني ان يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بفوت . وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبيغ في الثوب والنقش في البناء وما اشبه ذلك ، والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالحيطة والنسج وطحن الخنصة والخشبة يعمل منها ثوابيت فاما الوجه الاول وهو أن يجعل

فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، احدها أن يكون ذلك الشيء مما
يمكنه اعادته على حاله كالبقعة بينيها وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يقدر على اعادته
كالثوب يصبغه والسويق يלתه فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يامر
الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جملة من نقص أو غيره وبين أن
يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقص مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب
ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وإنما يستأجر عليه وقيل أنه لا يحط من ذلك
أجر القلع هذا ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على
المغصوب فيه شيء لان من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته
يان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثاني فهو فيه مخير بين أن
فدفع قيمة الصنع وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه
إلا في السويق الذي يלתه في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما
يدخله من الربا ويكون ذلك فوتنا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له .
وأما الوجه الثاني من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه
في الشيء المغصوب سوى العمل فان ذلك أيضا ينقسم قسمين . أحدها أن يكون
ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفولة ،
والثاني أن يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل
منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم . فاما الوجه
الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب ممولاً ، وأما الوجه
الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله في ماله مثل
هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهب يحمل ذلك كله للمغصوب
اصله مسألة البنيان فيقول انه لاحق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصنع والرفو
والفسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ نفويت يلزم الغاصب
فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة
الثوب ان ابى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب
وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب الاقطة وقال ان الشركة لا تكون
إلا فيما كان بوجه شبه جلية وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه
يجوز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب
ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب
من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عيناً إلا أن يحتاج محتج بقوله عليه الصلاة

والسلام. ليس العرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومة الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير أو لم يتغير. وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في المذهب على قولين : أحدهما ان حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، والثاني ان حكمها بخلاف الشيء المغصوب فن ذهب الى أن حكمها حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لقيمة الشيء المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة انه لاضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام . أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقه وهو الولد . وغلة متولدة عن الشيء لاعلى صورته وهو مثل الثمر وابن الماشية وجبنها وصوفها . وغلال غير متولدة بل هي منافع وهي الاكرية والحراجات وما اشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرد كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولدا للغاصب وانما اختلفوا في ذلك اذا ماتت الام فقال هو بخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعي بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقته الاصل وصورته ففيه قولان . أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثاني انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائما أو قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المغصوب كان بخيرا بين ان يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين ان يأخذها بالغلة ولا شيء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة وقول . أحدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثاني انه يلزمه رده من غير تفصيل ايضا، والثالث انه يلزمه الرد إن انكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل والرابع يلزمه ان انكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتل منها بتصرفها وتحويل عينها كالدنانير فيقتصبها فيتجرها فيربح فالغلة له قولاً واحداً في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن الغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو ادعى كان مما يزال به أو بما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دبة رجل فركبها أو احم عليها فلا كراه

عليه في ركوبه اياها ولا في حمله لانه ضامن لهما ان تلفت في تعديه وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالنعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجربته من المال المنصوب وان كان الفرق بينهما ان الذي تجرب به تحولت عنه وهذا لم يتحول عنه بسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة اولا يردھا اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الحراج بالضممان وقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه بمب فأراد الذي صرف عليه ان يرد المشتري غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلافه بين فقهاء الامصار مشهور فن قصر هنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه : وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الاصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام : الحراج بالضممان على أكثر من السبب الذي خرج عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحد وان يعتبر التضمين اولا يعتبر وأما سائر الاقوال التي بين هذين فهي استحسان . وأجمع العلماء على ان من اغترس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس الى أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقه رأيتها وانها لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الا ما روى في المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً في أرض غيره وفات أو اف زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقطع زرعها وكان على الزارع كراء الأرض وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل ما لا ينفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزرعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج انه

قال عليه الصلاة والسلام : من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء . واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته الموائى والدواب على أربعة أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثاني أن لا ضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار ، والرابع وجوب الضمان في غير المنفلات ولا ضمان في المنفلات . ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعى في هذا الباب شيثان . أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحسبان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة لابراه بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته الموائى بالليل ضامن على أهلها أى مضمون وعمدة أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب أبى حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة . فاما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح . وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الاصول له وذلك أنه تعد من المرسل والاصول على أن على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلات وغير المنفلات بين فان المنفلات لا يملك فبسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بمضه لبعض أعنى ان الاصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض أيضاً التفرقة التى في حديث البراء وكذلك التفرقة التى في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجماء جبار . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فامر به بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعى ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدى في الاموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قال صاحب قولاً ولا يخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم أنه إنما صار الى القول به من جهة التوقف

فبسبب الخلاف اذا معارضة القياس لقول صاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل
 الصؤل وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال
 مالك والشافعي لا غرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري
 يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فاراد
 قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قودواذا
 كان ذلك في النفس كان في المال أخرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياسا
 أيضا على إهداردم الصيد الحرمي اذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب الشافعي وعمدة
 أبي حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة
 للبعير من جهة ما هو ذونفس . ومن هذا الباب اختلافهم في المكروهة على الزنا هل على
 مكروها مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا
 وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صدق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة
 مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للأدمى فلم يسقط أحدهما الآخر أصله
 السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع ، وأما من لم يوجب الصداق فتعلق
 في ذلك بمعنيين ، أحدهما أنه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق
 لحق الله وهذا على رأى الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى
 الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع وإنما هو عبادة اذ كان النكاح شرعيا واذا كان
 ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذى على غير الشرع . ومن مسائلهم
 المشهورة في هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما
 أضما فقيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم وبأخذ المغصوب
 منه اسطوانته وقال أبو حنيفة نفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب
 بصناعة لها قيمة . كثيرة وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة وههنا
 انقضى هذا الكتاب .

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الاستحقاق)

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب .
ان الشي المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء في الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذي استحق من يده الشي المستحق بشرائه أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشي أقله أو كله أو جملة ثم اذا استحق منه كله أو جملة فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده زيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بضمن أو مضمون فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جملة فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بضمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بضمن وان كان اشتراه بالمضمون رجع بالمضمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشي المستحق فان تغير الشي المستحق فلا يخلو ان يتغير زيادة أو نقصان فاما ان كان تغير زيادة فلا يخلو ان يتغير زيادة من قبل الذي استحق من يده الشي . أو زيادة من ذات الشي . فاما الزيادة من ذات الشي فيأخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فنقل أن يشتري الدار فيبني فيها فتمستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرض وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجهما على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد . واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الام فقيل يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بشكاح فاستحق بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا

أزمناء قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه . وأغنى بالضم انما تكون من خسارته اذا هلك عند . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثاً فيطراً عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ممناً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق فقبل يوم الحكم وقبل من يوم ثبوت الحق وقبل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولاً فيها ثمر فادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقبل انما للمستحق مالم تقطف وقيل مالم تبيس وقيل مالم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار . وأما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال أشهب هي للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحققت فالكره انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في إبان زريعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراه الارض للمستحق منه . وأما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذ له ممناً مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض قال القاضى ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته او هم الذين يرون في جميع التلقات المثل وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشتري اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر في الهبة في اركانها . وفي شروطها . وفي أنواعها . وفي أحكامها . ونحن فأنما

نذكر من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهي ثلاثة الواهب . والموهوب له . والهبة . أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليدواختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس . اما المريض فقال الجمهور انها في ثلثه تشبها بالوصية أعنى الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجاعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام : في الذي أعتق سنة أعبد عند موته فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالكا الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف . وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبهم غير ماضية . وأما الموهوب فنكل شيء صح ملكه وانفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو متفق على صحته وان كان قد اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلته ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارتجمه . واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن لا رجل ان يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبي فهو للولد أخرى واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور انه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنيتي ما من الناس أحد أحب الى

غنى بعمدي منك ولا اعز على فقراً بعمدي منك وإنني كنت نحلتهك جذاذ عشرين وسفا
فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث
المراد به التذب والدليل وعلى ذلك أن في بعض رواياته ألسنت تريد أن يكونوا لك في
البر والالعاف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري . وأما مالك فإنه رأى أن النهي
عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على الوجوب
فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله
فسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهي الوارد وذلك أن النهي يقتضي
عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الامر الوجوب فن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس
حمل الحديث على التذب أو خصه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف
عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك المدول
بها عن ظاهرها أعني أن يدل بالنظر النهي عن عموم الخطر الى مفهوم الكراهية
وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث
وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة . واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة انشاء
غير المقسوم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو نوح وأبو حنيفة لا يصح
وعنده الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن القبض
فيها لا يصح الا مفردة كارهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول
والمندوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصاح بيده في الشرع من جهة الفرر
وقيل اشاعني ما جاز بيده جازت هبته كالدين وما لم يجز بيده لم تجز هبته وكل
ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا يصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد
من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح
قبوله وقبضه . وأما الشروط فشهروا القبض أعني أن العلماء اختلفوا هل القبض
شرط في صحة العقد أم لا فتفق النوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة
الهبة القبض وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الوهاب وقل مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض
كالبيع سواء فإن تأني الموهوب له عن طاب القبض حتى افانس الوهاب أو مرض
بباط الهبة وله إذا باع تفصيل أن علم فتوانني لم يكن له الا الثمن وإن قام في الفور كان
له الموهوب فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو
عند الشافعي وإنني حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو نوح يصح الهبة بالعقد
وليس القبض من شروطها أصلاً لا من شرط تمام ولا من شرط صحه وهو قول أهل
الظاهر وقد روى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكمل والموزون

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشييبها بالبيع وأن الاصل في العقود أن لا قبض
 مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان
 ذلك مروى عن ابي بكر رضى الله عنه في حديث هبة لعائشة المتقدم وهو نص في
 اشتراط القبض في صحة الهبة وماروى مالك عن عمر أيضا أنه قال ما بال رجال ينحلون
 ابناهم ينحلانهم يسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدي لم أعطه احدا وان مات قال هو
 لابنى قد كنت اعطيته اياه فن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى
 تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم
 في ذلك خلاف : وأما مالك فاعتمد الامرين جميعا أعنى القياس وماروى عن الصحابة
 وجمع بينهما فن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض
 ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جمل القبض
 فيها من شرط النمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض
 أو افلاس على الواهب سقط حقه وجهور فقهاء الامصار على ان الاب يجوز لابنه الصغير
 الذى فيه ولاية نظره ولاكبير السفيه ما وهبه له كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم وأنه
 يكفى في الحيابة له اشهاد به بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة
 وفيما لا يتعين * والاصل في ذلك عندهم مارواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب
 أن عثمان بن عفان قال من نحل ابنا له صغيراً لم يبلغ ان يجوز نحلته فاعلن ذلك واشهد
 عليه فهى حيازة وان وليها وقال مالك وأصحابه لا بد من الحيابة في المسكون والملبوس فان
 كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلب الهبة وقالوا في سائر
 العروض بمن قول الفقهاء أعنى انه يكفى في ذلك اعلانه وإشهاد به . وأما الذهب والورق
 فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرج الاب عن يده
 الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها في ظرف او اناه وختم عليها بخاتم واشهد على
 ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك ان الوصى يقوم في ذلك مقام الاب واختلفوا في
 الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم
 وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام
 تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

(القول في أنواع الهبات)

والهبة منها هبة عين ومنها ما هى هبة منقمة وهبة الدين منها ما يقصد بها الثواب
 ومنها ما لا يقصد بها الثواب التى يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها

حايه قصد به وجه المخلوق . فاما الهبة اغير الثواب فالاخلاف في جوازها وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن فن رأى بيما مجهول الثمن قال هو من بيعوع الفرر التي لا تجوز ومن لم يرى أنها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكاً جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الوهاب بالثواب ما الحكم ففيل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه إلا ان يرضيه وهو قول عمر على ما سيأتي بعد فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . وأما إذا ألزم القيمة فهناك بيع انعقد وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للفقير أو لمن يرى انه إنما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع ففنها ما هي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها مابقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلاً سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة اقوال ، أحدها انها هبة مبتوتة أى أنها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة ، والقول الثانى انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكاً للمعمر فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للآثر . اما الاثر ففي ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فانه الذي يعطاها لا ترجع الى الذي أعطاه أبداً لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تمروها فن أعمار شيئاً حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لا تيمروا ولا ترقبوا فمن أعمار شيئاً أو أرقبه فهو لورثته لحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر الا انه يخيل أنه أقول في الخائفة وذلك ان ذكر العقب يوهم بتبتي العطة فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك .

وأما من قال ان العمرى تعود الى الممر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . واما حديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبى الزبير عن جابر . وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حيانتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم او الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين اسكنى والتعمير في أنها لا تنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور في العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى المفهوم منهما واحد وأنه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفاً له اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه اهل الظاهر .

(القول في الاحكام) ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهور وعلماء المدينة ان للاب ان يعتصر ما وهبه لابنه مالم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضاً ان يعتصر ما وهبت ان كان الاب حياً وقد روى عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لاحد ان يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ما وهبه الا ما وهب لذي رحم محرمة . عليه وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أى وجه الله انه لا يجوز لاحد الرجوع فيها بسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فن لم ير الاعتصار أصلاً احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : انما دى في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام : لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعى لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار الا لدوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضاً فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد الاما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فوات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفي مراسلات مالك أن رجلاً أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهل لكافورت ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : قد أجرت في صدقتك وخذها بيمرائك وخرج أبوداود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أمت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمى بوليدة وأنها ماتت

وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم : وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصام لاحد لموم قوله عليه الصلاة والسلام : لعمر لا نشره في الفرس الذي تصدق به فان العائد في هبته كالكلب يعود في قبته والحديث متفق على صحته ثم قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين . القسم الاول النظر في الأركان . والثاني في الاحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .
(القول في الاركان) والاركان أربعة الموصى . والموصى له . والموصى به . والوصية . أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفه والوصي الذي يعقل القرب وقال أبو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فاتفقوا على ان الوصية لا تجوز لو ارث لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس نرد الوصية على القرابة وبه قال ابي حنيفة وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى « الوصية للوالدين والاقربين » والالف واللام تقتضي الحصر واحتج الجمهور بحديث عمر ان ابن الحصين المشهور وهو أن رجلا اعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لو ارث اذا لم يجزها الورثة . واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال أهل الظاهر والمزني لا تجوز ثم وسبب الخلاف هل المنع لعل الورثة . أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في

الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب قرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا يكونوا اعنى أنهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب .

(القول في الموصى به) والنظر في جنسه وقدره . أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لى أفأتصدق بثلتي مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لما كان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى أنه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام: في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس احب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو عصى الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعي واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود وهو سبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي علل بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام: انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة

يتكففون الناس إقن جمل هذا السبب خاصا وجبان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جمل الحكم عبادة وان كان قد علل بعملة أو جمل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث .

(القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية) والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لاشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا المقدم عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أغنى أن للموصى ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتى في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط في صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعى أنه ليس القبول شرطا في صحتها ومالك شبهها بالهبة .

(القول في الاحكام) وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذى عين اكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخبرون بين أن يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله إياها باتفاق فكيف ينقل عن مالك ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك اما كان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الوصى له بقدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فاقبل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا في ان ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة مخبرون بين أن يدفعوا اليه ما وصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشيء بعينه وإما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث تلك الدين ويكون بباقيه شريكا للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث ثم وسبب الخلاف أن الميت لما تمضى في ان جمل وصيته في شيء بعينه فهل الا عدل في حق الورثة ان يخبروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعمد ويعود ذلك الحق مشتركاً وهذا هو الاولى اذا قلنا ان التعمد هو في التعين لكونه أكثر من الثلث أغنى

ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكاف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فوات ولم يوص بها وأذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى في توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد في الخاصة وانفق مالك وجميع أصحابه على ان الوصايا التي يضيّق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتخاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم. واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسابة المشهورة في هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله والاخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فمضى مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أحسا سا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذا كان مشاعا قال يقتسمون المال أحسا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين ثم سبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المسالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وان هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصى بها .



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائماً أو مع إوارث دون وارث وإذا ورت مع غيره فكم يرث وكذلك إذا ورت وحده كم يرث وإذا ورت مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بأن يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفردكم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فاما الأجناس النوارثة فهي ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى . فاما ذوو النسب فمنها متفق عليها ومنها يختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الاولاد والاصول أعني الاباء والاجداد ذكوراً كانوا أو إناثاً وكذلك الفروع المشاركة للبيت في الاصل الادنى أعني الاخوة ذكورا وإناثاً أو المشاركة الادنى أو الابعد في أصل واحد وهم الاعمام وبنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من أى جهة كان أعني للام والاب أو لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجددة وان علت والاخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الاعمام والعم أخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والعمات والحالات والاخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى انه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريتهم والذين قالوا بتوريتهم اختلفوا في صفة توريتهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريتهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من

ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم او عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لاجمال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شيء الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقرابون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له . وأما من طريق المعنى فان القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا بتقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخروا أصحابه فشهدوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب أن يكون لهم ولاية الارث ولل فريق الاول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فالمنشع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين وتذكر فى ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

ميراث الصلب

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثاً مما هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلثاً فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الانثيين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس أنه قال للبنيتين النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى « قال كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » هل حكم الانثيين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والظاهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل أن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم ابن عبد الله وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنيتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر

وعبد الله ابن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون ، وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون الا نرى روى عن مجاهد أنه قال ولد الابن لا يحبسون الزوج من النصف الى الربع كما يحبب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفي الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتين أو أبعد منهم فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب ابو ثور وداوداته اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون اخا لغيره أو كثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضا لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابي ثور حديث ابن عباس عن النبی صلی الله علیه وسلم انه قال : اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلا ولى رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضا ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان اخرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على اصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما يجب لهن مع الانفراد وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهم أو اطراف منهم وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتين وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفي يتنا اصاب وبنات ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكران لبنات الابن السدس تكلمة الثلثين وخالف الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قبل يرثن وقبل لا يرثن واذا قيل يرثن فقبل يرثن تعصبا مطلقا وقبل يرثن تعصبا الا ان يكون

أكثر من السدس وإذا قيل يرثن فقيل أيضا إذا كان ابن الابن في درجتين وقيل كيف ما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تسكئة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات)

واجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولداً ولا ولداً بن النصف ذكراً كان الولد أو اتى الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولداً ولا ولداً بن الربع فان ترك ولداً أو ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية

﴿ ميراث الاب والام ﴾

وأجمع العلماء على أن الاب إذا انفرد كان له جميع المال وانه إذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى (وورثة أبواؤه فلامه الثلث) وأجمعوا على أن فرض الابوين من ميراث ابنتيهما إذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدس أعنى أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولا يورثه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم في ذلك من شذ . وأجمعوا على أن الاب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد . وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له أخوة فلامه السدس) . واختلفوا في أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعداً وأن الانثى لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى (فان كان له أخوة) ولا خلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا أنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا

الباب فيمن يرث السدس الذي تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفي أبوين وأخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللأب الثلثان لانه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب الا الاخوة مع الاباء وضمف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالفروين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللأم ثلث مابقى وهو الربع من رأس المال وللأب مابقى وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللأم ثلث مابقى وهو السدس من رأس المال وللأب مابقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضا لانها ذات فرض وللأب مابقى لانه عاصب وقال أيضا في الثانية للزوج النصف وللأم الثلث لانها ذات فرض مسمى وللأب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا اذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقي وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكانهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الأصول وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر وأعنى بالتعليل هاهنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالایشار أعنى الأب من الأم .

﴿ميراث الاخوة للام﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الأب والجد أبو الأب وان علا والبنون ذكر انهم واناثهم وبنو البنين وان سفلوا ذكر انهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت » الآية وذلك الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقدرى . وله أخ أو أخت من أمه . وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على ان

الـكـلـالـة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من الذـسـب اعنى الآباء والاحـدـاد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أو للاب فقط يرثون في الـكـلـالـة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا وأناتا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الـكـلـالـة) الا انهم اختلفوا في معنى الـكـلـالـة ها هنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء بأنى ذكرها ان شاء الله تعالى فن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكر انا كانوا أو اناتا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شيئا واختلفوا فيها سوى ذلك فنها انهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة الى أن الاخت لا ترث مع البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن وأخت أن للبنت النصف والابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد ها هنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الاتحاد العدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على أن الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب مهن نىء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتين وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه

داود في هذه المسئلة مع موافقته له في مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن
الثلاثين فللمذكر عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء
أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين في هذه
المسئلة هي تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب
والام عند فقدهم كالحال في بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان
يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للمذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين
الا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشاركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة
توفيت وترك زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فمات عمر وعثمان وزيد بن
ثابت يعطون للزوج النصف والام السدس والاخوة اللام الثلث فيستقر قون المالك
فيبقى الاخوة للاب والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في
الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للمذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال
من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبو
موسى الاشعري لا يشركون اخوة الاب والام في الثلث مع أخوة الام في هذه
الفريضة ولا يوجبون لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى
واحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون
الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الام فوجب أن لا ينفردوا به
دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة
الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبه فلا شيء لهم اذا احاطت فرائض ذوى
السهام بالميراث وعمدتهم اتفان الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لام
واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس
الباقي بين الباقيين مع أنهم مشاركون له في الام فبسبب الاختلاف في أكثر مسائل
الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

(ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وانه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه
عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو
حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه
يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن شريح من أصحاب الشافعي وداود
وجماعة وانفق على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على ثورث

الاخوة مع الجدة الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجدة بمنزلة الاب اتفاهما في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاهما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على اتفاهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال أما ينق الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الاب أباً وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام آخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجدة يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجدة ان الاخ أقرب الى الميت من الجدة لان الجدة أبواى الميت والاخ ابن أبى الميت والابن أقرب من الاب وأيضاً أجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجدة فبسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب (فان قيل) فاقى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى (قلنا) قياس من ساوى بين الاب والجدة فان الجدة أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كالابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة وإذا لم يحجب الابن الجدة وهو يحجب الأخوة فالجدة يحجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في لاصل والاصل أحق بالشئ من المشارك له في الاصل والجدة ليس هو أصلاً للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو أصل لاصله اولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجدة يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن ابيه والجدة ابواى الميت والبنوة انما هى اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعنى الموروث واما البنوة التي تكون لاب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لاب المورث لان الابوة التي لاب الموروث هى ابوة مالموروث اعنى بعيدة وليس البنوة التي لاب الموروث بنوة مالموروث لاقرية ولا بعيدة فن قال الاخ احق من الجدة لان الاخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجدة يدلى بالابوة هو قول غلط مخجل لان الجدة أب ما وليس الاخ ابناً ما وبالحكمة الاخ لاحق من لو احق الميت وكانه أمر عارض والجدة سبب من أسبابه والسبب أملك للشئ من لا حقه. واختلف الذين ورنوا الجدة مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك أنه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أولاً يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين أما ثلث المسال وأما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكراً أو اثناً أو الامرين جميعاً فهو مع الاخ

الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعه بأخذ الثالث وهو مع
الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن المذكور مثل حظ الاثنين ومع الخمس أخوات له
الثالث لانه أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . وأما
ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض فيأخذوا فروضهم فسا بقى
أعطى الأفضل له من ثلاث أما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض وأما أن يكون
عنزلة ذكر من الاخوة وأما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقى
يكون الاخوة للذكر مثل حظ الاثنين الا في الاكدرية على ما سذكر مذهبه فيها
مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجدة الا حظى له من
السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجدة والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما
لم ينقصه من السدس شيئا لانهم لما أجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيئا كان أخرى أن لا
ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة الام فلم يحجب عن ما يجب
لهم وهو الثالث ويقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجعاعة ويقول على رضى
الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفريضة التى تعرف بالاكدرية وهى امرأة توفيت وتركت
زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه
وابن مسعود يعطيان للزوج النصف والام السدس والملاخت النصف وللجد السدس
وذلك على جهة المدل وكان على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج
النصف والام الثالث والملاخت النصف وللجد السدس فريضة إلا ان زيدا يجمع سهم
الاخت والجدة فينقسم ذلك بينهم المذكور مثل حظ الاثنين وزعم بعضهم أن هذا ليس من
قول زيد وضف الجميع التثنية الذى قال به زيد في هذه الفريضة ويقول زيد قال
مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من
يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى
عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر
من أخر الله ماعالت فريضة قيل له وأياها قدم الله وأياها أخر الله قال كل فريضة لم
يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهى ما قدم الله وكل
فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقى فذلك التى أخر الله فالاول مثل
الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدىء من
قدم الله فان بقى شيء فلمن أخر الله والا فلا شيء له قيل له فهلا قلت هذا القول
لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجدة والاخوة الشقائق إخوة لاب ان
الاخوة الشقائق يعادون الجدة بالاخوة الاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرون

مع الاخوة الشقائق شيئا الا ان يكون الشقائق أخنا واحدة فانها تعاد الجدة باخوتها
للاب ما بينهما وبين ان تستكمل قريضتها وهي النصف وان كان فيما يحاولها ولاخوتها
لايها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لايها المذكور مثل حفظ
الانثيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه
فكان لايلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يجوبونهم ولان
هذا الفعل أيضا مخالف الاصول أعنى ان يحتسب بمن لايرث واختلاف الصحابة رضى الله
عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الحرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة
أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجدة وحجبوا
به الاخت وهذا على رأيهم في اقامة الجدة مقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى أن
للأم الثلث وللأخت النصف وما بقى للجدة وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللأخت
الثلث وللجدة الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للأخت النصف وللجدة الثلث وللأم
السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل أما على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث
ومابقى بين الجد والأخت المذكور مثل حفظ الانثيين .

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضا أم الاب عند
فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما، واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب
زيد وأهل المدينة الى ان الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت
الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء أو كانت أم الاب أقعد فان كانت
أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الاب شيء وقد
روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار
أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على
توريثهما وكان الاوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنان
من قبل الاب أم الاب وام ابى الاب أعنى الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات ام
الام وام الاب وام ابى الاب اعنى الجد وام ابى الام اعنى الجد وبه قال الحسن وابن
سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن
تحجها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من
جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالأم اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور
ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بمذهب زيد

حارواه مالك انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجمي حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكهما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضاً انه أنت الجدتان الى أبي بكر فاراد أن يجعل السدس لتي من قبل الام فقال له الرجل أما انك تترك التي لو مانت وهو حي كانت اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتمدى في هذا هذه السنة واجماع الصحابة . وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عينة عن منصور عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه . واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوباً بالاب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضاً فلما كانت أم الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك أم الاب مع الاب وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حي قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وأم الام لا يحجب بالذكور كان ذلك حكم جميع الجدات وينبغي أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيدا الا في فريضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجاً واما وإخوة لام وإخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس وما بقي للاخوة الشقائق يخالف مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحججه أنه لما حجب الاخوة اللام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشائق كان هو أولى به . وأما زيد فعمله في أنه لا يحجبهم .

﴿ باب في الحجب ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخو الاب الشقيق أولى من ابن العم أخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيتهم ومن حجب منهم صنفه فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف. وبالجملة أما الاخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد فإذا استوا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الأعمام الأقرب منهم يحجب الأبعد فإن استوا حجب من يدلى منهم إلى الميت بسببين من تدلى بسبب واحد أعنى انه يحجب العم الذى هو اخو الاب لاب وأم العم الذى هو اخو الاب لاب فقط. واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الأعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والأعمام بنو جده والآباء يحجبون بنيتهم والآباء أجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجدة يحجب من فوقه من الأجداد بإجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجدة يحجب الأعمام الإجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات بابنتين يحجبن الاخوة للام. واختلف العلماء فيمن ترك ابنتى عم احدها أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى للام السدس من جهة ما هو أخ لام وهو في باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضي الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين ومن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء. واختلف العلماء في رد ما تقي من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فيكون زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا في جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد. وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب الموارث يجب ان نذكرها هنا فنحن نعلم أنها أحكام مسلمون

على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »
ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم
واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من
الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت
فذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين
وجاعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسأهم فقلوا كما يجوز لنا ان
ننكح نسأهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نسأنا كذلك الارث ورووا في ذلك
حديثا مسندا قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص في
الدماء التي لا تتكافأ . وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو
لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة
وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين
وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم
الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياهم في ذلك هو ان قرابته أولى
من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام
وربما أكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الاما
يروى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بأن يكون
لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي
وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف
ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استجاب المسلمين
لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عند ما يرتد
وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا
واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجاعة الى ان أهل الملل المختلفة
ولا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجاعة وقال الشافعي وأبو حنيفة
وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى
وجاعة يجمعون الملل التي لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة
والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن أبي ليلى مثل
قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ماروى النقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمة الشافعية
والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك

ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الحملاء والحملاء هم الذين يحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعنى انهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول الجماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لا يتوارثون الا ببينة تشهد على انسابهم وبه قال نزيح والحسن وجماعة وقول أنهم لا يتوارثون أصلاً وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا أن الأشهر عنه انه كان لا يورث الا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم فذهبهم من رأى أن لا يورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلاً ولا بالبينة العادلة ومن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن تزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة لان مالك لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وينحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك أنهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم في انسابهم . وأما ان ادركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم الا ببينة ففي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمر ان من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب هؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب والعبيد والقاتلين عمداً وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما من لازمات وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت . واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعضهم وان ميراثهم جميعاً لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة نرت وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب على وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنهم وجمهور البصريين الى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض أعنى انه لا يضم الى مال الموروث ماورث من غيره فينوارثون الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم

تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم
ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة
من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان
 وخسون. ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعة وولد الزنا
 فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعة يورث كما يورث غيره ولد الملاعة وأنه
 ليس لامه إلا الثلث والباقي لبيت المال لأن يكون له أخوة لام فيكون لهم الثلث أو
 تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك
 والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام
 أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضا من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال
 وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبة عصبته أمه أغنى الذين يرثونها وروى عن
 على رابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبة أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزلون
 الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة
 الفريق الأول عموم قوله تعالى «فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث» فقالوا
 هذه أم وكل أم لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث
 ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه الحق ولد الملاعة بأمه وحديث عمرو بن شعيب
 عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعة لامه ولورثته
 وحديث وإثالة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلاثة مولات عتيقها
 ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم يمثل ذلك
 خرج جميع ذلك أبو داود وغيره قل القاضي هذه الآثار المصير إليها واجب لاها قد
 خصصت عموم الكتاب والجمهور على أن السنة يخص بها الكتاب ولعل الفريق الأول
 لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو
 مشهور في الصدر الأول واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فإن هذا ليس
 يستبطل بالقياس والله اعلم. ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك
 ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وإنكر الثاني فقل مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه
 من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على
 المقر أن يعطيه من الميراث شيئا واختلاف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ
 المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة
 يجب عليه أن يعطيه نصف ما يديه وكذلك الحكم عندما لك وأبي حنيفة فيمن ترك ابنا واحداً
 فافر بأخ له آخر اعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث وأما الشافعي فعنه في هذه المسئلة

قولان أحدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذى عليه تناظر الشافعية في المسائل المطبولة ويجعلها مسئلة عامة وهو ان كل من يجوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحداً أو خاً أو غير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى وفي أحد قوليه في هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وأبى حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعمد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقربه على نفسه والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه في الميراث حظه منه . وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذى يجوز الميراث فالسمع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت : كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن الوليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذته سعد بن أبى وقاص وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتناسوا وقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللاماهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هناك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه اثبت نسبه باقرار أخيه به والاصل أن لا يقب نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما اثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشا له قالوا وما يؤيد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضى ان يقضى بملءه ولا يلبق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا قضى القاضي عنده بملءه ولبق بمذهب الشافعى على قوله الآخر أعنى الذى لا يثبت

خيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل بالوا إنما امر سودة بالحجبة احتياطاً للشبهة الشبه لان ذلك كان واجباً وقال لمسكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن أخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسيه بقول عتبة ولا يعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام : هولاك فقالت طائفة إنما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليق رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولاك يا عبد بن زمة أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاحق على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليقه عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر . وأما المعنى الذى يعتمد الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يران الاقرار لذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه وانفق الجمهور على ان أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا في الجهمية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشبه قوم فقالوا يلحق بولد الزنا في الاسلام أعنى الذى كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على ان الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر لإمامن وقت العقد وإمامن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقه واعتزلها واختلفوا في أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعى أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحسن سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً وذهب مالك والشافعى الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأنت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أنت به لستة أشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بإمكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه السلام : الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالفاقة وذلك عندما يطرأ رجلا في طهر واحد يملك عينا او بنكاح ويتصور الحكم ايضا بالقافة في الاقيط الذى يدعيه رجلا او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فهمه .

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وأبى الحكم بالقافة الكوفيون
وأكثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك
اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد
منهما فراشا مثل الامة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين
بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب
أبى حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وبطلان للمعقول
والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالمس عن سليمان بن يسار أن عمر
ابن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أى بمن ادعاهم في الاسلام فاتى
رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتراكا فيه
فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبرينى بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين
يأتينى في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ويظن أنه قد استمر بها حمل ثم أنصرف عنها
فهرقت عليه دما ثم خاف عليها حتى أتى الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر
للقلام والأيهما شئت قالوا فقضاء عمر بحضور من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد
منهم هو كالأجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ
ويقال له والأيهما شئت ولا ياحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال ابو ثور
يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتراكا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا
للأثنين لقوله تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى » واحتج القائلون بالقافة
أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه
وسلم مسرورا تبرق أسارى وجهه فقال ألم تسمعى ما قال محرز المدلجى لزيد واسامة
ورأى أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس
وعن أنس بن مالك ولا يخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا اصل أن لا يحكم
لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا
عدم الفراش أو اشتراكا في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طيعية
فانه ليس يلزم من قول انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لا يجوز وقوع
ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمرو رواه عبد الرزاق عن علي وقال والشافعي
لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي والثانية
انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين
فقط لانى النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقتال ابو عمير بن عبد البر في هذا

حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثوري عن صالح ابن حى عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال كان على باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فافزع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق بالولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلاً من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الأقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ إلا من الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بامر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون من له إقامة الحد ودوبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم وبسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصالحى وذلك أن النظر المصالحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع للناس من الموارث إلى القتل واتباع الظاهر والتعبد بوجوب أن لا يلتفت إلى ذلك فإنه لو كان ذلك مما قصد لا تفت إليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بدمه موت موروثه المسلم وقيل قسم الميراث وكذلك إن كان موروثه على غير دين الإسلام فقال الجمهور إنما يعتبر في ذلك وقت الموت فإن كان اليوم الذى مات فيه المسلم ورثه ليس بمسلم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسمه للميراث أو بعده وكذلك إن كان موروثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتاده وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم : إمام دار أو أرض قسمت في الجاهلية ففى على قسم الجاهلية وإمام دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم ففى على قسم الإسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام وروى من حديث عطاء أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم أصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب قال انقاض ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذى يكون بالنسب والصهر فيجب أن نذكر هاهنا الولاء ولمن يجب ومن يجب فيه من لا يجب وأما أحكامه .

(باب في الولاء)

فاما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب .
 (المسئلة الاولى) أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولّاه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لايحيطون بالمال فاما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلم يثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للمعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لجهة كل جهة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلحق نسب بالحر بغير إذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له أصله اذا أعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على أنه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك أنه من قال لمبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجاعة لا ولّاه له وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من ولائه الى ولّاه غيره ما لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق وإنما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعنى أن لا يكون ولّاه بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى « ولكل جعلنا مالا لى ما ترك الوالدان والاقرّبون » وقوله تعالى « والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم » وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته وماله وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقدت ايمانكم)

منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجهه بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاؤه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولأه السائبة وهبته وحجه هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولأه العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل أن يباع عليه ان يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيداه فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا أسلم الأب بعد اسلام الابن أنه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك انفقوا أنه اذا اعتق النصراني الذمي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدها ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا في الحربى بعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان اليها مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولأه بينهما وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتجنأف وخالف أشهب مالكا فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من ملهم

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من بائرن عتقه بأنفسهن او ما جرن اليهن من بائرن عتقه اما بولأه او بنسب مثل معتق معتقها او ابن معتقها وانهم لا يرثن معتق من يرثه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولأه ما اعتقت بنفسها كان لها ولأه ما عتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس واتما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة

الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق أو كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبه

قال القاضي واذا قد تقرر من له ولاء بمن ليس له ولاء فبقى النظر في ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبير مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين او ابنتين ثم مات احد الاخوين وترك ابناً أو احدى الابنتين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان حفظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى عثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون عبده لبنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق في بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لمو الى الام واختلفوا اذا أعتق الاب هل يجر ولاء بليه لمواليه أم لا يجوز فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم الى أنه يجوز به قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا بجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قيسة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشيه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبداً الا أن يعق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت للمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فآجرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني أن عبودية الاب هي كونه فوجب أن ينتقل الولاء الى أبى الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للعصبه فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقل الى العمود الا على الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم أقوى تعصياً من الابوة والاب أضف تعصياً والاخوة وبنوهم اقدم عند مالك من الجد وعند

الشافعي وأبى حنيفة الجدة أقدم منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصبا فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الأعلى وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي إذا ماتت امرأة ولها ولاد وولد وعصبة لمن ينقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول على بن أبي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الأمصار . وهو مخالف لأهل هذا الشأن لأن بن المرأة ليس من عصبتها ثم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فبمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الإيمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فأنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع . فإمامان يصح عتقه فأنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام المالك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغنى غير العديم واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فإمامان أحاط الدين بماله فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الأوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياسا على ما روى عنه في الرهن أنه يجوز وإن أحاط الدين بمال الرهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه إن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيء بغير عوض وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب أن توجد مع وجود عللها وتجب على الحاكم ليس بعملة وإنما هو حكم واجب من موجبات العملة

فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الإجماع على أن له ان يطلأ جاريته ويحبها ولا يرد شيئاً مما انفق من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ماله الا ما لا يحل وأكثروا أصحابه فانهم اجازوا عتقه لام ولده . وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثالث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلاً اعتق سنة اعبد له الحديث على ما تقدم . وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين ، أحدهما من وقع تبعض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثانى أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعى وأحمد ابن حنبل ان كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق السكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقي المعتق بهضه عبداً وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسراً سمي العبد في قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للأول وبه قال الاوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن أبى ليلى جعلوا للعبد ان يرجع على المعتق بما سمي فيه متى أبسر وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثانى أن تقوم عليه حصته ، والثالث ان يكلف العبد السعى في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما والسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسمى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فاعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة رمن يقول بقولهم حديث أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شقصاً له في عبد فخلصه في ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسمى

العبد غير مشقوق عليه وكلا الحدين خرج به أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرها
ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذى أخذ به فما وهنت به الكوفية
حديث ابن عمر أن بعض رواة شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة وهو
قوله والا فقد عتق منه ماعتق فهو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان
في الفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف
أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية
في ذلك على انه إنما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه
والعبد لم يدخل ضرر افليس يلزمه شئ وعمة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية
حق اما شرعى لا يجوز تبغيضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه واذا
كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخلى على الشريك
وليس فيه ضرر على العبد وربما اتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد
منه في الشرع نوعان ، نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب
الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه
وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو
داخلى بغير اختيار هو السعى . واختلف مالك والشافعى في أحد قوليه اذا كان المعتق
موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى انه يسرى وجوب عتقه
عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت
المالكية بانه لو كان واجبا بالسراية اسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم
عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه
فانما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق أنلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت
الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه
قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحدين وقد
روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصه الشريك في بيت
المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له في عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم
على المعسر الكل وينفذ العتق فيمن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق
موسرا أو معسرا وينبئه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث
ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولما لم يلبسوا لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول
مالك من هذا في فرع وهو اذا كان معسرا فأنخر الحكم عليه باسقاط التقويم
حتى أسير فقبل يقوم وقيل لا يقوم وانفق القائلون بهذه الآثار على أنه

من ملك بأختياره شقصا يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقي ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بمرات فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا * واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضهم فجمهور علماء الحجاز والعراق مالكا والشافعي والثوري والاوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسمى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحامد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أخرى ان يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعوض لاعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر * فبسبب الاختلاف من طريق المعنى دلالة هذا الحكم حرمة العتق أعنى ان لا يقع فيه تبعض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت عاتهم أولى لان العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة * فبسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس واما الاعتاق الذي يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه وشذ الاوزاعي فقال من مثل بعبده غيره أعتق عليه والجمهور على انه يضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجذع أنفه فأثنى النبي صلى الله عليه وسلم - لم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حلك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة التفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم يباغ في القوة ان يخص بها مثل هذه القاعدة وأما أهل البيت على الانسان احد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك

فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قريبي والذين قالوا بالعنق اختلفوا فيمن يعتق بمن لا يعتق بعد اتفاقهم هل أنه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة، أحدها أصوله وهم الآباء والاجداد والجندات والامهات لموا آبائهم وأمهاتهم وبالجملية كل من كان له على الانسان ولادة . والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سلفوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملية كل من لارجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو انثى، والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لاب وأم أو لاب فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والاسفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والحال والحالة وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا أنه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لسكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية مارواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الآباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان النبوة صفة هي ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها قوله تعالى (وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتى الرحمن عبدا) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة ونبوة معقولة العبودية التي بين المخلوقين والولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا بحال فاعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان النبوة تساوى الابوة في جلس الوجود أو في نوعه أعنى ان الموجودين الذين أحدهما أب والاخر ابن هما متقاربان جدا حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع منه سبحانه في جلس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون في الموجودات التي ههنا شيء نسبته اليه نسبة

الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذى بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذى بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيهما في الشرف والحسنة ضرب المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التى بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول فى الناس أنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره . وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعقدهم وخالف أشهب وأصنع مالكا فى العتق المبطل في المرض فقالا جميعا إنما القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل اذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلاً عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضاً بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثاً وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلاً سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخارى ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التى نأتى بطرق الآحاد اذا خالفها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاماً فلو كان له مال لفنذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بيننا من قواعد الشرع في هذا الموضوع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعنقين وقد لزم الشرع ببعض العتق ان يتم عليه

فلما لم يمكن هنا ان يتم عليه جمع في اشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في اشخاص باعيانهم ااصله حق الناس. واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود ومن الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد واسحق والثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: بمن أعتق عبداً فإله له الا ان يشترط السيد ماله . وأما الفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الامصار الالفاظ الصريحة فهو أن يقول أنت حر أو أنت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الالفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لاسبيل لي عليك أولاً ملك لي عليك فهذه ينوي فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور وبما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يا بني أولامته يا بعتي أو قال يا أبي أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذزفر فقال لوقال السيد لعبده هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما أنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انهما أردت الاول فقبل يعتقان عليه جميعاً وقيل ينوي واتفقوا على أن من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها فقالت طائفة له استثناءه وقالت طائفة لها حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعنى قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تمسيبهم اياه باليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الاب عربياً ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط

الخدمة على الممتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبد ان يعتقه
فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه
يعتق عليه أعنى من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعى وبالاول قال أبو حنيفة
وأصحابه والنورى وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر السكلى في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الاركان فثلاثة
العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونعني نذكر المسائل المشهورة
لاهل الامصار في جنس جنس من هذه الاجناس .

﴿ القول في مسائل العقد ﴾

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب
اليه فقال فقهاء الامصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر
قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) والامر على الوجوب وأما الجمهور فأنهم اثاروا ان
الاصل هو ان لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الذنب لئلا تكون معارضة لهذا
الاصل وأيضاً فإنه لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بموضع
فاحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكة وذلك ان كسب العبد
هو للسيد وهذه المسألة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه
وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان
هذا العقد الثمن والمثمنون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فأنهم
اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوماً بالعلم الذى يشترط في البيوع واختلفوا اذا كان
في لفظه ايهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد
من غير أن يصفهما ويكون له الوصل من العبيد وقال الشافعى لا يجوز حتى يصفه
فن اعتبر في هذا طلب المغالبة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة

وعدم التشاح يجوز فيه الفرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجزئ بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتمجول ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعا وعمدة من أجازوه أنه ليس بين السيد وعبيده ربا لانه وماله له وإنما الكتابة سنة على حديثها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكونه مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضا بعد انفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فوضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينتج عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها وذلك أنه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد وانفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبك على الف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون أن يقون فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والابق عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا أدى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد ان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعنى كتابة مثله في الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى

(وآتوهم من مال الله الذى آتانا) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا العون المكنابين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده واما المكناب فيه مسائل احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعى وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم فاجازها أبو حنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبد ما لا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعى وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملا عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا بعق جيمهم فيه أيضا خلاف فأما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولى الشافعى وأما هل يكون بعضهم حملا عن بعض فان فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعى لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا أدى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الفرر لان قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول وعمدة من اجازته ان الفرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبد والعبد وماله لسيد واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الاجنبيين فن رأى أن حمالة الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لانجوز في هذا الموضوع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكناب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه لبس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض انما الذى يظهر في ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعى بمعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضا ان الجمع يكون سبيلا لان يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعى كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعى وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الاجنبي مع الاجنبي في

الحقوق التي تجوز فيها الحلالة فالزمتها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضا لا يجوز حلاله الكتابة وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكتب نصيبه دون إذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه والقول الاول قال مالك والثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد والثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي له وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لادى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حفظه منه وذلك لا يجوز الا في تبعض العتق ومن رأى أن له أن يكتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة إذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافق عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافق عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن إذن شريكه ان كل ما أدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسمى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بمد عن الاصول . وأما هل تجوز مكانبة من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيرا) وقد اختلف العلماء ما الحير الذى اشترطه الله في المكاتبين في قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك أن يكتب الامه التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الأم الولد اذا ليس له عند مالك أن يستخدمها .

(القول في المكاتب)

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكتب العبد المأذون له في التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان في ثمن كتابته ان يبعث مثل ثمن رقبته . وأما كتابة المريض فانها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون

من الثلث كالعق سواء وقد قيل ان حابي كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو في المرض عتق وتجاوز عنده كتابة النصراني المسلم ويبيع عليه كما يبيع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا المقصد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة بمن لا يدخل وتميز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبداً بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة .

﴿ الجنس الاول ﴾

فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقي عليه من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثاني انه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فاكتر ، والرابع ان أدى الثلث ولا فهو عبد وعمدة الجمهور ماخرجه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد كاتب على مائة أوقية فاداه الا عشرة أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فاداه الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياها بالبيع فكان للمكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو افلاس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : يؤدى المكاتب بقدر ما أدى دية حر ويقدر مارق منه دية عبدخرجه النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقي غريماً في باقي المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو منسل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذي اعتمدته فقهاء الامصار

وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك في موطنه وأيضاً فهو أحوط لاموال السادات ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا افلس المشتري .

﴿ الجنس الثاني ﴾

وأما متى يرق فانهم انفقوا على انه إذا يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لا يخلو ان يتفقا على التعجيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز واما اذا انفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين ؛ أحدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان ، أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والآخرى انه يجوز له ذلك فاما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى واما ان اراد السيد التعجيز وأباه العبد فانه لا يجوز عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء ورجع الى عمدا لثبوتهم في اصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعي ما رواه ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشترينى وتمتقبنى فقالت لها ان اراد أهلك فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبه خرج به البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها اواختيار مستويا في الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعملوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لارقبتهما والحنفية تقول لما كان المقلب في الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لمسكان الطلاق الذى بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعترض بهذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به الموضع اذ كان لبس له ان يسترجع الصداق

(الجنس الثالث)

وأما حكمه اذا مات قبل أن يؤدي الكتابة فانفقوا على أنه اذا مات دون ولد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئاً أنه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاقه لا لكتابة أدوه وعنفوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يمتقوا وان لم يكن عندهم لاملال ولا قدرة على السعي رفقوا وانه ان فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وأنه ليس يرثه الا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو حنيفة أنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي وقيل بالنسبة وقيل حصته على مقدار الرأس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لان من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حلاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطئه مثل قول الكوفيين ثم وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعي انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنو الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حراً بعد لان حرثته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤديها بعد فقد بقي انه مات عبداً لانه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا يدفعه الى السيد وأما مالك فحمل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة في حد الاجتهاد وما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعي واراقت الام

ان تسمى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيتها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صفاراً لا يستطيعون السعى وترك أم ولد لا يستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبى حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولدعتقت والا رقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة وانما عليهم السعى وعلى أصل أبى حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل منه في عقد الكتابة ومن لا يدخل وانفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك انفقوا على دخول ما ولد له في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعنى اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقى من أحكام العبد فيه فنقول أنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهاها أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها أنه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسدا وعمدة من أجازاه ان السبب المانع من ذلك

قد ارتفع وهو مخافة ان يمجز العبد ^{بـ} وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم
العقد أو من شرط صحته فن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه
قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد
كما لو اذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في
ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال
قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالحوازي قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان
جميعاً والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب
قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاء له وقال
قوم من هؤلاء على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون
للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم
يصح عتقه وعمدة من رأى أن الولاء للسيدان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين
ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينسكح أو يسافر
بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينسكح الا باذن سيده وإباح بعضهم النكاح
له وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من
أصحاب مالك ولم يجز ثل سيدان يشترطه على المكاتب وأجاز ابن القاسم في السفر
القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في
جواز السفر ان به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالحجة فله المعاماة في هذه المسئلة
ثلاثة أقوال ، أحدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز أن
يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له أن
يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر
الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا
الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فأجاز ذلك مالك ما لم يرد به
الحجابة وبه قال أبو حنيفة والثوري والشافعي قولان ، أحدهما اثبات الكتابة، والآخر
أبطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبهه سائر العقود
المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب
لأنه ليس بحر وانفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع
منه بشيء واختلفوا في وطء السيد أمته المسكينة فصار الجمهور الى منع ذلك
وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة
الجمهور أنه وطء تنفع الفرقة فيه الى أجل آت فأشبهه النكاح الى أجل وعمدة

الفريق الثانى تشبيهها بالمديرة وأجمعوا على أنها ان عجزت حل وطؤها واختلف
الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لاحد عليه لانه وطء
بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا فى ايجاب الصداق لها والعلماء فيها أعلم على
أنه فى أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما
يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم فى بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا
بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز ما لم يؤد شيئاً من
كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئاً وقال بعضهم اذا رضى المكاتب
بالباع جاز وهو قول الشافعى لان الكتابة عنده ليست بمقد لازم فى حق العبد واحتج
بحديث بريرة اذا بيعت وهي مكتوبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض
العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا
وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة فقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها
مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبهه ببيع الدين ومن لم يجز ذلك
رآه من باب الضرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين وفي ذلك أثر عن
النبي صلى الله عليه وسلم : أعنى فى الشفعة فى الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها أن
كانت بذهب انها تجوز وبعرض معجل لا مؤجل لما يدخل من الدين بالدين وان
كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف واذا اعتق
فولاؤه للمكاتب لالمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيدان يجبر عبده على
الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فيها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر
أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا
تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها
شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسطة فى كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب
فروع وإنما هو كتاب اصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد
شروط الصحة المشروعة فى العقد والشروط الجائزة هى التى لا تؤدى الى اخلال
بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وإنما
يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة او ليس منها
وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك
جلساً ثالثاً من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم
يتمسك بها جاز وهذا ينبغى ان نفهمه فى سائر العقود الشرعية فن مسائلهم المشهورة فى هذا

الباب اذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل
أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا أدى
جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأني بذلك الشرط وهو
مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم أن
يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على أن يخدمه
سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط
لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر في هذا
الكتاب وهى من كتب آخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على
انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ولذلك كان
الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبته
ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى يفسخ النكاح لانها مملوكة جزءا
منه ومالك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذى
ورثت انما هو مال في ذمة المالكين لا رقة المكاتب وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح
ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المالك والمكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل
يخاص سيده الغرماء ام لا فقال الجمهور لا يخاص الغرماء وقال شريح وابن أبى ليلى
وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يقترب ما بيده
هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وابى حنيفة لا سبيل لهم الى رقة وقال
الثورى واحد يأخذونه الا ان يفتكه السيد وانفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجبايات
انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يخاص سيده الغرماء اولا يخاص
هو من كتاب التفليس والقول في جبايته وهو من باب الجبايات ومن مسائل الاقضية
التي هى فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف
السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعى
ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة
لكن الذى حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب
مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهى قريبة من المسموع فينبغى ان تنبث في
هذا الموضوع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها
بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في الكتاب كما
قلنا غير مأمرة انما هو ان تنبث المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف
فيها ونذكر من المسائل المشكوك عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار

فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي التوازل التي لم يشتهر الخلاف بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة نازلة من التوازل أعني أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب ألق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتابا جامعاً لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول لتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جيل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد أن في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب التدبير ﴾

والنظر في التدبير في أركانه وفي أحكامه . أما الاركان فهي أربعة المعنى . واللفظ . والمدير . والمدير . وأما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام المدير .

﴿ الركن الاول ﴾

فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو أن يقول السيد لمبدئه أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذا ما عندهم لفظاً التدبير بانفاق والناس في التدبير والوصية على

صنفين منهم من لم يفرق بينهما - ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن يجعل التدبير لازماً والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعنى اذا قال أنت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا أن يريد التدبير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول أبى حنيفة قال أشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضاً وما أشبه ذلك من الاحوال التى جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنيابات التدبير وأما ليس من كنياباته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كنياباته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وبنويه في الوصية فهو عنده من كنياباته . وأما المدبر فانهم انفقوا على أن الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يمتنع على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا في حكم من ملك بعضاً فدبره فقال مالك يجوز ذلك ولذى لم يدبر حظه خياران . أحدهما ان يتقاومانه فان اشتراه الذى دبره كان مدبراً كله وان لم يشتره انتقض التدبير ، والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسمى العبد في قيمة الحصّة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان مسيراً استسمى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شئ من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لامن الاركان اعنى احكام المدبر فلتثبت في الاحكام وأما المدبر فانهفقوا على ان من شروطه أن يكون مالاً كما تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً أو مريضاً وان من شرطه ان لا يكون ممن أحاط الدين بماله لأنهم انفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا في تدبير السفهية فهذه هى اركان هذا الباب . وأما أحكامها فأصولها راجعة الى اجناس خمسة : أحدها مما اذا يخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث ، والثاني ما يبقّى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقّى فيه أعنى مادام مدبراً ، والثالث ما يتبعه في الحرية مما

لميس يتبعه . والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخاص في أحكام تبعض التدبير .

(الجنس الاول)

فاما مما اذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المدبر من الثلث الا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث لانه رواه علي بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرج الانسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة . واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له في صحته وأعتق في مرضه الذى مات منه غلاما آخر فضاى الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعى يقدم المعتق المبطل لانه لا يجوز له رده ومن أصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا.

(وأما الجنس الثانى)

فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعى وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثورله ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعى لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، لانه عتق الى أجل فاشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد . واختلفوا من هذ الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور

العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمتعة الى اجل ومن منع وطأ المتعة الى اجل شبهها بالمتكوحة الى اجل وهي المتعة وانفقوا على ان للسيد في المدبر الخدمة ولسيده ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضا يخوفا فيكره له ذلك .

(الجنس الثالث)

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقدون بعقبتها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه انهم لا يعتقدون بعقبتها . واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقدون بعقبتها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقدوا في العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقدوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول . وتحصيل مذهب مالك في هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبه فكاتب وان كانت مدبرة فدبر أو معتقة الى أجل فعتق الى أجل وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بمضنه عند مالك . وأجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى وأجمعوا على ان كل ولد من ملك يمين انه تابع لآبيه ان حراً فحر وان عبداً فعبد وان مكاتباً فكاتباً . واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعنى انه مدبر وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس بمتبعه ولد في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ماعدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

﴿ الجنس الرابع ﴾

وأما النظر في تبعض التدبير فقد قلنا فمن دبر حظاله في عبده دون أن يدبر شره يكو ونقله إلى هذا الموضع أولى فينقل إليه . وأما من دبر جزأ من عبده وله كله فإنه يقضى عليه بتدبير الكل قياساً على من بعض العتق عند مالك .

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فإن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال أبو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقاً للقيمة أو لبدنها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانياً فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فإن مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون إذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته . ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق التلت عنهما .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب أمهات الأولاد)

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وإن كانت لا تباع متى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة :
(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وإنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري

يجوزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وجابر وأبو سعيد كنه
 نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا
 بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرأ من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما
 اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب
 حال الاجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب
 أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب
 الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك
 دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو
 الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك أنهم يقولون أليس تعرفون ان الاجماع
 قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال
 هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الاصل
 نقضا وذلك أنهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمدته الجمهور في هذا الباب من
 الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم :
 اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
 ايما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند
 أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن
 وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا
 منها وحكوا هذا المثل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبيع فقال خالعت لحومنا
 لحومهن ودماؤنا دماهن واما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون
 أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه. واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه او بعد أن ولدت منه فقال مالك
 لا تكون أم ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون
 أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس أن تكون أم ولد
 في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق أن يبيع المرء أم ولده
 وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتمم مكارم الاخلاق . وأما بماذا تكون
 أم ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال
 الشافعى لا بد أن يؤثر في ذلك نية مثل الحلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى
 ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبق فيهما من أحكام
 العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرض جراحها

كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها اذا زنت رقت. واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعى له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبته بالبيع لم يملك استجارتها الا انه يرى ان اجارة بنيتها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعى ان عقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها بسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصلين احدهما وطؤها ، والثانى بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شها . وأما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان ذلك الوقت هو اذ اقامت السيد . ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجنابات ﴾

والجنابات التى لها حدود مشروعة اربع جنابات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا . وجنابات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا . وجنابات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمى حراقة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمى بغيا وماخوذاً على وجه المغافصة من حريز سمى سرقة وما كان منها معلوم مرتبة وقوة سلطان سمى غصبا . وجنابات على الاعراض وهو المسمى قذفا . وجنابات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من الماء كول والمثروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة فى الحر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدى منها بالحدود التى فى الدماء فنقول ان الواجب فى اتلاف النفوس والجوارح هو ما قصاص وإما مال وهو الذى يسمى الدية فاذا النظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين النظر فى القصاص والنظر فى الدية والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس وإلى القصاص فى الجوارح والنظر أيضا فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس وإلى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم أولا هذا الكتاب إلى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني النظر في القصاص في الجوارح فلنبداً من القصاص في النفوس .

﴿ كتاب القصاص في النفوس ﴾

والنظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب أعنى الموجب للقصاص ، وإلى النظر في الواجب أعنى القصاص وفي إبداله ان كان له بدل فلنبداً أولاً بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذي يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قتل اتفق يقتص منه ولا بأى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب في هذا الباب إنما هو العدل فلنبداً من النظر في القاتل ثم في القتل . ثم في المقتول .

﴿ القول في شروط القاتل ﴾

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره . واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة إلا امر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجاعة القتل على المباشرين إلا امر ويماقب الأمر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا اذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للأمر على المأمور وأما اذا كان للأمر سلطان على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الأمر دون المأمور ويماقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور دون الأمر وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأخير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع ليكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الأمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الأمر

فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنساناً فياً كله وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأً وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما إذا اشترك في القتل عامد ومخطيء أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فإن العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطيء والصبي نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قالوا في الحر والعبد يقتلان العبد لأن العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض ويمكن أن تكون افاقة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام : ادروا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التخليط لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص فانفقوا على انه العمد وذلك أنهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ . واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه الا في الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى وبإثباته قال عمر بن الخطاب وعنى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة ولا يخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي بها يقع القتل وإلى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في النقل أى ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فلو لد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفي شبه العمدانه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعنى بين أن يقصد القتل أو لا يقصد وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر فن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعنى

حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبه كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لافي حق الآمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهة للعمد فن جهة ما قصد ضربه وأما شبهة للخطأ فن جهة أنه ضرب بما لا يصعد به القتل وقد روى حديث مرفوع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: لا أن قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر دية مغالطة مائة من الأبل منها أربعون في بطونها أولادها إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وإن كان أبو داود وغيره قد خرجوه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبت به القصاص وعند من أثبتته تعجب به الدبة ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والثأرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن أبيع له الادب وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية او الانوثة والواحد والكثير . واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الاربعة الا أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعة اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمداً فإن العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسمى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم . فبسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعف ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر وكذلك الانقاص بالاعلى ومن الحجة أيضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر . وأما قتل المؤمن بالكافر الذي اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجاعة وقال قوم يقتل به ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ماروى من حديث على انه سأله قيس بن عباد والاشتر

هنا عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسمى بدمتهم أذانهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خرجه أبو داود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي آمن وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبيلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفي بعهد ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لمعصوم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أي انه أريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك عن عمر وأما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله حرمة مال المسلم فحرمة دمه حرمة دمه فبسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس وأما قتل الجماعة بالواحد فان الجمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى انه قال لو تملا عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع اليد بيد أعنى اذا اشترك اثنان فافوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل النفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى «ولم يمسك في القصاص حياة يا أولي الاباب» واذا كان ذلك كذلك فلم يمتنع قتل الجماعة بالواحد لتدفع الناس الى القتل بان يعتمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين»

وأما قتل الذكر بالأنثى فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع الاماخي عن علي من الصحابة وعن عثمان البتي أنه إذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضي ابو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري أنه لا يقلل الذكر بالأنثى وحكاه الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والأنثى بالأنثى) وإن كان يمارض دليل الخطاب هنا العموم الذي في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وهي مسألة مختلف فيها أعنى هل شرع من قتلنا شرع لنا ام لا والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب في الأب والابن فقال مالك لا يقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبجه فاما ان حذفه بسيف أو عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجدة عنده مع حفيدة وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري لا يقاد الوالد بولده ولا الجدة بحفيدة اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : لانقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين وسبب اختلافهم ما روي عن يحيى بن سعيد عن عمر بن شعيب ان رجلا من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف قاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ما قد يد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ثم قال بن أخو المقتول فقال ها أنا ذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل نية فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لاجتماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنة ومن المحبة له ان حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يهتم اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فذاك لم يهتم الأب حيث أنهم الاجنبى لقوة المحبة التي بين الاب والابن والجمهور انما عللوا دره الحد عن الأب لمكان حقه على الابن والذي يجىء على أصول أهل الظاهر أن يقاد بهذا هو القول في الموجب .

(وأما القول في الموجب) فاتفقوا على ان لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو

أما على الدية وأما على غير الدية. واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا ثبتت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقائل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقاً أو العفو فقال مالك لا يجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غيرة الا أن يرضى المقتص منه باعطاء الدية القائل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو نؤر وداود واكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شأ أخذ الدية رضى القائل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هى الرواية الاولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفوها حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة في أنه ليس له الا القصاص والثانى نص فى ازالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا امكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً قال الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام فى مخصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة (قال القاضى) وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله فافقى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهوان لا ينتظر الصغير فافقى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع فى ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين احدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب اهل الدم فى ذلك وهل يكون له العفو على الدية ام لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية واما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمداً اذا كان له بنون بالعون فعفا ائحدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا فى اختلاف البنات

مع البنين في العفو او في القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص او ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر في الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثوري واحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في اسقاط القصاص وفي اسقاط حظه من الدية وفي الاخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هي للذكر ان دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمداً اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فمال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا أحد قولي الشافعي وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم وللأولياء القصاص أو العفو ومن قال به أبو نور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي انما هو حق المقتول فتاب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له ان المراد بالمصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من تعود الضمير في قوله فهو كفارة له فقل على القائل لمن رأى له نوبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياهم وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوهم من ذلك في ثلثة الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله ومن قال به طائوس والحسن وعمدة الجمهور أنه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أخرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هي أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجرع عن الجرحات فأت منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤل اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فنه من قال تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد اسقاط دية

الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثورى وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولي فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح ثم اختلفوا في القاتل عمدا بمعنى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجليد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤديه الاثم على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى الا أثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا بتوقيف ثابت في ذلك .

(القول في القصاص)

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ومن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فارت العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي قتل فن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن قتل بضرب بحجر قتل يمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم للمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قود الابجديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله كتب عليكم القصاص في القتل) والقصاص يقتضى المماثلة وأما متى يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولي الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجوز فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والا والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم تكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع حملها كل كتاب القصاص في النفس واختلفوا في القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقبض منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يمرض لمن سمه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو وليبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضا هاهنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والجروح وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل ^{٢٩} بدل ^{٣٠}

(القول في الجراح)

ويشترط في الجراح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغاً عاقلاً والبلوغ يكون بلا حنلام والسن بالاخلاق وان كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان في يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم ان الاطراف تنبعض وازهاق النفس لا يتبعض واختلف في الانبيات فقال الشافعي هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل في هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي كما أن الاصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أن وهو ابن خمسة عشرة سنة .

(القول في المجروح)

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجراح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كما اختلفوا في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد

كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للدنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال . أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك . والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

(القول في الجرح)

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح المجرح أو لا يتلف فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما أن جرحه على وجه اللامبالاة أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه الأدب فيشبهه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللامبالاة والادب بما لا يقتل غالباً فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول أن القاتل بالمثل لا يقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه الدية وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجرح فن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بلا خلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بالآلة فتقطع العضو غالباً أو ضربه على وجه الثائرة فلا خلاف أن فيه القصاص وأما أن ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقد عينه فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب (٢٢٢ - ج ٢)

أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف
ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح واما ان جرحه
فانما عضوا على وجه اللعيب ففيه قولان . أحدهما وجوب القصاص ، والثاني
نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية
الخطأ أعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف . وأما ما
يجب في جراح العمدا اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى
(والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص
ولم يخش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا الماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع
القيود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى
هذه من الجراح التي هي متانف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما
أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقطة مرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية
وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى في القصاص مثل الاقتصاص من
ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل
أن يفقأ أعمى عين بصير . واختلفوا من هذا في الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال
الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القيود . واختلفوا اذا عفا عن القيود فقال
قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف
الدية وبه قال الشافعي وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم
وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح
الذي فقئت عينه الا القيود أو ما اصطلاحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه
الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين
الاعور بمنزلة عينين فنفقأها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب
من رأى أنه اذا ترك القيود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن
قال بالقيود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لاصله فتم له فانه بين بنفسه والله أعلم . وأما هل
المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلح
على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قولي مالك
في الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الاعور أو يأخذ
الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

(وأما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد
اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أن

يعتبر ما يؤل إليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس . واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا نئى على المقتص وروى عن على وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والنورى وابن أبى ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتى يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا نئى على الذى قطع يده وعمدة أبى حنيفة أنه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يقاد عندما لك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه وقد قيل أن المسكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنائيات على النفس وفي الجنائيات على أعضاء البدن ويلبغى أن نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدىء بحكم الخطأ في النفس .

❦ كتاب الديات في النفوس ❦

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضاً بحسب العمد اذا رضى بها إما الفريقان وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعنى في أى قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذى تجب فيه وعلى من تجب . فاما في أى قتل تجب فانهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدره من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الرாகب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهى في مذهب مالك ثلاثة ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهى عندما لك في الأشهر عنه مثل فعل المدلحى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأعاً أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وإنما الواجب عنده في العمد ما أصطالحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل

وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ماروى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعه والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وهى الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعى انها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمرو بن دينار ثابت وقال أبو نؤير الدية في العمد اذا عفا ولى الدم أخماسا كدية الخطأ . واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطأ فقال مالك والشافعى هى أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعه وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيفة ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى في ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لأعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعمى والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن على وخرجه أبو داود وإنما صار الجمهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر في اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربع في شبه العمد وان

ثبت هذا النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قيمة الابل بانعاما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بمشيرة دراهم واجماهم على تقويم المتغال بها في الزكاة وأما الشافعي فيقول ان الاصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال ان الابل قد غات ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة التي شاة وعلى أهل الحمل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئا واحتج بعض الناس للمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين لاجاءهم ان الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجاعة متفقون على ان الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المديون يوضع على أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبه عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذي أصابهم من الاعراب فديته من الابل لا يكف الا عرابي الذهب ولا لورق فان لم يجد الا عرابي مائة من الابل فمد لها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث

عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده نصاً وعمدة الفریق الاول انه لو جاز ان تقوم بالشاة
والبقرة لجاز ان تقوم بالطعام على اهل الطعام وبالخيل على اهل الخيل وهذا لا يقول
به احد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب
ومتى تجب ، اما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين واماء على
من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطأ تجب على العاقلة وانه حكم مخصوص من
عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لا بى
زمنة لولده لا يحنى عليك ولا تجنى عليه ، واما دية العمد فجهورهم على انها ليست على
العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة انه قال لا نحمل العاقلة عمداً
ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد وجهورهم على انها لا نحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ
الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع
الأعضاء وروى عن عمر أن رجلاً فقاً عين نفسه خطأ فقتل نفسه فقتلته
واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قوائن واختلفوا في دية ما جناه المجنون
والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجاعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى
عمد الصبي في ماله من سبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والخطأ فمن غلب عليه
شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة
وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عمد وصبي والذين أوجبوا على العمد القصاص
وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله في مال الصبي وقال
مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما . وأما متى تجب فانهم
اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن يصطالحا
على التأجيل . وأما من هم العاقلة فان جهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن
العاقلة هي القرابة من قبل الاب وهم المصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالى
العقل عند جهورهم اذا عجزت عنه المصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصابة ولبس
فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الفنى دينار وعلى الفقير
نصف دينار وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قرهم فالأقرب من بنى أبيه
ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل
ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفي زمان أبى بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب
واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا حلف

في الاسلام واما حلف كان في الجاهلية فلا يزيد الاسلام الا قوة والجملة
فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا
عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان
خعلي من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم
يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولده لمن اعتقه عليه
عقله وقال من جعل ولده للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن للسائبة ان يوالى
من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف
بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية
اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون
النفس من الشجاج والاعضاء على ما سيأتي القول فيه في ديات الجروح والاعضاء وأما دية أهل
الذمة اذا قتلوا خطأ فان لاهل الماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم
ذكرانهم على النصف من ذكر ان المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال
مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين
والقول الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروى عن عمر بن
الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين ، والقول الثالث أن ديتهم مثل
دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقدروى
عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن
عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على
النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى
قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال
يصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله
معاوية في بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز
فاخبره أن الدية قد كانت تامة لاهل الذمة . وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من
لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال
مالك والشافعى وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال
أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفية فيه
الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص

فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكافئ نأص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه أعنى في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتفقت فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال. واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقل أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيهه العبد بالعروض وعمدة الشافعي قياسه على الحر .

وما يدخل في هذا الباب

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضرب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب وإن يجب وفي شروط الوجوب. فلما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وحنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أمي هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت احدهما الاخرى فطرحتا جنينهما ففصى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة. واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه الا أن من رأى أن الدية السكالة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب . واختلفوا في الواجب في جنين الامة وفي جنين السكتانية فذهب مالك والشافعي الى أن في جنين الامة عشر قيمة أمه ذكرراً كان أو أنثى يوم يحنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان أنثى فيسه عشر قيمة أمه وان كان ذكرراً فعشر قيمته لو كان حياً وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الامة اذا سقط ميتاً منها ما ننص من قيمة أمه وأما جنين النمية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن

دية الذمي دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي تجب فيه فانهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا اذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعه والزهرى . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا أو ميتا فذهب مالك وأصحابه إلا أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكبر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه أحكام الحى وهو الاظهر . واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحت من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح فيه أعنى أن يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه . واماعلى من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصرى هي في مل الجاني وقل آخرون هي على العاقلة ومن قل بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة عمدتهم انها جنابة خطأ فوجب على العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشبها بدية العمد اذا كان الضرب عمداً . وأما من تجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة لورثة الجنين وحكمها حكم اندية في أنفسهم موروثه وقال ربيعة والليث هي اللام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها ببعض من أعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى ان فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة الى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فاما الشافعي فانه أوجبها لان الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا مردداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الركب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطىء آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام . جرح العجماء جبار والبشر جبار

والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ. واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت يدها أو برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي وردده أقاويل العلماء فيمن حفر بشراً فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعمى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان أوقفها بحيث يجب له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يرثه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يرثه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا . واختلفوا في الفارسين يصطلحان فيموت وكل احد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه. وأجمعوا على أن الطيب اذا أخطأ الزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمر وابن شبيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأ الطيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمر وابن شبيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطادون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن ليلى لا تغلظ

الدية فيها وقال الشافعي تغاظ فيهما في النفس في الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يراد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فن ادعى في ذلك تخصيصا فمليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغاظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة نفيه مخالف للقياس وجب حمله عن التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول أنه قد ينقذ في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه .

﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلينبذ أبا القول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولما تجب . فاما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أو لها الدامية وهي التي تدمى الجلد ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملقط بالمسد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقولة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فاما أحكامها أعني الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمدة الموضحة وما دون الموضحة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وإنما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطيب الا ماروى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي أنه قضى فيها بربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة

وفى السمخاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل فى الجراح الحكومة الا ما وقعت فيه السنة حدا ومالك يعتبر فى الزام الحكومة وفيما دون الموضحة أن تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هى أحكام ما دون الموضحة فاما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى عليه وسلم فى كتابه لعمر بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فى الموضحة خمس معنى من الابل واختلاف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا أعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الا على ولا تكون فى اللحية الاسفل لانه فى حكم العنق ولا فى الانف . وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون فى الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة فى الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان ابن يسار ومرة قال لايزاد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قبل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبداً . وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالف له من الصحابة ، وقال بعض العلماء الهاشمية هى المنقلة وشذ ، وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فاما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المامومة . وأما الهاشمية فى العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أخرى أن يجيز ذلك من الهاشمية . وأما المامومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير ، وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لاهن جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن . واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث

دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده في هذا لا يسوغ وإنما في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد ، وأما الجراحات التى تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها المحكومة .

(القول في ديات الاعضاء)

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم عمرو بن حزم في المقول أن في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفي المامومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل أصبع مما هناك عشر من الابل وفي السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا اثنى والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما ستذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان فى الشفتين اندية كاملة والجمهور على أن فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثى الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى منفقون على ان فى كل زوج من الانسان الدية خلا الحاجبين وندبى الرجل واختلفوا فى الاذن متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلعتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده أن لا نجب فى الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة فروى عن أبى بكر أنه قضى فى الاذن بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية . وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الاحكومة وعمدة الحنفية ما روى ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيهما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وإنما طريقة التوقيف فلم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الواجب ليست أعضاء

لها منفعة ولا فعل بين أعنى ضروريا في الحلقة . وأما الاجفان فقليل في كل جفن منها ربع
الدية وبه قال الشافعي والكوفي لأنه لابقاء للعين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين
عند غيرها الثلث وفي الاعلين الثلثان وأجمعوا على أن من أصيب من اطرافه
أكثر من دية إن له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان . وأما الانثيان فأجمعوا
ايضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحدة منهما نصف الدية الا ما
روى عن سعيد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولديكون منها
وفي النخى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . وأما المفردة فان جمهورهم على
على ان في اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع
كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في
القصاص فيه عمدا فمنهم من لم يرفيه قصاصاً وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي
لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره
في اللسان عمداً القصاص . وأما الانف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه
الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب اشم أو لم يذهب وعنده انه اذا ذهب
أحدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان في
الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين والخصى كما
اختلفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل
فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه
حكومة واقل ما يجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة .
وأما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، احدها ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك
وجاعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر
وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى
عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين
جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفي
العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة
الانصف الدية فبسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس
ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك
عن علي رضي الله عنه انه امر بالذي أصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى
رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا في الارض
ثم أمر بعينه المصابة فمصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها

وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه فيخط ايضاً عند اول ما خفيت عنه في الارض خطائهم علم ما بين الخطئين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العلية والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مراراً شتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا أنه صادق واختلاف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بعصرها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويماً لا توقيماً وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم في قلعها بعد اسودادها دية واختلاف العلماء في الاعور وفقاً عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقت عينه الا القود أو ما اصطالحوا عليه . وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهي العين العوراء وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الاعور اذا فقت وجب فيها الف دينار لانها في حقه في معنى العينين كليهما لا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أغنى أن في العين الواحدة نصف الدية وعمدة أبي حنيفة أن العمدة ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل أصبع عشر من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل أنملة ثلث العشر الا ما له من الاصابع أنملتان كالأبهام ففي أنملته خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق فهي عند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الأبهام والتي تليها بعقل نصف الدية

وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال في الابهام خمسة عشر من الابل وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التي تليها ثمان وفي الخنصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يشب فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال انجمل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لولم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة والجمهور في ذلك ماثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضا بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التي تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه الى أن القود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر بن عبد البر ثبت ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقدم من العظم من المقطوع في غير المفصل الا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم أقاد من كسر الفخذ وانفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل اعنى دية أعضائها من أعضائه مثال ذلك

إن في كل أصبع من أصابعها عشرا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولي ابن مسعود وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجاعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ما ذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه والاعتماد للطائفة الاولى الا مراسل وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابي عبد الرحمن كم في أربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقي أنت قلت بل عالم مثبت أوجاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمر بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذ خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم أنه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به اما لانه لا يرى القياس واما لانه عارضه في ذلك قياس ثان أو قل في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجنابة على أعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى ان في جراحهم وقطع أعضائهم مانقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من دية فيكون في موضحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال ابو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها الحر من دية وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم ان دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجاعة أن العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال ابو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما

فوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي نحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعلياً الدليل ولاعمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به وهو مشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب القسامة)

ختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب .
(المسئلة الأولى) هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم ولم عدد الخالفين من الأولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعد لوثاً يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان .

(المسئلة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها . عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحينة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث إلا أنهم يختلفون في ألفاظه على ما سيأتى بعد وعمدة الفريق الثاني لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على سحتها فنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوماً للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول أن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبتى للناس فقلت يا امير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد

أرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لاقلت أفرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قالت فما بالهم اذا شهدوا أنه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكاتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم ان أقاموا شاهدي عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها أف من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البيعة على من أدعى واليمين على من أنكر ومن حججهم أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلعف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليربهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم ايلحفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نلحف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى . وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تفسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبيين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري وجاعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل في ان اليمين إنما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويفرم الدية فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسوم أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن ابي ليلى عن سهل ابن أبي حنمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله

عليه وسلم أنحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو أن الإيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الاموال أعنى في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجبول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه أيضا أنه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن يسار قد اختلف في اسناده فإرساله مالك واسناده غيره (قال القاضي) يشبه أن تكون هذه العلة هي السبب في أن لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط فمذهبهم أن الأصل هو أن الإيمان على المدعى عليه والأحاديث التي تذكرها فيما بعد أن شاء الله .

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة أعنى الذين قالوا أنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالإيمان الحسين على ما ورد في الآثار فقل الشافعى وأحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالإيمان وعمدة من يبدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنيفة ومرويه عن بشير بن يسار وعمدة من رأى النبذة بالمدعى عليهم ما أخرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهيل بن حنمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله تأتون بالبينة على من قتلها قالوا مالنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بإيمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في أنه لا يستوجب بالإيمان الحسين إلا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما أخرجه أبو داود أيضا عن أبي سلمة ابن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فحلفها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دية على يهود لأنه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لأنه رواه الثقات عن الزهرى عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وأخرج مثله أيضا من تبذئة اليهود بالإيمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن

مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهمي الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان أجرى فرسه فوطىء على أصبع الجهمي فنزى فيها فمات فقال عمر للذي ادعى عليهم أنحلفون بالله خمسين يمينا مامات منها فابوا أن يحلفوا وتخرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا ففضى عليهم بشرط الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التي روى فيها تبدئة المدعين بالايان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة في ذلك مشهور .

(المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا في الشبهة ما هي فقال الشافعي اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خبز دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتل من الانصار قال وكذلك لو وجد في ناحية قتيل والى جانبه رجل محتضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيتنا فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكم ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال الخيلة مثل أن يوجد قتيل متشجعا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالك يرى أن وجود القتل في المحلة ليس لونا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لا شرط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحبه اذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة وهو مروي عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولادة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلا من فضاء من أو ثك وقال داود لا أقضي بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعل قول المقتول فلان قتلني

لوثنا بوجوب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة بوجوب القسامة ولمكان الشبه رأى نبذة المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفه عن نفسه وكأنه شبه ذلك باليمن مع الشاهد فى الاموال . واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعوايهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمن على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم فى صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضيف لان التصديق هنالك أسند الى الفعل الحارق للمادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يمينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة الخزومي كل من قسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انساناً ضرب آخر وبقي المضروب أياً ما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف . واختلفوا فى القسامة فى العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر وبعض نفاهما تشبيهاً بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها فى مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلاً خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم ويحلف الواحد فى الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاية الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل أعنى حظه منها وقال الزهرى ان نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة (قال القاضى) والقول فى القسامة هو داخل فيما ثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الافضية ولكن ذرنا هنا على عادتهم وذلك أنه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا أن الاولى أن يذكر فى ذلك الجنس وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الافضية وقد تجددهم يفعلون الاسرى جميعاً كما فعل مالك فى الموطأ فانه ساق فيه الافضية من كل كتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب أحكام في الزنا ﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

{ الباب الاول }

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا بملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة ندرأ الحدود مما ليس بشبهة دائرة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها انها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يد رأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملاً اذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام : ادرهوا الحدود بالشبهات والذين درهوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذى يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم ما لم يملك الحرمة * ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يوطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التى قبلها واحد والله أعلم * ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يد رأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته فقال الجمهور لاحد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه : انت وماك لا بيك ولقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقاد الوالد بالولد ولا جماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم أيضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن لابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً * ومنها الرجل يوطأ جارية زوجته

اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغيرها لزوجته ان كانت طاوخته وان كان استكرها قوم عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحدانه وطىء دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحديث ماثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطىء جارية امرأته انه كان استكرها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوخته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ثم ومنها ما يراه أبو حنيفة من دره الحد عن واطىء المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكانه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة * ومنها دره الحد عن امتنع اختلف فيه أيضا وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعمد منها على شخص مؤبد التحريم بالقراية مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يمدر فيه بالجهل .

❦ الباب الثاني ❦

والزناة الذين يختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون. ثيب. وابكار وأحرار وعبيد وذكور وأنثى والحدود الإسلامية ثلاثة رجم وجلد ونغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الا هواء قائم -م رأوا ان حد كل زان الجلد وأنما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصوا الكتاب بالسنة أغنى قوله تعالى « الزانية والزاني » الآية واختلفوا في موضعين ، احدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ، والموضع الثاني في شروط الاحصان .

(أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا فقال الجمهور لا يجلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم ترجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ترجم ما عزا أورجم

امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلدوا احد منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوى في الحد الاكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضا بحديث على رضى الله عنه خرج به مسلم وغيره ان عليا رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . وأما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فاذا زدنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق ابو حنيفة مالك في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعنى أن يكون الزانى والزانية حريين ولم يشترط الاسلام الشافعى وعمدة الشافعى ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم رجم اليهودية واليهودية الذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال ابو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعى لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان او انثى حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعى ولا تغريب عند مالك على العيب فعمدة من وجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج اهل الصحاح عن ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله الا فقتيت لى بكتاب الله فقال الحصم وهو أفعه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وئذن لى ان أنكلم فقال له النبي قل قال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنا بامرأته وانى اخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة

تغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة . وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فقد اعلمنا انيس . فاعترفت فامر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رأى ان المرأة تعرض بالعربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس بنسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العيب في هذه الفاحشة فان العيب صنفان ذكور وأنث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان ائبن بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تغزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة اصلاً والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله تعالى (فاذا احصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جملة عاماً في المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة حداً بحديث ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم يحصن فقال ثم ان زنت فاجلدوها ان زنت فاجلدوها ثم يعموها ولوبظفير . وأما الذكر من العيب فقهاء الامصار على ان الحد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخص حراً من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجهما فحفر لها حفرة فأدخلت فيها وأحرق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم اني أخاف ان يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حداً

منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان بينه فأول من يرجم البيه
ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي
وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجناه
بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فرقادر كناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم أنه حفر
له في اليوم الرابع حفرة وبالجمله فالاحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الاحاديث
على أن لا يحفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة
والشافعي يضرب سائر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد
الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا القذف
على ما سيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام
لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من
الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه
اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقها .
وأما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض
وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحاق واحتجوا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو
مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث الا
يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فنظر الى الامر باقامة الحدود مطلقا من غير
استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ
أو كذلك الامر في شدة الحر والبرد

الباب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على ان الزنا ثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور
الحمل في النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط
الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في موضعين ، أحدهما عدد
مرات الاقرار الذي يلزم به الحد ، والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع
عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أم اعدد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالكا
والشافعي ويقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود
وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد الا
بأقارب أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد وإسحاق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس
متفرقة وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه

الصلاة والسلام : اغديانيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدد او عمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه رد ما عزأ حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا نقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن أبي ليلى وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان . احدهما يقبل وهي الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأخير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزأ وغيره مرة بعد مرة لهله يرجع ولذلك مايجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التماضى على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقد روى من طريق أن ما عزأ لما رجم ومسته اخجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لهله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعاق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يشهد الزنا بالشهود وان العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لپاؤا باربعة شهداء) وان من صحتهم أن يكونوا عدولاً وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لافي زمان ولا في مكان الا ما حكى عن أبي حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت يهاؤها غير الركن الذي رآه فيه الاخرين وسبب الخلاف هل تلتق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلتق كالشهادة المختلفة بالزمان وانهم أجمعوا على انها لا تلتق والمكان أشبه بنى بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذا الحد اكثر منه في سائر الحدود واما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراء فان طائفة اوجب في الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمرو بن وهب قال مالك الا أن تكون جاءت بامارة على استكراءها ممن ان تكون بكراً فتأتى وهي ندمى او تفضح نفسها بأثر الاستكراء وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن نقيم البينة على ذلك ما عدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعي لا يقام

عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراء وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت
في دعوى الاستكراء بامارة ولا في دعوى الزوجية بيده لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى
الاستكراء ومن الحججة لهم ما جاء في حديث شراحة ان عليا رضى الله عنه قال لها
استكرهت قالت لا قال فلمل رجلا اناك في نومك قالوا وروى الانبيات عن
عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها ففضى عنها
ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهة لاحد عليها
وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن
البضع أو هو نحلة فن قال عوض عن البضع أوجه في البضع في الحلبة والحرمية ومن
قال انه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجه وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب
والله الموفق للصواب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب القذف)

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا ثبت
والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية
فاما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً
أو اثنى حراً أو عبداً مسلماً أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه ان يجتمع فيه
خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا قال
انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في
المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطبق
الوطء وأما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، أحدهما ان يرمى القاذف
المقذوف بالزنا ، والثانى ان ينفيه عن نسبه اذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا
ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب
الحد وقال ابراهيم النخعي لاحد عليه اذا كانت ام المقذوف امة او كتيابية وهو قياس قول
الشافعى وأبى حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب

الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لاحد في التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ومن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحدود هي مسئلة وقعت في زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه اعنى مقولاً بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة والحدود ندرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثّر الاستعمال لها والذي يندرى به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقتوف بأربعة شهود بأجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل ^٥ والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفي في ذلك اثنان على الاصل المعترف بما سوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد . وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعي وداود واصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضاً ان حد الكتابي ثمانون فكان العبد احرى بذلك . وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يجد لواحد منها وانه ان قذفه فحدثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقههم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحدوا وحدوا قال لكل واحد منهم يازان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك

الى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلاه رأى انه واجب ان يتعد الحد . بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان واجب ان يتعد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أولاً يصل وقياساً على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه في القذف وانفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يثبت واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبداً * والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب مذكور وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة وانفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد (وأما بماذا يثبت) فانهم انفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المندعى فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه ، قال القاضى وان انسأ الله في العمر فسنضع كتاباً في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الاندلس حتى يكون به القارىء مجتهداً في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى نهي . ينقطع العمر دونه .

﴿باب في شرب الخمر﴾

والكلام في هذه الجنابة في الموجب والواجب وبما ذابنت هذه الجنابة فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكرام قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا سكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر بانفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو نورو داود الحد في ذلك أربعون هذا في حد الحر وأما حد العبد فاتفقوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحاب لما كثر في زمانه شرب الخمر وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حداً وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالعمال ضربا غير محدود وأن أبابكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم يبلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشرب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يضرب في الخمر بنعمتين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الايث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبي نورو فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم

ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضعفيرة وقوله عليه السلام: اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الاحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال: أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولانه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا يخالفهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على ان الاصل في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والنفى والحكم الى السلطان -

(فصل)

وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على أنه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب السرقة)

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط السرقة الذي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما ثبت به هذه الجنابة فاما السرقة فهي أخذ مال الغير متسترا من غير ان يؤتمن عليه وإنما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس في الجنابة ولا في الاختلاس قطع إلا باس بن معاوية فانه أوجب في الحلسة القطع وذلك مروى عن النبي عليه السلام. وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم جحد له فكان حديث المرأة المخزومية المشهورة انما كانت تستعير الحلى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحدوها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجدده فأمر النبي عليه السلام

(٢٤٢ - ج ٢)

بقطع يدها فأنى اسامة أهلها فكاموه فكلم اسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا اسامة: لا أراك تتكلم في حد من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خفياً فقال: أنما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعنها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلا ان ياخذ من حرز قالوا وفي الحديث حذف وهوانها سرقت مع انها جحدت وبدل على ذلك قوله عليه السلام: انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الايث بن سعد عن الزهرى باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة. وكذلك أجمعوا على انه ليس على الناصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون فاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ماسياتى في حد المحارب . واما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً او عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً أو ذمياً الا ماروى في المصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الا بقى اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبدالعزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الا بقى الانشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شرطه أعنى الحدود التى تنشطر في حق العبيد وهو تشبيهه بضعيف . واما المسروق فان له شرائط مختلفاً فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ماروى عن الحسن البصرى انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الا بة وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك انذى يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم ، والثانى قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربيع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة بماعدا الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدرهم لا بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لا اختلاف الصرف

مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تقويم الاشياء هو
الربع دينار . وهو الاصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوى
ربع دينار وأما مالك فالدنانير عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض
البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في نقود أهل هذه البلاد
فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار
وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ويقول الشافعي في
التقويم قال أبو ثور والاوزاعي ودارد ويقول مالك المشهور قال أحمد أعنى بالتقويم
بالدراهم . وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم
لا يجب في أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن ابي ليلى وابن شبرمة لا يقطع اليد في أقل
من خمسة دراهم وقد قيل في اربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء
الحجاز مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع في محن
قيمتة ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك واسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال : يقطع اليد في ربع دينار فصاعداً وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر
المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر
في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد
ابن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
لا يقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبي عليه الصلاة والسلام
عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس
قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا وإذا وجد
الخلاف في ثمن المجن وجب أن لا يقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا
حديث عائشة وهو الذي اعتمدته الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار .
وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع في
أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان
عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهما والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع
في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفتح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين
حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على
مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو احد
الشروط المشترطة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة
ما يجب فيه القطع أعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا

النصاب من الحرز مما مثل أن يكون عدلا أو صدوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعا وبه قال الشافعي وأحمد وأبو نوح وأبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذ كل واحد منهم نصف ما أخذ من قطع الجميع رأى العقوبة أن لا تتعلق بقدر مال المسروق أى أن هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك أن جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال في حد الحرز أنه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كي يعسر أخذها مثل الاغلاق والخطا وما أشبه ذلك وفي الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد ومن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا قطع في نمر مملوق ولا في حربسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فاقطع فيما بلغ ثمن الجن ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمرو بن عبد البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الاوعية ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلفوا في الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تطلع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمرو بن عبد العزيز فقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثوري وروى

ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فرباط الدواب عنده احرار وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس قال الانسان حرز لسلك ما عليه أو هو عنده واذا توسد الزائم شيئا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحل أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سمى مخرج الشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب افا كان سارقا ن احدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب احدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا يقطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب المتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آثر الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه اولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع قد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل ان يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جنس المسروق فان العلماء اختلفوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب في سرقة القطع ما عدا الاشياء الرطبة الماء كوله والاشياء التي أصلها مباح فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا يقطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لا يقطع في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لسلك مالك وذلك انهم اختلفوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك. واختلفوا فيما هو شبهة ندر الحدم البس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشتركة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعنى من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع

رقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو ان كل أحد فيه حقا اذ ليس بمال. واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا جيبا بمن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . وأما ان كان كبيرا يفقه فقال يقطع . وقال أبو حنيفة لا يقطع . واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع . وقال أبو حنيفة لا يقطع . وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك وانفقوا كما ان شبهة الملك القوية ندرأ هذا الحد. واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما ندرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع وقال أبو حنيفة يقطع . ولم يشترط شرطاً وقال أهل الظاهر يقطع الا أن يأتمنه سيده واشترط في الخادم الذي يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه . نافي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه ويذكر الحد قال عمر رضى الله عنه وابن جود ولا يخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال يقطع . اذا كان كل واحد ينفر ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه . الشافعي الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال . روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القربات فذهب مالك فيها أن يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : انت ومالك يقطع . ويقطع ما سواهم من القربات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الاعلى والاسفل . الاب والاحداد والابناء وأبناء الابناء . وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة . أبو ثور يقطع يد كل من سرق الا ما خصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق المغنم أو من بيت مال يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في ياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنابة .

(القول في الواجب)

وأما الواجب في هذه الجنابة اذا وجدت بانصاف التي ذكرنا اعني الموجودة في سرق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم انفقوا على ان الواجب فيه القطع . حيث هي جنابة والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع انقطع قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة روى ابن أبي ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أنكرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم

القطع فما حكي عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للآدمي فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم واذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه. وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكويع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع في الرجل وإنما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك و الشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر أعنى قول مالك وأبي حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» ولم يذكر الارجل الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليدين ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : من فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتل واحد من حديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقبل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق وقيل يدخل السكبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم وانفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شبيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لو كانت فاطمة بنت محمد لاقت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به. واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فاخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل ان تأتيني به .

(القول فيما تثبت به السرقة)

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عداين وعلى انها تثبت باقرار الحر. واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحدّه وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق به - هذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الحراية)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ الآية

وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في
النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فامرهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين
لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم
مشرطة في توبة الكفار فبقى انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر
في خمسة أبواب . أحدها النظر في الحراية، والثاني النظر في المحارب ، والثالث فيما
يجب على المحارب ، والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة ، والخامس بماذا
ثبتت هذه الجناية .

الباب الاول

فاما الحراية فانفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن
حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكه وان
كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكه عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران
لان المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعي انه اذا ضعف الساطان
ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو
حنيفة لانكون محاربة في المصر .

(الباب الثاني)

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحراية وهو المسلم والذمي .

(الباب الثالث)

وأما ما يجب على المحارب فانفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للادميين وانفقوا
على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدي وقطع الارجل من خلاف والنفى على مانص
الله تعالى في آية الحراية، واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر
جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس للامام تخيير في قطعه ولا في نفيه وانما
التخيير في قتله أو صلبه وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وانما التخيير في قتله أو
صلبه أو قطعه من خلاف وأما اذا أخاف السبل فقطع فالامام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه
أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع في ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب بمن له الرأي
والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لان القتل لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له

وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من أخذ المال ولا ينفي الا من لم يأخذ المال ولا قتل وقول قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه . وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جنائياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير . واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم أنه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل أنه يصلب حيا ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل اولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم لا يصل عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة ويصل عليه وقال - يحنون اذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب ابو حنيفة وأصحابه انه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة ايام . واما قوله أو تقطع ايديهم وأرجلهم من خلاف فعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا في قوله أو ينفوا من الارض فقيل ان النفي هو السجن وقيل ان النفي هو أن ينفي من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالأول قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما ان ينفي بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فليل على هذا ينفي ويسجن دائما وكلها عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أى من ارض الاسلام الى ارض الحرب فالذى يظهر ان النفي هو تفريرهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم » الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالمادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا بالمادة ولا بالعرف .

❖ الباب الرابع ❖

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الأصل فيه قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك في أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثاني ان قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل توبته فان لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال أن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التسوية التي تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها أن توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثاني أن يلقى سلاحه ويأثني الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم ، والقول الثاني أن توبته انما يكون بان يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لحيارته وان أثنى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماحشون ، والقول الثالث ان توبته انما تكون بالهجرة الى الامام وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان أخذ قبل أن يأثني الامام وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل أنها تكون بان يأثني الامام قبل أن يقدر عليه وقيل أنها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامر من جميعا ، وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال . أحدها ان يلحق بدار الحرب ، والثاني ان تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة او لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقبل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لأمان له لانه انما يؤمن المشرک . وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال . أحدها ان التوبة انما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الادميين وهو قول مالك ، والقول الثاني ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة وتبيع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفو أولياء المقتول ، والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الاموال بما وجد بعينه في ايديهم ولا تتبع ذمهم ، والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الاما كان من الاموال قائم العين بيده .

(الباب الخامس)

وأما بما ذابث هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين

سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم
مألاً أخذوه وثبت عند مالك الحراية بشهادة السماع .

فصل في حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل فإن محاربهم الامام فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة فإن مالكا قال إن للامام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين . وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو إلى بدعته قيل يستتاب فإن تاب والا قتل وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يبتعدون ذلك للزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحراية ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل ف قيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بته أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

(باب في حكم المرتد)

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن مالكا شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عايه فإنه يقتل بالحراية ولا يستتاب كانت حرايته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب إلا أن يسلم وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حرايته في دار الحرب فهو عند مالك كالحرابي يسلم لاتباعه عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما إن كانت حرايته في دار الإسلام فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحراية خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في رده في دار الإسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل ككفرأ وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الامع الكفر .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه .
والثاني في معرفة ما يقضى به في الثالث في معرفة ما يقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله في الخامسة في كيفية القضاء في السادسة في وقت القضاء .

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشتركة في الجواز فان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً عدلاً وقد قيل في المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به . واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العامي (قال القاضي) وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جميل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة ، وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضياً في الاموال قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكماً على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافاً في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضاً على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذاً في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتأني منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته وليست

شرطا في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى في المذهب ما هي شرط في الجواز فهذا اذاولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستمرار وليست شرطا في الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا أن يكون جورا ومن هذا الجنس عندم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا والشافعى جيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقتريا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامى هل يجوز أن يكون قاضيا والا بين جوازه لسكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعى القولان جميعا لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه. واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان من ليس بوالى على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى في احد قولي لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد

(الباب الثانى)

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم في كل شئ من الحقوق كان حقا لله أو حقة للآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المنى وانه يعقد الا لكجة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الحياة ولا في غير ذلك من الولاية وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذى يقتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما انا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضهم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما سمع منه فن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا ياخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار. واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا

وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية أن الحكم بالامان ثابت بالشرع وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب والامان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها المتلاعن لها ويحلها لغيره فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عايله إلا بحكم الحاكم وكذلك إن كانت هي الكاذبة لأن زناها لا يوجب فرقتهما على قول أكثر الفقهاء والجمهور أن الفرقة ههنا إنما وقعت عقوبة للمعلم بان أحدهما كاذب .

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالإقرار أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة فصول .

(الفصل الأول في الشهادة)

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فاما عدد الصفات المتبعة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها يختلف فيها فاما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (من ترضون من الشهداء) لقوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواحيات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وإن لا تعلم منه جرحة ثم وسبب الخلاف كما قلنا نرددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنباء) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته الامن كان فسقه من قبل القذف فإن أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وإن تاب والجمهور يقولون تقبل ثم وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه أو على الجملة إلا ما خصه الاجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فأنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط

الشهادة المدالة ومن شرط المدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وإنما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لثلاث يجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمة للمالك في هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فإذا احتج محجج بهذا قيل له إن ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وأنه لا تجوز شهادة الكافر إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا أن الآية منسوخة وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لأن الأصل أنما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد إلا أن يشهد ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر في أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التي سببها المحبة فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الامصار إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لآبيه وكذلك الأم لابنها وابنها لها ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فإن مالكاً ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن وقال ابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لآخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً إلى أخيه يناله بره وصلته ما عدا الاوزاعي فإنه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه السلام أنه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوي على حضري لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر فهذه

هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الاحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى نوريت المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو نور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواء اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) والامر بالشئ يقتضى إجزاء المأمور به الا ما خصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجلمة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع اعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة . واما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن أبى ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في شئ من هذا الا في الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الامع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترك في ذلك فمنهم فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنية وقال قوم لا يكتفى في ذلك باقل

من ثلاث وهو قول لامعنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكم وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

❦ الفصل الثاني ❦

واما الايمان فانهم انفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينه واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق للمدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وباطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا يثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق أنكره فيه خصمه ^ب وسبب اختلافهم تردد في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعى باليمين والمدعى عليه باليمين لان المدعى في الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولا واثق أن يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي نسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله بالذي لا اله الا هو وأقارب فقهاء الامصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي. واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال

الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة لا تغليظ اليمين بالمسكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من حلف على منبري آتأبوا مقدمه من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغليظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قال وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام: من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المسكان وقال الفريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمسكان وجوب اليمين بالمسكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغليظ بالمسكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك و الشافعي و احمد و داود و أبو ثور والفقهاء السبعة المديون و جماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الاموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بأثر كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الا ان الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرج به البخاري وأما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لما فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا يلسخ القرآن بالسنة الغير متواترة

وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لان تغير حكم المزيدي وأما من السنة فاخرجه البخاري. ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهدك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض للحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي أقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في ان اليمين هي حجة أقوى المتداعيين. شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كقويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز له لانه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

الفصل الثالث

واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من المراقبين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شيء بنفس النكول الا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى بالمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردھا في غير التهمة ولا أردھا في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن اليمين تنقلب ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدا بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لا ثبات الدعوى واليمين لا بطلانها وجب ان نكل عن اليمين ان تحقق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دلالة المدعى عليه فهذه اصول الحجج التي يقضى بها القاضي وبما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة

جه أعنى اذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده أعنى المكتوب فى الكتاب الذى أرسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى انه كتابه وانه أشهدهم بثبوتيه وقد قيل انه يكتب فى بخط القاضى وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة ان أشهدهم على الكتابة ولم يقرأ عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا فى العفاس والوكاه هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة أم لا بد فى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعى لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الاحاديث وقول الغير أجرى على الاصول. وبما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح وانه الى شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه فى اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لافرار الخصم وانكاره وكذلك اجمعوا على أنه يقضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن فى ذلك خلاف. واختلفوا اذا كان فى المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقيل قوم اذا كان شاذا وقيل قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهناك سماع من كتاب أو سنة يخالف القياس وهو الاعدل الا أن يكون القياس تشهد له الاصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذى ينبغى أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب الى أبى حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على حد دون بيعة او اقرار او لا لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثروا أصحابه لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعى والكوفى وابونور وجاعة للقاضى أن يقضى بعلمه والكل الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك فنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أباجهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين فى انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم ولما من جهة المعنى خلت التهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى وقد اجمعوا ان للتهمة تأثيرا فى الشرع أنه لا يرث القاتل

عمدا عند الجمهور من قتله و منها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فاحرى أن يحكم بما هو عنده يقين وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه في الحدود ويقضى في غير ذلك وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذي يقضى به فقال يقضى بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمرائه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضى بعلمه في المجاس اعنى بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو أجرى على الأصول لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

❦ الفصل الرابع في الاقرار ❦

وأما الاقرار إذا كان بيننا فلا خلاف في وجوب الحكم به وإنما النظر فيما يجوز اقراره ممن لا يجوز وإذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف أما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم وأما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم أن الاقرار مرة واحدة عامل في المال . وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فمن قبل احتمال اللفظ وأنت إن احببت أن تنف عليه فن كتاب الفروع .

❦ (الباب الرابع) ❦

وأما على من يقضى ولمن يقضى فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فإنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب فإن مالكا والشافعي قال لا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستعصقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند

المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لانهض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمي فان في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط محيئهم للحاكم قوله تعالى «فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم» وبهذا تمسك من رأى الخیار ومن أوجب اعتمد قوله تعالى «وأن احكم بينهم» ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على ان الذمي اذا سرق قطعت يده

﴿الباب الخامس﴾

واما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين في المجلس والايسمع من احدهما دون الآخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان انكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع شاهد واذا كان في مال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لا تجب اليمين الا بالخلطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعوى الى تعنيت بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك احواف المرأة اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذا احواف العبد سيده في دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بيئته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع الا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع في شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعني في أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى عليه فوجب

أن لا ينقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة لله وسبب الخلاف هل تنفيذ بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تزيد ذلك فن قال لا تنفيذ معنى زائدا قال لا معنى لها ومن قال تنفيذ اعتبرها فاذا قنا باعبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احدهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يكرر في ملك ذى الملك فالحكم عند مالك أن يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا ترجح عنه بالعدالة كما لا ترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعي ترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلابينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شهادة له ولذلك حمل دليله اضعف الدليلين اعنى البين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن أو بالبينة ان كان متهم فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاخره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعى ينتقض واما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فان كان قبل الحكم فلاكثران الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما نلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعى لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا المدينة وان اقرروا قيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم.

(الباب السادس)

واما متى يقضى فيها ما يرجع الى حال القاضى في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا خاما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى للقاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارس التي تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالمواوب فاتفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد النهى عنه واما

متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعين أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا فله مثل الاحباس والعق و لا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالمعز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذى استحق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع ثمنه على البائع وان كان يحتاج في رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراؤه منه ان انكره أو يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعى يشترطه منه فان عطب في يد المستحق فهو ضامن له وان عطب في اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف في ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقيل الحكم فهو من المستحق منه (قال القاضى) رضى الله عنه وينبغى أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الاحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضى به الاحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه وهذا المجلس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغى قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنن السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هي اجناس السنن التي تقتضى العدل في الاموال والتي تقتضى العدل في الابدان وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاحوال وتقويمها وهي التي يقصدها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجهه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذى هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والامر بالمعروف وهي المحبة

والبغضة اى الذبيلة التى تكون اما من قبل الاخلال بهذه السنن وامامن قبل
سوء المعتقد فى الشريعة واكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ماشذ
عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة
الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى
تثبيت هذه الفضائل كل الاكتاب قضية وبكاله
كل جميع الديوان والحمد لله كثيرا
على ذلك كما هو أهله

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين

قد تم بعون الله تعالى طبع هذا المؤلف الجليل الذى نفى شهرة مؤلفه عن نعمته
وكان جديرا أن يكون فى مقدمة الكتب المقرر تدريسها فى المعاهد الديلية لمنفعته
العظمى مع سهولة المأخذ وسلاسة العبارة هذا والله ارجو ان يعين من وقف على
طبعه طبعه غيره من نفائس الكتب

فهرست

الجزء الثاني

(من كتاب)

﴿ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ﴾

(للامام ابن رشد)

صفحة

- ٢ (كتاب النكاح : وفيه خمسة أبواب)
- (الباب الاول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل)
- المسألة الاولى في حكم النكاح
- ٣ د الثانية في خطبة النكاح
- د في حكم الخطبة على الخطبة
- د الرابعة حكم النظر الى المخطوبة
- الباب الثاني في موجبات صحة النكاح : وينقسم الى ثلاثة أركان
- الركن الاول في الكيفية : والنظر فيه في مواضع
- الموضع الاول . الاذن في النكاح
- ٤ الموضع الثاني فيمن المعتبر قبوله في صحة العقد
- ٦ الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا
- ٧ الركن الثاني الثاني في شروط العقد : وفيه فصول
- (الفصل الاول) في الاولياء : والنظر فيه أربع مواضع
- الموضع الاول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا
- ١٠ الموضع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
- الموضع الثالث في أصناف الولاية عند القائلين بها
- ١١ مطلب في سبب اختلافهم في الجدة وفيه مسائل
- المسئلة الاولى في حكم الابعد مع الاقرب

- ١٢ المسئلة الثانية فى غياب الولى الاقرب
- ١٢ المسئلة الثالثة فى حكم غيبة الاب عن ابنته البكر
- ١٣ الموضع الرابع فى عضل الاولياء
- ١٤ الفصل الثانى فى الشهادة
- ١٥ الفصل الثالث : فى الصداق وفيه مواضع
- الموضع الاول فى حكمه واركانه : وفيه أربع مسائل
- المسئلة الاولى فى حكمه
- الثانية فى قدره
- ١٧ • الثالثة فى جنسه
- ١٨ الموضع الثانى فى تقرر جيمه للزوجة
- ١٩ • الثالث فى تشطيره
- ٢٠ • الرابع مى التفويض : وفيه مسئلتان
- المسئلة الاولى فيما اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق
- ٢٢ المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
- الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة : وفيه خمس مسائل
- ٢٣ المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق خيراً الخ
- الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع
- الثالثة فيما اذا اشترط فى الصداق حياء الاب
- ٢٤ • الرابعة فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب
- الخامسة فى الرجل على نفسه فى الصداق
- الموضع السادس فى اختلاف الزوجية فى الصداق
- ٢٦ الركن الثالث فى معرفة محل العقد : وفيه أربعة عشر فصلاً
- ٢٧ (الفصل الاول) فى مانع النسب
- ٢٧ (الفصل الثانى) مانع المصاهرة : وفيه أربعة مسائل
- المسئلة الاولى فى بنت الزوجة
- الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة
- ٢٨ • الثالثة فى حكم الام المعقود على بنتها
- الرابعة فى أن هل الزنا موجب للتحريم كالوطء فى نكاح أم لا
- ٢٩ (الفصل الثالث) فى مانع الرضاع : وفيه تسعة مسائل

- ٢٩ المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن
- ٣٠ » الثانية في رضاع الكبير
- » الثالثة في المولود يقطع قبل الحولين ثم ترضعه امرأة
- ٣١ » الرابعة في حكم ما يصل الى الحلق من غير رضاع
- » الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره
- » السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الحلق أم لا
- » السابعة هل يصير الرجل الذي له اللبن أباً للمرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
- ٣٢ المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع
- » التاسعة في صفة الرضاع
- ٣٣ (الفصل الرابع) في مانع الزنا
- » الخامس في مانع العدد
- ٣٤ » السادس في مانع الجمع
- ٣٥ » السابع في موانع الرق
- ٣٦ » الثامن في مانع الكفر
- ٣٧ » التاسع في مانع الاحرام
- ٣٨ » العاشر في مانع المرض
- » الحادى عشر في مانع ائعدة
- ٣٩ » الثانى عشر في مانع الزوجية : وفيه مستثنان
- ٤٠ المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان
- المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدها قبل الآخر
- ٤١ (الباب الثالث) في موجبات الخيار فى النكاح : وفيه أربعة فصول
- (الفصل الاول) فى خيار العيوب
- ٥٢ » الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة
- ٤٣ » الثالث فى خير الفقد
- ٤٤ » الرابع فى خيار العتق
- (الباب الرابع) فى حقوق الزوجية
- ٤٥ (الباب الخامس) فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
- مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة — الاول منها نكاح الشغار

- ٤٧ الثاني نكاح المتعة
- الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
- ٤٨ الرابع نكاح المحلل
- مطلب فى الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع
- مطلب فى حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت
- ٥٠ (كتاب الطلاق) وينحصر فى أربع حل
- الجملة الاولى فى أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب
- (الباب الاول) فى أن الطلاق بائن ورجعى : وفيه ثلاثة مسائل
- المسئلة الاولى فى حكم الطلاق بلفظ الثلاث
- ٥١ « الثانية فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
- ٥٢ « الثالثة فى كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق
- (الباب الثانى) فى معرفة الطلاق السنى من البدعى : وفيه ثلاث مواضع
- الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاقا فى العدة
- ٥٣ الموضع الثانى هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
- ٥٣ الموضع الثالث فى حكم من طلق وقت الحيض . وفي هذا الموضع أربع مسائل
- ٥٣ المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
- ٥٤ « الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
- ٥٤ « الثالثة متى بوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب
- ٥٤ « الرابعة متى يقع الاجبار
- ٥٥ (الباب الثالث) فى الخلع وفيه أربعة فصول
- ٥٥ (الفصل الاول) فى جواز وقوعه
- ٥٥ (الفصل الثانى) فى شروط جواز وقوعه . وفيه أربع مسائل
- ٥٦ المسئلة الاولى فى مقدار ما يجوز ان تخلع به
- ٥٦ « الثانية فى صفة العوض
- ٥٦ « الثالثة فيما يرجع الى احوال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز
- ٥٦ « الرابعة فىمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له

- ٥٧ (الفصل الثالث) في نوع الخلع أعنى هل هو طلاق أو فسخ
- ٥٨ (الفصل الرابع) فيما يلحق الخلع من الاحكام
- ٥٨ (الباب الرابع) في تمييز الطلاق من الخلع
- ٥٩ (الباب الخامس) في التخيير والتملك
- ٦٠ الجملة الثانية في أركان الطلاق . وفي هذه الجملة ثلاث أبواب
- ٦١ (الباب الاول) في ألفاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
- ٦١ (الفصل الاول) في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة
- ٦١ مطلب فاما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان
- ٦٢ المسئلة الاولى ما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها
- ٦٢ « الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
- ٦٥ (الفصل الثاني) في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة
- ٦٧ (الباب الثاني) في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
- ٦٩ (الباب الثالث) فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
- ٧٠ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق وفي هذه الجملة بابان
- ٧٠ (الباب الاول) في احكام الرجعة في الطلاق الرجعى
- ٧١ (الباب الثاني) في أحكام الارتياع في الطلاق البائن
- ٧٣ الجملة الرابعة في أحكام المطلقات وفيها بابان
- (الباب الاول) في العدة وفيه فصلين
- (الفصل الاول) في عدة الزوجات وينقسم الى نوعين
- النوع الاول في معرفة العدة
- ٧٧ مطلب واما الزوجات غير الحرائر (١)
- ٧٨ النوع الثاني في معرفة أحكام العدة
- ٧٩ مطلب في الكلام على عدة الموت
- مطلب في الحامل يتوفى عنها زوجها
- ٨٠ الباب الثاني في المتعة
- ٨١ باب في بعث الحكمين

- ٨٢ (كتاب الايلاء . وفيه عشر مسائل)
- ٨٣ المسئلة الاولى في اختلافهم هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة أشهر المضروبة بالنص للمولى أم لا
- المسئلة الثانية في اليمين التي يكون بها الايلاء
- الثالثة في حقوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء
- ٨٤ • الرابعة في مدة الايلاء
- الخامسة في الطلاق الذي يقع بالايلاء
- السادسة هل يطلق القاضي اذا أبى النفي أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق
- السابعة هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها
- ٨٥ • الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها
- التاسعة واما ايلاء العبد
- ٨٦ • العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطأ في العدة ام لا
- ٨٥ (كتاب الظهار . وفيه سبعة فصول)
- ٨٦ (الفصل الاول) في نطق الظهار
- الثاني في شروط وجوب الكفارة
- ٨٨ • الثالث فيمن يصح فيه الظهار
- ٨٩ • الرابع فيما يحرم على المظاهر
- ٩٠ • الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح
- السادس هل الايلاء عليه
- ٩٢ • السابع في أحكام كفارة الظهار
- ٩٤ (كتاب اللعان . ويشتمل على خمسة فصول)
- ٩٥ (الفصل الاول) في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها
- ٩٧ • الثاني في صفات المتلاعنين
- الثالث في صفة اللعان
- ٩٨ • الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه
- ٩٩ • الخامس في الاحكام اللازمة لتبام اللعان
- ١٠٠ (كتاب الاحداد)
- ١٠٢ (كتاب البيوع : وينقسم الى ستة أجزاء)

- ١٠٢ الجزء الاول في تعريف انواع البيوع المطلقة
- ١٠٣ » الثاني في تعريف أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة وفيه ابواب
- » الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع
- وأما ما حرم بيعه وليس بنجس
- ١٠٥ (الباب الثاني) في بيع الربا وينحصر في أربعة فصول
- (الفصل الاول) في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا المساواة
- ١٠٩ » الثاني في معرفة الاستياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها المساواة
- » الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا
- ١١١ » الرابع في معرفة ما يعد صنفًا واحداً مما لا يعد صنفًا واحداً
- ١١١ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم
- » واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالملك
- ١١٣ » ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالخطئة مثلاً بمنزلة
- فصل وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس الخ
١١٥. باب في بيع الذرائع الربوية
- ١١٥ مسألة في بيع الشيء بثمن ثم تشتره بأكثر منه
- ١١٧ مطلب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة فصول
- ١١٨ (الفصل الاول) فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
- ١١٩ » الثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط
- ١٢٠ » الثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيفاً وجزأفاً
- ١٢١ (الباب الثالث) في البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر
- ١٢٧ فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها ففيها مسائل
- ١٣١ (الباب الرابع) في بيع الشروط والثمن
- ١٣٥ (الباب الخامس) في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن
- ١٣٦ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان للبيع الخ
- فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي
- ١٣٧ فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش الخ
- ١٣٨ (الباب السادس) في النهي من قبل وقت العبادات
- ١٣٩ القسم الثاني في الأسباب والشروط المصححة للبيع: وفيه ثلاثة أبواب
- (٢٦٦ ج - ٢)

صحيفة

١٣٩ (الباب الاول) في العقد وفيه أركان

الركن الاول في صيغ العقد

١٤١ » الثاني في المعقود عليه

» الثالث في العاقدين

١٤٢ القسم الثالث القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة : وفيه أربع جل

الجملة الاولى في أحكام وجود العيب في المبيعات : وفيها بابان

١٤٢ (الباب الاول) في أحكام العيوب في البيع المطلق : وفيه خمسة فصول

١٤٣ الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها حكم بوجود العيب من التي لا يجب ذلك فيها

— » الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكمة وما شرطها الموجب للحكم

فيها وفي هذا الفصل نظران

— النظر الاول في العيوب التي توجب الحكمة

١٤٤ » الثاني في الشرط الموجب له

١٤٦ (الفصل الثالث) في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير

— فصل وإذا قد قلنا ان المشتري الخ

١٤٧ مطلب وأما المسئلة الثانية في رجلين يتناحان شيئا واحدا الخ

— (الفصل الرابع) في معرفة أصناف التغييرات الحادثة عند المشتري وحكمها

١٤٩ باب في طرود النقصان

١٥٠ (الفصل الخامس) في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين

١٥١ (الباب الثاني) في بيع البراءة

١٥٣ القول في الجوائح وينحصر في أربعة فصول

١٥٤ (الفصل الاول) في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح

— » الثاني في محل الجوائح من المبيعات

— » الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه

١٥٥ » الرابع في الوقت الذي توضع فيه

— الجملة الثالثة في تبعات المبيعات : وفيه مسئلتان

— المسئلة الاولى في بيع النخل وفيها النمر

١٥٦ » الثانية في بيع مال العبد

١٥٧ الجملة الرابعة في اختلاف المتبايعين

- ١٥٨ القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع
 ١٦٠ (كتاب الصرف : وفيه مسائل)
 ١٦١ المسئلة الاولى فى بيع الذهب بالذهب وحكمه
 ١٦٢ المسئلة الثانية فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة
 --- المسئلة الثالثة فى شرط الصرف
 — » الرابعة فى من اصطرف دراهم بدنانير الخ
 ١٦٣ » الخامسة أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة فى الذهب الخ
 ١٦٤ » السادسة فى الرجلين يكون لاحدهما على الآخر دنانير وللاخر عليه دراهم
 ١٦٥ » السابعة فى البيع والصرف فى مذهب مالك
 — » (كتاب السلم : وفيه ثلاثة أبواب)
 — » الباب الاول فى محله وشروطه
 ١٦٦ مطلب وأما شروطه فنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها
 ١٦٨ (الباب الثانى) فيما يجوز من المسلم بدل ما انعقد عليه المسلم : وفيه مسائل
 — مسئلة فيمن أسلم فى ثىء من الثمر وتعذر تسليمه
 ١٦٩ » فى مبيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه
 ١٧٠ » فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه الخ
 — » فيما اذا ندم المتبتاع فى السلم فطلب الاقالة
 — » فيما اذا كان لرجل على رجل الى أجل الخ
 ١٧١ مسئلة فيمن أسلم الى آخر او باع منه طعاما على مكيلة ما الخ
 — (الباب الثالث) فى اختلاف المتبايعين فى السلم
 ١٧٢ (كتاب بيع الخيار والنظر فى أصول هذا الباب . وفيه مسائل)
 ١٧٤ مطلب وأما المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا
 ١٧٥ » » » السادسة فيمن يصح خياره
 ١٧٦ (كتاب بيع المراجعة : وفيه بابان)
 — (الباب الاول) فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز
 ان يبنى عليه الرىخ
 ١٧٧ (الباب الثانى) فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خير البائع بالثمن

صحيفة

- ١٧٨ (كتاب بيع العرية)
١٨١ (كتاب الاجارات : ويقسم الى قسمين
— القسم الاول في انواعها وشروط الصحة والفساد
١٨٤ مطلب وأما اجارة المؤذن الخ
١٨٨ القسم الثانى في معرفة أحكام الاجارات : وينحصر في جملتين
١٨٨ الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارىء عليه
١٨٩ « الثانية في أحكام الطوارئ وفيها ثلاثة فصول
— (الفصل الاول) منه وهو النظر في الفسوح
١٩٠ « الثانى وهو النظر في الضمان
١٩٢ « الثالث وهو النظر في الاختلاف
١٩٤ (كتاب الجملى)
١٩٥ (كتاب القراض : وفيه ثلاثة أبواب)
— (الباب الاول) في محله
١٩٦ « الثانى في مسائل الشروط
١٩٨ القول في احكام القراض
١٩٩ « « الطوارئ
٢٠٠ « « القراض الفاسد
٢٠١ « في اختلاف المتقارضين
(كتاب المساقات)
— القول في جواز المساقاة
٢٠٢ القول في صحة المساقاة : وفيه أربعة أركان
— الركن الاول في محل المساقات
٢٠٤ الركن الثانى فى العمل
٢٠٥ الركن الثالث فى صفة العمل الذى تنعقد عليه
الركن الرابع فى المدة التى يجوز فيها وتنعقد عليها
٢٠٦ القول فى أحكام الصحة فى المساقاة
٢٠٧ أحكام المساقاة الفاسدة
(كتاب الشرقة)

- ٢٠٨ القول في شركة العنان وفيه ثلاثة أركان
- ٢٠٨ الركن الاول محلها من الاموال : وفيه ثلاث مسائل
- المسئلة الاولى فيما اذا اشتركت في صنفين من العروض
- المسئلة الثانية فيما اذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النماء
- ٢٠٩ المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد
- الركن الثانى في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه
- الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال
- ٢١٠ القول في شركة المفاوضة
- القول في شركة الابدان
- ٢١١ القول في شركة الوجوه
- القول في أحكام الشركة الصحيحة
- ٢١٢ (كتاب الشفعة : وفيه قسمان)
- القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه
- الركن الاول في الشافع
- ٢١٣ الركن الثانى في المشفوع عليه
- ٢١٤ » الثالث في المشفوع فيه
- » الرابع في الاخذ بالشفعة : وفيه مسائل
- ٢١٥ المسئلة الاولى في كيفية توزيع المشفوع فيه
- ٢١٦ » الثانية في الاشتراك الذين هم عصبه في الشفعة
- ٢١٨ القسم الثانى في أحكام الشفعة
- ٢١٩ (كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب)
- (الباب الاول) في انواع القسمة
- القسم الاول من هذا الباب في قسمة رقاب الاموال
- ٢٢٠ القسم الثانى وأما الرقاب فتتقسم الى ثلاثة اقسام
- (الفصل الاول) في الرباع والاصول
- ٢٢٢ » الثانى في العروض
- » الثالث في المكيل والموزون
- ٢٢٣ القول في القسم الثانى وهو قسمه المنافع

محيقة

٢٢٤ د في الاحكام والقسمة من العقود اللازمة

٢٢٥ (كتاب الرهن)

- الركن الاول في الرهن

٢٢٦ د الثانى في الرهن

- الثالث في المرهون فيه

٢٢٧ القول في الشروط

٢٢٨ د في الاحكام

- مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلافهم في تمام الرهن المنفصل

٢٣١ (كتاب الحجر : وفيه ثلاثة أبواب)

- (الباب الاول) في أصناف المحجورين

٢٣٢ د الثانى متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم

٢٣٤ الباب الثالث في معرفة احكام افعالهم في الرد والاجازة

٢٣٥ (كتاب التفليس)

٢٤٣ (كتاب الصلح)

٢٤٤ (كتاب الكفالة)

٢٤٧ (كتاب الحوالة)

٢٤٩ (كتاب الوكالة . وفيها ثلاثة أبواب)

- (الباب الاول) في اركانها . الركن الاول في الموكل

٢٥٠ الركن الثانى في الوكيل وشروطه

- الركن الثالث فيما فيه التوكيل

٢٥٠ الركن الرابع في معنى الوكالة

- (الباب الثانى) في أحكام الوكالة

٢٥١ (الباب الثالث) في مخالفة الموكل للوكيل

٢٥٢ (كتاب اللقطة - والنظر فيه في جملتين)

- الجملة الاولى في أركانها

٢٥٣ الجملة الثانية في أحكامها

٢٥٦ باب في المقيطة والنظر في أحكام الالتقاط والملتقط

محتبة

- ٢٥٧ (كتاب الوديمة)
٢٥٩ (كتاب العارية)
٢٦٢ (كتاب الفصب وفيه بابان . الاول في الضمان وفيه اركان)
- الركن الاول في بيان الموجب للضمان
- الثاني فيما يجب فيه الضمان
٢٦٣ - الثالث في اواجب في الفصب والواجب على الفاصب
- (الباب الثاني) في الطوارئ على المفصوب
٢٧٠ (كتاب الاستحقاق واحكامه)
٢٧١ (كتاب الهبة)
٢٧٤ القول في انواع الهبات
٢٧٦ د في احكام الهبات
٢٧٧ (كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم الى قسمين)
- القسم الاول النظر في الاركان - الركن الاول الموصى
٢٧٨ القول في الموصى به
٢٧٩ د في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية
- د في الاحكام وهو القسم الثانى
٢٨٩ « كتاب الفرائض »
٢٨٢ مطلب في ميراث الصلب
٣٨٤ مطلب في ميراث الزوجات
د في ميراث الاب والام
٣٨٥ د في ميراث الاخوة للام
٢٨٦ د في ميراث الاخوة للاب والام أو للاب
٢٨٧ د في ميراث الجد
٢٩٠ د في ميراث الجدات
٢٩٢ باب في الحجب
٣٠٠ د في الولاء وفيه مسائل مشهورة
المسئلة الاولى في أن من أعنتق عبده عن نفسه فان ولائه له
د الثانية فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولائه له أو لا

صحيفة

- ٣٠١ المسئلة الثالثة فيما اذا قال السيد لعهده أنت سائبة
» الرابعة في العبد المسلم اذا اعتقه النصراني
المسألة الخامسة في ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة لولاء الامن باشرن عتقه بانفسهن
٣٠٢ مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
٣٠٣ (كتاب العتق)
٣١٠ (كتاب الكتابة)

القول في مسائل العقد

- ٣١٣ » في المكاتب - وفيه خمسة أجناس
٣١٤ الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
٣١٥ » الثاني متى يرق المكاتب
٦١٣ » الثالث في حكم المكاتب اذا مات قبل أن يؤدي الكتابة
٣١٧ » الرابع فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل
— » الخامس فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر
٣١٩ مطلب في شروط الكتابة
٣٢١ (كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه)
٣٢١ الركن الاول في أركانه
وأما أحكامه فاصولها راجعة الى أجناس خمسة
٢٢٣ الجنس الاول مما اذا يخرج المدبر
» الثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه
٣٢٤ » الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه
٣٢٥ » الرابع في مبهلات التدبير الطارئة عابه
» الخامس في أحكام تبعيض التدبير
(كتاب أمهات الاولاد : وفيه مسائل)
٣٢٧ (كتاب الجنابات)
٣٢٨ (كتاب القصاص : وينقسم الى قسمين)
القسم الاول القصاص في النفوس
القول في شروط القاتل

صحيفة

- ٢٢٢ القول في الموجب
٢٣٠ القول في القصاص
٢٣٦ كتاب الجراح
— القول في الجراح
— د في المجروح
٢٢٧ د في الجرح
٢٣٨ مطلب متى يستفاد من الجرح
٢٣٩ (كتاب الديات في النفوس)
٢٤٤ مطلب ومما يدخل في هذا الباب دية الجنين
٢٤٧ (كتاب الديات فيما دون النفس)
٢٤٩ القول في ديات الاعضاء
٢٥٤ (كتاب القسامة وفيه مسائل)
— المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على الجملة
٢٥٥ المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة فيما يجب بها
٢٥٦ المسئلة الثالثة اختلافهم فيمن يبدأ بالايمان التحسين
٢٥٧ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند القائلين بها
٢٥٩ (كتاب الاحكام في الزنا)
— (الباب الاول) في تعريف الزنا
٢٦٠ (الباب الثانى) في أصناف الزناة
٢٦٣ (الباب الثالث) في العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما يثبت به الزنا
٢٦٥ (كتاب القذف)
٢٦٨ باب في شرب الخمر والكلام على هذه الجناية
٢٦٩ فصل واما بماذا يثبت هذا الحد النخ
— (كتاب السرقة)
٣٧٣ فصل وأما جنس المسروق فان العلماء النخ
٣٧٤ القول في الواجب في هذه الجناية
٣٧٦ القول فيما تثبت به السرقة
— «كتاب الحراة وفيه ابواب»

محمدة

- ٣٧٧ « الباب الاول » النظر في الحرابة
— « الباب الثاني » النظر في المحارب
— « الباب الثالث » فيما يجب على المحارب
٣٧٨ (الباب الرابع) في مسقط الواجب عنه وهي التوبة
— (الباب الخامس) بماذا تثبت هذه الجناية
٣٨٠ فصل في حكم المحاربين على التأويل
— باب في حكم المرتد
٣٨١ (كتاب الاقضية) وفيه ستة أبواب
— (الباب الاول) في معرفة من يجوز قضاؤه
٣٨٢ (الباب الثاني) في معرفة ما يقضى به
٣٨٣ (الباب الثالث) في معرفة ما يقضى فيه وفيه فصول
— الفصل الاول في الشهادة
٣٨٦ الفصل الثاني في الايمان
٣٨٨ الفصل الثالث في النكول
٣٩٥ الفصل الرابع في الاقرار
٣٩٠ (الباب الرابع) في معرفة من يقضى عليه أوله
٣٩١ (الباب الخامس) في كيفية القضاء
٣٩٢ (الباب السادس) في وقت القضاء

(تمت الفهرست)



ورد لنا الجواب الآتى من صاحب الامضاء يقرظ فيه ابن رشد وكتابه فنشرناه
هنا للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سیدی

سلاما واحتراما وبعد فان كتاب ابن رشد الذى بعثتموه من مرقدہ وأنبتموه نباتا
حسنا قد وقع منا مواقع الماء من ذى الغلة الصادى وأكبرنا روح ذلك الفليسوف العظيم
فقباما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع
الكتاب ولا زلت سباق غايات منقبا عما ينفع أمتك ووطنك حائزا شكرا للجميع

﴿ وهاهي الكلمة ﴾

الى الحكيم الراقد فى جدته الهانىء بمضجته تحفه مسحة من النور الالهى وعليه
حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمت لله أنت أيتها
الروح الخالدة المائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالى وطلعت علينا
طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالقبت
أصاب أرضا قابلة فأنبتت السكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

أقت فينا ماشاء الله أن تقوى وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق في كل
نفس ثم عدت سيرتك الاولى

بسم الله مجراك ومرسالك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أى جوحواك
وأى آمال وسعتك وأى جسم تحمل ما ترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت فى مرادها الاجسام

بيننا نراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها
وأعلنتك درها وأهملتك خبرها فلا يظن انك تعلمين غيرها اذا انت وقد وضعتك الشريعة
بين الحمما والفؤاد وسهت لك حزنونها ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه وسائغا شرابه
وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد
ضمن الدر الا انه كلم

أنزه في رياض العلم نفسى ☆ وأغدو في مسارحها وأمسى
أمتع ناظري فيما حوته ☆ وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الراح عندي ☆ ومن خد الأطباء خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمت روضا ☆ به قد غبت عن نفسى وحسى
كان خلال أسطره بحارا ☆ تدفق بالمعارف بمد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشد) ☆ وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا ☆ كما طرد الدجنة ضوء شمس
محمد أحمد عرفه



