

بَدَائِعُ الْمُجْتَهَدِ وَنَهَايَةُ الْمُقْنَصِدِ

للامام القاضى ابى الوئيد
محمد ابن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبى الاندلسى
الشهير بـ « ابن رشد الحفيد » المتوفى سنة ٥٩٥ هـ رحمه الله
تعالى

الجزء الثانى

راجع اصوله وعلق عليه الاستاذ
عبد الحليم محمد عبد الحليم
خريج كلية اللغة العربية جامعة الازهر

يطلب من

دار الكتب الاسلامية لصاحبها توفيق عفيفى عامر

١٤ شارع الجمهورية عابدين ت : ٢٩٠٠٨٢٨

الطبعة الثانية

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

جميع الحقوق محفوظة للناسر

« من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »

عائشة زهراء بنت أبي طالب رضى الله عنها حديث شريف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب : الباب الأول : في مقدمات النكاح • الباب الثاني : في موجبات صحة النكاح • الباب الثالث : في موجبات الخيار في النكاح • الباب الرابع : في حقوق الزوجية • الباب الخامس : في الأنكحة المنهى عنها والفسادة •

الباب الأول

في مقدمات النكاح

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح ، وفي الخطبة على الخطبة ، وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب اليه ، وهم الجمهور ، وقال أهل الظاهر : هو واجب ، وقالت المتأخرة من الماكية : هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب اليه ، وفي حق بعضهم مباح ، وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »^(١) وفي قوله عليه الصلاة والسلام « تناكحوا فانى مكائر بكم الأمم » وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الاباحة • فأما 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

(١) النساء : ٣ •

الذي يسمى المرسل ، وهو الذي ليس له أصل معين يستند اليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به .

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي ﷺ فقال الجمهور انها ليست واجبة ، وقال داود هي واجبة . وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فأما الخطبة على الخطبة ، فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أو لا يدل . وان كان يدل ففي أى حالة يدل ؟ فقال داود يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ ، وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ، وقال ابن القاسم : انما معنى النهي اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما ان كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا في أول الخطبة ، بدليل حديث فاطمة بنت قيس « حيث جاءت الى النبي ﷺ فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها ، فقال : أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، ولكن انكحى أسامة » .

وأما النظر الى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط ، وأجاز نلك غيره التي جميع البدن عدا السواتين ، ومنع ذلك قوم على الاطلاق ، وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين . والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيدا : أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى « ولا يبدين زيتهن الا ما ظهر منها » (١) انه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر الى النساء .

الباب الثانى

فى موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان : الركن الأول : فى معرفة كيفية هذا العقد • الركن الثانى : فى معرفة محل هذا العقد • الثالث : فى معرفة شروط هذا العقد •

(الركن الأول) فى الكيفية • والنظر فى هذا الركن فى مواضع : فى كيفية الاذن المنعقد به ، ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل ان تراخى القبول من أحد المتعاقدين ازم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ •

(الموضع الأول) الاذن فى النكاح على ضربين : فهو واقع فى حق الرجال والشيبة من النساء بالألفاظ ، وهو فى حق الأبكار المستأذونات واقع بالسكوت : أعنى الرضا • وأما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعى أن اذن البكر اذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق ، وانما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها واذنها صماتها » واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ الترويج • واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو الترويج • وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن أحقه بالعقود التى يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو الترويج ، ومن قال : ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك ، أعنى أنه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعى مشاركة •

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد ، فإنه يوجد في الشرع على ضربين : أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعنى الزوج والزوجة ، أما مع الولي ، وأما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثاني يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصي 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 الوصي محجوره ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب .

وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقته الملاذ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام « والثيب تعرب عن نفسها » إلا ما حكى عن الحسن البصري .

واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهراً منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للاب فقط أن يجبرها على النكاح ، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها ، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للمعوم ، وذلك أن ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « لا تنكح اليتيمة إلا باذنها » وقوله « تستأمر اليتيمة في نفسها » خرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة ، وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور « والبكر تستأمر » يوجب بمعومه استثمار كل بكر .

والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : « والبكر يستأذنها أبوها » وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالا : يجبرها الأب على الزكاح ، وقال الشافعي : لا يجبرها ، وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول أن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ، 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 غيره عنه .

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا باذنها » يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن » يدل بعمومه على ما قاله الشافعي . ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الاجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شادا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال الصغر قال : لا تجبر البكر البالغ ، ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ، ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة ، والثاني لتعليل الشافعي ، والثالث لتعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة .

واختلفوا في الثبوبة التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنها الثبوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنا ولا بغصب ، وقال الشافعي :

كل ثبوتة ترفع الاجبار . وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثبوتة الشرعية أم بالثبوتة اللغوية ؟ واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت « أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضی الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح أبي بكر أبيها رضی الله عنه » الا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة .

واختلفوا من ذلك في مسألتين: احدهما هل يزوج الصغيرة غير الأب؟ والثانية هل يزوج الصغير غير الأب؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا؟ فقال الشافعي: يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط، وقال مالك: لا يزوجها الا الأب فقط، أو من جعل الأب 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 أن قوله عليه الصلاة والسلام « والبكر تستأمر واذنها صماتها » يقتضى العموم فى كل بكر الا ذات الأب التى خصصها الاجماع، الا الخلاف الذى ذكرناه، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب فى هذا المعنى، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط، لأنه فى معنى الأب اذ كان أبا أعلى، وهو الشافعي، ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للاب فى ذلك غير موجود لغيره، اما من قبل أن الشرع خصه بذلك، واما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره، وهو الذى ذهب اليه مالك رضی الله عنه، وما ذهب اليه أظهر « والله أعلم » الا أن يكون هناك ضرورة . وقد احتج الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى: « وان خفتم الا تفسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء »^(١) قال: واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة .

والفريق الثانى قالوا : ان اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة » والمستأمرة هي من أهل الأذن وهي البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ، وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لهما بقوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة في نفسها » قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ، فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : ان هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئمار ، وأما الصغيرة فمسكوت عنها .

وأما : هل يزوج الولي غير الأب الصغير ؟ فان مالكا أجازة للوصي ، وأبا حنيفة أجازة للأولياء ، الا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ، وقال الشافعى : ليس لغير الأب انكاحه . وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب . فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولادة لا يوجد في غير الأب لم يجز ذلك ، ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ، ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا .

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فان الجمهور على أنه لا يجوز ، وقال أبو ثور يجوز . والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار ، والبيوع التي يجوز فيها الخيار ، أو نقول ان الأصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل ، أو نقول ان أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها ، لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ، ولأن الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازة قوم ، وذلك مثل أن يتكح الولي امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، ومن منعه مطلقا الشافعى ، ومن أجازة

مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير للملك .
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
الأول : في الأولياء . الثاني : في الشهود . الثالث : في الصداق .

الفصل الأول

في الأولياء

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

(الموضوع الأول) اختلاف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة
النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك الى أنه لا يكون النكاح الا بولي ،
وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعي ، وقال
أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهرى : اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي
وكان كفؤا جاز ، وفرق داود بين البكر والشيب فقال باشتراط الولي في
البكر وعدم اشتراطه في الشيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك
في الولاية قول رابع : أن اشتراطها سنة لا فرض ، وذلك أنه روى عنه
أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة
أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الشيب
وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة ،
بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك .

أعنى أنهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام .
وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية
في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنة التي جرت

العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة . وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك . والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل . لأن الأصل براءة الذمة . ونحن نورد ههنا ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك . فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى : « فبئس أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » (١) قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم في الولاية لما نهوا عن العضل . وقرله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » (٢) قالوا :

وهذا خطاب الأولياء أيضا : ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل [ثلاث مرات] وان دخل بها فالمهر 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 » (٣) قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الشعلة فقال : « أن ينكحن أزواجهن » : « حتى تنكح زوجا غيره » (٤) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها » وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع .

فأما قوله تعالى : « فبئس أجلهن فلا تعضلوهن » فليس فيه

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(٤) البقرة : ٢٣٠ .

(١) البقرة : ٢٣٢ .

(٣) البقرة : ٢٣٤ .

أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد ، لا حقيقة ولا مجازا ، أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم ، وكذلك قوله تعالى : « **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا** » (١) هو أن يكون خطابا لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطابا للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولى الأمر . فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولى الأمر ، فان قيل ان هذا عام والعالم يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل ان هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع ، والمنع بالشرع ، فيستوى فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الأجنبي ، ولو قلنا انه خطاب للأولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيره 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 ولي له ، ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فان المقصود من الآية ليس هو حكم وانما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم .

وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به . وأيضا فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولي لمن لها ولي : أعنى المولى عليها ، وان سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها ، أعنى أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الأظهر منه أنه اذا اذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح اشهاد المولى

معيها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى : « فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف » (١) فإن المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس هنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح . فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، 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 لعمرى ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر ، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت شعري تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقا هذا 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 : « (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) » (٢) على أن الولي هو الذي يلي العقد . وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري .

وحكى ابن عليه 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 بولي وشاهدي عدل » ولكنه مختلف في رفعه . وكذلك اختلفوا أيضا في صحة الحديث الوارد « في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(١) البقرة : ٢٣٤ .

أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحمتم ، وذلك أنه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكفى به فى التصرف فى المال ، ويشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجوزة فى هذا المعنى على التأبىء ، مع أن ما يلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها ، لكن يكفى فى ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسألة محتملة كما ترى ، لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبيين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فاذا كان لا يجوز عليه ، عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى فى هذه المسألة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه عليه السلام تواترا أو قريبا [من] التواتر ثم لم ينقل ، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : اما أنه ليست الولاية شرطا فى صحة النكاح وانما للأولياء الحسبة فى ذلك ، واما ان كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الأبعد مع وجود الأقرب .

* * *

(الموضع الثانى) وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سواها أضرار هذه : أعنى الكفر والصغر والأنوثة ، واختلفوا فى ثلاثة : فى العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشد فالمشهور فى المذهب : أعنى عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها ، وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى ، ويقول الشافعى قال أشهب وأبو معصب .

وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيدا فى المال ، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لا بد من

الرشد في المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعنى أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاة لها . وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى : أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاة . وقد يمكن أن يقال ان الحالة التي بها يختار الأولياء لمولياتهم الكفاء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم ، وهذه هي موجودة بالطبع ، وتلك العدالة الأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند الفائلين بها فهي نسب وسultan ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصى ، فقال مالك : يكون الوصى وليا ، ومنع ذلك الشافعى . وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستتاب فيها . أم ليس يمكن ذلك ؟ .

ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، لكن الجمهور على جوازها ، الا أبو ثور ، ولا فرق بين الوكالة والايضاء ، لأن الوصى وكيل بعد الموت ، والوكالة تنتقطع بالموت . واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب ، فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن ، فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وان سفلوا ثم الآباء ثم الاخوة للأب والأم ، ثم للأب ثم بنو الاخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وان علوا .

وقال المغيرة : الجد وأبوه أولى من الأخ ، وابنه ليس من أصل ، ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والموصى عنده أولى من ولى النسب : أعنى وصى الأب . واختلف أصحابه فيمن هو أولى : وصى الأب أو ولى النسب ؟

فقال ابن القاسم : الوصى أولى ، مثل قول مالك ، وقال ابن الماجشون

وابن عبد الحكم ، الولي أولى ، وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفي تقديم الاخوة على الجد فقال : لا ولاية للابن ، وروى عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن ، وقال أيضا : الجد أولى من الأخ ، وبه قال المغيرة ، والشافعي اعتبر التعصيب ، أعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر « لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذى الرأي من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث أم سلمة « أن النبي ﷺ أمر ابنها أن ينكحها اياه » ولأنهم اتفقوا : أعنى مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للأُم ، والولاء عندهم للعصبة .

وسبب اختلافهم فى الجَد هو اختلافهم فىمن هو أقرب : هل الجد أو الأخ ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة : أحدها : اذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب والثانية : اذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية الى الأبعد أو الى السلطان ؟ . والثالثة : اذا غاب [الأب] عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل ؟ .

(فأما المسألة الأولى) فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : ان زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده قتيما عدا الأب فى ابنته البكر والموصى فى محجورته ، فانه لا يختلف قوله أن النكاح فى هذين مفسوخ . أعنى تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الموصى المحجورة مع حضور الموصى ، وقال الشافعي : لا يعتقد أحد مع حضور الأب لا فى بكر ولا فى ثيب .

وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى : أعنى ثابتا بالشرع فى الولاية . أم ليس بحكم شرعى ؟ وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب . أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ، ومن رأى أنه حكم شرعى ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فان أجازاه الولي

جاز ، وان لم يجزه انفسخ ، ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ،
وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب : أعنى أن يكون النكاح منفسخا غير
منعقد .

* * *

(وأما المسألة الثانية) فان مالكا يقول : اذا غاب الولى الأقرب
انتقلت الولاية الى الأبعد ، وقال الشافعي : تنتقل الى السلطان . وسبب
اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف
عندهم فى انتقالها فى الموت .

* * *

(وأما المسألة الثالثة) وهى غيبة الأب عن ابنته البكر ، فان فى
المذهب فيها تفصيلا واختلافا ، وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة
أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت الى النكاح اما لعدم
النفقة ، واما لما يخاف عليها من عدم الصون . واما للأميرين جميعا ، فانفق
المذهب على أنه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الوضع أو
أسيرا وكانت فى صون وتحت نفقة أنها ان لم تدع الى التزويج لا تزوج
وان دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع
العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيدا ، فقيل تزوج وهو قول مالك ، وقيل
لا تزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدت النفقة أو كانت
فى غير صون فانها تزوج أيضا فى هذه الأحوال الثلاثة : أعنى فى الغيبة
البعيدة ، وفى الأسر ، والجهل بمكانه ، وكذلك ان اجتمع الأمران فاذا كانت
فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ، ولم يختلفوا فيما أحسب
أنها لا تزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته ، وليس يبعد
بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت
وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الوضع قريبا .

وإذا قلنا انه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ، فان جعلت
امراة 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 إذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما • واختلفوا إذا دخل الثاني ، فقال قوم هي للأول ، وقال قوم هي للثاني ، وهو قول مالك وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم ، وأما أن أنكحها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف • وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أولا اعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « أيما امرأة أنكحها وليان فهي للأول منهما » فعموم هذا الحديث يقتضى أنها للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل ، ومن اعتبر الدخول فتشبيها بقوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف • وأما ان لم يعلم الأول 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 الأولياء) واتفقوا على أنه ليس للولى أن يعضل وليته إذا دعت الى كفاء وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ، 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 أن تمنع نفسها من انكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر • أما غير البالغ باتفاق ، والبالغ والثيب 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 إذا زوجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها أن 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 الموالى من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى : « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » (١) وقال سفيان الثوري وأحمد : لا تزوج العربية من مولى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تزوج قرشية الا من قرشى ، ولا عربية الا من عربى . والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك » فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « فعليك بذات الدين تربت يمينك » ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال ، وأنه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع . وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الأب ابنته البكر ، أعنى اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فماله عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة .

أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخيير الأمة اذا عتقت . وأما مهر المثل فان مالكا والشافعى يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل : أعنى البكر ، وأن الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ، وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة . وسبب اختلافهم أما في الأب فلاختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا؟ وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتهم المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا ترتفع عنها في التصرف في النكاح ، والصداق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة ، وهى هل يجوز للمولى

أن ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك ؟ فممنع ذلك الشافعي قياسا على الحاكم والشاهد ، أعنى أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة في ذلك الا ما روى من « أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي » لأن ابنها كان صغيرا ، وما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقتها عتقها . والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى ﷺ ، ولكن تردد قوله في الامام الأعظم .

الفصل الثاني

في الشهادة

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح . واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان 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 أو الانكار ؟ فمن قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ، ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل في هذا ما روى عن ابن عباس « لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد » ولا مخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدارقطني ، وذكر أن في سنده ، مجاهيل ، وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ، لأن المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط ، والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعنى الاعلان والقبول ، واذلك اشترط فيها العدالة ، وأما مالك فليس تتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان وسبب اختلافهم هل

ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟ والأصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام « أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف » خرجه أبو داود ، وقال عمر فيه : هذا نكاح السر ، ولو تقدمت فيه لرجمت • وقال أبو ثور وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لا شرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن ابن على ، روى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن النكاح •

* * *

الفصل الثالث

في الصداق

والنظر في الصداق في ستة مواضع : الأول : في حكمه وأركانته •
الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة • الموضع الثالث : في تشطيره •
الموضع الرابع : في التفويض وحكمه • الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها • الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق •
(الموضع الأول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل : الأولى : في حكمه • الثانية : في قدره • الثالثة : في جنسه ووصفه • الرابعة : في تأجيله •
(المسألة الأولى) أما حكمه فانهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (١) وقوله تعالى : « فانكحوهن بانن أهلهن وآتوهن أجورهن » (٢) •

* * *

(المسألة الثانية) وأما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد واختلفوا في أقله ، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ، وقال طائفة بوجوب

(٢) النساء : ٢٥ .

(١) النساء : ٤ .

تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور فى ذلك مذهبان : أحدهما مذهب مالك وأصحابه • والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من المذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ما ساوى الدراهم الثلاثة ، أعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور ، وقيل أو ما يساوى أحدهما ، وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ، وقيل خمسة دراهم ، وقيل أربعون درهما • وسبب اختلافهم فى التقدير سببان : أحدهما ترده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال فى البيوعات ، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضى على إسقاطه يشبه العبادة • والسبب الثانى معارضة هذا القياس فالمتضى التحديد لمفهوم الأثر الذى لا يقتضى التحديد • أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات مؤقتة • وأما الأثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته ، وفيه « أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت : يارسول الله •• انى قد وهبت نفسى لك ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يارسول الله •• زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله ﷺ : هل معك من شىء تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندى الا ازارى ، فقال رسول الله ﷺ : ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا ، فقال : لا أجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : « التمس ولو خاتما من حديد » فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله ﷺ : هل معك شىء من القرآن ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا — لسور سماها — فقال رسول الله ﷺ : قد أنكحتكها بما معك من القرآن » قالوا : فقله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتما من حديد » دليل على أنه قدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبنى على مقدمتين : احدهما أن الصداق عبادة • والثانية أن العبادة مؤقتة ، وفى كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه

قد يلقى في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال « قم فعلمها » لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فجاء نكاحا باجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقذرا أصله القطع ، وضعف هذا القياس هو من قبل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى وتقص خلقه ، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم في هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف ، وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذي « أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله ﷺ : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ فقالت : نعم ، فجزوز نكاحها » وقال حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ، لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ، لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد

احتجت الحنفية لكون الصداق محددًا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا مهر بأقل من عشرة دراهم » ولو كان هذا ثابتًا لكان رافعًا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضًا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال أن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسألة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضا : واختلفوا من ذلك في مكانين : في النكاح بالاجارة ، وفي جعل عتق أمته صداقها . أما النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالاجارة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة : والمشهور على مالك الكراهة ، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون ، وهو قول الشافعي ، ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا في العبد فان أبا حنيفة أجازه .

وسبب اختلافهم سببان : أحدهما : هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال : هو ~~مخزم~~ أجازه لقوله تعالى : « انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » (١) الآية ، ومن قال ليس بلزوم قال : لا يجوز النكاح بالاجارة . والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة ؟ وذلك أن الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن عليه ، وذلك أن أصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة ، والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . واذلك اختلف الفقهاء متى

تجب الأجرة على المستأجر : وأما كون العتق صدقا فإنه منعه فقهاء
الأمصار ما عدا داود وأحمد .

وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك للأصول ، أعنى ما ثبت
من « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » مع
احتمال أن يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه
في هذا الباب ، ووجه مفارقتة للأصول أن العتق إزالة ملك ، والإزالة
لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها ،
فكيف يلزمها النكاح ؟ وإذ ذلك قال الشافعي : إنها إن كرهت زواجه غرمت
له قيمتها ، لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذا كان إنما أتلفها بشرط
الاستمتاع بها ، وهذا كلها لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ، ولو
كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والأصل أن أفعاله لازمة
لنا ، إلا ما قام الدليل على خصوصيته . وأما صفة الصداق فإنهم
اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين الموصوف ، أعنى المنضبط
جنسه وقدره بالوصف ، واختلفوا في العوض الغير موصوف ولا معين ،
مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفيا
يضبط قيمته ، فقال مالك وأبو حنيفة يجوز ، وقال الشافعي لا يجوز ، وإذا
وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسيط مما سمي .

وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة . وسبب اختلافهم هل يجزى
النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك
المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن قال يجزى في التشاح
مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز
النكاح ، ومن قال ليس يجزى مجراه إذ المقصود منه إنما هو المكارمة قال :
يجوز ، وأما التأجيل فإن قوما لم يجيزوه أصلا ، وقوم أجازوه واستحبوا
أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك ، والذين أجازوا
التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزم من محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب
مالك ، ومنهم من أجازوه لموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعي .

وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل أو لا يشبهه ؟
فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ، ومن قال لا يشبهه أجاز
ذلك ، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة •

(الموضع الثانى : فى النظر فى التقرر) واتفق العلماء على أن الصداق
يجب كله بالدخول أو الموت • أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى :
« وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم احداهن قنطارا فلا تأخذوا
منه شيئا » (١) الآية • وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا
مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك • واختلفوا هل من شرط وجوبه مع
الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه • بل يجب بالدخول والخلوة ،
وهو الذى يعنون بارخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعى وداود : لا يجب
بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس ، وقال أبو حنيفة : يجب
المهر بالخلوة نفسها الا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما فى رمضان
أو كانت المرأة حائضا ، وقال ابن أبى ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم
يشترط فى ذلك شيئا • وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة
فى ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى فى المدخول بها المنكوحه
أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شىء فى قوله تعالى : « وكيف تأخذونه
وقد أفضى بعضكم الى بعض » (٢) ، ونص فى المطلقة قبل المسيس أن
لها نصف الصداق ، فقال تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن يمسوهن
وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (٣) وهذا نص كما ترى فى
حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أعنى قبل المسيس وبعد المسيس
ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا ايجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب الا بالمسيس ،
والمسيس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على
أصله فى اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ، ولذلك
قال مالك فى العين المؤجل : انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق

(٢) النساء : ٢١

(١) النساء : ٢٠

(٣) البقرة : ٢٣٧

لحلول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا في ايجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق بابا أو أرخى سثرا فقد وجب عليه الصداق ، لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكموا .

واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو اذا اختلفا في الميسيس أعنى القائلين بائستراط الميسيس ، وذلك مثل أن تدعى هي الميسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ، وقيل ان كان دخول بناء صدقت ، وان كان دخول زيارة لم تصدق ، وقيل ان كانت بكرًا نظر اليها النساء ، فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال ، وقال الشافعي وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه 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 الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع الى : هل ايجاب اليمين على المدعى عليه : معلل أو غير معلل ، وكذلك القول في وجوب البينة على المدعى ، وسيأتي هذا في مكانه .

(الموضع الثالث : في التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا أنه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى : «ننصف ما فرضتم» الآية : والنظر في التشطير في أصول ثلاثة : في محله من الأنكحة ، وفي وجبه من أنواع الطلاق : أعنى الواقع قبل الدخول ، وفي حكم ما يعرض له من التغييرات 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 فسحا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشطير 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 طلاقا فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد

أو من قبل الصداق ، وبالجمله من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها في ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التسطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التسطير . والسدى يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء أكان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه ، وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ، فمن قائل انها معقولة المعنى وأنه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال : اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال : يلزم التسطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فأما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخاو من أربعة أوجه : اما أن يكون تلتفا للكل ، واما أن يكون نقصا ، واما أن يكون زيادته ، واما أن يكون زيادة ونقصا معا . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتقويت مثل البيع والعنق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها ، فعند مالك أنهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان ، وعند الشافعى أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة . وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لا تملكه ؟ فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال : هما فيه شريكان ما لم تتعد غتدخله في منافعها ، ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتسطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا أنها اذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف .

واختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها 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 للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر ؟ أعنى اذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمته ؟ فقال مالك : ذلك له ، وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس ذلك له .

وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى : « الا أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح »^(١) وذلك في لفظة « يعفو » فانها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب ، وفي قوله : « الذي بيده عقدة النكاح » على من يعود هذا الضمير هل على المولى أو على الزوج ، فمن قال على الزوج جعل « يعفو » بمعنى يهب ومن قال على المولى جعل « يعفو » بمعنى يسقط ، وشذ قوم فقالوا : لكل ونى أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية : أى شرعا زائدا ، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله المولى ، اما الأب واما غيره فقد زاد شرعا ، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في المولى منها في الزوج وذلك شيء يعسر ، والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ، وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب مصيرا لعموم قوله تعالى : « الا أن يعفون » واختلفوا من هذا الباب في المرأة اذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ، فقال مالك : ليس يرجع عليها بشيء ، وقال الشافعي : يرجع عليها بنصف الصداق ، وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة ؟ فمن قال في عين الصداق قال : لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض

الصداق كله ، ومن قال هو في ذمة المرأة قال : يرجع وان وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها : وفرق أبو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض ، فقال : ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى أن الحق في العين ما لم تقبض ، فاذا قبضت صار في الذمة .

(الموضع الرابع : في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صدق لقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (١) . واختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر . الموضع الثاني : اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ؟ .

(فأما المسألة الأولى) وهي اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج في ذلك خيار ، فلن تطلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شيء ، لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : اما أن يطلق ولا يفرض ، واما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، واما أن يفرض صداق المثل ويلزمها . وسبب اختلافهم ، أعنى بين من يوجب مهر المثل من 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 أكان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك ، وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أو لا يفهم ذلك ؟

فيه احتمال وان كان الأظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى :
« ومتعوهن عن الموسع قدره وعلى المقتر قدره » (١) ، ولا خلاف أعلمه
في أنه اذا طلق ابتداءً أنه ليس عليه شيء ، وقد كان يجب على من أوجب
لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض
وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر
مهر المثل ، لأن الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح
التفويض ، وانما تعرضت لباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب
نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن ينشطر اذا وقع الطلاق
كما ينشطر في المسمى ، ولهذا قال مالك : انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع
خيار الزوج .

(١) (١)

(وأما المسألة الثانية) وهي اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
وقبل الدخول بها ، فان مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا : ليس لها صداق
ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث وبه قال
أحمد وداود ، وعن الشافعي القولان جميعا ، الا أن المنصور عند أصحابه
هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو
ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسألة فقال : أقول فيها
برأبي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني : أرى لها صداق امرأة
من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن
يسار الأشجعي فقال : أتشهد اقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ
في بروع بنت واشق ، خرجه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه .
وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض ، فلما لم يقبض المعوض
لم يجب العوض قياسا على البيع ، وقال الزنى عن الشافعي في هذه
المسألة : ان ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة ، والذي
قاله هو الصواب والله أعلم .

(الموضع الخامس : في الأصدقة الفاسدة) والصداق يفسد اما لعينه
واما لصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير
وما لا يجوز أن يملك ، والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه
بالببوع ، وفي ذلك خمس مسائل مشهورة :

(المسألة الأولى) اذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد
صلاحها أو بعيرا شاردا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح اذا وقع فيه
مهر المثل ، وعن مالك في ذلك روايتان : احدهما فساد العقد وفسخه قبل
الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد . والثانية : أنه ان دخل ثبت ولها صداق
المثل . وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟
فمن 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 شرطا في صحة العقد قال : يمضى
النكاح ويصح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذي
تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة
فيه قياسا على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصا .

(المسألة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه
عبدا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من
الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازه أشهب ،
وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال : ان كان الباقي بعد البيع
ربع دينار فصاعدا بأمر لا يشك فيه جاز ، واختلف فيه قول الشافعي ،
فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال : فيه مهر المثل . وسبب اختلافهم هل
النكاح في ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيهه ؟ فمن شبهه في ذلك بالبيع
منعه ، ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

(المسألة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه
في صداقها جباء يحابي به الأب على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة
وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي : المهر فاسد

ولها صداق المثل ، وقال مالك : إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ،
وان كان بعد النكاح فهو له • وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك
بالبيع ، فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حياء قال :
لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ، ومن جعل النكاح في ذلك مخالفا للبيع
قال : يجوز • وأما تقريظ مالك فلأنه اتهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح
أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصانا من صدق مثلها ، ولم يتهمه
إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقوله مالك هو قول
عمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد • وخرج أبو داود والنسائي
وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول
الله ﷺ « أيما امرأة نكحت على حياء 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 أنه صحفه ، ولكنه
نص في قول مالك ، وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات وجب
العمل به •

* * *

(المسألة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب ،
فقال الجمهور : النكاح ثابت • واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو
بمهر المثل ؟ واختلف في ذلك قول الشافعي ، فقال مرة بالقيمة ، وقال مرة
بمهر المثل ، وكذلك اختلف المذهب في ذلك ، فقيل ترجع بالقيمة ، وقيل
ترجع بالمثل • قال أبو الحسن اللخمي : ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة
أو صداق المثل لكان 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 •

* * *

(المسألة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق
ألف ان لم يكن له زوجة ، وان كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال
الجمهور بجوازه • واختلفوا في الواجب في ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ،
(٣ - بداية المجتهد - ثان)

ولها من الصداق بحسب ما اشترط ، وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول المشافعي وبه قال أبو ثور ، الا أنه قال : ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة ، وقال أبو حنيفة : ان كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ، ويخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان العهر ، ولست أذكر الآن نسا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة . . واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل اذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر في جمالها ونصابها ومالها (١) . وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبتها فقط ، وقال أبو حنيفة : يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصابة 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) واختلافهم لا يخلو أن 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 وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وان حلف أحدهما وبكل الآخر كان المقول قول الحالف ، وان نکلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ، ومن أتى بما يشبه منهما كان المقول قوله ، وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شيرمة وجماعة ، 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 تر الفسخ كمالك ، وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة ، وقد قيل انها ترد الى

(١) لعله : ومنصبها .

صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو • واختلافهم مبنى على اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فمن قال معلل قال : يحلف أبدا أقواهما شبهة ، فان استويا تحالفا وتفاساخا ، ومن قال غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرا زائدا فهو مدعى عليه ، وقيل أيضا يتحالفان أبدا ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأتسباه •

والخلاف فى ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبدا فى الدعوى ، فل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله وسبب اختلاف مالك والشافعى فى التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل ، هو هل يشبه النكاح بالبيع فى ذلك أم ليس يشبه ؟ فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ، ومن قال لا يشبهه ، لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال : بصداق المثل بعد التحالف • وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شىء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو فى غاية الضعف ، ومن ذهب الى هذا فانما يشبه اللعان ، وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه • وأما اذا اختلفا فى القبض فقالت الزوجة لم أقبض ، وقال الزوج قد قبضت فقالت الجمهور : القول قول المرأة وبه قال الشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور ، وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول •

وقال بعض أصحابه : انما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا ، والقول بأن القول قولها أبدا أحسن

الأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له اذا دخل بها الزوج ، واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين أحسن . وأما اذا اختلف فى جنس الصداق فقال هو مثالا زوجتك على هذا العبد ، وقالت هى زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور فى المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به ، وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ، وقال أصبغ : القول قول الزوج ان كان يشبه سواء أشبه قولها أو لم يشبه ، فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبها كان القول قولها ، وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل ، وقول الشافعى فى هذه المسألة مثل قوله عند اختلافها فى القدر : أعنى يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل .

وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ فى البيع ستعرف أصله فى كتاب البيوع ان شاء الله . وأما اختلافهم فى الوقت فانه يتصور فى الكالىء . والذى يجىء على أصل قول مالك فيه فى المشهور عنه أن القول فى الأجل قول المغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع قال : لا يجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط فى الحلية قال : يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

* * *

(الركن الثالث : فى معرفة محل العقد) وكل امرأة فانها تحل فى الشرع بوجهين : اما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا الى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاث : نسب ، وصهر ، ورضاع . واختلف فيها الزنا ، واللعان . والغير مؤبدة تنقسم

الى تسعة : أحدها مانع العدد • والثانى : مانع الجمع • والثالث : مانع الرق • والرابع : مانع الكفر • والخامس : مانع الاحرام • والسادس : مانع المرض • والسابع : مانع العدة على اختلاف فى عدم تأييده • والثامن : مانع التطليق ثلاثا للمطلق • والتاسع : مانع الزوجية • فالمانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ، وفى هذا الباب أربعة عشر فصلا •

الفصل الأول

فى مانع النسب

واتفقوا على أن النساء اللائى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت ، واتفقوا على أن الأم ههنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ، والبنات : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ، وأما الأخت : فهى اسم لكل أنثى شاركتك فى أحد أصليك أو مجموعيهما أعنى الأب أو الأم أو كليهما ، والعممة : اسم لكل أنثى هى أخت الأب أو لك ذكر له عليك ولادة ، وأما الخالة : فهى اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ، وبنات الأخ : اسم لكل أنثى الأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ، وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها • فهؤلاء الأعيان السبع محررات ، ولا خلاف أعلمه فى هذه الجملة • والأصل فيها قوله تعالى : « حرمت عليكم » (١) الى آخر الآية • وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء يحرم الوطء بملك اليمين •

الفصل الثانى

فى المصاهرة

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع : زوجات الآباء والأصل فيه

(١) النساء : ٢٣ .

قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » (١) الآية ،
وزوجات الأبناء والأصل في ذلك أيضا قوله تعالى : « وحلائل أبنائكم
الذين من أصلابكم » (٢) وأمهات النساء أيضا ، والأصل في ذلك قوله تعالى :
« وأمهات نسائكم » (٢) وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى :
« وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن » (٣)
فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو
تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة
واختلفوا منها في موضعين : أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر
الزوج ، والثانية هل تحرم بالباشرة الأم للذرة 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 يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ، فهنا أربع مسائل .

(المسألة الأولى) 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
تعالى : « اللاتي في حجوركم » (٢) وصف له تأثير في الحرمة أو ليس
له تأثير ، وانما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فمن قال خرج مخرج
الموجود الأكثر وليس هو شرطا في الربائب ، اذ لا فرق في ذلك بين التي
في حجره أو التي ليست في حجره قال : تحرم الربيبية باطلاق ، ومن جعله
شرطا غير معقول المعنى قبل : لا تحرم الا اذا كانت في حجره .

* * *

(المسألة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم 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

(٢) النساء : ٢٣ .

(١) النساء : ٢٢ .

شهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال داود والمزنى : لا يحرمه الا الوطء . وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده ، والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أى عضو كان ، وفيه عنه خلاف ، ووافقه أبو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط ، وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ، وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيئاً ، وأوجب فى اللمس . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط المدخول فى قوله تعالى : « اللاتى دخلتم بهن » الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فان كان التلذذ فهـ يدخل فيه النظر أم لا ؟

(المسألة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار الى أنها تحرم بالعد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم الى أن الأم لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت : أعنى أنها لا تحرم الا بالدخول على الأم ، 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 الربايب فقط أو الى الربايب والأمهات المذكورات قبل الربايب فى قوله تعالى : « وأمهات نسائكم وربائكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » (١) فانه يحتمل أن يكون قوله : « اللاتى دخلتم بهن » يعود على الأمهات والبناات ، ويحتمل أن يعود الى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى ابن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها » .

(وأما المسألة الرابعة) فاختلّفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء يوجب الوطء فى نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعنى الذى يدرأ

(١) النساء : ٢٣ .

فيه الحد ، فقال الشافعى : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى : يحرم الزنا ما يحرم النكاح ، وأما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم ، وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويذهبون الى ما فى الموطأ ، وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ . وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح : أعنى فى دلالته على المعنى الشرعى والمغوى ، فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم »^(١) قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يحرم الزنا ، ومن عك هذا الحكم بالحرمة التى بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال : يحرم الزنا أيضا ، ومن شبهه بالنسب قال : لا يحرم لاجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح . واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح .

* * *

الفصل الثالث

فى مانع الرضاع

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب . أعنى أن المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب . واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة ، القواعد منها تسع : احداها : فى مقدار المحرم من اللبن . والثانية : فى سن الرضاع . والثالثة : فى حل المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا . والرابعة : هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر ، والخامسة : هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر . والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر والسابعة :

(١) النساء : ٢٢ .

هل ينزل صاحب اللبن : أعنى الزوج من المرضع منزلة أب ، وهو الذى
يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب • والثامنة : الشهادة
على الرضاع ، والتاسعة : صفة المرصعة •

(المسألة الأولى) أما مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه
بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه ، وروى عن على وابن مسعود
وهو قول ابن عمر وابن عباس ، وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان ، وبه
قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى ، وقالت طائفة : بتحديد
المقدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا الى ثلاث فرق ، فقالت طائفة : لا تحرم
المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات غما فوقها ، وبه قال أبو عبيد
وأبو ثور ، وقالت طائفة : المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعى ،
وقالت طائفة : عشر رضعات •

والسبب فى اختلافهم فى هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث
الواردة فى التحديد ومعارضة الأحاديث فى ذلك بعضها بعضا • فأما عموم
الكتاب فقوله تعالى : « **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم** » (١) الآية ، وهذا
يقضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع ، والأحاديث المتعارضة فى ذلك
راجعة الى حديثين فى المعنى : أحدهما حديث عائشة وما فى معناه أنه قال
عليه الصلاة والسلام « 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 ﷺ « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان »
والحديث الثانى حديث سهلة فى سالم أنه قال لها النبى ﷺ « أرضعيه
خمس رضعات » وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت « كان فيما
نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم مسخن بخمس معلومات ،
فتوفى رسول الله ﷺ وهن مما يقرأ من القرآن » فمن رجح ظاهر القرآن
على هذه الأحاديث قال : تحرم المصة والمصتان •

ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح

مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصّة ولا المصتان » على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب فى قوله « لا تحرم المصّة ولا المصتان » يقتضى أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب فى قوله « أرضعيه خمس رضعات » يقتضى أن ما دونها لا يحرم والنظر فى ترجيح أحد دليلي الخطاب .

(المسألة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين . واختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبى عليه الصلاة والسلام . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك : وذلك أنه ورد فى ذلك حديثان : أحدهما حديث سالم ، وقد تقدم . والثانى حديث عائشة خرجها البخارى ومسلم قالت « دخل رسول الله ﷺ وعندى رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه ، فقلت : يا رسول الله . . انه أخى من الرضاعة ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخواتكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة » فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال : لا يحرم اللبن الذى لا يقوم للمرضع مقام الغذاء ، الا أن حديث سالم نازلة فى عين ، وكان سائر أزواج النبى ﷺ يرون ذلك رخصة لسالم ، ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرم رضاع الكبير .

(المسألة الثالثة) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفتطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع ، وقال أبو حنيفة والشافعى : تثبت الحرمة به . وسبب اختلافهم اختلافهم فى

مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : « فانما الرضاعة من المجاعة » فان
يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيفما كان الطفل
وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مضطوم ،
فان فطم فى بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة ، فالاختلاف آيل
الى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه
الافتقار الطبيعى للأطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع أو افتقار
المرضع نفسه وهو الذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون
بتأثير الارضاع فى مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم
يشترطه اختلفوا فى هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط . وبه قال
زفر ، واستحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على العامين ، وفى
قول الشهر عنه . وفى قول عنه الى ثلاثة أشهر ، وقال أبو حنيفة : حولان
وسنة شهور .

وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة
المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين
كاملين » (١) يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع
مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « انما الرضاعة من
المجاعة » يقتضى عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع
يحرم .

* * *

(المسألة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالجملة
ما يصل الى الحلق من غير رضاع ، فان مالكا 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 :

(١) البقرة : ٢٣٣ .

لا يحرم الوجور ولا اللدود ، ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

* * *

(المسألة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط 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 الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره ، أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء طاهر ؟ .

* * *

(المسألة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أو لا 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 الأعضاء أو لا يصل ؟ .

* * *

(المسألة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن : أعنى زوج المرأة أبا للرضع حتى بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل ، فانهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري : لبن الفحل يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم لبن الفحل ؛ وبالأول قال علي وابن عباس ، وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر .

وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور : أعنى آية الرضاع ، وحديث عائشة هو قالت « جاء أفلاح أخو أبي العقبس

يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله ﷺ فقال : انه عمك فأذنى به ، فقلت : يارسول الله . . انما أرضعتني المرأة وام يرضعني الرجل ، فقال : انه عمك فليلج عليك « خرج البخارى ومسلم ومالك ، فمن رأى أن ما فى الحديث شرع زائد على ما فى الكتاب ، وهو قوله تعالى : «وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة»^(١) وعلى قوله ﷺ « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » قال : لبن الفحل محرم ، ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » انما ورد على جهة التأكيد لحكم الرضاع ، اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول ، لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهى الراوية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التى يقصد بها التأكيد والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ، ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة .

(المسألة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوما قالوا : لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين ، وقوما 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 فى ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ، ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبى حنيفة ، ومنهم من اشترط ذلك ، وهى رواية عن مالك ، وقد روى عنه أنه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنتين .

(١) النساء : ٢٣ .

والسبب في اختلافهم ، اما بين الأربع والاثنتين فاجتلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة للرجل أو يكفي في ذلك امرأتان ، وستأتى هذه المسألة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . واما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه ، أعنى أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء في ذلك اما أن يكون أضعف من حال الرجال ، واما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال ، والاجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة ، والأمر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال « يارسول الله . . انى تزوجت امرأة فأنت امرأة فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله ﷺ : كيف وقد قيل ؟ دعها عك » وحمل بعضهم هذا الحديث على الذب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهي رواية عن مالك .

(المسألة التاسعة) واما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ ، واليايسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملا كانت أو غير حامل ، وشذ بعضهم فأوجب حرمة اللبن للرجل ، وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى ، وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة ، وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ، ولا لبن 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 ، فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : « والزانية لا يتكحها

الآزان أو مشرك ، وحرّم ذلك على المؤمنين»^(١) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم؟ وهل الإشارة في قوله: « وحرّم ذلك على المؤمنين » إلى الزنا أو إلى النكاح؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث « أن رجلا قال للنبي ﷺ في زوجته أنها لا ترد يد لامس ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : طاقها ، فقال له اني أحبها . فقال له : فأمسكها » وقال قوم أيضا : ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن : وأما زواج الملاحنة من زوجها الملاحن فسنذكرها في كتاب اللعان .

الفصل الخامس

في مانع العدد

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا في موضعين : في العبيد ، وفيما فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعة ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والثافعي : لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط . وسبب اختلافهم : هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا؟ وكذلك الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا : أعنى أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا في غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى : « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع »^(٢) ولما زوى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحتته عشر نسوة « أمسك أربعة وفارق سائرهن » وقالت فرقة : يجوز تسع ، ويشبهه

(٢) النساء : ٣ .

(١) النور : ٣ .

أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة ، أغنى جمع الأعداد في قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » .

* * *

الفصل السادس

في مانع الجمع

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين »^(١) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة الى اباحة ذلك .

وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين » لعموم الاستثناء في آخر الآية ، وهو قوله تعالى : « الا ما ملكت أيما نكم »^(٢) وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على أنه لا تأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى : « وأن تجمعوا بين الأختين » ملك اليمين ، ويحتمل أن لا يعود الا الى اقرب مذكور ، فيبقى قوله « وأن تجمعوا بين الأختين » على عمومه ، ولا سيما ان عللنا ذلك بعلة الأخوة أو بسبب موجود فيهما .

واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احدهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازاه الشافعي ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » واتفقوا على أن العمه ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر ، وأن الخالة : هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة اما بنفسها

(٢) النساء : ٢٤ .

(١) النساء : ٢٣ .

وأما بتوسط أنتى غيرها وهن الحرات من قبل الأم ، 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 أى عام هو المقصود به ؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار : هو خاص أريد به الخصوص فقط ، وأن 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 ابنتى عم أو عمة ، ولا بين ابنتى خال أو خالة ، ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ، أو بينها وبين بنت خالتها ، وقال قوم : انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، أعنى لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنتى لم يجز لهما أن يتناكحا ، ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا ، أعنى اذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنتى فلم يجز لهما أن يتناكحا ، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما ، وأما ان جعل فى أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال فى الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها ، فانه ان وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه ، وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبى ، وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك ، وأولئك يمتنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها •

الفصل السابع

فى موانع الرق

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة ، وللحررة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هى وأولياؤها • واختلفوا فى نكاح الحر الأمة ، 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 •

(٤ - بداية المجتهد - ثان)

والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى :
« ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح » (١) الآية ، لعموم قوله :
« وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين » (٢) الآية ، وذلك أن مفهوم دليل
الخطاب في قوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا » الآية ، يقتضى
أنه لا يحل نكاح الأمة الا بشرطين : أحدهما عدم الطول الى الحرة ،
والثانى خوف العنت - وقوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم »
يقتضى بعمومه انكاحهن من حر أو عبد ، واحدا كان الحر أو غير واحد ،
خائفا للعنت أو غير خائف ، اكن دليل الخطاب أقوى ههنا - والله أعلم -
من العموم ، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه الى صفات الزوج
المشترطة فى نكاح الاماء ، وانما المقصود به الأمر بانكاحهن و إلا يجبرن
على النكاح ، وهو أيضا محمول على التذب عند الجمهور مع ما فى ذلك
من ارهاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين ،
أعنى الذين لم يجيزوا النكاح الا بالشروط المنصوص عليهما : أحدهما
إذا كانت تحته حرة هل هى طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة :
هى طول ، وقال غيره : ليست بطول ، وعن مالك فى ذلك القولان .

والمسألة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح
أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان ؟ فمن قال اذا كانت تحته
حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عذب قال : اذا كانت تحته حرة لم
يجز له نكاح الأمة ، ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء أكان
عزبا أو متأهلا ، لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو
لا يقدر على حرة تمنعه من العنت ، فله أن ينكح أمة ، لأن حاله سع هذه
الحرة فى خوف العنت كحالها قبلها ، وبخاصة اذا خشى العنت من الأمة
التي يريد نكاحها . وهذا بعينه السبب فى اختلافهم : هل ينكح أمة
ثانية على الأمة الأولى أو لا ينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت
مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العذب أكثر قال : لا ينكح أكثر من
أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقا قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك

يقول انه ينكح على الحرة ، واعتباره مطلقا غيه نظر ، واذا قلنا ان له أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه أو فى فسخ النكاح ؟ اختلف فى ذلك قول مالك ، واختلفوا اذا وجد طولاً بحرة : هل يفارق الأمة أم لا ؟ ولم يختلفوا : أنه اذا ارتفع عنه خوف المعتن أنه لا يفارقتها ، أعنى أصحاب مالك ، واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

الفصل الثامن فى مانع الكفر

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »^(١) واختلفوا فى نكاحها بالملك ، واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة ، الا ما روى فى ذلك عن ابن عمر . واختلفوا فى احوال الكتابية الأمة بالنكاح ، واتفقوا على احوالها بملك اليمين .

والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وعموم قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن »^(٢) لعموم قوله : « والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيما نكم »^(٣) وهن المسيبات ، وظاهر هذا يقتضى العموم ، سواء أكانت مشركة أو كتابية ، والجمهور على منعها .

وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسيبات فى غزوة أوطاس اذ استأذنوه فى العزل فأذن لهم ، وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ، لأن الأصل ببناء الخصوص على العموم ، أعنى أن قوله تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب »^(٤) هو خصوص ، وقوله : « ولا تنكحوا المشركات حتى

(٢) البقرة : ٢٢١ .

(٤) المائدة : ٥ .

(١) الممتحنة : ١٠ .

(٣) النساء : ٢٤ .

يؤمن « هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ، ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء .

وانما اختلفوا في احلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس ، وذلك أن قياسها على الحرية يقتضى اباحة تزويجها ، وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك ، لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقى الباقي على العموم ، فمن خصص العموم الباقي بالقياس ، أو لم ير الباقي من العموم المخصوص عموما قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ، ومن رجح باقى العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لا يجوز نكاح الأمة الكتابية . وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس . وذلك أن قوله تعالى : « من غفيناكم المؤمنات »^(١) يوجب أن لا يجوز نكاح الأمة 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 أنه ثم لم يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج الا بشرط فأحرى أن لا يجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج]^(٢) ، وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى : « الا ما ملكت أيما نكم »^(٣) ولاجماعهم على أن السبى يحل المسبية الغير متزوجة . وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبى نكاحها ، وان هدم فمضى يهدم ؟ فقال قوم : ان سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما ، وان سبى أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال قوم : بل السبى يهدم سبيا معا أو سبى أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعى ، وعن مالك قولان : أحدهما أن السبى لا يهدم النكاح أصلا . والثانى أنه يهدم باطلاق مثل قول الشافعى .

والسبب في اختلافهم هل يهدم أو لا يهدم هو تردد المسترقين

(١) النساء : ٢٥ .

(٢) ما بين القوسين زائد في بعض النسخ الخطية والمصرية .

(٣) النساء : ٢٤ .

الذين آمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر ، وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يسبيا معا وبين أن يسبى أحدهما فلائن المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق ، والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق ، وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر سبب الاحلال : وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لأن الذمي انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه .

* * *

الفصل التاسع

في مانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد : لا ينكح المحرم ولا ينكح ، فان فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك . وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب ، فمنها حديث ابن عباس « أن رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى ، من طريق أبي رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » فمن رجح هذه الأحاديث 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 مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض ، فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز .
وقال مالك في المشهور عنه : انه لا يجوز ، ويتخرج ذلك من قوله انه
يفرق بينهما وان صح ، ويتخرج من قوله أيضا انه لا يفرق بينهما أن
التفريق مستحب غير واجب .

وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه
لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب
آخر ، وهو هل يتهم على اضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتهم ؟
وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز اذا
حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، ورد جواز النكاح بادخال
وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح
لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات
الحكم بالمصلحة ، حتى ان قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد
واعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف ، وأنه لا تجوز
الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح
تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم ،
فلنقرض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين
لا يتهمون بالحكم بها ، وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في
الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ، ووجه عمل الافاضل العالم
في ذلك أن ينظر الى شواهد الحال ، فان دلت الدلائل على أنه قصد
بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وان دلت على أنه قصد الاضرار بورثته منع من
ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده
مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن أن يحد في ذلك حد مؤقت صناعي ،
وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

الفصل الحادى عشر

فى مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر • واختلفوا فيما تروح امرأة فى عدتها ودخل بها ، فتال مالك والأوزاعى والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدا ، وتال أبو حنيفة والشافعى والثورى : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه أياها مرة ثانية •

وسبب اختلافهم على قول صاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالك روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الأسيدي وبين زوجها راشد الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال : أيا امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبدا • قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها • وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبيهه ضعيف مختلف فى أصله ، وهو أنه أدخل فى النسب شبهة فأشبهه الملاحن • وروى عن عابى وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا • والأصل أنها لا تحرم الا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة •

وفى بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر فى بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثورى عن أشعث عن الشعبي عن مسروق • وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف • وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع ، لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله ﷺ • واختلفوا إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق ، والجمهور على أنه لا يعتق • وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما ، وإن قلنا انه ليس

بمؤثر لم يكن ذلك • وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال :
« كيف يستعبده وقد غدا في سمعه وبصره » • وأما النظر في مانع
التطليق ثلاثاً ، فسيأتى في كتاب الطلاق •

* * *

الفصل الثاني عشر

في مانع الزوجية

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة
وبين الذميين • واختلفوا في المسبية على ما تقدم ، واختلفوا أيضاً في
الأمة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً ؟ فالجمهور 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 لعوم
قوله تعالى : « **الا ما ملكت أيمانكم** » (١) وذلك أن قوله تعالى :
« **الا ما ملكت أيمانكم** » يقتضى المسبيات وغيرهن ، وتخير بريرة يوجب
أن لا يكون بيعها طلاقاً ، لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خيرها رسول الله
ﷺ بعد العتق ، وكان نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها •

والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري
« أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب
يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء لهم أزواج ، وكان ناس
من أصحاب رسول الله ﷺ تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ،
فأنزل الله عز وجل « **والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم** » (١)
وهذه المسألة هي أليق بكتاب الطلاق • فهذه هي جملة الأشياء المصححة
للأنكحة في الاسلام ، وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة أجناس : صفة
العائد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد •
وأما الأنكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام ،
فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا : أعنى من الزوج

والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام أن الاسلام يصح ذلك ، واختلفوا في موضعين : أحدهما إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام . والموضع الثاني إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فأما المسألة الأولى) وهي إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان ، فإن مالك قال : يختار منهن أربعاً ومن الأختين واحدة أيتها شاء ، وبه قال الشافعي وأحمد وداود : وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : يختار الأوائل منهن في العقد ، فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ، وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك : إذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيتها شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر ، وذلك أنه ورد في ذلك أثران : أحدهما مرسل مالك « أن غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه ، فأنمره رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعاً » والحديث الثاني حديث نيس بن الحارث أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله ﷺ « اختر أيتها شئت » .

وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتتبعه العقد على الأواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام : أعنى أنه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف . وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر . وهي المسألة الثانية ثم أسلم الآخر ، فإنهم اختلفوا في ذلك . فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي : انه إذا أسلمت المرأة قبله فإنه ان أسلم في عدتها كان أحق بها ، وان أسلم هو وهي فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية ، وذلك « أن زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله ﷺ على نكاحه » قالوا : وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله ﷺ وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنتقض عدتها .

وأما إذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبى ، وقال الشافعي : سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح . وسبب اختلافهم معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »^(١) يقتضى المفارقة على الفور . وأما الأثر 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 بلحيته وقتلت : اقتلوا الشيخ المضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للأثر فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها ، فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب أن 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 للأمة المروجة . . فيعقد في هذا الباب أربعة فصول :

الفصل الأول

في خيار العيوب

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك في موضعين : أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟ والموضع الثانى إذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد ، وما حكم ذلك ؟ فأما الموضع الأول فان

(١) المتحنة : ١٠ .

مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الامسك : وقال أهل الظاهر : لا توجب خيار الرد والامسك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز . وسبب اختلافهم شيان : أحدهما هل قول المصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع ؟ فأما قول المصاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما 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 للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم : ليس شبيها بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فإنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء ، إما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء ، واختلف أصحاب مالك في أربع : في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقيل ترد بها ، وقيل لا ترد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط : القرن والرتق . فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه .

واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس ، فقال مالك : ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به نقره منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء ، وان كان بعيدا رجح الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعي : ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولي .

وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي يقع فيه المسيس ، أعنى اتفقهم على وجوب المهر في الأنكحة الفاسدة

بنفس المسيس ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « أيما امرأة نكحت
بغير اذن سيدها فنكاحها باطلٌ ولها المهر بما استحل منها » فكان موضع
الخلافا تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع ، وبين حكم
الأنكحة المفسوخة : أعنى بعد الدخول ، واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح
العنين أنه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق •
واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه
العيوب الأربعة ، فقيل لأن ذلك شرع غير معك ، وقيل لأن ذلك مما يخفى ،
ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى ، وقيل لأنها يخاف سرايتها
الى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد
بكل عيب اذا علم أنه مما خفى على الزوج •

الفصل الثاني

في خيار الاعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا في الاعسار بالصداق ، فكان الشافعى يقول : تخير اذا لم
يدخل بها ، وبه قال مالك • واختلف أصحابه فى قدر التلوم له ، فقيل
ليس له فى ذلك حد ، وقيل سنة ، وقيل سنتين ، وقال أبو حنيفة : هى
عريم من العرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمنع نفسها
حتى يعطيها المهر •

وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع أو تغليب الضرر
اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطاء تشبيها بالايلاء والعنة • وأما الاعسار
بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق
بينهما ، وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب ، وقال أبو حنيفة
والثور : لا يفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر • وسبب اختلافهم تشبيه
الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ، لأن الجمهور على القول
بالتطبيق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع • وربما قالوا
النفقة فى مقابلة الاستمتاع • بدليل أن الغاشز لا نفقة لها عند الجمهور •
فاذا 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 نبيه مسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس •

الفصل الثالث

في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الاسلام ، فقال مالك : يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم ، فاذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش الى مثله غالبا ، فقيل سبعون ، وقيل ثمانون ، وقيل تسعون ، وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان ، وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروى أيضا عن عثمان وبه قال الليث ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : لا تنحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروى عن علي وابن مسعود •

والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك • وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالايلاء 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 ، فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه 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 الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل فى ذلك سنة .

وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الأسير ، وقيل حكمه حكم المقتول بعد تاوم سنة ، الا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم ، والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود فى بلاد المسلمين ، والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته ، وحكم المفقود فى أرض المسلمين فى ماله أعنى يعمر وحينئذ يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصالح فى الشرع ، وهو الذى يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء فيه اختلاف : أعنى بين القائلين بالقياس .

* * *

الفصل الرابع

فى خيار العتق

واتفقوا على أن الأمة اذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار ، واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والأوزاعى وأحمد والليث : لا خيار لها ، وقال أبو حنيفة والثورى : لها الخيار حرا كان أو عبدا .

وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان فى انكاحها باطلاق اذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ، فمن قال : العلة الجبر على النكاح باطلاق قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود .

وروى عن عائشة أن زوجها كان حرا ، وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث ، واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار

فيه ، فقال مالك والشافعي : يكون لها الخيار ما لم يمسها ، وقال أبو حنيفة : خيارها على المجلس ، وقال الأوزاعي : انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت أن المسيس يسقط خيارها .

الباب الرابع

في حقوق الزوجية

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » (١) الآية . ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولقوله لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا في أربعة مواضع : متى وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولين تجب ؟ وعلى من تجب ؟ فأما وقت وجوبها فان مالكا قال : لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغا . وأما اذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعي قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني أن لها النفقة باطلاق .

وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالعائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ، وذهب الشافعي الى أنها مقدرة ، فعلى الموسر تدان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المسرمد .

وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة

(١) البقرة : ٢٣٣ .

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 لخادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها ، وقيل بل على الزوجة خدمة البيت ، واختلف الفين 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 أن الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على أنها تجب للحررة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على أنها 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 بالمعروف » يقتضى أن الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء ، والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع . يوجب أن لا نفقة للناشز . وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا ، فقيل : لها النفقة كالحررة ، وهو المشهور ، وقيل لا نفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتية فلها النفقة ، وان كان يأتيها فلا نفقة لها ، وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتية ، وقيل ان كان الزوج حرا فعليه النفقة ، وان كان عدا فلا نفقة عليه .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة ، والقياس يقتضى أن لا نفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها ، وتكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ، ولذلك قال قوم : عليه النفقة فى اليوم الذى تأتية . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة الزوجة أن تأتى زوجها فى كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ، واختلفوا فى العبد والغائب . فأما العبد فقال ابن المنذر :

أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته ، وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لا نفقة 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 الانفاق وسيأتي ذلك في كتاب الأحكام ان شاء الله • وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم لما ثبت من قسمه ﷺ بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : « اذا كان للرجل امرأتان فمال الى احدهما جاء يوم القيامة وأحد ثقيه مائل » ولما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد السفر أقرع بينهن » واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ، ولا يحتسب اذا كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج ، وقال أبو حنيفة : الإقامة عندهن سواء بكرًا كانت أو ثيبًا ، ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى •

وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة ، وحديث أنس هو : « أن النبي ﷺ كان اذا تزوج البكر أقام عندها سبعا ، واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا » وحديث أم سلمة هو « أن النبي ﷺ تزوجها فأصبحت عنده فقال : ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلاث عندك ودرت فقالت : ثلاث » وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم ، وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة ، وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة • واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب ؟ فقال ابن القاسم : هو واجب ، وقال ابن عبد الحكم : يستحب •

وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على النذب
أو على الوجوب •

وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف
بينهم في ذلك ، وذلك أن قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق ،
وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم
يوجبوا ذلك على الشريفة ، الا أن يكون الطفل لا يقبل الا ثديها ، وهو
مشهور قول مالك •

وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعنى
ايجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فمن قال أمره قال : لا يجب عليها أنرضاع
اذ لا دليل هنا على الوجوب ، ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وايجابه
وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الارضاع •
وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة • وأما
المطلقة فلا رضاع عليها الا أن لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى
الزوج أجر الرضاع ، هذا اجماع لقوله سبحانه وتعالى : « فان أرضعن
لكم فأتوهن أجورهن » (١) والجمهور على أن الحضانة للأم اذا طلقها
الزوج وكان الولد صغيراً لقوله عليه الصلاة والسلام « من فرق بين والدة
وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ولأن الأمة والمسبية اذا
لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحره •

واختلفوا اذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم يخير ، ومنهم الشافعي ،
واحتجوا بأثر ورد في ذلك ، وبقي قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم
هذا الحديث ، والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة
لما روى أن رسول الله ﷺ قال « أنت أحق به ما لم تنكح » ومن
لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل • (وأما نقل الحضانة من الأم
الى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه) (٢) •

(١) الطلاق : ٦ •

(٢) ما بين القوسين غير موجود في النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو
موجود بالنسخة الخطية الخاصة بأحمد بك تيمور •

الباب الخامس

في الأئكة المنهى عنها بالشرع والأئكة الفاسدة وحكمها

والأئكة التي ورد النهى فيها مصرحا أربعة : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل . فأما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببيع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه ، واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لا يصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعي الا أنه قال : ان سمي لاحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذي سمياه فاسد ، وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد واسحق وأبو نور والطبرى .

وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معطل بعدم العوض أو غير معطل ، فان قلنا غير معطل لزم الفسخ على الاطلاق ، وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات باادخول ، ويكون فيه مهر المثل ، وكان مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعاقب النهى به ، أو رأى أن النهى انما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهى يدل على فساد المنهى .

أما نكاح المتعة ، فانه وان تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه الا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ، ففي بعض الروايات أنه حرمها يوم خيبر ، وفي بعضها يوم الفتح ، وفي بعضها في غزوة تبوك ، وفي بعضها في حجة الوداع ، وفي بعضها في عمرة القضاء ، وفي بعضها في عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على

تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى : « **فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة ، ولا جناح عليكم** »^(١) وفي حرف عنه الى أجل مسمى •

وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة الا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد ﷺ ، ولولا نهى عمر عنها ما اضطر الى الزنا الا شقى • وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار • وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : « تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر ونصفا من خلافة عمر » ثم نهى عنها عمر الناس •

وأما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيرد ، نأخذ تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ • وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك •

وأما نكاح المحلل : أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقه ثلاثا ، فان مالكا قال : هو نكاح مفسوخ ، وقال أبو حنيفة والشافعى : هو نكاح صحيح ، وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل » الحديث فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد النهى عنه قال : النكاح فاسد . فهذه هى الأنكحة الفاسدة بالنهى •

وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفيد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح . أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة • وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق ،

وانما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم تلزمه الا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق ، فان ذلك يلزمه الا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضا ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء ، وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروى عن علي ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضى الله عنها : أن النبي ﷺ خطب الناس فقال في خطبته «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط» وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال «أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج» والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم ، الا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا : أعنى في لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

* * *

(وأما حكم الأنكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن 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 الأكثر — يفسخه قبل الدخول ويثبتته بعده والأصل فيه عنده أن لا فسح ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، والا فلا

وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء أكان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلفا فيه .
ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنتكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع وهنا القول في هذا الكتاب ، فان ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

كتاب الطلاق

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل : الجملة الأولى : فى أنواع الطلاق • الجملة الثانية : فى أركان الطلاق • الجملة الثالثة : فى الرجعة • الجملة الرابعة : فى أحكام المطلقات •

(الجملة الأولى) وفى هذه الجملة خمسة أبواب : الباب الأول : فى معرفة الطلاق البائن والرجعى • الباب الثانى : فى معرفة الطلاق السنى من البدعى • الباب الثالث : فى الخلع • الباب الرابع : فى تمييز الطلاق من الفسخ • الباب الخامس : فى التخيير والتملك •

الباب الأول

فى معرفة الطلاق البائن والرجعى

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعى • وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون فى مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة »^(١) الى قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً »^(٢) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر أنه رضي الله عنهما أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضاً • ولا خلاف فى هذا • وأما الطلاق البائن ، فانهم اتفقوا على أن البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطبيقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد • واتفقوا على أن العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق المرث ثلاث تطبيقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى : « الطلاق مرتان »^(٣) الآية • واختلفوا اذا وقعت ثلاثاً فى اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق

(٢) البقرة : ٢٢٩

(١) الطلاق : ١ .

مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان •
واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق
منهما ، ففي هذا الباب اذن ثلاث مسائل •

(المسألة الأولى) جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ
الثلاث حكمه حكم المطلقة 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** » (١) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق
ثلاث ، واحتجوا أيضا بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال :
كان الطلاق عن عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وسنتين من خلافة
عمر طلاق الثلاث واحدة فأما ما رواه عنهم عمر ، واحتجوا أيضا بما رواه
ابن اسحاق عن عكرمة عن ابن عباس قال « طلق ركانة زوجه ثارثا فى
مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله ﷺ :
كيف طلقتها ؟ قال : طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد ، قال : انما تلك طلقة
واحدة غارت جمعها » وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث
ابن عباس الواقع فى الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس ، وأن
جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء
وعمر بن دينار وجماعة غيرهم ، وأن حديث ابن اسحاق وهم ، وانما
روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا •

وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للمطلقة
الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة أم ليس يقع ؟
ولا يلزم من ذلك الا ما ألزم الشرع ؟ فمن شبه الطلاق بالأفعال التى
يشترط فى صحة وقوعها كون للشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال :
لا يلزم ، ومن شبهه بالنذور والأيمان التى ما التزم العبد منها لزمه على
أى صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكان الجمهور غلبوا

حكم التعليل في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى : « نعل الله يحدث بعد ذلك أمرا » (١) .

(المسألة الثانية) وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد المطلق البائن بالرق فممنهم من قال المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن المطلقة الثانية ، سواء أكانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا نال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس ، وإن كان يختلف عنده في ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول ، ومنهم من قال : إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن المطلقة الثانية سواء أكان الزوج عبداً أو حراً ، ومن قال بهذا القول من الصحابة : علي وأبن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ، وفي المسألة قول أشد من هذين ، وهو أن المطلق يعتبر برق من رق منهما ، قال 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 الذي يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشبها 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 الأنوثة مع الرق .

(المسألة الثالثة) وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه اجماع ، وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء . وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا الى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ، وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ، لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ . لأن وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغاظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسرا عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من أزم الطلاق الثلاث في واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

الباب الثاني

في معرفة الطلاق السني من البدعي

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسا فيه طاقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض :

ثم تطهر ، ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » • واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع : الوضع الأول : هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة ؟ • والثاني : هل المطلق ثلاثاً : أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟ والثالث : متى حكم من طلق في وقت الحيض •

(أما الوضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر • وقال أبو حنيفة : ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة •

وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتبعها فيه طلاقاً ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع •

(وأما الوضع الثاني) فإن مالكا ذهب الى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعي الى أنه مطلق للسنة • وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة •

والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجائلي طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله ﷺ بعد الفراغ من الملائعة قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله ﷺ • وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة • واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة ، 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 بل يندب الى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار ، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها ، وقال أشهب : لا يجبر الا في الحيضة الأولى .

والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء ، فقوم ائتمروا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعي وجماعة ، وقوم قالوا : بل يراجعها ، فاذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من ائتمروا في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسا فيه لم ير الأمر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهذا اذن أربع مسائل : أحدها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ . والثانية : ان وقع فيها يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ . والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب . والرابعة : متى يقع الاجبار .

(أما المسألة الأولى) فإن الجمهور انما صاروا الى أن الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به ، وكان طلاقا لقوله ﷺ في حديث ابن عمر « مره فليراجعها » قالوا : والرجعة لا تكون الا بعد طلاق ، وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ ؟ قال نعم . وروى أنه الذي كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فانه

اعتمد عموم قوله ﷺ « كل فعل أو عمر ليس عليه أمرنا فهو رد »
وقالوا : أمر رسول الله ﷺ برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه .

وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في
الطلاق السني هي شروط صحة واجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن
قال شروط اجزاء قال : لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ، ومن
قال : شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى أن يقع كاملا ، ولذلك من
قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

* * *

(وأما المسألة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟
فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال :
يجبر ، ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال :
هذا الأمر هو على الندب .

* * *

(وأما المسألة الثالثة) وهي متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من
اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك
لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى في ذلك
لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لأنه لو طلقها في الطهر
الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لأنه كان يكون
كالمطلق قبل الدخول . وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان
يصح فيه الوطاء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن
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 يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين
ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال : يراجعها فاذا طهرت
طلقها ان شاء ، وقالوا : المعنى في ذلك أنه انما أمر بالرجوع عقوبة له لأنه

طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه انطلاق
على وجه غير مكروه . فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسألة
وتعارض مفهوم العلة .

* * *

(وأما المسألة الرابعة) وهي متى يجبر فانما ذهب مالك الى أنه
يجبر على رجعتها لطول زمان المدة لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها .
وأما أشهب فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث ، لأن فيه « مره
فليراجعها حتى تطهر » فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ،
وأیضا فانه قال : انه أمر بمراجعتها لثلاث تطول عليها المدة ، فانه اذا
وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها
في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل فينبغي أن
يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة . فسبب الاختلاف هو
سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد .

* * *

الباب الثالث

في الخلع

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تتول الى معنى واحد ،
وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، الا أن اسم الخلع يختص ببذلها له
جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة باسقاطها عنه
حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء .

والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول :
في جواز وقوعه أولا ، ثم ثانيا في شروط وقوعه : أعنى جواز وقوعه ،
ثم ثالثا في نوعه : أعنى هل هو طلاق أو فسخ ؟ . ثم رابعا فيما يلحقه
من الأحكام .

الفصل الأول

في جواز وقوعه

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقولته تعالى : « **فلا جناح عليهما فيما افنتت به** » (١) . وأما السنة فحديث ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله . . ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : أتردين عليه حديثه ؟ قالت نعم ، قال رسول الله ﷺ : اقبل الحديقة وطلقها طلقاً واحداً » خرج به هذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي ، وهو حديث متفق على صحته ، وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى : « **فلا جناح عليهما فيما افنتت به** » منسوخ بقوله تعالى : « **وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً** » (٢) الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز . فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومته أو على خصوصه .

* * *

الفصل الثاني

في شروط وقوعه

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع الى القدر الذي يجوز فيه ، ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ، ومنها ما يرجع الى الحال التي 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 :

(المسألة الأولى) أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به فان مالكا

(٢) النساء : ٢٠ .

(١) البقرة : ٢٢٩ .

والشافعي وجماعة قالوا : جائز أن تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه . وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض 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 .

* * *

(المسألة الثانية) وأما صفة العوض . فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب . ومالك يجيز فيه الجهول الوجود والقدر المعلوم ، مثل الآبق والشارد والثمررة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعلوم . وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها : فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع . ومن شبهه بالمهبات لم يشترط ذلك . واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لا يستحق عوضا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل .

* * *

(المسألة 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 اضراره بها .

والأصل في ذلك قوله تعالى : « ولا تغضوبون لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » (١) وقوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افئدت به » (٢) وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها ترني ،

وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا ، وقال داود : لا يجوز الا بشرط
الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية ، وشذ نعمان فقال :
يجوز الخلع مع الاضرار ، والفقه أن الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة
ما بيد 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 •

* * *

(المسألة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف
عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لا تخالع عن نفسها
الا برضا سيدها ، وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر ، وقال
مالك : يخالع الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير
لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة :
لا يجوز لأنه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند
مالك اذا كان بقدر ميراثه منها ، وروى ابن نافع عن مالك أنه 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 المهمل
التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها اذا كان خلع
مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ، وشذ الحسن
وابن سيرين فقالا : لا يجوز الخلع الا باذن السلطان •

* * *

الفصل الثالث

في نوعه

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك ،
وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ ، وقال الشافعي : هو فسخ ،
(٦ - بداية المجتهد - ثان)

وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس • وقد روى عن الشافعي أنه كناية ، فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسحا ، وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا ، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى ، وقال أبو ثور : ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة ، وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ انما هي التي تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره ، وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسوخ ، واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال : « الطلاق مرتان » (١) ثم ذكر الافتداء ثم قال : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » (٢) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالفراضى قياسا على فسوخ البيع : أعنى الاقالة ، وعند المخالف أن الآية انما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق بجميع أنواع الطلاق لا أنه شيء غير الطلاق • فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟ •

الفصل الرابع

فيما يلحقه من الأحكام

وأما نواحيه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : فمنها هل يرتد على المختلعة طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لا يرتد الا ان كان الكلام متصلا ، وقال الشافعي : لا يرتد وان كان الكلام متصلا ، وقال أبو حنيفة : يرتد ولم يفرق بين الفور والتراخي • وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام

(٢) البقرة : ٢٣٠

(١) البقرة : ٢٢٩

النكاح ، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك لم يرتدف ، ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة فى العدة ، الا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالا : ان رد لها ما أخذ منها فى العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذى ذكرناه عن أبى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ، ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها فى عدتها ، وقالت فرقة من المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره فى العدة •

وسبب اختلافهم هل يمنع من النكاح فى العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلن ؟ • واختلفوا فى عدة المختلعة وسيأتى بعد • واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة فى مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله ان لم يكن هنالك بينة ، وقال الشافعى : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعى اختلافهما باختلاف المتبايعين ، وقال مالك : هى مدعى عليها وهو مدع • ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا •

* * *

الباب الرابع

فى تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك رحمه الله فى الفرق بين الفسخ الذى لا يعتد به فى التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث الى قولين : أحدهما أن النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه : أعنى فى جوارزه ، وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه لكلامه مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هى طلاق لا فسخ • والقول الثانى أن الاعتبار فى ذلك هو بالسبب الموجب لا للفرق ، فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسحا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح أو العدة وان كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا •

* * *

الباب الخامس

فى التخيير والتمليك

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة : التملك والتخيير ، والتمليك عن مالك فى المشهور غير التخيير ، وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة ايقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، ولذلك له أن يناكرها عنده خيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخييرا متقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين .

ففى الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك ، والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على احدى الروايتين أو ينفردا من المجلس ، والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك الى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله اياها على تطليق نفسها أن فى التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك فى التملك ، وقال الشافعى : اختارى وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقا الا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ، فله عنده أن يناكرها فى الطلاق نفسه ، وفى العدد فى الخيار أو التملك ، وهى عنده ان طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هى عند مالك فى التملك . وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فان طلقت نفسها فى التملك واحدة فهى بائنة ، وقال الثورى : الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل القول قولها فى أعداد الطلاق فى التملك ، وليس للزوج منكرتها ، وهذا القول مروى عن على وابن المسيب ، وبه قال الزهرى وعطاء ، وقد قيل انه ليس للمرأة فى التملك الا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ، وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضى الله عنهما ، روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بينى وبين امرأتى بغض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذى بيدك من أمرى بيدي لعلمت

كيف أصنع ، قال : فان الذى بيدى من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت فى عدتها ، وسألقى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل : يعمدون الى ما جعل الله فى أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيها التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تصب • وقد قيل ليس التملك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل •

وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك فى المملكة ان لها الخيار فى الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت فى المجلس وهو قول الشافعى وأبى حنيفة والأوزاعى وجماعة فقهاء الأمصار ، وعند الشافعى أن التملك اذا أراد به الطلاق كالوكالة ، ولو أن يرجع فى ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وانما صار الجمهور للقضاء بالتملك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله ﷺ نساءه ، قالت عائشة : خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يكن طلاقا ، لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهم لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله ﷺ لا أنهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق •

وانما صار جمهور الفقهاء الى أن التخيير والتملك واحد فى الحكم ، لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملك انسانا أمرا من الأمور ان شاء أن يفعله أو لا يفعله فانه قد خيره •

وأما مالك فيرى أن قوله لها اختارينى أو اختارى نفسك أنه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البيونة بتخيير رسول الله ﷺ نساءه لأن المفهوم منه انما كان البيونة وانما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج فى التملك أنه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها • وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نسا اعتبر فيه النية • فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل

فى التخيير ، وانما اتفقوا على أن له منكرتها فى العدد : أعنى فى ألفظ التملك : لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره . وانما رأى مالك والشافى أنه اذا طلقت نفسها بتملكه اياها طفلة واحدة أنها تكون رجعية ، لأن الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة . وانما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ، لأنه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لنا طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك ، وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها فى التملك ثلاثا وأنه ليس للزوج منكرتها فى ذلك . فلأن معنى التملك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق .

وأما من جعل التملك دلالة واحدة فقط أو التخيير . فانما ذهب الى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لأن العلة فى جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجمهور العلماء على أن المرأة اذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم .

وروى عن الحسن البصرى أنها اذا اختارت زوجها فواحدة . واذا اختارت نفسها فثلاث ، فبيتحصل فى هذه المسألة الخلاف فى ثلاثة مواضع : أحدها : أنه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثانى : أنه تقع بينهما فرقة . والثالث : الفرق بين التخيير والتملك فيما تملك به المرأة ، أعنى أن تملك بالتخيير البينونة ، وبالتملك ما دون البينونة ، واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة ، وقيل تملك الثلاث ، واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية ، وقيل بائنة . وأما حكم الألفاظ التى تجيب بها المرأة فى التخيير والتملك فهى ترجع الى حكم الألفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة أو كناية أو محتملة ، وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى ألفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفى هذه الجملة ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى ألفاظ الطلاق وشروطه . الباب الثانى : فى تفصيل من يجوز طلاقه

ومن لا يجوز • الباب الثالث : فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع •

الباب الأول

فى ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول : فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة • الفصل الثانى : فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة •

الفصل الأول

فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ، فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ، ومن عمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكنائية • واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى أحكامها وما يلزم فيها ، ونحن انما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحمولة ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح وهى المذكورة فى القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث • فهذا هو اختلافهم فى صريح الطلاق من غير صريحه •

وانما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب • وأما ألفاظ

الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعنى أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق ، أو هى باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت فى هذا المعنى : أعنى فى معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية : أعنى اللفظ الذى يكون مجازا فى دلالته ، وانما ذهب من ذهب الى أنه لا يقع الطلاق الا بهذه الألفاظ الثلاثة ، لأن الشرع انما 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 مسألتان مشهورتان : احدهما : اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها • والثانية : اختلفوا فيها • فأما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة قالوا : لا يقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا اذا قال لزوجته أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعى ، واستثبتت المالكية بأن قالت : الا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قريبة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هى فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسألة عند الشافعى وأبى حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم الى نية ، وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج الى نية ، 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 أن يصدقه فيما ادعى •

(وأما المسألة الثانية) فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة اما ثنتين واما ثلاثا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعى الا أن يقيد فيقول طلاق واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ، وأما أبو حنيفة فقال : لا يقع ثلاثا بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الافراد ، لا كناية ولا تصريحاً • وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ

المحتمل ؟ فمن قال بالنية أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ، ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ فى الطلاق مع النية قال : لا يجب العدد وان نواه ، وهذه المسألة اختلفوا فيها ، وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعنى اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية ، وعند الشافعى أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية ، فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات » ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها » والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشتراط النية فى العمل فى الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق فى المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض ؟ فقيل يقع ، وقيل لا يقع ، وهذه المسألة من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق وأما ألفاظ الطلاق التى ليست بصريح ، فمنها ما هى كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هى كناية محتملة ، ومذهب مالك أنه اذا ادعى فى الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهيه فى الصريح ، وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها الا أن يكون قال ذلك فى الخلع .

وأما غير المدخول بها فيصدق فى الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ، لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هى مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل ألبتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فانه يرجع فى ذلك الى ما نواه ، فان كان نوى دلتا كان طلاقا وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق فى ذلك وقول أبى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى ، الا أنه على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده بالقة واحدة بائنة ، وان افتقرت به قرينة تدل

على الطلاق وزعم أنه لم ينوه لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده فى مذاكراته الطلاق ، وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقتترنت بها هذه القرينة الا أربع : حبك على غاربك ، واعتدى ، واستبرئى ، وتقنعى ، لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة . وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعى فى الكناية الظاهرة . وخالفه جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شىء ، وان نوى طلاقا فيحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول أن يصدق باطلاق . وهو قول الشافعى ، وقول انه لا يصدق باطلاق الا أن يكون هناك قرينة . وهو قول مالك ، وقول انه يصدق الا أن يكون فى مذاكرة الطلاق . وهو قول أبى حنيفة .

وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل . وبين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة أبينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة الى هذه الأصول ، وانما صار مالك الى أنه لا يقبل قوله فى الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا ، لأن العرف اللغوى والشرعى شاهد عليه ، وذلك أن هذه الألفاظ انما تلفظ بها الناس غالبا . والمراد بها الطلاق ، الا أن يكون هناك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ، لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لا تقع الا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا ، واذا لم تقع خلعا لأنه ليس هناك عوض فبقى أن يكون ثلاثا ، وذلك فى المدخول بها ، ويتخرج على القول فى المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعى أنه اذا وقع الاجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله فى كنياته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ، ويشبهه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا فى الطلاق فليس بصريح فى العدد ومن الحجة للشافعى حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر فى حبك على غاربك ، وانما صار للشافعى الى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث

يكون رجعيا لحديث ركانه المتقدم ، وصار أبو حنيفة الى أنه يكون بائنا لأنه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لأن الثلاث معنى زائد على البيئونة عنده .

فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البيئونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية . ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم : أعنى من قال لزوجته أنت على حرام ، وذلك أن مالكا قال : يحمل فى المدخول بها على البت : أى الثلاث وينوى فى غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة ، وبه قال أصحابه الا ابن الماجشون فانه قال : لا ينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الأعموال فى هذه المسألة ، والقول الثانى : أنه ان نوى بذلك ثلاثا فهمى ثلاث وان نوى واحدة فهمى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشىء ، هى كذبة ، وقال بهذا القول الثورى والقول الثالث : أنه يكون أيضا ما نوى بها وان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث ، وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قتاله الأوزاعى .

والقول الرابع : أن ينوى فيها فى الموضعين فى ارادة الطلاق وفى عدد ، فما نوى كان ما نوى ، فان نوى واحدة كان رجعيا ، وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى .

والقول الخامس : أنه ينوى أيضا فى الطلاق وفى العدد ، فان نوى واحدة كانت بائنة ، فان لم ينو طلاقا كان يمينا وهو مول ، فان نوى الكذب فليس بشىء ، وهذا القول قتاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس : انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، الا أن بعض هؤلاء قال يمين

مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ،
وقال ابن عباس وقد سئل عنها : لقد كان لكم فى رسول الله أسوة
حسنة ، خرج البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى :
« يا ايها النبى لم تحرم ما أحل الله لك » (١) الآية . والقول السابع : أن
تحريم المرأة كتحرير الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى :
« لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » (٢) وهو قول مسروق والأجدع
وأبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وغيرهم . ومن قال فيها انها غير
مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظاهر . وبعضهم أوجب فيها
بِحقوق رقبة . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية ؟ أو ليس بيمين
ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف فى ألفاظ الطلاق .

* * *

الفصل الثانى

فى الفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لا يخار من قسمين : اما تقييد اشتراط ، أو تقييد
استثناء ، والتقييد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع
فعل من الأفعال المستقبلية أو بخروج شئ مجهول 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 أن يعلقه
بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على
جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله ، أو على جهة الاستثناء
مثل أن يقول أنت طالق الا أن يشاء الله ، فان مالكا قال : لا يؤثر الاستثناء
فى الطلاق شبيئا وهو واقع ولا بد . وقال أبو حنيفة والشافعى اذا
استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق .

وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتحلقه بالأفعال المستقبلية أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ، فمن قال لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة فى الطلاق ، ومن قال يتعلق به قال : يؤثر فيه • وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل اليه علمها فلا خلاف فى مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته •

وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف فى المذهب ، قيل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه ، والصبي والمجنون داخلان فى هذا المعنى ، فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالمهزل عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ، ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا • وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية ، فان الأفعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أصرب : أحدها ما يمكن أن يقع أو لا 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 غدا ، فهذا يقع ناجزا عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعى وأبى حنيفة على وجود الشرط ، فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال : لا يقع الا بوقوع الشرط ، ومن شبهه بالوطة الواقعة فى الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا الى أجل قال : يقع الطلاق ، الثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجىء الحيض والطهر ، ففى ذلك روايتان عن مالك : أحدهما : وقوع الطلاق ناجزا ، والثانية : وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذى يأتى على مذهب أبى حنيفة والشافعى ، والقول بانجاز الطلاق فى هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد ، والخلاف فيه قوى •

وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل أن يقول : ان كان خلق الله اليوم فى بحر القلزم حوتا بصفة

كدا فأنت طالق ، فلا خلاف أعنه في المذهب أن الطلاق يقع في هذا ،
وأما ان علقه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه الى الوجود مثل أن يقول :
ان ولدت أنتي فأنت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى
الوجود • وأما ان حلف بالطلاق أنها تلد أنتي ، فان الطلاق في الحين يقع
عنده وان ولدت أنتي ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن
يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك انه اذا
أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلا من الأفعال أنه لا يحنث حتى
يفعل ذلك !فعل ، واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من
الأفعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فان
امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة الأجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء
ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ، ومن العلماء
من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل ، وان كان مما لا يفوت كان على
البر حتى يموت •

ومن هذا الباب اختلافهم في تبويض المطلقة ، أو تبويض الطلاق
وارداد الطلاق على الطلاق • فأما مسألة تبويض المطلقة ، فان مالكا قال :
اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقته 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 تطليقة طلقت ، لأن
هذا كله عنده لا يتبعض ، وعند المخالف اذا تبعض لم يقع ، وأما اذا
قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا ، فانه يكون
ثلاثا عند مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يقع واحدة ، فمن شبه تكرر
اللفظ بلفظه بالعدد ، أعنى بقوله طلقتك ثلاثا قال : يقع الطلاق ثلاثا ،
ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانته منه قال : لا يقع عليها الثاني
والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين في ارتدائه في الطلاق الرجعي •

وأما الطلاق المقيّد بالاستثناء فانما يتصور في العدد فقط ، فاذا
طلقة أعدادا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : اما أن يستثنى ذلك

العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ، أو اثنتين الا اثنتين ، وأما أن يستثنى ما هو أقل ، فاما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر ، وأما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل ، فإذا استثنى الأقل من الأكثر ، فلا خلاف أعامه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا الا واحدة ، وأما أن استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : أحدهما أن الاستثناء لا يصح ، وهو مبنى على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل . والآخر أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا ، فإن مالك قال : يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع المطلاق فلا طلاق عليه . كما لو قال أنت طالق لا طالق معا ، فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل .

وشذ أبو محمد بن حزم فقال : لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ، لأن الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولادليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وانما 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 احتجاجه في ذلك .

* * *

الباب الثاني

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 ؟ فأما طلاق المكره فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال

عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أو لا ينوى شيئاً ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان أصحهما أنه لا يلزم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو واقع .
، كذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق .

وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ انما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء أصلاً ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى : « **الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان** » (١) وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ، لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله .

وأما طلاق الصبي ، فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ ، وقال في « مختصر ما ليس في المختصر » : انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان ، وقال عطاء : اذا بلغ اثنتى 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 الزنى وبعض أصحاب أبي حنيفة . والسيب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدًا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لا يقع ، ومن قال افرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه ، واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه ، فقال مالك : يلزمه

الطلاق والعنق والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ،
وألزمه أبو حنيفة كل شيء ، وقال الليث : كل ما جاء من منطلق السكران
فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عنق ولا نكاح ولا بيع ولا جد في
قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيجد 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 مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة
وقول من قال : ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نفا في الزام
السكران الطلاق لأن السكران معتوه ما ، وبه قال داود وأبو ثور وأسحاق
وجماعة من التابعين : أعنى أن طلاقه ليس يلزم ، وعن الشافعى القولان
في ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للحممور ، واختار الزنى من
أصحابه أن طلاقه غير واقع .

وأما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه ، فان مالكا
وجماعة يقول : ترثه زوجته ، والشافعى وجماعة لا يورثها ، والذين
قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة تالت لها الميراث مادامت فى
العدة ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثورى . وقال قوم :
لها الميراث ما لم تتزوج ، وممن قال بهذا أحمد وابن أبى ليلى ، وقاله
قوم : بل ترث كانت فى العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو
مذهب مالك والليث . وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسد
الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون انما طلقه فى مرضه
زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ،
ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا ،
وذلك أن هذه الطائفة تقول : ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع
بجميع أحكامه ، لأنهم قالوا : انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع
فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين ،
لأنه يعسر أن يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام
الطلاق وبعض أحكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن
يصح أو لا يصح ، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى أن يصح
(٧ - بداية الجتهد - ثا)

أو لا يصح ، وهذا أنه مما يعسر القول به في الشرع ، ولكن انما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه اجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور .

وأما من رأى أنها تترث في العدة ، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالملقة الرجعية ، وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في توريثها ما لم تتزوج فإنه لاحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا تترث زوجين ، ولكن التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا تترث أصلا ، وفرق الأوزاعي بين التملك والطلاق فقال : ليس لها الميراث في التملك ، ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال : ان ماتت لا يرثها ، وترثه هي ان مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

الباب الثالث

فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فانهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضى عددهن في الطلاق الرجعي ، وأنه لا يقع على الأجنبية : أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبية بشرط التزويج مثل أن يقول : ان فكحت فلانة فهي طالق ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب : قول ان الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عم المطلق أو خص ، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وقول أنه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص ، وهو قول أبي حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه ، وان خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ، أعني مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق ، وكذلك

فى وقت كذا ، فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن • وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ، ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية • وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة ، وذلك أنه اذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتا به وحرجا ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما اذا خصص فليس الأمر كذلك اذا ألزمناه الطلاق ، واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « لا طلاق الا من بعد نكاح » وفى رواية أخرى « لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك » وثبت ذلك عن على ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة ، وروى مثل قول أبى حنيفة عن عمر وابن مسعود ، وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم •

* * *

(الجملة الثالثة : فى 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 فى هذا الجنس بابان : الباب الأول : فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى • الباب الثانى : فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن •

الباب الأول

فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة فى الطلاق الرجعى ما دامت فى العدة من غير اعتبار رضاها اقوله تعالى : « ويعولتهن أحق بردهن فى ذلك » (١) وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له • واتفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد •

واختلفوا هل الأشهاد شرط فى صحتها أم ليس بشرط ؟ وكذلك
اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الأشهاد فذهب مالك الى أنه
مستحب ، وذهب الشافعى الى أنه واجب .

وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى :
« وَأَشْهَدُوا نَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ » (١) يقتضى الوجوب ، وتشبيه هذا الحق
بسائر الحقوق التى يقبضها الانسان يقتضى أن لا يجب الأشهاد ،
فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم
فيما تكون به الرجعة ، فان قوما قالوا : لا تكون الرجعة الا بالقول فقط ،
وبه قال الشافعى ، وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا
قسمين : فقال قوم : لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة ،
لأن الفعل عنده ينتزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ، وأما
أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ، فأما
الشافعى فمقاس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالأشهاد ،
ولا يكون الأشهاد الا على القول .

وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبى حنيفة فان أبا حنيفة يرى أن
الرجعية محالة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك
لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ، وعند مالك أن وطء الرجعية
حرام حتى يرتجعا ، فلا بد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم فى شروط
صحة الرجعة . واختلفوا فى مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من
المطلقة الرجعية ما دامت فى العدة ، فقال مالك : لا يخلو معها ولا يدخل
عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ، ولا بأس أن يأكل معها اذا كان
معها غيرها . وحكى ابن المقاسم أنه رجع عن اباحة الأكل معها ، وقال
أبو حنيفة : لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتطيب له وتتشفوف وتبدي
البنان والكحل ، وبه قال الثورى وأبو يوسف والأوزاعى ، وكلهم قالوا :
لا يدخل عليها الا أن تعلم بدخوله بقوله أو حركة من تتنجح أو خفق

نعل : واختلفوا فى هذا الباب فى الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا يبلغها الرجعة ففتتزوج اذا انقضت عدتها ، فذهب مالك الى أنها للذى عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل ، هذا قوله فى الموطأ ، وبه قال الأوزاعي والليث ، وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثانى ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه لأنه أثبتته فى موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك فى الموطأ ، وأما الشافعى والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروى عن على وهو الأبين .

وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال فى هذه المسألة : ان الزوج الذى ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها ، وحجة مالك فى الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجها غيره أنه ليس له من أمرها شيء ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل ان هذا الحديث إنما يروى عن ابن شهاب فقط ، وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وان لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تتزوج ، واذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسدا ، فان نكاح الغير لا تأثير له فى ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر ان شاء الله ، ويشهد لهذا ما خرجه القرمذى عن سمرة بن جندب أن النبى ﷺ قال « أيما امرأة تزوجها اثنان فهى للأول منها ، ومن باع بيعسا من رجلين فهو للأول منهما » .

الباب الثاني

في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

والطلاق البائن ، اما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف ، وفي المختلعة باختلاف ، وهل يقع أيضا دون عوض ؟ فيه خلاف ، وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا ، الا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ، وشذ قوم فقالوا : المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره ، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة .

وأما البائنة بالثلاث ، فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموعل « أنه طلق امرأته تميمية بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير . فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال : لا تحل لك حتى تذوق العسيلة » .

وشذ سعيد بن المسيب فقال : انه جائز أن ترجع الى زوجها الأول بنفس العقد لمعصوم قوله تعالى : « حتى تنكح زوجا غيره » (١) والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، الا الحسن البصرى فقال : لا تحل الا بوطء بانزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين .

وقال مالك وابن القاسم : لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذميمة عندهما بوطء زوج ذمى لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغا ، وخالفهما في ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا : يحل الوطء

(١) البقرة : ٢٣٠

وان وقع فى عقد فاسد أو وقت غير مباح • وكذلك وطء المراهق عندهم
يحل ، ويحل وطء الذمى الذمى للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخصى
الذى يبقى له ما يعيبه فى فرج ، والخلاف فى هذا كله آيل الى هل
يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله ؟ واختلفوا من
هذا الباب فى نكاح المحلل : أعنى اذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها
الأول ، فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط
فاسد لا تحل به ، ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل ، وإنما
يعتبر عنده ارادة الرجل ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : النكاح جائز ،
ولا تؤثر النية فى ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج
المطلق ثلاثا ، وقال بعضهم : النكاح جائز والشرط باطل : أى ليس
يحللها ، وهو قول ابن أبى ليلى ، وروى عن الثورى ، واستدل مالك
وأصحابه بما روى عن النبى ﷺ من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود
وأبى هريرة وعقبة بن عامر أنه قال ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له »
فلعنه اياه كلعنه أكل 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 فتعلق بعموم قوله تعالى : « حتى تنكح
زوجا غيره » وهذا ناكح ، وقالوا : وليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل
على أن عدمه شرط فى صحة النكاح ، كما أنه ليس النهى عن الصلاة فى
الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة مالك البقعة
أو الاذن من مالكها فى ذلك ، قالوا واذا لم يدل النهى على فساد عقد
النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل • وإنما لم يعتبر مالك قصد
المرأة لأنه اذا لم يوافقها على قصدتها لم يكن لقصدتها معنى مع أن
الطلاق ليس بيدها •

واختلفوا فى هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة
يهدم ، وقال مالك والشافعى لا يهدم : أعنى اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة
غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا ؟ فمن رأى أن

هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال : لا يهدم ما دون الثالثة عنده ،
ومن رأى أنه اذا هدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم
ما دون الثالث ، والله أعلم •

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان : الأول : فى العدة :
الثانى : فى المتعة •

الباب الأول

فى العدة

والنظر فى هذا الباب فى فصلين : الفصل الأول : فى عدة
الزوجات • الفصل الثانى : فى عدة ملك اليمين •

الفصل الأول

فى عدة الزوجات

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم الى نوعين : أحدهما فى معرفة
العدة • والثانى : فى معرفة أحكام العدة •

(النوع الأول) وكل زوجة فهى اما حرة واما أمة ، وكل واحدة من
هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فأما
غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى : « فما لكم عليهن
من عدة تعتدونها » (١) • وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات
الحيض أو من غير ذوات الحيض • وغير ذوات الحيض اما صغار
واما يائسات ، وذوات الحيض اما حوامل واما جاريات على عاداتهن فى
الحيض ، واما مرتفعات الحيض ، واما مستحاضات • والمرتفعات الحيض
فى سن الحيض اما مراتبات بالجمال : أى بحس فى البطن ، واما غير

مرتبات • وغير المرتبات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، واما غير معروفات •

فأما ذوات الحيض الأحرار 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** » (١) الآية ، وفي قوله تعالى : « **واللائئ يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم** » (٢) الآية • واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعنى الأزمنة التي بين الزمنين : وقال قوم : هي الدم نفسه ، وممن قال ان الأقراء هي الأطهار : أما من فقهاء الأمصار فمالك والثشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ، وممن قال ان الأقراء هي الحيض أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري •

وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : الأقراء هي الحيض • وحكى أيضا عن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله ﷺ • وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه • فروى عنه أنه كان يقول : انها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلى : هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار رأى أنها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى أنها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضى الحيضة الثالثة •

وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل أن اسم

(٢) الطلاق : ٤ .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

القرء فى الآيه ظاهر فى المعنى الذى يراه ، فالذين قالوا انها الأطهار قالوا : ان هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر ، وذلك أن القرء الذى هو الحيض يجمع على أقراء لا على قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنبارى ، وأيضا فانهم قالوا : ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء ، لأن الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا : ان الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الهاء فى الحوض : أى جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآيه .

وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآيه فانهم قالوا : ان قوله تعالى : « ثلاثة قروء » (١) ظاهر فى تمام كل قرء مفها ، لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزا ، واذا وصفت الأقراء بأنها هى الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقراءين وبعض قرء ، لأنها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزا ، واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها ، وذلك لا يتفق الا بأن تكون الأقراء هى الحيض لأن الاجماع منعقد على أنها ان طلقت فى حيضة انها لا تعتد بها ، ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذى رضيه الحذاق أن الآية مجملة فى ذلك .

وأن الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى ، فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هى الأطهار حديث ابن عمر المتقدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم « مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسه ، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » قالوا : واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم تمس فيه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها

النساء» دليل واضح على أن العدة هي الأطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة .

ويمكن أن يتناول قوله «فتلك العدة» أى فتلك مدة استقبال العدة
أثلا يتبع بعض القراء بإطلاق في الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى أن العدة انما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض ، واحتج من قال الأقراء هي الأطهار بأن المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، واذا كان ذلك فالثلث المعتبر فيهن التمام : أعنى المشترط هي الأطهار التى بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتياجات طويلة .

ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون ان العدة هي الأطهار أنها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا انها النحيض ، فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعى ، وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثورى واسحاق بن عبيد ، وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها ، وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت فى الغسل عشرين سنة ، حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة ، وهو أيضا شاذ ، فهذه هي حال الحائض التى تحيض .

وأما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ربية حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فان مر بها تسعة

أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر ، فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة ، فان مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، فان حاضت الثالثة فى الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها • ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل • واختلف عن مالك متى تعتد بالتسعة أشهر ؟ فقيل من يوم طلقت ، وهو قوله فى الموطأ ، وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ، وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لا تياس منها فى المستأنف : انها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تياس فيه من المحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر وتحيض قبل ذلك ، وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد ، وعمدة مالك عن طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل أنه قد تحيض الحامل ، واذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية فى العلم ببرأة الرحم بل هى 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 الثانى أو السنة الى أن يمضى لها ثلاثة أقرء •

وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى : « **واللأئى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر** »^(١) والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأى فيه عسر وجرح ، ولو قيل انها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا اذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضها •

وكان قوله « **ان ارتبتم** » راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه ، فكان مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية ، فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ، ولذلك جعل قوله « **ان ارتبتم** » راجعا الى الحكم

(١) الطلاق : ٤ .

لا ائى الحيض ، أى ان شككتم فى حكمهن ، ثم قال فى التى تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهى فى سن من تحيض انها تعتد بالأشهر •
وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا الى أن الرية ههنا مئى الحيض ، وأن اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا لأنه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون فى هذا السن : أعنى سن اليائس وان من فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالأشهر ، وهو قياس قول أهل الظاهر ، لأن اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور •

أما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسن •
وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ، فان المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض ، قصر الزمان أم طال ، وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب ، وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين ، فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان : احدهما أن عدتها السنة • والأخرى أنها تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء ، وقال أبو حنيفة عدتها الأقراء ان تميزت لها وان لم تميز لها فتلاثة أشهر ، وقال الشافعى : عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القانى من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التى لا تحيض ، وهى من أهل الحيض ، والشافعى انما ذهب فى العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله ﷺ للمستحاضة « اتركى الصلاة أيام أقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم » وانما اعتبر التمييز لقوله ﷺ لفاطمة بنت حبيش « اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف ، فاذا كان ذلك فأمسكى عن الصلاة ، فاذا كان الآخر فتوضىء وصلى فانما هو عرق »

خرجه أبو داود ، وإنما ذهب من ذهب الى أن عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم ، لأنه معلوم في الأغلب أنها في كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض ، وخفاؤه كارتفاعه .

وأما المسترابة : أعني التي تجد حسا في بطنها تظن به أنه حمل فانها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين ، وقال أهل الظاهر : تسعة أشهر ، ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن : أعنى المطلقات لقواه تعالى : « **وأولات الأحمال أجهلن أن يضمن حملهن** »^(١) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضا بتلك الأقسام بعينها ، أعنى حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات .

فأما الحيض اللاتي يأتين حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن ، حيضتان ، وذهب داود وأهل الظاهر الى أن عدتهن ثلاث حيض كالحررة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى : « **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** »^(٢) وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة . واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه . وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه متنصفا مع الرق . وإنما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض 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 ، فكان مالكا اضطرب قوله ، فمرة أخذ بالعموم 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 لا عادة عليها .

واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها

(٢) البقرة : ٢٢٨ .

(١) الطلاق : ٤ .

قبل ان يمسها هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار :
تستأنف ، وقالت فرقة : تبقى فى عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولى
الشافعى ، وقال داود : ليس عليها أن يتم عدتها ولا عدة مستأنفة •
وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ،
ما خلا رجعة المولى : وقال الشافعى ، اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطاء
ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعى أظهر •

وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تنفصحتها عنده على الانفاق
فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا ، وان لم ينفق بقيت
على عدتها الأولى ، واذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك
روايتان : احدهما تداخل العدتين ، والأخرى نفيه • فوجه الأولى اعتبار
براءة الرحم : لأن ذلك حاصل مع التداخل •

وجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطاء الذى له
حرمة ، واذا عتقت الأمة فى عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ،
ولم تنتقل الى عدة الحرة ، وقال أبو حنيفة : تنتقل فى الطلاق الرجعى
دون البائن ، وقال الشافعى : تنتقل فى الوجهين معا •

وسبب الخلاف على العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام
انفصالها ؟ فمن قال من أحكام الزوجية قال : لا تنتقل عدتها ، ومن قال
من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت وهى زوجة ثم
طلقت ، وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين ، وذلك أن الرجعى فيه
شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى فى
عدة من طلاق رجعى ، وأنها تنتقل الى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول
من قسمى النظر فى العدة •

(القسم الثانى) وأما النظر فى أحكام العدد ، فانهم اتفقوا على أن
للمعدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى فى
الرجعيات : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (١) الآية ولقوله

تعالى : « وان كن اولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن » (١) واختلّفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال : أحدها أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة . والثالث : أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعي وجماعة .

وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت « طلقني زوجي ثلاثا علي عهد رسول الله ﷺ ، فأتيت النبي ﷺ فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة » خرجه مسلم ، وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة » وهذا قول مروى عن علي 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 : فقال رسول الله ﷺ « 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 سكتن من وجدكن » وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء .

وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكتن من وجدكن » وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية . وبالجملة فحيثما 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 :

(١) الطلاق : ٦ .

« أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » الآية • ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى ، فلذلك الأولى فى هذه المسألة اما أن يقال ان لها الأمرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، واما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور •

وأما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فمفسر ، ووجه عسره ضعف دليله • وينبغى أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون فى ثلاثة أشياء : فى طلاق ، أو موت ، أو اختيار الأمة نفسها اذا اعتقت • واختلفوا فيها فى الفسوخ ، والجمهور على وجوبها •

ولما كان الكلام فى العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول : ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى : « يتريصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » (١)

واختلفوا فى عدة الحامل وفى عدة الأمة اذا لم تأتها حيضتها فى الأربعة الأشهر وعشرا ماذا حكمها ؟ فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة فى هذه المدة ، فان لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل ، وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة ، وذلك اذا كانت عادتها فى الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا اما غير موجود ، أعنى من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة 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 : تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار : أبى حنيفة والشافعى والثورى •

(وأما المسألة الثانية) وهى الحامل التى يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرا الى عموم قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » (١) وان كانت الآية فى الطلاق وأخذوا أيضا بحديث أم سامة أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجات رسول الله ﷺ فقال لها : قد حلت فانكحى من شئت » وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، أما الحمل ، وأما انقضاء العدة عدة الموت ، وروى مثل ذلك عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة .

وأما الأمة المتوفى عنها من تحل له ، فانها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير أم ولد ، فأما الزوجة فقال الجمهور : ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على الدية ، وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم غدة الطلاق مصيرا الى التعميم .

وأما أم الولد فقال مالك والشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة : عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : عدتها ثلاث حيض ، وهو قول على وابن مسعود ، وقال قوم : عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ، وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشرا ، وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض ، فلم يبق الا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبيها بالأمة يموت عنها سيها ، وذلك ما لا خلاف فيه ، وحجة أبى حنيفة أن العدة انما وجبت عليها وهى حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ، ولا بأمة فتعتد عدة أمة ، فوجب أن تستبرى رحمها بعدة الأحرار .

أما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد اذا توفى عنها

سيدها أربعة أشهر وعشرا . وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذه .
وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبيها بالزوجة الأمة . فبسبب
الخلافا أنها مسكوت عنها ، وهي مترددة الشبه بين الأمة والحرة ، وأما من
شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة ،
وهو مذهب أبي حنيفة .

الباب الثاني

في المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم من
أهل الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم : هي مندوب اليها
وليست واجبة ، وبه قال مالك . والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات
اختلفوا في ذلك ، فقال أبو حنيفة : هي واجبة على كل من طلق قبل الدخول ،
وأم يفرض لها صداقا مسمى ، وقال الشافعي : هي واجبة لكل مطلقة إذا
كان الفراق من قبله إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول . وعلى هذا
جمهور العلماء .

واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم
المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة
تعقدونها ، فمتوهن وسرحوهن سراحا جميلا » (١) فاشتراط المتعة مع عدم
المسيس ، وقال تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد
فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (٢) فعلم أنه لا متعة لها مع
التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى
أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمرى مزيل ، لأنه حيث لم يجب لها صداق
أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء .
وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى :

(٢) البقرة : ٢٣٧

(١) الأحزاب : ٤٩

«ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» (١) على العموم فى كل مدلقة الا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول ، وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطى •

وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على النذب لقوله تعالى فى آخر الآية «حقا على المحسنين» (١) أى على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب • واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها احدات ؟ فقال مالك : ليس عليها احدات •

* * *

باب فى بعث الحكيم

اتفق العلماء على جواز بعث الحكيم اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما فى التشاجر : أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى : « وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » (٢) الآية ، وأجمعوا على أن الحكيم لا يكونان الا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، الا أن لا يوجد فى أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ، وأجمعوا على أن الحكيم اذا اختلفا لم ينفذ قولهما ، وأجمعوا على أن قولهما فى الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين •

واختلفوا فى تفريق الحكيم بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج أو لا يحتاج الى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما فى ذلك • وقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، الا أن يجعل الزوج اليهما التفريق • وحجة مالك ما رواه من ذلك عن على بن أبى طالب

أنه قال في الحكمين : اليهما التفرقة بين الزوجين • والجمع • وحجة الشافعي وأبي حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج •

واختك أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا ، والأصل أن الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك • وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث على هذا أنه قال للحكمين : هل تدریان ما عليكما ؟ ان رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وان رأيتما أن تفرقا ففرقتما ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلى ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال على • لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر في ذلك أذنه • ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين •

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ
وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)

كتاب الإيلاء

والأصل في هذا الباب قوله تعالى : « نلذين يؤلون من نسائهم
تريص أربعة أشهر »^(١) والإيلاء : هو أن يحالف الرجل أن لا يبطأ زوجته
أما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق ، على الاختلاف
المذكور في ذلك فيما بعد .

واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع : فمنها هل تطلق المرأة
بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى ، أم انما تطلق بأن يوقف
بعد الأربعة الأشهر ؟ فاما فاء واما طلق ، . ومنها هل الإيلاء يكون بكل
يمين ، أم بالأيمان المباحة نى الشرع فقط ؟ . ومنها اذا أمسك عن الوطاء
بغير يمين هل يكون وليا أم لا ؟ . ومنها هل المولى هو الذى يقيد يمينه
بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولى هو الذى لم يقيد
يمينه بمدة أصلا ؟ . ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعى ؟ . ومنها ان
أبى الطلاق والفاء هل يطلق القاضى عليه أم لا ؟ . ومنها هل يتكرر
الإيلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث في الزواج الثانى ؟

ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يبطأ فى العدة أم لا ؟ . ومنها
هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟ . ومنها هل اذا
طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟ . فهذه هي مسائل
الخلافة المشهورة فى الإيلاء بين فقهاء الأمصار التى تنتزل من هذا
الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافتهم فى مسألة مسألة منها ، وعيون
أداتهم وأسباب خلافتهم على ما قصدنا .

(المسألة الأولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر

نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق ؟ فان مالكا والشافعي وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فاما فاء واما طلق ، وهو قول علي وابن عمر ، وان كان قد روى عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجمله الكوفيون الى أن المطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر الا أن يفىء فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين •

وسبب الخلاف هل قوله تعالى : « فان فاعوا فان الله غفور رحيم » (١) أى فان فاعوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » (٢) أن لا يفىء حتى تنتضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله « وان عزموا الطلاق » أى باللفظ « فان الله سميع عليم » •

وللمالكية فى الآية أربعة أدلة : أحدها أنه جعل مدة التبرص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة ، الدليل الثانى 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 الأبدليل • 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 أن الفاء فى قوله تعالى : « فان فاعوا فان الله غفور رحيم » ظاهرة فى معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق • وأما أبو حنيفة فانه اعتمد فى ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت المدة انما شرعت لتلايق منه ندم ، وبالجمله فشبهاوا الأيلاء بالطلاق الرجعى ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى ، وقد روى ذلك عن ابن عباس •

(المسألة الثانية) وأما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الايلاء ، فان مالكا قال : يقع الايلاء بكل يمين ، وقال الشافعى : لا يقع الا بالأيمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله أو بصفة من صفاته ، فمالك اعتمد العموم : أعنى عموم قوله تعالى : « **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبِصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ** »^(١) والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى ، فوجب أن تكون اليمين التى تترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة .

(المسألة الثالثة) وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين ، فان انجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بتترك الوطء ، وان لم يحلف على ذلك ، فالجمهور اعتمدوا المظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ، لأن الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ، لأن الضرر يوجد فى الحالتين جميعا .

(المسألة الرابعة) وأما اختلافهم فى مدة الايلاء ، فان مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذا كان الفىء عندهم انما هو بعد الأربعة الأشهر ، وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الأربعة الأشهر فقط اذا كان الفىء عنده انما هو فيها ، وذهب الحسن وابن أبى ليلى الى أنه اذا حلف وقتا ما وان كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الأجل الى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروى عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأييد .

والسبب فى اختلافهم فى المدة اطلاق الآية ، فاختلفهم فى وقت الفىء ، وفى صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة فى هذه المعانى

أو مجملة ، وكذلك اختلافهم فى صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها ، وهذه هى أركان الايلاء : أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفىء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

(المسألة الخامسة) فأما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى أنه رجعى ، لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعى الى أن يدل الدليل على أنه بائن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه ان كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة . فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للأصل المعروف فى الطلاق ، فمن غلب الأصل قال : رجعى ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .

(المسألة السادسة) وأما هل يطلق القاضى اذا أبى الفىء أو الطلاق أو يجبس حتى يطلق ، فان مالكا قال : يطلق القاضى عليه ، وقال أهل الظاهر : يجبس حتى يطلقها بنفسه . وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف فى الطلاق للمصلحة ، فمن راعى الأصل المعروف فى الطلاق قال : لا يقع طلاق الا من الزوج ، ومن راعى الضرر الداخلى من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة ، وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسألة السابعة) وأما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها ؟ فان مالكا يقول : اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه ، وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى ، وهذا القول هو الذى اختاره الزنى وجماعة العلماء على أن الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين .

والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء . وذلك
أنه لا ايلاء في الشرع الا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في
نكاح آخر . ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم
الايلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد
معنى الايلاء .

* * *

(المسألة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس
تلزمها ؟ فان الجمهور على أن العدة تلزمها ، وقال جابر بن زيد : لا تلزمها
عدة اذا كانت قد حاضت في مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيض . وقال
بقوله طائفة : وهو مروى عن ابن عباس . وحجته أن العدة انما وضعت
ابراءة الزحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة
فوجب أن تعتد كسائر المطلقات .

وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصالحة ، فمن احذ جانب
المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن احذ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

* * *

(المسألة التاسعة) وأما ايلاء العبد ، فان مالكا قال : ايلاء العبد
شهران على النصف من ايلاء الحر ، قياسا على حدوده وطلاقه . وقال
الشافعي وأهل الظاهر : ايلاءه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم
والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والايلاء يمين ، وقياسا أيضا
على مدة العنين ، وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الايلاء معتبر
باننساء لا بالرجال كالعدة ، فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر
وان كان الزوج عبدا ، وان كانت أمة فعلى النصف ، وقياس الايلاء على
الحد غير جيد ، وذلك أن العبد انما كان حده أقل من حد الحر . لأن
المباحشة منه أقل قبحا ، ومن الحر أعظم قبحا ، ومدة الايلاء انما ضربت
جمعا بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة ، فاذا فرضنا
مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة ،
والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس

أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية •
والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الايلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الايلاء ، هل ينتقل الى ايلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل عن ايلاء العبيد الى ايلاء الأحرار ، وقال أبو حنيفة : ينتقل ، فعنده أن الأمة اذا عتقت وقد آلت زوجها منها انتقلت الى ايلاء الأحرار ، وقال ابن القاسم : الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها ، فان وقع وتمادى حسيت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وانما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع ، وقال أيضا لا ايلاء على خصي ولا على من لا يفدر على الجماع •

* * *

(المسألة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى أن يوطأ في العدة أم لا ؟ فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها ، وأما مالك فانه قال : اذا لم يوطأ فيها من غير عذر : مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ، ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة •
وحجة الجمهور أنه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها في العدة أو لا يعود ، فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة ، أعنى تحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة ، وان لم يعد ايلاء لم يعتبر أصيلا الا على مذهب من يرى أن الايلاء يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة ، وأما مالك فانه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع ، فان رجعته تعتبر صححتها بيساره •

فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق اضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل •

* * *

كتاب الظهر

والأصل في الظهر الكتاب والسنة • فأما الكتاب فقوله تعالى :
« والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » (١)
الآية • وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظهر مني
زوجي أويس بن الصامت • فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ،
ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك ، فما خرجت
حتى أنزل الله « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى
الله والله يسمع تحاوركما » (٢) 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 بعرق من تمر ، قالت : وأنا أعينه
بعرق آخر ، قال : لقد أحسنت • • اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكينا »
خرجه أبو داود • وحديث سلامة بن صخر البياضي عن النبي ﷺ •

والكلام في أصول الظهر ينحصر في سبعة فصول • منها في ألفاظ
الظهر ، ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه • ومنها غيمن يصح فيه
الظهر • ومنها فيما يحرم على المظاهر • ومنها هل يتكرر الظهر بتكرر
النكاح ؟ ومنها هل يدخل الايلاء عليه ؟ • ومنها القول في أحكام
كفارة الظهر •

الفصل الأول

في ألفاظ الظهر

واتفق الفقهاء على أن الرجل اذا قال لزوجته : أنت على كظهر أمي
أنه ظهر ، واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم

(٢) المجادلة : ١

(١) المجادلة : ٣

عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ،
وقال جماعة من العلماء : لا يكون ظهارا الا بافظ الظهر والأم . وقال
أبو حنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر اليه .

وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى استحريم
تستوى فيه الأم وغيرها من المحرمات ، والظهر وغيره من الأعضاء :
وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضى أن لا يسمى ظهارا الا ما ذكر فيه
لفظ الظهر والأم . وأما اذا قال : هي على كأمى ولم يذكر الظهر ، فقل
أبو حنيفة والثافعى : ينوى فى ذلك لأنه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم
منزلتها عنده ، وقال مالك : هو ظهار .

وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد ، فإنه ظهار
عند مالك ، وعند ابن الماجشون ليس بظهار . وسبب الخلاف هل تشبيهه
الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟ .

* * *

الفصل الثانى

فى شروط وجوب الكفارة فيه

وأما شروط وجوب الكفارة ، فان الجمهور على أنها لا تجب دون
العود ، وشذ مجاهد وطاوس فقالا : لا تجب دون العود ، ودليل الجمهور
قوله تعالى : « **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا
فتحرير رقبة** » (١) وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ،
وأیضا فمن طريق القياس ، فان الظهار يشبه الكفارة فى اليمين ، فكما
أن الكفارة انما تلزم بالمحافظة أو بارادة المخالفة ، كذلك الأمر فى الظهار .
وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العلیا فوجب أن يوجبها
بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر ، وأیضا قالوا :
انه طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة ، وهو معنى قوله تعالى :

(١) المجادلة : ٣

« ثم يعودون لما قالوا » والعود عندهم هو العود في الاسلام .

فأما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة ، فانهم اختلفوا فيه ما هو ؟ فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : احدها ان العود هو أن يعزم على امساكها والوطء معا . والثانية أن يعزم على وطئها فقط ، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء ، وهي أضعف الروايات عند أصحابه . وقال الشافعي : العود هو الامساك نفسه ، قال : ومن مضى له زمان يدركه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة ، لأن اقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه ، أو هو دليل ذلك .

وقال داود وأهل الظاهر : العود هو أن يكرر لفظ الظهر ثانية ، ومتى أم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه ، فدليل الرواية المشهورة للمالك ينبى على أصليين : أحدهما أن المفهوم من الظهر هو أن الوجوب الكفارة فيه إنما يكون بارادته العود الى ما حرم على نفسه بالظهر وهو الوطء ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي اما الوطء نفسه ، واما العزم عليه و ارادته .

والأصل الثاني ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله تعالى في الآية : « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » (١) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر . قالوا : ولو كان العود نفسه هو الامساك لكان الظهر نفسه يحرم الامساك فكان الظهر يكون طلاقا . وبالأجملة فالمعول عليه عندهم في هذه المسألة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم ، وذلك أن معنى العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ، ولا يكون تكرار اللفظ ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ، ولا يكون ارادة الامساك للوطء ، فإن الامساك موجود بعد ، فقد بقى أن يكون

ارادة الوطاء ، وان كان ارادة الامسك للوطء فقد اراد الوطاء ، فثبت
أن العود هو الوطاء .

ومعتمد الشافعية فى اجرائهم الامسك ، أو الامسك مجرى
ارادة الوطاء أن الامسك يلزم عنه الوطاء فيجعلوا لازم الشئ مشبها
بالشئ ، وجعلوا حكمهما واحدا ، وهو قريب من الرواية الثانية ، وربما
استدللت الشافعية على أن ارادة الامسك هو السبب فى وجوب الكفارة
أن الكفارة ترتفع بارتفاع الامسك ، وذلك اذا طلق اثر الظهار ، ولهذا
احتاط مالك فى الرواية الثانية ، فجعل العود هو ارادة الأمرين جميعا :
أعنى الوطاء والامسك ، وأما أن يكون العود الوطاء فضعيف ومخالف
للنص ، والمعتمد فيها تشبيهه الظهار باليمين : أى كما أن كفارة اليمين
انما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا ، وهو قياس شبه ، عارضه النص .

وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ فى قوله تعالى : « ثم يعودون
لما قالوا » وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه ، وعند أبى حنيفة أنه
العود فى الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية : وعند مالك
والشافعى أن المعنى فى الآية : « ثم يعودون فيما قالوا » وسبب الخلاف
بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ، فمن اعتمد المفهوم جعل العودة
ارادة الوطاء أو الامسك ، وتأول معنى اللام فى قوله تعالى :
« ثم يعودون لما قالوا » بمعنى الفاء ، وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل
العودة تكرير اللفظ ، وأن العودة الثانية انما هى ثانية للأولى التى كانت
منهم فى الجاهلية . ومن تأول أحد هذين ، فالأشبهه له أن يعتقد أن
ينفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد ، الا أن يقدر فى الآية
محذوفا وهو ارادة الامسك ، فهنا اذن ثلاثة مذاهب : اما أن تكون
العودة هى تكرار اللفظ ، واما أن تكون ارادة الامسك ، واما أن تكون
العودة التى هى فى الاسلام ، وهذان ينقسمان قسمين : أعنى الأول
والثالث : أحدهما ان يقدر فى الآية محذوفا ، وهو ارادة الامسك
فيشترط هذه الارادة فى وجوب الكفارة ، واما ألا يقدر فيها محذوفا
فتجب الكفارة بنفس الظهار .

اختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو : هل اذا طلق قبل ارادة الامسك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا ؟ فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه الا أن يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامسك بزمان طويل على ما يراه الشافعى • وحكى عن عثمان البتى أن عليه الكفارة بعد الطلاق ، وأنها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة ، وهذا شذوذ مخالف للنص ، والله أعلم •

* * *

الفصل الثالث

فيمن يصح فيه الظهار

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة ، واختلفوا فى الظهار من الأمة ومن التى فى غير العصمة ، وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل • فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثورى وجماعة : الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المدبرة وأم الولد ، وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لا ظهار من أمة ، وقال الأوزاعى : ان كان يبطأ أمته فهو منها مظاهر ، وان لم يبطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين ، وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة - فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى : « **والذين يظاهرون من نسائهم** » (١) والاماء من النساء • وحجة من لم يجعله ظهارا أنهم قد أجمعوا أن النساء فى قوله تعالى : « **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر** » (٢) هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء فى آية الظهار •

فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم : أعنى تشبيهه بالايلاء وعموم لفظ النساء ، أعنى أن عموم اللفظ يقتضى دخول الاماء فى الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروجهن من الظهار • وأما هل من شرط

الظهار كون المظاهر منها فى العصمة أم لا ؟ فمذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط الترويح كان مظاهرا منها ، وكذلك ان لم يعين وقال : كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى ، وذلك بخلاف الطلاق ويقول مالك فى الظهار قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى ، وقال غناطون : لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل ، ومن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور وداود ، وفرق قوم فقالوا : ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر أمى ، فان قيد لزمه وهو أن يقول : ان تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن أبى ليلى والحسن بن حبيب .

ودليل الفريق الأول قوله تعالى : «**أوفوا بالعقود**» (١) ولأنه عقد على شرط الملك فأشبهه اذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم ، وهو قول عمر . وأما حجة الشافعى فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ 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 والترمذى والظهار شبيهه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس .

وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين : فانهم رأوا أن التعميم فى الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله تعالى «**وما جعل عليكم فى الدين من حرج**» (٢) .

واختلفوا أيضا من هذا الباب فى : هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فعن العلماء فى ثلاثة أقوال : أشهرها أنه لا يكون منها ظهار ، وهو قول مالك والشافعى . والثانى : أن عليها كفارة يمين . والثالث : أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيهه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتسببها للظهار باليمين ، ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها فى ذلك المعنى هو كفارة يمين وهو ضعيف . وسبب الخلاف تعارض الأثبياء فى هذا المعنى .

* * *

(٢) الحج : ٧٨

(١) المائدة : ١

الفصل الرابع فيما يحرم على المظاهر

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطاء ، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء فى غير الفرج ونظر اللذة ، فذهب مالك النى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الأستمتاع مما دون الجماع من الوطاء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدننها ومحاسنها ، وبه قال أبو حنيفة الا أنه انما كره النظر للفرج فقط ، وقال الشافعى : انما يحرم الظهار الوطاء فى الفرج فقط المجتمع عليه لا ما عدا ذلك ، وبه قال الثورى وأحمد وجماعة .

ودليل مالك قوله تعالى : « من قبل أن يتماسا » (١) وظاهر لفظ التماس يقتضى المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضا لفظ حرمت به عليه فأشبهه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعى أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على أن الوطاء محرم عليه ، واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع ، لأنها اما أن تدل على ما فوق الجماع ، واما أن تدل على الجماع ، وهى الدلالة المجازية ، لكن قد اتفقوا على أنها دالنا على الجماع فانتمت الدلالة المجازية ، اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا : أعنى الحقيقة والمجاز ، وان كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به فى غاية من الضعف ، ولو علم أن للشرع فيه ، نصرفا لجاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفرج .

الفصل الخامس

هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق : أعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل أن

يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر ،
فيه خلاف . قال مالك : ان طاقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة أو بعدها
فعلية الكفارة ، وقال الشافعى : ان راجعها فى العدة فعلية الكفارة ،
وان راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه ، وعنه قول آخر مثل قول
مالك . وقال محمد بن الحسن : الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث
أو بعد واحدة ، وهذه المسألة تشبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم
يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟

وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ،
أو لا يهدمها ، فمنهم من رأى أن البائن الذى هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون
الثلاث لا يهدم ، ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن
من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

* * *

الفصل السادس

فى دخول الإيلاء عليه

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار اذا كان مضارا ، وذلك بأن لا يكفر
مع قدرته على الكفارة ؟ فان فيه أيضا اختلافا ، فأبو حنيفة والشافعى
يقولان : لا يتداخل الحكمان ، لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء ،
وسواء أكان عندهم مضارا أو لم يكن ، وبه قال الأوزاعى وأحمد وجماعة .
وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا وقال الثورى :
يدخل الإيلاء على الظهار ، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار
المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول انه يدخل باطلاق ، وقول انه لا يدخل
باطلاق ، وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها ، وسبب الخلاف
مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ، فمن اعتبر الظاهر قال : لا يتداخلان ، ومن
اعتبر المعنى قال : يتداخلان اذا كان القصد الضرر .

* * *

الفصل السابع فى أحكام كفارة الظهر

والنظر فى كفارة الظهر فى أشياء . منها فى عدد أنواع الكفارة وترتيبها ، وشروط نوع منها : أعنى الشروط المصححة ، ومتى تجب كفارة واحدة ؟ ومتى تجب أكثر من واحدة . فأما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع : اعتاق رقبة . أو صيام شهرين . أو اطعام ستين مسكينا ، وأنها على الترتيب ، فالاعتاق أولا ، فان لم يكن فالصيام ، فان لم يكن فالاطعام ، وهذا فى الحر ، واختالفوا فى العبد يكفر بالعتق أو بالاطعام بعد اتفاقهم أن الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق ان أذن له سيده : أبو ثور وداود ، وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الاطعام فأجازه له مالك ان أطعم بأذن سيده ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ، ومبنى الخلاف فى هذه المسألة هل يملك العبد أو لا يملك ؟ .

وأما اختلافهم فى الشروط المصححة : فمنها اختلافهم اذا وطىء فى صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : يستأنف الصيام ، الا أن أبا حنيفة شرط فى ذلك العمد ، ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان ، وقال الشافعى : لا يستأنف على حال .

وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهر بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهر : أعنى أن تكون قبل المسيس ، فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف الصوم ، ومن شبهه بكفارة اليمين قال : لا يستأنف ، لأن الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا ؟ فذهب مالك والشافعى الى أن ذلك شرط فى الاجزاء ، وقال أبو حنيفة : يجزىء فى ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزىء عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة . ودليل الفريق الأول أنه اعتاق على وجه المقربة فهو واجب أن تكون مسلمة أصله الاعتاق فى كفارة القتل ، وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس ، وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان فى كفارة القتل وأطلقها فى كفارة

الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد . وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف ، والحنفية لا يجيزونه ، وذلك أن الأسباب في التضيئين مختلفة .

وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه .

ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إن كانت سليمة فمن أي عيوب تسترط سلامتها ؟ فالذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثيرا في منع اجزاء العنق ، وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك ، وحجة الجمهور تشبيها بالأضاحي والهدايا لكون القرية تجمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ في الآية . فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا ان للعيوب تأثيرا في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الاجزاء أو عدمه .

أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للاجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ، فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجزاه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعور فقال مالك : لا يجزى ، وقال عبد الملك : يجزى . وأما قطع الأذنين فقال مالك : لا يجزى ، وقل أصحاب الشافعي : يجزى .

وأما الأصم فاختلف فيه في مذهب مالك ، فقليل يجزى . وقيل لا يجزى . وأما الأخرس فلا يجزى عند مالك ، وعن الشافعي في ذلك قولان . أما الجنون فلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم : لا يعجنبي الخصى ، وقال غيره : لا يجزى ، وقال الشافعي : يجزى . واعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء الأمصار ، وحكى عن بعض المتقدمين منعه والمرج الخفيف في المذهب يجزى ، أما البين العرج فلا .

والسبب في اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرية ، وليس له أصل في الشرع الا الضحايا . وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى : « فقهرير رقبة » (١)

والتحرير هو ابتداء الاعتاق ، واذا كان فيه عقد من عقود الحرية
كالكتابة كان تنجيزا لا اعتاقاً ، وكذلك الشركة لأن بعض الرقبة ليس برقبة •
وقال أبو حنيفة : ان كان المكاتب أدى شيئاً من مال الكتابة لم يجز ،
وان كان لم يؤد جاز ، واختلفوا هل يجزيه عتق مدبرة ؟ فقال مالك :
لا يجزيه تشبيهاً بالكتابة لأنه عقد ليس له حله ، وقال الشافعي : يجزيه ،
ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى • وأما عتق
أم الولد فلان عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنهما
قد يطرأ عليهما الفسخ • أما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم •
وأما التدبير فاذا ضاق عنه الثلث • وأما المعتق الى أجل فانه عقد عتق
لا سبيل الى حله • واختلف مالك والشافعي مع أبى حنيفة فى اجزاء عتق
من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعي : لا يجزى عنه وقال
أبو حنيفة : اذا نوى به عتقه عن ظهر أجزاء • فأبو حنيفة شبهه بالرقبة
التي لا يجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه
شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق ، فاذا نوى بذلك التكفير جاز ،
والمالكية والشافعية رأت أنه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير
قصد الى اعتاقه فلا يجزيه ، فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق ،
وهؤلاء قالوا : لا بد أن يكون قاصدا للمعتق نفسه ، فكلاهما يسمى معتقاً
باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتق بلازم
الاختيار ، فكأنه معتق على القصد الثانى ومشتتر على القصد الأول ،
والآخر بالعكس •

واختلف مالك والشافعي فيمن أعتق نصفى عبيدين • فقال مالك :
لا يجوز ذلك ، وقال الشافعي : يجوز لأنه فى معنى الواحد ، ومالك
تمسك بظاهر دلالة اللفظ ، فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة •
وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين
مسكين من المستين مسكينا الذين وقع عليهم النص ، فعن مالك فى ذلك
وايتان أشهرهما أن ذلك مد بمد هشام لكل واحد ، وذلك مدان بمد النبى
ﷺ ، وقد قيل هو أقل ، وقد قيل هو مد وثلث • وأما الرواية الثانية فمد

مد لكل مسكين بمد النبي ﷺ ، وبه قال الشافعي . فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالبا : أعنى الغداء والعشاء ، ووجه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين ، فهذا هو اختلافهم فى شروط الصحة فى الواجبات فى هذه الكفارة .

وأما اختلافهم فى مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى فى ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجزى فى ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعي وأبى حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين . وان ثلاثا فثلاثا ، وان أكثر فأكثر ، فمن شبهه بالطلاق أوجب فى كل واحدة كفارة ، ومن شبهه بالايلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالايلاء أشبهه . ومنها اذا ظاهر من امرأته فى مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التى ظاهر فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه الا كفارة واحدة ، الا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعي وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لكل ظاهر كفارة . وأما اذا كان ذلك فى مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن فى ذلك كفارة واحدة وعند أبى حنيفة أن ذلك راجع الى نيته ، فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وان أراد استئناف الظاهر كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظاهر . وقال يحيى بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظاهر سواء أكان فى مجلس واحد أو فى مجالس شتى .

والسبب فى هذا الاختلاف أن الظاهر الواحد بالحقيقة هو الذى يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة فى وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذى يكون بلفظين من امرأتين فى وقتين ، فان كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظاهر ، أم لا يوجب ذلك فيه تعددا ؟ وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين دينك !طرفين ، فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ، ومن غلب عليه شبه الطرف الثانى أوجب له حكمه .

ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار : مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ودأود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة ، والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي « أنه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله ﷺ ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا ، وقال قوم : عليه كفارتان : كفارة العزم على الوطء ، وكفارة الوطء ، لأنه وطئ وطأ محرما ، وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب ، وقد قيل : انه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فاذا مس نقدر خرج وقتها فلا تجب الا بأمر مجدد ، وذلك معدوم في مسألتنا وفيه شذوذ . وقال أبو 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 يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه . الفصل الأول : فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها . الفصل الثانى : فى صفات المتلاعنين . الفصل الثالث : فى صفة اللعان . الفصل الرابع : فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه . الفصل الخامس : فى الأحكام اللازمة لتتمام اللعان .

فأما الأصطل فى وجوب اللعان ، أما من الكتاب فقوله تعالى : « **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم** » (١) الآية .

وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجى الصحيح من حديث عويمر العجلانى « اذ جاء الى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له : يا عاصم . . . رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فقتلوه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم . . . ماذا قال لك رسول الله ﷺ ؟ فقال : لم تأتني بخير ، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التى سألت عنها ، فقال : والله لا أنتوى حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال : يا رسول الله . . . رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقته فقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ : قد نزل فيك وفى صاحبك قرآن فاذهب فأت بها ، وقال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها ، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله ﷺ ، قال مالك : قال ابن شهاب : فلم يزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضا من جهة المعنى لما كان الفرائس موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هى اللعان ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب

والسنة والقياس والاجماع ، اذ لا خلاف فى ذلك أعلمه ، فهذا هو القول فى اثبات حكمه •

الفصل الأول

فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها

وأما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولاً صورتان : احدهما دعوى الزنا ، والثانية نفى الحمل • ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة : أعنى أن يدعى أنه شاهدا ترضى كما يشهد الشاهد على الزنا ، أو تكون دعوى مطلقة •

وإذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنا وينفى الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا •

فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : اذا زعم أنه لم يطأها بعد ، وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازهِ : الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم • وأما المشهور عن مالك ، فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال ابن القاسم أيضا : أنه يجوز ، وهى أيضا رواية عن مالك •

وحجة الجمهور عموم قوله تعالى : « **والذين يرمون أزواجهم** » الآية • ولم يخص فى الزنا صفة دون صفة ، كما قال فى ايجاب حد القذف • وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك ، منها خبره فى حديث سعد « **أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا** » وحديث ابن عباس ، وفيه « **فجاء رسول الله ﷺ فقال : والله يا رسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت « **والذين يرمون أزواجهم** » الآية • وأيضا فان الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة •**

وفى هذا الباب مرع اختلف فيه قول مالك ، وهو اذا ظهر بها حمل

بعد اللعان ، فعن مالك في ذلك روايتان : احدهما سقوط الحمل عنه ،
والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة
للعان برؤية الزنا أن تكون في العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته
بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك
والشافعي والأوزاعي وجماعة : بينهما لعان ، وقال أبو حنيفة : لا لعان
بينهما الا أن ينفى ولدا ولا حد ، وقال مكحول والحكم وقتادة يحد
ولا يلاعن . وأما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين : أحدهما أن
يدعى أنه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا ما لا خلاف فيه .

واختلف قول مالك في الاستبراء ، فقال مرة : ثلاث حيض ، وقال
مرة : حيضة . وأما نفيه مطلقا ، فالمشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان ،
وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود ، وقالوا : لا معنى لهذا لأن المرأة
قد تحمل مع رؤية الدم ، وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه
لا يجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف . واختلفوا من هذا الباب في
فرع ، وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور : ينفيه وهي حامل ، وشرط
مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان ،
وقال الشافعي : اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم
يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ، وقال أبو حنيفة : لا ينفى الولد
حتى تضع .

وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس
وابن مسعود وأنس وسهل بن سعد « أن النبي عليه الصلاة والسلام
حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : ان جاءت به على صفة كذا فما أراه
الا قد صدق عليها » قالوا : وهذا يدل على أنها كانت حاملا في وقت
اللعان . وحجة أبي حنيفة أن الحمل قد ينفس ويضمحل ، فلا وجه
للعان الا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الحمل
أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطاء ، فوجب أن يكون قياس اللعان
كذلك ، وعند أبي حنيفة أنه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة ،
وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ، ووقت صاحباه

أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة •
والذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه في
وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك
في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش ، وذلك هو أقصى زمان
الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده
حكم نفي الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكرا له ، وبقریب من هذا المعنى
قال الشافعي وقال قوم : ليس له أن ينفي الحمل إلا في العدة فقط ،
وان نفاه في غير العدة حده وألحق به الولد ، فالحكم يجب به عند
الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك ، فان الظاهرية
ترى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهي
التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم أنه يجب الحكم به في مدة
العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهي السنة أشهر أعنى ان يولد
المولود لسنة أشهر من وقت الدخول أو أمكانه ، لا من وقت العقد ، وثد
أبو حنيفة فقال : من وقت العقد ، وان علم أن الدخول غير ممكن حتى
أنه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالشرق الأقصى فحاضت
بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ،
وهو في هذه المسألة ظاهري محض ، لأنه انما اعتمد في ذلك عميم قوله
عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وهذه المرأة قد صارت
فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عيادة غير معللة ، وهذا
شئ ضعيف

واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها
زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات : أحدها أنه يحد ويلحق
به الولد ولا يلاعن • والثانية أنه يلاعن وينفي الواد • والثالثة انه يبس به
الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه •

وسبب الخلاف هل يلتفت إلى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه
الزنا ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا أقام الشهود
على الزنا هل له أن يلاعن أم لا ؟ فقال أبو حنيفة وداود : لا يلاعن ،

لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى : « **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم** » (١) الآية . وقال مالك والشافعي : يلاعن ، لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفرائس .

* * *

الفصل الثاني

في صفات المتلاعنين

وأما صفة المتلاعنين ، فإن قوما قالوا : يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا ليئا ، وممن قال بهذا القول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين . وبالجملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة .

وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى : « **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم** » ولم يشترط في ذلك شرطا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة ، إذ قد سماهم الله شهودا لقوله « **فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله** » (١) ويقولون انه لا يكون لعان إلا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما .

وقد اتفقوا على أن العبد لا يحد بقذفه ، وكذلك الكافر ، فشبهاوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد ، إذ كان اللعان إنما وضع لدرء الحد مع نفى النسب ، وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « لا لعان بين أربعة : العبيدين ، والكافرين » والجمهور يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة ، فإن أحدا لا يشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قديعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى :

« إذا جاءك المنافقون قالوا » (١) الآية ، ثم قال : « اتخذوا أيمانهم جنة » (٢) وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا فى الأخراس ، فقال مالك والشافعى يلاعن الأخرس إذا فهم عنه ، وقال أبو حنيفة : لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة . وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

* * *

الفصل الثالث

فى صفة اللعان

فأما صفة اللعان فمناقرة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تترنى وأن ذلك الحمل ليس منى ، ويقول فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم تشهد هى أربع شهادات بتقيض ما شهد هو به ثم تخمس بال غضب ، هذا كله متفق عليه . واختلف الناس هل يجوز أن يبذل مكان اللعنة الغضب . ومكان الغضب اللعنة ، ومكان أشهد أقسم ، ومكان قوله بالله غيره من أسدائه ؟ والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات ، وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

* * *

الفصل الرابع

فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور : انه يحد ، وقال أبو حنيفة : انه لا يحد ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى : « **والذين يرمون المحصنات** » (٣) الآية ، وهذا عام فى الأجنبى والزواج ، وقد جعل

(٢) المنافقون : ٢

(١) المنافقون : ١

(٣) النور : ٤

الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب اذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعنى أنه يحد ، وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره فى قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام « ان قتلت قتلت ، وان نطقت جلدت ، وان سكت سكت على غيظ » .

واحتج الفريق الثانى بأن آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لايجابيه زيادة فى النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لا يجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى اسقاطه ، لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبى ، فكذلك الزوج ، والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب ، فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرى عنها باليمين ، وللإشترار الذى فى اسم العذاب اختلفوا أيضا فى 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 فالجلد . وقال أبو حنيفة : اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلعن ، وحجته قوله عليه الصلاة والسلام « لا يطل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : زنا بعد احصان ، أو كثر بعد ايمان ، أو قتل نفس بغير نفس » وأيضا فان سفك الدم بالنكول حكم تردده الأصول ، فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء . وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لا تراق الا بالبيينة العادلة أو بالاعتراف .

ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة فى هذه المسألة أولى بالصواب ان شاء الله . وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه «البرهان» بقوة أبى حنيفة فى هذه المسألة وهو شافعى . واتفقوا على أنه اذا أكذب نفسه حد وألحق به الولد ان كان نفى ولدا . واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان ،

أما بنفسه وأما بحكم حاكم على ما نقوله بعد ، فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار : انهما لا يجتمعان أبداً وان أكذب نفسه ، وقال أبو حنيفة وجماعة : إذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب ، وقد قال قوم : ترد إليه امرأته • وحجة الفريق الأول قول رسول الله ﷺ « لا سبيل لك عليها » ولم يستثن فأطلق التحريم • وحجة الفريق الثاني أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع التقطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم •

* * *

الفصل الخامس

في الأحكام اللازمة لتمام اللعان

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل :
منها هل تجب الفرقة أم لا ؟ وان وجبت فمتى تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان « من أن رسول الله ﷺ فرق بينهما » وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين ، ولقوله ﷺ « لا سبيل لك عليها » وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة : لا يعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، وهو صريح في الأحاديث ، لأن في الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبي ﷺ فلم ينكر ذلك عليه •
وأيضاً فإن اللعان إنما شرع لدرء حد القذف • فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالبينة ، وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاثر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً ، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل أنعدم ، ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة • وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح •

وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة : انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان . وقال الشافعى : اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة .
 وقال أبو حنيفة : لا تقع الا بحكم حاكم ، وبه قال الثورى وأحمد . وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال : « فرق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين وقال : حسابكما على الله ، أحدهما كاذب لا سبيل لك عليها » وما روى أنه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان . وحجة الشافعى أن لعانها تدرأ به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر نى نفى النسب ، فوجب ان كان للعان تأثير فى الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق . وحجتها جميعا على أبى حنيفة أن النبى ﷺ أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة .
 وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره ﷺ بذلك حين قال « لا سبيل لك عليها » فرأى أن حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط فى صحة اللعان . فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبى ﷺ بينهما ليس هو بينا فى الحديث المشهور ، لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لا فرقة الا بطلاق ، وأنه ليس فى الشرع تحريم يتأبد : أعنى متفقا عليه ، فمن غلب ها الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بايجابها .

وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم أو التى لا يشترط ذلك فيها . وأما المسألة الرابعة ، وهى اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى : هو فسخ ، وقال أبو حنيفة : هو طلاق بائن .
 وحجة مالك تأبيد التحريم به فأشبهه ذات المحرم .
 وأما أبو حنيفة فشبها بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذ 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 الحادة منه مما لا تمتنع ، فقال مالك : الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء أكانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار ، وخالف مالك مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ، وروياه عن مالك ، وبه قال الشافعي : أعنى أنه لا احداد على الكتابية ، وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد ، وقال قوم : ليس على الأمة المزوجة احداد ، وقد حكى ذلك لأن أبي حنيفة ، فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد

وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال : لا احداد الا في عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة والثوري : الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب ، وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه ، فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال الى النساء ، وذلك كالحلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد ، فانه 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 جعله بالليل دون النهار . وبالجملة فأقوايل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن .

وانما حصار الجمهور لايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله ﷺ ، فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام « أن امرأة جاءت الى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله . . أن ابنتي توفي

عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفكتحتها ؟ فقال رسول الله ﷺ : لا ، مرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول » وقال أبو محمد : فعلى هذا الحديث يجب التحويل على القول بايجاب الاحداد .

وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيهما ، ثم قالت : والله ما لى به من حاجة غير أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » فليس فيه حجة ، لأنه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش ، قال القاضى : وفى الأمر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين : أعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة .

وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة أن من رأى أن الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ، ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تشوف الرجال اليها وهى 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 أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد الا على زوج » قال : وشرطه الايمان فى الاحداد يقتضى أنه عبادة . وأما من فرق بين الأمة والحره وكذلك الكتابية ، فإنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : أحدهما الاحداد ، والثانى ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة .

وأما اختلافهم فى المكاتبه فمن قبل تردها بين الحره والأمة ، وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد الا على زوج » فعلم بدليل الخطاب أن من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة

تعلق بالظاهر المنطوق به ، ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى ،
وذلك أنه يظهر من معنى الاحداد أن المقصود به أن لا تتشوف اليها الرجال
في العدة ولا تتشوف هي اليهم • وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ
الأنساب ، والله أعلم •

كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه ، والشكر على نعمه ،
ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى •

كتاب البيوع

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل : فى معرفة أنواعها •
وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها • وفى معرفة شروط الفساد •
وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة • وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة •
فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى
واحد واحد منها • وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة •

ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع أنواع
البيوع أو لأكثرها ومنها خاصة ، وكذلك الأمر فى أحكام الصحة والفساد
اقتضى النظر الصناعى أن نذكر المشترك فى هذه الأصناف الأربعة :
أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام
الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد
من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطراد الى ستة أجزاء : الجزء الأول :
تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة • والثانى : تعرف فيه أسباب الفساد
العامة فى البيوع المطلقة أيضا : أعنى فى كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف
من أسباب الصحة • الثالث : تعرف فيه أسباب الصحة فى البيوع المطلقة
أيضا • الرابع : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعنى الأحكام
المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها • الخامس : نذكر فيه أحكام
البيوع الفاسدة المشتركة : أعنى اذا وقعت • السادس : نذكر فيه نوعا
نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها •

(الجزء الأول) ان كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون
عينا بعين ، أو عينا بشئ فى الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه
الثلاث اما نسيئة واما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضا اما ناجز من
الطرفين واما نسيئة من الطرفين ، واما ناجز من الطرف الواحد نسيئة
من الطرف الآخر ، فتكون أنواع البيوع تسعة • فأما النسيئة من الطرفين
فلا يجوز باجماع لا فى العين ولا فى الذمة ، لأنه الدين بالدين المنهى عنه •

وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ، ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عينا بعين فلا تخلو أن تكون ثمنا بمثمون أو ثمنا بثمان ، فان كانت ثمنا بثمان سمي صرفاً ، وان كانت ثمنا بمثمون سمي بيعة مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون 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) اذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع ، وهي أسباب الفساد العامة وجدت أربعة : أحدها تحريم عين المبيع • والثاني الربا • والثالث الغرر • والرابع الشروط التي تتول الى أحد هذين أو لجمعتهما • وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهي انما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج • وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج ، فمنها الغش ومنها الضرر ، ومنها لكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ، ومنها لأنها محرمة البيع ففي هذا الجزء أبواب •

الباب الأول

في الأعيان المحرمة البيع

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات • فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر ، ثبت في الصحيحين قال : قال رسول الله ﷺ « ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يارسول الله •• رأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها ؟ فقال : لعن الله اليهود •• حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها » وقال في الخمر « ان الذي حرم شربها حرم بيعها » والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وأنها نجسة ، الا خلافاً شاذاً في الخمر : أعني في كونها نجسة ، والميتة بجميع

أجزائها التي تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة • واختلف في الانتفاع بشعره ، فأجازه ابن القاسم ومنه أصبغ •

وأما القسم الثاني : وهي النجاسات التي تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين ، فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقا ، وقيل باجارتها مطلقا ، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل : أعنى اباحة الزبل ومنع العذرة •

واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والخلاف فيه في المذهب • وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته ، فمنها 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 ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وامساكه • فأما من أراده للأكل فاختلفوا فيه ، فمن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه •

واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه ، فقيل هو حرام ، وقيل مكروه • فأما الشافعي فعمدته شيئان : أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي ﷺ • والثاني أن المكاب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة •

وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل ، فجاز بيعه كالأنبياء الطاهرة العين ، وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال • ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ، ورويت أحاديث غير مشهورة افترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء اثمان الكلاب المباحة الاتخاذ • وأما النهي عن ثمن السنور فنابت ، ولكن الجمهور

على إباحته لأنه ظاهر العين مباح المنافع • فسبب اختلافهم في الكلاب
تعارض الأدلة •

ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد
اتفاقهم على تحريم أكله ، فقال مالك : لا يجوز بيع الزيت النجس ،
وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بين ، وبه قال ابن وهب
من أصحاب مالك وحجة من حرمة حديث جابر المتقدم « أنه سمع رسول
الله ﷺ عام الفتح يقول : « ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة
والخنزير » وعمدة من أجازوه أنه اذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة
وحرّم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع •
ولا سيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة ،
فاذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر
محرمات الأكل على الإباحة : أعنى أنه ان كان فيها منافع سوى الأكل
فبيعت لهذا جاز • ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع
الزيت النجس ليستصبح به ، وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل
أنصابون 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 للأصل : أعنى لتحريم البيع •

واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين
النجاسة ومزيل لها على قولين : أحدهما جواز ذلك ، والآخر منعه ، وهما
مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة
مجاورة ؟ فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه
نجاسة عين لم يطهره عند الطبخ والغسل •

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن
الآدمية اذا حلب ، فمالك والشافعي يجوزانه ، وأبو حنيفة لا يجوزه •
وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيض شرهه فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر
الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه ،

وأنه في الأصل محرم ، اذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه ، فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقبيسة الشبه ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول .

الباب الثاني

في بيوع الربا

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين : في البيع ، وفيما تقر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظرني أزدك ، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع « ألا وان ربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب » والثاني «ضع وتعجل» وهو مختلف فيه وسنذكره فيما بعد .

وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة وتفاضل ، الا ما روى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا الا في النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه ﷺ » .

والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول : الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النساء ، وتبين غلة ذلك . الثاني : معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء . الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا . الرابع : في معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا .

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل
ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك

منقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد
منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن
الصامت ، إلا ما حكى عن ابن عباس ، وحديث عبادة هو قال « سمعت
رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة والبر بالبر
والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ،
فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فهذا الحديث نص في منع التفاضل في
الصنف الواحد من هذه الأعيان .

وأما منع النسبية فيها فثبت من غير ما حديث ، أشهرها حديث
عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله ﷺ « الذهب بالذهب ربا ،
الا هاء وهاه ، والبر بالبر ربا الا هاء وهاه ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاه ،
والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاه » فتضمن حديث عبادة منع التفاضل
في الصنف الواحد ، وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين
من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة ، وذلك
أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالوزن
كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد » وهذا كله متفق
عليه بين الفقهاء الا البر بالشعير .

واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم
أهل الظاهر : انما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف
الستة فقط ، وأن ما عداها لا يمتنع الصنف الواحد منها التفاضل ، وقال
هؤلاء أيضا : ان النساء يمتنع في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف
أو اختلفت ، وهذا أمر متفق عليه : أعنى امتناع النساء فيها مع
اختلاف الأصناف ، إلا ما حكى عن ابن عليه أنه قال : اذا اختلف الصنفان
جاز التفاضل والنسبية ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جعلوا النهي
المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص .

وأما اأجمهور من فقهاء الأمصار ، فانهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا فى المعنى العام الذى وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف : أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها . فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما فى الأربعة ، فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتاً ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا فى الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار .

وأما العلة عندهم فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات ، وهذه العلة هى التى تعرف عندهم بالقاصرة . لأنها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية فى الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبية ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التى ليست مدخرة أعنى فى الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مدخرة ، وقد قيل أن الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة ، وقد قلنا أن الطعم باطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات .

وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك ، وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى البسة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فان الأجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعية ما كما فى علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة ، أعنى أن كونهما رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات هو عندهم علة مع النسبية إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل . والحنفية تعتبر فى الكيل قدرأ يتأتى فيه الكيل ، وسيأتى أحكام

الدينانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف ، وأما ههنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : ان الذين قصرُوا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين : اما قوم نفوا القياس في الشرع : أعنى استنباط العلة من الألفاظ وهم الظاهرية ، واما قوم نفوا قياس أشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا بالمنطوق به ، فانما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة ، الا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال : علة منع الربا انما هي حيطة الأموال ، يزيد منع العين .

وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس أشبه عنده ضعيفا . وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى . اذ لم يتأت له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة . لأنه زعم أنه في معنى التمر . ولكل واحد من هؤلاء : أعنى من الثائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة . أما الشافعية فانهم قالوا في تثبيت علتهم الشبيهة : ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » (١) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : واذا كان هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : « الطعام بالطعام مثلا بمثل » فمن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم .

وأما المالكية فانها زادت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ ، واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف

المذكورة ، فلما ذكر منها عدداً علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه ، وهى كلها يجمعها الاقتنيات والادخار ، أما الير والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع انحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام ، وأيضاً فانهم قالوا : لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضاً وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعاش وهى الأقوات •

وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار الكيل والموزن أنه ﷺ لنا علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر ، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله ﷺ لعامله بخبير من حديث أبى سعيد وغيره « الا كيلا بكيلى يدا بيد » رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف ، وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن •

منها أنهم رروا فى بعض الأحاديث المتضمنة التسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة ، وهى كذلك ما يكال ويوزن • وفى بعضها : وكذلك المكيال والميزان ، هذا نص لو صحت الأحاديث ، ولكن اذا توكل الأمر من طريق المعنى ظهر - والله أعلم - أن علتهم أولى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه ، وأن العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ، ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمهما : أعنى تقديرهما ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات : أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو فى وجود النسبة ، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الآخر الى جنسه ، مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الأفراس 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 أثواب ، فاذن اختلاف

هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة العادلة ، أعنى أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في المثل .

وأما الأشياء 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 هذا انما هو بوجود التساوى في الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت في المنافع ، وأيضا فان منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة ، والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة ، فاذا منع التفاضل في هذه الأشياء ، أعنى المكيلة والموزونة علتان : احدهما وجود العدل فيها ، والثاني منع المعاملة اذا كانت المعاملة بها من باب السرف .

وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وانما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أوقات الناس ، فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا . وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقا : أعنى المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

الفصل الثاني

في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمعلوم ، فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ،

وليس عند الشافعي نسيئته 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 النسيئة في هذه ، لأنه عنده من باب السلف الذي يجز منفعة .

الفصل الثالث

في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا : أعنى التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربويا عند الشافعي . وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا 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 ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدا ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي ، وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثرا إلا في الربويات فقط : أعنى أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو علة للنساء أصلا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث . فأما الأشياء التي لا تجوز فيها النسيئة فإنها قسمان : منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل .

فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط ، وعند أبي حنيفة معلومات الكيل والوزن ، فإذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة .

وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنها صنفان :
أما مطعومة ، وأما غير مطعومة .

فأما المطعومه فالنساء عنده لا يجوز فيها . وعلة المنعم الطعم ،
وأما غير المطعوماً فإنه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعها مع
التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا أن تكون أحدهما
حلوبة والأخرى آكولة ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل انه يعتبر اتفاق
المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة
انى أجل . فأما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان
كان الصنف واحداً ، وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر
أن لا يعتبر ، وقد قيل يعتبر .

وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده فى منع النساء ما عدا التى لا يجوز
عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت . فلا يجوز
عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها . وأما الشافعى
فكل ما لا يجوز التفاضل عنده فى الصنف الواحد يجوز فيه النساء ،
فيجوز شاة بشاتين نسيئة ونقداً ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعى حديث
عمرو بن العاص « أن رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ فى قلائص الصدقة
البعير بالبعيرين الى الصدقة » قالوا فهذا التفاضل فى الجنس الواحد
مع النساء .

وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله
ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس
على الانفراد فى النسيئة . وأما مالك فعمدته فى مراعاة منع النساء
عند اتفاق الأغراض سد الذريعة ، وذلك أنه لا فائدة فى ذلك الا أن يكون
من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم ، وقد قيل عنه انه أصل بنفسه ، وقد
قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس
أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكأن الشافعى ذهب مذهب الترجيح
لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ، لأن
ظاهره يقتضى أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف ،
وكان مالكا ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض .
وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ، وسماع الحسن من سمرة

مختلف فيه ، ولكن صححه الترمذى ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا بأس به يدا بيد » وقال ابن المنذر : ثبت « أن رسول الله ﷺ اشترى عبدا بعبدين أسودين ، واشترى جارية بسبعة أرؤس » وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد ذريعة • واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء ، هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق سائر الربويات بعد اتقاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تبيعوا منها غائبا بناجز » فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ، ومن لم يشترط ذلك قال : ان القبض قبل التفرق ليس شرطا فى البيوع الا ما قام الدليل عليه ، ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل •

الفصل الرابع

فى معرفة ما يعد صنفا واحدا ، وما لا يعد صنفا واحدا

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحدا وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفا واحدا فى مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل ، هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا ، فمن ذلك القمح والشعير ، صار [قوم] الى أنهما صنف واحد ، وصار آخرون الى أنهما صنفان ، فبالأول قال مالك والأوزاعى ، وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد ابن المسيب ، وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة ، وعمدتهما السماع والقياس •

أما السماع فقوله ﷺ « لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل » فجعلهما صنفين ، وأيضا فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت « وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم ، والبر بالشعير كيف شئتم ،

والمح بالتمر كيف شئتم يدا بيد » ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري .
وصحح هذه الزيادة الترمذى .

وأما القياس فالنهما شيان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب
أن يكونا صنفين ، أصله الغضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة فى الاسم
والمنفعة . وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا
فى ذلك أيضا السماع والقياس . أما السماع فما روى أن النبى عليه
الصلاة والسلام قال « الطعام بالطعام مثلا بمثل » فقالوا : اسم الطعام
يتناول البر والشعير وهذا ضعيف ، فان هذا عام يفسره الأحاديث
الصحيحة .

وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيرا من اتفاقهما فى المنافع ،
والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير
صنف واحد ، وأما القطنية فانها عنده صنف واحد فى الزكاة ، وعنه فى
البيع روايتان : احدهما أنها صنف واحد ، والأخرى أنها أصناف ،
وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فمن غلب الاتفاق
قال : صنف واحد ، ومن غلب الاختلاف قال : صنفان أو أصناف ، والأرز
والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسألة) واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم
الذى لا يجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : اللحوم ثلاثة أصناف : فالحم
ذوات الأربع ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد
أيضا ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل . وقال
أبو حنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز
الافى النوع الواحد بعينه ، وللشافعى قولان : أحدهما مثل قول
أبى حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد . وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم
بالبقر متفاضلا ، ومالك لا يجيزه . والشافعى لا يجيز بيع لحم الطير
بلحم الغنم متفاضلا ، ومالك يجيزه . وعمدة الشافعى قوله عليه الصلاة

والسلام « الطعام بالطعام مثلا بمثل » ولأنها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولا واحدا .
• وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحمها مختلفا .

والحنفية تعتبر الاختلاف الذي فى الجنس الواحد من هذه ، وتقول ان الاختلاف الذى بين الأنواع التى فى الحيوان ، أعنى فى الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير . وبالجملة فكل طائفة تدعى أن وزان الاختلاف الذى بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ، لأن تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .



(مسألة) واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول انه لا يجوز باطلاق ، وهو قول الشافعى والليث ، وقول انه يجوز فى الأجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك فى المتفقة : أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل ، وذلك فى التى المقصود منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده فى الحيوان المأكول : حتى أنه لا يجيز الحى بالحى اذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهى عنده من هذا الباب ، أعنى أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ، وقول ثالث انه يجوز مطلقا ، وبه قال أبو حنيفة .

وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمرسى سعيد بن المسيب ، وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم » فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به ، ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين :
أما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يرده لمكان معارضة الأصول له ، فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الأصول ،

ومالك رده الى أصوله فى البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ،
أعنى بيع الشيء الربوى بأصله ، مثه بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام
على هذا الأصل ، فانه الذى يعرفه الفقهاء بالزابنة ، وهى داخلة فى
الربا بجهة ، وفى الغرر بجهة ، وذلك أنها ممنوعة فى الربويات من جهة
الربا والغرر ، وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل
بالخارج عن الأصل •

* * *

(مسألة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا
بمثل ، فالأشهر عن مالك جوازه ، وهو قول مالك فى موطنه ، وروى عنه
أنه 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 ، لأن الطعام اذا صار دقيقا اختلف
كيله ، ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن • وأما أبو حنيفة فالمنع
عنده فى ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون • ومالك يعتبر
الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن 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 ،
لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا ، وقال الشافعى :
لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهات به
مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة • وأما مالك فالأشهر فى الخبز عنده أنه
يجوز متماثلا • وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوى •
وأما العجين بالعجين فجائز 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 فى امكان المماثلة فيهما ،

فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحرز فضلا
عن الوزن •

وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته
الصنعة ، فإن مالكا يرى فى كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس : أعنى
من أن يكون جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفى بعضها ليس يرى
ذلك ، وتفصيل مذهبه فى ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوى والمطبوخ
عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان ، وقد
رام أصحابه التفصيل فى ذلك ، والظاهر من مذهبه أن ليس فى ذلك قانون
من قوله حتى تنحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجى فى
المنتقى ، وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى
شئ شئ من الأجناس التى يقع بها التعامل ، وتمييزها من التى لا توجب
ذلك : أعنى فى الحيوان والعروض والنبات • وسبب العسر أن الانسان
إذا سئل عن أشياء متشابهة فى أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل
عليه فى تمييزها الا ما يعطيه بادية النظر فى الحال جاوب فيها بجوابات
مختلفة ، فاذا جاء من بعده أحد فرام أن يجرى تلك الأجوبة على قانون
واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت تتبين ذلك من كتبهم ، فهذه
هى أمهات هذا الباب •

* * *

(فصل) وأما اختلافهم فى بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس
مع وجود التماثل فى القدر والتناجز ، فإن السبب فى ذلك ما روى مالك
عن سعد بن أبى وقاص أنه قال « سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن شراء
التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا جف ؟ فقالوا :
نعم ، فهى عن ذلك » فأخذ به أكثر العلماء وقال : لا يجوز بيع التمر
بالرطب على حال : مالك والشافعى وغيرهما • وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ،
وخالفه فى ذلك صاحبا محمد بن الحسن وأبو يوسف • وقال الطحاوى
بقول أبى حنيفة •

وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له ، واختلافهم

فى تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط فى الجواز فقط المماثلة
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 فى تصحيحه ولم يخرج الشيخان •
قال الطحاوى : خولف فيه عبد الله ، فرواه يحيى بن كثير عنه أن رسول
الله ﷺ « نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : ان الذى يروى
عنه هذا الحديث عن سعد بن أبى وقاص هو مجهول ، لكن جمهور
الفقهاء صاروا الى العمل به •

وقال مالك فى موطنه قياساً به على تعليل الحكم فى هذا الحديث ،
وكذلك كل رطب يابس من نوعه حرام : يعنى منع المماثلة كالعجين بال دقيق
واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزبنة عند مالك المنهى عنها
عنده ، والعريفة عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعى ،
والمزبنة المنهى عنها عند أبى حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر فى
رؤوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى ،
وطرد الشافعى هذه العلة فى الشئيين الرطبين ، فلم يجز بيع الرطب بالرطب ،
ولا العجين بالعجين مع التماثل ، لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند
الجفاف ، وخالفه فى ذلك جل من قال بهذا الحديث •

وأما اختلافهم فى بيع الجيد بالردىء فى الأصناف الربوية ، فذلك
يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين : أحدهما
أجود من ذلك الصنف ، والآخر أردأ ، مثل أن يبيع مدين من تمر وسط
بمدين من تمر أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فان مالكا
يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون انما قصد أن يدفع مدين من الوسط فى
مد من الطيب ، فجعل معه الردىء ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ،
ووافق الشافعى فى هذا ، ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب
لهذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ، ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل فى الصفة ،

وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الرديء عن الوسط ، والا فليس هناك مساواة فى الصفة .

ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله و عرض أو دنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر ، فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم . والثانى مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم . فقال مالك والشافعى والليث : ان ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : ان ذلك جائز .

فبسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع ، فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال : لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك أنه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل ، والا وقع التفاضل ضرورة .

وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة ، لأنه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا ، فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس .



باب فى بيوع الذرائع الربوية

وهنا شئ يعرض للمتبايعين : اذا قال أحدهما للأخر بزيادة أو نقصان ، وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذى باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تباع ربوى ، مثل أن يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل ، فاذا أضيفت البرعة الثانية الى الأولى استقر الأمر

على أن أحدهما دفع عشرة دنانير فى عشرين الى أجل ، وهذا هو الذى يعرف ببيع الأجل . فذكر من ذلك مسألة فى الاقالة ، ومسألة من يبيع الأجل اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وانما المقصود فيه تحصيل الأصول .



(مسألة) لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كأنك قلت عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو الى أجل ، أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك ، وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هى ببيع مستأنف ، ولا حرج فى أن يبيع الانسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، لأنه فى هذه المسألة اشترى منه البائع الأول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً أو الى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل .

وأما ان ندم المشتري فى هذه المسألة وسأل الاقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى أجل أبعد من الأجل الذى وجبت فيه المسألة ، فهنا اختلفوا ، فقال مالك : لا يجوز . وقال الشافعى : يجوز ، ووجه ما كره من ذلك مالك أن ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب . لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المائة دينار التى عليه ، وأيضا يدخله بيع وسلف كأن المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الأجل الذى يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه .

وأما الشافعى فهذا عنده كله جائز لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسألة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشتري منه غلاماً بالتسعين ديناراً التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز باجماع . قال : وحمل الناس على التهم لا يجوز . وأما ان كان البيع الأول نقداً فلا خلاف فى جواز ذلك ، لأنه ليس يدخله بيع ذهب

(وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك :زيادة عرض اختلف منها في

من البيع من غير أن تكون له حقيقة • وأما البيوع التي يعرفونها ببيع
الآجال ، فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر
يداين الناس ، لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهرها
بذهب نسيئة ، الا أن مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة : أعنى الذى
الى أجل آخر أو نقداً •

مسألتين واتفق فى الباقي) وذلك أنه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه ،
فاما أن يشتريه الى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفى كل واحد من
هذه الثلاثة اما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه ، واما بأقل ،
واما بأكثر يختلف من ذلك فى اثنين ، وهو أن يشتريها قبل الأجل نقداً بأقل
من الثمن أو الى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن •

فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز • وقال الشافعى
وداود وأبو ثور : يجوز ، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع
الأول ، فاتهمه أن يكون انما قصد دفع دنائير فى أكثر منها الى أجل ،
وهو الربا المنهى عنه فزور لذلك هذه الصورة ليتصل بها الى الحرام
مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفنى عشرة دنائير الى شهر وأزد اليك
عشرين ديناراً ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا الحظ
بعشرين الى شهر ، ثم اشتريه منك بعشرة نقداً •

وأما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه ان أعطى أكثر من الثمن
فى أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن
الى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث
أبى العالىة عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد
لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين انى بعت من زيد عبداً الى العطاء بثمانمائة
فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة :
بئسما شريت ، وبئسما اشتريت ، أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع

رسول الله ﷺ ان لم يتب . قالت : أرأيت ان تركت وأخذت المستمائة دينار ؟ قالت : فهو « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » (١) وقال الشافعي وأصحابه : لا يثبت حديث عائشة ، وأيضا فان زيدا قد خالفها ، واذا اختلفت الصحابة فهذه بنا القياس ، وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر .

وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الأول . فان الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن . وعن مالك في ذلك روايتان ، والنصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يتذرع منها الى : أنظرنى أزدك ، أو الى بيع ما لا يجوز متفاضلا أو بيع ما لا يجوز نساء ، أو الى بيع وسلف ، أو الى ذهب وعرض بذهب أو الى : ضع وتعجل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفى . أو بيع وصرف ، فان هذه هي أصول الربا . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل أن يقبضه ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة . وأجازة الشافعي والثوري والأوزاعي وجماعة .

وحجة من كرهه أنه شبيهه ببيع الطعام بالطعام نساء ، ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتباراً بترك القصد الى ذلك . ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه ، فاشترى من المشتري طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذي وجب له ، فأجاز ذلك الشافعي وتقال : لا فرق بين أن يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه . ومنع من ذلك مالك وراه من الذريعة الى بيع الطعام قبل أن يستوفى . لأنه رد اليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه .

وصورة الذريعة في ذلك أن يشتري رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم ، فاذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام : ليس عندي طعام ،

ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك على ، فقال هذا لا يصح ، لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى فيقول له : فبع طعاما منى وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعنى أن يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته •

وأما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطوا وذكره بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهرا أنه لا يجوز ، ولو قال له : أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهرا جاز ، فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة: أنظرنى أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فانه يظن أنه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دينانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بدمته ، فينبغى أن نذكر ههنا هذين الأصلين •

أما : ضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعى فى ذلك ، فأجاز مالك وجمهور من ينكر : ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل شئ دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه •

وعمدة من لم يجز : ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمنا • وعمدة من أجاز ما روى عن ابن عباس « أن النبى ﷺ لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا : يا نبى الله •• انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل ، فقال رسول الله ﷺ : ضعوا وتعجلوا » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث •

وأما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتى ، وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله ﷺ من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه » . واختلف من هذه المسألة فى ثلاثة مواضع أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات . والثانى : فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لا يشترط . والثالث : فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزائنا . ففيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول

فيما يشترط فيه القبض من المبيعات

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى اجازته وأما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه أن القبض شرط فى بيعه . وأما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان : احدهما المنع وهى الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعام الكيل والموزن . والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل بيع ما عدا المبيعات التى لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار . وأما الشافعى فإن القبض عنده شرط فى كل مبيع ، وبه قال الثورى ، وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس ، وقال أبو عبيد واسحاق : كل شىء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض فى الكيل والموزن ، وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز ابن أبى سلمة وربيعه ، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المحدود . فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال .

- الأول : فى الطعام الربوى فقط . والثانى : فى الطعام باطلاق .
- الثالث : فى الطعام الكيل والموزن . الرابع : فى كل شىء ينتقل .
- الخامس : فى كل شىء . السادس : فى الكيل والموزن . السابع : فى

المكيل والموزون والمعدود • أما عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه
فدليل الخطاب في الحديث المتقدم •

وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه
الصلاة والسلام « لا يحل بيع وسلف ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس
عندك » وهذا من باب بيع ما لم يضمن • وهذا مبنى على مذهبه من
أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري ، واحتج أيضا بحديث
حكيم بن حزام قال : قلت « يارسول الله •• انى أشتري ببيوعا فما يحل
لى منها وما يحرم ؟ فقال : يا ابن أخى •• اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى
تقبضه » قال أبو عمر : حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير
عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصة حدثه أن حكيم بن حزام قال :
ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصة لا أعرف لهما جرحه الا أنه لم يرو
عنهما الا رجل واحد فقط ، وذلك في الحقيقة ليس بجرحه وان كرهه
جماعة من المحدثين •

ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه الى الربا ، وانما
استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل ، لأن ما ينقل القبض
عنده فيه هي التخلية • وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل
والموزون لا يخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري الا بالكيل أو الموزن
وقد نهى عن بيع ما لم يضمن •

* * *

الفصل الثانى

فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لا يشترط

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر ، فان العقود تنقسم أولا الى
قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات
والصدقات ، والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها يختص
بقصد المعاينة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال

المضمون بالتعدى وغيره • والقسم الثانى : لا يختص بقصد المعاينة ، وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث : فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا . أعنى على قصد المعاينة وعلى قصد الرفق ، كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أموال العلماء فى هذه الأقسام •

أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه ، وذلك فى الشيء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء • وأما ما كان خالصا للرفق : أعنى القرض . فلا خلاف أيضا أن القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه • واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع . فقال : يجوز بيعهما قبل القبض • وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمعاينة وهى التولية والشركة والاقالة . فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ، وتجوز الاقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع . لا يبيع •

فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات أنها فى معنى البيع المنهى عنه ، وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للأثر والمعنى • أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة • وأما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المعاينة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان ، وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل ، لأن العوض فى ذلك ليس بينا اذا لم يكن عينا •

* * *

الفصل الثالث

فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافا ، فان مالكا رخص فيه وأجازته وبه قال الأوزاعى ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى •

وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل تبخسه . لأن الذريعة موجودة في الجراف وغير الجراف . ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال « كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام جزافا ، فبعث النبينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواء قبل أن نبيعه ، قال أبو عمر : وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجراف ، فقد روته جماعة وجوده عبد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم في حفظ حديث نافع .

وعمدة المالكية أن الجراف ليس فيه حق توفية ، فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل في هذا الباب أجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لا يملكه ، وهو المسمى عينه عند من يرى نقله من باب الذريعة انى الربا .

وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيوع الغرر ، وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل : أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفا ، فيقول له : هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقيضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها ، وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ، ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنها غير جائزة في المذهب : أعنى اذا تقاررا على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها ، وأما الدين بالدين ، فأجمع المسلمون عن 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 بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ، ويزاه من باب الدين بالدين . وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : ليس هذا من باب الدين بالدين ،

وانه الدين بالدين ما لم يشرع فى أخذ شيء منه . وهو قياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة •

ومما أجازہ مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله فى « المدونة » من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والتمن الى العطاء ، فيأخذ المتاع كل يوم وزنا معلوما قال : ولم ير الناس بذلك باسا ، وكذلك كل ما يبتاع فى الأسواق . وروى ابن القاسم أن ذلك لا يجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه : وأما القمح ونسبهه فلا . فهذه هى أصول هذا الباب . وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم •

* * *

الباب الثالث

[فى البيوع المنهى عنها]

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : اما من جهة الجهل بتعيين العقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع ، أو بقدره أو بأجله ان كان هنالك أجل ، واما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع الى تعذر التسليم ، واما من جهة الجهل بسلامته : أعنى بقاءه ، وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها •

ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وانما يختلف فى شرح أسمائها ، والمسكوت عنه مختلف فيه • ونحن نذكر أولا المنطوق به فى الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شہر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه : أعنى فى رد الفروع الى الأصول •

فأما المنطوق به فى الشرع فمنه « نهيه ﷺ عن بيع جبل الجبله » ومنها « نهيه عن بيع ما لم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى ترهى ، وعن بيع

الملامسة والمناذرة، وعن بيع الحصاة » ومنها « نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود » « ونهيه عن المضامين والملاقيح » .

أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا يشره أو يبتاعه ليلا ، ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المناذرة فكان أن يبيذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري : أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فهو لي ، وقيل أيضا انهم كانوا يقولون : اذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار .

وأما بيع حبل الحبله ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعا يؤجلونها الى أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما في بطنها ، والغرر من جهة الأجل في هذا بين ، وقيل انما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هي ما في بطون الحوامل ، والملاقيح ما في ظهور الفحول ، فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها .

وأما بيع الثمار ، فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى » ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن 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 تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى ، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الأول : وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي 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 أعواماً » إلا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازها . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، إلا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور : أنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى . وقد قلنا أن ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازها . إلا 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 إلا ما ذكره اللخمي من جوازها تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار ، فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعى وأحمد وإسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ما سيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري » فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهييه عن بيع الثمرة قبل الزهو « رأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الإطلاق : أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأى أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء ، فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع .

واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال : هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية المنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهى يتناولها بعمومه قال : لا يجوز ، ومن حمته على القطع قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه انه محمول على القطع .

وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن ترهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله ﷺ قال « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشتريها المبتاع » قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن ترهى على الندب ، واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال : « كان الناس فى عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان ، أصابه ما أضربه قشام ومراض — لعاهات يذكرونها — فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم : لا تبيعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها » وربما قالوا : ان المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله « حتى يبدوا صلاحها » هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « رأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ » وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى أن 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 الأصل .

وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه ، والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « رأيت ان منع الله الثمرة . . . » الحديث . ووجه الدليل منه أن الجوائح انما تطرأ فى الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر الا قليلا ، ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هناك جائحة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلا .

وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التيقية ، والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحديث ، وحجتهم أن نئس ببيع الشيء يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ، ولذلك لم يجز أن تباع الأعيان الى أجل • والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن يبئس كله دفعة ، فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين : أحدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى •

والثانى فى منع ببقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد ، وخلافهم فى الموضع الأول أقوى من خلافهم فى الموضع الثانى : أعنى فى شرط القطع وان أزهى ، وانما كان خلافهم فى الموضع الأول أقرب لأنه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ، لأن ذلك أيضا مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأما بدر الصلاح الذى جوز رسول الله ﷺ البيع بعده ، فهو أن يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود ، وبالجملة أن تظهر فى الثمر صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار ، لما رواه مالك عن حميد عن أنس «أنه ﷺ سئل عن قوله «حتى يزهى» ، فقال : حتى يحمر» وروى عنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشند » •

وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ، وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضا «سئل عن قول رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله بن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » وروى عن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال «إذا طلعت النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد » وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائظ وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد - والله أعلم - طلوع الثريا ، الا أن المشهور عنه أنه لا يباع حائظ حتى يبدو فيه الزهو ، وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا •

فالمحصل فى بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول انه الازهاء ، وهو المشهور ، وقول انه طلوع الثريا ، وان لم يكن فى الحائط فى حين البيع ازهاء ، وقول : الأمران جميعا . وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك : انه اذا كان فى الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه ، وخالفه فى ذلك الليث .

وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض . وبدو الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء فى بعضه لا فى كله ، اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا فى بعضه تبيكرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا ، لأن الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العادات هو اذا بدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع . وعند مالك أنه اذا بدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى ، لا يجوز الا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط . ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد . والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه اذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلن . وذلك أن صفة الطيب فيه وهى مشترة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال لا يشترط فى كل ثمرة بل فى 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 اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة فى سنبلها دون السنبل ، لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ، وقال الشافعى : لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشد ، لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبته بعد الدرس . وحجة الجمهور شيان : الأثر والقياس . فأما الأثر فما روى عن

ناعم عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخيل حتى ترهى ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة ، وروى عن الشافعي أنه لما وصلتته هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك ، إلا على القطع .

وأما بيع السنبل غير محصود . فقول عن مالك يجوز ، وقيل لا يجوز ، إلا إذا كان في حزمه . وأما بيعه في تبينه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هذا إذا كان جزافا ، فأما إذا كان مكيفا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولاً لغيره واختلاف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ، فقال الكوفيون : على البائع حتى يعمله حبا للمشتري ، وقال غيرهم : هو على المشتري .

ومن هذا الباب ما ثبت « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعه » وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة ، قال أبو عمر : وكلها من نقل العدول ، فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما ، واختلفوا في التفصيل ، أعنى في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها واتفقوا أيضا على بعضها ، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة : أحدها أما في مئومين بئمين ، أو مئومين واحد بئمين ، أو مئومين بئمين ، أو مئومين بئمين واحد على أن أحد البيعين قد لزم .

أما في مئومين بئمين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : أحدهما أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بئمين كذا على أن تبيعني هذه الدار بئمين كذا ، والثاني أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مئومين واحد بئمين ، فإن ذلك يتصور أيضا على وجهين : أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقدا والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بئمين كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بئمين كذا ، وأما مئومان بئمين واحد ، فمثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بئمين كذا .

أما الوجه الأول ، وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعهنى هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعى على أنه لا يجوز ، لأن الثمن فى كليهما يكون مجهولا ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتقفا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد . وأصل الشافعى فى رد بيعتين فى بيعة انما هو جهل الثمن أو الثمنون . وأما الوجه الثانى ، وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم فى أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء أكان النقد واحدا أو مختلفا ، وخالف عبد العزيز بن أبى سلمة فى ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحدا أو مختلفا ، وعله منعه عند الجميع الجهل ، وعند مالك من باب سد الذرائع لأنه ممكن أن يختار فى نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار ، وذلك لا يجوز على أصل مالك .

وأما الوجه الثالث . وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أو نسيئه بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف فى أنه لا يجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازما فى أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعى ، لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم ، وجعله مالك من باب الخيار ، لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين فى الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعى وأبى حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيوع الغرر التى نهى عنها ، وعله امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لا مكان أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثانى ، فكأنه باع أحد الثمنين بالثانى ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلا ، وهذا كله إذا كان الثمن نقدا ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا .

وأما إذا قال : أشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه منى الى أجل . فهو عندهم لا يجوز باجماع ، لأنه من باب العينة وهو

بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضا عنه جهل الثمن • وأما إذا قال له :
أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار واغترقا قبل
الخيار ، فإن كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما فى
الثانى فإنه لا خلاف بين مالك والشافعى فى أنه لا يجوز ، وقال
عبد العزيز بن أبى سلامة : انه يجوز ، وعلة المنع الجهل والغرر •
وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند
أبى حنيفة والشافعى ، وأما مالك فإنه أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد
البيع فى الأصناف المستوية لثقله الغرر عنده فى ذلك ، وأما من لا يجيزه
فيعتبره بالغرر الذى لا يجوز ، لأنهما اغترقا على بيع غير معلوم • وبالإجملة
فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير فى المبيعات لا يجوز ، وأن
التليل يجوز •

ويختلفون فى أشياء من أنواع الغرر ، فبعضهم يلحقها بالغرر
الكثير ، وبعضهم يلحقها بالغرر التليل المباح لتردها بين التليل والكثير .
فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشتري على أن
يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك ؟ فقيل تكون المصيبة
بينهما ، وقيل بل يضمه كله المشتري ، إلا أن تقوم البينة على هلاكه .
وقيل فرق فى ذلك بين الثياب وما يغلب عليه وبين ما لا يغلب عليه
كالعبد فيضمن فيما يغلب عايه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه •

وأما هل يلزمه أخذ الباقي ؟ قيل يلزم ، وقيل لا يلزم . وهذا يذكر
فى أحكام البيوع • وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة فى هذا المعنى
هى : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ، وأما عند مالك فمنها ما يكون
عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها ما يكون من باب الغرر ، فهذه هى المسائل
التي تتعلق بالمنطوق به فى هذا الباب • وأما نهي عن بيع التشتيا وعن
بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالأشبه أن يذكرها فى المبيعات
الفاصلة من قبل الشروط •



(فصل) وأما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب المختلف فيها

بين فقهاء الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالتاليون
المجتهد النظار .

* * *

(مسألة) المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئى ، فهذا لا خلاف
فى بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ، فقال قوم :
بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف ،
وهذا أشهر قولى الشافعى وهو المنصوص عند أصحابه ، أغنى أن يبيع
الغائب على الصفة لا يجوز ، وقال مالك وأكثر 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 أنفذ البيع وان شاء رده .

وكذلك المبيع على الصفة « من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء
على الصفة » وعند مالك أنه اذا جاء على الصفة فهو لازم ، وعند
الشافعى لا ينعقد البيع أصلا فى الموضعين ، وقد قيل فى المذهب : يجوز
بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك فى
المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا .

وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق
بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشيء فىكون من الغرر الكثير ، أم ليس
بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه ؟ فالشافعى رآه من الغرر الكثير ،
ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فانه رأى أنه اذا كان له خيار
الرؤية أنه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية ، وأما مالك فرأى أن الجهل
المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن
الصفة انما تنوب عن المعاينة لكان غيبة المبيع أو لكان المشقة التى فر
نشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز
البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه
ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما فى جرابها .

واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال : قال أصحاب النبي ﷺ : وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا فى التجارة . فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف ، فذكر تمام الخبر ، وفيه بيع الغائب مطلقا ، ولا بد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس ، ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأمونا كالعقار . ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

* * *

(مسألة) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان الى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع الى المتاع بأثر عقد الصفة ، الا أن مالكا وربيعه وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ، ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك فى بيع الغائب ، وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ، ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا ، وقد تكلمنا فى علة الدين بالدين ، ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين ، وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : انما الدين بالدين ما لم شرع فى قبض شىء منه ، أعنى أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ، وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة .

* * *

(مسألة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع التمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وان لم تطب جملة معا ، واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة ، وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل

أو لا تتصل ، فان لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم ان اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز ، فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة •

ومثال غير المتميز المباطخ والمقاشىء والبادنجان والقرع ، وفى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان : احدهما الجواز والأخرى المنع • وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد واسحق والشافعى فى هذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر ، وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خالق وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشيء • وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار ، أعنى ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك اذا كان متميزا • وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف •

وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة • واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك يبيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعى الا مقلوعا ، لأنه من باب بيع المعيب ، ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره ، أجازره مالك ، ومنعه الشافعى •

والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو اليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين • ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب ، وهو الذى تقتضى أصوله •

ومن ذلك بيع الآبق أجزاه قوم باطلاق ، ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعى ، وقال مالك : اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الآباق ويتواضعان الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد فى بيع المواضعة وفى بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . ومن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى .

والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى « أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما فى بطون الأنعام حتى تضع ، وعن شراء ما فى ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم » وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة اذا كان ما يحلب منها معروفا فى العادة . ولم يجز ذلك فى الشاة الواحدة ، وقال سائر الفقهاء : لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم فى جلده .

ومن هذا الباب بيع المريض أجزاه مالك الا أن يكون مئوسا منه . ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، وهى 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 الشافعى البيع فى الأمرين جميعا ، وأجزاه قوم فى الأمرين جميعا ، وبه قال الحسن البصرى ، فهذه هى البيوع التى يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية .

وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شىء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو المسموح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري ، واتفقوا على أن العلم الذى يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلوم مؤثر فى صحة البيع ، وفى كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسوحة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء

التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز
فى أشياء ويمنع فى أشياء •

وأصل مذهب مالك فى ذلك أنه يجوز فى كل ما المقصود منه الكثرة
لا آحاد وهو عنده على أصناف : منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا ،
وهى الكيلات والموزونات ، ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا ، وهى
المسوحات كالأرضين والثياب ، ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل
والموزن ، بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا ، وهى كما
قلنا التى المقصود منها آحاد أعيانها • وعند مالك أن التبر والفضة الغير
المسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير ،
وقال أبو حنيفة والشافعى : يجوز ويكره •

ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل : أى كل كيل
منها بكذا ، فما كان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم
بمبلغها ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم الا فى كيل واحد وهو الذى سميها •
ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ، ومنعه
أبو حنيفة فى الثياب والعبيد ، ومنع ذلك غيره فى الكل فيما أحسب
للجهل بمبلغ الثمن •

ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع فى كيلها اذا لم يكن
البيع نسيئة ، لأنه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن ، وعند غيره لا يجوز
ذلك حتى يكتالها المشتري لنهيهِ عليه السلام عن بيع الطعام حتى تجرى فيه
الصيعان ، وأجازه قوم على الاطلاق ، ومنعه أبو حنيفة والشافعى
وأحمد ، ومن أجازه باطلاق عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ، ولا يجوز
عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع الكيل جزافا ممن يجهل الكيل ،
ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة • والمزابنة المنهى عنها هى عند مالك
من هذا الباب ، وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية ، وذلك أما فى
الربوبيات فلموضع التفاضل ، وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر •

الباب الرابع

فى بيوع الشروط والثنيا

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع الى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث : أحدها حديث جابر قال : « ابتاع منى رسول الله ﷺ بعيرا وشرط ظهره الى المدينة » وهذا الحديث فى الصحيح . والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله ﷺ قال « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط » والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعلومة والثنيا ، ورخص فى العرايا » وهو أيضا فى الصحيح خرجه مسلم .

ومن هذا الباب ما روى عن أبى حنيفة أنه روى « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط » ناختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث فى بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة ، وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول ابن أبى شبرمة ، وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وممن قال بهذا القول ابن أبى ليلى ، وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ، ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث عمر الذى ذكر فيه البيع والشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ، ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن انعص خرجه أبو داود قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبل سلف وبيع ، ولا يجوز شرطان فى بيع ، ولا ربح ما لم تضمن ، ولا يبيع ماليس 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 أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما ان يمسك المشترط بشرطه بطل البيع ، وان تركه جاز البيع ، واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وانما هي راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى المتوسط بين ذلك ، أو الى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجازته وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع •

ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، اذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جدى والمازرى والباجى ، وتفصيله في ذلك أن قال : ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة • والقسم الثانى أن يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم الى ثلاثة أقسام : اما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه ، واما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص ، واما أن يشترط ايقاع معنى في المبيع ، وهذا أيضا ينقسم الى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معانى البر • والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء •

فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر •

واما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه

من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يطأها أو لا يبيعهها ، واما ان يشترط معنى من معانى البر مثل العتق ، فان كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وان تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه •

وبقول مالك فى اجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على أن من قوله منع بيع وشرط ، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ ، لأن شى بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره الى المدينة ، وفى بعضها أنه أعاره ظهره الى المدينة •

ومالك رأى هذا من باب الضرر اليسير فأجازة فى المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة • وأما أبو حنيفة فعلى أصله فى منع ذلك • وأما ان اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعهها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه : البيع مفسوخ ، وقيل : بل يبطل الشرط فقط • وأما من قال له المباع : متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك ، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف ، ان جاء بالثمن كان سلفا ، وان لم يجىء كان بيعا •

واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الاقالة أم لا ؟ فمن رأى أن الاقالة بيع فسخها عنده ، ما يفسخ سائر البيوع ، ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع • واختلف أيضا فىمن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، وقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ، وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للمبتاع اشتراط المنفعة فيها ، فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المواز انه جائز فى الأمد القصير • ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة • واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء ، وأجاز مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم ، وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ، وحجة الجمهور أن

النهى يتضمن فساد النهى عنه مع أن الثمن يكون في البيع مجهولا
لاقتران السلف به .

وقد روى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسألة
اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين
رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ،
قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع ، فأجاب اسماعيل عن
هذا بجواب لا تقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشطرت
السلف هو مخير في تركه ، أو عدم تركه ، وليس كذلك مسألة زق الخمر .
وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له :
لم كان هنا مخيرا ولم يكن هنالك مخيرا في أن يترك الزق ويصح البيع ؟
والأشبه أن يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف
لأن 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 أنه شيء محرم من قبل الشرط .

ونكتة المسألة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع
الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع
الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضا ينبني على أصل
آخر هو هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ فان قلنا حكمي لم يرتفع
ارتفاع الشرط ، وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط ، فمالك زآه
معقولا ، والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيوع الربا
والغرر هو أكثر ذلك حكمي ، ولذلك ليس ينمقد عندهم أصلا ، وان ترك
الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر . واختلفوا في حكمه اذا وقع على
ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة .

ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الأمصار على أنه غير
جائز . وحكى عن قوم من التابعين أنهم أجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين

ونافع بن الحارث وزيد بن أسلم • وصورته : أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وان لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ، وانما صار الجمهور الى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازة رسول الله ﷺ • وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله ﷺ •

وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهي عن الثنيا ، أم ليست تدخل ؟ فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملاً ويستثنى ما فى بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على أنه لا يجوز ، وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز ، وهو مروى عن ابن عمر •

وسبب الخلاف هل المستثنى يبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع ؟ فمن قال مبيع قال : لا يجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ؟ ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك ، وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيواناً واستثنى بعضه أن ذلك البعض لا يخلو أن يكون شائماً أو معيناً أو مقدرًا ، فان كان شائماً فلا خلاف فى جوازه مثل أن يبيع عبداً الا ربعة •

وأما ان كان معيناً فلا يخلو أن يكون معيناً مثل الجنين ، أو يكون غير معين ، فان كان معيناً فلا يجوز ، وان كان غير معين كالرأس واليد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ، فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز ، لأنه لا يجوز أن يبيع أحد غلاماً ويستثنى رجله ، لأن حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه ، وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه ، فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ، فى المذهب فيه قولان : أحدهما أنه لا يجوز وهو المشهور ، والثانى يجوز ، وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس •

وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ،
ووجه قول مالك انه ان كان استثناءؤه بجاده فما تحت الجلد مغيب وان كان
لم يستثنه بجاده فانه لا يدري بأي صفة يخرج له بعد كسب الجلد عنه .
ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عضوا معيننا معلوما ، فلم يضره ما عليه
من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره .

وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح اما عرفا واما ملفوظا
به جزءا مقدرا مثل أرطال من جزور ، فعن مالك في ذلك روايتان : احدهما
المنع ، وهي رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة في الأرطال اليسيرة فقط ،
وهي رواية ابن القاسم ، وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل
ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها .

واتفقوا على أنه لا يجوز أن يستثنى من حائط له عدة نخلات غير
معينات الا بتعيين المشتري لها بعد البيع ، لأنه بيع ما لم يره المتبايعان ،
واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع ،
فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ، وروى عن مالك اجازته ،
ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازته في استثناء الغنم . وكذلك
اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على أن
يعينها بعد الشراء المشتري فأجازها مالك ومنعه ابن القاسم .

وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيله من حائط ، قال أبو عمر بن
عبد البر : فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت
الكتاب على مذاهبهم لنهي عليه السلام عن الثنيا في البيع ، لأنه استثناء مكيل
من جزاف ، وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون
الثلث ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهى على الثنيا على ما فوق الثلث ،
وتسبوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها بثباع
جزافا ويستثنى منها كيل ما ، وهذا الأصل أيضا مختلف فيه ، أعنى اذا
استثنى منها كيل معلوم . واختلف العلماء من هذا الباب في بيع
واجازة معا في عقد واحد ، فأجازها مالك وأصحابه ، ولم يجزه الكوفيون .

ولا الشافعي ، لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولا ، ومالك يقول :
إذا كانت الاجازة معلومة أم يكن الثمن مجهولا ، وربما رآه الذين منعه
من باب بيعتين في بيعة • وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف أو البيع
كما قلنا •

واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ومرة
منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالأقل والأكثر في وجود
غلل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع في مسألة منها
منعها ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع الى ذوق المجتهد ، لأن
هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ،
ونمل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ،
ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل الى التخيير •

الباب الخامس

في البيوع المنهى عنها من اجل الضرر أو الغبن

والمسومع من هذا الباب ما ثبت من نهيه ﷺ عن أن يبيع الرجل
على بيع أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ، ونهيه عن تلقي
الركبان ، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ، ونهيه عن النجش • وقد اختلف
العلماء في تفصيل معانى هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد ، 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
إذا ركن اليائع 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 بناء على مذهبه ، أي أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب لزوم البيع على ما سنذكره بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وان وقع مضي لأنه سوم على بيع لم يتم ، وقال داود وأصحابه : ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكا بالعموم ، وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت ، وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال : وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك •

واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم غيره ، فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره ، وقال الأوزاعي : لا بأس بالسوم على سوم الذمي لأنه ليس بأخي المسلم ، وقد قال عليه السلام « لا يسم أحد على سوم أخيه » ومن هنا منع قوم بيع الزائدة وان كان الجمهور على جوازه • وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة أو على الحظر ، ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو في حالة دون حالة ؟ •

(فصل) وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع ، فاختلّفوا في مفهوم النهي ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد الملتقى برخص السلعة ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا اذا كان التلقى قريبا ، فان كان بعيدا فلا بأس به ، وهدد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه وقع جاز ، ولكن يشرك المشتري أهل الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها •

وأما الشافعي فقال : ان المقصود بالنهي انما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أو رده • ومذهب الشافعي هو

مضى في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله ﷺ أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تتلقوا الجلب ، فمن تلقى منه شيئا فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق » أخرجه مسلم وغيره .

* * *

(فصل) وأما نهيه ﷺ عن بيع الحاضر للباد ، فاختلف العلماء في معنى ذلك ، فقال قوم : لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً . واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي ، فمرة أجازة ، وبه قال ابن حبيب ، ومرة منعه ، وأهل الحضر عندهم الأمصار ، وقد قيل عنه أنه لا يجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعي والأوزاعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس أن يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعنى أن يخبر الحضري البادي بالسعر ، وأجازة الأوزاعي .

والذين منعه اتفقوا على أن القصد بهذا النهي هو إرفاق أهل الحضر ، لأن الأثسياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهي عندهم أرخص ، بل أكثر ما يكون مجاناً عندهم : أى بغير ثمن ، فكانهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضري للبدوي ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدين النصيحة » وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة .

وحجة الجمهور حديث جابر عند مسلم وأبو داود قال : قال رسول الله ﷺ « 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 البدوي لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقي الركبان على ما تأوله الشافعي : 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 .

* * *

(قصل) وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش ، فاتفق العلماء على منع ذلك ، وأن النجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراؤها ، يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري ، واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل الظاهر : هو فاسد ، وقال مالك : هو كالعيب والمشتري بالخيار ، ان شاء أن يرد ، وان شاء أن يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : وان وقع أتم وجاز البيع .

وسبب الخلاف هل يتضمن النهي ، وان كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج ، فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ، ومن قال ليس يتضمن أجزاه . والجمهور على أن النهي عن الربا والغرر ، وإذا ورد لمعنى في النهي عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ، ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه « انه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا » وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الماء ، ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلا » وقال : لا يمنع وهو بئر ولا بيع ماء .

واختلف العلماء في تأويل هذا النهي ، فجملة جماعة من العلماء على عمومته ، فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو حيين في أرض مملكة أو غير مملكة ، غير أنه ان كان متملكاً كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربح لا أرى أن يمنع من الماء ، والنار ، والحطب ، والكلا . . . وبعضهم خصص هذه الأحاديث بمعارضة 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 أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً ، فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ، ولا يروى في اليوم الذي لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم .

وقال بعضهم : انما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره
ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بئره ،
والتأويلان قريبان ، ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين
على المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقا ، ثم نهى عن منع فضل الماء ،
فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع
فى الحديثين . وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان فى أرض مملكة
منية فهو لصاحب الأرض له يبيعه ومنعه ، الا أن يرد عليه قوم لا ثمن
معهم ويخاف عليهم الهلاك ، وحمل الحديث على آبار الصحراء التى
تتخذ فى الأرضين الغير مملكة ، فرأى أن صاحبها : أعنى الذى حفرها
أولى بها ، فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ، وكأنه رأى أن البئر
لا تتملك بالاحياء

ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها ، وذلك أنهم اتفقوا
على منع التفرقة فى المبيع بين الأم وولدها ، لثبوت قوله عليه الصلاة
والسلام «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»
واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع اذا
وقع . فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ ، وقال الشافعى
وأبو حنيفة : لا يفسخ وأثم البائع والمشتري . وسبب الخلاف هل النهى
يقضى فساد المنهى اذا كان لعله من خارج . وأما الوقت الذى ينتقل فيه
المنع الى الجواز ، فقال مالك : حد ذلك الاثعار ، وقال الشافعى : حد ذلك
سبع سنين أو ثمان ، وقال الأوزاعى : حده فوق عشر سنين : وذلك أنه
اذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن أمه . ويلحق بهذا الباب اذا وقع
فى البيع غبن لا يتعابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور
فى المذهب أن لا يفسخ . وقال عبد الوهاب : اذا كان فوق الثلث رد ،
وحكاه عن بعض أصحاب مالك ، وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار
لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن ، وكذلك
ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له أنه يغبن فى البيوع ،

ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة ، وقوم
رأوا ذلك فى الاخوة .

* * *

الباب السادس

فى النهى من قبل وقت العبادات

وذلك إنما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المثنى الى الجمعة فقط
لقوله تعالى : « اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله
وذروا البيع » (١) وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب ، أعنى منع البيع
عند الأذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر . واختلفوا فى حكمه
اذا وقع هل يفسخ أو لا يفسخ ؟ ، فان فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يلحق
سائر العقود فى هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق ؟ فالمشهور عن مالك
أنه يفسخ ، وقد قيل لا يفسخ ، وهذا مذهب الشافعى وأبى حنيفة .

وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل النهى الوارد لسبب من خارج
يقتضى فساد المنهى عنه أو لا يقتضيه ؟ وأما على من يفسخ ؟ فعند مالك
على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر
فمنقضى أصولهم أن يفسخ على كل بائع .

وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع ، لأن فيها المعنى
الذى فى البيع من الشغل به عن السعى الى الجمعة ، ويحتمل أن لا يلحق
به لأنها تقع فى هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات
فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت ، فاذا فات فعلى
جهة الحظر ، وان كان لم يقل به أحد فى مبلغ علمى ، ولذلك مدح الله
تاركى البيوع لكان الصلاة ، فقال تعالى : « رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع
عن ذكر الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة » (٢) .

(٢) النور : ٣٧ .

(١) الجمعة : ٩ .

واذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الأسباب والشروط الصحيحة له وهو القسم الثانى من النظر العام فى البيوع .

* * *

(القسم الثانى) والأسباب والشروط الصحيحة للبيع هى بالجملة ضد الأسباب المفسدة له ، وهى منحصرة فى ثلاثة أجناس : للنظر الأول : فى العقد . والثانى : فى العقود عليه . والثالث : فى العاقدين ، غنى هذا القسم ثلاثة أبواب .

الباب الأول

فى العقد

والعقد لا يصح الا بألفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعث منك ، ويقول المشتري : قد اشتريت منك ، واذا قال له : بعنى سلعتك بكذا وكذا فقال : قد بعته . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا أن يأتى فى ذلك بعذر ، وعند الشافعى أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت ، وكذلك اذا قال المشتري للبائع : بكم تبيع سلعتك ؟ فيقول المشتري بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك .

اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعته منك ، وعند الشافعى أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك فى ذلك قولاً ، ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس ، أعنى أنه متى قال البائع قد بعث سلعتى بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع .

واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : ان البيع يلزم فى المجلس بالقول وان لم يفترقا ، وقال الشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود ، وابن عمر من الصحابة

رضى الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنها مهما لم يفترقا ، فليس يلزم البيع ولا ينعقد ، وهو قول ابن أبي ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الأسلمى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن قافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار » وفى بعض روايات هذا الحديث « الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر » وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الآحاد .

وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لأذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث . فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : « أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان » فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضى أن يكون فى المجلس وبعد المجلس . ولو كان المجلس شرطا فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبين حكم الاختلاف فى المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزوم بك الافتراق من المجلس ، وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبى هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرج أحد مسندا فيما أحسب ، فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث .

وأما أصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ، فمن أظهر الظاهر فى ذلك قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١) والنعقد هو الايجاب والقبول والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالنعقد ، لأن له عندهم أن يرجع فى البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا .

وأما القياس فانهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخير المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد ، فلما قيل لهم ان الظواهر التي تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث الا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين .

قالوا : ولنا فيه تأويلان : أحدهما أن المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقول لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى : « وان ينفرقا يفن الله كلا من سعته »^(١) والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هى التفرق بالأبدان . ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس . فيغلب الأقوى . والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم ، فهذه هى أصول الركن الأول الذى هو العقد .

* * *

(وأما الركن الثانى) الذى هو العقود عليه ، فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفى عن الشئ بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والمثمن معلوم الأجل أيضا ان كان بيعا مؤجلا .

* * *

(وأما الركن الثالث) وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغين ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، أما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذونا له في التجارة .

واختلفوا من هذا في بيع الفضولي ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن يرضى به صاحب المال أمضى البيع ، وأن لم يرض ففسخ ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه أن يرضى المشتري صح الشراء والا لم يصح ، فمنعه الشافعي في الوجهين جميعا ، وأجازة مالك في الوجهين جميعا ، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء .

وعمدة المالكية ما روى « أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي ديناراً وقال : اشتر لنا من هذا الجلب شاة ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعثت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يا رسول الله . . . هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللهم بارك له في صفقة يمينه » ووجه الاستدال منه أن النبي ﷺ لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعي في الأمرين جميعا .

وعمدة الشافعي النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسألة المشهورة ، هل إذا ورد النهي على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هي أصول هذا القسم ، وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه . واذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث ، وهو القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

(القسم الثالث : فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة)
وهذا القسم تنحصر أصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع
فى أربع جمل : الجملة الأولى : فى أحكام وجود العيب فى المبيعات •
والجملة الثانية : فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى
ملك المشتري • والثالثة : فى معرفة الأشياء التى تتبع المبيع من حيث
موجودة فيه فى حين البيع من التى لا تتبعه • والرابعة : فى اختلاف
المتبايعين ، وإن كان الأليق به كتاب الأفضية • وكذلك أيضا من أبواب
أحكام البيوع : الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هى أيضا من الأحكام الطارئة
عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

* * *

(الجملة الأولى) وهذه الجملة فيها بابان : الباب الأول : فى أحكام
وجود العيوب فى البيع المطلق • والباب الثانى : فى أحكامهما فى البيع
بشرط البراءة •

الباب الأول

فى أحكام العيوب فى البيع المطلق

والأصل فى وجود الرد بالعيب قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة
عن تراض منكم »^(١) وحديث المصراة المشهور ، ولما كان القائم بالعيب
لا يخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد ، أو يقوم فى عقد لا يوجب
ذلك ، ثم إذا قام فى عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب
يوجب حكما أو لا يوجبه ، ثم إن قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع
أيضا أن يكون قد حدث فيه تخير بعد البيع أو لا يكون ، فإن كان لم يحدث
فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها ؟ كانت
الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة :

الفصل الأول : فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم ،

(١) النساء : ٢٩ .

من التي لا يجب ذلك فيها • الثاني : في معرفة العيوب التي توجب الحكم ،
وما شرطها الموجب للحكم فيها • الثالث : في معرفة حكم العيب الموجب
إذا كان المبيع لم يتغير • الرابع : في معرفة أصناف التغيرات الحادثة
عند المشتري • وحكمها الخامس : في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف
المتبايعين ، وان كان أليق بكتاب الأفضية •

الفصل الأول

في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من
التي لا يجب فيها

أما العقود التي يجب ذمها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي
المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة
لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير الثواب والصدقة ،
وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعني ما جمع قصد المكارمة
والمعاوضة مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود
العيب ، وقد قيل يحكم به إذا كان العيب مفسدا •

* * *

الفصل الثاني

في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب
للحكم فيها

وفي هذا الفصل نظران : أحدهما : في العيوب التي توجب الحكم •
والنظر الثاني في الشرط الموجب له •

(النظر الأول) فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في
النفس ، ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط
أضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ، ومنها ما هي
عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود أضدادها في المبيع ، وهذه

هي التي فقدتها نقص في أصل الخلقة ، وأما العيوب الأخر فهي التي أزدادها كمالات ، وليس فقدتها نقصا مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا النقص في أحوال النفس ، وقد يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية ، منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس .

والعيوب التي لها تأثير في العقد ، هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع ، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع ، كالخفاز في الاماء ، والختان في العبيد ، ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع 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 نصا عن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فمن ذلك وجود الزنا في العبيد .

اختلف العلماء فيه ، فقال مالك والشافعي : هو عيب ، وقال أبو حنيفة : ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة ، والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب انعائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدين ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج ، وقال الشافعي : ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب ، والحمل في الرأفة عيب عند مالك . وفي كونه عيبا في الوخس خلاف في المذهب .

والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وحجتهم حديث المصراة المشهور ، وهو قوله ﷺ « لا تصروا الابل والبقر ، فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر » قالوا : نأثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا . قالوا : وأيضا

فأنه مدلس ، فأشبهه التذليل بسائر العيوب . وقال أبو حنيفة وأصحابه :
ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج
لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب .

قالوا : وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقتها الأصول ،
وذلك أنه مفارق للأصول من وجوده ، فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة
والسلام « الخراج بالضمان » وهو أصل متفق عليه ، ومنها أن فيه
معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة ، وذلك لا يجوز باتفاق ، ومنها أن
الأصل في المتلفات اما القيم واما المثل ، واعطاء صاع من تمر في لبن ليس
قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول : أى الجراف بالكيل المعلوم ،
لأن اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر ، وأيضا فإنه يقل ويكثر ،
والمعوض ههنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول ،
كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما
هو حكم خاص .

ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول : انه لا خلاف
عندهم فى انعور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك
فى المرض فى أى عضو كان ، أو كان فى جملة البدن ، والشيب فى المذهب
عيب فى الرائحة ، وقيل لا بأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة
عيب فى الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من
المذهب ، والزعر عيب ، وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق .
وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر فى القيمة : أعنى نقص منها فهو
عيب ، والبول فى الفراش عيب ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة :
ترد الجارية به ، ولا يرد العبد به ، والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الأنثى
عيب هذا كله فى المذهب الا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

* * *

(النظر الثانى) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون
حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو فى المهددة عند من يقول بها ، فيجب ههنا

أن نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهددة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه فى ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ، ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهى عند القائلين بها عهدتان : عهددة الثلاثة الأيام ، وذلك من جمع العيوب الحادثة فيها عند المشتري •

وعهددة السنة ، وهى من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون . فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع . وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل • وعهددة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمنان من البائع • وأما عهددة السنة فالنفقة فيها والضمنان من المشتري الا من الأدواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق ، وهى أيضا واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه الماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا فى الذمة • هذا ما لا خلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك •

وعهددة السنة تحسب عنده بعد عهددة الثلاث فى الأشهر من المذهب ، وزمان المواضعة يتداخل مع عهددة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهددة الثلاث • وعهددة السنة لا تتداخل مع عهددة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف • وقال الفقهاء السبعة : لا يتداخل منها عهد مع ثانية فعهددة الاستبراء أولا ، ثم عهددة الثلاث ، ثم عهددة السنة •

واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ؟ فروى عنه الوجهان ، فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلاد الا أن يكونوا قد حملوا عنى ذلك ، فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان فى المذهب ، ولا يلزم النقد فى عهددة الثلاث وان اشترط ، ويلزم فى عهددة السنة ، والعلة فى ذلك أنه يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتعدد النقد فيها بين السلف والبيع ، فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين •

وأما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها ، فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبه بن عامر عن النبي ﷺ قال : « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » وروى أيضا « لا عهدة بعد أربع » وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري رضى الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وان كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ، ولهذا كتف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد الا أن يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة ، فانه لم يأت في ذلك أثر .

وروى الشافعى عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سافلا . واذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة ، فلنصر الى ما بقى .

* * *

الفصل الثالث

في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير

واذا وجدت العيوب ، فان لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان ، فان كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يزد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما ان كان عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : ان كان العيب يسيرا لم يجب الرد ، ووجب قيمة

العيب وهو الأرش . وان كان كثيرا وجب الرد ، هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل .

وأما العروض فالمشهور في المذهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول . وقد قيل انها بمنزلة الأصول في المذهب . وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما ، وكان يقول : انه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول والعروض . وهذا الذى قلناه يلازم من يفرق بين العيب الكثير والقليل فى الأصول : أعنى أن يفرق فى ذلك أيضا فى العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التى قلت فى الأصول ، ولم يختلف قولهم فى الحيوان انه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

* * *

(فصل) واذا قد قلنا ان المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له ، فان اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، الا ابن سريج من أصحاب الشافعى فانه قال : ليس لهما ذلك لأنه خيار فى مال ، فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة . قال القاضى عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق للمشتري فله أن يستوفيه : أعنى أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعارض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا ، فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه ، وهذا لا خلاف فيه .

وفى هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبويض : أحدهما هل اذا اشترى المشتري أنواعا من المبيعات فى صفقة واحدة فوجد أحدهما معيبا ، فهل يرجع بالجميع : أو بالذى وجد فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له الا أن يرد الجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعى ، الا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فان هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وانما الخلاف اذا لم يسم .

وقال قوم : يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ، ومن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره . وروى عن الشافعي القولان معا .
وفرق مالك فقال : ينظر في المعيب ، فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته .
وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال : ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع ، وان وجد بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن . ففي هذه المسألة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعض في الرد أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها .

وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولا بد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات في البيع فليس فيه الا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المعيب اذا لم يكن مقصودا في البيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به إرادته المشتري أو البائع ، وأما عندما يكون مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض ، فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع فزمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق في هذه المسألة حكم الرد بالمعيب .

* * *

(وأما المسألة الثانية) فانهم اختلفوا أيضا في رجلين يتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعي : لمن أراد الرد أن يرد ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل ليس له أن يرد ، فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفرقتين ، لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ، ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا أراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالمعيب .

* * *

الفصل الرابع

فى معرفة أصناف التفيرات الحادثة عند المشتري وحكمها

وأما ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبى رباح : لا يرجع فى الموت والعتق شىء . وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو القياس فى الكتابة . وأما تغيره فى البيع فانهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعى : اذا باعه لم يرجع بشىء ، وكذلك قال الليث .

وأما مالك فله فى البيع تفصيل ، وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضا أن 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 الأول مدلسا رجع الأول على الثانى فى الثمن والثانى على الأول أيضا ، وينفسخ البيعان ، ويعود المبيع الى ملك الأول ، فان باعه من عنده بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبى حنيفة والشافعى ، وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ، وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن ، هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتى .

ووجه قول ابن القاسم والشافعى وأبى حنيفة انه اذا فات بالبائع فقد أخذ عوضا من غير أن يعتبر تأثير بالعيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف .

ووجه القول الثانى تشبيهه بالبيع بالعتق . ووجه قول عثمان وأشهب أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامسك أو الرد للجميع ، فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له الا ما نقص الا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ، وقال أبو حنيفة لا يرجع ، لأن هبته أو صدقته تقويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للأجر ، فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك .

وأما مالك فمقاس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع فى شىء من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد ، لأن اجماعهم على أنه اذا كان فى يده فليس يجب له الاالرد أو الامسك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير فى اسقاط شىء من الثمن ، وانما له تأثير فى 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 أنها قوت ، فهذه هى الأحوال التى تظراً على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .



باب فى طرو النقصان

وأما ان طراً على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون نقص فى قيمته أو فى البدن أو فى النفس . فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر فى الرد بالعيب باجماع . وأما النقصان الحادث فى البدن ، فإن كان يسيراً غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذى لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره .

وأما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال : أجهداً أنه ليس له أن يرجع الا بقيمة العيب

فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد ، وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وأبو حنيفة ، وقال الثورى : ليس له الا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذى حدث عنده ، وهو قول الشافعى الأول •

والقول الثالث قول مالك : ان المشتري بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده ، وأنه اذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع للمشتري : أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك ، وقال المشتري : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك ، فالقول قول المشتري والخيار له ، وقد قيل فى المذهب القول قول البائع ، وهذا انما يصح على قول من يرى أنه ليس للمشتري الا أن يمسك أو يرد ، وما نقص عنده • وشذ أبو محمد ابن حزم فقال : له أن يرد ولا شئ عليه ، وأما حجة من قال : انه ليس للمشتري الا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو يمسك ، فلأنه قد أجمعوا على أنه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس الا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده •

وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشئ وانما قيمة العيب الذى كان عند البائع ، فقياسا على العتق والموت لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء • وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار ، لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين : اما أن يكون مفرطا فى أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري ، أو يكون علمه فدلس به على المشتري • وعند مالك أنه اذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع اليه المشتري قيمة العيب الذى حدث عنده ، فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت أنه دلس فيه •

وأما حجة أبى محمد ، فلأنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث

فى ملك البائع ، فان الرد بالعيب دال على أن الباع لم ينعقد فى نفسه .
وانما انعقد فى الظاهر ، وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف
عزم ما لم يكن له تأثير فى نقصه الا أن يكون على جهة التعليط عند من
ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة فى
البدن •

وأما العيوب التى فى النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل فى المذهب
انها تفيد الرد كعيوب الأبدان ، وقيل لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث
عند المشتري اذا ارتفع بعد حدوثه أنه لا تأثير له فى الرد الا أن لا تؤمن
عاقبته • واختلفوا من هذا الباب فى المشتري يطا الجارية ، فقال قوم :
اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء أكانت بكرا
أو ثيبا ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يرد قيمة الوطاء فى
البكر ولا يرد فى الثيب ، وقال قوم : بل يرد مهر مثلها ، وبه
قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلى ، وقال سفیان الثورى : ان كانت ثيبا
رد نصف العشر من ثمنها ، وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها ، وقال مالك :
ليس عليه فى وطئ الثيب شىء لأنه غلة وجبت له بالضمن •

وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من
رأيه ، وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى ، وقال عثمان البتى : الوطاء
معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق ، فان كان له أثر فى القيمة
رد البائع ما نقص ، وان لم يكن له أثر لم يلزمه شىء ، فهذا هو حكم
النقصان الحادث فى المبيعات • وأما الزيادة الحادثة فى المبيع : أعنى
المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعى الى أنها
غير مؤثرة فى الرد وأنها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام
« الخراج بالضمن » •

وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشتري
الا الرد الزائد مع الأصل أو الامسك • قال أبو حنيفة : الزوائد كلها
تمنع الرد وتوجب أرش العيب الا الغلة والكسب • وحجته أن ما تولد

عن المبيع داخل في العقد . فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوئا يقتضى أرش العيب الا ما نصحه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبيغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب : اما الامساك والرجوع بقيمة العيب ، واما في الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . واما النماء في البدن مثل السمن ، فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار ، وقيل لا يثبت ، وكذلك النقص الذي هو الهزال ، فهذا هو القول في حكم التغيير .

* * *

الفصل الخامس

في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الأحكام فانه اذا تقار البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة مهنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فان أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فان أنكر وجود العيب بالمبيع كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما ، شهد به أهل تلك الصناعة ، فقيل في المذهب عدلان . وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام ، وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثرا في القيمة ، وفي كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده ، فانه ان لم يكن للمشتري بينة جلف البائع أنه ما حدث عنده ، وان لم تكن له بينة^(١) على وجود العيب بالمبيع ثم يجب له يمين على البائع . وأما اذا وجب الأرش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليما ويقوم معيبا ويرد المشتري ما بين ذلك ، فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند

(١) لعله : وان كانت له بينة . والله أعلم .

المشتري ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وان أبى المشتري الرد وأحب الامسك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .



الباب الثانى

فى بيع البراءة

اختلف العلماء فى جواز هذا البيع وصورته أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده فى المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماء أو لم يسمه ، أبصره أو لم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعى فى أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه : لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري ، وبه قال الثورى . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك فى الرقيق خاصة ، الا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات ، فإنه لا يجوز عنده لعظم الضرر فيه ، ويجوز فى الوخس ، وفى رواية ثانية : أنه يجوز فى الرقيق والحيوان . وفى رواية ثالثة مثل قول الشافعى .

وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وهو قيل فى بيع السلطان وبيع المواريث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة . وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع ، فاذا أسقطه سقط أصله سلباً الحقوق الواجبة . وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الضرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب المغبن والغش فيما علمه ، واذك اشترط مالك جهل البائع . وبالجملة فعمدة مالك ما رواه فى الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه ، فاختصما الى عثمان ، فقال

الرجل : باعنى عبدا وبه داء أم يسمه لى . وقال عبد الله : بعته بالبراءة ،
فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه ،
فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد . وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان
يجيز بيع البراءة . وأنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم
الأكثر خافية .

وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمستري ، ولما كان ذلك يختلف
اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به
أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ، ولذلك
حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة
الأما خفف فيه السلطان . وفى قضاء الديون خاصة .

وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان
من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة انما تلزم عند
القائلين بالشرط : أعنى اذا اشترطنا الا بيع السلطان والمواريث عند مالك
نقط . فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه ،
وفى ما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولن يجوز بالشرط أو مطلقا ،
وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية : فى وقت ضمان المبيعات) .

واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشتري المبيع أنى تكون
خسارته ان هلك منه . فقال أبو حنيفة والشافعى : لا يضمن المشتري
الا بعد القبض . وأما مالك فله فى ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده
فى هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من
وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الجراف أو ما لا يوزن
ولا يكال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري
الا بعد القبض .

وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب أن

ضمانه من المشتري وان ام يقبضه • وأما المبيع الغائب ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : أشهرها أن الضمان من البائع الا أن يشترطه عنى المبتاع •

والثانية أنه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع •

والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء • والخلاف في هذه المسألة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع ، وقد انعقد ولزم قال : العقد 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 الى المصلحة والعدل •

وذهب أهل الظاهر الى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري فيما أحسب ، وعمدة من رأى ذلك اتفقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمآن » وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله ﷺ لما بعته الى مكة قال له « انهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا » وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض الا في العهدة والجوائح • واذا قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح •

القول فى الجوائح

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار . فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه . ومنها أبو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث . فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله ﷺ قال « من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً . على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » خرجه مسلم عن جابر .

وما روى عنه أنه قال « أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح » فعمدة من أجاز الجوائح حديثاً جابر هذان ، وقياس الشبه أيضاً . وذلك أنهم قالوا : انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية . بدليل ما عليه من سقيه الى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهى عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات .

وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فنتشبهه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية فى هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضاً حديث أبى سعيد الخدرى قال « أحيى رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه ، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه . فقال رسول الله ﷺ : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » قالوا : فلم يحكم بالجائحة . فبسبب الخلاف فى هذه المسألة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الأصل عنده بالتأويل ، فنقل من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها انما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكاوهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور ، وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد : يمكن أن

يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب •
وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عنيق عن جابر - وكان يضعفه 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 : الأول : في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح • والثاني : في محل الجوائح من البيعات • الثالث : في مقدار ما يوضع منه فيه • الرابع : في الوقت الذي توضع فيه •

الفصل الأول

في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة • وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه 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 غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة^(١) جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان ، فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت ان منع الله الثمرة ؟ » ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى للخص قال : يمكن أن يتحفظ منه •

(١) غائصة : أخذه على غرة •

الفصل الثاني

فى محل الجوائح من المبيعات

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول • فأما الثمار فلا خلاف فيها فى المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الجائحة • وإنما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالأصل الذى هو الثمر •

* * *

الفصل الثالث

فى مقدار ما يوضع منه فيه

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة ، أما فى الثمار فالثلث ، وأما فى البقول فقتيل فى القليل والكثير ، وقيل فى الثلث ، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث فى القيمة ، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن ، وسواء أكان ثلثا فى الكيل أو لم يكن •

وأما ابن القاسم فإنه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث ، وان كان انثر أنواعا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ، وفى موضع يعتبر المكيلة فقط ، حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة وبتونها وفى موضع يعتبر الأمرين جميعا حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيها مطلقا بأن القليل فى هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير اذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكان المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق ، وأيضا فان الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير •

قالوا : واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه ، اذ قد اعتبره الشرع

فى مواضع كثيرة ، وان كان المذهب يضطرب فى هذا الأصل ، فمرة يجعل
الثلث من حيز الكثير كجعله اياه ههنا ، ومرة يجعله فى حيز القليل ولم
يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر اثباتها
بالقياس عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعى : لو قلت بالجائحة لقلت
فيها بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى
الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام : « الثلث ، والثلث كثير » .

* * *

الفصل الرابع

فى الوقت الذى توضع فيه

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان
الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حيث يستوفى طيبه .
واختلفوا اذا أبقاء المشتري فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا ،
فقليل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة
تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك
أن هذا الزمان يشبه المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ، فمن غلب
الاتفاق أوجب فيه الجائحة ، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ،
أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال : بوجوب
الجائحة فيه ، ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال : ليس فيه جائحة ، ومن
ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى يقول .

* * *

(الجملة الثالثة من جمل النظر فى الأحكام) وهو فى تابعات
المبيعات . ومن مسائل هذا الباب المشهور اثنتان : الأولى بيع النخيل
وقبها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومتى لا يتبعه ؟ فجمهور الفقهاء على أن
من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤبر فإن الثمر للمشتري ، واذا كان البيع
بعد الابار فالثمر للبايع الا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها فى هذا
المعنى فى معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله
ﷺ قال « من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبايع الا أن يشترطه المبتاع »
(١٥ - بداية المجتهد - ثان)

قالوا : فلما حكم عليه بالثمن للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الابار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هي للبائع قبل الابار وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهي أخرى أن تجب له قبل الابار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المتباع كذلك الأمر في الثمر .

وقال ابن أبي ليلى : سواء أبر أو لم يؤبر اذا بيع الأصل فهو للمشتري اشترطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ، لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وانما خالف مفهوم الدليل فيه .

فاذن سبب الخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأخرى والأولى ، وهو الذي يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف ، وان كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب .

وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى فمعارضة القياس للسمع ، وهو كما قلنا ضعيف . والابار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع انائها ، وفي سائر الشجر أن تنور وتعقد ، والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الابار ، وابر الزرع مختلف فيه في المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن اباره أن يفرك قياسا على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار ؟ قيل الوقت ، وقيل الابار ، وعلى هذا يبنى الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض ، هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه ؟ واتفقوا فيما أحسبه على أنه اذا بيع ثمر وقد دخل الابار فلم يؤبر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسألة الثانية) وهى اختلافهم فى بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق ؟ على ثلاثة أقوال : أحدها أن ماله فى البيع والعتق لسيده ، وكذلك فى المكاتب ، وبه قال الشافعى والكوفيون • والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق ، وهو قول داود وأبى ثور • والثالث أنه تبع له فى العتق لا فى البيع الا أن يشترطه المشتري ، وبه قال مالك والليث •

فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده الا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى ﷺ أنه قال « من باع عبداً وله مال فماله للذى باعه الا أن يشترطه المبتاع » ومن جعله لسيده فى العتق فقياساً على البيع •

وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسألة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً : أعنى هل يملك العبد أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع ، لأن حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالم ، ولأن نافعاً رواه عن ابن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى ﷺ • وأما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع •

وقال مالك فى الموطأ • الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نتدا كان أو عرضاً أو ديناً • وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال « من أعتق غلاماً فماله له الا أن يستثنيه سيده » ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم ، وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم • وخالفه أبو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقداً ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من باع شيئاً لا يجوز فيهما الا ما يجوز فى سائر البيوع •

واختلف أصحاب مالك فى اشتراط المشتري لبعض مال العبد فى صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لا يجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : ان كان ما اشترى به العبد عيناً وفى مال

العبد عين لم يجز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم ، وان كان ما اشترى به عروضاً أو لم يكن فى مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم انه لا يجوز أن يشترط بعض تشبيهه بثمر النخل الابار . ووجه قول أشهب تشبيهه الجزء بالكل ، وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه .

ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان ، أعنى أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال هى من الثمن أوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضاً من جعلها فى حكم الثمن الأول ان كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن : أعنى الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا ، فذهب أبو حنيفة الى أنها من الثمن الا أنه قال لا تثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ، وقال الشافعى : لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو فى حكم الهبة ، واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل : « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة »^(١) قالوا : واذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق لحقت فى البيع بالثمن .

واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على أنها لا تلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ، ومن رأى أنها فسح للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .



(الجملة الرابعة) واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ، فقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفاً ويتفاسخان بالجملة ومختلفون فى التفصيل ، أعنى فى الوقت الذى يحكم

فيه بالإيمان والتفاسخ ، فقال أبو حنيفة وجماعه : انهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة ، فان فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه • وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت •

وأما مالك فعنه روايتان : احدهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبض القبض وبعد القبض القول قول المشتري • والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة ، وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب ، والفوت عنده يكون بتغيير الأسواق وبزيادة المبيع ونقصانه • وقال داود وأبو ثور : القول قول المشتري على كل حال ، وكذلك قال زفر ، الا أن يكونا مختلفا في جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف • ولا خلاف أنهم اذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثلون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وانما صار فقهاء الأمصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال « أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان » فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان في كل حال ويتفاسخان ، والمعلقة في ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه •

وأما من رأى أن الحديث انما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال : اذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهدا للمشتري وشبهة لصدقه ، واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا هو أصل مالك في الإيمان ، ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى . وفي مواضع على المدعى عليه ، وذلك أنه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه من حيث هو مدعى عليه ، وانما وجبت عليه من حيث هو في الأكثر أقوى شبهة ، فاذا كان المدعى في مواضع أقوى شبهة وجب أن يكون اليمين في حيزه • وأما من رأى القول قول المشتري ، فانه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء ومدع عليه عددا ما في الثمن •

وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لأنه منقطع ولذلك لم يخرجہ الشيخان البخارى ومسلم ، وانما خرجہ مالك • وعن مالك : اذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : احدهما الفسخ ، والثانية أن النقول قول البائع • وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما فى الحديث ، وهل اذا وقع التفسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف فى المذهب •



(القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع) وهو النظر فى حكم المبيع الفاسد اذا وقع ، فنقول : اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد أعنى أن يرد البائع الثمن والمشتري المثلون •

واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ، وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعى : ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب فى الربا أنه ليس بفوت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة • والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة •

فأما المحرمة فانها اذا فاتت مضت بالقيمة •

وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك • فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهى فى هذه الأمور انما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعنى بيوع الربا والغرر ، فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ، لأنه قد قبض السلعة وهى تساوى ألفاً وترد وهى تساوى خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتاً فى المبيع الفاسد ، ومالك يرى فى البيع والسلف أنه اذا

فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن .
لأن المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن 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 ما لم تكن
أقل من الثمن ، لأن هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها
من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض .
وبالك فى هذه المسألة أفقه 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 ابن عبد الحكم
قال : البيع مفسوخ • وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور • وحجة
الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى فاذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه
بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد ، كما أن 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 بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسألة
اسماعيل بن اسحاق المالكى فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين
رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال :
أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع ، فوجب أن
يكون بيع السلف كذلك ، فجواب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة ، وقد
تقدم القول فى ذلك •

واذ قد انقضى القول فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع
النصيحة ، وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة
المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر الى ما يخص واحدا
واحدا من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجرى
مجرى الأصول •

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الباب ينحصر فى خمسة أجناس : الأول : فى معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة . والثانى : فى معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث : فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه ، وهذا ينقسم أيضا الى نوعين كانقسام أصله . الخامس : فى خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان : أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه بخلاف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة .

وأنت اذا تأملت الكتب الموضوععة فى فروع الكتاب الذى يوسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الأجناس الخمسة ، أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال الملكية فى الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف ، لكن لما كان الفاسد منها يتول الى أحد هذين الأصلين ، أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض ، لكن لما كان قصدا 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 الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب .

فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافى له فى

علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه الرتبة يسمى غقيها لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم تشبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها ، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصاح لقدمه ، فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت .

وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

* * *

(المسألة الأولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل، يدا بيد ، الا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط ، وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا الا في النسيئة » وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة .

وأما الجمهور فصاروا اني ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز » وهو من أصح ما روى في هذا الباب .

وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا في هذا الباب ، فصار الجمهور الى هذه الأحاديث اذ كانت نصا في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لأنه روى فيه لفظان : أحدهما أنه قال

« انما الربا فى 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 فى النسيئة » فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضى أن ما عدا النسيئة فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله « لا ربا الا فى النسيئة » من جهة أن الواقع فى الأكثر ، واذا كان هذا محتملا والأول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما .

وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الأحاديث المتقدمة فى ذلك ، الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لكان زيادة الصياغة ، والا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيههم أجره الضرب ويأخذ منهم دنائير ودراهم وزن ورقه أو درهمه ، فقال : اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأذكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء ، وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لا يجوز على جهة المعروف .

(المسألة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة وفيه حلية فضة ، أو بالذهب وفيه حلية ذهب ، فقال الشافعى : لا يجوز ذلك لجهل المائلة المسترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك : ان كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه ، أعنى بالفضة ان كانت حليته فضة ، أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والا لم يجز ، وكأنه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف ،

وكذلك الأمر فى بيع السيف المحلى بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشترأة به ، ويبقى الأفضل قيمة السيف .

وحجة الشافعى عموم الأحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصارى أنه قال « أتى رسول الله ﷺ وهو بخير بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغنم تباع ، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ﷺ : الذهب بالذهب وزنا بوزن » خرجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الاطلاق ، وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال : لا أسكن فى أرض أنت فيها . . لما رواه من الحديث .

* * *

(المسألة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا . واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشافعى : الصرف يقع ناجزا ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض ، وقال مالك : ان تأخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه .

وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « الا هاء هاء » وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ، أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال : يجوز التأخير فى المجلس ، ومن رأى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : ان تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز 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 ، فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ، ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب .

* * *

(المسألة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اضطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدراهم فما فوقه الى صرف دينار ، فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي الى صرف دينار . قال : وان رضى بالدراهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء . وقال أبو حنيفة : لا يبطل الصرف بالدراهم الزائف ، ويجوز تبديله الا أن تكون الزائف نصف الدراهم أو أكثر ، فان ردها بطل انصرف في الردود

وقال الثوري : اذا رد الزيوف كان مخيرا ان شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير : أعنى لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البديل في الصرف ، وهو مبني على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو أحسن .

وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسألة أربعة أقوال : قول بابطلان الصرف مطلقا عند الرد ، وقول باثبات الصرف ووجوب البديل ، وقول بالفرق بين التقليل والكثير ، وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له .

وسبب الخلاف في هذا كله : هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في التقليل أو في الكثير ؟ وأما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف ، وان طالب البديل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وان رضى به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضا اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعنى الصرف المنعقد على التناجز ، فقيل يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعي ، وقيل يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف ، والقولان

فى المذهب ، ومبنى الخلاف فى الصفة الواحدة يخالطها حرام وحلال
هل تبطل الصفة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟ •

* * *

(المسألة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة فى الذهب
بالذهب وفى الفضة بالفضة ، وان اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك اذا
كانت صفة الذهبين واحدة • واختلفوا فى المراطلة فى الوضعين : أحدهما
أن تختلف صفة الذهبين • والثانى أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر ،
فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضا أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب ،
أو ذهبا ان كانت المراطلة بدراهم ، فذهب مالك : أما فى الموضع الأول ،
وهو أن يختلف جنس المراطل بهما فى الجودة والرداءة أنه متى راطل
بأحدهما يصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين ، أحدهما أجود
من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ ، فان ذلك عنده لا يجوز ، وان كان
الصنف الواحد من الذهبين ، أعنى الذى أخرجه وحده أجود من الذهبين
المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا ، أو مثل أحدهما وأجود
من الثانى جازت المراطلة عنده • وقال الشافعى : اذا اختلف الذهبان
فلا يجوز ذلك • وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين : يجوز
جميع ذلك •

وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام ، وهو مصير الى القول بسد
الذرائع ، وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين
متفاضلا ، فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من الأردأ ، أو بأقل
منه من الأعلى ، فيتدفع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا ، مثال
ذلك أن انسانا قال الآخر : خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين
من الأعلى ، فقال : لا يجوز هذا لنا ، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى
وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة
الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك • ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين
من ذهبك الأعلى •

وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة . وعمدة
أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع .
وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمراطة اختلفوا في هذا
الموضع في المصارفة التي تكون بالعدد ، أعني اذا اختلفت جودة الذهبين
أو الأذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراطة . فأراد أحدهما أن يزيد
شيئا آخر مما فيه الربا ، أو مما لا ربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ،
مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن
الآخر ، فيريد الذي نقص ذهبه أن يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا ،
فقال مالك والشافعي والليث : ان ذلك لا يجوز والمراطة فاسدة ، وأجاز
ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون .

وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل
للعرض وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا .
وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ،
ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .



(المسألة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه
دنانير وللآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة ؟
فقال مالك : ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا ، وقال أبو حنيفة يجوز في
الحال وفي غير الحال ، وقال الشافعي والليث : لا يجوز ذلك حلا
أو لم يحلا .

وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، واذا لم يجز غائب بناجز كان
أحرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الأجلين في ذلك
مقام الناجز بالناجز ، وانما اشترط أن يكونا حاليين معا ، لئلا يكون ذلك
من بيع الدين بالدين . ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من
أصحاب مالك ، وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ماليس
عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه في

المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه
أبن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد ، أعنى اذا كان
أحدهما هو المستقرض فقط .

وقال زفر : لا يجوز ذلك الا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا
الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ
فيها اذا حل الأجل ذهباً أو بالعكس ؟ فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان
القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبو حنيفة الا أنه أجاز ذلك وان لم يحل
الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء أكان الأجل حالا أو لم يكن ،
وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر
قال « كنت أبيع الابل بالبيع ، أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع
بالدراهم وأخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : « لا بأس
بذلك اذا كان بسعر يومه » خرجه أبو دواد وحجة من لم يجزه ما جاء فى
حديث أبى سعيد وغيره « ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » .

* * *

(المسألة السابعة) اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال :
انه لا يجوز الا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء
أكان الصرف فى دينار واحد أو فى دنانير ، وقيل ان كان الصرف فى دينار
واحد جاز كيفما وقع ، وان كان فى أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر
فى الجواز ، فان كانا معاً مقصودين لم يجز ، وأجاز أشهب الصرف
والبيع وهو أجود ، لأنه ليس فى ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

* * *

كتاب السلم

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى محله وشروطه •
الباب الثانى : فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه
السلم ، وما يعرض فى ذلك من الأقالة والتعجيل والتأخير • الباب الثالث :
فى اختلاهم فى السلم •

الباب الأول

فى محله وشروطه

أما محله ، فإنهم أجمعوا على جوازه فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت
من حديث ابن عباس المشهور قال : قدم النبى ﷺ المدينة وهم يسلمون
فى التمر السننتين والثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : « من أسلف فليسلف
فى ثمن معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » واتفقوا على امتناعه فيما
لا يثبت فى الذمة ، وهى الدور والعقار •

وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فمنع ذلك
داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث • والجمهور
على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد •

واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة ، فمن ذلك
الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعى والأوزاعى والليث الى أن
المسلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة • وقال أبو حنيفة
والثورى وأهل العراق : لا يجوز السلم فى الحيوان ، وهو قول
ابن مسعود • وعن عمر فى ذلك قولان •

وعمدة أهل العراق فى ذلك ما روى عن ابن عباس « أن النبى ﷺ
نهى عن السلم فى الحيوان » وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول •
وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان

بالحيوان نسيئة • وعمدة من أجاز السلم فى الحيوان ما روى عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الابل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة » وحديث أبى رافع أيضا « أن النبى ﷺ استسلف بكرا » قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته فى الذمة •

فبسبب اختلافهم شيئان : أحدهما تعارض الآثار فى هذا المعنى • والثانى تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لا يضبط ، فمن نظر الى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال : لا تتضبط ، ومن نظر الى تشابهها قال : تتضبط • ومنها اختلافهم فى البيض والدر وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم فى البيض وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك فى اللحم أجازه مالك والشافعى ، ومنعه أبو حنيفة ، وكذلك السلم فى الرؤوس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة ، واختلف فى ذلك قول أبى حنيفة والشافعى ، وكذلك السلم فى الدر والفصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعى ، وقصدنا من هذه المسائل انما هو الأصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع ، لأن ذلك غير منحصر •

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهى ستة : منها أن يكون الثمن والمثمن مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك اما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، واما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، واما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعى فى علة النساء •

ومنها أن يكون مقدرا اما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطا بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة • ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل • ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا ، لثلا يكون من باب الكالىء بالكالىء ، هذا فى الجملة • (١٦ - بداية الجتهد س٨٨)

واشترعوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا . فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها .

واختلفوا في أربعة : أحدها الأجل . هل هو شرط فيه أم لا ؟ . والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حال عقد المسلم أم لا ؟ . والثالث اشتراط مكان دفع المسلم فيه . والرابع أن يكون الثمن مقدرا اما مكيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزافا . فأما الأجل 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 انه يتخرج من بعض الروايات، عنه جواز السلم الحال .

وأما اللخمي فانه فصل الأجل في ذلك فقال : ان السلم في المذهب يكون على ضربين : سلم حال . وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة . وسلم مؤجل ، وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة . وعمدة من اشترط الأجل شيئان : ظاهر حديث ابن عباس . والثاني أنه اذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه . وعمدة السافعي أنه اذا جاز الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا . وربما استدلت الشافعية بما روى « أن النبي ﷺ اشترى جملا من أعرابي بوسق تمر ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبي ﷺ تمرا وأعطاه اياه » قالوا : فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة ، والمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوز لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاء المسلم فيه ، والمسلم اليه يرغب فيه لموضع المنسيئة ، واذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى .

واختلفوا في الأجل في موضعين : أحدهما هل يقدر بغير الأيام والشهور مثل الجداد والقطاف والحصاد والموسم ؟ . والثاني في مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على

ضربين : ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم ، فان اقتضاء فى البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم ان المعتبر فى ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز البهمن والثلاثة ، وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به الى اليوم الواحد .

وأما ما يقتضى ببلد آخر ، فان الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلت أو كثرت ، وقال أبو حنيفة : لا يكون أقل من ثلاثة أيام ، فمن جعل الأجل شرطا غير معال اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، ومن جعله شرطا معلا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبا .

وأما الأجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازة مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى ، فمن رأى أن الاختلاف الذى يكون فى أمثال هذه الأجال يسير : أجاز ذلك اذ الغرر اليسير معفو عنه فى الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ، ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكما لم يجزه . وأما اختلافهم فى هل شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم ، فان مالكا والشافعى وأحمد واسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا : يجوز السلم فى غير وقت ابانه . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى : لا يجوز السلم الا فى ابان الشيء المسلم فيه . فحجة من لم يشترط الابان ما ورد فى حديث ابن عباس أن الناس كانوا ييسلمون فى التمر السننتين والثلاث فأقروا على ذلك ولم ينهوا عنه .

وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال « لا تسلموا فى النخل حتى يبدو صلاحها » وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا فى حال العقد ، وكأنه يشبهه ببيع ما لم يخلق

أكثر ، وان كان ذلك معيناً وهذا فى الذمة ، وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض ، فان أبا حنيفة اشترطه تنسيبها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضى أبو محمد : الأفضل اشترطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج الى ذلك !

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً لا جزافاً ، فاشترط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعى ولا صاحباً أبى حنيفة، أبو يوسف ومحمد ، قالوا : وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص ، الا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، الا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه . وينبغى أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل . وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فما يمكن فيه العدد . وان لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعاً مختلفة ، أو مع تركه ان كان نوعاً واحداً ، ولم يختلفوا أن السلم لا يكون الا فى الذمة وأنه لا يكون فى معين . وأجاز مالك السلم فى قرية معينة اذا كانت مأمونة ، وكأنه رآها مثل الذمة .

الباب الثانى

فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض فى ذلك من الاقامة والتعجيل والتأخير

وفى هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم فى شىء من الثمر ، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال

الجمهور : اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصير الى العام القابل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم ، وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جواز أن يكون من ثمار هذه السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب مالك : يفسخ المسلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكاليء بالكاليء .

وقال سحنون : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر الى القابل ، واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم ، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي ، والكاليء بالكاليء المنهى عنه إنما هو المقصود - لا الذي يدخل اضطرابا .

* * *

(مسألة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الأجل من المسلم اليه قبل قبضه ، ذم العلماء من لم يجز ذلك أصلا ، وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة واسحاق . وتمسك أحمد واسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبي سعيد الخدرى قال : قال رسول الله ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره » . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين : أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاما ، وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترطه في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث .

والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم ما لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله أما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال المسلم ، ، وأما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل .

وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر ، لا من جنسه ولا من غير جنسه ، فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز ، لأنه يحمله على العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صنفه وان كان أقل جودة ، لأنه عنده من باب البدل في الدنانير . والاحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا ، وهذا كنه من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين .

وان كان رأس مال المسلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ، ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا 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 التبايع به ما لم يكن طعاما ، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه . وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع الي بيع وسلف ، أو الي : ضع وتعجل ، أو الي بيع السلم بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذ حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الي بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة ، لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسألة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة ، فمن العلماء من لم يجزه أصلا ، ورأى أن الاقالة ذريعة الي أن يجوز من ذلك ما لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، الا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الاطلاق ، اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ، ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه

قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ، ومن العلماء من أجازره ،
وبه قال الشافعية والثوري ، وحجتهم أن بالاقالة قد ملك رأس ماله ،
فاذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب ، والظن الرديء بالمسلمين غير
جائر . قال . وأما حديث أبي سعيد فإنه انما وقع النهي فيه قبل الاقالة .

* * *

(مسألة) اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع : أقلني
وأنظرك بالثمن الذي دفعت اليك ، فقال مالك وطائفة : ذلك لا يجوز ،
وقال قوم : يجوز ، واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له
الطعام على البائع آخره عنه على أن يقيله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام
الى أجل قبل أن يستوفى ، وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ
الدين بالدين ، والذين رأوه جائزا رأوا أنه من باب المعروف والاحسان
الذي أمر الله تعالى به . قال رسول الله ﷺ « من أقال مسلما صفقته
أقال الله عشرته يوم القيامة ، ومن أنظر معسرا أظله الله في ظله يوم
لا ظل الا ظله » .

* * *

(مسألة) أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم
أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها .
واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالك والجمهور :
ان أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعي : ان كان
مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد ، وان
كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه .

وأما اذا أتى به بعد محل الأجل 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 الأجل من قبل أنه من ضمانه الى الوقت المضروب
الذي قصده ، ولما عليه من المؤنة في ذلك ، وليس كذلك الدنانير

والدراهم ، اذ لا مؤنة فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى
أن المقصود من العروض انما كان وقت الأجل لا غيره • وأمر من أجاز
ذلك فى الوجهين ، أعنى بعد الأجل أو قبله فشبّهه بالدنانير والدراهم •

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على
مكيلة ما فأخبر البائع أو المسلم اليه المشتري بكيل الطعام ، هل للمشتري
أن يقبضه منه دون أن يكيّله وأن يعمل فى ذلك على تصديقه ؟ فقال
مالك : ذلك جائز فى السلم وفى البيع بشرط النقد ، والا خيف أن يكون
من باب الربا ، كأنه انما صدقه فى الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن •

وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى والأوزاعى والليث : لا يجوز
ذلك حتى يكيّله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع
وحجتهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه الا بعد أن يكيّله لم يكن له
أن يقبضه الا بعد أن يكيّله البائع له ، لأنه لما كان من شرط البيع الكيل
فكذلك القبض واحتجوا بما جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع ،
وصاع المشتري •

واختلفوا اذا هلك الطعام فى يد المشتري ، قبل الكيل ، فاختلفا فى
الكيل ، فقال الشافعى : القول قول المشتري ، وبه قال أبو ثور ، وقال
مالك : القول قول البائع لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه ، وهذا
مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه •

الباب الثالث

فى اختلاف المتبايعين فى السلم

والمتبايعين فى السلم اما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المثلون •
واما فى جنسهما ، واما فى الأجل ، واما فى مكان قبض السلم • فأما

اختلافهم في قدر المسلم فيه ، فالقول فيه قول المسلم اليه ان أتى بما يشبهه ، والا فالقول أيضا قول المسلم ان أتى أيضا بما يشبهه ، فان أتيا بما لا يشبهه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا • وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه ، فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : أسلمت على تمر ، ويقول الآخر : في قمح • وأما اختلافهم في الأجل فان كان على حلولة فالقول قول المسلم اليه ، وان كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتي بما لا يشبهه ، 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 الأول فقال : القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد تحالفا وتفاسخا • وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك •

كتاب بيع الخيار

والنظر فى أصول هذا الباب ، أما أولا فهل يجوز أم لا ؟ وان جاز ، فكم مدة الخيار ؟ وهل يشترط النقدية فيه أم لا ؟ وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح ؟ وما يكون من الأفعال خيارا كالقول ؟ • أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر •

وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه « ولك الخيار ثلاثا » وما روى فى حديث ابن عمر « البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار » • وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم فى البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع • قالوا : وحديث حبان أما أنه ليس بصحيح ، وأما أنه خاص لما شكى إليه ﷺ أنه يخدع فى البيوع • قالوا : وأما حديث ابن عمر وقوله فيه « إلا 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 أن ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات : فقال : مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام فى اختيار الجارية ، والشهر ونحوه فى اختيار الدار • وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع • وقال الشافعى وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام ، لا يجوز أكثر من ذلك • وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأى مدة اشترطت ، وبه قال داود •

واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة ، فقال الثورى والحسن بن جنى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا ، وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل

مثله . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع .

واختلف أبو حنيفة والشافعي ان وقع الخيار فى الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : ان وقع فى الثلاثة الأيام جاز ، وان مضت الثلاثة ففسد البيع ، وقال الشافعي : بل هو فاسد على كل حال ، فهذه هى أقاويل فقهاء الأصهار فى مدة الخيار ، وهى هل يجوز مطلقا أو مقيدا ؟ وان جاز مقيدا فكم مقداره ؟ وان لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار فى الثلاث أم لا يجوز بحال ؟ وان وقع فى الثلاث . فأما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه .

وأما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص فى 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 باثلاث فى حديث المصراة وهو قوله : « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وأما حديث منقذ ، فأشبهه طريقه المتصلة ما رواه محمد ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال لمنقذ وكان يخدم فى البيع « اذا بعث فقل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثا » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند المطائفة 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 ممن ضمان المبيع فى مدة الخيار ؟ فانهم اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من النابئ ، والمشتري أمين ،

وسواء أكان الخيار لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه ، وان كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وان كان مما لا يغاب فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، أما ان كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل ملك المشتري الثمن ، وبقي معلقا حتى ينقضى الخيار ، وقد قيل عنه ان على المشتري الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري . وللشافعي قولان : أشهرهما أن الضمان من المشتري لأيهما كان الخيار .

فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم ، فلم ينقل الملك عن البائع كما لو قال بعثك ولم يقل المشتري قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالمبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق .

وأما من جعل الضمان لمشتري الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فالأنة ان كان البائع هو المشتري فالمشتري له ابقاء المبيع على ملكه ، وان كان المشتري هو المشتري له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري اذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ، ولكن هذا القول يمانع الحكم ، فانه بدلا أن تكون مصيبته من أحدهما ، والخلاف آيل الى هل الخيار مشروط لايقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع ، فاذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وان قلنا لتتميمه فهو على ضمانه .

* * *

(وأما المسألة الخامسة) وهي : هل يورث خيار المبيع أم لا ؟ فان مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا : يورث ، وانه اذا مات صاحب

الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له ، وقال أبو حنيفة وأصحابه :
يبتل 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 قال يورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم
وخيار القصاص وخيار الرهن • وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه
لابنه ، أعنى أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه
ما جعل له الشرع من ذلك : أعنى للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق
واللعان •

ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى
شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فان ورثته لا يتنزلون منزلته
عند مالك • وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ،
وسلم زائدا خيار الاقالة والقبول فقال : لا يورثان • وعمدة المالكية
والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال الا ما قام دليل
على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال •

وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق الا ما قام
دليله من الحاق الحقوق بالأموال ، فموضع الخلاف : هل الأصل هو
أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا
ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه ، فالمالكية
والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثه خيار الرد بالعيب ، ويشبهه
سائر الخيارات التي يورثها به ، والحنفية تحتج أيضا تحتج على
المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا
فيما يختلف فيه قوله ومسابها فيما يتفق فيه قوله ، ويروم في قوله
خصمه بالخذ ، أعنى أن يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ، ويعطى
اتفاقا فيما يضعه الخصم منباينا ، مثل ما تقول المالكية : انما قلنا ان
خيار الأب في رد هبته لا يورث ، لأن ذلك خيار راجع الى صفة
في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة ، فوجب أن لا تورث لا الى صفة
في العقد •

وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار . أعني أنه من انقذح به
في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه . ومن انقذح له أنه صفة خاصة بذى
الخيار لم يورثه .

* * *

(وأما المسألة السادسة) وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على
صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي . فقال مالك :
يجوز ذلك والبيع صحيح . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز الا أن
يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير
العاقد ، وهو قول أحمد ، وللشافعي قول آخر مثل مالك . ويقول مالك قال
أبو حنيفة ، واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي اذا جعله له المتبايعان .
وأن قوله لهما .

واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له
البائع الخيار أو المشتري ، ومن جعل له المشتري الخيار . فقيل القول في
الامضاء ، والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري ،
وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة : وقيل بالفرق بين
البائع والمشتري : أى أن القول في الامضاء والرد قول البائع دون
الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو المشتري
الخيار ، وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء ، وان أراد البائع
الامضاء ، وأراد الأجنبي الذي اشترط خياره الرد ووافق المشتري .
فالقول قول البائع في الامضاء ، وان أراد البائع الرد وأراد الأجنبي
الامضاء ووافق المشتري فالقول قول المشتري ، وكذلك ان اشترط
الخيار للأجنبي المشتري ، فالقول فيهما قول من أراد الامضاء ، وكذلك
الحال في المشتري ، وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري : أى أن
اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما ، وان اشترطه
المشتري فالقول قول الأجنبي ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وهذا
كله ضعيف .

واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل أن يشترط
أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث ،
أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه : أعنى أجنبيا ، فقال مالك والشافعي :
لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد ، وقال أبو حنيفة : يصح البيع
مع إسقاط الشرط الفاسد ، فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع
من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى ، وإنما هو في الشرط فقط ؟
فمن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ، ومن قال لا يتعدى قال : البيع
يصح اذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا •

* * *

كتاب بيع المراجعة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومراجعة ، وأن المراجعة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم .

واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين : أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال . والموضع الثاني إذا كذب البائع للمشتري فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشترها بأكثر ، ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان : الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح الثاني : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الأول

فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد . فان تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا 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 .

فأما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل الخياطة والصنع . وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة

مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التي توضع بها .

وأما مالا يحتسب فيه الأمرين جميعا ، فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمرة والطي والشد . وقال أبو حنيفة : بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لا يجوز المراجعة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط الا أن يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لأنه كذب . لأنه يقول له : ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك . وهو عنده من باب الغش .

وأما صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبره به فان مالكا والليث فالأخير اشترى سلعة بدنانير والآخر يوم اشترها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والآخر قد تغير الى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالبدنانير التي اشترها لأنه من باب الكذب والخيانة . وكذلك ان اشترها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف .

واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لا يجوز ؟ . فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على ما اشتره به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعروض على صفة عرضه ، وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده .

واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ من البدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون أن يعلم بما تقدم أم لا يجوز ؟ فقال مالك لا يجوز الا أن يعلم ما نقد ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه مرابحة على البدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم ، قال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل . وقال الشافعي ان (١٧ - بداية المجتهد - ثان)

وقع كان للمشتري مثل أجهه . وقال أبو ثور : هو كالعيب وله الرد به ،
وفى هذا الباب فى المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

* * *

الباب الثانى

فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن

واختلفوا فىمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك اما باقراره واما ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ، فقال مالك وجماعة : المشتري بالخيار ، اما أن يأخذ بالثمن الذى صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذى صح وان ألزمه لزمه ، وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشتري بالخيار على الاطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذى ان ألزمه البائع لزمه ، وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة ، وعن الشافعى القولان : القول بالخيار مطلقا ، والقول باللزوم بعد الحط .

فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري انما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع الى الذى ظهر ، كما لو أخذ بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل . وحجة من رأى أن الخيار مطلقا تشبيهه الكذب فى هذه المسألة بالعيب ، أعنى أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب .

وأما اذا فاتت السلعة فقال الشافعى : يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح ، وقال مالك : ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع — على خلاف عنه فى ذلك — مثل ما وزن المتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء ، وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذى صح .

وأما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البيينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة ، فقال الشافعي : لا يسمع من تلك البيينة لأنه كذبها وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد لأنه بيع آخر . وقال مالك في هذه المسألة : اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذي صح ، فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب .

ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تركب منها ، حكم مسألة الكذب ، وحكم مسألة الغش ، وحكم مسألة وجود العيب . فأما حكم الكذب فقد تقدم . وأما حكم الرد بانعيب فهو حكمه في البيع المطلق . وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما أنه ذلك في مسألة الكذب ، هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر في الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب .

وأما التي تتركب فهي أربع مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب ، وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بقى حكمه ان كان فات بحكم أحدهما أو بالذي هو أرجح له ان لم يفت حكم أحدهما ، اما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الجمع ، وتفصيل هذا لائق بكتب المروغ ، أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء فى معنى العرية والرخصة التى أتت فيها فى السنة ، فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية فى مذهب مالك هى أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه ، فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بخرصها تمرا على شروط أربعة : أحدها : أن ترمى • والثانى أن تكون خمسة أوسق فما دون ، فان زادت فلا يجوز • والثالث أن يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ ، فان أعطاه نقدا لم يجز • والرابع أن يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة فى العرية انما هى فى حق المعري فقط ، والرخصة فيها انما هى استثناءها من المزبنة ، وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ، ومن صنفى الربا أيضا : أعنى التفاضل والنساء ، وذلك أن بيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا ، وهو أيضا بتمر الى أجل ، فهذا هو مذهب مالك فيما هى العرية ، وما هى الرخصة فيها ، ولأن الرخصة فيها ؟ •

وأما الشافعى فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة ، وانما هى لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا القدر من التمر : أعنى الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها ، وروى أن الرخصة فيها انما هى معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس أن يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب • والشافعى يشترط فى اعطاء التمر الذى تباع به العرية أن يكون نقدا ، ويقول : ان تفرقا قبل القبض فسد البيع •

والعرية جائزة عند مالك فى كل ما يبيس ويدخر ، وهى عند الشافعى فى التمر والعنب فقط ولا خلاف فى جوازها فيما دون الخمسة الأوسق عند مالك والشافعى ، وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة أوسق ، فروى

النجواز عنهما والمنع والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعي يخالف مالكا في العرية في أربعة مواضع : أحدها في سبب الرخصة كما قلنا . والثاني أن العرية التي رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز . والثالث في اشتراط النقذ عند البيع . والرابع في محلها . فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط ، وعند مالك في كل ما يدخر ويبيس .

وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن العرية عنده هي الهبة ، ويخالفه في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له أعنى المعري له لا المعري ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا في أن العرية هي الهبة ، ويخالفه في صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من الزابنة ولا هي في الجملة في البيع ، وإنما الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب في هبته إذا كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع ، وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن يعطى بدلها تمرا بخرصها .

وعمدة مذهب مالك في العرية أنها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرا عند الجذاذ . ومن الحجج له في أن الرخصة إنما هي للمعري حديث سهل بن أبي حثمة « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالرطب إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » قالوا : فقولنا يأكلها رطبا دليل على أن ذلك خاص بمعريها ، لأنهم في ظاهر هذا القول أهلها . ويمكن أن يقال إن أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان ، لكن قوله رطبا هو تعليل لا يناسب المعري ، وعلى مذهب الشافعي هو مناسب ، وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحجج للشافعي .

وأما أن العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن

أهل اللغة قالوا : العرية هي الهبة ، واختلف في تسميتها بذلك ، فقيل لأنها عريت من الثمن ، وقيل أنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سألته ، ومنه قوله تعالى : « **وأطعموا القانع والمعتر** » (١) وانما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره الى ذلك الوقت ، لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ، لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة .

وعنده أنه لذا تطوع بعد تمام المقصد بتعجيل التمر جاز ، وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبي هريرة « أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو في خمسة أوسق » وانما كان عن مالك في الخمسة الأوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوى .

وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا بيعس ، فلما روى عن زيد بن ثابت « أن رسول الله ﷺ » رخص لصاحب العرية أن يبيعهما بخرصها تمرا » خرجه مسلم . وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حنيفة عن النبي ﷺ « أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا أصحاب العرايا ، فانه أذن لهم فيه وقوله فيها : يأكلها أهلها رطباً » .

والعرية 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 جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ - اما زيد بن ثابت واما غيره - : ما عرايا كم هذه ؟ قال : فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا الى رسول الله ﷺ أن الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، فرخص

لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطبا ،
وانما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد
فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص فى العرايا ولم يخص المعري
من غيره .

وأما أبو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا
من المزابنة رأى أن انصرفها الى المعري ليس هو من باب البيع وانما
هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمرا ، أو تسميته
اياها بيعا عنده مجاز ، وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض
الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشيء من الأشياء سوى
الخرص ، وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول أبى حنيفة
هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث
فى مواضع منها أنه لم ييسمها بيعا ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعا .
ومنها أنه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا ،
وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة ، لأن المزابنة هى فى
البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع
فى الهبة التى لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنيها
مما استثنى منه الشارع ، وهى المزابنة ، والله أعلم .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه
وسلم تسليما)

كتاب الاجارات

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع : أعنى أن أصواه
تنحصر بالنظر فى أنواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى أحكامها ،
وذلك فى نوع نوع منها ، أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها . وغىما يعم
أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين : القسم الأول :
فى أنواعها وشروط الصحة والفساد . والثانى : فى معرفة أحكام
الاجازات ، وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها .

فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما فى ذينك
القسمين من المسائل المشهورة ، اذ كان قحدا انما هو ذكر المسائل التى
تجرى من هذه الأشياء مجرى الأمهات . وهى التى اشتهر فيها
الخلاف بين فقهاء الأمصار . فنقول : ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء
الأمصار والصدر الأول . وحكى عن الأصم وابن عليه منعها .

ودليل الجمهور قوله تعالى : « انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى
هاتين » (١) الآية ، وقوله « فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » (٢) .
ومن السنة الثابتة ما خرجه البخارى عن عائشة قالت « استأجر رسول
الله ﷺ وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتنا وهو على دين كفار
قريش ، فدفعنا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما »
وحديث جابر « أنه باع من النبى ﷺ بعيرا وشرط ظهره الى المدينة »
وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالأجر ، وشبهة من منع ذلك أن
المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان
المحسوسة والمنافع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غيرا

(٢) الطلاق : ٦ .

(١) التمس : ٢٧ .

ومن بيع ما لم يخلق ، ونحن نقول : انها وان كانت معدومة فى حال العقد
فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى
فى الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

(القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس
المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتها . فأما الثمن فينبغى أن يكون
مما يجوز بيعه ، وقد تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى أن
تكون من جنس ما لم يینه الشرع عنه ، وفى كل هذه مسائل اتفقوا
عليها واختلفوا فيها ، فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت
اشىء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع ، مثل أجر
التوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان
بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس
على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط .

واختلفوا فى اجارة الأرضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن ،
وفى الاجارة على تعليم القرآن ، وفى اجارة نزو الفحول . فأما كراء
الأرضين فاختلّفوا فيها اختلافا كثيرا ، فقوم لم يجيزوا ذلك بته وهم الأقل ،
وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وقال الجمهور بجواز ذلك .
واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها ، فقال قوم : لا يجوز كراؤها
الا بالدراهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب ،
وقال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شىء ما عدا الطعام ، وسواء أكان 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 كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ، وقال
آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن
بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله
وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعى وظاهر قول مالك فى الموطن :
وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شىء وبجزء مما يخرج منها ، وبه قال أحمد

والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلى
والأوزاعي وجماعة .

وعدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع
ابن خديج : « أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع » قالوا : وهذا
عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين
روى عنه ، قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق
فقال : لا بأس به . وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه ، وكان
ابن عمر قبل بكرى أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأى من يرى أنه
لا يخص العموم بقول الراوى .

وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال : « نهى رسول الله ﷺ
عن اجارة الأرضين » قال أبو عمر بن عبد البر . واحتجوا أيضا بحديث
ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال : خطبنا رسول
الله ﷺ فقال : « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها^(١) ولا يؤجرها »
فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض .

وقالوا أيضا من جهة المعنى : انه لم يجز كراؤها لما فى ذلك من
الغرر ، لأنه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون
قد لزمه كراؤها من غير أن ينفع من ذلك بشيء . قال القاضى : ويشبهه
أن يقال فى هذا ان المعنى فى ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود
الأرض كما نهى عن بيع الماء . ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة . وأما
عمدة من لم يجز كراءها بالدرهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن
عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبى ﷺ أنه قال « انما
يزرع ثلاثة ، رجل له أرض فيزرعها ، ورجل منح أرضا فهو يزرع ما منح ،
ورجل اكرتري بذهب أو فضة » قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما فى هذا
الحديث والأحاديث الأخر مطلقه وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق
على المقيد .

(١) فليزرعها أو ليزرعها : الأولى بفتح الياء وفتح الراء ، والثانية بضم
الياء وكسر الراء مع التشديد .

وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء أكان الطعام ، مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله ﷺ : « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكسرها بثلك ولا ربع ولا بطعام معين » قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله ﷺ عنها ، وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا ، وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة • قالوا : وأبضا فإنه من بيع الطعام بالطعام نسيئة •

وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها ، أما بالطعام فحجته من لم يجز كراءها بالطعام • وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه •

وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياسا على اجارة سائر المنافع ، وكان هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع • روى عن سالم ابن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكرتري رافع • قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال : « كنا أكثر أهل المدينة حقلا ، قال : وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول : هذه التتعة ابى وهذه لك ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهاهم النبي ﷺ » خرجته البخارى •

وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها ، فعمدته النظر والأثر • أما الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال : « نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان رفقا بنا ، فقلت ما قال رسول الله ﷺ فهو حق قال : « دعاني رسول الله ﷺ فقال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله ﷺ : لا تفعلوا ، ازرعوها أو زارعوها أو أمسكوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامام البخارى ومسلم • وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر

الثابت : « أن رسول الله ﷺ دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » . قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون ، وان صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر ، بدليل ما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال : « ان النبي ﷺ لم يینه عنها ولكن قال : ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيئا » قالوا . وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله ﷺ وهم يخابرون فأقرهم • ٢٦٨

(وأما اجارة المؤذن) فان قوما لم يروا غى ذلك بأسا ، وقوما كرهوا ذلك • والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان ابن أبى العاص قال : قال رسول الله ﷺ : « اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا » والذين أباحوه قاسوه على الأفعال غير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعنى ها ، هو واجب أم ليس بواجب ؟

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون • والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال : « أقبلنا من عند رسول الله ﷺ ، فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا : انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية ، فان عندنا معترها فى القيود ، فقلنا لهم نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريقى ثم أتقل عليه ، فكأنما أنشط من عقال ، فأعطونى جعلاً ، فقلت لا حتى أسأل رسول الله ﷺ ، فسألته فقال : كل فلعمري لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقا » وبما روى عن أبى سعيد الخدرى « ان أصحاب رسول الله ﷺ كانوا فى غزاة ، فمروا بحى من أحياء العرب ، فقالوا : ها ، عندكم من راق ، فان سيد الحى قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرىء ، فأعطى قطيعا من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : بم

رقيته ؟ قال : بفاتحة الكتاب . قال : وما يدريك أنها رقبة ؟ قال : ثم قال رسول الله ﷺ : « خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم » .

وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا : هو من باب الجعل على تعليم الصلاة • قالوا : ولم يكن الجعل المذكور فى الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى . وسواء أكان الرقى بالقرآن أو غيره الاستتجار عليه عندنا جائز كالعلاجات • 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 أن ينزو أكواما معلومة . ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى • وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهى عن عسيب الفحل . ومن أجازته شبهه بسائر المنافع ؛ وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع • واستتجار الكلب أيضا هو من هذا الباب . وهو لا يجوز عند الشافعى ولا عند مالك • والشافعى يشترط فى جواز استتجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها ، فلا يجوز استتجار تقاحة للشم . ولا طعام لتربين الحانوت ، إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها ، فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعى •

ومن هذا الباب اختلاف المذهب فى اجارة الدراهم والدينار ، وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض : وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه ، وانما منع من اجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ، ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة . مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور فى هذا الباب ، فهذه هى مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة •

وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا فى المبيعات وما لا يجوز • ومما ورد النهى فيه من هذا الباب ما روى « أنه ﷺ نهى عن عسيب الفحل وعن كسب

الحجام وعن قفيز الطحان « قال الطحاوي : ومعنى نهى النبي ﷺ 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 استتجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هي من الأثياع التي تكون ديونا على الذمم ، ووافقه الشافعي على هذا .

وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخلة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه ﷺ عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه 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 ردي يكره للرجل ، وقال آخرون بل هو مباح . والنسب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ، فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من المسحت كسب الحجام » وبما روى عن أنس بن مالك قال « حرم رسول الله ﷺ كسب الحجام » وروى عن عون بن أبي جحيفة قال : اشترى أبي حجاما فكسر محاجمه ، فقلت له : لم يا أبت كسرتها ؟ فقال « ان رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم » .

وأما من رأى اباحة ذلك ، فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : « احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجره » قالوا : « ولو كان حراما لم يعطه » ، وحديث جابر « أن رسول الله ﷺ دعا أبا طيبة فحجمه فسأله كم ضربيتك ؟ فقال : ثلاثة آصع ، فوضع عنه صاعا » وعنه أيضا « أنه أمر للحجام بصاع من طعام ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه » .

وأما الذين قالوا بكرهيته فاحتجوا بما روى أن رفاع بن رافع أو رافع بن رفاع جاء الى مجلس الأنصار فقال : « نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحا » وبما روى « عن رجل من بنى حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فنهاه ، ثم عاد

فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، فلم يزل يراجع حتى قال له رسول الله ﷺ :
« أعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك » •

ومن هذا الباب أيضا اختلافهم فى اجارة دار بسكنى دار أخرى .
فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة . ولعله رآها من باب الدين بالدين ،
وهذا ضعيف ، فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن
وبجنس المنفعة •

وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها ، فمن ذلك أن
جمهور فقهاء الأمتار : مالك وأبو حنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة أن من
شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر ، وذلك اما
بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، واما بضرب الأجل اذا لم تكن
لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة
متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، واما بالمكان ان كان مشيا مثل
كراء الرواحل • وذهب أهل المظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارات
المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه
بنصف ما يعود عليه •

وعمدة الجمهور أن الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل — لمكان
الغبين — ما امتنع فى المبيعات • واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة
عنى القراض والمساقاة ، والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان
بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول ، وانفق مالك والشافعى
على أنهما اذا ضربا للمنفعة التى ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا ،
وحددوا أيضا أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز •

واختلفوا اذا لم يحددوا 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 أو شهرا بكذا ، ولا يذكر أول ذاك
الشهر ولا أول تلك السنة ، وقال الشافعى لا يجوز ، ويكون أول الوقت
عند مالك وقت عقد الاجارة ، فمنعه الشافعى لأنه غرر ، وأجازه مالك

لأنه معلوم بالمعادة ، وكذلك لم يجز الشافعى اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد ، وأجازه مالك .

واختلف قول أصحابه فى استتجار الأرض غير المأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ، وكذلك اختلف مالك والشافعى فى مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع ، فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا تتغير الدار فى مثله ، وقال الشافعى : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد .

واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والأنهار ، فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ، وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء فى أرض المطر الا لعام واحد ، وأما أرض السقى بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة ، وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط .

فالاختلاف ههنا فى ثلاثة مواضع : فى تحديد أول المدة ، وفى طولها ، وفى بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعى اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لأقل المدة . مثل أن يقول : أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أمدا معلوما ، فقال الشافعى : لا يجوز ، وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم ، وهذا لا يجوز غيره . وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع فى هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهى عنه ؟ ومن هذا الباب اختلافهم فى البيع والاجارة ، أجازها مالك ، ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقرن بالبيع الا الاجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم فى اجارة المشاع ، فقال مالك والشافعى : هى جائزة ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز ، لأن عنده أن الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر ، وعند مالك والشافعى أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه : أعنى رب المال .

ومن هذا الباب استتجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعى ذلك على الاطلاق ، وأجاز ذلك مالك على الاطلاق : أعنى فى كل أجير ، وأجاز ذلك ، وحنيفة فى الظئر فقط . وسبب الخلاف هل هى اجارة مجهولة ، أم ليست مجهولة ؟ فهذه هى شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمن . وأما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين : اجارة منافع أعيان محسوسة ، واجارة منافع فى الذمة قياسا على البيع . والذى فى الذمة من شرطه الوصف .

والذى فى العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال فى المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك فى الشيء الذى تستوفى منفعه ، وفى الشيء الذى تستوفى به منفعه فلا بد من وصف المركوب مثلا ، والحمل الذى تستوفى به منفعة المركوب . وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف ، وعند الشافعى يحتاج الى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه اذا استأجر الراعى على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف ، وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط .

ومن شرط اجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين . كما أن من شرط اجارة الأرض غير المأمونة السقى عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الرى . واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيار أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين ، وقال الشافعى : لا يجوز ، فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذى يشتمل على النظر فى مجال هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهى الأشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة ، وبالفاسد اذا لم يكن على ذلك ، وبقي النظر فى الجزء الثانى ، وهو أحكام هذا العقد .

* * *

الجزء الثاني من هذا الكتاب

وهو النظر في أحكام الاجارات

وأحكام الاجارات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين :
الجملة الأولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ
عليه . الجملة الثانية : في أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم في
الأشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ، ومعرفة وجوب الفسخ
وعدمه ، ومعرفة حكم الاختلاف .

(الجملة الأولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكزي
دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك
وأبي حنيفة : أن الثمن انما يلزم جزءا فجزءا بحسب ما يقبض من المنافع ،
الا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم ، مثل أن يكون
عوضا 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 أن تأخره من باب الدين بالدين .

ومن ذلك اختلافهم فيمن اكثرى دابة أو دارا وما أشبه ذلك ، هل
له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه ؟ فأجازته مالك والشافعي وجماعة
قياسا على البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه . وعمدتهم أنه من باب
ربح ما لم يضمن ، لأن ضمان الأصل هو من ربه : أعنى من المكري .
وأیضا فانه من باب بيع مال يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث
فيها عملا . ومن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري ،
والجمهور رأوا أن الاجارة في هذا شبيهة بالبيع ، ومنها أن يكرى الدار
من الذي أكرها منه ، فقال مالك : يجوز ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ،
وكأنه رأى أنه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال
بالباطل .

ومنها اذا اكرتري أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شـمـيرا
أو ماضره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك : له ذلك ، وقال داود :
ليس له ذلك • ومنها اختلافهم في كنس مراحلض الدور المكتراة ، فالمشهور
عن ابن القاسم أنه على أرباب الدور ، وروى عنه أنه على المكترى ، وبه
قال الشافعى ، واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قـو
وتخرج قوم فقال : الكنس فى هذه على رب الدار •

ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام الميسير من الدار ، هل
يلزم رب الدار اصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عن ذلك القدر؟
فقال ابن القاسم : لا يلزمه ، وقال غيره من اصحابه يلزمه • وفروع هذا
الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب •

* * *

(الجملة الثانية : وهى النظر فى أحكام الطوارئ) •

الفصل الأول منه وهو النظر فى الفسوخ

فنقول : ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة ، فذهب الجمهور
انى أنه عقد لازم ، وحكى عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة •
والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما يفسخ به ، فذهب جماعة
فقهاء الأمصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى
أنه لا يفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو
ذهاب محل استيفاء المنفعة • وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسوخ
عقد الاجارة للمعذر الطارئ على المستأجر ، مثل أن يكرى دكانا يتجر
فيه فيحترق متاعه أو يسرق •

وعمدة الجمهور قوله تعالى : « **أوفوا بالعقود** » (١) لأن الكراء عقد
على منافع فأشبهه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم يفسخ أصله
البيع •

(١) المائدة : ١

وعمدة أبى حنيفة أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ، فقال عبد الوهاب : الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة ، وان عين فذلك كالوصف لا يفسخ بيعه أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا يفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه ، قال : وقد قيل انها تتعين بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل .

وقال بعض المتأخرين : ان ذلك ليس اختلافا فى المذهب وانما ذلك على قسمين : أحدهما أن يكون المحل العين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه ، فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالذئب اذا مات الطفل ، وان كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الاجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك . واشترط ابن القاسم فى المدونة أنه اذا استأجر على غنم بأعيانها فانه لا يجوز الا أن يشترط الخلف هو التفات 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 الخلف .

ومن نحو هذا اختلافهم فى هل يفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين . أعنى المكري أو المكترى ، فقال مالك والشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور : لا يفسخ ويورث عقد الكراء ، وقال أبو حنيفة والثورى والمليث : يفسخ ، وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة ، فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع .

وعمدة الحنفية أن الموت نقله لأصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك ، فوجب أن يبطل أصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة : أعنى أنه لا يجوز ، فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك والا بقى .

الملك ليس له وارث ، وذلك خلاف الاجماع ، وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءا فجزءا 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 الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعد موته •

وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ، وعند مالك أن أرض المطر اذا أكرت ممنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء يفسخ ، وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكثرى من أن يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء ، وعنده أن الكراء الذي بوقت ما أنه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت أنه يفسخ الكراء •

وأما ان لم يكن الوقت مقصودا فانه لا يفسخ ، هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان • فأما الكراء الذي يكون في الذمة فانه لا يفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة اذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الذمة • وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها •

الفصل الثاني

وهو النظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدى ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال • فأما بالتعدى فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف انما

هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لا يوجبهُ وفى قدره ، فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكرتري دابة الى موضع ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعى وأحمد : « عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة » ، ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها ، وقال مالك : رب الدابة بالخيار فى أن يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها أن يضمن له قيمة الدابة ، وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها اذا تلفت فى المسافة المتعداة أنه ضامن لها . فعمدة الشافعى أنه تعدى على المنفعة فلزمه أجره المثل أصله التعدى على سائر المنافع .

وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف ، وأما مذهب أبى حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب الى الأصول فى هذه المسألة هو قول الشافعى . وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت غنور تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك ان كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة .

وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فان مالكا ضمنه ما هلك عنده ، الا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه .

وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم ، فانهم اختلفوا فى 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 بأجر . وللشافعى قولان فى المشترك . والخاص عندهم هو الذى يعمل فى منزل المستأجر ، وقيل هو الذى لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك فى الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصائغ المشترك يضمن ، وسواء عمل

بأجر- أو بغير أجر ، وبتضمين الصناع قال على وعمر ، وإن كان قد اختلف عن على في ذلك .

وعدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصناع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير العنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر ، فلان العامل بغير أجر انما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فأشبهه المودع ، واذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القابض ، أصله القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجزى مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى ، وصاحب الحمام لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل يضمن .

وثد أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ، ولا خلاف أن الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم . واختلف أصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا ، اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لا أجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ، ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضى عمل الصانع باطلا ، ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة انما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا الى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة .

ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة ، فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان الا من الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا معه ،

الا فيما كان فيه تعرير من الأعمال ، مثل ثقب الجواهر ونقش الفصوص
وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفرن والطبيب يموت العليل من
معالجته وكذلك البيطار الا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ .

وأما الطبيب وما أشبهه اذا أخطأ فى فعله ، وكان من أهل المعرفة
فلا شئ عليه فى النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله
فيما دون الثلث ، وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن
والدية ، قيل فى ماله ، وقيل على العاقلة .

الفصل الثالث

فى معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر فى الاختلاف ، وفى هذا الباب أيضا مسائل : فمنها أنهم
اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع فى صفة الصنعة ، فقال
أبو حنيفة : القول قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبى ليلى : القول
قول الصانع . وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ، ومن المدعى
عليه ؟

ومنها اذا ادعى الصانع رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع ،
فالقول عند مالك قول الدافع ، على الصانع البينة لأنهم كانوا ضامنين
لما فى أيديهم ، وقال ابن الماجشون : القول قول الصانع ان كان ما دفع
اليهم دفع بغير بينة ، وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرعون الا ببينة . واذا
اختلف الصانع ورب المتاع فى دفع الأجرة ، فالمشهور فى المذهب أن القول
قول الصانع مع يمينه ان تمام بحدثان ذلك ، وان تطاول فالقول قول رب
المصنوع ، وكذلك اذا اختلف المكربى والمكترى ، وقيل بل القول قول الصانع
وقول المكربى وان طال ، وهو الأصل .

واذا اختلف المكربى والمكترى أو الأجير والمستأجر فى مدة الزمان
الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف فى

جميع الزمان المضروب في ذلك ، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكثرى والمستأجر لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ، وقال ابن الماجشون : القول قول المكثرى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك .

وأما ما لم يكن في قبضه مثل الأجير فالقول قول الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وذن الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة ، أو نوعها . أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما في نوع المسافة ، أو في نوع الكراء ، فالتحالف والتفاسخ 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 ، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير ، فالتحالف والتفاسخ ، وان كان بعد ركوب كثير ، أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انعقد وكان يشبه ما قال ، وان لم ينعقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء عنى أعظم المسافتين ، فما جعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك ان انعقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن وانفقا على المسافة فالقول قول المكثرى نقد أو لم ينقد لأنه مدعى عليه .

وان اختلفا في الأمرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول والدابة بقرطبة : اكرتيت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكثرى بل بدينار الى اشبيلية ، فإن كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا ، وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقد المكثرى شيئا كان القول قول رب الدابة في المسافة ، والقول قول المكثرى في الثمن ، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة ، على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكثرى ، وان لم يشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين

وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبهه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة فى المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشىء منه اذ هو مدعى عليه فى بعضه ، وهو يقول : بل هو لى وزيادة ، فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله فى الزيادة ، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبهه ، الا أنه اذا لم يشبهه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها ، وهذا القدر كاف لى فى هذا الباب .



(بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ وَصَلَّى اللّٰهُ عَلٰی سَیِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ
وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِیْمًا)

کتاب الجعل

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشاركة
الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق .
وقد اختلف العلماء فى منعه وجوازه ، فقال مالك : يجوز ذلك فى اليسير
بشرطين : أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا . والثانى أن يكون الثمن معلوما ،
وقال أبو حنيفة: لا يجوز ، وللشافعى قولان . وعمدة من أجازة قوله تعالى:
« ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » (١) واجماع الجمهور على جوازه
فى الآباق والسؤال . وما جاء فى الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأمر
القرآن . وقد تقدم ذلك .

وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياسا على سائر الاجارات ،
ولا خلاف فى مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شىء منه الا بتمام العمل
وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه فى هذا الباب فى كراء
السفينة ، هل هو جعل أو اجارة فقول مالك : ليس اصحابها كراء الا بعد
البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهابا الى أن حكمها حكم الجعل . وقال
ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى
الكراء . وقال أصبغ : ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له
بحسب الموضع الذى وصل اليه .

والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحلّه وشروطه وأحكامه ومحلّه
هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه ، لأنه اذا انتفع الجاعل

(١) يوسف : ٧٢ .

بجزء مما عمل الملتزم للجعل^(١) ، ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها ،
وقلنا على حكم الجعل انه اذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها
لم يكن له شيء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من
عمله بأجر وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل
هو جعل أو اجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها
الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعة على حفر الآبار ، وقالوا ذى
المغاربة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهى عند مالك أن
يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما ، فاذا
استحق الثمر كان للغارس جزء الأرض متفق عليه .

* * *

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ، لأن الملتزم للجعل هو المنتفع .
أو نجعل اللام لثمة فتأمل ا هـ مصححه .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنه مما كان في الجاهلية
فأقره الاسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال
على أن يتجر به 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 انما هي لموضع الفرق بالناس ، وأنه
لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد ، وان كان
اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد .

وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترن به شرط يزيد في مجهولة
الربح أو في العرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط
دما لا يقتضى . وكذلك اتفقوا على انه يجوز بالدنانير والدرهم ، واختلفوا
في غير ذلك . وبالجملة فالنظر فيه : في صفته وفي محله وفي شروطه
وفي أحكامه ، ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب
مشهورات مسائله .

الباب الأول

في محله

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها . وأما محله فانهم أجمعوا
على أنه جائز بالدنانير والدرهم ، واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء
الأمصار على أنه لا يجوز القرض بالعروض ، وجوزه ابن أبى ليلى .
وحجة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضاً كان غرراً لأنه يقبض العرض
وهو يساوى قيمة ما ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها ، فيكون رأس المال

والربح مجهولا . وأما ان كان رأس المال ما به يباع العروض ، فان مالكا منعه والشافعي أيضا ، وأجازته أبو حنيفة .

وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه انما قارضه على رأس مال مجهول ، ويشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع ، وحينئذ ينض رأس مال القراض ، وكذلك ان أعطاه العرض الذي اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ، ولعل هذا هو الذي جوزه ابن أبي ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ، فانهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه ، فما كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا انما هو على أن يجعل أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ، ويشبه أيضا أن جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض في تصديقه رب المال بخرضه على أخذ القراض منه .

واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنه في المصوغ ، وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي ، فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن أجازها شبهها بالدرهم والدنانير لقلته اختلاف أسواقها . واختلف أيضا أصحاب مالك في القراض بالفلوس ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازته أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن ، وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا 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 ، فان ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة .

واختلفوا فيمن أمر رجلا أن يقبض ديننا له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ، لأنه رأى أنه ازداد

على العمل كلفة ، وهو بما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد ، وأجاز ذلك الشافعي والكوفي ، قالوا : لأنه وكله على القبض ، لا أنه جعل القبض شرطا في المصارفة ، فهذا هو القول في محله • وأما صفتة فهي الصفة التي قدمناها •

الباب الثاني

في مسائل الشروط

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم الى غرر أو الى مجهولة زائدة • ولا خلاف بين العلماء أنه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز ، لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولا ، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا في التفاصيل، فمن ذلك اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض ، فمالك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع ، اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ، والشافعي رأى أنه غرر ، لأنه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض ، وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء •

ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : القراض جائز والشرط باطل • وعمدة مالك أن اشترط الضمان زيادة غرر في القراض نفسه ، وأما أبو حنيفة فثبته بالشرط الفاسد في البيع على رواية أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم •

واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع ، أو تعيين جنس ما من

البيع ، أو تعيين موضع ما للتجارة ، أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع : لا يجوز ذلك الا ان يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا ما من اوقات السنة ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، ولن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك ، وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك ، كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنسا ما من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع .

ولا يجوز القراض المؤبد - الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا ، فمن لم يجزه رأى أن في ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر ، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ، ومن أجاز الأجل شبه القراض بالاجارة .

ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح ، فقال مالك في الموطأ : لا يجوز ، ورواه عنه أشهب ، وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك ، ويقول مالك قال الشافعي . وحجة من لم يجزه أنه تعوض حصة العامل ورب المال مجهولة ، لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ، وتشبيهاها باشتراط زكاة أصل المال عليه : أعنى على العامل ، فإنه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم أنه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر ، لأن الزكاة معلومة النسبة من المال الزكى ، فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث الا ربع العشر ، أو النصف الا ربع العشر ، أو الربع الا ربع العشر ، وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ، لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة ، فكان ممكنا أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا ، وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ في المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين العامل ورب المال ، وقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل ، وقيل عكس هذا .

واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال • فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة : وقال أشهب من أصحاب مالك : لا يجوز ذلك ، فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال • فأما ان اشتراط العامل على علامه ، فقال الثوري : لا يجوز ، وللغلام فيما عمل أجره المثل • وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا •

* * *

القول في أحكام القراض

والأحكام ، منها ما هي أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد • وأحكام القراض الصحيح ، منها ما هي من موجبات العقد ، أعني أنها تابعة لموجب العقد ، وتختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ؟ ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك • ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار •

ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : انه أجمع العلماء على أن : اللزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وان لكل واحد منهما فسفه ما لم 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 يأتوا بأمين ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء ، وليس هو عقد يورث • فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثه • والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل •

ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال ، وأنه ان خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح •

واختلفوا فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال ببقية المال بعد الذى هلك ، هل له ذلك أم لا ؟ فقال مالك وجمهور العلماء : أن صدقة رب المال ، أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدته ثم قال له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول .

وقال ابن حبيب من أصحاب مالك : انه يلزمه فى ذلك القول ، ويكون الباقي قراضا ، وهذه المسألة هى من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهى من أحكام العقود . واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقال الشافعى فى أشهر أقواله : لا نفقة له أصلا إلا أن يأذن له رب المال ، وقال قوم : له نفقته ، وبه قال ابراهيم النخعى والحسن ، وهو أحد ما روى عن الشافعى ، وقال آخرون : له النفقة فى السفر من طعامه وكسوته ، وليس له شئ فى الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء إلا أن مالكا قال : إذا كان المال يحمل ذلك ، وقال الثورى : ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا . وقال الليث : يتعدى فى المصر ولا يتعشى ، وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له فى المرض .

وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز . أصله المنافع . وحجة من أجازها أن عليه العمل فى الصدر الأول ، ومن أجازها فى الحضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط فى قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفى فى ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

القول فى أحكام الطوارئ

واختلفوا اذا أخذ المقرض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه : فقال مالك : ان أذن له رب المال فى ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع ، وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك •

واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن يinquه البائع • فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة ، وان شاء تبرأ عنها ، وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبيهه بالوكيل . الا أنه قال : يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمين ، ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عينا : أعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت أولا . والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك •

واختلفوا فى بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازه أبو حنيفة على الاطلاق ، وأجازه الشافعى بشرط أن يكونا قد تباعيا بما لا يتغابن الناس بمثله • ووجهه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له فى السلعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذى اشترط عليه • ولا أعرف خلافا بين فقهاء الأمصار أنه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلا أنها على العامل لا على رب المال ، لأن رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به ، فما كان من خسران فى المال فعليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه •

واختلفوا فى العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك لا يجوز ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما • وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لا يجوز أن يأخذ دينا فيها • واختلفوا هل للعامل أن يبيع

بالدين اذا لم يأمره به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فان فعل ضمن ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : له ذلك .

والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف فى عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا فى أكثر الأحوال ، فمن رأى أن المتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الأغلب لم يجزه ، ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجزاه . واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا : هو تعد ويضمن ، وقال مالك : ليس بتعد .

ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر أنه ضامن ان كان خسران ، وان كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع اليه ، فيوفيه حظه مما بقى من المال . وقال المزنى عن الشافعى : ليس له الا أجرة مثله ، لأنه عمل على فساد .

* * *

القول فى 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 فى واجب عمله على أقوال : أحدها أنه يرد جميعه الى قراض مثله ، وهى 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 الأقل مما سمي أو قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذى سمي له ان كان

المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك • والرابع أنه يرد الى قراض مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه فى المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، والى اجارة مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لشرطها مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل ، وقول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبع ، واختاره ابن حبيب ، وأما ابن القاسم فاختلف قوله فى المقراضات الفاسدة ، فبعضها وهو الأكثر قال : ان فيها أجرة المثل ، وفى بعضها قال : فيها قراض المثل •

فاختلف الناس فى 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 أن كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل الا تلك التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة : القراض بالعروض ، والقراض بالضمان ، والقراض الى أجل ، والقراض المبهم ، واذا قال له اعمل على أن لك فى المال شركا ، واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبهه فطلفا على دعواهما ، واذا دفع اليه المال على أن لا يشتري به الا بالدين فاشترى بالنقد ، أو على أن لا يشتري الا سلعة كذا وكذا والسلعة 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 أنه فصل فقال : ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل ، وان كان من جهة زيادة ازادها أحدهما على الآخر رد الى أجرة المثل ، والأشبه أن يكون الأمر فى هذا بالعكس • والفرق بين الأجرة وقراض المثل أن الأجرة تعلق بذمة رب المال سواء أكان فى المال ربح أو لم يكن ، وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه ، والا فلا شيء له •

القول فى اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك الأمر عنده فى جميع دعاويه اذا أتى بما يشبهه ، وقال الليث : يحمل على قرض مثله ، وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبهه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : القول قول رب المال ، وبه قال الثورى ، وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاسخان ، ويكون له أجره مثله • وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه ، هل ذلك لأنه مدعى عليه ، أو لأنه فى الأغلب أقوى شبهة ، فمن قال لأنه مدعى عليه قال القول قول رب المال ، ومن قال لأنه أقواهما شبهة فى الأغلب قال : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن وأما الشافعى فمقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة • وهذا كاف فى هذا الباب •

* * *

(بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ وَصَلَّى اللّٰهُ عَلٰی سَیِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ
وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِیْمًا)

کتاب المساقاة

القول فی المساقاة

أما أولا : ففی جوازها • والثانی : فی معرفة الفساد والصحة فیها •
والثالث : فی أحكامها •

القول فی جواز المساقاة

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والثشافعى والثورى
وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود ، وهى
عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ، ومن الاجارة المجهولة ،
وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلا •

وعمدة الجمهور فى اجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله
ﷺ دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ،
ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها » خرجه البخارى ومسلم وفى بعض
رواياته « أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة »
وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ
قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر « أقركم على ما أقركم الله ، على أن
الثمر بيننا وبينكم » قال وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة
فيخرص بينه وبينهم ، ثم يقول « ان شئتم فلكم وان شئتم فلى » وكذلك
مرسله أيضا عن سليمان بن يسار فى معناه •

وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعملهم مخالفة هذا الأثر للأصول
مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبید ،
ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، الا أنا اذا أنزلنا أنهم ذمة كان

مخالفا للأصول ، لأنه بيع ما لم يخلق ، وأيضا فإنه من المزبنة ، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا ، لأن القسمة بالخرص ببيع الخرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روى في حديث عبد الله بن رواحة أنه كان يقول لهم عند الخرص « ان شئتم فلکم وتضمنون نصيب المسلمين ، وان شئتم فلی وأضمن نصيبکم » وهذا حرام باجماع . وربما قالوا ان النهی الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخير .

والجمهور يرون أن المخبرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : ومما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهی عن كراء الأرض بما يخرج منها ، لأن المساقاة تقتضى جواز ذلك ، وهو خاص أيضا في بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي ، أعنى بما جاء من « أنه ^{يقتضى} ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

* * *

القول في صحة للمساقاة

والنظر في الصحة راجع الى النظر في أركانها ، وفي وقتها ، وفي شروطها المشترطة في أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذي تنعقد عليه . وصفة العمل الذي تنعقد عليه . والمدة التي تجوز فيها . وتنعقد عليهما .

(الركن الأول : في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة ، فقال داود : لا تكون المساقاة الا في النخيل فقط ، وقال الشافعي : في النخل والكرم فقط ، وقال مالك : تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقائس والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه اذا نبئت قبل

أن تستقل ، فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة ، فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينتدح فيها سبب عام ، فوجب تعديده ذلك الى الغير .

وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الأثسياء التي علقت الرخص بالنص بها ، وقوم منعوا القياس على الرخص ، وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله مطردة ، وأما الشافعي فانما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالخرص ، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو « أن رسول الله ﷺ بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدي زكاته زبيبا ، كما تؤدي زكاة النخل تمرا » ودفن داود حديث عتاب بن أسيد لأنه مرسل ، ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن اسحاق وليس بالقوى .

واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار ، هل يجوز أن تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب الى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحبنا أبو حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ، وقال الشافعي وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة الا في التمر فقط ، وأما مالك فقال : اذا كانت الأرض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزءا خارجا منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ، لأنها زيادة ازادها عليه ، وقال الشافعي : ذلك جائز (١) .

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله متناقض في النقل عن الشافعي ، فانه نقل عنه أولا انه لا يجوز الا في الثمرة وهنا انه تجوز المساقاة في الأرض والنخل معا فلعن له قولين ، تأمل ا ه مصححه .

وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا ، أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم . وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهى عن كراء الأرض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج ، وقد تقدم ذلك ، وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الألفاظ ، وحديث ابن عمر أصح .

وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبنى على غير الأصول ، لأن الأصول تقتضى أنه لا يفرق بين الجائر من غير الجائر بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل ، فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد بن الحسن ، وقال الليث : لا تجوز المساقاة فى البقل ، وإنما أجازها الجمهور لأن العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال آخر ، مثل الآبار وغير ذلك ، وأما الليث فيرى السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة وملكه وردت الرخصة فيه .

* * *

(الركن الثانى) وأما الركن الذى هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والآبار . واختلفوا فى الجذاذ على من هو ؟ وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال نى الموطأ : السنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وآبار 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 دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعى : ليس عليه سد الحظار لأنه ليس من جنس ما يؤثر فى زيادة الثمرة مثل الآبار والسقى . وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تنقية السوانى والأنهار .

وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى : هو على العامل ، إلا أن مالكاً قال : أن اشترطه العامل على رب المال جاز ، وقال الشافعى : لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع ، وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما

نصفان ، وقال المحصلون من أصحاب مالك : ان العمل فى الحائط على وجهين : عمل ليس له تأثير فى اصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير فى اصلاحها ، والذى له تأثير فى اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر فلا يدخل مالا يبقى بعد الثمر .

فأما الذى ليس له تأثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشئ اليسير منه ، وأما ما له تأثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد ، مثل انشاء حفر بئر : أو انشاء ظفيرة للماء ، أو انشاء غرس ، أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ما له تأثير فى اصلاح الثمر ولا يتأبد ، فهو لازم بنفس العقد ، وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك ، وأجمعوا على ما كان فى الحائط من الدواب والعبيد 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 يلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ، ومن أجازره رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسّن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم ، لأن اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر ، وانما فرق محمد بن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده .

واتفق القائلون بالمساقاة على أنه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز ، لأنهما اجارة

بما لم يخلق ، فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه وغير الجائزة •

* * *

(الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض ، وقد قيل ان ذلك منحة لا مساقاة ، وقيل لا يجوز •

واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ، ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر ، وذلك أنه سقى على حوائط مختلفة بجزء واحد ، وفيه خلاف • وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في الثمر لا تكون الا بالكيل ، وكذلك في الشركة ، وأنها لا تجوز بالخرص ، وأجاز قوم قسمتها بالخرص •

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 المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة • وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهاً بالعرية وبالخرص في الزكاة ، وفيه ضعف • وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الخرص في مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار •

* * *

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشترط في جواز المساقاة ، ووقت هو شرط في صحة العقد ،

وهو المحدد لمدتها • فأما الوقت المشترط فى جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح • واختلفوا فى 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 الشافعى فى ذلك ، فمرة قال : لايجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه انها لا تجوز اذا خلق الثمر • وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذا كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت • قالوا : وانما هى اجارة ان وقعت •

وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهى بعد بدو الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها ، أعنى عند الجمهور • وأما الوقت الذى هو شرط مدة المساقاة ، فان الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولا : أعنى مدة غير مؤقتة ، وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر •

وعمدة الجمهور ما يدخل فى ذلك من الغرر قياسا على الاجارة ، وعمدة أهل الظاهر ما وقع فى مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم « أقركم ما أقركم الله » وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالجد لا بالأهلة • وأما هل اللفظ شرط فى هذا العقد ، فاختلفوا فى ذلك ، فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد الا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة ، وبه قال الشافعى ، وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الاجارة ، وهو قياس قول سحنون •

* * *

القول فى أحكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لا باللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولمورثة 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

المورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وان كانت له ترده لزمته المساقاة ، وقال الشافعى : تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل . وقال مالك : اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان يكن له شىء استؤجر من حظه 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 فى الشركاء . واذا اختلف رب المال والعامل فى مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : المقول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبهه ، وقال الشافعى : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع ، وأوجب مالك اليمين فى حق العامل لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هى هذه التى ذكرناها .



أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تزد بالعمل . واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها ؟ فقيل انها ترد الى اجارة المثل فى كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعى وقياس احدى الروايتين عن مالك ، وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق ، وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ، وأما ابن القاسم فقال فى بعضها : ترد الى مساقاة مثلها ، وفى بعضها : الى اجارة المثل .

واختلف التأويل عنه في ذلك ، فقيل في مذهبه انها ترد الى اجارة
المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها : احداها المساقاة
في حائط فيه تمر قد أطمع • والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال
أن يعمل معه • والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة • والرابعة اذا
ساقاه في حائط سنة على الثالث وسنة على النصف ، وقيل ان الأصل 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 اجرة المثل ، مثل أن يساقيه
على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير 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 الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد
الى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جار على غير قياس • وفي
المسألة قول رابع ، وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من
الجزء الذي شرط عليه ان كان 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 الشركة

والنظر فى الشركة ، فى أنواعها ، وفى أركانها الموجبة للصحة
فى الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر
الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه فى هذا الكتاب • والشركة بالجملة
عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان : وشركة الأبدان •
وشركة المفاوضة • وشركة الوجوه • واحدة منها متفق عليها ، وهى
شركة العنان ، وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وان كانوا اختلفوا
فى بعض شروطها على ما سيأتى بعد • والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف
فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها •

* * *

القول فى شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة : الأول : محلها من الأموال • والثانى :
فى معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه • والثالث : فى معرفة
قدر العمل من الشريكين من قدر المال •

(الركن الأول) فأما محل الشركة ، فمنه ما اتفقوا عليه ، ومنه
ما اختلفوا فيه ، فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز فى المصنف الواحد
من العين :- أعنى الدينانير والدراهم ، وان كانت فى الحقيقة بيعة لا تقع
فيه مناجزة ، ومن شرط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة ، لكن
الاجماع خصص هذا المعنى فى الشركة ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على
الشركة بالمعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا فى الشركة بالمعرضين
المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدينانير من أحدهما ، والدراهم
من الآخر ، وبالطعام الربوى اذا كان صنفا واحدا ، فهنا ثلاث مسائل :

(المسألة الأولى) فأما إذا اشتركا في صنفين من العروض ، أو في عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه انه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء من العرض الآخر ، ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم ، والشافعي يقول : لا تنعقد الشركة الا على اثنين من العروض ، وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير ، قال : والمقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

* * *

(المسألة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النسباء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف في ذلك قول مالك ، فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز ، وبالمعنى قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلة أجازها .

* * *

(المسألة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها 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 الأصل 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 القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك ، فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة .
(٢٠ - بداية المجتهد - ثان)

واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلط اما حسا واما حكما ،
 مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعي :
 لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لا يتميز به مال أحدهما من
 مال الآخر ، وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما
 بيده . فأبو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ، ومالك اشترط الى ذلك
 اشتراك التصرف في المال ، والشافعي اشترط الى هذين الاختلاط .
 والفقهاء أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد
 عنه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

* * *

(فأما الركن الثاني) وهو وجه اقتسامهما الربح ، فانهم اتفقوا
 على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤوس الأموال ، أعنى ان كان أصل مال
 الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين .

واختلفوا هل يجوز أن يختلف رؤوس أموالهما ويستويان في الربح ؟
 فقال مالك والشافعي : ذلك لا يجوز ، وقال أهل العراق : يجوز ذلك .
 وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط
 أحدهما جزءا من الخسران لم يجز ، كذلك اذا اشترط جزءا من الربح
 خارجا عن ماله وربما شبهوا 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 على
 القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلاحا عليه ، والعامل ليس يجعل
 مقابله الا عملا فقط كان في الشركة أخرى أن يجعل للعمل جزءا من المال
 اذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من
 الربح مقابلا لأفضل 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 الا أن يكون مالاها متساويين التفاضل الى العمل ، فانهم يرون أن العمل في الغالب مستوفى فاذا 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 : أعنى دراهم أو دنانير ، ثم يخطانها حتى يصيرا مالا واحدا لا يتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

* * *

القول في شركة المفاوضة

واختلفوا في شركة المفاوضة ، فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وان كانا يختلفون في بعض شروطها ، وقال الشافعي : لا تجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات . وعمدة الشافعي أن اسم الشركة انما ينطلق على اختلاف الأموال ، فان الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة الا باشتراك أصولها ، وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة .

وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده . والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان الا النقد فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ،

فان أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى فى رؤوس الأموال ،
وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ، وقال أبو حنيفة .
لا يكون لأحدهما شىء الا أن يدخل فى الشركة . وعمدتهم أن اسم
المفاوضة يقتضى هذين الأمرين ، أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما .

* * *

القول فى شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها
الشافعى . وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالأموال لا بالأعمال ،
لأن ذلك لا ينضب فهو غرر عندهم ، اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا
عند صاحبه . وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة ، وهم انما
استحقوا ذلك بالعمل .

وما روى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر ، فأصاب سعد
فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، فلم ينكر النبى ﷺ عليهما . وأيضا
فان المضاربة انما تنتقد على العمل فجاز أن تنتقد عليه الشركة ،
والشافعى أن المفاوضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه
أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ، ومن شرطها عند مالك اتفاق
الصنعتين والمكان ، وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فيشترك
عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر
الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبى حنيفة
جواز الشركة على العمل .

* * *

القول فى شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة ، وقال أبو حنيفة :
جائزة . وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال .
وعمدة مالك والشافعى أن الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل ،
وكلاهما معدومان فى هذه المسألة مع ما فى ذلك من الغرر ، لأن كل

واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص،
وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تتعقد عليه الشركة •

* * *

القول فى أحكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة : أى لأحد الشريكين
أن ينفصل من الشركة متى شاء ، وهى عقد غير موروث ، وثفتتھا
وكسوتھما من مال الشركة اذا تقاربا فى العيال ولم يخرججا عن نفقة
مثلھما ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع اذا دعت
الى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ، ولا أن
يتصرف فيه الا تصرفاً يرى أنه نظر لھما •

وأما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من
التجارة فلا يشهد وينكره التنبض ، فانه يضمن لأنه قصر اذ لم يشهد ،
وله أن يقبل الشىء المعيب فى الشراء واقرار أحد الشريكين فى مال لمن
يتهم عليه لا يجوز ، وتجاوز اقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين
ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض
غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له عليه
فى مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة •

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم) .

كتاب الشفعة

والنظر في الشفعة أولا في قسمين : القسم الأول : في تصحيح
هذا الحكم وفي أركانه . القسم الثاني : في أحكامه .

(القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون
عليه ، لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة ، الا ما يتأمل على من لا يرى
بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ،
والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

(الركن الأول) وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة
الى أن لا شفعة الا للشريك ما لم يقاسم ، وقال أهل العراق : الشفعة
مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ، ثم الشريك
المقاسم اذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ،
وقال أهل المدينة : لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم .

وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن
عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما
لم يقسم بين الشركاء ، فإنا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة ، وحديث
جابر أيضا « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فاذا
وقعت الحدود فلا شفعة » خرجه مسلم والترمذي وأبو داود . وكان
أحمد بن حنبل يقول: حديث دعمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن
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 اسناده توهنا له ، وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب

عن أبي هريرة ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه لما كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار ، وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم •

وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال « الجار أحق بصقبة » وهو حديث متفق عليه ، وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « جار الدار أحق بدار الجار » وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا أنه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخلى من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودا فى الجار وجب أن يلحق به ، ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار •

وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول 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 فى هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة •

(الركن الثانى) وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك ، فتحصيل مذهب مالك أنها فى ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين • والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم • والثالث ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء الأرض للزرع وكتابة المكاتب •

واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا ، وأما ما عدا هذا من

العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق
ولا فى عرصة الدار • واختلف عنه فى أكرية الدور • وفى المساقاة وفى
الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ، وكذلك الذى عليه الكتابة ،
وبه قال عمر بن عبد العزيز : وروى « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة
فى الدين » وبه قال أشهب من أصحاب مالك ، وقال ابن القاسم :
لا شفعة فى الدين •

ولم يختلفا فى ايجابها فى الكتابة لحرمة العتق • وفقهاء الأمصار
على أن لا شفعة الا فى العقار فقط • وحكى عن قوم أن الشفعة فى
البئر وفى كل شىء ما عدا المكيل والموزون ، ولم يجوز أبو حنيفة الشفعة
فى البئر والفحل ، وأجازها فى العرصة والطريق ، ووافق الشافعى مالكا
فى العرصة وفى الطريق وفى البئر ، وخالفاه جميعا فى الثمار •

وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ما ورد فى الحديث
الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم فاذا
وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن
فيه القسمة مادام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع
عليه فى هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم فى صحة
الاستدلال به •

وأما عمدة من أجازها فى كل شىء فما خرجه الترمذى عن ابن عباس
« أن رسول الله ﷺ قال : الشريك شفيع فى كل شىء » ولأن معنى
ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شىء وان كان فى العقار أظهر ،
ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار • واستدل
أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى « لا شفعة فى بئر » ومالك
حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات ،
لا التى تكون فى أرض مملوكة •



(الركن الثالث) وأما الشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل

اليه الملك بـشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك أن الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرشد الجنائيات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي ، وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض ، كالهبة لغير الثواب والصدقة ، بما عدا الميراث فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق .

وأما الحنفية فالشفعة عندهم في البيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات ، بل ذلك نص فيها لا 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 أبي حنيفة ولا الشافعي ، أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده في البيع ، وأما الشافعي فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك ، فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه اذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع .

واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري ؟ فقال الشافعي والكوفيون : الشفعة واجبه عليه لأن البائع قد صرم الثمن عن ملكه وأبطنه منه ، وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف في الشفعة في المساقاة ، وهي تبديل أرض بأرض ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الأثراك أو الأجانب فلم يرها في الأثراك ورآها في الأجانب .

(الركن الرابع في الأخذ بالشفعة) والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فانهم اختلفوا على أنه يأخذ في

البيع بالثمن ان كان حالا ، واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وهو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل اذا كان مليا أو يأتى بضامن مليء ، وقال الشافعى : الشفيع مخير ، فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ، وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقيد لأنها قد دخلت فى ضمان الأول قال : ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها ، فان بلغ الأجل أخذها الشفيع •

والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع ، فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر • مثل أن يكون معطى فى خلع • وأما أن يكون معطى فى شئ يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا باجملة مكيلا ولا موزونا ، فانه يأخذه بقيمة ذلك الشئ الذى دفع الشقص فيه ، وان كان ذلك الشئ محدود القدر بالشرع أخذ ذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة ، فانه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة •

وأما كم يأخذ ؟ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر ، فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحد فلا خلاف فى أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك فى موضعين : أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم • والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصابة •

(فأما المسألة الأولى) وهى كيفية توزيع المشفوع فيه ، فان مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون : ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه من أصل المال الثالث مثلا أخذ من

الشفص بثلاث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع • وقال الكوفيون :
هي على عدد الرؤوس على السواء ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ
الأكبر وذو الحظ الأصغر •

وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب
أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة
والربح في شركة الأموال ، وأيضا فان الشفعة انما هي لازالة الضرر ،
والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه انما يدخل على
كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على
تلك النسبة ، وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك
فيستوفى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ، وربما
شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتقد بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتق
على السوية : أعنى حظ من لم يعتقد •

* * *

(وأما المسألة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا في دخول الأشرار
الذين هم عصبية في الشفعة مع الأشرار الذين شركتهم من قبل السهم
الواحد فقال مالك : أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من
الأشرار معهم في المال من التعصيب ، وأنه لا يدخل ذو العصبية الشفعة
على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوى التعصيب ، مثل أن
يموت ميت فيتترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تباع البنت الواحدة
حظها ، فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي
باعته أختها 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 ذوو السهام على العصبات ولا العصبات
على ذوى السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه
قال أشهب • وقال الشافعي في أحد قوليه : يدخل ذوو السهام على
العصبات والعصبات على ذوى السهام ، وهو الذي اختاره المزني ، وبه

قال المغيرة من أصحاب مالك • وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه ^{بالتبعية} بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوى سهم من عصبه • ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلأنه رأى الشركة مختلفة الأسباب : أعنى بين ذوى السهام وبين العصبات فغلبه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها - الذى هو المال - بالقسمة بالأموال •

ومن أدخل ذوى السهام على العصبه ولم يدخل العصبه على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوى السهام أقعد من العصبه • واما كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى ، فكان ابن القاسم : اما أن يأخذ الكل أو يدع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب • فأما إذا باع رجلان شقصا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى ، فان أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزه الشافعي •

وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد : أعنى الأشرار ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقي فى البيوع ، فالجمهور على أن لا يشتري أن يقول للشريك اما أن تشفع فى الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه الا أن يوافق المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يبيع الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبعضها • وقال أصبغ من أصحاب مالك : ان كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع الا أن يأخذ حصته فقط • ولا خلاف فى مذهب مالك أنه اذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، الا أن يأخذ الكل أو يدع ، فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك ، وانتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع • واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة فى حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟ •

(فأما المسألة الأولى) وهي إذا لم يكن شريكا في حال البيع ، وذلك يتصور بأن يدون يتراخي عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكا • فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك ، واختار أشهب أنه لا شفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ، لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك • وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه في أثره ، لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه •

* * *

(وأما المسألة الثانية) فصورتها أن يستحق انسان شقصا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ، وقال قوم : لا تجب له الشفعة : لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري ، فأما مالك فقال : ان طال الزمان فلا شفعة ، وان لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان • وأما متى يأخذ وهل له الشفعة ؟ فان الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب • فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفيعته ما ام يعلم ببيع شريكه •

واختلفوا إذا علم وهو غائب ، فقال قوم : تسقط شفيعته ، وقال قوم : لا تسقط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روى عن النبي ﷺ من حديث جابر أنه قال : «الجار أحق بصقبة» أو قال : «شفيعته ينتظر بها إذا كان غائبا» وأيضا فان الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب عذره ، وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها • وأما الحاضر ، فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب ، فان علم وامكن الطلب ولم يطلب بطلت شفيعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : ان أشهد بالأخذ لم تبطل وان تراخي •

وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متنوع ، واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت ، فروى عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه ان الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة .

واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « الشفعة كحل العقال » وقد روى عن الشافعي أن 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 فائل ، وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول في أركان 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 موروثة 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 انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة .

وعهدة الفريق الآخر أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الاقالة لا تبطل

الشفعة من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها فسخ - أعنى الاقالة ، واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشتري ، وقال أشهب : هو مخير •

ومنها اختلافهم اذا أحدث المشتري بناء أو غرسا أو ما يشبهه فى الشقص قبل قيام الشفيع بطلب شفيعته ، فقال مالك : لا شفعة الا أن يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : هو متعد وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه •

والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجود الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى فى الأرض وغرس ، وذلك أنه وسط بينهما ، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدى قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا •

ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع فى مبلغ الثمن ، فقال المشتري : اشتريت الشخص 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 فى 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 فى هذه المسألة ، فقال ابن القاسم : القول قول المشتري اذا أتى بما يشبه باليمين ، فان أتى بما لا يشبهه فالقول قول الشفيع • وقال أشهب : اذا أتى بما يشبهه فالقول قول المشتري بلا يمين فيما لا يشبهه باليمين • وحكى عن مالك أنه قال : اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة

أنه يزيد فى الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل اذا أتى المشتري بما لا يشبهه رد الشفيع الى القيمة ، وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبهه • واختلفوا اذا أتى كل واحد ببينة وتساوت العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه • وقال أشهب : البينة بينة المشتري لأنها زادت علما •

(بسم الله الرحمن الرحيم . . . وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسمة

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (وإذا حضر القسمة أولوا القربى) (١)
وقوله : « مما قل منه أو كثر ، نصيبا مفروضا » (٢) وقول رسول الله
ﷺ : « أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار
أدركها الاسلام ولم نقسم فهى على قسم الاسلام » والنظر فى هذا
الكتاب فى القاسم والمقسوم عليه والقسمة ، والنظر فى القسمة فى أبواب :
الباب الأول : فى أنواع القسمة ، الثانى : فى تعيين محل نوع
نوع من أنواعها : أعنى ما يقبل القسمة وما لا يقبلها ، وصفة القسمة
فيها وشروطها أعنى فيما يقبل القسمة ، الثالث : فى معرفة أحكامها •

الباب الأول

فى أنواع القسمة

والنظر فى القسمة ينقسم أولا الى قسمين : قسمة رقاب الأموال •
والثانى : منافع الرقاب •

(القسم الأول من هذا الباب) فأما قسمة الرقاب التى لا تكال
ولا توزن ، فتقسم بالجملة الى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم
وتعديل • وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل • وقسمة مراضاة بغير تقويم
ولا تعديل • وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن •

* * *

(القسم الثانى) وأما الرقاب ، فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام :

(٢) النساء : ٧ •

(١) النساء : ٨ •

ما لا ينقل ولا يحول ، وهى الرباع والاصول • وما ينقل ويحول ، وهدان
قسمان : اما غير مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ، واما مكيل
أو موزون • ففي هذا الباب ثلاثة فصول : الأول : فى الرباع • والثانى :
فى العروض • والثالث : فى المكيل والموزون •

الفصل الاول

فى الرباع

فأما الرباع والاصول ، فيجوز أن تقسم بالتراضى وبالسهمه اذا
عدلت بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا ، وان كانوا اختلفوا
فى محل ذلك وشروطه • والقسمه لا تخلو أن تكون فى محل واحد أو فى
محل كثيرة ، فاذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت
الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر
الشركاء على ذلك •

وأما اذا انقسمت الى ما لا منفعة فيه ، فاختلف فى ذلك مالك
وأصحابه ، فقال مالك : انها تقسم بينهم اذا دعا أحدهم الى ذلك ولو
لم يصير لواحد منهم الا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم ، وبه قال ابن كنانة
من أصحابه فقط ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، وعمدتهم فى ذلك
قوله تعالى : « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا »^(١) وقال ابن القاسم :
لا يقسم الا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخله
عليه فى الانتفاع من قبل القسمة ، وان كان لا يراعى فى ذلك نقصان
الثلث •

وقال ابن الملقشون : يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ،
وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت أقل •
وقال مطرف من أصحابه : ان لم يصرف فى حظ كل واحد ما ينتفع به لم
يقسم وان صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفى حظ بعضهم ما لا ينتفع به

(١) النساء : ٧ •

قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف : واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحيام . فقيل مالك : يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب . وقال ابن القاسم : لا يقسم ، وهو قول الشافعي . فعمدة من منع القسمة قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى : « مما قبل 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 أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فاذا كانت متفقة الأنواع فان فقهاء الأمصار فى ذلك مختلفون : فقال مالك : اذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمية . وقال أبو حنيفة والشافعي : بل يقسم كل عقار على حدته ، فعمدة مالك أنه أقل للضرر الداخلى على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثانى أن كل عقار تعيينه بنفسه لأنه تتعلق به الشفعة .

واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الأنواع المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ، وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لا يجمع فى القسمة بالسهمية . ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة اذا بدأ صلاحها باتفاق فى المذهب ، لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزابنة .

وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الأحوال ، ويعتدل لذلك لأنه يؤدى الى بيع طعام بآعام متفاضلا ، ولذلك زعم أنه لم يجز مالك

شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقدا . وأما أن كان بعد الابار ، فإنه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة . وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة . والعلة في ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار ، فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر .

وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان في سهامهم كسر الى أن 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 الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الأشراف وأسماء الجهات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء في الجهات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب .

والسهمه انما جعلها الفقهاء في القسمة تطيبيا لنفوس المتقاسمين ، وهي موجودة في الشرع في مواضع : منها قوله تعالى : « فساهم فكان من المدحضين » (١) وقوله : « وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم » (٢) ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه : « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق » .

وأما القسمة بالتراضي سواء أكانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فتجوز في الرقاب المنفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع ، وانما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

* * *

الفصل الثاني

فى العروض

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخلى فى ذلك • واختلفوا اذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشيعاء ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التى أعطى فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر : لا يجبر ، لأن الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع • وحجة مالك أن فى ترك الاجبار ضررا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا فى غير ما موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ، ولكنه كالضرورى فى بعض الأشياء •

وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى ، واختلفوا فى قسمتها بالتعديل والسهمة ، فأجازها مالك وأصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز ابن أبى سلمة وابن الماجشون • واختلف أصحاب مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه فى بعض •

وأما ابن القاسم فاضطرب ، فمرة أجاز القسم بالسهمه فيما لا يجوز تسليم بعضه فى بعض ، فجعل القسمه أخف من السلم ، ومرة منع القسمه فيما منع فيه السلم ، وقد قيل ان مذهبه أن القسمه فى ذلك أخف ، وأن مسائله التى يظن من قبلها أن القسمه عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى • وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع فى القسمه ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحريير والقطن والكتان • وأجاز أشهب جمع مصنفين فى القسمه بالسهمه مع التراضى ، وذلك ضعيف لأن الغرر لا يجوز بالتراضى •

الفصل الثالث

فى معرفة أحكامها

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى للخمى،
والمكيل أيضاً لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا ، فان
كان صنفاً واحداً ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو الوزن
اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف فى جواز قسمته على التراضى
على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى : أعنى الذى
لا يجوز فيه التفاضل ، ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز
قسمته جزافاً بغير كيل ولا وزن •

وأما ان كانت قسمته تحريماً ، فكيل لا يجوز فى المكيل ويجوز فى
الموزون ، ويدخل فى ذلك من الخلاف ما يدخل فى جواز بيعه تحريماً • وأما
ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فان كان ذلك مما لا يجوز
فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع الا بالمكيل المعلوم فيما
يكال ، وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن ، لأنه اذا كان بمكيل مجهول
لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ،
وهذا كله على مذهب مالك ، لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل فى
الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير ، وأما ان كان مما يجوز
فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيل
المعروف أو الصنجة المعروفة : أعنى على جهة الجمع وان كانا صنفين ،
وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضا •

وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة ، واذا
قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيل المعلوم والمجهول ، فهذا
كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب •

القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع

فأما قسمة المنافع ، فانها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباه ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهاياة ، وذلك اما بالأزمان واما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة .

وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض ، وذلك أيضا فيما ينقل ويحول ، أو لا ينقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة ، وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول ، فيجوز فى المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقبل اليوم الواحد ونحوه ، وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد .

وأما الاستخدام فقبل يجوز فى مثل الخمسة الأيام ، وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا . وأما التهايؤ فى الأعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان ، وهذا دارا تلك المدة بعينها ، فقبل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالأزمان ، وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان .

فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب ، وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة . وبقي من هذا الكتاب القول فى الأحكام .

القول فى الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة : غبن ، أو وجود عيب ، أو استحقاق . فأما الغبن يوجب الفسخ الا فى قسمة القرعة باتفاق فى المذهب الا على قياس من يرى له تأثير فى البيع ، فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة .

وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو عن مذهب ابن القاسم أن يجد للعيب فى جل نصيبه أو فى أقله ، فإن وجدته فى جل نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها ، وإن كان العيب فى أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع فى شىء مما فى يده وإن كان قائما بالعيب . وقال أشهب : والذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع . وقال عبد العزيز ابن الماجشون : وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة ولا يفسخ التى بالتراضى ، لأن التى بالتراضى هى بيع .

وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب . وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما فى يديه ، وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشىء . وقال محمد : إذا استحق ما فى يد أحدهما بطلت القسمة فى قسمة القرعة ، لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا فى ذلك .

فأما ان طراً الدين قيل فى المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم :
ان القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم ،
وسواء أكانت حظوظهم باتية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء
أو لم تهلك • وقد قيل أيضاً ان القسمة انما تنتقض بيد من بقى فى يده
حظه ولم تهلك بأمر من السماء ، وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا
يرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد أداء الدين ، وقيل بل تنتقض
القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله : **((من بعد وصية يوصى بها أو دين))**(١)
وقيل بل تنتقض الا فى حق من أعطى منه ما ينوى به من الدين ، وهكذا
الحكم فى طرو الموصى له على الورثة •

وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل
واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلاً
أو موزوناً وان كان حيواناً أو عروضاً انتقضت القسمة ، وهل يضمن كل
واحد منهم ما تلف فى يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن •

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه
وسلم تسليما)

كتاب الرهون

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى : « ولم تجدوا كتابا فرهان
مقبوضة » (١) والنظر فى هذا الكتاب فى الأركان وفى الشروط وفى
الأحكام ، والأركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذى
فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(الركن الأول) فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير
محجور عليه من أهل السداد ، الوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان
ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك ، وقال الشافعى : يرهن لمصلحة
ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك والشافعى على أن المفلس
لا يجوز رهنه ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، واختلف قول مالك فى الذى
أحاط المدين بماله هل يجوز رهنه ؟ أعنى هل يلزم أم لا يلزم ؟ فالمشهور
عنه أنه يجوز : أعنى قبل أن يفلس ، والخلاف آيل الى هل المفلس محجور
عليه أم لا ؟ وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

(الركن الثانى) وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط :
الأول أن يكون عينا ، فانه لا يجوز أن يرهن المدين الثانى أى لا يمتنع
اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ، ومالك يجيز رهن المصحف
ولا يقرأ فيه المرتهن ، والخلاف مبنى على البيع الثالث أن تكون العين
قابلة للبيع عند حلول الأجل : ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يحل بيعه
فى وقت الارتهان كالزرع والنمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى أداء
الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين ، وعن الشافعى قولان فى

(١) البقرة : ٢٨٣ .

رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ، ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ، قال أبو حامد . والأصح جوازه ، ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدرهم اذا طبع عليها ، وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للرهن لا عند مالك ولا عند الشافعى ، بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا .

واتفقوا على أن من شرطه أن يكون اقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المصوب منه فى يده رهنا ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء المصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن ، فيجعل المصوب منه الشيء المصوب رهنا فى يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى : لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا أن يقبضه .

واختلفوا فى رهن المشاع ، فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعى . والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن .



(الركن الثالث) وهو الشيء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن فى جميع الأثمان الواقعة فى جميع البيوعات الا للصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض . فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف فى هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لا يجوز أخذ الرهن الا فى السلم خاصة : أعنى فى السلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن ، لأنه قال فى أول الآية : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » (١) ثم قال : « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة » (٢) فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى السلم

(٢) البقرة : ٢٨٣ .

(١) البقرة : ٢٨٢ .

وفى القرض وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنائيات فى الأموال ، وفى جراح العمد الذى لا قود فيه كالمأمومة والجائفة •

وأما قتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج مى جواز أخذ الرهن فى الدية فيها اذا عفا الولى قولان : أحدهما أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولى مخير فى العمد بين الدية والقود • والقول الثانى أن ذلك لا يجوز ، وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى الا القود فقط اذا أبى الجانى من اعطاء الدية . ويجوز فى قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحلول ، ويجوز فى العارية التى تضمن ، ولا يجوز فيما لا يضمن ، ويجوز أخذه فى الاجارات ، ويجوز فى الجعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن فى المهر ، ولا يجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى الكتابة ، وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة • وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث : أحدها أن يكون ديناً ، فانه لا يرهن فى عين • والثانى أن يكون واجبا ، فانه لا يرهن قبل الوجوب ، مثل أن يستترهه بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك • والثالث أن لا يكون لزمه متوقعا أن يجب ، وأن لا يجب كالرهن فى الكتابة ، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك •



القول فى الشروط

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد • فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن : أعنى فى كونه رهنا فشرطان : أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض • والثانى مختلف فى اشتراطه ، فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط فى الرهن لقوله تعالى : « فرهان مقبوضة » (١) واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : ما لم يقع القبض لم يلزم

الرهن ، ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخي الرتهن عن المطالبة جتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك الى أنه من شروط النتمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر الى 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 الا أن يكون هناك كاتب لقوله تعالى : « ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ، وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فمالك عمم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى : « فرهان مقبوضة » وجود القبض واستدامته •

والشافعى يقول : اذا وجد القبض فقد صح الرهن والعقد ، فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد أن يشترط الاستدامة ، ومن لم يشترطه فى الصحة أن لا يشترط الاستدامة • واتفقوا على جوازه فى السفر • واختلفوا فى الحضر ، فذهب الجمهور الى جوازه •

وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز فى الحضر لظاهر قوله تعالى : « وان كتم على سفر » الآية • وتمسك الجمهور بما ورد من : « أنه عليه السلام رهن فى الحضر » والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب • وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل هنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ ، وأنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يعلق الرهن » •

القول فى الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول فى الأحكام

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق فى الرهن وما عليه ، والى معرفة ما للمرتهن فى الرهن وما عليه ، والى معرفة اختلافهما فى ذلك ، وذلك اما من نفس العقد ، واما لأمر طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق •

أما حق المرتهن فى الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه ، فان لم يأت به عند الأجل 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 الأجل جاز ، وكرهه مالك الا أن يرفع الأمر الى السلطان •

والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه ، أعنى أنه اذا رهنه فى عدد ما فأدى منه بعضه ، فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق • وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت ، وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة •

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل ، مثل الثمرة فى الشجر المرهون ، ومثل الغلة ، ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا ؟ فذهب قوم الى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شئ منه فى الرهن : أعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن ، وممن قال بهذا القول الشافعى ، وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وفرق مالك فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فانه داخل فى الرهن كولد الجارية مع

الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل فى الرهن كان متولدا عنه كتمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام .

وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن محلوب ومركوب » قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله « مركوب ومحلوب » أى يركبه الراهن ويحلبه ، لأنه كأن يكون غير مقبوض ، وذلك مناقض لكونه رهنا ، فان الراهن من شرطه القبض . قالوا : ولا يصح أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه . فلم يبق الا أن يكون المعنى فى ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه » قالوا : ولأنه نماء زائد على ما رضيه رهنا . فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد .

وعمدة أبى حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل . ولذلك حكم الوالد تابع لحكم أمه فى التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه فى البيع : أى هو تابع لها . وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك . وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط .

والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن . وقال قوم : اذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحاق ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « الرهن محلوب ومركوب » ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ، وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ، وقال قوم : الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين .

والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فمنهم من رأى أن الرهن

مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين . وبه قال أبو حنيفة وسفيان
وجماعة . ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت . وأنه ان
فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن . وبه قال علي بن أبي طالب
وعطاء واسحاق . وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار
مما لا يخفى هلاكه . وبين ما يغاب عليه من العروض . فقالوا : هو
ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه . وممن قال بهذا
القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي . الا أن مالكا يقول : اذا شهد
الشهود بهلاك ما يغاب عابه من غير تضييع ولا تقريط . فانه لا يضمن
وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم
نقم . ويقول مالك قال ابن القاسم . ويقول عثمان والأوزاعي قال أشهب :

وعمدة من جعله أمانة غير مضمونة حديث سعيد بن المسيب عن
أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « لا يعلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه
غرمة » : أى له غلته وخراجه . وعليه افتكاكه ومصيبته منه . قالوا :
وقد رضى الراهن أمانته فأشبهه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب
الشافعي محتجا له : قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه
أمانة ، فوجب أن يكون كله كذلك .

وقد قال أبو حنيفة : ان 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 غرمة » أى نفقته . قالوا ومعنى ذلك
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 غرمة » أن غنمه ما فضل منه على الدين ،
وغيره 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 اذا أمسكه
حتى يستوفى الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وان كان عند

مالك كالرهن ، وربما احتجوا بما روى عن النبي ﷺ أن رجلا ارتهن
فرساً دن رجل ، فنفق فى يده ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن :
« ذهب حقاك » وأما تفريق مالك 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 فى معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيرا ،
فضعفه قوم وقالوا : انه مثل استحسان أبى 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 ، وأنه ان باعه فللمرتهن
الاجارة أو الفسخ . قال مالك : وان زعم أن اجارته ليتعجل حقه حلف
على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه .

وإذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقتها الراهن فعند مالك أنه أن كان
الراهن مؤسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وان كان معسراً بيعت وقضى
الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال : الرد ، والاجارة ، والثالث مثل
قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى وجب به
الرهن ، فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك : القول قول المرتهن
فيما ذكره من قدر الحق ما أم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فما زاد على
قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى
وجمهور فقهاء الأمصار القول فى قدر قول الراهن .

وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه ، والمرتهن مدع ، فوجب
أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة . وعمدة مالك ههنا
أن المرتهن وان كان مدعيا فله ههنا تشبهاً بنقل اليمين الى حيزه ، وهو كون
الرهن شاهداً له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين تشبهاً ، وهذا
لا يلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقيمه أكثر من
الرهون فيه .

وأما إذا تلف الرهن - واختلفوا في صفته - فالقول ههنا عند مالك
قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا
على أصوله ، فان المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه • وأما على
أصول الشافعي ، فلا يتصور على المرتهن يمين الا أن يناكره الراهن
في اتلافه • وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن ،
وليس يحتاج الى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك
الصفة • وإذا اختلفوا في الأمرين جميعا ، أعنى في صفة الرهن وفي
مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت
قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد
الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن ؟ في
المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ، لأنه اذا شهد الرهن للدين شهد
الدين للمرهون • وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية
في عرضنا •

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحجر

والنظر فى هذا الكتاب فى ثلاثة أبواب : الباب الأول : فى أصناف
المحجورين • الثانى : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ،
وبأى شروط يخرجون • الثالث : فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد
والاجازة •

الباب الأول

فى أصناف المحجورين

أجمع العلماء على وجوب المحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم
لقوله تعالى : « **وابتلوا الأيتام حتى إذا بلغوا النكاح** » (١) الآية •
واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ،
فذهب مالك والشافعى وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء
الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم
فلم يكن عندهم مدفع ، وهو رأى ابن عباس وابن الزبير •

وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى أنه لا يبتدأ الحجر
على الكبار ، وهو قول ابراهيم وابن سيرين ، وهؤلاء انقسموا قسمين :
فمنهم من قال : الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم
التبذير • ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر
الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء
لا يبدأ بالحجر عليهم • وأبو حنيفة يحد فى ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه
خمسة وعشرين عاما •

(١) النساء : ٦ •

وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار
انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالبا ، فوجب أن يجب الحجر
على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيرا ، قالوا : ولذلك اشترط
فى رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر ايناس المرشد ، قال الله تعالى :
« فان آخستهم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » (١) فدل هذا على أن
السبب المقتضى للحجر هو السفه .

وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ « اذ ذكر فيه لرسول الله ﷺ
أنه يخدع فى البيوع ، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثا ولم يحجر
عليه » وربما قالوا : الصغر هو المؤثر فى منع التصرف بالمال ، بدليل
تأثيره فى اسقاط التكليف ، وانما اعتبر الصغر لانه الذى يوجد فيه السفه
غالبا ، كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ، ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب
التكليف وعلامة المرشد ، اذ كلنا يوجدان فيه غالبا ، أعنى العقل والمرشد ،
وكما لم يعتبر النادر فى التكليف ، أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف ،
كذلك لم يعتبر النادر فى السفه ، وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر
عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا . قالوا : وقوله تعالى :
« ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » (٢) الآية ، ليس فيها أكثر من منعهم من
أموالهم ، وذلك لا يوجب ذسخ بيوعها وابطالها .

والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، والمفلس ،
والمريض ، والزوجة . وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابيه .



الباب الثانى

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم

وبأى شروط يخرجون ؟

والنظر فى هذا الباب فى موضعين : فى وقت خروج الصغار من
الحجر ، ووقت خروج السفهاء . فنقول : ان الصغار بالجملة صنفان :

(٢) النساء : ٧ .

(١) النساء : ٦ .

ذكور ، وإناث ، وكل واحد من هؤلاء أما ذو أب . وأما ذو وصى .
وأما مهمل ، وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب .

فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من
الحجر الا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم ، وإن كانوا قد
اختلفوا فى الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى : «وابتلوا اليتامى حتى إذا
بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم» (١)
واختلفوا فى الإناث ، فذهب الجمهور الى أن حكمهن فى ذلك حكم
الذكور أعنى بلوغ الحيض وإيناس الرشد ، وقال مالك : هى فى ولاية
أبيها فى المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها .
وروى عنه مثل قول الجمهور ، ولأصحاب مالك فى هذا أقوال غير هذه
فقيل انها فى ولاية أبيها 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 فصعيفة مخالفة للنص والقياس ، أما مخالفتها
النص ، فانهم لم يشترطوا الرشد ، وأما مخالفتها القياس ، فلأن الرشد ممكن
تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لا على
قول الجمهور ان الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء وإيناس الرشد ، فاختلاف
قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال ، فقيل
عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور ، وقيل عنه انه
محمول على الرشد حتى يتبين سفهه .

فأما ذوو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك
الا باطلاق وصيه له من الحجر : أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما
من قبل الأب بلا خلاف أو باذن القاضى مع الوصى ان كان مقدما من غير
الأب على اختلاف فى ذلك . وقد قيل فى وصى الأب انه لا يقبل قوله
فى أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحالته مع

الأب يخرج من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرج وصيه
بالاشهاد ، وإن الجهول الحال في هذا حكمه حكم الجهول الحال ذى الأب .
وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا علم الرشد ،
ولا مسقوطها إذا علم السفه . وهى رواية عن مالك . وذلك من قوله فى
اليتيم لا فى البكر . والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله
كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهو قول ضعيف ،
فإن المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم فى الرشد ما هو ؟
فإن مالكا يرى أن الرشد هو تتمير المال واصلاحه فقط ، والشافعى
يشترط مع هذا صلاح الدين .

وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟
وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالخراج
ما لم تعنس على اختلافهم فى ذلك ، وقيل حالها مع الوصى كحالها مع
الأب وهو قول ابن الماجشون . ولم يختلف قولهم : انه لا يعتبر فيها
الرشد كاختلافهم فى اليتيم .

وأما المهمل من الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم
كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه ، معلنا به أو غير معلن .
وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع ، فإن كان رشدا جاز والارده .
فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فإن فيها فى المذهب قولين : أحدهما
أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض . والثانى أفعالها مردودة ما لم تعنس
وهو المشهور .

* * *

الباب الثالث

فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والاجازة

والنظر فى هذا الباب فى شيئين : أحدهما ما يجوز لصنف صنف
من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم فى الرد
والاجازة ، وكذلك أفعال المهملين الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى ،

وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلو من الحجر من الصغر واما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف فى المذهب فى أنه لا يجوز له فى ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عنق وان أذن له الأب فى ذلك الوصى ، فان أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه ان كان ولى ، فان رآه رشداً أجازة والا أبطله ، وان لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك ، وأن عمل فى ذلك حتى يلى أمره كان النظر اليه فى الاجازة أو الرد .

واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولى أن يفعله هل له أن ينقضه اذا آل الأمر الى خلاف بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ، فالمشهور أن ذلك له ، وقيل ان ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أفسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما أؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه رشده عنق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به فى صغره . واختلف فيما حنث فيه فى كبره وحلف به فى 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 أنه لا يحلف ، وروى عن مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والنوصى كالذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها .

فأما السفية البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته أو خالعا مضى طلاقه وخلعه ، الا ابن أبى ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبى ليلى فى العتق فقال : انه ينفذ ، وقال الجمهور : انه لا ينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافاً فى نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عنق ولا شئ من المعروف الا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله فى المذهب ، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لا يتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضاً موقوف على نظر وليه ان كان له ولى ، فان لم يكن له ولى قدم له

ولى . فان رد بيعه المولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء ،
وكذلك ان أتلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهلين على مذهب مالك فانها 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 كلها محمولة على
السفه ما لم يتبين رشده . وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها
محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه .

فأما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم
يبلغ ، والبكر ذات الأب والوصى ما لم تعنس على مذهب من يعتبر
التعنيس . واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين ،
والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه ، فمنها السفه اذا لم تثبت
عليه ولاية من قبل أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ،
خلافًا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية ، والبكر
اليتيمة المهلة على مذهب سحنون .

وأما الذى يحكم عليه بالسفه بحكم ما لم يظهر رشده : فالابن بعد
بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب ، وحال البكر ذات الأب التى
لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدها ، وما لم تبلغ
الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التى
لا وصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة .

وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها
حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس ، أو التى دخل بها زوجها ومضى
لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن
ذى الأب اذا بلغ وجهت حاله على احدى الروائيتين ، والابنة البكر بعد
بلوغها على الرواية التى لا تعتبر فيها دخولها مع زوجها . فهذه هى جمل
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 ،
فنقول : ان الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق
الدين مال الدين ، فلا يكون فى ماله وفاء بديونه . والثانى أن لا يكون له
مال معلوم أصلا ، وفى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامها .
فأما الحالة الأولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ،
فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يجبر عليه التصرف فى ماله حتى
يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟
بل يجبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لم اتفق منهم ،
وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ،
هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبس حتى يعطيهم بيده
ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه
غرماءه أو غريمه ان كان مليا ، أو يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله
بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالقول
الأخر قال أبو جنيفة وجماعة من أهل العراق .

وحجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل « أنه كثر دينه فى عهد
رسول الله ﷺ فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله » ، وحديث
أبى سعيد الخدرى « أن رجلا أصيب على عهد رسول الله ﷺ فى
ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه ، فتصدق
الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه ، فقال رسول الله ﷺ : خذوا
ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » وحديث عمر فى القضاء على الرجل
المفلس فى حبسه وقوله فيه : أما بعد ، فان الأسيف « أسيف جهيته »

رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ، وأنه أدان معرضاً فأصبح
قدرين عليه ، فمن كان له عليه دين فليأقتنا •

وأيضاً من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان
ورثته . فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء ، وهذا
القول الأظهر ، لأنه أعدل والله أعلم .

وأما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه
أو يموت محبوساً ، فيبيح القاضى حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء ، فمنها
حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين ، فلما
طالبه الغرماء قال جابر « فأتيت النبى ﷺ فكلمته ، فسأهم أن يقبأوا
منى حائطى ، ويحللوا أبى ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله ﷺ حائطى ،
قال : ولكن سأعدو عليك ، قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل
فدعا فى ثمرها بالبركة قال : فجذذتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقي من
ثمرها بقية » وبما روى أيضاً أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف
درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين مما لهم
عليه • قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل فى دين • قالوا :
يدل على حبسه قوله ﷺ « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » قالوا :
العقوبة هى حبسه •

وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجازته ،
وإذا قلنا ان المفلس محجور عليه ، فالنظر فى ماذا يحجر عليه ؟ وبأى
ديون تكون المحاصة فى ماله ؟ وفى أى شىء من ماله تكون المحاصة ؟
وكيف تكون ؟ • فأما المفلس فله حالان : حال فى وقت الفلاس قبل الحجر
عليه ، وحال بعد الحجر •

فأما الحجر فلا يجوز له اتلاف شىء من ماله عند مالك بغير عوض اذا
كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله ، وانما اشترط اذا كان مما
لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته
على الآباء المعسرین أو الأبناء ، وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله ،

لأن له ائتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة فى العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة فى انفلقه فى عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ، وتجاوز بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه .

واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه ، وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوز للمحجوز عليه .

وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، ولا يجوز اقراره بدين فى ذمته لقريب ولا بعيد ، قيل الا أن يكون لواحد منهم بيعة ، وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض . واختلف فى اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال فى المذهب : بالجواز ، والمنع ، والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بيعة أو لا تكون ، فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق .

واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك الى أن التفليس فى ذلك كالموت ، وذهب غيره الى خلاف ذلك ، وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت ، وقال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات . وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث الا بعد قضاء الدين ، فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين : اما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم فى الموارث الى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالا ، واما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لا فى ذممهم ، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت ، لأنه كان فى ذمة الميت ، وذلك يحسن فى حق ذى الدين .

ولذلك رأى بعضهم أنه ان رضى الغرماء بتحملة فى ذمهم أبقيت الديون الى أجلها ، وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لا يشبهه الفلاس فى هذا المعنى الموت كل المشبه ، وان كانت كلا الذمتين قد خربت فان ذمة المفلس يرجى المال لها بخلاف ذمة الميت •

وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر • أما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس •

وأما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف فى ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال :

الأول أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا أن يتركها ويختار المحاصة ، وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور •

والقول الثانى ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء ، وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها ، وبه قال مالك وأصحابه •

والقول الثالث تقوم السلعة بين التفليس ، فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها : أعنى للبائع ، وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقي ، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر •

والقول الرابع انه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة والأصل فى هذه المسألة ما ثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره » وهذا الحديث خرج ماله والبخارى ومسلم ، وألفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لملك ، فمن هؤلاء من حملة على عمومه وهو الفريق الأول ومنهم من خصه بالقياس وقالوا : ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية ، وأكثر

ما فى ذلك أن يأخذ الثمن الذى باعها به ، فاما أن يعطى فى هذه الحال الذى اشتراك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع . وبخاصة اذا كان للغرماء أخذها بالثمن كما قال مالك .

وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملة لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبر الواحد اذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظلونا ، والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ،

ورواه عن على أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبى هريرة مختلف فيه ، وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء » وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة . قالوا وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية . الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث أبى هريرة فى 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 لأنها فى ضمانه .

واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : ان شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وان شاء حاص الغرماء فيمابقى من سلعته ، وقال الشافعى : بل يأخذ مابقى من سلعته بمابقى من الثمن ، وقالت جماعة من أهل العلم داود واسحاق وأحمد : ان قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء .

وحدثهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به ، وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء » وهو حديث وان أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ،

وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان . وهو قوله فيه « فان كان قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه .

وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد . ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته ، الا عطاء فانه قال : اذا فوت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء . واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفليس أم لا ؟ فقال مالك : هو في الموت أسوة الغرماء . بخلاف الفليس . وقال الشافعي : الأمر في ذلك واحد .

وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر ان خرقا بين الذمة في الفليس والموت ، وذلك أن الفليس ممكن أن تشرى حاله فيتبعه غرماءه بما بقى عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به » فسوى في هذه الرواية بين الموت والفليس .

وقال : وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب . لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه للمالكه الا بعد أداء ما عليه ، فأنسبه مال المفلس ، وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس التشبه : أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس تشبه ، والموافق لحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق .

فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس ، وأيضا فان الأصل يشهد لقوله مالك في الموت : أعنى أن من باع شيئا فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة ، والشافعي انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به .

واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يغرستها أو عرصة بينيها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء .
يقال الشافعي: بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشتري فى سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء فى الزيادة ، وما يكون فوتا مما لا يكون فوتا فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة .

وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء فى الموت والفلس ، أو فى الفلس دون الموت أن الأثيأ المبيعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لا يتعين .

فأما العرض فان كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشتري ، فهو أحق به فى الموت والفلس ، وهذا ما لا خلاف فيه ، وان كان قد دفعه الى المشتري ثم بيده فهو أحق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعي : ليس لهم ، وقال أشهب : لا يأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس ، وقال ابن الماجشون : ان شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ، وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضا ، والفلس ما كان بيده .

واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، فقيل انه أحق به كالعروض فى الفلس دون وهو قول ابن القاسم ، قيل انه لا سبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، القولان جاريان على الاختلاف فى تعيين المعين ، وأما ان لم يعرف بعينه هو أسوة الغرماء فى الموت والفلس .

وأما تعمل الذى لا يتعين فان أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله فى الموت والفلس جميعا ، كالسلعة اذا

كانت بيد البائع فى وقت الفلس ، وان كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير أسوة الغرماء بأجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعا على اظهر الأقوال ، الا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك فى الموت والفلس جميعا ، لأنه كالرهن بيده ، فان أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شئ أخرجه فيكون أحق به فى الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده فى فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعا ، وكذلك مكترى السفينة ، وهذا كله شبهه مالك بالرهن •

وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه أن البائع أحق بما فى يديه فى الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت ، وأنه أسوة الغرماء فى سلعته اذا فاتت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك • وبالجملة البائع بمنفعة بالبائع الرقبة ، فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشتري فيقولون : هو أحق بها فى الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها فى الفلس دون الموت ، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء •

ومثال ذلك اختلافهم فيما استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال • وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شئ — فيما أحسب — انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف لأن قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ، ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى القياس ، ولكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر •

ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين فى رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما

يتبع بما فى يده لا فى رقبته . ثم ان أعتق بما بقى عليه ورأى قوم أنه يباع . ورأى قوم أن الغرماء يخبرون بين بيعة وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين ؛ وبه قال شريح . وقالت طايفة : بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه ، فالذين لم يروا ببيع رقبته قالوا : انما عامل الناس على ما فى يده فأشبهه الحر ، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما علمه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه .

فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسألة ، ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا بأن يبدأ ، هل بدين العبد ، أم بدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ، لأن الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ، والذين داينوا المولى لم يعتقدوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى قال : لأن مال العبد هو فى الحقيقة للمولى .

فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبى أو حكم مال السيد . وأما نادر ما يترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ، وقال فى الواضحة والعنتبية : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ، وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها أو بغير عوض ، وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته ، وروى ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له الا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة .

واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين : وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التى يحاص بها من الديون التى لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين : أحدهما أن تكون واجبة عن عوض . والثانى أن تكون واجبة من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض ،

فأما ما كانت عن عوض مقبوض ، وسواء أكانت مالا أو أرش جنائية ، فلا خلاف في المذهب أن محاصة الغرماء بها واجبة .

وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام :
أحدها أن لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة ،
والثاني أن لا يمكنه دفع العوض ، ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه . مثل
أن يكتري الرجل الدار بالنقد ، أو يكون العرف فيه النقد ، ففاس المكتري
قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء .
والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه وطرحه كرأس مال السلم إذا أفلس
المسلم اليه قبل دفع رأس المال . والرابع أن يمكنه دفع العوض ،
لا يلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المتاع قبل أن يدفعها اليه البائع .
والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل
الي الرجل دنانير في عروض الي أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس
المال وقبل أن يحل أجل السلم .

فأما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك الا في
مهور الزوجات إذا أفلس الزوج قبل الدخول .

وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفى منه ، مثل
المكتري يفلس قبل دفع الكراء ، فقيل للمكري المحاصة بجميع الثمن
واسلام الدار للغرماء ، وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ
داره ، وإن كان لم يسكن فليس له الا أخذ 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 أن يدفع
رأس المال ، وقبل أن يحل أجل السلم ، فإن رضى المسلم اليه أن يعجل

العروض ويخاصص 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 وفى العروض التى عليه اذا حلت لأنها من مال المفلس ، وان شاعوا أن يبيعوها بالنقد ويتخاصوا فيها كان ذلك لهم •

وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالنزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها • وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ، ففيها قولان : أحدهما أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم • والثانى أنها تجب بها اذا لزمتم بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب • وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص ، فان الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء أكان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، اذ كان لا يقتضى فى الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شىء يجوز •

واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارىء ، وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : ممن مصيبته ؟ فقال أشهب : مصيبته من المفلس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان • وقال ابن القاسم : ما يحتاج الى بيعه فضمائه من الغريم لأنه انما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج الى بيعه فضمائه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا ، كلهم روى قوله عن مالك • وفرق أصبغ بين الموت والمفلس فقال : المصيبة فى الموت من الغرماء ، وفى المفلس من المفلس • فهذا هو القول فى أصول أحكام المفلس الذى له من المال ما لا يفى بديونه •

وأما المفلس الذى لا مال له أصلا ، فان فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير فى اسقاط الدين الى وقت ميسرته ، الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز أن لهم أن يؤاخره ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى المفلس ولم يعلم صدقه

أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين . فإذا كان ذلك خلى سبيله .

وحكى عن أبى حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، وإنما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون ، وإن كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح ، لأن ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة ، هو الذى يسمى بالقياس المرسل . وقد روى أن النبى عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة ، خرجه فيما أحسب أبو داود . والمحجورون عند مالك : السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لأنه يرى أن للزوج حقا فى المال ، وخالفه فى ذلك الأكثر . وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) •

كتاب الصلح

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : « **والصلح خير** » (١) وما روى
عن النبي عليه الصلاة والسلام مرفوعا وموقوفا على عمر « امضاء
الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » واتفق
المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا في جوازه على الإنكار ،
فقال مالك وأبو حنيفة : يجوز على الإنكار ، وقال الشافعي : لا يجوز على
الإنكار لأنه من أكل المال بالباطل من غير عوض ، والمالكية تقول فيه
عوض ، وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ، ولا خلاف في مذهب
مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته ما يراعى في
البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع
ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه
عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من
قبل الربا والغرر •

وأما الصلح على الأذكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى
فيه من الصحة ما يراعى في البيوع ، مثل أن يدعى انسان 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 مني •

وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعى كل واحد منهما
على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان

(١) النساء : ١٢٨ •

على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ، أما كراهيته فمضافة أن يكون كل واحد منهما ، فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله أسلفني وأسلفك .

وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما انما يقول ما فعلت انما هو تبرع مني ، وما كان يجب على شيء ، وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع ، وقال ابن الماجشون : يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده ، فان طال مضى ، فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، و صلح يفسخ باختلاف ، و صلح لا يفسخ باتفاق ان طال ، وان لم يطل فيه اختلاف .



(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) *

كتاب الكفالة

واختلف العلماء فى نوعها وفى وقتها ، وفى الحكم اللازم عنها ،
وفى شروطها ، وفى صفة لزومها ، وفى محلها • ولها أسماء : كفالة ،
وحمالة ، وضمانة ، وزعامة • فأما أنواعها فنوعان : حمالة بالنفس ، وحمالة
بالمال • أما الحمالة بالمال فغدا بة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن
فقهاء الأمصار • وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو
شاذ • والسنة التى صار اليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه الصلاة
والسلام « الزعيم غارم » •

وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه ، فجمهور
فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال • وحكى
عن الشافعى فى الجديد أنها لا تجوز ، وبه قال داود ، وحجتها قوله
تعالى : « معاذ الله أن نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده » (١)
ولأنها كفالة بنفس فأنشبت الكفالة فى الحدود •

وحجة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام : « الزعيم غارم »
وتعلقوا بأن فى ذلك مصلحة ، وأنه مروى عن الصدر الأول وأما الحكم
اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه
اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شئ ، وحكى عن بعضهم لزوم ذلك •
وغرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال : ان مات
حاضرا لم يلزم الكفيل شئ ، وان مات غائبا نظر ، فان كانت المسافة
التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره فى الأجل المضروب
له فى احضاره ، وذلك فى نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم والا
لم يغرم •

(١) يوسف : ٧٩ .

واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة • والقول الثاني انه يحبس الحميل الى أن يأتي به أو يعلم موته ، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق • والقول الثالث انه ليس عليه الا أن يأتي به اذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدره على احضاره ، فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل ، وأنكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك • قالوا : ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع ، فيكلف حينئذ احضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره •

وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب ، وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس : « أن رجلا سأل غريمه أن يؤدي اليه ماله أو يعطيه حميلا ، فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه الصلاة والسلام ، فتحمل عنه رسول الله ﷺ ثم أدى المال اليه » قالوا : فهذا غرم في الحمل المطلقه •

وأما أهل العراق فقالوا : انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « المؤمنون عند شروطهم » فانما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر في ضمان الوجه •

وعمدة الفريق الثالث أنه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن ، وحينئذ يحبس اذا لم يحضره ، وأما اذا علم أن احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما أنه اذا مات ليس عليه احضاره • قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أخرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا •

فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك : ان المال لا يلزمه ، ولا خلاف في هذا فيما أحسب ، لأنه كان يكون قد ألزم

ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه • وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على أنه اذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم • واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر . فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق : للطالب أن يأخذ من شاء من الكفيل أو المكفول . وقال مالك في أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه • وله قول آخر مثل قول الجمهور • وقال أبو ثور : الحمالة والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه ويرى المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة •

ومن الحجة لمن رأى الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضرا ، غنيا أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال : « تحملت حمالة فأتيت للنبي ﷺ فسألته عنها ، فقال : نخرجها عنك من ابل الصدقة • • يا قبيصة ان المسألة لا تحل الا في ثلاث ، وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها » ووجه الدليل من هذا أن النبي ﷺ أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه •

وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أعنى كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تطلعت 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 ما دون النصاب أو من غير ذلك • وروى عن أبي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص ، أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي : أعنى كفالة النفس •

وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار واما ببينة • وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلفوا هل تلزم 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 أخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ ، الى كم من المدة يلزم ؟ فقال قوم : ان أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه والا لم يلزمه الكفيل الا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام الى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك. ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، الا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون انه ان أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد الا ببينة ، وذلك الى بيان صدق دعواه أو ابطالها •

وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ، فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، واذا أخذ عايه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة •

وروى عن عراك بن مالك قال « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين : اذهب واطلب وحبس الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين : استغفر لي ، فقال : غفر الله لك ، قال : وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله » خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه بالفقه قال : وحمله بعض العلماء على ذلك كان من رسول الله حبسا قال : ولا يعجبني ذلك ، لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى ، وانما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتها لهم •

فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلفهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه ،

فأجازته مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعا ، وليس كذلك المفلس . واستدل من رأى أن 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 فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ، ومالك لا يشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ما تجوز فيه الحمالة بالمال مما لا تجوز ، فإنها لا تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة الا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج ، وما شاكلها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لموله عليه
الصلاة والسلام « مطل الغني ظلم وإذا أحييل 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 رضاهما معا ، ومن الناس
من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه ، وهو نقيض مذهب
مالك ، وبه قال داود ، فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا المصنفين ، ومن
أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما
لا يعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا .

وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « إذا أحييل
أحدكم على مليء فليتبّع » والأمر على الوجوب ، وبقي المحال عليه
على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه .

ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه
مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا ، إلا أن منهم من أجازها في الذهب
والدراهم فقط ومنعها في الطعام ، والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من
باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه باع الطعام الذي كان له على
غريمه بالطعام الذي كان عليه ، وذلك قيل أن يستوفيه من غريمه ،
وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين
المحال حالا .

وأما إن كان أحدهما من سلم فلنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان
حالين ، وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان

الدين المحال به حالا ، ولم يفرق بين ذلك الشافعي ، لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وإنما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى .

وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم ، والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسألة مشهورة في أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط :

أحدها أن يكون دين المحال حالا ، لأنه ان لم يكن حالا كان ديناً بدين .

والثاني أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة ، لأنه اذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة الى باب البيع ، واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين .

والشرط الثالث أن 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 بأحدهما على آخر حلت الآجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا ، لكن أشهب يقول : ان استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية ، وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت وابتزلت المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومثله في الدين الذي أحاله به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره ، أعني أنه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحال مع الذي أحاله عليه ، ومثال ذلك أن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم ، أو بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ، لأنه ان كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في أنه

لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع ، وان كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله ، أعنى أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له تبلى أن يستوفيه ، كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذى أحيل عليه وان كان من قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة .

وأما أحكامها فان جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحمالة ، فى أنه اذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ ، قال مالك وأصحابه : الا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ، وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات عليه مفلسا أو جحد الحوالة وان لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة .
وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوكالة

وفيه ثلاث أبواب : الباب الأول : فى أركانها ، وهى النظر فيما
فيه التوكيل ، وفى الموكل ، والثانى : فى أحكام الوكالة . والثالث : فى
مخالفة الموكل للوكيل .

الباب الأول

فى أركانها

وهى النظر فيما فيه التوكيل ، وفى الموكل ، وفى الموكل^(١)

(الركن الأول : فى الموكل) وانفقوا على وكالة الغائب والمريض
والمرأة المالكين لأموار أنفسهم ، واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر
الصحيح ، فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال
الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا أن
تكون برزة . فمن رأى أن الأصل لا ينيب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت
اليه الضرورة والعقد الاجماع عليه قال : لا تجوز نيابة من اختلف فى
نيابته ، ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة فى كل شىء جائزة
الا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

* * *

(الركن الثانى : فى الوكيل) وشرط الوكيل أن لا يكون ممنوعا
بالشرع من تصرفه فى الشىء الذى وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبى
ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح . أما عند

(١) الموكل : الأولى بكسر اللام مع التشديد ، والثانية بفتحها وتشديدها .

الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة : أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بالتواسطة الذكر .

(الركن الثالث : فيما فيه التوكيل) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والطلاق والنكاح والخلع والصلح . ولا تجوز فى العبادات البدنية ، وتجاوز فى المالية كالصدقة والزكاة والحج ، وتجاوز عند مالك فى الخصومة على الاقرار والانكار ، وقال الشافعي فى أحد قوليه : لا تجوز على الاقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان ، وتجاوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك ، وعند الشافعي مع الحضور قولان ، والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا فى مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن ، وقال أبو حنيفة : يتضمن .

(الركن الرابع) وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله فى أحكام هذا العقد . وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لا يسمى فيه شئ دون شئ ، وذلك أنه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ، وقال الشافعي : لا تجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر ، وانما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه ، وهو الأقيس اذ كان الأصل فيها المنع ، الا ما وقع عليه الاجماع .

الباب الثانى

فى الأحكام

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا العقد فهو كما قلنا قد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء

عند الجميع ، لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا : الا أن تكون وكالة في خصومة • وقال أصبغ : له ذلك ما لم 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 شروطه • وكذلك ليس من شرط اثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك • وقال الشافعي : من شرطه •

واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين . فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل ، فمتى يكون الوكيل معزولا ، والوكالة منفسخة في حق من عامله ، في المذهب فيه ثلاثة أقوال : الأول 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 عامل الوكيل بعلم الموكل 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 ، لأنه دفع الى من يعلم أنه 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 الأب والوصي • ومنها اذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع الا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ، ولا يجوز ان باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده في الشراء ، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال : يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز اذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه الا بثمن المثل نقدا ، ويشبه أن يكون أبو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه ، لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من

ثمن مثله ونسأء لمصلحة يراها فى ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزلته ، وقول الجمهور أبين ، وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يبرى أنه تعدى ، واذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل ، وقال أبو حنيفة : الى الوكيل أولاً ثم الى الموكل ، واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل •

* * *

الباب الثالث

مخالفة الموكل للوكيل

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل ، فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل ، وقد يكون فى دفعه الى الموكل ، وقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمان محدود ، وقد يكون فى المثمن ، وقد يكون فى تعيين من أمره بالدفع اليه ، وقد يكون فى دعوى التعدى • فاذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى ، وقال الموكل لم يضع ، فالقول قول الوكيل أن كان لم يقبضه ببينة ، فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية ، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وان كان قد قبضه ببينة ببرىء ولم يلزم الوكيل شىء • وأما اذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته اليك ، وقال الموكل : لا ، فقيل القول قول الوكيل • وقيل القول قول الموكل • وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل •

وأما اختلافهم فى مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء ، فقال ابن القاسم : ان لم تفت السلعة فالقول قول المشتري ، وان فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع ، فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء •

واما اذا اختلفا فيمن امره بالدفع ففى 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 ان القول قول الوكيل : انه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب اللقطة

والنظر في اللقطة في جملتين : الجملة الأولى : في أركانها •
والثانية : في أحكامها •

(الجملة الأولى) والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة •
فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك ، فقال أبو حنيفة :
الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم •
وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروى عن
ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : أحدهما ما روى أنه
ﷺ قال « ضالة المؤمن حرق النار » ولما يخاف أيضا من التقصير في
القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها ، وتأول الذين
رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها
للتعريف ، وقال قوم : بل أقطها واجب •

وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام
عادل • قالوا : وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل
فواجب التقاطها • وان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالأفضل أن
لا يلتقطها • وان 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 ، فان العاماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهي
عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها
الا لمنشد لورود النص في ذلك ، والمروى في ذلك لفظان :

أحدهما أنه لا ترفع لقطتها الا لمنشد • والثاني لا يرفع لقطتها
الا لمنشد ، فالعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشدها ، والمعنى الثاني

لا يلتقطها الا لمن ينشدها ليعرف الناس . وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أيدا . فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد : والأصح جواز ذلك فى دار الاسلام . قال : وفى أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة .

وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك فى عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان فى ذلك سواء الا الابل باتفاق . والأصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى . وهو متفق على صحته أنه قال « جاء رجل الى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة . فقال : اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة . فان جاء صاحبها والا فشانك بها . قال : فضالة الغنم يا رسول الله ؟ قال : هى لك أو لأخيك أو للذئب . قال : فضالة الابل ؟ . قال : مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربا » وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط . ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون فى العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها .

فأما الابل فاتفقوا على أنها لا تلتقط . واتفقوا على الغنم أنها تلتقط . وترددوا فى البقر . والنص عن الشافعى أنها كالابل . وعن مالك أنها كالغنم . وعنه خلاف .

* * *

(الجملة الثانية) وأما حكم التعريف : فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم . واختلفوا فى حكمها بعد السنة . فاتفق فقهاء الأمصار مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور : اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيرا ، أو يتصدق بها ان كان غنيا . فان جاء صاحبها كان مخيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه اياها .

واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول ؟ فقال

مالك والشافعي : له ذلك ، وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ، وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال الأوزاعي : إن كان مالا كثيرا جعله في بيت المال ، وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضممتها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام « فشانك بها » ولم يفرق بين غنى وفقير .

ومن الحجة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال : « لقيت أويس بن كعب فقال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبي ﷺ فقال : عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد ، ثم أتيت ثلاثا فقال : احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها » وخرج الترمذي وأبو داود « فاستنفقها » .

فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يجلب مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فمن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشانك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن أن هذا الأصل ورأى أنه مستثنى الصدقة ، ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى عنه قال : تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينا على جهة الضمان .

وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعأها ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف المعاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بيعة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بيعة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يستحق إلا البيعة .

وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ، فمن غلب الأصل قال : لا بد من البيعة ، ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بيعة . وإنما اشترط الشهادة

فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة لأن قوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فثأنك بها » يحتتمل أن يكون انما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لثلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتتمل أن يكون انما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الأصل ، فان الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها أن تصح الزيادة التى نذكرها بعد ، وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود فى بعض روايات الحديث ولفظه « فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه » قالوا : ولكن لا بصره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء . وكذلك ان زاد فيه .

واختلفوا ان نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما اذا غلط فيها فلا شىء له . وأما اذا عرف احدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقليل انه لا شىء له الا بمعرفتهما جمعا ، وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء . وقيل ان ادعى الجهالة استبرىء ، وان غلط لم تدفع اليه .

واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم : بغير يمين . وقال أشهب : بيمين . وأما ضالة الغنم . فان العلماء اتفقوا على أن لو اجد ضالة الغنم فى المكان المقفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة « هى لك أو لأخيك أو للذئب » واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها ، وقال مالك فى أشهر الأقاويل عنه : انه لا يضمن .

وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، الا أن مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ، ولم يجز كذلك المتصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا ، وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لا يبتقى اذا خشى عليه التلف ان تركه .

وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام :
قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان ترك كالشاة في القفر ،
والطعام الذي يسرع اليه الذساد . وقسم لا يخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول : وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف
فانه 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 ﷺ مر بتمررة في
الطريق فقال : لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها » ولم يذكر فيها تعريفا ،
وهذا مثل العصا والسوط ، وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك .
والثاني أن يكون يسيرا الا أن له قدر ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في
المذهب في تعريفه .

واختلفوا في قدر ما يعرف ، فقيل سنة ، وقيل أياما . وأما الثالث
فهو أن يكون كثيرا أو له قدر . فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولا .

وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ،
فان هذا يأكله غنيا كان أو فقيرا ، وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا
الأشهر أن لا ضمان عليه . واختلفوا ان وجد ما يسرع اليه الفساد
في الحاضرة فقيل لا ضمان عليه ، وقيل عليه الضمان ، وقيل بالفرق
بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن .

وأما القسم الثالث فهو كالابل ، أعنى أن الاختيار عنده فيه المترك
للنص الوارد في ذلك ، فان أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ،
وقيل في المذهب هو عام في جميع الأزمنة ، وقيل انما هو زمان العدل ،
وأن الأفضل في زمان غير العدل المتقاطها ، وأما ضمانها في الذي تعرف
فيه ، فان العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأشهد على التقاطها فهلك
عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد ، فقال مالك والشافعي
وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لا ضمان عليه ان لم يضع وان لم
يشهد ، وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها ان هلك ولم يشهد .

استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الأمانة الى الضمان ، قالوا : وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك . واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله ﷺ « من النقط لقطه فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت ، فان جاء صاحبها فهو أحق بها ، والا فهو مال الله يؤتية من يشاء » .

وتحصيل المذهب فى ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه : أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها . والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط . والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فان أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فان ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ، وقال أشهب : لا يضمن اذا ردها فى موضعها ، فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا أن يتهم .

وأما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا فיאخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك .

وتتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : انها فى رقبته اما أن يسلمه سيده فيها ، واما أن يفديه بقيمتها ، هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول ، فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن فى رقبته ، وقال الشافعي : ان علم بذلك السيد فهو الضامن ، وان لم يعلم بها السيد كانت فى 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

عن اذن الحاكم ، وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

* * *

باب في اللقيط

والنظر في أحكام الالتقاط وفي المتقط واللقيط وفي أحكامه

وقال الشافعي : كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفي وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الاشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبي الصغير غير البالغ ، وان كان مميزا ، ففيه في مذهب الشافعي تردد ، والمتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر دون المسلم ، لأنه لا ولاية له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط المتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة المتقط على من التقطه ، وان أنفق لم يرجع عليه بشيء .

وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه ، وقيل انه حر وولأؤه لمن التقطه ، وقيل انه حر وولأؤه للمسلمين ، وهو مذهب مالك . والذي تشهد له الأصول الا أن يثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه » .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوديعة

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار فى هذا الكتاب هى فى
أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة ، الا ما حكى
عن عمر بن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر
برد الأمانات ولم يأمر بالاشهاد ، فوجب أن يصدق المستودع فى
دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع ، قالوا : الا أن يدفعها اليه
ببينة فانه لا يكون القول قوله ، قالوا : لأنه اذا دفعها اليه ببينة فكأنه
اثتمنه على حفظها ولم يأتئنه على ردها ، فيصدق فى تلفها ولا يصدق
على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ، وقد قيل عن
ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببينة ، وبه قال الشافعى
وأبو حنيفة ، وهو القياس ، لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويبعد أن
تنتقض الأمانة ، وهذا غيمن دفع الأمانة الى اليد التى دفعتها اليه .

وأما من دفعها الى غير اليد التى دفعتها اليه ، فعليه ما على ولى اليتيم
من الاشهاد عند مالك والا ضمن ، يريد قول الله عز وجل :
« فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » (١) فان أنكر القابض
القبض فلا يصدق المستودع فى الدفع عند مالك وأصحابه الا ببينة ،
وقد قيل انه يتخرج من اذهب أنه يصدق فى ذلك ، وسواء عند مالك
أمر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها أو لم يأمر ، وقال أبو حنيفة :
ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه ،
فان أقر المدفوع اليه بالوديعة ، أعنى اذا كان غير المودع وادعى التلف
فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها الى أمانة وهو وكيل المستودع أو الى

(١) النساء : ٦ .

ذمة ، فان كان القابض أميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة :
بيراً الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الأمر الوكيل بالقابض ،
ومرة قال : لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض
بالمال .

وأما ان دفع الى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها
الى سلفا أو تسلفا في سلعة أو ما أشبه ذلك ، فان كانت الذمة قائمة
بريء الدافع في المذهب من غير خلاف ، وان كانت الذمة خربة فقولان .

والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعى حتى
يكون القول قوله مع يمينه ، فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها
اليه ، أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله في دعواه
التلف كدعوى المستودع عنده ، ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال :
لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ، ومن رأى المأمور بمنزلة
الأمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الأمر ،
وهو مذهب أبي حنيفة ، ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن
الا أن يحضر القابض المال ، واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على
أنه لا يضمن ، وقال الغير : يضمن .

وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لاضمان على صاحب الوديعة
الا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد ؟ فمن
مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها
لنفاقته ثم ردها فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل اذا ردها ،
وقال أبو حنيفة : ان ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وان رد مثلها
ضمن ، وقال عبد الملك والثافعي : يضمن في الوجهين جميعاً ، فمن غلط
الأمر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ، 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 أبو حنيفة : له أن يسافر بها اذا كان الطريق

آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ، ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ، وقال أبو حنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ، لأنه شبهه بأهل بيته ، وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة ومن أشبههم •

وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بيننا من ذلك أنه حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن وعند ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان عليه ، ويختلف في المذهب ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدعيها رجلان ، فقول يخلفان وتقسم بينهما ، وقيل أنه يضمن لكل واحد منهما . وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلاد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر •

واختلف في ذلك أصحاب الشافعي ، فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم ضمن ، وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال . ومن العلماء من يرى أنه واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها •

واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه ، هل ذلك الربح خلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا عنده . وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد ابن الحسن : يؤدي الأصل ويتصدق بالربح . وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح . وقال قوم . هو مخير بين الأصل والربح ، وقال قوم :

البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق
بالربح اذا مات .

فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ، ومن اعتبر الأصل قال :
الربح لصاحب المال . . . ولذلك لما أمر عمر رضى الله عنه ابنه عبد الله
وعبيد الله أن يصرفا المال الذى أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت
المال فاتجرا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قراضا ، فأجاب الى ذلك ،
لأنه قد روى أنه قد حصل للمعامل جزء ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك
عادل .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) .

كتاب العارية

والنظر فى العارية فى أركانها وأحكامها ، وأركانها خمسة : الاعارة ،
والمعير والمستعير ، والمعار ، والصيغة ، أما الاعارة فهى فعل خير ومندوب
اليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول : روى عن عبد الله بن عباس
وعبد الله بن مسعود أنهما قالا فى قوله تعالى : « ويمنعون الماعون » (١)
أنه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل
والقدر وما أشبه ذلك ، وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية
اما لرقبتها واما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصلح من المستعير أعنى أن
يعيرها .

وأما العارية فتكون فى الدور والأرضين والحيوان . وجميع ما يعرف
بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، ولذلك لا تجوز اباحة الجوار
للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الاعارة :
فهى كل لفظ يدل على الاذن . وهى عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة :
أى للمعير أن يسترد عاريته اذا شاء ، وقال مالك فى المشهور : ليس له
استرجاعها قبل الانتفاع ، وان شرط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه
مدة لمثل تلك العارية ، وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة
وغير اللازمة .

وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هى مضمونة أو أمانة ؟ فمنهم من
قال : انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها . وهو قول أشهب
والشافعى ، وأحد قولى مالك ، ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست
مضمونة أصلا وهو قول أبى حنيفة ، ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب

(١) الماعون : ٧ .

عليه اذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه .

وسبب الخلاف تعارض الآثار فى ذلك ، وذلك أنه ورد فى الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية « بل عارية مضمونة مؤداة » وفى بعضها « بل عارية مؤداة » وروى عنه أنه قال « ليس على المستعير ضمان » فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان ، ومن ذهب مذهب الجمع ففرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فجعل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، الا 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 فى الاجارة على أنها غير مضمونة : أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ، ويلزم الشافعى اذا سلم أنه لا ضمان عليه فى الاجارة أن لا يكون ضمان فى العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع ، لأنه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذا كانت منفعة الدافع مؤثرة فى اسقاط الضمان .

واختلفوا اذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ، وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل ، ويجىء على قول مالك اذا اشترط الضمان فى الموضع الذى لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم اجارة المثل فى استعماله العارية لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض أن يعير الا بأن يخرجها فى ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد الى معلوم .

واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدّة التى استعار اليها ، فقال مالك : المالك بالخيار ان شاء أخذ المستعير

بقلع غراسته وبنائه ، وان شاء أعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قبمه بعد القلع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ، وقال الشافعي : اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع ، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرث ، أو يتملك ببدل ، فأياها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فان أبى كلف تفريغ الملك •

وفى جواز بيعته للنقض عنده خلاف ، لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعي أخذه المستعير بالقلع دون أرث هو ظلم ، ورأى مالك أن عليه اخلاء المحل ، وان العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه ان استعمال العارية استعمالا ينقصها عن استعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال •

واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع 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 الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره » ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم •

واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقي منه أولا وآخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلى سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك •

وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال : كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط ، فمنعه صاحب الحائط . فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن ابن عوف بتحويله وقد عدل الشافعى مالكا لادخاله هذه الأحاديث فى موطئه ، وتركه الأخذ بها .

وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يطل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه » وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبى هريرة . وعند مالك أنها محمولة على النذب ، وأنه اذا أمكن أن تكون مختصة وأن تكون على النذب فحملها على النذب أولى ، لأن بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض .

وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج . ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف فى تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .



(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الغصب

وفيه بابان : الأول : فى الضمان . وفيه ثلاثة أركان : الأول :
الموجب للضمان . والثانى : ما فيه الضمان . والثالث : الواجب . وأما الباب
الثانى : فهو فى الطوارئ ، على المعصوب .

أبواب الأول

فى الضمان

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان . فهو اما المباشرة لأخذ المال
المعصوب أو لاتفاه ، واما المباشرة للسبب المتلف ، واما اثبات اليد عليه .
واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول المتلف
بواسطة سبب آخر ؟ هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصا
فيه طائر فيطير بعد الفتح . فقال مالك : يضمه . هاجه على الطيران
أو لم يهجه . وقال أبو حنيفة لا يضم على حال ، وفرق الشافعى بين
أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه ، فقال : يضم ان هاجه : ولا يضم
ان لم يهجه ، ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شىء فهلك ، فمالك
والشافعى يقولان : ان حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه
والا لم يضم ، ويجىء على أصل أبى حنيفة أنه لا يضم فى مسألة
الطائر ، وهل يشترط فى المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن
الأموال تضمن عمدا وخطأ ، وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من
هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً ؟ فالمعلوم عند الشافعى
أنه يشترط أن يكون مختاراً ، ولذلك رأى على المكروه الضمان : أعنى المكروه
على الاتلاف .

(الركن الثانى) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل ميل أتلف عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق ، واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار . فقال الجمهور : أنها تضمن بالغصب . أعنى أنها ان انهدمت الدار ضمن قيمتها . وقال أبو حنيفة : لا يضمن .

* * *

(الركن الثالث) وهو الواجب فى الغصب . والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه . وهذا لا اختلاف فيه ، فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل ، أعنى مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا فى العروض فقال مالك : لا يقضى فى العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك . وقال الشافعى وأبو حنيفة وداود : الواجب فى ذلك مثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل .

وعمدة مالك حديث أبى هريرة المشهور عن النبى ﷺ : « من أعتق شقصاً له فى عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل » الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة .

وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » (١) ولأن منفعة الشيء فلا تكون هى المقصودة عند المتعدى عليه . ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره « أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نساءه ، فأرسلت احدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبى ﷺ الكسرتين فضم احدهما الى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام وهو يقول : غارت أمكم كلوا كلوا ، حتى جاءت قصعتها التى فى بيتها ، وحبس رسول الله ﷺ القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول ، وحبس المكسورة فى بيته » وفى حديث آخر : « أن عائشة كانت هى التى

غارث وكسرت الإناء ، وأنها قتالت لرسول الله ﷺ : « ما كفارة ما صنعت ؟
قال : اناء مثل اناء ، وطعام مثل طعام » •

* * *

الباب الثاني

فى الطوارىء

والطوارىء على المعصوب اما بزيادة واما بنقصان ، وهذان اما من قبل المخلوق ، واما من قبل الخالق • فأما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فانه ليس له الا أن يأخذه ناقصاً ، أو يضمه قيمته يوم الغصب ، وقيل ان له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب • وأما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمعصوب مخير فى المذهب بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ، وذهب أشهب الى أنه مخير بين أن يضمه القيمة أو يأخذه ناقصاً ، ولا شىء له فى الجناية كالتى يصاب بأمر من السماء ، واليه ذهب ابن المواز •

والسبب فى هذا الاختلاف أن من جعل المعصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث فى ملك صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيئاً سواء أكان من سببه أو من عند الله ، وهو قياس قول أبى حنيفة •

وبالجملة فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط • ومن جعل المعصوب مضموناً على الغاصب بقيمته فى كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمن النقصان ، سواء أكان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعى أو قياس قوله • ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب ، وبين الجناية التى تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم ، فعمدته قياس التشبه ، لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشىء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه ،

* * *

كما لو جنى عليه وهو فى ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب ففك عليه •

وأما ان كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنائيات ، فهذا حكم الجنائيات على العين فى يد الغاصب • وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فانها تنقسم عند مالك الى قسمين : جناية تبطل يسيراً من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما تنقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحاً ويقوم بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين •

وأما ان كانت الجناية ما تبطل الغرض المقصود ، فان صاحبه يكون مخيراً ان شاء أسلمه للجانى وأخذ قيمته ، وان شاء أخذ قيمة الجناية ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : ليس له الا قيمة الجناية •

وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب ، وتشبيهه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين • وأما النماء فانه على قسمين : أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب • والثانى أن يكون مما أحدثه الغاصب • فأما الأول فانه ليس بفوت •

وأما النماء بما أحدثه الغاصب فى الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين : أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ، ما له عين قائمة كالصبيغ فى الثوب والنقش فى البناء وما أشبه ذلك • والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت •

فأما الوجه الأول : وهو أن يجعل فيه من ماله عين قائمة ، فانه ينقسم الى قسمين : أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة بينيها وما أشبه ذلك • والثانى أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فأما الوجه الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ما له فيها مما جعله من نقيص

أو غيره ، وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد
حط أجر القلع ، وهذا ان كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا غيره ،
وانما يستأجر عليه ، وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا ان كانت
له قيمة ، وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المصوب فيه شيء ،
لأن من حق المصوب أن يعبد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ،
فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال •

وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما
أسببه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه ، الا فى
السويق الذى يلبته فى السمن وما أسببه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما
يدخله من الربا ويكون داك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة
فيما لا مثل له •

وأما الوجه الثانى من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث
الغاصب فيما أحدثه فى الشيء المصوب سوى العمل ، فان ذلك أيضاً
ينقسم قسمين : أحدهما أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه
بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفولة والثانى أن يكون العمل كثيراً ينتقل
به الشيء المصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه
والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق
فيه للغاصب ، ويأخذ المصوب منه الشيء المصوب معمولاً ، وأما الوجه
الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المصوب يوم غصبه أو مثله
فيما له مثل ، هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى ، وأشهب يجعل
ذلك كله للمصوب ، أصله مسألة البنيان فيقول : انه لا حق للغاصب فيما
لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفولة والنسج والدباغ والطحين •

وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تقويت يلزم الغاصب فيه القيمة
يوم الغصب ، وقد قيل انهما يكونان شريكين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا
بقيمة الثوب ان أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وان أبى الغاصب
أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب
المقطة وقال : ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية •

وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : انه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه • وسواء أكان منفعة أو عينا ، الا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » لكن هذا مجمل ، ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذى غصبه ، أعنى ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب فى غير المغصوب تغير أو لم يتغير •

وأما حكم غلته ، فاختلاف فى ذلك فى المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، والثانى أن حكمها بخلاف الشيء المغصوب ، فمن 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 أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب •

وأما الذين ذهبوا الى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب ، فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها ان تلفت ببينة أنه لا ضمان على الغاصب ، وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه •

وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام : أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته • وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها - وغلل غير متولدة بل هى منافع ، وهى الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك •

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يردده كالولد مع الأم المغصوبة وان كان ولد الغاصب • وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ، وقال الشافعى : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس •

وأما ان كان متولدا على غير خلقة الأصل وصورته ففيه قولان :
أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثانى أنه يلزمه رده مع الشيء
المغصوب ان كان قائما أو قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من
قوله، فان تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمه بقمته ولا شيء له
فى الغلة ، وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة .

وأما ما كان غير متولد ، فاختلّفوا فيه على خمسة أقوال : أحدها أنه
لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل . والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل
أيضا . والثالث أنه يلزمه الرد ان أكرى ، ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل .
والخامس الفرق بين الحيوان والأصول ، أعنى أنه يرد قيمة منافع
الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتل من العين
المغصوبة مع عينها وقيامها .

وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر
بها فيربح ، فالغلة قولاً واحداً فى المذهب ، وقال قوم : الربح للمغصوب
وهذا أيضاً اذا قصد غصب الأصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون
الأصل فهو ضامن للغلة باطلاق ، ولا خلاف فى ذلك سواء عطل أو انتفع
أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لا يزال به وقال أبو حنيفة : انه من
تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها
ولا فى حملة ، لأنه ضامن لها ان تلفت فى تعديه ، وهذا قوله فى كل
ما ينقل ويحول ، فانه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار فى ذمته
جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما اتجر به من المال المغصوب ، وان
كان الفرق بينهما أن الذى اتجر به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول عينه .

وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم
فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » وقوله
عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب ، وهو فى غلام قيم فيه بعيب ،
فأراد الذى صرف عليه أن يرد المشتري غلته ، وإذا خرج العام على سبب
هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف فقهاء الأمصار

مشهور ، فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة ، مثل أن يشتري شبيثا فيستغله فيستحق منه •

وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة : أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثاني • وأما من عكس الأمر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمنان » على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » بأن جعل ذلك في الرقبة تون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب • وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فانقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحداً ، وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر •

وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان ، وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا بالجملة وبنينا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير •

وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر ، ففضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وانما لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها ، الا ماروى في المشهور عن مالك أن من زرع زرعا في أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض •

وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : ان كل مالا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد وروى

عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام « من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء » .
واختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال :

أحدها أن كل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثانى أن لا ضمان عليه . والثالث أن الضمان على أرباب البيهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار . والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولا ضمان فى المنفلت ، ومن قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى ، وبأن لا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه ، وبالضمان باطلاق ، قال الليث ، الا أن الليث قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه .

فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيثان : أحدهما قوله تعالى :
« **وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفثت فيه غنم القوم** » (١)
والنفس عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثانى مرسله عن ابن شهاب « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته المواشى 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 فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن ، والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم فى المسرح وأما إذا كانت فى أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا .

وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له ، وذلك أنه تعد من المرسل . والأصول على أن على المعتدى الضمان ، ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين ، فان المنفلت لا يملك .

فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعبءه لبعض ، أعنى أن الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ويعارض أيضاً التفرقة التى فى حديث البراء ، وكذلك التفرقة التى فى حديث البراء تعارض أيضاً قوله « جرح العجماء جبار » •

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها ، وكتب الى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر بن عبد العزيز ، وقال الشافعى ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص فى ثمنها قياساً على التعدى فى الأموال ، والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا : اذا قال المصاحب قولاً ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه انما صار الى القول به من جهة التوقيف ، فسبب الخلاف اذن معارضة القياس لقول المصاحب •

ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟ فقال مالك والشافعى : لا غرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه ، وقال أبو حنيفة والثورى : يضمن قيمته على كل حال •

وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود ، واذا كان ذلك فى النفس كان فى المال أحرى ، لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياساً أيضاً على اهدار دم الصيد الحرمى اذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعى • وعمدة أبى حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة اليها ، أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبيعير من جهة ما هو ذو نفس •

ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهه على الزنا ، هل على مكرهها مع الحد صدق أم لا ؟ فقال مالك والشافعى والليث : عليه المصدق

والحد جميعا وقال أبو حنيفة والثوري : عليه الحد ولا صداق عليه ،
وهو قول ابن شبرمة •

وعمدة مالك أنه يجب عليه حقان : حق الله وحق للادمى ، 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 إذ كان النكاح
شرعيا ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذى على غير
الشرع •

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها
بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعى : يحكم
على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ، وقال أبو حنيفة :
تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ، وعند
الشافعى لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة • وهنا انقضى هذا
الكتاب •

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) •

كتاب الاستحقاق

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق ، وتحصيل
أصول أحكام هذا الكتاب أن الشيء المستحق من يد انسان بما تثبت به
الأشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق
من يده الشيء المستحق بشراء أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء
أقله أو كله أو جله ، ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد
تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو
أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مضمون •

فأما ان كان استحق منه أقله ، فانه انما يرجع عند مالك على الذى
اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجملة • وأما
ان كان استحق كله أو جله ، فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع
المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه وان كان
اشتراه بالمضمون رجع بالثمن بعينه ان كان لم يتغير ، فان تغير تغيرا
يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وان كان المال المستحق
قد بيع ، فان للمستحق أن يمضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ، فهذا
حكم المستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق ، فان تغير الشيء
المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان •

فأما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذى
استحق من يده الشيء ، أو بزيادة من ذات الشيء فأما الزيادة من ذات
الشيء فيأخذها المستحق ، هثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام • وأما
الزيادة من قبل المستحق منه . فمثل أن يشتري الدار فبنى فيها فتستحق
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 . هـ .
بقدر قيمة ما استحق من يده . وهذا بقدر قيمة ما بنى أو غرس ، وهو
قضاء عمر بن الخطاب .

وأما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه ، مثل أن يشتري
أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة . فانهم
اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد . واختلفوا في أخذ
قيمتهم .

وأما الأم فقيل يأخذها بعينها ، وقيل يأخذ قيمتها . وأما ان كان
الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خوف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع
الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمنه قيمة الولد لم يرجع بذلك على
من غره ، لأن الغرر لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق . فانه
إذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه ، وأعنى
بالضمان أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده .

وأما إذا كان غير ضامن . مثل أن يكون وارثا فيطراً عليه وارث
آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن
الا أنه ادعى فى ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية ، فانه وان هلك عنده
يرجع بالثمن ففيه قولان : أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن
إذا وجد على من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل
يوم الحكم ، وقيل من يوم ثبوت الحق ، وقيل من يوم توقيفه .

وإذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى أحد هذه الأوقات الثلاثة
فاذا كانت أصولا فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده ،
فقيل انها للمستحق ما لم تبيس ، وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى ،
وعالج المستحق من يديه ، وهذا ان كان اشترى الأصول قبل الابار .

وأما ان كان اشترىها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم
ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج ، وقله أشهب : هى للمستحق ما لم
تجد . والأرض إذا استحقت ، فالكراء انما هو للمستحق ان وقع

الاستحقاق فى ابا ن زريعة الأرض • وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه • وأما ان كان بغير نقصان ، فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شىء على المستحق من يديه •

وأما ان كان أخذ له ثمننا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض • قال القاضى : ولم أجد فى هذا الباب خلاة يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهى أصولهم فى هذا الباب ، ولكن يجىء على أصول الغير أنه اذا كان المستحق مشتري بعرض ، وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته ، وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل ، وكذلك يجىء على أصول الغير أن يرجع على المشتري اذا استحق منه قليل أو كثير ، لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض •

كامل كتاب الاستحقاق بحمد الله •

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) •

كتاب الهبات

والنظر فى الهبة : فى أركانها ، وفى شروطها ، وفى أنواعها ، وفى
أحكامها • ونحن انما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة •
فنقول : أما الأركان فهى ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة •
أما الواهب فانزم اتفقوا على أنه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح
الملك ، وذلك اذا كان فى حال الصحة وحال اطلاق اليد ، واختلفوا فى حال
المرض وفى حال السفه والفلس •

أما المريض فقال الجمهور : انها فى ثلثه تشبيهاً بالوصية ، أعنى
الهبة التامة بشروطها ، وقالت طائفة من السلف وجماعة 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 النبى عليه الصلاة والسلام :
« فى الذى أعتق ستة أعبد عند موته ، فأمره رسول الله ﷺ فأعتق ثلثهم
وأرق الباقي » وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال : أعنى حال الاجماع ،
وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم
الاجماع فى المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بيينة ، والحديث
عندهم محمول على الوصية ، والأمراض التى يججز فيها عند الجمهور
هى الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون
بين الصفين ، وقرب الحامل من الموضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه
اختلاف •

وأما الأمراض الزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا
فى كتاب الحجر • وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول

بالحجر عليهم أن هبتم غير ماضية • وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه • واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي •

واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة ، أو في جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب جميع ماله ، وقال مالك : يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض •

ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف في ألفاظه ، والحديث أنه قال « ان أباه بشيراً أتى به الى رسول الله ﷺ فقال : انى نحات ابني هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله ﷺ : أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ قال : لا ، قال رسول الله ﷺ : فارتجعه » واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضى بطلان الهبة • وفى بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام « هذا جور » •

وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب فى صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإن كان ذلك للأجنبي فهو للولد أخرى • واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : « والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الى غنى بعدى منك ، ولا أعز على فقراً بعدى منك ، وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتته واحترتته كان لك ، وانما هو اليوم مال وارث » قالوا : وذلك الحديث المراد به النذب ، والدليل على ذلك أن فى بعض رواياته : « ألتست تريد أن يكونوا لك فى البر واللطف سواء ؟ قال : نعم ، قال : فأشهد على هذا غيرى » •

وأما مالك فإنه رأى أن النهى عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله • فسبب (٢٦ - بداية المجتهد - ثان)

الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النهي الوارد ، وذلك أن النهي يقتضى عند الأكثر بصيغة التحريم ، كما يقتضى الأمر الوجوب ، فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب ، أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر 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 المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور : تصح ، وقال أبو حنيفة : لا تصح • وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع •

وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ، ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجمله كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر ، وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن ، وأما الهبة فلا بد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع • ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه •

وأما الشروط فأشهرها القبض ، أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب ، وقال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله اذا باع تفصيل أن علم فتوانى لم يكن له الا الثمن ، وان قام في الفور كان له الموهوب • فمالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة •

وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد . وليس القبض من شروطها أصلاً ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون .

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهاً بالبيع . وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض . وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر رضى الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة .

وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلاً ثم يمسونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالى بيدى لم أعطه أحداً . وإن مات قال هو لابنى تمد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يجزها الذى نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة ، وهو قول على ، قالوا : وهو اجماع من الصحابة ، لأنه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف .

وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً : أعنى القياس وما روى عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هى عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه .

وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يحوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفبه الذى ما وهبه كما يحوز لهما ما وهبه غيره لهما ، وأنه يكفى فى الحيازة له اشهاده بالهبة والاعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين . والأصل فى ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنا له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلته فأعلن ذلك وأشهد عليه فهى

حيازة وان وليها ، وقال مالك وأصحابه : لا بد من الحيازة فى المسكون والملبوس ، فإن كانت دارا سكن فيها خرج منها ، وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة ، وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء ، أعنى أنه يكفى فى ذلك اعلانه واشهاده .

وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروى عنه أنه لا يجوز الا أن يخرج الأب عن يده الى يد غيره ، وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها فى ظرف أو ائنا وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصى يقوم فى ذلك مقام الأب .

واختلفوا فى الأم : فقال ابن القاسم : لا تقوم مقام الأب ، ورواه عن مالك ، وقال غيره من أصحابه : تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : الجد بمنزلة الأب ، والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

القول فى أنواع الهبات

والهبة منها ما هى هبة عين ، ومنها ما هى هبة منفعة . وهبة المعين منها ما يقصد بها الثواب ، ومنها ما لا يقصد بها الثواب . والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف فى جوازها ، وانما اختلفوا فى أحكامها .

وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ، فأجازها مالك وأبو حنيفة ، ومنعها الشافعى ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هى بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التى لا تجوز ، ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز . وكان مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟ فقيل تلزمه الهبة

إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل لا تلزمه الا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ما سيأتي بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك •

وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغنى ، أو لمن يرى أنه انما قصد بذلك الثواب •

وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى غارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمري ، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار ، حياته ، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال :

أحدها أنها هبة مبتوتة : أى أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة •

والقول الثانى أنه ليس للمعمر فيها الا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو الى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته •

والقول الثالث أنه إذا قال : هى عمري لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور •

وسبب الخلاف فى هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر • أما الأثر غنى ذلك حديثان : أحدهما متفق على صحته ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه فانها للأذى يعطاها لا ترجع الى الذى أعطائها أبدا » لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث •

والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « يا معشر الأنصار أمسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فمن أعمر شيئا

حياته فهو له حياته ومماته » وقد روى عن جابر بلفظ آخر « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو لورثته » فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر .

وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر الا أنه يخيل أنه أقل في المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوهم تبثيت العتية ، فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك : وأما من قال ان العمري تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ، ولا تعود ان ذكر ، فانه أخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه ، أعني رواية أبي الزبير عن جابر .

وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمري وان لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والاسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور في العمري . والحق أن الاسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفاً له اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر .



القول في الأحكام

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة ، وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق للغير ، وأن للأُم أيضاً أن تعتصر ما وهبت ان كان الأب حياً ، وقد روى عن مالك أنها لا تعتصر ، وقال أحمد وأهل الظاهر : لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ، وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه الا ما وهب لذي رحم محرمة عليه . وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها .

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار ، فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لواهب أن يرجع في هبته الا الوالد » وقاس الأم على الوالد ، وقال الشافعي : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ، وقال غيره : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثقة •

وأما من آجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه 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 اذ لم يرض منها • قالوا : وأيضا فان الأصل أن من وهب شيئا عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد ، الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة •

وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فانه يرثها وفي مراسلات مالك أن رجلا أنصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا بمورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : « قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك » وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت : كنت قد تصدقت على أمى بوليذة ، وانها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال ﷺ : « وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث » وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « لا تشتره - في الفرس الذي تصدق به - فان العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » والحديث متفق على صحته قال القاضى : والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الأخلاق ، وهذا القدر كاف في هذا الباب •

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) •

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين • القسم الأول : النظر فى الأركان •
والثانى : فى الأحكام • ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من
المسائل المشهورة •

القول فى الأركان

والأركان أربعة : الموصى ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية •
أما الموصى فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك
وصية السفية والصبى الذى يعقل القرب ، وقال أبو حنيفة لا تجوز
وصية الصبى الذى لم يبلغ ، وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر
تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم • وأما الموصى له فانهم اتفقوا على
أن الوصية لا تجوز لو ارث لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية
لو ارث » واختلفوا هل تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهور العلماء : انها
تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ، وقال الحسين وطاوس : ترد الوصية
على القرابة ، وبه قال اسحاق ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى : « الوصية
للوالدين والأقربين » (١) والألف واللام تقتضى الحصر •

واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن رجلا
أعتق ستة أعبد له فى مرضه عند موته لا مال له غيرهم ، فأقرع
رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » والعبيد غير القرابة ،
وأجمعوا — كما قلنا — أنها لا تجوز لو ارث اذا لم يجزها الورثة •

(١) البقرة : ١٨٠ •

واختلفوا — كما قلنا — اذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزنى : لا تجوز . ونسب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة قال : لا تجوز وان أجازها الورثة ، ومن قال بالبيع لحق الورثة أجازها اذا أجازها الورثة ، وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟

واختلفوا فى الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصى له ، وهم الجمهور ، وقال قوم : لا تبطل ، وفى الوصية للقاتل خطأ وعمداً فى هذا الباب فرع مشهور ، وهو اذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا فى ذلك بعد موته ؟ فقول لهم ، وقيل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة فى عيال الميت أو لا يكونوا ، أعنى أنهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع ، والثلاثة الأقوال فى المذهب .



القول فى الموصى به والنظر فى جنسه وقدره

أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية فى الرقاب ، واختلفوا فى المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ، وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة . وعمدة الجمهور أن المنافع فى معنى الأموال ، وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة الى ملك الورثة ، لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره ، والى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر .

وأما القدر فان العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية فى أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيما لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وانما صار الجميع الى أن الوصية لا تجوز فى أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « أنه عاد سعد بن أبى وقاص قال له : يارسول الله . . . قد بلغ منى الوجود ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى ، أفأتصدق بثلثى مالى ؟ فقال له

رسول الله ﷺ : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله ﷺ : الثالث ، والثالث كثير . • انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس » فصار الناس لكان هذا الحديث الى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثالث . •

واختلفوا في المستحب من ذلك . فذهب قوم الى أنه ما دون الثالث ، لقوله عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث « والثالث كثير » وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب الى . •

وأما من ذهب الى أن المستحب هو الثالث فانهم اعتمدوا على ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « ان الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم » وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس أنه قال : لو غض الناس في الوصية من الثالث الى الربع لكان أحب الى ، لأن رسول الله ﷺ قال : « الثالث ، والثالث كثير » . •

وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثالث لمن لا وارث له ، فان مالكا لا يجيز ذلك والأوزاعي ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبو حنيفة واسحاق ، وهو قول ابن مسعود . وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علته بها الشارع أم ليس بخاص ، وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكفون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : « انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس » فمن جعل هذا السبب خاصا وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ، ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة ، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثالث . •

* * *

القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية

والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عنق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا

العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعنى أن للموصى أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتى فى كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصى •

واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له اياها شرط فى صحة الوصية ، وزوى عن الشافعى أنه ليس القبول شرطاً فى صحتها ، ومالك شبهها بالهبة •

* * *

القول فى الأحكام

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية • فمن مسائلها المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من أوصى بثلاث ماله لرجل وعين ما أوصى له به فى ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذى عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت ، وخالفه فى ذلك أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود •

وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية • وعمدة مالك أماكن صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر فى هذه المسألة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا ، فان ثبت ذلك أخذ منه الموصى قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة ، وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه ، وإذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشيء الموصى به هو فرق الثلث ، فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا اليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، أما فى ذلك الشيء بعينه ، وأما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك ، وقال أبو حنيفة والشافعى : له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ما ترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث •

وسبب الخلاف ان الميت لما تعدى فى أن جعل وصيته فى شىء بعينه ، فهل الأعدل فى حق الورثة أن يخيروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركاً ، وهذا هو الأولى اذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونه أكثر من الثلث ، أعنى أن الواجب أن يسقط التعيين • واما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم •

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها فهل هى من الثلث ، أو من رأس المال ؟ فقال مالك : اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها . وقال الشافعى : يلزم الورثة اخراجها من رأس المال ، واذا وصى ، فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث ، وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال تشبهها بالدين لقول رسول الله ﷺ : « فدين الله أحق أن يقضى » وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنه ، ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ، ولا خلاف أنه لو أخرجها فى الحياة أنها من رأس المال ولو كان فى السياق ، وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة ، أعنى فى توصيته باخراجها ، قال : ولو أجزى هذا لجاز للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره [حتى] اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زك الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها ، وقال أبو حنيفة : هى وسائر الوصايا سواء ، يريد فى المحاصة • واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التى يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية أنها تتخاص فى الثلث ، واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم •

واختلفوا فى الترتيب على ما هو مسطور فى كتبهم • ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد ، فعند مالك والشافعى أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً ، 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 ؟ فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذ كان مشاعا قال : يقتسمون المال أخماسا ، ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيننا 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 أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعي تكون في المالين • وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدير يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم • وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الأجناس ، ولا خلاف بينهم أن للرجل أن يوصى بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة الأعظمى الكلية التي للامام أن يوصى بها •

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الفرائض

والنظر فى هذا الكتاب • فيمن يرث ، وفيمن لا يرث • ومن يرث
هل يرث دائما ، أو مع وارث دون وارث ، واذا ورث مع غيره
فكم يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ واذا ورث مع وارث ، فهل
يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف ؟ • والتعليم فى هذا يمكن
على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسبيل الحاضرة فى
ذلك بأن يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس
وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر الى الولد اذا
انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين •

فأما الأجناس الوارثة فهى ثلاثة : ذو نسب ، وأصهار ، وموالى • فأما
ذو النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها • فأما المتفق عليها فهى
الفروع : أعنى الأولاد ، والأصول : أعنى الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو
اناثا ، وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الأصل الأدنى : أعنى الاخوة
ذكورا أو اناثا ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد فى أصل واحد وهم الأعمام
وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء اذا فصلوا
كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ، أما الرجال : فالابن وابن
الابن وان سفل والأب والجد أبو الأب وان علا والأخ من أى جهة كان :
أعنى للأب أو لأحدهما وابن الأخ وان سفل والعم وابن العم
وان سفل والزوج ومولى النعمة •

وأما النساء : فالابنة وابنة الابن وان سفلت والأم والجدة وان
علت والأخت والزوجة والمولاة • وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ،
وهم من لا فرض لهم فى كتاب الله ولا هم عصبه ، وهم بالجملة بنو

البنات وبنات الاخوة وبنو الآخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للأم فقط وبنو الاخوة للأم والعمات والخالات والأخوال ، فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث لهم ، وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم •

والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم ، فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصابات ، وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل . وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به • وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع ، وجميع ذلك معدوم فى هذه المسألة •

وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس • أما الكتاب فقوله تعالى : « وأولوا الأرحام »^(١) و « الوالدان والأقربون »^(٢) واسم القرابة ينطلق على ذوى الأرحام ، ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات الموراث •

وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله ﷺ 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 الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع لهم سببان : القرابة والاسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد •

وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه فشبهاوا الارث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض

(٢) النساء : ٧ ، ٣٣ .

(١) الأنفال : ٧٥ .

والعصبات لذوى الأرحام وجب أن يكون لهم ولاية الارث ، وللفریق الأول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف • واذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر من ذلك ما يجرى مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها •

(ميراث الصلب) وأجمع المسلمون على أن ميراث الأولاد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكورا واناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال ، وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة أن لها النصف ، وان كن ثلاثا فما فوق فلهن الثلثان •

واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : للثنتين النصف • والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى : « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » (١) هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ، وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر « أن النبى ﷺ أعطى البنيتين الثلثين » قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل : قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون •

وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين » (٢) الى قوله : « وان كانت واحدة فلها النصف » (٣) وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ، الا شئ روى عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ، ولا الأم من الثلث الى السدس •

(٢) النساء : ١١ •

(١) النساء : ١١ •

وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصليب اذا
استكمل بنات المتوفى الثالثين •

واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهم أو أبعد
منهن ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن
بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال على
رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة • وذهب أبو ثور وداود أنه اذا
استكمل البنات الثلثين أن الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن فى مرتبة
واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه • وكان ابن مسعود يقول فى هذه :
« للذكر مثل حظ الأنثيين » ^(١) الا أن يكون الحاصلة النساء أكثر من
السدس فلا تعطى الا السدس •

وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم ،
للذكر مثل حظ الأنثيين » ^(١) ، وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ،
وأيضاً لما كان ابن الابن يعصب من فى درجته فى جملة المال فواجب
أن يعصب فى الفاضل من المال • وعمدة داود وأبى ثور حديث
ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « اقسما المال بين أهل الفرائض على
كتاب الله عز وجل ، فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر » ومن طريق
المعنى أيضاً أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين
كان أحرى أن لا ترث مع غيرها •

وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح وأما قول
ابن مسعود فمبنى على أصله فى أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم
الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع
الانفراد ، وهى حجة قريية من حجة داود ، والجمهور على أن ذكر ولد
الابن يعصبهن كان فى درجتهم أو أطرف منهم •

وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يعصبهن الا اذا كان فى مرتبتهم ،
وجمهور العلماء على أنه اذا ترك المتوفى بنتا لصلب وبنت ابن أو بنات

(١) النساء : ١١ •

ابن ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس تكلمة الثلثين ، وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال فى ابن الابن مع الابن ، فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين : مع بنى الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن ، وقيل لا يرثن ، واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصياً مطلقاً ، وقيل يرثن تعصياً الا أن يكون أكثر من السدس ، واذا قيل يرثن فقيل أيضاً اذا كان ابن الابن فى درجتهم وقيل كيفما كان ، والمحتصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكلمة الثلثين قيل يرثن ، وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات) وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن النصف ذكراً كان الولد أو أنثى ، الا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها ان تركت ولداً فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولداً ولا ولد ابن الربع ، فان ترك ولداً أو ولد ابن فالثلث ، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد ، وهذا لورود النص فى قوله تعالى : « **ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد** » (١) الآية .

(ميراث الأب والأم) وأجمع العلماء على أن الأب اذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه اذا انفرد الأبوان كان للأب الثلث وللأب الباقى لقوله تعالى : « **وورثه أبواه فلأمه الثلث** » (٢) وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنتهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان ، أعنى أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى : « **ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد** » (٣) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الأنثى ، وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد ، وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم

(٢) النساء : ١١ .

(١) النساء : ١٢ .

(٣) النساء : ١١ .

يجحبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى : « فان كان له اخوة
فلامه السدس » (١) .

واختلفوا فى أقل ما يحجب للأم من الثلث الى السدس من الاخوة ،
فذهب على رضى الله عنه رابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما
اثنان فصاعدا ، وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعدا ،
وأن الاثنيين لا يحجبان الأم من الثلث الى السدس ، والخلاف آيل الى
أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ، فمن 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 فى قوله تعالى :
« فان كان له اخوة » ولا خلاف أن الذكر والأنثى يدخلان تحت اسم
الاخوة فى الآية وذلك عند الجمهور .

وقال بعض المتأخرين لا أنقل الأم من الثلث الى السدس بالأخوات
المنفردات ، لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون
معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث ، اذ اسم الاخوة هو جمع
أخ ، والأخ مذكر .

واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الأم
بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة ، فقال الجمهور : ذلك
السدس للاب مع الأربعة الأسداس . وروى عن ابن عباس أن ذلك
السدس للاخوة الذين حجبوا ، وللأب الثلثان لأنه ليس فى الأصول من
يجحب ولا يأخذ ما حجب الا الاخوة مع الآباء ، وضعف قوم الاسناد
بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس .

واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالعرابين ، وهى فيمن
ترك زوجة وأبوين ، أو زوجا وأبوين ، فقال الجمهور : فى الأولى للزوجة
الربع ، وللأم ثلث ما بقى ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقى
وهو النصف ، وقالوا فى الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو

السدس من رأس المال ، وللاب ما بقى وهو السدسان ، وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه • وقال ابن عباس فى الأولى : للزوجة الربع من رأس المال ، وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض ، وللاب ما بقى لأنه عاصب ، وقال أيضا فى الثانية : للزوج النصف ، وللأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى ، وللاب ما بقى ، وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة •

وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا اذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللاب الباقي ، وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال ، كأنهم 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 ههنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالايثار : أعنى الأب من الأم •



(ميراث الاخوة للأم) وأجمع العلماء على أن الاخوة للأم اذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرا كان أو أنثى وأنهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء •

وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة : وهم الأب والجد أو الأب وان علا ، والبنون ذكرانهم واناثهم ، وبنو البنين وان سفلوا ذكرانهم واناثهم ، وهذا كله لقوله تعالى : « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت » (١) الآية ، وذلك أن الاجماع انعقد على المقصود بهذه الآية هم الاخوة للأم فقط . وقد قرئ « وله أخ أو أخت من أمه »

وكذلك أجمعوا فيما أحسب مهنا على أن الكلالة هي فقد الأصناف الأربعة
التي ذكرنا من النسب : أعنى الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين •

* * *

(ميراث الاخوة للأب والأم أو للأب) وأجمع العلماء على أن
الاخوة للأب والأم أو للأب فقط يرثون فى الكلالة أيضاً • أما الأخت
إذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، كالحال فى
البنات ، وأنهم ان كانوا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال
البنين مع البنات ، وهذا لقوله تعالى : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى
الكلالة » (١) الا أنهم اختلفوا فى معنى الكلالة مهنا فى أشياء واتفقوا
منها فى أشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى ، فمن ذلك أنهم أجمعوا
من هذا الباب على أن الاخوة للأب والأم ذكرانا أو اناثا أنهم لا يرثون
مع الولد الذكر شيئاً ، ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئاً •

واختلفوا فيما سوى ذلك ، فمنها أنها اختلفوا فى ميراث الاخوة
للأب والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور الى أنهن عصبية يعطون
ما فضل عن البنات ، وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة الى أن الأخت
لا ترث مع البنت شيئاً • وعمدة الجمهور فى هذا الحديث ابن مسعود عن
النبي ﷺ أنه قال فى ابنة وابنة ابن وأخت « ان للبنات النصف ولابنة
الابن السدس تكلمة الثلثين وما بقى فلاأخت » • وأيضاً من جهة النظر
لما أجمعوا على توريت الاخوة مع البنات ، فكذلك الأخوات •

وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى : « ان امرؤ هلك ليس له ولد
وله أخت » (٢) فلم يجعل للأخت شيئاً الا مع عدم الولد ، والجمهور
حملوا اسم الولد مهنا على الذكور دون الاناث • وأجمع العلماء من هذا
الباب على أن الاخوة للأب والأم يجيبون الاخوة للأب عن الميراث
قياساً على بنى الأبناء مع بنى الصلب • قال أبو عمر : وقد روى ذلك فى
حديث حسن من رواية الأحاد العدول •

(٢) النساء : ١٧٦ •

(١) النساء : ١٧٦

عن علي رضي الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ أن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » وأجمع العلماء على أن الأخوات للآب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للآب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، وأنه ان كانت الأخت للآب والأم واحدة فللأخوات الآب ما كن بقية الثلثين وهو السدس .

واختلفوا اذا كان مع الأخوات للآب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، واشترط مالك أن يكون في درجتهم ، وقال ابن مسعود : اذا استكمل الأخوات الشقائيق الثلثين فالباقي للذكور من الاخوة للآب دون الاناث ، وبه قال أبو ثور ، وخالفه داود في هذه المسألة ، مع موافقته له في مسألة بنات الصلب وبنى البنين ، فان لم يستكملن الثلثين ، فللذكر عنده من بنى الآب مثل حظ الأنثيين ، الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن . وأدلة الفريقين في هذه المسألة هي تلك الأدلة بأعيانها .

وأجمعوا على أن الاخوة للآب يقومون مقام الاخوة للآب والأم عند فقدهم ، كالحال في بنى البنين مع البنين ، وأنه اذا كان معهن ذكر عصبهن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشتركة ، فان العلماء اختلفوا فيها ، وهي امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها وأمها واخوتها لأبيها وأمها ، فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للآب الثلث ، فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للآب والأم بلا شيء ، فكانوا يشركون الاخوة للآب والأم في الثلث مع الاخوة للآب يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وبالتشريك قال من فقهاء الأمصار مالك والشافعي والثوري .

وكان علي رضي الله عنه وأبى بن كعب وأبو موسى الأشعري لا يشركون أخوة الآب والأم في الثلث مع أخوة الأم في هذه الفريضة ،

ولا يوجبون لهم شيئاً فيها . وقال به من فقهاء الأمصار : أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة .

وحجة الفريق الأول أن الاخوة للأب والأم يشاركون الاخوة للأم في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الأم فوجب أن لا ينفردوا به دونهم ، لأنه اذا اشتركوا في السبب الذي به يورثون وجب أن يشتركوا في الميراث . وحجة الفريق الثاني أن الاخوة المشقائق عصبه ، فلا شيء لهم اذا أحاطت فرائض ذوى النسب بالميراث .

وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم واخوة شقائق عشرة أو أكثر أن الأخ للأم يستحق ههنا السدس كاملا ، والسدس الباقي بين الباقيين مع أنهم مشاركون له في الأم ، فسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ فيما فيه نص .



(ميراث الجد) وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض ، واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الاخوة الشقائق ، أو حجب الاخوة للأب ؟ فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى وداود وجماعة ، واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد ، الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد .

وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاهما في المعنى ، أعنى من قبل أن كليهما أب للميت ، ومن اتفاهما في كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : أما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أباً ، وقد أجمعوا على أنه مثله في أحكام أخرى سوى الفروض ، منها

أن شهادته لحفيده كشهادة الأب وأن الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب •

وعمدة من ورث الأخ مع الجد أن الأخ أقرب الى الميت من الجد ، لأن الجد أبو أبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب من الأب ، وأيضا فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقدم على العم ، وهو يدلى بالأب ، والعم يدلى بالجد •

فبسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب • فان قيل : فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى ؟ قلنا : قياس من ساوى بين الأب والجد ، فان الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب أن يحجب دن يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وانما هو مشارك له في الأصل ، والأصل أحق بالشئ من المشارك له في الأصل ، والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الأب بل هو أصل أصله ، والأخ يرث من قبل أنه فرع لأصل الميت ، فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ، ولذلك لا معنى لقول من قال ان الأخ يدلى بالبنوة ، والجد يدلى بالأبوة ، فان الأخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن أبيه ، والجد أبو الميت ، والبنوة انما هي أقوى في الميراث من الأبوة في الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث •

وأما البنوة التى تكون لأب موروث ، فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الأبوة التى تكون لأب الموروث ، لأن الأبوة التى لأب الموروث هي أبوة ما للموروث : أعنى بعيدة ، وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لا قربية ولا بعيدة ، فمن قال الأخ أحق من الجد ، لأن يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة هو الأب والجد يدلى بالأبوة هو قول غالب مخيل ، لأن الجد أب ما ، وليس الأخ ابنا ما • وبالجمله الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه ، والسبب أملك للشئ من لاحقه •

واختلف الذين ورثوا النجد مع الاخوة فى كيفية ذلك • فتحصيل مذهب زيد فى ذلك أنه لا يخلو أن يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أولا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الأفضل له من اثنين ، اما ثلث المال ، واما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور ، وسواء أكان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة يأخذ الثالث ، وهو مع الأخت الواحدة الى الأربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثلث ، لأنه أفضل له من المقاسمة ، فهذه هى حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم •

وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقى أعطى الأفضل له من ثلاث : اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض ، واما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة ، واما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الأنثيين فى الأكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء •

وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الأخطى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء أكان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن ، وانما لم ينقصه من السدس شيئا ، لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئا لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئا كان أحرى أن ينقصه الاخوة • وعمدة قول زيد أنه لما كان يجب الاخوة للأم فلم يجب عما يجب لهم وهو الثلث ، ويقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجماعة ، 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 وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس ، وذلك على جهة العول •

وكان على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة ، الا أن زيدا يجمع سهم الأخت والجد ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذى قال به زيد فى هذه الفريضة ، ويقول زيد قال مالك ، وقيل انما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على مذهب من يرى العول ، وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، الا ابن عباس فانه روى عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وايم الله لو قدم من قدم الله وآخر من آخر الله ما عالت فريضة ، قيل له : وأيها قدم الله ، وأيها آخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فى ما قدم الله ، وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا مابقى فتلك التى آخر الله فلأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فاذا اجتمع الصنفان بدىء من قدم الله ، فان بقى شىء فلمن آخر الله ، والا فلا شىء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر ، قال : عنته .

وذهب زيد الى أنه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق اخوة لأب ، أن الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للأب ، فيمنعونه بهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئا الا أن يكون الشقائق أختا واحدة ، فانها تعادى الجد بأخوتها للأب ما بينهما وبين أن تستكمل فريضتها وهى النصف ، وان كان فيما يحاز لها ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله ، فهو لاخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فان لم يفضل شىء على النصف فلا ميراث لهم ، فأما على رضى الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للأب للاجماع على أن الاخوة الشقائق يججبونهم ، ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الأصول ، أعنى أن يحتسب بمن لا يرث ، واختلاف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الخرقاء ، وهى أم وأخت وجد على خمسة أقوال : فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى أن للأم الثلث والباقي

للجد وحجبوا به الأخت ، وهذا على رأيهم فى اقامة الجد مقام الأب •
وذهب على رضى الله عنه الى أن للأُم الثلث وللأخت النصف
وما بقى للجد •

وذهب عثمان الى أن للأُم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث •
وذهب ابن مسعود الى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم
السدس ، وكان يقول معاذ الله أن أفضل أما على جد •
وذهب زيد الى أن للأُم الثلث وما بقى بين الجد والأخت للذكر
مثل حظ الأنثيين •



(ميراث الجدات) وأجمعوا على أن للجدة أم الأم السدس مع
عدم الأم ، وأن للجدة أيضا أم الأب عند فقد الأب السدس ، فان
اجتمعا كان السدس بينهما • واختلفوا فيما سوى ذلك ، فذهب زيد وأهل
المدينة الى أن الجدة أم الأم يفرض لها السدس فريضة ، فاذا اجتمعت
الجدتان كان السدس بينهما اذا كان تعددهما سواء ، أو كانت أم الأب
أقعد ، فان كانت أم الأم أقعد : أى أقرب الى الميت كان لها السدس ، ولم
يكن للجدة أم الأب شئ ، وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس ،
وبه قال على رضى الله عنه ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثورى
وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على توريثهما ،
وكان الأوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنان من
قبل الأب أم الأب وأم أبى الأب : أعنى الجد ، وكان ابن مسعود يورث
أربع جدات : أم الأم وأم الأب وأم أبى الأب : أعنى الجد وأم أبى الأم :
أعنى الجد ، وبه قال الحسن وابن سيرين • وكان ابن مسعود يشرك بين
الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت
بنتها • وقد روى أنه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة
واحدة •

وروى عن ابن عباس أن الجدة كالأم اذا لم تكن أم ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس •

فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ، ومن قال بمذهب زيد ما رواه مالك أنه قال : « جاءت الجدة الى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : مالك فى كتاب الله عز وجل شىء وما علمت لك فى سنة رسول الله ﷺ شىئا فارجمى حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبه : حضرت رسول الله ﷺ أعطاهما السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال : محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر ابن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : ما لك فى كتاب الله عز وجل شىء ، وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك ، وما أنا بزائد فى الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فان اجتمعتما فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها » •

وروى مالك أيضا أنه أتت الجدتان الى أبي بكر ، فأراد أن يجعل السدس التى من قبل الأم ، فقال له رجل : أما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما • قالوا : فواجب أن لا يتعدى فى هذا هذه السنة واجماع الصحابة • وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم : « أن النبى ﷺ ورث ثلاث جدات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم » • وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه •

واختلفوا هل يجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ، فذهب زيد الى أنه يجب ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود ، وقال آخرون : ترث الجدة مع ابنها ، وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة ، وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين •

وعمة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك . وأيضا فلما كانت أم الأم لا تترث باجماع مع الأم شيئا كان كذلك أم الأب مع الأب .

وعمة الفریق الثانی ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال : « أول جدة أعطاها رسول الله ﷺ سدسا جدة مع ابنتها وابنتها حتى قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجب بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغي أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيدا الا في فريضة واحدة ، وهي امرأة هلكت وتركت زوجا وأما واخوة لأم واخوة لأب وأم وجدا ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث ، وليس للاخوة الشقائق شيء ، وقال زيد للزوج النصف . وللأم السدس ، وما بقي للاخوة الشقائق ، فخالف مالك في هذه المسألة أصله من أن الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الأخوات للأب .

وحجته أنه لما حجب الاخوة للأم عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم .

* * *

باب في الحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بنى الأخ الشقيق ، وأن بنى الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بنى ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخى الأخ ، وابن العم أخى الأخ الشقيق أولى من ابن العم أخى الأخ للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنينهم ، ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف .

وبالجملة ، أما الاخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد ، فاذا استتوا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط ، وكذلك الأعمام والأقرب منه يحجب الأبعد ، فان استتوا حجب

منهم من يدلى منهم الى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد . أعنى أنه يحجب العم أخو الأب لأب وابن العم الذى هو أخو الأب لأب فقط .

وأجمعوا على أن الاخوة الشقائق والاخوة للأب يحجبون الأعمام ، لأن الاخوة بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جده ، والأبناء يحجبون بينهم ، والآباء أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة ، والجد يحجب من فوقه من الأجداد باجماع ، والأب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة ، والجد يحجب الأعمام باجماع والاخوة للأم ، ويحجب بنو الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للأب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للأم .

واختلف العلماء فيمن ترك ابني عم أحدهما أخ للأم ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى : للأخ للأم السدس من جهة ما هو أخ لأم وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبه يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس ، وقال قوم : المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب ، لأنه قد أدلى بسببين . وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والضبرى ، وهو قول الحسن وعطاء .

واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى ، وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك ، به قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين .

وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقى ، وهكذا فى جزء جزء .

وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط : أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد . وهنا مسائل مشهورة

الخلاف بين أهل العلم فيها نعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها هنا، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى : « **ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً** » (١) 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 الأمصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ، وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الارث ، ورووا في ذلك حديثاً مسنداً ، قال أبو عمر : وليس بالقوى عند الجمهور ، وشبهوه أيضاً 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 الأول عموم الحديث ، وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس ، وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين : بالاسلام والقربة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الاسلام ، وربما أكدوا به! يبقى لما له حكم الاسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه ، وذلك لا يكون الا بأن يكون ماله حرمة اسلامية ، ولذلك لم يجز أن يقر على الارتداد ، بخلاف الكافر - وقال الشافعي وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول :

يوقف ماله لأن له حرمة اسلامية ، وانما وقف رجاء أن يعود الى الاسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عندما يرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك .

وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا • واختلفوا فى توريث الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة الى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ، وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبى ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لا تتوارث ثلاثا : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والمجوس ومن لا كتاب له ملة ، والاسلام ملة • وقد روى عن ابن أبى ليلى مثل قول مالك •

وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : « لا يتوارث أهل ملتين » ، وعمدة الشافعية والحنفية قوله عمية الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر • والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا •

واختلفوا فى توريث الحملاء ، والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة أقوال : قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحاق • وقول انهم لا يتوارثون الا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه قال شريح والحسن وجماعة • وقول انهم لا يتوارثون أصلا وروى عن عمر الثلاثة الأقوال ، الا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث الا من ولد فى بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز •

وأما مالك وأصحابه فاختلف فى ذلك قولهم ، فمنهم من رأى أن لا يورثون الا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم من رأى أن لا يورثون

أصلا ولا بالبينة العادلة ، وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك ابن الماجشون ، وروى ابن القاسم عن مالك فى أهل حصن نزلوا على حكم الاسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون ، وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بيينة . لأن مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال : فأما ان سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم فى أنسابهم ، وأما ان أدركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم الا ببيينة . ففى المسألة أربعة أقوال : اثنان طرفان واثنان مفرقان .

وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وزيد وعمر أن من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا ، وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمدا ، وبه قال داود وأبو ثور .

وعمدة الجمهور أن الحجب فى معنى الارث وأنهما متلازمان . وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع الا بالموت . واختلف العلماء فى الذين يفقدون فى 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 بعض ، وأن ميراثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى .

وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنه وجمهور البصريين الى أنهم يتوارثون ، وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه فى أصل ماله دون ما ورث بعضهم من بعض ، أعنى أنه لا يضم الى مال المورث ما ورث من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال فى الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثل ذلك زوج وزوجته توفيا فى حرب أو غرق (٢٨ - بداية المجتهد - ثان)

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 وخمسون •

ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء فى ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا • فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة ، وأنه ليس لأمه الا الثلث والباقي لبيت المال ، الا أن يكون له اخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها ، والا فالباقي لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين •

وأيضا على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ، وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبه أمه أعنى الذين يرثونها • وروى عن على وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبه أمه الا مع فقد الأم وكانوا ينزلون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة •

وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » (١) فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث • وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبى ﷺ « أنه ألحق ولد الملاعنة بأمه » وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « جعل النبى ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثته » وحديث واثلة بن الأسقع عن النبى ﷺ قال « المرأة تحوز ثلاثة أموال : عتيقها ، ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه » وحديث مكحول عن النبى ﷺ بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره • قال القاضى : هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خصصت عموم الكتاب •

والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول

لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان ، وهو مشهور فى الصدر الأول ، واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار : فان هذا ليس يستنبط بالقياس ، والله أعلم •

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فىمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثانى ، فقال مالك وأبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ، وقال الشافعى : لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئاً •

واختلف مالك وأبو حنيفة فى القدر الذى يجب على الأخ المقر ، فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثانى وثبت النسب ، وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبى حنيفة فىمن ترك ابنا واحدا فأقر بأخ له آخر ، أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث ، وأما الشافعى فعنه فى هذه المسألة قولان •

أحدهما أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث • والثانى يثبت النسب ويجب الميراث ، وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلواية ويجعلها مسألة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحدا أو غير ذلك •

وعمدة الشافعية فى المسألة الأولى ، وفى أحد قوليه فى هذه المسألة ، أعنى القول الغير المشهور أن النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل ، وحيث لا يثبت فلا ميراث ، لأن النسب أصل والميراث فرع ، واذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع • وعمدة مالك وأبى حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد الى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لأنه حق أقر به 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 أنه شريكه فى الميراث حظه منه •

وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذي يجوز له الميراث فالسمع والقياس •

أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت « كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمة منى فاقبضه اليك ، فلما كان عام الفتح أخذ سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخى قد كان عهد الى فيه ، فقام اليه عبد بن زمة ، فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فتساوقاه الى رسول الله ﷺ ، فقال سعد : يا رسول الله .. ابن أخى قد كان عهد الى فيه ، فقام اليه عبد بن زمة فقال : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمة » ، ثم قال رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاشر الحجر » ، ثم قال لسودة بنت زمة : احتجى منه ، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت : فما رآها حتى لقي الله عز وجل ، فقضى رسول الله ﷺ لعبد بن زمة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له » •

وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في اثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه باقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدى عدل ، ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : انه انما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه ، لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمة بن قيس ، وأنها كانت فراشا له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ، ويليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر ، أعنى الذى لا يثبت فيه النسب •

والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : انما أمر سودة بالحجة احتياطا

لشبهة الشبه ، لا أن ذلك كان واجبا ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية :
ان للزوج أن يحجب الأخت عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب
لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا يعلمه بالفراش •
وافترق هؤلاء فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « هو لك » فقال
طائفة : انما أراد هو عبدك اذ كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر
لتعليق رسول الله ﷺ حكمه فى ذلك بقوله « الولد للفراش وللعاهر
الحجر » وقال الطحاوى : انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام
« هو لك يا عبد بن زمعة » أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد الملاقط على
اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليقه عليه الصلاة والسلام حكمه
بأن قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » •

وأما المعنى الذى يعتمد الشافعية فى هذا المذهب ، فهو أن اقرار
من يحوز الميراث هو اقرار خلافة : أى اقرار من حاز خلافة الميت ،
وعند الغير أنه اقرار شهادة لا اقرار خلافة ، يريد أن الاقرار الذى
كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه •

واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا فى
الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين
الصحابة ، وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنا فى الاسلام ، أعنى
الذى كان عن زنا فى الاسلام • واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش
فى أقل من ستة أشهر ، اما من وقت العقد ، واما من وقت الدخول ،
وأنة يلحق من وقت الدخول انى أقصر زمان الحمل ، أو ان كان قد
فارقها واعتزلها •

واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به الوالد الولد ، فقال
مالك : خمس سنين ، وقال بعض أصحابه : سبع ، وقال الشافعى : أربع
سنين ، وقال الكوفيون : سنتان : وقال محمد بن الحكم : سنة ، وقال
داود : ستة أشهر ، وهذه المسألة مرجوع فيها الى العادة والتجربة •
ويقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد ، والحكم انما

يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا • وذهب مالك والشافعي • الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لسته أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول أنه لا يلحق به الا اذا أتت به لسته أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول • وقال أبو حنيفة : هي فراش له ويلحقه الولد

وعمدة مالك أنها ليست بفراش الا بإمكان الوطء وهو مع الدخول • وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام « 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 بالقافة ، وذلك عندما يبطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضا الحكم بالقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة •

والقافة عند العرب • هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي ، وأبى الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما ، وذلك اذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطا ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد ، وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز يكون عندهم للابن الواحد أبوان فقط ، وقال محمد صاحب أبي حنيفة : يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه ، وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول •

وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليب أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أى بمن ادعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف : اقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبرينى بخبرك ، فقالت : كان هذا — لأحد الرجلين — يأتى فى ابل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم

انصرف عنها فأهرقت عليه دما ، ثم خلف هذا عليها : تعنى الآخر .
فلا أدري أيهما هو ، فكبر المقائف ، فقال عمر للغلام : وال أيهما شئت •
قالوا : ففضاه عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد
منهم كالاجماع •

وهذا الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبى
حتى يبلغ ، ويقال له : وال أيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ، وبه قال
الشافعى ، وقال أبو ثور : يكون ابنا لهما إذا زعم المقائف أنهما اشتركا
فيه ، وعند مالك أنه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى : « يا أيها الناس
أنا خلقناكم من ذكر وأنثى » (١) واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث
ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « دخل رسول الله ﷺ مسرورا
تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تسمعى ما قال محرز المدلجى لزيد وأسامة
ورأى أقدامهما فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض » قالوا : وهذا
مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ، ومخالف لهم من الصحابة •

وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين فى الولد
الا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش »
فاذا عدم الفراش أو اشتركا للفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك
بنوة شرعية لا طبيعية ، فانه ليس يلزم من قال : انه لا يمكن أن يكون
ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك فى الشرع • وروى
مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن على ، وقال الشافعى : لا يقبل
فى القافة الا رجلان • وعن مالك فى ذلك روايتان : احدهما مثل قول
الشافعى ، والثانية أنه يقبل قول قائف واحد •

والقافة فى المشهور عن مالك انما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لا فى
النكاح ، وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعى ، وقال أبو عمر بن
عبد البر : فى هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث
وأهل الظاهر ، رواه الثورى عن صالح بن حن عن الشعبي عن زيد بن أرقم

قال « كان على باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس فى طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأفرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية ، فرفع ذلك الى النبى ﷺ فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه » وفى هذا القول انقاذ الحكم بالثقافة والحق الولد بالقرعة •

واختلفوا فى ميراث القاتل على أربعة أقوال : فقال قوم : لا يرث القاتل أصلا من قتله • وقان آخرون : يرث القاتل وهم الأقل • وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث فى العمد شبيها ويرث فى الخطأ الا من الدية ، وهو قول مالك وأصحابه • وفرق قوم بين أن يكون فى العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له اقامة الحدود ، وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم •

وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى ، وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لثلاثا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت الى ذلك ، فانه لو كان ذلك مما قصد لا اتفت الىه الشارع « وما كان ربك نسيا » (١) كما تقول الظاهرية • واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل تقسم الميراث ، كذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام ، فقال الجمهور • انما يعتبر فى ذلك وقت الموت ، فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء أكان اسلامه قبل التقسم أو بعده • وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر فى ذلك يوم التقسم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب •

وعمدة كلا الفريقين قوله ﷺ « أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية ، وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم

فهى على قسم الاسلام « فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم فى ذلك الوقت بحكم الاسلام . ومن اعتبر وجوب القسمة حكم فى وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام . »

وروى من حديث عطاء « أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله ﷺ قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله ﷺ نصيبه ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب . »

قال القاضى : ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب : اما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل فى الذى يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر ههنا الولاء ، ولما يجب ، ومن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكامه ؟

* * *

باب فى الولاء

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب .

(المسألة الأولى) أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فان ولاء له وأنه يرثه اذا لم يكن له وارث ، وأنه عسبة له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال . فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث بريرة « انما الولاء لمن أعتق » واختلفوا اذا أعتق عبدا عن غيره ، فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر المعتق ، وقال أبو حنيفة والشافعى : 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 لخدمة كلحمة النسب » قالوا : فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير اذنه ، فكذلك

الولاء . ومن طريق المعنى فلان عنته حريه وقعت فى ملك المعتق . فوجب أن يكون الولاء له . أصله اذا أعتقه من نفسه ، وعمدة مالك أنه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه . فأشبهه الوكيل ، ولذلك اتفقوا على أنه اذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

* * *

(المسألة الثانية) اختلاف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعى والثورى وداود وجماعة : لا ولاء له . وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه اذا والاه ، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه الى ولاء غيره ما لم يعقل عنه ، وقال غيره : بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه .

فعمدة الطائفة الأولى قوله عليه السلام «انما الولاء لمن أعتق» و (انما) هذه هى التى يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هى عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره : أعنى أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر .

وعمدة الحنفية فى اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى : « **ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون** » (١) وقوله تعالى : « **والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيهم** » (٢) وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال « سألت رسول الله عليه السلام عن المشرك يسلم على يد مسلم ؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته » وقضى به عمر بن عبد العزيز .

وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى : « **والذين عقدت أيمانكم** » منسوخة بأية المواريث ، وأن ذلك كان فى صدر الاسلام ، وأجمعوا على

(٢) النساء : ٣٣ .

(١) النساء : ٣٣ .

أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيهِ عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا ولاء السائبة .

* * *

(المسألة الثالثة) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ، قال الشافعي وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ، وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وان لم يوال أحدا كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعي ، وكان ابراهيم والشعبي يقولان : لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسألة التي قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

* * *

(المسألة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا أعتقه النصراني قبل أن يباع لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه ، وقال الجمهور : ولاؤه لمسيده ، فان أسلم كان له ميراثه ، وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه اذا أسلم الأب بعد اسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى : (**ولو أن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**) (١) فهو يقول : انه 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 اتفقوا أنه اذا أعتق النصراني الذي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فان أسلم المولى عاد اليه . وان كانوا اختلفوا في الحربى يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان الينا مسلمين ، فقال مالك : هو مولاه يرثه ، وقال أبو حنيفة : لا ولاء بينهما ، وللعبد

أن يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف . وخالف أشهب مالكا فقال : اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبدا ، وقال ابن القاسم : يعود . وهو معنى قول مالك ، لأن مالكا يعتبر وقت العتق . وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لا تقع بعد . فانه نيس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضا . ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت ويزعمون أنه من ملهم .

* * *

(المسألة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن أو هاجر اليهن من باشرن عتقه ، اما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ما حكى عن شريح . وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان ولاء ما أعتقه مورثها قياسا على الرجل ، وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذى يوهنه الشذوذ .

وعمدة الجمهور أن الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق^(١) ، وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق ، أو كان من سبب قوى من أسبابه وهم العصبة قال القاضى : واذا قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء ، فبقى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء . فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسألة التى يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابنا ، أو أحد الابنين ، فقال الجمهور : فى هذه المسألة أن حظ الأخ الميت من الولاء لا يرثه ابنه ، وهو راجع الى أخيه لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ، لأن الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر العتق ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب ، وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة : وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت فى هذه المسألة لبنيه .

(١) للمعتق على المعتق : الأولى بكسر التاء والثانية بفتحها .

وعمة هؤلاء تشبيهه الولاء بالميراث • وعمدة الفريق الأول أن الولاء
نسب مبدؤه من المباشر •

ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسألة التى تعرف بجر
الولاء . وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق
العبد بعد ذلك . فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الأب ،
وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الأم اذا لم يمسه المولود الرق
فى بطن أمه . وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب
هو لموالى الأم •

واختلفوا اذا أعتق الأب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجر ؟ فذهب
الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يجر ، وبه قال
على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان • وقال عطاء
وعكرمة وابن شهاب وجماعة : لا يجر ولاءه • وروى عن عمر ، وقضى به
عبد الملك بن مروان لما حدثه قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ،
وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور • وعمدة الجمهور أن الولاء
مشبه بالنسب ، والنسب للأب دون الأم •

وعمة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لأهم
كانوا فى موجب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء — وذهب مالك الى أن
الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبدا ، الا أن يعتق الأب ، وبه قال
الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد
انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الأب ، واذا لم يكن للأب ولاء
فأحرى أن لا يكون للجد •

وعمة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كموته فوجب أن ينتقل
الولاء الى أبى الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما
أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لا ينتقل الى العمود الأعلى الا اذا
فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيا من
الأبوة ، والأب أضعف تعصيا ، والاخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد ،

وعند الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم • وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيا ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا ، أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى ، وكذلك يعصب لولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب : أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه •

وفى هذا الباب مسألة مشهورة وهى : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء : فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ، والولاء للعصبة ، وهو قول على بن أبى طالب ، وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا السلف ، لأن ابن المرأة ليس من عصبتها •

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب العتق

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ، ومن يلزمه ومن لا يلزمه : أعنى بالشرع ، وفى ألفاظ العتق ، وفى الأيمان به ، وفى أحكامه وفى الشروط الواقعة فيه . ونحن فانما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التى يتعلق أكثرها بالمسموع . فأما من يصح عتقه ، فانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المسالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم المعنى غير العديم .

واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه . فأما من أحاط الدين بماله ، فان العلماء اختلفوا فى جواز عتقه : فقال أكثر أهل المدينة ، مالك وغيره : لا يجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعى والليث . وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم ، وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياسا على ما روى عنه فى الرهن أنه يجوز ، وان أحاط الدين بمال الراهن ما لم يحجر عليه الحاكم .

وعمدة من منع عتقه أن ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء ، فليس له أن يخرج منه شيئا بغير عوض ، وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بعلة انما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه . وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الاجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبها ولا يرد شيئا مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم ما لم

نكن وصية منه ، وكذلك المحجور ، ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ممتلكاته الا مالكا وأكثر أصحابه ، فانهم أجازوا عتقه لأبى ولده •
وأما المريض فالجمهور على أن عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث ، وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح • وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا أعتق ستة أعبد 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 يعتق عليه ومن مثل بعده •

فأما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين : أحدهما من وقع تبويض العتق منه وليس له من العبد الا الجزء المعتق • والثاني أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه • فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك : فقال مالك والشافعي وأحمد ابن حنبل : ان كان المعتق ميسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ، فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وان كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد ، وقال أبو يوسف ومحمد : ان كان معسرا سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين ، الا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلوا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر •

وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق ، وقال أبو حنيفة : لشريك الميسر ثلاث خيارات : أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهم • والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته • والثالث أن يكلف العبد السعى في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق •

وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق » •

وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبى أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « من أعتق شقصا له في عبده فخلصه ماله ان كان له مال ، فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه » وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى أخذ به ، فمما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة ، وهو قوله « والا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله عليه الصلاة والسلام ، أم من قول نافع ، وان فى ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ، ومما وهن به المالكيون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على فتادة فى ذكر السعاية •

وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على أنه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شيء •

وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعى لا يجوز تبعيضه ، فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه ، واذا كان معسرا سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخلى على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبيهى وقالوا : لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله • ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز نه بالسرعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك • فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى •

واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق ؟ فتألت الشافعية : يعتق بالسراية ، وقالت المالكية بالحكم ، واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية بأنلازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قوم عليه قيمة العدل » فقالوا : ما يجب تقويمه فإنما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الاتلاف ، وان لم يكن عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ، لأنه قد نفذ العتق وهذا بين .

وقول أبي حنيفة في هذه المسألة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روى فيها خلاف شاذ ، فقيل عن ابن سيرين انه جعل حصة الشريك في بيت المال ، وقيل عن ربيعة فيمن أعنتق نصيبا له في عبد أن العتق باطل . وقال قوم : لا يقوم على العسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعنتق ، وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه ، وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر ، وهذا كله خلاف الأحاديث ، ولعلمهم لم تبلغهم الأحاديث .

واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو إذا كان معسرا فأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر ، فقيل يقوم ، وقيل لا يقوم . واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقفا يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقي ان كان موسرا الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يملكه بميراث - 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 بعضه ، فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحمام .

وعدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى اعتناق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه فى ملكه • وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على البعض للعتق هو الضرر الداخلى على شريكه ، فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر •

فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعنى أنه 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 ﷺ عتقه •

ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وأبو داود عن أبى الميخ عن أبيه « أن رجلا من هذيل أعتق شقفا له من مملوك فتمم النبى عليه الصلاة والسلام عتقه وقال : ليس لله شريك » وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور ، وصارت علتهم أولى ، لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة • فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس •

وأما الاعتناق الذى يكون بالمثلة ، فان العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث والأوزاعى • من مثل بعبده أعتق عليه ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يعتق عليه ، وشذ الأوزاعى فقال : من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن زبعا وجد غلاما له مع جارية ، فقطع ذكره وجدع أنفه ، فأتى النبى ﷺ فذكر ذلك له ، فقال له النبى ﷺ : ما حملك على ما فعلت ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبى ﷺ : اذهب فأنت حر •

وعدة الفريق الثانى قوله ﷺ فى حديث ابن عمر « من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه » تالوا : فلم يلزم العتق فى ذلك وإنما ندب اليه • ولهم من طريق المعنى أن الأصل فى الشرع هو أنه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصه الدليل •

وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف فى صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة • وأما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته ، وان عتق فمن يعتق ؟ فانهم اختلفوا فى ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة ، الا داود وأصحابه ، فانهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربى ، والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ، فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة :

أحدها أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآبائهم وأمهاتهم ، وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة •

والثانى فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم مهما سفلوا ، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى •

والثالث الفروع المشاركة له فى أصله القريب وهم الاخوة ، وسواء أكانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأم فقط ، واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بنى الاخوة •

وأما الشافعى فقال مثل قول مالك فى العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه فى الاخوة فلم يوجب عتقهم • وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم •

وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثالث ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا يجزى ولد عن والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم ، فقال الجمهور : يفهم من هذا أنه اذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه • وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه ، قالوا : لأن اضافة عتقه

اليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان ما قالوا صوابا ، لكان اللفظ : الا أن يشترية فيعنتق عليه •

وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي ، وقاس مالك الاخوة على الأبناء والآباء ، ولم يالحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء • وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله تعالى : « وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا • أن كل من فى السموات والأرض الا أتى الرحمن عبدا »^(١) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التى يحتجون بها ، فان هذه العبودية معقولة وبنوة معقولة • والعبودية التى بين المخلوقين وللولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف •

وانما أراد الله تعالى أن البنوة تساوى الأبوة فى جنس الوجود أو فى نوعه أعنى أن الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا ، حتى أنهما اما أن يكونا من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه فى جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية التفاوت ، فلم يصح أن يكون فى الموجودات التى ههنا شىء نسبته اليه نسبة الأب الى الابن ، بل ان كان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب الى حقيقة الأمر من نسبة الابن الى الاب لأن التباعد الذى بين السيد والعبد فى المرتبة أشد من التباعد الذى بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين ، لكن لما لم يكن فى الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة ، أعنى تباعد طرفيهما فى الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعنى نسبة العبد للسيد ، ومن لحظ المحبة التى بين الأب والابن

(١) مريم : ٩٢ ، ٩٣ •

والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى .

فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الانسان بغير اختياره . وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسماع ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم ، فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة : اذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم .

وخالف أشهب وأصبغ مالكا في العتق المبطل في المرض فقالا جميعا انما القرعة في الوصية . وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر . ولا خلاف في مذهب مالك أن 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 منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعي ، وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا : عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا ، وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث .

فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثا ثم أترع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » خرجه البخاري ومسلم مسندا ، وأرسله مالك . وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطريق الآحاد اذا خالفتها الأصول الثابتة بالتواتر .

وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما ، فلو كان له [مال] لنفذ باجماع ، فاذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بينا من قواعد الشرع في هذا الموضع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له انه اذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعيبد المعتقين ، وقد أزم الشرع ببعض العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد أفضت الى هذا الأصل ، وهو تبويض العتق ، فلذلك كان الأولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس .

واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ، وقالت طائفة : ماله تبع له ، وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد واسحاق ، وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة .

والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « من أعتق عبدا فماله له الا أن يشترط السيد ماله » وأما ألفاظ العتق ، فان منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار . أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول أنت حر ، أو أنت عتيق وما تصرف من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء .

وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده : لا سبيل لي عليك ، أو لا ملك لي عليك ، فهذه ينوى فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور . ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده : يا بنى ، أو قال : يا أبى ، أو يا أمى ، فقال قوم وهم الجمهور : لا عتق يلزمه ، وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ، وشذ زفر فقال : لو قال السيد لعبده : هذا ابني ، عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة .

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت الا حر . فقال قوم : هو ثناء عليه وهم الأكثر ، وقال قوم : هو حر ، وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب من نادى عبدا من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : انما أردت الأول ، فقيل يعتقان عليه جميعا ، وقيل ينوى . واتفق على أن من أعنتق ما فى بطن أمته فهو حر دون الأم .

واختلفوا فيمن أعنتق أمه واستثنى ما فى بطنها ، فقالت طائفة : له استثناءه وقالت طائفة : هما حران ، واختلفوا فى سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لا استثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ، وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كالطلاق ، أعنى قول القائل لعبده : أنت حر ان شاء الله . وكذلك اختلفوا فى وقوع العتق بشرط الملك ، فقال مالك : يقع ، وقال الشافعى وغيره : لا يقع ، وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يعتق فيما لا يملك ابن آدم » وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق ، وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه تشبيهه بأيمان الطلاق .

وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون فى العتق والعبودية للأم ، وشذ قوم فقالوا : الا أن يكون الأب عربيا .

ومنها اختلافهم فى العتق الى أجل ، فقال قوم : ليس له أن يبطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال مالك ، وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق . واختلفوا فيمن قال لعبده : ان بعتك فأنت حر ، فقال قوم : لا يقع عليه العتق لأنه اذا باعه لم يملك عتقه ، وقال : ان باعه يعتق عليه ، أعنى من مال البائع اذا باعه ، وبه قال مالك والشافعى ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفى هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) •

كتاب الكتابة

والنظر الكلى فى الكتابة ينحصر فى أركانها وشروطها وأحكامها •
أما الأركان فثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقدة ، والمعقود عليه
وصفاتها ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار فى جنس جنس من
هذه الأجناس •

القول فى مسائل العقد

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم فى عقد الكتابة : هل هو
واجب أو مندوب اليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : انه مندوب ، وقال أهل
الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى : « فكاذبوهم أن علمتم
فيهم خيرا » (١) والأمر على الوجوب •

وأما الجمهور فانهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على
عقد مملوكه حملوا هذه الآية على النذب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ،
وأىضا فانه لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج
رقيبته عن ملكه بعوض ، فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير
عوض هو مالكة ، وذلك أن كسب العبد هو للسيد ، وهذه المسألة هى 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 • فأركان
هذا العقد الثمن والمثمن والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد • فأما
الثمن ، فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط
فى البيوع •

(١) النور : ٣٣ •

واختلفوا اذا كان فى لفظه ابهام ما ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ، وقال الشافعى : لا يجوز حتى يصفه ، فمن اعتبر فى هذا طلب المعاينة شبهه بالبيع ، ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه النحر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ، ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبى والأجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدين فى الدين ، وضع وتعجل ، ومنع ذلك الشافعى وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعا .

وعمدة من أجازة أنه ليس بين السيد وعبده ربا ، لأنه وماله له ، وانما الكتابة سنة على حدتها . وأما الأجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا فى هل تجوز حالة ، وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد : وهى التى يسمونها قطعة لا كتابة .

وأما الكتابة فهى التى يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه . فموضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده ؟ فقال الشافعى : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شيء منه ، وقال متأخرو أصحاب مالك : قد لزم الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد .

وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، الا أنه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا ، فصح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يظأها ، وذلك أنه اذا لم يكن له حاضر أدى الى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة .

وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه اذا اشترط عليها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فاذا

أديتها فأنت حر أنه إذا أداها: حر . واختلفوا إذا قال له : قد كاتبك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون أن يقول له : فإذا أديتها فأنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر . لأن إسم الكتابة لفظ شرعى . فهو يتضمن جميع أحكامه . وقال قوم : لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الأداء .

واختلف فى ذلك قول الشافعى ، ومن هذا الباب إختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار . فاختلف المذهب فى ذلك ، فقال مالك . يلزمه وهو حر ، وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما ان قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ، وقيل العبد بالخيار ، فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقى عبدا ، وقيل ان قبل كانت كتابة : يعق إذا أدى ، والقولان لابن القاسم ، وتجاوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجاوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد الى أن كتابة مثله كالحال فى النكاح ، وتجاوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعني كتابة مثله فى الزمان والثمن ، ومن هنا قيل انه تجاوز عنده الكتابة الحاملة .

واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى : « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » (١) وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ، ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ، والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب ، فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شيء ، وبعضهم حده .

وأما المكاتب ففيه مسائل : احداها هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك

فى 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 ، فأجازها 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 وعبده مالا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعى ، وذلك موجود فى غير البالغ •

وأما هل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ فان العلماء اختلفوا فى ذلك ، ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعنق واحد منهم الا بعنق جميعهم ؟ فيه أيضاً خلاف • فأما هل يجوز الجمع ؟ فان الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولى الشافعى •

وأما هل يكون بعضهم حملاء 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 ، ويعنق كل واحد منهم اذا أدى قدر حصته •

فعمدة من منع الشركة ما فى ذلك من الغرر ، لأن قدر ما يلزم واحداً من ذلك مجهول • وعمدة من أجازة أن الغرر اليسير يستخف فى الكتابة ، لأنه بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيد • وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد •

وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجانب فى الكتابة لا تجوز قال : لا تجوز فى هذا الموضع • وانما منعوا حمالة الكتابة لأنه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض ، وانما

الذى يظهر فى ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعى يعجز من لا يقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، الا أن يقال أيضاً ان الجمع يكون سبباً لأن يخرج حراً 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 فشبها بحمالة الأجنبى مع الأجنبى فى الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضاً لا يجيز حمالة الكتابة . وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكتب نصيبه دون اذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم ، وقالت طائفة : لا يجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ، وفرقت فرقه فقالت : يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه ، وبالقول الأول قال مالك ، والثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وله قول آخر مثل قول مالك .

وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لأدى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه . وذلك لا يجوز الا فى تبويض العتق ، ومن رأى أن له أن يكتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه اذا أدى الكتابة اذا كان موسراً ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافق عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافق عليه الخصم .

وأما اشتراط الاذن فضعيف ، وأبو حنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه ، ويرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأول .

وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى : « ان علمتم فيهم خيراً » (١)

وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله :
« ان علمتم فيهم خيرا » فقال الشافعى : الاكتساب والأمانة ، وقال
بعضهم : المال والأمانة ، وقال آخرون : الصلاح والدين • وأنكر بعض
العلماء أن يكتب من لا حرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم
لحديث بريرة « أنها كوتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التى
لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا ، وأجاز
مالك كتابة المدبرة • كل من فيه بقية رقب الا أم الولد اذ ليس له عند مالك
أن يستخدمها •

* * *

القول فى المكاتب

وأما المكاتب فاتفقوا على أن 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 يكاتب العبد المأذون له فى التجارة ، لأن الكتابة عتق ولا يجوز
له أن يعتق ، وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله ، الا أن يجيز
الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته (١) •

وأما كتابة المريض ، فانها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز
أو يموت فتكون من الثلث كالعتق شواء ، وقد قيل : ان حابى كان كذلك
وان لم يحاب سعى ، فان أدى وهو فى المرض عتق ، وتجوز عنده كتابة
النصرانى المسلم وبياع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده • فهذه
هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالأركان ، أعنى المكاتب والمكاتب
والكتابة •

وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى
لا تجوز • ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى فى هذا العقد هو أن

(١) هنا بياض بالأصل ، وفى بعض النسخ لفظ « ان بيعت » اه •

يقال متى يعنق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله ان مات قبل ان يعنق أو يرق ، ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل ، وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه . فلنبداً بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس [جنس] من هذه الأجناس الخمسة .

* * *

الجنس الأول

فأما متى يخرج من الرق ؟ فانهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقى من كتابته شيء ، وانه يرق اذا عجز عن البعض . وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعنق بنفس الكتابة . والثاني أنه يعنق منه بقدر ما أدى . والثالث أنه يعنق ان أدى النصف فأكثر ، والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد .

وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشرة أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة فهو عبد » .

وعمدة من رأى أنه يعنق بنفس عقد الكتابة تشبيهه آياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشتري نفسه من سيده ، فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات .

وعمدة من رأى أنه يعنق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « يؤدي المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما رق منه دية عبد » خرجه النسائي ، والخلاف فيه من قبل عكرمة ، كما أن الخلاف في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى عن صحيفة ، وبهذا القول قال على ، أعنى بحديث ابن عباس .

وروى عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق • وكان ابن مسعود يقول : إذا أدى الثلث •

وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن فى ذلك سنة بلغتهم • وفى المسألة قول خامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق • وبقي عديدا فى باقى المال • وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت • والأشهر عن عمر وأم سلمة وهو قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الأمصار ، وذلك أنه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لا شك فيها ، روى ذلك مالك فى موطنه • وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ، ولأن المبيعات يرجع فى عين المبيع له إذا أفلس المشتري •

* * *

الجنس الثانى

وأما متى يرق ، فانهم اتفقوا على أنه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم •

واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك الا بسبب ؟ فقال الشافعى : الكتابة عقد لازم فى حق العبد (١) وهى فى حق السيد غير لازمة ، وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين : أى بين العبد والسيد • وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن العبد والسيد لا يخلوا أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم اذا اختلفا فاما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعنى أنه يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز •

فأما اذا اتفقا على التمتع فلا يخلو الأمر من قسمين : أحدهما أن يكون دخل فى الكتابة ولد أو لا يكون ، فان كان دخل ولد فى الكتابة

(١) هكذا بالنسخ ، والمشهور من مذهب الشافعى عكس ما يقوله ، وربما دل له ما يأتى من الاستدلال •

فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز . وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان : احدهما أنه لا يجوز اذا كان له مال ، وبه قال أبو حنيفة ، والأخرى أنه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى . وأما ان اراد السيد التعجيز وأباه العبد ، فإنه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم ، وذلك بعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء .

ويرجع الى عمدة أدلتهم فى أصل الخلاف فى المسألة ، فعمدة الشافعى ما روى أن بريرة جاءت الى عائشة تقول لها : « انى أريد أن تشترينى وتعنقينى ، فقالت لها : ان أراد أهلك ، فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبه » خرجه البخارى .

وعمدة المالكية تشبيهم الكتابة بالعقود اللازمة ، ولأن حكم العبد فى هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد وذلك أن العقود من شأنها أن يكون اللزوم نبيها أو الخيار مستويا فى الطرفين ، وأما أن يكون لازمان من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الأصول ، وعللوا حديث بريرة بأن الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها . والحنفية تقول : لما كان المذهب فى الكتابة حق العبد ، وجب أن يكون العقد لازما فى حق الآخر المذهب عليه وهو السيد أصله النكاح ، لأنه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة ، والمالكية تعترض على هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض ، اذا كان ليس له أن يسترجع الصداق .

* * *

الجنس الثالث

وأما حكمه اذا مات قبل أن يؤدى الكتابة ، فاتفقوا على أنه اذا مات دون ولد قبل أن يؤدى من الكتابة شيئا أنه يرق . واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعنقوا ، وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم (٣٠ - بداية المجتهد - ثان)

أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقدوا ، وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على المسعى رقوا ، وأنه ان فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار ، وأنه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة .

وقال أبو حنيفة : انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعى : لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة ، وماله لسيدته ، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين . والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعى ، وقيل بالثمن ، وقيل حصته على مقدار الرؤوس . وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا فى الكتابة ، لأن من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لأبيهم .

وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي . وعمدة الفريق الثانى أن الكتابة لا تضمن . وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطنه مثل قول الكوفيين .

وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتباً ، وعند أبى حنيفة أنه يموت حراً ، وعند الشافعى أنه يموت عبداً . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه . فعمدة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، واذا مات المكاتب فليس حراً بعد ، لأن حرته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد ، فقد بقى أنه مات عبداً لأنه لا يصح أن يعتق الميت .

وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه ، لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال

لا بدفعه الى السيد ، وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة ، فمن حيث لم يورث أولاده الأحرار منه جعل حكم العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسألة فى حد الاجتهاد • ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرّون على السعى ، وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ، وقال الشافعى والكوفيون : ليس لها ذلك •

وعمدتهم أن أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد ، وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التى لسيدها صائرة اليها والى بنيتها • ولم يختلف قول مالك أن المكاتب اذا ترك بنين صغارا لا يستطيعون السعى ، وترك أم ولد لا تستطيع السعى أنها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة • وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن أنه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبى حنيفة والشافعى •

واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاه كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : اذا كان معها ولد عتقت والا رقت ، وقال أشهب : تعتق على كل حال ، وعلى أصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليه من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة أو كانوا ولدوا فى الكتابة ، وانما عليهم السعى ، وعلى أصل أبى حنيفة يكون حراً ولا بد ، ومذهب ابن القاسم كأنه استنصان •

* * *

الجنس الرابع

وهو النظر فيما يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل ، واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب الا بالشرط ، لأنه عبد آخر لسيده ، وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها ، واختلفوا فى أم الولد على ما تقدم •

وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضاً بمطلق العقد ، فقال مالك : يدخل ماله فى الكتابة ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا يدخل ، وقال الأوزاعى : يدخل بالشرط ، أعنى اذا اشتراطه المكاتب ، وهذه المسألة مبنية على : هل يملك العبد أم لا يملك ، وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

* * *

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجز بما بقى من أحكام العبد فيه .

فتقول : انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فانه محجور عليه فى هذه الأمور وأشباهاها ، أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض ، واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها أنه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعنته الا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء أن ذلك نافذ ومنعه بعضهم .

وعمدة من منعه أن ذلك وقع فى حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً . وعمدة من أجازة أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد .

وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ، ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لأنه وقع عقداً صحيحاً ، فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن . هذا كله عند من أجاز عتقه اذا أذن السيد ، فان الناس اختلفوا أيضاً فى ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ، وقال قوم : لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ، وعن الشافعى فى ذلك القولان جميعاً : والذين أجازوا ذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون ، فقال

مالك ان مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيدته ، وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ، وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيدته . وعمدة من أم يجوز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « انما الولاء لمن أعنتق » ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه .

وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ، ومن فرق بين ذلك فهو استحسان .

ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح الا باذن سيده ، وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجوز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجاز ابن القاسم في السفر القريب . والعلة في منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة الى عجزه ، والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته ، وبالجمله فللعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها أن للمكاتب أن يسافر باذن سيده وبغير اذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه أن لا يسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . والقول الثاني : انه ليس له أن يسافر الا باذن سيده ، وبه قال مالك ، والثالث أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده أن لا يسافر ، وبه قال أحمد والثوري وغيرهما .

ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن يكتب عبداً له ؟ فأجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحاباة ، وبه قال أبو حنيفة والثوري . وللشافعي قولان : أحدهما اثبات الكتابة ، والآخر ابطالها . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن أعنتق ولا ولاء للمكاتب ، لأنه ليس بحر . واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء .

واختلفوا فى وطء السيد أمتة المكاتبه ، فصار الجمهور الى منع ذلك ، وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائزا اذا اشترطه عليها • وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فأشبهه النكاح الى أجل • وعمدة الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة • وأجمعوا على أنها ان عجزت حل وطؤها • واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لا حد عليه لأنه وطء بشبهة ، وقال بعضهم : عليه الحد •

واختلفوا فى ايجاب المصداق لها ، والعلماء فيما 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 مشترىه ، وقال بعضهم : بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته ، لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا ، وقال بعضهم : اذا رضى المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعى ، لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم فى حق العبد ، واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهى مكاتبه •

وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض العهد ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه أسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟ وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة ، فقال الشافعى وأبو حنيفة : لا يجوز ذلك ، وأجازها مالك ورأى الشافعى فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبهه ببيع الدين ، ومن أم يجز ذلك رآه من باب الغرر ، وكذلك شبهه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين ، وفى ذلك أثر عن النبى ﷺ ، أعنى فى الشفعة فى الدين ، ومذهب مالك فى بيع الكتابة أنها ان كانت بذهب أنها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين •

وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، واذا أعتق فولأؤه للمكاتب لا للمشتري • ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟ وأما شروط الكتابة فمنها 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 به أفسدت العقد ، واذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، ومنها شروط لازمة ، وهذه كلها هي مبسوطه في كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وانما هو كتاب أصول • والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد •

والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط ، وهي الشروط التي ان تمسك بها المشترط فسد العقد ، وان لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية •

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعنى أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعنى اذا أدى جميع المال ، وقالت طائفة : لا يعنى حتى يؤدي جميع المال ، ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أعتق رقيق الامارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين •

ولم يختلفوا أن العبد اذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : ان الشرط لازم ، فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب •

وهنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب أخرى ، وذلك أنها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها في هذا الكتاب • فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات

السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعي : ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءا منه ، وملك يمين المرأة محرماً عليها باجماع ، وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، لأن الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب ، وهذه المسألة هي أحق بكتاب النكاح .

ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يحاص الغرماء ، وقال شريح وابن أبي ليلى : يضرب السيد مع الغرماء .

وكذلك اختلفوا اذا أفلس وعليه دين يستغرق ما بيده ، هل يتعدى ذلك الى رقبته ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : لا سبيل لهم الى رقبته ، وقال الثوري وأحمد : يأخذونه الا أن يفتكه السيد .

واتفقوا على أنه اذا عجز عن عقل الجنائيات أنه يسلم فيها الا أن يعقل عنه سيده ، والقول في هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس ، والقول في جنائيته هو من باب الجنائيات .

ومن مسائل الأقضية التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الأقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ، فقال مالك وأبو حنيفة : انقول قول المكاتب ، وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسا على المتبايعين ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريية من السموع ، فينبغي أن تثبت في هذا الموضوع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك أن قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : انما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجرى للمجتهد مجرى الأصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم

يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ، ويشبهه أن يكون من تدرب فى هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التى أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب فى نازلة من النوازل ، أعنى أن يكون الواجب فيها على مذهب فقيه من فقهاء الأمصار ، أعنى فى المسألة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك اذا نقل عنه فى ذلك فتوى •

فأما اذا لم ينقل عنه فى ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر فى هذه الأصول فيمكنه أن يأتى بالجواب بحسب أصول الفقيه الذى يفتى على مذهبه ، وبحسب الحق الذى يؤديه اليه اجتهاده ، ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع فى مذهب مالك كتابا جامعاً لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التى تجرى فى مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذى عمله ابن القاسم فى المدونة ، فان جاب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده فى ذلك الجنس من مسالك مالك التى هى فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد فى الأحكام والفتوى ، بيد أن فى قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه فى ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما) .

كتاب التدبير

والنظر فى التدبير : هى أركانه ، وفى أحكامه • وأما الأركان فهى
أربعة : المعنى ، واللفظ ، والمدبر ، والمدبر^(١) وأما الأحكام فصنفان : أحكام
العقد ، وأحكام المدبر •

(الركن الأول) فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو
ان يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر منى ، أو يطلق فيقول : أنت
مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق • والناس فى التدبير
والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين
التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازما والوصية غير لازمة •

والذين فرقوا بينهما اختلفوا فى 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 فى ذلك ، ويجوز رجوعه فيها الا أن يريد التدبير •
وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ،
وبقول مالك قال ابن القاسم ، وبقول أبى حنيفة قال أشهب قال : الا أن
يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون
مريضا ، وما أشبه ذلك من الأحوال 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 ألفاظ صريح التدبير •

وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير • واما ليس
من كناياته ولا من صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو

(١) بكسر الباء فى الاولى وفتحها فى الثانية .

عنده من كنياته ولا من صريحه . ومن يحمله على التدبير وينويه في
الموصية فهو عنده من كنياته . وأما المدبر فانهم اتفقوا على أن الذي
يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتقد على سيده
سواء ملك كله أو بعضه .

واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ،
وللذي لم يدبر حظه خياران : أحدهما أن يتقوامه . فان اشتراه الذي
دبره كان مدبرا كله ، وان لم يشتريه انتقض التدبير والخيار الثاني أن
يقومه عليه الشريك ، وقال أبو حنيفة : للشريك الذي لم يدبر ثلاث
خيارات : ان شاء استمسك بحصته ، وان شاء استسعى العبد في قيمة
الحصة التي له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسرا ، وان كان
معسرا استسعى العبد ، وقال الشافعي : يجوز التدبير ولا يلزم شيء
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 . لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة ،
وهذه المسألة هي من الأحكام لا من الأركان ، أعنى أحكام المدبر فلتثبت
في الأحكام .

وأما المدبر فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير
محجور عليه سواء أكان صحيحا أو مريضا ، وان من شرطه أن لا يكون ممن
أحاط الدين بماله ، لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا في
تدبير السفينة . فهذه هي أركان هذا الباب .

وأما أحكامه فأصولها راجعة الى أجناس خمسة : أحدها : ماذا
يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثلث ؟ . والثاني : ما يبقى فيه
من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه ، أعنى ما دام مدبرا . والثالث :
ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه . الرابع : مبطلات التدبير الطارئة
عليه . والخامس : في أحكام تبعيض التدبير .

الجنس الأول

فأما مماذا يخرج المدبر اذا مات المدبر ، فان العلماء اختلفوا فى ذلك ؟ فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث ، وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ، فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية ، لأنه حكم يقع بعد الموت . وقد روى حديث عن النبي ﷺ أنه قال : « المدبر من الثلث » الا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ، لأنه رواه على بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر ، وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرج من الانسان من ماله فى حياته فأشبهه الهبة .

واختلف القائلون بأنه من الثلث فى فروع ، وهو اذا دبر الرجل غلاما له فى صحته ، وأعتق فى مرضه الذى مات عنه غلاما آخر فضاقت الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر لأنه كان فى الصحة ، وقال الشافعى : يقدم المعنق المبطل ، لأنه لا يجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير ، وهذه المسألة هى أحق بكتاب الوصايا .

* * *

وأما الجنس الثانى

فأشهر مسألة فيه هى هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره ، وقال الشافعى وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فبييع مدبره ، وقال الأوزاعى : لا يباع الا من رجل يريد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسألة فى فروع وهو اذا بيع فأعتقه المشتري ، فقال مالك : ينفذ العتق ، وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادة .

فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر : « أن النبي ﷺ باع مدبرا » وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله

تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١) لأنه عتق الى أجل فأشبهه أم الولد أو أشبه العتق المطلق . فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص : أو العموم لخصوص . ولا خلاف بينهم أن المدبر أحكامه فى حدوده وطلاقه وشهاداته وسائر أحكامه أحكام العبيد .

واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة ، فجمهور العلماء على جواز وطئها ، وروى عن ابن شهاب منع ذلك ، وعن الأوزاعي كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير ، وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ، ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى أجل ، ومنع وطء المعتقة الى أجل شبهها بالمنكوحه الى أجل ، وهى المتعة ، واتفقوا على أن للسيد فى المدبر الخدمة ، ولسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد ، قال مالك : الا أن يمرض مرضاً مخوفاً فيكره له ذلك .

* * *

الجنى الثالث

فأما ما يتبعه فى التدبير مما لا يتبعه ، فان من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا ، فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقدون بعنتها ويرقون برقتها ، وقال الشافعى فى قوله المختار عند أصحابه انهم لا يعتقدون بعنتها ، وأجمعوا على أنه إذا أعتقها سيدها فى حياته أنهم يعتقدون بعنتها .

وعمدة الشافعية أنهم اذا لم يعتقدوا فى العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقدوا فى العتق المؤجل بالشرط . واحتج أيضا باجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ، والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما ، فأوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة ، وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقول الشافعى مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول .

وتحصيل مذهب مالك في هذا أن كل امرأة فولدها تتبع لها ، ان كانت حرة فحر ، وان كانت مكاتبه فمكاتب وان كانت مديرة فمدبر ، أو معتقة الى أجل فمعتق الى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها ، وخالف في ذلك أهل الظاهر ، وكذلك المعتق بعضه عند مالك ، وأجمع العلماء عن أن 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 أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، ان حراً فحراً ، وان عبداً فعبداً ، وان مكاتباً فمكاتباً •

واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك : حكمه حكم الأب : يعنى أنه المدبر ، وقال الشافعى وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده في التدبير ، وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر ، وهو من باب تياس موضع الخلاف على موضع الاجماع • وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انترعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه في الحرية ماله عند مالك •

* * *

الجنس الرابع

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظاً في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولاً ، فلينقل اليه • وأما من دبر جزءاً من عبد هو له كله • فإنه يقضى عليه بتدبير الكل ، قياساً على من بعض المعتق عند مالك •

* * *

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير ، فقال مالك والشافعى : الدين يبطله ، وقال أبو حنيفة : ليس يبطله ويسعى في الدين ، وسواء أكان الدين مستغرقاً للقيمة أو لبعضها •

ومن هذا الباب اختلافهم فى النصرانى يدبر عبداً له نصرانياً ،
فيسلم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعى : يباع عليه ساعة يسلم
ويبطل تدبيره ، وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصرانى ،
ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده ، فان مات عتق المدبر مالم يكن عليه
دين يحيط بماله ، وقال الكوفيون : اذا أسلم مدبر النصرانى قوم وصفى
العبد فى قيمته ، ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا
ضاق الثلث عنهما •

* * *

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ
وَصَحَّهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا) •

كتاب أمهات الأولاد

وأصول هذا الباب النظر في هل تتباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تتباع فمتى تكون أم ولد . وبماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ، ومنى تكون حرة ؟

(أما المسألة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بأنها لا تتباع وأنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات • وروى مثل ذلك عن عثمان ، وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار • وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار • وقال جابر وأبو سعيد : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأساً » •

واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعهن » ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسألة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة تبلى الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلاً بحسب رأى من ينكر القياس ، وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : ليس تعرفون أن الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها ، فإذا

كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل ، الا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضاً ، وذلك أنهم لا يسلمون منع بيعها حاملاً .

ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الأثر ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم « أعتقها وولدها » ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « أيما امرأة ولدت من سيدها فأنها حرة اذا مات » وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث ، حكى ذلك أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل هذا الشأن ، وربما قالوا أيضاً من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضاً منها ، وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبيع فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودماؤنا دماؤهن . وأما متى تكون أم ولد ، فانهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه .

واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه أو 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 وهى حامل ، والقياس أن تكون أم ولد فى جميع الأحوال اذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » 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 فى ذلك شئ مثل الخلقة والتخيط .

واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية ، فانهم اتفقوا على أنها فى شهادتها وحدودها ودينها وأرثس جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سبباً طارئاً عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها اذا رنت رقت .

واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله أياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطاء فقط ، وقال الشافعي : له ذلك . وعمدة مالك أنه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك اجارتها ، إلا أنه يرى أن اجارة بنيتها من غيره جائزة ، لأن حرمتهم عنده أضعف . وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها .

فسبب الخلاف تردد اجارتها بين أصلين : أحدهما وطؤها . والثاني بيعها . فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شيها . وأما متى تكون حرة ، فإنه لا خلاف بينهم أن أن ذلك الوقت هو اذا مات السيد ، ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثالث ، وقساما على المدبر ضعيف على قول من يقول : ان المدبر يعتق من الثالث .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليماً) •

كتاب الجنائيات

والجنائيات التى لها حدود مشروعة أربع جنائيات على الأبدان
والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا ، وجنائيات على الفروج وهو
المسمى زنا وسفاحا ، وجنائيات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذا
بحرب سمي حراية اذا كان بغير تأويل ، وان كان بتأويل سمي بغيياً
مأخوذاً على وجه المعافصة من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها يعلو
مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا ، وجنائيات على الأعراض ، وهو المسمى
قذفا ، وجنائيات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول
والمشروب ، وهذه انما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط ،
وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدىء منها
بالحدود التى فى الدماء فنقول : ان الواجب فى اتلاف النفوس والجوارح
هو اما قصاص واما مال ، وهو الذى يسمى الدية ، فاذا النظر أولاً فى
هذا الكتاب ينقسم الى قسمين : النظر فى القصاص ، والنظر فى الدية •

والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس ، والى
القصاص فى الجوارح • والنظر أيضاً فى الديات ينقسم الى النظر فى
ديات النفوس ، والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح • فينقسم
أولاً هذا الكتاب الى كتابين : أولهما يرسم عليه كتاب القصاص ، والثانى
يرسم عليه كتاب الديات •

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين : الأول : النظر فى القصاص فى النفوس ، والثانى : النظر فى القصاص فى الجوارح ، فلنبداً من القصاص فى النفوس •

كتاب القصاص فى النفوس

والنظر أولاً فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين : الى النظر فى الموجب ، أعنى الموجب للقصاص • والى النظر فى الواجب ، أعنى القصاص وفى أبداله ان كان له بدل •

فلنبداً أولاً بالنظر فى الموجب . والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل التى يجب بمجموعها والمقتول القصاص ، فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ، ولا بأى قتل اتفق ، ولا من أى مقتول اتفق • بل من قاتل محدود ، ومقتول محدود . اذا كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل • فلنبداً من النظر فى القاتل ، ثم فى القتل ، ثم فى المقتول •

* * *

القول فى شروط القاتل

فنقول : انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل مباشرة غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكروه والمكروه (١) ، وبالجملة الأمر والمباشر ، فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة : القتل على المباشر دون الأمر ، ويعاقب الأمر ، وقالت طائفة : يقتلان جميعاً ، وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للأمر على المأمور •

(١) المكروه والمكروه : بكسر الراء فى الأولى وفتحها فى الثانية •

وأما إذا كان الأمر سلطان على المأمور ، أعنى المباشر ، فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الأمر دون المأمور ، ويعاقب 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 تأثير الاكراه فى اسقاط كثير من الواجبات فى الشرع ، لكون المكره يشبه من لا اختيار له .

ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكره يشبه من جهة المختار ، ويشبه من المضطر المغلوب ، مثل الذى يسقط من علو ، والذى تحمله الريح من موضع الى موضع . ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الأمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الأمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق . ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة .

وقد اعتمدت المالكية مى قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخصصة لم يكن له أن يقتل انساناً فيأكله . وأما المشارك للقاتل عمداً فى القتل ، فقد يكون القتل عمداً وخطأً ، وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف ، وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد . وأما إذا اشترك فى القتل عامد ومخطيء أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد وصبى أو مجنون ، أو حر وعبد فى قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد ، فان العلماء اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى : على العامد القصاص وعلى المخطيء والصبى نصف الدية ، الا أن مالكا يجعله على العاقلة ، والشافعى فى مله على ما يأتى ، وكذلك قالوا فى الحر والعبد يقتلان العبد عمداً أن العبد يقتل ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال فى المسلم والذمى 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 أن هذه شبهة ، فان القتل لا يتبعض وممكن أن تكون افاتة نفسه

من فعل الذى لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « ادروا الحدود بالشبهات » واذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية •

وعدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف فى القياس وأما صفة الذى يجب به القصاص ، فاتفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ •

واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذى يسمونه شبه العمد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار • والمشهور عن مالك نفيه الا فى الابن مع أبيه ، وقد قيل انه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى ، وبإثباته قال عمر ابن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والغيرة ، ولا مخالف لهم من الصحابة ، والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد ، وذلك راجع فى الأغلب الى الآلات التى يقع بها القتل . والى الأحوال التى كان من أجلها الضرب ، فقال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ، وقال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله ، وقال الشافعى : شبه العمد ما كان عمدا فى الضرب خطأ فى القتل : أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل •

والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا • والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا ، وهو حسن • فعمدة من نفي شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد ، أعنى بين أن يقصد القتل أو لا يقصده • وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر • فمن قصد ضرب آخر بألة لا تقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب ، أعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف •

ومن قصد ضرب رجل بعينه بألة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا فى حقا لا فى حق الأمر نفسه عند الله تعالى • أما شبهة العمد فمن جهة ما قصد ضربه •

وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل • وقد روى حديث مرفوع الى النبي ﷺ أنه قال : « ألا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط العصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها » الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر ابن عبد البر ، وان كان أبو داود وغيره قد خرجه ، فهذا النحو من القتل عند من لا يثبت به القصاص ، وعند من أثبتته تجب به الدية ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص •

واختلف في الذي يكون عمدا على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب ، وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول ، فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل • والذي به تختلف النفوس هو الاسلام الكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية والواحد والكثير •

واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئا للقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص •

واختلفوا في هذه الأربعة اذا لم تجتمع ، أما الحر اذا قتل العبد عمدا ، فان 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 أكان عبد المقاتل أو عبد غير المقاتل وبه قال النخعي ، فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد » (١) ومن قال : يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم » فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ، ومن فرق فضعيف •

(١) البقرة : ١٧٨ •

ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكذلك الأنتقص بالأعلى • ومن
الحجة أيضا لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي
ﷺ قال : « من قتل عبده قتلناه به » ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان
قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص فى الحر
وأما قتل المؤمن بالكافر الذمى ، فاختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة أقوال :
فقال قوم : لا يقتل مؤمن بكافر ، وممن قال به الشافعى والثورى وأحمد
وداود وجماعة •

وقال قوم : يقتل به ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه
وابن أبى ليلى • وقال مالك والليث : لا يقتل به الا أن يقتله غيلة ، وقتل
الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله •

فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث على أنه سأله قيس بن عبادة
والأشتر هل عهد اليه رسول الله ﷺ عهدا لم يعهده الى الناس
قال : لا ، الا ما فى كتابى هذا ، وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه
« المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ،
الا لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد فى 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 أن النبي ﷺ
قال : « لا يقتل مؤمن بكافر » واحتجوا فى ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل
مسلم بالحربى الذى آمن • وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك
آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن
السلمانى قال : « قتل رسول الله ﷺ رجلا من أهل القبلة برجل من أهل
الذمة وقال : أنا أحق من وفى بعهده » ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا
مخصص لعموم قول عليه الصلاة والسلام : « لا يقتل مؤمن بكافر » أى
أنه أريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث
عبد الرحمن السلمانى وما رووا من ذلك عن عمر •

وأما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين فى أن يد
المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمى ، قالوا : فاذا كانت حرمة ماله

كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ، فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس • وأما قتل الجماعة بالواحد ، فان جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر ، حتى روى أنه قال : لو تمالأ 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 أيد بيد ، أعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف فقالوا : تقتل الأنفس بالنفس ، ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد ، وسيأتى هذا فى باب القصاص من الأعضاء •

فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة ، فانه مفهوم أن القتل انما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى : **« ولکم فی القصاص حياة یا أولى الألباب »** (١) واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة ، ولكن للمعترض أن يقول : ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد ، فأما ان قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن ، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس •

وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى : **« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين »** (٢) وأما قتل الذكر بالأنثى ، فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه اجماع ، الا ما حكى عن على من الصحابة ، وعن عثمان البتي أنه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية • وحكى القاضى أبو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن

البصرى ، أنه لا يقتل الذكر بالأنثى ، وحكاه الخطابى فى معالم السنن ، وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله تعالى : «**والأنتى بالأنتى**» (١) وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى فى قوله تعالى : «**وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس**» (٢) لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا ، وهى مسألة مختلف فيها ، أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا؟ والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة .

واختلفوا من هذا الباب فى الأب والابن ، فقال مالك : لا يقاد الأب بالابن الا أن يضجعه فيذبحه ، فأما ان حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل ، وكذلك الجد ، نده مع حفيده .

وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى : لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله بأى وجه كان من أوجه العمد ، وبه قال جمهور العلماء .

وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبى عليه الصلاة والسلام قال : «**لا تقام الحدود فى المساجد ولا يقاد بالولد الوالد**» .

وعمدة مالك عموم الاقصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فأصاب ساقه ، فنزف جرحه فمات ، فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر : اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الأبل ثلاثين جذعة وأربعين خلفه ، ثم قال : أين أخو المقتول ، فقال : ها أنا ذا ، قال : خذها ، فان رسول الله ﷺ قال : «ليس لقاتل شيء» فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضاً ، وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب .

وأما الجمهور فحمأوه على ظاهره من أنه عمد لاجماعهم أن من

حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد • وأما مالك فرأى لما للأب من القتل على تأديب ابنه ومن المحبة له أن حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ، ولم يتهمه إذ كان ليس بقتل غيلة ، فانما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة ، إذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى ، فمالك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبي ، لقوة المحبة التي بين الأب والابن •

• والجمهور انما عللوا ذرء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن .
والذي يجيب على أصول أهل الظاهر أن يقاد ، فهذا هو القول في الموجب •

* * *

وأما القول في الموجب

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين : القصاص ، أو العفو اما على الدية واما 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 تثبت الدية الا بتراضى الفريقين ، أعنى الولي والقاتل ، وأنه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا أو العفو ، فقال مالك : لا يجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى باعطاء الدية للقاتل ، وهي رواية ابن القاسم عنه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجماعة ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك غيره : ولي الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية ، رضى القاتل أو لم يرض ، وروى ذلك أشهب عن مالك ، الا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى •

فعمدت مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله ﷺ قال : « كتاب الله القصاص » فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص •

وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو » هما حديثان متفق على صحتهما ، لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له الا القصاص • والثاني نص ، في أن له الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك ، فان كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثاني واجب ، والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضا فان الله عز وجل يقول : « ولا تقتلوا أنفسكم » (١) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله اذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار . ولا سيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة • (٢٠٩٠)

قال القاضي : وقد كانت وقعت هذه المسألة بقرطبة حياة جددي رحمه الله ، فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لا ينتظر الصغير . فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس ، والنظر في هذا الباب هو في تسمين : في العفو والقصاص •

والنظر في العفو في شيئين : أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له ، وترتيب أهل الدم في ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا في : هل له العفو على الدية •

وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيليم بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصابة عند مالك وعند غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا اذا كان له بنون بالغون فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجبت الدية •

واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو أو القصاص • وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات ، فقال مالك : ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والاختصاص فى القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر فى الزوجة والزوج • وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد والشافعى : كل وارث يعتبر قوله فى إسقاط القصاص وفى إسقاط حظه من الدية ، وفى الأخذ به قال الشافعى : الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء •

وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية • وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هى للذكور دون الإناث •

واختلف العلماء فى المقتول عمداً إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جاز على الأولياء ، وكذلك فى المقتول خطأ إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه شئى العمد مضى ذلك ، وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعى ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوهم ، وللأولياء الاختصاص أو العفو • وممن قال به أبو ثور وداود ، وهو قول الشافعى بالعراق •

وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولى فى ثلاث : أما العفو ، وأما القصاص • وأما الدية • وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف • وعمدة الجمهور أن الشئ الذى جعل للولى إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته • وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى : « فمن تصدق به فهو كفارة له » (١) أن المراد بالتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه •

وانما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله : « فهو كفارة له » فقيل على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياها • وأما اختلافهم فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى

وأبو حنيفة • وجمهور فقهاء الأمصار : ان عفوه من ذلك فى ثلثه الا أن يجيزه الورثة ، وقال قوم : يجوز فى جميع ماله . وممن قال به طاوس والحسن •

وعمدة الجمهور انه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا فى الثلث . أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية أنه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسألة هى أخص بكتاب الديات • واختلف العلماء اذا عفا المجرور عن الجراحات ، فمات منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعمما تنول 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 . فمنهم من قال : تلزم الجراح الدية كلها ، واختاره المزنى من أقوال الشافعى . ومنهم من قال : يلزم من الدية ما بقى منها بعد اسقاط دية الجرح الذى عفا عنه . وهو قول الثورى •

وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى أنه لا يسقط ذلك طاب الولى الدية . لأنه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى ، فأحرى أن لا يسقط عفوه الجرح •

واختلفوا فى القاتل عمدا يعنى عنه . هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال مالك والليث : انه يجلد مائة ويسجن سنة . وبه قال أهل المدينة ، وروى ذلك عن عمر ، وقالت طائفة : الشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور : لا يجب عليه ذلك . وقال أبو ثور : الا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى • ولا عمدة للطائفة الأولى الا أثر ضعيف • وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لا يكون الا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت فى ذلك •

القول فى القصاص

والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص ، وممن يكون ؟ ومتى يكون ؟ فأما صفة القصاص فى النفس ، فان العلماء اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال : يقتص القاتل على الصفة التى قتل ، فمن قتل تعريقا قتل تعريقا ، ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعى ، قالوا : الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح •

واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر ، هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل ؟ وكذلك فيمن قتل بالسهم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف ، وعمدتهم ما روى الحسن عن النبى ﷺ أنه قال : « لا قود الا بحديدة » .

وعمدة الفريق الأول حديث أنس « أن يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر ، فرضخ النبى ﷺ رأسه بحجر ، أو قال : بين حجرين وقوله : « كتب عليكم القصاص فى القتلى » (١) والقصاص يقتضى المائلة وأمامن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم ، وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة ومخافة أن يجور فيه •

وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته ، والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم يكن مقرا • واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم • وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها • واختلفوا فى القاتل بالسيف والجمهور على وجوب القصاص ، وقال بعض أهل الظاهر : لا يقتضى منه من أجل أنه عليه الصلاة والسلام سم هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه •

كمل كتاب القصاص فى النفس •



(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى 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 • ولنبداً بما فيه القصاص ، والنظر أيضا ههنا فى شروط الجراح والجرح الذى به بحق القصاص والمجروح ، وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص . وفى بدله ان كان له بدل •

القول فى الجراح

ويشترط فى الجراح أن يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل ، وهو أن يكون بالغاً عاقلاً ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وان كان الخلاف فى مقداره ، فأقصاه ثمانية عشر سنة ، وأقله خمسة عشر سنة ، وبه قال الشافعى ، 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 فى يد ، وقال مالك والشافعى : تقطع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لا تقطع أعضاء بعضو ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبعض ، وازهاق النفس لا يتبعض • واختلف فى الانبات ، فقال الشافعى : هو بلوغ باطلاق •

واختلف المذهب فيه فى الحدود ، هل هو بلوغ فيها أم لا ؟ والأصل فى هذا كله حديث بنى قريظة « أنه ﷺ قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى » كما أن الأصل فى السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم

والخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو
ابن خمس عشرة سنة •

* * *

القول فى المجرى

وأما المجرى فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجارح
والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر • أما العبد والحر فإنهم اختلفوا
فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس ، فمنهم من
رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال فى
النفس ، ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم
يفرق بين الجرح والنفس ، ومنهم من فرق : فقال يقتص من الأعلى للأدنى
فى النفس والجرح ، ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن
مالك الروايتان • والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح ،
فهذه هى حال العبيد مع الأحرار •

وأما حال العبيد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فىهم ثلاثة أقوال :
أحدها أن القصاص بينهم فى النفس وما دونها ، وهو قول الشافعى
وجماعة ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك •

والقول الثانى أنه لا قصاص بينهم لا فى النفس ولا فى الجرح
وأنهم كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة • والثالث أن
القصاص بينهم فى النفس دون ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة والثورى ،
وروى ذلك عن ابن مسعود ، وعمدة الفريق الأول قوله تعالى :
« والعبد بالعبد » (١) •

وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين « أن عبداً لقوم فقراء
قطع أذن عبد لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله ﷺ فلم يقتص منه » فهذا
هو حكم النفس •

* * *

(١) انبقره : ١٧٨ •

القول فى الجرح

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد ، أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أو لا يتلف ، فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد منه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا .

وأما أن جرحه على وجه اللعب ، أو اللعب بما لا يجرح به غالبا أو على وجه الأدب ، فيشبهه أن يكون فيه الخلاف الذى يقع فى القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والأدب بما لا يقتل غالبا ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول أن القاتل بالمثل لا يقتل وهو شذوذ منه ، أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية أن كان الجرح مما فيه الدية .

وأما أن كان الجرح قد أتلّف جارحة من جوارح المجروح ، فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف ، وفى تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا ، أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص .

وأما ضربة بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد اتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقا عينه ، فالذى عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة فى ماله ، وهى رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور فى المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص ، إلا فى الأدب مع ابنه ، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد إنما هو فى النفس لا فى الجرح .

وأما أن جرحه فأتلّف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان : أحدهما وجوب القصاص ، والثانى نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قبل الدية مغلظة ، وقبل دية الخطأ ، أعنى فيما فيه دية ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف .

وأما ما يجب فى جراح العمد إذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو

القصاص لقوله تعالى : « والجروح قصاص » (١) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وجف منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وانما صاروا لهذا لما روى « أن رسول الله ﷺ رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة » فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف ، مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك .

وقد اختلف قول مالك في المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية ، وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ، وبمنع القصاص أيضا عند مالك عدم التل مثل أن يفقا أعمى عين بصير .

واختلف من هذا في الأعور يفتأ عين الصحيح عمدا ، فقال الجمهور : ان أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا اذا عفا عن القود ، 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 المعيرة من أصحابه وابن دينار .

وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه الا القود أو ما اصطلاحا عليه ، وقد لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة ، روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان . وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين ، فمن فقأها في واحدة فكأنه اقتص من اثنين فسي واحدة ، والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود أن له دية كاملة ، ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ، ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأصله ، فتأمله فانه بين بنفسه ، والله أعلم .

وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له الا القصاص فقط الا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك

مثل القولين فى القتل ، وكذلك أحد قولى مالك فى الأعرور يفتق عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفتق عين الأعرور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف فى ذلك •

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الأبعد اندماله ، وعند الشافعى على الفور ، فالشافعى تمسك بالظاهر . ومالك رأى أن يعتبر مايتول انيه أمر الجرح مخافة أن يفتق الى اتلاف النفس • اختلف العلماء فى المقتص من الجرح يموت المقتص من ذلك الجرح ، فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا شىء على المقتص ، وروى عن على وعمر مثل ذلك ، وبه قال أحمد وأبو ثور وداود ، وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة : اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية ، وقال بعضهم : هى فى ماله • وقال عثمان البتى : يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود •

فعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده أنه لا شىء على الذى قطع يده • وعمدة أبى حنيفة أنه قتل خطأ وجبت فيه الدية ، ولا يقاد عند مالك فى الحر الشديد ولا البرد الشديد ، ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه ، وقد قيل ان المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم ، فهذا هو حكم العمدة فى الجنائيات على النفس وفى الجنائيات على أعضاء البدن ، وينبغى أن نصير الى حكم الخطأ فى ذلك ، ونبتدىء بحكم الخطأ فى النفس •



كتاب الديات فى النفوس

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى : « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا » (١) وانديات تختلف فى الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية ، وأيضا تختلف بحسب العمدة اذا رضى بها الفريقان ، وأما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر فى الدية هو فى موجبها ، أعنى فى أى قتل تجب ، ثم فى نوعها وفى قدرها ، وفى الوقت الذى تجب فيه ، وعلى من تجب .

فأما فى أى قتل تجب ، فانهم اتفقوا على أنها تجب فى قتل الخطأ وفى العمدة الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي ، وفى العمدة 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 صدر من ذلك ، وسيأتى بعد ذلك اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل ، وهى فى مذهب مالك ثلاثة ديات : دية الخطأ ، ودية العمدة اذا قبلت ، ودية شبه العمدة . وهى عند مالك فى الأشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنده اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالمخففة دية الخطأ ، والمغلظة دية العمدة ودية شبه العمدة .

وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا : دية الخطأ ودية شبه العمدة ، وليس عنده دية فى العمدة ، وانما الواجب عنده فى العمدة ما اصطلاحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك المشهور ، لأنه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية ، الا ما روى

عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أربع : 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 وهي الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجى بابنه ، وعند الشافعى أنها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا ، وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت ، وقال أبو ثور : الدية في العمد اذا عفا ولى الدم أخماسا كدية الخطأ .

واختلفوا في أسنان الابل في دية الخطأ ، فقال مالك والشافعى : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكرا ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروى عن ابن شهاب وربيعه ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أعنى التخميس ، الا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر : ابن مخاض ذكرا ، وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا ، وروى عن سيدنا على أنه جعلها أرباعا ، أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون . واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ، ولأحد في ذلك مسند ، فدل على الاباحة - والله أعلم - كما قال أبو عمر ابن البر .

وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال : « في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة » واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال : وأحب الى فى ذلك الرواية عن على ، لأنه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود .

وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الابل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بنى لبون ذكر » قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس ، وان كانوا اختلفوا فى الأصناف ،

وقد روى أن دية الخطأ أربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري ، وهؤلاء جعلوها : خمسا وعشرين جذعة ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين بنات لبون ، وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنى مخاض ذكر ، وان كان لم يثقفوا على بنى المخاض ، لأنها لم تذكرمى أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربع فى شبه العمد ان ثبت هذا .

النوع الثالث أن يقول فى دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعى ، ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم فى الدية التى 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 الشافعى بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قيمة الابل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم .

وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم ، واجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة . وأما الشافعى فيقول : ان الأصل فى الدية انما هو مائة بعير ، وعمر انما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق فى زمانه ، والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال دانت الديات على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيبا فقال : ان الابل غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب

ألف دينار ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفى شاة ، وعلى أهل الحلال مائتي حلة . وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً . واحتج بعض الناس لملك لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين ، لاجتماعهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ، ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق . وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون : 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 أبى نسيبة عن عطاء « أن رسول الله ﷺ وضع الدية على الناس فى أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألف شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائة حلة » وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله ﷺ مائة بعير . (١٥٠)

قال : فان كان الذى أصابه من الأعراب فديته من الابل لا يكلف الأعرابى الذهب ولا الورق ، فان لم يجد الأعرابى مائة من الابل فعديلها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده نسا . وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالخيل على أهل الخيل ، وهذا لا يقول به أحد . والنظر فى الدية كما قلت هو فى نوعها . وفى مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟ أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه فى الذكور الأحرار المسلمين .

وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر أخرى » (١) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبى زمرة وولده « لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال :

(١) الانعام : ١٦٤ ، الاسراء : ١٥ ، فاطر : ١٨ ، الزمر : ٧ .

لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا فى عمد ، وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ ، وشذ الأوزاعى فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم فى قطع الأعضاء ، وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ ، فقضى له عمر بديتها على عاقلته • واختلفوا فى دية شبه العمد ، وفى الدية المغلظة على قولين : واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة : انه كنه يحمل على العاقلة ، وقال الشافعى عمد الصبى فى ماله • وسبب اختلافهم تردد فعل الصبى بين العامد والمخطئ ، فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية فى ماله ، ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا اذا اشترك فى القتل عامد وصبى ، والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبى الدية اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعى : على أصله فى مال الصبى ، وقال مالك : على العاقلة ، وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما •

وأما متى تجب ؟ فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة الا أن يصطلحا على التأجيل • وأما من هم العاقلة ، فان جمهور العلماء ، من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الأب ، وهم العصابة دون أهل الديوان ، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصابة • الا داود فانه لم ير الموالى عصابة بوليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ، وقال الشافعى : على المغنى دينار وعلى المفقير نصف دينار ، وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قريتهم • فالأقرب من بنى أبيه ، ثم من بنى جده ، ثم من بنى بنى أبيه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل ديوان •

وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس فى زمان رسول الله ﷺ وفى زمان أبى بكر ولم يكن هناك ديوان ، وانما كان الديوان فى زمن عمر بن الخطاب • واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبى ﷺ أنه قال « لا حلف فى الاسلام ، وأيما حاف كان فى الجاهلية فلا يزيدة الاسلام الا قوة » •

وبالجملة فتمسكوا فى ذلك بنحو تمسكهم فى وجوب الولاء للحلفاء •
واختلفوا فى جنابة من لا عصابة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ
هل يكون عليه عقل أم لا ؟ ، وان كان فعلى 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 ولأه لمن أعتقه عليه
عقله ، وقال : من جعل ولأه للمسلمين عقله فى بيت المال ، ومن قال
ان للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن ولأه ، وكل هذه الأقاويل
قد حكيت عن السلف • والدييات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه ،
والمؤثر فى نقصان الدية هى الأنوثة والكفر والعبودية •

أما دية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل فى
النفس فقط • واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على
ما سيأتى القول فيه فى دييات الجروح والأعضاء •

أما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطأ ، فان للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال :
أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم : ذكرانهم على النصف من
ذكران المسلمين ، ونسأؤهم على النصف من نسائهم . وبه قال مالك
وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من
دية المسلمين •

والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعى ، وهو
مرى 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 ، وقد روى عن عمر وعثمان •
وقال به جماعة من التابعين •

فعمدة الفريق الأول ما روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن
النبي ﷺ أنه 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 » (١) •

ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال : دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم • قال : وكانت على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية ، فجعل في بيت المال نصفها ، وأعطى أهل المقتول نصفها ، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذي جعله معاوية في بيت المال ، قال الزهري : فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة • وأما إذا 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 والشافعي وأبو يوسف ، وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز • وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يتجاوز بقيمة العبد الدية ، وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا • وعمدة الحنفية أن الرق حال نكح ، فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر •

وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحدا بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ، ولو قيل فيه انها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه : أعنى في دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد • وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال .

واختلف في الواجب في العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعي ، وقال مالك : هو على القاتل نفسه • وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض • وعمدة الشافعي قياسه على الحر •

ومما يدخل في هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن المضرب ليس هو عمدا محضاً ، وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه • والنظر في هذا الباب هو أيضا في الواجب في ضروب الأجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب ، وعلى من تجب ، وإن يجب ، وفي شروط الوجوب •

فأما الأجنحة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة و جنين الأمة من سيدها هو غرة لنا ثبت عنه عليه السلام من حديث أبي هريرة وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت أحدهما الأخرى فطرح جنينها ، ففضى فيه رسول الله عليه السلام 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 الكاملة 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 حدا 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 الأمة ومي جنين الكتابية . فذهب مالك والشافعي الى أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكرًا كان أو أنثى يوم يجنى عليه ، وفرق قوم بين الذكر والأنثى . فقال قوم : ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وان كان ذكرًا فعشر قيمته لو كان حيا . وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة اذا سقط حيا أن فيه قيمته . وقال أبو يوسف : في جنين الأمة اذا سقط ميتا منها ما نقص من قيمة أمه . أما جنين الذمية ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصاه 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 الى أن علامة

الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة فى العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحى ، وهو الأظهر •
واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة التى توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة ، وقال الشافعي : لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة • والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعنى أن يكون تجب فيه الغرة اذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه •

وأما على من تجب ؟ فانهم اختلفوا فى ذلك ، فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حى والحسن البصرى : هى فى مال الجانى ، وقال آخرون : هى على العاقلة ، وممن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة • وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجب على العاقلة • وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله « أن النبى ﷺ جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب ويبدأ بزوجها وولدها » وأما مالك فثبها بدية العمد اذا كان الضرب عمدا •

وأما لمن تجب ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : هى لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية فى أنها موروثه ، وقال ربيعة والليث : هى للأم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضوا من أعضائها ، ومن الواجب الذى اختلفوا فيه فى الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعي الى أن فيه الكفارة واجبة ، وذهب أبو حنيفة الى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها : فأما الشافعي فانه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة فى العمد والخطأ • وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد ، والكفارة لا تجب عنده فى العمد • وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده فى العمد وتجب فى الخطأ ، وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها •

ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم فى تضمين الراكب والمسائق والقائد ، فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا فى

ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطيء آخر بالعقل . وقال أهل
الظاهر : لا ضمان على أحد في جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت
فيه عنه عليه السلام من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « جرح
العجماء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس » فحمل
الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد ،
لأنهم رأوا أنه إذا 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 بيدها أو برجلها ، وبه قال
ابن شبرمة وابن أبي ليلى . وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ،
وبه قال أبو حنيفة ، الا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب ، وربما
احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه عليه السلام « الرجل جبار » ولم
يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده .

وأقاويل العلماء فيمن حفر بئرا فوقه فيه انسان متقاربة ، وقال
مالك : ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى
في الحفر ضمن ، وقال الايبث : ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان
حفر فيما لا يملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ . وكذلك
اختلفوا في الدابة الموقوفة . فقال بعضهم : ان أوقفها بحيث يجب له أن
يوقفها لم يضمن ، وان لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعي ، وقال
أبو حنيفة : يضمن على كل حال ، وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له
أن يربطها فيه ، كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان
الركوب مباحا .

واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد 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 ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه .

وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان ، وما أشبه ذلك ، لأنه في معنى الجاني خطأ ، وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد ، وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « من تطيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن » والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب •

ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة • واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفي قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأحرى ، وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ •

واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام ، فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى : لا تغلظ الدية فيهما ، وقال الشافعي : تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح • وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه يزداد فيها مثل ثلثها ، وروى ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم •

وعمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيت الديات ، فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما • وعمدة الشافعي أن ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس ، وإذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفرق الثاني أن يقول انه قد ينقذح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه •

كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء ،
فلنبدأ بالقول في الشجاج . والنظر في هذا الباب في محل الوجوب
وشرطه وفي قدره الواجب . وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولن تجب ؟
فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في
اللغة والفقه : أولها الدامية وهي التي تدمى الجلد ، ثم الخارصة 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 الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : اللطاء
بالماء والقصر ، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، ثم
المهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ،
ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ . ثم الجائفة وهي التي تصل
إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها
والرأس دون بسائر البدن . واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ،
فهذه أسماء هذه الشجاج .

فأما أحكامها أعني الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع
في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ . واتفقوا على أنه ليس فيما
دون الموضحة خطأ عقل ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ،
إلا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة ،
وروى عن علي أنه قضى شيئا بأربع من الأبل ، وروى عن زيد بن ثابت
أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة
أبعرة ، وفي السمحاق أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ،
وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حدا ، ومالك
يعتبر في الزام الحكومة فيه دون الموضحة أن تبرأ على شين ، والغير
من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ ، فهذه
هي أحكام ما دون الموضحة .

فأما الموضحة فجميع الفقهاء هل أن فيها إذا كانت خطأ خمسا من الابل ، وثبت ذلك عن رسول الله ﷺ في كتابه لعمر بن حزم ، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « في الموضحة خمس » يعني من الابل .

واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعني على وجوب انقصاص في العمدة ووجوب الدية في الخطأ منها ، فقال مالك : لا تكون الموضحة الا في جهة الرأس والجبهة والخدين واللحي الأعلى ، ولا تكون في اللحي الأسفل لانه في حكم العنق ولا في الأنف ، وأما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس ، والجمهور على أنها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة في الجنب ، وقال الأوزاعي : إذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس . وروى عن عمر أنه قال : في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو .

وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك في ذلك . فمرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال : لا يزداد فيها على عقلها شيء ، وبه قال الجمهور ، وقد قيل عن مالك انه قال : إذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبدا .

وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، ولا مخالف له من الصحابة ، وقال بعض العلماء : الهاشمة هي المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمدا ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة .

وأما الهاشمة في العمدة ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود . ومن أجاز القود من المنقلة كان أخرى أن يجيز ذلك من الهاشمة .

وأما الجائفة فلا خلاف أنه لا يقاد منها. وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن ابن الزبير .

وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وأنها لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية وأنها جائفة متى وقعت على الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت في غير ذلك من الأعضاء مُنفذت إلى تجويفه. فحكى مالك عن سعيد بن المسيب أن في كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء - أي عضو كان - ثلث دية ذلك العضو .

وحكى ابن شهاب أنه كان لا يرى ذلك وهو الذي اختاره مالك لأن القياس عنده في هذا لا بسوغ ، وإنما سنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد . وأما الجراحات التي تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها إلا الحكومة



القول في ديات الأعضاء

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذي يسمى دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول « ان في النفس مائة من الابل ، وفي الأنف إذا استوعب جدعا مائة من الابل ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون ، وفي اليد خمسون ، وفي الرجل خمسون ، وفي كل اصبع مما هناك عشر من الابل ، وفي السن والموضحة خمس » وكل هذا مجمع عليه إلا السن والابهام ، فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ، ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول : ان العلماء أجمعوا على أن في الثفتين الندية كاملة ، والجمهور على أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروى عن قوم من التابعين أن السفلى ثلثي الدية

لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم
من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت •

وبالجملة فجماعة العلماء ، وأئمة الفتوى متفقون على أن فى كل زوج
من الانسان الدية ما خلا الحاجبين وثديي الرجل •

واختلفوا فى الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعى
وأبو حنيفة والثورى والليث : اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا
ازهاب السمع ، بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة •

وأما مالك فالمشهور عنده أنه لا تجب فى الأذنين الدية الا اذا ذهب
سمنهما ، فان لم يذهب ففيه حكومة • وروى عن أبى بكر أنه قضى فى
الأذنين بخمس عشرة من الأبل وقال : انهما لا يضران السمع ويستترهما
الشعر أو العمامة • وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا فى الأذن اذا
اصطلمت نصف الدية • وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم أن فى
ذهاب السمع الدية •

وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة ، وقال أبو حنيفة :
فيهما الدية ، وكذلك فى أشفار العين ، وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة •

وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود أنه قال : فى كل اثنين من
الانسان الدية وتشبيهما بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثناة • وعمدة
مالك أنه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل
السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة ، وأيضا فان الحواجب ليست
أعضاء لها منفعة ولا فعل بين - أعنى ضروريا فى الخلقة •

وأما الأجفان ففيل شئ كل جفن منها ربع الدية ، وبه قال الشافعى
والكوفى ، لأنه لا بقاء للعين دون الأجفان ، وفى الجفنين الأسفلين عند
غيرهما الثلث وفى الأعلىين الثلثان • وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه
أكثر من ديته أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان •

وأما الأنتيان فأجمعوا أيضا على أن فيهما الدية ، وقال جميعهم : ان

فى كل واحدة منهما نصف الدية ، الا ما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية ، فهذه مسائل الأعضاء المزدوجة • وأما المفردة فان جمهورهم على أن فى اللسان خطأ الدية ، وذلك مروى عن النبى ﷺ ، وذلك اذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام ، فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة •

واختلفوا فى القصاص فيه عمدا ، فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية ، وهم مالك والشافعى والكوفى ، لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى ، والكوفى ومالك على العاقلة ، وقال الليث وغيره : فى اللسان عمدا القصاص • وأما الأنف فأجمعوا على أنه اذا أوعب جدعا على أن فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب التشم أو لم يذهب ، وعنده أنه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية ، وفى ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على أن فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطاء الدية كاملة

واختلفوا فى ذكر العين والخصى ، كما اختلفوا فى لسان الأخرس وفى اليد الشلاء ، فمنهم من جعل فيها الدية ، ومنهم من جعل فيها حكومة ، ومنهم من قال : فى ذكر الخصى والعين ثلث الدية ، والذى عليه الجمهور أن فيه حكومة • وأقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع المحشفة ، ثم فى باقى الذكر حكومة ، وأما عين الأعور فللعلماء فيه قولان : أحدهما أن فيه الدية كاملة ، واليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز ، وهو قول ابن عمر ، وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى : فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح ، وهو مروى عن جماعة من التابعين •

وعمدة الفريق الأول أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور ، وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم : أعنى عموم قوله « وفى العين نصف الدية » وقياسا أيضا على أجمعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة إلا نصف الدية •

فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ، ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أمر بالذي أصيب بصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خطأ في الأرض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا البيضة بعينه فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه في الأرض خطأ ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاء قدر ذلك من الدية .

ويختبر صدقة في مسافة ادراك العين العلية والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مرارا شتى في مواضع مختلفة ، فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا أنه صادق .

واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها ، 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 تقويما لا تقويما . 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 بأسودادها ثم في قلبها بعد أسودادها دية .

واختلف العلماء في الأعور يفتأ عين الصحيح عمدا ، فقال الجمهور ان لم يعف 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 فقئت 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 الأعوراء ، وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم . ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الأعور اذا فقئت وجب فيها ألف

دينار ، لأنها فى حقه فى معنى العينين كثنيتها الا العين الواحدة ، فاذا تركها له وجبت عليه ديته • وعمدة أولئك البقاء على الأصل ، أعنى أن فى العين الواحدة نصف الدية •

وعمدة أبى حنيفة أن العمدة ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسألة قد ذكرت فى باب القود فى الأنجراح • وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى : مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وغيرهم : أن فى كل اصبع عشرة من الابل وان الأصابع فى ذلك سواء وان فى كل أنملة ثلث العشر الا ما له من الأصابع أنملتان كالأبهام ، وفى أنملته خمس من الابل •

وعمدتهم فى ذلك ما جاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال : « وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل » وخرج عمرو بن شعيب عن أبىه عن جده « أن رسول الله ﷺ قضى فى الأصابع بعشر العشر » وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق ، فهى عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها •

وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الأصابع ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى نى الأبهام والتى تليها بعقل نصف الدية ، وفى الوسطى بعشر فرائض ، وفى التى تليها بتسع ، وفى الخنصر بست • وروى عن مجاهد أنه قال فى الأبهام خمسة عشر من الابل ، وفى التى تليها عشر ، وفى الوسطى عشر ، وفى التى تليها ثمان ، وفى الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ، ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة ، وروى عن بعض السلف فيها توقيت •

وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى فى الدرر بجمل ، والضلع بجمل ، وفى الترقوة بجمل • وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران • وقال قتادة : أربعة أبعرة • وعمدة فقهاء الأمصار أن ما لم يثبت فيه عن النبى ﷺ توقيت فليس فيه الا حكومة •

وجمهور فقهاء الأمصار على أن فى كل سن من أسنان الفم خمساً من الابل ، وبه قال ابن عباس • وروى مالك عن عمر أنه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم • وأما التى فى مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمساً من الابل • وقال سعيد بن المسيب : فى الأضراس بعيران • وروى عن عبد الملك بن مروان أن مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال : أتجعل مقدم الأسنان مثل الأضراس ؟ فقال ابن عباس : لو لم يعتبر ذلك الا بالأصابع عقلها سواء ، عمدة الجمهور فى مثل ذلك ما ثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال « فى السن خمس » وذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره ، وتشبيهها أيضاً بالأصابع التى استوت ديتها وان اختلفت منافعها •

وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الأول انما صار اليه عن توقيف ، وجميع هذه الأعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ما قطع وقلع ما قلع •

واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا ؟ فذهب مالك وأصحابه الى أن القود فى كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب ، وقال الشافعى ، والليث : لا قصاص فى عظم من العظام بكسر ، وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى السن •

وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص فى عظم ، وكذلك عن عمر • قال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبى ﷺ أقاد فى السن المكسورة من حديث أنس قال : وقد روى من حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقدر من العظم المقطوع فى غير المفصل الا أنه ليس بالقوى • وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ •

واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس • واختلفوا فى ديات الشجاج وأعضائها ، فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوى المرأة

الرجل فى عقلها من الشجاج والأعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية ، فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل ، أعنى دية أعضائها من أعضائه ، مثال ذلك أن فى كل اصبع من أصابعها عشرة من الابل ، وفى اثنان منها عشرون ، وفى ثلاثة ثلاثون ، وفى 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 عنى النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قولى ابن مسعود ، وهو مروى عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ، وقال قوم : بل دية المرأة نى جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره ، وهو قول على رضى الله عنه ، وروى ذلك عن ابن مسعود ، الا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولاً . وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعى والثورى .

وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت ، اذ القياس فى الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى الا مراسيل ، وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبى عبد الرحمن كم فى أربع من أصابعها ؟ قال : عشرون ، قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها ، قال : أعراقى أنت ؟ قلت : بل عالم منتبث أو جاهل متعلم ، قال : هى السنة .

وروى أيضاً عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبية وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابى اذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به الا عن توقيف ، لكن فى هذا ضعف اذ كان يمكن أن يترك القول به اما لأنه لا يرى القياس ، واما لأنه عارضه فى ذلك قياس ثان أو قلد فى ذلك

غيره ، فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنايات على أعضائها الذكور منها والإناث .

وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فمنهم من رأى أن فى جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ، ومنهم من رأى أن الواجب فى ذلك من قيمته قدر ما فى ذلك الجراح من دينه ، فيكون فى موضحته نصف عشر قيمته ، وفى عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وهو قول عمر وعلى . وقال مالك : يعتبر فى ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها فى الحر من دينه .

وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا تجاوزت الثلث على العاقلة . واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة : ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد ، وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة ، وقال الثورى وابن شبرمة : الموضحة فما زاد على العاقلة ، وقال الشافعى وعثمان البتى : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ .

وعمدة الشافعى هى أن الأصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم الا أن ذلك معمول بل ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القسامة

اختلف العلماء فى القسامة فى أربعة مواضع تجرى مجرى الأصول
لفروع هذا الباب : المسألة الأولى : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟ •
الثانية : اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الذية أو دفع مجرد
الدعوى • المسألة الثالثة : هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى
عليهم • وكم عدد الحالفين من الأولياء ؟ المسألة الرابعة : فيما يعد لوثا
يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان •

(المسألة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور
فقهاء الأمصار : مالك والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وسفيان ، وداود
وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الأمصار ، وقالت طائفة من العلماء
سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عليه : لا يجوز
الحكم بها • وعمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث
حويصة ومحبيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث ، إلا أنهم
مختلفون فى ألفاظه على ما سيأتى بعد •

وعمدة الفريق الثانى اوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول
الشرع المجمع على صحتها : فمنها أن الأصل فى الشرع أن لا يحلف الا
على ما علم قطعا أو شاهد حسا ، واذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء
الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر ،
ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره
يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون فى القسامة ؟
فأضرب القوم وقالوا : نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء
فقال : ما تقول يا أبا قلابة ؟ ونصبنى للناس • • فقلت : يا أمير المؤمنين

عندك أشرف العرب ورؤساء الأجناد ، أ رأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا . قلت : أ رأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ؟ قال : لا .

وفى بعض الروايات : قلت : فما بالهم اذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة : انهم ان أقاموا شاهدى عدل أن فلانا قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا : قالوا : ومنها أن من الأصول أن الأيمان ليس لها تأثير فى اشاطة الدماء .

ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ومن حجتهم أنهم لم يروا فى تلك الأحاديث أن رسول الله ﷺ حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله ﷺ ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ، ولذلك قال لهم : أتخلفون خمسين يمينا — أعنى لولاة الدم وهم الأنصار ؟ — قالوا : كيف نحلف 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 ﷺ هى السنة . قال : واذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الأصول أولى .

وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة فى ذلك حوطة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق ، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المسلمون على المسابيين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المسلمون مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسألة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ ، وقال الشافعي والثوري وجماعة : تستحق بها الدية فقط ، وقال بعض الكوفيين : لا يستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ، وقال بعضهم : بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال •

فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة وفيه : فقال لهم رسول الله ﷺ « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه : فقال لهم رسول الله ﷺ « أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم » •

وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال أعنى في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الأموال 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 مجهول لم يرو عنه غير مالك • وقيل فيه أيضا أنه لم يسمع من سهل • وحديث بشير بن بشار قد اختلف في أسناده ، فأرسنه وأسنده 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 رضي الله عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية • وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ، فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التي نذكرها فيما بعد أن شاء الله •

(المسألة الثالثة) واختاف القائلون بالقسامة ، أعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ماورد في الآثار ، فقال الشافعى وأحمد وداود بن على وغيرهم : يبدأ المدعون ، وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان . وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن حثمة ومرسله عن بشير بن يسار .

وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن حثمة وفيه « فقال رسول الله ﷺ : تأتون بالبينة على من قتله » قالوا : مالنا بينة قال : فيحلفون لكم ، قالوا : ما نرضى بأيمان يهود ، وكره رسول الله ﷺ أن ييطل دمه ، فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة « قال القاضى : وهذا نص غى أنه لا يستوجب بالأيمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط .

واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة بن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الأنصار « أن رسول الله ﷺ قال لليهود وبدأ بهم : أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يميناً ؟ فأبوا ، فقال للأنصار : اهللوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله ﷺ دية على يهود « لأنه وجد بين أظهرهم ، وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الاسناد ، لأنه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة ، وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعنى أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية .

وخرج مثله أيضاً من تبدئة اليهود بالأيمان عن رافع بن خديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك أن عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم عليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على

أصبح الجهنى فتردى فيها فمات ، فقال عمر للذى ادعى عليهم : أتختلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها ؟ فأبوا أن يحلفوا ، وتحرجوا ، فقال للمدعين : احلفوا ، فأبوا ففضى عليهم بشرط الدية .

قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئه المدعين بالأيمان ، لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه .
قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة .



(المسألة الرابعة) وهى موجب القسامة عند القائلين بها ، أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لا تجب الا بشبهة . واختلفوا فى الشبهة ما هى ؟ فقال الشافعى : اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله ﷺ بالقسامة وهو أن يوجد قتل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم . وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خبير دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد فى ناحية قتل والى جانبه رجل مختص بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر فى بيت فوجد بينهم قتيلا وما أشبه هذه مما يغلب على ظن الحكام أن 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 الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة ، الا أن مالكا يرى أن وجود القتل فى المحلة ليس لوثا ، وان كانت هناك عداوة بين القوم الذين منهم القتل أهل المحلة ، واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شئ يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ، وقال أبو حنيفة وصحابه : اذا وجد قتل فى 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 مروى عن عمر وعلى وابن مسعود ، ويقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتل يعرف من قتله أينما وجد ، فادعى وفاة 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 رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود : لا أقسم بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله ﷺ .

وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فيجعل قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة ، وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة وكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالأيمان من رأى ذلك منهم . فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى ، اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه ، انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك باليمين مع الشاهد في الأموال .

وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام : « لو يعطى الناس بدعوايهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم في صحيحه ، وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف ، لأن التصديق هنالك أسند الى الفعل الخارق للعادة .

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 بعينه الأولياء ، وهو ضعيف ، وقال المغيرة المخزومي : كل من أقسم عليه قتل ، وقال مالك

والليلث : اذا شهد اثنان عدلان أن انسانا ضرب آخر وبقي المضرور أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضرور انه مات من ذلك الضرب وقيّد به ، وهذا كله ضعيف •

واختلفوا في القسامة في العبد ، فبعض أثبتها ، وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر ، وبعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة ، وبها قال مالك ، والدية عندهم فيها في مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلاً خمسين يميناً عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ ، وان نكل عنده أحد من ولادة الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل ، أعنى حظها منها •

وقال الزهري : ان نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة • قال القاضي : والقول في القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء ، وهو في الحقيقة جزء من كتاب الأفضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى أن يذكر في ذلك الجنس •

وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الأفضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعاً كما فعل مالك في الموطأ ، فانه ساق فيه الأفضية من كل كتاب •

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد
 وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب فى أحكام الزنا

والنظر فى أصول هذا الكتاب فى حد الزنا ، وفى أصناف الزناة ،
 وفى العقوبات لكل صنف منهم ، وفيما تثبت به هذه الفاحشة •

الباب الأول

فى حد الزنا

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح
 ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام ، وان كانوا
 اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة ، وفى ذلك
 مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ،
 فقال مالك : يدرأ 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 : « ادروا
 الحدود بالشبهات » والذين درأوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق
 المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم •

وسبب الخلاف : هل ذلك الذى يغلب منها 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 فى الرجل
 المجاهد يبطأ جارية من المغنم فقال قوم : عليه الحد ، ودرأ قوم عنه
 الحد وهو أشبه ، والسبب فى هذه وفى التى قبلها واحد ، والله أعلم •
 ومنها أن يحل لرجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ،
 (٣٤ — بداية المجتهد — ثان)

وقال غيره : يعزر ، وقال بعض الناس : بل هي هبة مثبوضة والرقبة تابعة للفرج .

ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه « أنت ومالك لأبيك » ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقاد الوالد بالولد » ولا جمعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوم عليه حملت أم لم تحمل لأنها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها •

ومن الحجة لهم أيضاً اجماعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له وليا • ومنها الرجل يوطأ جارية زوجته ، اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملاً ، وقالت طائفة : ليس عليه الحد وتقوم عليه فيعزمها لزوجته ان كانت طاوخته ، وان كانت استكرهها قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد واسحاق ، وهو قول ابن مسعود ، والأول قول عمر ، ورواه مالك في الموطأ عنه • وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء أكان محصناً أو ثيباً ، وقال قوم : عليه التعزير •

فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد • وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته أنه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها ، وان كانت طاوخته فهي له ، وعليه لسيدتها مثلها وأيضاً فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « تنكح المرأة لثلاث •••• فذكر مالها » ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث ، أو في الثلث فما فوقه ، وهو مذهب مالك •

ومنها ما يراى أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك ، وقوله نى ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة

وأشبهه نكاح المتعة • ومنها درء الحد عن امتنع اختلف فيه أيضا وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل •

الباب الثاني

في أصناف الزناة وعقوباتهم

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون شيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث • والحدود الاسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وتغريب • فأما الشيب الأحرار المحصنون ، فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من أهل الأهواء فانهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وانما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى : « الزانية والزاني » (١) الآية • واختلفوا في موضعين : أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثاني في شروط الاحصان •

(أما المسألة الأولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لا جلد على من وجب عليه الرجم ، وقال الحسن البصرى واسحاق وأحمد وداود : الزانى المحصن يجلد ثم يرجم • عمدة الجمهور « أن رسول الله ﷺ رجم ماعزا ، ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد ، كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم ، ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر ، وذلك أن الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم •

وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا

كل واحد منهما مائة جلدة» (١) فلم يخص محصن من غير محصن • واحتجوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه ، خرجه مسلم وغيره أن علياً رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسوله •

وحديث عبادة بن الصامت ، وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « خذوا عني •• قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتعريب عام ، والثيب جلد مائة والرجم بالحجارة » وأما الاحصان فانهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم •

واختلفوا في شروطه فتمالك : البلوغ والاسلام والحرية والوطء هي عقد صحيح ، وحالة جائر فيها الوطء ، الوطء المحظور عنده هو الوطء في الحيض أو في الصيام ، فاذا زنى بعد الوطء الذي بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ، ووافق أبو حنيفة مالكا في هذه الشروط الا في الوطء المحظور ، واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين ، أعني أن يكون الزاني والزانية حريين ، ولم يشترط الشافعي الاسلام • وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه « أن النبي ﷺ رجم اليهودية واليهودية للذين زنيا » اذ رفع اليه أمرهما اليهود ، والله تعالى يقول : « وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » (٢) •

وعمدة مالك من طريق المعنى أن الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام ، وهذا مبناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه ، فهذا هو حكم الثيب •

وأما الأبكار فان المسلمين أجمعوا على أن حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلفوا في التعريب مع الجلد ، فقال أبو حنيفة وأصحابه :

(٢) المائدة : ٤٢ •

(١) النور : ٢ •

لا تغريب أصلا ، وقال الشافعي : لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان
ذكراً كان أو أنثى ، حراً كان أو عبداً ، وقال مالك : يغرب الرجل
ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ، ولا تغريب عند مالك على العبيد .

فعمدة من أوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت
المتقدم وفيه « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكذلك ما خرج أهل
الصحاح عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا : ان رجلا
من الأعراب أتى النبي عليه الصلاة والسلام قال : يا رسول الله .. أنشدك
الله الا قضيت لى بكتاب الله . فقال الخصم وهو أفقه منه : نعم اقض
بيننا بكتاب الله واذن لى أن أتكلم ، فقال له النبي ﷺ : قل ، قال :
ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامراته ، وانى أخبرت أن على ابنى
الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أنما
على ابني جلد مائة وتغريب عام . وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال
رسول الله ﷺ : « والذي نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ..
أما الوليدة والغنم فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد
يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فغدا عليها أنيس فاعترفت ،
فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجمت .

ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس ، لأنه
رأى أن المرأة تعرض بالعربة لأكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل ،
أعنى المصلحة الذى كثيرا ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر
الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس يفسخ
الكتاب بأخبار الأحاد .

ورواوا عن عمر وغيره أنه حسد ولم يغرب ، وروى الكوفيون عن
أبى بكر وعمر أنهم غربوا .

وأما حكم العبيد فى هذه الفاحشة ، فان العبيد صنفان : ذكور واناث ،
أما الاناث فان العلماء أجمعوا على أن الأمة اذا تزوجت وزنت أن حدها
خمسون جلدة لقوله تعالى : « فاذا أحصن فان أتى بفاحشة فعليهن

نصف ما على الحصنات من العذاب» (١) واختلفوا إذا لم تتزوج . فقال جمهور فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ، وقالت طائفة : لاحد عليها ، وانما عليها تعزير فقط ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب . وقال قوم : لا حد على الأمة أصلا .

والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله تعالى : « فاذا أحصن » فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال : لا تجلد الغير المتزوجة . ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما في المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحسن ، فقال « ان زنت فاجلدوها . . ثم ان زنت فاجلدوها . . ثم بيعوها ولو بضعير » .

وأما الذكر من العبيد ، فقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة ، وقال أهل الظاهر : بل حده مائة جلدة مصيرا الى عموم قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » (٢) ولم يخصص حرا من عبد . ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الأمة وهو شاذ .

وروى عن ابن عباس ، فهذا هو القول في أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود ، وفي وقتها .

فأما كفيئتها 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 أخرجها فحفر لها حفرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم انى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ، ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر

(٢) النور : ٢ .

(١) النساء : ٢٥ .

ورجم علانية ، فما كان منه باقرار فأول من يرمج الامام ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرمج البينة 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 : فرجمناه بالمصلى ، فلما أذته الحجارة فر ، فأدركناه بالحررة فرضخناه • وقد روى مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفرة •

وبالجملة فالأحاديث في ذلك مختلفة ، قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لا حفر ، وقال مالك : يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يضرب سائر الأعضاء ويتقى 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** » (١) •

واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل ثلاثة ، وقيل اثنان ، وقيل سبعة ، وقيل ما فوقها • وأما الوقت ، فان الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ، ولا يقام على المريض ، وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد واسحاق ، واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض •

وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود ، فمن نظر الى الأمر باقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ، ومن نظر

الى المفهوم من الحد قال لا يحد حتى يبرأ ، وكذلك الأمر فى شدة الحر والبرد

الباب الثالث

وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة . واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه . وكذلك اختلفوا فى شروط الاقرار وشروط الشهادة .

فأما الاقرار فانهم اختلفوا فيه فى موضعين : أحدهما عدد مرات الاقرار الذى يلزم به الحد . والموضع الثانى هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الاقرار الذى يجب به الحد ، فان مالكا والشافعى يقولان : يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى : لا يجب الحد الا بأقارير أربعة مرة بعد مرة ، وبه قال أحمد واسحاق وزاد أبو حنيفة وأصحابه : فى مجالس متفرقة .

وعمدة مالك والشافعى ما جاء فى حديث أبى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام : « اغد يا أنيس على امرأة هذا ، فان اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها » ولم يذكر عدداً ، وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام : « أنه رد ما عزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه » وفى غيره من الأحاديث قالوا : وما ورد فى بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ، ومن قصر فأنيس بحجة على من حفظ .

(وأما المسألة الثانية) وهى من اعترف بالزنا ثم رجع ، فقال جمهور العلماء : يقبل رجوعه . الا ابن أبى ليلى وعثمان البتى ، وفصل

مالك فقال : ان رجع الى شبهة قبل رجوعه • وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان : احدهما يقبل وهى الرواية المشهورة • والثانية لا يقبل رجوعه ، وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره عليه السلام ما عزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع . ولذلك لا يجب على من أوجب سفرط الحد بالرجوع أن يكون التماضى على الاقرار شرطاً من شروط الحد •

وقد روى من طريق « أن ما عزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه ، فقال لهم : ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وآله الصلاة والسلام فقال : هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه » ومن هنا تعلق الشافعى بأن التوبة تسقط الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً فى وجوب الحد •

وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وأن العدد المشترط فى الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى : « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » (١) وأن من صفتهم أن يكونوا عدولا ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها ، أنها تكون بالتصريح لا بالكناية ، وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان ، الا ما حكى عن أبى حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر •

وسبب الخلاف هل تلتق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلتق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فانهم أجمعوا على أنها لا تلتق ، والمكان أشبه بالزمان • والظاهر من الشرع قصده الى التوثق فى ثبوت هذا الحد أكثر منه فى سائر الحدود •

وأما اختلافهم فى إقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فان طائفة أوجبت الحد على ما ذكره مالك فى الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، الا أن تكون جاءت بآمارة على استكراهها ، مثل أن تكون بكرا فتأتى وهى تدمى ، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فان ابن القاسم قال : اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها . وقال أبو حنيفة والثشافعى : لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية ، وان لم تأت فى دعوى الاستكراه بآمارة ، ولا فى دعوى الزوجية بينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه .

ومن الحجة لهم ما جاء فى حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها : استكرهت ؟ قالت : لا قال : فلعل رجلا أتاك فى نومك • قالوا : وروى الأثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلا طرقتها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد • ولا خلاف بين أهل الاسلام أن المستكره لا حد عليها ، وانما اختلفوا فى وجوب الصداق لها •

وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه فى البضع فى الحلية والحرمية ، ومن قال انه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه •• وهذا الأصل كاف فى هذا الكتاب . والله الموفق للصواب •

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القذف

والنظر فى هذا الكتاب : فى القذف ، والقاذف ، والمقذوف . وفى العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا نثبت ، والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » (١) الآية .

فأما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء أكان ذكرا أو أنثى . حرا أو عبدا ، مسلما أو غير مسلم .

وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف : البلوغ والحرية والعفاف والاسلام ، وأن يكون معه آلة الزنا . فان انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف . ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف ، ومالك يعتبر فى سن المرأة أن تطبق الوطء .

وأما القذف الذى يجب به الحد ، فاتفقوا على وجهين : أحدهما أن يرمى القاذف المقذوف بالزنا ، والثانى أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة ، واختلفوا ان كانت كافرة أو أمة ، فقال مالك : سواء أكانت حرة أو أمة مسلمة أو كافرة يجب الحد . وقال ابراهيم النخعى : لا حد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أو كتابية ، وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة .

واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب الحد ، واختلفوا ان كان بتعريض ، فقال الشافعى وأبو حنيفة

(١) النور : ٤ .

والثورى وابن أبى ليلى : لا حد فى التعريض ، الا أن أبا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير ، وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود . وقال مالك وأصحابه : فى التعريض الحد . وهى مسألة وقعت فى زمان عمر . فشاور عمر فيها الصحابة . فاختلفوا فيها عليه . فرأى عمر فيها الحد .

وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال المصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه اعنى مقولا بالاستعارة . وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذى فى الاسم المستعار شبهة . والحدود تدرأ بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم فى ما أضع مقام النص . وقد تضعف فى مواضع . وذلك أنه اذا لم يكتر الاستعمال لها والذى يندرىء به الحد عن القاذف أن يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود باجماع الشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة تذفة وعنده غيره ليسوا بقذفة . وانما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل .

والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف اذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد . وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه : أما جنسه . فانهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى : « ثمانين جلدة » (١) م .

واختلفوا فى العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء الأمصار : حده نصف حد الحر . وذلك أربعون جلدة . وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس ، وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار أبو ثور والأوزاعى وداود وأصحابه من أهل الظاهر . فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده فى الزنا .

وأما أهل الظاهر فتمسكوا فى ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضاً أن حد الكتابى ثمانون . فكان العبد أحرى بذلك .

وأما التوقيت فانهم اتفقوا على أنه اذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة ، فعليه حد واحد منها ، وأنه ان قذف فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة . فقالت طائفة : ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقتهم . 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 حبي أنه قال : ان قال انسان : من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها ، وقالت طائفة : ان جمعهم في ذلمة واحدة مثل أن يقول لهم يازناة فحد واحد ، وان قال لكل واحد منهم يازناني فعليه لكل انسان منهم حد .

فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حدا واحدا حديث أنس وغيره ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك الي النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك ، وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل . وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للأدميين . وأنه 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 ، فلأنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد .

وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي : لا يصح العفو : أى لا يسقط الحد ، وقال الشافعي : 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 ، فمرة قال بقول الشافعي ، ومرة قال : يجوز اذا لم يبلغ الامام ، وان بلغ لم يجز الا أن 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 أو لا يصل . وقياسا على الأثر الوارد في السرقة ، وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الامام يقيمه في القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب .

واختلفوا اذا تاب ، فقال مالك : تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي ، 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 » (١) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال : التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ، ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعاً قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع : أي خارج عن الأصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد .

وأما بماذا يثبت ؟ فانهم اتفقوا 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 المدعى ؟ فهذه هي أصول هذا الباب التي تبني عليه فروعه . قال القاضي : وان أنسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً ، اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة ، التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القاريء مجتهداً

في مذهب مالك ، لأن احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع
العمر دونه •

* * *

باب فى شرب الخمر

والكلام فى هذه الجنائية : فى الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت
هذه الجنائية ؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون اكراه
قليلها وكثيرها • واختلفوا فى المسكرات من غيرها ، فقال أهل الحجاز :
حكمتها حكم الخمر فى تحريمها وإيجاب الحد من شربها قليلا كان أو
كثيرا أسكر أو لم يسكر ، وقال أهل العراق : المحرم منها هو السكر ،
وهو الذى يوجب الحد ، وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين فى كتاب الأطعمة
والأشربة •

وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا أن تكون التوبة ، والتفسيق
فى شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر . وفيمن بلغ حد السكر
فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة فى وجوب
الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، الا أنهم اختلفوا فى مقدار الحد
الواجب ، فقال الجمهور : الحد فى ذلك ثمانون ، وقال الشافعى وأبو ثور
وداود : الحد فى ذلك أربعون ، هذا فى حد الحر •

وأما حد العبد فاختلفوا فيه ، فقال الجمهور : هو على النصف من
حد الحر ، وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ،
وعند الشافعى عشرون ، وعند من قال ثمانون : أربعون ، فعمدة الجمهور
تشاور عمر والصحابة لما كثر فى 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 افتقرى » •

وعمدة الفريق الثانى أن النبى ﷺ لم يحد فى ذلك حدا ،
وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود ، وأن أبا بكر

رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله ﷺ : كم بلغ ضرب رسول الله ﷺ لشراب الخمر ؟ فقدروه بأربعين • وروى عن أبي سعيد الخدرى « أن رسول الله ﷺ ضرب فى الخمر بنعلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطا • ﴿٤٦٦﴾

وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ما هو أثبت من هذا ، وهو « أن رسول الله ﷺ ضرب فى الخمر أربعين » وروى هذا عن على عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت ، وبه قال الشافعى • وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه ، وكذلك الأمر فى سائر الحدود واختلفوا فى اقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعام نفسه ، ولا يقطع فى السرقة الا الامام ، وبه قال الليث . وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام . وقال الشافعى : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد واسحاق وأبى ثور •

فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال : ان زنت فاجلدها ، ثم ان زنت فاجلدها ، ثم بيعوها ولو بضيفير » وقوله عليه الصلاة والسلام : « اذا زنت أمة أحدكم فاجلدها » •

وأما الشافعى فاعتمد مع الأحاديث ما روى عنه ﷺ من حديث عنه أنه قال : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم » ولأنه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس • وعمدة أبى حنيفة الاجماع على أن الأصل فى اقامة الحدود هو السلطان • وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والفقير 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 إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ، وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء الأمة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة .

فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة سببها على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرأ بالشبه .

* * *

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب السرقة

والنظر فى هذا الكتاب فى حد السرقة ، وفى شروط المسروق الذى
يجب به الحد ، وفى صفات السارق الذى يجب عليه الحد ، وفى العقوبة ،
وفىما تثبت به هذه الجناية ، فأما السرقة ، فهى أخذ مال الغير مستترا من
غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس فى الخيانة
ولا فى الاختلاس قطع الا اياس بن معاوية ، فإنه أوجب فى الخلسة
المقطع ، وذلك مروى عن النبى عليه الصلاة والسلام .

وأوجب أيضا قوم المقطع على من استعار حليا أو متاعا ثم جمده
لكان حديث المرأة المخزومية المشهورة « أنها كانت تستعير الحلى ، وأن
رسول الله ﷺ قطعها بوضع جحودها » .

وبه قال أحمد واسحاق والحديث حديث عائشة قالت : « كانت امرأة
مخزومية تستعير المتاع وتجده ، فأمر النبى عليه الصلاة والسلام بقطع
يدها ، فأتى أسامة أهلها فكلموه ، فكلم أسامة النبى عليه الصلاة والسلام ،
فقال النبى عليه الصلاة والسلام : يا أسامة لا أراك تتكلم فى حد من حدود
الله ، ثم قام النبى عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال : « انما أهلك من
كان قبلكم أنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف
قطعوه ، والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتمها » .

ورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار
مأمون وأنه يأخذ بغير اذن فضلا أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفى الحديث
حذف ، وهو أنها سرقت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة
والسلام « انما أهلك من كان قبلكم أنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه »
قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى باسناده ، فقال فيه :

ان المخزومية سرقت ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعاً
الجحد والسرقة •

وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب
قطع الا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل ،
فحكمه حكم المحارب ، على ما سيأتي فى حد المحارب •

وأما السارق الذى يجب عليه حد السرقة ، فانهم اتفقوا على أن من
شرطه أن يكون مكلفاً، وسواء أكان حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى ، أو مسلماً،
أو ذمياً ، الاماروى فى الصدر الأول من الخلاف فى قطع يد العبد الأبى
إذا سرق ، وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ،
ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ، فمن رأى أن الاجماع ينعقد بعد وجود
الخلاف فى العصر المتقدم كانت المسألة عنده قطعية ، ومن لم ير
ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم ير القطع على العبد
الأبى الا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شطره ، أعنى الحدود التى
تنشطر فى حق العبيد ، وهو تشبيه ضعيف •

وأما المسروق فان له شرائط مختلفاً فيها ، فمن أشهرها اشتراط
النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، الا ما روى عن الحسن
البصرى أنه قال : القطع فى قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى :
« **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** » (١) الآية • وربما احتجوا
بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه الصلاة والسلام
أنه قال : « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل
فتقطع يده » وبه قال الخوارج وطائفة من المتكلمين •

والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور
اختلفوا فى قدره اختلفا كثيراً ، الا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذى
يستند الى أدلة ثابتة ، وهو قولان : أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك
والشافعى وغيرهم • والثانى قول فقهاء العراق • أما فقهاء الحجاز
فأوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب •

واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك في المشهور : تقوم بالدرهم لا بالربع دينار ، أعنى إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفا ، وقال الشافعى : الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضا للدرهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا أن تساوى ربع دينار .

وأما مالك فالدينانير والدرهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه . وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض الى الغالب فيفقود أهل ذلك البلد ، فان كل الغالب الدراهم قومت بالدرهم ، وان كان الغالب الدينانير قومت بالربع دينار . وأظن أن في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم . ويقول الشافعى في التقويم قال أبو ثور والاوزاعى وداود ، ويقول مالك المشهور قال أحمد : أعنى بالتقويم بالدراهم .

وأما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه . وقد قال جماعة منهم ابن أبى ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد فى أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل فى أربعة دراهم ، وقال عثمان البتى : فى درهمين . فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم « وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخارى ومسلم الى النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : «تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا» .

وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور ، قالوا : ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك فى أحاديث . وقد خالف ابن عمر فى قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع فى المجن كابن عباس وغيره .

وقد روى محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن

ابن عباس قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم •
قالوا : واذا وجد الخلاف في ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين ،
وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة ، وهو الذي اعتمده
!!شافعي في هذه المسألة وجعل الأصل هو الربع دينار

وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه ،
وهو أنه 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 أحفظ للأموال ، والقطع في عشرة دراهم أدخل
في باب التجاوز والصفح عن بسير 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 فمذهب الشافعي أولى
المذاهب ، فهذا هو أحد 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 بأن يخرجوا النصاب من الحرز معا ، مثل أن يكون عدلا أو صندوقا
يساوي النصاب ، فقال مالك : يقطعون جميعا ، وبه قال الشافعي وأحمد
وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد
منهم نصابا ، فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق :
أى أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ،
ومن رأى أن القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال :
لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة •

واختلفوا متى يقدر المسروق ، فقال مالك : يوم السرقة ، وقال
أبو حنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع • وأما الشرط الثاني في وجوب هذا
الحد فهو الحرز ، وذلك أن جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى
واصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع ، وان كان قد
اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز • والأشبه أن يقال في حد الحرز انه

ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك ، وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاحراج من الحرز على ما سنذكره بعد ، وممن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم . وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز .

فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا قطع فى ثمر معاق ولا فى حريسة جبل ، فاذا أراه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب .

وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » (١) الآية . قالوا : فوجب أن نحمل الآية على عمومها . الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك . وقد خصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع على أحاديث عمرو بن شعيب . وقال أبو عمر ابن عبد البر : أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات .

وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز . واختلفهم فى الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار ، واختلفهم فى الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده اذا أخرج من البيت ، وقال أبو يوسف ومحمد : لاقطع عليه الا اذا أخرج من الدار .

ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ، أو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعى وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى

النباش القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وقال 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 ، فمرايط الدواب عنده أحرار ، وكذلك الأوعية ، [وما] علم الانسان من اللباس ، فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده •

وإذا نوسد النائم شيئاً فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان ابن أمية وسيأتي بعد ، وما أخذ من المنتبه فهو اختلاس • ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلبي أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ، ومن سرق من الكعبة شيئاً لم يقطع عنده ، وكذلك من المساجد ، وقد قيل في المذهب انه ان سرق منها ليلاً يقطع •

وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز • واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء أكان داخل الحرز أو خارجه • وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان : أحدهما داخل البيت ، والآخر خارجه ، فحرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الآخر ، فقيل القطع على الخارج المتناول له ، وقيل : لا قطع على واحد منهما ، وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب • والخلاف في هذا كله آيل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لا انطلاقه • فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ، ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف مالك فيه اذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج ، وقال ابن القاسم : يقطع •

(فصل) وأما جنس المسروق ، فان العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فانه يجب في سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة ، والأشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا في ذلك ، فذهب الجمهور الى أن القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ

العوض فيه ، وقال أبو حنيفة : لا قطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش . فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب .

وعمدة أبى حنيفة فى منعه القطع فى الطعام الرطب قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع فى ثمر ولا كثر » وذلك أن هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة . وعمدته أيضا فى منع القطع فيما أصله مباح : الشبهة التى فيه لكل مالك . وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذى يجب فيه القطع أن لا يكون للمسارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع : فى جنسه ، وقدره ، وشروطه ، وستأتى هذه المسألة فيما بعد .

واختلفوا من هذا الباب ، أعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف ، فقال مالك والشافعى : يقطع سارقه . وقال أبو حنيفة : لا يقطع ولعل هذا من أبى حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه . أو أن لكل أحد فيه حقا إذ ليس بمال .

واختلفوا من هذا الباب فيما سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كبيرا يفقه فقال مالك يقطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع . واختلفوا فى الحر ، فعند مالك أن سارقه يقطع ، ولا يقطع عند أبى حنيفة ، وهو ول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد .

واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده ، فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع ، وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطا ، وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتئنه سيده .

واشترط مالك فى الخادم الذى يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه ، والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه .

وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ، وقال الشافعى : الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك ، واختاره الزنى .

ومنها القربات ، فمذهب مالك فيها أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » ويقطع ماسواهم من القربات ، وقال الشافعى : لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل : يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق الا ما خصمه الاجماع .

ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ، فقال مالك : يقطع ، وقال عبد الملك من أصحابه : لا يقطع ، فهذا هو القول فى الأسياء التى يجب بها ما يجب فى هذه الجنائية .

القول فى الواجب

وأما الواجب فى هذه الجنائية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا ، أعنى الموجودة فى السارق وفى الشئ المسروق وفى صفة السرقة ، فانهم اتفقوا على أن الواجب فيه القتع من حيث هى جنائية ، والغرم اذا لم يجب القتع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القتع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القتع ، وبه قال الشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة ، وقال قوم : ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة ، وفرق مالك وأصحابه فقال : ان كان موسرا أتبع السارق بقيمة المسروق ، وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القتع فيما حكى عنه ابن القاسم .

فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله ، وحق للأدمى ، فاقترض كل حق موجه ، وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة ، وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن ابن عوف أن رسول الله ﷺ قال : « لا يغرّم السارق اذا أقيم عليه الحد » وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث . قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي .

والكوفيون يقولون : ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول ، ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقة ثانيا أنه 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 الكوع ، وهو الذي عليه الجمهور ، وقال قوم : الأصابع فقط . فأما 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 ثلاثة أم لا ؟ فقال سفيان وأبو حنيفة : يقف القطع في الرجل ، وانما عليه في الثلاثة الغرم فقط ، وقال مالك والشافعي : ان سرق ثلاثة 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 » (١) ولم يذكر الأرجل الا في المحاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى « أن النبي ﷺ أتى بعبد سرق فقطع يده

اليمنى ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتى به فى الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتى به فى الرابعة فقطع رجله « وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله ، وفيه « ثم أخذة الخامسة فقتله » الا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله عليه الصلاة والسلام « هن فواحش وفيهن عقوبة » ولم يذكر قتلا .

وحديث ابن عباس « أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدب فى الخامسة ، فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد تساء . فقيل فى المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى ، وقيل الى الرجل .

وآختلف فى موضع القلع من القدم . فقيل يقطع من المفصل الذى فى أصل السارق ، وقيل يدخل الكعبان فى القلع ، وقيل لا يدخلان . وقيل انها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « تعافوا الحدود بينكم فما بلغنى من حد فقد وجب » وقوله عليه الصلاة والسلام « لو كانت فاطمة بنت محمد لأقتل عليها الحد » وقوله لصفوان « هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به ؟ » .

وآختلفوا فى السارق يسرق ما يجب فيه القلع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقبل القلع ، فقال مالك والشافعى : عليه الحد ، لأنه قد رفع الى الامام . وقال أبو حنيفة وطائفة : لا حد عليه .

فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله ابن صفوان بن أمية أنه قيل له « ان من لم يهاجره لك ، فقدم صفوان ابن أمية الى المدينة ، فنام فى المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله ﷺ ، فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يارسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : « فهلا قبل أن تأتيني به » .

القول فيما تثبت به السرقة

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت باقرار الحر . واختلفوا في اقرار العبد ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اقراره على نفسه موجب لحده ، 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 رجوع 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 بهذا الغرض ، وانما هو لائق بتفريع المذهب .



(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما) •

كتاب الحراية

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » (١) الآية • وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هى فى المحاربين • وقال بعض الناس : انها نزلت فى النفر الذين ارتدوا فى زمان النبى عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل ، فأمر بهم رسول الله ﷺ فقطعت أيديهم وأرجلهم وسلمت أعينهم ، والصحيح أنها فى المحاربين لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » (٢) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى أنها فى المحاربين •

والنظر فى أصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب : أحدها : النظر فى الحراية • والثانى : النظر فى المحارب • والثالث : فيما يجب على المحارب • والرابع : فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة • والخامس : بماذا تثبت هذه الجناية •

الباب الأول

فى النظر فى الحراية

فأما الحراية ، فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر ، واختلفوا فيما حارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء ، واشترط الشافعى الشوكة ، وان كان لم يشترط العدد ، وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة انما تتأتى بالبعد عن العمران ، وكذلك يقول

(٢) المائدة : ٣٤ •

(١) المائدة : ٣٣ •

الشافعي : انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ، وقال أبو حنيفة : لا تكون المحاربة فى المصر •

* * *

الباب الثانى

فى النظر فى المحارب

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحراية ، وهو المسلم والذمى •

* * *

الباب الثالث

شئما يجب على المحارب

وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق الله وحق للأدميين ، واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدى وقطع الأرجل من خلاف ، والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحراية واختلفوا فى هذه العقوبات. هل هى على التخير أو مرتبة على قدر جنائية المحارب ، فقال مالك : ان قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخير فى قطعه ولا فى نفيه ، وانما التخير فى قتله أو صلبه •

وأما ان أخذ المال ولم يقتل فلا تخير فى نفيه ، وانما التخير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف • وأما اذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه • ومعنى التخير عنده أن الأمر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام ، فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ، لأن القطع لا يرفع ضرره • وان كان لا رأى له وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وان كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه ، وهو الضرب والنفى •

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتبها عليه ، فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ، ولا يقطع الا من أخذ المال ، ولا ينفى الا من لم يأخذ المال ولا قتل •

وقال قوم : يل الامام مخير فيهم على الاطلاق ، وسواء قتل أو لم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه ، وسبب الخلاف هل حرف « أو » فى الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جنائياتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير • واختلفوا فى معنى قوله : « أو يصلبوا » (١) فقال قوم : انه 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 انه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ، ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ، ومن رأى أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم : لا يصلى عليه تنكيلا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه •

وقال سحنون : اذا قتل فى الخشبة أنزل منها صلى عليه • وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة ؟ فيه قولان عنه ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام • وأما قوله : « أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف » (١) فمعناه أن 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 فى قوله : « أو ينقوا من الأرض » (١) فقيل ان النقى هو السجن ، وقيل ان النقى هو أن ينفى 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 أبو حنيفة . وقال ابن الماجشون : معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم ، فأما أن ينفي بعد أن يقدر عليه فلا ، وقال الشافعي : أما النفي فغير مقصود ، ولكن ان هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع . (٦٠) وقيل هي عقوبة مقصودة . فقيل على هذا ينفي ويسجن دائما ، وكلها عن الشافعي ، وقيل معنى «أو ينفوا» : أى من أرض الاسلام الى أرض الحرب .

والذى يظهر هو أن النفي تغريهم عن وطنهم لقوله تعالى : « ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتتلوا أنفسهم أو اخرجوا من دياركم » (١) الآية . فسوى بين النفي والقتل ، وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقان فيه سوى هذا . فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف .

* * *

الباب الرابع

في مسقط الواجب عنه من التوبة

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الأصل فيه قوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » (٢) واختلف من ذلك فى أربعة مواضع :

أحدها : هل تقبل توبته ؟ والثانى : ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته ؟ فان لأهل العلم فى ذلك قولين : قول انه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » وقول : انه لا تقبل توبته . قال ذلك من قال ان الآية لم تنزل فى المحاربين .

وأما صفة التوبة التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة

(٢) المائدة : ٣٤ .

(١) النساء : ٦٦ .

أقوال : أحدها أن توبته تكون بوجهين : أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الامام ، والثاني أن يلقي سلاحه ويأتي الامام طائعا ، وهو مذهب ابن المقاسم . والقول الثاني أن توبته انما تكون بأن يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه ، وإن أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا هو قول ابن الماجشون ، والقول الثالث : ان توبته انما تكون بالمجئ الى الامام ، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام ان أخذ قبل أن يأتى الامام ، وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل انها تكون بأن يأتى الامام قبل أن يقدر عليه ، وقيل انها تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل تكون بالأمرين جميعا . وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته ، فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال : أحدها أن يلحق بدار الحرب . والثاني أن تكون له فئة . والثالث كيفما كانت له فئة أو لم تكن احق بدار الحرب أو لم يلحق .

واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على أن ينزل ، فبقيل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقيل : لا أمان له لأنه انما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال : أحدها أن التوبة انما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك .

والقول الثانى ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة ولجميع حقوق الله من الزنا والشراب والمقطع فى السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء الا أن يعفو أولياء المقتول .

والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفى الأموال بما وجد بعينه فى أيديهم ولا تتبع ذمهم . والقول الرابع إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم الا ما كان من الأموال قائم العين بيده .



الباب الخامس

بماذا تثبت هذه الجناية

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم ، وقال الشافعي : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالا أخذوه ، وتثبت عند مالك الحراية بشهادة السماع .

فصل

فى حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل . فان محاربيهم الامام ، فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة ، فان مالكا قال : ان للامام ان يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين . وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب ، فان حكمه حكم البدعي الذى لا يدعو الى بدعته ، فهو يستتاب فان تاب والا قتل ، وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل .

واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل : أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم .

وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم ، فحكمهم اذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحراية ، ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الا أن يوجد بيده فيزد الى ربه . وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل ؟ فقيل يقتل وهو قول عطاء وأصنع ، 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 فى حكم المرتد

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور : تقتل المرأة ، وقال أبو حنيفة : لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية ، والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك ، وشذ قوم فقالوا : تقتل وان راجعت الاسلام وأما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر •

وقال قوم : لا تقبل توبته • وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب ، كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب ، الا أن يسلم •

وأما اذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فانه يختلف فى حكمه ، فان كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لا تبعة عليه فى شىء مما فعل فى حال ارتداده •

وأما ان كانت حرابته فى دار الاسلام ، فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة ، وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى فى رده فى دار الاسلام 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 فى هذا الباب فى حكم الساحر ، فقال مالك : يقتل كفرا ، وقال قوم : لا يقتل ، والأصل أن لا يقتل الا مع الكفر •



(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما)

كتاب لأقضية

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة أبواب : أحدها : فى معرفة
من يجوز قضاؤه • والثانى : فى معرفة ما يقضى به • والثالث : فى معرفة
ما يقضى فيه • والرابع : فى معرفة من يقضى عليه أو له • والخامس :
فى كيفية القضاء • والسادس : فى وقت القضاء •

الباب الأول

فى معرفة من يجوز قضاؤه

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل •
فأما الصفات المشترطة فى الجواز • فأن يكون حرا مسلما بالغيا ذكرا
عاقلا عدلا • وقد قيل فى المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم
به • واختلفوا فى كونه من أهل الاجتهاد ، فقال الشافعى : يجب أن
يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ، وقال
أبو حنيفة : يجوز حكم العامى • قال القاضى : وهو ظاهر ما حكاه جدى
رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من
الصفات المستحبة •

وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة ، فقال الجمهور : هى شرط فى
صحة الحكم ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضيا فى الأموال ،
قال الطبرى : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق فى كل شىء ، قال
عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية ، فمن رد قضاء
المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى ، وقاسها أيضا على العبد
لنقصان حرمتها •

ومن أجاز حكمها فى الأموال فتسببها بجواز شهادتها فى الأموال ،
ومن رأى حكمها نافذا فى كل شىء قال : ان الأصل هو أن كل من يتأتى
منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة
الكبرى .

وأما اشتراط الحرية فد خلاف فيه ، ولا خلاف فى مذهب مالك أن
السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليس شرطا فى
جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى
الجواز ، فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هى شرط
فى الاستمرار وليست شرطا فى الجواز ، فهذا اذا ولى القضاء عزل
ونفذ ما حكم به الا أن يكون جورا . ومن هذا الجنس عندهم هذه
الثلاث صفات .

ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا . والشافعى يجيز أن
يكون فى المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ،
وان شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجز ، وان شرط الاستقلال لكل واحد
منهما فوجهان :

الجواز ، والمنع ، قال : واذا تنازع الخصمان فى اختيار أحدهما
وجب أن يقترعا عنده . وأما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس
فى كتبهم . وقد اختلفوا فى الأسمى هل يجوز أن يكون قاضيا ، والأبين
جواز له لكونه عليه الصلاة والسلام أميا ، وقال قوم : لا يجوز ، وعن
الشافعى القولان جميعا ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ،
ولا خلاف فى جواز حكم الامام الأعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة
قضائه لا خلاف أعرف فيه . واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم
من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الأحكام .

فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعى : فى أحد قوليه : لا يجوز ،
وقال أبو حنيفة : يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد .

الباب الثاني

فى معرفة ما يقضى به

وأما فيما يحكم ، فاتفقوا أن القاضى يحكم فى كل شىء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للملاديين ، وأنه نائب عن الامام الأعظم فى هذا المعنى وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء ، وهل يقدم الأئمة فى المساجد الجامعة ؟ فيه خلاف ، وكذلك هل يستخلف فيه خلاف فى المرض والسفر الا أن يؤذن له ، وليس ينظر فى الحياة ولا فى غير ذلك من الولاية ، وينظر فى التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم .

ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم نحلة للمحكوم له به ، وان لم يكن فى نفسه حلالا ، وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذى يعتره لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك فى الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام « انما أنا بشر وانكم تختصمون الى غلغل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا ، فانما أقطع له قطعة من النار » .

واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم أنه حق وليس بحق ، اذ لا يحل حرام ، ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا ؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج فى ذلك سواء ، لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور فى امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبى ليست له بزوجة ، فقال الجمهور : لا تحل له وان أحلها الحاكم بظاهر الحكم .

وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه : تحل له . فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم ، وشبهة الحنفية أن الحكم بالللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، والللعان يوجب الفرقة ، ويحرم المرأة

على زوجها الملائع لها ويحلها لغيره ، فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه
الا بحكم الحاكم ، وكذلك ان كانت هي الكاذبة ، لأن زناها لا يوجب فرقتها
على قول أكثر الفقهاء ، والجمهور أن الفرقة ههنا انما وقعت عقوبة للعلم
بأن أحدهما كاذب .



الباب الثالث

فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ،
أو بما تركب من هذه ، ففى هذا الباب أربعة فصول .

الفصل الأول

فى الشهادة

والنظر فى الشهود فى ثلاثة أشياء : فى الصفة ، والجنس ،
والعدد . فأما عدد الصفات المعتبرة فى قبول الشاهد بالجملة فهى
خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والاسلام ، والحرية ، ونفى التهمة .
وهذه منها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها ، أما العدالة ، فان المسلمين
اتفقوا على اشتراطها فى قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى :
« ممن ترضون من الشهداء »^(١) وقوله تعالى : « وأشهدوا نوى
عدل منكم »^(٢) .

واختلفوا فيما هى العدالة ، فقال الجمهور : هى صفة زائدة على
الاسلام ، هو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته ، مجتنباً
للمحرمات والمكروهات ، وقال أبو حنيفة : يكفى فى العدالة ظاهر الاسلام ،
وأن لا تعلم منه جرحة . وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم فى مفهوم اسم
العدالة المتقابلة للفسق .

(٢) الطلاق : ٢

(١) البقرة : ٢٨٢

وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى :
« يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ » (١) الآية . ولم يختلفوا أن
الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته ، الا من كان فسقه من قبل القذف ،
فان أبا حنيفة يقول : لا تقبل شهادته وان تاب . والجمهور يقولون : تقبل .
وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى : « ولا تقبلوا
لهم شهادة أبدا ، وأولئك هم الفاسقون . الا الذين تابوا من بعد ذلك » (٢)
الى أقرب مذكور اليه . أو على الجملة الا ما خصصه الاجماع ، وهو أن
التوبة لا تسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا .

وأما البلوغ فانهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة .
وختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل ،
فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من
شرط الشهادة العدالة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست في
الحقيقة شهادة عند مالك ، وانما هي قرينة حال .

ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لثلاث يجبنوا . واختلف أصحاب
مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه يشترط فيها
العدة المشترطة في الشهادة ، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا ؟
واختلفوا أيضا هل تجوز في القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمدة للمالك في هذا
الا أنه مروى عن ابن الزبير .

قال الشافعي : فاذا احتج محتج بهذا قيل له : ان ابن عباس
قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها ، وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم
من التابعين ، واجازة مالك اذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة .
وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول ، وأنه لا تجوز شهادة
الكافر . الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر
لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم

الموت حين الوصية اثنان نوا عدل منكم أو آخران من غيركم» (١) الآية . فقال أبو حنيفة : يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله مال مالك والشافعي : لا يجوز ذلك ، ورأوا أن الآية منسوخة .

وأما الحرية فان جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة ، وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ، لأن الأصل انما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير في الرد ، الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع ، وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التي نسبها المحبة ، فان العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في اسقاط الشهادة .

واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار ، الا أنهم اتفقوا في مواضع على اعمال التهمة ، وفي مواضع على اسقاطها ، وفي مواضع اختلفوا فيها ، فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم . فمما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها . ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر . فان مالكا ردها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن ، وقال ابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعي .

ومما اتفقوا على اسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك، وما لم يكن منقطعا الى أخيه ينال بره وصلته ، ماعدا الأوزاعي فانه 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 الصلاة

(١) المائدة : ١٠٦ .

والسلام أنه قال « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » وما خرجه أبو داود من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تقبل شهادة بدوى على حصرى » لقلة شهود البدوى ما يقع فى المصر . فهذه هى عمدتهم من طريق السماع . وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها فى الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول . وعلى توريث المبتوتة فى المرض وان كان فيه خلاف .

وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو شور وداود فانهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عن سواه اذا كان الأب عدلا . وعمدتهم قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين »^(١) والأمر بالشيء يقتضى اجزاء المأمور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فان لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة انما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع اعمالها فى العادل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة .

أما النظر فى العدد والجنس ، فان المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكربين ما خلا الحسن البصرى ، فانه قال : لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم . وهذا ضعيف لوله سبحانه : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »^(٢) وكل متفق أن الحكم يجب بالشاهدين غير يمين المدعى ، الا ابن أبى ليلى فانه قال : لا بد من يمينه .

واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى : « فريجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء »^(٣) واختلفوا فى قبولهما فى الحدود ، فالذى عليه الجمهور أنه لا تقبل

(٢) البقرة : ٢٨٢ .

(١) النساء : ١٣٥ .

(٣) البقرة : ٢٨٢ .

شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات ، وقال أهل الظاهر :
تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة فى كل شىء على
ظاهر الآية ، وقال أبو حنيفة : تقبل فى الأموال وفيما عدا الحدود من
أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعق ، ولا تقبل عند مالك
فى حكم من أحكام البدن •

واختلف أصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ،
مثل الوكالات والوصية التى لاتتعلق 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 فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الأبدان التى لا يطلع عليها
الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء •

ولا خلاف فى شىء من هذا الا فى الرضاع ، فان أبا حنيفة قال :
لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التى
يطلع عليها الرجال والنساء • والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات
فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهن ، فقال مالك :
يكفى فى ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل ان لم ينتشر ، وقال
الثاقفى : ليس يكفى فى ذلك أقل من أربع ، لأن الله عز وجل قد جعل
عديل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الأثنيينية ، وقال قوم : لا يكفى
بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لا معنى له ، وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة
فيما بين السرة والركبة ، وأحسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون
شهادة النساء مفردات فى كل شىء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال
فى كل شىء وهو الظاهر •

وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فانهم أيضا اختلفوا فيها
لقوله عليه الصلاة والسلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع
« كيف وقد أرضعتكما » وهذا ظاهره الانكار ، ولذلك لم يختلف قول مالك
فى أنه مكروه •

الفصل الثاني

[فى الأيمان]

وأما الأيمان، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعى بيينة • واختلفوا هل يثبت بها حق المدعى ، فقال مالك : يثبت بها حق المدعى فى اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذى ثبت عليه اسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه ، وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء أكانت فى اسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه ، أو اثبات حق أنكره فيه خصمه •

وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع ، أم إنما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين ، لأن المدعى فى الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى بخلافه ؟ فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال :

لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط به حق ثبت ، ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه ، مثل دعوى التلف فى الوديعة ، وغير ذلك أن وجد شيء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا :

الأصل ما ذكرنا إلا ما خصه الاتفاق ، وكلهم مجمعون على أن اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هى اليمين بالله ، الذى لا اله الا هو ، وأقوال فقهاء الأمصار فى صفتها متقاربة ، وهى عند مالك : الذى لا اله الا هو ، لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعى : الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية •

وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فانهم اختلفوا فى ذلك ، فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان ، وذلك فى قدر مخصوص ، وكذلك الشافعى . واختلفوا فى القدر ، فقال مالك : ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع ، فان كان مسجد النبى عليه الصلاة والسلام ، فلا خلاف أنه يحلف على المنبر ، وان كان فى غيره من المساجد ففى ذلك روايتان : احدهما حيث اتفق من المسجد ، والأخرى عند المنبر . وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال فى الجامع ولم يحدد ، وقال الشافعى : يحلف فى المدينة عند المنبر ، وفى مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده فى كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده فى ذلك عشرون دينارا ، وقال داود : يحلف على المنبر فى القليل والكثير ، وقال أبو حنيفة : لا تغلظ اليمين بالمكان .

وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد فى الحلف من سبب النبى ﷺ يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فمن قال انه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ فى ذلك معنى ، ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لا يجب الحلف على المنبر ، والحديث الوارد فى التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصارى أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار » واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء .

قال الشافعى : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة . قالوا : ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين فى الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين فى ذلك الموضع . قالوا : وكما أن التغليظ الوارد فى اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام « من أقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار » يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد فى المكان .

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 بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت ، وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان ، وكذلك بالزمان لأنه 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 والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق : لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك .

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الجماع . أما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بأثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس ، وحديث أبي هريرة ، وحديث زيد بن ثابت ، وحديث جابر ، إلا أن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ، ولفظه « أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » خرج مسلم ولم يخرج البخاري ، وأما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » لأن العمل عنده بالمراسيل واجب .

وأما السماع المخالف لها فقولته تعالى : « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » (١) قالوا : وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم الزيد . وأما من السنة فما خرج البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال « كان بيني وبين رجل خصومة في شيء ، فاختمنا الى النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال : شهادك أو يمينه » فقلت : اذن يحلف ولا يبالي .

فقال النبي ﷺ « من حلف على يمين يقنتح بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » قالوا : فهذا منه عليه

الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ،
ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفى أقسام الحجة للمدعى •

والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم فى أن اليمين هى حجة
أقوى المتداعيين شبهة ، وقد قويت هنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت
فى القسامة • وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين مع المرأتين •

فقال مالك : يجوز لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ، وقان
الشافعى : لا يجوز له ، لأنه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد
لا مفردة ولا مع غيره ، وهل يقضى باليمين فى الحدود التى هى حق
للناس مثل القذف والجراح ؟ فيه قولان فى المذهب •

* * *

الفصل الثالث

[النكول]

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله ، فان الفقهاء أيضا
اختلفوا فى ذلك ، فقال مالك والشافعى وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من
المراقبين : اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شئ بنفس النكول ،
الا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه
وجمهور الكوفيين: يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول ، وذلك فى
المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون فى
الموضع الذى يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد وييمين ، وقلب اليمين
عند الشافعى يكون فى كل موضع يجب فيه اليمين ، وقال ابن أبى ليلى :
أردها فى غير التهمة ولا أردها فى التهمة • وعند مالك فى يمين التهمة هل
تنقلب أم لا ؟ قولان :

فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من « أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار » •

ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين : اما بيمين

وشاهد . واما بنكول وشاهد ، واما بنحول ويمين ، أصل ذلك عنده
 اشتراط الاثنيين في الشهادة ، وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول .
 وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى ،
 واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى ،
 قالوا : واما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص ، لأن
 اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى فهو خلاف للنص . لأن اليمين قد
 نص على أنها دلالة المدعى عليه فهذه أصول الحجج التي يقضى بها
 القاضي . ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول
 كتاب قاض آخر اليه . لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ،
 أعنى اذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم
 ثابت عنده . أعنى المكتوب في الكتاب الذي أرسله الى القاضي الثاني ،
 فشهدا عند القاضي الثاني أنه كتابه . وأنه أشهدهم بثبوتيه ، وقد قيل انه
 يكتفى فيه بخط القاضي . وأنه كان به العمل الأول .

واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة ان أشهدهم على الكتابة ولم
 يقرأه عليهم . فقال مالك : يجوز . وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز
 ولا تصح الشهادة .

واختلفوا في الغفص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة ،
 أم لا بد في ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ، وقال الشافعي :
 لا بد من شاهدين ، وكذلك قال أبو حنيفة ، وقول مالك هو أجرى على
 نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . ومما اختلفوا فيه من
 هذا الباب قضاء القاضي بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي
 يقضى بعلمه في التعديل والتجريح . وأنه اذا شهد الشهود بصد علمه
 لم يقض به ، وأنه يقضى بعلمه في اقرار الخصم وانكاره ، الا مالكا فإنه
 رأى أن يحضر القاضي شاهدين لاقرار الخصم وانكاره ، وكذلك أجمعوا
 على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا
 لم يكن في ذلك خلاف .

واختلفوا اذا كان فى المسألة خلاف ، فقال قوم : لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع ، وقال قوم اذا كان شاذاً ، وقال قوم : يرد اذا كان حكماً بقياس ، وهناك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس ، وهو الأعدل ، الا أن يكون القياس تشهد له الأصول ، والكتاب محتتمل ، والسنة غير متواترة ، وهذا هو الوجه الذى ينبغى أن يحتمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع علو الأثر مثل ما ينسب الى أبى حنيفة باتفاق ، والى مالك باختلاف .

واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أو اقرار ، أو لا يقضى الا بالدليل والاقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار ، وبه قال أحمد وشريح ، وقال الشافعى والكوفى وأبو ثور وجماعة : للقاضى أن يقضى بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر .

أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة « أن النبى ﷺ بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبى ﷺ فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام « انى خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله ﷺ المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا : نعم » : فهذا بين فى أنه لم يحكم عليهم بعلمه ﷺ . وأما من جهة المعنى فالتهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيراً فى الشرع : منها أن لا يرث القاتل عمداً عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لابنه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء .

وأما عمدة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع فحديث عائشة فى قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبى سفيان بن حرب حين قال (٣٧ - بداية المجتهد - ثلث)

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 الذى هو مظنون فى حقه ، فأخرى أن يحكم بما هو عنده يقين . وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك ، وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال : يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ، ولا يقضى بما عامه قبل القضاء . وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبى سفيان لرجل من بنى مخزوم .

وقال بعض أصحاب مالك : يقضى بعلمه فى المجلس أعنى بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، وقول المغيرة هو أجرى على الأصول ، لأن الأصل فى هذه الشريعة لا يقضى الا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

الفصل الرابع

فى الاقرار

وأما الاقرار إذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيما يجوز اقراره ممن لا يجوز . وإذا كان الاقرار محتملا رفع الخلاف . أما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم .

وأما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الاقرار مرة واحدة عامل فى المال . وأما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبل احتمال اللفظ ، وأنت ان أحببت أن تقف عليه فمن كتب الفروع .

الباب الرابع

[في معرفة من يقضى عليه أو له]

وأما على من يقضى ؟ ولمن يقضى ؟ فان 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 ؟ فانهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب ، فان مالكا والشافعي قالا : 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 المستحقة .

فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه ، لأنه لم يكن غائبا عن المصر . وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام « فانما أفضى له بحسب ما أسمع » وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي ﷺ قال له حين أرسله الى اليمين « لا تقض لأحد 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 أنه مخير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي القولان ، والثالث أنه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه .

فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى : « فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم »^(١) وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى : « وأن احكم بينهم »^(٢) ورأى أن هذا ناسخ لآية

التخيير . وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترفعا ، فإنه احتج
باجماعهم على أن الذمى اذا سرق قطعت يده .

* * *

الباب الخامس

[فى كيفية القضاء]

وأما كيف يقضى القاضى ، فإنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن
يسوى بين الخصمين فى المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ،
وأن يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان أنكر المدعى عليه . وان لم يكن له
بينة فان كان فى ماله وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وان كانت فى
طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى .

وقال مالك : لا تجب الا مع شاهد . واذا كان فى المال فهل يحلفه
المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخاطئة ؟
اختلفوا فى ذلك . فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه
بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس
« البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وقال مالك : لا تجب اليمين
الا بالمخالطة ، وقال بها السبعة من فقهاء المدينة .

وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى
الى تعنيت بعضهم بعضا ، واذاية بعضهم بعضا ، ومن هنا لم ير مالك
احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد ،
وكذلك احلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه . والدعوى لا تخلو
أن تكون فى شىء فى الذمة أو فى شىء بعينه ، فان كانت فى الذمة فادعى
المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينه سمعت منه بينته باتفاق .
وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع أو عين مثل بيع أو غير ذلك .

وأما ان كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا ، فإنهم
اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لا تسمع بينة

المدعى عليه الا فى النكاح وما لا يتكرر ، وقال غيره : لا تسمع فى شىء
وقال مالك والشافعى : تسمع - أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى
عليه أنه مال له وملك .

فعمدة من قال لا تسمع أن الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى
واليمين فى حيز المدعى عليه ، فوجب أن لا ينقلب الأمر ، وكان ذلك
عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائداً
على كون الشىء المدعى فيه موجوداً بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال :
لا تفيد معنى زائداً قال : لا معنى لها ، ومن قال تفيد : اعتبرها . فاذا قلنا
باعتبار بينة المدعى عليه فوق التعارض بين البينتين ولم تثبت احدهما
أمر زائداً مما لا يمكن أن يتكرر فى ملك ذى الملك .

فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر ، وقال
أبو حنيفة : بينة المدعى أولى على أصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما
لا تترجح عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعى : تترجح بالعدد واذا تساوت
فى العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فان نكل حلف
المدعى ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليـله
أضعف الدليلين : أعنى اليمين . وأما اذا أقر الخصم فان كان المدعى
فيه عيناً فلا خلاف أنه يدفع الى مدعيه .

وأما اذا كان مالا فى الذمة ، فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم
حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه ، اما بطول السجن والبيعة أن
كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة » (١) .

وقال قوم : يؤجره ، وبه قال أحمد . وروى عن عمر بن عبد العزيز ،
وحكى عن أبى حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن
البيعة اذا جرحها المدعى عليه أن الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل
الحكم ، وان كان بعد الحكم لم ينتفض عند مالك ، وقال الشافعى : ينتفض

وأما أن رجعت المبينة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت . وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم .

فقال مالك : يثبت الحكم . وقال غيره لا يثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم ، فإن كان مالا ضمنوه على كل حال ، قال عبد الملك : لا يضمنون فى الغلط ، وقال الشافعى : لا يضمنون المال . وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية ، وإن أقرروا أقيّد منهم على قول أشهب ، ولم يقتض منهم على قول ابن القاسم .

الباب السادس

[فى وقت القضاء]

وأما متى يقضى ، فمنها ما يرجع الى حال القاضى فى نفسه . ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ، ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان غيبا . فأما متى يقضى القاضى ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان » ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشاناً أو جائعاً أو خائفاً أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم . لكن اذا قضى فى حال من هذه الأحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم على أنه ينفذ حكمه . ويحتمل أن يقال : لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ، لأن المنهى يدل على فساد المنهى عنه . وأما متى ينفذ الحكم عليه فيبعد ضرب الأجل والاعذار اليه ، ومعنى نفوذ هذا ، هو أن يحق حجة المدعى أو يدحضها ، وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقا لله مثل الأحباس والعق ولا يسمع فى غير ذلك . وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا ، وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه ، وهو ما اذا أقر بالعجز .

وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار ، وهو اذا لم يرد

الذى استحق الشيء من يده أن يخاصم غله أن يرجع بثمنه على البائع ،
وان كان يحتاج فى رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراءه منه
ان أنكره ، أو يعترف له به ان أقره فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء
من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق •

وقال الشافعى : يشتريه منه ، فان عطب فى يد المستحق فهو
ضامن له ، وان عطب فى أثناء الحكم : ممن ضمانه ؟ اختلف فى ذلك ،
فقيل ان عطب بعد الثبات ف ضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق
بعد الحكم •

وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه ، قال القاضى
رضى الله عنه : وينبغى أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين :
قسم يقضى به الحكم وجل ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا
القسم ، وقسم لا يقضى به الحكم ، وهذا أكثره هو داخل فى المندوب اليه .
وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير
ذلك مما يذكره الفقهاء فى أواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ، ونحن
فقد رأينا أن نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى •

وأما ما ينبغى قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود
منها هو الفضائل النفسانية ، فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه
وشكر من يجب شكره ، وفى هذا الجنس تدخل العبادات ، وهذه هى
السنن الكرامية ، ومنها ما يرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه
صنفان :

السنن الواردة فى المطعم المشرب ، والسنن الواردة فى المناكح ،
ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور • فهذه هى أجناس السنن
التي تقتضى العدل فى الأموال ، والتي تقتضى العدل فى الأبدان ، وفى
هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات •

لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل ، ومنها السنن الواردة فى
الأعراض ، ومنها السنن الواردة فى جميع الأموال وتقويمها ، وهى التى

يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التي تسمى
البخل .

والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضا في باب الاشتراك
في الأموال ، وكذلك الأمر في الصدقات .

ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الإنسان
وحفظ فضائله العملية والعلمية ، وهي المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم
أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين .

ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة
والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذي يسمى : النهي عن
المنكر والأمر بالمعروف ، وهي المحبة والبغضة : أي الدينية التي تكون
أما من قبل الاخلال بهذه السنن ، وأما من قبل سوء المعتقد في الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس
الأربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة
السخاء ، والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل .

كامل كتاب الأفضية ، وبكماله كمل جميع الديوان ، والحمد لله كثيرا
على ذلك كما هو أهله .



ترجمة المؤلف منقولاً من الديباج

هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الشهير بالحفيد) من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها ، يكنى أبا الموليد ، روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظاً ، وأخذ الفقه عن أبي القاسم ابن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمحون وأبي جعفر ابن عبد العزيز وأبي عبد الله المازري . وأخذ علم الطب عن أبي مروان ابن جروبول ، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، ودرس الفقه والأصول وعلم الكلام . ولم ينشأ بالأندلس مثله كمالاته وعلمه وفضله ، وكان على شرفه أشد الناس تواضعاً وأخفهم جناحاً ، وعنى بالعلم من صغره الى كبره . حتى حكى أنه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل اليلة وفاة أبيه ، ويلة بنائه على أهله ، وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة ، ومال الى علوم الأوائل ، وكانت له فيها الامامة دون أهل عصره ، وكان يفرغ الى فتياه في الطب ، كما يفرغ الى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الاعراب والآداب والحكمة ، حكى عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب ، وله تأليف جلييلة الفائدة ، منها كتاب « بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد » في الفقه (١) ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه ، فأفاد وأمتع به ، ولا يعلم في وقته أنفع منه ولا أحسن سياقاً ، وكتاب الكليات في الطب ، ومختصر المستصفي في الأصول ، وكتابه في العربية الذي وسمه بالضروري ، وغير ذلك تنيف على ستين تأليفاً ، وحمدت سيرته في القضاء بقرطبة ، وتأثلت له عند الملوك

(١) هو هذا الكتاب الذي أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشريعة ، فانه ذكر فيه اقوال فقهاء الأمة من الصحابة فمن بعدهم ، مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة ، والقياس مع الترجيح ، وبيان الصحيح ، فخاض في بحر عجاج ملتطم الأمواج ، واهتدى فيه للسلوك ، ونظم جواهره في صحائف تلك السلوك ، فرحمه الله رحمة واسعة .

وجاهة عظيمة ، ولم يصرفها فى ترفيع حال ولا جمع مال ، انما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الأندلس ، وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن بن سهل بن مالك وغيرهم ، وتوفى سنة خمس وتسعين وخمسمائة ، ومولده سنة عشرين وخمسمائة ، قبل وفاة القاضى جده أبى الوليد ابن رشد بشهر .

تقريظ

وعند تمام طبعته الأولى قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة ، فأحبينا اثباتها حرصا على محاسنها ونشرا لعلو مكانتها ، وهى : الى الحكيم الراقد فى جدته ، الهانىء بمضجعه ، تحفه مسحة من النور الالهى ، وعليه حارس من المهابة وسياج من الاجلال . أهدى غاديات من الدعوات وأستمطر له وابلا من صيب الرحمات • لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة الى محلها الأرفع ••

فقد هبطت علينا من عالمك العالى ، وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل ، طلعت والهدى ، فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبئت الكلا والعشب وأصاب منها الكثير ، أقمت فينا ما شاء الله لك أن تقومى • وخلقنت لك آثارا جعلت لك متعدد صدق فى كل نفس • ثم عدت سيرتك الأولى • بسم الله مجراك ومرسك وطلوعك ومأواك وتاوييك ومرسك أى جو حواك • وأى آمال وسعتك ، وأى جسم تحمل ما ترومين •

وإذا كانت النفوس كبارا تعبت فى مرادها الأجسام

بينما فراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة . وأرضعتك أمأويتها ، وأعلتك درها ، وأنهلتك خيرها ، فلا يظن أنك تعامين غيرها ، إذ أنبت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد • وسهات لك حزونها ، ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه • وسائعا شرابه • وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس ، فهو الحق إلا أنه حكم قد ضمن الدر ، إلا أنه كلم •

أنزه فى رياض العلم نفسى	وأغدو فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظرى فيما حوته	وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كئوس الراح عندى	ومن خد الضبا خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمتم روضا	به قد غبت عن نفسى وحسى

كان خلال أسطوره بخارا تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن راشد) وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا كما طرد الدجنة ضوء شمس



تم - بحمد الله وحسن توفيقه - طبع الجزء الثانى من كتاب
« بداية المجتهد ونهاية المقتصد » للإمام القاضى أبى الوليد محمد بن أحمد
ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الأندلسى الشهير بـ « ابن رشد الحفيد »
المتوفى سنة ٥٩٥ هـ بدار التوفيق النموذجية للطباعة والجمع الآلى ..
فى يوم الثلاثاء ١٦ جمادى الأولى سنة ١٤٠٢ هـ الموافق أول مارس
سنة ١٩٨٢ .. وبهذا تم الكتاب .. (٥٨٨)

وقد عنيت بطبعه ونشره « دار الكتب الإسلامية » لصاحبها « توفيق
عفيفى عامر » وقام بمراجعة أصوله والتعليق عليه السيد الأستاذ « عبد الحليم
محمد عبد الحليم » خريج كلية اللغة العربية بجامعة الأزهر ، جزاهما الله
عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء - بقدر ما بذلا من وقت وانفقا من جهد ..

وقام بتتقيقه ، وتصحيحه ، وتخريج آياته ، وضبط أحاديثه : للمعيد
الفقير الى الله تعالى ، راجى عفوه وغفراته « محمد الأنور أحمد انبلاجى »
سائلا المولى سبحانه وتعالى أن يجعل عمله فى ميزان حسناته « يوم لا ينفع
مال ولا بنون ، إلا من أتى الله بقلب سليم » .

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على أشرف الخلق
سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وأزواجه وسلم ، كلما ذكره الذاكرون وغفل عن
ذكرهم الغافلون ، ورضى الله عن أصحاب رسوله أجمعين ، ونسأله العفو
والغفران لكل من ساهم فى أعداد وطبع ونشر هذا الكتاب ولمن قرأه وانفتح به ،
وحسبنا الله ونعم الوكيل ، نعم المولى ونعم النصير .. برحمتك يا أرحم
الراحمين ..



محتويات الكتاب

كتاب النكاح

(٢ - ٧٠)

الصفحة	الصفحة
	٣ الباب الأول: في مقدمات النكاح
١٦ الجذ	٢ المسألة الأولى: في حكم النكاح
	المسألة الثانية: في خطبة
	النكاح
١٦ تزويج الأبعد مع حضور الأقرب	٤ المسألة الثالثة: في حكم
	الخطبة على الخطبة
	المسألة الرابعة: في حكم
١٧ المسألة الثانية: إذا غاب النولي الأقرب انتقلت الولاية للأبعد	٤ النظر إلى المخطوبة
	الباب الثاني: في موجبات
١٧ المسألة الثالثة: في حكم غيبة الأب عن ابنته البكر	٥ صحة النكاح
	الركن الأول: في كيفية العقد
	الموضع الأول: الإذن في النكاح
١٨ الموضع الرابع: في عضل الأولياء	الموضع الثاني: فيمن المعتبر
٢٠ انفصل الثاني: في الشهادة	٦ قبوله في صحة العقد
٢١ انفصل الثالث: في الصداق	الموضع الثالث: هل يجوز عقد
٢١ الموضع الأول: في حكمه وأركانه	النكاح على الخيار أم لا ؟
٢١ المسألة الأولى: في حكمه	الركن الثاني: في شروط العقد
٢١ المسألة الثانية: في قدره	انفصل الأول: في الأولياء
٢٤ المسألة الثالثة: في جنسه	الموضع الأول: في أن الولاية
٢٥ المسألة الرابعة: في تأجيله	هل هي شرط في صحة
	النكاح أم لا ؟
٢٦ الموضع الثاني: فيما يتقرر به الصداق	الموضع الثاني: في الصفات
٢٧ الموضع الثالث: في تشطيره	الموجبة الولاية والمسالبة
٣٠ الموضع الرابع: في التفويض لها	١٤ لها
المسألة الأولى: فيما إذا طلبت	الموضع الثالث: في أصناف
٣٠ المرأة أن يفرض لها الصداق	١٥ الولاية عند القتالين بها

الصفحة

٤١	المسألة الأولى : فى المقدار المحرم من سبن
٤٢	المسألة الثانية : فى رضاع الكبير
٤٢	المسألة الثالثة : فى المولود يفتطم قبل الحولين ثم أرضعته امرأة
٤٣	المسألة الرابعة : فى حكم ما يصل الى الحلق من غير رضاع
٤٤	المسألة الخامسة : فى اللبن المحرم اذا استهلك فى ماء أو غيره
٤٤	المسألة السادسة : هل يعتبر فى ذلك الوصول الى الحلق أم لا ؟
٤٤	المسألة السابعة : هل يصير الرجل الذى له اللبن أباً للمرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
٤٦	المسألة الثامنة : فى الشهادة على الرضاع المحرم
٤٦	المسألة التاسعة : فى صفة المرزعة
٤٦	الفصل الرابع : فى مانع الزنا
٤٧	الفصل الخامس : فى مانع العدد
٤٨	الفصل السادس : فى مانع الجمع
٤٩	الفصل السابع : فى موانع الرق
٥١	الفصل الثامن : فى مانع الكفر
٥٢	الفصل التاسع : فى مانع الإحرام
٥٤	الفصل العاشر : فى مانع المرض
٥٥	الفصل الحادى عشر : فى مانع العدة

الصفحة

٣١	المسألة الثانية : فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
٣٢	الموضع الخامس : فى الأصدقة الفاسدة
٣٢	المسألة الأولى : فيما اذا كان الصداق لا يفتقع به شرعا
٣٢	المسألة الثانية فيما اذا ائترن بالمهر بيع
٣٢	المسألة الثالثة : فيما اذا اشترط فى انصداق حياة الأب
٣٢	المسألة الرابعة : فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب
٣٣	المسألة الخامسة : فى الرجل يشترط على نفسه فى الصداق
٣٣	الموضع السادس : فى اختلاف الزوجين فى الصداق
٣٤	الركن الثالث : فى مغرفة محل العقد
٣٦	الفصل الأول : فى مانع النسب
٣٧	الفصل الثانى : فى مانع المضاهرة
٣٧	المسألة الأولى : فى تحريم بنت الزوجة
٣٨	المسألة الثانية : فيما تحرم به بنت الزوجة
٣٨	المسألة الثالثة : فى حكم الأم المعقود على ابنتها
٣٩	المسألة الرابعة : فى أن هل الزنا موجب للتحريم كالوطء فى نكاح أم لا ؟
٣٩	الفصل الثالث : فى مانع الرضاع
٤٠	

الصفحة		الصفحة
٦٢	الباب الرابع : فى حقوق الزوجية	٥٦
٦٧	الباب الخامس : فى الإنكحة المنهى عنها بالشرع والإنكحة الفاسدة وحكمها	٥٧
٦٧	مطلب : الإنكحة المنهى عنها أربعة	٥٧
٦٧	الأول منها : نكاح الشغار	٥٧
٦٧	الثانى : نكاح المتعة	٥٨
٦٨	الثالث : نكاح الخطبة على الخطبة	٥٨
٦٨	الرابع : نكاح المحلل	٦٠
٦٨	مطلب : فى الإنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع	٦١
٦٩	مطلب : فى حكم الإنكحة الفاسدة اذا وقعت	٦٢
		الفصل الثانى عشر : فى مانع الزوجية
		المسألة الأولى : فيها اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو اختان
		المسألة الثانية : فيها اذا أسلم أحد الزوجين قبل الآخر ثم أسلم الآخر
		الباب الثالث : فى موجبات الخيار فى الفكاح
		الفصل الأول : فى خيار العيوب
		الفصل الثانى : فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة
		الفصل الثالث : فى خيار النقد
		الفصل الرابع : فى خيار العتق

كتاب الطلاق

(٧١ - ١١٧)

٧٥	الموضع الثانى : هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟	٧١	الجبلة الأولى : فى أنواع الطلاق
٧٦	الموضع الثالث : فى حكم من طلق وقت الحيض	٧١	الباب الأول : فى معرفة الطلاق البائن والرجعى
٧٦	المسألة الأولى : هل يقع الطلاق فى الحيض ؟	٧٢	المسألة الأولى : فى حكم الطلاق بلفظ الثلاث
٧٧	المسألة الثانية : ان وقع الطلاق فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟	٧٢	المسألة الثانية : فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
٧٧	المسألة الثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الذنب ؟	٧٤	المسألة الثالثة : فى كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق
٧٨	المسألة الرابعة : متى يقع الإجبار ؟	٧٤	الباب الثانى : فى معرفة الطلاق السنى من البدعى
٧٨	الباب الثالث : فى الخلع	٧٥	الموضع الأول : هل من شرطها أن لا يتبعها طلاق فى العدة
٧٩	الفصل الأول : فى جواز وقوعه		

الصفحة

٩٢	الفصل الثاني : في أنواع الفاظ الطلاق المقيدة
٩٥	الباب الثاني : في المطلق الجائر الطلاق
٩٨	الباب الثالث : فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
٩٩	الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق
١٠٠	الباب الأول : في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي
١٠٢	الباب الثاني : في أحكام الانرجاع في الطلاق البائن
١٠٤	الجملة الرابعة : في أحكام المطلقات
١٠٤	الباب الأول : في اعادة
١٠٤	الفصل الأول : في عدة الزوجات
١٠٤	النوع الأول : في معرفة العدة
١٠٤	مطلب : في اقسام الزوجات غير الحرائر
١٠٤	القسم الثاني : في معرفة أحكام العدد
١١١	مطلب : في الكلام على عدة الموت
١١٣	مطلب : في الحامل التي يتوفى عنها زوجها
١١٥	الباب الثاني : في المتعة
١١٦	باب في بعث الحكيم

الصفحة

٧٩	الفصل الثاني : في شروط جواز وقوعه
٧٩	المسألة الأولى : في مقدار ما يجوز أن تختلع به
٨٠	المسألة الثانية : في صفة العوض
٨٠	المسألة الثالثة : فيما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز
٨١	المسألة الرابعة : فيمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له
٨١	الفصل الثالث : في نوع الخلع : هل هو طلاق أو فسخ ؟
٨٢	الفصل الرابع : فيما يلحقه من الأحكام
٨٣	الباب الرابع : في تمييز الطلاق من الفسخ
٨٤	الباب الخامس : في التخيير والتملك
٨٦	الجملة الثانية : في أركان الطلاق
٨٧	الباب الأول : في الفاظ انطلاق وشروطه
٨٧	الفصل الأول : في أنواع الفاظ الطلاق المطلقة
٨٨	مطلب : اختلافهم في أحكام صريح الفاظ الطلاق
٨٨	المسألة الأولى : ما اتفق عليه مالك والشافعي وأبو حنيفة من أنه لا يقبل قول المطلق إذا نطق بالفاظ الطلاق : أنه لم يرد بها انطلاق
٨٨	المسألة الثانية اختلافهم فيمن قال لزوجته : أنت طالق وادعى أنه أراد أكثر منها

كتاب الإيلاء

(١١٨ - ١٢٢)

الصفحة	الصفحة
المسألة السادسة : هل يطلق القاضى اذا أبى الفىء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ؟	المسألة الأولى : فى اختلافهم هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة أشهر المضروبة بالنصر للمولى أم لا ؟
١٢١	١١٨
المسألة السابعة : هل يتكرر الإيلاء اذا طلقها ثم أجمعها	المسألة الثانية : فى اليمين التى يكون بها الإيلاء
١٢١	١٢٠
المسألة الثامنة : هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟	المسألة الثالثة : فى حقوق حكم الإيلاء للزوج اذا ترك الوطاء بغير يمين
١٢٢	١٢٠٠
المسألة التاسعة : فى إيلاء انعبد	المسألة الرابعة : فى مدة الإيلاء
١٢٢	١٢٠
المسألة العاشرة : هل من شرط رجعة المولى أن يطأ فى العدة أم لا ؟	المسألة الخامسة : فى الطلاق الذى يقع بالإيلاء
١٢٣	١٢١

كتاب الظهار

(١٢٤ - ١٣٦)

الفصل الأول : فى الفاض الظهار	١٢٤
الفصل الثانى : فى شروط وجوب الكفارة فيه	١٢٥
الفصل الثالث : فى من يصح فيه الظهار	١٢٨
الفصل الرابع : فيما يحرم عنى المظاهر	١٢٠
الفصل الخامس : هل يتكرر الظهار بتكرار النكاح	١٣٠
الفصل السادس : هل يدخل الإيلاء على الظهار ؟	١٣١
الفصل السابع : فى أحكام كفارة الظهار	١٣٢

كتاب اللعان

(١٤٥ - ١٣٧)

الفصل الأول : فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها	١٣٨
الفصل الثانى : فى صفات المتلاعنين	١٤١
الفصل الثالث : فى صفة اللعان	١٤٢
الفصل الرابع : فى حكم نكول احدهما أو رجوعه	١٤٢
الفصل الخامس : فى الأحكام اللازمة لتام اللعان	١٤٤

الصفحة	الصفحة
٢٠٦	١٨٥
٢٠٧	١٨٦
٢٠٧	١٨٦
٢٠٧	١٩٠
٢٠٧	١٩٦
٢٠٩	١٩٧
٢١١	١٩٨
٢١٢	١٩٩
٢١٣	٢٠١
٢١٤	٢٠٢
٢١٥	٢٠٢
٢١٨	٢٠٤
٢١٩	٢٠٥
٢٢٠	٢٠٦
	٢٠٦

(مسألة) : المبيعات على نوعين

(مسألة) : الاجماع على انه

لا يجوز بيع الاعيان الى اجل

(مسألة) : اجمع فقهاء

الامصار على بيع الثمر الذي يثمر بطنا واحدا يطيب

بعضه الخ

الباب الرابع : فى بيوع

الشروط والثنيا

الباب الخامس : فى البيوع

المنهى عنها من اجل الضرر

أو الغبن

(فصل) : فى نهيه صلى الله

عليه وسلم عن تلقى اتركبان

للبيع

(فصل) فى نهيه عليه الصلاة

والسلام عن بيع الحاضر

للبادى

(فصل) فى نهيه عليه الصلاة

والسلام عن النجش . الخ

الباب السادس : فى النهى من

قبل وقت العبادات

القسم الثانى : فى الأسباب

والشروط المصححة للبيع

الباب الاول : فى العقد

الركن الاول : فى صيغ العقد

الركن اثنانى : فى العقود

عليه

الركن الثالث : فى العاقدين

القسم الثالث : القول فى

الأحكام العامة للبيوع

الصريحة

(الجملة الأولى) : فى أحكام

وجود العيب فى المبيعات

الصفحة	المسألة	الصفحة	المسألة
٢٢٥	المسألة الأولى: فى بيع النخيل	٢٢٢	القول فى الجوائح
٢٢٧	المسألة الثانية: فى بيع مال العبد	٢٢٣	الفصل الأول: فى معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح
٢٢٨	المسألة الرابعة: فى اتفاق المتبايعين على البيع واختلافها فى مقدار الثمن	٢٢٤	الفصل الثانى: فى محل الجوائح من المبيعات
٢٢٠	المسألة الرابعة: من النظر المشترك فى البيوع وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع	٢٢٤	الفصل الثالث: فى مقدار ما يوضع منه فيه
		٢٢٥	الفصل الرابع: فى الوقت الذى توضع فيه
		٢٢٥	المسألة الثالثة: فى تابعات المبيعات

كتاب الصرف

(٢٣٩ - ٢٣٢)

٢٣٧	المسألة الخامسة: جع العلماء على أن المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب	٢٣٣	المسألة الأولى: فى بيع الذهب بالذهب وحكمه
٢٣٨	المسألة السادسة: فى الرجلين يكون لأحدهما على الآخر دنائير وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفها؟	٢٣٤	المسألة الثانية: فى السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة
٢٣٩	المسألة السابعة: فى البيع والصرف فى مذهب مالك	٢٣٥	المسألة الثالثة: فى شرط الصرف
		٢٣٦	المسألة الرابعة: فى من اصطرب دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا

كتاب السلم

(٢٤٩ - ٢٤٠)

٢٤٤	الشرط الرابع: أن يكون الثمن مقدرا	٢٤٠	الباب الأول: فى محنه وشروطه
٢٤٤	الباب الثانى: فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم	٢٤٠	(مطلب): فى الشروط المجمع عليها والمختلف فيها وهما الشرط الأول والثانى
٢٤٤	مسألة: فى من اسلم فى شئ من التمر وتعذر تسليمه	٢٤٤	الشرط الثالث: وهو مكان القبض

الصفحة	الصفحة
٢٤٧	مسألة : في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه
٢٤٨	مسألة : في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئا الخ
٢٤٨	مسألة : إذا ندم المتاع في السلم فطلب الاتالة

كتاب بيع الخيار

(٢٥٠ - ٢٥٥)

٢٥٢	المسألة الرابعة : ضمان المبيع في مدة الخيار	٢٥٠	المسألة الأولى : هل يجوز الخيار ؟
٢٥٢	المسألة الخامسة : هل يورث خيار المبيع أم لا ؟	٢٥٠	المسألة الثانية : كم مدة الخيار
٢٥٤	المسألة السادسة : فيمن يصح خياره	٢٥١	المسألة الثالثة : هل يشترط النقد

كتاب بيع المراجعة

(٢٥٦ - ٢٥٩)

٢٥٨	الباب الثاني : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن	٢٥٦	الباب الأول : فيما يغد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال انذى يجوز ان يبني عليه الربح
-----	---	-----	--

كتاب بيع العرية وشروطها

(٢٦٠ - ٢٦٣)

كتاب الاجارات

(٢٦٤ - ٢٨٢)

الصفحة	الصفحة
	القسم الأول : فى أنواعها وشروط الصحة والفساد
٢٧٤	٢٦٥
	مطلب : اجارة المؤذن والاستتجار على تعليم القرآن
٢٧٥	٢٦٨
	استتجار الفحول من الدواب للضراب
٢٧٥	٢٦٩
	الجزء الثانى من هذا الكتاب فى معرفة احكام الاجارات
٢٧٧	٢٧٤
٢٨٠	

كتاب الجميل

(٢٨٤ - ٢٨٣)

كتاب القراض

(٢٩٤ - ٢٨٥)

٢٩١	٢٨٥	الباب الاول : فى محله
		الباب الثانى : فى مسائل الشروط
٢٩٢	٢٨٧	
٢٩٤	٢٨٩	القول فى احكام القراض

كتاب المساقاة

(٢٩٥ - ٣٠٣)

٣٠٠	٢٩٥	القول فى جواز المساقاة
		القول فى صحة المساقاة
٣٠٠	٢٩٦	
		الركن الاول : فى محل المساقاة
٣٠٠	٢٩٦	
		الركن الثانى : الذى هو العمل
٣٠٢	٢٩٨	

كتاب الشركة

(٢٠٤ - ٢٠٩)

الصفحة	الصفحة
٢٠٦	٢٠٤
٢٠٦	٢٠٤
٢٠٧	٢٠٥
٢٠٨	٢٠٥
٢٠٨	٢٠٥
٢٠٩	٢٠٥

كتاب الشفعة

(٢١٠ - ٢١٩)

٢١٤	٢١٠
٢١٥	٢١٠
٢١٧	٢١١
٢١٧	٢١٢
٢١٨	٢١٣

كتاب القسمة والنظر فيها

(٣٢٠ - ٣٢٨)

٣٢٤	٣٢٠
٣٢٥	٣٢٠
٣٢٦	٣٢٠
٣٢٧	٣٢١

كتاب الرهون

(٣٢٧ - ٣٢٩)

الصفحة	الصفحة
٣٢١	الركن الأول : فى الراهن ٣٢٩
٣٢٢	الركن الثانى : فى الرهن ٣٢٩
٣٢٣	الركن الثالث : فى المرهون فيه ٣٣٠
	القول فى اشروط
	القول فى الأحكام
	مطلب : فى الاختلاف فى نهاء
	الرهن المنفصل

كتاب الحجر

(٣٤٣ - ٣٤٨)

٣٤١	الباب الأول : فى أصناف المحجورين
	الباب الثانى : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ؟
	٣٣٨
	٣٢٩
	الباب الثالث : فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والاجازة

كتاب النفليس

(٣٤٤ - ٣٥٥)

كتاب الصلح

(٣٥٧ - ٣٥٦)

كتاب الكفالة

(٣٥٨ - ٣٦٢)

كتاب الحوالة

(٣٦٣ - ٣٦٥)

كتاب الوكالة

(٣٦٦ - ٣٧٠)

٣٦٧	الركن الأول : فى أركانها
	الركن الأول : فى الموكل
٣٦٧	الركن الثانى : فى الوكيل وشروطه
٣٦٩	الركن الثالث : فيما فيه التوكيل
	الركن الرابع : الوكالة عقد يلزم بالايجاب
	الباب الثانى : فى أحكام الوكالة
	الباب الثالث : فى مخافة الموكل للوكيل
	٣٦٦
	٣٦٦
	٣٦٧

كتاب اللقطة

(٣٧١ - ٣٧٧)

الصفحة	الصفحة	٣٧١	باب في اللقيط والنظر في	الجملة الأولى : في أركانها
٣٧٧	٣٧٢	أحكام الالتقاط في اللقيط واللقيط وفي أحكامه		الجملة الثانية : في أحكامها

كتاب الوديعة

(٣٧٨ - ٣٨١)

كتاب العارية

(٣٨٢ - ٣٨٥)

كتاب الفصب

(٣٨٦ - ٣٩٦)

٣٨٧	٣٨٦	الركن الثالث: في الواجب في الفصب والواجب على الفاصب	٣٨٦	الباب الأول : في الضمان الركن الأول : في بيان الموجب للضمان
٣٨٨	٣٨٧	الباب الثاني : في الطوارئ على الفصوب	٣٨٧	الركن الثاني : فيما يجب فيه الضمان

كتاب الاستحقاق وأحكامه

(٣٩٧ - ٣٩٩)

كتاب الهبات

(٤٠٠ - ٤٠٧)

٤٠٦	٤٠٤	القول في أحكام الهبات	٤٠٤	القول في أنواع الهبات
-----	-----	-----------------------	-----	-----------------------

كتاب الوصايا

(٤٠٨ - ٤١٣)

٤١٠	٤٠٨	القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية	٤٠٨	القسم الأول : النظر في الأركان
٤١١	٤٠٨	القول في الأحكام وهو القسم الثاني	٤٠٩	الركن الأول : الموصى القول في الموصى به

كتاب الفرائض

(٤١٤ - ٤٤٦)

الصفحة	الصفحة
٤٤١	٤١٦
باب في الولاء	مطلب : في ميراث ولد انصلي
المسألة الأولى : في أن من	٤١٨
اعتق عبده عن نفسه فان	مطلب : في ميراث الزوجات
٤٤١	٤١٨
ولاءه له	مطلب : في ميراث الأب والأم
المسألة الثانية : فيمن أسلم	مطلب : في ميراث الاخوة
على يديه رجل هل يكون	٤٢٠
٤٤٢	للأم
ولاؤه له أم لا ؟	مطلب في ميراث الاخوة للأب
المسألة الثالثة : فيها اذا قاتل	٤٢١
٤٤٣	والأم أو للأب
السيّد نعبده : أنت سائيه	٤٢٣
المسألة الرابعة : في العبد	مطلب : في ميراث الجد
٤٤٣	٤٢٧
المسلم اذا اعتقه انصراني	مطلب : في ميراث الجدات
المسألة الخامسة : في أن	٤٢٩
الفداء ليس لهن مدخل في	باب في الحجب
وراثة الولاء الا من باشرن	من مسائل ثبوت النسب
٤٤٤	٤٢٩
عقته بأنفسهن	الموجب للميراث
مطلب : في ترتيب أهل انولاء	الاختلاف فيمن ترك ابنين وأقر
٤٤٤	٤٣٥
في الولاء	أحدهم باخ ثالث وانكره
	الثاني

كتاب العتق

(٤٤٧ - ٤٥٦)

كتاب الكتابة

(٤٥٧ - ٤٧٣)

٤٦٥	٤٥٧
الجنس الثالث : اذا مات	القول في مسائل العقد
قبل أن يؤدي الكتابة	٤٦٢
الجنس الرابع : فيمن يدخل	القول في المكاتب
٤٦٧	٤٦٣
معه في عقد الكتابة ومن	الجنس الأول : متى يخرج
لا يدخل	المكاتب من الرق
الجنس الخامس : فيها يحجر	٤٦٤
٤٦٨	الجنس الثاني : متى يرق
فيه على المكاتب بما لا يحجر	المكاتب

كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه

(٤٧٩ - ٤٧٤)

الصفحة	الصفحة
٤٧٧	٤٧٤
٤٧٨	٤٧٥
٤٧٨	٤٧٦
٤٧٨	٤٧٦

الكلام في أركانه الأربعة
وأما أحكامه فأصولها راجعة
إلى خمسة أجناس
الجنس الأول : ماذا يخرج
المدير
الجنس الثاني : هل للمدير أن
يبيع المدير

الجنس الثالث : ما يتبعه في
التدبير مما ليس يتبعه
الجنس الرابع : في قبض
التدبير
الجنس الخامس : في مبطلات
التدبير الطارئة عليه

كتاب أمهات الأولاد

(٤٨٢ - ٤٨٠)

كتاب الجنائيات

(٤٨٣ - ٤٨٣)

كتاب القصاص

(٤٩٥ - ٤٨٤)

٤٩١	القول في الموجب	٤٨٤	القسم الأول : القصاص في
٤٩٥	القول في القصاص	٤٨٤	النفوس
			القول في شروط القاتل

كتاب الجراح

(٥٠٠ - ٤٩٦)

٤٩٨	٤٩٦	القول في الجراح
	٤٩٧	القول في الجروح

كتاب الديات في النفوس

(٥١١ - ٥٠١)

٥٠٧ مطلب في دية الجنين

كتاب الديات فيما دون النفس

(٥٢١ - ٥١٢)

٥١٤ القول في ديات الاعضاء

كتاب القسامة

(٥٢٢ - ٥٢٨)

الصفحة	الصفحة
٥٢٥	المسألة الأولى : في وجوب الحكم بها على الجيلة
	المسألة الثانية : في اختلاف انعلماء القائلين بالقسامة فيما يجب بها
	المسألة الثالثة : الاختلاف بين يبدأ بالأيمان الخمسين
٥٢٦	المسألة الرابعة : في موجب القسامة عند القائلين بها

كتاب احكام الزنا

(٥٢٩ - ٥٣٨)

٥٣٦	الباب الأول : في حد الزنا
	الباب الثاني : في أصناف الزناة وعقوباتهم
	الباب الثالث : فيما يثبت به الزنا

كتاب القذف

(٥٣٩ - ٥٤٥)

٥٤٥	باب في شرب الخمر
	فصل : بماذا يثبت هذا الحد

كتاب السرقة

(٥٤٦ - ٥٥٦)

٥٥٦	فصل : في جنس المسروق
	القول فيما تثبت به السرقة
	القول في الواجب في السرقة

كتاب الحراية

(٥٥٧ - ٥٦٣)

٥٦٠	الباب الأول : النظر في الحراية
	الباب الثاني : النظر في المحارب
٥٦٢	فصل : في جنس المحاربين على التأويل
٥٦٢	باب : في حكم المرتد
٥٦٣	باب : في حكم المرتد

كتاب الأفضية

(٥٦٤ - ٥٨٤)

الصفحة	الصفحة
٥٧٥	الباب الأول : فى معرفة من
٥٧٨	يجوز قضاؤه
٥٧٩	الباب الثانى : فى معرفة ما
٥٨٠	يقضى به
٥٨٢	الباب الثالث : فيما يكون به
	القضاء
	٥٦٧
	٥٦٧
	٥٧٢
	الفصل الاول : فى الشهادة
	الفصل الثانى : فى الأيمان
٥٨٥	ترجمة المؤلف منقولاً من الديباج
٥٨٧	تقرىظ الكتاب للأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة
٥٨٩	محتويات الكتاب



بعض الكتب الإسلامية التي قامت الدار بنشرها

- الاجتهاد ومدى حاجتنا اليه في هذا العصر : للدكتور سيد موسى توانسا الأفغانستاني .
- احكام القرآن : للامام عماد الدين الطبري المعروف بالكيا الهراسي .
- إرشاد أهل الملة الى اثبات الأئمة : للأستاذ محمد نجيب المطيعي .
- الاسلام في عصر العلم : للأستاذ محمد أحمد الغمراوي .
- اعجاز البيان في تاويل أم القرآن : لصدر الدين القنوي .
- آيصة النبي المصطفى صلى الله عليه وسلم : للامام ناصح الدين عبد الرحمن الأنصاري المعروف بالحنبلي .
- الآيات البيّنات في حكم جمع القراءات : لأبي بكر محمد بن علي بن خلف الحسيني .
- البدعة .. تحديدها وموقف الاسلام منها : للدكتور عزت علي عيد عطية .
- تاويل مختلف الحديث : للامام ابن قتيبة الدينوري .
- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي : للامام جلال الدين السيوطي .
- جامع بيان العلم وفضله : للامام ابن عبد البر .
- جامع المعقول والمنقول في شرح جامع الأصول لأحاديث الرسول : للامام ابن كثير .
- الدرر الكامنة في اعيان المئة الثامنة : للامام ابن حجر العسقلاني .
- الدين والفلسفة والعلم : للأستاذ محمود أبو الفيض المنوفي .
- رجال حول الرسول : للأستاذ خالد محمد خالد .
- الرسالة القشيرية : لأبي القاسم عبد الكريم القشيري .
- السعادة الزوجية في الاسلام : للأستاذ أحمد عبد الجواد الدومي .
- شرح العقيدة الاصفهانية : للامام ابن تيمية .
- الشريعة الإسلامية .. دراسة مقارنة بين المذاهب : للدكتور محمد حسين الذهبي .
- صفحات من الاسلام : للأستاذ مختار صبرى .
- عجائب القرآن : للامام الفخر الرازي .
- عوارف المعارف : لشهاب الدين أبي حفص السهروزي .
- غيث الواهب العلية في شرح الحكم العطائية : لأبي عبد الله محمد ابن ابراهيم بن عياد الفغزى الرندى .
- قصص الأنبياء : للامام أبي الفداء اسماعيل بن كثير .

- قطر الولي على حديث الولي : للأستاذ ابراهيم هلال .
 - الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة : للإمام شمس الدين الذهبي .
 - الكفاية في علم الرواية : للمحدث البغدادي .
 - لطائف المنن : لابن عطاء الله السكندري .
 - اللمع : لابي نصر السراج الطوسي .
 - المبتكر .. الجامع لكتابي المختصر والمختصر في علوم الأثر : للأستاذ عبد الوهاب عبد اللطيف .
 - المجتمع العربي قبل الإسلام : للدكتور رؤوف شلبي .
 - المسيح في القرآن والتوراة والانجيل : للأستاذ عبد الكريم الخطيب .
 - مشكل الحديث وبيانه : للإمام ابن فورك .
 - الملكية في الإسلام : للأستاذ ابو النصر أحمد الحسيني .
 - من حقيقة المفتي .. فتاوى شرعية : للشيخ أحمد عبد الحلیم العسكري من كنوز الإسلام : للأستاذ محمد غلاب .
 - المنثورات : للإمام النووي .
 - المنقذ من الضلال : للإمام أبو حامد الغزالي .
 - النشر الطيب على شرح الشيخ الطيب على توحيد الامام ابن عاشر : لادريس بن أحمد الوزاني .
 - نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي : للأستاذ علي حسن عبد القادر .
 - الوحدة الموضوعية في القرآن الكريم : للأستاذ الشيخ محمد محمود حجازي .
- بالإضافة الى :

- مؤلفات الامام الأكبر الأستاذ الدكتور عبد الطيب محمود شلتوت .
- مؤلفات فضيلة الأستاذ الشيخ محمد الغزالي .
- مؤلفات فضيلة الأستاذ الشيخ السيد سابق .
- مؤلفات في المعارف العامة — الفلسفة وعلم النفس — العلوم الاجتماعية — اللغات — الآداب — العلوم البحتة والتطبيقية — التاريخ — الجغرافيا والرحلات — التراجم والسير — الحضارة والفن القديم ..
- ويمكن طلب قائمة المطبوعات الكاملة .. ففيها بيان واف بالكتب التي قامت الدار بنشرها .. وتطلب من دار الكتب الإسلامية .. لصاحبها توفيق عفيفي عامر — ١٤ شارع الجمهورية بعابدين — تليفون ٩١٦١٠٧ .

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٨٣/١٩٥٦