بداية المجتهد

و

نهاية المقتصد

للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد
بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي الاندلسي

الشهير (بابن رشد الحفيد)
المتوفى سنة ٥٩٥ هـ

الجزء الثاني

طبع بالتصوير عن طبعة المرحوم محمد أمين الخانجي
المأخوذة عن النسخة المولوية

الطبعة الثالثة

١٤١٥ هـ = ١٩٩٤ م

الناشر مكتبة الخانجي بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

واصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة ابواب ، الباب الاول فى مقدمات النكاح ، الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح ، الباب الرابع فى حقوق الزوجية ، الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها والفاسدة

(الباب الاول)

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

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هي واجبة * وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل وان كان يدل فعلى أي حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو انه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم انما منع النهي اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما ان كان الاول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان أباجهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال . أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة . وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين * والسبب في اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بالمنع مطلقا وورد مقيداً أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى « ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها » انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها في الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

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

(الركن الاول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وهو في حق الابكار المستأذنات واقع بالسكوت أعني الرضا . وأما الرد فبالالفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكي عن أصحاب الشافعي ان إذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر فى نفسها واذنها صماتها واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا فى انعقاد، بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن الحقه بالعقود التى يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح باى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى انه اذا كان بينه و بين المعنى الشرعى مشاركة .

(الموضع الثانى) وأما من المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد فانه يوجد فى الشرع على ضربين، أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة إما مع الولى و إما دونه على مذهب من لا يشترط الولى فى رضا المرأة المالكة أمر نفسها، والثانى يعتبر فيه رضا الاولياء فقط وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول . أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح .

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح و به قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا يجبره * والسبب فى اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا فى جبر الوصى محجوره والخلاف فى ذلك موجود فى المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغى أن لا يتوقف فى ذلك . وأما النساء اللاتى يعتبر رضاهن فى النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام: والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكى عن الحسن البصرى واختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن أبى ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وأبو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها و وافقهم مالك فى البكر المعنسة على أحد القولين عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى هذا للعموم وذلك ان ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله: لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة فى نفسها خرجه أبوداود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عباس المشهور: والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم فى حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام: والبكر يستأذنها أبوها وهو نص فى موضع الخلاف. واما الثيب الغير البالغ فان مالكا وابا حنيفة قالا يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعى لا يجبرها وقال المتأخرون ان فى المذهب فيها ثلاثة اقوال، قول ان الاب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول اشهب، وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون، وقول انه لا يجبرها وان لم تبلغ وهو قول ابى تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه اهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة فى نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لا تستأمر الا ما اجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله: لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعى ولاختلافهم فى هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا فى موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ، والتعليل الاول تعليل أبى حنيفة، والثانى تعليل الشافعى، والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبى حنيفة واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثيوبة التى تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعى كل ثيوبة ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح أبى بكر أبيها رضى الله عنه الا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك فى مسئلتين، احداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب، والثانية هل يزوج الصغير غير الاب. فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب أم لا فقال الشافعى يزوجها الجد ابو الاب والاب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط أو من جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام: والبكر تستأمر واذنها صماتها يقتضى العموم فى كل بكر الا ذات الاب التى خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحه لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالاب فى هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لانه فى معنى الاب اذ كان أبا أعلى وهو الشافعى ومن قصر ذلك على الاب رأى ان ما للاب فى ذلك غير موجود لغيره إما من قبل الشرع أن خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم الا أن يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة والمستأمرة هى من أهل الاذن وهى البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب لها بقوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة فى نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولا ولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئمار وأما الصغيرة فمسكوت عنها. واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكا أجازه للوصى وأبا حنيفة أجازه للاولياء الا ان أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعى ليس لغير الاب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الاب فى ذلك على الاب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد فى غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلان 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 انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز * والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو نقول ان الاصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو نقول ان أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والا نكحة لا غرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقاً الشافعي وممن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمالك *وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

(الركن الثاني في شروط العقد)

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

(الفصل الاول)

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

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

وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الاحديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك . فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن 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 . واما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجاً غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها و بهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى «فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن» فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لولي الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطاباً للاولياء و بالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للاولياء أو لولي الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه أظهر في خطاب الاولياء منه في أولي الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوي الامر والاولياء قيل ان هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوي فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان فى هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريباً من التواتر لان هذا مما تعم به البلوى ومعلوم انه كان فى المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضاً فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وانما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف فى وجوب العمل به والاظهر ان ما لا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وأيضاً فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولىّ لمن لها ولىّ أعنى المولى عليها وان سلمنا انه عام فى كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها أعنى أن لا تكون هى التى تلى العقد بل الاظهر منه انه اذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط فى صحة النكاح اشهاد الولىّ معها .

وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن من معروف) فان المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شئ يمكن أن تستبد به المرأة دون الولىّ الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها أن تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك .

وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر لانه اذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فماذا ليت شعرى تكون الايم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهرى هو ان يكون موافقا هذا الحديث أحرى من ان يكون معارضا له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) هو أظهر فى ان المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على ان الولى هو الذى يلى العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهرى لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولىّ وشاهدى عدل ولكنه مختلف فى رفعه وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وامره لابنها أن ينكحها اياه . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد

فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال و يشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة فى هذا المعنى على التأبيد مع ان ما يلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها لكن يكفى فى ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذى يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان 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 المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً أو قريباً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين، اما انه ليست الولاية شرطاً فى صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة فى ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الابعد مع وجود الاقرب .

﴿الموضع الثانى﴾ وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها أضداد هذه أعنى الكفر والصغر والانوثة . واختلفوا فى ثلاثة فى العبد والفاسق والسفيه . فاما العبد فالاكثر على منع ولايته وجوزها أبوحنيفة . وأما الرشد فالمشهور فى المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبوحنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى و بقول الشافعى قال أشهب وأبومصعب * وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً فى المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد فى المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة وقد يمكن ان يقال إن الحالة التى بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم وهذه هى موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته .

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

مالك يكون الوصي ولياً ومنع ذلك الشافعي * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا أبا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصي وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصي عنده أولى من ولي النسب أعني وصي الاب واختلف أصحابه فيمن أولى وصي الاب أو ولي النسب فقال ابن القاسم الوصي 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 وروي عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضاً الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر: لا تنكح المرأة الا باذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم: أمر ابنها ان ينكحها اياه ولانهم تفقوا أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة * وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصي في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعني تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي . وقال الشافعي لا يعقد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب * وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابتاً بالشرع في الولاية أم

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

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

(وأما المسئلة الثالثة) وهى غيبة الاب 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 إما لعدم النفقة و إما لما يخاف عليها من عدم الصون و إما للامرين جميعا فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول الموضع أو أسيرا أو كانت فى صون وتحت نفقة انها ان لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيدا فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدمت النفقة أو كانت فى غير صون فانها تزوج أيضا فى هذه الاحوال الثلاثة أعنى فى الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب انها لا تزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريبا واذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو ان يكون تقدم أحدهما فى العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من ان يعلم المتقدم أولا يعلم . فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هى للاول وقال قوم هى للثانى وهو قول مالك وابن القاسم و بالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم . وأما ان أنكحاها معا فلا خلاف فى فسخ النكاح فيما أعرف * وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول أولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى

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

﴿الموضع الرابع في عضل الاولياء﴾ واتفقوا على انه ليس للولي ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ماتقدم وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر. فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح الموالي من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى «ان أكرمكم عند الله اتقاكم» وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشي ولا عربية الا من عربي * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان 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 أيضاً أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعني اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة. وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من

الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الامة اذا عتقت . وأما مهر المثل فان مالكا والشافعي يريان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعني البكر وأن الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة * وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الامر بالعكس و يتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة وهي هل يجوز للولي ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد أعني انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا ما روى من انه عليه الصلاة والسلام . تزوج أم سلمة بغير ولي لان ابنها كان صغيراً وما ثبت انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفية فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿ 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 انه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا أشهد شاهدين و وصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر و يفسخ 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 والاصل في هذا ما روى عن ابن عباس : لا نكاح الا بشاهدي عدل و ولي 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 لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعني

الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة . واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان * وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل فى اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه ابوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال ابوثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن على روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح .

﴿الفصل الثالث في الصداق﴾

والنظر فى الصداق فى ستة مواضع ، الاول فى حكمه واركانه ، الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث فى تشطيره ، الموضع الرابع فى التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق .

﴿الموضع الاول﴾ وهذا الموضع فيه اربع مسائل ، الاولى فى حكمه ، الثانية فى قدره ، الثالثة فى جنسه و وصفه ، الرابعة فى تأجيله .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن » .

﴿المسئلة الثانية﴾ واما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد * واختلفوا فى أقله فقال الشافعى واحمد واسحق وابوثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمناً وقيمة لشئ جاز ان يكون صداقا وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد اقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور فى ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط 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 تردده بين أن يكون عوضاً من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال فى البيوعات و بين ان يكون عبادة فيكون موقتاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض

ومن جهة انه لا يجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة * والسبب الثانى معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لا يقتضى التحديد . أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة . وأما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياماً طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ماعندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيأ فقال لا أجد شيئاً فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتماً من حديد دليل على انه لا قدر لأقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين ، إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة موقتة وفى كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى فى الشرع من العبادات ما ليست موقتة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال ان يكون ذلك الاثر خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء فى بعض رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئاً أقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذى استعملوه فى ذلك هو انهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدراً أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيها هى مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع غير الوطء وأيضا فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئا واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا

النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا و يشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام: انه قال: لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر ابن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابراً ولذلك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضاً واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة و فى جعل عتق أمته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال، قول بالاجازة، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتىّ هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » الآية ومن قال ليس بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر . وأما كون العتق صداقا فانه

منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ماثبت من انه عليه الصلاة والسلام: أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب و وجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشئ بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعى انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه راى انها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته * وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف اعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا فى العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعى لا يجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال ابو حنيفة يجبر على القيمة * وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شئ غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز . وأما التأجيل فان قوما لم يجيزوه أصلا وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيأ منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه الا لزمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجازه لموت أو فراق وهو مذهب الاوزاعى * وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل أو لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت او 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 « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيأ » 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 والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرماً او مريضاً او صائماً في رمضان او كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيأ * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض » ونص في المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب الا بالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيراً في ايجاب الصداق . واما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو ان من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلفا في المسيس أعني القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل أن تدعي هي المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظر اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي وسيأتي هذا في مكانه .

(الموضع الثالث في التشطير) واتفقوا اتفاقاً مجملاً انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقاً انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » الآية ، والنظر في التشطير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجبه من أنواع الطلاق أعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح

الصحيح أعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه و بين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق و بالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسخاً ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه * وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شئ لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فاما 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 يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلفاً للكل و إما أن يكون نقصاً و إما أن يكون زيادة و إما أن يكون زيادة و نقصانا معاً وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما فى التلف وفى الزيادة و فى النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة * وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقراً أو لا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقراً قال هما فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق و بعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف * واختلفوا اذا اشترت به

ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال أبو حنيفة والشافعى يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر أعنى اذا طلقت قبل الدخول، وللسيد فى أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعى ليس ذلك له * وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى « إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » وذلك فى لفظة يعفو فانها تقال فى كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفى قوله الذى بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولىّ أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولىّ جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولى أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة و يشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان فى الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائداً فى الآية أى شرعا زائداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولى إما الاب و إما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتى بدليل يبين به أن الآية أظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شئ يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصيراً لعموم قوله تعالى « إلا أن يعفون » واختلفوا من هذا الباب فى المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعى يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة فمن قال فى عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو فى ذمة المرأة قال يرجع و إن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف و إن لم تقبض حتى وهبت فليس له شئ كانه رأى ان الحق فى العين ما لم يقبض فاذا قبضت صار فى الذمة .

﴿الموضع الرابع فى التفويض﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » واختلفوا من ذلك فى موضعين ، أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر ، والموضع الثانى اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا .

(فاما المسئلة الاولى) وهى اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج فى ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شئ لان أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح وهو قول ابى حنيفة واصحابه . وقال مالك واصحابه الزوج بين خيارات ثلاث إما ان يطلق ولا يفرض و إما ان يفرض ما تطنبه المرأة به و إما ان يفرض صداق المثل و يلزمها * وسبب اختلافهم أعنى بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى «لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة» هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم فى فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف فى ذلك وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال أو لا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه فى كل حال لقوله تعالى «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» ولا خلاف أعلمه فى انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شئ وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول فى نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق فى نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعى قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث و به قال أحمد وداود وعن الشافعى القولان جميعا الا ان المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعى فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جروع بنت واشق خرجه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزنى عن الشافعى

فى هـذه المسئلة ان ثبت حـديث جروع فلا حجة فى قول أحـد مع السـنة والذى قاله هو الصواب والله أعلم .

(الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة)

والصـداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل أو عـذر فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخـنزير ومالا يجوز أن يتملك و الذى يفسد من قبل العذر والجهل فالاصـل فيه تشبيهه بالبيوع وفى ذلك خمس مسائل مشهورة

﴿المسئلة الاولى﴾ اذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيراً شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول و بعده وهو قول أبى عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هـل حكم النكاح فى 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 عقـد النـكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً فى صحة العـقد قال يمضى النـكاح و يصحح بصـداق المثل والفرق بين الدخول وعـدمه ضـعيف والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين و بين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست أذكر الآن فيه نصاً .

﴿المسئلة الثانية﴾ واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبدا و يدفع الف درهم عن الصـداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصـداق فمنعه مالك وابن القاسم و به قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبى حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعى فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز فى النكاح من الجهل مالا يجوز فى البيع قال يجوز .

﴿المسئلة الثالثـة﴾ واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشـترط عليه فى صداقها حباء يحبى به الاب على ثلاثة أقوال ، فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصـداق صحيح وقال الشافعى المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعـد النـكاح فهو له * وسبب اختـلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل ببيع

السلعة و يشترط لنفسه حباء قال لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز . وأما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد وخرج النسائى وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص فى قول مالك وقال ابو عمر بن عبد البر اذا رواته الثقات وجب العمل به .

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف فى ذلك قول الشافعى فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب فى ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال أبو الحسن اللخمى ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة او صداق المثل لكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح فى ذلك البيع اولا يشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لا ينفسخ .

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

﴿ الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق ﴾ واختلافهم لا يخلو ان يكون فى القبض أو فى القدر أو فى الجنس أو فى الوقت أعنى وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا فى القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان و يتفاسخان وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعاً كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعاً ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه و به قال أبو ثور وابن أبى ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا و رجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعى والثورى وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم 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 أبداً أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدراً زائداً فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبداً لان كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف فى ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى انهما لا يستويان أبداً فى الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواهما من ان 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 يشبهه فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك انه لا يجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شىء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر و يرضى به فهو فى غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا فى القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعى والثورى واحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله

بعد الدخول وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابدا أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له اذا دخل بها الزوج واختلف اصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين او بغير يمين و بيمين احسن واما اذا اختلفا فى جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هى زوجتك على هذا الثوب فالمشهور فى المذهب انهما يتحالفان و يتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن اكثر مما ادعت او اقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولهما اولم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعى فى هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم فى القدر اعنى يتحالفان و يتراجعان الى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ فى البيع ستعرف اصله فى كتاب البيوع ان شاء الله . واما اختلافهم فى الوقت فانه يتصور فى الكالئ والذى يجىء على اصل قول مالك فيه فى المشهور عنه ان القول فى الاجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف و يتصور ايضا متى يجب هل قبل الدخول او بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لا يجب الثمن على المشترى الا بعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة تشترط فى الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

(الركن الثالث في معرفة محل العقد)

وكل امرأة فانها تحل فى الشرع بوجهين إما بنكاح او بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولا الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد ، والثانى مانع الجمع ، والثالث مانع الرق ، والرابع مانع الكفر ، والخامس مانع الاحرام ، والسادس مانع المرض ، والسابع مانع العدة على اختلاف فى عدم

تأبيده وانما من مانع التطليق ثلاثاً للمطلق، والتاسع مانع الزوجية، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا .

(الفصل الأول في مانع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واتفقوا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنت اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن او من قبل البنت او مباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك فى أحد اصليك او مجموعهما اعنى الاب او الام او كليهما والعمة اسم لكل انثى هى أخت لابيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . واما الخالة فهو اسم لاخت امك او اخت كل أنثى لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل انثى لاخيك عليها ولادة من قبل امها او من قبل أبيها او مباشرة وبنات الاخت اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة مباشرة او من قبل امها او من قبل أبيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه فى هذه الجملة والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء والاصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الابناء والاصل فى ذلك ايضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء ايضا والاصل فى ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والابناء وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة واختلفوا منها فى موضعين أحدهما هل من شرطها ان تكون فى حجر الزوج، والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أو بالوطء . وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط

واختلفوا ايضا من هذا الباب فى مسئلة رابعة وهى هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح او النكاح بشبهة فهنا اربع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون فى حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتى فى حجوركم) وصف له تأثير فى الحرمة اوليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرطا فى الربائب اذ لا فرق فى ذلك بين التى فى حجره او التى ليست فى حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت فى حجره .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط او بالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولى الشافعى وقال داود والمزنى لا يحرمها 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 شيأ وأوجب فى اللمس * ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى « اللاتى دخلتم بهن » الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا .

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

له امها

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء ما يوجب الوطء فى نكاح صحيح او شبهه أعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمراة لا يحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح لبى الزانى لها ولا ابنه وقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى يحرم الزنا ما يحرم النكاح واما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما فى الموطأ وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ * وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالاته على المعنى الشرعى واللغوى فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التى بين الام والبنت و بين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضاً ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا ، واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان 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 ان الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب اعنى ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب * واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة القواعد منها تسع . احداها فى مقدار المحرم من اللبن . والثانية فى سن الرضاع والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدى أو لا يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر * والسابعة 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 المرضعة .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اما مقدار المحرم من اللبن فان قوماً 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 والاوزاعى وقالت طائفة بتحديد

القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) الآية وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى، أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام : لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثاني حديث سهلة في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضاً قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لا تحرم المصة ولا المصتان يقتضي أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب

﴿المسئلة الثانية﴾ واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان ، أحدهما حديث سالم وقد تقدم ، والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله انه أخي من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء الا ان حديث سالم نازلة في

عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لأنها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي تثبت الحرمة به * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : إنما الرضاعة من المجاعة يقتضي عمومه ان ما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان 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 الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضاً 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 اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطاً لم تذهب عينه * وسبب

اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال فى النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر .

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

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهى التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وأحمد والاوزاعى والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل و بالاول قال على وابن عباس و بالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح اخو ابى القعيس يستأذن علىّ بعد أن أنزل الحجاب فابيت ان آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذنى له فقلت يارسول الله انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى أن ما فى هذا الحديث شرع زائد على ما فى الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهى الراوية للحديث و يصعب رد الاصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة و بخاصة التى تكون فى عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع و به 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 أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه انه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين * والسبب في اختلافهم أما بين الاربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأتي هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله إني تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الاصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملا كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لبناً الا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم اولا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا في القول .

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا او الى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لا ترد يد لامس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا

الاصل وبه قال الحسن . واما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها فى كتاب اللعان .

(الفصل الخامس في مانع العدد)

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معاً وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا فى موضعين فى العبيد وفيما فوق الاربع اما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً وبه قال اهل الظاهر وقال ابو حنيفة والشافعى لا يجوز له الجمع الا بين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى اسقاط هذا العدد كما لها تاثير فى اسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده فى الزنا اعنى ان حده نصف حد الحر واختلفوا فى غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما اسلم وتحته عشر نسوة: أمسك اربعاً وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة اعنى جمع الاعداد فى قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

(الفصل السادس فى مانع الجمع)

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء فى آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لاقرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع فى ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازه الشافعى وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه

الصلاة والسلام: لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة اما بنفسها واما بتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص اريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها او بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما. واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذي اختاره اصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

(الفصل السابع في موانع الرق)

واتفقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين، عدم الطول، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي *والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين، أحدهما عدم الطول الى الحرة، والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حر او عبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفاً للعنت او غير خائف لكن دليل الخطاب اقوى ههنا

والله أعلم من العموم لان هـذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن والايجبرن على النكاح وهو ايضاً محمول على الندب عند الجمهور مع ما فى ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجيزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما، أحدهما اذا كانت تحته حرة هل هى طول أو ليست بطول فقال ابو حنيفة هى طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك فى ذلك القولان، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح اكثر من أمة واحدة ثلاث او اربع او ثنتان فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا او متأهلا لانه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة فى خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح امة ثانية على الامة الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العزب اكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح اكثر من امة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه او فى فسخ النكاح اختلف فى ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة ام لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها اعنى أصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

﴿ الفصل الثامن في مانع الكفر ﴾

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فى نكاحها بالملك على انه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الا ما روى فى ذلك عن ابن عمر واختلفوا فى إحلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها 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 يؤمنّ) لعموم قوله (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) وهنّ المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم

سواء كانت مشركة اوكتابية والجمهور على منعها و بالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسبيات فى غزوة اوطاس اذ استأذنوه فى العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم اعنى ان قوله تعالى «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب» هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا فى احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها و باقى العموم اذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أو لم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا ايضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية ان لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) ولاجماعهم على أن السبى يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا فى المتزوجة هل يهدم السبى نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبى أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح و به قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبى يهدم سبيا معاً أو سبى أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعى وعن مالك قولان أحدهما ان السبى لا يهدم النكاح أصلا والثانى انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعى * والسبب فى اختلافهم هل يهدم اولا يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد و بين الكافرة التى لا زوج لها أو المستأجرة من كافر واما تفريق أبى حنيفة بين ان يسبيا معا و بين ان يسبى أحدهما فلان المؤثر عنده فى الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر فى الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها

بالذمية فبعيد لان الذمى انما اعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه.

﴿ الفصل التاسع في مانع الاحرام ﴾

واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والاوزاعى واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه اهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبى رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك ايضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم. لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس اوجمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهى الوارد فى ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض القول والقول والوجه الجمع أو تغليب القول.

﴿ الفصل العاشر في مانع المرض ﴾

واختلفوا فى نكاح المريض فقال ابو حنيفة والشافعى يجوز وقال مالك فى المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على إضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتهم. وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على ان الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحى لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع الا فى جنس بعيد من الجنس الذى يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما فى الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أو

ينصرفوا لعدم السنن التى فى ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم و وجه عمل الفاضل العالم فى ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما فى أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحد فى ذلك حد مؤقت صناعى وهذا كثيراً ما يعرض فى صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

﴿ الفصل الحادي عشر في مانع العدة ﴾

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل او عدة أشهر . واختلفوا فى من تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبداً . وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه اياها مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة ام ليس بحجة وذلك ان مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية و بين زوجها راشد الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها و ربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى أصله وهو انه ادخل فى النسب شبهة فأشبه الملاعن و روى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب او سنة او اجماع من الامة و فى بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر فى بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن اشعث عن الشعبى عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا ان وطئ هل يعتق عليه الولد او لا تعتق والجمهور على انه لا تعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته او غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن

ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره . واما النظر في مانع التطليق ثلاثا فسيأتي في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا أيضا في الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) يقتضي المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي أليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للانكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعني من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين ، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام ، والموضع الثاني اذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما

مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا، والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعني انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان و بين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب و لم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم و زوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها و بين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها . وأما اذا اسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضي المفارقة على الفور . وأما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روي 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 وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بايام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله او هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامه ايضاً قبل .

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة، العيوب ، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة، والثالث الفقد أعني فقد الزوج ، والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد في هذا الباب أربعة فصول .

﴿ الفصل الأول في خيار العيوب ﴾

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك فى موضعين ، أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد ، والموضع الثانى اذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الاول فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار فى الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما هل قول الصاحب حجة والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد فى ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفى بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها . واما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للعيب فى النكاح قالوا النكاح فى ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثانى فى الرد بالعيوب فانهم اختلفوا فى أى العيوب يرد بها وفى أيها لا يرد وفى حكم الرد فاتفق مالك والشافعى على أن الرد يكون من أربعة عيوب ، الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذى يمنع الوطء اما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك فى أربع فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى لا ترد المرأة فى النكاح الا بعيبين فقط القرن . والرتق فاما احكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شئ عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولى * وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة اعنى بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ

نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه و بينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

﴿ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصداق فكان الشافعي يقول يخير اذا لم يدخل بها و به قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له فقيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما و يؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالايلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما و به قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع و ربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز 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 او بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

﴿ الفصل الثالث في خيار الفقد ﴾

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته اوموته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته اوموته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يعيش الى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان و روى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى ايضاً عن عثمان و به قال الليث وقال

الشافعي وابوحنيفة والثوري لاتحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لاتنحل عصمة الا بموت ارطلاق 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 أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لاتتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ماخلا أشهب فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا أن يكون بموضع لايخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعني بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع في خيار العتق)

واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد ان لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والاوزاعي وأحمد والليث لاخيار لها وقال أبوحنيفة والثوري لها الخيار حراً كان أو عبداً * وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في 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 عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضاً في الوقت الذي

يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار مالم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعي انما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت ان 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) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف . فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هى بالغاً وأما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق * وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد ونصف وعلى المعسر مد * وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الاطعام فى الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعياً لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على أن الاسكان على الزوج للنص الوارد فى وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحرة الغير ناشز واختلفوا فى الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله

عليه الصلاة والسلام: ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز. وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيراً فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضاً ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه وقيل ان كان الزوج حراً فعليه النفقة وان كان عبداً 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 أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتى زوجها فى كل أربعة أيام. وأما على من تجب فاتفقوا أيضا انها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا فى العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه فى ماله. وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا فى الانفاق وسيأتى ذلك فى كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام: اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام: كان اذا أراد السفر أقرع بينهن واختلفوا فى مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهما يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكراً كانت أو ثيباً ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبى صلى الله عليه وسلم كان: اذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى

خرجه أبوداود فصار أهل المدينة الى ماخرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ماخرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم فى 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 إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا 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 الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الامر بالرضاع وايجابه وانها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة وأما المطلقة فلا رضاع عليها الا أن لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)

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

والانكحة التى ورد النهى فيها مصرحا أربعة . نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما 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 ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه * واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصحح و يفسخ أبداً قبل الدخول و بعده و به قال الشافعى الا انه قال إن سمى لاحداهما صداقا أو لهما معاً فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذى سمياه فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل و به قال الليث وأحمد واسحاق وأبو ثور والطبرى * وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول و يكون فيه مهر المثل وكان مالك رضى الله عنه رأى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به أو رأى أن النهى انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهى يدل على فساد المنهى .

﴿وأما نكاح المتعة﴾ فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم ففى بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفى بعضها يوم الفتح وفى بعضها فى غزوة تبوك وفى بعضها فى حجة الوداع وفى بعضها فى عمرة القضاء وفى بعضها عام أوطاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفى حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه انه قال: ما كانت المتعة الا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد 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 صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس.

﴿وأما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره﴾ فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال، قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أولا ترد وهو مذهب مالك.

وأما نكاح المحلل أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة 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 فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الانكحة الفاسدة بالنهى. وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وإما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة. وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التى بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون فى ذلك يمين بعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق او يعتق من اقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضاً وكذلك قال الشافعى وابو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها وعليه

الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن علي وقول الاوزاعي مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : احق الشروط ان يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيراً اعني في لزومها او عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

﴿واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت﴾ فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسداً باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه أن لا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة 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 كان الدليل القوي متفقاً عليه او مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول او عدمه وقد نرى ان نقطع ههنا القول في هذا الكتاب فان ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

(كتاب الطلاق)

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل ، الجملة الاولى فى أنواع الطلاق ، الجملة الثانية فى أركان الطلاق ، الجملة الثالثة فى الرجعة ، الجملة الرابعة فى أحكام المطلقات .

﴿الجملة الاولى﴾ وفى هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول 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 والتمليك .

﴿الباب الاول﴾ واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن و رجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون فى مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى «يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف فى هذا . وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر فى اسقاط أعداد الطلاق وان الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففى هذا الباب اذن ثلاث مسائل .

﴿المسئلة الاولى﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله فى الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس

واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثاً في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا * وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سداً للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه في ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار في ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشذ من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتى 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 للذى يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة نشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق .

﴿المسئلة الثالثة﴾ . وأما كون الرق مؤثراً فى نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد فى هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر فى هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً فى نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد فى التكاليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع فى ذلك من الندم والشرع انما سلك فى ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ماترى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث فى واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة فى هذه السنة المشروعة .

﴿ الباب الثانى ﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة فى المدخول بها هو الذى يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التى أمر الله ان تطلق لها النساء ، واختلفوا من هذا الباب فى ثلاثة مواضع ، الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً فى العدة ، والثانى هل المطلق ثلاثا أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ، والثالث فى حكم من طلق فى وقت الحيض .

﴿أما الموضع الاول﴾ فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها فى العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون فى حال الزوجية بعد

أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم فى وقوع الطلاق المتبع .

﴿وأما الموضع الثانى﴾ فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعى الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا فى لفظة واحدة لمفهوم الكتاب فى حكم الطلقة الثالثة والحديث الذى احتج به الشافعى هو ما ثبت من أن العجلانى طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التى جعلها الله فى العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان 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 هنا من قول الشافعى .

﴿وأما الموضع الثالث﴾ فى حكم من طلق فى وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك فى مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضى طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا فى الزمان الذى يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا فى الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا فى الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعى وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط فى طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها فى طهر مسها فيه فهنا اذاً أربع مسائل ، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ، والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ، والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع فى الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر : مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون

الا بعد طلاق و روى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذى كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه و وقوعه و بالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع فى الطلاق السنى هى شروط صحة و إجزاء أم شروط كمال وتمام فمن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع و يندب الى أن يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى هل يجبر على الرجعة اولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ماهو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعاً قال هذا الامر هو على الندب .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط فى ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى فى ذلك لتصح الرجعة بالوطء فى الطهر الذى بعد الحيض لانه لو طلقها فى الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول و بالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يطلق فى الحيضة التى قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك فى 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 فى هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى فى ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق فى زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه * فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار فى هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت فى الحيضة وأيضاً فانه قال انما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع الطلاق فى الحيضة لم تعتد بها باجماع فان

قلنا انه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغى ان يجوز ايقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الامر بالرد .

(الباب الثالث في الخلع)

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

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل فى ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه فى خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزينى عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيأ واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا) الاية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز * فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه او على خصوصه .

(الفصل الثاني)

فاما شروط جوازه فمنها ما يرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشئ الذى يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء

أومن اوليائهن ممن لا تملك امرها ففى هذا الفصل أربع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما مقدار مايجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعى وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج فى صداقها اذا كان النشوز من قبلها و بمثله و بأقل منه وقال قائلون ليس له ان ياخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض فى المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكانه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والغرور والمعلوم مثل الآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبى حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم * وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض فى البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط فى البيوع وفى اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض ام لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا و به قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما ما يرجع الى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضى اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل فى ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن ياتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصرى فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزنى وحملوا الفاحشة فى الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الاية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة فى مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل فى الخلع خمسة أقوال . قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال اى مع الضرر . وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول انه يجوز فى كل حال الا مع الضرر وهو المشهور .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان

الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف فى الابن الصغير قال الشافعى وابو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعى لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهملة التى 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 ﴾

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعى هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعى انه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخاً وقد قيل عنه فى قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائناً لانه لو كان للزوج فى 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 بان الفسوخ انما هى التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضى قياساً على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الاية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع أنواع الطلاق لا انه شئ غير الطلاق * فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها .

(الفصل الرابع)

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

﴿ الباب الرابع ﴾

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

(الباب الخامس)

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى ان له أحكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير وذلك ان التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضي ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخييراً مقيداً مثل ان يقول لها اختاري نفسك أو اختاري تطليقة او تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تمليكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على إحدى الروايتين او يتفرقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الى أن ترد او تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل ان تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعي اختاري وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا أن ينويه وان نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثاً فثلاث فله عنده ان يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار او التمليك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروي عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روي انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع قال فان الذي بيدي من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت في عدتها وسألتي أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل بعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بايدي النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشيء لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وابي حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء

الامصار وعند الشافعي أن التمليك اذا أراد به الطلاق كالوكالة وله ان يرجع في ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمراً من الامور ان شاء ان يفعله اولا يفعله فانه قد خيره . وأما مالك فيرى ان قوله لها اختاري او اختاري نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان البينونة وانما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التمليك انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها في العدد أعني في لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعي انه اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى ان لها ان تطلق نفسها في التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لان العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروي عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع ، أحدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق ، والثاني انه تقع بينهما فرقة ، والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك ما دون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة . وأما حكم الالفاظ التي تجيب بها

المرأة فى التخيير والتمليك فهى ترجع الى حكم الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة فى الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى ألفاظ الطلاق .

﴿الجملة الثانية﴾ وفى هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول فى ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثانى فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز ، الباب الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثانى فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

(الفصل الأول)

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية و بلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى أحكامها وما يلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة 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 ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف أعنى ان 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 انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان ، إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبوحنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فان مالكا والشافعي وأباحنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقاً اذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستثنت المالكية بان قالت الا ان تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسأله ان يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة ان الطلاق لا يحتاج عندهم الى نية . وأما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبوحنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وادعى انه أراد بذلك أكثر من واحدة إما اثنتين و إما ثلاثا فقال مالك هو ما نوى وقد لزمه و به قال الشافعي الا ان يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبوحنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لا يتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحاً * وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل و رأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لا يحتمل العدد وانه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية و به قال أبوحنيفة وقد روى عنه انه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي ان لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا ادعى

فى الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه فى الصريح وكذلك لا يقبل عنده مايدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها الا ان يكون قال ذلك فى الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدقه فى الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هى مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية و برية . وأما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فانه يرجع فى ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة و يصدق فى ذلك وقول أبى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى الا انه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده فى مذاكرته الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى وتقنعى لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة . وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعى فى الكناية الظاهرة وخالفه فى ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شئ وان نوى طلاقا فيتحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال ، قول انه يصدق باطلاق وهو قول الشافعى ، وقول انه لا يصدق باطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك ، وقول انه يصدق الا ان يكون فى مذاكرة الطلاق وهو قول أبى حنيفة وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل و بين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل قوله فى الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لان العرف اللغوى والشرعى شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى ان يكون ثلاثا وذلك فى المدخول بها و يتخرج على القول فى المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عدد ان يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعى انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى ان يقبل قوله فى كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية و يشبه 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 حبلك على غاربك وانما صار الشافعى الى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة اذا نوى مادون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار أبو حنيفة الى انه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده * فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية . ومما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم أعنى من قال لزوجه أنت على حرام وذلك أن مالكا قال يحمل فى المدخول بها على البت أى الثلاث و ينوى فى غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة و به قال أصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الاقوال فى هذه المسئلة ، والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقاً ولا يمينا فليس بشئ هى كذبة وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث انه يكون أيضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئاً فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعى ، والقول الرابع انه ينوى فيها فى الموضعين فى ارادة الطلاق وفى عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى ، والقول الخامس انه ينوى أيضا فى الطلاق وفى العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله 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 اسوة حسنة خرجه البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى «يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك» الآية ، والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » وهو قول مسروق والاجدع وأبى سلمة بن أبى عبد الرحمن والشعبى وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار و بعضهم أوجب فيها عتق رقبة * وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف فى ألفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين . إما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلة أو بخروج شيء 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 ان يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئاً وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق * وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحا الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ففي ذلك روايتان عن مالك ، إحداهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانجاز الطلاق في هذا يضعف لانه

مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم فى بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فأنت طالق فلا خلاف أعلمه فى المذهب ان الطلاق يقع فى هذا . وأما ان علقه بشئ يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشئ الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق فى الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشئ أو ضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم فى تبعيض المطلقة أو تبعيض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت 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 لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقاً فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعى يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعنى بقوله طلقتك ثلاثا قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال لا يقع عليها الثانى والثالث ولا خلاف بين المسلمين فى ارتدافه فى الطلاق الرجعى . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصور فى العدد فقط فاذا طلق أعدادا من الطلاق فلا يخلو من ثلاثة أحوال . إما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو اثنتين الا اثنتين . وإما ان يستثنى ماهو أقل واذا استثنى ماهو أقل . فاما أن يستثنى ماهو أقل مما هو أكثر . وأما أن يستثنى ماهو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا واحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن

الاستثناء لا يصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل ، والآخران الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشئ مع ضده مستحيل وشذ أبو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع فى وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق فى ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر فى هذا الوقت احتجاجه فى ذلك .

﴿الباب الثانى فى المطلق الجائز الطلاق﴾ واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا فى طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فأما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس وفرق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أو لا ينوى شيئاً فان نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه وان لم ينو فقولان أصحهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار أم ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى ايقاع الشئ أصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام : رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه فى الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبى فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال فى مختصر ما ليس فى 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 المزنى وبعض

أصحاب أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقد العقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق 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 الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شئ وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصاً في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ماو به قال داود وأبو ثور واسحاق وجماعة من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع . وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون انما طلق في 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 ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لانه يعسر أن يقال ان في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أولا يصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى أن يصح أولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من

رأى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط فى توريثها مالم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هى العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هى الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هى ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

(الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق)

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضى عددهن فى الطلاق الرجعى وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق باجنبية أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعنى مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق وكذلك فى وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا تزوجن

* وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا ألزمناه الطلاق واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : 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 الاول فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى ، الباب الثانى فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن .

﴿ الباب الاول ﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة فى الطلاق الرجعى مادامت فى العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط فى صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعى الى انه واجب * وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) يقتضى الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الانسان يقتضى أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوماً قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط و به قال الشافعى وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك واما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعى فقاس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وابى حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعة محللة الوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهر ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم فى شروط صحة الرجعة واختلفوا فى مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت فى العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال ابو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدى البنان والكحل و به قال الثورى وابو يوسف والاوزاعى وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم

بدخوله بقول اوحركة من تنحنح اوخفق نعل * واختلفوا من هـذا الباب فى الرجل يطلق زوجتـه طلقة رجعيـة وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعـة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذى عقد عليها النكاح دخـل بها اولم يدخل هذا قوله فى الموطأ وبه قال الاوزاعى والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثانى وبالقول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبته فى موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليـه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنـه مالك فى الموطأ واما الشافعى والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى اولم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروى عن علىّ وهو الابين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال فى هذه المسئلة ان الزوج الذى ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته اوان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك فى الرواية الاولى مارواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره انه ليس له من امرها شئ ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسـداً فان نكاح الغير لا تأثير له فى ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعـد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشـهد لهذا ماخرجه الترمذى عن سمرة بن جندب ان النبى صـلى الله عليـه وسـلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للاول منهما .

﴿ الباب الثانى ﴾

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خـلاف وفى المختلعة باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح اعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لا يعتبر فيها انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها فى العدة ولا غيره وهؤلاء كانهم رأوا منع النكاح فى العـدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحـديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد و يفسد الصوم والحج و يحل المطلقة و يحصن الزوجين و يوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغاً وخالفهما فى ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل و يحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصى الذى يبقى له ما يغيبه فى الفرج * 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 الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول و بعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك و به 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 صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة ابن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه واسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه . وأما الفريق الآخر 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 انه ليس النهى عن الصلاة فى الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الاذن من مالكها فى ذلك، قالوا واذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فاحرى أن لا يدل على بطلان التحليل و إنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن

لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها * واختلفوا فى هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبوحنيفة يهدم وقال مالك والشافعى لا يهدم أعنى اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فمن رأى ان هذا شئ يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

﴿الجملة الرابعة﴾ وهذه الجملة فيها بابان ، الاول فى العدة ، الثانى فى المتعة .

﴿ الباب الاول ﴾

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

﴿الفصل الاول﴾

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم الى نوعين ، أحدهما فى معرفة العدة ، والثانى فى معرفة أحكام العدة ﴿النوع الاول﴾ وكل زوجة فهى إما حرة و إما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إما صغار و إما يائسات وذوات الحيض إما حوامل و إما جاريات على عادتهن فى الحيض و إما مرتفعات الحيض و إما مستحاضات والمرتفعات الحيض فى سن الحيض إما مرتابات بالحمل أى بحس فى البطن و إما غير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض و إما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات فى حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف فى هذا لانه منصوص عليه فى قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) الآية وفى قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم) الاية واختلفوا من هذه الآية فى الاقراء ما هى فقال قوم هى الاطهار أعنى الازمنة التى بين الدمين وقال قوم هى الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هى الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعى وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان

الاقراء هى الحيض أما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثورى والاوزاعى وابن أبى ليلى وجماعة وأما من الصحابة فعلىّ وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعرى وحكى الاثرم عن أحمد انه قال الاكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هى الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبى انه قول إحد عشر أو اثنى عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علىّ وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعية عنده فى الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضى الحيضة الثالثة * وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال فى كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء فى الآية ظاهر فى المعنى الذى يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر وذلك ان القرء الذى هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانبارى وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء فى الحوض أى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فانهم قالوا إن قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر فى تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء بانها هى الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين و بعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزاً واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هى الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت فى حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذى رضيه الحذاق ان الآية مجملة فى ذلك وان الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هى الاطهار 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 يمسها 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 ان العدة هى الاطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة و يمكن ان يتأول قوله فتلك العدة اى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض واقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم و براءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هى الحيض واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة و به قال الاوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة و به قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلىّ 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 ايضا شاذ فهذه هى حال الحائض التى تحيض . واما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة فى الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة أشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله فى الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لا تيأس منها فى المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تيأس فيه من الحيض وحينئذ تعتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن

الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية فى العلم ببراءة 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 او السنة الى ان تمضى لها ثلاثة اقراء . واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتى هى من من اهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيداً اذا فهم من اليأئسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان ما لكلام يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض اى ان شككتم فى حكمهن ثم قال فى التى تبقى تسعة لا تحيض وهى فى سن من تحيض انها تعتد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الريبة ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون فى هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لان اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور . وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام 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 احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التميز فتعتد بالاقراء وقال أبو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تميز لها فثلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتميز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر الفانى من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التى لا تحيض وهى من أهل الحيض والشافعى انما ذهب فى المعارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياسا

على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : اتركى الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم وانما اعتبر التميز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش : اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق خرجه أبو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم فى الاغلب انها فى كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه كارتفاعه . وأما المستراية اعنى التى تجد حساً فى بطنها تظن به انه حمل فانها تمكث أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل فى المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعنى المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضاً بتلك الاقسام بعينها أعنى حيضاً و يائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتى يأتيهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحرة و به قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه متنصفاً مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الامة المطلقة اليائسة من الحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض والقياس فى ذلك واحد . وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول فى الحرة والخلاف فى ذلك وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى فى عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة و بالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر

وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك روايتان، احداهما تداخل العدتين، والاخرى تهيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة فى عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل فى الوجهين معا * وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية ام 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 ان الرجعى فيه شبه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى فى عدة من طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمى النظر فى العدة

﴿ القسم الثاني ﴾

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

وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم و لم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومه فى قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بانه كان فى لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان فى الرجعية و فى الحامل و فى نفس الزوجية و بالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة و روى عن عمر أنه قال فى حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الاية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الاولى فى هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعاً مصيراً الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير و وجه عسره ضعف دليله و ينبغى ان تعلم ان المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون فى ثلاثة أشياء فى طلاق أو موت أو اختيار الامة نفسها اذا أعتقت واختلفوا فيها فى الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام فى العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) واختلفوا فى عدة الحامل و فى عدة الامة اذا لم تأتها حيضتها فى الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة فى هذه المدة فان لم تحض فهى 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 اعنى من تكون عادتها ان تحيض من أكثر من أربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض و روى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة و لم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبى حنيفة والشافعى والثورى .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهى الحامل التى يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وان كانت الاية فى الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة ان سبيعة

الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الامة المتوفى عنها من تحل له فانها لا تخلو ان تكون زوجة او ملك يمين أو أم ولد أو غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي 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 والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشراً وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيهاً بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف فيه وحجة أبي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة أمة فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها أربعة اشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة * فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابي 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 ابو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التى سمى 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 تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فعلم انه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شئ . وأما الشافعى فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة فى قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم فى كل مطلقة الا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول . وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول و بعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتاخذ وتعطى . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى فى آخر الاية (حقا على المحسنين) أى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

﴿ باب في بعث الحكمين ﴾

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما فى التشاجر أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى (و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الاية وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، أحدهما من قبل الزوج ، والاخر من قبل المرأة الا أن لا يوجد فى اهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على ان قولهما فى الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين ، واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج اولا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما فى ذلك وقال الشافعى وابو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن على بن أبى طالب انه قال فى الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وأبى حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج واختلف أصحاب مالك فى الحكمين

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

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الايلاء ﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته اما مدة هي أكثر من اربعة أشهر او اربعة اشهر او باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى ام انما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مولياً أم لا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن أو رجعي ومنها ان ابى الطلاق والفيء هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها في العدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التي تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسئلة مسئلة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر 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 الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفيء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاء واقبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفيء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية فى الآية اربعة ادلة، أحدها انه جعل مدة التربص حقاً للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل فى الديون المؤجلة ، الدليل الثانى ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزاً أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجوزاً وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة . الرابع ان الفاء فى قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة فى معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . وأما ابو حنيفة فانه اعتمد فى ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لا يقع الا بالايمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر) والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم

يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شدد ذلك الاعتقاد بيمين او بغير يمين لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعاً

﴿المسئلة الرابعة﴾ وأما اختلافهم فى مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة اشهر اذ كان الفىء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما ابو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفىء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبى ليلى الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من اربعة اشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأبيد * والسبب فى اختلافهم فى المدة اطلاق الآية فاختلافهم 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 اركان الايلاء اعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفىء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

﴿المسئلة الخامسة﴾ فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى انه رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعى الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف فى الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن غلب المصلحة قال بائن .

﴿المسئلة السادسة﴾ وأما هل يطلق القاضى اذا أبى الفىء أو الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضى عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف فى الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف فى الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل 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 .

﴿المسئلة السابعة﴾ واما 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 المزنى وجماعة

العلماء على ان الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء فى الشرع الا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء

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

﴿المسئلة التاسعة﴾ وأما إيلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحاً ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الايلاء انما ضربت جمعاً 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 عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا اعتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها فى ترك الجماع وقال أيضاً لا ايلاء على خصىّ ولا على من لا يقدر على الجماع .

﴿المسئلة العاشرة﴾ وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ فى العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها واما مالك فانه قال اذا لم يطأ 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 انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها فى العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعنى بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلابد من اعتبار الاربعة الاشهر 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 صحتها بيساره * فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل .

﴿كتاب الظهار﴾

والاصل فى الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتقى الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شئ يتصدق به قال فانى سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكينا خرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والكلام فى أصول الظهار ينحصر فى سبعة فصول . منها فى ألفاظ الظهار . ومنها فى شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح . ومنها هل الايلاء عليه . ومنها القول فى أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

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

﴿ الفصل الثاني ﴾

. وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة فى اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر فى الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضاً فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى «ثم يعودون لما قالوا» والعود عندهم هو العود فى الاسلام . فأما القائلون باشتراط العود فى ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات ، إحداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معاً ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهى الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهى أضعف

الروايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك تنبني على أصلين ، أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هي . إما الوطء نفسه . و إما العزم عليه وارادته والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية « فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا » ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقاً و بالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهاً بالشيء وجعلوا حكمهما واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعاً أعني الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر ههنا وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان المعنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا * وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » بمعنى في . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة

تكريراً للفظ وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالا شبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . إما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ ، وإما ان تكون ارادة الامساك ، وإما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعني الاول والثالث ، أحدهما ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . وإما الا يقدر فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكى عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الاوزاعي ان كان يطأ أمته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء في قوله تعالى « للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر » هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فمذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر امي وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في

الظهار قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر امي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى «وما جعل عليكم في الدين من حرج» واختلفوا أيضاً من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف * وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى .

(الفصل الرابع)

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى «من قبل ان يتماسا» وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت عليه به فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها . إما ان تدل على ما فوق الجماع . وإما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين

حقيقة ومجازاً قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعدان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً أعنى الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به فى غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفاً لجاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص عندهم بالفرج .

(الفصل الخامس)

. وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعى ان راجعها فى العدة فعليه 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 المسئلة شبيهة 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 ان البائن الذى هو الثلاث يهدم وان ما دون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم وأحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

(الفصل السادس)

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعى يقولان لا يتداخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أو لم يكن وبه قال الاوزاعى وأحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثورى يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر 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)

والنظر فى كفارة الظهار فى أشياء . منها فى عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعنى الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على انها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو اطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق أولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا فى الحر واختلفوا فى العبد هل يكفر بالعتق أو الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة 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 الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد فى كفارة الظهار أعنى أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان 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 يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه القربة فوجب 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 انه قيد الرقبة بالايمان 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 الاسباب فى القضيتين مختلفة . وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه * ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً فى منع إجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير فى ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثانى اطلاق اللفظ

فى الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً فى منع الاجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم فى انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز اقطع اليد الواحدة أجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعى . وأما الاعور فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك يجزى . وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعى يجزى . وأما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لا يجزى * وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم لا يعجبنى الخصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق العمى غير جائز فى قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف فى المذهب يجزى . وأما البين العرج فلا * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة وليس له أصل فى الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى فى المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيأ من مال الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى . أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم وأما فى التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعى مع أبى حنيفة فى أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ فابو حنيفه شبهه بالرقبة التى لا يجب عتقها وذلك ان كل واحد من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها و بذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لا بد أن يكون قاصداً للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والآخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثانى ومشتر على القصد الاول والآخر بالعكس واختلف

مالك والشافعي فيمن اعتق نصفي عبدين فقال مالك لا يجوز ذلك * وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزي لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فعن مالك في ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالباً أعني الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزي في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجزي في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان أكثر فأكثر فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى * والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعددا وكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثر فقهاء الامصار مالك والشافعي

وأبوحنيفة والثورى والاوزاعى وأحمد واسحاق وأبوثور وداود والطبرى وأبوعبيد أن فى ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضى انه ظاهر من امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطئ وطئاً محرما وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شئ لا عن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بامر مجدد وذلك معدوم فى مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن 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 الاول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين ، الثالث فى صفة اللعان ، الرابع فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس فى الاحكام اللازمة لتمام اللعان ، فأما الاصل فى وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) 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 أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها فقال والله لا أنتهى حتى اسأله عنها فأقبل عويمر حتى اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها

فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضاً من طريق المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هى اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف فى ذلك أعلمه فهذا هو القول فى اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى اولا صورتان ، احداهما دعوى الزنا ، والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لا يخلو ان تكون مشاهدة اعنى ان يدعى انه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا او تكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه ايضاً نفياً مطلقاً او يزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه اربعة احوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يرميها بالزنا وينفى الحمل او يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وابو حنيفة والثورى واحمد وداود وغيرهم . واما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا انه يجوز وهى ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية ولم يخص فى الزنا صفة دون صفة كما قال فى ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك . منها قوله فى حديث سعد أرايت لو ان رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول لقد رايت بعينى وسمعت باذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون ازواجهم) الآية وايضا فان الدعوى يجب ان تكون بينة كالشهادة وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون فى العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا فقال مالك والشافعى والاوزاعى وجماعة بينهما لعان وقال ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفى ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . واما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين ، أحدهما ان يدعى انه استبرأها ولم يطأها بعد

الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك فى الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه فى هذا الشافعى واحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المراة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن اصحاب الشافعى انه لا يجوز نفى الحمل مطلقاً من غير قذف واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهى حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعى اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبى عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين : قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا فى وقت اللعان وحجة ابى حنيفة ان الحمل قد ينفش و يضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاماً كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت فى ذلك وقتاً ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه فى وقت العصمة واختلفوا فى نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له و بقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم ليس له ان ينفى الحمل الا فى العدة فقط وان نفاه فى غير العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء اطول مدة الحمل على اختلافهم فى ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهى التسعة اشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به فى مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهى الستة اشهر اعنى ان يولد المولود لستة اشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو فى هذه المسئلة ظاهرى محض لانه انما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه

الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شئ ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب فى فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه فى ذلك ثلاث روايات، احداها انه يحد و يلحق به الولد ولا يلاعن، والثانية انه يلاعن و ينفى الولد، والثالثة انه يلحق به الولد و يلاعن ليدرأ الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضاً من هذا الباب فى فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية وقال مالك والشافعى يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم فى دفع الفراش.

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا او كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين و بالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) ولم يشترط فى ذلك شرطا ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط فى الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) و يقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفى النسب و ربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحداً لا يشهد لنفسه . واما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين فى قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الاية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلفوا فى الاخرس فقال مالك والشافعى يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الاية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وان ذلك الحمل ليس منى و يقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هى أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

﴿ الفصل الرابع ﴾

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد و يحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الاية وهذا عام فى الاجنبى والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف و لم يكن له شهود أعنى انه يحد وما جاء ايضاً 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 بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة فى النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرىء عنها باليمين وللاشتراك الذى فى اسم العذاب اختلفوا أيضاً فى الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها و وجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك

الدم بالنكول حكم نرده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء و بالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لا تراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب الا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة فى هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه فى البرهان بقوة أبى حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعى واتفقوا على انه اذا أكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفى ولداً واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . إما بنفسه و إما بحكم حاكم على ما نقوله بعد فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك فى مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هى طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر فى ذلك فى أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح فى الاحاديث لان فى الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيها بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة و بالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك

والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعاً من اللعان وقال الشافعي اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتهما جميعاً على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال: لا سبيل لك عليها فرأى ان حكمه شرط في وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان * فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك ان تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناً في الحديث المشهور لانه بادر بنفسه فطلق قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والاصل ان لا فرقة الا بطلاق وانه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة قال بايجابها . وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الاحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم حاكم .

(كتاب الاحداد)

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحادمنه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ورواياه عن مالك وبه قال الشافعي أعني انه لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد

وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد . وأما اختلافهم من قبل العدد 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 الحادمنه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلي 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 فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادمتقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام: ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكتحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول . لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضي الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعني هل يقتضي الوجوب أو الاباحة * وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضي انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان

عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق ، احداهما الاحداد ، والثانى ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم فى المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تتشوف اليها الرجال فى العدة ولا تتشوف هى اليهم وذلك سد الذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

(كتاب البيوع)

الكلام 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 أولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر فى أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء ، الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ، الثانى تعرف فيه أسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة أيضاً أعنى فى كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة ، الثالث تعرف فيه أسباب الصحة فى البيوع المطلقة أيضاً ، الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولا كثرها ، الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعنى اذا وقعت ، السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

﴿الجزء الاول﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلو يخلو أن تكون عيناً بعين أو عيناً بشئ فى الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسيئة . و إما ناجز وكل واحد من هذه أيضاً . إما ناجز من الطرفين . و إما نسيئة من الطرفين . و إما 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 لانه 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 انها اذا كانت عيناً بعين فلا يخلو ان تكون ثمناً بمثمون أو ثمناً بثمن فان كانت ثمناً بثمن سمى صرفا وان كانت ثمناً بمثمون سمى بيعاً مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عيناً بذمة سمى سلما وان كان على الخيار سمى بيع خيار وان كان على المرابحة سمى بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمى بيع مزايدة .

﴿الجزء الثانى﴾ واذا اعتبرت الاسباب التى من قبلها ورد النهى الشرعى فى البيوع وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة ، أحدها تحريم عين المبيع ، والثانى الربا ، والثالث الغرر ، والرابع الشروط التى تؤول الى أحد هذين أو لمجموعهما وهذه الاربعة هى بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهى انما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لامر من خارج . وأما التى ورد النهى فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها المكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففى هذا الجزء أبواب .

﴿ الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع ﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالاصل فى تحريمها حديث جابر ثبت فى الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله و رسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن و يستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال فى الخمر ان الذى حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ، ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذاً فى الخمر أعنى فى كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التى تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التى تقبل الحياة واختلف فى الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثانى وهى النجاسات التى تدعو

الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين فاختلف فى بيعها فى المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها 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 انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه فى المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف فى نجاسته فمنها الكلب والسنور . أما الكلب فاختلفوا فى بيعه فقال الشافعى لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع الماذون فى اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وامساكه . فأما من أراده للاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا فى المأذون فى اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعى فعمدته شيئان ، أحدهما ثبوت النهى الوارد عن ثمن الكلب عن النبى صلى الله عليه وسلم ، والثانى أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله فى ذلك فى كتاب الطهارة . وأما من أجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا فى كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفى كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما فى معناه وروى أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهى عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهى عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع * فسبب اختلافهم فى الكلاب تعارض الادلة . ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان فى الشئ أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولا سيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعنى انه ان كان فيها منافع سوى الاكل

فبيعت لهذا جاز وروى عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعني 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 عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده 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 انه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياساً على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والاتان * فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك مجرى الاصول .

(الباب الثاني في بيوع الربا)

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

يجوز فيها النساء ، الثالث فى معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع فى معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فنقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما فى الصنف الواحد من الاصناف التى نص عليها فى حديث عبادة بن الصامت الا ما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص فى منع التفاضل فى الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل فى الصنف الواحد وتضمن أيضاً حديث عبادة منع النساء فى الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك فى بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل فى تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل فى صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمتنع فى الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضاً ان النساء ممتنع فى هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ما حكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام واختلفوا فى المعنى العام الذى وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل اما فى الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الاكثر وقال بعض أصحابه الربا فى الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم

فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤساً للاثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هى التى تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية فى الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة 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 ان الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات . واما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ماعدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالكا فى علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة أعنى أن كونهما رؤساً للاثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر فى المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف . وأما هنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء فى علل الربا المطلق فى هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فنقول ان الذين قصروا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نفوا القياس فى الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما الحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ماحكى عن ابن الماجشون انه اعتبر فى ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هى حياطة الاموال يريد منع العين . وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر فى هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم انه فى معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم إذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم

المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هـذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم . وأما المالكية فانها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطأ و إما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هـذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش وهى الاقوات وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يداً بيد رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رووا فى بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة وهى كذلك ما يكال و يوزن وفى بعضها وكذلك المكيال والميزان هـذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء 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 فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هـذا القدر عددها هو عشرة

أثواب فاذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب فى المعاملة العدلة أعنى أن يكون عدل فرس عشرة أثواب فى المثل . وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل فى هذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت فى المنافع وأيضا فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه فى المنافع المختلفة فاذاً منع التفاضل فى هذه الاشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثانى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا فى أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر فى الربا الاجناس التى تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى . وأما فى غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الامران جميعاً أعنى التفاضل والنساء فما لم يكن ربويا عند الشافعى . وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفاً واحداً متماثلا او صنفاً واحداً باطلاق على مذهب أبى حنيفة ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر فى التفاضل فى الربويات وفى النساء فى غير

الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط اعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فأما الاشياء التي لا تجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فاما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة . وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما واما غير مطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعلة المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عند فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا أن تكون احداهما حلوبة والاخرى أكولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنيفة فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعاً وهو يحرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث

سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضى أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالك ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحيوان اثنان بواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يداً بيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً 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 فى سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تبيعوا منها غائباً 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 الاصل .

(الفصل الرابع)

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً 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 فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم: لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضاً فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يداً بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضاً السماع

والقياس أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيراً 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 البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها أصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد

﴿ مسئلة ﴾ واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضا وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا فى النوع الواحد بعينه وللشافعى قولان ، أحدهما مثل قول أبى حنيفة ، والآخران 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 ولانها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التى كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحداً وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذى بين الانواع التى فى الحيوان أعنى فى الجنس الواحد منه كانك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذى بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

﴿ مسئلة ﴾ واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعى والليث ، وقول انه يجوز فى الاجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك فى المتفقة أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل وذلك فى التى المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده فى الحيوان المأكول حتى انه لا يجيز الحى بالحى اذا كان المقصود الاكل من أحدهما فهى

عنـده من هذا الباب أعنى ان امتناع ذلك عنـده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين، إما ان يغلب الحديث فيجعله أصلا زائداً بنفسه، أو يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله فى البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعنى بيع الشئ الربوى بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الاصل فانه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهى داخلة فى الربا بجهة وفى الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الاصل .

﴿مسئلة﴾ ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك فى موطئه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافاً من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقاً اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا وقال الشافعى لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالاشهر فى الخبز عنده انه 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 أولا تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعى لا تنقله واختلفوا فى امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى فى كثير منها

ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من ان يكونا جنساً واحداً 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 انه ليس فى ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شئ من الاجناس التى يقع بها التعامل وتميزها من التى لا توجب ذلك أعنى فى الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة فى أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه فى تميزها الا ما يعطيه بادئ النظر فى الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجرى تلك الاجوبة 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 فان السبب فى ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبى وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه فى ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوى بقول أبى حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم فى تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط فى الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث أيضا اختلف الناس فى تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوى خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 موطئه قياساً به على تعليل الحكم فى هذا الحديث وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعى والمزابنة عند أبى حنيفة المنهى

عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر فى رؤوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافعى هذه العلة فى الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه فى ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم فى بيع الجيد بالردئ فى الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والآخر أرد أمثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب فجعل معه الردئ ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافقه الشافعى فى هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل فى الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردئ عن الوسط والا فليس هناك مساواة فى الصفة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض 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 ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل ان 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 * فسبب 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 لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى الكيل والا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفى فى ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا فى هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس .

﴿ باب في بيوع الذرائع الربوية ﴾

وههنا شئ يعرض للمتبايعين اذا أقال أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشئ الذى باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير

قصد الى ذلك تبايع ربوى مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير فى عشرين الى أجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال فنذكر من ذلك مسئلة فى الاقالة ومسئلة من بيوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول .

﴿مسئلة﴾ اختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلا الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقداً أو الى اجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هى بيع مستأنف ولا حرج فى أن يبيع الانسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً أو الى اجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل والعشرة مثاقيل نقداً او الى اجل . واما ان ندم المشترى فى هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو الى أجل أبعد من الاجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المائة دينار التى عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاماً بالتسعين ديناراً التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز . وأما ان كان البيع الاول نقداً فلا خلاف فى جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف فى أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة . وأما البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين واتفق فى الباقى وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه . فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن

يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه . و إما بأقل . و إما بأكثر مختلف من ذلك فى اثنين وهو ان يشتريها قبل الاجل نقداً بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير فى أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل ان يقول قائل لآخر أسلفنى عشرة دنانير الى شهر وارد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن ابيع منك هذا الخمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا . وأما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن فى أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية 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 الاجل بستمائة فقالت عائشة بئسما شريت و بئسما اشتريت أبلغى زيداً انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعى وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً فان زيداً قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعى عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة ان يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى ان 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 ان يستوفى أو بيع وصرف فان هذه هى أصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة وأجازه الشافعى والثورى والاوزاعى وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتباراً بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاماً بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاماً بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فأجاز ذلك الشافعى وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه أو من

المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك و رآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه رد اليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة فى ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك على فقال هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفى فنقول له فبع طعاماً منى وارده عليك فيعرض من ذلك ماذكرناه أعنى ان 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 ما يحل و يحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما الاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ولو قال له أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظرنى أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل و بيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير و يأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغى ان نذكرها هنا هذين الاصلين أما ضع وتعجل وأجازه ابن عباس من الصحابة و زفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعى فى ذلك فأجازه مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عرضاً يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها و وجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعاً وذلك انه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمناً وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمناً وعمدة من أجازه ما روى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم : لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبى الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما يحكى عن عثمان البتى وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة 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 وجزافا ففيه ثلاثة فصول .

﴿ الفصل الاول ﴾

وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى اجازته . وأما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه ان القبض شرط فى بيعه . وأما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان ، إحداهما المنع وهى الاشهر وبها قال أحمد وأبو نور الا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل مبيع ماعدا المبيعات التى لا تنتقل ولا تحول وهى الدور والعقار . وأما الشافعى فان القبض عنده شرط فى كل مبيع وبه قال الثورى وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شئ لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض فى المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبى سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال ، الاول الطعام الربوى فقط ، والثانى فى الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكيل والموزون ، الرابع فى كل شئ ينقل ، الخامس فى كل شئ ، السادس فى المكيل والموزون ، السابع فى المكيل والموزون والمعدود * أما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله انى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم فقال يا ابن أخى اذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة الا أنه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول وينقل عنده مما لا ينقل لان ماينقل القبض عنده فيه هى التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع الى ضمان المشترى الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين، قسم يكون بمعاوضة، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام، أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره، والقسم الثانى لا يختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الاقسام. أما ما كان بيعاً و بعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشئ الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء. وأما ما كان خالصاً للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضاً ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى ابو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض. وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه فى المذهب ان ذلك جائز قبل القبض و بعده وقال أبو حنيفة والشافعى لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات انها فى معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى. أما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة. وأما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لان العوض فى ذلك ليس بيناً اذ لم يكن عينا.

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه وأجازه و به قال الاوزاعى ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة فى الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبعث الينا من

يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع فى هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رونه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم فى حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل فى هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريباً مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضاً فيرد عليه ضعفها وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة فى المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا فى مسائل هل هى منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمراً قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين ما لم يشرع فى أخذ شئ منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله فى المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع فى الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هى أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم .

(الباب الثالث)

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل

بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو باجله ان كان هنالك أجل و إما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم و إما 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 و بيوع 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 شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه أعنى فى رد الفروع الى الاصول . فاما المنطوق به فى الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهى وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين فى بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهو لى وقيل أيضاً انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هى ما فى بطون الحوامل والملاقيح ما فى ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى و يتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى

عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر أعواماً الا ماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه . وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ماروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الا ماروى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ماذكره اللخمى من جوازه تخريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز مالك والشافعى وأحمد واسحاق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لا من جهة ماهو بيع مالم يزه بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ماسيأتى بعد أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف ماقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على

الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها ورجحوا قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن 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 ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الاكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدوّ الصلاح فلا تظهر الا قليلا ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشئ يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين . أحدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى ، والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد وخلافهم فى الموضع الاول أقوى من خلافهم فى الموضع الثانى أعنى فى شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافهم فى الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضاً مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر و يسود فيه العنب ان كان مما يسود و بالجملة ان تظهر فى الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول

ابن عمر ايضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا لا ان المشهور عنه انه لا يباع حائط 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 الامران جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان فى الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه فى ذلك الليث . وأما الانواع 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 تبكيرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعاً لان الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسباً غير منقطع وعند مالك انه 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 واحداً للنوع الواحد والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهى مشتراة 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 الممنوع 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 لانه بيع 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 اشتد لانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس أما الاثر فما روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهى زيادة على ما رواه

مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان فى حزمه . واما بيعه فى تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا اعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى . ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة قال أبو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقها على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا فى التفصيل أعنى فى الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضا على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة، أحدها اما فى مثمونين بثمنين أو مثمون واحد بثمنين أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما فى مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمن كذا ، والثانى ان يقول له أبيعك هذه الغلام بدينار أو هذه الاخرى بدينارين . وأما بيع مثمون واحد بثمنين فان ذلك يتصور أيضا على وجهين، أحدهما ان يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة مثل ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقدا بعشرة او الى اجل بعشرين ، والوجه الثانى ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا على ان اشتريه منك الى أجل كذا بثمن كذا . واما مثمونان بثمن واحد فمثل ان يقول له أبيعك أحد هذين بثمن كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له ابيعك هذه الدار بكذا على ان تبيعنى هذا الغلام بكذا فنص الشافعى على انه لا يجوز لان الثمن فى كليهما يكون مجهولا لانه لو أفرد المبيعين لم يتفقا 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 المثمون . وأما الوجه الثانى وهو ان يقول ابيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم فى أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً او مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبى سلمة فى ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا او مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار فى نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب

ودينار وذلك لايجوز على أصل مالك . واما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف فى أنه لايجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما فى احدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين فى الاخر 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 وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لامكان ان يكون الذى له الخيار قد اختار أولا اتخاذ العقد باحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بداله و لم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثانى فكأنه باع أحد الثمنين بالثانى فيدخله ثمن بثمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقداً وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا وأما اذا قال أشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا على ان تبيعه منى الى اجل فهو عندهم لايجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ماليس عنده و يدخله ايضا علة جهل الثمن واما اذا قال له أبيعك احد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما ايهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز ان يسلم أحدهما فى الثانى فانه لاخلاف بين مالك والشافعى فى انه لايجوز وقال عبد العزيز بن أبى سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . واما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبى حنيفة والشافعى . وأما مالك فانه أجازه لانه يجيز الخيار بعد عقد المبيع فى الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده فى ذلك واما من لايجيزه فيعتبره بالغرر الذى لايجوز لانهما افترقا على بيع غير معلوم و بالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير فى المبيعات لايجوز وان القليل يجوز و يختلفون فى أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير و بعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشترى على ان يختار فهلك احدهما او اصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الا ان تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق فى ذلك بين الثياب وما يغلب عليه و بين مالا يغلب عليه كالعبد يضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقى قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر فى أحكام البيوع و ينبغى أن نعلم ان المسائل الداخلة فى هذا المعنى هى أما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر . وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده

من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

﴿ فصل ﴾

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

﴿ مسئلة ﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قولي الشافعي وهو المنصور عند أصحابه أعني ان بيع 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 انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روي عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جداً في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً

بارض له أخرى بار بعين ألفاً أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ماهو 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 الشئ برؤية متقدمة أعني اذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

﴿ مسئلة ﴾ وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع باثر عقد الصفقة الا ان مالكا ورربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شئ منه أعني أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

﴿ مسئلة ﴾ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وان لم تطب جملته معاً واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أولا 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 أولا تتميز فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثي والباذنجان والقرع ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان ، احداهما الجواز ، والاخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في 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 خلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب لان الغرر في الصفة شبيه بالغرر في عين الشئ وكانه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى

الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لانه لاضرورة هناك اذا كان متميزا . وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للاكل ولم يجزه الشافعى الا مقلوعا لانه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره أجازه مالك ومنعه الشافعى * والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو اليه الضرورة أو ما جمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب وهو الذى تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعى وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشترى لانه 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 وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء ما فى بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما فى ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً 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 أجازه مالك الا أن يكون ميئوساً 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 الامرين جميعاً وأجازه قوم فى الامرين 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 شئ من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى واتفقوا على ان العلم الذى يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر فى صحة البيع فى كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع

والمشترى من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز فى أشياء ويمنع فى أشياء وأصل مذهب مالك فى ذلك انه يجوز فى كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهى المكيلات والموزونات ومنها ما اصله الجزاف ويكون مكيلا وهى الممسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعى يجوز ويكره ويجوز عند مالك ان تباع الصبرة المجهولة على الكيل اى كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا فى كيل واحد وهو الذى سمياه 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 المشترى البائع فى كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان وأجازه قوم على الاطلاق وممن منعه ابو حنيفة والشافعى واحمد وممن اجازه باطلاق عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ولا يجوز عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعى وابى حنيفة والمزابنة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما فى الربويات فلموضع التفاضل وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر.

(الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا)

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع الى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث فى الصحيح ، والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس فى كتاب الله فهو

باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته ، والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص فى العرايا وهو أيضاً فى الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبى حنيفة انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث فى بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد 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 ، لعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام ، شروط تبطل هى والبيع معاً ، وشروط تجوز هى والبيع معاً ، وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو ان من الشروط ما ان تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنف الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدى والمازرى والباجى وتفصيله فى ذلك ان قال ان الشرط فى المبيع يقع على ضربين أولين ، أحدهما ان يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة ، والقسم الثانى ان يشترط عليه شرطاً يقع فى مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام . إما ان يشترط فى المبيع منفعة لنفسه . و إما ان يشترط على المشترى منعاً من تصرف عام أو خاص .

و إما ان يشترط ايقاع معنى فى المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين ، أحدهما ان يكون معنى من معانى البر ، والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شئ . فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع مثل ان يبيع الدار و يشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر . واما ان يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطأها أو لا يبيعها . واما ان يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عتده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه و بقول مالك فى إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان فى بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفى بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه 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 يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفاً وان لم يجئ كان بيعا واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الاقالة أم لا فمن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها و بين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز فى الامد القصير ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء وأجازه مالك وأصحابه الا محمد ابن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع ان الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع و بين رجل باع غلاما بمائة دينار و زق 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 ان قال

له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير فى تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشئ الذى طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هنالك مخيراً فى ان يترك الزق و يصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشئ محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعنى اقتران البيع به وكذلك البيع فى نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من أجل اقتران شئ محرم لعينه به لا انه شئ محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة 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 ينبنى على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمى أو معقول فان قلنا حكمى لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد فى بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمى ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا فى حكمه اذا وقع على ما سيأتى فى أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجاز ومنهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث و زيد بن أسلم وصورته ان يشترى الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا و يستثنى ما فى بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع 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 حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون شائعا أو معينا أو مقدراً فان كان شائعا فلا خلاف فى جوازه مثل ان يبيع عبداً الا ربعه ؛

وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاماً و يستثنى رجله لان 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 ففى المذهب فيه قولان ، أحدهما انه لا يجوز وهو المشهور ، والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف فى جوازه فى المذهب و وجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لا يدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه و وجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معينا معلوماً فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب فى سنبله والجوز فى قشره . وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح . إما عرقا . و إما ملفوظا به جزأ مقدراً مثل أرطال من جزور فعن مالك فى ذلك روايتان ، إحداهما المنع وهى رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة فى الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جواز شرائها واتفقوا على انه لا يجوز ان يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع ما لم يره المتبايعان واختلفوا فى الرجل يبيع الحائط و يستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل و روى عن مالك إجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات وأجازه فى استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشترى فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التى لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا و يستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع واجارة معاً فى عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى لان الثمن

يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين فى بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك فى اجازة السلف والشركة فمرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل فى امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء فى أمثال هذه المسائل الى التخيير .

﴿ الباب الخامس ﴾

﴿ فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء فى 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 احد على سوم أخيه واحد وهى فى الحالة التى اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شئ يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب او البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثورى معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعى معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فاتى احد يعرض عليه سلعة له هى خير منها وهذا منه بناء على مذهبه فى أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان فى هذه الحالة ما هى لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ما سنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ فى أى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال وانما قال بذلك مالك فى النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا فى دخول الذمى فى النهى عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور

لا فرق فى ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعى لا بأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخى المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا يسم أحد على سوم أخيه ومن هنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو فى حالة دون حالة

﴿ فصل ﴾

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

﴿ فصل ﴾

وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء فى معنى ذلك فقال قوم لا يبيع اهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عنده هم الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال أبو حنيفة واصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر واجازه الاوزاعى والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهى عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجانا عندهم أى بغير ثمن فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصحية وبهذا تمسك فى جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها ابو داود فيما أحسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ويكون على هـذا معنى الحـديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف فى هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ .

﴿ فصل ﴾

واما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان النجش هو أن يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء ان يرد ردّ وان شاء ان يمسك امسك وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع أثم وجاز البيع * وسبب الخلاف هـل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس فى نفس الشئ بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن اجازه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل فى هـذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليـه الصلاة والسلام فى بعض ألفاظه انه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ . وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء فى تأويل هـذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين فى أرض مملكة أو غير مملكة غير انه ان كان متملكا كان احق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربع لا أرى ان يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ وبعضهم خصص هـذه الاحاديث لمعارضة الاصول لها وهو أنه لا يحل مال احـد الا بطيب نفس منـه كما قال عليـه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هـذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما فى بعض يومـه ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليـه ان لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بئره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين انهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع فى الحديثين . واما مالك فأصل مذهبه ان الماء متى كان فى أرض متملكة منبعة فهو لصاحب الارض له بيعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الارضين الغير متملكة فرأى ان صاحبها اعنى الذى حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رأى ان البئر لا تتملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام: من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعى وابو حنيفة لا يفسخ واثم البائع والمشترى * وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج . واما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعى حد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعى حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع فى البيع غبن لا يتغابن 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 لمنتقد بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له انه يغبن فى البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك فى الاخوة .

﴿ الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الاذان 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 انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أو لا يقتضيه . واما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقضي أصولهم ان يفسخ على كل بائع . واما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي الى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق به لانها تقع في هذا الوقت نادراً 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 في مبلغ علمي ولذلك مدح الله تاركي البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى « رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة » واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

(القسم الثاني)

والاسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الاول في العقد ، والثاني في المعقود عليه ، والثالث في العاقدين . ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

(الباب الأول في العقد)

والعقد لا يصح الا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل ان يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك واذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا ان يأتي في ذلك بعذر وعند الشافعي انه 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 بعتها منك وعند الشافعي انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لمالك في ذلك قولا ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب ان الايجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى احدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني انه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت انه 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 واحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبى ذئب فى طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى شريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبى برزة الاسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفى بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يتتاركان فكانه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى ان يكون فى المجلس و بعد المجلس ولو كان المجلس شرطا فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول و بخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسندا فيما أحسب فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث . وأما اصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن أظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع فى البيع بعد ما انعم ما لم يفترقا . واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التى يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما ان المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هى التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم فهذه هى أصول الركن الاول الذى هو العقد .

(وأما الركن الثاني)

الذى هو المعقود 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 مقدوراً على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والثمنون معلوم الاجل ايضاً ان كان بيعاً مؤجلا .

(وأما الركن الثالث)

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على احدهما اما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه او لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذوناً له فى التجارة واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى هل ينعقد أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال امضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعاً وأجازه مالك فى الوجهين جميعاً وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء وعمدة المالكية ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يارسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبى حنيفة فى صحة الشراء للغير وعلى الشافعى فى الامرين جميعاً وعمدة الشافعى

النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده * وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم فهذه هى أصول هذا القسم و بالجملة فالنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الاول ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى ان يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر الى القسم الثالث وهو القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الاحكام العامة للبيوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر اصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى أربع جمل ، الجملة الاولى فى احكام وجود العيب فى المبيعات ، والجملة الثانية فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشترى ، والثالثة فى معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى حين البيع من التى لا تتبعه ، والرابعة فى اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية وكذلك ايضا من ابواب احكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هى أيضا من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب .

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها بابان ، الباب الاول فى أحكام وجود العيوب فى البيع المطلق ، والباب الثانى فى أحكامها فى البيع بشرط البراءة .

﴿ الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق ﴾

والاصل فى وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد أو يقوم فى عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام فى عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضا ان يقوم بعيب يوجب حكما أو لا يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع ايضا ان يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع او لا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة ، الفصل الاول فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم من التى لا يجب ذلك فيها ، الثانى فى معرفة العيوب التى توجب الحكم وماشرطها الموجب للحكم فيها ، الثالث فى معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير ، الرابع فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها ، الخامس فى القضاء

فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

(الفصل الأول من الباب الأول)

أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضا فى انه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة . واما ما بين هذين الصنفين من العقود اعنى ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر فى المذهب انه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً .

(الفصل الثانى)

وفى هذا الفصل نظران ، أحدهما فى العيوب التى توجب الحكم ، والنظر الثانى فى الشرط الموجب له .

﴿النظر الاول﴾ . فأما العيوب التى توجب الحكم فمنها عيوب فى النفس ومنها عيوب فى البدن وهذه منها ما هى عيوب بان تشترط اضدادها فى المبيع وهى التى تسمى عيوبا من قبل الشرط ومنها ما هى عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها فى المبيع وهذه هى التى فقدها نقص فى أصل الخلقة . وأما العيوب الاخر فهى التى اضدادها كمالات وليس فقدها نقصا مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف فى أحوال النفس وقد يوجد فى أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ما هى فى اجسام ذوات الانفس ومنها ما هى فى غير ذوات الانفس والعيوب التى لها تأثير فى العقد هى عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصا ناله تأثير فى ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص فى الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الاماء والختان فى العبيد ولتقارب هذه المعانى فى شئ شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عمن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا فى العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعى هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة

هوماعاق فعل النفس أوفعل الجسم وهذا العائق قد يكون فى الشئ وقد يكون من خارج وقال الشافعى ليس الدين ولا الزوج بعيب فيما أحسب والحمل فى الرائعة عيب عندمالك وفى كونه عيباً فى الوخش خلاف فى المذهب والتصرية عندمالك والشافعى عيب وهوحقن اللبن فى الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذولبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا تصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فأثبت له الخيار بالردمع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثراً قالوا وأيضا فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال أبوحنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا الاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنها انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الاصل فى المتلفات . إما القيم . و إما المثل واعطاء صاع من تمر فى لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لأن اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فانه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب ان يستثنى هذا من هذه الاصول 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 العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض فى أى عضو كان أوكان فى جملة البدن والشيب فى المذهب عيب فى الرائعة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق و بالجملة فأصل المذهب ان كل ما أثر فى القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول فى الفراش عيب و به قال الشافعى وقال أبوحنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الانثى عيب هذا كله فى المذهب الاماذكرنا فيه الاختلاف .

﴿النظر الثانى﴾ . وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهوان يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أوفى العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا ان نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه فى ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع وهى عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة 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 المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق وهى أيضا واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعاً لا فى الذمة هذا ما لا خلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث فى الاشهر من المذهب و زمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير ان يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان فى المذهب ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط و يلزم فى عهدة السنة والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد 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 . أما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام و روى أيضا لا عهدة بعد أربع و روى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا فى سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذى قد صححه . وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم فى العهدة أثر و رأوا انها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك فى أحد الروايتين عنه ان يقضى بها فى كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا فى البلد أو يشترط و بخاصة

عهدة السنة فانه لم يأت فى ذلك أثر و روى الشافعى عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سالفاً واذ قد تقرر القول فى تمييز العيوب التى توجب حكما من التى لا توجبه وتقرر الشرط فى ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع أو فى العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقى .

(الفصل الثالث)

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

﴿فصل﴾ واذ قد قلنا ان المشترى يخير بين ان يرد المبيع و يأخذ ثمنه أو يمسك ولا شئ له فان اتفقا على ان يمسك المشترى سلعته و يعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعى فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار فى مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضى عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشترى فله ان يستوفيه أعنى أن يرد و يرجع بالثمن وله ان يعاوض 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 التبعيض ، أحدهما هل اذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات فى صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له إلا ان يرد الجميع أو يمسك و به قال أبو ثور والاوزاعى الا ان يكون قد سمى مال كل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره و روى عن الشافعى القولان معا وفرق مالك فقال ينظر فى المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقاً آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففى هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض فى الردان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع وكذلك الذى يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها و يمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد فى البعض المعيب ولا بد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان ما فات فى البيع فليس فيه الا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه لانه رأى ان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصوداً فى المبيع فليس كبير ضرر فى أن لا يوافق الثمن الذى أقيم به أراده المشترى أو البائع . وأما عندما يكون مقصوداً أو جل المبيع فيعظم الضرر فى ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب فى قيمة الجميع أو فى قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبى حنيفة بين ان يقبض أو لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق فى هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فانهم اختلفوا أيضا فى رجلين يبتاعان شيئاً واحداً فى صفقة واحدة فيجدان به عيباً فيريد أحدهما الرجوع و يأبى الآخر فقال الشافعى لمن أراد الرد أن يرد وهى رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا أراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

﴿الفصل الرابع﴾

وأما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فأما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على انه فوت و يرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن أبى رباح لا يرجع فى الموت

والعتق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس فى الكتابة . وأما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعى اذا باعه لم يرجع بشئ 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 ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً أى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثانى بشئ وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثانى فى الثمن والثانى على الاول أيضا وينفسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبى حنيفة والشافعى وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالاقل 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 بالبيع فقد أخذ عوضاً فيه من غير ان يعتبر تأثير العيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجة القول الثانى تشبيهه البيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته او صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع فى شئ من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان فى يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير فى اسقاط شئ 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 خرج عن يده زمانا بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هى الاحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

(باب فى طروء النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو ان يكون النقص فى قيمته أو فى البدن أو فى النفس . فأما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر فى الرد بالعيب باجماع . وأما النقصان الحادث فى البدن فان 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 ، أحدها انه ليس له ان 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 ان يرد ويرد مقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعى الاول ، والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل فى المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شئ عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشترى الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده . وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياساً على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين . اما ان يكون مفرطاً فى ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى أو يكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبى محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث فى ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد فى نفسه وانما انعقد فى الظاهر وأيضا فلا كتاب

ولا سنة يوجب على مكلف غرم مالم يكن له تأثير فى نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن . وأما العيوب التى فى النفس كالاباق والسرقة فقد قيل فى المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشترى اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له فى الرد الا ان لا نؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكراً أو ثيباً و به قال أبو حنيفة وقال الشافعى يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب وقال قوم بل يردها و يرد مهر مثلها و به قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلى وقال سفيان الثورى ان كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكراً رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه فى وطء الثيب شئ لانه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشترى الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى وقال عثمان البتى الوطء 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 شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث فى المبيعات . وأما الزيادة الحادثة فى المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعى الى انها غير مؤثرة فى الرد وانها للمشترى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشترى الا الرد للزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل فى العقد فلما لم يكن رده و رد ما تولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب الا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ فى الثوب والرقم فى الثوب فانها توجب الخيار فى المذهب . إما فى الامساك والرجوع بقيمة العيب . و إما فى الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء فى البدن مثل السمن فقد قيل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول فى حكم التغيير.

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما صفة الحكم فى القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا

يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى فى ادراكه جميع الناس كفى فى ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة فقيل فى المذهب عدلان وقيل لا يشترط فى ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا فى كونه مؤثراً فى القيمة وفى كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم (١) تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم فى ذلك ان يقوم الشئ سليما و يقوم معيباً و يرد المشترى ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البائع من الثمن و يسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان أبى المشترى الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

﴿ الباب الثاني في بيع البراءة ﴾

أختلف العلماء فى جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشترى التزام كل عيب يجده فى المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سماه أو لم يسمه أبصره أو لم يبصره و به قال أبو ثور وقال الشافعى فى أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشترى و به قال الثورى . وأما مالك فالاشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك فى الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه و يجوز فى الوخش وعنه فى رواية ثانية انه يجوز فى الرقيق والحيوان و رواية ثالثة مثل قول الشافعى وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل فى بيع السلطان و بيع المواريث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشترى قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك و بالجملة فعمدة مالك ما رواه فى الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم و باعه على البراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاختصما

(١) لعله وان كانت له بينة

الى عثمان فقال الرجل باعنى عبداً وبه داء لم يسمه لى وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف انه ما باع العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيراً 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 الا ما خفف فيه للسلطان 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 بها بالشرط أعنى اذا اشترطها الا بيع السلطان والمواريث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه .

﴿ الجملة الثانية فى وقت ضمان المبيعات ﴾ واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أى تكون خسارته ان هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعى لا يضمن المشترى الا بعد القبض وأما مالك فله فى ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده فى هذا الباب ثلاثة أقسام، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد، وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد . فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى الا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع ، والثانية انه 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 فى هذه المسئلة 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 ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر الى أن

بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشترى وقد قال عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن اسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له انهم عن بيع مالم يقبضوا وربح مالم يضمنوا وقد تكلمنا فى شرط القبض فى المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض الا فى العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح .

(القول في الجوائح)

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيأ على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وما روى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه الى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه اصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع ايضاً حديث أبى سعيد الخدرى قال أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة * فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الاثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح امروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد أن يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة او أن يكون المقدار الذى

أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة او ان يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه و يقول انه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى انقضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول، الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح، الثانى فى محل الجوائح من المبيعات، الثالث فى مقدار ما يوضع منه فيه ، الرابع فى الوقت الذى توضع فيه .

(الفصل الأول)

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف فى المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة و بعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم يرما كان منه بمغافصة[1] جائحة مثل السرقة و بعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة باى وجه كان فمن جعلها فى الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

﴿ الفصل الثاني ﴾

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها فى المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمر .

(الفصل الثالث)

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث . واما فى البقول فقيل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث فى القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثاً فى

(١) غافصه أخذه على غرة

الكيل أولم يكن . وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعا واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر 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 ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة و بطونها و فى موضع يعتبر الامرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح و إن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوماً ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضاً فان الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب فى هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله فى حيز القليل و لم 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)

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا اذا أبقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئاً شيئاً فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه و بين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة و يخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحداً قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول .

﴿ الجملة الثالثة من جمل النظر فى الاحكام ﴾ وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فحسم ر

الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشرطه المبتاع والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هى للبائع قبل الابار و بعده و لم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى أحرى ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما ان من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر فى الثمر وقال ابن أبى ليلى سواء أبر او لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى ان 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 * فاذاً سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وان كان فى الاصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل فى طلع اناثها و فى سائر الشجر ان تنور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروى ابن القاسم عن مالك ان إباره ان يفرك قياساً على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار او وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبنى الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر او لا يتبعه واتفقوا فيما احسبه على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر .

﴿المسئلة الثانية﴾ وهى اختلافهم فى بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق على ثلاثة اقوال ، احدها ان ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى المكاتب و به 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 المشترى و به قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده الا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للذى باعه إلا 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 مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيراً أعنى هل يملك العبد أولا يملك و يشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع وقال مالك فى الموطء الامر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو عرضا أو دينا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاما فماله له إلا أن يستثنيه سيده و يجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم و خالفه أبو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز فى سائر البيوع واختلف أصحاب مالك فى اشتراط المشترى 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 عينا وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضا أو لم يكن فى مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيها بثمر النخل بعد الابار ووجه قول أشهب تشبيه 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 مما يرضى به المتبايعان أعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وفائدة الفرق ان من قال هى من الثمن أوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما اشبه ذلك وأيضا من جعلها فى حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا فذهب ابو حنيفة إلى انها من الثمن إلا انه قال لا تثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول و به قال مالك وقال الشافعى لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن اصلا وهو فى حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق لحقت فى البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على انها لا تلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن .

﴿الجملة الرابعة﴾ واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان و يتفاسخان بالجملة ومختلفون فى التفصيل اعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان و يتفاسخان مالم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعى ومحمد ابن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان فى كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان ، احداهما انهما يتحالفان و يتفاسخان قبل القبض و بعد القبض القول قول المشترى ، والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة وهى رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق و بزيادة المبيع و نقصانه وقال داود وأبو ثور والقول قول المشترى على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن أو المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يتتاركان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان فى كل حال و يتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التى يجب ان يتساوى فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك فى الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين فى حيزه . وأما من رأى القول قول المشترى فانه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء أو مدعى عليه عدداً ما فى الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ، إحداهما الفسخ ، والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما فى الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف فى المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق 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 فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب فى الربا انه 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 عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهى فى هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهى تساوى الفا وترد وهى تساوى خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا فى المبيع الفاسد ومالك يرى فى البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشترى القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن لان المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشترى هو الذى أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشترى القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك فى هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا 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 ان رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشئ ليس يقتضى عودة الشئ الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد

ابن سهل البرمكى سأل عن هـذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع و بين رجل باع غلاماً بمائة دينار و زق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهـذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول فى ذلك واذقد انقضى القول فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولكثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول .

(كتاب الصرف)

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أجناس ، الاول فى معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة ، الثانى فى معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهـذا ينقسم أيضاً الى نوعين كانقسام أصله ، الرابع فى خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هـذا البيع البيوع لمكان هـذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤول الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يظر أعلى المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ماهومسا ولجرم هذا الكتاب أوأقل وبهذه الرتبة يسمى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل أكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه مايعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد فى خفافه مايصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفاً يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة فى هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها .

﴿المسئلة الاولى﴾ أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يداً بيد الا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا فى النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا فى النسيئة . وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 شيئاً غائباً بناجز وهو من أصح ما روى فى هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً فى ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص فى ذلك لانه روى فيه لفظان ، أحدهما أنه قال انما الربا فى النسيئة وهذا ليس يفهم منه إجازة 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 لان ظاهره يقتضى أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا فى النسيئة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ما روى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دارهمه فقال

اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر 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 .

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

﴿المسئلة الثالثة﴾ اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزاً واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزاً 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 وهاء وذلك أن هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس اعنى انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لا يجوز التأخير فى المجلس ومن راى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف ولا تفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبى ثور أنه اجاز فيه الخيار واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان

أواحدهما فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب .

﴿المسئلة الرابعة﴾ اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفاً فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه و بين ان ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شئ وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف و يجوز تبديله الا ان تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف فى المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيراً ان شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك فى الدنانير اعنى لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان او كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة فى الصرف ليس لها تأثير ولا سيما فى البعض وهو احسن وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار فى هذه المسئلة اربعة اقوال ، قول بابطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول باثبات الصرف و وجوب البدل ، وقول بالفرق بين القليل والكثير ، وقول بالتخيير بين بدل الزائف او يكون شريكا له * وسبب الخلاف فى هذا كله هل الغلبة على التأخير فى الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل او فى الكثير . واما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياساً على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضاً اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه اعنى هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط فقيل يبطل الصرف كله و به قال الشافعى وقيل يبطل منه المتأخر فقط و به قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف والقولان فى المذهب ومبنى الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط .

﴿المسئلة الخامسة﴾ أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفى الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا فى المراطلة فى موضعين ، أحدهما ان تختلف صفة الذهبين ، والثانى ان ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر ان يزيد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب أو ذهباً ان كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك أما فى الموضع الاول وهو ان يختلف جنس

المراطل بهما فى الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والآخر اردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى اخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو اردأ منهما معاً او 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 انه يتهم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه أعطى جزءاً من الوسط بأكثر منه من الارد او بأقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لآخر خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبى الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الاذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضاً فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة فى ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

﴿المسئلة السادسة﴾ واختلفوا فى الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معاً وقال أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لا يجوز ذلك حلا أو لم يحلا وحجة

من لم يجزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معاً لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين و بقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ما ليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه فى المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعى وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد أعنى اذا كان احدهما هو المستقرض فقط. وقال زفر لا يجوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ فيها اذا حل الاجل ذهباً أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق و به قال ابو حنيفة الا انه أجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالا أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لا بأس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه ابو داود وحجة من لم يجزه ما جاء فى حديث ابى سعيد وغيره : ولا تبيعوا منها غائباً بناجز.

﴿المسئلة السابعة﴾ اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا ان يكون أحدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان 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 لانه ليس فى ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

﴿ كتاب السلم ﴾

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الاول فى محله وشروطه ، الباب الثانى فيما يجوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض فى ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث فى اختلافهما فى السلم .

﴿ الباب الاول ﴾ أما محله فانهم أجمعوا على جوازه فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من

حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في الثمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم و وزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم: نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا أيضاً بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم في الحيوان ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الابل فامره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى إبل الصدقة وحديث أبي رافع أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة* فسبب اختلافهم شيئان، أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى، والثاني تردد الحيوان بين ان يضبط بالصفة أو لا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات و بخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعي ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والاكارع أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعي وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر .

﴿ وأما شروطه ﴾ فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله و إما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء ومنها أن يكون مقدراً اما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما

شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل اجلا بعيداً لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا، والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه، والرابع أن يكون الثمن مقدراً اما مكيلا واما موزونا واما معدوداً وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك واما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذي يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة، وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثاني انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم: اشترى جملا من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمراً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم، والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاه في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر في ذلك اجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي

بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطاً غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطاً معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالباً وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسيراً أجاز ذلك إذ الغرر اليسير معفو عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى انه كثير وانما كثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فان مالكا والشافعي وأحمد واسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إبانه وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في إبان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في الثمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا في حال العقد وكانه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

﴿ وأما الشرط الثالث ﴾ وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضي أبو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك .

﴿ وأما الشرط الرابع ﴾ وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلا أو موزونا أو معدوداً أو مذروعا لا جزافا فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم ان التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعا مختلفة أو مع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا ان السلم لا يكون الا في الذمة وأنه لا يكون الا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكانه رآها مثل الذمة .

﴿ الباب الثاني ﴾

و فى هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

﴿ مسئلة ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم فى شئ من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل و به قال الشافعى وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف فى الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شئ شرطه المسلم فهو فى ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكانه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة ما رواه أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى والكالئ بالكالئ المنهى عنه انما هو المقصود لا الذى يدخل اضطراراً .

﴿ مسئلة ﴾ اختلف العلماء فى بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون بان كل شئ لا يجوز بيعه قبل قبضه و به قال أبو حنيفة وأحمد واسحاق وتمسك أحمد واسحاق فى منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلم فى شئ فلا يصرفه فى غيره . وأما مالك فانه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين ، احدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى يشترط فى بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص فى الحديث ، والثانى اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز ان يسلم فيه رأس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف و زيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وان كان أقل جودة لانه عنده من باب البدل فى الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمح فيأخذ بكيلته

شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله او أقل وان أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع مالم يكن طعاما لانه 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 انها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف او الى ضع وتعجل او الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك فى دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن اخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئاً بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك مالا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبى حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك فى المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازه وبه قال الشافعى والثورى وحجتهم ان بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له ان يشترى به ما أحب والظن الردىء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبى سعيد فانه انما وقع النهى فيه قبل الاقالة .

(مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك فى ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع أخره 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 جائزاً رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أقال مسلماً صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله .

(مسئلة) اجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الاجل و بعده فانه يلزمه أخذها واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أتى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الاجل فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فروى عنه انه يلزمه قبضه مثل أن يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور فى انه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤنة فى ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته انه رأى أن المقصود من العروض انما كان وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك فى الوجهين أعنى بعد الاجل اوقبله فشبهه بالدنانير والدراهم.

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشترى بكيل الطعام هل للمشترى أن يقبضه منه دون ان يكيله وان يعمل فى ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز فى السلم و فى البيع بشرط النقد والاخيف ان يكون من باب الربا كانه انما صدقه فى الكيل لمكان انه انظره بالثمن وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى والاوزاعى والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما كان ليس للمشترى أن يبيعه الا بعد ان يكيله لم يكن له ان يقبضه الا بعد أن يكيله البائع له لانه 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 المشترى واختلفوا اذا هلك الطعام فى يد المشترى قبل الكيل فاختلفا فى الكيل فقال الشافعى القول قول المشترى و به قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشترى عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على ان البيع يجوز بنفس تصديقه .

(الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم)

والمتبايعان فى السلم اما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المثمون واما فى جنسهما واما فى الاجل واما فى مكان قبض السلم . فاما اختلافهم فى قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان أتى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم ان أتى ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه فالقياس ان يتحالفا

ويتفاسخا . واما اختلافهم فى جنس المسلم فيه فالحكم فى ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول احدهما سلمت فى تمر ويقول الآخر فى قمح وأما اختلافهم فى الاجل فان كان فى حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان فى قدره فالقول ايضا قول المسلم اليه الا ان يأتى بما لا يشبه مثل ان يدعى المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . واما اختلافهم فى موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون فى الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض فى موضع العقد وخالف ابو الفرج فى الموضع الثانى فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا * واما اختلافهم فى الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر فى اصول هذا الباب أما اولا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول . أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وماروى فى حديث ابن عمر: البيعان بالخيار مالم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم فى البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة او اجماع قالوا وحديث حبان اما انه ليس بصحيح واما انه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول أحدهما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام فى اختيار الجارية والشهر ونحوه فى اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعى وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وابو يوسف ومحمد بن

الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت و به قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثورى والحسن بن جنى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ولو يكون له الخيار أبدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال ابو حنيفة والشافعى لا يجوز بحال الخيار المطلق و يفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال ابو حنيفة ان وقع فى الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى أقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقاً او مقيداً 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 فاما أداتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلنا . واما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل 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 الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام . وأما حديث منقذ فلشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع فى البيع : اذا بعت فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثاً . وأما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع ومبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . وأما ممن ضمان المبيع فى مدة الخيار فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعى مصيبة من البائع والمشترى أمين وسواء كان الخيار لهما أو لاحدهما وقد قيل فى المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم فى الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى و بقى معلقا حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على أنه

قد دخل عنده فى ملك المشترى وللشافعى قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لا بهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رأى انه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل فى ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى واذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشترى لانه شرط الخيار فى رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لا بد ان تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا فى تتميمه فهو فى ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعنى أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ما وهبه لابنه اعنى انه لم ير لورثة الميت من الخيار فى رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك أعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لا يتنزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعى ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائدا خيار الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الا ما قام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف هل الاصل هو أن تورث الحقوق كالاموال 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 أبى حنيفة

بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب و يشبه سائر الخيارات التي يورثها به والحنفية تحتج أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما ينفق فيه قوله و يروم فى قول خصمه بالضد أعنى ان يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقاً و يعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب فى رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة فى الاب لا توجد فى غيره وهى الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة فى العقد وهذا هو سبب اختلافهم فى خيار خيار أعنى انه من انقدح له فى شيء منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له انه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهى من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا فى اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يجوز الا ان يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعى قول آخر مثل قول مالك و بقول مالك قال ابو حنيفة واتفق المذهب على ان الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول فى الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى اى ان القول فى الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذى اشترط البائع خياره الرد و وافقه المشترى فالقول قول البائع فى الامضاء وان أراد البائع الرد واراد الاجنبي الامضاء و وافقه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشترى فالقول فيهما قول من اراد الامضاء وكذلك الحال فى المشترى وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى اى ان اشترطه البائع فالقول قول من اراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما فى المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه اعنى أجنبياً فقال مالك والشافعى لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال ابو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى الى

العقد أم لا يتعدى وانما هو فى الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا اسقط الشرط الفاسد لانه يبقى العقد صحيحاً .

﴿ كتاب بيع المرابحة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هى ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة و يشترط عليه ربحاً ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما اتفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من راس المال ، والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فأخبر انه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فاخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح ، الثانى فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن .

الباب الاول ﴾ . فاما ما يعد فى الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك فى ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائداً على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد فى أصل الثمن و يكون له حظ من الربح وقسم يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد فى أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذى يحسبه فى راس المال و يجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذى يحسبه فى راس المال ولا يجعل له حظاً من الربح فما لا يؤثر فى عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . واما ما لا يحتسب فيه فى الامرين جميعاً فما ليس له تأثير فى عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد وقال ابو حنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال ابو ثور لا تجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل و يفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفة راس الثمن الذى يجوز ان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لانه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف اصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة. قال اشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وابو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي اعطى فيها او الدراهم وقال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل اجله وقال ابو ثور هو كالعيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه.

﴿الباب الثاني﴾ واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . إما باقراره . واما ببينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار . اما ان يأخذ بالثمن الذي صح او يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان ألزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان الزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب ان يرجع الى الذي ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعني انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح . واما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن

وهذا بعيد لانه بيع آخر وقال مالك فى هذه المسئلة ذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذى صح فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجود العيب . فاما حكم الكذب فقد تقدم . واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق . واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك فى مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم . وأما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر فى الثمن وقسم غير مؤثر . فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التى تتركب فهى أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذى بقى حكمه ان كان فات بحكم احدهما او بالذى هو ارجح له ان لم يفت حكم أحدهما . اما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

﴿ كتاب بيع العرية ﴾

اختلف الفقهاء فى معنى العرية والرخصة التى أتت فيها فى السنة فحكى القاضى ابو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية فى مذهب مالك هى ان يهب الرجل تمرة نخلة او نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا على شروط اربعة ، احدها ان تزهى والثانى ان تكون خمسة اوسق فما دون فان زادت فلا يجوز ، والثالث ان يعطيه التمر الذى يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه نقداً لم يجز ، والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة فى العرية انما هى فى حق المعرى فقط والرخصة فيها انما هى استثناؤها من المزابنة وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ومن صنفى الربا أيضاً أعنى التفاضل والنساء وذلك انه بيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضاً تمر بتمر الى اجل فهذا هو مذهب مالك فيما هى العرية وما هى الرخصة فيها ولمن الرخصة فيها . واما الشافعى فمعنى الرخصة الواردة عنده

فيها ليست للمعرى خاصة وانما هى لكل أحد من الناس أراد ان يشترى هذا القدر من التمر أعنى الخمسة اوسق اومادون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هى معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشترى به الرطب والشافعى يشترط فى اعطاء التمر الذى تباع به العرية ان يكون نقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك فى كل ما ييبس ويدخر وهى عند الشافعى فى التمر والعنب فقط ولا خلاف فى جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعى وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة أوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعى يخالف مالكا فى العرية فى اربعة مواضع ، أحدها فى سبب الرخصة كما قلنا ، والثانى أن العرية التى رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز ، والثالث فى اشتراط النقد عند البيع ، والرابع فى محلها فهى عنده كما قلنا فى التمر والعنب فقط وعند مالك فى كل ما يدخر ويبس وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا فى أن العرية عنده هى الهبة ويخالفه فى أن الرخصة انما هى عنده فيها للموهوب له اعنى المعرى له لا المعرى وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالكا فى ان العرية هى الهبة ويخالفه فى صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هى من باب استثنائها من المزابنة ولا هى فى الجملة فى البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب فى هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وانما هى رجوع فى الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمراً بخرصها وعمدة مذهب مالك فى العرية انها بالصفة التى ذكرتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ ومن الحجة له فى أن الرخصة انما هى للمعرى حديث سهل بن أبى حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص فى العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً قالوا فقوله يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بمعريها لانهم فى ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً هو تعليل لا يناسب المعرى وعلى مذهب الشافعى هو مناسب رهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجة للشافعى واما ان العرية عنده هى الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العرية هى الهبة واختلف فى تسميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل

أعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى « وأطعموا القانع والمعترّ » وانما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره الى ذلك الوقت لانه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده انه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز . وأما اشتراطه جوازها فى الخمسة الاوسق أو فيما دونها فلما رواه عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق وانما كان عن مالك فى الخمس الاوسق روايتان الشك الواقع فى هذا الحديث من الراوى واما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمراً آخر جه مسلم وأما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطبا والعرية عندهم هى اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل فى الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عرايا كم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان 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 بايديهم يأكلونها رطبا وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة واما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره واما ابو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمراً وتسميته اياها بيعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول أبى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث فى مواضع . منها انه لم يسمها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا . ومنها انه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه

لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هى فى البيع والعجب منه انه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهى المزابنة والله اعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليما

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع أعنى ان أصوله تنحصر بالنظر فى أنواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى أحكامها وذلك فى نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين ، القسم الاول فى أنواعها وشروط الصحة والفساد ، والثانى فى معرفة أحكام الاجارات 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 قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول . وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتىّ هاتين » الآية وقوله « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ما خرّجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر أنه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الاعيان المحسوسة والمنافع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدرمة 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 الاول ﴾

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 مالم ينه الشرع عنه وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا فى اجارة الارضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن وفى الاجارة على تعليم القرآن وفى اجارة نزو الفحول . فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيراً فقوم لم يجيز واذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شئ ماعدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وماعدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم 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 الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شئ وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثورى والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة وابن أبى ليلى والاوزاعى وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 وابن عمر وأخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء

عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤاجرها فهذه هي جملة الاحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا أيضا من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر لانه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء * قال القاضي و يشبه أن يقال في هذا ان المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء و وجه الشبه بينهما انهما اصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزرعها و رجل منح أرضا فهو يزرع ما منح و رجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مدخراً أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا وأيضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهي كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا قال وكان أحدنا يكري أرضه و يقول هذه القطعة لي وهذه لك و ربما أخرجت هذه و لم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر . أما الاثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها أو زارعوها أو امسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخارى ومسلم . وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيراً له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأما اجارة المؤذن) فان قوما لم يروا فى ذلك بأساً وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب ام ليس بواجب . وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الحبر فهل عندكم دواء أو رقية فان عندنا معتوها فى القيود فقلنا لهم نعم فجاؤا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بزاقى ثم أتفل عليه فكأنما أنشط من عقال فأعطونى جعلا فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقا وبما روى عن أبى سعيد الخدرى أن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطى قطيعاً من الغنم فأبى ان يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : 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 كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجباً على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على ان ينزوا كواما معلومة ولم يجز ذلك ابو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ومن أجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعى ولا عند مالك والشافعى يشترط فى جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا طعام لتزيين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعى ومن هذا الباب اختلاف المذهب فى اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل مالا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الابهرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه 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 ثمناً فى المبيعات وما لا يجوز ومما ورد النهى فيه من هذا الباب ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هى من الاشياء التى تكون ديونا على الذمم ووافقه الشافعى على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضاً وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا كسبه ردىء يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح * والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال : حرم

رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاماً فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم . وأما من رأى اباحة ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله عليه وسلم : دعا اباطيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه أيضاً أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخففوا عنه . وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بني حارثة كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك .

﴿ ومن هذا الباب أيضاً ﴾ اختلافهم في 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 باوصافها فنذكر أيضاً المشهور منها فمن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشياً مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة المجهولات مثل أن يعطي الرجل حماره لمن يسقي عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعي على أنهما اذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمداً من الزمان محدوداً وحددوا أيضاً أول ذلك الامد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهراً بكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز

ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لانه غرر وأجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكري الدار لعشرة أعوام أو اكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لاكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما ارض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقل المدة مثل أن يقول أكتري منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضر بان لذلك أمداً معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوزه غيره * وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشافعي وابو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال ابو حنيفة لا تجوز لان عنده ان الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق واجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل اجير وأجاز ذلك ابو حنيفة في الظئر فقط * وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة أم ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون . واما أنواع الاجارة فان العلماء على ان الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفى منافعه وفي الشيء الذي تستوفى به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلا والحمل

الذى تستوفى به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لا يحتاج ان يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعى على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض 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 الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهى الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقى النظر فى الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى أحكام الاجارات ﴾

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

﴿ الجملة الاولى ﴾ ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءً فجزءً بحسب ما يقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل ان يكون عوضا معيناً أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فلذلك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كانه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو داراً وما أشبه ذلك هل له ان يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فأجازه مالك والشافعى وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضاً فانه من باب بيع ما لم يقبض واجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبيه بالبيع ومنها

ان يكرى الدار من الذى أكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكانه رأى انه اذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فاراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب .

﴿الجملة الثانية وهى النظر فى الاحكام الطوارئ﴾ الفصل الاول منه وهو النظر فى الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستاجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا فى المذهب وانما ذلك على قسمين ، أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان

مما لا يقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك واشتراط ابن القاسم فى المدونة أنه اذا استأجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا ان يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعنى المكرى أو المكترى فقال مالك والشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثورى والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت قلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل أصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة أعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معاً غلب ههنا انتقال الملك والا بقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما إستيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك ان أرض المطر اذا اكريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شئ وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل فى أيام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت انه تنفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصوداً فانه لا ينفسخ هذا كله عنده فى الكراء الذى يكون فى الاعيان فأما الكراء الذى يكون فى الذمة فانه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف فى الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هى هذه التى ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني وهو النظر في الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أولا يوجبه وفى قدره فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى 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 ان يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ولا خلاف انها اذا تلفت فى المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى انه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبى حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعى وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثوراً تعدّ 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 ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ما هلك عنده الا ان 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 و يضمن المشترك ومن عمل باجر 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 ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر و بتضمين الصناع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . واما من فرق بين ان يعملوا باجر أولا يعملوا بأجر فلان العامل بغير أجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر

فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه شدذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت ومايجري مجراه وكذلك الطحان وماعدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدي وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشهب فضمن الصناع ماقامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون مالم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ماقال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لا يمضي عمل الصانع باطلا ووجه ماقال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول المواز اقيس وقول ابن القاسم أكثر نظراً الى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان الا من الموج وأصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصناع ردما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع

وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة واذا اختلف الصانع و رب المتاع فى دفع الاجرة فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكرى والمكترى أو الاجير والمستأجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف فى جميع الزمان المضروب فى ذلك فالمشهور فى المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن فى قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة فى هذا الباب اختلاف المتكاريين فى الدواب وفى الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو ان يكون فى قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما فى نوع المسافة أو فى نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين فى نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما فى قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة فى المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا فى الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا فى الامرين جميعاً فى المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما فى الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة فى المسافة والقول قول المكترى فى الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان

القول قول رب الدابة فى المسافة و يبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه فى بعضه وهو يقول بل هو لى و زيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله فى الزيادة و يسقط عنه مالم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجعل ﴾

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء فى جوازه فقال مالك يجوز ذلك فى اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلا ، والثانى ان يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعى القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه فى الاباق والسؤال وما جاء فى الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمده من منعه الغرر الذى فيه قياساً على سائر الاجارات ولا خلاف فى مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب فى كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى ان حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ما كان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء فى كثير من المسائل هل هو جعل

أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أو لا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الآبار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك ان يعطي الرجل أرضه لرجل على ان يغرس فيه عدداً من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعاً أو نصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق 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 انه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

﴿ الباب الاول في محله ﴾

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبي ليلى وحجة الجمهور ان رأس المال اذا كان عروضاً كان غرراً لانه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ما وبرده وهو يساوي قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال ما به يباع العروض فان مالكا منعه والشافعي أيضاً وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك انه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان

مايبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول و يشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان مايتكلف المقارض فى ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوزه ابن أبى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه انه يجوز ان يعطى الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب و يشبه أيضاً ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم المقارض فى تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك و روى ابن القاسم جوازه ومنعه فى المصوغ و بالمنع فى ذلك قال الشافعى والكوفى فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف أيضاً أصحاب مالك فى القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازه اشهب و به قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه اما العلة عند مالك فمخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة فان ما فى الذمة لا يتحول و يعود أمانة واختلفوا فى من امر رجلا ان يقبض ديناً له على رجل آخر و يعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى انه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعى والكوفى قالوا لانه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطاً فى المضاربة فهذا هو القول فى محله . وأما صفته فهى الصفة التى قدمناها .

(الباب الثانى فى مسائل الشروط)

وجملة مالا يجوز من الشروط عند الجميع هى ما أدى عندهم الى غرر أو الى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا ، هذا هو الاصل عند مالك فى أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا فى التفصيل 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 لانه 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 ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس 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 أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنساً ما من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل 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 اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لا يدرى كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الرابع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكنا ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز

ان يشترط ذلك المقارض على رب المال فى المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعى وأبو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثورى لا يجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا .

﴿ القول في أحكام القراض ﴾

والاحكام منها ماهى أحكام القراض الصحيح ومنها ماهى أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ماهى من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هى تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدى والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل فى القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا فى القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين . وقال الشافعى وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع فى العمل لما فيه من ضرر رآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع فى العمل بما بعد الشروع فى العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضاً لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول . وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه

القول و يكون الباقى قراضاً وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال . فقال الشافعى فى أشهر أقواله لا نفقة له أصلا الا أن يأذن له رب المال . وقال قوم له نفقته و به قال ابراهيم النخعى والحسن وهو أحد ماروى عن الشافعى . وقال آخرون له النفقة فى السفر من طعامه وكسوته وليس له شئ فى الحضر و به قال مالك وأبو حنيفة والثورى و جمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثورى ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً . وقال الليث يتغدى فى المصر ولا يتعشى و روى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له فى المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجازه أن عليه العمل فى الصدر الاول ومن أجازه فى الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط فى قسمة المال وأخذ العامل حصته وانه ليس يكفى فى ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

(القول في أحكام الطوارئ)

واختلفوا اذا خذ المقارض 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 برده و يجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده 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 شبهه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمنين ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عيناً 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 تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه 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 ـ ولا اعراف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على

السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران فى المال فعليه وكذلك مازاد 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 انه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً 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 اكثر الاحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الاغلب لم يجزه ومن رأى انه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ماعدا مالكا هو تعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال . وقال المزنى عن الشافعى ليس له الا أجرة مثله لانه عمل على فساد .

(القول في حكم القراض الفاسد)

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل مايكون للعامل فيه فى واجب عمله على أقوال ، أحدهما 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 انها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله مالم يكن اكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى 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 بنفرد أحدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها

مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله فى القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر . 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 ان 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 يشبه فحلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشترى به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لا يشترى 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 انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد الى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر فى هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان فى المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شئ له .

﴿ فى اختلاف المتقارضين ﴾ واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده فى جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجرة مثله * وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه فى الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة فى الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة وهذا كاف فى هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب المساقات ﴾

(القول فى المساقاة) اما أولا ففى جوازها والثانى فى معرفه الفساد والصحه فيها والثالث أحكامها .

﴿ القول فى جواز المساقاة ﴾ فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلا وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة ومار واه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان الثمر بيننا و بينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه و بينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أقرهم على انهم عبيد و يحتمل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا انا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضاً فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالثمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع و ربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الارض ببعض ما يخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً فى بعض

روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعني بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول في صحة المساقاة ﴾ والنظر في الصحة راجع الى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشترطة في أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذي تنعقد عليه وصفة العمل الذي تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

﴿ الركن الاول في محل المساقاة ﴾ واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة إلا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الاصول غير الثابتة كالمقاثي والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التي علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص واما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فانما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالخرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيباً كما تؤدى زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل و بجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة و به قال صاحبا أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الارض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجاً منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فما دونه أعني ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه و لم يجز ان

يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً أعني على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهي عن كراء الارض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبني على غير الاصول لان الاصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

(الركن الثاني)

وأما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال في الموطا السنة في المساقاة التي تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الابار والسقي . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواني والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير في اصلاح الثمر وعمل له تأثير في اصلاحها والذي له تأثير في اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فأما الذي له ليس له تأثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير منه . وأما ما له تأثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في 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 في اصلاح

الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان فى الحائط من الدواب 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 مالم يكن فى الحائط فلا يجوز . وقال الشافعى لا بأس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد ابن 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 أجازه رأى أن ذلك تافه و يسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر وانما فرق محمد ابن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هى صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

(الركن الثالث)

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل فى 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 شيأ من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشئ اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهى مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام فى خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك فى الشركة وانها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف فى ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار فى الربوية ويجوز فى 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 تشبيهها بالعرية وبالخرص فى الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه

فى ذلك ما جاء من الحرص فى مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار .

(الركن الرابع)

وأما اشتراط الوقت فى المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط فى جواز المساقاة ووقت هو شرط فى 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 لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت قالوا وانما هى اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهى بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعنى عند الجمهور . وأما الوقت الذى هو شرط فى مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولا أعنى مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل فى ذلك من الغرر قياساً 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 بالجذ لا بالاهلة . وأما اهل 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 احكام الصحة)

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته . وقال الشافعى اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد وان كانت له تركة 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 لم يكن له شئ استؤجر من حظه من الثمر واذا كان

العامل لصاً أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل . وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله و يجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه . وقال الشافعي يتحالفان و يتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها

(أحكام المساقاة الفاسدة)

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل إنها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون و روايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي 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 ثمر قد أطعم، والثانية اذا اشترط المساقي على رب المال أن يعمل معه، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة، والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردفيها 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 المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساقي او اقل ان كان الشرط للمساقي 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 الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه فى هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع . شركة العنان . وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهى شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا للفظ وان كانوا اختلفوا فى بعض شروطها على ما سيأتى بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

﴿ القول في شركة العنان ﴾

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

﴿ الركن الاول ﴾

فأما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز فى الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدراهم وان كانت فى الحقيقة بيعاً لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى فى الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا فى الشركة بالعرضين المختلفين و بالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر و بالطعام الربوى اذا كان صنفاً واحداً فها هنا ثلاث مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فأما اذا اشتركا فى صنفين من العروض أو فى عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع

جزأمن عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر فى العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعى يقول لا تنعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعى يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف فى ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك فى أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء فى القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء فى الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حساً واما حكما مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما وقال الشافعى لا تصح الشركة حتى يخلطا مالهما خلطاً لا يتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف فى المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه .

﴿ فاما الركن الثانى ﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان فى الربح فقال مالك والشافعى

ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما أنه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ 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 انه لما جاز فى القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة احرى ان يجعل للعمل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك .

﴿ وأما الركن الثالث ﴾ الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبى حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة الا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستوفا اذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعنى دراهم أو دنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا مار أيا من أنواع التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

(القول فى شركة المفاوضة)

واختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا فى بعض شروطها وقال الشافعى لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك اصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما رجاء لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده والشافعى يرى أن الشركة ليست

هي بيعاً و وكالة وأما أبو حنيفة فهو هاهنا على أصله في انه لا يراعي في شركة العنان الا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فان أبا حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوي في رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لاحدهما شيء الا ان يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضي هذين الامرين أعني تساوي المالين وتعميم ملكهما .

(القول في شركة الابدان)

وشركة الابدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لان ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وما روي من ان ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضاً فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعي ان المفاوضة خارجة عن الاصول 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 الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل .

(القول في شركة الوجوه)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما معدوم وان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

(القول فى أحكام الشركة الصحيحة)

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة أى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا فى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر فى شئ أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشئ المعيب فى الشراء واقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر فى الشفعة أولا فى قسمين * القسم الاول فى تصحيح هذا الحكم وفى اركانه *القسم الثانى فى أحكامه .

(القسم الأول)

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

(الركن الأول)

وهو الشافع ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا

بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم :قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول الله عليه وسلم قضى بالشفة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ما روى فى 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 فى اسناده توهيناً له وقد روى عن مالك فى غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ماذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهى أحرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضاً فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث ابن رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام انه قال: جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجوداً فى الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

(الركن الثاني)

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة فى الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها 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 الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار

وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا وأما ما عدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار واختلف عنه فى اكرية 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 صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين ولم يختلفا فى إيجابها فى الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار أن لا شفعة الا فى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدى المكيل والموزون ولم يجز 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 السلام: الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها فى كل شئ فما خرجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى : لا شفعة فى بئر ومالك حمل هذا الاثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الارض الموات لا التى تكون فى أرض متملكة .

(الركن الثالث)

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لان فى بعضها فلا يبع حتى يستأذن

شريكه . وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده فى المبيع فقط وأما الشافعى فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف فى الشفعة فى المساقاة وهى تبديل أرض بأرض فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الاجانب .

(الركن الرابع فى الاخذ بالشفعة)

والنظر فى هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكم يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ فى البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتى بضامن ملىء وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت فى ضمان الاول قال ومن ضامن يقول تبقى فى يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى فى خلع واما ان يكون معطى فى شىء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشىء الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشىء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك 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 واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فأما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه

واحداً 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 بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لانهم أهل سهم واحد و بعضهم لانهم عصبة .

(فأما المسئلة الاولى)

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 الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هى على عدد الرؤس على السواء وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل أصله الاكرية فى المستأجرات المشتركة والربح فى شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة إنما هى لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى فى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق

﴿واما المسئلة الثانية﴾ فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم فى المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذو والعصبة فى الشفعة أهل السهام المقدرة و يدخل ذو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابناعم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى و بهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام و يتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة و به قال أشهب وقال الشافعى فى أحد قوليه يدخل ذو والسهام على العصبات والعصبات على

ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى و به قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام و بين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس و وجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام اقعد من العصبة . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فاراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم إما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له ان يشفع على أيهما أحب و به قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فان أبا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى . وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى فى البيوع فالجمهور على ان للمشترى ان يقول للشريك إما ان تشفع فى الجميع أو تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقاً للمشترى لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف فى مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً و بعضهم حاضراً فأراد الحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واتفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة فى حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فأما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا فى حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى أشهب ان قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

واما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقصاً فى أرض قد بيع منها قبل

وقت الاستحقاق شقص ماهل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا يأخذ الغلة من المشترى فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر انه قال: الجار أحق بصقبه أو قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائباً وأيضاً فان الغائب فى الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا فى وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وأبو حنيفة هى واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا أن أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع أبداً الا ان يحدث المبتاع بناء أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة السلام: قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعى لان عنده أنه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول فى اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الاحكام .

﴿ القسم الثاني ﴾

﴿القول فى أحكام الشفعة﴾ وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه

لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسئلة 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 ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعني الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشتري بناء أو غرساً أو ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه * والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له ان يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا أتى بما يشبه باليمين فان أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل اذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معاً ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشتري لانها زادت علمها .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب القسمة ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى « وإذا حضر القسمة أولوا القربى » وقوله « مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضا » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام * والنظر فى هذا الكتاب . فى القاسم ، والمقسوم عليه ، والقسمة * والنظر فى القسمة فى أبواب . الباب الاول فى أنواع القسمة ، الثانى فى تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعنى ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها اعنى فيما يقبل القسمة . الثالث فى معرفة أحكامها .

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر فى القسمة ينقسم أولا الى قسمين . قسمة رقاب الاموال . والثانى منافع الرقاب .

(القسم الأول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التى لا تكال ولا توزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة اقسام . قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . واما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثانى)

واما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام * ما لا ينقل ولا يحول وهى الرباع والاصول * وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل أو موزون ففى هذا الباب ثلاثة فصول . الاول فى الرباع . والثانى فى العروض . والثالث فى المكيل والموزون .

(الفصل الاول)

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضى و بالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لا تخلوا أن تكون فى محل واحد او فى محال كثيرة فاذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام و يجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف فى ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم و به قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول ابى حنيفة والشافعى وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضا » وقال ابن القاسم لا يقسم الا أن يصير لكل واحد فى حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى فى ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك او كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر فى حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار فى حظ بعضهم ما ينتفع به و فى حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبر واعلى ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل او 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 الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين و به قال أشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعى فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لا تعضية على اهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد او مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار فى ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة وقال ابو حنيفة والشافعى بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه اقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار قائم بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . واما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها

حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع فى القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ان لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزابنة . واما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين اصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال و يعتل لذلك لانه يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولا نقدا واما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط ان يشترط أحدهما على الآخر ان ما وقع من الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة وما لم يدخل فى نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة فى ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان فى سهامها 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 الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق اسماء الاشراك وأسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة أخذ منها وقيل يرمى بالاسماء فى الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين وهى موجودة فى الشرع فى مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت الذى جاء فيه أن رجلا اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم فى البيوع .

(الفصل الثاني في العروض)

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما

أن يأخذه بالقيمة التى اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع وحجة مالك ان فى ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا فى غير ما موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضرورى فى بعض الاشياء . واما 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 بن 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 بالسهمة فيما يجوز تسليم بعضه فى بعض فجعل القسمة أخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمة فى ذلك أخف وان مسائله التى يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع فى القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين فى القسمة بالسهمة مع التراضى وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمى والمكيل أيضاً لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائداً فان كان صنفاً واحداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن اذ 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 بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن . وأما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز فى المكيل ويجوز فى الموزون ويدخل فى ذلك من الخلاف ما يدخل فى جواز بيعه تحريا وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان 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 بالمكيال 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 بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب

﴿ القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع ﴾

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهاياة وذلك إما بالازمان و إما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الاعيان 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 و ركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضاً فيما ينقل و يحول أو لا ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل و يحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة و يجوز فى المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز فى المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل و يحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهايؤ فى الاعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان 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 و بقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام .

﴿ القول في الاحكام ﴾

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ الا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب الا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب فانه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فان وجده في جل نصيبه فانه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه وان كان قائماً بالعيب وقال أشهب والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لان التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكه فيما في يديه وان كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وان كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد اذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ان طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً إن القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصى بها أو دين) وقيل بل تنتقض الا في حق من أعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم في 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 مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا 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 ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى . ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة والنظر فى هذا الكتاب فى الاركان وفى الشروط وفى الاحكام والاركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

﴿ الركن الاول ﴾

فاما الراهن فلا خلاف أن من صفته ان يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجز وبه قال الشافعى واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك فى الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل ان يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح ان يكون راهناً صح ان يكون مرتهناً

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط ، الاول ان يكون عيناً فانه لا يجوز ان يرهن الدين ، الثانى أن لا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع ، الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن ما لا يحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى اداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعى

قولان فى رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه و يباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعى بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه فى يده رهناً فقال مالك يصح ان ينقل الشئ المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشئ المغصوب رهناً فى يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه واختلفوا فى رهن المشاع فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعى والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الشئ المرهون فيه وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن فى جميع الاثمان الواقعة فى جميع البيوعات الا الصرف و رأس المال فى السلم المتعلق بالذمة وذلك لان 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 إلا فى السلم خاصة أعنى فى المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال فى أول الآية «يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ثم قال «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الاموال وفى جراح العمد الذى لا قود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج فى 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 أيضاً 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 الحول 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 ان يكون ديناً فانه لا يرهن فى عين، والثانى أن يكون واجباً فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه و يجوز ذلك عند مالك، والثالث أن لا يكون لزومه متوقعاً ان يجب وان لا يجب كالرهن فى الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

﴿ القول في الشروط ﴾

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن أعنى فى كونه رهناً 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 » واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد و يجبر الراهن على الاقباض الا ان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر الى انه 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 ان لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى « ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدى 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 فالزم من قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وجود القبض واستدامته والشافعى يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه فى الصحة ان 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 كنتم على سفر » الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم : رهن فى الحضر والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم

الممنوع بالنص فهو ان يرهن الرجل رهناً على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام: لا يغلق الرهن .

(القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول فى الاحكام)

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 إما من نفس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق . اما حق المرتهن فى الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعنى انه اذا رهنه فى عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن باسره 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 ان يكون محبوساً بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه 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 ان 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 فانه لا يدخل فى الرهن كان متولداً عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن محلوب ومركوب قالوا وجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهناً فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضاً ان يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى فى ذلك ان أجرة ظهره لربه ونفقته عليه

واستدلوا أيضاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زائد على مارضيه رهناً فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أبى حنيفة ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد 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 الاصل الا بالشرط و ولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن ان يحلبه و يركبه بقدر مايعلفه و ينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه 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 مافرط فيه وماجنى 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 ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته أو قيمة الدين و به قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وانه ان فضل للراهن شئ فوق دينه أخذه من المرتهن و به قال على بن أبى طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين مالا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه و بين مايغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك مايغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لا يضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم و بقول مالك قال ابن القاسم و بقول عثمان والاوزاعى قال أشهب وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد ابن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من أصحاب الشافعى محتجاً له قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وماظهر هلاكه أمانة فوجب ان يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان مازاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب ان يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة

والسلام: الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . وأما ابوحنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام: له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان 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 النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق فى يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك . 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 الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً أجاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال، الرد، والاجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الامصار القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على اصوله فان المرتهن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على اصول الشافعى فلا يتصور على المرتهن يمين الا أن يناكره الراهن فى تلافه . وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند

مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا فى الامرين جميعاً أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة الرهن وفى الحق ما كانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن فى المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الحجر)

والنظر فى هذا الباب فى ثلاثة أبواب ، الباب الاول فى اصناف المحجورين ، الثانى متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون ، الثالث فى معرفة احكام افعالهم فى الرد والاجازة .

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » الآية واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعى وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأنذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب ابو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى انه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان 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 عاماً وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالباً فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 غالباً كما يوجد فيه نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كانا يوجدان فيه غالباً أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر فى التكليف اعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر فى السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهاً فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء اموالكم » الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابه .

(الباب الثانى)

والنظر فى هذا الباب فى موضعين فى وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو وصى وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا فى الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) واختلفوا فى الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن فى ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هى فى ولاية أبيها فى المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك فى هذا أقوال غير هذه قيل انها فى ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد . وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه

المدة المحدودة و إذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف 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 ذو الاوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف أو باذن القاضى مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف فى ذلك وقد قيل فى وصى الاب أنه لا يقبل قوله فى أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحاله مع الاب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال فى هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا 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 وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . واما اختلافهم فى الرشد ما هو فان مالكا يرى ان الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا اصلاح الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تعنس على اختلاف فى ذلك وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم . وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان افعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيهاً متصل السفه أو غير متصل السفه معلناً به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشداً جاز والا رده فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فان فيها فى المذهب قولين ، أحدهما ان افعالها جائزة اذا بلغت المحيض ، والثانى ان أفعالها مردودة مالم تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر فى هذا الباب فى شيئين ، أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم فى الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلوا 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 عتق وان أذن له الاب فى ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولى فان رآه رشداً أجازه والا أبطله و إن لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك وان عمل فى ذلك حتى يلى أمره كان النظر اليه فى الاجازة او الرد واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولى ان يفعله هل له أن ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق او نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له و يلزم الصغير ما افسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما افسد وكسر مما اؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه و رشده عتق 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 انه لا يحلف و روى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على ان المحجور اذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه الا ابن أبى ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبى ليلى فى العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لا ينفذ . واما وصيته فلا اعلم خلافا فى نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الا ان 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 فان رد بيعه الولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان اتلف عين المبيع وأما احكام افعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى أربعة أحوال . فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضاً وهو ان تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف فى حده اختلافا كثيراً من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه . فمنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب

سحنون . وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصىّ لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصىّ لها على مذهب من يرى ان افعالها مردودة . واما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس او التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر 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 الفلس و فى أحكام المفلس (فنقول) إن الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين ، أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه ، والثانى أن لا يكون له مال معلوم أصلا و فى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامهما فاما الحالة الاولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه و يقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أىّ نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان مليا او يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه و يحجر عليه التصرف فيه و به قال مالك والشافعى و بالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبى سعيد الخدرى ان رجلا اصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى

الله عليه وسلم : : تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر فى القضاء على الرجل المفلس فى حبسه وقوله فيه . أما بعد أيها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وانه ادان معرضاً فأصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضاً من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم وأما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوسا فيبيع القاضى حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء . فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا منى حائطى ويحللوا أبى فابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطى قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا فى ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وبما روى أيضا انه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل فى دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هى حبسه وربما شبهوا استحقاق اصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما ذا يحجر عليه وبأى ديون تكون المحاصة فى ماله وفى أى شئ من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال فى وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شئ من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين أو الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة فى العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة فى انفاقه فى عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم 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 وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى

نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه واما 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 بينة 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 بينة اولا 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 ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم فى المواريث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لا فى ذممهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان فى ذمة الميت وذلك يحسن فى حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم ابقيت الديون الى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبه الفلس فى هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجى الملاء لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان 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 ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقى وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبى حنيفة

وأهل الكوفة والاصل فى هذه المسئلة ماثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثرما فى ذلك ان يأخذ الثمن الذى باعها به فاما ان يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك . واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة وروا عن على انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبى هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول 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 المشترى السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لانها 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 فيما بقى من سلعته . وقال الشافعى بل يأخذ ما بقى من سلعته بما بقى من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئاً فهو اسوة الغرماء وحجتهم ماروى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ايما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان أرسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد فى كتابه فى الفقه وخرجه وحجة الشافعى ان كل السلعة أو بعضها فى الحكم واحد ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشترى بعضها ان البائع أحق بالمقدار

الذى أدرك من سلعته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء واختلف الشافعى ومالك فى الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا فقال مالك هو فى الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس . وقال الشافعى الامر فى ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص فى ذلك وأيضاً من جهة النظر ان فرقا بين الذمة فى الفلس والموت وذلك أن الفلس ممكن أن تترى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور فى الموت . وأما الشافعى فعمدته ما رواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى فى هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه الا بعد أداء ما عليه فأشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقايس وأيضاً فان الاصل يشهد لقول مالك فى الموت أعنى ان من باع شيئاً فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى فى هذه المسئلة والشافعى انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يغرسها أو عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى بل يخير البائع بين ان يعطى قيمة ما أحدث المشترى فى سلعته ويأخذها او أن يأخذ اصل 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 او فى الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه ام لا وعمل لا يتعين فاما العرض فان كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشترى فهو احق به فى الموت والفلس وهذا مما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشترى ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن . وقال الشافعى

ليس لهم وقال اشهب لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس . وقال ابن الماجشون ان شاؤا كان الثمن من اموالهم او من مال الغريم . وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم . وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضاً 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 الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء فى الموت والفلس وأما العمل الذى لا يتعين فان افلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله فى الموت والفلس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس وان كان فلسه بعد أن استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك فى الموت والفلس جميعاً لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به فى الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده فى فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعاً 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 وانه اسوة الغرماء فى سلعته اذا فاتت وعند ما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها فى الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم تمت فيقولون هو أحق بها فى الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى هذا القياس لكن 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

تتبع بما في يده لا في رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقي عليه و رأى قوم انه يباع و رأى قوم ان الغرماء يخيرون بين بيعه و بين أن يسعى فيما بقي عليه من الدين و به قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجني وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه * فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معاً باي يبدأ هل بدين العبد ام بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى * فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبي أو حكم مال السيد واما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله و ولده الصغار الايام وقال في الواضحة والعتبية الشهر ونحوه و يترك له كسوة مثله وتوقف مالك في 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 انه لا يترك الا ما يواريه و به قال ابن كنانة واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التي يحاص بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثاني أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا او ارش جناية فلا خلاف في المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام * أحدها ان لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة * والثاني ان لا يمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه النقد ففلس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء * والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه و يلزمه كرأس مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال * والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان يدفعها اليه البائع * والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى

الرجل دنانير فى عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل اجل السلم فاما الذى لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك الا فى مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذى لا يمكنه دفع العوض و يمكنه دفع ما يستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن و يأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره واما ما يمكنه دفع العوض و يلزمه وهو اذا كان العوض عيناً فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض و يدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض واما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عيناً واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض و يحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان ابى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال و فى العروض التى عليه اذا حلت لا تباع من مال المفلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد و يتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجباً بالشرع كنفقة الآباء والابناء ففيها قولان، أحدهما ان المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول اشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان 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 شئ يجوز واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماحشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عيناً والدين عيناً وكلهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة فى الموت من الغرماء و فى الفلس من المفلس فهذا هو القول فى اصول أحكام المفلس الذى له من المال ما لا يفى بديونه وأما المفلس الذى لا مال له أصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير فى اسقاط الدين

الى وقت ميسرته الا ماحكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أحمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو 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 لانه يرى أن للزوج حقاً فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

(كتاب الصلح)

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وما روى عن النبى عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعى لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته ما يراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لان المكروه فيه من

الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه أخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هى هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله أسلفنى وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول ما فعلت انما هو تبرع منى وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مما لا يجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح 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 فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال اما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم انها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه السلام: الزعيم غارم. واما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جوازها وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى فى الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة فى الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام: الزعيم غارم وتعلقوا بان فى ذلك مصلحة وانه مروى عن الصدر الاول. واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شئ وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً او غائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل شئ وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها

احضاره فى الاجل المضروب له فى احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة فقط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال ، القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ، والقول الثانى انه يحبس الحميل الى ان يأتى به او يعلم موته وهو قول ابى حنيفة واهل العراق ، والقول الثالث انه ليس عليه الا ان يأتى به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يؤدى اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبى عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم فى الحمالة المطلقة . واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فانما عليه ان يحضره او يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال او يحبس فيه كذلك الامر فى ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو احرى ان يكون مغرورا من ان يكون غارا فاما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف فى هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد الزم ضد ما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه . واما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعى وابو حنيفة واصحابهما والثورى والاوزاعى واحمد واسحق للطالب ان ياخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك فى احدى روايتيه ليس له ان ياخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له

مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً غنيا أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسالته عنها فقال يخرجها عنك من ابل الصدقة ياقبيصة ان المسئلة لاتحل الا فى ثلاث وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها و وجه الدليل من هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهى الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام: الزعيم غارم اعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح فى قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى مادون النصاب اومن غيرذلك و روى عن ابى حنيفة اجازة الكفالة فى الحدود والقصاص اوفى القصاص دون الحدود وهوقول عثمان البتى اعنى كفالة النفس . واما وقت وجوب الكفالة بالمال اعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما باقرار واما ببينة . واما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهوقول شريح القاضى والشعبي و به قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والا لم يلزمه الكفيل الا ان يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهوقول ابن القاسم من اصحاب مالك وقال اهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا ان يدعى بينة حاضرة فى المصر نحو قول ابن القاسم الا انهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه او تبطل وقد انكروا الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد الا ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه او ابطالها * وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة و روى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفر لى فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك فى سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد فى كتابه فى الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبنى ذلك لانه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل أبو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صدر الاسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند ابى حنيفة . وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه وأما ما تجوز فيه الحمالة بالمال مما لا تجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت فى الذمة الا الكتابة ومالا يجوز فيه التأخير وما يستحق شيأ فشيأ مثل النفقات على الازواج وما شاكلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مطل الغنى ظلم واذا أحيل احدكم على غنى فليستحل والنظر فى شروطها وفى حكمها فمن الشروط اختلافهم فى اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن انزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم

يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: واذا أحيل أحدكم على ملئ فليتبع والامر على الوجوب و بقى المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً و وصفاً الا أن منهم من أجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنعها فى الطعام والذين منعوها فى ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا . وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لا يجوز الا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعى لانه كالبيع فى ضمان المستقرض وانما رخص مالك فى القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى . وأما ابو حنيفة فاجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول كخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة فى أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط ، أحدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان ديناً بدين ، والثانى ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة لانه اذا اختلفا فى أحدهما كان بيعاً و لم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما و لم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل او حل أحدهما و لم يحل الآخر لانه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت و يتنزل المحال فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته فى الدين الذى أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره اعنى انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى احاله مع الذى أحاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له ان يبيعه من غير دقبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى انه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من

احاله اعنى انه كما انه ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذى احيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما احكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة فى انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك واصحابه الا أن يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل ادامات المحال عليه مفلساً اوجحدا لحوالة وان لم تكن له بينة و به 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 ﴾

وفيها ثلاثة أبواب ، الباب الاول فى أركانها وهى النظر فيما فيه التوكيل و فى الموكل والموكل ، والثانى فى أحكام الوكالة ، الثالث فى مخالفة الموكل للوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول فى الموكل ﴾

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامورانفسهم واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر و به قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا ان تكون برزة فمن رأى ان الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف فى نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة فى كل شئ جائزة الا فيما اجمع على انه لا تصح فيه من العبادات وماجرى مجراها .

﴿ الركن الثانى فى الوكيل ﴾

وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشئ الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح أما عند الشافعى

فلا بمباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح و يجوز عند مالك بالواسطة الذكر

﴿ الركن الثالث فيما فيه التوكيل ﴾

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز فى العبادات البدنية وتجوز فى المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك فى الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى فى أحد قوليه لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور وقولان 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 انه ان سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعى لا تجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ما سمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع .

﴿ الباب الثانى فى الاحكام ﴾

وأما الاحكام . فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط فى ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة فى خصومة وقال اصبغ له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه فى الموضع الذى لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعى من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى

المذهب فيه ثلاثة أقوال . انها تنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل ، والثانى انها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه . والثالث انها تنفسخ فى حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل . وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شئ هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعى لا يجوز وكذلك عند مالك الاب والوصى ومنها اذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقداً بنقد البلد ولا يجوز ان باع نسيئة او بغير نقد البلد او بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده فى الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله فى شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقداً ويشبه ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شئ بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشئ بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل اولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون فى دفعه الى الموكل فقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون فى المثمون 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 ان 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 برئ ولم يلزم الوكيل شئ . 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 المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان و ينفسخ البيع و يتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء . وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الآمر . وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد و زعم أن الموكل أمره فالمشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب اللقطة)

والنظر فى اللقطة فى جملتين ، الجملة الاولى فى أركانها ، والثانية فى أحكامها .

(الجملة الاولى)

والاركان ثلاثة ، الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم و به قال الشافعى وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس و به قال احمد وذلك لامرين ، احدهما ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضاً من التقصير فى القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا اخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها 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 فالافضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مامونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من احد الطرفين وهذا كله ماعدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز

التقاطها الا لمنشد لورود النص فى ذلك والمروى فى ذلك لفظان ، أحدهما أنه لا ترفع لقطتها الا لمنشد، الثانى لا يرفع لقطتها الا منشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشدها والمعنى الثانى لا يلتقطها الا من ينشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبداً فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر قال ابو حامد والاصح جواز ذلك فى دار الاسلام قال وفى أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم اهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك فى عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان فى ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى وهو متفق على صحته أنه قال: جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هى لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون فى العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فاما 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 مالم تكن من الغنم واختلفوا فى حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثورى والاوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً او يتصدق بها ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يجيز الصدقة فينزل على ثوابها او يضمنه اياها واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها او ينفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالا كثيراً جعله فى بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان اكلها ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام: فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير

ومن الحجة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذي وابوداود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشانك بها . قال لا يجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة : ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة . وقال ابو حنيفة والشافعي لا يستحق الا ببينة . وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشانك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون إنما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي نذكرها بعد وعند مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقيل انه لا شيء له الا بمعرفتهما جميعاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ و إن غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا اتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين او بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين . واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا

على ان لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران ان ياكلها لقوله عليه السلام فى الشاة: هى لك اولاخيك اوللذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها . وقال مالك فى اشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجر كذلك فى التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ هاهنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه فى ذلك انها على ثلاثة اقسام . قسم يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض . وقسم لا يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان ترك كالشاة فى القفر والطعام الذى يسرع اليه الفساد وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو ما يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام ، أحدها أن يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والاصل فى ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال، لولا أن تكون من الصدقة لاكلها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك، والثانى ان يكون يسيراً الا أن له قدراً ومنفعة فهذا لا اختلاف فى المذهب فى تعريفه واختلفوا فى قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل أياماً، وأما الثالث فهو ان يكون كثيراً أو له قدر فهذا لا اختلاف فى وجوب تعريفه حولا . واما القسم الثانى وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنياً أو فقيراً وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر أن لا ضمان واختلفوا ان وجد ما يسرع اليه الفساد فى الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . واما القسم الثالث فهو كالابل اعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الازمنة وقيل انما هو فى زمان العدل وأن الافضل فى زمان غير العدل التقاطها . واما ضمانها فى الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعى وابو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال ابو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعى بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها

والا فلتكن وديعة عندك واستدل ابو حنيفة و زفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض ابن جماز قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يغنت فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان 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 ان يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال اشهب لا يضمن اذا ردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا ان يتهم . واما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله . واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسئلهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له ان يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند اصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها فى رقبته إما ان يسلمه سيده فيها . واما ان يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما انفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما انفق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هى من احكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب .

(باب في اللقيط)

والنظر فى احكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى احكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات وفى وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبى الصغير غير البالغ وان كان مميزاً فيه فى مذهب الشافعى تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه و يلتقط المسلم الكافر و ينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط

على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشيء . واما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام إن التقطه في دار المسلمين و يحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من اسلم منهما و به قال ابن وهب من اصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر و ولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر و ولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان يثبت في ذلك اثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام: ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها و ولدها الذي لاعنت عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الوديعة)

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في احكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على أنها امانة لا مضمونة الا ما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك واصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببينة و به قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد و يبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التي دفعتها اليه . وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والاضمن يريد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم) فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك واصحابه الا ببينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك امر صاحب الوديعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من امره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعني اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع او الى ذمة فان كان القابض اميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة

على الدفع او يأتى القابض بالمال . وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الىّ سلفاً او تسلفا فى سلعة او ما اشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان * والسبب فى هذا الاختلاف كله أن الامانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذى امره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الامانة اضعف قال لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب أبى حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال الدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن و بالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا ان يتعدى و يختلفون فى اشياء هل هى تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم ردمثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحاله اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها لم يضمن وان ردمثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن فى الوجهين جميعاً فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم فى السفر بها فقال مالك ليس له ان يسافر بها الا ان تعطى له فى سفر وقال ابو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال ابو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو امة أو من أشبههم و بالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فما كان بيناً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم فى المذهب فمن جعل وديعة فى جيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع وديعة فى المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لا ضمان عليه و يختلف فى المذهب فى ضمانها بالنسيان مثل ان ينساها فى موضع أو ينسى من دفعها اليه و يدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم أو لم يقدر واختلف فى ذلك اصحاب الشافعى فمنهم من يقول ان أودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة

عندمالك لا يجب فى حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا اجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ومايحتاج اليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو فيمن اودع مالا فتعدى فيه وتجر به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصباً للمال فضلا عن ان يكون مستودعا عنده وقال ابو حنيفة و زفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل و يتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين اوجبوا التصدق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما امر عمر رضى الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذى اسلفهما ابو موسى الاشعرى من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضاً فأجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب العارية)

والنظر فى العارية فى اركانها واحكامها واركانها خمسة ، الاعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار والصيغة . اما الاعارة فهى فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالا فى قوله تعالى « و يمنعون الماعون » انه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وما اشبه ذلك . واما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية اما لرقبتها واما لمنفعتها والاظهر أنها لا تصح من المستعير أعنى أن يعيرها . وأما العارية فتكون فى الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجوارى للاستمتاع و يكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الاعارة فهى كل لفظ يدل على الاذن وهى عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة أى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية * وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود

اللازمة وغير اللازمة . واما الاحكام فكثيرة واشهرها هل هي مضمونة أو امانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول اشهب والشافعي واحد قولي مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو انها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر اصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت انه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة ، وفي بعضها بل عارية مؤادة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن اخذ بحديث صفوان بن أمية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعي اذا سلم انه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويجيء على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مماله قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط او بالعرف او العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه او ينقض بارش او بتمليك ببدل فايهما اراد المعير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان اخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف

فى ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك انه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسأل جاره ان يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعى واحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم جاره ان يغرز خشبة فى جداره ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض فاراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعنى وهو لك منفعة تسقى منه أولا وآخراً ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامره 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 فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعى مالكا لادخاله هذه الاحاديث فى موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث ابى هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا أمكن أن تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب اولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف فى تحويل الربيع وذلك انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الغصب ﴾

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

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أو لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعى بين ان يهيجه على الطيران أو لا يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شئ فهلك فمالك والشافعى يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعدياً ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجىء على اصل أبى حنيفة انه لا يضمن مسئلة الطائر وهل يشترط فى المباشرة العمد اولا يشترط فالاشهر أن الاموال تضمن عمداً وخطأ وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالمعلوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المكره الضمان أعنى المكره على الاتلاف .

﴿ الركن الثانى ﴾

وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بامر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعنى انها ان انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال ابو حنيفة لا يضمن * وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال لا ضمان .

﴿ الركن الثالث ﴾

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

(الباب الثاني في الطوارئ)

والطوارئ على المغصوب إما بزيادة و إما بنقصان وهذان إما من قبل المخلوق و إما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً او يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان يأخذ و يضمن الغاصب قيمة العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة او يأخذه ناقصاً ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز . والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث

فى ملك صحيح فاوجب له الغلة و لم يوجب عليه فى النقصان شيئاً سواء كان من سببه او من عند الله وهو قياس قول أبى حنيفة و بالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته فى كل أوان كانت يده عليه اخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعى اوقياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب و بين الجناية التى تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جناية الغاصب على الشئ الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو فى ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقف عليه . واما ان كان الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب و يتبع الغاصب الجانى و بين ان يترك الغاصب و يتبع الجانى بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير ان يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشئ باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحاً و يقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين . وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيراً ان شاء أسلمه للجانى واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين . وأما النماء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثانى ان يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بفوت . وأما النماء بما احدثه الغاصب فى الشئ المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين ، أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقش فى البناء وما اشبه ذلك ، والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فاما الوجه الاول وهو أن يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، أحدهما ان يكون ذلك الشئ مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك ، والثانى أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره و بين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب

ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شئ لان من حق المغصوب ان يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه و ياخذ ثوبه و بين ان يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا فى السويق الذى يلته فى السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه فيه لما يدخله من الربا و يكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه فى الشئ المغصوب سوى العمل فان ذلك ايضاً ينقسم قسمين . احدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشئ عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفو له ، والثانى ان يكون العمل كثيراً ينتقل به الشئ المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب و ياخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولا . وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشئ المغصوب يوم غصبه او مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب أصله مسئلة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما و يقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب و يضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عيناً الا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس العرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله و بين الشئ الذى غصبه أعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير أو لم يتغير وأما حكم غلته فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين : أحدهما ان حكم الغلة حكم الشئ المغصوب ، والثانى ان حكمها بخلاف الشئ المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشئ المغصوب و به قال أشهب من

أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها الا قيمة الشئ المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشئ المغصوب فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة انه لا ضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو أن الغلل تنقسم الى ثلاثة أقسام . أحدها غلة متولدة عن الشئ المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشئ لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلل غير متولدة بل هى منافع وهى الاكرية والخراجات وما اشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولداً على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان . أحدهما ان للغاصب ذلك المتولد . والثانى انه يلزمه رده مع الشئ المغصوب ان كان قائما او قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشئ المغصوب كان مخيراً بين ان يضمنه بقيمته ولا شئ له فى الغلة و بين أن يأخذه بالغلة ولا شئ له من القيمة . وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال . أحدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثانى انه يلزمه رده من غير تفصيل أيضاً والثالث انه يلزمه الردان أكرى ولا يلزمه الردان انتفع او عطل ، والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قولا واحداً فى المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف فى ذلك سواء عطل أو انتفع او اكرى كان مما يزال به او مما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها او حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها ولا فى حمله لانه ضامن لها ان تلفت فى تعديه وهذا قوله فى كل ما ينقل و يحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما أن الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه * وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة او لا يردها

اختلافهم فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو فى غلام قيم فيه بعيب فأراد الذى صرف عليه ان يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشترى شيأ فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث فى الاصل والغلة اعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى . وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه السلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك فى الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحد وأن يعتبر التضمين أولا يعتبر وأما سائر الاقاويل التى بين هذين فهى استحسان وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا او بالجملة نباتا فى غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس فى أرض الغير و روى أبو داود فى هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر فقضى لصاحب الارض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الا ما روى فى المشهور عن مالك ان من زرع زرعا فى أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الارض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء الارض وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل ما لا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزراع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع فى أرض غيره له نفقته و زريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد و روى عن رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : من زرع فى أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شئ واختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثانى أن لا ضمان عليه ،

والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار ، والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولا ضمان فى المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى و بأن لا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه و بالضمان باطلاق قال الليث الا أن الليث قال لا يضمن اكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيئان ، أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى انا مخاطبون بشرع من قبلنا، والثانى مرسله عن ابن شهاب ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط بالنهار حفظها وان ما أفسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها أى مضمون وعمدة ابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب ابى حنيفة انه لا يضمن اذا أرسلها محفوظة . فاما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا ان تكون الغنم فى المسرح . وأما اذا كانت فى أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما افسدت ليلا ونهاراً شهادة الاصول له وذلك انه تعد من المرسل والاصول على ان على المتعدى الضمان و وجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لا يملك * فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض أعنى ان الاصل 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 انه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك و به قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعى ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص فى ثمنها قياساً على التعدى فى الاموال والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم انه انما صار الى القول به من جهة التوقيف * فسبب الخلاف اذاً معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصؤول 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 رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود واذا كان ذلك فى النفس كان فى المال احرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرمى اذا صال وبه تمسك حذاق اصحاب الشافعى وعمدة أبى حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا فقال مالك والشافعى والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال أبو حنيفة والثورى عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمى فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق فتعلق فى ذلك بمعنيين ، أحدهما انه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأى الكوفيين فى انه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعياً واذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح الذى على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائماً أضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعى لا يفوت المغصوب بشئ من الزيادة وههنا 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 اصول أحكام هذا الكتاب ان الشئ المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق من يده الشئ المستحق بشراء انه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشئ أقله أو كله أو جله ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو ان يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضاً ان يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون

فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق و رجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضى البيع و يأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشئ المستحق فان تغير الشئ المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة أو نقصان فأما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشئ . أو بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فيأخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية او يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشترى الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة و يأخذ ما استحقه و بين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن ياخذ أعيان الولد واختلفوا فى أخذ قيمتهم . وأما الام فقيل ياخذها بعينها وقيل ياخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن ياخذها و يرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشئ المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعنى بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلكت عنده . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى فى ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع و يضمن اذا وجد على من يرجع . واما من أى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل انها للمستحق ما لم تقطف وقيل ما لم تيبس وقيل ما لم يطب و يرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا

ان كان اشترى الاصول قبل الابار . واما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت و يرجع بالسقى والعلاج وقال أشهب هى للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق فى إبان زريعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شئ على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذ له ثمناً مثل ان 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 خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهى أصولهم فى هذا الباب ولكن يجئ على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل وكذلك يجئ على أصول الغير ان يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الهبات)

والنظر فى الهبة فى اركانها وفى شروطها وفى أنواعها وفى احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهى ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة . أما الواهب فانهم اتفقوا على انه 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 فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقى 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 بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التى يحجر فيها عند الجمهور هى الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف . وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا فى كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شئ صح ملكه واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبى واختلفوا فى تفضيل الرجل بعض ولده على بعض فى الهبة أو فى هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل اهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف فى ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاماً كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب فى صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبى فهو للولد أحرى واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الىّ غنى بعدى منك ولا اعز علىّ فقراً بعدى منك وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل على ذلك أن فى بعض رواياته ألست تريدان يكونوا لك فى البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى . واما مالك فانه رأى أن النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضى عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس

حمل الحديث على الندب أو خصصه فى بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى ان يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية . وأما اهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس فى الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل فى الهبة واختلفوا من هذا الباب فى جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض فى البيع وعمدة ابى حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه فى الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعى 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 فنشهرها القبض أعنى ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام فى الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقد روى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها فى المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهاً بالبيع وأن الاصل فى العقود أن لا قبض مشترط فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن ابى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال ما بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدى لم اعطه احداً وان مات قال هو لابنى قد كنت اعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الامرين جميعاً أعنى القياس وما روى عن الصحابة

وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي 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 الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفيه ما وهبه له كما يحوز لهما ما وهبه غيره لهم وأنه يكفي في الحيازة له اشهاده بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والاصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهي حيازة وان وليها وقال مالك واصحابه لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعني انه يكفي في ذلك اعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يحوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يحوز اذا جعلها في ظرف او اناء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصي يقوم في ذلك مقام الاب واختلفوا في الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

(القول في أنواع الهبات)

والهبة منها ما هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة العين 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 . فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها وإنما اختلفوا في احكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور * وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعاً مجهول الثمن فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز ومن لم يرانها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر

على ماسيأتى بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . وأما اذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا فى ذلك وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغنى أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب . واما هبات المنافع فمنها ما هى مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال ، أحدها انها هبة مبتوتة أى انها هبة للرقبة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة ، والقول الثانى انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو إلى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هى عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا 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 للاثر . اما الاثر فى ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى اعطاها أبداً لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فمن أعمر شيئاً حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو ارقبه فهو لورثته فحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر الا انه يخيل انه أقل فى المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك . واما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبى الزبير عن جابر . وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى انها لا تنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور فى العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى

المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفاً له اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه اهل الظاهر .

﴿القول فى الاحكام﴾ ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً و بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضاً ان تعتصر ما وهبت ان كان الاب حياً وقد روى عن مالك انها لا تعتصر وقال أحمد واهل الظاهر لا يجوز لاحد ان يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ما وهبه الا ما وهب لذى رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله انه لا يجوز لاحد الرجوع فيها * وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام: العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام: لا يحل لواهب ان يرجع فى هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعى لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضاً فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض انه لا يقضى عليه به كما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفى مرسلات مالك ان رجلا انصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبى عليه الصلاة والسلام: فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمى بوليدة وانها ماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم: وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لعمر لا تشتره فى الفرس الذى تصدق به فان العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه والحديث متفق على صحته * قال القاضى والرجوع فى الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف فى هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين ، القسم الاول النظر فى الاركان ، والثانى فى الاحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

﴿القول فى الاركان﴾ والاركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية . أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب وقال ابو حنيفة لا تجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . واما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لا تجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام: لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى «الوصية للوالدين والاقربين» والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلا أعتق ستة أعبد له فى مرضه عند موته لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزنى لا تجوز * وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وترددهذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام: لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى ام ليس بمعقول واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفى الوصية للقاتل خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا فى ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة فى عيال الميت أولا يكونوا اعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال 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 الامصار ذلك جائز وقال ابن ابى ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع فى معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر . واما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لا تجوز الوصية فى أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لا تجوز فى أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يارسول الله قد بلغ منى الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفاتصدق بثلثى مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا فى المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه مادون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام : فى هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس أحب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم فى الوصية ثلث أموالكم زيادة فى أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم فى جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود * وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة أو جعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثلث .

﴿القول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية﴾ والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لاشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا

العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ماسيأتى فى كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا 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 وروى عن الشافعى انه ليس القبول شرطاً فى صحتها ومالك شبهها بالهبة .

﴿ القول فى الاحكام ﴾ وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابيه ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من أوصى بثلث 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 ان 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 امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر فى هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشئ الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان يدفعوا اليه ما وصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما فى ذلك الشئ بعينه وإما 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 أن الميت لما تعدى فى ان جعل وصيته فى شئ بعينه فهل الاعدل فى حق الورثة ان يخير وا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الاولى اذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونه أكثر من الثلث أعنى ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان 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 واذا وصى 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 بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال

شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها فى الحياة انها من رأس المال ولو كان فى السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى فى توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هى وسائر الوصايا سواء يدخل فى المحاصة واتفق مالك وجميع اصحابه على أن الوصايا التى يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص فى الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الاهم 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 انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به فى القسمة كما يسقط فى نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل فى نفسه ولا يبطل الاعتبار به فى القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال أخماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعى تكون فى المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون فى المالين اذا لم يخرج من المال الذى يعلم وفى هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التى للامام ان 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 اذا 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 بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين . فاما الاجناس الوارثة فهى ثلاثة ذو و نسب وأصهار وموالى . فاما ذو و النسب فمنها متفق عليها ومنها مختلف فيها . فاما المتفق عليها فهى الفروع أعنى الاولاد والاصول أعنى الاباء والاجداد ذكوراً كانوا أو اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الاصل الادنى أعنى الاخوة ذكوراً واناثا أو المشاركة الادنى أو الابعد فى أصل واحد وهم الاعمام و بنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من أى جهة كان أعنى للام والاب أو لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذو والارحام وهم من لا فرض لهم فى كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات و بنات الاخوة و بنو الاخوات و بنات الاعمام والعم أخو الاب للام فقط و بنو الاخوة للام والعمات والخالات والاخوال فذهب مالك والشافعى وأكثر فقهاء الامصار و زيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم فذهب ابو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شئ الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض » وقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون » واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الله و رسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له . وأما من طريق

المعنى فان القدماء من اصحاب ابى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعنى أن من اجتمع له سببان اولى ممن له سبب واحد . واما أبو زيد ومتأخروا اصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات فى هذه المقايس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والده ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثاً معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثاً فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما الاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين 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 الانثيين » الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » 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 انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب

ابو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضاً لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب أن يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابي ثور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلأولى رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضاً ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان احرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فمبني على اصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو اطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتاً لصلب و بنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بني الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بني الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيباً مطلقاً وقيل يرثن تعصيبا الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضاً اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات)

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

(ميراث الاب والام)

وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه الثلث) : وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ . وأجمعوا على أن الاب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد . وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) . واختلفوا فى أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين لا يحجبان الام 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 والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة فى الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا أنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث إذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن ورث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس فى الاصول من يحجب 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 بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وابوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال وللاب ما بقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام 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 الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللام الثلث منه أيضاً لانها ذات فرض

وللاب مابقى لانه عاصب وقال أيضاً فى الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكانهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجا عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل اظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل اظهر وأعنى بالتعليل هاهنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالايثار أعنى الاب من الام.

(ميراث الاخوة للام)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان أو انثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجد أبو الاب 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 اخت) الآية وذلك الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله أخ أو اخت من امه. وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هى فقد الاصناف الاربعة التى ذكرنا من النسب أعنى الآباء والاجداد والبنين وبنى البنين.

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أو للاب فقط يرثون فى الكلالة أيضاً اما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال فى البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة) الا انهم اختلفوا فى معنى الكلالة هاهنا فى أشياء واتفقوا منها فى أشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكرانا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا فى ميراث الاخوة للاب والام مع البنت

أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة الى ان الاخت لا ترث مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور فى هذا حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى ابنة وابنة ابن واخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك فى حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن على رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شئ كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون فى درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود فى هذه المسئلة مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال فى بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى البنين الا فى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلا شئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والام فى الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال

من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان علي رضي الله عنه وابي بن كعب وأبو موسى الاشعري لا يشركون اخوة الاب والام في الثلث مع اخوة الام في هذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى واحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الام فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شيء لهم اذا احاطت فرائض ذوي السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا واما واخا واحدا لام واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس الباقي بين الباقين مع انهم مشاركون له في الام * فسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

(ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوي الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضي الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزني وابن شريح من أصحاب الشافعي وداود وجماعة واتفق علي بن أبي طالب رضي 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 الاب اتفاقهما في المعنى أعني من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال أما يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الاب أبا وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام أخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ أقرب الى الميت من الجد لان الجد أبو ابي الميت والاخ ابن أبي الميت والابن أقرب من الاب وأيضاً فما أجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلي بالاب والعم يدلي بالجد * فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب فان قيل فاي القياسين أرجح بحسب النظر الشرعي قلنا قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في

المرتبة الثانية أو الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له فى الاصل والاصل أحق بالشئ من المشارك له فى الاصل والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو اصل لاصله اولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت والبنوة انما هى اقوى فى الميراث من الابوة فى الشخص الواحد بعينه اعنى المورث واما البنوة التى تكون لاب المورث فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الابوة التى تكون لاب المورث لان الابوة التى لاب المورث هى ابوة ما للمورث اعنى بعيدة وليس البنوة التى لاب الموروث بنوة ما للمورث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلى بالابوة هو قول غالط مخيل لان الجد أب ما وليس الاخ ابنا ما وبالجملة الاخ لا حق من لو أحق الميت وكانه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشئ من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة فى كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد فى ذلك انه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى اعطى الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الامرين جميعاً فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لانه أفضل له من المقاسمة فهذه هى حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل الفروض فيأخذوا فروضهم فما بقى أعطى الافضل له من ثلاث اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا فى الاكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئاً لانهم لما أجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيأ كان أحرى أن لا

ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يحجب لهم وهو الثلث و بقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة و بقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفريضة التى تعرف بالاكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختاً شقيقة وجداً فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان على ابن أبى طالب رضى الله عنه و زيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة إلا ان زيداً يجمع سهم الاخت والجد فينقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين و زعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذى قال به زيد فى هذه الفريضة و يقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول و بالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهى ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقى فتلك التى أخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقى شئ فلمن أخر الله والا فلا شئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة لاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً الا ان يكون الشقائق أختاً واحدة فانها تعاد الجد باخوتها للاب ما بينهما و بين ان تستكمل فريضتها وهى النصف وان كان فيما يحاز لها ولاخوتها الابيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضاً مخالف الاصول أعنى ان يحتسب بمن لا يرث واختلف 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 ان للام الثلث والباقى للجد وحجبوا به الاخت وهذا على رأيهم فى اقامة الجد مقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى أن

للام الثلث وللاخت النصف وما بقى للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل أماً على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث وما بقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضاً أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى ان الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء أو كانت أم الاب أقعد فان كانت أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الاب شئ وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الا هاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الاوزاعى واحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب أم الاب وام ابى الاب أعنى الجد وكان ابن مسعود يورث اربع جدات ام الام وام الاب وام ابى الاب اعنى الجد وام ابى الام اعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعى ومن قال بمذهب زيد ما رواه مالك انه قال جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك فى كتاب الله عز وجل شئ وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك فى كتاب الله عز وجل شئ 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 أيضاً انه أتت

الجدتان الى أبى بكر فاراد ان يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل اما 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 . واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم ان النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين واحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوبا بالاب وجب ان تكون الجدة اولى بذلك وأيضاً فلما كانت ام الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك ام الاب مع الاب وعمدة الفريق الثانى ما روى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال اول جدة اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وام الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغى أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيداً الا فى فريضة واحدة وهى امرأة هلكت وتركت زوجاً واماً وإخوة لام وإخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد ما بقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شئ وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقى للاخوة الشقائق فخالف مالك فى هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله فى أنه لا يحجبهم .

(باب في الحجب)

وأجمع العلماء على ان الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخو الاب الشقيق اولى من ابن العم اخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفاً فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة . اما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين ام واب من ادلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك

الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استووا حجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من تدلى بسبب واحد اعنى انه يحجب العم اخو الاب لاب وام العم الذى هو اخو الاب لاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والآباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى الاخ للام السدس من جهة ما هو أخ لام وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى 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 وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا فى جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق باسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ولما ثبت من قوله عليه الصلاة السلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر ثابت 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 ان ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث وروى فى ذلك

حديثاً مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضاً بالقصاص فى الدماء التى لا تتكافأ . وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم فى ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما أكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ فى الحال حتى يموت الا ما روى عن أشهب فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة فى أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عندما يرتد وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً واختلفوا فى توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان 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 ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا فى توريث الحملاء والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعنى انهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لا يتوارثون الا ببينة تشهد

على انسابهم و به قال شريح والحسن وجماعة وقول انهم لا يتوارثون أصلا و روى عن عمر الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لا يورث الا من ولد فى بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف فى ذلك قولهم فمنهم من رأى أن لا يورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون اصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك فى اهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك و بنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى وأحمد وأبو ثور وذلك انهم قالوا ان خرجوا إلى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم فى أنسابهم . واما ان ادركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة ففى المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على و زيد وعمر ان من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يورثهم أعنى بأهل الكتاب و بالعبيد و بالقاتلين عمداً و به قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب فى معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلف العلماء فى الذين يفقدون فى حرب أو غرق أو هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعضهم وان ميراثهم جميعاً لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث و به قال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنهم وجمهور البصريين الى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه فى أصل ماله دون ما ورث بعضهم من بعض أعنى انه لا يضم الى مال الموروث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال فى الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج و زوجة توفيا فى حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الالف التى كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التى ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء فى ميراث ولد الملاعنة و ولد الزنا فذهب أهل المدينة و زيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة

يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وأنه ليس لامه الا الثلث والباقى لبيت المال الا ان يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضاً من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة أمه أعنى الذين يرثونها وروى عن على وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى «فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث» فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلاثة موال عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره * قال القاضى هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور فى الصدر الاول واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وانكر الثانى فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه ان 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 وابو حنيفة فى القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثانى وثبت النسب وقال ابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وابى حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً فاقر بأخ له آخر اعنى انه لا يثبت النسب ويجب الميراث. وأما الشافعى فعنه فى هذه المسئلة قولان أحدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث، والثانى يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو ان كل من يحوز المال

يثبت النسب باقراره وان كان واحداً أخا أو غير ذلك وعمدة الشافعية فى المسئلة الاولى وفى أحد قوليه فى هذه المسئلة اعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب اصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وابى حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وانه لا يجوز له بين الله تعالى و بين نفسه ان يمنع من يعرف انه شريكه فى الميراث حظه منه . وأما عمدة الشافعية فى اثباتهم النسب باقرار الواحد الذى يحوز الميراث فالسماع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن ابى وقاص وقال ابن اخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخى وابن وليدة ابى ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قال فما رآها حتى لقى الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه فى اثبات النسب ولهم فى ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه أثبت نسبه باقرار أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الناس فى ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول اخيه لانه يمكن ان يكون قد علم ان تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشاً له قالوا ومما يؤكد ذلك انه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضى ان يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا يقضى القاضى عنده بعلمه و يليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر أعنى الذى لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما أمر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه لا أن ذلك

كان واجباً وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن اخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام: هولك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه فى ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولك ياعبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ماهو يد اللاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر . وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريدان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم الا فى الجاهلية على ماروى 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 إما من وقت العقد واما من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعى أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتت به لستة أشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه السلام: الولد للفراش وكانه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطأ رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ويتصور الحكم ايضاً بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز ان يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز ان يكون ابناً 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 يلبط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي بمن ادعاهم في الاسلام فاتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفاً فنظر اليه فقال القائف لقد اشترك فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتيني في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دماً ثم خلف هذا عليها تعني الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال له وال أيهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابناً للاثنين لقوله تعالى «يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى» واحتج القائلون بالقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعي ما قال محرز المدلجي لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروي عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الاصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشترك في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع وروي مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن مسند أخذ به جماعة من اهل الحديث واهل الظاهر رواه الثورى عن صالح ابن حى عن الشعبي عن زيد بن ارقم قال كان على باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة اناس فى طهر واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفى هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا فى ميراث القاتل على اربعة اقوال فقال قوم لا يرث القاتل اصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الاقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث فى العمد شيئاً ويرث فى الخطأ الا من الدية وهو قول مالك واصحابه وفرق قوم بين ان يكون فى العمد قتل بأمر واجب او بغير واجب مثل ان يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم اولا يتهم * وسبب الخلاف معارضة اصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى وذلك ان النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك 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 موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة المعتبر فى ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم: 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 صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 إما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد

قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكرها هنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وما أحكامه .

(باب في الولاء)

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن اعتق وقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له أصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على انه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك انه من قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاء له وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالي رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له ان ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : انما الولاء لمن اعتق وانما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعني أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى «ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون» وقوله تعالى «والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم» وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به

عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى «والذين عاقدت أيمانكم» منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان فى صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا ولاء السائبة .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعى وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعى وكان ابراهيم والشعبى يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هى الحجج المتقدمة فى المسئلة التى قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة فى هذا الوقت .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء فى ولاء العبد المسلم اذا أعتقه النصرانى قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) 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 انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا أنه اذا اعتق النصرانى الذمى عبده النصرانى قبل ان يسلم احدهما ثم اسلم العبد أن الولاء يرتفع فان اسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال ابو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد ان يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف وخالف أشهب مالكا فقال اذا اسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى ان يسترق بعضهم بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت ويزعمون انه من مللهم .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن او ما جر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل معتق معتقها

اوابن معتقها وانهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ماحكى عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه مو روثها قياساً على الرجل وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق او كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبة

قال القاضى واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب اهل الولاء فى الولاء فمن اشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين اوابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابنا او احد الابنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون عبد له بنون من امة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق فى بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لموالى الام واختلفوا اذا اعتق الاب 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 به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لامهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبداً الا أن يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثانى

أن عبـودية الاب هى كمونه فوجب أن ينتقـل الولاء الى أبى الاب ولا خـلاف بين من يقول بان الولاء للعصـبة فيما أعـلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقـل الى العمود الاعلى الا اذا فقـد العمود الاسـفل بخلاف الميراث لان البنوة عنـدهم أقوى تعصـيباً من الابوة والاب أضعف تعصيباً والاخوة وبنوهم اقعد عند مالك من الجد وعند الشافعى وأبى حنيفة الجد أقعد منهم * وسـبب الخلاف من أقرب نسباً وأقوى تعصـيباً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيباً فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثة أصـلا أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصـبه المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه وفى هذا الباب مسـئلة مشهورة وهى اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقـل الولاء فقالت طائفـة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصـبة وهو قول على بن أبى طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الامصار . وهو مخـالف لاهل هذا السلف لان بن 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 الـكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى بالشرع وفى الفاظ العتق وفى الايمان به وفى أحكامه وفى الشروط الواقعـة فيه ونحن فانما نذكر من هـذه الابواب ما فيها من المسائل المشهورة الـتى يتعلق أكثرها بالمسموع . فاما من يصح عتقه فانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العـديم واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه فأما من أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا فى جواز عتقـه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعى والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عنـد من يرى التحجير منهم وقـد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياساً على ما روى عنـه فى

الرهن أنه يجوز وان احاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء فليس له ان يخرج منه شئ بغير عوض وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب ان توجد مع وجود علها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثانى انه قد انعقد الاجماع على ان له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئاً مما انفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشئ من مماليكه الا مالكا واكثر اصحابه فانهم اجازوا عتقه لام ولده . واما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا اعتق ستة اعبد له الحديث على ما تقدم . واما من يدخل عليهم العتق كرهاً فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه فى احد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين ، احدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق ، والثانى أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا فى حكم ذلك فقال مالك والشافعى وأحمد بن حنبل ان كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شئ وبقى المعتق بعضه عبداً وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد فى قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه قال الاوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن أبى ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار فى أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثانى أن تقوم عليه حصته ، والثالث ان يكلف العبد السعى فى ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعى

حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ماعتق وعمدة محمد وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شقصاً له فى عبد فخلاصه فى 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 أبى هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ماعتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان فى الفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية . واما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان 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 الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان، نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه اذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى انه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فانما يجب بعد إتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك فى بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم

على المعسر الكل و ينفذ العتق فيمن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسراً أومعسراً و يتبعه شريكه وسقط العسر فى بعض الروايات فى حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهواذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصاً يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقى ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه فى حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم فى حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا * واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والاوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق و يسعى العبد فى الباقى وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه فى ملكه وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر* فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعنى أن لا يقع فيه تبعيض أومضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وأبوداود عن أبى المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقصا 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 لان العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة *فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس * واما الاعتاق الذى يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعى من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعى لا يعتق عليه وشذ الاوزاعى فقال من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على انه يضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق

الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق فى ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل فى الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف فى صحتها فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا فى ذلك، فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة ، أحدها أصوله وهم الآباء والاجداد والجدات والامهات وآباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة، والثانى فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ماسفلوا 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 كانوا لاب وأم أو لاب فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة . وأما الشافعى فقال مثل قول مالك فى العمودين الاعلى والاسفل وخالفه فى الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم * وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام: لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعى وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعى واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هى ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى (وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من فى السموات والارض الا آتى الرحمن عبدا) وهذه العبودية هى معنى غير العبودية التى يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة

والعبودية التي بين المخلوقين والمولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة فى جنس الوجود أو فى نوعه أعنى ان الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جداً حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه فى جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون فى الموجودات التى هاهنا شئ نسبته اليه نسبة الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذى بين السيد والعبد فى المرتبة اشد من التباعد الذى بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن فى الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيهما فى الشرف والخسة ضرب المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التى بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول فى الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق بالعتق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره: وقد اختلفوا من أحكام العتق فى مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيداً له فى مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق فى مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعاً انما القرعة فى الوصية وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف فى مذهب مالك ان المدبرين فى كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه فى العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل فى ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضاً بالقرعة بعد ان 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 ان رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخارى

ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الآحاد اذا خالفتها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد اوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاماً فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بيناً من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد الزم الشرع مبعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا ان يتمم عليه جمع في اشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في أشخاص باعيانهم أصله حق الناس واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد واسحق وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله: وأما ألفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الامصار وأما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول أنت حر أو أنت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الالفاظ 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 بني أو لامته يا بنتي أو قال يا أبي أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال ابو 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 إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انما أردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعاً وقيل ينوى واتفقوا على ان من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن اعتق امة واستثنى ما في بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعني قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك

ختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام: لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الاب عربياً ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطاها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه أعني من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكتابة)

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

(القول في مسائل العقد)

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الامصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) والامر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا أن الاصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الاصل وأيضاً فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض

فاحرى ان لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هى أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع واختلفوا اذا كان فى لفظه ابهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما و يكون له الوسط من العبيد وقال الشافعى لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر فى هذا طلب المغابنة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبى والاجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين فى الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعى وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعاً وعمدة من أجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلفوا فى هل تجوز حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهى التى يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهى التى يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال الشافعى هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شئ وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد و يرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد و بطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على الف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون ان يقول له فاذا اديتها فانت حر فقال مالك وابو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعى فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف فى ذلك قول الشافعى ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم

ومالك فيمن قال لعبد انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف 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 عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويردان الى كتابة مثله كالحال فى النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعنى كتابة مثله فى الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا العون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب اوعلى الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب فقال بعضهم ماينطلق عليه اسم شئ وبعضهم حده واما المكاتب ففيه مسائل . احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع فى الكتابة الواحدة اكثر 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 فاجازها ابوحنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه انه يجوز بين السيد وعبده مالا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعى وذلك موجود فى غير البالغ واما هل يجمع فى الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا فى ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا بعتق جميعهم فيه ايضاً خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولى الشافعى وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة اعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابوحنيفة واصحابه وقال الشافعى لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما فى ذلك من الغرر لان قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك

مجهول وعمدة من اجازه ان الغرر اليسير يستخف فى الكتابة لانه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها و بين حمالة الاجنبيين فمن رأى أن حمالة الاجنبيين فى الكتابة لا تجوز قال لا تجوز فى هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذى يظهر فى ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعى بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضاً ان الجمع يكون سبباً لان 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 فشبهها بحمالة الاجنبى مع الاجنبى 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 لاحدهما أن يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه و بالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا فى تبعيض العتق ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة اذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما أدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه و يرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعى الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم

لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك أن تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الا أم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

(القول في المكاتب)

وأما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له فى التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز او يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو فى المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصرانى المسلم و يباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالاركان أعنى المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز و يشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى فى هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه فى حال الكتابة ممن لا يدخل وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التى فى جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة .

(الجنس الأول)

فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شئ وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثانى انه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فاكثر ، والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم

قال أيما عبد كاتب على مائة أوقية فاداها الا عشرة أواقى فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقدمات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما ادى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكاتب بقدر ما ادى دية حر و بقدر ما رق منه دية عبد خرجه النسائى والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف فى احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من صحيفة و بهذا القول قال على اعنى بحديث ابن عباس و روى عن عمر بن الخطاب انه اذا ادى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا ادى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان فى ذلك سنة بلغتهم وفى المسئلة قول خامس اذا ادى الثلاثة الارباع عتق و بقى غريما فى باقى المال وقد قيل ان ادى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وام سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك فى موطئه وايضا فهو احوط لاموال السادات ولان فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له اذا افلس المشترى .

(الجنس الثانى)

واما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ام ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم فى حق العبد وهى فى حق السيد غير لازمة وقال مالك وابو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين اى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان العبد والسيد لا يخلو ان يتفقا على التعجيز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز و يأباه العبد او بالعكس اعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة و يريد العبد التعجيز واما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين ، احدهما ان يكون دخل فى الكتابة ولد أولا يكون فان كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان ، أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال و به قال ابو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التعجيز وابى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على

السعي واما ان اراد السيد التعجيز واباه العبد فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء وترجع الى عمد ادلتهم فى اصل الخلاف فى المسئلة فعمدة الشافعى ما روى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشترينى وتعتقينى فقالت لها ان اراد أهلك فجاءت اهلها فباعوها وهى مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد فى هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا فى الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح لانه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له ان يسترجع الصداق

(الجنس الثالث)

وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدى الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدى من الكتابة شيئاً انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا وانه ان فضل عن الكتابة شئ من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه 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 الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن

الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له فى الكتابة لان من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين * وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند أبى حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعى انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حراً بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقى انه مات عبداً لانه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لابد فعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة فى حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وارادت الام ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعى والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التى لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعى وترك أم ولد لا تستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبى حنيفة والشافعى واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة أو كانوا ولد وافى الكتابة وانما عليهم السعى وعلى أصل أبى حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

(الجنس الرابع)

وهو النظر فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب الا بالشرط لانه 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 الاوزاعى يدخل بالشرط أعنى اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك 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 يحجر وما بقى من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيأ له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه فى هذه الامور وأشباهها أعنى انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع فى حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد * وسبب اختلافهم هل اذن 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 لانه 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 انه 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 أجاز واذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هو لاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب فى حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده واباح بعضهم النكاح له واما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك واباحه سحنون من اصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب واجازه ابن القاسم فى السفر

القريب والعلة فى منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة فى جواز السفر ان به يقوى على التكسب فى أداء كتابته وبالجملة فللعلماء فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال، احدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعى والقول الثانى انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له ان يسافر الا ان يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثورى وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فاجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال ابو حنيفة والثورى وللشافعى قولان، احدهما اثبات الكتابة، والآخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لانه ليس بحر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شئ من ماله ولا الانتفاع منه بشئ واختلفوا فى وطء السيد امته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال احمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى اجل آت فاشبه النكاح الى اجل وعمدة الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة واجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد ام لا فقال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا فى ايجاب الصداق لها والعلماء فيما أعلم على انه فى احكامه 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 ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز مالم يؤد شيأ من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيأ وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعى لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم فى حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهى مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض العهد وقد امر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم ام لا وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة فقال الشافعى وابو حنيفة لا يجوز ذلك واجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن اجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين وفى ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم : اعنى فى الشفعة فى الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين وان

كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب اوفضة معجلين او بعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد والشروط الجائزة هى التى لا تؤدى الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة اوليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغى ان تفهمه فى سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا اشترط فى الكتابة شرطا من خدمة او سفر او نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق ام لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل و يعتق اذا ادى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدى جميع المال و يأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين و لم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة فى اصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب اخر وذلك انها اذا ذكرت فى هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت فى غيره ذكرت على انها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها فى هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى ينفسخ النكاح لانها ملكت جزءاً منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال ابو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال فى ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين و بعض الكتابة هل

يحاص سيده الغرماء ام لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يغترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعي وابو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثوري واحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يحاص سيده الغرماء او لا يحاص هو من كتاب التفليس والقول في جنايته وهو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التي هي فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياساً 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 الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم او لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى او لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب اصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعاً لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في

الاحكام والفتوى بيدان فى قوة هـذا الـكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعـلم من اللغة والعربية وعـلم من اصول الفقه ما يكفيه فى ذلك ولذلك رأينا ان اخص الاسماء بهذا الـكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب التدبير)

والنظر فى التدبير فى اركانه و فى احكامه . اما الاركان فهى اربعة المعنى واللفظ والمدبر والمدبر وأما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام المدبر .

﴿ الركن الاول ﴾

فنقول اجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السـيد لعبده انت حر عن دبر منى او يطلق فيقول انت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس فى التدبير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهـم من فرق بين التدبير والوصية بان جعـل التدبير لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا فى مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية او حكم التدبير اعنى اذا قال انت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر بعد موتى فالظاهر انه وصية والقول قوله فى ذلك و يجوز رجوعه فيها الا ان يريد التـدبير وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه و بقول مالك قال ابن القاسم و بقول أبى حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على سفر او يكون مريضاً وما اشبه ذلك من الاحوال التى جرت العادة ان يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هـذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير . واما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير و ينويه فى الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فانهم اتفقوا على ان الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سـيده سواء ملك كله أو بعضـه واختلفوا فى حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذى لم يدبر

حظه خياران، احدهما ان يتقاوماه فان اشتراه الذى دبره كان مدبراً كله وان لم يشتره انتقض التدبير، والخيار الثانى ان يقومه عليه الشريك وقال ابو حنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد فى قيمة الحصة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شئ من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه او ثلثه على ما هو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على ما يفعل فى سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لا من الاركان اعنى احكام المدبر فلتثبت فى الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على ان من شروطه ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً او مريضاً وان من شرطه ان لا يكون ممن احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على ان الدين يبطل التدبير واختلفوا فى تدبير السفيه فهذه هى اركان هذا الباب . واما احكامه فأصولها راجعة الى اجناس خمسة : احدها مما ذا يخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث، والثانى ما يبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه اعنى ما دام مدبراً، والثالث ما يتبعه فى الحرية مما ليس يتبعه، والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه، والخامس فى احكام تبعيض التدبير .

(الجنس الاول)

فاما مما ذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم اهل الظاهر فمن رأى انه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : المدبر من الثلث الا انه اثر ضعيف عند اهل الحديث لانه رواه على بن طبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن طبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرجه الانسان من ماله فى حياته فأشبه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث فى فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له فى صحته وأعتق فى مرضه الذى مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان فى الصحة وقال الشافعى يقدم المعتق المبتل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هى احق بكتاب الوصايا .

(وأما الجنس الثانى)

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر ان يبيع المدبر ام لا فقال مالك وابوحنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعى واحمد واهل الظاهر وابو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعى لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابوحنيفة ومالك من هذه المسئلة فى فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشترى فقال مالك ينفذ العتق وقال ابوحنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشترى او لم يعتقه وهو اقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من اجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية . واما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » لانه عتق الى اجل فاشبه ام الولد او اشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص او العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر احكامه فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعى كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمنكوحة الى اجل وهى المتعة واتفقوا على ان للسيد فى المدبر الخدمة ولسيده ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً مخوفا فيكره له ذلك .

(الجنس 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 او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعى فى قوله المختار عند اصحابه انهم لا يعتقون بعتقها واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها فى حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضاً باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا ان 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 فى هذا ان كل

امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر أو معتقة الى اجل فمعتق الى أجل وكذلك ام الولد ولدها بمنزلها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك واجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لامه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن امة زوجها عربي وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حراً فحراً وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً واختلفوا في المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعني انه مدبر وقال الشافعي وابو حنيفة ليس يتبعه ولده في التدبير وعمدة مالك الاجماع على ان الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

(الجنس الرابع)

واما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاً له في عبده دون ان يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فلينقل اليه . واما من دبر جزأ من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياساً على من بعض العتق عند مالك .

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة او لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانياً فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب أمهات الأولاد)

واصول هذا الباب النظر فى هل تباع ام الولد ام لا وان كانت لا تباع فمتى تكون ام ولد وبماذا تكون ام ولد ولا يبقى فيها لسيدها من احكام العبودية ومتى تكون حرة .

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه انه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدرى يجيزون بيع ام الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع أمهات الاولاد والنبى عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر فى هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين فى كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس تعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتأخرين من اهل الظاهر احدثوا فى هذا الاصل نقضا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى مارية سريته لما ولدت ابراهيم : اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : ايما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند اهل الحديث حكى ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشأن وربما قالوا ايضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى ان لا يبعن فقال خالطت لحومنا

لحومهن ودماؤنا دماءهن واما متى تكون ام ولد فانهم اتفقوا على انها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه او بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها وولدها وقال ابو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهى حامل والقياس ان تكون ام ولد فى جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتمم مكارم الاخلاق . واما بماذا تكون ام ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة وقال الشافعى لا بد ان يؤثر فى ذلك شئ مثل الحلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ماينطلق عليه اسم الولادة او ما يتحقق انه مولود . وأما ما يبقى فيها من احكام العبودية فانهم اتفقوا على انها فى شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعى له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا انه يرى ان اجارة بنيها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده اضعف وعمدة الشافعى انعقاد الاجماع على انه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصلين احدهما وطؤها، والثانى بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبها . واما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذا مات السيد . ولا أعلم الآن أحداً قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الجنايات ﴾

والجنايات التى لها حدود مشروعة اربع جنايات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنايات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمى حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمى بغيا ومأخوذاً على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى

غصبا وجنايات على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات 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 فلنبتدئ منها بالحدود التى فى الدماء فنقول ان الواجب فى اتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص و إما مال وهو الذى يسمى الدية فاذاً النظر اولا 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 ايضا فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الى كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر فى القصاص فى النفوس والثانى النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبدأ من القصاص فى النفوس .

(كتاب القصاص في النفوس)

والنظر اولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب اعنى الموجب للقصاص والى النظر فى الواجب اعنى القصاص و فى ابداله ان كان له بدل فلنبدأ اولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أىّ قاتل اتفق يقتص منه ولا باىّ قتل اتفق ولا من أىّ مقتول اتفق بل من قاتل محدود و بقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول .

(القول في شروط القاتل)

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكره والمكره و بالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر و يعاقب

الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المأمور وأما اذا كان للآمر سلطان على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر 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 ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد انه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انساناً فيأكله وأما المشارك للقاتل عمداً فى القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأ وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك فى القتل عامد ومخطئ 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 المخطئ والصبى نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعى فى ماله على ما يأتى وكذلك قالا فى الحر والعبد يقتلان العبد عمداً ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال فى المسلم والذمى يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض وممكن أن تكون افاتة نفسه من فعل الذى لا قصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف فى القياس . وأما صفة الذى يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك انهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا وهو الذى يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه الا فى الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج

عنه فى ذلك رواية أخرى و باثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعرى والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع فى الاغلب الى الآلات التى بها يقع القتل والى الاحوال التى كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعى شبه العمد ما كان عمداً فى الضرب خطأ فى القتل أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعنى بين أن يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا فى حقنا لا فى حق الآمر فى نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم انه قال: الا ان قتل الخطا شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون فى بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف فى مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والثائرة يجب به القصاص واختلف فى الذى يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن أبيح له الادب . وأما الشرط الذى يجب به القصاص فى المقتول فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل والذى به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانوثية والواحد والكثير واتفقوا على ان المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل فى هذه الاربعة انه يجب القصاص واختلفوا فى هذه الاربعة اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعى فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » 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 ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة أيضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد مارواه الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم 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 ان يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ماروى من حديث على انه سأله قيس بن عبادة والاشتر هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده الى الناس قال لا الا مافى كتابى هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا 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 ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا فى ذلك باجماعهم على انه لا يقتل مسلم بالحربى الذى أمن وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال أنا أحق من وفى بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر اى انه اريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد وضعف اهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى ومار ووا من ذلك عن عمر واما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين فى ان يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمى قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه * فسبب الخلاف تعارض الاثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وابو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة او قلت وبه قال عمر حتى روى انه قال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وقال داود واهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر وكذلك عند هذه

الطائفة لا تقطع ايديهم أعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الانفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الاطرف واحد وسيأتى هذا فى باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب » واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن اتلاف النفس غالباً على الظن فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين » واما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الا ما حكى عن على من الصحابة وعن عثمان البتى انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى ابو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى انه لا يقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابى فى معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والانثى بالانثى) وان كان يعارض دليل الخطاب هاهنا العموم الذى فى قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب فى الاب والابن فقال مالك لا يقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف او عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قال: لا تقام الحدود فى المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال اين أخو المقتول فقال ها أنا ذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شئ فان

مالك حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من انه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون فى أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الاب لمكان حقه على الابن والذى يجىء على اصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول فى الموجب

﴿ وأما القول فى الموجب ﴾ فاتفقوا على ان 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 فى ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى 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 المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هى الرواية الاولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك فى قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو هما حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة فى انه ليس له الا القصاص والثانى نص فى إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكنا فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعنى انه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان

للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذ كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضي وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدي رحمه الله فافتى 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 ان يضع في ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين 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 القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم أجمعوا على أن المقتول عمداً اذا كان له بنون بالغون فعفا أحدهم ان القصاص قد بطل و وجبت الدية واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص أو ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر في الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في اسقاط القصاص و في اسقاط حظه من الدية و في الاخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هي للذكران دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمداً اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا أحد قولي الشافعي وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص أو العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي انما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالمتصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه أما اختلافهم

فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار 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 انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحات فمات منها هل للاولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤل اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح 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 طلب الولى الدية لانه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح * واختلفوا فى القاتل عمداً يعفى 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 ان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى 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 فاما صفة القصاص فى النفس فان العلماء اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقا قتل تغريقاً 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 باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الاول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس

امرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص فى القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم يكن مقراً واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمداً انه لا يقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص فى النفس واختلفوا فى القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتص منه من أجل انه عليه السلام سم هو واصحابه فلم يتعرض لمن سمه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الجراح)

والجراح صنفان منها مافيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها مافيه الدية أو العفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضاً هاهنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح و فى الحكم الواجب الذى هو القصاص و فى بدله ان كان له بدل

(القول فى الجارح)

و يشترط فى الجارح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل وهو ان يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان كان الخلاف فى مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة و به قال الشافعى ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحدا اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان فى يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم ان الاطراف تتبعض وازهاق النفس لا يتبعض واختلف فى الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه فى الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل فى هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم

من أنبت وجرت عليه المواسى كما أن الاصل فى السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمسة عشر سنة .

٥(القول في المجروح)٥

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد و يقتص 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 الاعلى للادنى فى النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هى حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم 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 انه لا قصاص بينهم لا فى النفس ولا فى الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم فى النفس دون ما دونها و به قال أبو حنيفة والثورى و روى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

(القول فى الجرح)

وأما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أو لا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً او على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذى يقع فى القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والادب بما لا يقتل غالباً فان أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من

جوارح الجروح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بلا خلاف وفى تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالباً أو ضربه على وجه الثائرة فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقأ عينه فالذى عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك والمشهور فى المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا فى الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو فى النفس لا فى الجرح واما ان جرحه فاتلف عضواً على وجه اللعب ففيه قولان ، أحدهما وجوب القصاص ، والثانى نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف . وأما ما يجب فى جراح العمد اذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار والهذا الما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود فى المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان فى معنى هذه من الجراح التى هى متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك فى المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل ان يفقأ أعمى عين بصير واختلفوا من هذا فى الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان 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 الشافعى وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعى قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أو ما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فقأها فى واحدة فكأنه اقتص من اثنين فى واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لاصله فتامله فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل

المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين فى القتل وكذلك أحد قولى مالك فى الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين ان يفقأ عين الاعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف فى ذلك .

﴿ وأما متى يستقاد من الجرح ﴾ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعى على الفور فالشافعى تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤل اليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس واختلف العلماء فى المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا شئ 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 الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شئ على الذى قطع يده وعمدة أبى حنيفة انه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك فى الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد فى الجنايات على النفس وفى الجنايات على أعضاء البدن وينبغى ان نصير الى حكم الخطأ فى ذلك ونبتدئ بحكم الخطأ فى النفس .

(كتاب الديات في النفوس)

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان يصدقوا) والديات تختلف فى الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضاً بحسب العمد اذا رضى بها إما الفريقان وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر فى الدية هو فى موجبها أعنى فى أى قتل تجب ثم فى نوعها وفى قدرها وفى الوقت الذى تجب فيه وعلى من تجب فاما فى أى قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب فى قتل الخطأ وفى العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى وفى العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه 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 ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهى عند مالك فى الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية فى العمد وانما الواجب عنده فى العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ما روى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أرباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهى الحوامل ولا تكون المغلظة عنده فى المشهور الا فى مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعى انها تكون فى شبه العمد أثلاثا أيضاً وروى ذلك أيضاً عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور الدية فى العمد اذا عفا ولى الدم اخماساً كدية الخطأ واختلفوا فى اسنان الابل فى دية الخطأ فقال مالك والشافعى هى أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث فى ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى فى ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحداً من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا فى الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبى والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء

جعلوها خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن على وخرجه أبو داود وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر فى اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربيع فى شبه العمد وان ثبت هذا النوع الثالث ان 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 أيضاً 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 بالغاً 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 الف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضاً عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة وأما الشافعى فيقول إن الاصل فى الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق فى زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية الآف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال أن الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر الف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة الفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك ديناً بدين لاجماعهم 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 الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البر ودما ئتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبى شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل

البر ودمائتا حلة ومار وى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابى الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابى مائة من الابل فعدلها من الشاة الف شاة ولان أهل العراق أيضاً رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول 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 الاحرار 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 اخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لابى زمنة لولده 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 لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً فى عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ لاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم فى قطع الاعضاء 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 وابو حنيفة وجماعة انه كله 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 الاب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب 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 انه تعاقل الناس فى زمان رسول الله صلى عليه وسلم و فى زمان ابى بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان فى زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف فى الاسلام وايما حلف كان فى الجاهلية فلا يزيده الاسلام الاقوة والجملة فتمسكوا فى ذلك بنحو تمسكهم فى وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا فى جناية من لا عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل ام 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 واصحابه وقال من جعل ولاءه لمن اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله فى بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر فى نقصان الدية هى الانوثة والكفر والعبودية اما دية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل فى النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ماسيأتى القول فيه فى ديات الجروح والاعضاء وأما 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 ونساؤهم على النصف من نسائهم و به قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين، والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم و به قال الشافعى وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين، والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين و به قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مومنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل فى بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية فى بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر ابن عبد العزيز فاخبره أن الدية قد كانت تامة لاهل الذمة. وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمداً 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 الكوفية فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر انه مكلف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعني في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة اصله سائر الاموال واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر 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 لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في امه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من تجب ولمن يجب وفي شروط الوجوب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره ان امرأتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى ان الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه الا أن من رأى ان الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى انها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب واختلفوا في الواجب في جنين الامة وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي الى ان في جنين الامة عشر قيمة أمه ذكراً كان أو أنثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الامة اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية

فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في ان دية الذمي دية المسلم والشافعي على أصله في ان دية الذمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في ان دية الذمي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي تجب فيه فانهم اتفقوا على ان من شروطه أن يخرج الجنين ميتاً ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا اذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حياً أو ميتاً فذهب مالك وأصحابه الى ان علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة او عطاس أو تنفس فاحكامه احكام الحي وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة او علقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود ان يعتبر نفخ الروح فيه اعني ان يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه . واما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة وممن قال بذلك الشافعي وابو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم انها جناية خطأ فوجبت على العاقلة وما روي أيضاً عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمداً وأما لمن تجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في انها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى ان فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة الى انه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فاما الشافعي فانه أوجبها لان الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة انه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمعدن جبار وفى الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحداً 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 شئ فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيأ يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعى يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى وسويا بين الضمان برجلها او بغير رجلها وبه قال ابوحنيفة الا انه استثنى الرمحة بالرجل او بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعى ورده وأقاويل العلماء فيمن حفر بئراً فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر فى موضع جرت العادة الحفر فى مثله لم يضمن وان تعدى فى الحفر ضمن وقال الليث ان حفر فى أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا فى الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان اوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعى وقال أبوحنيفة 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 فى الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبوحنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على ان الطبيب اذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة فى الختان وما أشبه ذلك لانه فى معنى الجانى خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شئ وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد فى ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله فى مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها فى ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التى نص الله عليها فى قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا فى قتل العمد هل فيه كفارة وفى قتل العبد خطأ فأوجبها مالك فى قتل الحر فقط فى الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعى فى العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك ان العمد فى هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا فى تغليظ الدية فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فقال مالك وأبوحنيفة وابن أبى ليلى لا تغلظ الدية فيهما

وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيهما مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

(كتاب الديات فيما دون النفس)

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فاما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج 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 وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ما روى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي انه قضى فيها بار بع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقتت فيه السنة حدا ومالك يعتبر في الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة * فأما الموضحة فجميع

الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس يعنى من الابل واختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الاعلى ولا تكون فى اللحى الاسفل لانه فى حكم العنق ولا فى الانف . واما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون فى الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة فى الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلط بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لا يزاد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبداً . وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة . وقال بعض العلماء الهاشمة هى المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ . فاما اذا كانت عمداً فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لامكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه اقاد منها ومن المأمومة . وأما الهاشمة فى العمد فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان احرى ان يجيز ذلك من الهاشمة . وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده فى هذا لا يسوغ وانما عنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر فى موضحة الجسد . وأما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطأ منها الا الحكومة .

﴿ القول في ديات الأعضاء ﴾

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول ان فى النفس مائة من الابل وفى الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفى السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء اجمعوا على ان فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثى الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن فى كل زوج من الانسان الدية ما خلا الحاجبين وثدى الرجل واختلفوا فى الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب فى الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابى بكر انه قضى فى الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر او العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية . واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضاً فان الحواجب ليست اعضاء لها منفعة ولا فعل بين اعنى ضرورياً فى الخلقة . واما الاجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعى والكوفى لانه لا بقاء للعين دون الاجفان وفى الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفى الاعليين الثلثان وأجمعوا على ان من اصيب من اطرافه

أكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان . وأما الاثنيان فاجمعوا ايضاً على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الا ماروى عن سعيد بن المسيب انه قال فى البيضة اليسرى ثلث الدية لان الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . واما المفردة فان جمهورهم على ان فى اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا فى القصاص فيه عمداً فمنهم من لم ير فيه قصاصاً وأوجب الدية وهم مالك والشافعى والكوفى لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى والكوفى ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره فى اللسان عمداً القصاص . واما الانف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم او لم يذهب وعنده انه اذا ذهب احدهما ففيه الدية وفى ذهاب احدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا فى ذكر العنين والخصى كما اختلفوا فى لسان الاخرس وفى اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة واقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فى باقى الذكر حكومة . واما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعاً لغير الاعور وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفى العين نصف الدية وقياسا ايضاً على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية * فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه انه أمر بالذى اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا فى الارض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضا عند اول ما خفيت عنه فى الارض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه

قدر ذلك من الدية و يختبر صدقه فى مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مراراً شتى فى مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعى على أنه كان ذلك من زيد تقويماً لا توقيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسوادها ثم فى قلعها بعد اسوادها دية واختلف العلماء فى الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها و به قال الشافعى وابن القاسم و بكلا القولين قال مالك و بالدية كاملة قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود اوما اصطلحوا عليه وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود انه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهى دية كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار لانها فى حقه فى معنى العينين كلتيهما لا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل اعنى ان فى العين الواحدة نصف الدية وعمدة ابى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى وغيرهم ان فى كل اصبع عشراً من الابل وأن الاصابع فى ذلك سواء وان فى كل انملة ثلث العشر الا ماله من الاصابع انملتان كالابهام ففى انملته خمس من الابل وعمدتهم فى ذلك ما جاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال و فى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق فهى عند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية و فى الوسطى بعشر فرائض و فى التى تليها بتسع و فى الخنصر بست و روى عن مجاهد انه قال فى الابهام خمسة عشر من الابل و فى التى تليها عشر و فى الوسطى عشر و فى التى

تليها ثمان وفى الخنصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل والضلع بجمل وفى الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة أبعرة وعمدة فقهاء الامصار ان مالم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن فى كل سن من اسنان الفم خمساً من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه 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 الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور فى ذلك ماثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال فى السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضاً بالاصابع التى استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ماقطع وقلع ماقلع واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك واصحابه الى ان القود فى كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعى والليث لا قصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى السن وروى عن ابن عباس انه لا قصاص فى عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم اقاد فى السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع فى غير المفصل الا انه ليس بالقوى وروى عن مالك أن ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس واختلفوا فى ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل اعنى دية اعضائها من اعضائه مثال ذلك ان فى كل اصبع من اصابعها عشراً من الابل وفى اثنين منها عشرون وفى ثلاثة ثلاثون وفى اربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد وروى مالك عن

سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولى ابن مسعود وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة فى جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ماذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعى والثورى وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت اذ القياس فى الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسل وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابى عبد الرحمن كم فى أربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها تنقص عقلها قال أعراقى أنت قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال هى السنة وروى أيضاً عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابى اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن فى هذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به اما لانه لا يرى القياس وإما لانه عارضه فى ذلك قياس ثان أو قلد فى ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على أعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان 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 الجرح من ديته 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 ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت 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 ان

الاصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم الا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم)

(كتاب القسامة)

اختلف العلماء فى القسامة فى أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعدلونا يجب به أن يبدأ المدعون بالايمان

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعى وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث الا أنهم مختلفون فى ألفاظه على ما سيأتى بعد وعمدة الفريق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الاصل فى الشرع أن لا يحلف أحد الا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً 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 يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون فى القسامة فاضب 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 اشراف العرب ورؤساء الاجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا قلت أفرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه

أكنت تقطعه قال لا وفى بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا انه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة انهم ان أقاموا شاهدى عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير فى اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا فى تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم أيحلفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار 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 صلى الله عليه وسلم هى السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى . واما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة فى ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظاً للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك واحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ وقال الشافعى والثورى وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل فى ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن يسار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الاموال أعنى فى الشرع

مثل ما ثبت من الحكم فى الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه ايضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف فى اسناده فارسله مالك واسنده غيره قال القاضى يشبه ان تكون هذه العلة هى السبب فى ان لم يخرج البخارى هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . واما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى عليه والاحاديث التى نذكرها فيما بعد ان شاء الله .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلف القائلون بالقسامة أعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد فى الآثار فقال الشافعى واحمد وداود بن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى 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 الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضاً بما خرجه أبو داود أيضاً عن ابى سلمة بن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله أيضاً من تبدئة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان

أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم أتحلفون بالله خمسين يميناً ما مات منها فابوا أن يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة فى ذلك مشهور

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وهى موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ما هى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم و بين أولئك القوم و بين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم و وجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه و بقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالكا يرى ان وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل و بين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ها هنا شئ يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم و به أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فانهم 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 أقضى بالقسامة الا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلنى لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه

رأى تبتدئة المدعين بالايمان 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 وكانه شبه ذلك باليمين مع الشاهد فى الاموال . وأما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام: لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم فى صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لان 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 و يقتل منها واحد بعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومى كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر و بقى المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم اولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا فى القسامة فى العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر و بعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة و بها قال مالك والدية عندهم فيها فى مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم و يحلف الواحد فى الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل أعنى حظه منها وقال الزهرى ان نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضى والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر فى ذلك الجنس وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعاً كما فعل مالك فى الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب احكام في الزنا ﴾

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

(الباب الاول)

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه و به قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمية وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم ما لم يملك الحرمية * ومنها اختلافهم في الرجل الجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو اشبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم * ومنها ان يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: لرجل خاطبه انت ومالك لابيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت ام لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم ايضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت

عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك * ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة * ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضاً وبالجملة فالا نكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿ الباب الثاني ﴾

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة اصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث * والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا الحد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعني قوله تعالى «الزانية والزاني» الآية واختلفوا في موضعين، احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا، والموضع الثاني في شروط الاحصان.

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلد واحداً منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوي في الحد الاكبر وذلك ان

الحد انما وضع للزجر فلا تاثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضاً بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره ان علياً رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله و رجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . واما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا فى شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء فى عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء فى الحيض أو فى الصيام فاذا زنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم و وافق أبو حنيفة مالكا فى هذه الشروط الا فى الوطء المحظور واشترط فى الحرية ان تكون من الطرفين أعنى ان يكون الزانى والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعى وعمدة الشافعى ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول « وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر فى الزنا جلد مائة لقوله تعالى « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلفوا فى التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعى لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان او انثى حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة و به قال الاوزاعى ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو أفقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى ان أتكلم فقال له النبي قل قال ان ابنى كان عسيفاً على هذا فزنا بامرأته وانى اخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة و وليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى

بيده لاقضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها انيس فاعترفت فامر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رأى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعني المصلحي الذى كثيراً ما يقول به مالك . واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد وروا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور واناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة أصلا * والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الاحصان فى قوله تعالى (فاذا احصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة حداً بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظفير . واما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخصص حراً من عبد ومن الناس من دراء الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول فى اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود وفى وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى أخاف أن يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من

---

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

يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ماخرج البخارى ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فرّ فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم انه حفر له فى اليوم الرابع حفرة و بالجملة فالاحاديث فى ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الاحاديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب فى الحدود الظهر وما يقارب به وقال أبو حنيفة والشافعى يضرب سائر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس و يجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها وعند الشافعى وأبى حنيفة ماعدا القذف على ماسيأتى بعد و يضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام لظاهر الآية و يستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك اربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها . وأما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام و به قال احمد واسحق واحتجا بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث الا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقاً من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الامر فى شدة الحر والبرد

(الباب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة)

وأجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار و بالشهادة واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا فى شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما 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 و به قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى لا يجب الحد الا باقرار أربعة مرة بعد مرة و به قال أحمد و إسحق و زاد أبو حنيفة واصحابه فى مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعى ماجاء فى حديث أبى هريرة و زيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام: اغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدداً وعمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى

عليه السلام انه ردما عزاً حتى أقر أربع مرات ثم امر برجمه و فى غيره من الاحاديث قالوا وما ورد فى بعض الروايات انه اقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهى من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن ابى ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه واما ان رجع الى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان، احداهما يقبل وهى الرواية المشهورة، والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك ما يجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع ان يكون التمادى على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقد روى من طريق ان ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثا فى وجوب الحد. وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط فى الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى «ثم لم يأتوا باربعة شهداء» وان من صفتهم ان يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمعاينة فرجه فى فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان الا ما حكى عن ابى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان وأنهم أجمعوا على أنها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق فى ثبوت هذا الحد اكثر منه فى سائر الحدود واما اختلافهم فى اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك فى الموطأ من حديث عمرو به قال مالك الا ان تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل ان تكون بكراً فتأتى وهى تدمى او تفضح نفسها باثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ما عدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعى لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت فى دعوى الاستكراه بامارة ولا فى دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء فى حديث شراحة ان عليا رضى الله عنه قال لها

استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا اتاك فى نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر انه قبل قول امرأة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل الاسلام ان المستكرهة 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 الازواج لم يوجبه وهذا الاصل 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 تثبت والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء) الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او انثى حراً او عبداً مسلما او غير مسلم واما المقذوف فاتفقوا على ان من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف ومالك يعتبر فى سن المرأة ان تطيق الوطء واما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا على وجهين، احدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا، والثانى ان ينفيه عن نسبه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعى لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة أو كتابية وهو قياس قول الشافعى وابى حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى لا حد فى التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه فى التعريض الحد وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه اعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى فى

الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص وقد تضعف فى مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرئ به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذ 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 » واختلفوا فى العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعى وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده فى الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا فى ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا أن حد الكتابى ثمانون فكان العبد احرى بذلك . وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم فى القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم فى كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن امية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم فى كلمة واحدة أو كلمات أو فى مجلس واحد أو فى مجالس فلانه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب ان يتعدد الحد . وأما سقوطه فانهم اختلفوا فى سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى

لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو اى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب فى 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 وقياساً على الاثر الوارد فى السرقة وعمدة من رأى انه حق للادميين وهو الاظهر أن المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . واما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه فى القذف واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته و به قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابداً * والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة او يعود الى اقرب مذكور وذلك فى قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق و رد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب فى الشرع اى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد (واما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على انه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف فى مذهب مالك هل يثبت بشاهد و يمين و بشهادة النساء وهل تلزم فى الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول و يمين المدعى فهذه هى اصول هذا الباب التى تبنى عليه فروعه ، قال القاضى وان انسأ الله فى العمر فسنضع كتابا فى الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به فى هذه الجزيرة التى هى جزيرة الاندلس حتى يكون به القارئ مجتهداً فى مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه .

(باب في شرب الخمر)

والكلام فى هذه الجناية فى الموجب والواجب و بماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا فى المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر فى تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيراً سكر أو لم يسكر

وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذى يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين فى كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق فى شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة فى وجوب الحد وا كثر هؤلاء على وجوبه الا انهم 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 واشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياساً على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حداً وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وأن أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه بار بعين وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطاً وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر 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 بعلم 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 واسحق وأبى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام : اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعى فاعتمد مع هذه الاحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال : أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولانه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبى حنيفة الاجماع على ان الاصل

فى اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفىء والحكم الى السلطان .

(فصل)

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

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(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 وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهى أخذ مال الغير مستتراً من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس فى الخيانة ولا فى الاختلاس قطع إلا اياس بن معاوية فانه أوجب فى الخلسة القطع وذلك مروى عن النبى عليه السلام وأوجب أيضاً قوم القطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى عليه السلام بقطع يدها فاتى اسامة أهلها فكلموه فكلم اسامة النبى عليه السلام فقال النبى عليه السلام يا اسامة لا أراك تتكلم فى حد من حدود الله ثم قام النبى عليه السلام خطيباً فقال انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم يأخذ بغير اذن فضلا

ان يأخذ من حرز قالوا وفى الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام: انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى فى حد المحارب . وأما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أو مسلماً أو ذمياً الا ما روى فى الصدر الاول من الخلاف فى قطع يد العبد الآبق اذا 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 المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبق الآبق الا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شطره أعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد وهو تشبيه ضعيف . وأما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ما روى عن الحسن البصرى انه قال القطع فى قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» الآية وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه السلام انه قال: لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا فى قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند الى أدلة ثابتة هو 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 الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك فى المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل ان يكون الربع فى وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعى الاصل فى تقويم الاشياء هو الربع دينار . وهو الاصل أيضاً للدراهم فلا يقطع عنده فى الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار وأما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر فى تقويم العروض الى الغالب فى نقود أهل ذلك البلد

فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان فى المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم و بقول الشافعى فى التقويم قال ابو ثور والاوزاعى وداود و بقول مالك المشهور قال احمد 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 ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخارى ومسلم الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك فى أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر فى قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع فى المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبى عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم و روى ذلك محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف فى ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذى قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذى اعتمده الشافعى فى هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذى رواه وهو انه قطع فى أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعى يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم فى ذلك الوقت اثنا عشر درهما والقطع فى ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع فى عشرة دراهم ادخل فى باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعى وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعى أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة فى القطع واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل ان يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعاً و به قال الشافعى 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 ان هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال فى حد الحرز انه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج 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 انه قال: لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضاً 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» الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن 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 واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفه لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ المسروق فيه فرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس

فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن أمية وسيأتى بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلى أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل فى المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على ان كل من سمى مخرجا للشئ من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب فى البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف فى هذا كله آئل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لا انطلاقه فهذا هو القول فى الحرز واشتراطه فى 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 ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب فى سرقته القطع ما عدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التى أصلها مباحة فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع فى 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 السلام : لا قطع فى ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقاً من غير زيادة وعمدته أيضاً فى منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التى فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذى يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع فى جنسه وقدره وشروطه وستأتى هذه المسئلة 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 انه لا يجوز بيعه أو ان

لكل أحد فيه حقاً اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيراً مملوكاً أعجمياً ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . واما ان كان كبيراً يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفو فى الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبى حنيفة وهو قول ابن الماجشون من اصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال ابو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال اهل الظاهر يقطع الا ان يأمنه سيده واشترط مالك فى الخادم الذى يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها احد 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 احد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى ومنها القرابات فمذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: انت ومالك لابيك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعى لا يقطع عمود النسب الاعلى والاسفل يعنى الأب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال ابو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الا ما خصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول فى الاشياء التى يجب بها ما يجب فى هذه الجناية .

﴿ القول فى الواجب ﴾

وأما الواجب فى هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا اعنى الموجودة فى السارق وفى الشئ المسروق وفى صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هى جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع 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 واصحابه فقال ان كان موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسراً لم يتبع به اذا اثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فمدة من جمع بين

الامرين انه اجتمع فى السرقة حقان حق لله وحق للآدمى فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون فى ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائى والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين فى حق واحد مخالف للاصول و يقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر فى محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى فى السرقة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر و بعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع فى الرجل وانما عليه فى الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر اعنى قول مالك وابى حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولم يذكر الا رجل الا فى المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم 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 و روى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث و يرده قوله عليه الصلاة والسلام : هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا و حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب فى الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقيل فى المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف فى موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى فى أصل الساق وقيل يدخل الكعبان فى القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

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

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾

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

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحرابة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية

وذلك ان هذه الآيه عند الجمهور هى فى المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت فى النفر الذين ارتدوا فى زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت اعينهم والصحيح انها فى المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى انها فى المحاربين والنظر فى أصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب . أحدها النظر فى الحرابة والثانى النظر فى المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة ، والخامس بماذا تثبت هذه الجناية .

﴿ الباب الأول ﴾

فاما الحرابة فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن 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 لان المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة فى المصر .

﴿ الباب الثانى ﴾

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمى .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحرابة واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير او مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس للامام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه . وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف واما اذا أخاف السبل فقط فالامام عنده مخير فى قتله او صلبه أو قطعه او نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى

والتدبير فوجه الاجتهاد قتله اوصلبه لان 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 بايسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى وذهب الشافعى وابوحنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هى مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحار بين الا من قتل ولا يقطع الا من أخذ المال ولا ينفى الا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل 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 جناياتهم ومالك حمل البعض من المحار بين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا فى معنى قوله او يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل و يصلب معاً وهؤلاء منهم من قال يقتل اولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل انه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل اولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة و يصلى عليه وقال سحنون اذا قتل فى الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب ابوحنيفة واصحابه انه لا يبقى على الخشبة اكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله او تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى و رجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى و رجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى و رجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضاً فى قوله أو ينفوا من الارض فقيل ان النفى هو السجن وقيل ان النفى هو أن ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك و يكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك و بالاول قال ابوحنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفى هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما ان ينفى بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعى أما النفى فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع وقيل هى عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى و يسجن دائما وكلها عن الشافعى وقيل معنى أو ينفوا أى من ارض الاسلام الى أرض الحرب فالذى يظهر ان النفى هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم » الاية فسوى بين النفى والقتل وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك فى أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثانى ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم فى ذلك قولين قول انه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول انه لا تقبل توبته قال ذلك من قال ان الاية لم تنزل فى المحاربين . وأما صفة التسوية التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها ان توبته تكون بوجهين . احدهما أن يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثانى ان يلقى سلاحه و يأتى الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم ، والقول الثانى ان توبته انما تكون بان يترك ما هو عليه و يجلس فى موضعه و يظهر لجيرانه وان أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون ، والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجىء الى الامام وان ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان أخذ قبل أن يأتى الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان يأتى الامام قبل ان يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا . وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضاً على ثلاثة أقوال . أحدها ان يلحق بدار الحرب ، والثانى ان تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة او لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان و يسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لانه انما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال . احدها ان التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط و يؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك ، والقول الثانى ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة و يتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفو أولياء المقتول ، والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله و يؤخذ بالدماء و فى الاموال بما وجد بعينه فى ايديهم ولا تتبع ذممهم ، والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما ما اذا ثبت هذا الحد فبالاقرار و بالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلمين على الذين

سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم مالا أخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

﴿ فصل في حكم المحاربين على التأويل ﴾

وأما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين . وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل واكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم 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 ان لا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الا أن يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لان كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول

﴿ باب في حكم المرتد ﴾

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على انه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام وأما الاستتابة فان مالكا شرط في 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 ان لحق بدار الحرب الا أن يسلم واما اذا أسلم المرتد المحارب بعد ان أخذ وقبل أن يؤخذ فانه يختلف في حكمه فان كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحربي يسلم لا تباعة عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما ان كانت حرابته في دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى في ردته في 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 في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الا مع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه * والثاني في معرفة ما يقضى به * والثالث في معرفة ما يقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله والخامس في كيفية القضاء * والسادس في وقت القضاء

﴿ الباب الأول ﴾

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

شرطاً فى جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى فى المذهب ماهى شرط فى الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ماحكم به ومنها ماهى شرط فى الاستمرار وليست شرطاً فى الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ماحكم به الا أن يكون جوراً 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 احدهما وجب أن يقترعا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس فى كتبهم وقد اختلفوا فى الامى هل يجوز ان يكون قاضياً والا بين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعى القولان جميعاً لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولا خلاف فى جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى فى احد قوليه لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد

﴿ الباب الثانى ﴾

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم فى كل شئ من الحقوق كان حقا لله او حقاً للآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم فى هذا المعنى وانه يعقد الانكحة و يقدم الاوصياء وهل يقدم الائمة فى المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف فى المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر فى الجباة ولا فى غير ذلك من الولاة و ينظر فى التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن فى نفسه حلالا وذلك انهم أجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذى يعتريه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالا وذلك فى الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام إنما انا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور

الاموال والتزوج فى ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالا وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور فى امرأة أجنبية انها زوجة لرجل اجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هى الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة هاهنا انما وقعت عقوبة للملم بان أحدهما كاذب

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون باربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار أو بما تركب من هذه ففى هذا الباب اربعة فصول

(الفصل الاول في 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 فاما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها فى قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هى العدالة فقال الجمهور هى صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفى فى العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحة * وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم فى مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبإ) 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 فى قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه او على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط

حيث تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح و في القتل فردها جمهور فقهاء الامصار 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 لئلا يجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا و لم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك في هذا الا انه 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 و إجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وانه 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 ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال ابو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك و رأوا ان الآية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل 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 سببها المحبة فان العلماء أجمعوا على انها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الامصار الا انهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فمما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام 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 و به قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً الى أخيه يناله بره وصلته ما عدا الاوزاعي 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 السلام انه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى 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 الاحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة فى المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) والامر بالشئ يقتضى إجزاء المأمور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم ان 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 واما النظر فى العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيهاً بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن أبى ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا فى قبولها فى الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة فى كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل فى الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك فى حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الابدان التى لا يطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف فى شئ من هذا الا فى الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان 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 الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى فى ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية وقال قوم لا يكتفى فى ذلك باقل من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات فى شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال فى كل شئ وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضاً اختلفوا فيها لقوله عليه السلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك فى انه مكروه

(الفصل الثانى)

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى فى اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذى ثبت عليه اسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى اقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق انكره فيه خصمه * وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعى فى الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو اقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف فى الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذه الصفة ولا ولئك أن يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هى اليمين بالله الذى لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الامصار فى صفتها متقاربة وهى عند مالك بالله الذى لا اله الا هو ولا يزيد عليها ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى انها 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 انه يحلف على المنبر وان كان فى غيره من المساجد ففى ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه 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 على منبر النبى صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه 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 الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم 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 اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك 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 فى القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال فى اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء فى التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى واحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد فى الاموال وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد فى شئ وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا فى ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبى هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الا ان الذى خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخارى وأما

مالك فانما اعتمد مرسله فى ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء قالوا وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرجه البخارى ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بينى وبين رجل خصومة فى شئ فاختصمنا الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالى فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقى 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 الا يستوفى أقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم فى أن اليمين هى حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت هاهنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت فى القسامة وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد اقيمتا مقام الواحد وقال الشافعى لا يجوز له لانه انما اقيمت 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 ﴾

واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضاً اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين 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 ويمين 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 بدا بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية فى الشهادة وليس يقضى

عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدته من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه فهذه اصول الحجج التي يقضى بها القاضي ومما اتفقوا عليه في هذا الباب انه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به أعني اذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله الى القاضي الثاني فشهدا عند القاضي الثاني انه كتابه وانه أشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضي وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعي وابو حنيفة ان اشهدهم على الكتابة ولم يقراه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لابد في ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لابد من الشاهدين وكذلك قال ابو حنيفة وقول مالك هو اجرى على نص الاحاديث وقول الغير اجرى على الاصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضي يقضى بعلمه في التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه راى ان يحضر القاضي شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك اجمعوا على انه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن في ذلك خلاف واختلفوا اذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذاً وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب او سنة تخالف القياس وهو الاعدل الا ان يكون القياس تشهد له الاصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذي ينبغي ان يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب الى ابي حنيفة باتفاق، والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على حد دون بينة او اقرار او لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك واكثر اصحابه لا يقضى الا بالبينات او الاقرار وبه قال احمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وابو ثور وجماعة للقاضي أن يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر اما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث اباجهم على صدقة فلاحاه رجل في فريضة

فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام اني خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم أرضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهمّ بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم واما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي وقد اجمعوا ان للتهمة تاثيراً في الشرع منها أنه لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومنها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك وخصص ايضاً ابو حنيفة العلم الذي يقضي به فقال يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضي بما علمه قبل القضاء وروي عن عمر انه قضى بعلمه على ابي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضي بعلمه في المجلس اعني بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال واما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وانت ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضى ولمن يقضى فان الفقهاء اتفقوا على انه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على انه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا فى الغائب وفى القضاء على أهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعى قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى فى الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمى فان فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها انه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبى حنيفة والثانى انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعى القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى وأن احكم بينهم ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على ان الذمى اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين فى المجلس والا يسمع من احدهما دون الاخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان انكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت فى طلاق أو نكاح اوقتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع شاهد واذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا فى ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار 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 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 شئ فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع الا فى النكاح ومالا يتكرر وقال غيره لا تسمع فى شئ وقال مالك والشافعى تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب أن لا ينقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشئ المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائدا قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يتكرر فى ملك ذى الملك فالحكم عند مالك أن يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الاكثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا ترجح عنه بالعدالة كما لا ترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعى ترجح بالعدد واذا تساوت فى العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين اعنى اليمين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا فى الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن او بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن ابى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعى ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبل الحكم فلا كثر ان الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك

لا يضمنون فى الغلط وقال الشافعى لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان اقروا افيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

﴿ الباب السادس ﴾

واما 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 عينا فاما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى فى حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما اعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه واما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعى أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق 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 اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذى استحق الشئ من يده ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج فى رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراءه منه ان انكره او يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشئ 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 فضمانه 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 ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكام وجل ما ذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لا يقضى به الحكام وهذا أكثره هو داخل فى المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى اواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضاً من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغى قبل هذا ان نعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو

الفضائل النفسانيـة فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفى هـذا الجنس تدخل العبادات وهـذه هى السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضـيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة فى المطعم والمشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى اجناس السنن التى تقتضى العـدل فى الاموال والتى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخـل القصاص والحروب والعـقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العـدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضلية التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل أيضا فى باب الاشـتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وخفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسـة ولذلك لزم أيضا أن تـكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضـة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والامر بالمعروف وهى المحبة والبغضـة اى الدينيـة التى تكون امامن قبل الاخلال بهذه السـنن وامامن قبل سوء المعتقد فى الشريعـة واكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ماشـذ عن الاجناس الاربعـة التى هى فضـيلة العفة وفضـيلة العدل وفضيلة الشجاعـة وفضيلة السـخاء والعبادة الـتى هى كالشروط فى تثبيت هـذه الفضـائل كل كتاب الاقضـية و بكماله كل جميـع الديوان والحمـد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله

(تم الـكتاب والحمد لله رب العالمين)

وردلنا تقريظ كتاب بداية المجتهد من حضرة الفاضل صاحب الامضاء
والكتاب على أهبة التمام فجعلناه خاتمة له وشكرا للمقرظ

ياطالبي الفقهِ هـذا السِّفر فيه بدا ... مبدًا لمجتهـدٍ . مُغني لمقتصـدِ
يريكموا كل برهانٍ ومستندٍ ... من الحديث ويهديكم الى الرشدِ
لِلّهِ ناشره (الخَنْجيُّ) بينكُمُ ... فَذِى مآثره فى الاعصُرِ الجُدَدِ
وشيخنا (شاكرٌ) لِلّهِ همتُه ... لولا العزائم بالاعمالِ لم تَسُدِ
ما للعلوم جفتها النفس واستعدت ... عنها فأضحي بَنُو الإنسان فى نكَدِ
الناشرون كثيرٌ قال قائلهم ... هاقد نشرت . فهل من آخِذٍ بيدي؟
ويحى على العلم تطويهِ صحائفهُ ... وإنْ لَمَسْنا مُرِيدَ العلمِ لَم نجدِ

محمد عبدالله الجزار
بمشيخة الاسكندرية بالسنة السابعة

فهرست

الجزء الثاني

(من كتاب)

﴿ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ﴾

﴿ للامام ابن رشد ﴾

صحيفة

.. ﴿ كتاب النكاح : وفيه خمسة أبواب ﴾

.. (الباب الاول فى مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل)

.. المسألة الاول فى حكم النكاح.

٣ « الثانية فى خطبة النكاح

٣ « الثالثة فى حكم الخطبة على الخطبة

٣ « الرابعة فى حكم النظر الى المخطوبة

٣ الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح : وينقسم الى ثلاثة أركان

٣ الركن الاول فى الكيفية : والنظر فيه فى مواضع

٣ الموضع الاول الاذن فى النكاح

٤ الموضع الثانى فيمن المعتبر قبوله فى صحة العقد

٦ الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا

٧ الركن الثانى فى شروط العقد : وفيه فصول

٧ (الفصل الاول) فى الاولياء : والنظر فيه فى أربع مواضع

٧ الموضع الاول فى ان الولاية هل هى شرط فى صحة النكاح أم لا

صحيفة

١٠ الموضع الثانى فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
١٠ الموضع الثالث فى اصناف الولاية عند القائلين بها
١١ مطلب فى سبب اختلافهم فى الجد وفيه مسائل
١١ المسئلة الاولى فى حكم الابعد مع الاقرب
١٢ « الثانية فى غياب الولى الاقرب
١٢ « الثالثة فى حكم غيبة الاب عن ابنته البكر
١٣ الموضع الرابع فى عضل الاولياء
١٤ الفصل الثانى فى الشهادة
١٥ الفصل الثالث : فى الصداق وفيه مواضع
١٥ الموضع الاول فى حكمه وأركانه : وفيه أربع مسائل
١٥ المسئلة الاولى فى حكمه
١٥ المسئلة الثانية فى قدره
١٧ « الثالثة فى جنسه
١٨ الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة
١٩ « الثالث فى تشطيره
٢١ « الرابع فى التفويض : وفيه مسئلتان
٢٢ المسئلة الاولى فيما اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق
٢٢ المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
٢٣ الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة : وفيه خمس مسائل
٢٣ المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق خمراً الخ
٢٣ « الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع
٢٣ « الثالثة فيما اذا اشترط فى الصداق حباء الاب
٢٤ « الرابعة فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب
٢٤ « الخامسة فى الرجل يشترط على نفسه فى الصداق
٢٥ الموضع السادس فى اختلاف الزوجية فى الصداق

صحيفه

٢٦ الركن الثالث فى معرفة مُحِلّ العقد : وفيه أربعة عشر فصلا
٢٧ (الفصل الاول) فى مانع النسب
٢٧ (الفصل الثانى) مانع المصاهرة : وفيه أربع مسائل
٢٨ المسئلة الاولى فى بنت الزوجة
٢٨ « الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة
٢٨ « الثالثة فى حكم الام المعقود على بنتها
٢٩ « الرابعة فى ان هل الزنا موجب للتحريم كالوطء فى نكاح أم لا
٢٩ (الفصل الثالث) فى مانع الرضاع : وفيه تسعة مسائل
٢٩ المسئلة الاولى فى المقدار المحرم من اللبن
٣٠ « الثانية فى رضاع الكبير
٣١ « الثالثة فى المولود يفطم قبل الحولين ثم ترضعه امرأة
٣١ « الرابعة فى حكم ما يصل الى الحلق من غير رضاع
٣١ « الخامسة فى اللبن المحرم اذا استهلك فى ماء أو غيره
٣٢ « السادسة هل يعتبر فى ذلك الوصول الى الحلق أم لا
٣٢ « السابعة هل يصير الرجل الذى له اللبن أبا للمرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
٣٢ المسئلة الثامنة فى الشهادة على الرضاع
٣٣ « التاسعة فى صفة الرضاع
٣٣ (الفصل الرابع) فى مانع الزنا
٣٤ « الخامس فى مانع العدد
٣٤ « السادس فى مانع الجمع
٣٥ « السابع فى موانع الرق
٣٦ « الثامن فى مانع الكفر
٣٨ « التاسع فى مانع الاحرام
٣٨ « العاشر فى مانع المرض

صحيفة

٣٩ « الحادى عشر فى مانع العدة
٤٠ « الثانى عشر فى مانع الزوجية : وفيه مسئلتان
٤٠ المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان
٤١ المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر
٤١ (الباب الثالث) فى موجبات الخيار فى النكاح : وفيه أربعة فصول
٤٢ (الفصل الاول) فى خيار العيوب
٤٣ « الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة
٤٣ « الثالث فى خيار الفقد
٤٤ « الرابع فى خيار العتق
٤٥ (الباب الرابع) فى حقوق الزوجية
٤٧ (الباب الخامس) فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
٤٧ مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة ـ الاول منها نكاح الشغار
٤٨ الثانى نكاح المتعة
٤٨ الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
٤٨ الرابع نكاح المحلل
٤٨ مطلب فى الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع
٤٩ مطلب فى حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت
٥٠ ﴿ كتاب الطلاق ﴾ وينحصر فى أربع جمل
٥٠ الجملة الاولى فى أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب
٥٠ (الباب الاول) فى ان الطلاق بائن ورجعى . وفيه ثلاث مسائل
٥٠ المسئلة الاولى فى حكم الطلاق بلفظ الثلاث
٥١ « الثانية فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
٥٢ « الثالثة فى كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق
٥٢ (الباب الثانى) فى معرفة الطلاق السنى من البدعى : وفيه ثلاث مواضع
٥٢ الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاقا فى العدة

صحيفة

٥٣ الموضع الثانى هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
٥٣ الموضع الثالث فى حكم من طلق وقت الحيض : وفى هذا الموضع أربع مسائل
٥٣ المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
٥٤ « الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
٥٤ « الثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب
٥٤ « الرابعة متى يقع الاجبار
٥٥ (الباب الثالث) فى الخلع وفيه أربعة فصول
٥٥ (الفصل الاول) فى جواز وقوعه
٥٥ (الفصل الثانى) فى شروط جواز وقوعه : وفيه أربع مسائل
٥٦ المسئلة الاولى فى مقدار ما يجوز ان تختلع به
٥٦ « الثانية فى صفة العوض
٥٦ « الثالثة فيما يرجع الى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لا يجوز
٥٦ « الرابعة فيمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له
٥٧ (الفصل الثالث) فى نوع الخلع أعنى هل هو طلاق أو فسخ
٥٨ (الفصل الرابع) فيما يلحق الخلع من الاحكام
٥٨ (الباب الرابع) فى تمييز الطلاق من الخلع
٥٩ (الباب الخامس) فى التخيير والتمليك
٦١ الجملة الثانية فى أركان الطلاق : وفى هذه الجملة ثلاث أبواب
٦١ (الباب الاول) فى ألفاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
٦١ (الفصل الاول) فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة
٦١ مطلب فاما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان
٦٢ المسئلة الاولى ما اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها
٦٢ « الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
٦٥ (الفصل الثانى) فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة
٦٧ (الباب الثانى) فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
٦٩ (الباب الثالث) فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
٧٠ الجملة الثالثة فى الرجعة بعد الطلاق وفى هذه الجملة بابان

صحيفة

٧٠ (الباب الاول) فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى
٧١ (الباب الثانى) فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن
٧٣ الجملة الرابعة فى أحكام المطلقات وفيها بابان
٧٣ (الباب الاول) فى العدة وفيه فصلين
٧٣ (الفصل الاول) فى عدة الزوجات وينقسم الى نوعين
٧٣ النوع الاول فى معرفة العدة
٧٧ مطلب واما الزوجات غير الحرائر (١)
٧٨ النوع الثانى فى معرفة أحكام العدة
٧٩ مطلب فى الكلام على عدة الموت
٧٩ مطلب فى الحامل يتوفى عنها زوجها
٨٠ الباب الثانى فى المتعة
٨١ باب فى بعث الحكمين
٨٢ ﴿ كتاب الايلاء : وفيه عشرة مسائل ﴾
٨٣ المسئلة الاولى فى اختلافهم هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة اشهر المضروبة بالنص للمولى أم لا
المسئلة الثانية فى اليمين التى يكون بها الايلاء
« الثالثة فى لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء
٨٤ « الرابعة فى مدة الايلاء
« الخامسة فى الطلاق الذى يقع بالايلاء
« السادسة هل يطلق القاضى اذا أبى الفئ او الطلاق او يحبس حتى يطلق
« السابعة هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها
٨٥ « الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة اولبس تلزمها
« التاسعة وأما ايلاء العبد
٨٦ « العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطأ فى العدة ام لا

---

١ هذا المطلب هو الفصل الثاني في عدة ملك اليمين الذى جعله المؤلف أحد فصلي الباب الاول من الجملة الرابعة

صحيفة

﴿ كتاب الظهار : وفيه سبعة فصول ﴾
٨٧ (الفصل الاول) فى لفظ الظهار
« الثانى فى شروط وجوب الكفارة
٨٩ « الثالث فيمن يصح فيه الظهار
٩٠ « الرابع فيما يحرم على المظاهر
٩١ « الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح
« السادس هل الايلاء عليه
٩٢ « السابع فى أحكام كفارة الظهار
٩٥ ﴿ كتاب اللعان : و يشتمل على خمسة فصول ﴾
٩٦ (الفصل الاول) فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها
٩٨ « الثانى فى صفات المتلاعنين
٩٩ « الثالث فى صفة اللعان
« الرابع فى حكم نكول أحدهما او رجوعه
١٠٠ « الخامس فى الاحكام اللازمة لتمام اللعان
١٠١ ﴿ كتاب الاحداد ﴾
١٠٣ ﴿ كتاب البيوع : و ينقسم الى ستة أجزاء ﴾
١٠٤ الجزء الاول فى تعريف انواع البيوع المطلقة
« الثانى فى تعريف اسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة وفيه ابواب
« الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع
١٠٥ وأما ما حرم بيعه وليس بنجس
١٠٦ (الباب الثانى) فى بيوع الربا وينحصر فى اربعة فصول
١٠٧ (الفصل الاول) فى معرفة الاشياء التى لا يجوز فيها التفاضل ولا النّساء
١١٠ « الثانى فى معرفة الاشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء
« الثالث فى معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا
١١٢ « الرابع فى معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً

صحيفه

١١٣ مسئلة واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم
« واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت
١١٤ « ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل
١١٥ فصل واما اختلافهم فى بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس الخ
١١٦ باب فى بيوع الذرائع الربوية
١١٧ مسئلة فى بيع الشئ بثمن ثم تشتريه بأكثر منه
١١٩ مطلب فى بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة فصول
١٢٠ (الفصل الاول) فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
١٢١ « الثانى فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لا يشترط
« الثالث فى الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا
١٢٢ (الباب الثالث) فى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر
١٢٩ فصل واما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب المختلف فيها ففيها مسائل
١٣٢ (الباب الرابع) فى بيوع الشروط والثنيا
١٣٧ (الباب الخامس) فى البيوع المنهى عنها من اجل الضرر او الغبن
١٣٨ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان للبيع الخ
فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى
١٣٩ فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش الخ
١٤٠ (الباب السادس) فى النهى من قبل وقت العبادات
١٤١ القسم الثانى فى الاسباب والشروط المصححة للبيع: وفيه ثلاثة أبواب
(الباب الاول) فى العقد وفيه أركان
الركن الاول فى صيغ العقد
١٤٣ « الثانى فى المعقود عليه
« الثالث فى العاقدين
١٤٤ القسم الثالث القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة: وفيه أربع جمل
الجملة الاولى فى أحكام وجود العيب فى المبيعات: وفيها بابان

صحيفة

١٤٥ (الباب الاول) فى أحكام العيوب فى البيع المطلق : وفيه خمسة فصول
الفصل الاول فى معرفة العقود التى يجب فيها حكم بوجود العيب من التى لا يجب ذلك فيها
« الثانى فى معرفة العيوب التى توجب الحكمة وما شرطها الموجب للحكم فيها وفى هذا الفصل نظران
النظر الاول فى العيوب التى توجب الحكمة
١٤٦ « الثانى فى الشرط الموجب له
١٤٨ (الفصل الثالث) فى معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير
فصل واذ قد قلنا ان المشترى الخ
١٤٩ مطلب وأما المسئلة الثانية فى رجلين يبتاعان شيئاً واحداً الخ
(الفصل الرابع) فى معرفة أصناف التغييرات الحادثة عند المشترى وحكمها
١٥١ باب فى طروء النقصان
١٥٢ (الفصل الخامس) فى القضاء فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين
١٥٣ (الباب الثانى) فى بيع البراءة
١٥٥ القول فى الجوائح وينحصر فى أربعة فصول
١٥٦ (الفصل الاول) فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح
(الفصل الثانى) فى محل الجوائح من المبيعات
« الثالث فى مقدار ما يوضع منه فيه
١٥٧ « الرابع فى الوقت الذى توضع فيه
الجملة الثالثة فى تابعات المبيعات : وفيه مسئلتان
المسئلة الاولى فى بيع النخل وفيها الثمر
١٥٨ « الثانية فى بيع مال العبد
١٦٠ الجملة الرابعة فى اختلاف المتبايعين
١٦١ القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع
١٦٢ ﴿ كتاب الصرف : وفيه مسائل ﴾
١٦٣ المسئلة الاولى فى بيع الذهب بالذهب وحكمه

صحيفة

١٦٤ المسئلة الثانية فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة
« الثالثة فى شرط الصرف
١٦٥ « الرابعة فى من اصطرف دراهم بدنانير الخ
« الخامسة اجمع العلماء على ان المراطلة جائزة فى الذهب الخ
١٦٦ « السادسة فى الرجلين يكون لاحدهما على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم
١٦٧ « السابعة فى البيع والصرف فى مذهب مالك
﴿ كتاب السلم : وفيه ثلاثة أبواب ﴾
الباب الاول فى محله وشروطه
١٦٨ مطلب وأما شروطه فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها
١٧١ (الباب الثانى) فيما يجوز من المسلم بدل ما انعقد عليه السلم : وفيه مسائل
مسئلة فيمن أسلم فى شئ من الثمر وتعذر تسليمه
مسئلة فى مبيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه
١٧٢ مسئلة فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه الخ
مسئلة فيما اذا اندم المبتاع فى السلم فطلب الاقالة
١٧٣ مسئلة فيما اذا كان لرجل على رجل الى أجل الخ
مسئلة فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاماً على مكيلة ما الخ
(الباب الثالث) فى اختلاف المتبايعين فى السلم
١٧٤ ﴿ كتاب بيع الخيار والنظر فى اصول هذا الباب : وفيه مسائل ﴾
١٧٦ مطلب وأما المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا
١٧٧ « « « السادسة فيمن يصح خياره
١٧٨ ﴿ كتاب بيع المرابحة : وفيه بابان ﴾
(الباب الاول) فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان ينبى عليه الربح
١٧٩ (الباب الثانى) فى حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان فى خير البائع بالثمن
١٨٠ ﴿ كتاب بيع العرية ﴾

صحيفة

١٨٣ ﴿ كتاب الاجارات : ويقسم الى قسمين ﴾
القسم الاول فى أنواعها وشروط الصحة والفساد
١٨٦ مطلب وأما اجارة المؤذن الخ
١٩٠ القسم الثانى فى معرفة أحكام الاجارات : وينحصر فى جملتين
الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه
١٩١ « الثانية فى أحكام الطوارئ وفيها ثلاثة فصول
(الفصل الاول) منه وهو النظر فى الفسوخ
١٩٣ « الثانى وهو النظر فى الضمان
١٩٤ « الثالث وهو النظر فى الاختلاف
١٩٦ ﴿ كتاب الجعلى ﴾
١٩٧ ﴿ كتاب القراض : وفيه ثلاثة أبواب ﴾
(الباب الاول) فى محله
١٩٨ « الثانى فى مسائل الشروط
٢٠٠ القول فى أحكام القراض
٢٠١ « « الطوارئ
٢٠٢ « « القراض الفاسد
٢٠٣ « فى اختلاف المتقارضين
٢٠٤ ﴿ كتاب المساقات ﴾
القول فى جواز المساقات
٢٠٥ القول فى صحة المساقات : وفيه أربعة أركان
الركن الاول فى محل المساقات
٢٠٦ الركن الثانى فى العمل
٢٠٧ الركن الثالث فى صفة العمل الذى تنعقد عليه
٢٠٨ الركن الرابع فى المدة التى يجوز فيها وتنعقد عليها
٢٠٨ القول فى أحكام الصحة فى المساقاة

صحيفة

٢٠٩ أحكام المساقاة الفاسدة
٢١٠ ﴿ كتاب الشركة ﴾
القول فى شركة العنان وفيه ثلاثة أركان
الركن الاول محلها من الاموال: وفيه ثلاث مسائل
المسئلة الاولى فيما اذا اشتركا فى صنفين من العروض
٢١١ المسئلة الثانية فيما اذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء
المسئلة الثالثة فى الشركة بالطعام من صنف واحد
الركن الثانى فى معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه
الركن الثالث فى معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال
القول فى شركة المفاوضة
٢١٣ القول فى شركة الابدان
القول فى شركة الوجوه
٢١٤ القول فى أحكام الشركة الصحيحة
﴿ كتاب الشفعة: وفيه قسمان ﴾
القسم الاول فى تصحيح هذا الحكم وفى أركانه
الركن الاول فى الشافع
٢١٥ الركن الثانى فى المشفوع عليه
٢١٦ « الركن الثالث فى المشفوع فيه
٢١٧ « الرابع فى الاخذ بالشفعة: وفيه مسائل
٢١٨ المسئلة الاولى فى كيفية توزيع المشفوع فيه
« الثانية فى الاشتراك اللذين هم عصبة فى الشفعة
٢٢٠ القسم الثانى فى أحكام الشفعة
٢٢٢ ﴿ كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب ﴾
(الباب الاول) فى انواع القسمة
القسم الاول من هذا الباب فى قسمة رقاب الاموال

صحيفة

٢٢٢ القسم الثانى وأما الرقاب فتنقسم الى ثلاثة اقسام
٢٢٣ (الفصل الاول) فى الرباع والاصول
٢٢٤ « الثانى فى العروض
٢٢٥ « الثالث فى المكيل والموزون
٢٢٦ القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع
٢٢٧ « فى الاحكام والقسمة من العقود اللازمة
٢٢٨ ﴿ كتاب الرهون ﴾
الركن الاول فى الراهن
« الثانى فى الرهن
٢٢٩ « الثالث فى المرهون فيه
٢٣٠ القول فى الشروط
٢٣١ « فى الاحكام
مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل
٢٣٤ ﴿ كتاب الحجر : وفيه ثلاثة ابواب ﴾
(الباب الاول) فى اصناف المحجورين
٢٣٥ « الثانى متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم
٢٣٦ الباب الثالث فى معرفة احكام افعالهم فى الرد والاجازة
٢٣٨ ﴿ كتاب التفليس ﴾
٢٤٦ ﴿ كتاب الصلح ﴾
٢٤٧ ﴿ كتاب الكفالة ﴾
٢٥٠ ﴿ كتاب الحوالة ﴾
٢٥٢ ﴿ كتاب الوكالة : وفيها ثلاثة ابواب ﴾
(الباب الاول) فى أركانها : الركن الاول فى الموكل
الركن الثانى فى الوكيل وشروطه
٢٥٣ الركن الثالث فيما فيه التوكيل

صحيفة

٢٥٣ الركن الرابع فى معنى الوكالة
(الباب الثانى) فى أحكام الوكالة
٢٥٤ (الباب الثالث) فى مخالفة الموكل للوكيل
٢٥٥ ﴿ كتاب اللقطة ـــ والنظر فيه فى جملتين ﴾
الجملة الاولى فى اركانها
٢٥٦ الجملة الثانية فى أحكامها
٢٥٩ باب فى اللقيطة والنظر فى أحكام الالتقاط والملتقط
٢٦٠ ﴿ كتاب الوديعة ﴾
٢٦٢ ﴿ كتاب العارية ﴾
٢٦٥ ﴿ كتاب الغصب وفيه بابان : الاول فى الضمان وفيه اركان ﴾
الركن الاول فى بيان الموجب للضمان
« الثانى فيما يجب فيه الضمان
٢٦٦ « الثالث فى الواجب فى الغصب والواجب على الغاصب
(الباب الثانى) فى الطوارئ على المغصوب
٢٧٢ ﴿ كتاب الاستحقاق واحكامه ﴾
٢٧٤ ﴿ كتاب الهبة ﴾
٢٧٧ القول فى أنواع الهبات
٢٧٩ « فى أحكام الهبات
٢٨٠ ﴿ كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم الى قسمين ﴾
القسم الاول النظر فى الاركان ـ الركن الاول الموصى
القول فى الموصى به
٢٨١ « فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية
٢٨٢ « فى الاحكام وهو القسم الثانى
٢٨٣ ﴿ كتاب الفرائض ﴾
٢٨٥ مطلب فى ميراث الصلب

صحيفة

٢٨٦ مطلب فى ميراث الزوجات
٢٨٧ « فى ميراث الاب والام
٢٨٨ « فى ميراث الاخوة للام
« فى ميراث الاخوة للاب والام أو للاب
٢٩٠ « فى ميراث الجد
٢٩٣ « فى ميراث الجدات
٢٩٤ باب فى الحجب
٣٠٣ « فى الولاء وفيه مسائل مشهورة
المسئلة الاولى فى ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولائه له
« الثانية فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولائه له أو لا
٣٠٤ « الثالثة فيما اذا قال السيد لعبده أنت سائبة
« الرابعة فى العبد المسلم اذا أعتقه النصرانى
« الخامسة فى ان النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بانفسهن
٣٠٥ مطلب فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء
٣٠٦ ﴿ كتاب العتق ﴾
٣١٣ ﴿ كتاب الكتابة ﴾
القول فى مسائل العقد
٣١٧ « فى المكاتب ـ وفيه خمسة أجناس
الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
٣١٨ « الثانى متى يرق المكاتب
٣١٩ « الثالث فى حكم المكاتب اذا مات قبل أن يؤدى الكتابة
٣٢٠ « الرابع فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل
٣٢١ « الخامس فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر
٣٢٣ مطلب فى شروط الكتابة
٣٢٥ ﴿ كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه ﴾

صحيفة

٣٢٥ الركن الاول فى أركانه
٣٢٦ وأما أحكامه فاصولها راجعة الى أجناس خمسة
الجنس الاول مما ذا يخرج المدبر
٣٢٧ « الثانى ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه
« الثالث مما يتبعه فى الحرية مما ليس يتبعه
٣٢٨ « الرابع فى مبطلات التدبير الطارئة عليه
« الخامس فى أحكام تبعيض التدبير
٣٢٩ ﴿ كتاب أمهات الاولاد : وفيه مسائل ﴾
﴿ كتاب الجنايات
٣٣١ ﴿ كتاب القصاص : وينقسم الى قسمين ﴾
القسم الاول القصاص فى النفوس
القول فى شروط القاتل
٣٣٦ « فى الموجب
٣٣٨ « فى القصاص
٣٣٩ ﴿ كتاب الجراح ﴾
القول فى الجارح
٣٤٠ « فى المجروح
« فى الجرح
٣٤٧ مطلب متى يستقاد من الجرح
﴿ كتاب الديات فى النفوس ﴾
٣٤٧ مطلب ومما يدخل فى هذا الباب دية الجنين
٣٥٠ ﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾
٣٥٢ القول فى ديات الاعضاء
٣٥٧ ﴿ كتاب القسامة وفيه مسائل ﴾
٣٥٧ المسئلة الاولى فى وجوب الحكم بها على الجملة

٣٥٨ المسئلة الثانية فى اختلاف العلماء بالقسامة فيما يجب بها
٣٥٩ المسئلة الثالثة اختلافهم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين
٣٦٠ المسئلة الرابعة فى موجب القسامة عند القائلين بها
٣٦٢ ﴿ كتاب الاحكام فى الزنا ﴾
(الباب الاول) فى تعريف الزنا
٣٦٣ (الباب الثانى) فى أصناف الزناة
٣٦٦ (الباب الثالث) فى العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما يثبت به الزنا
٣٦٨ ﴿ كتاب القذف ﴾
٣٧٠ باب فى شرب الخمر والكلام على هذه الجناية
٣٧٢ فصل واما بماذا يثبت هذا الحد الخ
٣٧٢ ﴿ كتاب السرقة ﴾
٣٧٦ فصل وأما جنس المسروق فان العلماء الخ
٣٧٧ القول فى الواجب فى هذه الجناية
٣٧٩ القول فيما تثبت به السرقة
٣٧٩ (كتاب الحرابة وفيه ابواب)
٣٨٠ (الباب الاول) النظر فى الحرابة
٣٨٠ (الباب الثانى) النظر فى المحارب
٣٨٠ (الباب الثالث) فيما يجب على المحارب
٣٨٢ (الباب الرابع) فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة
٣٨٢ (الباب الخامس) بماذا تثبت هذه الجناية
٣٨٣ فصل فى حكم المحاربين على التأويل
٣٨٣ باب فى حكم المرتد

٣٨٤ ﴿كتاب الاقضية﴾ وفيه ستة أبواب

(الباب الاول) فى معرفة من يجوز قضاؤه

٣٨٥ (الباب الثانى) فى معرفة ما يقضى به

٣٨٦ (الباب الثالث) فى معرفة ما يقضى فيه وفيه فصول

الفصل الاول فى الشهادة

٣٨٩ الفصل الثانى فى الايمان

٣٩١ الفصل الثالث فى النكول

٣٩٣ الفصل الرابع فى الاقرار

٣٩٤ (الباب الرابع) فى معرفة من يقضى عليه أوله

(الباب الخامس فى كيفية القضاء)

٣٩٦ (الباب السادس) فى وقت القضاء

(تمت الفهرست)

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

سيدى

سلاما واحتراماً و بعد فان كتاب ابن رشد الذى بعثتموه من مرقده وأنبتموه نباتاً حسناً قد وقع منا مواقع الماء من ذى الغلة الصادى وأكبرنا روح ذلك الفيلسوف العظيم

فقياما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع الكتاب ولا زلت سباق غايات منقباً عما ينفع أمتك و وطنك حائزاً شكر الجميع

﴿ وها هى الكلمة ﴾

الى الحكيم الراقد فى جدثه الهانئ بمضجعه تحفه مسحة من النور الالهى وعليه حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيّب الرحمات لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالى وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضاً قابلة فانبتت الكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

أقمت فينا ماشاء الله أن تقومى وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ثم عدت سيرتك الاولى

بسم الله مجراكِ ومرساكِ وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أىُّ جو حولك وأى آمال وسعتك وأى جسم تحمل ماترومين

و إذا كانت النفوس كبارا * تعبت فى مرادها الاجسام

بينا نراك بين يدى فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها

وأعلتك درها وانهلتك خيرها فلا يظن انك تعلمين غيرها اذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد وسهلت لك حزونها و وردت منهلا عذبا زاخراً عبابه وسائغاً شرابه وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن الدر الا أنه كلم

أنزه فى رياض العلم نفسى * وأغدو فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظرى فيما حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤس الراح عندى * ومن خد الظباء خدود طرس
وقد رُدْتُ الرياض فشمت روضا * به قد غبت عن نفسى وحسى
كأنّ خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشد) * وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا * كما طرد الدجنة ضوء شمس

محمد أحمد عرفه